

Andreas Wacke (Köln)

Das Rechtswirkungendenken: Ursprünge, Leistungsfähigkeit und Grenzen*

Übersicht: I. Einleitender Überblick. – II. Fehlendes Rechtswirkungendenken: Iteration (Bestätigung) von Rechtsgeschäften. – III. Rechtswirkungen auslösende Ereignisse, insbesondere Gesetze. – IV. Die Wirkungen von Rechtsgeschäften im Überblick. – V. Wirkungen *inter partes* oder *erga omnes*. – VI. Wirkungen *ex tunc* oder *ex nunc*. – VII. Ungenaues Rechtswirkungendenken. – VIII. Grenzen des Rechtswirkungendenkens. – IX. Rückblick und Ausblick.

I. Einleitender Überblick

1. Heinz Holzhausers Vorgänger auf dem Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht in Münster – RUDOLF GMÜR – widmete sein Lebenswerk dem Rechtswirkungendenken.¹ Der *genius loci* mag es rechtfertigen,² das Thema in einer seinem Nachfolger gewidmeten Festschrift nochmals aufzugreifen. Durch profunde Kenntnisse und vielseitiges Interesse an rechtshistorischen und -dogmatischen Grundsatzfragen beeindruckte nämlich Holzhauser wiederholt in wichtigen Diskussionsbeiträgen auf Fachkongressen.³

GMÜR hat an seinem Rechtswirkungendenken jahrzehntelang gearbeitet. Als sorgsamer und gewissenhafter Autor veröffentlichte er seine Monographie erst drei Jahre nach seiner Emeritierung.

* Aus: Stefan Saar/ Andreas Roth/ Christian Hattenhauer (Hrsgg.), Recht als Erbe und Aufgabe. Heinz Holzhauser zum 21. April 2005 (Berlin 2005) 367-394.

¹ RUDOLF GMÜR, Das Rechtswirkungendenken in der Privatrechtsgeschichte: Theorie und Geschichte der Denkformen des Entstehens und Erlöschens von subjektiven Rechten und andern Rechtsgebilden. Bern 1981, 383 Seiten. – Aus der früheren Literatur zu dem wenig behandelten Thema sei verwiesen auf den von Gmür nicht zitierten Artikel ‚Rechtswirkung‘ von ALFRED MANIGK, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Hg. F. Stier-Somlo/A. Elster) IV (Leipzig 1927) 753-758. – Der Vollständigkeit halber sei hervorgehoben, dass Rechtswirkungendenken nicht zu verwechseln ist mit Rechtswirkungsforschung oder Rechtsethologie; siehe dazu etwa K. REDEKER, NJW 1999, 1686-88. In den römischen Quellen finden sich zuweilen bereits rechtspolitische Erwägungen über mögliche gesellschaftliche Auswirkungen der Auslegung einer Vorschrift, etwa in D. 4,4,44: Ein übertriebener Schutz Heranwachsender (*minores*) durch Rückabwicklung ihnen nachteiliger Verträge hätte die unerwünschte Konsequenz, dass niemand mehr mit ihnen kontrahierte. Daher die einschränkende Regel: *Minor non restituitur tamquam minor, sed tamquam laesus*.

Hier verwendete spezielle **Abkürzungen** (außer den zumal in der juristischen Germanistik üblichen):
 HKK = Mathias Schmoeckel u. a. (Hg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB I (Tübingen 2003); M. KASER, RP = KASER, Das Römische Privatrecht, 2. Aufl. Bd. I (1971), II (1975); RIDA = Revue d'histoire des droits de l'antiquité (Bruxelles); SZ = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung; TRG = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Leiden).

² Nach der Wegberufung von Karl Michaelis nach Göttingen kam Gmür als dessen Nachfolger zu Beginn meines Studiums im Jahre 1956 nach Münster. In den Sommerferien 1957 luden er und seine Frau Silvia, die für ihn jahrelang Schreibarbeiten erledigte, mich für einige Wochen in ihr gastfreies Haus nach Bern ein. Mit Silvia Gmür-Vinassa, einer ausgezeichneten Viola-Spielerin, musizierte ich auch als Geiger im Münsteraner *Collegium musicum*. Seit jener Zeit fühle ich mich beiden freundschaftlich verbunden.

³ Aus der von Heinz Holzhauser und seiner Familie unter großem Beifall wiederholt aufgeführten Darmstädter Lokalposse „Datterich“ von Ernst Elias Niebergall erörtere ich einen juristischen Beispielsfall zum Aufrechnungsverbot des § 393 BGB kurz in der Festschrift für Erik Jayme II (Berlin 2004) 1613 Fn. 39.

Schon rein handwerklich präsentiert sich das solide gebundene Buch von fast 400 Druckseiten als Musterexempel einer gelungenen Monographie.⁴ Übersichtlich gegliedert [368] in 24 Kapitel mit zahlreichen Unterabschnitten, zeichnet sich das sehr leserfreundliche Werk aus durch klare Zusammenfassungen der Ergebnisse in wenigen Sätzen (S. 356-362), durch ein detailliertes Register und durch präzise interne Verweisungen von vorn nach hinten und umgekehrt.

Über die Entstehung gibt GMÜR einleitend S. 20 ff. Auskunft. Von 1964 an hielt er über das Thema diverse Vorträge (auch in französischer Sprache). Aufgrund der sich anschließenden Diskussionsbeiträge hat er seine Ansichten schrittweise präzisiert⁵ und teilweise revidiert. Seine Ausgangsthese, die alten, vom römischen Recht noch unbeeinflussten Rechtsordnungen hätten gar keine Rechtswirkungssätze enthalten, schränkte er insbesondere nach genauerem Quellenstudium später erheblich ein.

2. Unter Rechtswirkungssätzen versteht GMÜR lehrbuchartig formulierte Rechtssätze, nach denen unter bestimmten Voraussetzungen eine Wirkung, d. h. eine Veränderung der Rechtslage eintritt, indem ein Rechtsgebilde entsteht, sich verändert oder untergeht. Rechtswirkungssätze beruhen daher auf Vorstellungen über Zeitabläufe (S. 178 f.). Unter einem Rechtsgebilde versteht GMÜR sehr umfassend „ein subjektives Recht, eine Rechtsposition, ein Rechtsverhältnis, eine Person, eine rechtliche Eigenschaft, einen rechtlichen Zustand, einen rechtlich bedeutsamen Zeitablauf oder ein Rechtsgeschäft“ (so S. 356). Statt von Rechtsgebilden könne man auch von „Rechtswirkungs-Gegenstandsbegriffen“ oder (im Anschluss an den Rechtstheoretiker HANS HERBERT KEUTH, S. 62 ff.) von „eingeschobenen Termen“ sprechen.

Solche Rechtswirkungssätze bilden nach GMÜR die wichtigste Gruppe der nicht-imperativen Rechtssätze. Ihnen stellte GMÜR die imperativen Rechtssätze gegenüber, welche Gebote oder Verbote anordnen oder Erlaubnisse gestatten. Die Abgrenzung zwischen ihnen gelingt jedoch nicht immer in Reinkultur.⁶ Ob ein imperativer oder ein (reiner) Rechtswirkungssatz vorliegt, ist oft eine bloße Frage der Formulierung, des juristischen Stils. So ordnen anspruchsbegründende Sätze wie § 433 Abs. 1 BGB „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer verpflichtet...“ sowohl eine Wirkung (Begründung einer Pflicht) als auch den Befehl an „Du sollst leisten“. Der Rechtswirkungssatz des § 362 Abs. 1 BGB „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird“ ließe sich – weniger präzise – auch als Verbotsnorm umformulieren, etwa: „Kein Gläubiger darf mehr

⁴ Dies betont als Rezensent mit Recht auch MEDICUS, AcP 185 (1985) 91.

⁵ Auch den zentralen *terminus* ‚Rechtswirkungssatz‘ wählte Gmür im Einvernehmen mit einem ihm aus solchem Anlass erteilten Ratschlag von Theo Mayer-Maly; s. GMÜR S. 41 Fn. 43.

⁶ Beachtliche Zweifel äußerte bereits MEDICUS (Fn. 3) 89 f.

fordern als ihm gebührt“. Ähnlich steht es mit den meisten anspruchsbegründenden oder -ausschließenden Normen.

Dieser Abgrenzungsschwierigkeiten eingedenk, unterscheidet GMÜR S. 356 f. die reinen Rechtswirkungssätze, welche sich nicht in imperative Sätze umformulieren lassen, von Rechtswirkungs-Befehlssätzen (bzw. von undeutlichen oder mittelbaren Rechtswirkungssätzen). Das Denken in Rechtswirkungssätzen setzt nach GMÜR die Existenz von Rechtswirkungs-Voraussetzungssätzen voraus. Von „gesteigertem“ (planmäßig-systematischem) Rechtswirkungsdenken spricht GMÜR dann, wenn in einer Rechtsquelle oder in einem juristischen Traktat (ausdrücklich oder stillschweigend) nach den Voraussetzungen für den Eintritt gewisser Rechtswirkungen gefragt wird und diese Fragen in bestimmtem Sinne [369] beantwortet werden.⁷ „Abgewandeltes“ Rechtswirkungsdenken hält GMÜR dann für gegeben, wenn die Frage nach den Wirkungen auch unter Einbeziehung imperativer Sätze beantwortet wird (S. 357).

3. Nach diesen terminologischen Festlegungen untersucht GMÜR einen staunenswert weitgespannten Quellenkreis auf das Vorkommen von Rechtswirkungsdenken. Übertroffene Rolle spielt echtes Rechtswirkungsdenken nach GMÜR in dem klassischen Institutionen-Lehrbuch des Gaius (ca. 160 n. Chr.), nicht minder in den auf Gaius aufbauenden Institutionen Justinians. In den eher von aktionenrechtlichem Denken geprägten anderen Teilen des Corpus iuris civilis sei Rechtswirkungsdenken hingegen weniger stark verbreitet (wie GMÜR glaubte; diese Vermutung bedarf jedoch einer Überprüfung). Die Pandektenwissenschaft des 19. Jh. habe durch Bildung allgemeiner Begriffe das Rechtswirkungsdenken weiterentwickelt; hierin sei sie auch von IMMANUEL KANTS Philosophie beeinflusst worden. Zusammen mit dem auch im Handels- und Wertpapierrecht nachweisbaren Rechtswirkungsdenken habe dies zur dogmatischen Klarheit des BGB beigetragen.

In den vom römischen Recht unbeeinflusst gebliebenen Quellen sei Rechtswirkungsdenken hingegen nur in wesentlich schwächerer Gestalt vertreten (und gesteigertes, planmäßiges fast gar nicht). Diese Feststellung gelte, wie GMÜR jeweils in eigenen Kapiteln nachweist, für den Codex Hammurabi (ca. 1760 v. Chr.), das Gortyner Stadtrecht (5. Jh. v. Chr.), auch für die römischen Zwölftafeln (450 n. Chr.), für die fast nur aus imperativen Sätzen bestehende Lex Salica (500 n. Chr.). Demgegenüber enthalte der Sachsenspiegel (von 1220) schon ein „reiches Spektrum von mehr oder weniger deutlichen Rechtswirkungssätzen verschiedenster Art“ (so zusammenfassend S. 360 f., im

⁷ So handeln zahlreiche Titelüberschriften des Code civil (und seiner Tochterrechte) z. B. von „l'effet des obligations“ oder „l'effet du cautionnement“ etc.: GMÜR 41 Fn. 47, 76 Fn. 25. – Die in den römischen Quellen über hundert Mal vorkommenden Ausdrücke ‚*efficere, effectus*‘ (samt Derivaten) erforderten eine eigenständige Untersuchung.

einzelnen analysiert S. 296 ff.). Eine hohe Stufe von Rechtswirkungsdenken habe Eike von Repgow allerdings keineswegs erreicht; immerhin befand er sich auf dem Wege dorthin (so S. 307).

4. Mehrere Rezensenten nahmen Gmürs Monographie überwiegend freundlich auf.⁸ Eine Rezeption seiner Lehre vom Rechtswirkungsdenken durch die Fachgenossen steht indessen [370] noch aus, wie kürzlich GERHARD OTTE in seinem einfühlsamen Nachruf zutreffend anmerkte.⁹ Es fragt sich, worauf der geringe Widerhall seines Werkes im Fachschrifttum zurückzuführen ist. Gmürs Buch gehört nach verbreiteter Ansicht anscheinend (jedoch bedauerlicherweise) nicht zu jenen, die man gelesen haben muss. Erklären lässt sich die ihm in allzu geringem Maße entgegengebrachte Aufmerksamkeit meiner Vermutung nach hauptsächlich mit drei (rein vorläufigen) Beobachtungen.

a) GMÜR interessiert sich für Aufkommen und Verbreitung von Rechtswirkungsdenken (gleich welcher Art) als geistesgeschichtliches Phänomen, wo immer es sich zeigt. Daher sein weitmaschiges Grundkonzept von „Rechtsgebilden“, daher seine weitgespannten Quellenrecherchen, daher schließlich auch seine Beschäftigung mit Immanuel Kant. Welche Wirkungen konkret mit einem Rechtsgebilde verbunden sind, interessierte GMÜR hingegen weniger. Wegen der imponierenden Breite der in Betracht gezogenen Quellen (seit altorientalischer Zeit) schöpft über sie aus dem Buch auch derjenige Leser reichen Kenntnisgewinn und anregende Belehrung, dem das methodologische Grundanliegen des Verfassers vielleicht weniger am Herzen liegt. Den Römischrechtler erfreuen vor allem die anerkennenden Worte, welche GMÜR als Germanist über das in der Romanistik zuweilen nur als mittelprächtigt eingeschätzte Lehrbuch des Gaius findet. Bei einem so anspruchsvollen Vorhaben geriet aber die Betrachtung der konkreten Einzelfälle notgedrungen zu kurz. Bei einem solch achtunggebietenden Unternehmen von „Weltrechtsvergleichung“ sind die Erfolgsaussichten um so größer, je konkreter das Thema eingegrenzt wird.¹⁰

b) Das eigentliche Gegenteil zum Rechtswirkungsdenken ist meines Erachtens entgegen GMÜR nicht eine auf imperative Sätze gestützte Rechtsordnung, sondern eine solche, die ohne feste Rechtswirkungen auszukommen sucht (dazu unten II). Neuzeitliche Befehlssätze gelten nämlich nicht absolut (wie die Gebote des Dekalogs). Der konditionalen Struktur moderner Rechtssätze

⁸ ROLAND DUBISCHAR, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte [ZNR] 4 (1982) 55-57; THEO MAYER-MALY, SZ 99 (1982) 527-532; KLAUS LUIG, RabelsZ 48 (1984) 394-399 (referiert ausführlich über den Inhalt); DIETER MEDICUS, AcP 185 (1985) 86-91. Die unter der wenig seriös anmutenden Überschrift „Hund tot!“ im Rechtshistorischen Journal [RJ] 2 (1983) 37-41 kollektiv von DIEDERICH BEHREND [D. B.], DIETER SIMON [D. S.] und HANS SCHLOSSER [H. Sch.] verfasste Besprechung mutet zunächst wie ein Verriss an. Ihrer süffisanten Verpackung entkleidet, enthält auch sie jedoch etliche sachlich zutreffende kritische Anmerkungen. – Da jede Rezension andere Aspekte herausgreift, legen sie allesamt Zeugnis ab von der Vielzahl der von Gmürs *opus* ausgehenden Anregungen.

⁹ GERHARD OTTE, In memoriam Rudolf Gmür, ZRG germ. Abt. 120 (2003) 958-961 (960).

¹⁰ Als Beispiel für eine ausgreifende, jedoch thematisch eng begrenzte Komparatistik wäre etwa hinzuweisen auf UWE KRENZ, Modelle der Nachnachlassteilung: Eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Untersuchung, Heidelberg 1994.

entsprechend ordnen sie vielmehr unter bestimmten tatbestandlichen Voraussetzungen eine Sollenspflicht an, welche ihrerseits bereits eine Rechtswirkung darstellt (zu den von GMÜR selbst gesehenen Abgrenzungsschwierigkeiten schon oben I 2).

c) Ein Mangel an Gmürs Darstellung dürfte darin liegen, dass er allerlei mögliche Rechtswirkungen in Betracht zieht, ohne Ansätze zu einer Systematisierung, erstens wessen Wirkungen zu beurteilen sind (etwa von Normen, Staatsakten, Rechtsgeschäften und Naturereignissen) und zweitens welcher Art Wirkungen von ihnen ausgehen können. Insofern fehlt seiner Untersuchung (trotz des Untertitels „Theorie und Geschichte der Denkformen...“) gewissermaßen der erforderliche Allgemeine Teil. Zu einer überzeugenden Darstellung von Rechtswirkungen gehört die Vorüberlegung, welche Kategorien von ihnen in Betracht kommen. Hier soll versucht werden, einiges darüber nachzutragen.

5. Gmürs Hauptanliegen bestand indessen in der an die rechtshistorischen Fachgenossen (speziell der Germanistik) gerichteten Ermahnung, bei der Beschreibung rechtlicher Zustände der Vergangenheit Rechtswirkungssätze dort zu vermeiden, wo sie ihrem Gegenstand nicht [371] gerecht werden, weil sie noch nicht dem zeitgenössischen Denken entsprechen (so sein Schlussteil, bes. Kap. 22 S. 311 ff., zusammenfassend S. 361 f.). Dieser methodologischen Quintessenz seines Buches ist ebenso beizupflichten wie der öfters ausgesprochenen Warnung vor anachronistischer Begriffsbildung. Für den eher globalen Nachweis dessen, welche historischen Rechtsordnungen (und gegebenenfalls wie stark sie) von Rechtswirkungsdanken geprägt oder durchdrungen sind, dürfte GMÜR wohl von einer genaueren Untergliederung diverser Arten von Rechtswirkungssätzen absehen.

6. Bereits der Elementarbereich ‚Willenserklärung‘ sollte uns dazu veranlassen, im Sinne Gmürs mehr über Rechtswirkungen im Zusammenhang nachzudenken. Definiert wird dieser notwendige Bestandteil jedes Rechtsgeschäfts bekanntlich als Willensäußerung, die auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolgs – also auf eine Rechtswirkung – gerichtet ist; und diese Wirkung tritt deshalb ein, weil sie gewollt ist.¹¹ Über das Gegenteil, der innerlich ausnahmsweise nicht gewollten Wirkung, hat HEINZ HOLZHAUER mit seinem wichtigen Aufsatz über „Dogmatik und Geschichte der Mentalreservation“ in der Festschrift für Rudolf Gmür bereits sehr Erhellendes beigetragen.¹²

¹¹ Abweichend O. LENEL, Parteabsicht und Rechtserfolg, Jherings Jahrb. 19 (1881) 154-253, neu in LENEL, Gesammelte Schriften, I (Napoli 1990) hier 181 f. Nach Lenel könnten die Parteien überhaupt nur „Natürliches“ wollen. Die rechtliche Wirkung trete unabhängig von der darauf gerichteten Parteabsicht ein. Zur Kritik dieser Ansicht s. WACKE (u. Fn. 13) 318 ff.

¹² HOLZHAUER; Festschrift Gmür (1983) 119 ff. = HOLZHAUER, Beiträge zur Rechtsgeschichte, hg. St. Saar/A. Roth (2000) 74 ff. Weiterführend (für einen Teilkomplex) WACKE, Mentalreservation und Simulation als antizipierte Konträrakte bei formbedürftigen Geschäften, Festschrift D. Medicus (1999) 651-673.

Schon hier sei angemerkt, dass die objektive Rechtslage meistens mehr bewirkt als die falsche innere Vorstellung eines Beteiligten. Wer den objektiv berechtigten Veräußerer irrtümlich für einen Nichtberechtigten hält, erwirbt dennoch von ihm das Eigentum; ein nur scheinbarer böser Glaube (oder ein sonstiges bloß eingebildetes Geltungshindernis) schadet nicht (D. 22,6,9,4). Die spätclassischen römischen Juristen beschrieben die stärkere Wirkung der objektiven Rechtslage mit dem Satz: *Plus est in re quam in existimatione (falsa)*.¹³ Der Satz von der Prävalenz der Wirklichkeit über die falsche Vorstellung ist eine rein deskriptive Erfahrungsregel, welche auf anderem Wege gefundene Wertungen zusammenfasst. Anders als normative Rechtssätze ordnet er jedoch keine Wirkung an, die ansonsten nicht gelten würde. Ähnlich verhält es sich mit der auf stillschweigende Willenserklärungen (nicht jedoch auf vertragliche Einigungen) bezogenen Regel *Errantis voluntas nulla est*.¹⁴ Der Schluss aus einem bestimmten Verhalten auf einen relevanten Geschäftswillen darf im Falle eines wichtigen Sachverhaltsirrtums nicht gezogen werden. Die Annahme einer konkludenten Erklärung setzt entsprechende Sachverhaltskenntnis voraus. Widrigenfalls ist das Verhalten nicht „schlüssig“; dann bewirkt es auch nichts.

II. Fehlendes Rechtswirkungendenken: Iteration (Bestätigung) von Rechtsgeschäften

[372]

1. Die wichtigste Errungenschaft des Rechtswirkungendenkens liegt meines Erachtens im Verbot des Wiederaufgreifens bereits erledigter Fragen. Diese grundlegende Bedeutung des Rechtswirkungendenkens wurde soweit ersichtlich weder von GMÜR selbst noch von seinen Rezensenten hervorgehoben. Doch lassen sich dafür zahlreiche Beispiele anführen. Wer eine Vertragsofferte annimmt, kann seine Bindung nicht mehr grundlos beseitigen (§ 151 Satz 1 BGB). Wer seine Verpflichtung erfüllt (§ 362 BGB), dessen Befreiung kann nicht mehr bezweifelt werden. Wer seine Sache einem anderen übereignete, kann sie von ihm nicht mehr grundlos herausverlangen. Wer eine für ihn getätigte Geschäftsführung genehmigt, kann sie nicht mehr missbilligen: *reprobare non possum semel probatum* (D. 3,5,8). All dies sind konkrete Anwendungen des Verbots widerpruchsvollen Verhaltens (*venire contra factum proprium*).

Nicht einmal durch späteren Wegfall einer Gültigkeitsvoraussetzung wird ein gültiges Rechtsgeschäft wieder hinfällig. Insbesondere stößt ein nachträglicher Verlust der Geschäfts- oder Testierfähigkeit seine Wirksamkeit nicht um. *Quod rite perfectum est, infectum fieri nequit*.¹⁵ Der zu seiner Entkräftung erforderliche Beweis für die Behauptung, der Kontrahierende oder Verfügende sei bereits damals nicht zurechnungsfähig gewesen, ist um so schwerer zu erbringen, je mehr Zeit

¹³ Eingehend erläutert von WACKE, *Plus est in re quam in existimatione* (Die Realität gilt eher als die Vorstellung): Zur Relevanz vermeintlicher Wirksamkeitshindernisse, TRG 64 (1996) 309-357.

¹⁴ WACKE, *Errantis voluntas nulla est*: Grenzen der Konkludenz stillschweigender Willenserklärungen, Index 22 (Napoli 1994) 267-292.

¹⁵ *Neque testamenta recte facta neque aliud ullum negotium recte gestum postea furor interveniens peremit*: Inst. Just. 2,12,1 i. f. Nachträglicher Eintritt der Testierunfähigkeit (etwa durch Verstummen) oder nachträgliche Zeugnisunfähigkeit eines Testamentszeugen sind unschädlich, D. 28,1,6,1; D. 28,1,22,2. Späterer Wahnsinn eines Ehegatten löst seine gültig eingegangene Ehe nicht auf: Pauli Sent. 2,19,7; verallgemeinernd Gordianus C. 5,6,3 pr. Weitere Belege bei D. LIEBS, lateinische Rechtsregeln (7. Aufl. 2007) Nr. F 8.

seitdem verstrichen ist. – Folgerichtig wird umgekehrt ein nichtiges Rechtsgeschäft mit dem späteren Wegfall des Nichtigkeitsgrundes nicht etwa automatisch gültig;¹⁶ dazu bedarf es vielmehr dessen erneuter Vornahme (§ 141 BGB; unten VI 3).

Diese neuzeitliche Denkweise ist uns so in Fleisch und Blut übergegangen, dass wir sie als selbstverständlich empfinden. Sie ist uns dermaßen zur „zweiten Natur“ geworden, dass uns daran nichts Bemerkenswertes mehr auffällt. GMÜR ist beizupflichten, dass diese Sicht durchaus römischem Rechtsdenken entspricht und stark auf seinem Einfluss beruht. Um andere Erfahrungen zu machen, muss man sich wie GMÜR in von römischem Recht unbeeinflusst gebliebene Quellen vertiefen. Insoweit war seine Vorgehensweise völlig sachgerecht. Es ist kein Zufall, dass GMÜR als Vertreter der juristischen Germanistik das Besondere unserer heutigen dogmatischen Denkweise aufspürte und erstmals beschrieb.

2. Vor der Schaffung öffentlicher Grundstücksregister zwecks Verbriefung erworbener Rechte mussten für deren Erhaltung hingegen die Parteien unter erheblichen Erschwernissen und Opfern selbst Sorge tragen. Dies schildert unter dem Stichwort ‚Iteration‘ ausführlich und quellennah HANS HATTENHAUER:¹⁷

[373] „Wie sehr das Problem der Mobilisierung des Bodens und die Frage nach der Berechtigung, dem Inhalt und den Grenzen der Verfügungsmacht noch das mittelalterliche Recht bewegt, zeigt sich an dem Schicksal, das die Verfügungen nach ihrem Vollzug erfahren. Die Frage, ob die Verfügung Bestand haben wird, ist auch dann noch nicht entschieden, wenn die Vertragsparteien alles ihnen erforderlich Dünkende mit aller Sorgfalt getan haben. Auch die einmal getroffene Verfügung bleibt trotz Einhaltung aller Formerfordernisse in ihrem Bestand bedroht. Die Sorge der Parteien um den Bestand der Übereignung reicht über den Vollzug des Übereignungsgeschäftes hinaus. Insbesondere die Erwerber müssen fürchten, dass doch noch irgendetwas sich ereignen wird, was die erlangte Rechtsposition schwächen oder in Frage stellen könnte. Und in der Tat ereignen sich solche Angriffe auf die Verfügung und machen es notwendig, dass die Erwerber ihre Rechte verteidigen und ihr bedrohtes und wankendes Eigentum wieder fest machen, bestätigen lassen müssen.“

Nach Hattenhauers plausibler Vermutung wird zwar die Mehrzahl der Grundstücksverfügungen im mittelalterlichen Recht unangefochten geblieben sein, besonders soweit sich schon eine feste Auflassungs- und Beurkundungspraxis gebildet hatte, wie in den prosperierenden süddeutschen Städten, wo Rat und Schultheiß schon durch ihre amtliche Autorität der Verfügung den Bestand sichern konnten. HATTENHAUER schildert jedoch genügend

¹⁶ Der 1. BGB-Entwurf enthielt hierüber in § 109 eine ausdrückliche (jedoch später als selbstverständlich wieder gestrichene) Vorschrift; vgl. DORN in HKK I §§ 139-141 BGB Rz. 47.

¹⁷ H. HATTENHAUER, Die Entdeckung der Verfügungsmacht: Studien zur Geschichte der Grundstücksverfügung im deutschen Recht des Mittelalters (Kiel 1969) 121 ff. GMÜR zitiert S. 322 eine andere Stelle aus Hattenhauers Schrift in anderem Zusammenhang. Als antipodisches Gegenmodell zu seiner Lehre vom Rechtswirkungsdenken ließ GMÜR sich die folgende Schilderung jedoch entgehen.

Gegenbeispiele, in denen Grundstückskäufer ihr Recht nicht in Frieden genießen konnten. In solchen Fällen beriefen sich die Verkäufer nicht etwa auf Irrtum, Täuschung oder Verkürzung des Preises (*laesio enormis*). Beide Parteien fühlten sich vielmehr genötigt, die vollzogene Verfügung zu einem späteren Zeitpunkt zu wiederholen, zu erneuern, zu bestätigen. Solche dem Urkundenforscher häufig begegnenden Iterationen müssten dem modernen Juristen fremdartig anmuten, schreibt HATTENHAUER (S. 122). In der Tat hätten wiederholte Auflassungen desselben Grundstücks unter denselben Parteien aus heutiger Perspektive (getragen vom Rechtswirkungsdenken) keinen Sinn. Der mittelalterliche Geschäftsverkehr musste aber offenbar befürchten, dass einmalige Auflassung nicht genügen könnte, dass ihr vielmehr (nach dem Prinzip „doppelt hält besser“) um so größere Kraft gesichert werden könne, je öfter sie vorgenommen würde.¹⁸ Darum werden Grundstücksverfügungen zuweilen kurz nacheinander unter denselben Parteien an verschiedenen Orten unter Aufruf eines anderen Zeugenkreises vorgenommen. Nicht selten aber ist nach der ersten Verfügung auch ein längerer Zeitraum von mehreren Jahren verstrichen. Inhaltlich werden dabei in der Regel keine neuen Grundstücksverfügungen vorgenommen. Das Urkundenmaterial lässt jedoch erkennen, dass der wiederholten Verfügung zwischenzeitliche Streitigkeiten und Kämpfe vorausgingen. Nur im Wege des Vergleichs vermochte sich der Erwerber der Angriffe von der Veräußererseite zu erwehren; und das kostete ihn zusätzliche Vermögensopfer. In einem von HATTENHAUER S. 131 ff. beschriebenen Falle hatte das Kloster Marchtal unter Mitwirkung des Grafen von Tübingen als Zeugen eine Wiese für 30 Pfund Haller erworben. Der Sohn des Veräußerers erreichte in einem mit fadenscheiniger Begründung angestregten Prozess, dass ihm das Kloster nochmals 23,5 Pfund Haller zahlen musste. Um [374] sich den Erwerb der Wiese zu erhalten, musste das Kloster damit noch einmal fast so viel wie den ursprünglich vereinbarten Kaufpreis (zusammen nahezu das Doppelte) entrichten, obwohl der Sohn des Veräußerers einräumte, dass er infolge der Veräußerung durch seinen Vater doch gar kein Recht mehr an der Wiese hatte.

Durch Beispruchs- und Retraktrechte der Anverwandten sowie durch die Gefahr von Zweitverfügungen zugunsten Anderer war ein dauerhafter Grundstückserwerb im Mittelalter nicht gesichert. Die Verfügungsmacht über Grundbesitz war gewissermaßen noch nicht „entdeckt“. Die Iterationen (Festigungen, „Stätungen“) sind Ausdruck der Unsicherheit, des mangelnden Vertrauens in den dauernden Bestand des Erwerbs.¹⁹ Sie gründen sich auf die Furcht, dass die alte Verfügung

¹⁸ Von einer nicht weniger als viermaligen Auflassung desselben Hofes an dieselben Erwerber handelt eine von HATTENHAUER S. 122 f. angeführte Urkunde: Ein Sohn lässt den bereits dreimal von seiner Mutter aufgelassenen Hof noch ein viertes Mal für sich und seinen Bruder auf. Auch den weiteren von HATTENHAUER S. 122 ff. angeführten Quellenbelegen fehlen leider genauere Jahresangaben.

¹⁹ HATTENHAUER 124 f., im Anschluss an die Beobachtungen von H. KRAUSE, Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht, ZRG (Germ. Abt.) 75 (1958) 206 ff.

mit dem Zeitablauf, vor allem infolge der *labilitas memoriae*, ihre Kraft verlieren, dahinwelken könnte. Deren Schwächung sollten die Iterationen entgegenwirken.

3. Das von HATTENHAUER an Hand meisterhafter Exegesen eindrucksvoll geschilderte Kontrastbild lässt uns ermessen, wie segensreich die Einrichtung der öffentlichen Grundstücksregister war.²⁰ Sie gewährleisteten nicht nur die Zuverlässigkeit des Grundstücksverkehrs, sondern bildeten auf diesem Sektor zugleich die Voraussetzung für ein präzises Rechtswirkungsdenken. Spätere Maßnahmen zur Bekräftigung einmal getroffener Verfügungen sind nicht mehr vonnöten. Eine Verdunkelung der Rechtslage steht nicht mehr zu befürchten, denn die Verbücherung sichert dem Recht dauerhaft zweifelsfreien Bestand.²¹

Doppelte Vertragsabschlüsse über denselben Gegenstand kommen unter denselben Parteien darum heute kaum noch vor.²² Wenn sich nach Eingehung eines formnichtigen Grundstücksverkaufs der Verkäufer später zu einem erneuten, formgerechten Abschluss erbietet, dann ist sein Entgegenkommen oft nicht ohne einen Preisaufschlag zu erlangen.²³

III. Rechtswirkungen auslösende Ereignisse, insbesondere Gesetze

[375]

1. Von welchen rechtserzeugenden Kräften können Wirkungen ausgehen?²⁴ In erster Linie von Normen, heute ganz überwiegend von Gesetzen. Sie werden verbindlich ab dem darin festgesetzten Datum des Inkrafttretens.²⁵ Bei Gewohnheitsrecht bleibt hingegen der Zeitpunkt, von dem ab es seine verbindliche Kraft entfaltet, naturgemäß diffus.

Dass Gesetze hingegen nicht auf in der Vergangenheit abgeschlossene Tatbestände zurückwirken dürfen, ist ein alter, bereits in den römischen Quellen verankerter Grundsatz.²⁶

²⁰ Zur Entwicklung des Grundbuchwesens siehe den Überblick bei MünchKomm./WACKE (4. Aufl. 2004) Rz. 11-13 Vor § 873 BGB. – Die Vernachlässigung der Grundbücher in der ehemaligen DDR bildete bekanntlich einen wesentlichen Hemmschuh für den Wiederaufbau in den neuen Bundesländern nach der historischen Wende von 1989.

²¹ MünchKomm./WACKE (Fn. 20) § 902 BGB Rz. 1 ff. – Mit der Registrierung wurde auch ein anderes, aus dem Lehnswesen herrührendes Verfahren zur Anerkennung der Oberhoheit eines Anderen obsolet, obschon es heute noch praktiziert wird: die Verpachtung von Grundstückspartellen an einen Nachbarn zur Pflege und Nutzung gegen einen symbolischen Pachtzins von beispielsweise 1 Mark.

²² Allenfalls aus Versehen, wenn beispielsweise ein Vertreter und der Vertretene ohne voneinander zu wissen denselben PKW an denselben Interessenten zu unterschiedlichen Konditionen veräußern. Dazu JOH. BRAUN, AcP 193 (1993) 556-566; DERS., Doppelt gemoppelt hält nicht besser, Jura 1993, 609-612.

²³ So war es im Falle des OLG Frankfurt/M., DNotZ 1995, 539; dazu A. WACKE, Vorgemerakter Schwarzkauf und Bestätigung oder Novation, DNotZ 1995, 507-516.

²⁴ Die Denkformen über Entstehen, Änderung und Außerkrafttreten von objektivem Recht erörtert GMÜR anhangsweise cursorisch auf S. 353-355.

²⁵ Ihr Erlass, ja schon die Beratungen können allerdings bisweilen schon im Vorwege das Verhalten der Betroffenen steuern: M. KLOEPFER, Vorwirkungen von Gesetzen, München 1974.

²⁶ Ulpian D. 1,3,22: *Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat*: „Verzeiht ein Gesetz etwas für die Vergangenheit, dann verbietet es für die Zukunft.“ Dieser Umkehrschluss überzeugt freilich nicht restlos. Deutlicher äußert sich dazu die Accursische Glosse durch Umstellung der Worte: *Lex in futurum vetat, in praeteritum indulget*.

Ein Gesetz darf nicht janusköpfig sein: *Lex prospicit, no respicit*. Denn erst nach der Verkündung gehörig publizierter Gesetze können sich die davon Betroffenen in ihrem Verhalten danach richten. *Lex retro non agit*, lautet eine namentlich in der gegenwärtigen polnischen Judikatur häufig angeführte (außerhalb Polens in dieser Form wenig bekannte) Parömie.²⁷

Das Rückwirkungsverbot gilt heute namentlich im Steuerrecht.²⁸ Älter ist im Strafrecht die auf Feuerbach zurückgehende Maxime *Nulla poena sine lege*.²⁹ Im antiken Rom galt das Erfordernis der gesetzlich vorbestimmten Strafe jedoch nur für den Kernbereich der vorsätzlich verübten Kapitalverbrechen oder *crimina publica*. Zur Ahndung weiterer Vergehen (besonders von Fahrlässigkeitstaten)³⁰ hatten die Gerichtsmagistrate eine darüber hinausgehende, ihrem pflichtgemäßen Ermessen anvertraute Strafkompetenz.³¹ Bei besonders [376] schwerwiegenden Verbrechen konnten sie zur Abschreckung Anderer das gesetzlich bestimmte Strafmaß auch verschärfen.³² Die Zweigleisigkeit der auf Gesetz beruhenden *crimina ordinaria* und der auf magistratischer Amtsgewalt der Imperiumsträger aufbauenden *crimina extraordinaria* gelangte mit der Rezeption des römischen Rechts auch in die deutschen Territorien. Vor dem rechtsstaatlichen Postulat der gesetzlich vorbestimmten Strafe (Art. 104 Abs. 1 GG) kann die Kategorie der extraordinären Strafen aber nicht bestehen. Heute gilt weitergehend auch das Prinzip „kein Bußgeld ohne Gesetz“ (§ 3 Ordnungswidrigkeitengesetz).

Aus dem Rückwirkungsverbot von Gesetzen lässt sich ableiten, dass auch das Vertrauen in deren *Auslegung* durch die Rechtsprechung des Schutzes bedarf. Wesentliche Änderungen in der obergerichtlichen Judikatur sollten darum ebenfalls nicht zurückwirken.³³

Manche Einzelgesetze beschränkten ihre Geltung ausdrücklich auf künftige Fälle, z. B. die *lex Falcidia* (von 40 v. Chr.) auf Testamentserrichtungen *post hanc legem rogatam* (D. 35,2,1 pr.). G. BROGGINI, La retroattività della legge nella prospettiva romanistica, in: *Studia et Documenta Historiae et Iuris [SDHI]* 32 (1966) 17 ff. = BROGGINI, *Coniectanea* (1966) 343 ff., bes. S. 360 ff.; auch BROGGINI, Retroactivity of Laws in the Roman Perspektive, *Irish Jurist* 1 (1966) 151-170.

²⁷ W. WOŁODKIEWICZ, *Lex retro non agit*: Un brocardo nella giurisprudenza polacca, in: *Iuris vincula, Studi in onore di M. Talamanca VIII* (Napoli 2001) 465-477, mit reichen Lit.-angaben. Die Maxime geht zurück auf eine Glosse des Azo zu C. 1,14,7. Nach dieser spätantiken Konstitution von Theodosius und Valentinian gelten Gesetze und Kaisererlasse zweifellos nur für künftige Geschäfte, nicht für bereits in der Vergangenheit abgeschlossene – allerdings mit der Einschränkung: falls nicht für noch schwebende Geschäfte etwas anderes bestimmt wird.

²⁸ STEFAN WEINHEIMER, *Steuerliche Rückwirkung*, 1991. Allgemeiner CHR. ZIMMERLI, *Das Verbot rückwirkender Verwaltungsgesetze*, 1967.

²⁹ H.-L. SCHREIBER, *Gesetz und Richter: Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen sine lege*, Frankfurt/M. 1976, rezensiert von RICHTER, *JZ* 1977, 766.

³⁰ A. WACKE, *Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht*, *RIDA* 26 (1979) 505 ff., 528 f.

³¹ Grundlegend H. SIBER, *Analogie, Amtsrecht und Rückwirkung im Strafrecht des römischen Freistaats* (Sächs. Akad. Wiss., phil.-hist. Kl. 43 Nr. III, 1936, 24 ff.); E. LEVY, *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht*, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano [BIDR]* 45 (1938) 57 ff. = LEVY, *Gesammelte Schriften II* (1963) 433 ff.

³² Etwa für Straßenräuber und Banditen in D. 48,19,28,15. WACKE, *Die Zwecke der Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen*, *Festschrift Ulrich Weber* (Bielefeld 2004) 155-192, 170 ff.; stark erweiterte Fassung in: *Festschrift Imre Molnár* (Acta Univ. Szegediensis, Juridica et Politica 2004) 413-472, 432 ff.

³³ W. GRUNSKY, *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, 1970.

2. Einer kurzen Erwähnung bedürfen auch die Regeln über das Außerkräfttreten von Gesetzen. Falls keine ausdrückliche Aufhebung erfolgt, dann lautet die wichtigste Kollisionsregel, dass eine spätere inhaltlich widersprechende Vorschrift die frühere konkludent außer Kraft setzt: *Lex posterior derogat legi priori*.³⁴ Weniger präzise lässt sich der Zeitpunkt des Außerkräfttretens festlegen bei außer Gebrauch gekommener Anwendung (*desuetudo*, derogierendes Gewohnheitsrecht), insbesondere aufgrund der (umstrittenen) *Maxime Cessante ratione legis cessat lex ipsa*.³⁵

3. Auf einer anderen Einteilung beruht die aus dem römischen Recht bekannte Unterscheidung der Verbotsgesetze je nach ihrer Sanktion: *leges perfectae*, *minus quam perfectae* und *imperfectae*.³⁶ Perfekte Verbotsgesetze führten *ipso iure* zur Nichtigkeit eines gegen sie [377] verstoßenden Rechtsgeschäfts.³⁷ *Minus quam perfectae* Gesetze sahen für den Übertretungsfall bloß eine Strafe vor. Imperfekte enthielten gar keine Sanktion, sondern überließen ihre Durchsetzung einem Einschreiten des Magistrats.³⁸

4. Gesetzliche oder gerichtliche Veräußerungsverbote unterscheiden sich darin, ob ihnen zuwider vorgenommene Rechtsgeschäfte absolut nichtig (§ 134 BGB) oder bloß relativ zugunsten einer bestimmten Person unwirksam sind (§§ 135, 136 BGB). Die Verpflichtungs- und Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB über das Vermögen eines Ehegatten im ganzen oder über Haushaltsgegenstände im gesetzlichen Güterstand der sogenannten Zugewinnngemeinschaft deutet die ganz herrschende Ansicht als absolute Verbote. Damit erreicht man einen verstärkten Schutz der Familie, weil der Kontrahent des Verfügenden sich entgegen §§ 135 Abs. 2, 932 ff. BGB

³⁴ Nach Ulpian D. 9,2,1 pr. setzte z. B. die *lex Aquilia* (286 v. Chr.) alle früheren über widerrechtliche Schadenszufügung ergangenen Gesetze außer Kraft (*derogavit*). Allgemeiner Modestin D. 1,4,4; GMÜR 355; UDO WOLTER, *Ius canonicum in iure civili* (1975) 44 f.; DIRK HECKMANN, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen* (Tübingen 1997) 159 ff.; ein weiterer Hinweis bei HOLZHAUER, *Beiträge* (o. Fn. 12) 59.

³⁵ H. KRAUSE, *ZRG kan. Abt. 77* (1960) 81 ff.; B. BIONDI, *Scritti di diritto romano IV* 3-7; H. SCHNEIDER, *Gesetzgebung Rz.* 559; MünchKomm./SÄCKER, *BGB I* (4. Aufl. 2001), *Einleitung Rz.* 129; BERNHARD BAYER, *Cessante ratione legis cessat lex ipsa: Die Freiheit des Menschen und die Beendigung gesetzlicher Pflichten* (Diss. phil. Düsseldorf 1995); PETER BAUMEISTER, *Das Rechtswidrigwerden von Normen* (Berlin 1996) 312 ff.; HECKMANN (Fn. 34) 421 ff.

³⁶ M. KASER, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht* (Akad. Wien 1977) 9 ff.; J. PANSEGRAU, *Die Fortwirkung der römischrechtlichen Dreiteilung der Verbotsgesetze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts: Zur Vorgeschichte des § 134 BGB* (Göttingen 1989).

³⁷ So grundsätzlich heute § 134 BGB. Ein Beispiel aus dem römischen Recht: das (ungeschriebene) Verbot von Schenkungen unter Ehegatten. Es erstreckte sich (weit) auch auf Angehörige beider Ehegatten, siehe MISERA, *SZ* 93 (1976) 33-59.– Die von Amts wegen beachtliche Nichtigkeitsfolge bedurfte nicht stets der ausdrücklichen Anordnung im Gesetzestext; sie konnte sich auch durch dessen Auslegung ergeben, wie im Falle der *lex Falcidia de legatis*. Nur bei unteilbaren Vermächtnissen bedurfte es dort zur Geltendmachung der Falzidischen Quart einer *exceptio doli*; siehe WACKE, *Die Rechtswirkungen der lex Falcidia*, in: *Studien im römischen Recht*, M. Kaser gewidmet (Hamburg 1973) 209-251.

³⁸ Vor allem mittels *exceptio* oder *denegatio actionis*. Die Abgrenzung der drei Kategorien ist zuweilen zweifelhaft. Das Verbot der Darlehnsverleihung an Hauskinder nach dem Macedonianischen Senatsbeschluss war meines Erachtens eine atypische *lex perfecta*: WACKE, *SZ rom. Abt. 112* (1995) 293 ff. (295) m. weit. Nachw.

nicht auf seinen guten Glauben berufen kann. Die ohne Einwilligung des Ehepartners veräußerte Sache wird jedoch nicht wie eine abhanden gekommene gemäß § 935 BGB verkehrsunfähig. Der Kontrahent des verbotswidrig veräußernden Ehegatten kann die Sache gemäß §§ 932 ff. BGB an einen redlichen Zweiterwerber wirksam weiterveräußern. – Entsprechend § 135 Abs. 1 BGB ist nach § 883 Abs. 2 BGB einem vorgemerkten Gläubiger gegenüber eine seinen Anspruch vereitelnde oder beeinträchtigende Verfügung (relativ) unwirksam.

Die von § 135 BGB angeordnete relative Unwirksamkeit ist erst jüngeren Datums; sie geht auf die Mitglieder der 1. BGB-Kommission WINDSCHEID und KURLBAUM zurück, die einen von GEBHARD in der Vorkommission unterbreiteten Regelungsvorschlag einschränkten.³⁹ Dem römischen Recht war eine relative Unwirksamkeit offenbar nicht bekannt.⁴⁰ [378] Was man außerhalb Deutschlands als ‚relative Unwirksamkeit‘ bezeichnet, heißt bei uns Anfechtbarkeit.⁴¹

5. Weiter zu fragen wäre nach der Wirkung anderer Staatsakte, von Verwaltungsakten (die wir hier beiseite lassen), von Gerichtsurteilen und von Vollstreckungsakten. Der Zuschlag in der Zwangsvollstreckung soll nach herrschender Meinung als Hoheitsakt dem Ersteigerer ohne Rücksicht auf seine Redlichkeit originär unangreifbares Eigentum verschaffen.⁴²

IV. Die Wirkungen von Rechtsgeschäften im Überblick

„Welche Wirkung hat dies?“, gehört zu den Standardfragen im juristischen Examen. Zur Beantwortung haben sich bestimmte Begriffspaare als *termini technici* eingebürgert, besonders:

inter partes – inter omnes,

ex tunc – ex nunc,

konstitutiv – deklaratorisch,

³⁹ Eingehende Darstellung der Entstehungsgeschichte bei DORN in HKK I §§ 134-137 Rz. 31 ff., 34 (mit Lit. vor Rz. 28). Einen nützlichen Überblick bietet ROLAND MICHAEL BECKMANN, Nichtigkeit und Personenschutz: Parteibezogene Einschränkungen der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften (Tübingen 1998) 33 ff. Die dortigen Lit.-angaben zur Rechtsgeschichte befinden sich allerdings nicht ganz auf dem aktuellen Forschungsstand.

⁴⁰ Als einen solchen Fall betrachtete man früher das gegen den Ehemann gerichtete Veräußerungsverbot am Dotalgrundstück nach der *lex Iulia de fundo dotali* zugunsten der Ehefrau, s. die Lit. bei KASER, RP I (2. Aufl. 1971) 334 Fn. 18. Nach D. 41,3,42 (*venditio non valet*) war der verbotswidrige Verkauf jedoch nichtig, s. WACKE, TRG 39 (1971) 270 ff. Mir zustimmend seither KASER, Über Verbotsgesetze (o. Fn. 36) 56 f.; DERS., Römisches Privatrecht (Kurzlehrbuch), etwa 15. Aufl., Lit.-Nachtrag zu § 9 I. Vgl. heute KASER/KNÜTEL (17. Aufl. 2003) § 9 Rz. 2.

⁴¹ Auch die (mittels Konvaleszenz) heilbarer Nichtigkeit nennt man in Italien bisweilen *invalidità relativa*. Gegen diesen insoweit irreführenden Begriff zutr. KASER, RP I 248 Fn. 21. Die terminologische Unsicherheit ist auf die im 19. Jh. auch in Deutschland noch weit verbreiteten Unklarheiten über die abgeschwächten Folgen der Nichtigkeit zurückzuführen, s. DORN im HKK I §§ 134-137 Rz. 31 Abs. 2.

⁴² Der herrschenden Ansicht wird mit Recht widersprochen. Sie lässt insbesondere außer Acht, dass gemäß § 135 Abs. 1 S. 2 BGB im Wege der Zwangsvollstreckung ergehende Verfügungen den rechtsgeschäftlichen gleichstehen und wie diese relativ unwirksam sein können, also keine größere Bestandskraft entfalten als rechtsgeschäftliche Verfügungen. Vgl. DORN in HKK I §§ 134-137 Rz. 38.

ipso iure (von Rechts wegen) – nur einredeweise (*per exceptionem*),
absolut – relativ (dazu bereits oben III 4).

Unter den Erwerbsarten unterscheiden wir ferner zwischen abgeleitetem (derivativem) und ursprünglichem (originärem) Erwerb. –

Kennern (wie besonders unserem Jubilar) wird ein solcher Überblick elementar anmuten. Für ein fruchtbares Denken in Rechtswirkungen ist eine präzise Unterscheidung ihrer diversen Arten jedoch grundlegend. Abweichend von den Lehrbuchdarstellungen gehen wir bei den folgenden Gruppierungen gewissermaßen „von hinten“ vor und ordnen die Fälle nicht nach Voraussetzungen, sondern nach ihren Wirkungen. Schon hier sei erwähnt, dass die Unterscheidung zwischen *ipso iure* und *per exceptionem* bei den Nichtigkeitsgründen den römischen Juristen sehr geläufig war. Die Kategorienbezeichnungen *inter partes* bzw. *inter omnes* und *ex tunc* bzw. *ex nunc* kommen jedoch in der Terminologie der klassischen Juristen ausweislich des *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* nicht vor. Aus Raumgründen müssen wir unsere Betrachtungen auf diese beiden wichtigsten Dichotomien konzentrieren.

V. Wirkungen *inter partes* oder *erga omnes*

[379]

1. Verfügungen eines Berechtigten wirken *inter omnes*, denn sie sind unmittelbar gerichtet auf die Übertragung, Belastung, Inhaltsänderung oder Aufhebung eines Rechts.⁴³ Schuldverträge wirken hingegen bloß *inter partes*.⁴⁴ Das Kennwort „*lex contractus*“⁴⁵ beschreibt in Kurzform deren Wirkung: Sie entfalten eine ähnliche Bindungskraft⁴⁶ wie Gesetze, allerdings nur unter den Kontrahenten. Im Code civil lautet der erste Artikel (Nr. 1134 Abs. 1) über *l'effet des obligations*: „Les conventions légalment formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.“ Ähnliches vernimmt man aus Art. 1091 von Spaniens Código civil: „Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.“ Italiens Codice civile ordnet in Art. 1371 übereinstimmend an: „Il contratto ha forza di legge tra le parti.“

Aus der reinen *inter partes*-Wirkung von Kaufverträgen nach deutschem (wie schon nach antikem römischem) Recht (§ 433 BGB) folgt, dass ich mich zwei verschiedenen Käufern gegenüber

⁴³ Zur Herkunft des im Rahmen der Beratungen zum BGB eingeführten Begriffs „Verfügung“ siehe die Angaben bei GMÜR S. 222; weiter CHR. BERGER (Fn. 48) S. 7 ff. Der französische Ausdruck *acte de disposition* deckt sich damit nicht. In Frankreich versteht man darunter Rechtsgeschäfte, die den Wert eines Gegenstandes betreffen oder ihn einer Vermögensmasse entziehen. Vgl. SUSANNE KAISER (u. Fn. 87) § 8 A II.

⁴⁴ HORST EBERHARD HENKE, Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses: Wie relativ ist eigentlich das Band zwischen Gläubiger und Schuldner? (Berlin 1989); rezensiert von JÜRGEN SCHMIDT, AcP 190 (1990) 650 ff.

⁴⁵ Ursprünglich als einseitige Festlegung verstanden: KASER, RP I 229 (§ 56 II 3); FR. WIEACKER, Römische Rechtsgeschichte I (1988) 277 f.

⁴⁶ *Lex* = Bindung. Zur Etymologie WIEACKER 278.

zur Übereignung derselben Sache verpflichten kann. Kenntnis vom ersten Verkauf schadet dem zweiten Käufer nicht, soweit er nicht sittenwidrig zum Schaden des ersten Käufers handelt (§ 826 BGB). Der Wettbewerb um den ersten Erfüllungszugriff steht beiden Käufern frei; der erste genießt keinen Vorrang (kein *ius ad rem*).⁴⁷ In Frankreich und Italien geht an Speziessachen hingegen bereits mit dem Abschlusse des Kaufvertrages ohne Übergabe und Preiszahlung das Eigentum auf den Käufer über. Die Kollision zweier Ansprüche auf Übereignung ergibt sich dort nicht. Bei einem zweiten Verkauf handelt ein noch im Sachbesitz befindlicher Verkäufer als Nichtberechtigter. Der zweite Käufer wird Eigentümer, sobald ihm die Sache übergeben wird und er dann noch redlich ist (Art. 2278 Code civil).

2. Unter der Verfügungsmacht versteht man das rechtliche Können, über einen Gegenstand mit Wirkung *erga omnes* zu disponieren, dessen Zuordnung zu einer Person zu ändern. Einzelvertragliche Beschränkungen dieser Verfügungsbefugnis wirken naturgemäß nur **[380]** *inter partes*. Aus diesen Prämissen ergibt sich zwangsläufig, dass die Verfügungsmacht durch Privatabrede nicht mit dinglicher Wirkung beschränkt werden kann (§ 137 Satz 1 BGB).⁴⁸

Dritten gegenüber entfalten Verträge demnach grundsätzlich keine Wirkung.⁴⁹ Italiens zitiertes Art. 1371 Codice civile wird im Abs. 2 ergänzt um den (selbstverständlichen) Zusatz: „Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi...“. Unzulässig sind gewiss Verträge zu Lasten Dritter. Zum Vorteile Dritter sind Verträge hingegen unbedenklich, solange dem Dritten die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung des Vorteils freisteht (§ 333 BGB). Denn auch Vorteile dürfen Dritten nicht ungewollt aufgedrängt werden.⁵⁰ Im römischen Recht waren echte Verträge zugunsten Dritter nicht zugelassen: *Alteri stipulari nemo potest*.⁵¹ Bei unechten Verträgen zugunsten Dritter

⁴⁷ Zur Herkunft der Unterscheidung zwischen *ius in re* und *ius ad rem* siehe G. WESENER, Festschr. Niederländer (1991) 195 ff. Als Vorstufe zum *ius in re*, nämlich als Anwartschaft auf Pfründen, stammt der Begriff *ius ad rem* vermutlich aus dem kanonischen Recht. Vom langobardischen Lehnsrecht wurde der Begriff übernommen.

⁴⁸ RÜDIGER LIEBS, Die unbeschränkbare Verfügungsbefugnis, AcP 175 (1975) 1 ff.; insbes. CHR. BERGER, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen (Tübingen 1998) passim; zum Freiheitsgehalt des § 137 BGB namentlich S. 86 ff. Zu den Schranken für eine Verdinglichung im Einzelfall S. 106 ff. Einen vorzüglichen zusammenfassenden Überblick über die legislativen Zwecke des § 137 BGB bringt JÜRGEN KOHLER in Staudingers Kommentar (2003) Rz. 3-11. – Eine dingliche Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Verfügungsbeschränkungen hielt M. KASER hingegen im römischen Recht für möglich, s. namentlich KASER, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen etc., Festgabe Sontis (1977) 18 ff. = KASER, Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode (1986) 180 ff. Dagegen (ausgehend von einem Spezialfall) WACKE, Ein Verfügungsverbot des römischen Verpfänders? etc., Iura 24 (Napoli 1973) 184-196; DERS., Verpfändung und Veräußerungsfreiheit, SZ 115 (1998) 190 ff. Die Frage bedarf erneuter Überprüfung.

⁴⁹ Daraus folgt auch die Unzulässigkeit einer *exceptio ex iure tertii*: HENKE (Fn. 44) 45 ff. Die Frage, inwieweit rechtsgeschäftliche Abmachungen die Interessen Dritter berühren können, erörtert eingehend KLAUS PETER MARTENS, AcP 177 (1977) 113-188.

⁵⁰ Vgl. § 516 Abs. 2 BGB. *Invito beneficium non datur* (D. 50,17,69). *Non potest liberalitas nolenti adquiri* (D. 39,5,19,2). *Beneficia non obtroduntur*. A. WACKE, Europäische Spruchweisheiten über das Schenken, in: R. Zimmermann/R. Knütel/J. P. Meincke (Hg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (Heidelberg 1999) 336 ff.

⁵¹ KASER, RP 491 m. Fn. 30. Nur im Ergebnis ähnlich wie ein Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall wirkte nach einem Reskript des Antoninus Pius (D. 30,77) das *beneficium a debitore relictum*: die Weisung an einen Schuldner, an

musste sich der Gläubiger die Leistungserbringung an den Dritten in Gestalt eines bedingten Vertragsstrafeversprechens zusichern lassen.⁵²

3. Die *Zession* einer Forderung hatte nach römischem Recht (abweichend von § 398 BGB) keine rechtsübertragende Wirkung *inter omnes*. Der „Zessionar“ galt bloß als ermächtigt, die Forderung einzuziehen.⁵³ Eine Forderungsübertragung zu vollem Recht entwickelte sich [381] nach zähem Ringen erst mit der Liberalisierung aller Rechtsgüter im Zuge der Industriellen Revolution.⁵⁴

Erst nach anerkannter Abtretbarkeit entstand ein Bedürfnis für ein vertraglich vereinbartes Abtretungsverbot oder *pactum de non cedendo*. Es hat im internationalen Vergleich unterschiedliche Wirkungen.⁵⁵ In den für das 19. Jh. maßgeblichen Monographien über die Zessionslehre von C. F. MÜHLENBRUCH (3. Aufl. 1836, S. 327) und ALBERT SCHMID (Bd. 2, 1866, S. 394) wurde dem Abtretungsverbot (ebenso wie dem *pactum de non alienando* im späteren § 137 BGB) bloß relative (obligatorische) Kraft beigelegt („darf nicht“). Die später in § 399 Fall 2 BGB geregelte absolute (dingliche) Wirkung („kann nicht“) geht auf C. F. F. SINTENIS, L. SEUFFERT und B. WINDSCHEID zurück.⁵⁶

4. Mit der *inter partes*-Wirkung von Verträgen ist ihre grundsätzliche *Vererblichkeit* vereinbar. Ihre Bindungswirkung überlebt im allgemeinen des Tod eines Kontrahenten; sie überträgt sich auf seine Erben. Zur *Universalsukzession* (§ 1922 Abs. 1 BGB: *successio in omne* oder *universum ius defuncti*)⁵⁷ gehört der Eintritt in Forderungen und Verbindlichkeiten des Verstorbenen.⁵⁸ Das wirkt sich namentlich bei Dauerschuldverhältnissen aus; im historischen

einen Dritten statt an den Erben zu leisten. Der Begünstigte stützte dort seinen Anspruch jedoch auf das letztwillige *fideicommissum*, nicht auf einen Vertrag, und der Erblasser konnte es jederzeit widerrufen. Dazu WACKE, TRG 39 (1971) 257 ff.; erweiterte Fassung auf italienisch in Iura 46 („1995“, aber 2000) 21-45.

⁵² Hierher gehört auch der Fall von D. 2,14,36; dazu WACKE, Ein pactum zur Grundstücksherausgabe an einen Dritten, in: Pacte, Convention, Contrat, Mélanges B. Schmidlin (Genf 1998) 147 ff.

⁵³ Und zwar seit einem Reskript des Antoninus Pius (D. 2,14,16 pr.) im eigenen Namen. A. WACKE, Übertragbarkeit des iuris vinculum mittels Zession? Studi in onore di M. Talamanca VIII (Napoli 2002) 333-380, bes. 342 ff.

⁵⁴ WACKE (vorige Fn.) 370 ff. Viel zu früh weist TH. OLECHOWSKI, Art. Abtretung der Forderung, HRG I (2. Aufl. 2004) 52 die Zession der Substanz nach bereits der römischen Spätclassik zu.

⁵⁵ Aktuelle rechtsvergleichende Hinweise bei WACKE aaO 373 Fn. 101; H. EIDENMÜLLER, Die Dogmatik der Zession vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung, AcP 204 (2004) 457, 464 ff. Nach dem 1994 in unser HGB eingefügten § 354a ist bei Geldforderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften eine verbotswidrige Abtretung wirksam, der Schuldner darf aber an den Altgläubiger leisten.

⁵⁶ Einzelnachweise bei D. WILLOWEIT, Das obligatorisch wirkende Zessionsverbot, Festschrift J. Gernhuber (1993) 549, 552 f. – Für Grundschulden verneint MAURER, JuS 2004,1045 ff. die Zulässigkeit eines Abtretungsausschlusses mit dinglicher Wirkung analog § 399 Fall 2 BGB (streitig).

⁵⁷ KASER, RP I 673.

⁵⁸ Der Erbe repräsentiert den Erblasser; darum ist er nicht „Dritter“. Als Fortsetzung der Persönlichkeit des Verstorbenen ist diese Sukzession jedoch nicht zu deuten. Das ist sehr umstritten; wie hier KASER (vorige Fn.); WACKE, SZ 115 (1998) 447 ff. gegen D. SCHANBACHER, Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht (Berlin 1987) 126-132, je mit zahlreichen Nachweisen; PETER A. WINDEL, Über die modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall (Heidelberg 1998) 195 ff. In Frankreich ist die Theorie der Persönlichkeitsfortsetzung herrschend, SUSANNE KAISER (u. Fn. 87)

Rückblick war jedoch nicht immer der Erbe z. B. an eine langfristige Vermietung gebunden.⁵⁹ Im römischen Geschäftsverkehr wurde darum öfters ausdrücklich hervorgehoben, dass auch der Erbe gebunden bzw. berechtigt sein solle. Diese Klarstellung erlaubte jedoch keinen Umkehrschluss. Waren Erben (und andere Rechtsnachfolger) nicht [382] besonders genannt, so trat nicht jede Vereinbarung automatisch mit dem Tode außer Kraft; das Erlöschen musste auch dem beiderseitigen Willen der Kontrahenten entsprochen haben (*quod actum est*). Der Übergang auf den Erben war im Zweifel zu vermuten; wer das Gegenteil behauptete, hatte dies zu beweisen.⁶⁰

Einzelne Obligationen können allerdings ihrem Wesen entsprechend unvererblich sein. Dies gilt für höchstpersönliche Ansprüche, etwa auf Dienstleistungen (vgl. § 613 Satz 1 BGB).⁶¹ Ein Auftrag erlischt dementsprechend mutmaßlich mit dem Tode des Beauftragten (§ 673 BGB), nicht aber mit dem Tode des Mandanten (§ 672 BGB). Nach römischem Recht war weitergehend ein *mandatum post mortem mandatoris* ungültig.⁶² Die aus dem englischen Recht stammende Regel *Actio personalis moritur cum persona* ist wenig aussagekräftig; anwendbar ist sie nämlich erst, nachdem geklärt ist, ob die in Betracht kommende *actio* eine *actio personalis* ist. Ansprüche auf Deliktsbußen (*actiones poenales*) waren nach römischem Recht generell passiv unvererblich, weil Bußen wie Strafen nur den Täter persönlich treffen sollen.⁶³ Ansprüche auf Schmerzensgeld und wegen Defloration waren vor ihrer Rechtshängigkeit bis vor wenigen Jahren auch aktiv unvererblich.⁶⁴

5. Eine Veräußerung der vermieteten (oder verpachteten) Sache regelte sich im römischen Recht nach der sauberen Unterscheidung zwischen relativen und absoluten Rechten. Einem rechtsgeschäftlichen Erwerber gegenüber konnte sich der Mieter nicht auf den mit dem Veräußerer

⁵⁹ Nach dem Sachsenspiegel (LandR III 77 § 1) und der Glosse dazu konnte ein Grundeigentümer sein Land ohne Zustimmung seiner bepruchsberechtigten Deszendenten weder veräußern noch über seinen Tod hinaus verpachten. Erst allmählich setzte sich der Grundsatz durch „Sterbetag bricht kein Geding“ (*mors locationem non solvit*): Belege bei WACKE, Festschrift Gernhuber (1993) 503 f. – Die *locatio* städtischer Grundstücke *in perpetuum* durch Munizipien gegen Zahlung eines Bodenzinses (*vectigal*) war schon im klassischen römischen Recht vererblich: Gaius 3,145; KASER, RP I 456.

⁶⁰ So wirkte ein *pactum de non petendo* nach Celsus D. 22,3,9 der Lebenserfahrung entsprechend im Zweifel auch zugunsten eines im *pactum* nicht genannten Erben des Schuldners. Die Prozessführung eines Prokurators hatte nach Julian D. 46,8,22,7 im Zweifel auch der Erbe der vertretenen Partei zu genehmigen. Siehe A. WACKE, SZ 121 (2004) 348 f. m. weit. Nachw.

⁶¹ Die im klassischen Recht umstrittene Vererblichkeit der auf ein *facere* gerichteten Stipulationen erkannte Justinian C. 8,37,13 (530 n. Chr.) unter Berufung auf die angebliche Gleichheit aller Menschen allgemein an; dazu P. RESINA SOLA, Estudios in memoria de B. Reimundo Yanes II (Burgos 2000) 277-291; rezensiert von WACKE, SZ 2005 (im Druck).

⁶² KASER, RP I 578 m. Fn. 19, 22. Zur Abhilfe diente die *actio de dolo*, falls ein mit der Bestattung Beauftragter und dafür vorweg Entlohnter dem Wunsche des Verstorbenen nicht nachkam: D. 11,7,14,2; WACKE, Zum dolus-Begriff der *actio de dolo*, RIDA 28 (1980) 373 ff.

⁶³ Als *certissima iuris regula* bezeichnete dies Gaius 4,112. JOSÉ MARÍA BLANCH NOUGUÉS, La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho romano (Madrid 1997) 65 ff. Die ähnliche Aussage von Paulus D. 48,19,20 betrifft vielleicht die passive Unvererblichkeit einer bereits erkannten Strafe (*poena irrogata*), s. A. WACKE, Festschrift Ulrich Weber (o. Fn. 32) 155-192, 177 f.

⁶⁴ §§ 847, 1300, je Abs. 2 BGB a. F. Heute ist ein Schmerzensgeld um so geringer zu bemessen, je früher der Verletzte stirbt.

abgeschlossenen Mietvertrag berufen; dies wäre auf eine unzulässige *exceptio ex iure tertii* hinausgelaufen (vgl. o. Fn. 49). Vertrieb jedoch der Erwerber den Mieter vor Ablauf der mit dem Veräußerer vereinbarten Mietzeit, so haftete der Veräußerer dem Mieter auf das Erfüllungsinteresse. Um sich dieser Haftung nicht auszusetzen, machte der Veräußerer dem Erwerber gewöhnlich zur Auflage, dem Mieter bis zum Mietvertragsende den Gebrauch zu gestatten (D. 19,2,25,1). Für die Fortsetzung der mietkontraktlichen Pflichten fungierte der Erwerber dann gewissermaßen als Erfüllungsgehilfe des Veräußerers. Nach [383] langer rechtsgeschichtlicher Entwicklung verbesserte das BGB mit § 571 (heute § 566) die Stellung des Grundstücks- oder Wohnungsmieters durch die Regel „Verkauf bricht nicht Miete“ (genauer „Veräußerung der Mietsache bricht nicht den Mietbesitz“).⁶⁵ Der exzeptionelle Eintritt des Erwerbers in den Mietvertrag enthält mit seiner „Verdinglichung“⁶⁶ rechtsdogmatisch eine Ausnahme vom Verbot der *exceptio ex iure tertii* (verwandt dem § 986 Abs. 2, vgl. § 404, wonach ein Schuldner seine Einreden trotz einer Abtretung nicht verliert).

6. Eine Nichtigkeit von Verträgen, insbesondere wegen Formmangels (§ 125 BGB), wirkt nach allgemeiner Ansicht *erga omnes*.⁶⁷ Auf den ersten Blick erscheint dies widersprüchlich. Wenn nämlich gültige Verträge nur *inter partes* wirken, wie sollte alsdann ein nichtiger Vertrag weiter reichende Konsequenzen haben? Dass die negative, zerstörende Wirkung stärker wäre als die positive Bindungskraft von Verträgen, erschiene paradox. Trotzdem trifft die besagte Nichtigkeit *erga omnes* zu. Begründet wird dies zwar selten; auch werden die Konsequenzen nicht oft aufgezeigt. Zur Begründung lässt sich anführen: Da ein nichtiger Vertrag schon unter den Parteien nicht wirkt, kann er um so weniger Wirkungen gegenüber Dritten entfalten. Hinzuzufügen ist die Einschränkung: soweit Verträge ausnahmsweise überhaupt Drittinteressen berühren. Dann nämlich kann auch ein Dritter (oder ihm gegenüber der Schuldner) sich auf eine etwaige Vertragsnichtigkeit berufen. Dies ist die Konsequenz der etwas übertrieben sogenannten Nichtigkeit „*erga omnes*“.⁶⁸ Ein nichtiger Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) erzeugt darum auch für den Dritten keinen Anspruch. Ein Bürge kann die Nichtigkeit der Hauptverbindlichkeit einwenden (vgl. § 768 Abs. 1 BGB); das folgt schon aus der Akzessorietät der Bürgschaft. Der Erwerber vermieteter Wohnräume oder eines

⁶⁵ Zum vorstehenden WACKE, Festschrift Gernhuber (1993) 506 f. m. weit. Nachw.

⁶⁶ Grundlegend DULCKEIT, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte (1951); CANARIS, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Festschrift Flume I (1978) 371 ff.

⁶⁷ Vgl. z. B. MünchKomm./MAYER-MALY, 3. Aufl. (1993) § 125 BGB Rz. 29 a. E.

⁶⁸ Mit der Kurzbezeichnung *erga omnes* ist hier darum etwa gemeint: eines jeden von der Gültigkeit des Vertrags Betroffenen und deshalb an seiner Nichtigkeit Interessierten. Die römischen Juristen verwandten dafür den Ausdruck *is ad quem ea res pertinet*; reiche Belege bei HEUMANN/SECKEL, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, s. v. *pertinere* Nr. 8. Zu weit geht die Ansicht von MünchKomm./EINSELE (4. Aufl. 2001) § 125 Rz. 38 (gegen Ende), Dritte könnten sich auch ohne Nachweis eines eigenen Interesses auf die Nichtigkeit berufen. Nach der dort zur Begründung angeführten Entscheidung RGZ 93 (1918) 74, 76 kann jedenfalls ein Schuldner die Nichtigkeit einer Zession einwenden.

Grundstücks kann die Gültigkeit des vom Veräußerer abgeschlossenen Mietvertrages bestreiten; denn nur bei gültiger Vermietung tritt der Erwerber als Singularsukzessor in den Vertrag ein (§ 571 BGB a. F.; §§ 566, 578 BGB n. F.). Einem vorgemerkten Gläubiger gegenüber können nachrangige Inhaber von Grundstücksrechten einwenden, dass der vorgemerkte Anspruch (insbesondere wegen simulierter Preisangabe: § 117 BGB – „Schwarzkauf“) nicht besteht.⁶⁹

VI. Wirkungen *ex tunc* oder *ex nunc*

[384]

1. Der Gedanke der Rückwirkung war den römischen Juristen durchaus vertraut. Die Ausdrücke *retro*, *retrorsus* etc. begegnen häufig in den klassischen Rechtsquellen;⁷⁰ unsere Bezeichnungen *ex tunc* oder *ex nunc* kommen dort allerdings nicht vor (oben IV a. E.). Eine Rückwirkung anordnende Rechtssätze sind nach GMÜR S. 46 f. charakteristisch für hochentwickeltes rechtsdogmatischen Denken. In anderen von Gmür untersuchten frühen Rechtsquellen kommen sie nämlich nicht vor. Ein Beispiel ist das *ius postliminii*: Geriet ein römischer Bürger in Kriegsgefangenschaft, dann galt er als in diesem Zeitpunkt verstorben. Kehrete er aber wohlbehalten zurück, dann lebten seine erloschenen Rechte rückwirkend wieder auf: *Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit* (D. 49,15,16).⁷¹ Ausdrücklich angeordnet wird die Rückwirkung heute vom BGB beispielsweise bei der Ausschlagung der einem vorläufigen Erben angefallenen Erbschaft (§ 1944 BGB).⁷² In Verbindung mit dem von § 1922 BGB angeordneten Vonselbsterwerb vermeidet man so das Entstehen subjektloser Rechte wie in Gestalt der gemeinrechtlichen *hereditas iacens*.⁷³

2. Die Genehmigung eines zustimmungsbedürftigen Geschäfts wirkt ebenfalls nach § 184 Abs. 1 BGB im Zweifel auf den Zeitpunkt seiner Vornahme zurück. Vom Genehmigenden zuvor getätigte eigene Rechtsgeschäfte werden durch die Rückwirkung aber nicht unwirksam (§ 184 Abs. 2 BGB: Rückwirkungssperre). Beide Regeln galten richtigerweise schon nach römisch-

⁶⁹ WACKE, wie Fn. 23.

⁷⁰ Die grundlegende gemeinrechtliche Monographie verfasste HERMANN FITTING, Über den Begriff der Rückziehung (1856). Der Ausdruck ‚Rückziehung‘ ist offenbar lehnübersetzt aus den quellenmäßigen Worten *retro trahitur*; besser wäre ‚Rückbeziehung‘ wie in § 159 BGB. Der moderne italienische Ausdruck ist ‚retroattività‘. Zum folgenden siehe den Überblick von GUNTER WESENER, Pendenz, Vorwirkungen und Rückwirkung der aufschiebenden Bedingung im römischen Recht, Festgabe für A. Herdlitzka (München/Salzburg 1972) 265 ff.

⁷¹ Weitere Fälle behandelt WESENER 271 ff.

⁷² Dasselbe lehrten schon die Sabinianer für das einem Vermächtnisnehmer mit Erbschaftsantritt anfallende Vindikationslegat: Mit der vom Legatar erklärten Ausschlagung wurde es rückwirkend hinfällig. Die Prokulianer betrachteten die vermachte Sache hingegen einstweilen als herrenlos; mit erklärter Annahme erwarb es der Vindikationslegatar rückwirkend: Gaius 2,195; WESENER 274 f.

⁷³ WACKE, Der Tote erbet den Lebendigen – Le mort saisit le vif, Jurist. Arbeitsblätter 1982, 242 f.; KARLHEINZ MUSCHELER, Universalsukzession und Vonselbsterwerb (Tübingen 2002).

gemeinem Recht.⁷⁴ Wurde beispielsweise eine fremde Sache verpfändet und genehmigt der Eigentümer die Verpfändung später, so ergibt sich nach D. 20,1,16,1 bereits aus der Tatsache der Genehmigung sein Wille zu ihrer Rückbeziehung auf den Zeitpunkt der Bestellung des Pfandrechts (*dicendum est hoc ipso, quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit*). Will der Berechtigte [385] nämlich keine Rückwirkung, dann kann er die Genehmigung verweigern und selber die Sache erneut verpfänden. Der Genehmigende will aber kein neues Pfand begründen, sondern das ohne seine Zustimmung bereits bestellte rangwährend bekräftigen. Die Rückwirkung ist darum bereits Willenswirkung (und als solche dispositiv), sie bedarf keiner gesetzlichen Anordnung.⁷⁵

Dass vorherige eigene Verfügungen des Genehmigenden durch die Rückwirkung nicht beeinträchtigt werden (§ 184 Abs. 2 BGB), ergibt sich aus dem Prinzip, dass niemand mehr Rechtsmacht übertragen kann, als er selbst innehat: Veräußerte der Eigentümer die Sache, kann er deren frühere Verpfändung nicht mehr genehmigen; verpfändete er sie anderweitig selber, kann das früher unermächtigt bestellte, aber erst später genehmigte Pfandrecht nur die nächstbereite Rangstelle einnehmen. Dem Eigengeschäft gebührt der Vorrang vor der Genehmigung des Fremdgeschäfts.⁷⁶

3. Bei der Bestätigung ist zu unterscheiden zwischen nichtigen und anfechtbaren Geschäften. Nichtige Geschäfte können nur (formgerecht) neu vorgenommen werden.⁷⁷ Ein bestätigtes Geschäft wirkt erst ab seiner erneuten Vornahme bloß für die Zukunft. Ein bestätigter Vertrag verpflichtet allerdings die Parteien im Zweifel gegenseitig zur Gewährung dessen, was sie bei anfänglicher Gültigkeit einander geschuldet hätten (§ 141 BGB Abs. 1 und 2). Die Bestätigung eines anfechtbaren Geschäfts enthält den Verzicht auf die Anfechtung; als deren Konträrakt kann das Geschäft formlos bestätigt werden, weil die Anfechtung selbst keiner Form unterliegt (§ 142 BGB). Die Bestätigung wirkt dann *ex tunc* (§ 144 BGB),⁷⁸ weil die Anfechtung selbst auch zurückwirkt. Dies ist folgerichtiges Rechtswirkungsdenken.

⁷⁴ A. WACKE, Ratum habere: Dogmengeschichtliche Grundlagen von Bestätigung und Genehmigung, SZ 121 (2004) 344-358, 351 ff. Weitere Hinweise zu in der Romanistik streitig gewesenen Einzelheiten bringen WESENER 277 ff.; DORN in HKK I §§ 139-141 Rz. 42; FINKENAUER in HKK I §§ 182-185 Rz. 8.

⁷⁵ Die Ansprüche und Pflichten aus dem Pfandvertrag wurden aber mangels anerkannter direkter Stellvertretung nicht auf den Genehmigenden übergeleitet: arg. D. 13,7,11,7.

⁷⁶ Gegen diese klaren Regeln verstieß allerdings Celsus D. 46,3,71,2 in einem Sonderfall, in dem Drittinteressen nicht betroffen waren. Von mir kritisiert in SZ 121, 354 f., wegen der besonderen Umstände jedoch gebilligt von FINKENAUER im HKK I §§ 182-185 Rz. 8 S. 965; ebenso FINKENAUER, Rückwirkung der Genehmigung, Verfügungsmacht und Gutgläubensschutz, AcP 203 (2003) 282, 298 ff.

⁷⁷ Dogmengeschichtlich MARKUS MÜLLER, Die Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte nach § 141 BGB (Berlin 1989), gründlich rezensiert von A. BÜRGE, SZ 108 (1991) 576-581.

⁷⁸ Italiens Codice civile stimmt in Art. 1444 mit unserem § 144 BGB im wesentlichen überein und nennt dies *convalida* (Bekräftigung). Nach dessen Abs. 2 enthält die freiwillige Erfüllung in Kenntnis der Vernichtbarkeit einen konkludenten Verzicht darauf. – Frankreichs Code civil unterscheidet nicht zwischen der Bestätigung eines fehlerhaften und der Genehmigung eines zustimmungsbedürftigen Geschäfts. Die Artikel 1338 und 1340 verwenden die Ausdrücke *confirmation* und *ratification* unterschiedslos; vgl. WACKE, SZ 121 (2004) 346. Unsere Unterscheidung zwischen

Die (einer Bestätigung ähnliche) Heilung eines formnichtigen Vertrages durch freiwillige Erfüllung (§ 311b Abs. 1 Satz 2 BGB n. F. = § 313 a. F.; § 518 Abs. 2) wirkt nicht zurück. Die für einen Übereignungsanspruch aus einem simulierten Kaufvertrag bestellte Vormerkung sichert auch keinen bedingten oder künftigen Anspruch i. S. v. § 883 Abs. 1 S. 2 BGB;⁷⁹ [386] sie ist vielmehr funktionslos.⁸⁰ Trotz freiwilliger Erfüllbarkeit entfaltet der formnichtige Vertrag keine Vorwirkung.

Der Gesetzeswortlaut „wird wirksam“ (§ 185 Abs. 2 S. 1), „wird gültig“ (§ 311b Abs. 2 S. 1) oder „wird geheilt“ (§ 518 Abs. 2 BGB) sagt über eine mögliche Rückwirkung noch nichts aus. § 185 Abs. 2 BGB nennt unter „wird wirksam“ zunächst einen Fall ohne Rückwirkung (Konvaleszenz durch nachträglichen Rechtserwerb des Verfügenden), dann einen solchen mit mutmaßlicher Rückwirkung (Genehmigung, s. § 184 Abs. 1). Ohne ausdrückliche Anordnung dürfte Rückwirkung im Zweifel zu verneinen sein.

4. Der Eintritt einer aufschiebenden Bedingung hatte nach römischem Recht im allgemeinen keine Rückwirkung.⁸¹ Der testamentarisch unter einer Potestativbedingung freigelassene Sklave wurde erst frei, sobald er die Bedingung erfüllt hatte. In der Zwischenzeit von ihm gezeugte oder geborene Kinder blieben Sklaven.⁸² Bei bedingten Verträgen plädierte allerdings BARTOLUS für die Rückwirkung des Bedingungseintritts: *conditio in contractibus trahitur retro*.⁸³ Diese (trotz des Widerspruchs von DONELLUS) von POTHIER übernommene Lehre kodifizierten der Code civil in Art. 1179 und ihm folgend die meisten romanischen Gesetzbücher.⁸⁴ In der unter den Pandektisten sehr umstrittenen und ungewöhnlich häufig erörterten Frage konnte sich WINDSCHEID durchsetzen mit seiner Schrift „Die Wirkung der erfüllten Bedingung“ (Basel 1851). Wie später in § 159 BGB geregelt, verpflichtet der Bedingungseintritt die Parteien (falls ihr Wille mutmaßlich dahingeht) nur schuldrechtlich, einander das zu gewähren, wie wenn die Obligation unbedingt geschlossen worden wäre (ähnlich wie bei der Bestätigung in § 141 Abs. 2: oben 3). Die Unterschiede zum romanischen

Bestätigung und Genehmigung geht vornehmlich auf die Monographie von LOTHAR SEUFFERT, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte (Würzburg 1868) zurück; vgl. DORN im HKK I §§ 139-141 Rz. 43.

⁷⁹ Begründung in MünchKomm./WACKE (4. Aufl. 2004) § 883 BGB Rz. 12, 24.

⁸⁰ Vor Eintragung des zu sichernden dinglichen Rechts ist die akzessorische Vormerkung ebenso nichtig wie der schuldrechtliche Anspruch. Mit freiwilliger Erfüllung entsteht, erlischt aber zugleich auch der Anspruch (und mit ihm die Vormerkung) im selben Moment; s. WACKE, DNotZ 1995, 507, 510.

⁸¹ KASER, RP I 256; WESENER (Fn. 70) 265 ff., 281 f. – Entbehrlich ist der Rückwirkungsgedanke in D. 18,6,18 pr. (*medio*) zur Begründung für die passive Vererblichkeit der Obligation: *constat heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum*. Deren aktive Vererblichkeit ordnet Art. 1179 Abs. 2 Code civil gleichfalls noch ausdrücklich an.

⁸² War eine Sklavin unter der Bedingung freigelassen, „wenn sie drei Kinder geboren hat“, dann sollte der Erbe als Ersatz für den Verlust der Mutter drei junge Sklaven bekommen. Eine solche Verfügung begünstigte die Freizulassende, aber wohl noch mehr den Erben.

⁸³ BARTOLUS im Anschluss an D. 45,1,78 pr. Dogmengeschichtlich grundlegend G. SCHIEMANN, Pendenz und Rückwirkung der Bedingung (1973) 29 ff.; rezensiert von LOKIN, TRG 43 (1975) 370 ff.

⁸⁴ A. B. SCHWARZ, Art. Bedingung, in Schlegelbergers Rechtsvergleichendem Handwörterbuch II 391 ff.; weit. rvgl. Hinweise bei WESENER 268 f.

Rechtskreis sind aber nicht groß.⁸⁵ Die in § 161 BGB angeordnete Unwirksamkeit anderweitiger Verfügungen des bedingt Gebundenen findet sich schon in den Zwölftafeln bei der bedingten testamentarischen Freilassung. Der bedingt Freigelassene (*statuliber*) verliert trotz zwischenzeitlicher Veräußerung durch den Erben seinen Status nicht (*libertatis condicionem secum trahit*: [387] Ulpiani epit. 2,3-4). FITTING nannte dies eine Vorwirkung des Bedingungseintritts; JHERING verwandte dafür erstmals den Ausdruck Anwartschaft.⁸⁶

Eine uns fremdartig anmutende Rückbeziehung der Erbteilung auf den Zeitpunkt des Erbanfalls enthält Art. 883 Code civil. Die Wirksamkeit der Verfügung eines Miterben über einen einzelnen Erbschaftsgegenstand ist danach von Rechts wegen dadurch bedingt, dass ihm dieser Gegenstand bei der späteren Erbteilung zugesprochen wird.⁸⁷

5. Mit erklärter **Aufrechnung** gelten gemäß § 389 BGB Forderung und Gegenforderung rückwirkend als in dem Zeitpunkt erloschen, zu dem sie sich erstmals aufrechenbar gegenüberstanden. Die Rückwirkung der Aufrechnungserklärung gilt in den meisten europäischen Rechtsordnungen. Sie lässt sich auf PUCHTA zurückführen⁸⁸ und ist eine Nachwirkung der von Justinian eingeführten *ipso iure*-Kompensation.⁸⁹ Die neuzeitlichen Kodifikationen verlangen zwar im Interesse der Rechtsklarheit eine Erklärung der Aufrechnung; hinsichtlich ihrer Wirkung beließen sie es aber bei der früheren Rechtslage. Folgerichtig kann auch mit einer verjährten Forderung aufgerechnet werden, wenn sie noch nicht verjährt war, als sie der Klageforderung gegenübertrat.⁹⁰ Bei den Beratungen zum BGB war die Rückwirkungsfrage umstritten.⁹¹ *De lege ferenda* plädieren neuerdings mehrere Autoren für eine bloße *ex nunc*-Wirkung der Aufrechnungserklärung.⁹² Bei

⁸⁵ Nach Art. 1360 Abs. 1 Codice civile ist (abweichend von § 159 BGB) vertragliche Rückwirkung jedoch im Zweifel zu bejahen.

⁸⁶ Nachweise bei FINKENAUER in HKK I §§ 158-163 Rz. 9, zur Kodifizierung im BGB Rz. 15.

⁸⁷ Die auf die Nouvelle Coutume de Paris von 1580 zurückgehende Regelung bezweckte anfangs offenbar, einen doppelten Anfall von Erbschaftssteuer zu vermeiden. Die Auslegung des zu den *grands numéros* des Code Napoléon gehörenden Art. 883 war in den letzten zweihundert Jahren einigen Schwankungen unterworfen; dessen Richtigkeit wird jedoch trotz etlicher dogmatischer Klimmzüge überwiegend verteidigt. Siehe neuestens SUSANNE KAISER, Rückwirkender Vermögensübergang? Die französische *partage de l'indivision successorale* verglichen mit der deutschen Erbteilung (Diss. masch. Köln 2004, demnächst Frankfurt/M.), bes. § 10.

⁸⁸ PASCAL PICHONNAZ, *La compensation: Analyse historique et comparative* (Fribourg 2001) Rz. 1440 ff.

⁸⁹ Zu dieser siehe KASER, RP II 448. THIBAUT verteidigte die automatische Kompensationswirkung noch 1814 als richtig, siehe PICHONNAZ Rz. 1437 ff.

⁹⁰ § 390 Satz 2 BGB. Entsprechende Vorschriften in anderen Ländern zitiert REINHARD ZIMMERMANN, *Aufrechnung: eine rechtsvergleichende Skizze*, Festschrift D. Medicus (1999) 707, 722 Fn. 94.

⁹¹ WINDSCHEIDS Vorschlag zur Abschaffung der Rückwirkung fand keine Mehrheit: MUGDAN, *Die ges. Materialien zum BGB II S. 562 f.*; JAKOBS/SCHUBERT, *Die Beratungen zum BGB, Schuldverhältnisse I S. 700*; PICHONNAZ Rz. 1632 ff.

⁹² PETER BYDLINSKI, *Die Aufrechnung mit verjährten Forderungen: wirklich kein Änderungsbedarf?*, AcP 196 (1996) 276-304; ZIMMERMANN 721 ff.; PICHONNAZ Rz. 2231 ff., zusammenfassend Rz. 2228 ff. Zu Österreich führt PICHONNAZ S. XXXIX zwei weitere Abhandlungen von P. BYDLINSKI an.

unterschiedlicher Verzinsungspflicht würde sich danach die Zinsschuld um die Differenz beider Zinssätze bis zur Aufrechnungserklärung erhöhen.⁹³

VII. Ungenaues Rechtswirkungsdenken

[388]

1. Zuweilen beruht die Formulierung einer gesetzlichen Vorschrift auf unpräzisem Rechtswirkungsdenken. Ein solcher Fall ist § 892 Abs. 1 BGB: „Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück... erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig...“. Hier sind Tatbestand und Rechtsfolge vertauscht. Statt „erwirbt“ müsste es heißen „erwerben will“ (oder: „Wer sich mit einem im Grundbuch Eingetragenen einigt“). Denn ohne den von der Vorschrift angeordneten öffentlichen Glauben erwirbt man vom Nichtberechtigten nicht; nur weil es die Vorschrift gibt, erwirbt man. In gleichem Sinne fehlerhaft ist § 932 BGB formuliert: „Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört...“. Statt „der Erwerber“ müsste entsprechend auch hier „der Erwerbswillige“ stehen. Und mit „Veräußerung“ ist der Rechtsakt, das Veräußerungsgeschäft, nicht dessen Wirkung gemeint.⁹⁴ Denn wirksam veräußern kann ein Nichteigentümer nicht; er kann es nur an einen Redlichen kraft der in § 932 angeordneten (zusätzlichen) Rechtsfolge. Wegen der Vorwegnahme der erst anzuordnenden Rechtswirkung ist der Tatbestand der beiden Vorschriften selbstbezüglich (ipsoflexiv).

Ähnliche Antizipationen im Wortlaut begegnen bei Vorschriften aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, etwa in § 987 BGB: „Der Besitzer hat dem Eigentümer die Nutzungen herauszugeben, die er nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit zieht.“ Diese Ausdrucksweise ist jedenfalls zu kurz. Denn ob der Kläger Eigentümer ist, soll erst im anhängigen Verfahren ermittelt werden. Anstelle der materiellrechtlichen Terminologie wäre also eine prozessuale richtiger. Statt „Eigentümer“ müsste es heißen „falls dem Kläger das Eigentum zusteht“ oder „wenn sein Eigentum im Laufe des Prozesses festgestellt wird“.⁹⁵ Eine strikt prozessuale Terminologie darf kein bestimmtes Ergebnis vorwegnehmen, sie muss vielmehr für eine Verurteilung ebenso offen bleiben wie für eine Klageabweisung.

⁹³ Zu weiteren (praktisch nicht sehr erheblichen) Konsequenzen einer *ex nunc*-Wirkung ZIMMERMANN 723 ff.; PICHONNAZ Rz. 2140, vgl. sein Stichwort ‚rétroactivité‘ S. 724.

⁹⁴ ‚Veräußerungsgeschäft‘ ist der weitere Begriff, weil er die unwirksame Veräußerung mit umfasst. Die Besonderheiten des rechtsaktbezogenen Denkens hat W. FLUME herausgearbeitet in seiner grundlegenden Monographie: Rechtsakt und Rechtsverhältnis (1990); weit. Angaben dazu in JZ 2001, 383 Fn. 19.

⁹⁵ WACKE, Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden, Festschrift H. Hübner (1984) 669, 675.

2. Gravierender als die vorerwähnten (vergleichsweise harmlosen) terminologischen Ungenauigkeiten sind vom Gesetz (oder seiner herrschenden Auslegung) wirkungsmäßig falsch entschiedene Fälle. Sie sind naturgemäß selten.⁹⁶ Einen Fall glaube ich in der von § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 3 angeordneten „Konvaleszenz durch Erbenhaftung“ gefunden zu haben.⁹⁷ Die Verfügung eines Nichtberechtigten soll danach konvaleszieren, wenn ihn der [389] Berechtigte (zufällig) beerbt, sofern er für dessen Schulden unbeschränkt haftet. Die Befugnis, die Verfügung des Nichtberechtigten zu genehmigen oder die Genehmigung zu verweigern, wird dem Berechtigten damit nach Annahme der Erbschaft verwehrt. Diese dem romanischen Rechtskreis und in Österreich unbekannte Konvaleszenz qua Erbenhaftung ist eine ungerechte Norm. Sie zwingt den Berechtigten, sein Eigentum zu opfern. Richtigerweise haftet der Berechtigte bloß als Erbe des Verfügenden nach den Grundsätzen der Rechtsmängelhaftung. Bloße Haftung kann aber keine dingliche Wirkung produzieren, bloßes Können darf nicht zum Sollen gesteigert werden. Die von § 185 Abs. 2 Fall 3 angeordnete Verwandlung der geerbten Sekundärpflicht in einen nur durch Haftungsbeschränkung ausweichlichen Zwang zur Genehmigung der Verfügung des Nichtberechtigten ist ein juristisches Wunder von beispielloser Einmaligkeit.

3. Nach französischer Doktrin soll ein formungültiges Schenkungsversprechen durch spätere Übereignung der versprochenen Sache (abweichend von § 518 Abs. 2 BGB) nicht geheilt werden. Die formaljuristische Begründung dafür lautet: Der Formmangel verursache absolute Nichtigkeit. Die *tradition* sei nicht Vertragserfüllung. Für das Zustandekommen einer formlosen Handschenkung (*don manuel*) bilde die *tradition* vielmehr ein konstitutives Begründungselement.⁹⁸ Diese Argumentation überzeugt nicht: Die Gültigkeit einer Handschenkung darf man nicht deshalb verneinen, weil ihr (wie praktisch häufig) ein formnichtiges Versprechen vorausging.

4. Unpräzises Rechtswirkungsdenken zeigt sich weiter an dem in der heutigen Gesetzessprache modischen Trend zur „Ersetzung von Präskription durch bloße Deskription“.⁹⁹ Die

⁹⁶ GMÜRS Kritik an der Vertragskonstruktion von Wandelung und Minderung nach dem ehemaligen § 465 BGB (S. 226) übersieht, dass der Gesetzgeber beabsichtigte, dem Käufer die Wahl zwischen beiden Rechtsbehelfen möglichst lange zu erhalten.

⁹⁷ WACKE, Die Konvaleszenz der Verfügung eines Nichtberechtigten, SZ 114 (1997) 197-232, 199 ff.; DERS., JZ 2001, 380, 385 ff. Zur Ausschaltung von Zufällen nach der klassischen *Maxime ne eventu confirmetur* auch WACKE (u. Fn. 98) 1037 f. Ablehnend M. HARDER, Zur Konvaleszenz von Verfügungen eines Nichtberechtigten, in Zimmermann u. a. (o. Fn. 50) 637-654, 650 ff.; FINKENAUER in HKK I §§ 182-185 Rz. 18; GURSKY in Staudinger (2003) § 185 Rz. 78 a E. (ohne Angabe von Gründen).

⁹⁸ Vgl. M. FERID/H. J. SONNENBERGER, Das französische Zivilrecht II (2. Aufl. 1986) S. 193 Rz. 2 H 127. Kritisch dazu WACKE, Es post facto convalescere im römischen und modernen Recht, in: Au delà des frontières. Mélanges W. Wolokiewicz II (Varsovie 2000) 1025 ff., 1027 f.

⁹⁹ KARLHEINZ MUSCHELER, Das Recht der eingetragenen Lebenspartnerschaft (Berlin 2001) Rz. 241, im Anschluss an die von HOLZHAUER, Aktuelles Familienrecht vor rechtsgeschichtlichem Hintergrund, JZ 2000, 1076 f. kritisierte Aufstellung von „Leitbildnormen“.

Voraussetzungen für eine Ehescheidung oder Eheaufhebung bringen die §§ 1564 Abs. 1 S. 1 und 1313 S. 1 BGB durch die Worte „kann nur“ deutlich zum Ausdruck. Im Lebenspartnerschaftsgesetz von 2000 lautet die entsprechende Vorschrift des § 15 Abs. 2 hingegen rein deskriptiv: „das Gericht hebt (scil. auf Antrag) auf...“

VIII. Grenzen des Rechtswirkungsdenkens

1. Rechtswirkungsdenken stößt zuweilen an sachlich begründete Grenzen. Die bereits erwähnte Sperre für die Rückwirkung der Genehmigung in § 184 Abs. 2 BGB (oben VI 2) war [390] aus sich selbst heraus verständlich. Der in der Zwischenzeit getroffenen eigenen Verfügung gebührt der Vorrang vor der rückwirkenden Genehmigung der unermächtigten fremden Verfügung. Der durch seine eigene Verfügung Gebundene kann seine Bindung auch nicht auf diesem Wege beseitigen.

2. Bei der Rangordnung mehrerer Pfandrechte an einer Sache stößt auch das Prioritätsprinzip an eine Grenze. Im Frachtrecht und im Seetransportrecht richtet sich der Rang mehrerer gesetzlicher Pfandrechte umgekehrt nach dem Posterioritätsprinzip.¹⁰⁰ Der Grund liegt in der Wertsteigerung, welche die transportierten Güter erfahren, je näher sie zu ihrem Empfänger gelangen. Wegen *versio in rem* genossen Meliorationsdarlehen schon im römischen Recht den Vorrang vor bereits existierenden Belastungen (D. 20,4,5,6 ff.). Zur Rettung von Schiffen oder Ladungsgütern aus Seenot schafft der für den Bergungslohn vorgesehene Vorrang den im Interesse Aller liegenden Anreiz. Der Satz der Rechtswirkungslehre, dass bereits bestehende Belastungen einer Sache alle späteren verdrängen und auf den schlechteren Rang verweisen, erleidet insoweit eine wohlbegründete Ausnahme.

3. Nach dem Akzessorietätsprinzip richtet sich die Verpflichtung eines Bürgen nach dem jeweiligen Bestande der Hauptschuld (§ 767 BGB). Das Akzessorietätsprinzip stößt jedoch ebenfalls an eine Grenze, nämlich in Gestalt des vorrangigen Sicherungszwecks der Bürgschaft: Eine Herabsetzung der Hauptschuld durch eine Haftungsbeschränkung des Erben oder durch einen Zwangsvergleich bzw. Insolvenzplan reduziert die Bürgenschuld nicht (§ 768 Abs. 1 Satz 2 BGB; § 193 Satz 2 KO = heute § 254 Abs. 2 InsO). Dasselbe gilt für andere akzessorische Sicherheiten. Bei der *Novation* nimmt allerdings die herrschende Lehre ein unmittelbares Erlöschen akzessorischer Sicherheiten an; sie begründet das rein begrifflich mit der Diskontinuität zwischen altem und neuem

¹⁰⁰ HGB § 443, sowie aus dessen 8. Buch (Seerecht) die §§ 767, 769 Abs. 2, 777. Dazu WACKE, Wer zuerst kommt, mahlt zuerst – Prior tempore potior iure, Juristische Arbeitsblätter 1981, 94-98; spanische Übersetzung in WACKE, Estudios de Derecho romano y moderno en cuatro idiomas (Madrid 1996) 123 ff., 132 f.

Schuldverhältnis.¹⁰¹ Dabei wird übersehen, dass kein Gläubiger den Verlust seiner Sicherheit durch Novation eigentlich wünscht. Bereits die spätclassischen römischen Juristen verhinderten ein Erlöschen des akzessorischen Pfandrechts mit Novation durch den rechtstechnischen Kniff des „Einrückens in die eigene Rangstelle“ (*successio in locum suum*).¹⁰² Auch im modernen Recht widerspricht ein Fortbestand des Sicherungsrechts nicht dem richtig verstandenen Dogma der Akzessorietät. Eine Forderungsauswechselung ist, wie beim Mobiliarpfand, so auch bei einer Vormerkung für zulässig zu erachten.¹⁰³

[391] 4. Ein Grundsatz der Rechtswirkungslehre ist, dass ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse die Gültigkeit des Vertrages voraussetzt. Eine Anfechtung durch den Käufer schließt dessen (z. B. bei Arglist, § 463 BGB a. F.) gegebenen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus. Die Abgabe einer Anfechtungserklärung muss man sich zuvor gründlich überlegen. Nach dem Zugang seiner den Vertrag vernichtenden Erklärung ist der Anfechtende an sie gebunden; der Gegner hat ein Recht zu wissen, woran er ist. Der Anfechtungsberechtigte steht somit am Scheidewege; denn verlangt wird von ihm *constantia*, Beständigkeit. *Electa una via non datur recursus ad alteram*.¹⁰⁴ Eine Rücknahme der Anfechtungserklärung ist nur mit Zustimmung des Anfechtungsgegners zulässig.¹⁰⁵ Rücktritt und Schadensersatz schließen einander hingegen nach modernisiertem Schuldrecht nicht mehr aus (§§ 325, 437 Nr. 2-3 BGB n. F.). Skrupulöses Rechtswirkungsdenken wurde insoweit aus praktischen Erwägungen überwunden. Der wegen einer Leistungsstörung erklärte Rücktritt beseitigt nach heutiger Auffassung nicht die Existenz des Vertrages,¹⁰⁶ sondern gestaltet ihn um in ein (vom Bereicherungsrecht zu unterscheidendes) Rückgewährschuldverhältnis.

5. Beim Erlöschen einer Verbindlichkeit im Wege erbrechtlicher Sukzession ist in der höchstrichterlichen Judikatur aber noch in jüngster Zeit skrupulöses Rechtswirkungsdenken zu

¹⁰¹ Repräsentativ GERNHUBER, Die Erfüllung und ihre Surrogate (2. Aufl. 1994) 408, § 18,3.

¹⁰² z. B. Papinian D. 20,4,3 pr., zust. zitiert von Marcian D. 20,4,12,5.

¹⁰³ Die Novation ist, da sie nicht zur Befriedigung des Gläubigers führt, kein der Erfüllung in jeder Hinsicht gleichstehendes Surrogat. Bei gleichbleibendem Anspruchziel, der Verschaffung des vorgemerkten dinglichen Rechts, ist ein Austausch der schuldrechtlichen *causa* unschädlich. Die Akzessorietät bezieht sich auf das Klagebegehren (*petitum*) ohne Rücksicht auf den zugrundeliegenden individuellen obligatorischen Anspruch. Weitere Gründe bei WACKE, Erzwingt eine Novation den Verlust bestehender Sicherheiten?, DNotZ 2000, 615-635; MünchKomm./WACKE (4. Aufl. 2004) § 883 Rz. 11.

¹⁰⁴ D. LIEBS, Lateinische Rechtsregeln (6. Aufl. 1998) Nr. E 18; ROLAND/BOYER, Locutions latines et adages du droit français (3. éd. Paris 1992) Nr. 103.

¹⁰⁵ SCHERMAIER in HKK I §§ 142-144 Rz. 9 (war früher umstritten).

¹⁰⁶ Nach ursprünglicher Ansicht des BGB-Gesetzgebers hatten sich hingegen nach erklärtem Rücktritt die Parteien einander so zu stellen, wie wenn der Vertrag nie geschlossen worden wäre: Motive der 1. Kommission, bei JAKOBS/SCHUBERT, Die Beratung des BGB, Schuldrecht I 560. Eine vorzügliche Darstellung des seither schrittweise vollzogenen Meinungswandels (unter Verwendung tabellarischer Übersichten) bringt U. MANTHE, Der Schatten, oder: Die Differenztheorie, Festschrift für H. J. Musielak (München 2004) 337-354.

verzeichnen. Eine Vormerkung soll danach hinfällig werden, wenn der vorgemerkte Gläubiger den Schuldner beerbt, weil niemand sich selbst etwas schulden oder von sich selbst etwas beanspruchen könne.¹⁰⁷ Dabei wird übersehen, dass die Wirkungen der Vormerkung über das Erlöschen des vorgemerkten Anspruchs hinausreichen. Der vorgemerkte Gläubiger kann die Beseitigung vormerkungswidriger Zwischenrechte begehren (§ 888 BGB); schützenswert ist er auch, wenn er die Vormerkung gutgläubig vom Nichtberechtigten erwarb. Bei rechtsgeschäftlicher Erfüllung steht sich der Vorgemerkte insoweit günstiger als bei bloßer erbrechtlicher Subjektsvereinigung. Die Konfusion ist darum kein vollwertiges Erfüllungssurrogat. Erlöschen darf eine Vormerkung folglich nur, wenn ihr Sicherungszweck vollständig erledigt [392] ist; dem Sicherungszweck gebührt auch hier der Vorrang vor dem Akzessorietätsdogma. Die trotz Erbschaftsannahme noch erforderliche Auflassung an sich selbst vollzieht der vorgemerkte Gläubiger im Wege erlaubten Selbstkontrahierens (§ 181 BGB); denn er repräsentiert (in Personalunion) zwei verschiedene Vermögensmassen. Die beiden kritikwürdigen BGH-Urteile belegen, welche Faszinationskraft ein naives Rechtswirkungsdenken auf unsere hohen Bundesrichter ausübt. Verfeinertes Rechtswirkungsdenken führt hier jedoch gerade umgekehrt zur Verneinung des Erlöschens durch Konfusion.

6. Einen grundlegenden Impuls zur Überwindung naiven Rechtswirkungsdenkens brachte THEODOR KIPPS' geniale Erkenntnis von den Doppelwirkungen im Recht.¹⁰⁸ Ein nichtiges Rechtsgeschäft ist danach zusätzlich anfechtbar, wenn auch die Voraussetzungen für eine Anfechtung vorliegen. Dies verstößt nicht gegen ein Denkgesetz. Zum Schutze des Anfechtungsberechtigten ist dies vielmehr erforderlich, weil die Anfechtung in ihren Wirkungen über die der Nichtigkeit hinausgehen kann (§ 142 Abs. 2 BGB). KIPPS' anfänglich stark bekämpfte Lehre¹⁰⁹ ist heute allgemein anerkannt.¹¹⁰ Bei zu bejahender Anfechtbarkeit kann der Rechtsanwender davon absehen, dass das Geschäft (wirklich oder auch nur möglicherweise) nichtig ist. Hinsichtlich der Nichtigkeit darf er sich (*conniventibus oculis*) „blind“ stellen, vor ihr gewissermaßen den Vorhang zuziehen. Bei eventuellem Verteidigungsvorbringen im Prozess darf der Richter ja auch die (vielleicht) umstrittene Frage der Nichtigkeit dahinstellen und die jedenfalls gegebene Anfechtbarkeit bejahen. Die Nichtigkeitsfolge

¹⁰⁷ BGH NJW 1981, 447; dagegen WACKE, Gutgläubiger Vormerkungserwerb und Konfusion, NJW 1981, 1577 ff. Entsprechend zum vorgemerkten Vorkaufsrecht BGH, NJW 2000, 1033; dagegen WACKE, „Vom Pech, eine gute Erbschaft zu machen“, DNotZ 2001, 302-320; DERS., Personalunion von Gläubiger und Schuldner, Vertragsschluss mit sich selbst etc., JZ 2001, 380-388; zahlreiche weit. Hinw. bei MünchKomm./WACKE, § 886 BGB Rz. 6.

¹⁰⁸ TH. KIPP, Über Doppelwirkungen im Recht, besonders die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, Festschr. F. von Martitz (Berlin 1911) 211-233. Die etwas wortgewaltigen aber recht allgemein gehaltenen Bemerkungen von GMÜR S. 280 f. zu diesem Thema sind nicht ganz befriedigend.

¹⁰⁹ Viele Nachweise bei SCHERMAIER in HKK I §§ 142-144 Rz. 8.

¹¹⁰ Nachdem der BGH, JZ 1955, 500 die Anfechtung eines formnichtigen Geschäfts zuließ. Vgl. etwa H. HÜBNER, Allgemeiner Teil des BGB (1985) Rz. 522; bes. B. OELLERS, AcP 169 (1969) 67 ff.; WOLFRAM BAUER, Doppelwirkungen im Recht (Diss. Köln 1969).

ist demnach keine exklusive. Einen Beklagten auf sie zu beschränken, beeinträchtigte ihn in seinen Verteidigungsmöglichkeiten.¹¹¹ Ähnlich wie bei Anspruchskonkurrenz auf der Klägerseite können *vice versa* auch auf der Beklagtenseite mehrere defensive Rechtsbehelfe miteinander konkurrieren. Relative Unwirksamkeit und Nichtigkeit schließen einander ebenfalls nicht aus: Der Anspruch aus § 888 BGB auf Zustimmung zur Löschung einer vormerkungswidrigen Eintragung ist dem vorgemerkten Gläubiger auch dann zu gewähren, wenn die zugrunde liegende Verfügung nicht nur relativ unwirksam, sondern sogar absolut nichtig ist.¹¹² Dementsprechend konnte im spätclassischen römischen Kognitionsprozess auch gegen ein nichtiges (deshalb eigentlich unbeachtliches) Urteil Appellation eingelegt werden.¹¹³ – Schließlich muss man auch bei erbrechtlicher Sukzession vom Erlöschen des vorgemerkten Anspruchs „absehen“ und dem vorgemerkten Gläubiger [393] wie vor dem Erbfall zur Erfüllung eines Anspruchs gegen sich selbst verhelfen, weil er in Personalunion zwei verschiedene Vermögensmassen repräsentiert (oben 5).

IX. Rückblick und Ausblick

1. Die in mittelalterlichen Urkunden anzutreffenden Iterationen von Grundstücksverfügungen sind, wie wir sahen (oben III), ein Indiz für noch fehlendes oder unterentwickeltes Rechtswirkungsdenken. Dessen Ausbildung setzte auf dem Gebiete des Grundstücksverkehrs die Einrichtung öffentlicher Register voraus.

2. Insbesondere haben wir versucht, einzelne Bauelemente zur Errichtung eines einigermaßen systematischen Rechtswirkungsdenkens zusammenzutragen. Dabei haben wir (soweit möglich) auf die historischen Ursprünge einzelner Figuren von Wirksamkeit oder Ungültigkeit hingewiesen.¹¹⁴ Soweit opportun, haben wir auch die wichtigsten terminologischen und sachlichen Abweichungen innerhalb der europäischen Rechtsordnungen hervorgehoben. Diese Unterschiede zu kennen ist wichtig, damit europäische Juristen einander bei grenzüberschreitenden Gesprächen nicht missverstehen. Angesichts weit reichender Übereinstimmungen auf dem europäischen Kontinent¹¹⁵ fallen die wenigen Differenzen indessen kaum ins Gewicht. Am auffälligsten ist die mangelnde

¹¹¹ Dagegen siehe D. 44,1,5 und 8: *Pluribus defensionibus uti permittitur*. Die Einschaltung einer vom Beklagten erbetenen *exceptio* durfte ein pflichtbewusster Prätor nicht mit der Begründung verweigern, das Geschäft sei schon *ipso iure* nichtig. Denn der *iudex* konnte bei seiner anschließenden Würdigung der Rechtslage zu einem anderen Ergebnis gelangen.

¹¹² MünchKomm./WACKE (4. Aufl. 2004) § 888 BGB Rz. 8 m. Fn. 32.

¹¹³ KASER/HACKL, Das röm. Zivilprozessrecht (2. Aufl. 1996) § 75 bei Fn. 29.

¹¹⁴ Als hilfreich erwies sich hierfür der 2003 erschienene Band I des Historisch-Kritischen Kommentars zum BGB (vgl. o. Fn. 1 a. E.).

¹¹⁵ Das ungleich schwieriger zu integrierende englische Recht blieb bewusst außer Betracht. Beruht doch der dortige *trust* auf fehlender Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Rechten.

Unterscheidung zwischen Genehmigung und Bestätigung im Code civil (oben Fn. 78), weiter die dort in Art. 1179 abweichend vom BGB angeordnete Rückwirkung des Bedingungseintritts (oben VI 4). Unsere relative Unwirksamkeit (§§ 135, 136 BGB) ist überdies dem romanischen Rechtskreis unbekannt; unter diesem Begriff versteht man dort Anfechtbarkeit oder heilbarer Nichtigkeit (oben III 4 a. E.). Zurückzuführen sind solche Divergenzen erstens darauf, dass die römischen Juristen zahlreiche Bezeichnungen für Nichtigkeit oder Unwirksamkeit verwendeten, ohne einzelne Arten davon zu unterscheiden. Zweitens hat der ein Jahrhundert vor dem BGB erlassene Code civil nicht die klärende begriffliche Schmiede der Pandektenwissenschaft durchlaufen. Angesichts der uns aufgegebenen europäischen Rechtsangleichung erscheinen die Divergenzen jedoch nicht unüberwindbar. Als erster Schritt in Richtung auf dieses Ziel ist die Erkenntnis dessen hilfreich, wie sie entstanden sind.

3. Grundlegende Errungenschaften des Rechtswirkungsdenkens sind erstens das Verbot des Wiederaufgreifens bereits erledigter Fragen (oben II 1). Zweitens schließt die Anfechtung [394] eines Vertrages einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus. Beide Wege sind miteinander unvereinbar (oben VIII 4). Rücktritt und Schadensersatzbegehren sind hingegen nach heutiger Dogmatik kumulierbar (so ausdrücklich jetzt § 325 BGB n. F., oben VIII 4).

4. Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts schließt nach heute anerkannter Lehre von den Doppelwirkungen dessen (zusätzliche) Anfechtung wegen deren weitergehenden Wirkungen nicht aus (oben VIII 6). Infolge der Beerbung eines durch Vormerkung gebundenen Schuldners durch den vorgemerkten Gläubiger erlöschen nach richtiger Ansicht auch nicht die Wirkungen der Vormerkung, weil sie ebenfalls darüber hinausreichen (oben VIII 5). Durch Novation des gesicherten Anspruchs erlöschen eine Vormerkung und andere akzessorischen Sicherheiten ebenso wenig (oben VIII 3). Weder die erbrechtliche Sukzession noch die Novation sind nämlich vollwertige Erfüllungssurrogate. Diese im einzelnen anderen Ortes begründeten Lösungen wurden hier nochmals zusammengefasst. Mit einem Verstoß gegen Denkgesetze muss man bei der juristischen Argumentation vorsichtig sein. Die rechtsgeschäftliche Erfüllung eines Anspruchs gegen sich selbst ist entgegen noch verbreiteter, jedoch allzu naiver Ansicht kein Ding der Unmöglichkeit.

5. Von SAVIGNY stammt der bekannte Ausspruch, die römischen Juristen würden gleichsam „mit ihren Begriffen rechnen“. Die Denkgesetze der Jurisprudenz sind indessen mit denen der Mathematik nicht identisch. Ein mechanisches Argumentieren mit dem Entstehen oder dem

Untergang von „Rechtsgebilden“ nach Art der naturhistorischen Methode¹¹⁶ garantiert noch kein gerechtes Ergebnis. Die Jurisprudenz ist eine eigenständige *ars*. Verfeinertes Rechtswirkungsdanken ist gewissermaßen so etwas wie „höhere Mathematik“.

¹¹⁶ Zu ihr etwa T. GIARO, Romanistische Constructionsplaudereien, RJ 10 (1991) 209-232, bes. 221 ff.