Probleme der Simulation in rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig - Maximilians - Universität
zu München

vorgelegt von
Arzu Oğuz

1998

ISBN : 975 482 457 6

Toptan veya Perakende İsteme Yeri :

ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
(DÖS) KİTAP SATIŞ YERİ :
Cebeci-ANKARA
Tel : (0312) 319 11 50 Fax : (0312) 363 56 96

Kapak-Dizgi ve Mizanpaj : A.Ü. Hukuk Fakültesi
Baskı ve Cilt : Sözkesen Matbaacılık Tic. Ltd. Şti. ANKARA

Meinem Vater

Referent : Prof. Dr. D. Nörr
Korreferent : Prof. Dr. D. Coester - Waltjen

Tag der mündlichen Prüfung:
15.07.1997

Vorwort

Die Arbeit hat im Wintersemester 1996/97 der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation vorgelegen.

Mein Dank gilt vor allem Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Nörr, der die Arbeit angeregt und intensiv betreut hat. Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen schulde ich Dank für die Übernahme des Zweitgutachtens.

Mein besonderer Dank gilt meiner Lehrerin Frau Prof. Dr. Özcan Karadeniz-Çelebican. In ihren Vorlesungen hatte ich Gelegenheit, das römische Recht und den Umgang mit seinen Quellen kennenzulernen. Von ihr erhielt ich auch die Anregung, in Deutschland über das römische Recht zu promovieren.

Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Dr. Wolfgang Kaiser, der mich von Anfang an meines Promotionsaufenthaltes in München freundlich unterstüzt und sich bis zur genau letzten Minute um die Verbesserung der Arbeit bemüht hat.

Mein Dank gilt auch der Universität Ankara, die mir am Anfang ein Promotionsstipendium gewährt hat, sowie der Konrad-Adenauer-Stiftung, die mich in die Promotionsförderung aufgenommen hat.

Nicht zuletzt bedanke ich mich bei allen meinen Freunden und Kollegen am Leopold-Wenger-Institut für Rechtsgeschichte und Papyrologie der Ludwig-Maximilians-Universität München für die kollegiale Zusammenarbeit und für die dauernde Hilfsbereitschaft.

Abkürzungsverzeichnis ..... IX-XII
Literaturverzeichnis ..... XIII-XXXII

Einleitung 1-4
Erstes Kapitel. Zur Simulation im römischen Recht 5-82
§ 1. Einführung 5-9
§ 2. Die Behandlung des Scheingeschäfts durch die klassischen römischen Juristen 10-65
I. Die Festsetzung eines Scheinentgelts 10-21
1) Kaufvertrag ohne Kaufpreis 10-18
a) D. 18.1.36 (Ulp. 43 ed.) 10-15
b) D. 18.1.38 (Ulp. 7 disp.) 15-18
2) Mietvertrag ohne Mietzins 18-21
II. Allgemeine Aussagen zu Scheingeschäften 21-30
1) D. 18.1.55 (Paul. 2. ed. aedil. cur.) 21-25
2) D.44.7.54 (Mod. 5 reg.) 25-28
3) D. 50.17.16 (Ulp. 21 Sab.) 28-30
III. Eherecht 30-34
1) D. 23.2.30 (Gai. 2 Iul. Pap.) 330-32
2) D. 24.1.64 (Iav. 6 post. Lab.) 32-34
IV. Schenkungen unter Ehegatten 34-62
1) D. 24.1.5.5 (Ulp. 32 Sab.) 37-43
2) D. 24.1.31.3 (Pomp. 14 Sab.) 43-48
3) D. 18.1.38 (Ulp. 7 disp.) 48-49
4) D. 24.1.31.4 (Pomp. 14 Sab.) 49-50

5) D. 24.1.7.6 (Ulp. 31 Sab.) 50-54
6) D. 24.1.7.5 (Ulp. 31 Sab.) 54-57
7) D. 23.3.12 pr. (Ulp. 34 Sab.) 57-59
8) D. 24.1.52 pr. (Pap. 10 quaest.) 59-62
V. Zeugnisse für Scheingeschäfte in Papyri und literarischen Quellen 62-65
1) BGU 114 I: Die Mitgift einer Soldatenbraut als depositum irregulare 62-63
2) Plin. ep. 5,1: Die gesellschaftliche Mißbilligung des Handelns zum Scheine 63-65
§ 3. Das Scheingeschäft in Kaiserkonstitutionen diokletianischer Zeit 66-75
I. Verkehrsgeschäfte 66-72
1) C. 2.4.21 (Diocl., Max.; a. 293) 66-67
2) C. 4.22.2 (Diocl., Max.; a. 294) 67-68
3) C. 4.22.3 (Diocl.; Max.; a. 294) 68-69
4) C. 4.38.3 (Diocl., Max; a. ?) 69-70
5) C. 4.38.9 (Diocl., Max.; a. 294) 70-71
6) C. 4.38.10 (Diocl., Max.; a. 294) 71-72
II. Schenkungen unter Ehegatten 72-75
1) C. 5.16.15 (Diocl., Max.; a. 291) 72-73
2) C. 5.16.20 (Diocl., Max.; a. 294) 73-75
§ 4. Das Scheingeschäft in nachdiokletianischer und in justinianischer Zeit. 76-82
I. Die nachdiokletianische Zeit 76-79
1) D. 41.6.6 (Hermog. 2 iur. epit.) 76-77

2) Fragm. Vat. 273 77-78
II. Die justinianische Zeit 79-82
1) Konstitutionen Justinians 79-81
a) C. 5.12.30.2 (Just.; a. 529) 79-80
b) C. 4.35.23 (Just.; a. 531-532) 80-81
c) Zur Herkunft der Rubrik von C. 4.22 81
2) Textgestaltungen der justinianischen Kompilatoren 81-82
a) D. 19.2.46 81-82
b) D. 18.1.36-38 82
c) C. 4.22 rubr. 82
Zweites Kapitel. Die Behandlung der Simulation im preußischen Recht, in der Pandektistik und in den Arbeiten zum BGB 83-118
§ 1. Das preußische Recht 83-92
I. Die Vorschriften über die Simulation 83-85
II. Gründe für eine Simulation 85-86
III. Die Behandlung der Simulation 86-91
1) Begriffliche Erfassung 86-88
2) Rechtsfolgen der Simulation 88-89
3) Schutz Dritter 90-91
IV. Die Simulationsvorschriften des ALR in der Rechtsprechung des Reichsgerichts 91-92
§ 2. Das Pandektenrecht 93-112
I. Der Begriff der Simulation 93-94
II. Die Wirkungen der Simulation 94-102

1) Das simulierte Geschäft 94-99
a) Wirkungen der Simulation unter den Parteien 94-95
b) Wirkungen der Simulation gegenüber Dritten 95-97
c) Wirkung des simulierten Rechtsgeschäfts gegenüber gutgläubigen Dritten 97-99
2) Das dissimulierte Geschäft 100-101
III. Die Abgrenzung der Simulation von ähnlichen Geschäften 102-107
1) Das simulierte und das fiduziarische Geschäft 102-103
2) Das simulierte Geschäft und die Gesetzesumgehung 103-105
3) Das simulierte Geschäft und Mentalreservation 105-106
IV. Die Behandlung der Simulation in den Entscheidungen des Reichsgerichts vor Erlaß des BGB 107-112
1) RGZ 8, 307 (19. Januar 1883) 107-109
2) RGZ 27, 308 (7. Oktober 1890) 109
3) RGZ 22, 191 (2. Oktober 1888) 109-112
4) Zusammenfassung 112
§ 3. Die Materialien zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch 113-118
I. Der Erstentwurf zum BGB 113-115
1) Die allgemeine Vorschrift des § 96 113-114
2) Die sachenrechtliche Sondervorschrift des § 832 .. 114-115
II. Die späteren Entwürfe 115-118
1) Änderungsvorschläge zu E I § 96 115-117

2) Die Streichung von E I § 832.....117-118
3) Würdigung.....118
Drittes Kapitel: Probleme der Simulation in rechtsvergleichender Darstellung nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht.....119-202
§ 1. Die Simulation im schweizerischen/türkischen und deutschen Recht.....119-145
I. Die Simulation im schweizerischen/türkischen Recht.....119-124
1) Der Begriff.....119-120
2) Die Simulationsabrede.....120-122
3) Die Arten der Simulation.....122-124
a) Unterscheidung nach dem verfolgten Zweck.....122
b) Unterscheidung nach der Ausdehnung der Simulationsabrede.....123-124
II. Die Simulation im deutschen Recht.....124-126
III. Zur Abgrenzung der Simulation von ähnlichen Tatbeständen.....126-132
1) Mentalreservation und Simulation.....126-127
2) Das fiduziarische Geschäft und die Simulation.....127-129
3) Das Umgehungsgeschäft und die Simulation.....129-132
IV. Die rechtliche Behandlung des simulierten Geschäfts.....132-142
1) Die Wirkungen des Scheingeschäfts unter den Parteien.....132-136
2) Unwirksamkeit im Verhältnis zu Dritten.....136-142

a) Grundsätze.....136-138
b) Die Schutzvorschriften zugunsten gutgläubiger Dritter gegenüber simulierten Rechtsgeschäften nach deutschem Recht.....138-139
c) Die Schutzvorschriften zugunsten gutgläubiger Dritter gegenüber simulierten Rechtsgeschäften im schweizerischen/ türkischen Recht.....139-141
d) Das Scheingeschäft als unerlaubte Handlung gegenüber Dritten.....141-142
V. Die rechtliche Behandlung des dissimulierten Geschäfts, insbesondere des formmangelhaften Geschäftes.....142-145
§ 2. Der Formmangel infolge der Simulation.....146-182
I. Die Rechtsnatur der Formungültigkeit.....146-148
1) Art. 11 II TOGB/OR.....146
2) Art. 634 I TZGB; Art. 657 I ZGB.....146-147
3) Art. 213 I TOGB; Art. 216 I ZGB.....147-148
4) § 125 BGB.....148
II. Die Theorien zur Folge der Formungültigkeit im schweizerischen bzw. türkischen Recht.....149-156
1) Die Theorie der absoluten Nichtigkeit.....149-151
a) Wirkungen unter den Parteien.....149-151
b) Die Wirkungen gegenüber Dritten.....151
2) Die Theorie der relativen Ungültigkeit.....151
a) Die Wirkungen unter den Parteien.....151-152

b) Die Wirkungen unter Dritten.....152-153
3) Die Theorie Schmidlins.....153-155
4) Die Theorie v. Bürens.....155-156
III. Die Heilung des Formmangels beim Grundstückskauf.....156-160
1) Auf Grund der Nichtigkeitstheorie.....156-158
a) Das Kausalitätsprinzip.....156-157
b) Die Heilung der Formnichtigkeit.....157-158
2) Auf Grund der Ungültigkeitstheorie.....159-160
IV. Der Konflikt zwischen der Formnichtigkeit und dem Verbot des Rechtsmißbrauchs.....160-182
1) Im schweizerischen/türkischen Recht.....160-173
a) Das Verbot des Rechtsmißbrauchs.....160-162
b) Die rechtliche Folgen des Formmangels.....162-173
2) Im deutschen Recht.....174-180
a) Die Heilung des Formmangels im Grundstückskauf (§ 313 BGB).....174-175
b) Die Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben bei Formnichtigkeit.....175-180
3) Formmangel beim Grundstückskauf und Rechtsmißbrauch im Vergleich.....180-182
§ 3 Im besonderen: Simulierte Geschäfte des Erblassers und die Herabsetzung übermäßiger Verfügungen im türkischen Erbrecht.....183-202
I. Zur Problemstellung.....183-184
II. Die Herabsetzungsklage.....184-186

III. Die Plenarentscheidungen des Revisionsgerichts.....186-202
1) Die erste Plenarentscheidung des Revisions-
gerichts vom 01.04.1974.....186-193
a) Die Entwicklung der Rechtsprechung.....186-191
b) Die Plenarentscheidung vom 01.04.1974.....191-193
2) Die Plenarentscheidung vom 22.05.1987.....193-195
3) Die Plenarentscheidung vom 16.3.1990.....195-196
a) Zur Notwendigkeit einer erneuten
Plenarentscheidung.....195
b) Die Plenarentscheidung vom 16.3.1990 und
ihre Begründung.....196
4) Würdigung der Plenarentscheidungen.....196
a) Die Ansprüche der Erben.....197-198
b) Die sozialen Hintergründe der Plenar-
entscheidungen.....199-202
5) Zusammenfassung.....202

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABD	Ankara Barosu Dergisi (Zeitschrift der Rechtsanwaltkammer in Ankara)
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AD	Adalet Dergisi
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
AO	Abgabenordnung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, amtliche Sammlung
BS	Basilicorum scholia
BT	Basilicorum textus
C.	Codex Iustinianus
D.	Digesta
DNotZ	Deutsche Notarzeitung
E I	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches 1888
ed. mai.	Digesta Iustiniani Augusti, ed. Th. Mommsen

ed. ster.	Corpus iuris civilis I. 2, edd. Th. Mommsen, P. Krüger
Fragm. Vat.	Fragmenta Vaticana, ed. Th. Mommsen
Gai Inst.	Gaius, Institutiones
Gruchot	Gruchot. Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
HD	Hukuk Dairesi (Zivilkammer)
HGK	Hukuk Genel Kurulu (Generalkommission für Zivilsachen)
İBD	İstanbul Barosu Dergisi (Zeitschrift der Rechtsanwaltskammer in İstanbul)
Inst.	Institutiones Iustiniani
JhJ	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
Kaser, RP I, II	Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 1 und 2
Kaser, RZP	Kaser, Römisches Zivilprozessrecht
KVJ	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Lenel, EP^3	Lenel, Edictum Perpetuum
Lenel, Palingenesie I, II	Lenel, Palingenesia iuris civilis, Bd. 1 und 2
LRS	Gesetzbuch Napoleons oder das in den königlichen Preußischen Rhein-Provinzen geltende Bürgerliche Recht
LSJ	Liddell/Scott/Jones, a Greek-English Lexicon

MDR	Monatschrift für Deutsches Recht
Misera, Drittwirkung	Misera, Die Drittwirkung des Schenkungsverbots unter Ehegatten
Misera, Freundeskauf	Misera, Der Freundeskauf unter Ehegatten im römischen Recht
Mugdan	Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts für Zivilsachen
SJK	Schweizerische Juristenkarthothek
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
Seuff. Arch.	Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SGBV	Schweizerische Grundbuchverordnung
StGB	Strafgesetzbuch
TGVO	Türkische Grundbuchverordnung
TOGB	Türkisches Obligationengesetzbuch
TZGB	Türkisches Zivilgesetzbuch
TZPO	Türkische Zivlprozeßordnung
YİBKD	Yargıtay İçtihadi Birleİtirme Kararları Dergisi (Zeitschrift für Plenarentscheidungen des Revisionsgerichts)

YKD	Yargıtay Kararları Dergisi (Zeitschrift für Entscheidungen des Revisionsgerichts)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozeßordnung
Zust. Red. Komm.	BGB-Entwurf in der Paragraphenzählung des E I nach der "Zusammenstellung der Beschlüsse der Redaktions - Kommission" der 2. Kommission

Literaturverzeichnis

I. Quellen

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten nebst den ergänzenden und abändernden Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetzgebung mit Erläuterungen, hrsg. von H. REHBEIN/O. REINICKE, 2. Bd., 5. Aufl., Berlin 1894

Basilicorum libri LX, Series A (Textus), edd. H. J. SCHELTEMA, N. VAN DER WAL, D. HOLWERDA, 8 Bde., Groningen u.a. 1955 - 1988

Basilicorum libri LX, Series B (Scholia), edd. H. J. SCHELTEMA, N. VAN DER WAL, D. HOLWERDA, 13 Bde., Groningen u.a. 1953 - 1985

Codex Iustinianus, ed. P. KRÜGER, Berlin 1877 Digesta Iustiniani Augusti, ed. TH. MOMMSEN, 2 Bde., Berlin 1870

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission, Berlin und Leipzig 1888

Fragmenta Vaticana, ed. TH. MOMMSEN, Abhandlungen der Königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1859, Berlin 1860

Gai Institutiones, ed. E. SECKEL/B. KÜBLER; Gai institutionum commentarii quattuor, ed. G. STUDEMUND, Leipzig 1873

II. Lexika

GEORGES, K.: Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch, 2 Bde., Hannover 1988

HEUMANN, H./SECKEL, E.: Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, Jena 1907 (Nachdruck Graz 1971)

LIDDELL, H.G./SCOTT, R./JONES, H.: A Greek-English Lexicon, Oxford 1968

III. Literatur

ADAY, N.: Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa. Konuya İlişkin Yargıtay Kararları İle (Scheingeschäft bei der Eigentumsübertragung mit den Revisionsgerichtsentscheidungen in Bezug auf das Thema), İstanbul 1992

ARABOĞLU, M.: Die Schwierigkeiten in der türkischen Praxis bei der Anwendung der Vorschriften des schweizerisch-türkischen Zivilgesetzbuches zum Erwerb des Grundeigentums an Privatgrundstücken, Frankfurt 1965

ARSLAN, R./YILMAZ, E.: Medeni Usul Hukuku (Zivilprozeßrecht), 2 Bde., Ankara 1972- 1973

AYAZLI, P.: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Unsurları, Hukuki Özellikleri, Şekil Sorunu (Der Bauvertrag für Wohnungen gegen den Anteil des Baugrundstücks, die Bestandteile, die rechtliche Eigenarten, das Problem der Form), Hukuk Araştırmaları, Ocak-Nisan (Juristische Forschungen, Januar-April) 1987, 43-51

AYİTER, N./KILIÇOĞLU, A.: Miras Hukuku (Erbrecht), Ankara 1989

BADING, W.: Scheinerklärungen, in: Gruchot 58 (1914) 769-778

BÄHR, O.: Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Kassel 1892

DERS.: Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, München und Leipzig 1883

BAER, A.: Scheingeschäfte, für die Praxis dargestellt, Berlin 1931

BECK, A.: Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 1976

BECK, E.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Schlußtitel, Einführungs und Übergangsbestimmungen (Art. 55) Bern 1932

BECHMANN, A.: System des Kaufs nach gemeinem Recht, 2. Teil, 1. Abt., Erlangen 1884

BECKER, H.: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, I. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 St. Gallen 1941; II. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, Bern 1934

BERNEKER, E.: Parakatatheke, in: Der Kleine Pauly, Bd. 4, München 1979, 502-504

BESELER, G.: Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, Tübingen 1910

BETTI, E.: Bewußte Abweichung der Parteiabsicht von der typischen Zweckbestimmung (causa) des Rechtsgeschäfts, in: Festschrift für Koschaker I, Weimar 1939, 297-333

BIELITZ, G. A.: Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte, 2. und 3. Bd., Erfurt 1824, 1825

BLUHME, F.: Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln, Ein Beitrag zur Entstehungsgeschischte der Pandecten, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 4 (1820) 257-472

BORNEMANN, D.: Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts, 1. Bd., Berlin 1834

BUCHER, E.: Der Rechtsmißbrauch bei Formvorschriften, in: Travaux de la 5 éme semaine juridique turco-suisse, La Forme dans les actes Juridiques, Journées d'İstanbul, 13-20 avril 1975, 123-141; auch in: Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, März-April 1975, 65-81

DERS.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988

BUCKLAND, W. W.: A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, 2. Aufl., Cambridge 1950

V. BÜREN, B.: Schweizerisches Obligationenrecht, 1. Bd. Allgemeiner Teil, Zürich 1964

COING, H.: Europäisches Privatrecht, 2. Bd., 19. Jahrhundert, Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, München 1989

DERS.: Form und Billigkeit im modernen Privatrecht, Festvortrag, in: Dt. Notartag 1965, 29-50

DERS.: Simulatio und Fraus in der Lehre des Bartolus und Baldus, Festschrift für Koschaker I, Weimar 1939, 402-419

CUJAS, J.: Observationum et emendationum libri XXVIII, in: Jacobi Cujacii IC. Tolosatis opera 1. Bd., Prati 1836, 1-1224

DAUBE, D.: Generalisations in D. 18.1, de contrahenda emptione, in: St. Arangio Ruiz I, Neapel 1953, 192-200

DERS.: Zur Palingenesie einiger Klassikerfragmente, in: SZ 76 (1959), 149-264

DE ZULUETA, F.: The Roman Law of Sale, Oxford 1945

DERNBURG, H.: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs, 5. Aufl., Halle 1894

DERS. (BEARB. V. SOKOLOWSKI, P.): System des römischen Rechts, Der Pandekten, 1. Bd., 8. Aufl., Berlin 1911

DRUEY, J.N.: Grundriss des Erbrechts, Bern 1986

DUMONT-KISLIAKOF, N.: La Simulation en Droit Romain, Paris 1970

EDİS, S.: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri (Einführung in das Zivilrecht und die Einleitung), 2. Aufl., Ankara 1983

EGGER, A.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, zu Art. 2 ZGB, Zürich 1930

EHRENZELLER, M.: Die Simulation von Verträgen nach schweizerischem Recht mit besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, St. Gallen 1951

EREN, F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler I (Obligationenrecht, Allgemeiner Teil I), Ankara 1991

DERS.: Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası (Die Herabsetzungsklage im türkischen Zivilrecht), Ankara 1973

ERLANGER, M.: Kaufvertrag unter Ehegatten mit Festsetzung des Kaufpreises unter dem Werte der Sache in Schenkungsabsicht, Erlangen 1892

ESCHER, A.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht (Art. 527), Zürich 1959

ESENER, T.: Borçlar Hukuku I (Obligationenrecht I), Ankara 1969

DERS.: Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler (Scheingeschäfte im türkischen Privatrecht), Ankara 1956

FEYZİOĞLU, N. F.: Borçlar Hukuku, Hususi Kısım (Obligationenrecht, Besonderer Teil), İstanbul 1970

DERS.: Karı Koca Arasındaki Gayrimenkule Müteallik Vekalet Akdi. Muvazaa ve Nam-ı Müstear İddiaları Tevhidi İçtihat Hukuk Kısmı Umumi Heyetinin 7. 10. 1953 Tarih ve 817 Sayılı Kararının Tahlili (Der Auftrag zum Grundstückserwerb zwischen Ehegatten. Analyse der Plenarentscheidung vom 7. 10. 1953 mit der Nummer 817 von der Generalkommission für Zivilsachen für Berufung auf Scheingeschäft und Strohman), in: İHFM 3-4 (1953) 1008-1009, 1019-1021

DERS.: Medeni Kanun'un 50. Yıl Sempozyumu. Medeni Kanun'un 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması, 1. Tebliğ (Symposium zum 50. Jahrestag des Inkrafttretens des Zivilgesetzbuches. Der Rechtsmißbrauch am 50. Jahrestag des Zivilgesetzbuches, 1. Beitrag) İstanbul 1978, 147-188

FICKEL, H.: Scheingeschäft und verdecktes Geschäft im deutschen, fransözischen und italienischen Recht, Freiburg 1966

FİLA, H./ERASLAN, E.: Bir Yargıtay Kararı ve Eleştirisi, (Eine Revisionsgerichtsentscheidung und ihre Kritik), in: İBD 59 (1985) 661-688

FLUME, W.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin-Heidelberg 1992

FRIEDLÄNDER, L.: Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms in der Zeit von August bis zum Ausgang der Antonine, 1. Band, Leipzig 1919

FUCHS, W.: Scheinhändel, juristische Untersuchungen über Scheinmanöver aller Art und die Prinzipienfragen der Scheingeschäftslehre, Göttingen 1918

FÜRSTER, F. (BEARBEITET VON ECCIUS, M. G.): Preußisches Privatrecht, 1. Bd., Berlin 1896

GAUDY, W.: Die rechtliche Behandlung der Simulation nach OR Art. 18, Zürich 1927

GERNHUBER, J.: Formnichtigkeit und Treu und Glauben, in: Festschrift für Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, 151-179

GROß, F.: Fiduziarische Geschäfte und Scheingeschäfte, Diss., Würzburg 1936

GÜRSOY K. T./EREN, F./CANSEL, E.: Türk Eşya Hukuku (Türkisches Sachenrecht), 2. Aufl., Ankara 1984

GÜVENÇ, F.: Muvazaalı Taşınmazlarda (sic!) Mirasçıların Açacakları İptal Davaları (Die Anfechtungsklagen, die Erben im Falle des Scheingeschäfts der Eigentumsübertragung erheben können), in: İBD 1-4 (1978), 235-245

GLÜCK, C. F.: Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Kommentar, Erlangen 1814

GUHL, T.: Das Schweizerische Obligationenrecht, Mit Einschluß des Handels- und Wertpapierrechts, 8. Aufl., Zürich 1991

HAAB, R./SIMONIUS, A./SCHERRER, W./ZOBL, D.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (Art. 657), Zürich 1977

HAUSMANINGER, H./SELB, W.: Römisches Privatrecht, Wien-Köln 1985

HELDRICH, K.: Die Form des Vertrages, in: AcP (147) 1941, 89

HERZ, W.: Die Bedeutung der Form des Formalgeschäfts nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss., Basel 1934

HOLZAPFEL, L.: Ehegattenschenkungen und Gläubigerschutz. Geschichte, Rechtsvergleich und Reform der Schenkungsanfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses, Bonn 1979

HONSELL, H.: In fraudem agere, Festschrift für Kaser, München 1976, 111-126

HONSELL, H./MAYER-MALY, TH./SELB, W.: Römisches Recht. Aufgrund des Werks von

Paul Jörs, Wolfgang Kunkel und Leopold Wenger, 4. Aufl., Berlin 1987

HONSELL, H./VOGT, N.P./WIEGAND, W.: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Art. 1-529 OR, Basel 1992

İMRE, Z.: Türk Miras Hukuku (Türkisches Erbrecht), İstanbul 1978

İMRE, Z./ERMAN, S.: Miras Hukuku (Erbrecht), İstanbul 1989

İNAN, A. N.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler (Obligationenrecht, Allgemeiner Teil), 3. Aufl., Ankara 1984

JACOBS, H./SCHUBERT, W. (HRSG.): Die Beratung des BGB. Allgemeiner Teil, §§ 1-240, Berlin-New York 1985

JÄGGI, P./GAUCH, P.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Obligationenrecht (Art. 18), Zürich 1986

KADEN, E. H.: Rez. Stock, J.: Zum Begriff der donatio, insbesondere im Verhältnis zum commodatum, Leipzig 1932, in: SZ 53 (1933), 615-618

DERS.: Rez. Dumont, F.: Les donations entre époux en droit romain, Paris 1928, in: SZ 50 (1930), 611-619

KALLIMOPOULOS, G.: Die Simulation im bürgerlichen Recht, Karlsruhe 1966

KANETİ, S.: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarına Göre Türk Medeni Kanunu'nun Yorumlanması (Die Auslegung des türkischen Zivilgesetzbuches nach den Plenarentscheidungen), in: YD 1-4 (1989)

KARAHASAN, M. R.: Mülkiyet Hukuku. Doktrin ve Yargıtay Kararları (Eigentumsrecht. Lehre und Rechtssprechung des Revisionsgerichts), Ankara 1975

DERS.: Eşya Hukuku (Sachenrecht), İstanbul 1977

KARAYALÇIN; Y.: Mirasçının Muvazaa Nedeniyle İptal Davası Açma Hakkı var mıdır?. 1.10.1953, 1.4.1974 ve 22.5.1987 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararları (Kann der Erbe wegen des Scheingeschäftes eine Klage erheben? Die Plenarentscheidungen vom 1.10.1953, vom 1.4.1974 und vom 22.5.1987), in: Yargıtay Dergisi Özel Sayı, Ocak-Ekim, (Zeitschrift des Revisionsgerichts. Besondere Auflage, Januar-Oktober) 1-4 (1989) 323-337

DERS.: 16.3.1990 Tarih ve K. 1990/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, "Saklı Payı İhlal Edilmemiş Mirasçı Muvazaa Nedeniyle Dava Açabilir" Görüşü ve Diğer Problemler (Die Plenarentscheidung vom 16.3.1990 mit der Nummer K. 1990/2, Die Ansicht, daß der Erbe, dessen Pflichtteilsquote nicht verletzt ist, Klage wegen des Scheingeschäfts erheben kann und andere Probleme), in: Akipek Armağanı (Festschrift für Akipek), Konya 1991, 209-230

KARTAL, B.: Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi, (Der Bauvertrag für Wohnungseigentum und insbesondere dessen Form), in: YD Ocak-Nisan (Januar-April) 1-2 (1983) 96-113 (I); in: YD Temmuz (Juli) 3 (1983) 329-338 (II); in: YD Ekim (Oktober) 4 (1983) 551-568 (III)

KASER, M.: Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht (Handbuch der Altertumswissenschaft), 2. Aufl., München 1971

DERS.: Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen (Handbuch der Altertumswissenschaft), 2. Aufl., München 1975

DERS.: Das römische Zivilprozeßrecht, München 1966

DERS.: Rez. Dumount, F.: Les donations entre époux en droit romain, Paris 1928, in: Kr. Vi. Schr. 23 (1930), 334-358

DERS.: Rez. Thayer, J. B.: On Gifts between husband and wife, Cambridge 1929, in: KVJ 23 (1930), 334-358

DERS.: Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht, Wien 1977

KELLERHALS, A.: Simulation im Grundstückskauf, Bern 1952

KIEL: Schutz des Dritten gegen Scheingeschäfte, in: Gruchot 63 (1919), 558-577

KILIÇOĞLU, A.: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığı Altında Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması (Die Form und der Rechtsmißbrauch beim Grundstückkauf in den Plenarentscheidungen des Revisionsgerichts), in: YD 1-4 (1989) 289-322

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.: Miras Hukuku (Erbrecht), 3. Aufl., İstanbul 1987

KOCH, C. F.: Lehrbuch des Preußischen gemeinen Privatrechts, 1. Bd., Berlin 1845

KÖNNE, L.: Ergänzungen und Erläuterungen des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten durch Gesetzgebung und Wissenschaft, 2. Bd., 7. Aufl., Berlin 1886

KOHLER, J.: Studien über Mentalreservation und Simulation, in: JhJ 16 (1878), 91-158 Bd.

DERS.: Noch einmal über Mentalreservation und Simulation, in: JhJ 16 (1878), 325-356 Bd.

KOLLER: A.: Vom Formmangel und seinen Folgen, in: Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989

KOSCHAKER, P.: Bedingte Novation und Pactum im römischen Recht, Festschrift für Hanausek, Graz 1925, 118-158

KRAMER, E./SCHMIDLIN, B.: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht (Art. 18), Bern 1986

KROEBER, M.: Der rechtsgeschäftliche Schleichweg und das Scheingeschäft, Erlangen 1917

KUNKEL, W. (AUF GRUND DES WERKES VON JÖRS, P.): Römisches Privatrecht, 3. Aufl., Berlin 1949

DERS.: Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, 2. Aufl., Graz-Wien-Köln 1967

KUNZ, H.: Öffentliche Vertragsverurkundung und ihre Gültigkeit nach schweizerischem Recht, Diss., Bern 1928

LARENZ, K.: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1989

LAU, P.: Die rechtsgeschäftliche Grundstücksübertragung nach türkischem Recht, Münster 1972

LEEMANN; H.: Die Folgen der Simulation bei formalen Rechtsgeschäften, in: SJZ 17 (1917), 273-275

DERS.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, I. Abt. (Art. 657), 2. Aufl., Bern 1920

DERS.: Nichtigkeit des Grundstückkaufes wegen unrichtiger Beurkundung des Kaufpreises?, in: SJZ 18 (1924), 269-270

LEVY, E.: Der Hergang der römischen Ehescheidung, Weimar 1925

LIEBS, D.: "Variae lectiones" (zwei Juristenschriften), in: Studi in onore di Edoardo Volterra, Bd. 5, Mailand 1971, 51 - 88

DERS.: Die Jurisprudenz im spätantiken Italien, Berlin 1987

LORENZ, W.: Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, in: AcP 156 (1957), 381-413

MANTOVANI, D.: Le formule del processo privato romano, Como 1992

MAYER-MALY, TH.: Rez. Misera, K.: Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten, Köln-Wien 1974, in: SZ 93 (1976) 423-427

MEDICUS, D.: Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl., Heidelberg 1994

MEIER-HAYOZ, A.: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Zivilgesetzbuch, Grundeigentum I (Art. 657), Bern 1986

MERZ, H.: Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, in: AcP 163 (1963/64), 305-345

DERS.: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Zivilgesetzbuch, (Art. 2), Bern 1962

DERS.: Vertrag und Vertragsschluß, Bern 1988

MICHAELIS, K.: Scheingeschäft, verdecktes Geschäft und verkleidetes Geschäft im Gesetz und in der Rechtspraxis, Festschrift für Wieacker, Göttingen 1978, 444-462

MISERA, K.: Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten, (Forschungen zum römischen Recht, hrsg. v. Max Kaser, Wolfgang Kunkel u. Franz Wieacker, 33. Abhandlung), Köln-Wien 1974

DERS.: Die Drittwirkung des Schenkungsverbots unter Ehegatten (Erstreckung auf Hausverbände und Sklaven), in: SZ 93 (1976), 33-59

DERS.: Der Freundeskauf unter Ehegatten im römischen Recht, in: Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Wahl, Heidelberg (1973), 25-45

DERS: Gebrauchsüberlassung und Schenkungsverbot unter Ehegatten, in: Index 3 (1972), 397-420

DERS.: Die Zeugnisse zum Grund des Schenkungsverbots unter Ehegatten, in: Festschrift für Kaser (1976), 407-435

MITTEIS, L.: Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde, 2. Bd.: Juristischer Teil, 1. Hälfte: Grundzüge, Leipzig 1912 (Nachdruck Hildesheim 1960)

MÜLLER, P.: Die Heilung formwidriger Rechtsgeschäfte durch Erfüllung, Luzern 1938

MUGDAN, B.: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 1. Bd., Einführungs-

gesetz und Allgemeiner Teil, Berlin 1899 (Nachdruck Aalen 1979); 3. Bd., Sachenrecht, Berlin 1899 (Nachdruck Aalen 1979)

NEFF, P.: Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta in den Digesten, Stuttgart 1895

ÖZSUNAY, E.: İnançlı Muameleler, (Treuhandgeschäfte), İstanbul 1968

OFTINGER, K.: Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1969

OĞUZMAN, K.: Borçlar Hukuku Dersleri I (Vorlesungen zum Obligationenrecht I), İstanbul 1987

DERS.: Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları II, Borçlar Hukuku-Miras Hukuku (Übungsbuch zum Zivilrecht II, Obligationenrecht-Erbrecht), 3. Aufl., İstanbul 1978

DERS.: Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası (Die Herabsetzungsklage und die Grundbuchberichtigungsklage im Falle des Scheingeschäfts bei der Eigentumsübertragung), in: Festschrift für Postacıoğlu, İstanbul 1990, 187-198

DERS.: Miras Hukuku (Erbrecht), 3. Aufl., İstanbul 1991

DERS.: Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suistimali (Der Rechtsmißbrauch der Berufung des Formmangels), in: İBD 24 (1955), 249-258

OĞUZMAN, K./ÖZ, T.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler (Obligationenrecht, Allgemeiner Teil), İstanbul 1995

OĞUZMAN, K./SELIÇI, Ö.: Eşya Hukuku (Sachenrecht), 3. Aufl., İstanbul 1982

OSER, H./SCHÖNENBERGER, W.: Das Obligationenrecht, V/2, Zürich 1936

OZANOĞLU, T.: Sondervotum zur Entscheidung vom 22.05.1987, in: YKD Kasım (November) 1987, 1617-1619

OZANOĞLU, T./ASLANKÖYLÜ, R.: Sondervotum zur Entscheidung vom 16.03.1990, in: YKD Temmuz (Juli) 1990, 956-967

PARTSCH, J.: Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte, in: SZ 42 (1921), 227-272

DERS.: Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte II. Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften, Berlin 1931, 123-132

PAOLETTO, B.: Die Falschbeurkundung beim Grundstückkauf, Zürich 1973

PFAFF, I.: Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere, Wien 1892

PIOTET, P.: Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, IV/1, Basel 1978

POSTACIOĞLU, İ.: Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti (Das Formerfordernis bei Verträgen der Eigentumsübertragung), İstanbul 1945

PRINGSHEIM, F.: Animus donandi, in: SZ 42 (1921), 273-325

DERS.: Der Kauf mit fremdem Geld. Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht (Romanistische Beiträge zur Rechtsgeschichte, hrgs. v. L. Mitteis, J. Partsch, E. Rabel, 1. Heft), Leipzig 1916

RABEL, E.: Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. Aufl., Basel 1955

REGELSBERGER, F.: Pandekten, 1. Bd., Leipzig 1893

REICHEL, H.: Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (§ 125 BGB), in: AcP 104 (1909) 1-150.

REINICKE, D.: Rechtsfolgen formnichtig abgeschlossener Verträge, Bad Homburg vor der Höhe-Berlin-Zürich 1969

RENDA, N./ONURSAN, G.: Borçlar Hukuku (Obligationenrecht), 2 Bde., Ankara 1972-1973

ROTONDI, G.: Gli Atti in frode alla legge nella dottrina romana, e nella sua evoluzione posteriore, Torino 1911

V. SAVIGNY, F. C.: System des heutigen römischen Rechts, 3. Bd., Berlin 1840

DERS.: Landrechtsvorlesung 1824. Drei Nachschriften, edd. Ch. Wollschläger/M. Ishibe/R. Noda/D. Strauch, 1.Hb., Frankfurt 1994

SCHLEI, H.: Schenkungen unter Ehegatten. Zu ihrer Behandlung nach römischem Recht und in der Rechtsprechung des Reichsgerichts mit Ausblicken auf das geltende Recht, Göttingen 1993

SCHULZ, F.: Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar 1961

SCHMID, J.: Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Freiburg 1988

SCHMIDLIN, B.: Der formungültige Grundstückkauf, Bemerkungen zur neueren Lehre und Rechtsprechung, in: ZSR 109/1 (1990), 223-260

SCHÖNENBERGER W. / JÄGGI P.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Obligationenrecht (Art. 11), Zürich 1973

SCHULZ, F.: Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar 1961

SCHWAB, D.: Einführung in das Zivilrecht, 8. Aufl., Heidelberg 1989

SEROZAN, R.: Die Überwindung der Formnichtigkeit, Travaux de la 5 éme semaine juridique turco-suisse, La Forme dans les actes Juridiques, Journées d'Istanbul, 13-20 avril 1975, 151-168

DERS.: Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, Tübingen 1968

SHERWIN-WHITE, A. N.: The letters of Pliny. A historical and social commentary, Oxford 1966

SIBER, H.: Confirmatio donationibus, in: SZ 53 (1933) 99-150

DERS.: Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung II, Römisches Privatrecht, Berlin 1928

SIEGWART, A.: Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten, Fribourg 1936

SIMON, D.: Quasi-παρακαταθήκη. Zugleich ein Beitrag zur Morphologie griechisch - hellenistischer Schuldrechtstatbestände, in: SZ 82 (1965) 39-66

DERS.: "Die animusbesessene Spätzeit", in: RJ 14 (1995) 253-279

SOERGEL, H. TH./HEFERMEHL, W.: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 1. Bd., Allgemeiner Teil (§§ 1-240) 12. Aufl., Stuttgart 1988

SOHM, R.: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, Berlin 1949

SONNTAG, A.: Das simulierte Rechtsgeschäft, Erlangen 1899

SPENGLER, H.-D.: Rez. Schlei, H.: Schenkungen unter Ehegatten, zu ihrer Behandlung nach römischem Recht und in der Rechtsprechung des Reichsgerichts mit Ausblicken auf das geltende Recht, in: SZ 112 (1995), 615-621

SPIRO, K.: Die unrichtige Beurkundung des Preises beim Grundstückkauf, Basel 1964

V. STAUDINGER, J./DILCHER, H.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 1. Buch, Allgemeiner Teil, §§ 90-240, 12. Aufl., Berlin 1980

STOCK, J.: Zum Begriff der donatio, insbesondere im Verhältnis zum commodatum (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, 72. Heft), Leipzig 1932

STROBEL, M.: Das Problem der Wahrheit im Scheingeschäft, Göttingen 1929

SUNGURBEY, İ.: Medeni Hukuk Sorunları (Die Probleme des Zivilrechts), 4. Aufl., İstanbul 1980

DERS.: Mirasbırakanın Muvazaası Durumuna İlişkin Yargıtay'ın 1.4.1974 gün, 1/2 sayılı Doğru İçtihadı Birleştirme Kararı Değiştirilemez (Die richtige Plenarentscheidung vom 1.4.1974 mit der Nummer 1/2 des Revisionsgerichts über das Scheingeschäft des Erblassers kann nicht geändert werden), in: YHD 11 (1989), 749-756

TANDOĞAN, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Obligationenrecht, Einzelne Vertragstypen), 2. Bd., Ankara 1987

Tartışmalar (Diskussionen), in: Yargıtay Dergisi Özel Sayı, Ocak-Ekim, (Zeitschrift des Revisionsgerichts. Besondere Auflage, Januar-Oktober) 1-4 (1989) 428-432

TEICHMANN, A.: Die Gesetzesumgehung, Göttingen 1962

TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler I (Obligationenrecht, Allgemeiner Teil I), 7. Aufl., İstanbul 1993

TELLEGEN, J. W.: The Roman Law of Succession in the letters of Pliny the Younger I, Zutphen 1982.

TERCIER, P./DUCREST, J. F.: Simulation. Stand der Gesetzgebung und der Rechtsprechung, in: SJK 606, 1988, 1-20

THAYER, J. B.: Lex Aquilia - On Gifts between Husband and Wife, Cambridge 1929

TROOST, S.: Das Scheingeschäft, Erlangen 1936

V. TUHR, A.: Eigentumsübertragung nach schweizerischem Recht, in: ZSR 40 (1921), 40-74

V. TUHR, P./PETER, H.: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 1. Bd., 3. Aufl., Zürich 1979

TUOR, P.: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erbrecht, Bern 1952

TUOR, P./SCHNEIDER, B.: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. Aufl., Zürich 1986

ÜNAL, Ş.: Karşılaştırmalı Hukukta Taşınmaz Mal Mülkiyetinin Devrini Konu Alan Akitlerde Şekil Noksanlığı ve Hakkın Kötüye Kullanılması (Der Formmangel bei den Verträgen, die Eigentumsübertragung zum Gegenstand haben und der Rechtsmißbrauch), in: YD 14 (1988) 213-221

UYAR, T.: Uygulamada Tereddüt ve İhtilaf Konusu Olan Üç Müessese: Mirasta Tenkis - İptal ve İade (Drei Institutionen, die in der Praxis Probleme verursachen: Die Herabsetzung - die Ungültigkeit der Verfügungen und die Ausgleichung), in: ABD 3 (1971), 406-419

VISCHER, F.: Schweizerisches Privatrecht. Obligationenrecht, besondere Vertragsverhältnisse, Basel 1977

WENGER, L.: Die Quellen des römischen Rechts, Wien 1953

WESENER, G.: Das Scheingeschäft in der spätmittelalterlichen Jurisprudenz, im Usus modernus und im Naturrecht, in: Festschrift für Hübner Berlin-New York 1984, 336 ff.

WIEACKER, F.: Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956

DERS.: Protopraxie und "*ius pignoris*" im klassischen Fiskalrecht, FS Koschaker I, Weimar 1939, 218-257

WINDSCHEID, T./KIPP, T.: Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Bd., 9. Aufl., Frankfurt 1906

WOLFF, H. J.: Zum Verbot der donatio inter virum et uxorem, in: IURA 20 (1969), 478-484

EINLEITUNG

Die vorliegende Untersuchung möchte in rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht Probleme der rechtlichen Behandlung der Simulation darstellen. Bei der Simulation handelt es sich um eine Figur der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre. Man unterscheidet das vorgenommene (simulierte) Geschäft, welches nicht ernsthaft gewollt ist, und das verdeckte (dissimulierte) Geschäft, welches eigentlich gelten soll. Bei der Simulation sind somit zwei Rechtsgeschäfte zu berücksichtigen. Das juristische Interesse wechselte dabei im Laufe der Zeit. Interessierte die römischen Juristen vor allem noch der simulierte Tatbestand, so hat sich im aktuellen Recht die Aufmerksamkeit eher auf das dissimulierte Geschäft verlagert. Hier stehen insbesondere Fragen der Nichtigkeit des dissimulierten Geschäfts wegen Formmangels im Vordergrund. Die Arbeit möchte einen Beitrag zum Verständnis dieser Entwicklungen leisten. Daher besteht sie aus einem historischen und einem rechtsvergleichenden Teil.

Die Arbeit umfaßt mit dem römischen Recht und der Zeit von 1794 bis 1900 zwei unterschiedliche geschichtliche Perioden. Hieran schließt sich eine Darstellung des aktuellen Rechtszustands in vergleichender Sicht zum schweizerischen, türkischen und deutschen Recht an. Bei der Auswahl der rechtshistorischen Zeiträume waren teils sachliche Gesichtspunkte, teils der derzeitige Forschungsstand maßgeblich. Das römische Recht in seiner justinianischen Form als Grundlage der gesamten späteren Rechtsentwicklung mußte den Ausgangspunkt bilden. Die Periode vom Inkrafttreten des ALR bis zum BGB ergab sich aus einer Forschungslücke. Während die Postglossatoren, der Usus modernus und das Naturrecht bereits

in H. Coing und G. Wesener ihre Bearbeiter[1] fanden, wurden diese hundert Jahre deutscher Rechtsgeschichte bislang nicht untersucht. In ihnen wurden die Grundlagen für das BGB und damit der geltenden deutschen Dogmatik gelegt. Die Auswahl des türkischen, schweizerischen und deutschen Rechts für das rechtsvergleichende dritte Kapitel rechtfertigt die enge innere Beziehung zwischen diesen drei Rechtsordnungen. Das türkische Zivilgesetzbuch (TZGB) und das türkische Obligationengesetzbuch (TOGB) wurden 1926 aus der Schweiz rezipiert. Seitdem gibt es eine enge Beziehung zwischen beiden Rechtssystemen. Hier ist aufschlußreich zu sehen, inwieweit in beiden Ländern bei gemeinsamer Rechtsgrundlage Sonder-entwicklungen eingetreten sind oder inwieweit überein-stimmende Ergebnisse erzielt werden. Die Behandlung des deutschen BGB rechtfertigt die intensive Auseinandersetzung mit diesem Gesetzbuch und den Lehrmeinungen deutscher Autoren in der türkischen Literatur.

Für das römische Recht waren vorwiegend juristische Quellen heranzuziehen, die in den justinianischen Digesten und dem Codex überliefert sind. Jedoch konnten auch Papyrusurkunden sowie literarische Quellen herangezogen werden. Zunächst war der Frage nachzugehen, inwieweit dem römischen Rechtsdenken der Begriff des "Scheingeschäfts" als eines nur äußerlich abgeschlossenen, aber von den abschließenden Parteien nicht wirklich gewollten Rechtsgeschäfts, vertraut war. Ebenso war zu untersuchen, ob die in den Quellen häufig anzutreffende Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, bei denen eine Simulation vorgekommen war, gerade auf den Scheincharakter der Handlung oder auf andere Gründe zurückzuführen ist. Die Quellen behandeln zumeist konkrete Fälle. In den Digesten finden sich auf die Simulation bezügliche Aussagen aber mehrfach nur noch als kurze Regeln, deren ursprüngliche Tragweite schwierig zu rekonstruieren ist. Methodisch dominiert hier die Exegese der

---

[1] S. Coing (1939) 402-419; Wesener (1984) 337-355.

Quellen im Sinne ihres ursprünglichen Sinngehalts. Jedoch wurde - für die Digesten - auch versucht, den jeweiligen Standort eines Fragments unter dem Gesichtspunkt der justinianischen Kompilation zu bewerten. Gelegentlich ist auch eine Auseinandersetzung mit Problemen der Textüberlieferung nötig. Einen größeren Raum nimmt die Beschäftigung mit der Interpolationenkritik ein. Vielfach wurden die untersuchten Quellen, wegen der in ihnen anzutreffenden subjektiven Elemente (wie Schenkungsabsicht, Verkaufsabsicht) als von den justinianischen Kompilatoren interpoliert angesehen.

Die zweite historische Periode setzt mit dem preußischen Recht ein. Hier waren zunächst die Bestimmungen des ALR maßgeblich. Sodann war auch die Kommentarliteratur hierzu, die sich auf ein Jahrhundert verteilt, auszuwerten. Mit "Pandektistik" bezeichnet man im strengen Sinn vornehmlich die gemeinrechtliche deutsche Jurisprudenz in der zweiten Hälfte des 19. Jhds. Da jedoch bereits zu Beginn dieses Jahrhunderts die Voraussetzungen gelegt wurden (vor allem durch die Arbeiten v. Savignys), fanden auch dieser Zeit angehörige Autoren Beachtung. Hier geht es um das damals zeitgemäße Verständnis der römischen Quellen zur Simulation. Es begegnen neue Problembereiche. So treten Fragen hinsichtlich der Gültigkeit des dissimulierten Geschäfts insbesondere im Hinblick auf Formvorschriften, Probleme des Schutzes gutgläubiger Dritter sowie die Abgrenzung zu anderen ähnlichen Rechtsfiguren, wie beispielsweise der Gesetzesumgehung, auf. Auch schien es ratsam, sowohl im preußischen Recht wie in der Pandektistik die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Problem der Simulation heranzuziehen. Für die Gesetzgebungsgeschichte des BGB standen neben den bereits von Mugdan veröffentlichten Motiven und Protokollen nunmehr auch die von Jakobs/ Schubert edierten detaillierten Mitschriften der Sitzungen der verschiedenen Kommissionen zur Verfügung. Sie zeigen, wie in allen Stadien des Gesetzgebungsverfahrens immer wieder

der Schutz gutgläubiger Dritter gegenüber simulierten Handlungen - und damit ein allgemeiner Gutglaubensschutz - gefordert wurde.

Die Arbeit zum geltenden Recht basiert auf den Bestimmungen über die Simulation in den jeweiligen Landeskodifikationen sowie der Auswertung des derzeitigen Entwicklungsstandes in Rechtsprechung und Literatur. Dabei zeigt sich, daß in vielen Bereichen ein einheitlicher Rechtszustand besteht. Innerhalb der Erörterung der Simulationsproblematik bot es sich für das schweizerische/ türkische Recht an, genauer auf das Problem des formnichtigen Rechtsgeschäfts und der rechtsmißbräuchlichen Berufung auf den Formmangel einzugehen, da diese Fragen innerhalb von Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich behandelt werden. Eine Besonderheit des türkischen Rechts, die Vornahme simulierter Geschäfte im Zusammenhang mit "faktischen" Enterbungen, die Gegenstand einer Reihe höchstrichterlicher Entscheidungen waren, sei ebenfalls gesondert behandelt.

ERSTES KAPITEL. ZUR SIMULATION IM RÖMISCHEN RECHT

§ 1. Einführung

Die Untersuchung zum römischen Recht betrifft - wie eingangs geschildert - vor allem die Problemkreise, inwieweit das klassische römische Recht die subjektive Seite der Simulation, das bewußte Auseinanderfallen von Wille und Erklärung, erfaßte und in welchem Umfang simulierte Geschäfte eine einheitliche juristische Behandlung erfuhren. Die zu behandelnden Stellen stammen zum größten Teil aus den Digesten, in nicht unbeträchtlicher Zahl sind auch im Codex Justinianus überlieferte Reskripte der diokletianischen Kanzlei heranzuziehen. Dabei betreffen die Quellen unterschiedliche Rechtsgebiete, wie Kauf, Miete, Schenkungen (unter Ehegatten), Verpfändung, Eheschließung und Scheidung. Eng mit den sachlichen Fragen sind terminologische Probleme verknüpft, so etwa die Bedeutung von *imaginaria venditio, imaginarius contractus.*

Für den ersten Problemkreis geht die überwiegende Literatur davon aus, daß im klassischen römischen Recht die Juristen das Konzept der Nichtigkeit allein wegen der Simulation nicht kannten[1]. Nach der alten Rechtsauffassung sei das abgeschlossene, aber nicht gewollte Geschäft trotz des entgegengesetzten Willens verbindlich gewesen, weil der Form

[1] S. etwa Partsch (1921) 227 ff.; Siber (1928) 437; Kunkel (1949) 107; Pugliese (1938) 209-213.

genügt worden sei[2]. In den meisten Fällen seien die Gründe für die Nichtigkeit auf Mängel in den "essentialia negotii" (etwa fehlender Kaufpreis) zurückzuführen. Subjektive Elemente, die in den Quellen bei der Entscheidung über das simulierte Geschäft eine Rolle spielen, werden als interpoliert angesehen (Partsch, Pugliese). Die Klassiker hätten die Unterscheidung zwischen einem wegen Gesetzesverstoß nichtigen und dem wegen Gesetzesumgehung unwirksamen Geschäft nicht gekannt[3]. Diese Auffassung beruht auf den Untersuchungen von Neff[4], Rotondi[5], Paccioni[6] und Partsch[7]. Der Unterschied zwischen *agere contra legem* als Handeln gegen den Wortlaut des Gesetzes und *agere in fraudem legis* als Handeln gegen dessen Sinn stamme aus der Schule von Berytos oder von den Kompilatoren[8].

Auch eine einheitliche Behandlung simulierter Geschäfte durch die Juristen, etwa im Sinne einer stets eintretenden Nichtigkeit, wird von der überwiegenden Meinung verneint. Die römischen Juristen hätten jeweils von Fall zu Fall nach den rechtlichen Besonderheiten des untersuchten Geschäfts eine Lösung gefunden. Erst die Kompilatoren hätten die Lösungsansätze der klassischen Juristen vereinheitlicht und verallgemeinert.

Dieser Auffassung dürfte im Grundsatz zuzustimmen sein, wie die eingehenden Untersuchungen Puglieses zeigen[9]. Jedoch basiert sie nicht selten auf der Annahme von Interpolationen. Die derzeitige Methodik in der Romanistik

---

2 S. Kaser, RP I 243.
3 Partsch (1931) 125-126.
4 (1895).
5 (1911).
6 (1911) 332 ff.
7 (1931) 126 ff.
8 S. Honsell (1976) 112.
9 S. unten Fn. 11.

verfährt hingegen mit der Annahme justinianischer Texteingriffe, inbesondere in Form völliger Textumgestaltungen, weitaus zurückhaltender. Insofern scheint es gerechtfertigt, die in der Diskussion maßgeblichen Stellen unter diesen geänderten methodischen Voraussetzungen erneut zu untersuchen.

Von den Autoren, die sich mit der Simulation befaßten, ist zunächst Partsch zu erwähnen. Er ging in einem 1921 erschienenen, 1931 noch aus seinen nachgelassenen Schriften ergänzten Aufsatz[10] davon aus, daß die klassischen Juristen im 2. und 3. Jahrhundert nach Chr. einen Rechtssatz, wonach ein Scheingeschäft nichtig sei, nicht gekannt hätten. Wo die Regel, daß das Scheingeschäft unwirksam sein solle, klar ausgesprochen sei, verrieten schon Form und Inhalt der Stelle deren Interpolation. Es handle sich dabei um die ständig wiederkehrende Zusätze, wie etwa *simulatis pro infectis habitis* in den im Codex Iustinianus überlieferten Reskripten der diokletianischen Kanzlei. Partsch Thesen fanden Gefolgschaft bei Wesener, Coing und H. Honsell.

Pugliese entwarf in seiner 1938 erschienenen Monographie über die Simulation ein differenziertes Bild[11]. Dies betrifft sowohl die Tatbestände, die unter den Begriff der Simulation fallen, als auch deren rechtliche Behandlung bei den klassischen Juristen sowie im späteren byzantinischen Recht. Pugliese gruppiert nach den Gesichtspunkten *venditio donationis causa*, *imaginaria venditio* sowie Auseinanderfall von Urkunde und Geschäft[12]. Abweichend von einer damals vorherrschenden Ansicht kommt er für das justinianische

---

10 Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte, SZ 42 (1921), S. 227-272; Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte II. Aus nachgelassenen und kleineren Verstreuten Schriften, Berlin 1931, S. 122-132.

11 La simulazione nei negozi guiridici, Mailand 1938.

12 S. Pugliese (1938) 101 ff.: Cap. IV. Testi in materia di *venditio donationis causa*; 147 ff.: Cap. V. Sulla cosidetta *imaginaria venditio*; 163 ff.: Cap. VI. Divergenza tra documento e negozio.

Recht zum Ergebnis, daß auch die Kompilatoren kein tieferes Verständnis als die klassischen Juristen für die juristische Struktur der Simulation besessen hätten. Ihre Leistung habe vornehmlich in der Einfügung von Begründungen in klassische Entscheidungen sowie in der Vereinheitlichung und Verallgemeinerung von im klassischen Recht vorhandenen Lösungsansätzen bestanden.

Erst 1970 erschien eine weitere Monographie von N. Dumont-Kisliakoff[13]. Die Autorin stellt eine eingehende Untersuchung zum Sprachgebrauch von *simulare* und *fingere* voran. Sie wendet sich sodann dem vorklassischem Recht zu. Für das klassische römische Recht unterscheidet sie zwischen Simulation im Dienste des Rechts und Simulation gegen das Recht. Ersteres betrifft vor allem die nachgeformten Rechtsgeschäfte. Bei der Simulation "gegen das Recht" behandelt die Autorin einmal die *fraus legi*, die Simulation zur Umgehung des Schenkungsverbotes unter Ehegatten sowie die zur Täuschung Dritter bestimmten Simulationen. Der letzte Teil betrifft die Simulation in der Spätantike. Die Arbeit ist jedoch anders als die vorangehenden Werke nicht exegetisch aufgebaut und daher für die vorliegende Zielsetzung weniger ergiebig.

Mit einzelnen im Rahmen von Simulationsproblemen diskutierten Stellen setzte sich D. Daube auseinander (D. 18.1.36; D. 50,17,16)[14]. Probleme der Simulation spielen auch in den Arbeiten zur Ehegattenschenkung, wie etwa von

---

13 La Simulation en Droit Romain, Paris 1970; dort auch S. 11-15 die Angabe weiterer Literatur, wobei aber noch Betti (1939) nachzutragen wäre.

14 S. Daube (1953) und (1959).

Stock[15], Misera[16], Holzapfel[17] und neuerdings Schlei[18], eine Rolle.

Die für die Untersuchung gewählte Textanordnung folgt nicht terminologischen Aspekten (etwa der Erwähnung der *venditio donationis causa* oder der *imaginaria venditio*), sondern sachlichen Gesichtspunkten. Diese sind ihrerseits wieder zeitlich nach Klassik, Nachklassik und justinianische Zeit geordnet.

15 S. Stock (1932) 2 ff.; vgl. dazu die Rezension von Kaden (1933).

16 S. Misera (1972) 397 ff.; (1973); (1974) mit Rezension von Mayer-Maly (1976) 423 ff.; Zeugnisse (1976) 407 ff.; Drittwirkung (1976) 33 ff.

17 S. Holzapfel (1979) 65 ff.

18 S. Schlei (1993) 4 ff.; vgl. dazu die Rezension von Spengler (1995) 615 ff.

§ 2. Die Behandlung des Scheingeschäfts durch die klassischen römischen Juristen

I. Die Festsetzung eines Scheinentgelts

Die hier behandelten Stellen stammen aus dem Kauf- und Mietrecht.

1) Kaufvertrag ohne Kaufpreis

a) D. 18.1.36 (Ulp. 43 ed.)

Cum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus, non videtur vendere.

Hiernach meint Ulpian[19], daß, wenn jemand einen Preis festsetzt, den er schenkungshalber nicht einzufordern beabsichtigt, kein Kauf zustande gekommen sei.

Fragment 36 stellt das einzige Exzerpt aus dem 43. Buch des Ediktskommentars Ulpians[20] dar, das die Kompilatoren in den Titel D. 18.1 (*de contrahenda emptione* ...) aufnahmen. Es gehört zum Ediktsteil innerhalb der Sabinusmasse[21]. Von diesem sind in D. 18.1.34-36 drei Fragmente aufgenommen. Während die beiden vorhergehenden *leges* (*l.* 34: Paulus, 33 ed.; *l.* 35: Gaius, 10 ed. prov.) eine Lektüreeinheit bilden[22],

19 Zu ihm s. Kunkel (1967) 245-254.

20 Zum Ediktskommentar Ulpians vgl. Schulz (1961) 244-250.

21 S. die Tabelle von Krüger, ed. ster.[16], 927.

22 S. die Tabelle von Krüger (wie vorige Fußnote).

wurde Ulpians 43. Buch zum Edikt ansonsten gemeinsam mit dem 41. - 43. Buch des Paulus und dem 14. - 15. Buch des Gaius exzerpiert[23]. Die Kompilatoren wählten daher diese Stelle mit Vorbedacht aus. Eine unmittelbare Anknüpfung an das Ende der voranstehende *Lex* 35 läßt sich nicht erkennen[24]. Jedoch zeigt sich der Grund für die Aufnahme, wenn die beiden folgenden Fragmente (D. 18.1.37,38) herangezogen werden. Auch sie behandeln das Problem, daß der Kaufpreis auf Grund einer Schenkung fehlt oder zumindest reduziert ist[25]. Die Kompilatoren stellten also in D. 18.1.36-38 mehrere Texte zur Frage des schenkungshalber fehlenden Kaufpreises zusammen.

Nach Lenels Palingenesie gehört das Fragment dem Erbrecht an, genauer der prätorischen Erbfolge[26]. Buch 42 und 43 handeln über den Nachlaß Freigelassener (*de bonis libertorum*), insbesondere der Erbfolge des Patrons *contra tabulas*. Als Folgetext nahm Lenel D. 18.4.17 auf. Diese Stelle bejaht die Übertragbarkeit bedingter oder befristeter Forderungen[27].

Unser Fragment[28] verneint das Vorliegen einer *emptio venditio*, wenn der Verkäufer den Kaufpreis schenkungshalber nicht einzufordern beabsichtigt. Dies wirft zunächst einmal die

---

23 S. wiederum die Tabelle von Krüger (s. oben Fn. 21).

24 D. 18.1.35.8 (Gai. 10 ed. prov.) betrifft die Täuschung des Käufers eines Grundstücks durch den Verkäufer über die Person des Grundstücksnachbarn.

25 Zu D. 18.1.38 s. sogleich im Text. D. 18.1.37 (Ulp. 3 disp.) behandelt den Fall, daß der Erbe ein Erbschaftsgrundstück verkauft, wobei der Kaufpreis nicht numerisch festgesetzt, sondern auf den vom Erblasser seinerzeit gezahlten Preis verwiesen wird. Das Grundstück war aber dem Erblasser geschenkt worden. Daher sei, so Ulpian, der Kauf unwirksam, da es an einer Preisfestsetzung fehle. Der Fall sei einem Verkauf unter einer Bedingung ähnlich, bei dem die Bedingung nicht eintrete.

26 S. Lenel, Palingenesie II 711 Nr. 1156.

27 S. Lenel, Palingenesie II 711 Nr. 1157.

28 S. dazu auch Dumont-Kisliakoff (1970) 111 mit Fn. 3; 155 mit Fn. 4.

Frage nach der Bedeutung des *donationis causa non exacturus* auf. Handelt es sich nur um einen inneren Willensvorbehalt des Verkäufers (Mentalreservation) oder um eine einverständlich vorgenommene Schenkung? Was sind die Kriterien, die Ulpian veranlassen, von *non videtur vendere* zu sprechen? Auch wurde bemängelt[29], daß nur vom Preis, nicht auch vom Kaufgegenstand die Rede sei. Wird ein Kaufvertrag nicht als solcher angesehen, weil der Verkäufer den Kaufpreis nicht einfordern will, so müsse das Gleiche gelten, wenn der Käufer den Kaufgegenstand nicht verlangen wolle.

Maßgeblich für die Beantwortung der Fragen ist der ursprüngliche Kontext der Stelle. Wie erwähnt, behandelte Ulpian ursprünglich die Erbfolge des Patrons gegenüber seinen Freigelassenen. Hieran knüpft Daube an[30]. Die Stelle beträfe ursprünglich nur einen Spezialfall, erst die Kompilatoren hätten sie zu einem allgemeinen Prinzip erhoben. Ulpian behandelte hingegen ein Problem im Rahmen der *redemptio operarum* durch den Freigelassenen von seinem Patron. Im 43. Buch zum Edikt bespreche Ulpian die Rechtsstellung des Freigelassenen, insbesondere auch die Frage, daß die Ablösung der *operae* die Rechte des Patrons beende. Die Ablösung gibt dem Freigelassenen neben dem Wegfall der *operae* auch die *libera testamenti factio*. Von der entsprechenden Klausel im Edikt ist noch ein Rest in den Digesten auffindbar (*si donum munus operas redemerit*)[31]. Das Erfordernis des *redimere* lag dem Ulpianfragment zugrunde. Der Patron und sein *libertus* vereinbaren die Ablösung der *operae*. Da der Patron ein Geschenk machen will und der Freigelassene damit einverstanden ist, geschieht das *redimere* nur pro forma. Der Patron verkauft zwar die *operae* zurück, aber der Preis soll einverständlich nicht bezahlt werden. Nach dem Tode des Freigelassenen beantragt der

---

29 S. Bechmann (1884) 150 mit Fn. 1.

30 (1953) 195.

31 S. D. 50.16.53 pr. (Paul. 59 ed.); vgl. Lenel, EP^3 351.

Patron oder eher seine Kinder[32] die *bonorum possessio* gegen das Testament des *libertus*. Da kein wirkliches *redimere* vorliege, besteht das Patronatsverhältnis und damit die Erbberechtigung des Patrons und seiner Erben weiter.

Bei möglichen Texteingriffen der Kompilatoren denkt Daube[33] an eine Ersetzung von *patronus* durch *quis* (*cum in venditione quis ponit*). Auch könne *rei* für eine umfangreichere Formulierung wie *doni muneris operarum* stehen.

Bei Zugrundelegung dieses Sachverhalts ergibt sich, daß Patron und Freigelassener einverständlich zusammenwirken, also ein Scheinkauf, keine Mentalreservation vorliegt[34]. Die Formulierung im Text *non exacturus* steht dieser Interpretation nicht im Wege. Hier ist Daube[35] beizupflichten, wenn er eine sprachliche Analogie von *exacturus* zu dem von Gaius verwendeten *daturus* zieht[36]. Auch *non exacturus* kann - außer dem bloßen inneren Willensvorbehalt des Verkäufers - eine Vereinbarung zwischen den Parteien bezeichnen. Schließlich sprechen noch sachliche Erwägungen gegen eine Mentalreservation, an die etwa Macintosh und de Zulueta denken[37]. Die Ablehnung einer *emptio venditio* dürfte in dem Fall, wenn sich der Verkäufer insgeheim vorbehält, den Kaufpreis nicht einzufordern, kaum begründbar sein[38]. Die Wiedergabe der Stelle in den Basiliken steht beiden Interpretationen offen[39].

---

32 Dem Patron dürfte die *exceptio doli* entgegengehalten werden können, s. Daube (1953) 195.

33 Daube (1953) 197.

34 S. Daube (1953) 195; so auch Pugliese (1938) 108.

35 Daube (1953) 194.

36 S. Gai. 3. 143.

37 Vgl. Daube (1953) 193.

38 S. Daube (1953) 196.

39 S. Daube (1953) 193 mit Fn. 26.

Wenn das Fragment sich demnach auf einen eng begrenzten Fall bezieht, sind die Ausführungen Puglieses zur technischen Ausgestaltung der *venditio donationis causa* zu überdenken[40]. Nach Pugliese[41] liegt hier ein Kauf mit Preisvereinbarung vor, jedoch zusätzlich ein pactum in continenti donationis causa. Die Formulierung *non exacturus* beziehe sich auf den nach außen geäußerten, vom Vertragspartner auch akzeptierten Willen. Nachdem das pactum in continenti Vertragsbestandteil wird - anders als ein pactum ex intervallo, das nur eine exceptio hervorbringt - hebt es die Kaufpreisvereinbarung auf und es fehlt an einer Preisfestsetzung[42]. Die Schenkung selbst dürfte nicht gültig sein. Die Stelle spricht zwar ausdrücklich nur von der Unwirksamkeit des Kaufs, doch bedarf die Schenkung zu ihrer Gültigkeit in klassischer Zeit der Form der *stipulatio*. Denkbar wäre allerdings bei vollzogener Schenkung eine Konvaleszenz[43]. Nach der Meinung Puglieses wäre diese Art von Geschäft dann als "simuliert" anzusehen, wenn das pactum geheimgehalten wird, da dann der objektive Wert des Geschäfts nach außen nicht erkennbar sei. War hingegen das pactum offenkundig, so handelt es sich um einen fiktiven Kauf[44]. Als Grund für solche Geschäfte kann einmal die Umgehung von Schenkungsbeschränkungen in Betracht kommen, zum andern mögen die Parteien verschleiern wollen, aufgrund welcher *causa* das Eigentum übergeht[45].

Nach der Rekonstruktion Daubes kann jedoch dem Schluß Puglieses, die Simulation betreife hier nur den Preis, nicht die

---

40 Daube setzt sich allerdings in seiner Erörterung nicht mit Pugliese auseinander.

41 (1938) 108 - 113.

42 Pugliese (1938) 109.

43 S. Pugliese (1938) 112.

44 S. Pugliese (1938) 110.

45 S. Pugliese (1938) 111.

causa des Geschäfts[46], nicht zugestimmt werden. Da das prätorische Edikt ein *redimere* verlangte, der Patron und sein Freigelassener jedoch die *operae* unentgeltlich abbedungen haben, geschah der Verkauf zu Simulationszwecken, um dem Erfordernis des Edikts äußerlich Genüge zu tun. Beizupflichten ist Pugliese hingegen darin, daß für die Folge der Nichtigkeit nicht ausschlaggebend sei, daß das pactum *donationis causa* erfolgte[47]. Vielmehr fehlt es an einer wirksamen Vereinbarung über den Kaufpreis[48].

b) D. 18.1.38 (Ulp. 7 disp.)

Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est: quotiens vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere. hoc inter ceteros: inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est.

Ulpian spricht hier zunächst aus, daß, wenn jemand den Kaufpreis schenkungshalber niedriger ansetzt, der Kauf gültig sei. Sodann folgt eine Regel, wonach immer dann der Kauf insgesamt ungültig wäre, wenn er schenkungshalber erfolgt sei. Wenn aber nur der Kaufpreis schenkungshalber zu niedrig festgelegt worden sei, habe der Kauf zweifellos Gültigkeit. Das gelte aber nur unter Dritten, zwischen Eheleuten sei ein entsprechender Kauf unwirksam.

Das Fragment aus der Sabinusmasse[49] bildet, wie oben ausgeführt, mit D. 18.1.36,37 eine inhaltliche Einheit.

---

46 S. Pugliese (1938) 112.

47 Pugliese (1938) 112.

48 Zu diesem Erfordernis s. D. 18.1.2.1 (Ulp. 1 Sab.).

49 S. Krüger, ed. ster.[16], 927.

Ulpian behandelte im siebten Buch seiner Disputationen[50] die *exceptiones* und *stipulationes*. Lenel ordnet das Fragment dem Abschnitt über die Exzeptionen zu[51]. Als mögliche Rubrik denkt er an *Si quid contra legem Cinciae factum esse dicetur*[52].

Der Jurist unterscheidet hier zwischen dem Kauf, der insgesamt nur schenkungshalber erfolgt und dem Kauf zu geringeren Preis (Freundeskauf[53])[54]. Unter dem schenkungshalber vorgenommenen Kauf dürfte ein Kauf zu verstehen sein, bei dem der Verkäufer nicht die Absicht hat, den festgesetzten Kaufpreis einzufordern. Das Fragment entspricht also in seiner Aussage D. 18.1.36 (in seiner in die Digesten aufgenommenen Form). Auf die Besonderheit des letzten Satzes (*inter virum - momenti est*) wird erst weiter unten in Zusammenhang mit der Ehegattenschenkung einzugehen sein[55]. Ulpian hält einen solchen Freundeskauf im allgemeinen für gültig, aber unter Ehegatten für nichtig. Er betrachtet hier *minoris vendere* unter dem Blickpunkt der *exceptio legis Cinciae*[56] und beantwortet die Frage, ob dem Verkäufer eine solche Einrede zustehe, wenn der Käufer von ihm die Erfüllung fordert. *Venditio valet* bedeutet, daß hier nur Kaufregeln anzuwenden sind, daher ist die *actio empti* anzuwenden und die *lex Cincia* erfaßt diesen Fall nicht. Dagegen ergreift die *lex Cincia* die Veräußerung dann, *quotiens universa venditio donationis causa facta est.*

---

50 Zu diesem Werk vgl. Schulz (1961) 305-307.

51 S. Lenel, Palingenesie II 412 Nr. 127.

52 Zur *lex Cincia de donis et muneribus* s. Kaser, RP I 602 f.

53 Zu dem Begriff Misera (1973) 25 ff.

54 Vgl. zum Fragment auch Dumont-Kisliakof (1970) 111 mit Fn. 6; 158 mit Fn. 3.

55 S. unten S. 34 f.

56 S. Misera (1973) 27.

Für Partsch[57] weist das Fragment hingegen starke Texteingriffe der Kompilatoren auf. Er ist der Meinung, daß der Zwischensatz (*totiens - ceteros*) einer Fragestellung entspreche, die einem klassischen Kommentar zur *lex Cincia* fern liegen müsse. Für einen Klassiker hätte es genügt, daß bei einem Kauf keine *exceptio* aus der *Lex Cincia* helfe. Der Zwischensatz sei aus den Schwierigkeiten zu erklären, welche den Späteren das Suchen nach dem verdeckten Geschäfte bei allen Fällen des *negotium mixtum cum donatione* verursachen mußte. Die klassische Entscheidung mußte gegenüber dem byzantinischen Verständnis rechtfertigt werden. Diese Rechtfertigung erfolgte mit einer Willenstheorie, die danach unterscheidet, ob für das ganze Geschäft ein Wille zur Simulation vorliegt, oder nur für eine Teil. Die Erwägung scheint aus einer Zeit zu stammen, die an Preissteuern gewöhnt ist. Den Byzantinern mag der Gedanke nahegelegen haben, daß bei bestehenden Höchstpreisen ein Geschäft, das den Höchstpreis überschritt, insofern gelte, als es dem Höchstpreise entsprechen würde. Eine solche Denkweise habe der klassischen Dogmatik ferngelegen[58].

Pugliese hält den Inhalt von D. 18,1,38 für klassisch und einfach[59]. Die unterschiedliche Behandlung von *venditio donationis causa* und *venditio minoris pretii* beruht nicht auf der unterschiedlichen Bewertung subjektiver Voraussetzungen, sondern auf dem Vorhandensein oder Fehlen eines Preises. Eine *venditio donationis causa* wurde von den Klassikern nicht als Simulation, sondern als echter Kauf angesehen[60].

Sowohl in D. 18.1.36 wie in D. 18.1.38 dürfte die Nichtigkeit nicht auf der Simulation als solcher, sondern auf dem Fehlen einer wirksamen Entgeltvereinbarung beruhen. Dies schließt aber die Betrachtung der Fragmente unter dem

57 S. Partsch (1921) 264.

58 So Partsch (1921) 265-266.

59 Pugliese (1938) 113-116.

60 S. Pugliese (1938) 115.

Gesichtspunkt der Simulation nicht aus. Dies gilt für die vollständige *venditio donationis causa*, wo äußere Form und bezweckter Erfolg auseinanderfallen. Jedoch auch bei einer *venditio minoris donationis causa* kann ein Simulationsfall gegeben sein. Beispielsweise mögen die Parteien in einer Urkunde über das Geschäft nur den Kauf, nicht aber auch die damit verbundene Schenkung angegeben haben.

2) Mietvertrag ohne Mietzins

D. 19.2.46 (Ulp. 69 ed.)

Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit.

D. 41.2.10.2 (Ulp. 69 ed.)

Si quis et conduxerit et rogaverit precario, uti possideret, si quidem nummo uno conduxit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat, quia conductio nulla est, quae est in uno nummo: sin vero pretio, tunc distinguendum, quid prius factum est.

In D. 19.2.46 spricht Ulpianus aus, daß eine *locatio conductio*, bei der das Entgelt nur aus einer Münze bestehe, nichtig sei. Als Begründung dient der Hinweis, daß auch dies (*et hoc*) dem Erscheinungsbild einer Schenkung entspräche.

D. 41.2.10.2 geht davon aus, daß jemand eine Sache sowohl gemietet als auch im Wege des *precarium* den Besitz erhalten hat. Es stellt sich die Rechtsfrage nach dem wechselseitigen Verhältnis der beiden Besitzgründe. Diese liegt darin begründet, daß nur der prekaristische Besitzer Interdiktenschutz genießt, während der Conductor eines solchen Schutzes ermangelt[61]. Ulpian trifft eine

61 S. hierzu Kaser, RP I 387-390.

Unterscheidung hinsichtlich der *conductio*. Bestünde bei dieser das Entgelt nur aus einer Münze, so sei sie unwirksam; der Besitzer hafte nur aus *precarium*. Sei aber eine wirkliche Gegenleistung vereinbart, so sei auf den zuerst geschlossenen Vertrag abzustellen.

Die beiden Stellen entstammen demselben Buch Ulpians und gehören der Ediktmasse an[62]. Sie sind aber auf verschiedene Titel verteilt. Während die erste dem Recht der *locatio conductio* und damit dem Schuldrecht angehört, findet sich die zweite unter der Rubrik *de adquirenda uel amittenda possessione*, also im Sachenrecht. Fragment 46 weist eine Sonderstellung in D. 19.2 auf, da die übrigen Stellen aus Ulpians Ediktskommentar (innerhalb der Ediktmasse) sich auf die Bücher 2 bis 7 beschränken. Mit der vorangehenden *Lex* 45 besitzt es keine Gemeinsamkeiten. D. 41.2.10 hingegen bildet ein Glied in einer fortschreitenden Exzerptreihe aus den Büchern 67 bis 76 des Ulpianschen Ediktskommentars[63].

Im 69. Buch zum Edikt erörtet Ulpian die Interdikte *unde vi, de vi armata und uti possidetis*[64]. D. 41.2.10 ordnet Lenel dem Interdikt *unde vi* zu[65]. D. 19.2.46 faßt er als *lex geminata* auf[66].

Ausgangspunkt für die Erörterung bildet das umfangreichere Fragment D. 41.2.10[67]. Ulpian behandelt hier Fragen der Anwendbarkeit des Interdiktum *unde vi*[68]. Nur der prekaristische Besitzer genoß Interdiktenschutz[69], nicht aber der *conductor*. In D. 41.2.10 pr. läßt Ulpian, wenn auf eine

---

62 S. die Übersicht bei Krüger, ed. ster.[16] 929.

63 S. D. 41.2.4,10,12,13,16.

64 S. Lenel, Palingenesie II 814-822.

65 S. Lenel, Palingenesie II 816 Nr. 1525.

66 S. Lenel, Palingenesie II 816 Fn. 3; s. dazu sogleich im Text.

67 Zu den Stellen vgl. auch Dumont-Kisliakof (1970) 114 mit Fn. 7.

68 Zur Rekonstruktion s. Lenel, EP[3] 461-467.

69 S. oben bei Fn. 62.

conductio ein *precarium* oder umgekehrt auf ein *precarium* eine *conductio* folgte, das zuletzt abgeschlossene Geschäft für die Anwendbarkeit maßgeblich sein. Paragraph 2 liegt als Ausgangspunkt zugrunde, daß jemand eine Sache sowohl mietete als auch den prekaristischen Besitz erhielt. Ulpian betrachtet hier eine *conductio nummo uno* als unwirksam. Er stellt ihr die *conductio vero pretio* gegenüber. Der Grund für die Nichtigkeit der *conductio nummo uno* wird nicht angegeben. Die Kontrastierung mit der *conductio vero pretio* zeigt, daß hier vom Fehlen einer ernsthaften Vereinbarung über die Gegenleistung ausgegangen wird. Dem *conductor* sollte also in diesem Fall der Besitz unentgeltlich eingeräumt werden.

D. 19.2.46 wiederholt die Aussage, daß eine *conductio nummo uno* nichtig sei. Als Begründung dient, daß auch dies eine Schenkung darstelle. D. 41.2.10.2 und D. 19.2.46 werden gewöhnlich als *leges geminatae* angesehen. Die Kompilatoren hätten die längere Fassung von D. 41.2.10.2 in D. 19.2.46 stark verkürzt und mit einer Begründung versehen. Demnach wäre der Zusatz *quia et hoc - inducit* eine Interpolation. Dem ist beizupflichten. Die auffällige Formulierung *quia et hoc*, bei der der Bezugspunkt des *et* nicht ersichtlich ist, da das vorangehende Fragment 45 die Schenkung nicht erwähnt, könnte auf D. 18.1.36 verweisen. Die Kompilatoren sahen in einem symbolischen Mietzins keine ernsthafte Gegenleistung und verstanden daher das Geschäft als Schenkung.

Für die Interpolationsannahmen von Partsch[70] spielt D. 19.2.46 eine große Rolle. Daß die Lehre vom Scheingeschäft und die Erwähnung des verdeckten Geschäftes hier interpoliert seien, folge schon daraus, daß die Stelle im echten Zusammenhang in D.41.2.10.2 überliefert und dort der Zusatz nicht vorhanden sei. Die Byzantiner hätten planmäßig beim klassischen imaginären Geschäft ihre Lehre von der Simulation und von der Wirksamkeit des verdeckten

70 (1921) 263.

Geschäftes angebracht. Der Zusatz *quia et hoc donationis instar inducit* habe keinen Sinn, weil eine *conductio nummo uno* bei einem Klassiker des dritten Jahrhunderts nicht notwendig eine Schenkung enthielte, denn ein Schenkungsversprechen durch bloßen Konsens sei nichtig.

Pugliese sieht das Ende von D. 19.2.46 als sicher interpoliert an. Die in den beiden Stellen ausgesprochene Ungültigkeit einer *locatio conductio nummo uno* im Gegensatz zu anderen Stellen[71] sucht er damit zu erklären, daß die Nichtigkeit von Verträgen *nummo uno* auf Fälle beschränkt gewesen sei, die sozial oder wirtschaftlich als wenig schutzwürdig galten. Hierzu gehörte die lediglich privatnützige *locatio conductio*[72]. Eine *venditio nummo uno* falle nicht unter den Begriff der Simulation. Hiervon könne nur dann gesprochen werden, wenn zusätzlich ein Erlaßpactum vereinbart worden sei[73].

II. Allgemeine Aussagen zu Scheingeschäften

Mehrere Stellen sprechen lediglich pauschal von Scheingeschäften, ohne daß die näheren Umstände behandelt werden.

1) D. 18.1.55 (Paul. 2. ed. aedil. cur.)

Nuda et imaginaria venditio pro non facta est et ideo nec alienatio eius rei intellegitur.

Der Text stammt aus dem zweiten Buch des Kommentars von Paulus zum Edikt der Ädilen. Hiernach gilt ein "nackter und scheinbarer" Verkauf als ungeschehen und kann nicht als Veräußerung der Kaufsache angesehen werden.

---

71 Von Pugliese (1938) 121 aufgezählt.

72 S. Pugliese (1938) 121 Fn. 6.

73 Pugliese (1938) 123.

Die Stelle gehört der Ediktsmasse an[74] und bildet den Abschluß der Exzerpte aus dieser[75].

In seinem ursprünglichen Zusammenhang behandelt das Fragment die *stipulatio duplae*[76], d.h., die Rechtsmängelgewährleistung[77].

Voraussetzung für den Verfall der *stipulatio duplae* war die Eviktion der Sache beim Käufer durch einen Dritten. Dem Käufer mußte die Sache vom Verkäufer tradiert worden sein. Der Eigentumserwerb durch *traditio* setzt ein wirksames Kausalgeschäft voraus. In unserer Stelle verneint Paulus nicht nur ein gültiges Kausalgeschäft, sondern auch das Vorliegen einer *alienatio*, denn der zugrundeliegende Verkauf gilt als nicht geschehen. Liegt aber gar keine Eigentumsübertragung vor, so fehlt es an einer Grundvoraussetzung für die Eviktion beim Käufer.

Für die Stelle wurden diverse Interpolationen angenommen[78]. Nach Partsch[79] müsse hinter *imaginaria* müsse mindestens ein Genetivobjekt, wie etwa *rei nec mancipi*, durch die Kompilatoren gestrichen worden sein. Es sei ansonsten schwer vorzustellen, daß die Klassiker festgestellt hätten, durch die *imaginaria venditio* komme keine Veräußerung zustande, obwohl sie selbst die Manzipation als *imaginaria venditio* bezeichneten. Nach Pugliese[80] fehlt für *eius rei* ein Bezugswort. Entweder hätten die Kompilatoren im Satzteil

---

74 S. Krüger, ed. ster.[16], 929.

75 D. 18.1.56 (Paulus 50 ed.) stellt einen innerhalb der Ediktsmasse versetzten Nachtrag dar.

76 S. Lenel, Palingenesie II 1097 Nr. 844.

77 Zu dieser vgl. Kaser RP I 555 f.

78 S. hierzu auch Dumont-Kisliakof (1970) 104 mit Fn. 3; 110 mit Fn. 1; 203 mit Fn. 1.

79 (1921) 262.

80 Pugliese (1938) 151-156.

nuda - facta est Streichungen vorgenommen oder der mit *et ideo* eingeleitete Schluß sei ihr Zusatz[81].

Welchen konkreten Tatbestand Paulus bei der *nuda et imaginaria venditio* vor Augen hat, geht aus der Stelle nicht mehr hervor. Vor allem um die Bedeutung des Wortes *nuda* herrscht Streit. Nach Partsch[82] verstehen die Klassiker unter einem "nackten Vertrag" nur eine bloße Vereinbarung ohne folgende *traditio*. Pugliese führt dagegen an, daß *nuda* nicht "ohne folgenden Übertragungsakt" meinen könne. Zum einen wäre dann *imaginaria* überflüssig, zum andern die Rechtsfolge - Nichtigkeit - damit nicht vereinbar, da eine *venditio* auch ohne Übertragungsakt Gültigkeit besäße[83]. *Imaginaria venditio* würde wie in D. 50.17.16 einen Verkauf ohne Preis bedeuten[84]. In den Basiliken (Bas. 19.1.55, BT 921,7) fehlt eine Anspielung auf *nuda*[85]. *Nuda venditio* in diesem Sinne sei aber nicht klassisch, da die Klassiker nicht mit einem solchen Adjektiv das Fehlen eines inneren Erfordernisses des qualifizierten Objekts bezeichnet hätten[86].

Inhaltlich sieht Partsch den Text - vorausgesetzt *nudus* ist echt und *imaginaria* nicht eingeschoben - als Parallele zu D. 41.1.31 pr. (Paul. 31 ed.)[87], indem der Kauf allein nicht das Eigentum übertrage. Dagegen hätten die Byzantiner, für die die Kaufpreiszahlung eine Voraussetzung der Eigentums-

---

81 S. Pugliese (1938) 152.

82 (1921) 262.

83 S. Pugliese (1938) 152-154.

84 Pugliese (1938) 154.

85 S. BT 921,7: *ἡ εἰκονικὴ πρᾶσις οὐδέν ἐστιν, οὔτε δοκεῖ ἐκποιεῖσθαι τὸ πρᾶγμα.* Pugliese (1938) 155 weist noch auf eine Marginalglosse in der Synopsis maior zu *εἰκονική* hin, die diese mit *ἄνευ τιμήματος* paraphrasiere.

86 Pugliese (1938) 156.

87 D. 41.1.31 pr. (Paul. 31 ed.): *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

übertragung bildet[88] und die unter der imaginären *venditio* ein Scheingeschäft verstehen, den Satz für ihre Rechtsordnung brauchen können. Sie verstanden ihn dahin, daß aus Scheinkauf kein Eigentum übergehe. Der Satz *imaginaria venditio pro non facta est* sei eine byzantinische Regel. Nach Pugliese kennzeichnet auch eine *imaginaria venditio* das Fehlen einer Preisabrede. Hierauf, nicht auf der Simulation, beruhe die Nichtigkeit[89]. Außerdem widerspricht der These von Partsch, wonach die *nuda et imaginaria venditio* keine *traditio* enthalte, die palingenetische Einordnung der Stelle unter die Rubrik *de duplae stipulatione*. Die Frage nach der Eviktionshaftung setzt den Erhalt der Kaufsache durch den Käufer voraus.

Für unsere Stelle dürfte daher von einer *traditio* auszugehen sein. Auch ist es nicht nötig, einen Texteingriff durch die Kompilatoren anzunehmen. Zwar handelt es sich bei den Sklaven und Zugtieren, die das Edikt der kurulischen Ädilen betrifft, um *res mancipi*. Doch ist auch hieran ein Erwerb des zivilen Eigentums durch *traditio ex iusta causa* in Verbindung mit der *usucapio* möglich. Paulus kann daher allgemein von der bloßen Tradition gesprochen haben. Den Satz *nuda et imaginaria venditio pro non facta est* als byzantinische Erfindung anzusehen, besteht daher keine Notwendigkeit.

Mit der doppelten Formulierung *nuda et imaginaria venditio*, die nur an unserer Stelle vorkommt, könnte Paulus etwa an den Fall gedacht haben, daß die Parteien eine Urkunde über einen angeblich abgeschlossenen Kauf aufgesetzt hatten. Die "Kaufsache" befand sich nunmehr beim "Käufer" und wurde diesem von einem Dritten evinziert. Der "Käufer" möchte sodann aus der *stipulatio duplae* gegen seinen

---

88 S. Partsch (1921) 263, der auf Pringsheim (1916) 67 ff., 86 ff. 169 verweist.

89 Pugliese (1938) 156.

"Verkäufer" vorgehen, was ihm jedoch wegen der Unwirksamkeit des zugrundeliegenden Verkaufs versagt wird.

Eine alternative Interpretation, die ebenfalls ohne die Annahme von Texteingriffen auskommt, bestände darin, anzunehmen, Paulus bezeichne hier mit *venditio* allgemein die Kaufurkunde über das Geschäft. In dieser waren, wie Beispiele aus den Siebenbürgenern Wachstafeln zeigen, Kauf und Manzipation in einer Formel verbunden[90]. Die *nuda et imaginaria venditio* bestände in der Abfassung einer solchen Kauf- und Manzipationsurkunde (nebst Sach- und Rechtsmängelgewährleistung), ohne daß diese Rechtsgeschäfte in Wirklichkeit vorgenommen worden wären. Der Käufer erhielt aber die Kaufsache übergeben. Wird sie bei ihm evinziert, so kann er keine Rechte aus der *stipulatio duplae* geltend machen, da er nicht einmal bonitarisches Eigentum erworben hat.

2) D. 44.7.54 (Mod. 5 reg.)

Contractus imaginarii etiam in emptionibus iuris vinculum non optinent, cum fides facti simulatur non intercedente veritate.

Scheinbare Verträge besitzen hiernach auch bei Käufen keine Gültigkeit, wenn der Anschein einer Tatsache vorgegeben wird, ohne daß dies der Realität entspricht.

Das Fragment stammt aus dem allgemeinen Titel *de obligationibus et actionibus* des 44. Buches der Digesten. Es gehört der Ediktsmasse an[91] und bildet den Abschluß dreier Exzerpte aus den *libri regularum* Modestins[92].

---

90 S. die bei Lenel, EP^3 567 abgedruckte Urkunde.

91 S. Krüger, ed. ster.^{16} 929 Nr. 139.

92 D. 44.7.52: Mod. 2 reg.; 44.7.53: Mod. 3 reg. Zu Modestin s. Kunkel (1967) 259-261.

Der ursprüngliche Kontext der Stelle läßt sich nicht mehr genau ermitteln. Lenel stellte es in Zusammenhang mit zwei weiteren Fragmenten aus dem fünften Buch der *regulae*[93]. Er konnte aber keine zugehörige Rubrik mehr rekonstruieren. Die von Lenel vorangestellten Texte unterfallen der Rubrik *de alienatione et quaestu prohibito*[94].

Mommsen möchte im Text *fides* zu *species* emendieren[95]. Hierzu besteht aber keine Veranlassung. Die Wortfolge *fides facti* ist außer in unserem Text noch in C. 10.30.1 = CTh. 11.26.1 (Valent., Valens, Grat.; a. 369) bezeugt[96], während es für Mommsens Vorschlag (*species facti*) keinen Parallelbeleg gibt.

Die Genuinität des Fragments wurde wegen der Gegenüberstellung von Schein und Wirklichkeit von Partsch angezweifelt. Der Gegensatz zwischen Scheinverhalten und Wirklichkeit entspräche einer byzantinischen Auffassung, die auf Aristoteles zurückgehe[97]. Die klassische Stelle dürfte nur vom Kauf gesprochen haben. Die Byzantiner mögen die Stelle durch ihre Aufnahme in den allgemeinen Titel über "Klagen und Verpflichtungen" verallgemeinert haben[98]. Der klassische imaginäre Vertrag habe nicht die Täuschung Dritter beabsichtigt[99]. Nach Pugliese[100] sei der erste Teil der Stelle wegen seiner Verallgemeinerung nicht genuin. Die vergleich-

---

93 S. Lenel, Palingenesie I 736 Nr. 221-223. Bei den beiden anderen Stellen handelt es sich um D. 18.1.62.2 und D. 48.18.13. Zu den *regulae* s. Schulz (1961) 224.

94 S. Lenel, Palingenesie I 735. Pugliese (1938) 157 rechnet auch unser Fragment unter diese Rubrik.

95 S. Mommsen, ed. mai. II 648 Anm. 1.

96 ... *et fidem facti non poterit approbare discussor* ...

97 So Partsch (1921) 261-262 unter Hinweis auf Aristoteles, Metaphysik 3.5,1008 ff.

98 S. Partsch (1921) 263.

99 Vgl.Kaser, RP I 40 fn.8; Rabel (1906) 290 ff.; 28 (1907) 311 ff.

100 Pugliese (1938) 157.

baren Stellen gingen alle vom Kauf aus[101]. Geändert seien die Worte von *contractus* bis *emptionibus*. Vom ursprünglichen Gehalt der Stelle sei praktisch nichts mehr bewahrt worden[102]. Für die frühere Aussage gäbe es zwei Möglichkeiten: Entweder habe sich die Stelle auf solenne Geschäfte bezogen oder es war lediglich vom Kauf die Rede (so Partsch)[103]. Die letztere Alternative sei vorzugswürdig, da der Kauf das in den Quellen in diesem Zusammenhang am häufigsten auftretende Geschäft sei[104]. Modestin behandelte das Verbot bestimmter Veräußerungen und Erwerbungen. Er dürfte entschieden haben, daß bei einer *venditio imaginaria*, die selbst bereits unwirksam sei, die Anwendung des Verbotsgesetzes nicht mehr nötig sei[105].

Das Fragment spricht von Scheinverträgen, ohne deren genauere Charakteristika anzugeben. Insbesondere bleibt offen, ob Modestin an ausgeführte oder nicht ausgeführte Verträge denkt. Auffällig ist an der Stelle das *etiam*. Modestinus betont, daß auch bei Käufen Scheinverträge keine Wirksamkeit besäßen. Mit *etiam* dürfte eher die Gleichheit der Rechtslage bei der *emptio venditio* zum Ausdruck gebracht werden, als daß hier auf eine - von den Kompilatoren gestrichene - Kontroverse verwiesen wird.

Modestinus gibt im letzten Halbsatz eine Begründung für die Nichtigkeit eines *contractus imaginarius*. Es werde hier nur der äußere Anschein gesetzt, dem die Wirklichkeit nicht entspräche. Das Abstellen Modestins auf das tatsächliche Geschehen läßt sich verstehen, wenn man sich vor Augen führt,

---

101 Pugliese (1938) 158 mit Hinweisen auf weitere Interpolationsvermutungen, die teils den Schluß den Kompilatoren zugeschrieben, teils eine vollinhaltiche Überarbeitung annahmen, teils lediglich eine Veränderung der äußeren Form behaupteten.

102 S. Pugliese (1938) 159.

103 Pugliese (1938) 159.

104 S. Pugliese (1938) 159.

105 S. Pugliese (1938) 161.

daß die Parteien eine Kaufurkunde abfaßten, jedoch keinen solchen Vertrag geschlossen hatten. Die römische Kaufurkunde berichtet im Perfekt über den bereits geschlossenen Vertrag[106]. Die Urkunde bezeugt daher ein *factum*, nämlich den erfolgten Abschluß eines Kaufvertrages. Als nach außen in Erscheinung tretendes Beweismittel erzeugt sie *fides*. Die fehlende *veritas* liegt darin, daß die Parteien keinen Vertrag schlossen, wie ihn die Urkunde aufweist. Indem Modestin den Gegensatz von scheinbaren und tatsächlichem rechtsgeschäftlichen Verhalten der Parteien herausstellt, erfaßt er den Grundtatbestand eines Scheingeschäfts. Über das möglicherweise dissimulierte Geschäft äußert sich die Stelle nicht.

3) D. 50.17.16 (Ulp. 21 Sab.)

Imaginaria venditio non est pretio accedente.

Ein Scheinkauf liegt hiernach nicht vor, wenn ein Preis vorhanden ist.

Das Fragment steht im Titel D. 50.17 *de diversis regulis iuris antiqui*. Es gehört der Sabinusmasse an[107].

Der genaue Kontext der Stelle läßt sich nicht mehr ermitteln[108]. Sie fand sich aber ursprünglich in einem erbrechtlichen Zusammenhang, denn in Buch 21 zu Sabinus[109] handelt Ulpian - wie in den Büchern 15 bis 25 überhaupt - vom Vermächtnisrecht.

Partsch[110] hält den Ablativus absolutus *pretio accedente* für nicht klassisch. Auch nach Pugliese ist der Schlußteil *pretio non accedente* unrichtig und wohl als Zusatz der

106 S. das Beispiel oben S. 25.

107 S. Krüger, ed. ster.[16] 927.

108 S. Lenel, Palingenesie II 1091 Nr. 2626 mit Fn. 1.

109 Zu den *libri ad Sabinum* Ulpians s. Schulz (1961) 264-269.

110 (1921) 257 mit Fn.1.

Kompilatoren einzuordnen[111]. Daube[112] weist dagegen zutreffend darauf hin, daß ein Ablativus absolutus am Satzende nur dann verdächtig sei, wenn er zu einer in sich geschlossenen Entscheidung als Erläuterung, Ergänzung, Einschränkung, Erweiterung oder Widerruf hinzuträte. Dies sei hier nicht der Fall. Der ausgewählte Satz könne allerdings verkürzt sein.

Für das Verständnis der Stelle ist vor allem die Bedeutung des Ablativus absolutus *pretio accedente* maßgeblich[113]. Bedeutet dies die bloße Festsetzung eines Kaufpreises, etwa im Gegensatz zu einem Kauf *nummo uno*, oder ist damit die tatsächliche Zahlung des Kaufgeldes gemeint? Nach der Wortbedeutung von *accedere* scheinen beide Alternativen möglich[114]. Nach der jetzigen Fassung des Fragments als allgemeine Rechtsregel liegt es näher, *pretio accedente* im Sinne von einer bloßen Preisvereinbarung, also im Gegensatz zu einem Kauf *nummo uno*, zu verstehen. Für Pugliese bedeutet *imaginaria venditio* einen Kauf, bei dem kein Kaufpreis vereinbart worden war[115]. *Imaginarius* sei hier so zu verstehen, daß der äußere Tatbestand im Gegensatz zur praktischen Funktion des Geschäftes stünde. Bei einer *imaginaria venditio* fehle entweder der Preis völlig oder ein entsprechendes *pactum* oder es läge eine *venditio nummo uno* vor. Daube denkt hingegen daran, daß die Stelle in ihrem ursprünglichen Zusammenhang gar nicht auf die Nichtigkeit des Scheingeschäftes verwies[116]. Vielmehr werde mit *pretio accedente* die *causa onerosa* von der *causa lucrativa*

---

111 Pugliese (1938) 149.

112 (1959) 162.

113 Vgl. zu diesem Fragment auch Dumont-Kisliakof (1970) 110 mit Fn. 2; 114 mit Fn. 2.

114 S. Heumann - Seckel, 6 s.v. *accedere*.

115 Pugliese (1938) 148. Zur Bedeutung von *imaginarius* s. Pugliese (1938) 148-151.

116 Daube (1959) 164; Partsch (1921) 257.

abgehoben: wo ein Preis vorkommt, ist der Kauf nicht nur formal[117].

III. Eherecht

1) D. 23.2.30 (Gai. 2 Iul. Pap.)

Simulatae nuptiae nullius momenti sunt.

Die kurze Stelle spricht aus, daß vorgespiegelte Eheschließungen wirkungslos sind.

Das Fragment stammt aus dem Titel *de ritu nuptiarum*. Es gehört der Ediktsmasse an[118]. D. 23.2 weist in seiner Massenzusammensetzung die Besonderheit auf, daß sich die Edikts-, Sabinus- und Papiniansmasse nach D. 23.2.34 wiederholen[119]. Bereits Bluhme erkannte, daß dieses Phänomen, das beispielsweise auch in D. 1.3[120] und D. 32[121] anzutreffen ist, auf der Zusammenlegung zweier ursprünglich als selbständig geplanter Titel durch die Kompilatoren beruht[122]. Nachdem ab D. 23.2.34, dem Beginn der Massewiederholung, vornehmlich Ehehindernisse behandelt werden, ist an eine ursprünglich an den Codex angelehnte Titelabfolge zu denken[123]. Im Codex folgt auf C. 5.4 *De nuptiis* als nächster Titel *De incestis et inutilibus nuptiis*. Unser

---

117 (1959) 164.

118 S. Krüger, ed. ster.[16] 930.

119 S. ed. ster.[16] 330 Fn. 14.

120 S. Bluhme (1820) 300-301.

121 Bluhme (1820) 299-300.

122 S. Bluhme (1820) 300.

123 Zur Orientierung der Kompilatoren am Rubrikensystem des Codex (primae lectionis) s. Const. Deo auctore § 5: ... *et in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digerere, tam secundum nostri constitutionum codicis quam edicti perpetui imitationem, prout hoc vobis commodius esse patuerit, ...*

Fragment gehört dem Titelteil an, der allgemein von der Ehe handelt (D. 23.2.1-33).

Das Exzerpt stammt aus dem zweiten Buch des Kommentars des Gaius[124] zu den Ehegesetzen des Augustus[125]. Es ist das einzige hieraus in die Digesten aufgenommene Fragment. Dementsprechend ist keine nähere palingenetische Einordnung möglich[126].

Die Stelle enthält keine Anhaltspunkte dafür, welche konkrete Fallgestaltung ihr zugrundeliegt. Da für die Ehe die *affectio maritalis* maßgeblich war[127], dürfte die Simulation hier in der Vornahme der Heirat mit ihrem Brauchtum[128] liegen, ohne daß die Ehegatten den Wunsch zum Zusammenleben besaßen. Letzteres mag insbesondere aus der fehlenden Hausgemeinschaft ersichtlich sein. Zweck einer solchen Scheinehe war die Vermeidung der Sanktionen, die nach der augusteischen Ehegesetzgebung unverheirateten Personen drohten.

Die gemeinrechtliche Literatur betrachtete dieses Fragment als allgemeinen Satz über die Nichtigkeit der Scheingeschäfte[129]. Es bildete einen Ausgangspunkt der späteren Entwicklung[130]. Nach Pugliese[131] wollte Gaius hingegen nicht die *nuptiae* als nichtig bezeichnen, sondern lediglich deren Unwirksamkeit im Hinblick auf die *lex Iulia* aussprechen[132].

---

124 Zu ihm s. Kunkel (1967) 186-213.

125 Zu diesem Kommentar des Gaius vgl. Schulz (1961) 231.

126 S. Lenel, Palingenesie I 246 Nr. 449. Lenel denkt a.a.O. Fn. 7 an eine mögliche Rubrik *De poenis caelibatus*.

127 S. z.B. Kaser, RP I 321 f.

128 Zu den Heiratsgebräuchen s. Friedländer I (1919) 274 f.

129 Vgl. Pugliese (1938) 204.

130 S. Kunkel (1949) 107.

131 Pugliese (1938) 204-206.

132 Pugliese (1938) 204-206.

Bereits dem klassischen Recht ist es selbstverständlich, daß die Wirksamkeit der Ehe von dem Vorhandensein einer tatsächlichen ehelichen Gemeinschaft abhängig sei. Deswegen gibt es in diesem Bereich keinen Platz für eine besondere Theorie von der Nichtigkeit des Scheingeschäfts[133]. Das Fragment zeigt die Disqualifikation von Scheingeschäften[134].

2) D. 24.1.64 (Iav. 6 post. Lab.)

Vir mulieri divortio facto quaedam idcirco dederat, ut ad se revertetur: mulier reversa erat, deinde divortium fecerat. Labeo: Trebatius inter Terentiam et Maecenatem respondit si verum divortium fuisset, ratam esse donationem, si simulatum, contra. sed verum est, quod Proculus et Caecilius putant, tunc verum esse divortium et valere donationem divortii causa factam, si aliae nuptiae insecutae sunt aut tam longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret alterum esse matrimonium: alias nec donationem ullius esse momenti futuram.

Ein Ehemann hatte seiner Frau nach der Scheidung ein Geschenk gemacht, damit diese zu ihm zurückkehre. Die Ehefrau kehrte zurück, danach kam es erneut zu einer Scheidung. Es folgt nunmehr aber nicht eine juristische Fragestellung, vielmehr wird Labeo mit einem Gutachten des Trebatius zu der Trennung des Maecenas von Terentia zitiert. Nach Trebatius ist die Schenkung wirksam, wenn eine "echte" Scheidung vorlag; wenn diese hingegen nur vorgegeben sei, sei die Schenkung unwirksam. Sodann werden Proculus und Caecilius zur Frage angeführt, wann ein *verum divortium* vorliege. Dies sei dann gegeben, wenn entweder einer der geschiedenen Eheleute sich anderweitig verheiratet habe oder über längere Zeit unverheiratet blieb.

---

133 Vgl. Kunkel (1949) 107 mit Fn. 6.

134 Honsell/Mayer-Maly/Selb (1987) 121.

Nach Lenel stand das Fragment ursprünglich unter der Rubrik *de iure dotium*[135].

Nach dem Gutachten des Trebatius kommt es auf die Ernstlichkeit der Scheidung an. Proculus und Caecilius stehen dazu nicht im Gegensatz, sie konkretisieren vielmehr die Umstände, bei deren Vorhandensein ein *verum divortium* anzunehmen ist. Aus diesen objektiven Umständen kann die innere Absicht erschlossen werden.

Nach einer Ansicht[136] beweist das Gutachten des Trebatius die mögliche Einordnung einer Scheidung als Scheingeschäft. An der Echtheit dieses Gutachtens sei nicht zu zweifeln. Nach Partsch handelt es sich bei *si simulatum contra* um einen Einschub der Kompilatoren[137], da die Klassiker nicht auf die Willenslage, sondern auf das objektive Verhalten nach der Scheidung abgestellt hätten. Levy folgt ihm[138]. Für die klassischen römischen Juristen hätte das Problem des *verum divortium* ausschließlich in der Entgegensetzung von prima facie-Beurteilung der Ehewidrigkeit zu der ex post-Beurteilung gestellt[139]. Auch Pugliese hält *si simulatum* für einen Einschub der Kompilatoren[140]. Er argumentiert, daß im römischen Recht eine simulierte Scheidung bereits begrifflich nicht möglich gewesen wäre, da der Scheidungsakt lediglich von der inneren Willensrichtung (*affectio maritalis*), nicht von einem konstitutiven äußeren Akt abhängig gewesen sei[141]. Auch sei im Falle eine Simulation deshalb unwahrscheinlich, weil der Ehemann der Frau ein Geschenk gemacht habe, um sie zur Rückkehr zu bewegen. Daher könne man nicht

---

135 S. Lenel, Palingenesie I 312, die Stelle a.a.O. 313 Nr. 225.

136 Honsell/Mayer-Maly/Selb (1987) 121.

137 So Partsch (1921) 255.

138 S. Levy (1925) 87. 101.

139 S. Levy (1925) 91. 101.

140 Pugliese (1938) 201-202.

141 Pugliese (1938) 199.

annehmen, die Eheleuten hätten einverständlich ihre Scheidung als nur vorgeblich angesehen[142]. Diese letzte Erwägung von Pugliese überseht jedoch den Kontext der Stelle. Es handelt sich um ein Problem der Gültigkeit von Schenkungen unter Ehegatten[143]. Lag eine echte Scheidung vor und kehrte daraufhin die Ehefrau wieder zu ihrem Mann zurück, so wäre die Schenkung gültig, denn nach Beendigung der Ehe gilt das Verbot nicht mehr. Ist die Scheidung hingegen unwirksam, so gilt dies auch für die Schenkung, die dann während bestehender Ehe erfolgte. Dies zeigt auch, daß unsere Stelle durchaus unter dem Gesichtspunkt der Simulation zu behandeln ist. Die Ehefrau hatte den Ehemann verlassen. Dies deutet typischerweise auf den Wegfall der *affectio maritalis* und damit eine Scheidung. War der Weggang nur geschehen, um dem Ehemann Gelegenheit zu geben, das Schenkungsverbot zu umgehen, so war nach außen eine Scheidung vorgespiegelt, der der innere Tatbestand (die *affectio maritalis*) nicht entsprach[144].

IV. Schenkungen unter Ehegatten

Eine besondere Rolle bei der Problematik der Scheingeschäfte spielen Schenkungen unter Ehegatten. Wegen des

142 Pugliese (1938) 201.

143 Zu dieser s. sogleich im nächsten Abschnitt.

144 Das Abstellen auf den inneren Willen zeigt auch D. 24.2.3 (Paul. 35 ed): *Divortium non est nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. itaque quidquid in calore iracundae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverentia apparuit iudicium animi fuisse: ideoque per calorem misso repudio si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur.* Eine wahre Scheidung liege nur vor, wenn der Wille auf endgültige Trennung gerichtet sei. Deshalb sei sie, wenn sie in zorniger Erregung geschähe, nicht eher wirksam, als die Trennung durch ihre Fortdauer die bewußte Willensentscheidung bestätige. Daher liege keine Scheidung vor, wenn die Ehefrau nach einer in einer Gefühlswallung ausgesprochenen Scheidung das Haus verlassen habe, jedoch binnen kurzem wieder zurückgekehrt sei.

Schenkungsverbotes suchten die Ehepartner nach Umwegen, um dem jeweils anderen Teil unentgeltlich Vermögenszuwendungen zukommen zu lassen. Dabei wurden oft Verkäufe zu einem niedrigeren Preis als dem tatsächlichen Wert des veräußerten Gegenstand vorgenommen. Man könnte freilich einwenden, daß in diesem Fall der von den Parteien angegebene Preis auch wirklich gelten solle, also ein Auseinanderfall von objektiver Erklärung und tatsächlichem Willen nicht vorliege[145]. Eine Einordnung dieser Fälle unter die Thematik des Scheingeschäfts rechtfertigt aber, daß die Ehegatten nach außen lediglich den Tatbestand einer entgeltlichen Veräußerung setzen. Sie möchten damit darüber hinwegtäuschen, daß der Empfänger einen Gegenstand ohne gleichwertige Gegenleistung, d.h. teilweise geschenkt, erhält. Auch die Terminologie der römischen Juristen spricht für diese Einordnung, indem diese auch im Zusammenhang mit Rechtsgeschäften unter Ehegatten von der *venditio donationis causa* sprechen (auch wenn nur ein niedrigerer Preis festgesetzt wird).

Eine verbotswidrig vorgenommene Schenkung zwischen Ehegatten war nichtig, sei es daß sie in einem Versprechen, sei es in einer Übereignung, in einem Schulderlaß etc. bestand[146]. Herkunft und ursprünglicher Zweck des Verbots sind unklar. Selbst die römischen Juristen geben verschiedene Begründungen. Pomponius zitiert eine durch Proculus überlieferte Begründung, wonach das Schenkungsverbot verhindern sollte, daß der eine Ehegatte durch die Liebe zum anderen seines Vermögens beraubt wurde[147]. Ulpian führt es auf das Gewohnheitsrecht zurück[148], wobei er auf die Gefahr

---

145 So etwa Pugliese (1938) 102-106. 107-108.

146 S. dazu Misera (1974); Kaser, RP I 331 ff.; Honsell/Mayer-Maly/Selb (1987) 347 f.; Kunkel (1949) 247; Rabel (1955) 197 f.

147 D. 24.1.31.7 (Pomp. 14 Sab.): ... *ne amore alterius alter despoliaretur* ...

148 S. D. 24.1.1 (Ulp. 32 Sab.); Kaser (1977) 114-115.

hinweist, daß Eheleute bei Schenkungen aus gegenseitiger Zuneigung zu verschwenderischem Leichtsinn veranlaßt werden können. Diese Begründungen findet man auch in nachklassischen und iustinianischen Quellen[149]. Afrikan führt an[150], daß die Fortsetzung des ehelichen Verhältnisses durch Schenkungen erkauft werden könnte, so bei drohender Scheidung[151]. Auch bestand die Möglichkeit, daß durch übermäßige Schenkungen des Ehemannes an seine Gattin die Sorge um die Vermögensinteressen der Kinder beeinträgt werden konnte[152]. Der Vater hatte die primäre Sorgepflicht für die Kinder, während die Mutter nur ausnahmeweise unterhaltspflichtig war[153]. In der modernen Forschung ist dagegen die Annahme sehr verbreitet, wonach das Verbot mit den Zwecken der augusteischen Ehegesetze in Zusammenhang steht. Auf jeden Fall erwähnen die Juristen das Verbot zum ersten Mal in diesem Kontext[154]. Die Ehegatten, die in einer verbotenen Ehe leben, sollten die erbrechtlichen Erwerbsbeschränkungen der augusteischen Ehegesetzgebung nicht durch Schenkungen umgehen können[155]. In D.24.1.28.2 ist Proculus jedoch der Ansicht, daß das Schenkungsverbot nicht extensiv ausgelegt werden dürfe, so als ob es zwischen Feinden gälte. Vielmehr müsse es als ein Recht behandelt werden, daß Personen betrifft, die in höchster Zuneigung miteinander verbunden sind und die Not des anderen Partners befürchten[156].

Das Verbot diente auch dem Gläubigerschutz. Obwohl die Juristen nicht beabsichtigten, durch das Verbot die Gläubiger

149 Vgl. Misera (1976) 411 ff. mit Textnachweisen.
150 S. D. 24.1.2 (Paul. 7 Sab.).
151 S. D. 24.1.64 (Iav. 6 post. Lab.); Kaser RP I, 331.
152 S. Kaden (1930) 614.
153 D. 25.3.5.14 (Ulp. 2 off. cons.).
154 Kaser, RP I 331; Kunkel (1949) 154; Stock (1932) 3 ff.
155 Kaser, RP I 331; Hausmaninger/Selb (1985) 320.
156 Vgl. Misera (1974) 275 ff.

gegen ein fraudulöses Handeln der Ehegatten zu ihrem Nachteil zu schützen, ist es wohl denkbar, daß die Verbotsregelung als Nebenwirkung den Bemühungen um einen wirksamen Gläubigerschutz zugutekam[157].

Das Schenkungsverbot betraf solche Schenkungen, durch die der Beschenkte auf Kosten des Schenkers bereichert wurde[158].

Eine *oratio Severi* von 206 n. Chr. brachte eine Milderung, wonach solche Schenkungen, die der schenkende Ehegatte bis zu seinem Tode nicht widerrufen hatte, nunmehr dem Erben gegenüber wirksam sein sollten[159].

Die Kompilatoren regelten die Ehegattenschenkungen in einem eigenen Titel (D. 24.1: *De donationibus inter virum et uxorem*). Auch der Codex behandelt diese Problematik, allerdings zusammen mit Schenkungen der Eltern an die Kinder (C. 5.16: *De donationibus inter virum et uxorem et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione*).

1) D. 24.1.5.5 (Ulp. 32 Sab.)

Circa venditionem quoque Iulianus quidem minoris factam venditionem nullius esse momenti ait: Neratius autem (cuius opinionem Pomponius non improbat) venditionem donationis causa inter virum et uxorem factam nullius esse momenti, si modo, cum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit, ut donaret: enimvero si, cum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenus non valere, quatenus facta est locupletior: itaque si res quindecim venit

157 S. Holzapfel (1979) 65 ff.

158 S. D. 24.1.5.8 (Ulp. 32 Sab.): ... *definiri solet eam domum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiorem* ...

159 Ulp. 24.1.32 (Ulp. 33 Sab.); vgl. Siber (1933) 125 ff.

quinque, nunc autem sit decem, quinque tantum praestanda sunt, quia in hoc locupletior videtur facta.

Ulpian zitiert in diesem Paragraphen Julian, Neratius und Pomponius zur Frage der Gültigkeit von Verkäufen mit zu geringem Preis. Der Beginn der Stelle bezieht sich noch auf den Kauf allgemein, im folgenden wird die spezielle Problematik der Ehegattenschenkung erörtert. Julian hielt einen Kauf, bei dem der Kaufpreis bewußt zu niedrig angesetzt war, allgemein für unwirksam. Neratius hingegen differenziert zwischen dem Kauf unter Dritten und dem unter Ehegatten. Nur unter Ehegatten könne ein solcher Kauf unwirksam sein. Allerdings unterscheidet Neratius weiter nach der Willensrichtung des Ehemannes. Habe der Ehemann keine Verkaufs-, sondern Schenkungsabsicht gehabt, so sei der nur vorgespiegelte Kauf unwirksam. Habe er jedoch verkaufen wollen und nur einen Teil des Kaufpreises erlassen (*remissio*), so würde der Erlaß insoweit nicht gültig sein, als die Ehefrau bereichert worden sei. Dies wird durch ein Beispiel erläutert. Da hierbei das Prädikat nicht mehr wie im Vorigen im Infinitiv steht, dürfte es sich nicht weiter um ein Referat der Meinung des Neratius, sondern um eine Ergänzung Ulpians handeln. Nach dem Beispiel wären bei einer Kaufsache, die für Fünf verkauft wurde, zum Zeitpunkt der Rückforderung Zehn wert sei, Fünf von der Frau zu zahlen, da dies die aktuelle Bereicherung darstelle.

Der Paragraph gehört zu einem Fragment aus dem 32. Buch Ulpians ad Sabinum, aus dem die Kompilatoren einen Großteil der *leges* 1 bis 21 in D. 24.1 entnahmen.

Nach Lenel beginnt Ulpian mit dem 32. Buch seines Sabinuskommentars die Erörterung der Ehegattenschenkung, der auch noch das 33. Buch gewidmet ist[160]. Den größeren

160 S. Lenel, Palingenesie II 1137 und 1144. Unsere Fragment findet sich p. 1138 Nr. 2764.

Rahmen dieser Thematik bildet das Dotalrecht (Buch 31 bis 36)[161].

Das Fragment besteht aus vier Teilen[162]. Zunächst wird eine Entscheidung von Julian zur *venditio* unter Ehegatten berichtet, sodann eine differenzierende Meinung dazu von Neratius und Pomponius, die nach dem *animus donandi* und *vendendi* unterscheidet. Daran schließt sich die Erörterung eines Verkaufs mit *animus vendendi* und teilweisem Erlaß an. Den Abschluß bildet ein praktischer Fall[163]. Neratius stellte bei der Ehegattenschenkung auf den *animus* des Ehemannes ab. Diese Betonung des subjektiven Elements kommt auch in der Bezeichnung des ohne Verkaufsabsicht geschlossenen Kaufes als *commentus*, d.h. vorgetäuscht, zum Ausdruck. Hier zeigt sich eine deutliche Trennung zwischen dem wahren Willen und dem nach außen kundgemachten Rechtsgeschäft. Der Lösungsansatz des Neratius scheint nicht unumstritten gewesen zu sein. Hierauf deutet die vorsichtige, negativ formulierte Zustimmung des Pomponius (*quod Pomponius non improbat*). Ulpian dürfte dem Neratius beipflichten, wie das von ihm zu Neratius gebildete Beispiel nahelegt. Es geht im Fragment um einen Kaufvertrag, bei dem der Kaufgegenstand von Anfang an zu billig verkauft wurde, nicht um einen Vertrag zu einem *iustum pretium* mit gleichzeitiger oder nachträglicher Vereinbarung eines Preisnachlasses. D. 24.1.32.26 (Ulp. 32 Sab.)[164] belegt, daß *minoris vendere* vom späteren Preisnachlaß zu unterscheiden ist[165].

---

161 S. Lenel, Palingenesie I 1131 ff.

162 Vgl. Pugliese (1938) 128.

163 Pugliese (1938) 129.

164 D. 24.32.26 (Ulp. 33 Sab.)): *Plane si minoris res venierit donationis causa vel postea pretium sit remissum, admittemus donationem valere ad senatus consultum.*

165 Misera (1974) 121 f.; ders. (1973) 34-35; Partsch (1921) 276.

Partsch[166] hält die Anschauung, daß der Preisnachlaß für einen Kaufgegenstand mit festem Preis als Schenkung aufgefaßt werden kann, für künstlich. Einzelne klassische Juristen hätten hiernach die Nichtigkeit des mit dem Schenkungsabsicht vorgenommenen Kaufgeschäftes nur unter der Voraussetzung angenommen, daß ein *animus vendendi* in Wirklichkeit nicht vorhanden sei, während es nach der sonstigen Überlieferung andere Juristen auf eine solche Willenslage nicht abgestellt hätten[167]. Einen deutlichen Hinweis auf die Methode der Kompilatoren berge der Anschluß des Schlußteils mit *si modo*. Der Gehalt des klassischen Textes sei durch den zum Teil noch erhaltenen Tatbestand *si ... ex pretio ei remisit* deutlich. *Remittere* bezeichne - wie sonst bei den Klassikern - das nach Abschluß des wirksamen Kaufs vorgenommene Erlaßpactum. Die klassische Entscheidung hätte danach gelautet: Wenn der Kauf von vornherein zu Schenkungszwecken vorgenommen worden sei, sei der Kaufvertrag nichtig. Neraz und Pomponius hätten in Übereinstimmung mit den übrigen Juristen entschieden. Aber sie bedenken den Fall, ob bei einem Kaufe, bei dem der Ehemann der Ehefrau den Preis zum Teil erläßt, das spätere Pactum wie jedes Rücktrittspactum in den Kauf hineininterpretiert werden muß und daher das ganze Kaufgeschäft nichtig ist, oder ob nur der spätere Teilerlaß nichtig ist und der vorher geschlossene gültig bleibt. Eine nachklassische Praxis mag den Versuch gemacht haben, diese Entscheidung der beiden Juristen auch in dem Falle zugrunde zu legen, wo von vornherein unter dem angemessenen Preis verkauft worden sei. Der Schlußsatz ab *quatenus* sei ein Beispiel entsprechend dieser jüngeren Auffassung. Dieser Schlußsatz passe zu dem Vorhergehenden nicht. Während vorher die Wirkung des Kaufes und des Erlaßpactums besprochen worden sei, werde jetzt plötzlich eine Rechtslage unterstellt, die vorher gar nicht zur Sprache gekommen sei.

166 (1921) 267.

167 Partsch (1921) 267 mit Fn. 3 (Quellenachweise).

Der Ehemann, der Fünf erhalten habe könne im Prozeß, den er auf Zahlung von weiteren Fünf gegen die Ehegattin anstellt, behaupten, daß jetzt der Wert des verkauften Gegenstandes Zehn betrage. Den klassischen Fall und die echte Entscheidung des Pomponius kann man in D. 24.1.31.4 (Pomp. 14 Sab.)[168] erkennen. In dieser Stelle seien vielleicht nur die Worte *vero pretio* interpoliert.

Pringsheim[169] vertritt die Auffassung, daß es in der Stelle nicht wesentlich auf den inneren Willen der Ehegatten ankomme. Der Kauf mit zu geringem Preise sei stets nichtig, auch wenn der Ehegatte die Absicht hatte zu verkaufen; der Kauf mit vollem Preis stets gültig, auch wenn der Ehegatte keine Verkaufsabsicht besaß. Deshalb müsse die Frage nach dem *animus vendendi* gestellt werden. Der Text sei folgendermaßen wiederherzustellen[170]: ... *si modo <cum animum> maritus <vendendi non haberet> idcirco venditionem commentus sit, ut donaret: enimvero si <cum animum vendendi haberet> ex pretio ei remisit* ... Der *animus vendendi* bilde hier den Gegensatz zum *animus donandi.*

Thayer[171] geht auch von der Interpolation des Fragments ab *quatenus* aus. Mindestens in diesem Bereich sei die Bereicherung für Annahme einer Schenkung ebenso nötig ist wie ein *animus donandi.* Thayer[172] wendet sich gegen Pringsheims Textrestitution. Der Gedanke, daß *animus*

---

168 D. 24.1.31.4 (Pomp. 14 Sab.): *Si vir uxori vel contra quid vendiderit vero pretio et donationis causa paciscantur, ne quid venditor ob eam rem praestet, videndum est, quid de ea venditione agatur, utrum res venierit et totum negotium valeat, an vero ut ea sola pactio irrita sit, quemadmodum irrita esset, si post contractam emptionem novo consilio inito id pacti fuisset actum et verius est pactum dumtaxat irritum esse.*

169 (1921) 325.

170 Die spitzen Klammern bezeichnen die von den Kompilatoren eingefügten Worte.

171 (1929) 138 f.

172 (1929) 139.

vendendi immer interpoliert sei, wäre verständlich, wenn nachgewiesen würde, daß auch *donationis causa* immer interpoliert sei. Dieser Nachweis läßt sich aber nicht führen.

Nach Pugliese fehlt zwischen dem ersten und zweiten Teil eine Verbindung[173]. Die Entscheidung Julians sei das einzige Beispiel für die Beurteilung der Simulation unter subjektivem Aspekt und daher nicht genuin. Hiernach sei eine *venditio donationis causa* nur nichtig, wenn der Ehemann statt zu verkaufen schenken wollte. Als argumentum e contrario folge hieraus, daß, wenn der Ehemann verkaufen wolle, die *venditio donationis causa* wirksam sei Diese Entscheidung könne nicht von einem klassischen Juristen stammen[174].

Kaser[175] billigt den Einwand von Thayer[176] gegen Partsch[177], daß die Stelle in der überlieferten Form nicht von einem objektiv angemessenen Preis, sondern von einem vom Schenker für angemessen gehaltenen ausgeht. Weiter meint er, daß der Geschäftswille der Parteien auch im klassischen Recht vielfach rechtserheblich gewesen sein muß, aber die Byzantiner seine Bedeutung unverhältnismäßig erweitert hätten[178]. Auch Kaser spricht sich für die Annahme einer Interpolation aus. Der Schlußsatz sei interpoliert, weil er erstens einen neuen Fall zugrundelege, zweitens die Bereicherung bei einem Schulderlaß um einen bestimmten Vertrag immer dieselbe bleibe, die Einschränkung auf die gegenwärtige Bereicherung daher sinnlos wäre. Es werde vorausgesetzt, daß der gegenwärtige Wert nicht geringer sei als der Unterschied zwischen vereinbartem Kaufpreis und objektivem Wert. Daß in der Stelle Kauf *donationis causa* und Kauf mit selbständigem

173 Pugliese (1938) 129.
174 S. Pugliese (1938) 129-130.
175 Kaser (1930) 349.
176 (1929) 139.
177 (1921) 268.
178 Vgl. Koschaker (1925) 158.

Erlaß gemeinsam behandelt werden, indiziere eine Interpolation[179].

Misera[180] schreibt die Entscheidung dem Neratius zu. Neratius habe eine besondere Vorliebe für subjektive Fragen und subjektiven Seiten eines Falles[181]. Die Berufung auf den *animus vendendi* entspreche den allgemeinen Regeln über das Zustandekommen eines Kaufvertrages. Der Kaufvertrag gehöre zu den Konsensualkontrakten. Wenn daher die Parteien im Willen nicht übereinstimmten, komme keine Kaufvertrag zustande. Die Annahme eines Kaufvertrages im Fall unter Hinweis auf den *animus vendendi* könne als eine konsequente Fortentwicklung des Konsensualprinzips betrachtet werden. Es sei nicht ungewöhnlich, daß Neratius die Gültigkeit eines Vertrages danach beurteilt, ob er mit einem *iustum pretium* abgeschlossen und ob ein Teil des Kaufpreises *donationis causa* gleichzeitig nachgelassen worden ist. Neratius dürfe beabsichtigt haben, die Wirksamkeit dieses Kaufes unter Ehegatten trotz Verstoßes gegen das Schenkungsverbot aufrechterzuerhalten. Zu diesem Zweck nahm er an, ein Vertrag sei *vero pretio* vorgenommen und die Differenz zum tatsächlichen Kaufpreis erlassen worden. Nur dieser Erlaß sei, weil er gegen das Schenkungsverbot vestieße, unwirksam. Da ansonsten ein wirksamer Vertrag vorhanden sei, gehe das Eigentum am zugewendeten Gegenstand auf den Käufer über. Dieser Auffassung Miseras, die ohne die Annahme mehr oder minder umfangreicher Texteingriffe auskommt, ist beizupflichten.

2) D. 24.1.31.3 (Pomp. 14 Sab.)

Si duo mancipia fuerint singula quinis digna, sed utrumque unis quinque donationis causa a viro mulieri vel

179 Vgl. Kaser (1930) 349 Fn. 111.

180 (1973) 34.

181 S. Misera (1973) 34 Fn. 24 mit Quellennachweisen.

contra venierint, melius dicetur communia ea esse pro portione pretii nec tandem spectandum esse, quanti mancipia sint, sed quantum ex pretio donationis causa sit remissum: sine dubio licet a viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi.

Zwei Sklaven, die jeweils Fünf wert waren, wurden von einem Ehegatten dem anderen zusammen für Fünf verkauft. Pomponius meint, daß es richtiger sei, daß die Sklaven für einen Preisanteil beiden Ehegatten gemeinsam gehören sollten, wobei der Miteigentumsanteil sich nicht nach dem wahren Wert der Sklaven, sondern nach dem Umfange des Preisnachlasses bemessen solle. Zweifellos sei es auch unter Ehegatten erlaubt, Verkäufe zu geringerem Preis vorzunehmen, jedoch nur, wenn keine Schenkungsabsicht vorliege.

Das Fragment stammt wieder aus dem Titel über die Ehegattenschenkungen (D. 24.1). Der Auszug aus dem 14. Buch des Pomponius ad Sabinum[182] beginnt bei D. 24.1.29 und setzt sich nach einem masseversetzten, kurzem Einschub aus Gaius' Kommentar zum Provinzialedikt (D. 24.1.30) in D. 24.1.31 fort.

Pomponius behandelt im 14. Buch zu Sabinus innerhalb der übergeordneten Thematik *De iure dotium* die Ehegattenschenkungen als eigenen Punkt[183]. Nach Lenel bezieht sich der Verweis auf Pomponius in der soeben erörterten Ulpianstelle D. 24.1.5.5 auf eine unserer Stelle unmittelbar vorangehende Passage des Pomponiuskommentars[184].

---

182 Zu Pomponius s. Kunkel (1967) 171-172; zu seinen *libri ad Sabinum* Schulz (1961) 262-264.

183 S. Lenel, Palingenesie II 117; unsere Stelle findet sich ebenda 118 Nr. 600.

184 S. Lenel, Palingenesie II 118 Nr. 600.

Die Stelle weist zwei kleinere textkritische Probleme auf. So möchte Huschke *tandem* zu *tam* emendieren[185]. Außerdem soll nach *remissum* und vor *sine* ein *nam* einzufügen sein[186]. Ein typischer Fall, wonach ein eventuell einmal vorhandenes *nam* ausgefallen sein könnte, liegt aber nicht vor, da das vorangehende Wort *remissum* mit *nam* nur den letzten Buchstaben gemeinsam hat.

Im Ausgangsfall[187] waren zwei Sklaven im Werte von jeweils Fünf zusammen für nur Fünf unter Ehegatten verkauft worden. Die Lösung des Falles war anscheinend kontrovers, wie die Formulierung *melius dicetur* bei Pomponius zeigt. Pomponius behandelt die beiden Sklaven als einheitlichen Kaufgegenstand. Dies führt ihn zur Annahme von Miteigentum der Ehegatten. Zunächst ist nach seiner Lösung der Kauf, bei dem schenkungshalber ein Teil des Kaufpreises erlassen worden war, nicht vollständig, sondern nur teilweise unwirksam. Da Pomponius die beiden Sklaven als einheitlichen Kaufgegenstand betrachtet, kommt er dazu, daß der veräußernde Ehegatte anteilig zur Höhe des schenkweise erteilten Nachlasses vom Kaufpreis Eigentümer der Sklaven blieb. Das würde im Ausgangsfall auf einen hälftigen Miteigentumsanteil hinauslaufen. Fraglich ist, welches die Gegenmeinungen gewesen sein können, auf die das *melius dicetur* noch hindeutet. Dabei dürfte daran zu denken sein, daß die Gegenmeinung den gesamten Kauf für unwirksam hielt. In unserem Falle käme statt der Annahme von Miteigentum der Ehegatten an beiden Sklaven auch die von Volleigentum jedes Ehegatten an einem Sklaven in Betracht, da der Kaufpreis genau um den Wert eines Sklaven herabgesetzt wurde. Doch dürfte dies nicht die Gegenmeinung gewesen sein, denn die Lösung versagt bereits, wenn der Preisnachlaß den Wert eines Sklaven übersteigt oder unterschreitet.

---

185 S. Mommsen, ed. mai. I 705 Anm. 6.

186 S. Mommsen, ed. mai. I 705 Anm. 7.

187 Vgl. dazu auch Dumont-Kisliakof (1970) 157 mit Fn. 2.

Partsch[188] glaubt, daß Julian und der echte Ulpian wie die übrigen entschieden hätten, daß Kauf und Übereignung nichtig seien und die Ehefrau um den vollen Wert der beiden Sklaven gegen das Schenkungsverbot bereichert sei. Da dies für die Byzantiner nicht überzeugend gewesen sei, hätten sie die Teilunwirksamkeit hinzugefügt. Da der Preis schon gezahlt worden sei, führe dies sachenrechtlich zum Miteigentum beider Ehegatten. Diese Entscheidung, daß Mann und Frau Miteigentum im Verhältnis des gezahlten zum angemessenen Preise erhalten, sei als die "bessere" Entscheidung hinzugefügt worden. Sie basiert auf einer hellenistischen Anschauung[189]. *Remissum* sei hier wieder im byzantinischen Sinne der bei Abschluß des Kaufvertrages bewilligte Preisnachlaß, nicht der nachträgliche Erlaßvertrag. Am Ende des Fragments hätten die Kompilatoren dasjenige als unzweifelhaft dargestellt, wovon das Gegenteil für das klassische Recht feststehe. Daß auf die Willenslage für das Scheingeschäft abgestellt werde, beruhe auch hier wieder auf dem Eingriff der Byzantiner.

Pringsheim[190] ist der Ansicht, daß der Schlußsatz außer Zusammenhang stehe und inhaltlich falsch sei. Der Kauf sei nicht gültig, nicht deshalb weil der *animus donandi* fehle, sondern weil er zum vollen Preise abgeschlossen wurde und erst dann eine *remissio pretii* vorgenommen wurde. Die Byzantiner führen den klassischen Unterschied wieder auf ihre *animus* - Theorie zurück. Ähnlich verhalte es sich bei D. 24.1.32.25,26 (Ulp. 33 Sab.). Der Kauf zu geringerem Preise solle gültig sein, wenn kein *animus donandi* vorliege. Bei einer folgenden *remissio* nähmen die klassischen Juristen einen echten Kauf an, die Byzantiner aber entsprechend ihrer *animus* - Theorie sagten, es liege kein *animus donandi*, sondern *animus vendendi* vor. Die Rolle des *animus* sei es, dem subjektiven Willen Einfluß auf die Gestaltung der Geschäfte zu

188 (1921) 269.
189 S. Partsch (1921) 270.
190 (1921) 325.

geben. Bei der Schenkung habe der *animus* die Aufgabe, die Schenkung von *negotiorum gestio*, *mandatum* und *funeraria* zu unterscheiden. Ein äußerlich identisches Geschäft sei jeweils anders einzuordnen, wenn *animus recipiendi* oder *animus donandi* vorläge.

Thayer[191] wendet sich gegen die Ansicht von Partsch, daß in dem klassischen Text Kauf und Übereignung nichtig gewesen seien. Nach Partschs Meinung konvalesziert das anfänglich unwirksame Geschäft nachträglich durch den Tod des verkaufenden Ehemannes[192]. Aus der Entscheidung Ulpians werde deutlich, daß die Klassiker den Fall, daß der Preis von vornherein zu niedrig festgesetzt war, davon unterschieden, daß nachträglich ein Teil des Preises erlassen wurde. In beiden Fällen habe Ulpian angenommen, daß Kauf und Übereignung zunächst nichtig waren, aber nachträglich wirksam wurden. Von einer teilweisen Wirksamkeit des Kaufgeschäftes und einer teilweisen Konvaleszenz des zunächst unwirksamen Teiles sei gar keine Rede. Thayer meint, Partsch ignoriere den entgegengesetzten vorangehenden Text, der auch Pringsheim[193] zwinge, zu behaupten, daß D. 24.1.32.26 (Ulp. 33 Sab.) vollständig interpoliert sei.

Nach Pugliese[194] fehlt einem Geschäft dieser Art der Charakter der Simulation, d.h., der Widerspruch zwischen objektivem Wert der Willensbekundung und der internen Abmachung der Parteien. Beim Verkauf zu einem zu niedrigen Preis soll das Geschäft auch Dritten gegenüber so gelten wie vereinbart[195]. Im Gegensatz zu anderen Stellen sei hier auch die Nichtigkeit nur in den Grenzen der Bereicherung

---

191 (1929) 183.

192 Unter Hinweis auf D. 24.1.32.26 (Ulp. 33 ad Sab.): *Plane si minoris res venierit donationis causa vel postea pretium sit remissum, admittemus donationem valere ad senatus consultum.*

193 (1921) 325.

194 Pugliese (1938) 102-106.

195 Pugliese (1938) 104.

ausgesprochen[196]. Das Verbot der Ehegattenschenkung erstreckt sich auf die tatsächliche Bereicherung. Da die Stelle keine Bedeutung für die Simulation besitze, sei die Diskussion der Genuinität überflüssig. Ein guter Teil sei aber das Werk der Kompilatoren, so sei insbesondere der Satzteil *tandem - sit remissum* ihnen zuzuschreiben[197].

Misera[198] meint, daß die Termini bei Neratius und Pomponius sich wechselseitig ergänzten. Neratius spreche vom *animus vendendi*, Pomponius vom *animus donandi*. Es sei längst anerkannt, daß auch der *animus donandi* klassisch sein kann. Misera[199] schreibt die *animus*-Lehre, die in die nachklassische Epoche verbannt worden war[200], weitgehend der Klassik zu[201].

3) D. 18.1.38 (Ulp. 7 disp.)[202]

Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est: quotiens vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere. hoc inter ceteros: inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est.

Auch Ulpian sieht in diesem Fragment eine *venditio donationis causa* unter Ehegatten für unwirksam an. Dabei gebraucht er die Formulierung *venditio donationis* in

196 S. Pugliese (1938) 104-105.
197 Pugliese (1938) 106.
198 (1973) 35-36.
199 (1973) 40.
200 Pringsheim (1921) 273 ff.
201 Mit der Genese der von ihm so genannten "*animus*-These" beschäftigt sich Simon (1995) 262 ff.
202 S. hierzu bereits oben S. 15.

unmittelbaren Zusammenhang nicht mit dem Fehlen eines Kaufpreises, sondern mit einem geringeren Entgelt als der tatsächliche Wert des Kaufgegenstandes.

4) D. 24.1.31.4 (Pomp. 14 Sab.)

Si vir uxori vel contra quid vendiderit vero pretio et donationis causa paciscantur, ne quid venditor ob eam rem praestet, videndum est, quid de ea venditione agatur, utrum res venierit et totum negotium valeat, an vero ea sola pactio irrita sit, quemadmodum irrita esset, si post contractum emptionem novo consilio inito id pacti fuisset actum. et verius est pactum dumtaxat irritum esse.

Die Herkunft der Stelle wurde bereits für den unmittelbar vorangehenden Paragraphen behandelt[203]. Im Text führt Mommsen zwei Emendationen an. Einmal soll in *quid de ea venditione* das *de* zu tilgen sein[204]. Dem kann beigepflichtet werden, da es sich um ein Schreiberversehen (Dittographie) handeln kann. Aus *quideavenditione* in scriptura continua kann durchaus ein weiteres *de* aus einer Doppellesung zweier Buchstaben entstanden sein. Schwieriger ist die Erklärung der zweiten Textauffälligkeit vor dem Ende des Fragments (*id pacti fuisset actum*). Mommsen möchte *actum* tilgen und *fuisset* zu *fuissent* emendieren. Doch ist dies nicht unbedingt geboten. Bei *pacti* kann es sich um das Genetivobjekt zu *actum* handeln. Für die Beibehaltung des Singulars (*fuisset*) spricht, daß auch im Vorangehenden die *pactio* das Subjekt bildet (*pactio irrita sit, quemadmodum irrita esset ...*). Der *pactio* als Subjekt entspricht in diesem letzten Satzteil die Konstruktion *id pacti actum fuisset.*

Lenel nimmt an, daß zwischen *et totum negotium valeat* und *an vero* ein Textstück - *an ut totum negotium irritum sit* -

203 S. zu ihr auch Dumont-Kisliakof (1970) 158 mit Fn. 2.

204 S. Mommsen, ed. mai. I 706 Anm. 1.

ausgefallen sei[205]. Ein solcher Ausfall wäre durch ein Homoioteleuton gedeckt. Weiter fällt die terminologische Unstimmigkeit in *ne quid venditor ob eam rem praestet* auf. Zu erwarten wäre statt *venditor emptor*[206], da es augenscheinlich um den schenkungsweise Erlaß des Kaufpreises zu gehen scheint. Auch Bas. 30.1.31.4 (BT 1512,1) sprechen hier vom Käufer[207].

Die Stelle dürfte auf jeden Fall am Ende durch die Streichung eines Kontroversenberichts durch die Kompilatoren verkürzt worden sein. Dies indiziert die für die breit gefaßte Fragestellung lapidar kurze Antwort mit der Einleitung *et verius est.* Die Streichungen von Kontroversen gehörte zu den Aufgaben der Kompilatoren.

Pugliese geht davon aus, daß es bei dem infragestehenden *pactum* um ein pactum ex intervallo handeln müsse[208].

Die Entscheidung entspricht sachlich D. 24.1.5.5[209].

5) D. 24.1.7.6 (Ulp. 31 Sab.)

Si uxor a marito suo praedia, quae ob dotem pignori acceperat, emerit eaque emptio donationis causa facta dicatur, nullius esse momenti, pignoris tamen obligationem durare imperator noster cum patre suo rescripsit, cuius rescripti verba ideo rettuli, ut appareat venditionem inter virum et uxorem bona fide gestam non retractari. "Si tibi maritus pignora propter dotem et pecuniam creditam data non

---

205 S. Lenel, Palingenesie II 118 Fn. 4).

206 Vgl. Pugliese (1938) 124.

207 S. BT 1512,1: *Ἐὰν ἀληθοῦς τιμήματος τῆς πράσεως γενομένης σύμφωνον κατὰ δωρεὰν γένηται, ὥστε μηδὲν τὸν ἀγοράστην δοῦναι, οὐχ ἡ πρᾶσις, ἀλλὰ τὸ σύμφωνον ἀκυροῦται.*

208 Pugliese (1938) 125-126.

209 S. oben S. 37.

donationis causa venditit, quod bona fide gestum est, manebit ratum. at si titulus donationis quaesitus ostenditur atque ideo venditionem irritam esse constabit, iure publico causam pignorum integram obtinebis".

Das Fragment gliedert sich in zwei Teile. Im ersten stellt Ulpian die Rechtslage nach einem Reskript der Kaiser Septimius Severus und Caracalla dar, im zweiten führt er zur Verdeutlichung das genannte Reskript im Wortlaut an. Im Fall hatte der Ehemann seiner Ehefrau Pfänder, die diese zur Sicherung ihrer Mitgift und eines Darlehens erhalten hatte, verkauft. Wohl von der Veräußererseite, d.h., vom Ehemann oder dessen Erben, wurde der Verkauf unter Berufung auf das Schenkungsverbot unter Ehegatten als unwirksam angesehen. Die Kaiser machen in ihrem Reskript die Gültigkeit des Kaufes ebenfalls davon abhängig, daß er nicht *donationis causa* erfolgt ist. In diesem Fall sei er gültig. Aber auch, wenn der Kauf wegen Schenkungsabsicht ungültig sei, bliebe das Pfandrecht der Ehefrau an den Pfandobjekten bestehen.

Die Stelle befindet sich wieder im Titel über die Ehegattenschenkungen. Nach ihrer Inskription stammt sie aus dem 31. Buch Ulpians ad Sabinum, während alle übrigen Stellen aus Ulpians Sabinuskommentar in diesem Titel dem 32. Buche entnommen sind. Mit Haloander dürfte daher auch die Buchzahl unserer Inskription zu *libro trigesimo secundo* zu emendieren sein[210].

Im 32. Buch zu Sabinus behandelt Ulpian die Ehegattenschenkungen[211].

Für den Text nimmt Mommsen einige kleinere Korruptelen an. So soll hinter *momenti* ein *emptionem* zu ergänzen sowie *pignoris tamen* zu *pignoris autem* und *titulus donationis quaesitus* zu *titulus donationi quaesitus* zu

---

210 S. Mommsen, ed. mai. I 700 Anm. 1; vgl. auch Lenel, Palingenesie II 1140 Fn. 2.

211 S. Lenel, Palingenesie II 1137, unsere Stelle a.a.O. 1140 Nr. 2766.

emendieren sein[212]. Für den Ausfall von *emptionem* hinter *momenti* gibt es keine paläographischen Anhaltspunkte, wie etwa Gleichheit im Wortanlaut oder -auslaut. Auch eine Verschreibung von *autem* zu *tamen* läßt sich bei ausgeschriebenen Wörtern nicht behaupten, aber auch wenn man eine Abkürzung *at* für *autem*[213] unterstellen würde, bestünde nur eine geringe Ähnlichkeit mit der Abkürzung *tm* für *tamen*[214]. Hingegen kann es sich bei dem End-S von *donationis* um eine Angleichung an den Auslaut des vorangehenden Wortes *titulus* handeln. Den Emendationsvorschlägen Mommsens ist daher nur für den letzten Fall beizupflichten.

Im Ausgangsfall lag eine Verpfändung zur Sicherung von Forderungen der Ehefrau aus einem Darlehen und ihrem Rückgabeanspruch hinsichtlich der Mitgift vor. Der Mann verkauft nun der Ehefrau die Pfänder. Das Reskript macht einen Unterschied zwischen einem Kauf *donationis causa* und einem solchen *bona fide*. Der Nachweis der einen oder anderen Alternative liegt im Bereich des Tatsächlichen. Man könnte erwägen, daß echte Verkaufsabsicht dann vorläge, wenn der Kaufpreis mit der Darlehensforderung der Ehefrau oder ihrem Rückzahlungsanspruch bei der *dos aestimata* verrechnet wurde. Schenkungsabsicht läge etwa dann vor, wenn eine solche Verrechnung nicht stattgefunden hat. Ein wegen Verstoßes gegen das Schenkungsverbot unwirksamer Verkauf beeinträchtigt jedoch das bestehende Pfandrecht der Ehefrau nicht. Möglicherweise hatte die Seite des Ehemannes damit argumentiert, daß durch den Verkauf der Pfänder zugleich das Pfandrecht der Ehefrau hieran aufgehoben werden sollte. Denkbar wäre aber auch ein Vorbringen dergestalt, daß die auf Grund des Schenkungsverbot fehlgeschlagene Übertragung des Eigentums an Gegenständen, an denen der Erwerber

212 S. Mommsen, ed. mai. I 700 Anm. 4, 5, 6.

213 Vgl. die Übersicht bei Studemund (1874) 257.

214 S. wieder Studemund (1874) 308.

bereits ein Pfandrecht besaß, auch zum Verlust des vorher bestehenden "geringeren" Rechts führt. Auf solche Einwände könnte der Hinweis *iure stricto* im Reskript reagieren. Ulpian macht sich die Entscheidung zu eigen. Mit der wörtlichen Wiedergabe des Reskripts möchte er, wie er schreibt, verdeutlichen, daß nicht alle Verkäufe unter Ehegatten unwirksam sein müssen. Mit der Verwendung des Ausdrucks *bona fides* sowohl im Reskript wie bei Ulpian[215] kommt wieder eine subjektive Komponente zum Ausdruck, die maßgeblich zum Tatbestand eines Scheingeschäfts gehört. Unter *bona fide gestum* wird manchmal der Gegensatz zu einem Geschäft gesehen, aus dem nicht geklagt werden konnte, weil es nicht *bona fide* geschlossen ist. Ein nicht *bona fide* geschlossenes Geschäft ist unehrlich, weil es als Umgehungsgeschäft gegen ein Verbotsgesetz vorgenommen wurde[216].

Pugliese[217] hält die Stelle für wahrscheinlich nicht insgesamt genuin. Er äußert Zweifel insbesondere für den Passus im Reskript *si titulus - constabit*[218]. Der Vorteil des Geschäftes für die Ehefrau/Gläubigerin liege darin, daß diese die Grundstücke sofort erwerbe, während ansonsten der Erwerb die Fälligkeit der Schuld voraussetze (die Mitgift wird nach der Scheidung nicht zurückbezahlt). Bei einem Verkauf *sine pretio* fehle es an einer Vereinbarung über den Kaufpreis. Hiermit könne ein symbolischer Preis (*venditio nummo uno*) oder eine echte Preisvereinbarung, die aber durch ein pactum in continenti abbedungen worden sei, gemeint sein.

Der Erklärung Puglieses dürfte beizupflichten sein. Freilich scheint die Annahme einer Interpolation der Worte *si*

---

215 S. die Formulierungen im Text ... *cuius rescripti verba ideo rettuli, ut appareat venditionem inter virum et uxorem bona fide gestam non retractari* ... und ... *quod bona fide gestum est, manebit ratum* ...

216 S. Partsch (1931) 125.

217 Pugliese (1938) 118-120.

218 Pugliese (1938) 119.

titulus - constabit nicht nötig. Auch Ulpian spricht davon, daß eine schenkungshalber vorgenommener Kauf keinerlei Wirkung entfalte (*nullius esse momenti*). Auch die Bildung zweier Alternativen für unterschiedliche Ausgangssachverhalte entspricht dem Stil eines Reskripts. Mit *ostenditur* wird ausdrücklich auf die Beweiswürdigung durch den Tatrichter verwiesen.

6) D. 24.1.7.5 (Ulp. 31 Sab.)

Si maritus aestimationem rerum quas in dotem accepit dicat se donationis causa auxisse, remedium monstravit imperator noster cum divo patre suo rescripto, cuius verba haec sunt: "Cum donationis causa pretium auctum adfirmes, qui super ea re cogniturus erit, si pecuniae modum recusabis, ipsa praedia restitui debere sumptuum deductis rationibus arbitrabitur". in arbitrio igitur mariti erit, quid praestitum malit. idem iuris est et si e contrario mulier de minore aestimatione queratur. nec aliud in commodato aestimato dato observari solet, ut Pomponius libro quarto variarum lectionum scribit.

Der Ehemann erhielt als Mitgift Grundstücke[219] in der Form der *dos aestimata*. Als es zur Rückgabe der *dos* kam, wobei in diesem Fall an eine Scheidung zu denken ist, behauptete er, daß die Schätzung schenkungshalber zu hoch erfolgt sei. Die Kaiser Septimius Severus und Caracalla sezten in einem von Ulpian wörtlich referierten Reskript eine differenzierte Lösung für die Rückabwicklung fest. Sollte der Ehemann die Höhe der Ästimation bestreiten, so solle der zuständige Richter ihn zur Rückgabe der Grundstücke unter Berücksichtigung seiner Verwendungen (*sumptuum deductis rationibus*) verurteilen[220]. Ulpian betont sodann, daß es im Ermessen des Mannes liege, welche Vorgehensweise

219 Das ergibt sich aus dem Wortlaut des Reskripts.

220 Zur Textkritik von *sumptuum deductis rationibus* s. sogleich im Text.

(Bezahlung der Ästimationssumme oder Rückgabe unter Verrechnung seiner Verwendungen) er bevorzuge. Gleiches gelte, so Ulpian, falls die Ehefrau schenkungshalber eine zu niedrige Ästimation akzeptiert hat. Ulpian schließt mit einem Hinweis auf die entsprechende Rechtslage bei der Leihe, wenn ein Ehepartner dem anderen den Leihgegenstand mit einer Schätzungsabrede geliehen hat. Hierfür zitiert er Pomponius in dessen vierten Buch der "vermischten Vorlesungen".

Der Standort des Textes innerhalb der Kompilation wurde bereits oben bei D. 24.1.7.6 behandelt. Gleiches gilt für die palingenetische Einordnung des 31. Buches Ulpians ad Sabinum. Die Thematik des vierten Buches der "vermischten Vorlesungen" des Pomponius, das Ulpian zitiert, läßt sich nicht mehr feststellen[221].

Die Stelle weist ein größeres textkritisches Problem auf. Mommsen möchte die handschriftlich bezeugte Lesung *sumptuum deductis rationibus* zu *sumptuum habita ratione deductis fructibus* emendieren[222]. Er stützt sich dabei auf die Summe des Anonymus, die in Bas. 30.1.7 überliefert ist[223]. In diesem, teilweise aus anderen Quellen zu restituierenden Text[224] spricht der Anonymus von "nach den Früchten gemachten Aufwendungen" *(μετὰ τοὺς καρποὺς)* Allerdings läßt sich die Mommsen'sche Emendation nicht durch einen

---

221 S. Lenel, Palingenesie II 151 Nr. 820; zum Werk vgl. Liebs (1971) 51 - 82.

222 S. Mommsen, ed. mai. I 700 Anm. 3.

223 S. BT 1509,19 (Bas. 30.1.75): *Ἐὰν δείκνυσιν ὁ ἀνὴρ δωρεᾶς χάριν τὴν τιμὴν ηὐξηκέναι τῶν προκιμαίων πραγμάτων, ἐπιλογὴν ἔχει ἢ τὴν τιμὴν παρασχεόν ἢ τὰ πράγματα γινομένου λόγου τῶν μετὰ τοὺς καρποὺς περὶ αὐτὰ δαπανηθέντων. Τὸ αὐτὸ κἂν ἡ γυνὴ μέμφηται ἧττονος τὴν προόκα διατιμησθῆναι αὐτῇ γὰρ δίδοται ἡ ἐπιλογή. Τὸ αὐτὸ καὶ ἐπὶ τοῦ εἰς χρῆσιν δοθέντος διατετιμημένου.*

224 S. dazu BT 1509 zu Z. 21. Die maßgebliche Handschrift Pa endet bei *μετὰ τοὺς καρποὺς περὶ*. Der Textfortgang ist aus der Handschrift Mailand, Bibl. Ambrosiana F 106 sup. ergänzt.

typischen Schreiberfehler abstützen. Auch bleibt unerklärt, woher das Wort *rationibus* im Text stammen soll, das bei der Mommsen'schen Ergänzung in dieser Form nicht vorkommt. Gegen Mommsens Ergänzung spricht auch die sachliche Rechtslage. Die Früchte der *dos* stehen dem Manne zur freien Verfügung zu und vermehren nicht das Dotalgut[225]. Für seine notwendigen Aufwendungen kann er ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Frau geltend machen[226]. Deshalb wäre in unserem Fall eine Verrechnung der Verwendungen mit den Früchten, wie die Rekonstruktion Mommsens vorsieht, ein rechtliches Novum. Der Zusatz beim Anonymos μετὰ τοὺς καρποὺς dürfte im Sinne von "zum Zweck der Fruchtziehung getätigte Aufwendungen"[227] zu verstehen sein. Es handelt sich dabei also um einen erläuternden Zusatz des Anonymus.

Die Berücksichtigung der Verwendungen des Ehemannes war innerhalb der *actio rei uxoriae* möglich, da diese als Formelbestandteil die Klausel *quod eius melius aequius erit* besaß[228]. Folge der Simulation ist hier also nicht die Nichtigkeit der Bestellung der *dos*, sondern nur die der Ästimationsklausel.

Pugliese[229] rechnet auch diese Stelle nicht zu den Simulationsfällen. Hier sei es nicht zur Verdeckung des wahren Geschäfts gekommen[230]. Die teilweise Nichtigkeit der *aestimatio* sei das Werk der Kompilatoren. Dies bezeuge die Parallele zu D. 23.3.12.1, wo eine ähnliche Lösung bei

---

225 S. z.B. Kaser, RP I 333.

226 S. z.B. wieder Kaser, RP I 339-340.

227 Zu der Bedeutung von *meta* im Sinne von "zum Zwecke" s. LSJ 1109 s.v. I 2).

228 Zur Formal der *actio rei uxoriae* s. Lenel, EP^3 303 ff.; Mantovani (1992) 53 Nr. 48.

229 Pugliese (1938) 107-108.

230 S. Pugliese (1938) 107.

evidenten kompilatorischen Eingriffen geboten werde[231]. Der mit *si* eingeleitete Satzteil stimme mit dem Satz *in arbitrium - malit* schlecht überein. Der Einschub könne ohne Sinnverlust für das Fragment gestrichen werden[232].

7) D. 23.3.12 pr. (Ulp. 34 Sab.)

Si res aestimata post contractum matrimonium donationis causa adprobetur, nulla est aestimatio, quia nec res distrahi donationis causa potest, cum effectum inter virum et uxorem non habeat: res igitur in dote remanebit. sed si ante matrimonium, magis est, ut in matrimonii tempus collata donatio videatur: atque ideo non valet.

Auch diese Stelle beschäftigt sich wieder mit der schenkungshalber zu hoch vorgenommenen *aestimatio* bei der *dos*. Wenn nach der Eheschließung Dotalgegenstände schenkungshalber zu hoch geschätzt werden, ist die Schätzung nichtig, weil der Gegenstand auch nicht schenkweise veräußert hätte werden können, denn dies zeitige unter Eheleuten keine Rechtswirkung. Deshalb verbleibe der Gegenstand in der *dos*. Aber auch wenn die Schätzung vor der Eheschließung

---

231 Pugliese (1938) 107; vgl. D. 23.3.12.2 (Ulp. 34 Sab.): *Si mulier se dicat circumventam minoris rem aestimasse, ut puta servum, si quidem in hoc circumventa est, quod servum dedit, non tantum in hoc, quod minoris aestimavit: in eo acturam, ut servus sibi restituatur. enimvero si in aestimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti, utrum iustam aestimationem an potius servum praestet. et haec, si servus vivit. quod si decessit, Marcellus ait, magis aestimationem praestandam, sed non iustam, sed eam quae facta est: quia boni consulere mulieri debet, quod fuit aestimatus: ceterum, si simpliciter dedisset, procul dubio periculo moreretur, non mariti. idemque et in minore circumventa Marcellus probat. plane si emptorem habuit mulier iusti pretii, tunc dicendum iustam aestimationem praestandam idque dumtaxat uxori minori annis praestandum Marcellus scribit: Scaevola autem in marito notat, si dolus eius adfuit, iustam aestimationem praestandam: et puto verius, quod Scaevola ait.*

232 Pugliese (1938) 107.

stattfand, spricht nach Ulpian mehr dafür, daß die Schenkung auf den Zeitpunkt der Ehe zu beziehen und daher unwirksam sei.

Das Fragment entstammt dem Digestentitel über das Dotalrecht. Die entsprechende Thematik behandelt auch Ulpian im 34. Buch zu Sabinus[233]. Mommsen nimmt einen größeren Textausfall zwischen *donationis causa potest* und *cum effectum* an. Hier sei *nec admitti ipsa donationis causa potest* zu ergänzen[234]. Eine solche Konjektur ist jedoch bedenklich und sachlich nicht nötig. Weder der Basilikentext (Bas. 29.1.6 pr.)[235] noch die Basilikenscholien[236] hierzu geben Anhaltspunkte für einen weitergehenden Wortlaut.

Nach dem Fragment verbleibt die geschenkte Sache in der Mitgift (*res igitur in dote remanebit*). Wenn nach dem Ende der Ehe die Frau vom Ehemann die *dos* fordert, kann der Ehemann die ursprüngliche *aestimatio* bestätigen, weil nach Beendigung der Ehe das Schenkungsverbot nicht mehr anwendbar ist[237]. Akzeptiert der Mann die überhöhte Schätzsumme nicht, so ist die Schätzungsklausel nichtig und wegen der Nichtigkeit der *aestimatio* verbleiben die *res in dote*. Die Frau kann die Herausgabe der Sache nur nach

---

233 S. Lenel, Palingenesie II 1148 mit der Unterrubrik *De dote aestimata aliisque dotis constituendae modis*; unser Fragment erscheint als Nr. 2785.

234 S. Mommsen, ed. mai. I 672 Anm. 2.

235 S. BT 1447,3 (Bas. 29.1.8 pr.): *Εἴτε πρὸ τοῦ γάμου εἴτε μετὰ τὸν γάμον δωρεᾶς αἰτία γένηται, οὐκ ἔρρωται· πρᾶσις γὰρ δορεᾶς αἰτία μεταξὺ ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς οὐκ ἔρρωται. Μένει οὖν τὸ πρᾶγμα ἐν προικί.*

236 S. BS 1998,30 (zu Bas. 29.1.8): *Λέγει τοίνυν ὁ Οὐλπιανὸς μὴ ἐρρῶσθαι τὴν τοιαύτην διατίμησιν, ἐπεὶ οὐδὲ πωλεόσθαι πράγματα δυνατὸν ἐν προσχήματι δωρεᾶς, καὶ κατὰ ἄλλον τρόπον ἀνίσχυρός ἐστιν ἡ μεταξὺ ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς δωρεά. Ὅτε τοίνυν ἡ τῶν πραγμάτων οὐκ ἔρρωται διατίμησις κατὰ τοῦτον γινομένη τὸν τρόπον, μένει τὰ πράγματα ἐν προικί.*

237 S. D. 24.1.64 (Jav. 6 post. Lab.); D. 24.1.35 (Ulp. 34 ed.).

allgemeinen dotalrechtlichen Grundsätzen verlangen, wobei der Mann eine *retentio propter impensas* besitzt[238]. Das gleiche gilt, wie Ulpian hinzufügt, wenn die Frau geltend macht, die *dos* sei schenkungshalber zu niedrig geschätzt worden.

Partsch[239] glaubt, daß das Reskript, das nur die geltende Rechtsordnung anwende, entschieden haben muß, daß die Schätzungsklausel unwirksam sei und der Mann bei der *actio rei uxoria* eben die Grundstücke selbst herauszugeben habe. In der Stelle komme es nur auf das Vorliegen der unentgeltlichen Bereicherung bei dem beschenkten Gatten an. Die Unwirksamkeit der *donationis causa* vorgenommenen Geschäfte wurde nicht auf die Frage des wahren Willens zurückgeführt[240].

8) D. 24.1.52 pr. (Pap. 10 quaest.)

Si vir uxori donationis causa rem vilius locaverit, locatio nulla est: cum autem depositum inter eas personas minoris donationis causa aestimatur, depositum est. haec ideo tam varie, quia locatio quidem sine mercede certa contrahi non potest, depositum autem et citra aestimationem quoque dari potest.

Wenn der Ehemann der Ehefrau schenkungshalber eine Sache zu niedrig vermietet oder verpachtet, so sei die *locatio* unwirksam, obwohl eine Verwahrung, bei der der hinterlegte Gegenstand schenkungshalber niedriger geschätzt wird, wirksam sei. Der Grund für diese unterschiedliche Behandlung liege darin, daß eine *locatio* ohne bestimmten Preis nicht abgeschlossen werden könne, eine Verwahrung ohne Schätzung hingegen schon[241].

---

238 S. Kaser, RP I § 81 III 1.

239 (1921) 271.

240 Vgl. Partsch (1931) 132.

241 Vgl. zur Stelle auch Pugliese (1938) 105 mit Fn. 1

Der Text gehört ebenfalls dem Titel über die Ehegattenschenkungen an. Er bildet den Anfang der Papiniansmasse. Nach Lenel handelte Papinian im zehnten Buch seiner Quästionen von der *emptio venditio* sowie vom Dotalrecht[242]. Unsere Stelle gehört zum letzteren Abschnitt[243].

Die Stelle behandelt wiederum die zu geringe Preisfestsetzung bei Verträgen unter Ehegatten. Folge eines schenkungshalber zu niedrigen Miet- oder Pachtzinses bei der *locatio* bildet nach Papinian die Nichtigkeit des gesamten Vertrages. Die Begründung liefert Papinian im zweiten Satz, wonach eine *locatio* zwingend einen bestimmten Preis voraussetze[244]. Wird dieser daher schenkungshalber ermäßigt, so unterfällt dies dem Schenkungsverbot. Die Entscheidung entspricht denen der anderen Juristen zum Kauf[245]. Für das *depositum* verhält es sich jedoch anders. Dieses ist von vornherein ein unentgeltlicher Realvertrag[246]. Die Ästimation der hinterlegten Sache bildet damit nur eine Zusatzvereinbarung, die den Grundcharakter des Vertrages nicht ändert. Nach Papinian dürfte daher die Ästimationsabrede wegen Verstoßes gegen das Schenkungsverbot unwirksam sein, jedoch die Gültigkeit des Vertrages ansonsten nicht berühren. Diese Entscheidung Papinians zeigt, daß die römischen Juristen für die Rechtsfolgen der Simulation nach dem Charakter der von der Simulation betroffenen Vertragspflicht unterschieden.

Für das Fragment wurden diverse Interpolationsvermutungen geäußert. Beseler[247] hält es für möglich, daß

---

242 S. Lenel, Palingenesie I 832 ff.

243 S. Lenel, Palingenesie I 833 Nr. 184.

244 Vgl. auch zum Erfordernis eines bestimmten Preises bei der *locatio* D. 10.3.23 (Ulp. 32 ed.): ... *quae enim locatio est, cum merces non intercesserit* ...

245 S. oben S. 10 f.

246 Vgl. die Diskussion um die Abgrenzung von *locatio* und *depositum* in D. 16.3.1.9 (Ulp. 30 ed.); zum *depositum* s. z.B. Kaser, RP I 534 ff.

247 (1910) 40 f.

lediglich *et citra aestimationem* für ein ursprüngliches *in aestimationem* gesetzt sei und die übrigen Teile der Stelle genuin seien. Nach der Ansicht von Stock[248] ist die Begründung unrichtig, weil der Mietzins bei *vilius locare* ebenfalls wie bei Vermietung zu angemessenem Preis eine *certa merces* sein kann. Der Schlußsatz sei insgesamt interpoliert[249]. Auch bei der *locatio nummo uno* (D. 19.2.46) liege keine *merces incerta*, sondern gar keine *merces* vor. Der Grund der Entscheidung könne nur die Analogie zum Schenkungsverbot sein[250]. Die Stelle spricht die Unwirksamkeit der *aestimatio* nicht ausdrücklich aus, aber sie sei kaum zu bezweifeln[251]. Das *depositum aestimatum* unterfällt dem Schenkungsverbot, weil die Schätzsumme schenkungshalber zu niedrig angesetzt worden ist. Da die Ästimationsklausel getrennt werden könne, ist nicht der ganze Vertrag nichtig. Dieser bleibt als normales *depositum* wirksam (*depositum autem et citra aestimationem quoque dari potest*)[252]. Die gleiche Entscheidungen trafen Pomponius, Ulpianus sowie die Kaiser Septimius Severus und Caracalla bei der *dos donationis causa minoris* (*pluris*) *aestimata*[253].

Nach der Ansicht von Misera[254] hätte ein Teil der römischen Juristen für die *locatio-conductio* eine *merces certa*, d.h., einen bestimmten, nicht nur bestimmbaren Zins verlangt[255]. Bei der *locatio* mit einem Zins, der schenkungshalber zu niedrig festgesetzt ist, sei die Rechtslage anders. Diese Zinsfestsetzung verstößt gegen das Schenkungsverbot.

---

248 (1932) 16.

249 Stock (1932) 44.

250 So Stock (1932) 16.

251 Stock (1932) 17.

252 S. Misera, Freundeskauf 41.

253 S. D. 23.3.12 pr. (Ulp. 34 Sab.); D.24.1.7.5 (Ulp. 32 Sab.).

254 Freundeskauf 41.

255 S. Gai.3.142: *nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi*; vgl. auch D. 19.5.22 (Gai. 10 ed. prov.).

Daher fehlt es an einer Zinsvereinbarung, d.h. die *merces* ist nicht *certa.*

V. Zeugnisse für Scheingeschäfte in Papyri und literarischen Quellen

1) BGU 114 I: Die Mitgift einer Soldatenbraut als depositum irregulare

Der Papyrus BGU I 114 enthält unter anderem eine Entscheidung des Präfekten von Ägypten, Rutilius Lupus, vom 05. 07. 117 n.Chr., die Aufschluß über ein anscheinend verbreitetes Scheingeschäft gibt, das die juristischen Quellen nicht erwähnen[256]. Es handelt sich um den Versuch, das für Soldaten bestehende Eheverbot zu umgehen[257].

BGU I 114 Col. I 6-13:

κ θεοῦ Τραιανοῦ Τῦβι δεκάτῃ | Λον[κ]ίας Μακρίνας διὰ Φανείου [ῥή]τορος εἰπούσης | ἀπαιτεῖν παρακαταθήκην ἐξ ὑπαρχόντων | Ἀντονίνου Γερμανοῦ στρατιώτου τελευτηκό|του Λοῦπος εἶπεν· Νοοῦμεν ὅτι αἱ παρακα|ταθῆκαι προῖκές εἰσιν. Ἐκ τῶν τοιούτων αἰτίων | κριτὴν οὐ δίδωμι. Οὐ γὰρ ἔξεστιν στρατιώτην | γαμεῖν. Εἰ δὲ προῖκα ἀπαιτεῖς, κριτὴν δίδωμ[ι] | δόξω πεπεῖσθαι νόμιμον εἶναι τὸν γάμον[258].

Lucia Macrina, vertreten durch den Gerichtsredner Phanias, verlangte vor Rutilius Lupus eine Parakatatheke (depositum irregulare[259]) aus dem Vermögen des Antonius Germanus, eines verstorbenen Soldaten, zurück. Die Parakatatheke dürfte

256 Vgl. noch andere Beispiele bei Mitteis (1912) 116-117; zur Urkunde s. auch Simon (1965) 59.

257 Zum Eheverbot unter Soldaten vgl. z.B. Kaser, RP I 317.

258 W. Kaiser habe ich für seine Hilfe bei der Übersetzung zu danken.

259 Zur Parakatatheke vgl. Berneker (1979) 502-503; zum depositum irregulare vgl. z. B. D. 19.2.31 (Alf. 5 dig. a Paulo epit.).

aus Geld bestanden haben. Die Gegenseite wird nicht genannt. Der Präfekt entscheidet negativ. Er wisse, daß die *parakatathekai* in Wirklichkeit Mitgiften (*proikes*) seien. Aus solchen Rechtsgründen gewähre er keine Klage. Ein Soldat dürfe nämlich nicht heiraten. Wenn Lucia Macrina eine Mitgift fordere, so gewähre er eine Klage, sofern er von der Legitimität der Ehe überzeugt werde[260].

Wegen des Eheverbotes konnten bei Soldatenheiraten den Ehefrauen keine Mitgift gegeben werden. Daher wurde eine Urkunde errichtet, in welcher der Soldat anerkannte, eine bestimmte Summe als *parakatatheke* erhalten zu haben[261]. Diese *parakatatheke* diente zugleich als Witwenversorgung für den Fall des Todes des Ehemannes. Simuliertes Geschäft bildet hier die Verwahrung, dissimuliert ist eine Mitgiftbestellung[262].

Der Papyrus zeigt auch die praktischen Mittel, mit denen einem Scheingeschäft begegnet werden konnte: Die Nichterteilung einer Klage[263].

2) Plin. ep. 5,1: Die gesellschaftliche Mißbilligung des Handelns zum Scheine

Ein anschauliches Beispiel für die gesellschaftliche Mißbilligung des Handels zum Scheine liefert Plinius ep. 5,1[264].

Plinius wurde von Pomponia Galla, der Erblasserin, testamentarisch neben weiteren Miterben zum Erben eingesetzt. Ihren eigenen Sohne Asudus Curianus hatte die Erblasserin enterbt. Curianus bat Plinius ihm freiwillig seinen Platz als Erben einzuräumen, damit er bessere

---

260 So dürfte der Schlußsatz am ehesten zu verstehen sein. Doch ist diese Frage für die hier erörterte Thematik nicht relevant.

261 Zur *parakatatheke* als Verschleierungsgeschäft s. Simon (1965) 58.

262 Vgl. Simon (1965) 59.

263 Für unsere Zwecke kann dahingestellt bleiben, inwieweit mit dem klassischen Formularprozeß auch in den Provinzen zu rechnen ist.

264 Vgl. hierzu Partsch (1921) 253 ff.; Sherwin-White (1966) 312 ff.; Tellegen (1982) 86 f.

Erfolgsaussichten für einen Prozeß vor dem Zentumviralgericht gegen die übrigen Miterben besäße. Er versprach Plinius mündlich, diesem seinen Erbteil nach seinem Obsiegen zurückzugeben[265]. Plinius antwortete folgendermaßen:

"Respondebam non convenire moribus meis aliud palam, aliud agere secreto; praeterea non esse satis honestum donare et locupleti et orbo; in summa non profuturum ei si donassem, profuturum si cessissem, esse autem me paratum cedere si inique exheredatum mihi liqueret".

Plinius lehnte das Angebot des Curianus ab, weil es seinem Charakter widerspräche, sich in der Gesellschaft und im Privatbereich verschieden zu verhalten. Er fände es nicht ehrbar (*non esse satis honestum*), durch solche Schleichwege einem reichen und kinderlosen Manne etwas zu schenken.

Nach der Ansicht von Partsch[266] sind die Argumente, die Plinius gehindert haben sollen, auf das simuliertes Anerkenntnis einzugehen, genau formuliert. Der einfache Gedanke, daß eine Scheinerklärung nichtig sein würde, liegt ihm fern. Dies sei für die Umgehung der augusteischen Gesetze aufschlußreich. Es habe als unmoralisch gegolten, die *incapacitas* dadurch zu umgehen, daß der eingesetzte Erbe dem vermögenden Kinderlosen ein Anerkenntnis im Hinblick auf die von diesem zu erhebende *querela inofficiosi testamenti* abgab und dadurch ein Ergebniss herbeiführte, das bei testamentarischer Bedenkung des Kinderlosen die *lex Papia* ausgeschloß.

Tellegen hingegen ist der Meinung[267], daß dieser Fall keine Umgehung der *lex Papia* im Sinne von Partsch darstellt.

---

265 Vgl. Plin. ep. 5,1: ... *Curianus orabat, ut sibi donarem portionem meam seque praeiudicio iuvarem; eandem tacita conventione salvam mihi pollicebatur".*

266 Partsch (1921) 254.

267 Tellegen (1982) 86.

Zuerst sei Curianus eine *persona excepta*. Trotz seiner Kinderlosigkeit war er wahrscheinlich im Verhältnis zu seiner Mutter vollkommen erbfähig. Außerdem sei es nicht vorstellbar, daß Curianus kein Recht zu dem Grundstück nach der *lex Papia* hat. In dieser Situation wäre die Enterbung von Curianus durch seine Mutter und seine Argumente nicht nachvollziehbar. Plinius sage niemals, daß diese Einwendungen unbeachtlich seien. Der Brief des jüngeren Plinius sei nur unter dem Gesichtspunkt interessant, daß er die gesellschaftliche Mißbilligung des Handelns zum Schein im ersten Jahrhundert nach Christus zeige.

§ 3. Das Scheingeschäft in Kaiserkonstitutionen diokletianischer Zeit.

Aus diokletianischer Zeit sind viele Reskripte erhalten, die sich mit den Problemen des Scheingeschäfts auseinandersetzen. Sie sprechen zumeist die Nichtigkeit des Scheingeschäftes aus[268].

I. Verkehrsgeschäfte

1) C. 2.4.21 (Diocl., Max.; a. 293)

Cum ea, quae transactionis causa dari aut retineri convenit, velut emptorem eum quem accipere placuerat obtinere praescribitur, his quae simulate geruntur pro infectis habitis frustra ficti pretii postulatur numeratio.

Die Konstitution aus dem Jahre 293 findet sich im Codextitel *De transactionibus.*

Das Reskript betrifft die Abfassung einer Urkunde mit anderem Inhalt als das wirklich geschlossene Geschäft. Jemandem sollte aufgrund eines Vergleiches ein Gegenstand gegeben werden oder er sollte diesen Gegenstand behalten können. In einer Urkunde wurde der Empfänger aber als Käufer der Sache ausgewiesen, also eine Kaufvertragsurkunde abgefaßt. Der scheinbare Verkäufer verlangte den Kaufpreis. Das Reskript erklärt, daß aus dem nur vorgespiegelten Kaufvertrag der Kaufpreis nicht eingeklagt werden könne.

---

268 Kaser, RP I 243; Honsell/Mayer-Maly/Selb (1987) 121; Kunkel (1949) 107.

Hier wird zwischen dem nach außen gesetzten Schein (*his quae simulate geruntur*) und dem tatsächlich vorgenommenen Geschäft deutlich unterschieden.

2) C. 4.22.2 (Diocl., Max.; a. 294)

Acta simulata, velut non ipse, sed eius uxor comparaverit, veritatis substantiam mutare non possunt. quaestio itaque facti per praesidem examinabitur provinciae.

Die Konstitution gehört in dem Titel *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur.*

In dem dem Reskript zugrundeliegenden Fall scheinen die Parteirollen beim Kauf auf der Käuferseite fraglich gewesen zu sein. Ein Verkäufer dürfte von einem Ehemann Zahlung des Kaufpreises mit dem Argument verlangt haben, daß nicht seine in einem protokollierten Geschäft (*acta*[269]), wohl einer Urkunde, als Käuferin ausgewiesene Ehefrau, sondern er selbst den Kaufvertrag geschlossen habe. Der Kaiser klärt nur die Rechtsfrage, indem er den Grundsatz aufstellt, daß vorgetäuschte Handlungen die tatsächlich vorgenommenen Geschäfte nicht beeinflussen. Für die Frage der Richtigkeit der vorgebrachten Behauptung verweist er an den Provinzstatthalter als Tatsacheninstanz.

Hier betrifft die Simulation also die Vortäuschung einer anderen Vertragspartei als der tatsächlichen. Begrifflich werden *acta simulata* und *veritatis subtantia* gegenüber gestellt[270].

Partsch und Betti verstehen die Stelle als Hinweis auf die Prinzipien des Verkaufs bei der Rechtsmängelgewährleistung[271]. Nach Pugliese hingegen betrifft die Stelle das Auseinanderfallen von Urkunde und tatsächlichem Geschäft.

---

269 Zur Bedeutung von *acta* s. Heumann/Seckel, Handlexikon 9 s.v.

270 Zur Bedeutung von *veritas* im Sinne von "wirkliche Beschaffenheit" s. Heumann/Seckel, Handlexikon 619 s.v.

271 Vgl. die Wiedergabe bei Pugliese (1938) 184.

Der Erwerber war in der über das Geschäft ausgestellten Urkunde als Käufer ausgewiesen (vgl. *velut emptorem ... obtinere praescribitur*). Das Objekt der Simulation bildet ein *factum*, das vom Beweisdokument bezeugt wird. Dieser Interpretation ist zuzustimmen.

3) C. 4.22.3 (Diocl.; Max.; a. 294)

Emptione pignoris causa facta non quod scriptum, sed quod gestum est inspicitur.

Der Stelle, die aus demselben Titel wie die vorangehende stammt, könnte ein Pfandverkauf (*emptione pignoris causa facta*) zugrunde liegen[272]. Hier könnte z.B. der Veräußerer einen niedrigeren Preis in der Kaufurkunde angegeben haben, als der Käufer wirklich zahlen sollte. Benachteiligt würde so der Schuldner[273]. Eine komplizierte Interpretation gibt der Stelle Cujas[274]. Nach seiner Ansicht soll es sich bei der *emptio pignoris causa* um einen Rangkauf zwischen mehreren Pfandgläubigern handeln. Die Simulation liege darin, daß es sich bei einem Rangkauf nicht um den Kauf des Pfandobjektes im eigentlichen Sinne handle. Deshalb müsse auf das tatsächlich Bezweckte (*quod gestum est*) abgestellt werden.

Nach Pugliese[275] bezieht sich der Sachverhalt der Stelle weniger auf die gewollte Divergenz von Rechtsgeschäft und Urkunde als auf eine versehentliche Falschbezeichnung in dem Dokument.

---

272 Zur Befriedigung des Pfandgläubigers im Wege des Pfandverkaufs s. z.B. Kaser, RP I 470 f.

273 Accursius versteht in der Glossa ordinaria den Fall so, daß ein Pfandvertrag gewollt sei, stattdessen aber ein Kauf abgeschlossen worden sei, s. Glosse *emptione* zu C. 4.22.3.

274 S. Obs. lib. 16 cap. 26.

275 Pugliese (1938) 171-172.

Das Reskript stellt wieder den äußeren Schein, den die Urkunde manifestiert, und das tatsächlich Gewollte (*quod gestum est*) gegenüber.

4) C. 4.38.3 (Diocl., Max; a. ?)

Si donationis causa venditionis simulatus contractus est, emptio sui deficit substantia. sane si in possessionem rei sub specie venditionis causa donationis, ut te aleret, induxisti, sicut donatio perfecta facile rescindi non potest, ita legi, quam tuis rebus donans dixisti, parere convenit.

Die Konstitution findet sich im Codextitel *De contrahenda emptione*. Es wurde ein Kaufvertrag geschlossen, obgleich der Empfänger eine unentgeltliche Zuwendung erhalten sollte. Die Konstitution spricht zunächst aus, daß kein Kauf vorliege (*emptio sui deficit substantia*). Allerdings scheint die Schenkung mit einer Alimentationsverpflichtung zu Lasten des Beschenkten (*ut te aleret*) verbunden gewesen zu sein. Der Beschenkte hatte auch bereits den Besitz des Grundstücks von der Schenkerin[276] erhalten. Die Kaiser sehen die Schenkung als wirksam an. Darauf deutet die Formulierung *ita legi, quam tuis rebus donans dixisti, parere convenit*. Demnach ist die Alimentationsverpflichtung vom Beschenkten zu erfüllen. Dies wird zuvor mit dem Hinweis begründet, daß eine vollzogene Schenkung (*donatio perfecta*) nicht ohne weiteres rückgängig zu machen sei. Das dissimulierte Geschäft ist hiernach wirksam. Maßgeblich für diese Entscheidung dürfte der eigenhändige Vollzug der Schenkung durch die Schenkerin sein. Als Besitzgrund (*iusta causa traditionis*) kommt hier nicht der Kaufvertrag, sondern die (dissimulierte) Schenkung in Betracht[277].

---

276 Die Konstitution richtet sich an eine Frau namens Valeria Viacra.

277 S. auch Pugliese (1939) 135.

Nach Pugliese[278] ist mit der *venditio donationis causa* eine *venditio nummo uno* gemeint. Der Hinweis auf die fehlende *substantia* sei im Hinblick auf D. 18.1.72 pr. (Pap. 10 quaest.) verständlich. *Sine substantia* spielt daher auf den Preis an. Der zweite Teil der Stelle in seiner jetzigen Gestalt hat zum Inhalt, daß die *traditio* in Ausführung einer *venditio*, die realiter eine *donatio* darstellt, zur Eigentumsübertragung führt. Die Besonderheit liegt darin, daß die *traditio* von einer *lex* begleitet wird, die den Empfänger zur Leistung von Unterhalt verpflichtete. Die Stelle verneint die Auflösbarkeit der *donatio*, damit wird auch der *modus* erzwingbar. Eventuell sei aber der den *modus* betreffende Teil interpoliert.

5) C. 4.38.9 (Diocl., Max.; a. 294)

Empti fides ac venditi sine quantitate nulla est. placito autem pretio non numerato, sed solum tradita possessione istiusmodi contractus non habetur irritus, nec idcirco si qui comparavit minus recte possidet, quod soluta summa quam dari convenerat negatur. sed et donationis gratia praedii facta venditione si traditio sequatur, actione pretii nulla competente perficitur donatio.

Hiernach ist ein Kauf ohne Preisangabe (*sine quantitate*) unwirksam. Wird zwar ein Kaufpreis festgesetzt, aber nicht ausbezahlt, und erhält der Käufer den Besitz der Kaufsache, so ist der Vertrag gültig. Die fehlende Zahlung des Kaufpreises ändert nichts an der Besitzberechtigung des Käufers. Aber auch wenn der gesamte Verkauf nur schenkungshalber erfolgte, würde, wenn der Käufer den Besitz erhalten hat, die Schenkung wirksam sein. Eine Klage auf den Kaufpreis kommt in diesem Falle nicht in Betracht.

278 Pugliese (1938) 133-138.

6) C. 4.38.10 (Diocl., Max.; a. 294)

Si mater tua velut ex bonis patris praedium suum comparavit, cum rei propriae non consistat emptio et hanc simulatam proponas, huiusmodi placitum mutare substantiam veritatis et ei nocere non potuit.

Eine Mutter kaufte aus dem Nachlaß ihres Vaters ein Grundstück, das ihr in Wirklichkeit bereits gehörte. Vertragspartner dürften die Erben des Vaters gewesen sein. Ob die Mutter auch Miterbin war, geht aus der Stelle nicht hervor. Die Petentin, die Tochter der Käuferin, brachte vor, daß es sich nur um einen vorgetäuschten Kauf gehandelt habe. Die Kaiser entscheiden in Übereinstimmung mit dem klassischen Recht[279], daß der Kauf einer eigenen Sache unwirksam sei. Der nur vorgetäuschte Kauf könne an der tatsächlichen Rechtslage nichts ändern und damit auch der Mutter nicht schaden. Letzteres deutet darauf, daß der Tochter, die ihre Mutter beerbt haben dürfte, das Eigentum am Grundstück von dritter Seite streitig gemacht wurde. In diesem Fall kann sich der Simulant bzw. sein Erbe auf die Nichtigkeit berufen.

Begrifflich unterscheidet das Reskript wieder zwischen simuliertem Akt und der "wahren" Rechtslage (*substantia veritatis*).

Pugliese[280] ist der Auffassung, in dieser Stelle sei nicht das Geschäft selbst interpoliert, sondern lediglich die Angabe, das Grundstück stamme aus dem Vermögen des Ehemannes[281]. Diese Begriffsverwirrung könne nicht von Diokletian stammen[282]. Verdächtig macht die Stelle auch die Stellung von *et hanc simulatam proponas*. Diese Bemerkung müßte dem Hinweis auf die Unwirksamkeit des Kaufes einer eigenen

279 S. oben S. 10 f.
280 Pugliese (1938) 183-184.
281 Pugliese (1938) 183.
282 Pugliese (1938) 183.

Sache vorangehen. Da sie sich außer der Reihe befindet, ist sie als Zusatz eines späteren Kompilators anzusehen[283].

II. Schenkungen unter Ehegatten

In der diokletianischen Reskripten trifft man ebenfalls auf Ehegattenschenkungen.

1) C. 5.16.15 (Diocl., Max.; a. 291)

Si non verum contractum pater vester gessit, sed sub specie venditionis donationem possessionis in matrem vestram contulit, nec ex bonis quae in persona patris vestri permansisse videbantur, ob primipilum indemnitati fiscali satisfieri potuit, licet in eadem donandi voluntate perseverasse eum probari potest, ex eadem possessione ad supplendam pecuniam, quae ex bonis ab eo relictis colligi nequivit, conferendum est. Quod si liberalitatis tenorem mutata voluntate pater tuus interrupit, in hereditate eius dominium resedisse nulla dubitatio est.

Die Konstitution findet sich im Titel über die Ehegattenschenkungen, die Schenkungen der Eltern an die Kinder sowie über Genehmigungen.

Bei dem Reskript geht es um die Sicherheitsleistung an den Fiskus wegen des Amtes eines Primipilaren (Proviantmeister), das anscheinend der Vater der Petenten innehatte. Der vorhandene Nachlaß reicht hierfür nicht aus, so daß der Fiskus auf ein im Besitze der Ehefrau bzw. deren Erben befindliches Grundstück zugreifen will. Hierbei wird vorgebracht, daß der Erblasser dieses Grundstück seiner Frau nur scheinbar verkauft, in Wirklichkeit aber geschenkt habe. Nach dem Reskript kann der Fiskus auf dieses Grundstück zugreifen, auch wenn der Vater fortdauernde Schenkungsabsicht hatte. Letzteres dürfte dahingehen zu verstehen sein, daß die Mutter vor dem Vater starb, von ihren Kindern beerbt wurde und der

283 Pugliese (1938) 185.

Vater auch diesen gegenüber noch Schenkungsabsicht hatte. Insoweit besitzt die Konstitution auch einen Bezug zum letzten Bestandteil der Titelrubrik *de ratihabitione*. Die Fortdauer der Schenkungswillens gegenüber den Kindern, für die kein Schenkungsverbot galt, führt nicht zu einer Konvaleszenz der unwirksamen Ehegattenschenkung. Ändert der Vater seinen Willen und richtet sich dieser nicht mehr auf eine unentgeltliche Zuwendung, so sei zweifellos (*nulla dubitatio est*) das Grundstück in seinem Vermögen verblieben.

Die Stelle wendet also einmal die Regeln über die Ehegattenschenkung an[284]. An sich wäre von einer Konvaleszenz der Schenkung nach der *oratio Severi* auszugehen. Hierauf dürfte auch *licet - probari potest* anspielen. Ihre Nichtanwendung im Fall könnte darauf zurückzuführen sein, daß die Schenkung auch Drittinteressen, hier des Fiskus, beeinträchtigt hat. Wenn der Vater nicht einen "wahren" Vertrag abgeschlossen hat, sondern unter dem Schein eines Verkaufs schenkweise seine Besitzung auf die Mutter übertragen hat, ist der Zugriff auf "verkauften Sache" möglich, weil sie durch nichtige Ehegattenschenkung aus dem Mannesvermögen nicht ausscheiden konnten[285].

Als gegensätzliche Begriffe finden hier zur Beschreibung von Schein und Wirklichkeit die Ausdrücke *verum contractum* und *sub specie* Verwendung.

2) C. 5.16.20 (Diocl., Max.; a. 294)

Creditor debito soluto de pignore liberato nihil ad uxorem debitoris quondam transferre potuit. sed nec consensus eiusdem debitoris per eum qui creditor fuit accedens imaginariae factae venditioni ad dominium transferendum prodesse quicquam potuit, cum tam ea quae simulate aguntur,

284 S. hierzu auch Pugliese (1938) 141 mit Fn. 1.

285 Vgl. Wieacker (1939) 242 mit Fn. 111.

quam quae in uxorem a marito donationis causa tempore matrimonii procedunt, propter iuris civilis interdictum (cum proponas uxorem superstite marito rebus humanis exemptam) pro infectis habeantur.

Im Fall waren Gegenstände von einem Ehemann für eine Schuld dem Gläubiger verpfändet worden. Nach Bezahlung der Schuld sollte der Gläubiger die Pfandobjekte der Ehefrau des ehemaligen Schuldners aushändigen. Mit seiner Zustimmung schloß der Gläubiger mit der Ehefrau zum Schein einen Kaufvertrag, um ihr das Eigentum zu übertragen. Nach der Entscheidung der Kaiser ist dieses Geschäft aus zwei Gründen unwirksam, einmal weil es nur zum Schein vorgenommen wurde, zum anderen, weil im Verhältnis Ehefrau und Ehemann eine verbotene Ehegattenschenkung vorliege. Daran ändere auch nichts, daß die Ehefrau zwischenzeitlich verstorben sei.

Pugliese[286] weist darauf hin, daß nach der Meinung Longos und Bettis hier Objekt der Simulation ein simulierter Pfandverkauf an die Ehefrau bilde. Dieser verdecke die Rückgabe der Pfandsache vom Gläubiger an den Ehemann und die Schenkung vom Ehemann an die Ehefrau[287]. Vorzugswürdig sei aber die These von Partsch, wonach der Text ursprünglich von der *fiducia cum creditore contracta* gehandelt habe. Der Ausdruck *de pignore liberato* sei mit *remancipando, imaginariae venditioni* mit *mancipationi* zu ersetzen. Der fiduziarische Gläubiger könne nicht an die Ehefrau des Fiduzianten zurückmanzipieren, weil das Recht auf Rückerhalt lediglich dem Ehemann zustehe, nicht der Ehefrau. Der Zustimmung des Ehemannes zur *mancipatio* zwischen Gläubiger und Ehefrau komme keine Bedeutung zu, da dies eigentlich eine Schenkung unter Ehegatten bilde[288]. Der Hinweis auf die *simulatio* wurde von den Kompilatoren

286 Pugliese (1938) 195-198.
287 Pugliese (1938) 195.
288 Pugliese (1938) 196-197.

eingefügt. Allerdings glaubt Pugliese, daß, damit die Kompilatoren einen Anknüpfungspunkt für den Einschub der Simulation finden konnten, ursprünglich nicht wie von Partsch rekonstruiert *mancipationi*, sondern *imaginariae factae venditioni* stand. Da die *imaginaria venditio* als terminus technicus bei den Kompilatoren fortbestand, hatten diese Anlaß zu einem klarstellenden Einschub[289].

Auffällig an diesem Reskript ist die Unterscheidung zwischen simuliertem und dissimuliertem Geschäft. Ersteres sei wegen der nur scheinbaren Vornahme (*quae simulate aguntur*) unwirksam. Die in Wahrheit bezweckte Schenkung des Ehemanns an die Ehefrau (das verdeckte Geschäft), bei der der Gläubiger nur als Mittelsperson fungierte, verstößt gegen das Schenkungsverbot unter Ehegatten. Die Nichtigkeit wird beide Male auf ein *iuris civilis interdictum* gegründet. Dieser Verweis auf das strenge *ius civile* soll wohl die Möglichkeit einer späteren Konvaleszenz ausschließen, auf die der Hinweis, die Ehefrau als Empfängerin der Schenkung sei vorverstorben, hinweist. Wie in der vorangehenden Stelle wird aber die *oratio Severi* nicht ausdrücklich angesprochen.

289 Pugliese (1938) 197-198.

§ 4. Das Scheingeschäft in nachdiokletianischer und in justinianischen Zeit.

I. Die nachdiokletianische Zeit[290]

1) D. 41.6.6 (Hermog. 2 iur. epit.)

Donationis causa facta venditione non pro emptore, sed pro donato res usucapitur.

Hiernach erfolgt die Ersitzung bei einem schenkungshalber gemachten Kauf nicht mit dem Rechtsgrund "Kauf", sondern mit dem Rechtsgrund "Schenkung".

Das Fragment findet sich im Digestentitel über die Schenkung als rechtfertigenden Grund für die Ersitzung (D. 41.6: *pro donato*). Lenel ordnet es unter die Rubrik *de re uxoria* ein[291].

Nach der palingenetischen Einordnung Lenels steht die Stelle in Zusammenhang mit der Herausgabeklage der Ehefrau nach beendeter Ehe (*actio rei uxoriae*). Sie hätte demnach einen Verkauf unter Ehegatten als Ausgangspunkt. Dem dürfte nicht beizupflichten sein, zumal nach Lenel Hermogenian[292] im zweiten Buch seiner *iuris epitomae* auch über die *emptio venditio* handelt[293]. D. 41.6.1.2 (Paul. 54 ed.) stellt fest, daß es bei einer Schenkung unter Ehegatten keine

290 Zur Spätantike s. auch Dumont-Kisliakof (1970) 188-203.

291 S. Lenel, Palingenesie I 270 Nr. 46.

292 Zum Autor vgl. Liebs (1987) 36 ff.

293 S. Lenel, Palingenesie I 269.

usucapio gäbe. Dies gilt auch bei späterer Scheidung. Lediglich wenn der schenkende Ehegatte die Schenkung nach der Scheidung bestätige, könne der Empfänger ex tunc *pro donato* ersitzen[294]. Von dieser differenzierenden Behandlung ist in unserer Stelle, D. 41.1.6, keine Rede. Nachdem eine *venditio donationis causa* auch unter Nichteheleuten vorkommen kann und Hermogenian im selben Buch auch den Kauf behandelt, dürfte diese Stelle aus dem Kaufrecht, nicht aus dem Titel *de re uxoria* stammen.

Juristisch zeigt die Stelle[295], daß Hermogenian nicht auf den von den Parteien angegebenen Rechtsgrund, sondern auf den tatsächlich bezweckten abstellt. Nachdem der "Käufer" die Sache übergeben erhalten hat, kann er *pro donato* ersitzen, weil durch die *traditio* die Schenkung, wie auch C. 4.38.3 zeigt, konvalesziert. Die Nichtigkeit der *venditio* ergibt sich nur indirekt aus der Stelle. Sie dürfte wie in D. 18.1.36,38 auf das Fehlen einer Vereinbarung über den Kaufpreis zurückzuführen sein.

2) Fragm. Vat. 273 (Constantin; a. 315)

Dominus Constantinus et Caesares. Prisca legum aequitate praeclusa uaris ambagum uersutiis exquisita donatio, licet titulum emptionis uel debiti tenorem comprahendere uideatur, tamen claris testationibus probata debet in irritum deuocari, si quidem consultissima ratione uideatur esse prouisum matrimonio constante donationes inter uirum et uxorem altrinsecus agitatas nullam firmitatem habere. Nec sibi debent

---

294 D. 41.6.1.2 (Paul. 54 ed.): *Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. item si vir uxori res donaverit et divortium intercesserit, cessare usucapionem Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare: alias ait post divortium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intellegatur. possidere autem uxorem rem a viro donatam Iulianus putat.*

295 Auf sie weist Dumont-Kisliakoff (1970) 111 mit Fn. 6 hin.

mulieres blandiri, si tamquam uenditores uel debitores ad eludendas legum sanciones mariti earum se falso uideantur esse professi. Quare Vettium Rufinum clarissimum uirum praefectum urbi amicum nostrum, cuius notio est, adire non prohiberis, qui partium allegationibus examinatis petitioni tuae secundun iuris prouidebit iustitiam. Data XIIII kal. Nou. Mediolano Constantino et Licinio conss.

Das Reskript des Kaisers Konstantin und der beiden Caesaren betrifft wieder Scheinverträge im Zusammenhang mit Ehegattenschenkungen. Ein Ehemann wollte seiner Frau eine unentgeltliche Zuwendung machen und schloß mit ihr einen Kaufvertrag oder stellte einen fiktiven Schuldschein aus. Der Kaiser erklärt, daß, wenn die Schenkung bewiesen werden könne, das vorgetäuschte Geschäft unwirksam sei, da das Schenkungsverbot unter Ehegatten entgegenstehe.

Die Konstitution findet sich in den Fragmenta Vaticana[296] unter dem Titel *ad legem Cinciam de donationibus*[297]. Ihr Inhalt entspricht klassischem Recht. Der Kaiser betont, daß die zum Schein abgefaßten Geschäfte, wenn ihr Scheincharakter eindeutig bewiesen werden kann, ungültig seien. Zuständig für das Verfahren ist in dem entschiedenen Fall der Praefectus urbi. Diesem kam im nachklassischen Kognitionsverfahren wohl eine allgemeine Gerichtsbarkeit über die Einwohner von Rom zu[298].

Eine Randglosse aus dem fünften Jahrhundert, die zur Handschrift zeitgleich ist[299], resümiert dem Inhalt des Fragments mit *de donationibus sub emptionis titulo factis.*

---

296 Zu diesen s. Liebs (1987) 150 ff.

297 S. FIRA II 519.

298 S. Kaser, RZP 430.

299 Dies zeigen die übrigen Glossen, die auf einzelne Seiten der Handschrift verweisen, vgl. z.B. Mommsen, Fragm. Vat., 363,26.

II. Die justinianische Zeit[300]

Bei der Frage nach der Behandlung der Simulation in justinianischer Zeit läßt sich zwischen den Konstitutionen dieses Kaisers und Texteingriffen der Kompilatoren in die klassichen Rechtstexte unterscheiden.

1) Konstitutionen Justinians

a) C. 5.12.30.2 (Just.; a. 529)

Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta sive per decem sive per viginti annorum curricula seu per triginta vel quadraginta annorum metas sive ex alio quocumque tempore maiore vel minore introducta, ea mulieribus ex eo opponatur, ex quo possint actiones movere, id est opulentis quidem maritis constitutis post dissolutum matrimonium, minus autem idoneis ex quo hoc eis infortunium illatum esse claruerit, cum constante etiam matrimonio posse mulieres contra maritorum parum idoneorum bona hypothecas suas exercere iam nostra lege humanitatis intuitu definitum est: ficti divortii falsa simulatione in huiusmodi causa, quam nostra lex amplexa est, stirpitus eruenda.

Die Konstitution befindet sich im Titel über das Dotalrecht. Sie führt ein Vorzugsrecht der Ehefrau nach Eheauslösung für die Vindikation der *dos* gegenüber den Gläubigern des Ehemannes ein. In § 2 legt Justinian den Zeitpunkt für den Verjährungsbeginn dieser Vindikation fest. Dabei soll die Vindikation auch während der bestehenden Ehe möglich sein, wenn der Ehemann in Vermögensverfall gerät. Damit solle die Unsitte einer scheinbaren Scheidung ausgerottet werden.

300 S. dazu auch Pugliese (1938) 219-225; Dumont-Kisliakof (1970) 204-205.

Der letzte Regelung läßt einen Schluß auf Scheingeschäfte in der Praxis zu. War der Ehemann überschuldet, so scheint er, um wenigstens das Dotalvermögen vor dem Zugriff seiner Gläubiger zu retten, eine Scheidung vorgetäuscht zu haben. Die Ehefrau erhielt so das Eigentum an ihrer Mitgift zurück, die Gläubiger des Mannes konnten in diese nicht vollstrecken.

Die Simulation wird hier tautologisch ausgedrückt (*ficti divortii falsa simulatione*).

b) C. 4.35.23 (Just.; a. 531-532)

Die Konstitution beschäftigt sich mit dem Forderungsverkauf und nimmt auf ein früheres Gesetz des Kaisers Anastasius Bezug[301]. Dieses untersagte dem Zessionar einer Forderung mehr vom Schuldner zu fordern, als er dem Zedenten für die Forderung bezahlt hatte. In der Praxis versuchte man jedoch, diese Bestimmung zu umgehen, da der Zessionar das Bonitätsrisiko des Schuldners auf sich nahm. So wurde die Forderung nur zu einem Teil verkauft, zum anderen Teil geschenkt. Justinian ordnet an, daß solche Teilschenkungen in Zukunft untersagt sein sollen. Schenkungen von Forderungen sollten nur erlaubt sein, wenn der gesamte Forderungsbetrag zugewendet werde. Verkauft jemand entgegen diesem Verbot eine Forderung nur teilweise und schenkt er den Rest, so soll der geschenkte Teil unwirksam sein. Der Zessionar kann gegen den Schuldner die Forderung nur in Höhe des gezahlten Kaufpreises geltend machen. Gleiches soll gelten, wenn zwar insgesamt eine Forderungsschenkung vorgenommen wurde, der Zedent aber insgeheim eine unter dem Betrag der Forderung liegende Geldzahlung erhielt.

Anders als in den meisten Fällen der Simulation, in denen eine Schenkung das dissimulierte Geschäft bildet, dient hier

301 Zu ihr s. z.B. Dumont-Kisliakoff (1970) 23 mit Fn. 10 und 205 mit Fn. 4. 5.

die Schenkung zur Dissimulation eines Verkaufs. Das simulierte Geschäft ist bei Teilverkauf und Teilschenkung unwirksam, es gilt nur der Kaufteil. Hier dürfte für Justinian bei der Nichtigkeit wohl der Aspekt der Gesetzesumgehung im Vordergrund gestanden haben[302]. Im Fall einer vollständigen Schenkung dürfte der Gesichtspunkt der Simulation im Vordergrund stehen, da hier - wenn der Zedent heimlich eine Gegenleistung vom Zessionar erhielt - der äußere Tatbestand eines Rechtsgeschäfts vorgetäuscht wurde[303]. Ist der Kauf vollständig durch eine Schenkung dissimuliert, so ist diese nichtig und nur der Kauf - mit den Schranken des Gesetzes von Anastasius - wirksam.

c) Zur Herkunft der Rubrik von C. 4.22

Fraglich ist, ob die Rubrik zu C. 4.22 eine Neuschöpfung der justinianischen Kompilatoren darstellt oder ob diese sie aus dem von ihnen benutztem Material, d.h., den Codices Gregorianus, Hermogenianus und Theodosianus[304], schöpften. Der Codex Gregorianus besaß Rubriken, ebenso der Codex Hermogenianus[305]. Nachdem die in C. 4.22 aufgenommenen Konstitutionen nicht über die Zeit Diokletians hinausreichen, kommt eine Übernahme der Rubrik aus einem diesen beiden Werke durchaus in Betracht.

2) Textgestaltungen der justinianischen Kompilatoren

a) D. 19.2.46

Bei der Behandlung von D. 19.2.46 (Ulp. 69 ed.), dessen Text vollständig in D. 41.2.10.2 (Ulp. 69 ed.) überliefert ist, wurde festgestellt, daß die Kompilatoren die Stelle kürzten und mit einer Begründung versahen (... *quia et hoc donationis instar inducit*). Der nur symbolische Kaufpreis von einer

302 S. Pugliese (1939) 220.

303 Vgl. auch Pugliese (1939) 221, der außerdem auf C. 8.27.10 hinweist.

304 S. zu diesen Quellen Const. Haec. pr.

305 S. zu beiden z.B. Wenger (1953) 534-536; Liebs (1987) 30-52.

Münze genügt nicht für Annahme, die Parteien hätten eine *locatio-conductio* abschließen wollen. Vielmehr entspricht diese Vertragsgestaltung dem Erscheinungsbild einer Schenkung.

b) D. 18.1.36-38

Die Kompilatoren stellten in D. 18.1.36-38 mehrere Texte zur Frage des schenkungshalber fehlenden Kaufpreises zusammen[306]. Dabei wollten sie verdeutlichen, daß eine *emptio venditio* eine wirksame Kaufpreisfestsetzung erfordere. D. 18.1.36 wurde zu diesem Zweck von seinem ursprünglichen Kontext isoliert und zu einer Regel verallgemeinert.

c) C. 4.22 rubr.

In der justinianischen Kompilation findet sich die Simulation nur im Codex zu einem eigenen Titel verselbständigt (C. 4.22), nicht so in den Digesten. C. 4.22 bildet mit den drei vorangehenden Titeln (C. 4.19 - 21) eine Einheit. Diese drei Titel befassen sich mit dem Beweisrecht[307], mit C. 4.23 folgen Titel mit einzelnen Klagen. Auch die Rubrik von C. 4.22 (*plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*) bringt den Bezug zum Beweisrecht zum Ausdruck, indem ausdrücklich von *simulate concipitur* die Rede ist, d.h., von dem zum Schein Abgefaßten[308]. Die Kompilatoren sahen die Simulation vornehmlich als Beweisproblem, wie hiernach der systematische Ort von C. 4.22 - unabhängig davon, auf wen die Rubrik zurückzuführen ist - am Ende des Beweisrechts zeigt.

---

306 S. oben S. 10 f.

307 S. C. 4.19: *de probationibus*; C. 4.20: *de testibus*; C. 4.21: *de fide instrumentorum et amissione eorum et antapochis faciendis et de his quae sine scriptura fieri possunt.*

308 Zur Bedeutung von *concipere* im Sinne von "abfassen" s. Heumann/Seckel, Handlexikon s.v. 2).

ZWEITES KAPITEL: DIE BEHANDLUNG DER SIMULATION IM PREUSSISCHEN RECHT, IN DER PANDEKTISTIK UND IN DEN ARBEITEN ZUM BGB

§ 1. Das preußische Recht

I. Die Vorschriften über die Simulation

Im preußischen ALR fehlt eine allgemeine und einheitliche Bestimmung über die Simulation. Regelungen über die Simulation finden sich in verschiedenen Tatbeständen, wie z.B. die ausführlichen Bestimmungen im Kaufrecht, ALR I 11 §§ 70 - 73[1], im Darlehensrecht, ALR I 11 §§ 716 - 717[2] sowie im Bürgschaftsrecht, ALR I 14 § 210[3].

---

1 S. ALR I 11 § 70: Geschäfte, bey welchen ein Kaufpreis nur zum Schein festgesetzt worden, können nach den Regeln des Kaufs nicht beurtheilt werden.
I 11 § 71: Ob das wahre unter einem solchen Scheinkaufe verborgene Geschäft gültig sey oder nicht, ist nach den eigenthümlichen Regeln dieses Geschäftes zu beurtheilen.
I 11 § 72: Ist blos die Summe des Kaufpreises in dem Instrumente höher oder niedriger, als die Parteyen denselben verabredet haben, zum Scheine bestimmt worden, so entsteht daraus an und für sich noch keine Ungültigkeit des Vertrages.
I 11 § 73: Vielmehr muß alsdann der Preis unter den Contrahenden nach der wahren auf eine an sich rechtsgültige Weise getroffenen Verabredung bestimmt werden.

2 ALR I 11 § 716: Sind auf einen Schuldschein oder Wechsel Waaren gegeben, und die Valuta baar verschrieben worden, so ist der Schuldner daraus, als aus einem Darlehnsgeschäfte, nicht verhaftet.

Außerdem erging am 20. 02. 1802 ein Publikandum, dessen § 47 eine kriminalrechtliche Verfolgung des Simulanten bei Kreditbetrug normierte[4]. Der § 47 des Publikandums wurde ALR I 14 § 210 als Anhang beigefügt[5].

Die Vorschriften im Kaufrecht betreffen den Scheinkauf, bei dem überhaupt kein Kaufpreis gezahlt werden sollte, sowie den Fall, daß ein niedrigerer als der vereinbarte Kaufpreis angegeben wurde. Das Gesetz differenziert hiernach in den Rechtsfolgen. Ist der Kaufpreis insgesamt simuliert, so findet nicht das Kaufrecht Anwendung (§ 70), sondern es gelten die Vorschriften für das verdeckte Geschäft (§ 71). Wurde hingegen lediglich der Kaufpreis zu niedrig angegeben, so bleibt der Kauf wirksam (§ 72), der Käufer schuldet jedoch anstelle des simulierten Preises den tatsächlich vereinbarten (§ 73).

Im Darlehensrecht normiert ALR I 11 § 715, daß bei Darlehen nicht Waren anstelle von Bargeld ausbezahlt werden sollen. Die §§ 716, 717 sanktionieren Geschäfte, die dieses Verbot zu umgehen suchen, indem zwar Waren als Darlehen gegeben wurden, der darüber ausgestellte Schuldschein oder Wechsel aber auf Bargeld lautet. Ein solches Geschäft ist nach

---

I 11 § 717: Vielmehr ist der ganze Vertrag nichtig, und der Empfänger der Waare nur verbunden, die Waare selbst, in so fern sie noch vorhanden ist, zurückzugeben; oder wenn die Waare nicht mehr vorhanden wäre, den Werth, welchen sie zur Zeit der Uebergabe gehabt hat, zu ersetzen.

3 ALR I 14 § 210: Noch mehr haftet derjenige, der mit einem Andern, in der Absicht, ihm Credit zu verschaffen, verstellte Verträge schließt, oder andere simulirte Handlungen vornimmt.

4 S. dazu Bielitz (1825) 438.

5 Anhang zu ALR I 14 § 210. § 47: Wer durch Errichtung simulirter Kauf, Tausch, Pacht, Mieths, Erbzins oder anderer Verträge einem Grundstücke den Schein eines höheren Werths beilegt, soll als ein Betrüger von Amtswegen zur Untersuchung gezogen, und nach dem Grade der dabei zum Grunde liegenden, mehr oder minder gefährlichen Absicht, auch nach dem Verhältnisse des daher entstandenen größeren oder geringeren Gewinns oder Schadens mit den im Criminalrechte bestimmten Strafen belegt werden.

§ 717 nichtig. Der Empfänger ist nur zur Rückgabe der erhaltenen Gegenstände bzw. bei deren Untergang zum Wertersatz verpflichtet.

ALR I 14 § 210 steht im Abschnitt über Bürgschaften (ALR I 14 §§ 178 ff.) innerhalb des Unterabschnitts über "stillschweigende Bürgschaften" (§§ 206-218). Dieser Unterabschnitt behandelt Fälle, in denen kein Bürgschaftsvertrag geschlossen wurde, jedoch eine Person aufgrund ihres Verhaltens wie ein Bürge haften muß (so der Kreditauftrag in § 215). § 210 regelt den Fall des "Kreditbetruges". Wer mit jemandem einen simulierten Vertrag schließt, um seinen Vertragspartner bei Dritten als kreditwürdig darzustellen, haftet diesen Dritten wie ein Bürge. Diesem zivilrechtlichen Drittschutz wurde mit § 47 des Publikandum vom 20.02.1802 eine strafrechtliche Sanktion speziell für den Kreditbetrug zur Seite gestellt[6].

II. Gründe für eine Simulation

Als Grund für Preissimulationen beim Kauf kam vor allem die Ersparnis von kaufpreisabhängigen Gebühren in Betracht. Dies betraf die Laudemien (Lehngelder)[7], Stempel und andere Kaufkosten[8].

Beim Darlehen war insbesondere an persönliche Darlehens-beschränkungen zu denken. So durften Offiziere nur mit Erlaubnis ihrer Vorgesetzten Darlehen aufnehmen[9].

---

6 S. dazu bereits oben S. 83.

7 S. ALR I 18 §§ 714 ff. Die Laudemien fallen vornehmlich bei Veräußerung des lehnspflichtigen Grundstücks an und betragen gem. ALR I 18 §§ 720, 727, 728 zwei Prozent des Kaufpreises oder des gemeinen Wertes.

8 Bielitz (1824) 423-424.

9 ALR I 11 § 678: Wer mit einem in wirklichen Kriegsdiensten stehenden Officier Darlehensverträge schliessen will, muß sich dazu die Einwilligung des Chefs oder Commandeurs beybringen lassen.

Auch für Studenten gab es Beschränkungen für die Darlehensauf-nahme[10].

Vor Inkrafttreten des ALR gab es Fälle, in denen Eltern oder andere Verwandte einem Dienstpflichtigen nur zum Schein ein Grundstück verkauften, weil der Besitz eines Grundstücks die Befreiung vom Militärdienst bewirkte. Nachdem die Verpflichtung zum Militärdienst allgemein geworden war und daher auch die Grundstückseigentümer traf, konnte ein solcher Fall nicht mehr vorkommen. Dennoch erging am 28. Juni 1801 eine Kabinettsorder. Sie setzte fest, daß in einem solchen Fall auf den angeblichen Scheinkauf keine Rücksicht zu nehmen sei und darüber kein Prozeß geführt werden durfte. Der in dem Kauf genannte Käufer müsse, ungeachtet eines Widerspruchs des Verkäufers, in den Besitz des Grundstücks gesetzt werden[11].

III. Die Behandlung der Simulation

1) Begriffliche Erfassung

In seiner Landrechtsvorlesung aus dem Jahre 1824[12] begnügt sich v. Savigny bei der Simulation mit dem kurzen

---

ALR I 11 § 684: Ermangelt die Einwilligung des Chefs oder Commandeurs, und der Schuldner ist ein Subalternofficier; so ist der Darlehensvertrag null und nichtig; der Gläubiger hat niemals die geringste Wiederbezahlung zu hoffen; und das wirklich Gegebene fällt, zur Strafe, der Invalidenkasse unwiderruflich anheim.

10 ALR II 12 § 108: Hat jemand einem Studirenden Geld oder Geldeswert zu unnützen Ausgaben, oder gar zur Ueppigkeit und Schwelgerey geliehen, oder sonst creditirt: so soll er, außer dem Verluste der Schuld, auch noch ALR II 12 § 109: Hat der Schuldner ein solches Darlehn ganz oder zum Theil bezahlt: so ist der Fiskus, außer der Strafe, auch das Gezahlte von dem Gläubiger beyzutreiben berechtigt.

11 Bielitz (1824) 421-422.

12 S. jetzt die Edition von Wollschläger/Ishibe/Noda/Strauch (1994).

Hinweis, daß diese jedenfalls weitestgehend wie im römischen Recht wirke[13]. Daher dürfte er auch auf eine nähere Schilderung ihrer Voraussetzungen verzichtet haben. Die Kommentarliteratur zum ALR aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts sieht solche Erklärungen als simuliert an, durch die ein von dem wirklich beabsichtigten und abgeschlossenen Geschäft verschiedenes nach außen vorgegeben wird. Der Begriff der Simulation umfaßt aber auch die Handlung eines einzelnen, durch die er bewußt etwas anderes ausdrückt als er denkt[14]. Diese Definition setzt das gegenseitige Einverständnis der Parteien begrifflich nicht voraus, so daß auch die einseitige Simulation unter den Begriff der Simulation fällt.

Als Beispiele für eine einseitige Simulation dienen Vorschriften aus dem vierten Titel des ALR, der von Willenserklärungen handelt, nach heutiger Terminologie wären dies eine Scherzerklärung oder eine arglistige Täuschung[15]. Der Geschäftspartner des Erklärenden war bei einseitiger Simulation nicht an seine eigene Erklärung gebunden (I 4 §§ 84, 85 ALR). Rechtsfolge einer solchen einseitigen Simulation ist für den Erklärenden eine Schadenersatzpflicht. Auffällig ist

---

13 S. v. Savigny (1994) 170-171. Während zwei der Nachschriften Savigny so wiedergeben, als würde dieser die Simulation nach preußischem Recht gänzlich mit der nach Römischem Recht gleichstellen, weicht die dritte Nachschrift hiervon ab. Hiernach soll die Simualtion "nicht ganz wie nach Römischem Recht" wirken. Obgleich zwei Texte übereinstimmen, dürfte wohl der dritten Fassung ein größerer Anspruch auf Authentizität zukommen, denn sie enthält eine differenziertere Lösung, die wohl kaum dem Verfasser der Nachschrift selbst zugeschrieben werden kann.

14 Bornemann (1834) 340-341; Koch (1845) 224-225.

15 ALR I 4 § 56: Hat jemand einen Andern durch ungebührlichen Scherz zu Anstalten und Handlungen, die diesem lästig sind, wissentlich verleitet, so muß er ihn deshalb schadlos halten.
ALR I 4 § 84: In keinem Falle aber kann derjenige, welcher einen Irrthum wissentlich und vorsetzlich veranlaßt hat, daraus ein Recht erwerben.
ALR I 4 § 85: Vielmehr ist jede durch Betrug veranlaßte Willenserklärung für den Betrogenen unverbindlich.

auch, daß der Gesetzgeber strafrechtliche und zivilrechtliche Terminologie nicht trennt, wenn er in ALR I 4 § 85 von einem "Betrug" spricht.

Unter dem Einfluß der Pandektistik wandelte sich aber der Begriff des Scheingeschäfts. Dernburg[16] setzte das gegenseitige Einverständnis der Parteien voraus, indem er die Simulation als dasjenige Geschäft beschreibt, das einverständlich von den Parteien lediglich zu dem Zweck geschlossen werde, damit es Dritten als gewollt erscheine[17].

ALR I 14 § 210 wurde auch auf den Fall eines in betrügerischer Absicht ausgestellten Schuldscheines, der dem angeblichen Gläubiger als Kreditgrundlage dienen sollte, angewandt[18].

Die Parteien, die einen solchen simulierten Kauf schließen, hatten gegeneinander keinen Anspruch auf Schadenersatz, sie waren nur zur Rückgewähr des jeweils Erlangten verpflichtet[19].

2) Rechtsfolgen der Simulation

Das simulierte Geschäft ist mangels Willens null und nichtig[20].

Allgemeine Vorschriften hinsichtlich der Gültigkeit des hinter dem simulierten Geschäft verborgenen wahren Geschäfts finden sich im Kaufrecht in ALR I 11 §§ 1170-

16 (1894) 219.

17 Zur Simulation in der Pandektistik s. unten S. 74.

18 S. den bei Könne (1886) 157 mitgeteilten Leitsatz der Entscheidung des 3. Senats des preußischen Obertribunals vom 6.11.1844.

19 ALR I 5 §§ 362, 363.

20 Koch (1845) 225; Bornemann (1834) 340; Fürster, bearb. von Eccius (1896) 165.

73[21]. Maßgeblich ist, ob dieses Geschäft erlaubt ist und in der verbindlichen Form abgeschlossen wurde.

Man unterschied zwischen Teilsimulation und Vollsimulation. Hatten die Parteien einen wesentlichen Bestandteil, z. B. bei einem Kauf den Preis, unrichtig angegeben, wurde dies gleichbehandelt mit dem Geschäft, das insgesamt simuliert war, um ein anderes Geschäft zu verbergen (ALR I 11 §§ 72-74). War lediglich eine Nebenabrede des Geschäfts simuliert, blieb das Geschäft gültig, nur die simulierte Nebenabrede fiel weg. Die wirklich vereinbarten Nebenbestimmungen galten dann, wenn sie zulässig und in die jeweiligen Formvorschriften eingehalten worden waren. Andernfalls blieben sie als mündliche Nebenabreden unbeachtlich und es galten die gesetzlichen Bestimmungen[22].

Die Beweislast trug bei einem Kaufgeschäfte derjenige, der die Simulation behauptet hatte, jedoch konnte er jederzeit den Antrag auf Zulassung zum Parteieid stellen[23].

Die Simulation wurde von frühen Kommentatoren des ALR auch unter strafrechtlichen Gesichtspunkten erörtert. Simulierten die Parteien einen Kauf zu dem Zweck, dem Käufer durch den scheinbaren Besitz einer wertvollen Sache Kredit zu verschaffen, zog der Scheinkauf für beide Teile die in den ALR II 20 §§ 1259 bis 1264 bestimmte Strafe des Betrugs nach sich. Die Untersuchung war von Amts wegen zu eröffnen[24]. Für die Lehngelder normiert ALR I 18 § 725 als Strafe den doppelten Betrag des nach der verschwiegenen Summe zu berechnenden Lehngeldes[25].

---

21 Koch (1845) 225; Bornemann (1834) 340-341; Fürster, bearb. von Eccius (1896) 165.

22 Zu allem s. Koch (1845) 225.

23 Bielitz (1824) 421.

24 Bielitz (1824) 421; ALR I 14 §§ 210, 211 mit Anhang (s. oben. S. 83).

25 ALR I 18 § 725: Ist der Kaufpreis, zur Verkürzung des Laudemii, durch eine Simulation in dem Kaufinstrumente zu niedrig angegeben worden:

3) Schutz Dritter

Die Kommentarliteratur ging davon aus, daß das vorrangige Ziel der Simulation die Schädigung eines Dritten sei. Deswegen mußten die simulierenden Parteien die betroffenen Personen vollständig entschädigen[26].

Geschädigter Dritter konnte auch der Fiskus sein, wenn ihm kaufpreisbezogene Abgaben entgingen.

Gegenüber Dritten konnten sich die Simulanten auf die Nichtigkeit des simulierten Geschäfts berufen. Am Ende des 19. Jahrhunderts war es jedoch nicht mehr möglich, die zum Schein veräußerte Sache von solchen Dritten zurückzufordern, die dieselbe von dem Scheinerwerber durch ein "lästiges" Rechtsgeschäft in gutem Glauben erworben hatten[27].

Auch Dritte konnten die Nichtigkeit des Geschäftes geltend machen[28]. Hierher gehörte vor allem der Fall, daß ein Schuldner die ihm gehörigen Gegenstände in der Absicht zum Schein veräußerte, sie dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen. Der benachteiligte Gläubiger hatte neben dem Recht der Anfechtung solcher Rechtshandlungen seines Schuldners - der sog. actio Pauliana - die Möglichkeit eine besondere Anfechtungsklage nach preußischem Recht wegen der Scheingeschäfte des Schuldners zu erheben[29]. Daneben

---

so muß selbiges von der verschwiegenen Summe doppelt entrichtet werden; vgl. auch ALR II 20 § 1260, wonach die Geldstrafe bei Betrug, sofern nichts anderes festgesetzt ist, sich auf den doppelten Betrag des gesuchten Gewinnes belaufen soll; vgl. hierzu Bielitz (1824) 423-424.

26 Bornemann (1834) 341.

27 Dernburg (1894) 220.

28 Fürster, bearb. von Eccius (1896) 167.

29 Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 103 ff.; Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855 §§ 7 ff.

gab es Rechtsbehelfe, die dem Gläubiger den Vollstreckungszugriff eröffneten[30].

IV. Die Simulationsvorschriften des ALR in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 15, 293 vom 17. April 1886)

Für die Entscheidung des RG vom 17. April 1886 (RGZ 15, 293) war preußisches Recht anzuwenden; sie betraf die Frage der Gültigkeit eines dissimulierten Geschäfts. Ihr lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Dem Kläger wurden ein gerichtlich beurkundetes Darlehen und eine Pfandverschreibung vom 18. März 1884 über 6 000 Mark von seinem Vater ausgestellt und ihm, nachdem auf Antrag des Vaters die Hypothek eingetragen worden war, zusammen mit dem Hypothekenbrief ausgehändigt.

Der Vater hatte jedoch kein Darlehen von seinem Sohn empfangen, sondern die Überschreibung in der Absicht ausgestellt, ihm dadurch eine Abfindung von 6 000 Mark aus dem elterlichen Vermögen zu sichern.

Die verbriefte Darlehensobligation war daher simuliert, um ein Schenkungsversprechen zu verschleiern.

Die Berufungsrichter des OLG Hamm hielten das verdeckte Geschäft (Schenkung) für ungültig, weil nach ALR I 11 § 1063[31] Schenkungsverträge gerichtlich abgeschlossen werden sollen, und der Schenkungsvertrag als solcher aus der gerichtlichen Urkunde ersichtlich sein müsse.

Der V. Zivilsenat des Reichsgerichts vertrat dagegen die Auffassung, der Sinn dieser Vorschrift sei es, einer Übereilung vorzubeugen, welche bei der Abgabe formloser oder außergerichtlicher Versprechen leichter möglich sei, als bei

---

30 S. dazu Dernburg (1894) 220 mit Fn. 14; nahezu identisch auch im Pandektenlehrbuch Dernburgs I (1911) 175 mit Fn. 4.

31 ALR I 11 § 1063 I: Schenkungsverträge sollen gerichtlich abgeschlossen werden.

solchen, welche an die gerichtliche Beurkundung gebunden seien.

Die Absicht des Gesetzes Übereilungen vorzubeugen, würde schon dadurch erreicht, daß das Gesetz die gerichtliche Form für das Eingehen von Verpflichtungen vorschreibe, welche (offen oder verschleiert) ein Schenkungsversprechen enthielten. Sie wäre auch nicht in höherem Grade dadurch zu erreichen, daß zugleich die Offenlegung der Schenkungsabsicht verlangt würde. Eine hierauf abzielende Vorschrift würde vielmehr über den Willen des Gesetzgebers hinausgehen.

Der Formvorschrift des § 1063 ALR sei auch dann Genüge getan, wenn das in Wirklichkeit beabsichtigte Schenkungsversprechen in einen Darlehensvertrag eingekleidet und hierbei die gerichtliche Form beachtet worden sei. Das Verbergen eines Schenkungsversprechens hinter der Form eines anderen Vertrages erscheine nicht als unerlaubt, könne vielmehr ein Mittel zu durchaus gerechtfertigten Zwecken bilden.

Daß das französische Recht hiermit nicht übereinstimmt[32], sah der Senat zum Verständnis der maßgebenden Bestimmungen des Allgemeinen Landrechtes nicht entscheidend an.

---

32 Vgl. RGZ 8, 307; s. unten S. 107.

§ 2. Das Pandektenrecht

I. Der Begriff der Simulation

Die Pandektisten behandeln das Scheingeschäft im Rahmen der Lehre von der Willenserklärung[33]. Unter Simulation ist eine gemeinschaftliche Willenserklärung mehrerer Personen zu verstehen, die sich darüber einig sind, ihren Erklärungen eine andere als die vorgegebene Bedeutung zu geben. Bei der Simulation handelt es sich um einen absichtlichen Widerspruch zwischen Willen und Erklärung[34].

Bereits v. Savigny[35] sucht die möglichen Sachverhalte in drei verschiedenen Fallgruppen zu erfassen:

1) Die Willenserklärungen der Parteien stellen äußerlich ein Rechtsgeschäft dar, obwohl diese in Wirklichkeit keines abschließen wollen[36].

2) Die Parteien wollen ein anderes Rechtsgeschäft als dem Wortlaute ihrer Erklärungen nach[37].

---

33 S. Coing II (1989) 452.

34 Vgl. v. Savigny III (1840) 261-262; Windscheid/Kipp III (1909) 380; Dernburg I (1911) 175; Kohler I (1878) 91 ff., II (1878) 325 ff.; Sonntag (1899) 15.

35 III (1840) 262; Sonntag (1899) 15 f. übernahm diese Unterscheidung

36 Mit Hinweis auf D. 44.7.54; D. 18.1.55; C. 5.3.1; C. 5.16.20; C. 5.17.3.

37 Mit dem Hinweis auf D. 18.1.36; D. 18.1.38; D. 19.2.46; D. 24.1.55; D. 24.1.7.6; C. 4.38.3.

3) Die Parteien erklären andere Personen zu Trägern des Rechtsgeschäfts, als diejenigen, die es nach ihrem wirklichen Willen sein sollen[38].

II. Die Wirkungen der Simulation

1) Das simulierte Geschäft

a) Wirkungen der Simulation unter den Parteien

In der Pandektistik besteht Einigkeit darüber, daß das simulierte Geschäft ungültig ist[39]. Nach dem allgemeinen Grundsatz C. 4.22 rubr. (*Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*) gilt die zum Schein getätigte Äußerung nicht, sondern die wahre Absicht[40]. Anstelle der aus den Worten hervorgehenden scheinbaren Willenserklärung der Parteien ist die wahre Meinung der Parteien zu ermitteln.

Aus simulierten Geschäften können die Parteien daher keine Rechtsfolgen ableiten. Jeder, der ein rechtliches Interesse daran hat, kann die Simulation aufdecken und sich auf die Nichtigkeit des Geschäftes berufen. Da das simulierte Geschäft im allgemeinen nichtig ist, kann auch der Simulant die Simulation geltend machen. Dies illustrieren zwei Entscheidungen[41]:

In seiner Entscheidung vom 7. Juli 1884, die eine Simulation nach gemeinem Recht zum Gegenstand hat[42], stellt das Reichsgericht auf die Motivation der Parteien für die

---

38 Mit Hinweis auf C. 4.22.2; C. 4.22.4; C. 4.50.5; C. 4.50.6.

39 Glück IV (1796) 182 f.; Regelsberger I (1893) 516; Dernburg I (1911) 175.

40 Glück IV (1796) 183; Savigny III (1840) 262; Sonntag (1899) 19; vgl. auch die oben Fn. 34 genannten Autoren.

41 Auf sie weist Sonntag (1899) 43, 44 hin.

42 Auszugsweise abgedruckt in Seuff. Arch., 40 (1901) Nr. 6.

Herabsetzung des Kaufpreises ab. Seien beide Parteien der Meinung, der Kaufpreis sei überteuert und die wechselseitige Herabsetzung um 20.000 Mark stelle nur eine Reduzierung auf das angemessene Maß dar und der erhöhte Preis nütze lediglich dem Fiskus, so liege keine Simulation vor, denn der Erlaß sei ernstlich beabsichtigt gewesen. Sei jedoch allein eine Einsparung bei der Veräußerungsabgabe leitendes Motiv gewesen, während der Kaufpreis jeweils als sachgerecht angesehen wurde, so liege eine Simulation hinsichtlich des Kaufpreises vor[43].

In einem anderen Fall[44] erklärte ein Miterbe notariell die Ausschlagung seiner väterlichen Erbschaft zu Gunsten seiner übrigen Geschwister. Danach behauptete er, die Ausschlagung sei in Absprache mit seinen Geschwistern nur zum Schein erfolgt. Die erste Instanz hatte die Klage abgewiesen. Die zweite Instanz dagegen entschied, daß sich der Kläger seinen Geschwistern gegenüber auf die Simulation berufen könne, da nach herrschender Meinung bei vertragsmäßigen wie auch bei einseitigen Willenserklärungen dem Erklärenden gegenüber dem Erklärungsempfänger der Beweis der Simulation mit der Rechtsfolge der Wirkungslosigkeit der Erklärung offenstehe, wenn die Simulation mit dessen Einverständnis erfolgt war.

b) Wirkungen der Simulation gegenüber Dritten

aa) Die Geltendmachung der Simulation durch Dritte

Als typischen und häufig vorkommenden Fall für simulierte Rechtsgeschäfte sahen die Pandektisten die Scheinveräußerung zwecks Gläubigerbenachteiligung. Die

---

43 Der in Seuff. Arch. 40 (1901) Nr. 6 abgedruckte Auszug enthält nicht den Tenor der Entscheidung. Da das Reichsgericht aber darauf hinweist, die Vorinstanz (OLG Hamburg) habe nicht die in Frage kommenden Gesichtspunkte gewürdigt, liegt eine Aufhebung und Zurückverweisung nahe.

44 Seuff., Arch. n. F. 12 [42] (1887) Nr. 280.

Gläubiger des Scheinveräußerers können die Pfändung oder Versteigerung der zum Scheine veräußerten Sache durchführen, wenn sie die Simulation beweisen können[45].

Dabei unterschieden sie zwei Fälle[46]:

1) Die zum Schein veräußerte Sache bleibt auch nach der Veräußerung im Besitz des Schuldners.

2) Der Scheinkäufer erhielt den Besitz an der zum Schein veräußerten Sache.

Im ersten Fall können die Gläubiger unmittelbar auf die Sache Anspruch nehmen, insbesondere pfänden, ohne das Geschäft anzufechten. Sie können die ihnen gegen den Schuldner zustehenden Rechte so verfolgen, als ob das simulierte Geschäft nicht abgeschlossen worden wäre. Nimmt der Scheinerwerber die Sache seinerseits in Anspruch, so kann der Gläubiger gegen ihn den Einwand der Simulation erheben[47].

Im zweiten Fall muß der Gläubiger durch eine Feststellungsklage die Simulation geltend machen (§ 256 ZPO)[48].

bb) Geltendmachung der Simulation gegenüber Dritten

Der Simulant kann sich auf die Simulation denjenigen gegenüber berufen, die die Simulation kannten, trotzdem aber Rechte aus dem simulierten Geschäft ableiten[49].

---

45 Dernburg I (1911) 175; Glück IV (1796) 185, Sonntag (1899) 36.
46 Sonntag (1899) 38; Dernburg I (1911) 175 Fn. 4.
47 RGZ 27, 205.
48 RGZ 4, 252.
49 Dernburg I (1911) 175; Sonntag (1899) 45.

Als Beispiel dient ein Fall aus der Rechtssprechung des obersten Gerichtshofes für Bayern. Bei einem Kauf wurde der Preis simulierterweise höher angegeben, als er in Wirklichkeit gezahlt werden sollte, da der Makler, der das Geschäft vermittelt hatte und die Simulation kannte, seine Maklergebühr dem simulierten Preis entsprechend berechnen wollte. Die oberstgerichtliche Entscheidung stützte sich auf den Rechtssatz von C. 4.22 rubr. (*plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*) und entschied, daß das ernstlich Vereinbarte den Ausschlag geben müsse. Da ein Scheingeschäft nichtig sei, binde es weder die Parteien noch wirke es gegenüber Dritten[50].

c) Wirkung des simulierten Rechtsgeschäfts gegenüber gutgläubigen Dritten

Dritte, die im Vertrauen auf die Ernsthaftigkeit des simulierten Geschäfts mit dem Scheinvertragspartner in Verhandlung treten, dürfen durch den späteren Nachweis der Scheinnatur des Geschäftes keinen Nachteil erleiden. Hat der Scheinkäufer die zum Schein gekaufte Sache seinerseits wiederum an einen nunmehr gutgläubigen Erwerber weiter veräußert, so wird dieser Eigentümer und der Scheinverkäufer kann ihm gegenüber nicht vindizieren.

Diese von Dernburg[51] vertretene Auffassung läßt sich zwar nicht unmittelbar durch die Quellen belegen, fand aber die Zustimmung namhafter Schriftsteller[52]. Die Gerechtigkeit erfordere, daß ein Scheingeschäft, das unter den Parteien nur zum Schein gelte, sobald es dem Publikum kundgegeben wurde, dem gutgläubigen Dritterwerber gegenüber als wahr

---

50 Seuff. Arch. 31 (1901) Nr. 201.

51 Vgl. Dernburg I (1911) 175.

52 S. Kohler I (1878) 128 mit weiteren Literaturangaben; Regelsberger (1893) 517, 518; Bechmann II (1905) 305.

und echt gelten müsse[53]. Kohler verweist zur Untermauerung dieses allgemeinen Rechtsgedankens auf drei Beispiele:

1) Wo das Grundbuchsystem eingeführt sei, gelte nur das, was in der Grundbucheintragung zum Ausdruck gelange[54].

2) Ähnlich verhalte es sich mit der Zession. Derjenige, der urkundlich erklärt habe, daß er eine Forderung an einen Dritten zediere, müsse gegen sich gelten lassen, daß der gutgläubige Schuldner an den mit der Urkunde versehenen Scheinzessionar zahle, auch wenn zwischen Zedenten und Zessionar vereinbart sei, daß die Zession nur zum Schein erfolgt sei[55].

3) Das Eherecht verlangt zur Rechtswirksamkeit des Ehevertrages eine öffentliche, zur Kenntnisnahme von Dritten bestimmte Form.

Aus den römischen Quellen stünden weder die allgemeinen Grundsätze von C. 4.22 rubr.[56] und C. 4.22.1 noch andere Einzelfälle[57] entgegen. Widersprechen könnte aber C. 4.50.5, wo die den Gegenstand des Scheingeschäfts bildende Sache bereits von der *uxor* auf die *filia* übertragen worden ist, ohne daß die Schenkung das Eigentum des Mannes nachteilig betroffen hätte. Kohler erwägt zunächst eine Ausnahme für die Schenkung. Hierfür gäbe es Entsprechungen. Jedoch dürfte nach seiner Ansicht die Vindikation des Ehemanns darin begründet sein, daß eine Kollusion zwischen der Ehefrau und der ihr nahe stehenden Tochter zu vermuten sei, so daß die

---

53 S. zum folgenden Kohler I (1878) 128-129.

54 Kohler I (1878) 129 beruft sich auf eine Entscheidung des Oberappellationsgerichts Berlin vom 16. Juni 1871.

55 So Kohler I (1878) 129 unter Hinweis auf eine Entscheidung des Bundesoberhandelsgerichts Leipzig vom 30.12.1870.

56 S. oben S. 82.

57 D. 18.1.55; D. 44.7.54; C. 4.22.1.2; C. 5.16.20; C. 4.50.4, 6.2; C. 2.4.21.

Tochter keine gutgläubige Erwerberin gewesen sei[58]. Als Erklärung käme auch in Betracht, daß, selbst wenn auf Grund eines vom Ehemann abgeschlossenen Kaufs eine ernstliche Tradition und Übereignung an die Frau erfolgt wäre, diese Tradition wegen des Schenkungsverbotes unter Ehegatten ungültig gewesen wäre. Daher konnte die Tochter im Fall der Simulation in keiner günstigeren Situation sein, als sie es im Fall des ernstlichen Geschäfts gewesen wäre[59].

Schließlich meint Kohler, daß sich viele Beispiele finden ließen, in denen die *rei vindicatio* der *fides* unterworfen war[60]. In vielen Fällen hätten die römischen Juristen eine gegen Treu und Glauben verstoßende Ausnutzung des umstrittenen Eigentumsrechts nicht gestattet.

Kohler[61] empfahl, dem gutgläubigen Erwerber eine *exceptio doli* zu gewähren, wenn der Vindizierende durch einen das Publikum täuschenden Akt, insbesondere mittels einer Urkunde, die zur Kenntnis Dritter gelangen sollte oder konnte, sich den Anschein der Veräußerung der Sache gegeben und dadurch die Erwartung des sicheren Erwerbs hervor-gerufen habe.

Für das BGB schlug er folgenden Rechssatz vor: "Ist über einen Rechtsakt eine Urkunde aufgenommen worden, welche der Simulation keine Erwähnung tut, so kann der Einwand der Simulation weder demjenigen entgegengehalten werden, welcher auf Grund dieser Urkunde in gutem Glauben Rechte erworben hat, noch seinen Rechtsnachfolgern"[62].

---

58 So Kohler I (1878) 131.

59 So Kohler I (1878) 131.

60 D. 39.5.25; D. 23.3.7.3; Kohler I (1878) 133.

61 Kohler I (1878) 134.

62 Zu den Tendenzen hinsichtlich eines allgemeinen Drittschutzes in den Beratungen zum BGB s. unten S. 114 f.

2) Das dissimulierte Geschäft

Grundsätzlich wird das dissimulierte Geschäft in der Pandektistik als gültig angesehen, wenn es den gesetzlichen Voraussetzungen von Geschäften seiner Art entspricht[63]. Ebenso galten, wenn beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts in simulierender Weise andere Namen als die der eigentlichen Kontrahenten genannt werden, nicht die genannten, sondern die gemeinten als Kontrahenten[64].

Als Hauptbeispiel dient die Schenkung, die durch einen Kauf verdeckt wird. Hier kommen verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht:

- Der wahre Wille der Parteien richtet sich auf die Schenkung. Sie simulieren einen Verkauf aber dadurch, daß entweder der Kauf *nummo uno* stattfindet oder der Kaufpreis überhaupt nicht eingefordert wird[65].

- Die Parteien schließen einen wirklichen Kaufvertrag, bei dem der gezahlte Kaufpreis deutlich geringer ausfällt und nicht dem wahren Wert der Kaufsache entspricht, weil der wahre Wille der Parteien auf eine Schenkung gerichtet ist[66].

- Die Parteien wollen durch den Kauf eine Schenkung verdecken, es soll nur die Differenz des wahren gegenüber dem vereinbarten Preise geschenkt sein.

Als allgemeine Regel für den Scheinkauf gilt D. 44.7.54[67]. Simulierte Kaufverträge haben keine rechtliche Verbindlichkeit, wenn kein guter Glaube vorliegt.

---

63 Dernburg I (1911) 176; Glück IV (1796) 184.

64 Glück IV (1796) 184.

65 Glück XVI (1814) 70.

66 Glück XVI (1814) 70.

67 D. 44.7.54: *Contractus imaginarii etiam in emptionibus iuris vinculum non optinent, cum fides facti simulatur non intercedente veritate.*

Die Pandektistik unterscheidet bei der dissimulierten Schenkung auch hinsichtlich der beteiligten Personen, je nachdem, ob die simulierte Schenkung *inter ceteros* (im allgemeinen) oder *inter virum et uxorem* zur Umgehung des Schenkungsverbotes erfolgt.

Im ersten Fall ist nach dem Pandektenrecht nur der schenkungshalber vorgenommene Kauf ungültig, weil ein wahrer Verkauf gar nicht stattgefunden hat. Für diese Rechtsfolge werden verschiedene Stellen herangezogen. Wenn ein Kauf mit Schenkungsabsicht vorgenommen wurde, wird die übergebene Sache nicht als Kaufgegenstand, sondern als Geschenk erworben. Ist die Sache nicht durch *traditio* übergeben worden, liegt auch keine Schenkung vor[68].

Bei der Schenkung *inter virum et uxorem* verhält es sich anders:[69] Wenn die Ehegatten einen Scheinkauf vornehmen, um das im Pandektenrecht fortgeltende Schenkungsverbot zwischen Ehegatten zu umgehen, ist wegen des Verbotes die Schenkung ungültig und auch dann kein Eigentum übergegangen, wenn eine Tradition erfolgte[70].

Der Ehegatte, der mit Hilfe eines Scheinverkaufs etwas schenkt, bleibt Eigentümer der Sache, er kann also das Geschenk, wenn die Sache noch vorhanden ist, mittels der *rei vindicatio* gegenüber dem beschenkten Ehegatten vindizieren. Ist die Sache nicht mehr vorhanden, so kann er den Beschenkten oder dessen Erben mit der *condictio sine causa* belangen, soweit dieselben bereichert sind[71].

Auch die anderen Rechtsgeschäfte, mit denen sich Ehegatten etwas zukommen lassen, werden in der Pandektistik berücksichtigt. Dies betrifft die *res aestimatae in dotem datae*

---

68 S. Sonntag (1899) 29 mit Hinweis auf C. 4.38.3; C. 4.38.8; C. 4.38.9.

69 S. dazu Schlei (1993) 86.

70 Es wird auf D. 24.1.55; D. 24.1.7.6; D. 18.1.38 verwiesen; Windscheid/Kipp III (1906) 47; Sonntag (1899) 30.

71 Sonntag (1899) 32; Erlanger (1892) 7 ff.

mit einer *donationis causa* zu hoch oder zu niedrig angesetzten *aestimatio*[72] oder die schenkweise Ermäßigung des Mietzinses[73].

III. Die Abgrenzung der Simulation von ähnlichen Geschäften

Die Pandektisten grenzen die Simulation von äußerlich ähnlichen, aber rechtlich ganz verschiedenen Erscheinungen ab.

1) Das simulierte und das fiduziarische Geschäft

Bei fiduziarischen Geschäften gehen die rechtlichen Wirkungen über deseseinen Zweck hinaus, z.B. Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung, Zession einer Forderung zum Zweck der Beitreibung. Der Fiduziar hat nach außen hin die Stellung des Eigentümers der Sache oder des Gläubigers der Forderung und besitzt die volle Legitimation zur Geltendmachung dieser Rechte. Nach innen bleibt aber der Fiduziar bloßer Bevollmächtigter des Fiduzianten, d.h., die Sache bzw. die Forderung ist für ihn im Verhältnis zum Fiduzianten eine fremde. Gerät er in Konkurs, so kann der Fiduziant das fiduziarisch weggegebene Aktivum aus der Konkursmasse vindizieren[74].

Das fiduziarische Geschäft ist nicht simuliert, eine Täuschung ist nicht beabsichtigt. Die Parteien wollen die Rechtswirkung, obwohl diese sich mit dem zu verwirklichenden praktischen Zweck nicht deckt. Sie greifen zu diesem Mittel entweder deswegen, weil eine dem Zweck unmittelbar angepaßte Rechtsform fehlt (so bei der Pfandfiduzia im römischen Recht), oder weil mit der

---

72 S. oben S. 57.

73 S. oben S. 59.

74 Dernburg I (1911) 176; Sonntag (1899) 52-53; Regelsberger I (1893) 518.

unmittelbar passenden Rechtsform Unzuträglichkeiten verbunden sind (so bei der Besitzhingabe beim Faustpfand, der Unbeliebtheit des Prokuraindossaments)[75].

2) Das simulierte Geschäft und die Gesetzesumgehung

Mit der Problematik von Gesetzesumgehung und simuliertem Geschäft setzte sich v. Savigny auseinander[76]. Er behandelte das Problem im Zusammenhang mit der Auslegung von Gesetzen für den Fall des *agere in fraudem legis*. Bei diesem Verstoß gegen den Zweck eines Gesetzes, wobei dessen Buchstaben gewahrt bleiben, stellt v. Savigny zunächst eine nicht näher belegte herrschende Meinung dar, nach der z.B. ein in die Form eines Kaufvertrages gekleidetes wucherisches Zinsversprechen dadurch vom Wucherverbot erfaßt werden soll, daß das Wuchergesetz in erweiternder Auslegung auch auf solche Fälle angewandt werde. Savigny hebt demgegenüber hervor, daß hier nicht das Gesetz, sondern die (rechtsgeschäftliche) Handlung auszulegen sei. Nach den Regeln der Simulation sei der Kaufvertrag dem wirklichen Willen der Parteien entsprechend als wucherischer Zinsvertrag zu behandeln, auf den dann das Wucherverbot direkt anwendbar sei. Eine Gesetzesauslegung bei *agere in fraudem legis* kommt daher erst dann in Betracht, wenn auf der Ebene der rechtsgeschäftlichen Auslegung durch Anwendung der Simulationsvorschriften die unmittelbare Anwendung des Gesetzes nicht erreicht werden kann.

Thöl hat wenige Jahre später die Gesetzesumgehung als ein Problem der Gesetzesauslegung behandelt[77]; die Umgehung eines Rechtssatzes kann auf zwei verschiedene Arten erfolgen: Entweder durch falsche Auslegung des Rechtssatzes oder durch Verheimlichung oder Entstellung des Tatbestandes. Bei

75 Regelsberger I (1893) 519.
76 Savigny I (1840) 324 ff.
77 (1851) 159.

ersterem werde versucht, durch wörtliche Auslegung des Rechtssatzes seinen Inhalt zu verzerren. Diese Buchstabenjurisprudenz sei demnach ein Fall des *agere in fraudem legis*. Letzteres sei eine Simulation, denn dem wirklichen Tatbestand wird der Schein eines anderen Tatbestandes gegeben, um so die Anwendung der für das verdeckte Rechtsgeschäft bestehenden Regelungen auszuschließen. Hierin sei keine eigentliche Umgehung zu sehen. Es handele sich vielmehr um untaugliche Versuche der Parteien, dem Gesetz zu entgehen. Rechtsgeschäfte, die nicht mit Hilfe der Auslegung in den Anwendungsbereich der Norm eingeordnet werden können, sind daher unbeschränkt zulässig. Die Umgehung habe dogmatisch keine eigene Bedeutung.

Umgehungsgeschäfte als Scheingeschäfte zu behandeln, lehnte Bähr[78] jedoch später ab. Er schlug stattdessen "eine Art ausdehnender Anwendung von Verbotsgesetzen auf solche Handlungen" vor, "die zwar direkt dem Verbote nicht widerstreiten, die aber zu dessen Umgehung dienen". Damit war keine extensive Auslegung beabsichtigt, sondern die Ausformung eines selbständigen Rechtsinstituts der "Gesetzesumgehung", mit dessen Hilfe die beschriebenen Rechtsgeschäfte für nichtig erklärt werden sollten. In seinem Gegenentwurf zum BGB ergänzt er[79] § 112 und § 134 BGB, die die Nichtigkeit von Geschäften angeordnen, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen um folgenden Paragraphen:

"Einem verbotenen Rechtsgeschäft ist auch ein solches Geschäft gleich zu achten, das in anderer Rechtsform den nähmlichen Zweck erreichen will, dem das gesetzliche Verbot des erstgedachten Geschäfts entgegentritt (Geschäft zur Umgehung des Gesetzes)".

---

78 Bähr (1883) 52 ff.

79 Bähr (1892) § 113 28.

Auch Pfaff[80] geht von einem selbständigen Rechtsinstitut der Gesetzesumgehung aus, deren Merkmal die rechtswidrige Absicht der Umgehung und deren Ziel die Erreichung eines von der Rechtsordnung verbotenen wirtschaftlichen Erfolges sei[81].

Der Unterschied zwischen den Meinungen von Bähr und Pfaff liegt darin, daß Bähr die Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes erreichen will, während Pfaff den Umgehungsbegriff benutzt, um die besonderen Rechtsfolgen des betroffenen Gesetzes auf die Umgehungstatbestände auszudehnen.

Regelsberger[82] sieht ebenfalls in der Gesetzesumgehung ein selbständiges Rechtsinstitut. Die Parteien schließen anstelle des unzulässigen Vertrages einen Vertrag ab, der auf anderem juristischen Wege möglichst zum selben praktischen Erfolg führt, wie der vom Gesetz mißbilligte. So geben in D. 14.6.7.3 Gläubiger und Haussohn in dem Bewußtsein gegen die *sententia* des *senatusconsultum Macedonianum* zu verstoßen, ihren Darlehensvertrag als einen Kaufvertrag aus. Die Parteien wollen das Rechtsgeschäft und seine Rechtswirkungen, sie erzielen mit dem Rechtsgeschäft einen vom Gesetz bekämpften praktischen Erfolg. Dabei spielt es keine Rolle, ob sie sich des Gesetzesbruchs bewußt sind; die Rechtsfolgen sind die gleichen wie die desjenigen Rechtsgeschäfts, das durch die Umgehung ersetzt werden sollte: Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, Versagung eines anderen Rechtserwerbs, Strafe usw.

3) Das simulierte Geschäft und Mentalreservation

Bei der Mentalreservation erklärt eine Partei etwas, das sie nicht will. Der Erklärende glaubt bei der Abgabe der

---

80 (1892) 1 ff.

81 Pfaff (1892) 82, 86.

82 Regelsberger I (1893) 519.

Erklärung, sich durch einen bloßen Willensakt das Recht erhalten zu können, das, was jetzt als gewollt vorgegeben wird, zu einem beliebigen späteren Zeitpunkt nicht zu erklären gewollt zu haben. Er verschweigt aber dabei seinem Kontrahenten diesen Vorbehalt, um in ihm den Glauben zu erwecken, daß die Erklärung vorbehaltlos abgegeben worden sei[83].

In der Pandektenliteratur besteht Einigkeit darüber, daß die Mentalreservation keine rechtliche Wirkung in irgendeiner Art und Weise hervorzubringen vermag, nur das Erklärte ist gültig[84]. Als Grund für die Unwirksamkeit werden verschiedene Gesichtspunkte angeführt. V. Savigny[85] spricht der Mentalreservation die Wirksamkeit deswegen ab, weil sie gegen guten Sitten verstoße und infolgedessen wegen der *exceptio doli* unbeachtlich sein müsse. Für Kohler[86] entbehrt die Mentalreservation deshalb der rechtlichen Wirkung, weil der angebliche Widerspruch nur in den innern Seelenakten gefunden werden könne, die für den rechtlichen Tatbestand keine Relevanz haben könnten. Nach der Auffassung von Windscheid/Kipp[87] ist die Mentalreservation deswegen unwirksam, weil das Recht nicht zugestehen könne, daß sich jemand auf seine Lüge berufe.

Die Mentalreservation unterscheidet sich von der Simulation dadurch, daß das erklärte Einverständnis beider Parteien fehlt. Die Simulation enthält keine Diskrepanz zwischen Willensaktion und Willensevolution[88].

---

83 Windscheid/Kipp III (1906) 379.

84 Windscheid/Kipp III (1906) 379; Kohler I (1878) 95; Regelsberger I (1893) 516; Sonntag (1899) 3 ff.

85 III (1840) 258.

86 I (1878) 95.

87 III (1906) 379 Fn. 1c.

88 Kohler I (1878) 98.

IV. Die Behandlung der Simulation in den Entscheidungen des Reichsgerichts vor Erlaß des BGB

Das Problem der Simulation beschäftigte das Reichsgericht nur in wenigen Fällen. Diese betreffen zudem jeweils verschiedene Rechtskreise. Nachdem RGZ 15, 293 (vom 17.04.1886) bereits beim preußischen Recht behandelt wurde, seien hier weitere Entscheidungen nach französischem und gemeinem Recht dargestellt und erörtert[89]..

1) RGZ 8, 307 (19. Januar 1883)

Für diese Entscheidung war französisches Recht in der Form, wie es im Rheinland galt, anzuwenden. Ihr lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger hatte zugegeben, daß er dem Beklagten kein Darlehen gewährt, sondern ihm eine Schenkung gemacht habe und somit der Schuldschein vom 6. Juni 1876 den wahren Sachverhalt nicht enthielte. Das Berufungsgericht (OLG Karlsruhe) hielt daran fest, daß mit der Urkunde eine Schenkung in einen Darlehensvertrag gekleidet worden sei, weil die Höhe der in den 10 285, 71 Mark angeblich novierten Gegenleistung gar nicht tatsächlich begründet gewesen sei. Das Berufungsgericht schloß sich hierbei der in Frankreich herrschenden Rechtsprechung an, wonach auch die in ein anderes, wenngleich gar nicht gewolltes, Rechtsgeschäft gekleidete Schenkung gültig sein soll.

Der II. Civilsenat des Reichsgerichts folgte dieser Meinung mit folgender Begründung nicht: Für die Schenkung seien die

---

89 Zu zwei anderen Entscheidung s. bereits oben S. 93.

Vorschriften in LRS[90] Art. 894[91] und insbesondere die Formvorschrift LRS Art. 931[92] zu beachten. Die Forderung aus einem anderen Rechtsgeschäft, in welches die Schenkung gekleidet sei, bestehe nicht, weil dieses gar nicht gewollt sei. Würde man dieses Geschäft als Schenkung aufrechterhalten und vom Mangel der Form absehen, so würde man dem Gesetzgeber den inneren Widerspruch unterstellen, daß er auf der einen Seite aus triftigen Gründen strenge Vorschriften betreffs der Schenkung festsetze, auf der anderen aber gestatte, diese Vorschriften dadurch zu umgehen, daß das nur als Schenkung gewollte Geschäft in ein anderes nicht gewolltes eingekleidet werde, man ihm also in der Tat lediglich einen anderen Name gebe.

Auch die allgemeinen Grundsätze über Simulation und Dissimulation führten zu keinem anderen Ergebnis. Die Beantwortung der Frage, ob anstelle des nicht gewollten das andere wirklich gewollte Rechtsgeschäft zustande gekommen sei, hänge davon ab, ob die abgegebene Erklärung als konkreter Ausdruck des vorhandenen Willens angesehen werden könne. Hier sei aber die in einer Privaturkunde enthaltene Zusage, ein Darlehen zurückzubezahlen, keine dem Gesetze entsprechende Erklärung des Willens, diese Summe zu schenken.

Wenn auch aus mehreren römischen Quellen (D. 18.1.36; D. 18.1.38; D. 41.6.6; D. 24.1.7.6) hergeleitet werde, daß ein simulierter Kauf, sofern er nicht unter Ehegatten

---

90 Gesetzbuch Napoleons oder das in den königlichen Preußischen Rhein-Provinzen geltende Bürgerliche Recht, benutzt wurde die Ausgabe Crefeld 1834.

91 Die Schenkung unter Lebenden ist eine Handlung, wodurch sich der Geschenkgeber in dem Augenblicke, wo er verfügt, und unwiderruflich der geschenkten Sache begibt, zu Gunsten des Geschenknehmers, der sie annimmt.

92 Alle Acte, welche eine Schenkung unter Lebenden enthalten, geschehen in der gewöhnlichen Form der Verträge oder Contracte vor Notairen. Bei letztern bleibt die Urschrift, unter Strafe der Nichtigkeit.

abgeschlossen werde, als Schenkung gelten könne, so sei nicht zu übersehen, daß, bevor das formlose Schenkungsversprechen für klagbar erklärt worden war (C. 8.54.35.5; Inst.2.7.2), erst die Tradition der zum Scheine verkauften Sache die beabsichtigte Schenkung vollständig machte (D. 41.6.6; C. 4.38.3; C. 4.38.9).

Der Kläger könne sich demnach weder auf ein Darlehen noch auf eine Schenkung stützen. Da er zugestanden habe, daß der Schuldschein den wahren Sachverhalt nicht bekunde, verliere dieser für das Darlehen jede Beweiskraft. Eine Schenkung beweise er aber auch nicht, weil diese in der Urkunde nicht erwähnt sei und eine reine Schenkung nicht durch eine Privaturkunde bewiesen würde (LRS Art. 931).

2) RGZ 27, 308 (7. Oktober 1890)

Auch in diesem Urteil entschied der II. Civilsenat des Reichsgerichts nach französischem Recht. Eine in Wahrheit gewollte reine Schenkung könne nicht dadurch von den für Schenkungsakte geltenden Formvorschriften befreit und somit rechtsgültig werden, indem sie in ein anderes, in Wirklichkeit nicht gewolltes, lediglich zur Verdeckung der Schenkung bestimmtes belastendes Rechtsgeschäft gekleidet werde. Die wirklich gewollte Schenkung setze zu ihrer Gültigkeit die Beachtung der in LRS Art. 931-932 vorgeschriebenen Formalien voraus; sowohl die Absicht, schenken zu wollen, als auch die Annahme der Schenkung müßten in einer öffentlichen Urkunde ausdrücklich erklärt werden.

3) RGZ 22, 191 (2. Oktober 1888)

In seinem Urteil vom 2. Oktober 1888 hat der III. Civilsenat des Reichsgericht die Frage bejaht, ob eine in einem Kaufvertrag verschleierte Schenkung gültig ist, wenn der Vertrag gerichtlich verlautbart wurde. Für die Entscheidung

war das römische Recht anzuwenden. Ihr lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Erblasser hatte sein Haus mit Garten an seinen Bruder für die Summe von 36.200 Mark verkauft. Nach seinem Tod wurde er von seinem Bruder und den Kindern verstorbener Geschwister, darunter den jetzigen Klägern, zu je 1/4 beerbt. Die Kläger behaupteten, daß die Parteien des Kaufvertrages (der Erblasser und sein Bruder) von Anfang an nicht den Abschluß eines Kaufvertrages, sondern die Vornahme einer Schenkung beabsichtigt hätten, weshalb auch die unter Ziff. 1 der Kaufbedingungen enthaltene Erklärung "daß die Bezahlung des Kaufschillings bereits geschehen sei" der Wahrheit nicht entspreche. Die Kläger verlangen, daß die fragliche Schenkung für rechtsunwirksam erklärt und ihnen ein Drittel des Mehrbetrages entsprechend des wahren Wertes des geschenkten Hauses ausbezahlt werde. Der Beklagte gab zwar zu, daß in Wirklichkeit kein Kaufvertrag, sondern eine Schenkung zustande gekommen sei, behauptete aber, daß die für große Schenkungen gemeinrechtlich vorgeschriebene Form der gerichtlichen Insinuation gewahrt sei.

In erster Instanz wies das Landgericht Gießen die Klage ab.

Das Berufungsgericht (Oberlandesgericht Darmstadt) sah die Erklärung der großen Schenkung zu gerichtlichem Protokoll nicht als unumgängliches Erfordernis zur Gültigkeit des Geschäftes an. Auch der Umstand, daß eine verschleierte Schenkung vorliege, mache das Geschäft nicht ungültig; in einem solchen Falle werde nach den allgemeinen Grundsätzen über simulierte Geschäfte und aufgrund der ausdrücklichen Vorschrift des C. 8.54.25 das wirklich gewollte Geschäft aufrecht erhalten. Keineswegs müsse in dem zur Insinuation gekommenen Akte der Schenkungswille der Parteien dem Richter vorgetragen werden bzw. aus der gerichtlichen Urkunde die Schenkung ohne weiteres ersichtlich sein. Es genüge, wenn die in Wirklichkeit beabsichtigte Schenkung in

einen Vertrag anderer Art gekleidet und hierbei die gerichtliche Form beachtet worden sei.

Den II. Civilsenat des Reichsgerichts wies die Revision der Kläger aus folgenden Gründen zurück:

Nach dem Partikularrecht des Großherzogtums Hessen konnte vor Erlaß des Gesetzes vom 4. August 1871 ein Schenkungsvertrag über unbewegliche Sachen, deren Wert die Summe von 4666 2/3 Mark überstieg, sowohl durch Erklärung der Schenkung bzw. Übergabe der Schenkungsurkunde bei Gericht und Aufnahme eines gerichtlichen Protokolles über diesen Akt als auch durch Protokollierung der Schenkung vor dem zuständigen Ortsgericht rechtsgültig zustandekommen, wenn das vorgeschriebene Verfahren über die gerichtliche Ausfertigung und Bestätigung der Schenkungsurkunde nachgeholt wurde. Dies habe das Reichsgericht schon in RGZ 18, 182 ausgesprochen. Derselbe Grundsatz gelte auch für das neuere Gesetz, welches die Gültigkeit von Immobiliarveräußerungsverträgen an deren Anzeige und Protokollierung bei den Ortsgerichten knüpfe. In einem solchen Falle sei zwar nach den allgemeinen Grundsätzen über die Simulation das Scheingeschäft ungültig, es gelte aber die von den Beteiligten ernstlich beabsichtigte Schenkung, es sei denn, ihr stehe ein gesetzliches Verbot entgegen oder bei einer großen Schenkung sei die hierfür vorgeschriebene Form nicht gewahrt. Solle nicht der Schenkungswille, sondern der Vertragswille der Kontrahenten durch die gerichtliche Verlautbarung festgestellt werden, so reiche für die Wirksamkeit des wirklich beabsichtigen Geschäftes aus, daß das Geschäft, das die verschleierte Schenkung enthielte, vor Gericht oder einem Hilfsbeamten der Justiz erklärt worden ist.

Die Herstellung eines öffentlichen Beweises über die Schenkung durch die gemeinrechtliche Insinuationsvorschrift und die beabsichtigte Erschwerung der Vornahme großer Schenkungen, um künftigen Streitigkeiten über das Vorhandensein, den Gegenstand und den Umfang der Schenkung

vorzubeugen und zugleich den Schenker vor Übereilung zu schützen, werden auch durch Abschluß eines anderen Vertrages vor Gericht erreicht.

4) Zusammenfassung

Wie die Darstellung der Entscheidungen des Reichsgerichts zeigt, stellte es bei der Entscheidungsfindung auf verschiedene Umstände ab.

In seiner Entscheidung vom 17. April 1886 hat der V. Civilsenat ebenso wie der III. Civilsenat in der Entscheidung vom 2. Oktober 1888 die Frage bejaht, ob eine in einen nicht gewollt belastenden Vertrag gekleidete (verschleierte) Schenkung unter Lebenden gültig ist. Hier war jeweils eine gerichtliche Beurkundung für Schenkungen vorgesehen und von den Parteien für das simulierte Geschäfte auch eingehalten worden. Ebenso wie der V. Senat sah auch der III. Senat das Erfordernis der Erschwerung einer Schenkung durch den Abschluß eines gerichtlich protokollierten Vertrages gewahrt[93].

Der gleiche Grundsatz findet sich auch in den nach französischem Recht entschiedenen Urteilen des II. Civilsenats vom 19. Januar 1883 und vom 7. Oktober 1890: Ohne notarielle Beurkundung liege keine gültige Schenkung vor, eine in Wahrheit gewollte reine Schenkung könne nicht dadurch von den für Schenkungsakte gegebenen Formvorschriften befreit und rechtsgültig werden, daß sie in ein formfreies, belastendes Rechtsgeschäft eingekleidet werde.

---

93 S. oben S. 109.

§ 3. Die Materialien zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch

I. Der Erstentwurf zum BGB

1) Die allgemeine Vorschrift des § 96

Der Erstentwurf zum BGB (im folgenden E I) aus dem Jahre 1888[94] enthält im Allgemeinen Teil innerhalb des fünften Titels (über Willensmängel) mit § 96 eine besondere Vorschrift über die Simulation[95]. Diese stimmt wörtlich mit dem vorangegangenen Kommissionsentwurf überein[96] und entspricht inhaltlich dem späteren § 117 BGB.

Nach E I § 96 I ist ein zum Schein vorgenommenes Rechtsgeschäft nichtig. Gem. E I § 96 II finden stattdessen die für das beabsichtigte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung. Die Motive führen aus, daß sich die Nichtigkeit eines Scheingeschäfts bereits aus dem Willensdogma ergebe, jedoch wegen der nicht unerheblichen praktischen Bedeutung der Simulation die Nichtigkeit auch gesondert im Gesetzestext auszusprechen sei[97]. Die Nichtigkeit wirke unter den Parteien

---

94 Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission, Berlin und Leipzig 1888.

95 E I § 96: Ein zum Scheine vorgenommenes Rechtsgeschäft ist nichtig. Wird bei der Vornahme des Scheingeschäfts von den Parteien die Errichtung eines anderen Rechtsgeschäftes beabsichtigt, so bestimmt sich die Gültigkeit dieses anderen Rechtsgeschäfts nach den für dasselbe geltenden Vorschriften.

96 S. Jakobs/Schubert (1985) 608.

97 S. die Motive zu § 96 bei Mugdan I 458.

wie gegenüber Dritten. Einen besonderen Vertrauensschutz für gutgläubige Dritte hielt die Kommission für unnötig. Hier würden die speziellen Gutglaubensvorschriften für den dinglichen Rechtserwerb sowie bei der simulierten Forderungsabtretung E I § 306 (heute § 409 BGB) ausreichen.

2) Die sachenrechtliche Sondervorschrift des § 832

Der Grundsatz der Nichtigkeit des simulierten Geschäfts erlitt aber im Immobiliarsachenrecht eine Durchbrechung durch E I § 832. Dieser Paragraph bestimmte, daß eine aufgrund Scheingeschäfts vorgenommene Eintragung gegenüber Dritten - abweichend von E I § 96 - wirksam sei, allerdings könnten sich die Parteien selbst auf die Nichtigkeit berufen[98]. In der ausführlichen Begründung[99] führt die erste Kommission folgende Erwägungen für die Einführung dieser Sondervorschrift an. E I § 832 sei primär für den Fall einer Eigentumsübertragung gedacht. Veräußerer und Erwerber könnten miteinander übereinkommen, daß der Eigentumsübergang, den das Gesetz an die Eintragung aufgrund der Auflassung knüpfe, nicht eintreten solle. Der Veräußerer solle trotz Eintragung des Erwerbers weiter Eigentümer bleiben. Nach Auffassung der Erstkommission wäre, wenn einer solchen Übereinkunft Wirkung gegenüber Dritten zugestanden würde, ein Hauptzweck des Grundbuches (die Feststellung des Eigentums) gefährdet. Auch das Interesse von Realkreditgebern sei zu berücksichtigen. Könnte sich der Bucheigentümer des Grundstücks auf das Scheingeschäft berufen, würde eine sichere und schnelle Verwirklichung der Ansprüche aus

---

98 E I § 832: Eine Eintragung, welche aufgrund eines zum Scheine vorgenommenen Rechtsgeschäfts erfolgt, ist wirksam, unbeschadet des Rechtes der Parteien, im Verhältnisse zueinander die Nichtigkeit des Scheingeschäfts geltend zu machen.

99 S. die Motive bei Mugdan III 107-108; vgl. auch die Protokolle der ersten Kommission zu § 127 des Teilentwurfs zum Sachenrecht bei Jakobs/Schubert (1958) 277-278.

Hypothek und Grundschuld verhindert. Eine Einschränkung des E I § 96 sei daher durch ein praktisches Bedürfnis geboten. Zur Rechtfertigung berief sich die erste Kommission weiterhin auf historische Parallelen im Lübecker und Hamburger Stadtrecht[100]. Abschließend spricht die Erstkommission noch aus, daß E I § 832 nicht nur die Auflassung, sondern auch andere Geschäfte, aufgrund derer Eintragungen vorgenommen würden, gegen die Geltendmachung der Simulation schütze.

II. Die späteren Entwürfe

1) Änderungsvorschläge zu E I § 96

In der Vorkommission des Reichsjustizamtes befaßten sich mehrere Anträge mit dem Problem des Drittschutzes im Rahmen von E I § 96. Nach den Anträgen von Börner[101], Struckmann[102] und Achilles[103] sollte das Gesetz ausdrücklich den Schutz gutgläubiger Dritter, die auf die Echtheit der Willenserklärung vertrauten, regeln. In der 15. Sitzung vom 3.2.1891 lehnte die Vorkommission aber eine entsprechende Erweiterung des E I § 96 ab[104]. Man sah kein Bedürfnis, für einen weiterreichenden Schutz des redlichen Verkehrs als durch die besonderen Gutglaubensvorschriften.

Auch in der zweiten Kommission beherrschten die Versuche, gutgläubige Dritte vor den Nichtigkeitsfolgen zu schützen, die Diskussion um E I § 96. Die Anträge von

---

100 Es handelt sich um die sogenannte Pro forma-Eintragung, die die Umgehung des Verbots von Grunderwerb durch Fremde zum Zweck hatte, s. im einzelnen die Motive bei Mugdan III 108.

101 S. Jakobs/Schubert (1985) 618.

102 S. Jakobs/Schubert (1985) 619.

103 S. Jakobs/Schubert (1985) 620.

104 S. Jakobs/Schubert (1985) 622.

Jacubezky[105], Dittmar[106], Börner[107], Wolffson[108], Struckmann[109] und Achilles[110] hatten jeweils in unterschiedlichem Wortlaut zum Gegenstand, daß ein zwischen den Parteien simuliertes Rechtsgeschäft gegenüber Dritten nur dann nichtig sein sollte, wenn der Dritte die Simulation kannte. Ergänzend beantragte v. Mandry[111] noch die Festsetzung einer Pflicht zum negativen Schadensersatz seitens der simulierenden Parteien gegenüber einem gutgläubigen Dritten. Die Zweitkommission lehnte diese Zusätze wie schon die Vorkommission des Reichsjustizamtes mit der Begründung ab, ein so weitreichendes Schutzbedürfnis zugunsten gutgläubiger Dritter könne nicht anerkannt werden[112]. Rechtspolitisch war die Erwägung maßgeblich, daß es sich nicht empfehle, den Schutz des guten Glaubens zum allgemeinen Rechtsprinzip zu erheben, "zumal dadurch die Begründung der möglichst zu vermeidenden relativen Rechtsverhältnisse begünstigt werde"[113]. Eine sachliche Änderung unterblieb daher, allerdings sah man E I § 96 I noch als sprachlich präzisierungsbedürftig an, um die Simulation deutlich von der Mentalreservation abzugrenzen. Verschiedene Anträge wollten im Gesetz zum Ausdruck bringen, daß die Simulation nur bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen möglich sei[114]. Diese Vorschläge wurden an die Redaktionskommission überwiesen[115].

---

105 S. Jakobs/Schubert (1985) 626.

106 S. Jakobs/Schubert (1985) 626.

107 S. Jakobs/Schubert (1985) 626.

108 S. Jakobs/Schubert (1985) 627.

109 S. Jakobs/Schubert (1985) 627.

110 S. Jakobs/Schubert (1985) 627.

111 S. Jakobs/Schubert (1985) 627.

112 S. die Protokolle bei Mugdan I 711.

113 S. die Protokolle bei Mugdan I 711.

114 S. die Anträge von Dittmar und Börner abgedruckt bei Jakobs/Schubert (1985) 626.

115 S. die Protokolle bei Mugdan I 711.

In der vorläufigen Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches[116] sowie in der Zusammenstellung der Beschlüsse der Redaktionskommission der zweiten Kommission[117] wurde dem Rechnung getragen[118], jedoch wurde die hier aufgenommene Legaldefinition des Scheingeschäftes von der Redaktionskommission wieder gestrichen[119].

2) Die Streichung von E I § 832

Sowohl in der Zweitkommission[120] wie in der Vorkommission des Reichsjustizamtes[121] wurde beantragt, auch E I § 832 zu streichen. Für die Regelung des E I § 832, in Abweichung zu E I § 96 einem Dritten den Einwand der Simulation dem Scheinberechtigten gegenüber zu versagen, sah man kein Bedürfnis[122]. In den meisten Fällen böten die Gutglaubensvorschriften dem Dritten ausreichend Schutz. Nur in Sonderfällen könne für einen Realgläubiger die Rechtsverfolgung durch den Simulationseinwand erschwert wer-

116 S. dazu Jakobs/Schubert (1985) XVI.

117 S. dazu Jakobs/Schubert (1985) XVI-XVII.

118 S. E I Vorl.Zust. § 96 I: Eine empfangsbedürftige Willenserklärung, welche im Einverständnisse mit dem Empfänger nur zum Schein abgegeben wird (Scheingeschäft), ist nichtig (vgl. Jakobs/Schubert [1985] 636).
E I Zust.Red.Komm. § 96 I: Eine gegenüber einem Anderen abzugebende Willenserklärung, welche mit dessen Einverständniß nur zum Schein abgegeben wird, ist nichtig (vgl. Jakobs/Schubert [1985] 638).

119 S. den Wortlaut in der vorangehenden Anmerkung.

120 S. die Protokolle bei Mugdan III 531.

121 S. Jakobs/Schubert (1985) 288.

122 Die Argumentation der zweiten Kommission folgt im wesentlichen den bereits in der Vorkommission vorgetragenen Gesichtspunkten, s. Jakobs/Schubert (1985) 289-290.

den[123]. Jedoch rechtfertige dies nicht die Aufstellung einer allgemeinen Vorschrift wie die des E I § 832.

3) Würdigung

Diese Darstellung der Beratungen zeigt zum einen die fortschreitende Präzisierung des Begriffs der Simulation, indem diese begrifflich auf empfangsbedürftige Willenserklärungen begrenzt wird, zum anderen verdeutlichen sie eine Grundentscheidung des BGB-Gesetzgebers, einen über die speziellen Gutglaubensvorschriften hinausgehenden Drittschutz nicht zuzulassen.

123 S. die in den Protokollen bei Mugdan III 531 angeführten Beispiele.

DRITTES KAPITEL. PROBLEME DER SIMULATION IN RECHTSVERGLEICHENDER DARSTELLUNG NACH DEUTSCHEM, SCHWEIZERISCHEM UND TÜRKISCHEM RECHT

§ 1. Die Simulation im schweizerischen/türkischen und deutschen Recht

I. Die Simulation im schweizerischen/türkischen Recht

1) Der Begriff

Die Simulation regeln im schweizerischen/türkischen Recht die Art. 18 OR bzw. Art. 18 TOGB[1]. Art. 18 TOGB und Art. 18 OR haben die Auslegung der Verträge und die Simulation zum Gegenstand[2]. Nach Art. 18 OR; Art. 18 TOGB liegt eine

---

[1] Das türkische Zivilgesetzbuch (TZGB) und das türkische Obligationengesetzbuch (TOGB) wurden 1926 aus der Schweiz rezipiert. Seitdem gibt es eine enge Beziehung zwischen beiden Rechtssystemen. Deswegen erfolgt in diesem Teil die Darstellung des türkischen Rechts unter Berücksichtigung des schweizerischen Rechts. Im Wortlaut übereinstimmende Vorschriften werden nach den schweizerischen Kodifikationen angegeben.

[2] Art. 18 OR; Art. 18 TOGB: Auslegung der Verträge, Simulation
Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als auch nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen.

Simulation, also ein Scheingeschäft, vor, wenn beide Parteien vereinbaren, daß die gegenseitigen Erklärungen nicht gelten, sondern nur gegenüber Dritten den Schein eines Rechtsgeschäftes erwecken sollen, die von ihnen geäußerte Willenserklärung also ihrem wahren Willen nicht entsprechen soll. Im schweizerischen/türkischen Recht bildet die Simulation (Scheingeschäft) demnach einen Fall der absichtlichen Nichtübereinstimmung von Wortlaut und Wille der Vertragsparteien[3]. Jedoch nicht nur Verträge, sondern auch empfangsbedürftige Willenserklärungen wie Antrag, Kündigung, Mahnung, Zuschlag bei einer freiwilligen Versteigerung fallen unter Art. 18 OR/TOGB[4].

Wenn das Geschäft materiell oder formell offenbar ungültig ist, braucht die Einrede der Simulation gar nicht gehört zu werden.

Kann die Einrede der Simulation nicht bewiesen werden, bleibt das Geschäft als offenbar gewolltes Geschäft in Kraft[5]. Dann ist aus objektiver Sicht zu prüfen, ob der Vertrag unsittlich ist, gegen Treu und Glauben verstößt oder eine Gesetzesumgehung darstellt[6]

Dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, kann der Schuldner die Einrede der Simulation nicht entgegensetzen.

3 Tercier/Ducrest (1988) 1; Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 86; Ehrenzeller (1951) 1 ff.; Gaudy (1927) 26 ff.; Kellerhals (1952) 94 ff.; Paoletto (1973) 71 ff.; für türkische Literatur s. Esener (1956) 7; ders. (1969) 83; Eren (1991) 423-424; İnan (1984) 171; Oğuzman (1987) 91; Oğuzman/Öz (1995) 104; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (1993) 408; Aday (1992) 1 ff; v. Tuhr/Peter (1979) 293 f.

4 Ehrenzeller (1951) 3-4.

5 BGE 24 II 582.

6 Ehrenzeller (1951) 3.

2) Simulationsabrede

Durch die Simulationsabrede geben die Parteien einander den übereinstimmenden Willen kund, ein bestimmtes Scheingeschäft vorzunehmen[7]. Die Parteien der Simulationsabrede sind die gleichen wie beim simulierten Geschäft. Sie handeln entweder persönlich oder durch Vertreter, deren Simulationsabrede für die Vertretenen verbindlich ist.

Bei der Abrede kann eine Partei persönlich handeln, sich beim Scheingeschäft jedoch vertreten lassen. Der Tatbestand des Art. 18 I TOGB liegt auch dann vor, wenn eine Partei ohne Wissen ihres eigenen Vertreters mit der anderen Partei oder deren Vertreter vereinbart, ein beabsichtigter Erklärungsaustausch (den der nicht informierte Vertreter ernst meint) solle nicht gelten[8].

Der Abschluß des Scheingeschäftes wird entweder gleichzeitig mit der Simulationsabrede vollzogen oder soll später stattfinden. In beiden Fällen äußern die Parteien durch die Simulationsabrede das Einverständnis mit der Nicht-Geltung der betreffenden Erklärungshandlung. Nach dem Zustandekommen des Vertrages kann eine Simulationsabrede nicht mehr getroffen werden, die Parteien können aber den bereits zustande gekommenen Vertrag nachträglich ändern oder aufheben[9].

Es ist unerheblich, welche Form die Simulationsabrede hat[10].

Das von beiden Parteien angestrebte Ziel der Simulationsabrede ist, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen. Die Simulation kann vorwiegend oder ganz dem

---

7 Eren (1991) 425; Esener (1956) 20 ff.; Aday (1992) 8.

8 Eren (1991) 425.

9 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 102; Eren (1991) 426.

10 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 104; Eren (1991) 426.

einen Partner dienen, während der andere z. B. nur aus Gefälligkeit mitwirkt. Die Verheimlichung läßt sich nur durch Täuschung verwirklichen. Denn sie besteht darin, daß das Scheingeschäft dem Dritten gegenüber als ernstgemeint hingestellt wird. Die Absicht, einen Dritten zu täuschen, gehört - anders als im deutschen Recht[11] - zum Tatbestand jedes Scheingeschäftes[12].

3) Die Arten der Simulation

a) Unterscheidung nach dem verfolgten Zweck

Bei der Simulationsabrede vereinbaren die Parteien entweder, daß alle Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts ausgeschlossen sind, oder, daß noch eine andere versteckte Vereinbarung aus einem anderem Rechtsgrund und mit anderen positiven Wirkungen hinzutritt[13].

aa) Einfache Simulation (= reine Simulation)

Bei der einfachen Simulation wollen die Parteien gar kein Rechtsgeschäft abschließen. So meldet z.B. ein Schuldner bei seinem Konkurs eine fiktive Forderung an; noch vor dem drohenden Konkurs verkauft er zum Schein einen Gegenstand, um ihn der Konkursmasse zu entziehen und ihn später zurückerhalten zu können[14]. Der übereinstimmende wirkliche

---

11 S. dazu unten S. 124 f.

12 Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 114; Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 95; Esener (1956) 41; İnan (1984) 171; Eren (1991) 427.

13 Tercier/Ducrest (1988) 3.

14 Tercier/Ducrest (1988) 3; Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 110; Zürcher Komm. -Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 106; Oğuzman I (1987) 91; Eren (1991) 427; Oğuzman/Öz (1995) 104.

Wille der Parteien erschöpft sich in der durch die Simulationsabrede zum Ausdruck gebrachten Absicht, einen Simulationsvertrag abzuschließen[15].

bb) Dissimulation

Wenn die Parteien durch das Scheingeschäft eine andere ernstlich gewollte Vereinbarung verdecken, liegt eine Dissimulation vor; die Parteien wollen die Rechtswirkungen des dissimulierten Geschäftes[16].

b) Unterscheidung nach der Ausdehnung der Simulationsabrede

Nach der Ausdehnung der Simulationsabrede sind zwei Erscheinungen der Simulation voneinander zu unterscheiden:

aa) Voll-Simulation

Bei der Voll-Simulation wird ein Geschäft als Ganzes zum Schein abgeschlossen, entweder in Form einer reinen Simulation, oder es tritt ein dissimuliertes Geschäft hinzu. Das dissimulierte (wirklich gewollte) Geschäft ist vom Scheingeschäft äußerlich unabhängig und auch sein Inhalt kann vom Scheingeschäft völlig verschieden sein. Ein notwendiger Zusammenhang besteht nur insofern, als das

---

15 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 95.

16 Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 114; Ehrenzeller (1951) 5; Paoletto (1973) 73; Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 94; Tercier/Ducrest (1988) 4; Esener (1956) 87; Eren (1991) 428; Oğuzman I (1987) 91; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (1993) 410; Oğuzman/Öz (1995) 104; Aday (1992) 12.

Scheingeschäft gerade dazu dient, das dissimulierte Geschäft zu verbergen[17].

bb) Teil-Simulation

Bei einer Teil-Simulation wird ein Geschäft nicht insgesamt, sondern nur teilweise zum Schein abgeschlossen. Die ausgetauschten Erklärungen sind teilweise ernstgemeint, zum Teil sind sie simuliert, also falsche Erklärungen. Zusammen bilden sie inhaltlich und äußerlich ein Ganzes, das z.B. auch in dem gleichen Schriftstück beurkundet sein kann[18].

Die ernstgemeinten Erklärungen des teilweise simulierten Geschäfts gehören zu einem dissimulierten (wirklich gewollten) Geschäft. Bei einer Teil-Simulation liegt somit stets ein dissimuliertes Geschäft vor, das sich bisweilen in den ernstgemeinten Erklärungen des teilweise simulierten Geschäftes erschöpft. Ist z.B. das Kaufpreisversprechen eines "Kaufvertrages" simuliert, dann ist das dissimulierte Geschäft ein Schenkungsvertrag, der aus diesem Vertrag ohne das Versprechen besteht.

II. Die Simulation im deutschen Recht

Nach § 117 BGB[19] liegt ein Scheingeschäft vor, wenn der Erklärende und der Erklärungsempfänger eine empfangsbedürftige Willenserklärung mit dem Einverständnis abgeben,

---

17 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 99; Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 111; Tercier/Ducrest (1988) 4.

18 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 99; Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 111; Tercier/Ducrest (1988) 4-5.

19 § 117 BGB: Wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben, so ist sie nichtig.
Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so finden die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung.

daß diese Erklärung nicht gelten soll. Beim Scheingeschäft fehlt der Geschäftswille der Beteiligten[20].

Die Abgabe der empfangsbedürftigen Willenserklärung ist der objektive Tatbestand des Scheingeschäfts. Die Simulation setzt das Einverständnis der Vertragspartner voraus. Deswegen kann sie nur bei empfangsbedürftigen Erklärungen auftreten. Beim Testament, bei der Stiftung oder der Auslobung, bei der Ausstellung eines Inhaberpapiers und der Annahme einer Anweisung oder eines Wechsels kann die Simulation nicht vorkommen. Aber sowohl ein einseitiges Rechtsgeschäft als auch eine Vertragserklärung können simuliert sein[21].

Der subjektive Tatbestand des Scheingeschäfts ist das gegenseitige Einverständnis. Die Parteien rufen einverständlich nur den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts hervor, wollen die damit verbundenen Rechtsfolgen aber nicht eintreten lassen[22].

Die Absicht, einen Dritten zu täuschen, ist, anders als im schweizerischen/türkischen Recht[23], nicht Tatbestand eines Scheingeschäftes[24]. Dem kann - wie Kallimopoulos zeigte[25] - nicht zugestimmt werden, denn das von dem Simulanten erstrebte Ziele ist nur durch Täuschung Dritter zu erreichen. Schließen die Simulanten Rechtsgeschäfte mit der beiderseitigen Absicht, sich nicht rechtlich zu binden und ohne die Absicht, Dritte über das Vorhaben der Parteien hinwegzutäuschen, liegen keine Scheingeschäfte sondern nicht ernstliche (Scherz-) Erklärungen i.S.d. § 118 BGB vor. Wenn

---

20 Medicus (1994) Rn. 594; Schwab (1989) Nr. 486; Larenz (1989) 366; Soergel-Hefermehl § 117 BGB Rn. 1; Staudinger-Dilcher § 117 Rn. 5; Kroeber (1917) 25; Baer (1931) 1 f.

21 Staudinger-Dilcher § 117 BGB Rn. 7.

22 Staudinger-Dilcher § 117 BGB Rn. 12; Bading (1914) 773.

23 S. oben S. 122.

24 Soergel-Hefermehl § 117 BGB Rn. 8; Staudinger-Dilcher § 117 BGB Rn. 13; Baer (1931) 2.

25 So Kallimopoulos (1966) 48.

man die Absicht, Dritte zu täuschen, als Tatbestandsmerkmal des Scheingeschäft nicht anerkennt, wäre es unmöglich, zwischen nicht ernst gemeinter und simulierter Erklärung zu unterscheiden.

III. Zur Abgrenzung der Simulation von ähnlichen Tatbeständen

1) Mentalreservation und Simulation

Eine Mentalreservation liegt vor, wenn der Erklärende den Wortlaut seiner Erklärung will, aber nicht deren Inhalt. Dieser Umstand ist dem Erklärungsempfänger jedoch nicht bekannt[26]. Nach § 116 S. 1 BGB ist der geheime Vorbehalt unwirksam, er hat keine rechtliche Wirkung[27]. Die einem anderen gegenüber unter geheimem Vorbehalt abgegebene Willenserklärung ist nach § 116 S. 2 BGB aber nichtig, wenn dieser den Vorbehalt kennt[28].

Im schweizerischen/türkischen Recht ist eine dem § 116 BGB entsprechende Regelung für die Mentalreservation nicht vorhanden. Dieselbe Rechtsfolge, daß ein geheimer Vorbehalt die Gültigkeit einer Erklärung nicht zu hindern vermag, wird aus dem Vertrauensprinzip, das das schweizerische/türkische Vertragsrecht beherrscht, abgeleitet. Die Willenserklärung wirkt "erklärungsgemäß", weil sonst das "berechtigte Vertrauen" des Gegners auf die Gültigkeit der Erklärung getäuscht würde; der innere Wille bleibt außer Betracht. Der

---

26 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 93; Tercier/Ducrest (1988) 7; Kellerhals (1952) 97; Gaudy (1927) 19; Ehrenzeller (1951) 41.

27 Soergel-Hefermehl § 116 BGB Rn. 1.

28 Soergel-Hefermehl § 116 BGB Rn. 2.

Erklärende kann sich nicht auf die Lüge berufen; eine solche Einrede ist nach Treu und Glauben ausgeschlossen[29].

Sowohl bei der Mentalreservation als auch bei der Simulation geschieht der bewußte Widerspruch zwischen Wille und Erklärung in der Absicht zu täuschen. Der Unterschied liegt aber darin, daß bei der Mentalreservation die eine Vertragspartei den anderen Vertragspartner täuscht, während bei der Simulation beide Teile im gegenseitigen Einverständnis stehen[30].

2) Das fiduziarische Geschäft und die Simulation

Beim Abschluß eines fiduziarischen Geschäftes beauftragt die eine Partei (Fiduziant oder Treugeber) die andere Partei (Fiduziar oder Treuhänder), im eigenen Namen, aber im Interesse und für Rechnung des Fiduzianten ein bestimmtes (mehr oder weniger genau umschriebenes) Verhalten zu üben[31]. Sowohl das deutsche wie das schweizerische/türkische Recht unterscheiden zwischen (eigennütziger) Sicherungstreuhand und uneigennütziger Verwaltungstreuhand.

Im schweizerischen/türkischen Recht dienen Sicherungsgeschäfte oft als Verpfändungsersatz[32]. Während die Sicherungsübereignung an Fahrnis und die Sicherungszession keine großen Schwierigkeiten verursachen, kann es bei der Sicherungsübereignung von Grundeigentum zu Komplika-

---

29 Gaudy (1927) 20; Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 93; Tercier/Ducrest (1988) 7; Eren (1991) 422; Esener (1956) 85-86; Feyzioğlu I (1970) 185; Oğuzman I (1987) 69.

30 Soergel-Hefermehl § 116 BGB Rn. 11.

31 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 178; Eren (1991) 442; Oğuzman/Seliçi (1982) 308; Özsunay (1968) 1 ff; Honsell/Vogt/Wiegand (1992) Rn. 18; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (1993) 415; Oğuzman/Öz (1995) 108; Aday (1992) 90.

32 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 187; Honsell/Vogt/Wiegand (1992) Rn. 18.

tionen kommen, weil für sie Art. 965 ZGB und Art. 924 TZGB die Angabe des Rechtsgrundes (*causa*) verlangen. Die Behandlung der *causa* ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten[33]. Wenn das fiduziarische Verhältnis nicht angegeben wird, wird überwiegend mangels öffentlicher Beurkundung ein dissimuliertes Geschäft angenommen. Das unter Bezeichnungen wie Kauf, Tausch oder Schenkung abgeschlossene Geschäft wird demzufolge als simuliert und damit als unwirksam behandelt. Hier gilt dann die Regel *falsa demonstratio non nocet.* Ist der Vertrag öffentlich beurkundet und darin auch der treuhänderische Zweck der Eigentumsübertragung enthalten, darf die regelmäßig ohne Täuschungsabsicht gewählte bloße Falschbezeichnung der *causa* nicht schaden[34].

Der Hauptunterschied zwischen der Simulation und dem fiduziarischen Geschäft besteht darin, daß die fiduziarische Rechtsübertragung von den Parteien mit allen sich daran knüpfenden Konsequenzen ernst gemeint ist[35]. Nach h.L. ist im schweizerischen/türkischen Recht die fiduziarische Rechtsübertragung eine "Sonderform des Zuwendungsgeschäftes", der Grundvertrag zwischen Fiduziant und Fiduziar kann aber (wie jeder Vertrag) "simuliert" sein (Art. 18 I TOGB/OR)[36].

Im deutschen Recht vertrat Fuchs[37] die Ansicht, daß das fiduziarische Geschäft in Wahrheit ein nichtiges Scheingeschäft sei. Nach seiner Meinung müsse man den Parteiwillen analysieren, hierbei spiele es keine Rolle, wie die

---

33 Honsell/Vogt/Wiegand (1992) Rn. 18.

34 Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 132; Honsell/Vogt/Wiegand (1992) Rn. 18.

35 Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 128, Kellerhals (1952) 98; Baer (1931) 7 ff.; Groß (1936) 2.

36 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 182; Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 131.

37 Fuchs (1918) 33.

Parteien das Geschäft bezeichnen. Der angebliche Wille der Parteien, das Eigentum zu übertragen, widerspreche ihrem wirklichen Willen, weil der Treugeber im Innenverhältnis weiterhin als Eigentümer auftreten könne. Wenn die Eigentumsübertragung im Innenverhältnis nicht gewollt und daher wirkungslos sei, so sei sie auch nach außen wirkungslos[38]. Außerdem meint er, daß ein Rechtsfolgewillen, der über die wirtschaftliche Absicht hinausgehe, nicht denkbar sei. Keiner könne eine Rechtsfolge ohne ihren entsprechenden wirtschaftlichen Gehalt wollen[39].

Die herrschende Meinung erkennt aber das treuhänderische Geschäft als Rechtsinstitut an[40]. Ein Treuhandvertrag kann daher wie alle anderen Rechtsgeschäfte zum Schein abgeschlossen werden. Die Frage nach dem Scheincharakter des Treuhandgeschäftes muß für jeden Sachverhalt einzelnen geprüft werden im Hinblick darauf, ob es ernsthaft gewollt oder simuliert ist[41].

3) Das Umgehungsgeschäft und die Simulation

Beim Umgehungsgeschäft schließen die Parteien an Stelle des unzulässigen Vertrages einen Vertrag, der auf einem anderem juristischen Weg dem vom Gesetz mißbilligten Vertrag möglichst nahe kommt[42].

Weder Art. 18 I TOGB, Art. 18 I OR noch die in Art. 2 II TZGB, Art. 2 II ZGB enthaltenen Rechtsmißbrauchsnormen sind hier einschlägig; vielmehr ist die Rechtmäßigkeit des

---

38 Fuchs (1918) 15.

39 Fuchs (1918) 62.

40 Staudinger-Dilcher § 117 BGB Rn. 28.

41 Kallimopoulos (1966) 59-60.

42 v. Tuhr/Peter (1979) 254; Gaudy (1927) 22; Staudinger-Dilcher § 117 BGB Rn. 32; Soergel-Hefermehl § 134 BGB Rn. 52; Fickel (1966) 30; Baer (1931) 5 f.

Vertrags zu prüfen[43]. Bei dieser Auslegung hat man zwei Fälle voneinander zu unterscheiden:

a) Soll nach "Sinn und Zweck"[44] des Gesetzes ein bestimmter Erfolg verhindert werden, ist die umgangene Gesetzes- oder Vertragsbestimmung auch auf das Umgehungsgeschäft analog anwendbar. Die Parteien können den Umgehungszweck nicht erreichen, weil aufgrund der anzuwendenden Bestimmungen das Umgehungsgeschäft unwirksam ist[45]. Oder es tritt eine andere als die gewünschte Rechtsfolge ein, z.B: Ein Vorkaufsrecht bleibt bestehen, obwohl dessen Ausübung durch das Umgehungsgeschäft verhindert werden sollte[46]. Der Zessionar, dem eine Forderung zur Umgehung der prozessualen Kautionspflicht abgetreten wurde, hat die Kaution zu leisten[47].

b) Verbietet das Gesetz nicht den Erfolg selbst, sondern das Mittel zu seiner Erreichung wegen seiner besonderen Eigenart, ist die umgangene Bestimmung nach ihrem "Sinn und Zweck" auf das Umgehungsgeschäft nicht anwendbar; das Umgehungsgeschäft bleibt somit wirksam[48].

---

43 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 171; Berner Komm. - Merz Art. 2 ZGB Rn. 88; Gaudy (1927) 23.

44 BGE 104 II 206.

45 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 171; Gaudy (1927) 23; Das Umgehungsgeschäft ist nicht nur bei Verbotsgesetzen im engern Sinne möglich, sondern auch bei allen einschränkenden Gesetzen, d.h., bei solchen, welche der Herstellung eines Rechtserfolges gewisse Einschränkungen entgegensetzten.

46 BGE 85 II 485.

47 S. den Tenor des Urteils des Handelsgerichts und Obergerichts des Kantons Zürich, in: SJZ 65, 1969, 8: Die Zession einer Forderung zum Zwecke der Vermeidung der Kautionspflicht kann eine unzulässige Gesetzesumgehung darstellen.

48 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 171; Gaudy (1927) 23; vgl. auch z.B. BGE 79 II 83; BGE 97 II 208 f.; 85 II 102; 54 II 440 f.

Im deutschen Recht fehlt ebenfalls eine ausdrückliche Regelung des Umgehungsgeschäfts. Die Frage, ob das Umgehungsgeschäft nichtig ist, läßt sich daher nur im Wege der Gesetzesauslegung entscheiden[49]. Es muß dann geprüft werden, ob das umgangene Verbotsgesetz nach seinem durch Auslegung zu ermittelnden Sinn und Zweck auch den mit dem Umgehungsgeschäft angestrebten Erfolg verbietet. Nur wenn die Auslegung des Verbotsgesetzes ergibt, daß sich das Verbot auch auf das Umgehungsgeschäft bezieht, ist § 134 BGB anzuwenden, andernfalls ist das Geschäft zulässig und wirksam[50].

Der Unterschied gegenüber dem Scheingeschäft liegt darin, daß die Parteien beim Umgehungsgeschäft einen vom Gesetz verpönten Zweck unter allen Umständen erreichen wollen, während beim Scheingeschäft die Parteien dessen Verwirklichung gerade nicht anstreben[51].

Möglich ist auch die Verbindung von Umgehungs- und Scheingeschäft, wenn die Parteien versuchen, ihre Umgehungsabsicht durch Vorspiegelung eines in Wirklichkeit gar nicht gewollten, rechtlich unbedenklichen Geschäfts und gleichzeitiger Dissimulation der verbotswidrigen Abrede zu erreichen. Dabei gehen sie aber das Risiko ein, daß das dissimulierte Geschäft wegen seines klaren Verstoßes gegen gesetzliche oder vertragliche Verbotsnormen für nichtig erklärt wird, während bei einem ernstlich gewollten Umgehungsgeschäft die Möglichkeit besteht, daß der Richter das

---

49 Soergel-Hefermehl § 134 BGB Rn. 52; Larenz (1989) 429 f.; Kallimopoulos (1966) 82 f.; Staudinger-Dilcher § 117 BGB Rn. 36.

50 Soergel-Hefermehl § 134 BGB Rn. 52.

51 Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 142; Gaudy (1927) 24; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (1985) 422; Eren (1991) 452.

Geschäft nicht unter die "ratio" der umgangenen Norm subsumiert[52].

Im deutschen Recht wird die Nichtigkeit des Umgehungsgeschäfts in Einzelfällen ausdrücklich geregelt, so u.a. im Steuerrecht, wo § 42 AO vorschreibt, daß die Steuerpflicht durch den Mißbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nicht berührt wird[53].

IV. Die rechtliche Behandlung des simulierten Geschäfts

1) Die Wirkungen des Scheingeschäfts unter den Parteien

Da die Parteien aus einem simulierten Geschäft keine Rechtsfolgen ziehen wollen, ist das Geschäft insgesamt unwirksam[54]. Bei einer Teil-Simulation ist der ernstgemeinte Teil als dissimuliertes Geschäft grundsätzlich gültig; nur der simulierte Teil ist unwirksam[55].

Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich bei dem simulierten Vertrag um einen Vertrag des besonderen Teils des Obligationenrechts oder um einen anderen Vertrag (z.B. die Abtretung einer Forderung)[56] handelt. Die Simulationseinrede ist keine Einrede im engeren Sinn, sondern eine rechtshindernde Einwendung.

---

52 Vgl. Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 143; Siegwart (1936) 31; Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 168; Esener (1956) 110.

53 Vgl. Teichmann (1962) 72; Staudinger-Dilcher § 134 BGB, Rn. 52.

54 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 120; Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 156; Ehrenzeller (1951) 59; Paoletto (1973) 73; Guhl (1991) 114; Tercier/Ducrest (1988) 8; Eren (1991) 452; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (1985) 422; Oğuzman (1987) 92.

55 Kellerhals (1952) 100 ff.

56 S. BGE 31 II 112.

Die Beweislast für die Simulation obliegt entsprechend den allgemeinen Regeln demjenigen, der sich auf sie beruft[57].

Aus einem simulierten Rechtsgeschäft ergibt sich für die Parteien keine Rechtsfolge, da ihr "wirklicher Wille" auf die Nichtgeltung ihrer Erklärungen gerichtet ist[58].

Üblicherweise wird die Unwirksamkeit des Scheingeschäftes mit dem Ausdruck "nichtig" bezeichnet[59]. Weil beiden Parteien der Geltungswille hinsichtlich ihrer Erklärungen fehlt, kann man auch von einem von Anfang an nicht zustande gekommenen Vertrag sprechen[60].

Die Unwirksamkeit des simulierten Geschäfts kann jede Partei jederzeit (es läuft keine Verjährungsfrist) durch Erhebung der Einwendung oder einer negativen Feststellungsklage geltend machen. Art. 18 II TOGB, Art. 18 OR sprechen zwar wörtlich von einer "Einrede", im technisch juristischen Sinne ist die Simulationseinrede aber eine Einwendung, mit der eine rechtshindernde Tatsache vorgebracht wird, und kein Gegenrecht[61]. Schadenersatz aus *culpa in contrahendo* wird nicht geschuldet, weil beide Geschäftsparteien mit der Nichtgeltung einverstanden waren[62].

Wird aufgrund eines simulierten Schuldversprechens eine Leistung erbracht, so entsteht ein "Rückerstattungsanspruch". Die rechtsgrundlos erbrachte Leistung kann aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückgefordert (Art. 61 ff. TOGB, Art. 62 ff. OR) oder das Geleistete vindiziert (Art. 618 S.2 TZGB, Art. 641 II ZGB) bzw. die Berichtigung des

---

57 Tercier/Ducrest (1988) 8.

58 Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 156.

59 BGE 66 II 30; 72 II 154; Ehrenzeller (1951) 59; Guhl (1991) 130.

60 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 121; Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 157; Gaudy (1927) 42.

61 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 123; Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 161, Gaudy (1927) 51.

62 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 126.

Grundbuches (Art. 933 TZGB, Art. 975 ZGB) verlangt werden[63].

Nach der herrschenden Meinung hat der Richter die Unwirksamkeit des simulierten Geschäfts von Amts wegen zu beachten[64]. Jäggi/Gauch[65] vertreten demgegenüber die Ansicht, daß diese Regel für das Verhältnis unter den Parteien zu weit gehe, da es einer jeden unter ihnen frei stehe, einen simulierten Vertrag für wirksam zu halten und im Falle eines Prozesses die Simulation nicht geltend zu machen.

§ 117 BGB legt die Nichtigkeit des Scheingeschäft ausdrücklich fest. Die Nichtigkeit des Scheingeschäfts hat auch hier zur Folge, daß die Parteien an den Vertrag nicht gebunden sind. Aus einem nichtigen Rechtsgeschäft gibt es keine Klage auf Erfüllung oder auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Der Forderung des Klägers nach Erfüllung kann die andere Partei mit der Einrede des Scheingeschäfts entgegentreten[66].

Ein schriftlich niedergelegtes Scheingeschäft wird wie ein gültiges Rechtsgeschäft behandelt, bis der geheime Willensmangel bewiesen ist. Deswegen ist das Scheingeschäft nach dem BGB kein "Nichtgeschäft", sondern ein vorhandenes, aber nichtiges Rechtsgeschäft. Derjenige, der im Prozeß behauptet, daß die Willenserklärungen nur zum Schein angegeben seien, bestreitet damit nicht das Vorhandensein des Rechtsgeschäfts, sondern beruft sich auf die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Aus diesem Grund trägt er die Beweislast[67].

---

63 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art.18 OR Rn. 128; Berner Komm. Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 161; Tercier/Ducrest, 9.

64 Gaudy (1927) 43; Ehrenzeller (1951) 76; BGE 97 II, 207; 78 II 226.

65 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 129; Vgl. auch Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 162.

66 Kallimopoulos (1966) 111; Fickel (1966) 10; Staudinger-Dilcher § 117 BGB Rn. 14.

67 Fickel (1966) 11; Soergel-Hefermehl § 117 BGB Rn. 14.

Daß das BGB nicht vom traditionellen Scheingeschäft ausgeht, in dem entweder in der verdeckten Abrede die Entgeltpflicht abbedungen oder ein ganz geringes Entgelt (*venditio nummo uno*) vereinbart wird[68], sondern eine "bloße" Scheinerklärung (durch die kein anderes Geschäft verdeckt wird) zum tatbestandlichen Ausgangspunkt nimmt und diese Erklärung für nichtig erklärt, gab Anlaß zu Kritik[69]. Zum einen, weil die einverständliche bloße Scheinerklärung im Rechtsleben tatsächlich kaum vorkommt. Streitigkeiten zwischen den Partnern bloßer Scheingeschäfte bei dem der eine Ansprüche aus dem Geschäft erhebt, der andere sich auf die Nichtigkeit beruft, lassen sich mit Beispielen aus der Rechtsprechung schwer belegen[70].

Zum anderen müssen die Parteien die Herrschaft über die unter ihnen ausgetauschten Erklärungen im positiven wie im negativen Sinne haben, also auch die Möglichkeit, deren rechtliche Geltung auszuschließen[71]. Sind bestimmte wichtigere Geschäfte an eine Form gebunden, erübrigt sich die Berufung auf den Rechtschein, da die Rechtsfolge ohnehin nur mit der Vollziehung eintritt. Zugunsten der Parteiautonomie wird die Richtermacht beschränkt. Auch ein Richter kann den Worten der Parteien im Wege der "Erforschung ihres wahren Willens" oder der sog. ergänzenden Auslegung keine andere Bedeutung geben[72]. Die Bedeutung des § 117 I BGB liegt also nicht darin, daß er entgegen dem Parteiwillen das Geschäft für nichtig erklärt, sondern darin, daß er die Herrschaft der Parteien über die Geltung oder Nichtgeltung ihrer Erklärungen festsetzt, so wie § 133 BGB die Herrschaft des Parteiwillens über die Bedeutung der ausgetauschten Worten

---

68 Diese Geschäfte wären heute unter die verkleideten Geschäfte zu zählen, so Michaelis (1978) 445.

69 Michaelis (1978) 445.

70 So Michaelis (1978) 446.

71 Michaelis (1978) 447.

72 So Michaelis (1978) 447.

normiert, während die Vorschriften der §§ 125, 134 BGB etc. entgegen dem Parteiwillen das Geschäft für nichtig erklären.

Da das Scheingeschäft unter den Parteien keine rechtliche Wirkung entfaltet, können sie auch keinen Anspruch auf Erfüllung oder Schadenersatz geltend machen. Wenn ihnen ein Schaden enstanden ist, müssen sie die Folgen selbst tragen[73].

Unter den Parteien kann das Scheingeschäft nur selten auch den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllen[74]. Die Scheinabrede richtet sich gewöhnlich gegen Dritte. In besonderen Fällen können aber auch Deliktstatbestände unter den Parteien zur Anwendung kommen. So bildet Kallimopoulos das Beispiel, daß A dem B eine bewegliche, verbrauchbare Sache zum Schein überträgt und B die Sache verbraucht. Hier mag in der Simulationsabrede eine stillschweigende oder auch ausdrückliche Vereinbarung enthalten sein, wonach der Scheinerwerber die Sache nicht verbrauchen darf. Hier kann § 823 I BGB (Eigentumsverletztung) anwendbar sein, da der Scheinveräußerer Eigentümer blieb und keine Einwilligug zum Verbrauch der Sache vorlag. Für das schweizerische/türkische Recht wird diese Frage nicht diskutiert, doch können hier keine anderen Grundsätze gelten.

2) Unwirksamkeit im Verhältnis zu Dritten

a) Grundsätze

Das simulierte Geschäft ist nicht nur unter den Parteien, sondern auch im Verhältnis zu Dritten unwirksam. Da sowohl das BGB als auch das ZGB/TZGB die absolute Nichtigkeit des

73 Kallimopoulos (1966) 111.

74 S. dazu Kallimopoulos (1965) 139.

Scheingeschäfts zwischen den Parteien normieren, stellt sich die Frage, ob sich auch Dritte auf Nichtigkeit des Scheingeschäftes berufen können. In der Regel sind die Dritten am Zustandekommen des Scheingeschäfts unbeteiligt, weil es zu ihrer Täuschung vorgenommen wird. Die Parteien können nicht vereinbaren, daß Rechtsfolgen nicht zwischen ihnen, wohl aber Dritten gegenüber entstehen sollen; unabhängig von ihrem guten Glauben[75].

Nach h.M. können sich Dritte nur dann auf die Nichtigkeit des Scheingeschäfts berufen, wenn sie ein eigenes rechtliches Interesse daran haben[76]. Dabei kann es sich um ein Affektionsinteresse handeln[77]. Ein Interesse des Dritten liegt auch vor, wenn dieser in seiner Bewegungsfreiheit behindert wird oder behindert werden kann[78]. Das schweizerische Bundesgericht verlangte sogar, daß durch das simulierte Geschäft gerade die Schlechterstellung des Dritten beabsichtigt gewesen sein muß[79]. Nach einer anderen Auffassung hat der Dritte auch ohne eine Benachteiligung ein Rechtsschutzinteresse[80], es reicht aus, daß der Dritte mit dem simulierten Geschäft in irgendeiner Form in Berührung gekommen ist[81].

Im schweizerischen/türkischen Recht gibt es keine ausdrückliche Bestimmung, die regelt, ob sich die Parteien gegenüber Dritten, die im Vertrauen auf einen Scheinvertrag Geschäfte abschließen und daraus Rechte herleiten wollen, auf das Scheingeschäft berufen können. Aus der absoluten Nichtigkeit des Scheingeschäft ergibt sich von selbst, daß die Simulation grundsätzlich gegenüber Dritten geltend gemacht

75 Kallimopoulos (1966) 117-118.

76 Ehrenzeller (1951) 68; Becker (1941) zu Art. 18 OR Rn. 33.

77 Vgl. Soergel-Hefermehl § 117 BGB Rn. 32.

78 Ehrenzeller (1951) 69.

79 BGE 31 II 105-113.

80 Gaudy (1927) 56.

81 v. Tuhr/Peter (1979) 294; Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 131.

werden kann, auch wenn dieser gutgläubig war[82]. Eine Ausnahme bilden Art. 18 II TOGB, Art. 18 II OR. Er schützt den gutgläubigen Zessionar, der im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis eine simulierte Forderung erwirbt. Das gleiche gilt für § 409 BGB.

Ein Bedürfnis für eine besondere Schutzvorschrift für Dritte besteht nicht, weil die Vorschriften zum Schutz des guten Glaubens dem Dritten ausreichend Schutz bieten[83].

b) Die Schutzvorschriften zugunsten gutgläubiger Dritter gegenüber simulierten Rechtsgeschäften nach deutschem Recht

Beim Erwerb beweglicher Sachen gewähren die §§ 932-935 BGB dem gutgläubigen Scheinerwerber hinreichenden Schutz, beim Nießbrauch § 1032 BGB, beim Pfandrecht § 1207 BGB, und beim Erwerb dinglicher Rechte an einem Grundstück die §§ 892, 893 BGB.

Bei der Scheinabtretung einer Forderung schützt § 405 BGB den gutgläubigen Dritten. Der Schuldner, der eine Scheinurkunde ausgestellt hat, kann dem Neugläubiger gegenüber die Nichtigkeit nicht geltend machen. Durch § 409 BGB wird auch der Schuldner geschützt, wenn der Altgläubiger dem gutgläubigen Schuldner die Abtretung der Forderung mitgeteilt oder der Neugläubiger ihm eine Abtretungsurkunde vorgelegt hat.

§ 172 BGB schützt den gutgläubigen Dritten bei einer simulierten Vollmachterteilung, wenn der Vertreter ihm eine Vollmachtsurkunde vorlegt, die ihm der scheinbare Vollmachtgeber aushändigte.

---

82 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art.18 OR Rn.132; Gaudy (1927) 56; Ehrenzeller (1951) 66.

83 Kroeber (1917) 33; Fickel (1966) 19; Kallimopoulos (1966) 121 f.; Soergel-Hefermehl § 117 BGB Rn. 16.

In § 576 BGB wird die Inhaberschaft an der Mietzinsforderung bei nicht wirksamer oder nicht erfolgter Übertragung des Eigentums an dem vermieteten Grundstück geregelt. Bei der Aneignung von Erzeugnissen oder sonstigen Bestandteilen der Sache mit Erlaubnis des Scheineigentümers schützen den Erwerber die §§ 956, 957 BGB.

In all diesen Fällen ist die Gutgläubigkeit des Dritten Voraussetzung. Hat der Dritte Kenntnis von dem Scheingeschäft, genießt er keinen Schutz.

c) Die Schutzvorschriften zugunsten gutgläubiger Dritter gegenüber simulierten Rechtsgeschäften im schweizerischen/türkischen Recht

aa) Allgemeines

Art. 714 II und 933 ZGB sowie Art. 687 II und 901 TZGB schützen den gutgläubigen nichtberechtigten Erwerber im Sachenrecht. Sie regeln den Fall, daß zwei Parteien einen simulierten Kauf schließen und eine Partei eine bewegliche Sache zum Schein der anderen übergibt. Letztere verkauft die Sache an einen gutgläubigen Erwerber weiter. Der Scheinverkäufer oder dessen Gläubiger können nun die Sache von dem gutgläubigen Dritten nicht unter Berufung auf das simulierte Geschäft zurückfordern. Der Veräußerer hat bei dem Erwerber einen Rechtsschein hervorgerufen, auf den sich der Dritterwerber gutgläubig verlassen hat. Der Verkäufer kann sich nur an seinen Vertragspartner des simulierten Kaufs halten, dem er die Sache ohne irgendeine Ermächtigung übertragen hatte. Er kann mit einer Kondiktion die Bereicherung herausverlangen, eventuell sogar Schadenersatz nach Art. 41 OR/TOGB (unerlaubte Handlung) geltend machen.

Dem gutgläubigen Faustpfandgläubiger (Art. 484 ZGB; Art. 464 TZGB) kann die Einrede, daß der materiell an der Sache Berechtigte den Gegenstand nur zum Schein auf den Verpfänder übertragen habe, nicht entgegengesetzt werden.

Demjenigen, der gutgläubig an beweglichen Sachen und Wertpapieren, die sich mit Willen des Schuldners in seinem Besitze befinden, ein Recht erwirbt, steht bis zur Befriedigung seiner Forderung ein Vorenthaltungsrecht zu (Art. 895 ZGB; Art. 864 TZGB).

Gutgläubiger Erwerb ist auch an Grundstücken möglich. Eine simulierte Eigentumsübertragung ist ebenso nichtig wie die simulierte Übertragung sonstiger dinglicher Rechte an einem Grundstück. Durch den Eintrag im Grundbuch wird aber ein Rechtschein gesetzt. Derjenige, der auf einen Eintrag im Grundbuch vertraut und das Eigentum oder ein anderes dingliches Recht an einem Grundstück erworben hat, ist nach Art. 973 ZGB; Art. 931 TZGB geschützt.

Dasselbe gilt auch für den Erwerb beschränkter dinglicher Rechte, wie Grunddienstbarkeiten (Art. 730 ff. ZGB; Art. 703 ff. TZGB), Nutznießung (Art. 745 ff. ZGB; Art. 717 ff. TZGB), Wohnrecht (Art. 776 ff. ZGB; Art. 748 ff. TZGB), Baurecht (Art. 779 ZGB; Art. 751 TZGB), Quellenrecht (Art. 710 ZGB; Art. 683 TZGB), sowie für Grundlasten (Art. 782 ff. ZGB; Art. 754 ff. TZGB) und für Grundpfandrechte (Art. 793 ff. ZGB; Art. 765 ff. TZGB).

Dritte, deren dingliche Rechte nach Art. 975 ZGB; Art. 933 TZGB betroffen sind, müssen hinter dem gutgläubigen Erwerber zurücktreten.

Der Gutglaubenschutz gilt auch im Vertretungsrecht. Wurde die Vollmachtserteilung lediglich simuliert, wirkt sie gutgläubigen Dritten gegenüber wie eine wirksam erteilte[84]. Schließt ein Vertreter zur Täuschung des Vertretenen in Kollusion mit seinem Geschäftspartner ein Scheingeschäft ab, so ist das Geschäft gegenüber dem gutgläubigen Vertretenen

84 Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 166.

gültig, da hier derselbe Grundsatz gilt wie bei der Unbeachtlichkeit der Mentalreservation[85].

Ähnlich dem Grundbuch genießt das Handelsregister öffentlichen Glauben[86]. Eine zum Schein errichtete Gesellschaft kann einem Dritten nicht entgegenhalten, sie beruhe auf einer simulierten Gründung, wenn sie im Handelsregister eingetragen ist und der Dritte auf die Richtigkeit des Eintrags vertraute[87].

bb) Die Spezialregelung des Art. 18 II OR/TOGB

Absatz II des Artikels 18 ist die einzige Stelle im OR und TOGB, an der der Ausdruck Simulation verwendet wird und die einzige Bestimmung, in der der Schutz des guten Glaubens bei simulierten Rechtsgeschäften ausdrücklich erwähnt wird. Gemäß Art. 18 II OR/TOGB kann der Schuldner (*debitor cessus*) dem Dritten, der eine Forderung im Vertrauen auf ein simuliertes schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, nicht entgegenhalten, daß diese Forderung auf einem Scheingeschäft zwischen ihm und dem angeblichen Gläubiger (Zedenten) beruhe. Rechtsfolge des Art. 18 II OR/TOGB ist somit der Ausschluß der Simulationseinrede.

d) Das Scheingeschäft als unerlaubte Handlung gegenüber Dritten

Die Problematik der Schädigung Dritter durch das Scheingeschäft unter deliktischem Aspekt behandelt die Kommentarliteratur zum schweizerischen/türkischen Recht nur

---

85 Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 108; Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 159.

86 S. Art. 37 II des Türkischen Handelsgesetzbuches sowie Art. 930 OR.

87 Gaudy (1927) 61; Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 166.

kursorisch[88]. Im deutschen Recht gehört die Absicht, einen Dritten zu täuschen, nicht zum Tatbestand eines Scheingeschäfts[89]. Hier ist zunächst festzuhalten, daß nicht jede Täuschung unredlichen Zielen dienen muß. So können die Parteien die wahre Sachlage vor unbefugter Neugierde verbergen wollen[90]. Liegt aber eine Schädigungsabsicht gegenüber Dritten vor, so können die Tatbestände der unerlaubten Handlung, so § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB, § 826 BGB eine Schadensersatzpflicht der Simulanten gegenüber Dritten begründen. Welche Anforderungen an die Täuschungsabsicht zu stellen sind, ist umstritten. Nach einer Meinung genügt *dolus eventualis* der Simulanten hinsichtlich der Schädigung Dritter[91]. Die Gegenmeinung faßt die Schädigungsabsicht eng auf. Die Parteien müßten die Schädigung eines konkreten Dritten oder eines bestimmten Kreises Dritter beabsichtigt haben[92]. Der geschädigte Dritte muß hinsichtlich des Scheingeschäfts gutgläubig gewesen sein, darf also den Scheincharakter nicht gekannt haben. Haben hingegen Dritte nur zufällig von der Existenz des simulierten Geschäfts erfahren und ihr Handeln daran ausgerichtet, so sind die Voraussetzungen von §§ 823 II i.V.m. einem Schutzgesetz, 826 nicht erfüllt.

V. Die rechtliche Behandlung des dissimulierten Geschäfts, insbesondere des formmangelhaften Geschäftes

§ 117 II BGB bestimmt: "Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so finden die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung".

---

88 So weisen Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 266 für die Frage eines deliktischen Schutzes nur kursorisch auf Art. 41 OR hin.

89 S. oben S. 124.

90 S. Kallimopoulos (1966) 135.

91 So etwa Kiel (1919) 575; Strobel (1929) 32; Troost (1936) 14.

92 Kroeber (1917) 35; Kallimopoulos (1966) 135.

Nach dieser Vorschrift treten die Rechtsfolgen des von beiden Parteien wirklich gewollten Geschäfts ein, wenn auch alle anderen Voraussetzungen, insbesondere die Formvorschriften, erfüllt sind. Ist die Formvorschrift des gewollten Geschäfts eingehalten, liegt wegen der falschen Bezeichnung eine *falsa demonstratio* vor, § 125 BGB. Dies gilt aber nicht bei einem Scheingeschäft hinsichtlich des verdeckten Geschäftes, da andernfalls die Formvorschriften zu leicht umgangen werden könnten[93]. Die Regel *falsa demonstratio non nocet* kann hier nicht gelten, weil das Scheingeschäft kein wirksames Rechtsgeschäft darstellt. Sinn des § 117 Abs. II BGB ist primär, dem wahren Willen der Parteien Geltung zu verschaffen, als das Scheingeschäft zu sanktionieren. Dies basiert auf dem Grundsatz der Privatautonomie: Es soll von niemandem verlangt werden, alle rechtlich bedeutsamen Handlungen öffentlich vorzunehmen[94].

§ 117 II BGB bestimmt, daß die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung finden. Zuerst ist daher das verdeckte Rechtsgeschäft rechtlich zu qualifizieren. Oft haben die Parteien Urkunden abgefaßt, die die Abwicklung des verdeckten Rechtsverhältnisses auf das Genaueste regeln. Anderenfalls muß man den Willen der Parteien auslegen. Ist die Rechtsnatur des verdeckten Geschäftes ermittelt, wird anhand der nun einschlägigen Normen die Gültigkeit des verdeckten Geschäfts geprüft; es müssen die formellen und materiellen Voraussetzungen des verdeckten Rechtsgeschäfts vorliegen. Die auf den Sachverhalt anzuwendenden Normen werden nicht analog angewandt, sondern direkt[95].

Oft sollen durch simulierte Geschäfte die Formvorschriften für das verdeckte Geschäft umgangen werden; das verdeckte Geschäft ist dann aber wegen Formmangels nichtig. Das gilt in

93 Larenz (1989) 369.
94 Kallimopoulos (1966) 140 ff.
95 Kallimopoulos (1966) 147 ff.

der Regel auch dann, wenn die Formvorschrift für das Scheingeschäft eingehalten sind. Da sich die Formvorschriften auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft beziehen und hauptsächlich dem öffentlichen Interesse dienen, würde eine Übertragung der für das Scheingeschäft geltenden und eingehaltenen Form auf das verdeckte Geschäft den Erfordernisse des öffentlichen Interesses und der Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht genügen[96].

Insbesondere bei Grundstücksgeschäften spielt der Formmangel eine große praktische Rolle. Deshalb soll vorab ein Überblick über die Nichtigkeit wegen Formmangels im schweizerischen/türkischen Recht und im deutschen Recht gegeben werden.

Art. 18 OR/TOGB bestimmt nicht ausdrücklich die grundsätzliche Gültigkeit des dissimulierten Geschäfts. Aus Art. 18 I ergibt sich aber, daß das dissimulierte Geschäft nicht deswegen ungültig ist, weil es hinter einem simulierten Geschäft verborgen ist. Grundsätzlich gilt das dissimulierte Geschäft deswegen, weil es gewollt ist[97]. Es muß aber dennoch allen Anforderungen des Gesetzes hinsichtlich der Form und des Inhalts entsprechen[98].

Das dissimulierte Geschäft kann an verschiedenen Mängeln leiden. Aus dem Einverständnis der Parteien über die Simulation ist nicht unmittelbar abzuleiten, daß sie sich auch über das verborgene dissimulierte Geschäft einig sind. Es kann ein Irrtum oder ein versteckter Dissens vorliegen, oder der dissimulierte Vertrag ist in bezug auf die "*essentialia negotii*" unvollständig und deswegen nichtig. Ferner kann das

---

96 Kallimopoulos (1966) 150.

97 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art.18 OR Rn. 139; Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 182; Gauch (1927) 45; Ehrenzeller (1951) 61 f; Eren (1991) 437; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (1985)412-413; Oğuzman I (1987) 92; Gürsoy/Eren/Cansel (1984) 485.

98 Zürcher Komm. - Jäggi/Gauch Art. 18 OR Rn. 140; Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 182; Aday (1992) 32.

dissimulierte Geschäft wegen Verstoßes gegen zwingendes Gesetz oder die guten Sitten nichtig oder wegen Übervorteilung, Täuschung oder Drohung einseitig unverbindlich sein[99].

Erfüllt das dissimulierte Geschäft nicht die gesetzlichen Formvorschriften, ist es ungültig (Art. 11 II OR/TOGB); daß das simulierte Geschäft formgerecht abgeschlossen ist, spielt hier keine Rolle. Das Beurkundete ist unwirksam, weil es nicht gewollt ist, das Gewollte ist unwirksam, weil es nicht beurkundet ist.

Die Preissimulation beim Grundstückskauf ist in diesem Zusammenhang der wichtigste Fall[100]. Die Parteien eines Grundstückskaufvertrages haben diesen zwar formgerecht öffentlich beurkunden lassen (Art. 216 I, II OR; Art. 213 TOGB), aber zusätzlich eine formlose dissimulierte Preisabrede getroffen, die von dem beurkundeten Preis abweicht. Dabei ist der beurkundete Preis regelmäßig geringer (ausnahmsweise aber auch höher) als der wirklich vereinbarte, weil die Parteien durch die Angabe des niedrigeren Preises Steuer hinterziehen wollen.

---

99 Berner Komm. - Kramer/Schmidlin Art. 18 OR Rn. 183.

100 Zur Preissimulation s. Leemann (1924) 269-270; ders., (1917) 273 ff.

§ 2. Der Formmangel infolge der Simulation

I. Die Rechtsnatur der Formungültigkeit

Formmängel haben die Ungültigkeit des Vertrages zur Folge. Die gesetzlichen Grundlagen für diese Ungültigkeit lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

1) Art. 11 II TOGB/OR

Im schweizerischen/türkischen Obligationenrecht gilt der Grundsatz der Formfreiheit. Art. 11 I OR/TOGB bestimmt ausdrücklich, daß Verträge zu ihrer Gültigkeit keiner besonderen Form bedürfen.

Ist jedoch im Gesetz eine Form bestimmt, führt ihre Nichteinhaltung zur Ungültigkeit des Vertrages; Art. 11 II OR/TOGB: "Ist über Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages ab"[101].

2) Art. 634 I TZGB; Art. 657 I ZGB

Art. 657 I ZGB lautet:

"Der Vertrag auf Eigentumsübertragung bedarf zu seiner Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung."

---

101 Art. 11 I, II lautet folgendermaßen: "Akdin sıhhati kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir.
Kanunun emrettiği şeklin şümul ve derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmadıkça sahih olmaz".

Aus Art. 657 I ZGB ergibt sich nur, daß die Verletzung der Formvorschrift die "Unverbindlichkeit" bewirkt. Die "Unverbindlichkeit" gemäß Art. 657 I ZGB entspricht dem Begriff der "Ungültigkeit" im Art. 216 I OR[102]. Der dem Art. 657 I ZGB entsprechende Art. 634 I TZGB wurde anders formuliert: Hier bewirkt die Verletzung der Formvorschrift nicht die "Unverbindlichkeit", sondern die "Ungültigkeit" des Vertrages[103].

3) Art. 213 I TOGB; Art. 216 I ZGB

Neben der allgemeinen Regel Art. 634 I TZGB; Art. 657 I ZGB, enthalten das TOGB und OR noch eine spezielle Vorschrift für Kaufverträge, Art. 213 I TOGB; Art. 216 I OR:

"Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstand haben, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung."

Der Formmangel bewirkt also die Ungültigkeit. Es bleibt unklar, ob mit der Ungültigkeit "Nichtigkeit" (wie im deutschen Recht) oder "Ungültigkeit" (wie im österreichischen Recht) gemeint ist. § 1432 ABGB bestimmt ganz allgemein, daß Zahlungen auf eine Schuld, die nur aus Mangel der Förmlichkeiten unwirksam sei, nicht zurückgefordert werden könnten[104]. Hieraus ergibt sich, daß nach dem ABGB die absolute Nichtigkeit als Folge der Verletzung einer Formvorschrift nicht in Frage kommt. Vielmehr gelangt trotz des Formmangels eine *obligatio naturalis* zur Entstehung. Bevor auf den Meinungsstreit im schweizerisch/türkischen

---

102 Kellerhals (1952) 19.

103 Mülkiyeti nakleden akitler resmi şekilde yapılmadıkça muteber olmazlar.

104 S. § 1432 ABGB: Doch können Zahlungen einer verjährten, oder einer solchen Schuld, welche nur aus Mangel an Förmlichkeiten ungültig ist, oder zu deren Eintreibung das Gesetz bloß das Klagerecht versagt, ebensowenig zurückgefordert werden, als wenn jemand eine Zahlung leistet, von der er weiß, daß er sie nicht schuldig ist.

Recht eingegangen sei, sei noch die Regelung des § 125 BGB dargestellt.

4) § 125 BGB

Gemäß § 125 BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn es der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt. Diese Vorschrift bezweckt vor allem, die Parteien vor Übereilung zu bewahren und die Rechtssicherheit (Abschlußklarheit, Inhaltsklarheit, Beweissicherung, Vermeidung oder Vereinfachung von Prozessen) zu gewährleisten[105].

Ein formwidriger Vertrag kann gem. § 125 BGB keinerlei Rechtswirkung entfalten, insbesondere läßt sich aus ihm kein Erfüllungsanspruch ableiten. Hat sich eine Partei auf die Gültigkeit des (obligatorischen) Vertrages verlassen, stehen ihr, je nach Gestaltung der Sachlage im Einzelfall, Ansprüche aus Bereicherungsrecht oder Schadenersatzansprüche zur Verfügung. Nach Coing[106] wohnt § 125 BGB eine gewisse Starrheit inne, denn sie berücksichtigt nicht den Zweck, den der Gesetzgeber mit der einzelnen Formvorschrift verbunden hat. Bei rechtspolitischer Betrachtungsweise spielt aber gerade die Unterscheidung nach dem jeweiligen Zweck eine wichtige Rolle. Eine Formvorschrift ist anders zu beurteilen, wenn ihr Zweck nur darin besteht, die Parteien eines Verfügungsgeschäftes zu warnen, als wenn in erster Linie die Interessen Dritter geschützt werden sollen. Den gesetzlich vorgesehenen Heilungsmöglichkeiten für formnichtige Grundstücksgeschäfte kommt daher große Bedeutung zu[107].

105 Heldrich (1941) 89, 91 ff.; Coing (1965) 29.

106 Coing (1965) 32.

107 S. dazu unten S. 174-175.

II. Die Theorien zur Folge der Formungültigkeit im schweizerischen bzw. türkischen Recht

Zu der Frage, was mit "Ungültigkeit" gemeint ist, werden hauptsächlich zwei Meinungen vertreten: die absolute Nichtigkeit bzw. die Ungültigkeit sui generis.

Nach der herrschenden Lehre ist mit der sich aus der Verletzung der Formvorschrift ergebenden "Ungültigkeit" die absolute Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gemeint[108]. Die von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen begründen für keine Partei irgendeine vertragliche Berechtigung oder Verpflichtung.

Daneben vertreten verschiedene Autoren die Theorie der Ungültigkeit sui generis. Ihrer Meinung nach bewirkt die Verletzung der Formvorschrift keineswegs die absolute Nichtigkeit des Geschäftes, sondern nur dessen relative Ungültigkeit. Ungültigkeit unterscheidet sich von der absoluten Nichtigkeit dadurch, daß die erstere der Geltendmachung bedarf und nicht vom Richter von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Beide Theorien werden im folgenden näher dargestellt.

1) Die Theorie der absoluten Nichtigkeit

a) Wirkungen unter den Parteien

Der Begriff der Nichtigkeit schließt bei einem formnichtigen Grundstückskaufvertrag die Klage auf Zusprechung des Eigentums am Grundstück gemäß Art. 665 I ZGB (Art.

108 Berner Komm. - Leemann Art. 657 ZGB Rn. 46; Berner Komm. - Beck Art. 55 OR Rn. 30-49; Guhl (1991) 118; Becker I (1941) zu Art. 11 Rn. 8; v. Tuhr/Peter (1979) 237; Müller (1938) 27.

634 I TZGB) aus. Ferner kommt keine Klage auf Nachholung der erforderlichen Form in Frage[109].

Erbringen die Parteien auf Grund des formnichtigen Vertrages bestimmte Leistungen, z.B. Besitzübergabe am Grundstück, ganze oder teilweise Bezahlung des Kaufpreises, so mangelt es an einem gültigen Rechtsgrund dafür und sie können deshalb als ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 61 TOGB; Art. 62 OR) zurückgefordert werden[110]. Erfolgt auf Grund des formnichtigen Grundstückkaufvertrages die Grundbucheintragung, so ist die Eintragung unrichtig, und durch die Grundbuchberichtigungsklage kann die Berichtigung der Eintragung verlangt werden[111].

Da nach der Nichtigkeitstheorie von Anfang an kein gültiger Vertrag zustande gekommen ist, entfaltet der Vertrag *ipso iure* nicht die beabsichtigten rechtlichen Wirkungen, so daß es einer Anfechtung durch die Parteien bedarf[112]. Richtige Klageart wäre dann die Feststellungsklage[113], möglicherweise in Verbindung mit einer Leistungsklage, wenn gleichzeitig Leistungen zurückgefordert werden, die auf Grund des nichtigen Vertrages bereits erbracht wurden. Will eine Partei den formnichtigen Vertrag nicht gelten lassen, braucht sie keine Feststellungsklage anzustrengen; sie kann darauf warten, daß die andere Partei Erfüllungsklage erhebt, und dieser Erfüllungsklage die Formnichtigkeit des Vertrages entgegenhalten[114].

---

109 Berner Komm. - Leemann Art. 657 ZGB Rn. 47, 133; Becker I (1941) zu Art. 11, Rn. 14, 58; Berner Komm. - Beck Art. 55 ZGB Rn. 49, 31, Müller (1938) 21; Kellerhals (1952) 45, Paoletto (1973) 97.

110 Berner Komm. - Leemann Art. 657 ZGB Rn. 54, 134; 91; Becker I (1941) zu Art. 11, Rn. 9, 56; Berner Komm. - Beck Art. 55 ZGB Rn. 49, 31; Müller (1938) 21; Kellerhals (1952) 44; Paoletto (1973) 102.

111 Zum Einwand des Rechtsmißbrauches s. unten S. 168 ff.

112 Vgl. v. Tuhr/Peter (1979) 225 Fn. 20.

113 v. Tuhr/Peter (1979) 226.

114 v. Tuhr/Peter (1979) 214.

Die Nichtigkeit ist vom Richter von Amts wegen zu beachten. Der Grundbuchverwalter muß auch von Amts wegen die Nichtigkeit berücksichtigen, wenn er bei der Prüfung des zur Eintragung angemeldeten Grundstückkaufvertrages den Formmangel bemerkt[115].

b) Die Wirkungen gegenüber Dritten

Da die Nichtigkeit absolut ist, wirkt sie auch Dritten gegenüber. Jedermann kann einem Dritten, der aus dem nichtigen Vertrag Rechte ableiten will, die Nichtigkeit entgegenhalten. Dritte, deren Interessen durch den formnichtigen Vertrag berührt werden, können die Nichtigkeit dieses Vertrages auch selbst sowohl gegenüber den Vertragsparteien als auch gegenüber am Vertrag nicht beteiligten Personen[116] geltendmachen[117].

2) Die Theorie der relativen Ungültigkeit

a) Die Wirkungen unter den Parteien

Die Theorie der Ungültigkeit *sui generis* führt zunächst zu den gleichen Ergebnissen. Keine Partei kann von der anderen Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Jede Partei ist berechtigt, der Erfüllungsklage der anderen Partei den Formmangel entgegenzuhalten. Die Parteien können auch keine Klage auf Herstellung der vom Gesetz vorgeschriebenen Form erheben. Erfolgt trotz der Formnichtigkeit des Grundstückkaufvertrages die Grundbucheintragung, so ist die Eintragung unrichtig, und durch die

115 Berner Komm. - Leemann Art. 657 ZGB Rn. 57; v. Tuhr/Peter (1979) 214; Berner Komm. - Beck Art. 55 ZGB Rn. 49, 31.

116 Kellerhals (1952) 49.

117 v. Tuhr/Peter (1979) 226.

Grundbuchberichtigungsklage kann die Berichtigung der Eintragung verlangt werden (unter Vorbehalt des Rechtserwerbs durch gutgläubige Dritte, Art. 973 ZGB, Art. 931 TZGB).

Leistungen, die auf Grund des formwidrigen Vertrages erbracht werden, unterliegen der Rückforderung nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 61 TOGB; Art. 62 OR)[118].

Die Ungültigkeit *sui generis* unterscheidet sich aber von der absoluten Nichtigkeit dadurch, daß sie der Geltendmachung bedarf, sei es durch Verweigerung der Erfüllung, durch Einrede gegen die Erfüllungsklage oder als Ungültigkeitsklage im Sinne der Feststellungsklage[119]. Nur eine der Parteien kann sich auf die Ungültigkeit des Vertrages berufen. Der Richter muß die Ungültigkeit nicht von Amts wegen berücksichtigen, solange nicht eine Partei den Formmangel geltend macht. Der Grundbuchverwalter, der den Formmangel entdeckt, ist aber verpflichtet, von Amts wegen die Ungültigkeit wegen des Formmangels zu berücksichtigen[120].

b) Die Wirkungen unter Dritten

Die Ungültigkeit des formwidrigen Vertrages wirkt zwar Dritten gegenüber, bedarf jedoch der Geltendmachung[121]. Der gutgläubige Rechtserwerb wird nicht gemäß Art. 933

---

118 Zürcher Komm. - Haab Art. 657 ZGB Rn. 36; Kellerhals (1952) 47; Paoletto (1973) 107. Zur Frage einer Heilung s. unten S. 159 f.

119 Zürcher Komm. - Haab Art. 657 ZGB Rn. 34; Kunz (1928) 132; Herz (1934) 194; Guhl (1991) 119.

120 Kunz (1928) 132; Kellerhals (1952) 48.

121 Zürcher Komm. - Haab Art. 657 ZGB Rn. 34; Kunz (1928) 132; Herz (1934) 194.

TZGB; Art. 975 ZGB berührt[122]. Dritte selbst können die Ungültigkeit des Vertrages nicht geltend machen[123].

3) Die Theorie Schmidlins

Nach der Ansicht von Schmidlin[124] sind formungültige Verträge als "unvollkommene Schuldverhältnisse", als "Naturalobligationen" zu behandeln. Nach der allgemeinen Regel des Art. 11 I OR gelte der Grundsatz der Formfreiheit, eine besondere Form bedürfe ausdrücklicher gesetzlicher Anorndung. Zweck der Formvorschriften sei der Schutz der Parteien vor sich selbst. Zwar dienten die Formvorschriften den Parteiinteressen, jedoch bedeute dies nicht, daß diese auch frei darüber disponieren könnten. Die Formvorschrifen dürften nicht dazu dienen, rechtsmißbräuchliche Verhaltensweisen der Parteien zu schützen. Art. 11 I OR werde durch Art. 2 ZGB begrenzt. Das formungültige Geschäft sei daher nicht als *negotium nullum*, das überhaupt nicht bestehe, sondern als *negotium invalidum* anzusehen. Letzeres existiere, gelte aber wegen des Formmangels nicht[125]. Formvorschriften hätten keinen Einfluß auf den Geschäftswillen der Parteien. So gelangt Schmidlin zu einer Unterscheidung von materieller Ungültigkeit und Formungültigkeit. Das formungültige Geschäft entspräche - inhaltlich betrachtet - einem vollen Vertrage, gelte aber wegen der übergeordneten Formvorschrift nicht. Daher sei es als *obligatio naturalis* anzusehen[126]. Diese Lösung würde auch zu einer leichteren Handhabung von Art. 11 OR führen. Schmidlin unterscheidet sodann die

---

122 Zürcher Komm. - Haab Art. 657 ZGB Rn. 36; Kellerhals (1952) 49.

123 Zürcher Komm. - Haab Art. 657 ZGB Rn. 34-40; Kunz (1928) 132; Herz (1934) 193-194; Kellerhals (1952) 49.

124 (1990) 233 ff.

125 S. Schmidlin (1990) 234 mit weiteren Literaturangaben.

126 Nähere Ausführungen zur *obligatio naturalis* bei Schmidlin (1990) 235 ff.

Rechtsvorlage vor und nach der Erfüllung durch eine Partei. Die Rechtslage vor der Erfüllung entspricht auch nach Schmidlin im Ergebnis der der klassischen Nichtigkeitstheorie[127]. Bei beidseitiger freiwilliger und irrtumsfreier Erfüllung könne keine der Parteien ihre Leistung unter Hinweis auf den Formmangel zurückfordern. Bei nur einseitiger Erfüllung durch eine Vertragspartei kann diese, da nur eine *naturalis obligatio* zugrundeliegt, von der Gegenseite nicht die Erbringung ihrer Leistung verlangen. Abweichungen von diesem Grundsatz will Schmidlin nur in Fällen der Arglist zulassen. Hier soll aufgrund der allgemeinen Deliktsvorschrift Art. 41 I OG der Gegenseite ein Schadensersatzanspruch zustehen. Ein arglistiges Verhalten einer Seite sieht Schmidlin in drei Fällen gegeben. Einmal sei Arglist zu bejahen, wenn eine Partei bereits mit der Erfüllung begonnen habe und nunmehr weitere Leistungen verweigere, obwohl beide Seiten sich über die freiwillige Erfüllung einig seien[128]. Außerdem läge sie in den Fällen vor, in denen eine Partei die andere über Formvorschriften täusche, um unter Berufung auf die Formvorschrift der eigenen Leistung zu entziehen sowie dann, wenn eine Partei die andere über ihre freiwillige Erfüllungsbereitschaft täusche[129]. Schmidlin betont, daß es sich in diesen Fällen weder um eine Unbeachtlichkeit des Formmangels aufgrund Rechtsmißbrauchs noch um eine Heilung des formungültigen Vertrages handelt. Vielmehr sei aufgrund der Deliktsnorm des Art. 41 OR der getäuschte Vertragspartner so zu stellen, wie wenn ihn die andere Seite nicht getäuscht hätte[130]. Diese Ausführungen Schmidlins betreffen Formvorschriften, die einzig den Schutz der beteiligten Parteien bezwecken. Steht die Verletzung von Formvorschriften in Frage, die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit wahren wollen, so ging Schmidlin früher davon

127 Schmidlin (1990) 240.

128 S. Schmidlin (1990) 246.

129 Schmidlin (1990) 250.

130 Schmidlin (1990) 249.

aus, daß hier eine teleologische Reduktion der Formvorschriften ausgeschlossen sei[131]. Nunmehr will Schmidlin zumindest für den formungültigen Grundstückskauf die oben geschilderten Grundsätze anwenden[132].

Im Ergebnis zeigt die Theorie von Schmidlin keinen großen Unterschied zu den Nichtigkeitstheorien. Ein formungültiger Grundstückskaufvertrag begründet nach allen drei Theorien keinen klagbaren Erfüllunganspruch. Dies ist nach Schmidlin und der absoluten Nichtigkeitstheorie (die Ansicht des Bundesgerichts) von Amtes wegen zu beachten, nach der Ungültigkeitstheorie bedarf es der Geltendmachung.

4) Die Theorie v. Bürens

Die Theorie v. Bürens[133], entspricht im wesentlichen der Ungültigkeitstheorie. Der formungültige Vertrag erzeugt keine klagbaren Erfüllungsansprüche; dies ist nicht von Amts wegen zu berücksichtigen, sondern bedarf der Geltendmachung, bewirkt aber immerhin sittliche Pflichen, die gültig erfüllbar sind, Art. 63 II OR; Art. 62 II TOGB[134]. Erbrachte Leistungen können somit nicht zurückgefordert werden, wenn beide Parteien erfüllt haben. Im Falle einseitiger Erfüllung ist hingegen die Rückforderbarkeit trotz Art. 63 II OR möglich (*condictio causa data non secuta*)[135].

Anders als die Nichtigkeitstheorien begründet v. Büren den Ausschluß der Rückforderbarkeit mit Art. 63 II OR, nicht mit

---

131 S. Berner Komm. - Schmidlin Art. 11 OR Rn. 112 - 115 mit Hinweis auf den formpflichtigen Grundstückskauf.

132 S. Schmidlin (1990) 242.

133 (1964) 145.

134 Art. 63 II OR; Art. 62 II TOGB: "Ausgeschlossen ist die Rückforderung, wenn die Zahlung für eine verjährte Schuld oder in Erfüllung einer sittlichen Pflicht geleistet wurde".

135 v. Büren (1964) 147 f.

Art. 2 II ZGB[136]. Nach v. Büren ist der formungültige Grundstückskaufvertrag letztlich nur beschränkt ungültig, läßt er doch immerhin unvollkommene Obligationen entstehen.

Der Ansatz v. Bürens sieht sich mehreren Einwänden ausgesetzt. So spricht Art. 63 II OR von der "Erfüllung einer sittlichen Pflicht". Hierunter sind Verpflichtungen außerhalb einer rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Pflicht zu verstehen, wie etwa eine Unterstützungspflicht naher Verwandter jenseits der durch Art. 328 ZGB gezogenen Grenzen[137]. Zwar ist nicht von vornherein ausgeschlossen, die "sittliche Pflicht" auch auf Leistungen in Erfüllung mangelhafter Verträge anzuwenden. Das Gesetz trifft jedoch in den Fällen, in denen aus Verträgen unvollkommene Obligationen entstehen, jeweils spezielle Anordnungen (Art. 243 III, 416, 513 OR). Diese wären überflüssig, wenn in den betreffenden Fällen sowieso bereits Art. 63 II OR zur Anwendung käme. Eine Einbeziehung unvollkommener Verbindlichkeiten unter Art. 63 II OR ist daher abzulehnen[138].

III. Die Heilung des Formmangels beim Grundstückskauf

1) Auf Grund der Nichtigkeitstheorie

a) Das Kausalitätsprinzip

Im schweizerischen/türkischen Recht beruht die Eigentumsübertragung auf dem Kausalitätsprinzip. Neben der Eintragung muß also noch ein wirksames Kausalgeschäft vorliegen, während das deutsche Recht neben der Eintragung eine abstrakte Einigung über die Eigentumsübertragung verlangt und vom zugrundeliegenden Kausalverhältnis ganz

136 S. v. Büren (1964) 147.

137 S. v. Tuhr/Peter (1979) 34.

138 S. dazu Koller (1989) Rn. 260.

absieht[139]. Der Veräußerungsvertrag gibt dem Erwerber im schweizerischen/türkischen Recht gegenüber dem Eigentümer einen Anspruch auf Eintragung[140]. Bei Verweigerung seitens des Eigentümers muß der Erwerber nicht auf die Abgabe des Eintragungsantrages klagen. Vielmehr kann er unmittelbar die gerichtliche Zusprechung des Eigentums verlangen. Das Gericht überträgt dann im Wege eines Gestaltungsurteils das Eigentum am Grundstück, unabhängig von der Eintragung im Grundbuch.

Nach dem Kausalitätsprinzip erfordert die Eintragung, die das Eigentum begründen soll, einen gültigen Rechtsgrund. Ist kein gültiger Grundstückkaufvertrag vorhanden, ist die Grundbucheintragung unrichtig und unwirksam (Art. 932 II TZGB, Art. 974 II ZGB), sie ist auch nicht heilbar. Der Veräußerer ist Eigentümer geblieben und kann nach Art. 933 TZGB; Art. 975 ZGB auf Berichtigung der Eintragung[141] gegen den "Erwerber" und gegen jeden weiteren Erwerber, der den Mangel des Rechtsgrundes kannte oder kennen mußte, klagen (Art. 932 I TZGB; Art. 974 I ZGB)[142].

b) Die Heilung der Formnichtigkeit

Fraglich ist, ob nach der Nichtigkeitstheorie eine Heilung des Formmangels überhaupt möglich ist. Ein von Anfang an nichtiges Geschäft bleibt grundsätzlich ständig nichtig und ist deswegen nicht heilbar, auch nicht durch Erfüllung. Heilung

---

139 v. Tuhr (1921) 48 ff.; Lau (1972) 57.

140 S. Art. 642 I TZGB: Der Erwerber, der das Recht hat, eine Sache durch einen Grund wie Schenkung zu erwerben, hat einen persönlichen Anspruch auf Eintragung. Das ZGB hat im Art. 655 I das Kausalitätsprinzip deutlicher formuliert: "Der Erwerbsgrund gibt dem Erwerber gegen den Eigentümer einen persönlichen Anspruch auf Eintragung und bei Weigerung des Eigentümers das Recht auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums.

141 Diese Klage entspricht dem Berichtigungsanspruch des § 894 BGB.

142 Kellerhals (1952) 62; Paoletto (1973) 98.

setzt ein lediglich unvollkommenes und damit auch heilbares Rechtsgeschäft voraus[143].

Ist das Grundgeschäft nichtig und als Folge davon die Eigentumsübertragung unwirksam, kann der Erwerber kein Eigentum erlangen. Wenn der Veräußerer die Rückübertragung wegen Verstoßes gegen Art. 2 II ZGB/TZGB[144] aber nicht durchsetzen kann, bleibt das Grundstück als im Eigentum des Erwerbers stehend im Grundbuch eingetragen, aber der Kaufvertrag ist nichtig und die Eintragung ungerechtfertigt. Der Veräußerer bleibt weiterhin Eigentümer des Grundstückes, kann aber nicht auf Grundbuchberichtigung klagen, weil ihm die Einrede des Rechtsmißbrauches entgegensteht und nach der beiderseitigen Erfüllung die Formzwecke unbeachtlich sind. Dies würde zu einer dauernde Unrichtigkeit des Grundbuches führen. Dagegen kann sich jeder Dritte auf den Formmangel berufen, und der Richter hat diesen Formmangel von Amts wegen zu berücksichtigen. Der Erwerber erlangt kein Eigentum, wenn ihm der gute Glaube fehlt, was sich besonders im Fall der Simulation auswirkt[145].

Eine Heilung der Formnichtigkeit durch beidseitige Erfüllung ist hier nicht möglich, und daher ist das Ergebnis unbefriedigend[146]. Wenn die Parteien einen formungültigen Vertrag abgewickelt haben, ist davon auszugehen, daß sie diesen Vertrag aufrechterhalten wollen.

---

143 So Kellerhals (1952) 68.

144 S. unten S. 160 f.

145 BGE 50 II 149; Kellerhals (1952) 70, Fn. 23.

146 Berner Komm. - Meier-Hayoz Art. 657 ZGB Rn. 133; Kellerhals (1952) 72.

2) Auf Grund der Ungültigkeitstheorie

Die Anhänger der Ungültigkeitstheorie vertreten die Meinung, daß die Eintragung des Kaufvertrages ins Grundbuch keine heilende Wirkung haben kann, weil die Grundbucheintragung nach schweizerischem/türkischem Recht von der Gültigkeit des Grundgeschäftes abhängt[147]. *De lege ferenda* ist aber denkbar, daß die materielle Leistung, also die tatsächliche Erfüllung des Kaufvertrages durch Besitzübertragung und Verschaffung der Nutzung der Kaufsache, schon die Heilung des Formmangels herbeizuführen vermag[148]. Aber *de lege lata* kann der Formmangel durch die Erfüllung nicht geheilt werden, weil eine dem § 313 II BGB entsprechende Bestimmung im schweizerischen Recht fehlt[149]. Hier ist daher das Rechtsmißbrauchverbot des Art. 2 II ZGB einschlägig, wonach der Formfehler nur dann geheilt werden kann, wenn die Berufung ihn rechtsmißbräuchlich ist[150]. Wird der formungültige Vertrag von beiden Parteien freiwillig erfüllt, tritt die Heilung des Formmangels ein. Eine Berufung auf den Formmangel verstößt gegen Treu und Glauben[151]. Die Formzwecke - Schutz und Sicherung - sind solange von Bedeutung, wie die rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen nicht erfüllt worden sind, danach stellt die Berufung auf den Formmangel einen Rechtsmißbrauch dar[152].

Im Ergebnis läßt sich also festhalten, daß eine Heilung der Formungültigkeit nur unter Berücksichtigung des Rechtsmißbrauchsverbot nach der Ungültigkeitstheorie möglich ist.

---

147 Zürcher Komm. - Haab Art. 657 ZGB Rn. 37; Kunz (1928) 133, Herz (1934) 195.

148 Kunz (1928) 135; er beruft sich dabei auf Reichel AcP 104, 33.

149 Herz (1934) 194.

150 Kunz (1928) 137; Zürcher Komm. - Haab Art. 657 ZGB Rn. 37; Herz (1934) 194; Berner Komm. - Meier-Hayoz Art. 657 ZGB Rn. 131.

151 Berner Komm. - Merz Art. 2 II ZGB Rn. 468.

152 Berner Komm. - Merz Art. 2 II ZGB Rn. 466; Berner Komm. - Meier-Hayoz Art. 657 ZGB Rn. 132; Kellerhals (1952) 75.

Zu einem Dilemma führt dagegen die Nichtigkeitstheorie, nach der der formungültige Vertrag für nichtig erklärt und so der im Grundbuch eingetragene Erwerber nie Eigentümer werden kann[153]. Die Ungültigkeit hingegen bedarf lediglich der Geltendmachung. Im Gegensatz zur Nichtigkeit steht bei der bloßen Ungültigkeit Dritten kein Recht zur Geltendmachung des Formmangels zu. Der Richter hat auch die Ungültigkeit von Amts wegen nicht zu berücksichtigen. Nicht zuletzt kann dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnommen werden, daß der Gesetzgeber die absolute Nichtigkeit gewollt hat[154].

IV. Der Konflikt zwischen der Formnichtigkeit und dem Verbot des Rechtsmißbrauchs

1) Im schweizerischen/türkischen Recht

a) Das Verbot des Rechtsmißbrauchs

Art. 2 II ZGB lautet: "Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Mißbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz".

Wie oben aufgezeigt, kann die Geltendmachung des Formmangels in Konflikt mit dem in Art. 2 II ZGB/TZGB niedergelegten Prinzip von Treu und Glauben treten, d.h., die Berufung auf den Formmangel kann einen Rechtsmißbrauch darstellen. Fraglich ist aber, wann bereits ein "offenbarer Mißbrauch" gem. Art. 2 II ZGB vorliegt.

---

153 s. oben S. 156 f.

154 Berner Komm. - Meier-Hayoz Art. 657 ZGB Rn. 131; Kellerhals (1952) 75.

Das TZGB hat das Rechtsmißbrauchverbot anders formuliert. Gemäß Art. 2 II TZGB "findet der Mißbrauch eines Rechtes, der jemandem Schaden zufügt, keinen Rechtsschutz"[155].

Das Rechtsmißbrauchverbot gilt im gesamten Privatrecht, d.h., überall dort, "wo subjektive Rechte in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise ausgeübt werden, ist die Berufung auf den Rechtsmißbrauch gegeben"[156].

Art. 2 II ZGB soll "scheinbares" Recht von "wirklichem" Recht unterscheiden und versagt den Schutz demjenigen Recht, das bloß "bei rein äußerlicher Betrachtung vorhanden wäre, aber doch bei tieferer Erfassung der subjektiven Berechtigung materiell nur in dem Sinne der Überschreitung vorhanden ist"[157].

Weil der Begriff des Rechtsmißbrauchs nicht näher umschrieben wird, haben Lehre und Rechtssprechung versucht, die möglichen Mißbrauchsfälle zu konkretisieren, z.B. Zweckwidrigkeit, Interessenlosigkeit[158] oder Fallgruppen zu bilden, z.B. "die unzulässige Berufung auf Formungültigkeit", die besonders bei der Simulation eine wichtige Rolle spielt[159].

Art. 2 II ZGB erfordert keine böse Absicht, der objektive Tatbestand des Mißbrauchs ist genug[160]. Maßgebend ist dabei,

---

155 S. unten S. 180.

156 BGE 72 II 42.

157 Huber, StenBull NR 1906 1073, zitiert bei Berner Komm. - Merz Art. 2 II ZGB Rn. 21.

158 Berner Komm. - Merz Art. 2 II ZGB Rn. 50; Zürcher Komm. - Egger Art. 2 II ZGB Rn. 20, 32.

159 Solche Konkretisierungsversuche finden nicht überall Beifall. Der Rechtsmißbrauch dient dazu, die Besonderheiten jedes einzelnen Falles zu berücksichtigen, die Fallgerechtigkeit zu gewährleisten. Um diesen Zweck zu verwirklichen muß man vermeiden, die Rechtsmißbrauchsnorm zu schablonisieren; Serozan (1968) 109; vgl. auch Berner Komm. - Merz Art. 2 II ZGB Rn. 45, 58.

160 Tuor/Schneider (1986) 47; Paoletto (1973) 147-148.

ob im konkreten Fall die Rechtsnorm zweckwidrig verwendet wird, d.h., in Verfolgung nicht der ihr innewohnenden, sondern ganz anderer, fremder Zwecke (vor allem für eine "nutzlose" Handlung in schädigender Absicht)[161].

Der Richter muß von Amts wegen beachten, ob ein Rechtsmißbrauch vorliegt.

b) Die rechtliche Folgen des Formmangels

Die Rechtsfolgen des Formmangels sind für vier Fälle getrennt zu erörtern: Vor der Erfüllung; nach beidseitiger gänzlicher Erfüllung; nach einseitiger gänzlicher Erfüllung; der Fall, in dem eine Partei vollständig, die andere teilweise erfüllt hat.

aa) Vor der Erfüllung

Nach schweizerischem Recht ist die Berufung auf Formmängel bei noch nicht abgewickelten Verträgen nicht rechtsmißbräuchlich[162]. Grundsätzlich ist aber der Verkäufer nicht zur Übertragung des Eigentums am Grundstück und der Käufer nicht zur Bezahlung des Kaufpreises verpflichtet. Auch vertragliche Nebenverpflichtungen entstehen nicht. In fast allen Fällen hat das Bundesgericht die Erfüllungsansprüche (bzw. Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung), die sich auf einen formungültigen Vertrag stützten, abgewiesen und dabei den Standpunkt der Partei, die den Formmangel bzw. die Ungültigkeit des Vertrages gem. Art. 11 II geltend gemacht hat, als nicht rechtsmißbräuchlich bezeichnet[163]. In einer einzigen Entscheidung hat das Bundesgericht die Berufung auf Rechtsmißbrauch zugelassen und ein noch nicht erfülltes,

---

161 Berner Komm. - Merz Art. 2 II ZGB Rn. 344.

162 Berner Komm. - Merz Art. 2 II ZGB Rn. 496-499; Berner Komm. Kramer/Schmidlin Art. 11 OR Rn. 119, 124; Bucher (1975) 66 ff.

163 S. als Beispiele nur BGE 42 II 154; BGE 90 II 24.

formbedürftiges Rechtsgeschäft als rechtswirksam betrachtet[164].

Ebenso gibt es auch keinen Anspruch auf Herstellung der gesetzlich vorgeschriebenen Form[165]. Wenn die Parteien gezwungen wären, die Form nachzuholen, würde der formungültige Vertrag mittelbar Erfüllungsansprüche verschaffen, was nach übereinstimmender Meinung ausgeschlossen sein soll[166].

Schadenersatz wegen Nichterfüllung entfällt deswegen, weil derjenige, der sich auf die Unverbindlichkeit des Vertrages beruft und sich so dem Vollzug widersetzt, keine Vertragsverletzung begeht[167].

Dennoch kann das Recht der Vertragsparteien, sich auf den Formmangel zu berufen und die Vertragserfüllung abzulehnen, - wie jedes andere Recht - mißbraucht werden. Ist der Mißbrauch "offenbar", d.h. "klar, in die Augen springend"[168], findet er nach Art. 2 II ZGB "keinen Rechtsschutz"[169]. Da aus der Bestimmung weder die Voraussetzungen, unter denen ein rechtsmißbräuchliches Verhalten anzunehmen ist, noch eine genauere Umschreibung der Rechtsmißbrauchsfolgen ersichtlich sind, sollen sie näher dargestellt werden.

"Wer einen Vertrag wegen Formmangels nicht gelten lassen will, missbraucht das Recht nur, wenn seine Haltung wegen besonderer Umstände offensichtlich gegen Treu und Glauben

---

164 BGE 77 II 164; der komplizierte Fall spielt im Versicherungsrecht, es sei hier nur auf die ausführliche Darstellung bei Bucher (1975) 69 verwiesen.

165 Zürcher Komm. - Haab Art. 657 ZGB Rn. 36.

166 Berner Komm. - Merz Art. 2 ZGB Rn. 496; Koller (1989) Rn. 232.

167 Beispielsweise BGE 58 II 366, 68 II 236, 90 II 33, vgl. ferner 95 II 42 f. und 84 II 636 f; Berner Komm. - Meier/Hayoz Art. 657 ZGB Rn. 136.

168 Tuor/Schneider (1986) 50.

169 Tuor/Schneider (1986) 48.

verstößt"[170]. Als solche besonderen Umstände käme arglistiges Verhalten "anläßlich der Beurkundung ... oder der vorausgegangenen Verhandlungen" einer Partei in Frage[171], so daß die Berufung auf den Formmangel rechtsmißbräuchlich wäre[172].

Die Partei muß ihre Berufung auf den Formmangel nicht mit dem Zweck der Formvorschrift rechtfertigen. Nach den Entscheidungen des Bundesgerichts ist jedes Interesse, "sich auf den Formmangel zu berufen"[173], grundsätzlich schutzwürdig. Daher ist es unerheblich, ob sich die Verkäuferin eines Grundstücks "auf den Formmangel beruft, weil sie die Liegenschaft überhaupt nicht veräußern will oder weil sie ... durch anderweitigen Verkauf mehr aus ihr lösen kann"[174].

Die Rechtssprechung fand Zustimmung in der Lehre. "Auch wenn eine Schutzfunktion oder überhaupt ein sachlicher Sinn der Formvorschrift im Einzelfall nicht zu ersehen ist, muß diese, um nicht generell unwirksam zu sein, angewendet werden"[175]. Die Normierung von Formvorschriften stellt in jedem Fall "eine Entscheidung zugunsten der Rechtssicherheit und gegen die Möglichkeit der Wahrung der Gerechtigkeit in allen Fällen" dar[176]. Nur bei Vorliegen "besonderer Umstände", wie das Bundesgericht sagt,

---

170 BGE 86 II 261.

171 BGE 90 II 27; Koller (1989) Rn. 234.

172 Berner Komm. - Merz Art 2 II ZGB Rn. 496 ist der Meinung, daß Rechtsmißbrauch beim nicht erfüllten Vertrag von vornherein ausgeschlossen ist: "Wenn bejaht würde, daß die Berufung auf den in Kauf genommenen oder absichtlich herbeigeführten Formmangel im noch nicht erfüllten Vertrag rechtsmissbräuchlich sei, müßte Art. 2 ZGB den Erfüllungsanspruch vermitteln".

173 BGE 86 II 262.

174 BGE 86 II 262.

175 So Bucher (1975) 70; Merz (1988) Rn. 341; Koller (1989) Rn. 237.

176 Berner Komm. - Liver Art. 1-10 ZGB Rn. 112.

darf Art. 2 II ZGB Anwendung finden[177]. Wenn sich eine Vertragspartei nicht an ihr - in mangelhafter Form abgegebenes - Versprechen hält, liegt darin noch kein Rechtsmißbrauch, die Partei verstößt aber "gegen Anstand und Loyalität"[178]. Andernfalls hätten die Formvorschriften nur noch die Bedeutung unverbindlicher Empfehlungen[179].

Fraglich ist, ob bei Rechtsmißbrauch ein Erfüllungsanspruch besteht oder nur Schadenersatzansprüche in Betracht kommen. Das Bundesgericht hat diese Frage zuerst offengelassen[180]. Art. 2 II ZGB sei "nur in einem negativen Sinne" anwendbar; die Bestimmung dürfe "nicht zur positiven Handhabe für die Behebung des Formmangels" werden, indem man einen wegen Formmangels ungültigen Vertrag über den Umweg des Rechtsmißbrauches doch für verbindlich erklärt[181]. In späteren Entscheidungen hat es jedoch entschieden, daß bei Erfüllung "in der Hauptsache" und rechtsmißbräuchlicher Weigerung einer Vertragspartei, die Resterfüllung vorzunehmen, diese über Art. 2 II ZGB erzwungen werden könne[182]. Warum jedoch dann nicht von vornherein Erfüllung gemäß Art. 2 II ZGB verlangt werden kann, ist unverständlich. Nach dem Wortlaut des Gesetzestextes, wonach bei Mißbrauch das Recht entfällt, die Erfüllung des

177 Besondere Umstände liegen z.B. vor, "wenn derjenige, der im Hinblick auf die Nichteinhaltung der Form die Erfüllung seines Versprechens verweigert, arglistig (gemeint ist mit der Absicht, sich gegebenenfalls später von einer unbequem gewordenen Bindung zu befreien) die Einhaltung der Form verhindert hatte", vgl. Larenz (1987) 145 mit Bezug auf das deutsche Recht.

178 BGE 54 II 331.

179 Flume (1979) 276.

180 BGE 39 II 226 ff.

181 BGE 68 II 206 f.; ferner 72 II 43 und 104 II 102 f.

182 BGE 104 II 104; dazu u.

formungültigen Vertrages zu verweigern, müßte die Vertragserfüllung möglich sein[183].

Im türkischen wie im schweizerischen Recht wird durch ein arglistig gegebenes ungültiges Versprechen, das den anderen zum Vertragsabschluß verleitet und in ihm das Vertrauen erweckt hat, daß der rechtsungültige Vertrag erfüllt wird, der Tatbestand der unerlaubten Handlung gemäß Art. 41 I oder II TOGB erfüllt[184], wenn der Verkäufer dem Käufer "absichtlich" Schaden zufügen will. Ist der Formmangel nicht absichtlich herbeigeführt oder die Absicht nicht zu beweisen, findet dieser Artikel keine Anwendung. Rechtsfolge ist nur der Ersatz des negativen Schadens, weil der Vertrag für ungültig erklärt wird. Die Unschädlichkeit des Formmangels bei Annahme von Rechtsmißbrauch schützt den Käufer folglich wirksamer als Art. 41 II TOGB[185].

Nach einer Mindermeinung im türkischen Recht[186] bildet die Berufung auf einen Formmangel keinen Rechtsmißbrauch. Nach der herrschenden Meinung hingegen ist, insbesondere bei Verträgen, die nach dem Wohnungseigentumsgesetz zustande gekommen sind, die Möglichkeit einer mißbräuchlichen Rechtsausübung vom Gericht von Amts wegen (als Einwendung) zu berücksichtigen. Haben die Parteien ihre

---

183 Zürcher Komm. - Schönenberger/Jäggi Art. 11 OR Rn. 79, 96, 98; Merz (1988) Rn. 449; Berner Komm. Merz Art. 2 II ZGB Rn. 485. Auch im deutschen Recht ist es anerkannt, daß der formungültige Vertrag unter Umständen (namentlich im Falle von Arglist) zu erfüllen ist, s.u. S.

184 Art. 41 lautet: Wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.
Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten sitten verstossende Weise absichtlich Schaden zufügt. Vgl. auch Feyzioğlu (1978) 164.

185 So Kılıçoğlu (1989) 319.

186 Feyzioğlu (1978) 183.

Pflichten teilweise erfüllt, kann der Formmangel je nach Lage des Falles für unbeachtlich erklärt werden[187].

In der Rechtssprechung gab es hierfür bis 1988 keine einheitliche Linie. Das Revisionsgericht sah bei einigen Entscheidungen die Berufung auf den Formmangel als rechtsmißbräuchlich an und sprach unter Anwendung von Art. 2 TZGB dem Käufer das Eigentum zu. In anderen Entscheidungen hielt es den Formmangel wegen Art. 2 TZGB für beachtlich und wies die Klage auf Zusprechung des Eigentums ab[188].

Das Revisionsgericht erklärte in der Folgezeit noch bei zwei über längere Zeit ausgeführten Verträgen, deren Formungültigkeit wegen Rechtsmißbrauchs für unbeachtlich. Ein formungültig begründeter, aber faktisch eingehaltener und durchgeführter Verpfründungsvertrag (Art. 512 TOGB)[189] konnte von den Erben des Pfrundgebers aufgrund des Rechtsmißbrauchverbots nicht wegen Formmangels angefochten werden[190]. In der anderen Entscheidung wurde die Formungültigkeit eines Adoptionsvertrages (Art. 256, Art. 258 TZGB) nicht berücksichtigt, nachdem die Parteien über viele

---

187 Oğuzman I (1987) 253; ders. (1978) 82; ders., (1955) 254; Kartal III (1983) 565; Ayazlı (1987) 49; Tandoğan II (1987) 31-32; Fila/Eraslan (1985) 681-682.

188 8. HD. 10.04.1984, E. 1984/3619, K. 1984/3840; HGK. 24.09.1986, E. 8-270 K. 780 (Kılıçoğlu [1989] 314, Fn. 78).

189 S. Art. 511 TOGB, Art. 521 OR. Beim Verpfründungsvertrag überträgt eine Partei (Pfründer) der anderen (Pfrundgeber) ein Vermögensteil, wobei der Pfrundgeber dem Pfründer hieraus auf Lebenszeit Unterhalt zu gewähren hat. Bei einer gleichzeitigen Erbeinsetzung des Pfrundgebers untersteht der Vertrag gänzlich dem Erbrecht (Art. 511 II TOGB/Art. 521 OR), die Formvorschriften für den Erbvertrag sind einzuhalten (Art. 512 I TOGB/Art. 522 I OR).

190 HGK. 10.09.1958, E. 1-62, K. 63; Renda-Onursan (1972-1973) 712; in derselben Richtung HGK. 18.11.1964, 1/1261658, IKID 1965/5, 3613.

Jahre den Adoptionsvertrag bis zum Tod des Adoptierenden eingehalten hatten[191].

Am 30.09.1988 hat die große Generalkommission[192] erneut über das Problem des formungültigen Grundstückkaufs nach dem Wohnungseigentumsgesetz eine Plenarentscheidung (E. 1987/2, K. 1988/2) getroffen[193]. Hiernach ist der Vertrag über die Wohnungseigentumsübertragung ungültig, wenn die Parteien ihn nicht gemäß Art. 634 I TZGB und gemäß Art. 213 I, II TOGB öffentlich beurkundet haben. Jedoch darf der Richter unter bestimmten engen Voraussetzungen[194] das Prinzip von Treu und Glauben berücksichtigen, den Formmangel für unbeachtlich halten und das Eigentum zusprechen.

bb) Nach beidseitiger gänzlicher Erfüllung

Daß die Parteien noch vor der Vertragserfüllung den Formmangel geltend machen, kommt selten vor. In der Regel berufen sie sich auf den Formmangel erst, nachdem der Vertrag schon beidseitig erfüllt wurde. Für diesen Fall geht die h. L. in der Literatur zum schweizerischen Recht davon aus, daß die Berufung auf einen Formmangel bei vollständig

---

191 HGK. 11.01.1964, E. 2-953, K. 640 ABD 1965, 192; AD 1965, 943.

192 Die Generalkommission (für Zivilsachen) entspricht dem großen Senat für Zivilsachen beim deutschen BGH. Sie wird tätig, wenn eine Kammer ihre eigene Rechtssprechung ändern will, eine Kammer verschiedene Entscheidungen über ähnliche Fälle getroffen hat oder zwei Kammern über ein rechtliches Problem unterschiedlich entschieden haben. Die große Generalkommission wird tätig, wenn die zivilrechtliche Generalkommission abweichend entschieden hat, sowie bei unterschiedlicher Rechtssprechung von zivilrechtlicher und strafrechtlicher Generalkommission (S. Arslan/Yılmaz [1991] 602).

193 YKD. Nisan 1984, 501-517.

194 Als notwendige Voraussetzungen sieht das Gericht an: a) Der Bauvertrag muß gemäß dem Wohnungseigentumsgesetz zustande gekommen sein; b) Der Käufer muß den Besitz erhalten haben; c) Obwohl der Käufer die Wohnung schon besitzt, muß der Verkäufer die Eigentumsübertragung in das Grundbuch verweigert haben.

erfülltem Vertrag nicht rechtsmißbräuchlich ist und die Parteien die Rückabwicklung des Vertrages verlangen können[195]. Der Formmangel kann durch die Erfüllung nicht geheilt werden. In Ermangelung einer gültigen *causa* sind die Leistungen zeitlich unbeschränkt rückforderbar. Daraus folgt, daß der Verkäufer Eigentümer geblieben ist; er kann daher die Rückübertragung des Besitzes fordern sowie Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 ZGB erheben[196]. Er kann die Grundbuchberichtigung unabhängig von der Rückerstattung des Preises verlangen, die Rückübertragung des Besitzes am Grundstück aber nur Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung[197]. Falls das Grundstück an einen gutgläubigen Dritten veräußert wurde (Art. 973 ZGB), tritt an die Stelle des Vindikation ein Bereicherungsanspruch[198].

Das Bundesgericht vertritt die Auffassung; daß der Rechtsmißbrauch im Falle beidseitiger irrtumsfreier Erfüllung - also in Kenntnis des Formmangels - zu vermuten ist. Da die öffentliche Beurkundung (bei der Grundstückschenkung) eine strengere Formvorschrift darstellt als die Schriftform (bei der Fahrnisschenkung), kann die Erfüllung die mangelnde öffentliche Beurkundung nicht heilen, so daß Art. 243 III OR, der unmittelbar die formungültige Fahrnisschenkung betrifft, auf den formungültigen Grundstückkauf nicht analog angewendet werden kann[199].

---

195 Berner Komm. - Merz Art. 2 II ZGB Rn. 468; Kellerhals (1952) 135/37; Zürcher Komm. - Haab Art. 657 ZGB Rn. 37; Paoletto (1973) 148.

196 BGE 106 II 152.

197 Koller (1989) Rn. 258.

198 BGE 90 II 39 ff; BGE 106 II 41.

199 So Koller (1989) Rn. 263 ff.; Art. 243 OR: "Das Schenkungsversprechen bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form.
Sind Grundstücke oder dingliche Rechte an solchen Gegenstand der Schenkung, so ist zu ihrer Gültigkeit die öffentliche Beurkundung erforderlich.

Die öffentliche Beurkundung des Grundstückkaufs dient nicht nur dem Interesse der Allgemeinheit, sondern auch dem Schutz der Parteien vor Übereilung[200]. Das Bundesgericht mißt daher der Tatsache größte Bedeutung zu, ob der Vertrag trotz des Formfehlers von beiden Parteien freiwillig und irrtumsfrei erfüllt worden ist. Haben sie den Vertrag schon erfüllt, brauchen sie den Schutz nicht mehr; die Berufung auf Formmangel wäre dann eine zweckwidrige Rechtsausübung[201]. Die Rückabwicklung kann somit vorbehaltlich besonderer Umstände nicht verlangt werden[202]. Derjenige, der seine Leistung in Kenntnis des Formmangels erbringt, setzt sich mit seinem eigenem Verhalten in Widerspruch (*venire contra factum proprium*), wenn er die Leistung später zurückverlangt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn auch die Gegenpartei erfüllt hat. In der Regel schließt die irrtumsfreie Erfüllung die Rückforderung der erbrachten Leistungen allgemein aus[203].

Steht dem Anspruch auf Rückabwicklung eines formungültigen Vertrages der Einwand des Rechtsmißbrauchs entgegen, so ist die Klage abzuweisen. Der Käufer kann den Kaufpreis nicht zurückverlangen, der Verkäufer nicht das Grundstück.

Das Bundesgericht hat in seiner nicht amtlich publizierten Entscheidung vom 13. Oktober 1986[204] i.S. Stocker/In Albon AG entschieden, daß der Käufer formell und materiell

---

Ist das Schenkungsversprechen vollzogen, so wird das Verhältnis als Schenkung von Hand zu Hand beurteilt."

200 Wer geltend macht, ein Vertrag sei gemäß Art. 216 II OR ungültig, obschon er sich bei Abschluß seines Inhaltes und seiner Tragweite bewußt war, mißbraucht daher sein Recht nicht zu einem dieser Bestimmung fremden Zweck, BGE 84 II, 642.

201 BGE 78 II 229; 53 II 166; 50 II 148; 86 II 403 f.

202 BGE 104 II 107.

203 Berner Komm. - Merz Art. 2 II ZGB Rn. 466 ff.

204 Zitiert bei Koller (1989) Rn. 273.

Eigentümer des Grundstücks wird, wenn dem Verkäufer die Rückabwicklung des Vertrages infolge Rechtsmißbrauches vewehrt bleibt. Die mangelhafte *causa* (formungültiger Vertrag) vermag den Eigentumsübergang nicht auszuschließen. Dies fand Zustimmung in der Lehre, vor allem bei den Vertretern der Theorie der Ungültigkeit *sui generis*[205]. Nach der herrschenden Lehre wird das formungültige Rechtsgeschäft durch Erfüllung geheilt. Demgegenüber ist das Bundesgericht der Auffassung, daß die Formungültigkeit weiter besteht, nur die Berufung darauf ausgeschlossen ist. Doch führen diese unterschiedlichen Meinungen nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen[206].

Diese Grundsätze gelten auch im türkischen Recht. Der Anspruch auf die Herausgabe der Leistungen stellt einen Rechtsmißbrauch dar, wenn beide Seiten ihre Pflichten freiwillig und irrtumsfrei, d.h., in Kenntnis des Formmangels, erfüllt haben[207].

Im türkischen Recht werden der Vertragsschluß und die Erfüllungshandlung des Veräußerers gemäß Art. 26 Grundbuchverordnung gleichzeitig im Grundbuchamt vorgenommen[208]. Deswegen hat es keine große praktische

---

205 Z.B. Berner Komm. - Meier-Hayoz Art. 657 ZGB Rn. 133.

206 Vgl. Koller (1989) Rn. 275.

207 S. HGK. 11.03.1953, 2/9; HGK. 21.03.1986, 14/541-257; YİBK. 03.11.1980 3/2, YKD 5 1957-1980, Ankara 1981, 817; HGK. 09.06.1982 E. 1979/15-1613, K. 1982/565, Sungurbey (1980) 178-207; Oğuzman/Seliçi (1982) 346; Oğuzman I (1987) 249-258; Gürsoy/Eren/Cansel (1984) 482; Serozan (1975) 151-168; Edis (1983) 346-348; Kartal III (1983) 561.

208 Oğuzman/Seliçi (1982) 199; Gemäß Art. 27 TGVO (türkische Grundbuchverordnung) sind die Grundbuchbeamten (nicht die Notare) zur Beurkundung von Verträgen auf Eigentumsübertragung zuständig. Der Eigentümer des Grundstückes, auf das sich die Verfügung bezieht (Art. 922 I TZGB; Art. 963 I ZGB), muß die Eintragung des Vertragspartners schriftlich beantragen; dieser selbst besitzt kein Antragsrecht.

Bedeutung, ob die Erfüllung den Formmangel "heilt". Ausnahmsweise ergibt sich ein solches Problem, wenn der Beamte, obwohl die Unterschrift einer Partei in der öffentlichen Beurkundung fehlt, die Eintragung in das Grundbuch vornimmt. Die Berufung auf den Formmangel durch die Partei, deren Unterschrift nicht fehlte, stellt dann einen Rechtsmißbrauch dar[209].

cc) Nach einseitiger gänzlicher Erfüllung

Fraglich ist, ob bei einseitiger Erfüllung die Partei, die erfüllt hat, die Gegenleistung verlangen und ob sie die von ihr erbrachte Leistung zurückfordern kann. Beide Fragen sind unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauches zu lösen. Zwar besteht grundsätzlich kein Erfüllungsanspruch, die Nichterfüllung kann aber rechtsmißbräuchlich sein, so daß die Erfüllung auf diese Weise erzwingbar ist[210].

Ob die Partei, die erfüllt hat, ihre Leistung zurückfordern kann, hängt von der Erfüllungsbereitschaft der Gegenpartei

---

Die Eintragungsanträge, die dem Grundbuchamt zugehen, werden noch am selben Tage mit genauer Angabe des Datums und der Uhrzeit ihres Eingangs in chronologischer Reihenfolge in das sogenannte Tagebuch (günlük defter) unter Nennung der anmeldenden Person und des Antraginhalts eingetragen, Art. 15 TGVO (türkische Grundbuchverordnung), sowie Art. 14 SGVO (schweizerische Grundbuchverordnung). Bevor der Grundbuchbeamte die eigentliche Eintragung im Grundbuch vornimmt, hat er sich davon zu überzeugen, daß sämtliche formellen Eintragungsvoraussetzungen erfüllt sind. Sind die erforderlichen Ausweise der Anmeldung beigefügt, kommt es zur beantragten Eintragung. Gemäß Art. 27 II TGVO (Art. 26 III SGVO) sind die Eintragungen von dem Grundbuchbeamten unter Beachtung der Reihenfolge der entsprechenden Einträge im Tagebuch vorzunehmen und mit dem Datum der Tagebucheintragung zu versehen; vgl. Araboğlu, (1965) 49.

209 So Kılıçoğlu (1989) 310.

210 So Berner Komm. - Meier-Hayoz Art. 657 ZGB Rn. 142.

ab[211]. Ist die Gegenpartei nicht erfüllungsbereit, kann die Leistung zurückgefordert werden, andernfalls gelten dieselben Grundsätze wie im Fall beidseitiger Erfüllung[212].

dd) Unvollkommene beidseitige Erfüllung

Die Frage, ob die Partei, die ihre Leistung erbracht, jedoch nur einen Teil der Gegenleistung erhalten hat, die restliche Leistung verlangen kann, hat das schweizerische Bundesgericht verneint. Eine Ausnahme kann nur für den Fall gelten, daß die Gegenleistung "annähernd" oder "zur Hauptsache"[213] erbracht wurde.

Ist die teilweise erfüllende Partei bereit, die restliche Leistung zu erbringen, so kann der Vertragspartner seine Leistung dann nicht zurückverlangen, wenn er freiwillig und irrtumsfrei erfüllt hatte. Verweigert eine Partei die Resterfüllung, hat die andere Partei einen Rückgewähranspruch. Derjenigen Partei, die vollständig erfüllt hat, steht ein Anspruch auf Resterfüllung zu[214].

---

211 v. Büren, (1964) 148; Bucher (1979) 147.

212 S. oben S. 168 f.

213 BGE 112 II 112; BGE 104 II 104.

214 So Koller (1989) Rn. 317-318.

2) Im deutschen Recht

a) Die Heilung des Formmangels im Grundstückskauf (§ 313 BGB)

Der Vertrag, durch den sich ein Teil formlos zur Übereignung eines Grundstücks verpflichtet hat, wird gemäß § 313 S.2 BGB gültig, wenn Auflassung und Eintragung in das Grundbuch erfolgen.

Das Gesetz geht davon aus, daß die Hauptzwecke der Formvorschriften, die Parteien vor Übereilung zu schützen und den Beweis für den Abschluß und den Inhalt des Vertrages zu sichern, sich erledigen, wenn die formlos versprochenen Leistungen erbracht werden[215]. Gemäß § 925a BGB soll der Notar eine Auflassung nur entgegennehmen, wenn die Urkunde über den schuldrechtlichen Vertrag vorgelegt wird. Die meisten Formmängel gründen jedoch nicht darin, daß der Vertrag mündlich oder schriftlich geschlossen wird, sie ergeben sich vielmehr daraus, daß der beurkundete Vertrag die Vereinbarungen der Parteien nicht vollständig oder nicht richtig wiedergibt[216]. Außerdem handelt es sich hier nur um eine Ordnungsvorschrift, die unter Nichtbeachtung des § 925 a BGB entgegengenomene Auflassung ist wirksam[217].

Die Heilung setzt zum einen die formgültige und rechtswirksame Auflassung des zu veräußernden oder zu erwerbenden Grundstücks[218], zum anderen die Eintragung[219] voraus. Sie hängt auch von der Fortdauer der Willens-

---

215 Soergel-Hefermehl § 313 BGB Rn. 95; Reinicke (1969) 11.

216 Reinicke (1969) 12.

217 Staudinger-Dilcher § 313 BGB Rn. 210.

218 Soergel-Hefermehl § 313 BGB Rn. 98; Staudinger-Dilcher § 313 BGB Rn. 199.

219 Soergel-Hefermehl § 313 BGB Rn. 101; Staudinger-Dilcher § 313 BGB Rn. 212.

übereinstimmung hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäftes ab[220].

Die Heilung bewirkt, daß der Vertrag seinem ganzen Inhalt nach *ex nunc* gültig wird[221]. Das ergibt sich aus der Formulierung von S. 2: "Der Vertrag wird gültig"[222].

Auch im deutschen Recht darf aber die Berufung auf die Formungültigkeit nicht rechtsmißbräuchlich sein.

b) Die Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben beiFormnichtigkeit

Trotz § 125 BGB kann im Einzelfall die Berufung auf den Formmangel mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht vereinbar sein[223]. In einem solchen Fall ist zu prüfen, welcher Bestimmung vorrangig gilt. Die Verfasser des BGB gingen davon aus, daß der Bestimmung des § 125 BGB der Vorrang zukomme[224]. Das RG schränkte den Geltungsbereich des § 125 BGB insofern ein, als es in Einzelfällen bei Geltendmachung der Nichtigkeit des mit einem Formfehler behafteten Geschäfts die Einrede der Arglist zuließ. Diese Einrede wurde zunächst nur dann gewährt, wenn die Partei, die sich auf den Formmangel berief, die andere wider besseren Wissen über die Formbedürftigkeit des Geschäfts getäuscht hatte, um dadurch die Einhaltung der Form zu verhindern[225]. Später wurde die Einrede auch zugestanden, wenn eine Partei vorsätzlich oder

220 Soergel-Hefermehl § 313 BGB Rn. 103.

221 Soergel-Hefermehl § 313 BGB Rn. 107; Staudinger-Dilcher § 313 BGB Rn. 224.

222 Soergel-Hefermehl § 313 BGB Rn. 108; Staudinger-Dilcher § 313 BGB Rn. 229.

223 Coing (1965) 33; Reinicke (1969) 29.

224 Mugdan I 453.

225 RGZ 96, 313. 315.

fahrlässig in der anderen Partei den Irrtum erweckte[226]. Schließlich stellte das RG die Formel auf, daß die Einrede der Arglist gegeben sei[227], wenn eine Partei, sei es auch unabsichtlich, eine Haltung einnehme, die mit ihrem früheren Verhalten nach dem "allgemeinen Volksempfinden" unvereinbar sei. Diese Formel wurde schließlich dahingehend weiterentwickelt, daß zu prüfen sei, "ob es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen Treu und Glauben widersprechen würde, die Vertragsansprüche am Formmangel scheitern zu lassen"[228].

Der BGH hat diese Rechtssprechung durch die Formulierung eingeschränkt, daß von der Anwendung des § 125 BGB dann abgesehen werden könne, wenn die Nichtanerkennung des Vertrages für den anderen Vertragsteil nicht nur zu einem harten Ergebnis führe, vielmehr müsse das Ergebnis schlechthin untragbar sein[229]. Die Entscheidungen enthalten dabei keine Regeln, für welche Umstände die Formel in Frage kommt oder wann ein Ergebnis untragbar ist[230]. Entscheidend ist wohl das *venire contra factum proprium*[231]. In Einzelfällen war entscheidend, ob die Partei, die den Formmangel geltend machte, den Vertrag bisher als gültig behandelte und die Leistungen der anderen entgegennahm, ob sie ihrerseits über dasjenige, was sie empfangen hat, weiterverfügte und sich damit außerstande gesetzt hatte, die empfangene Leistung zurückzugewähren[232] und die Partei, gegen welche der Formmangel geltend gemacht wird, durch

---

226 RGZ 107, 180. 181; RGZ 107. 357. 361. 362.

227 RGZ 153, 59.

228 RGZ 157, 207. 209; 170. 203. 205.

229 So BGHZ 29, 6/10; LM Nr. 13 zu § 313 BGB; vgl. auch NJW 1964, 772 und 1965, 812.

230 So Reinicke (1969) 33.

231 Wieacker (1956) 28; Coing (1965) 35.

232 RG JW 1927, 974.

ihr Vertrauen auf die Gültigkeit des formungültigen Geschäftes zu weiteren Leistungen veranlaßt worden ist[233].

Der Gesichtspunkt, daß in der Berufung auf den Formmangel ein Rechtsmißbrauch liege, weil der Zweck, welchen der Gesetzgeber mit der Einführung der Form verfolgt hätte, im Einzelfall gewahrt sei, ist in der deutschen Rechtsprechung nicht entscheidend[234]. Zwar stützten sich einige Entscheidungen auch auf diesen Gesichtspunkt[235], die Zurückweisung der Berufung auf den Formmangel wird aber letzten Endes mit dem Prinzip von Treu und Glauben begründet.

Weiterhin läßt die Rechtsprechung die Einrede der Arglist nicht zu, wenn die Partei, die sie erhebt, den Formmangel von Anfang an kannte und wußte, daß kein gültiges Geschäft zustande gekommen ist[236].

Von den Entscheidungen, welche eine Einrede aus § 242 BGB gegenüber der Berufung auf einen Formmangel nach § 125 BGB zulassen, sind die, die den formlosen Hofübergabevertrag und den formlosen Erbvertrag betreffen[237], besonders hervorzuheben. Die Besonderheit dieser Entscheidungen liegt darin, daß hier im Gegensatz zu den oben genannten Fällen nicht etwa ein ausdrückliches, wenn auch formungültiges Rechtsgeschäft zwischen den Parteien abgeschlossen war, sondern daß zunächst überhaupt nur ein bestimmtes, rechtlich bedeutsames Verhalten gegeben war, oder eine Abrede, die erst durch Umdeutung gemäß § 140 BGB überhaupt als erbrechtliches Rechtsgeschäft aufgefaßt werden konnte.

---

233 Vgl. BGHZ 16, 336.

234 Der Gesichtspunkt wurde in der Entscheidung BGHZ 16, 334 f. ausdrücklich abgelehnt.

235 BGH DNotZ 1951, 31; BGH MDR 1956, 497.

236 BGHZ 21, 242. 246. 247.

237 BGHZ 12, 286; vgl. Lorenz (1957) 382 f.

In dem Fall BGHZ 12, 286 hatte ein 74-jähriger Landwirt und Eigentümer eines Hofes einen seiner Söhne als Hofnachfolger behandelt und fast dreißig Jahre auf dem Hof, zum Teil auch selbständig, arbeiten lassen. Dem Fall BGHZ 23, 286 lag ein Pachtvertrag zugrunde, der die Bestimmung enthielt, die Pacht endige mit dem Tod des Verpächters durch Übergang des Hofes auf den Pächter, und eine Kündigung seitens des Verpächters ausschloß.

In diesen Entscheidungen wurde zuerst aus dem Verhalten bzw. der Vertragsklausel ein erbrechtlicher Vertrag konstruiert. Der BGH mußte also zuerst aus den erwähnten Umständen auf eine rechtliche Abmachung schließen[238], als nächstes konnte er den Einwand der mangelnden Form zurückweisen.

In der Entscheidung NJW 1965,812 verneinte der BGH hingegen die Berufung auf Rechtsmißbrauch zur Überwindung des Formmangels. Die Klägerin und die Beklagten hatten hier einen Vorvertrag zu einem Kaufvertrag über ein Reihenhaus geschlossen, der jedoch der analog § 313 S. 1 BGB nötigen notariellen Beurkundung entbehrte. Die Beklagten hatten von der Klägerin das Grundstück übergeben erhalten und den Kaufpreis bezahlt. Zum Abschluß des eigentlichen Kaufvertrages kam es nicht. Die Klägerin verlangte von den Beklagten unter Hinweis auf den Formmangel das Grundstück heraus. Zum Zeitpunkt der Entscheidung des BGH lebten die Beklagten bereits seit mehr als sechs Jahren in dem Reihenhaus. Der BGH betont zunächst, daß Formvorschriften, zu denen § 313 BGB gehöre im Interesse der Rechtssicherheit unbedingt eingehalten werden müßten. Es gehe nicht an, sie aus allgemeinen Billigkeitserwägungen außer Anwendung zu lassen. Ausnahmen hiervon seien unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nur in ganz besonderen Ausnahmefällen statthaft. Eine solcher Ausnahmefall sei aber nicht schon dann gegeben, wenn die Nichtanerkennung eines formnichtigen Vertrages für den

238 So Coing (1965) 36; Lorenz (1957) 383.

hierdurch betroffenen Vertragsteil zu einem harten Ergebnis führe. Das Ergebnis müsse schlechthin untragbar sein. Diese gelte sowohl für die Fälle, in denen eine noch ausstehende Leistung verlangt wie für diejenigen, wo wie im Fall, die Rückgängigmachung einer erbrachten Leistung gefordert werde (und damit ein Besitzrecht nach § 986 BGB in Frage steht). Der BGH räumt zwar ein, daß eine Herausgabe des Grundstücks im Falle die Beklagten zwar hart treffen würde, jedoch verneint er, daß dieses Ergebnis schlechthin untragbar sei. Allerdings ließ der BGH die Beklagten nicht ohne Rechtsschutz. Da der Formmangel des Vorvertrages auf fahrlässigem Verhalten der Klägerin beruhte, gewährte der BGH den Beklagten gegen diese einen Anspruch aus culpa in contrahendo[239]. Der Schadensersatz aufgrund dieses Anspruches umfasse die Kosten, die den Beklagten für die Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzgrundstückes erwüchsen.

Diese Rechtslage zeigt, daß in besonderen Ausnahmefällen § 242 BGB dem § 125 BGB vorgehen kann, insbesondere wenn bei der Partei, die sich auf den Formmangel beruft, ein *venire contra factum proprium* vorliegt. Dieses Prinzip gilt in allen Bereichen des Privatrechts[240]. Jedoch genügt nach der Rechtssprechung des BGH ein bloße Härte, die einer Partei aus der Nichtdurchführung des formnichtigen Vertrages entsteht für die Überwindung des § 125 BGB durch § 242 BGB nicht.

Die große Bedeutung, die in Deutschland die Rechtsprechung dem Grundsatz von Treu und Glauben beimißt, wird wegen der damit verbundenen Gefährdung der Rechtssicherheit kritisiert[241]. Für Coing besteht eine Bindung an des formnichtige Geschäft nur dann, wenn die Partei, welche sich auf den Formmangel beruft, sich damit zu ihrem früheren

239 S. BGH NJW 1965,813 2.Sp.

240 So Coing (1965) 39.

241 Coing (1965) 45.

Verhalten in Widerspruch setzt und dadurch gegen Treu und Glauben verstößt[242].

3) Formmangel beim Grundstückskauf und Rechtsmißbrauch im Vergleich

Sowohl im schweizerischen/türkischen Recht als auch im deutschen Recht ist der Kaufvertrag über Grundstücke formalisiert und bedarf öffentlicher Beurkundung. Art. 11 OR/TOGB[243] und § 125 BGB[244] bilden daher Sanktionsvorschriften zum Schutz privatrechlicher Formvorschriften.

Das schweizerische/türkische Recht kennt den Grundsatz von Treu und Glauben als beherrschendes Prinzip. Sowohl die Rechtsprechung als auch die Lehre haben den Artikel 2 ZGB/TZGB im gleichen Sinne ausgelegt[245]. Dem deutschen Recht fehlt eine dem Art. 2 ZGB entsprechende Norm[246]. Das gleiche Ergebnis wird aber durch Anwendung von § 226 BGB in Verbindung mit §§ 242, 826 BGB erreicht[247]. Das ZGB stellt auf den objektiven, nicht auf den subjektiven Tatbestand der Schikane ab. Art. 2 ZGB hat nicht wie § 226 BGB den Charakter eines Verbots gegenüber dem einzelnen Rechtsträger, sondern den eines Gebots an den Richter, die nach formalen Subsumtionsgrundsätzen anzuwendende Rechtsnorm "nicht" oder "anders" anzuwenden[248].

Der türkische Gesetzgeber ist bei der Rezeption des Art. 2 II ZGB von dessen objektiven Formulierung abgewichen und hat Art. 2 II TZGB durch die Ergänzung um die Voraus-

---

242 Coing (1965) 49.
243 S. oben S. 146.
244 S. oben S. 147.
245 S. oben S. 160 f.
246 Gernhuber (1957) 159.
247 Lorenz (1957) 408.
248 Serozan (1968) 103-104.

setzung "jemandem Schaden zuzufügen"[249] dem § 226 BGB angenähert[250].

Eine dem § 313 S. 2 BGB entsprechende Heilungsbestimmung der Formvorschrift des Art. 216 OR; Art. 213 TOGB fehlt. Abgesehen von der Heilung formnichtiger Schenkungen durch nachträglichen Vollzug in Art. 243 III OR; Art. 238 III TOGB, kennt das schweizerisch/türkisches Recht keine Heilungsfälle. Die analoge Anwendung dieses Artikels auf den formungültigen Grundstückskauf wird daher abgelehnt[251]. Wie oben[252] aufgezeigt wurde, gilt im schweizerischen/türkischen Recht das Kausalitätsprinzip bei der Eigentumsübertragung. Neben der Eintragung muß also noch ein wirksames Kausalgeschäft vorliegen, während das deutsche Recht neben der Eintragung eine abstrakte Einigung über die Eigentumsübertragung verlangt (unabhängig vom zugrundeliegenden Kausalverhältnis). Nach dem schweizerischen/türkischen Recht ist die Eintragung ins Grundbuch auch durch einseitige Anmeldung des Veräußerers möglich. In einem Rechtssystem, in dem das Kausalitätsprinzip gilt, hätte es der Erwerber bei analoger Anwendung von § 313 S. 2 BGB in der Hand, dem Veräußerer die Möglichkeit, sich auf den Formfehler zu berufen, zu entziehen[253].

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß in der Schweiz, der Türkei und in Deutschland die Gerichte die Berufung auf die Formungültigkeit als unzulässig betrachten, wenn es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen Treu und Glauben widerspricht, die Vertragsansprüche am Formmangel scheitern zu lassen[254]. Die schweizerische Recht-

249 S. oben S. 160-161.
250 So auch Serozan (1968) 104.
251 S. oben S. 168 f.
252 S. oben 156.
253 BGE 50 II 148.
254 Merz (1963/64) 322.

sprechung ist bei der Anwendung des Rechtsmißbrauchs beim Formmangel allerdings zurückhaltender als die deutsche; nur in Ausnahmefällen tritt die Rechtssicherheit, die die unterschiedlose Anwendung der Formvorschrift gebietet, hinter der Einzelfallgerechtigkeit zurück[255].

Die Rechtsprechung des türkischen Revisionsgerichts weist hinsichtlich des Formmangels keine einheitliche Linie auf[256]. Es wäre wünschenswert, daß das Revisionsgericht Gelegenheit bekäme, dem Tatrichter bestimmte Kriterien für die Annahme eines Rechtsmißbrauchs in die Hand zu geben.

255 Lorenz (1957) 410.
256 Vgl. Ünal (1988) 220-221.

§ 3 Im besonderen: Simulierte Geschäfte des Erblassers und die Herabsetzung übermäßiger Verfügungen im türkischen Erbrecht

I. Zur Problemstellung

Im türkischen Recht gibt es seit Jahren einen Meinungsstreit über die "dissimulierte Schenkung", der seine Auswirkungen insbesondere im Erbrecht besitzt. In den zur Beurteilung stehenden Fällen wollte der spätere Erblasser zu Lebzeiten einem der Erben oder einem Dritten ein Grundstück schenken, ließ aber diese Schenkung im Grundbuch als Kauf eintragen. Simuliert ist hier der Kauf, dissimuliert die Schenkung.

Hier stellt sich die Fragen, ob die durch diese Verfügung benachteiligten Erben gegen die Verfügung des Erblassers vorgehen können. Hier käme eine auf Art. 18 I TOGB gestützte Klage auf Feststellung der Nichtigkeit in Betracht. Dabei wäre möglicherweise zwischen pflichtteilsberechtigten und nicht pflichtteilsberechtigten Erben zu differenzieren.

Juristisch problematisch werden die Fälle dadurch, daß das schweizerische/türkische Erbrecht über ein eigenes Instrumentar verfügt, mit dem es Schädigungen des Pflichtteils durch lebzeitige Verfügungen des Erblassers begegnen will.

Da innerhalb der Rechtsprechung keine Einheitlichkeit hinsichtlich des richtigen Lösungsansatzes bestand, kam es zu mehreren Plenarentscheidungen des Revisionsgerichts. Diese wurden jedoch ihrerseits von der Literatur heftig angegriffen. Die dem Streit zugrundeliegende Problematik, die Entwicklung der Rechtsprechung sowie die Kritikpunkte der Literatur seien in diesem Paragraphen dargestellt. Es sei dabei mit einer kurzen Übersicht über die erbrechtlichen Möglich-

keiten, gegen pflichtteilsschädigende lebzeitige Verfügungen des Erblassers vorzugehen, begonnen.

II. Die Herabsetzungsklage

Die Herabsetzungsklage regeln die Art. 502 I TZGB; Art. 522 I ZGB[257]:

"Hat der Erblasser seine Verfügungsbefugnis überschritten, so können die Erben, die nicht dem Werte nach ihren Pflichtteil erhalten, die Herabsetzung der Verfügung auf das erlaubte Maß verlangen."

Gemäß Art. 513 TZGB kann der Erbe diese Herabsetzungsklage nur innerhalb eines Jahres der Kenntnis von der Verletzung an erheben. Nach Ablauf von fünf Jahren seit dem Tode des Erblassers (im schweizerischen Recht nach zehn Jahren, Art. 533 ZGB) bzw. bei letztwilligen Verfügungen seit der Testamentseröffnung, ist die Klage ausgeschlossen[258].

Die Klage bzw. Einrede steht nur jenem Erben zu, dessen Pflichtteil durch das Testament oder aufgrund von Zuwendungen unter Lebenden, geschmälert oder belastet wurde. Sie richtet sich gegen die Personen, die durch den Empfang der Zuwendungen des Erblassers den Pflichtteil des Klägers verletzt haben oder verletzen würden[259]. War der Beschenkte gutgläubig, ist er zu Rückleistungen nur insoweit verpflichtet, als er zur Zeit des Erbganges aus dem Rechtsgeschäft mit dem Erblasser noch bereichert ist (Art. 508 I TZGB; Art. 528 I ZGB).

Maßgeblich für den Ausgleich ist die Zeit der Vornahme der Zuwendungen, d.h., zuerst werden die Verfügungen von

257 Zur Herabsetzungsklage im türkischen Recht: Eren (1973) 61 ff.; Uyar (1971) 406-407; Ayiter/Kılıçoğlu (1989) 193 f.

258 Kocayusufpaşaoğlu (1987) 418; Oğuzman (1991) 288.

259 Kocayusufpaşaoğlu (1987) 416 ff.; Oğuzman (1991) 282 f.; Uyar (1971) 407.

Todes wegen gekürzt, und erst wenn diese verbraucht sind, ohne daß der Pflichtteil voll wiederhergestellt ist, die Zuwendungen unter Lebenden, und zwar in der umgekehrten Zeitfolge ihrer Ausrichtung, die jüngeren vor den älteren[260].

Sind die den Pflichtteil verletzenden Verfügungen gegenüber den Bedachten noch nicht vollzogen worden und klagen diese auf Ausführung der letztwilligen Zuwendung[261], steht allein den Erben die entsprechende Herabsetzungseinrede zu.

Diese erbrechtliche Herabsetzungsklage wird in Art. 507 Nr. 4 TZGB; Art. 527 Nr. 4 ZGB auch auf lebzeitige Zuwendungen erweitert. In Art. 507 Nr. 4 TZGB; Art. 527 Nr. 4 ZGB heißt es:

"Der Herabsetzung unterliegen wie die Verfügungen von Todes wegen:

4. Die Entäußerung von Vermögenswerten, die der Erblasser offenbar zum Zwecke der Umgehung der Verfügungsbeschränkung vorgenommen hat."

Dem Erblasser muß bewußt gewesen sein, daß die Zuwendung nach dem normalen Verlauf der Dinge die verfügbare Quote überschreiten wird, oder er muß dies zumindest in Kauf genommen haben[262]. "Offenbar" ist Benachteiligung, wenn sie dem Richter mit voller Klarheit dargetan zu sein scheint[263].

---

260 Kocayusufpaşaoğlu (1987) 420; Oğuzman (1991) 273; İmre (1978) 438.

261 Kocayusufpaşaoğlu (1987) 411-412; Oğuzman (1991) 288; İmre (1978) 427 ff.

262 İmre (1978) 419; Kocayusufpaşaoğlu (1987) 399; Oğuzman (1991) 267; Tuor (1952) Art. 527 Rn. 15; Escher(1959) zu Art. 527 Rn. 24; Piotet (1978) 443.

263 Oğuzman (1991) 286; Tuor (1952) zu Art. 527 Rn. 16.

Der Ausdruck "Entäußerung von Vermögenswerten" betrifft die "gewollte Entäußerung jeglichen Wertes aus dem Vermögen des Erblassers ohne Gegenseitigkeit". Hiernach fällt jede freiwillige unentgeltliche oder teilweise unentgeltliche Zuwendung unter die Bestimmung des Art. 507 Nr. 4 TZGB; Art. 527 Nr. 4 ZGB[264]. Es kann sich um eine reine Schenkung oder eine gemischte Schenkung handeln, bei der beide Parteien sich der vertraglichen Zuwendung bewußt sind und sie wollen, aber auch um den Austausch von Leistungen, von welchen einzig der Erblasser weiß, daß sie eine Zuwendung seinerseits beinhalten[265].

III. Die Plenarentscheidungen des Revisionsgerichts

1) Die erste Plenarentscheidung des Revisionsgerichts vom 01.04.1974

a) Die Entwicklung der Rechtsprechung

Mit der Frage der Herabsetzung übermäßiger Verfügungen im Zusammenhang mit einer simulierten Veräußerung war mehrfach die zweite Kammer des Revisionsgerichts sowie die Generalkommission desselben befaßt. Beide Spruchkörper beurteilten die Fälle jedoch in unterschiedlicher Weise.

Die Generalkommission des Revisionsgerichts befaßte sich erstmalig in der Entscheidung vom 04.05.1960 (Az. E. 2/24 und K. 24[266])[267] mit der Problematik.

---

264 Piotet (1978) 444.

265 Piotet (1978) 444; Escher (1959) zu Art. 527 Rn. 31.

266 Die erste Zifferkombination des Aktenzeichens bezeichnet die Numerierung der Akten bei deren Eingang am Revisionsgericht, die folgende Ziffer die Nummer der Entscheidung.

267 Die Entscheidung ist nicht veröffentlicht. Benutzt wurde eine Kopie aus den Akten des Revisionsgerichts.

In dem Fall erhoben die Kläger, Kinder des Erblassers, gegen den Beklagten, einen Sohn des Erblassers, Grundbuchberichtigungsklage. Der Erblasser hatte dem Beklagten zu Lebzeiten ein Grundstück im Werte von 25.000 Lira für 200 Lira mit schriftlichem Kaufvertrag verkauft. Durch diese Veräußerung wollte der Erblasser dem Beklagten den Großteil seines Vermögens zukommen lassen und dieses der erbrechtlichen Auseinandersetzung entziehen. Die Kläger behaupteten, daß der Erblasser dem Beklagten das Grundstück geschenkt hätte und der Kauf nur zum Schein erfolgt sei.

Die erste Instanz sah es aufgrund von Zeugenaussagen und richterlichen Augenscheins für erwiesen an, daß der Verkauf zwischen Erblasser und Beklagten nur zum Schein vorgenommen worden sei, um die übrigen Kinder faktisch zu enterben. Sie gab daher der Klage statt.

Die zweite Kammer des Revisionsgerichts berurteilte den Fall hingegen nicht unter dem Gesichtspunkte eines Scheingeschäftes, sondern wendete Art. 507 Nr. 4 TZGB an. Die Pflichtteilsberechtigten müßten eine Herabsetzungsklage wegen pflichtteilswidriger Verfügungen des Erblassers, keine Grundbuchberichtigungsklage erheben. Außerdem rügte sie die Beweiswürdigung der Erstinstanz. Gegen einen schriftlichen Vertrag könnten nur schriftliche Gegenbeweise angeführt werden, Art. 290 TZPO. Hiernach hob die zweite Kommission das Ersturteil auf. Bei der erneuten Verhandlung vor der ersten Instanz beharrte jedoch das Ausgangsgericht auf seiner rechtlichen Würdigung.

Daher wurde der Rechtsstreit der Generalkommission des Revisionsgerichts vorgelegt[268]. Diese ging wie die erste Instanz von einem Scheingeschäft aus. Das simulierte Geschäft - der

---

268 Nach türkischem Prozeßrecht ist das Gericht, wenn es auch nach erneuter Verhandlung an seinem uursprünglichen Urteil festhalten will, verpflichtet, den Rechtsstreit der Generalkommission des Revisionsgerichts vorzulegen, s. Art. 429 III der türkischen Zivilprozeßordnung sowie Art. 15 I Revisionsgerichtsgesetz.

Kauf - sei wegen Mangels der Ernstlichkeit des Willens ungültig, das dissimulierte Geschäft - Schenkung - ermangle der gesetzlich in Art. 634 TZGB vorgeschriebenen grundbuchamtlichen Beurkundung. Gem. Art. 933 TZGB sei daher eine Grundbuchberichtigung nötig. Die beweisrechtlichen Bedenken der zweiten Kommission seien nicht gerechtfertigt. In Art. 293 TZPO bestünde eine Ausnahmeregel zu Art. 290 TZPO, wonach in Fällen, in denen der Träger der Beweisführungslast keine Möglichkeit habe, einen schriftlichen Gegenbeweis anzutreten, die allgemeinen Beweismittel zulässig seien. Dies gelte allerdings nicht im Verhältnis der simulierenden Parteien untereinander, jedoch schon für außenstehende, von der Simulation betroffene Dritte. Eine Herabsetzungsklage gem. Art. 507 Nr. 4 TZGB scheide aus, da nur gültige Geschäfte einer solchen unterliegen könnte. Im Falle sei aber das herabsetzbare Geschäft bereits als Scheingeschäft unwirksam. Damit bestätigte die Generalkommission die Entscheidung der ersten Instanz.

Die zweite Kammer des Revisionsgerichts hielt dennoch in der Entscheidung vom 22.12.1964 (Az. E. 6411 K. 6298) an ihrer Auffassung fest. Im vorliegenden Fall verklagte die Klägerin, die Ehefrau des Erblassers, die Beklagte, die Stiefmutter desselben, auf Grundbuchberichtigung. Der Erblasser hatte seiner Stiefmutter den ihm gehörigen hälftigen Anteil an einem Hausgrundstück übertragen[269], sich dabei aber den lebzeitigen Nießbrauch vorbehalten. Diese Übertragung sollte nur zum Schein erfolgen, um das gesetzliche Erbrecht der Ehefrau zu umgehen. Die zweite Kammer wandte Art. 507 Nr. 4 TZGB an. Hiernach könne die Ehefrau nur eine Herabsetzungsklage erheben.

Die Generalkommission hatte wieder im Urteil vom 21.02.1968 (Az. E. 2/15 und K. 99)[270] über eine entsprechende juristische Konstellation zu entscheiden. Der

269 Die genaue Form der Veräußerung geht aus dem Urteil nicht hervor.

270 YKD 6-10 (1966-1970) 727.

Erblasser hatte das Eigentum an einem Grundstück zur Hälfte der Beklagten geschenkt, dieses Geschäft aber im Grundbuch als Kauf eintragen lassen. Die Kläger, Erben des Erblassers, verlangten mit ihrer Klage die Feststellung der Nichtigkeit des Geschäfts sowie die Grundbuchberichtigung. Die erste Instanz gab der Klage statt, da ein Scheingeschäft zwischen dem Erblasser und der Beklagten vorgenommen worden sei.

Die zweite Kammer des Revisionsgerichts hob jedoch das erstinstanzliche Urteil auf und verwies den Rechtsstreit an die erste Instanz zurück, weil es auf das Scheingeschäft nicht ankomme. Vielmehr sei die Eintragung der Schenkung als Kauf als Ausschluß der Ausgleichspflicht des beschenkten Miterben nach Art. 603 II TZG[271] zu interpretieren. Damit hätten die Kläger keine Rechtsansprüche auf das Grundstück.

Da die erste Instanz auch nach erneuter Verhandlung der Klage mit denselben Gründen wie in der ersten Entscheidung stattgab, wurde der Rechtsstreit der Generalkommission vorgelegt. Diese entschied, daß der zum Schein vorgenommene Kauf und die verdeckte Schenkung ungültig seien[272]. Da das Geschäft nichtig sei, komme auch eine Herabsetzungsklage nach Art. 507 Nr. 4 TZGB nicht in Betracht, da diese ein gültige Schenkung an einen Miterben voraussetze.

Nichtsdestoweniger hielt die zweite Kammer in der Entscheidung vom 1.10.1973 (Az. E. 5280 K. 5437)[273] an

---

271 Die gesetzlichen Erben sind gegenseitig verpflichtet, alles zur Ausgleichung zu bringen, was ihnen der Erblasser zu Lebzeiten auf Anrechnung an ihren Erbanteil zugewendet hat.
Was der Erblasser seinen Nachkommen als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlaß und dergleichen zugewendet hat, steht, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt, unter der Ausgleichungspflicht.

272 Die Generalkommission verweist hierbei auf ihre Entscheidungen vom 04.05.1960 (Az. E. 2/24 - K. 24) und vom 04.05.1966 (Az. E. 2/406 - K. 132).

273 Beide Entscheidungen sind nicht veröffentlicht; es wurden Kopien aus den Akten des Revisionsgerichts benutzt.

ihrer Linie fest, den Erben keine Klage gemäß Art. 18 TOGB zuzuerkennen, sondern sie auf den Weg des Art. 507 Nr. 4 TZGB; Art. 527 Nr. 4 ZGB zu verweisen. Wiederum begehrte der Kläger Grundbuchberichtigung vom Beklagten, seinem Bruder. Dieser hatte vom Erblasser zwei Grundstücke gekauft, wobei jedoch der Verkauf nur zum Schein erfolgt war und in Wirklichkeit eine Schenkung zugrundelag[274]. Die zweite Kammer akzeptierte zwar das Vorliegen eines Scheingeschäfts, war aber der Auffassung, daß der Kläger seine Rechte im Wege der Auseinandersetzung unter Miterben gem. Artt. 603, 605 TZGB[275] zu verfolgen habe. Unentgeltliche Zuwendungen des Erblassers an einen Miterben seien ausgleichspflichtig, es sei denn, der Erblasser habe die Ausgleichungspflicht ausdrücklich ausgeschlossen. Im vorliegenden Falle zeige die Eintragung der Schenkung als Kauf im Grundbuch den Willen des Erblassers, diese Zuwendung von der Ausgleichung auszuschließen. Dem Kläger stünden daher keine Ansprüche hinsichtlich der Grundstücke zu. Auf das Problem der Formgültigkeit der Schenkung geht die zweite Kammer nicht ein.

Die zweite Kammer des Revisionsgerichts legte den Fall wegen der fehlenden Übereinstimmung dieser Entscheidungen der ersten Kammer des Revisionsgerichts vor. Sie führte eine größere Anzahl von Gesichtspunkten an, die ihre Rechtsprechung bestätigen sollten:

- Art. 18 TOGB und die Herabsetzung der Verfügungen des Erblassers gemäß Art. 507 Nr. 4 TZGB seien verschiedene Rechtsinstitute. Ein Vertrag binde nur die Parteien und deren Rechtsnachfolger. Dem Dritten fehlt das Rechtsschutzinteresse, wenn er durch diesen Vertrag nicht in seinen Rechten verletzt sei. Aus diesem Grund könnten die Erben gem. Art. 18 TOGB das Scheingeschäft nicht im Klagewege geltend machen, sondern nur die Parteien oder deren Gesamtrechtsnachfolger.

---

274 Der Sachverhalt geht allerdings nicht völlig eindeutig aus der Entscheidung hervor.

275 Zum Wortlaut s. oben Fn. 271.

- Art. 507 Nr. 4 TZGB gehe als *lex specialis* des Erbrechts der *lex generalis* Art. 18 TOGB vor.

- Gemäß Art. 508 TZGB gilt: "Wer sich in gutem Glauben befindet, ist zu Rückleistungen nur insoweit verpflichtet, als er zur Zeit des Erbganges aus dem Rechtsgeschäfte mit dem Erblasser noch bereichert ist." Beim Scheingeschäft fehle der gute Glaube und somit sei Art. 507 Nr. 4 TZGB bei Scheingeschäften nicht anwendbar.

- Art. 507 Nr. 4 TZGB liege das Prinzip "Respekt vor dem letzten Willen des Erblassers" zugrunde. Die Zubilligung eines Klagerechts an die Erben würde die Testierfreiheit des Erblassers beeinträchtigen.

- Die Generalkommission habe sich bei ihrer Entscheidung auf die Plenarentscheidung vom 7.10.1953 (Az. E. 8 K. 7) gestützt. Nach diesem Urteil[276] ist das verdeckte Geschäft ungültig, weil die vom Gesetz vorgeschriebene Form nicht erfüllt wurde. Aber auch das verdeckte Geschäft müsse gültig sein. So habe die die Plenarentscheidung vom 27.03.1957 (Az. E. 12 K. 2) für das Vorkaufsrecht dieser Ansicht nicht beigepflichtet, da es hier keine Rolle spiele, ob für den Vertrag die Schriftform gelte.

- Nach der jeweiligen Sachverhaltskonstellation sei außerdem anzunehmen, daß die Verfügung des Erblassers eine Ausnahme von der Ausgleichung der Miterben gemäß Art. 603 II TZGB; Art. 626 II ZGB bedeute.

b) Die Plenarentscheidung vom 01.04.1974

Der Vorsitzende der ersten Kammer prüfte gemäß Art. 20 II Revisionsgerichtsgesetz die Vorlage und entschied, daß eine Plenarentscheidung nötig sei. Zwar bejahte die große Generalkommission am 11.03.1974 einstimmig, daß es eine Diskre-

276 YKD 4 (1948-1956) 519-523.

panz zwischen den Entscheidungen gäbe, eine Entscheidung über die Rechtsfrage scheiterte aber an der nötigen Zwei-Drittel-Mehrheit.

Am 01.04.1974 erging jedoch die Plenarentscheidung[277]. Wenn ein Erblasser seinen Willen zum Kauf im Grundbuch erklärt, obwohl er eine Schenkung vornehmen will, können alle Erben, deren Erbrecht verletzt worden ist, unabhängig davon, ob sie pflichtteilsberechtigt sind oder nicht, gem. Art. 18 I TOGB Klage erheben und auf Feststellung klagen, daß das scheinbare Geschäft mangels der Ernstlichkeit der Willens, das verdeckte Geschäft wegen des Formmangels nichtig sei. Eine Verjährungsfrist laufe nicht. Dieses Klagerecht schließe die Herabsetzungsklage gemäß Art. 507 Nr. 4 TZGB, Art. 527 Nr. 4 ZGB und Ausgleichung gemäß Art. 603 TZGB; Art. 626 ZGB nicht aus.

Die Generalkommission konzedierte zwar, daß Art. 18 TOGB, Art. 18 OR und Art. 507 Nr. 4 TZGB; Art. 527 Nr. 4 ZGB verschiedene Rechtsinstitute beträfen, entschied aber, daß gemäß Art. 5 TZGB, Art. 7 ZGB die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge auch auf andere zivilrechtliche Verhältnisse Anwendung fänden.

Hiernach ist der Erbe, dessen Erbrecht verletzt worden ist, nicht als Gesamtrechtsnachfolger, sondern als ein Dritter anzusehen, der durch das Scheingeschäft des Erblassers und des Käufers in seinen Rechten verletzt ist.

Die Generalkommission war weiter der Ansicht, daß das verdeckte Geschäft grundsätzlich gültig sei. Wenn das Gesetz für einen Vertrag eine Form vorschreibe, müssen die Parteien zur Gültigkeit des Vertrages diese Form erfüllen. Gegenstand der Plenarentscheidung war ein Grundstück, das der Erblasser zum Schein verkauft hatte. In einer solchen Situation muß die für das verdeckte Geschäft (für die Schenkung) vor-

277 YIBKD 5 (1957-1980) 631 ff.

geschriebene Form erfüllt werden. Durch einen formwirksamen Kaufvertrag werden die Formerfordernisse für die Schenkung nicht gewahrt. Die Generalkommission folgerte weiter, daß die Klage auf Art. 507 Nr. 4 TZGB, Art. 527 Nr. 4 ZGB bei gültigen Verträgen und bei ungültigen Scheingeschäften auf Art. 18 TOGB; Art. 18 OR gestützt werden könne. Deswegen sei der gutgläubige Käufer eines Grundstücks durch Art. 508 TZGB, Art. 528 ZGB geschützt. Außerdem gelte das Prinzip "Respekt vor dem letzten Willen des Erblassers im Erbrecht" nur für die Verfügungen, die das Erbrecht nicht verletzen. Art. 603 TZGB, Art. 626 ZGB schütze aber den Erbanteil eines Erben gegen gültige Verfügungen zugunsten anderer Erben und sei daher bei ungültigen Verfügungen nicht anwendbar.

2) Die Plenarentscheidung vom 22.05.1987

In seiner Plenarentscheidung vom 22.05.1987 (Az. E. 1986/4, K. 1987/5) hat das Revisionsgericht aufgrund abweichender Meinungen der Generalkommission und der ersten und der vierzehnten Zivilkammer des Revisionsgerichts die Rechte der Erben noch erweitert[278]. Die erste Zivilkammer des Revisionsgerichts hatte entschieden, daß die Erhebung der Herabsetzungsklage die Klage gemäß Art. 18 TOGB, die die Nichtigkeit des ganzen Geschäftes zur Folge. habe, nicht hindere. Bei der Herabsetzungsklage müsse aber das Urteil hinsichtlich der Scheingeschäftsklage abgewartet werden. Die Herabsetzungsklage und das Scheingeschäft seien verschiedene Rechtsinstitute; sie könnten sowohl einzeln, als auch stufenweise erhoben werden. Ein Urteil, das für eine dieser Klagen gegeben worden ist, habe keine präjudizielle Wirkung für das andere.

Die vierzehnte Zivilkammer hatte dagegen entschieden, daß der Kläger, der schon eine Herabsetzungsklage gemäß Art.

278 YKD 1987, 1617-1619.

507 Nr. 4 TZGB; Art. 527 Nr. 4 ZGB erhoben hatte, nicht noch eine Klage wegen des Scheingeschäfts gemäß Art. 18 TOGB anstrengen könne. Es sei in diesem Fall anzunehmen, daß der Kläger auf sein Recht über den verfügbaren Teil verzichtet habe und nur seine Pflichtteilsquote in Anspruch nehme.

Die Generalkommission war in ihrem Beschluß vom 16.10.1954 davon ausgegangen, daß die Gründe für die Herabsetzung und die Gründe für das Scheingeschäft voneinander zu trennen seien. Deswegen dürfe die Klage nur auf ein Rechtsinstitut gestützt werden (entweder Herabsetzung oder Scheingeschäft). In ihrer Entscheidung vom 08.01.1964 legte die die Generalkommission die Auffassung zugrunde, daß der Kläger mit der Erhebung der Herabsetzungsklage das Rechtsgeschäft bestätige, weil die Herabsetzungsklage nur für gültige Geschäfte statthaft sei.

Um diese Meinungsverschiedenheit zu beseitigen, hat die Generalkommission in ihrer Plenarentscheidung (Az. E. 4 K. 5) am 22.05.1987 festgestellt, daß die Herabsetzungsklage und das Scheingeschäft zwar verschiedene Rechtsinstitute seien, aber der Kläger nicht gezwungen werden könne, nur eine Klage zu erheben, wenn ihm zwei verschiedene Klagen zustünden. Die Erhebung der einen Klage bedeute keine Verzicht auf die andere Klage.

Seit dieser Plenarentscheidung können die Erben also die Herabsetzungsklage gemäß Art. 507 Nr. 4 TZGB; Art. 527 Nr. 4 ZGB und die Ungültigkeits- bzw. Eintragungsklage gemäß Art. 18 TOGB; Art. 18 OR zusammen oder stufenweise erheben.

Ein Sondervotum[279] hingegen vertritt den Standpunkt, diese Entscheidung zerstöre die soziale Ordnung, die Beständigkeit und das Vertrauen in das Rechtsleben. Daß jemand, der zuerst die Herabsetzungsklage erhoben und den

279 Ozanoğlu (1987) 1617-1619.

Prozeß gewonnen hat, nach Jahren, z.B. dreißig bis vierzig Jahre später, die Ungültigkeitsklage wegen des Scheingeschäfts gemäß Art. 18 TOGB; Art. 18 OR erhebe, könne nicht akzeptiert werden. Ein solches Verhalten sei widersprüchlich und verstoße gegen Treu und Glauben.

3) Die Plenarentscheidung vom 16.3.1990

a) Zur Notwendigkeit einer erneuten Plenarentscheidung

Bei einem Symposium zum 120. Jahrestag der Gründung des Revisionsgerichts wurden die Plenarentscheidungen vom 01.10.1953, 01.04.1974 und 22.05.1987 von den Teilnehmer stark kritisiert. Man sah es als notwendig an, diese Entscheidungen zu überdenken[280].

Daraufhin hat sich die Generalkommission am 08.03.1989 wegen einer Änderung der Entscheidung an die große Generalkommission des Revisionsgerichts gewandt. Die Generalkommission trug jedoch nicht alle Gesichtspunkte vor. So erwähnte sie nicht, daß die Entscheidung vom 01.04.1974 den Prinzipien des Erbrechts widersprach, daß es bei dem Fall nicht nur um ein Scheingeschäft, sondern auch um einen Formmangel ging und die Behauptung des Formmangels in diesem Fall ein Verhalten gegen Treu und Glauben und einen Rechtsmißbrauch darstellte. Sie beschränkte sich auf den Hinweis, daß die Entscheidung ungerecht sei und das gesellschaftliche Gewissen stören könnte. Die Entscheidung der Generalkommission wurde nicht veröffentlicht[281].

---

280 Karayalçın (1989) 323-337, Tartışmalar (Diskussionen) 428-432.

281 Karayalçın (1991) 208 ff.

b) Die Plenarentscheidung vom 16.3.1990 und ihre Begründung

Das Revisionsgericht stellte am 16.03.1990 mit folgender Begründung fest, daß keine Notwendigkeit bestehe, die Plenarentscheidung vom 1.4.1974 zu ändern[282].

"Die Entscheidung vom 1.04.1974 wurde unter Berücksichtigung der Besonderheiten der türkischen Gesellschaft getroffen. Besonders auf dem Land wollen die Erblasser oft ihre Töchter enterben. Deswegen veräußert der Erblasser das Grundstück an den Sohn oder an Dritte in Schenkungsabsicht.

Die Parteien äußern ihren Willen zum Schein als Kauf im Grundbuchamt. Des öfteren heiratet der Mann noch einmal nach dem Tode seiner ersten Frau oder nach der Scheidung. Unter dem Einfluß der zweiten Frau schenkt er das Grundstück den Kindern aus zweiter Ehe, um die Kinder an erster Ehe zu enterben. Er nimmt das Geschäft aber als Kauf zum Schein vor. Die Entscheidung verwirklicht die Gleichberechtigung zwischen Töchtern und Söhnen. Deswegen entspricht die Entscheidung den gesellschaftlichen Bedürfnissen."

4) Würdigung der Plenarentscheidungen

Verschiedene Aspekte dieser Plenarentscheidungen sind hier besonders relevant[283]: Zum einen die Auswirkungen des Scheingeschäfts gegenüber den Erben, und die Abgrenzung zwischen Scheingeschäft und Formmangel.

Schließlich müsse man die sozialen Hintergründe der Entscheidungen berücksichtigen und untersuchen, inwieweit sie die Plenarentscheidungen rechtfertigen.

---

282 YKD 1990 953 ff.

283 Karayalçın (1989) 321 f.; Sungurbey (1989) 749 ff.

a) Die Ansprüche der Erben

Im schweizerischen/türkischen Zivilrecht gilt der Grundsatz, daß die Pflichtteile der Erben gemäß Art. 453 I TZGB; Art. 471 ZGB nicht verletzt werden dürfen[284], solange keine Erbunwürdigkeitsgründe nach Art. 520-542 TZGB; Art. 540-563 ZGB oder Enterbungsgründe nach Art. 457-460 TZGB; Art. 477-480 ZGB vorlägen. Hinsichtlich des verfügbaren Teils hat der Erblasser die volle Testierfreiheit (Art. 452 TZGB; Art. 470 ZGB). Die Erben haben keinen Anspruch auf den verfügbaren Teil (Art. 499-500 TZGB; Art. 522-523 ZGB). Wenn der Erblasser seine Verfügungsbefugnis überschreitet, steht dem Erben nur die Herabsetzungsklage zu (Art. 502-503 TZGB; Art. 522-523 ZGB)[285]. Außerdem unterliegen Schenkungen, die der Erblasser frei widerrufen konnte, oder die er während des letzten Jahres (während der letzten fünf Jahre gemäß Art. 527 Nr. 3 ZGB) vor seinem Tode getätigt hat, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke (Art. 507 Nr. 3 TZGB; Art. 527 Nr. 3 ZGB) und die Veräußerung von Vermögenswerten, die der Erblasser offenbar zum Zwecke der Umgehung der Verfügungsbeschränkung vorgenommen hat (Art. 507 Nr. 4 TZGB; Art. 527 Nr. 4 ZGB), der Herabsetzung[286].

Fraglich ist, ob der nicht pflichtteilsberechtigte Erbe ein Rechtsschutzinteresse hat. Bei entgeltlichen und unentgeltlichen Verfügungen haben die pflichtteilsberechtigten Erben nur Anspruch auf den Pflichtteil mit der Ausnahme der Ausgleichungspflicht gemäß Art. 603-606 TZGB; Art. 626-629 ZGB. Hat der Erblasser die verfügbare Quote überschritten,

---

284 Art. 453 TZGB: Der Pflichtteil beträgt: 1. für einen Nachkommen drei Viertel des gesetzlichen Erbanspruches; 2. für jedes der Eltern die Hälfte; 3. für jedes der Geschwister ein Viertel des gesetzlichen Erbanspruches; 4. für den überlebenden Ehegatten, wenn er neben einem Nachkommen Erbe geworden ist, die Höhe seines gesetzlichen Erbanspruches, andernfalls die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruches.

285 s. oben S. 183 f.

286 s. oben S. 184.

kann der Erbe Herabsetzungsklage erheben. Aber die Plenarentscheidungen entsprechen nicht dem schweizerischen und türkischen Recht, soweit sich aufgrund der ungültigen verdeckten Schenkung das Grundstück immer noch im Nachlaß befindet und die Erben keine Herabsetzungsklage, sondern nur eine Berichtigungsklage für die Eintragung im Grundbuch erheben können[287].

Problematisch ist hierbei, daß der Erblasser selbst eine solche Klage zu Lebzeiten nicht erheben kann. Wenn sich der Erblasser nach der Erfüllung des Geschäfts auf dessen Formnichtigkeit beruft, verstößt er gegen den Grundsatz von Treu und Glauben[288]. Für das Beweisrecht ergibt sich das Problem, daß die Behauptungen gegen einen schriftlich abgefaßten Vertrag auch schriftlich bewiesen werden müssen, Art. 290 TZPO[289]. Als Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers[290] kann der Erbe nur die Rechte geltend machen, die der Erblasser bereits hatte; der Erbe kann also keine Klage erheben, die der Erblasser nicht erheben konnte. Andererseits kann aber der pflichtteilsberechtigte Erbe auf Herabsetzung herabsetzbarer Zuwendungen des Erblassers klagen, jedoch nicht auf Ungültigkeit, so daß das Prinzip "der schriftliche Beweis gegen den schriftlichen Vertrag" für sie nicht anwendbar ist[291].

Aus diesen Gründen haben die Erben, die nicht pflichtteilsberechtigt sind, kein Klagerecht wegen des Scheingeschäfts, weil ihnen das Rechtschutzbedürfnis fehlt.

---

287 So Kocayusufpaşaoğlu (1987) 382-388; İmre/Erman (1989) 257-258; Oğuzman (1978) 271-272; Oğuzman (1990) 196-197; Karayalçın (1991) 223-224.

288 s. oben S. 160; vgl. Kaneti (1989) 429.

289 Kuru/Yılmaz/Aslan (1991) 374 f.

290 Karahasan (1975) 445-446; ders. (1977) 474-476; Piotet (1978) 12 f; Druey (1986) 35 ff.; Oğuzman (1990) 191.

291 So Kaneti (1989) 429; vgl. Güven (1978) 243-244.

b) Die sozialen Hintergründe der Plenarentscheidungen

Die Plenarentscheidung vom 01.04.1974 wurde nicht nur kritisiert, sondern auch verteidigt[292]. Man brachte vor, daß es viele soziale Hintergründe gäbe, die diese Entscheidungen rechtfertigen würden. Oft würden die Frauen auf dem Land von ihren Vätern oder Brüdern enterbt, indem der Erblasser zu Lebzeiten mit seinen Söhnen ein Scheingeschäft vornäme, insbesondere Grundstücke zum Schein verkauft, die er ihnen eigentlich schenken will. Die Töchter des Erblassers würden aber wegen des Drucks, den ihre Brüders ausüben oder wegen ihrer Mentalität (Erziehung) keine Klage im Rahmen des Erbrechts erheben. Manchmal lebe der Erblasser, der kein Kind habe, mit einem Geschwister, Cousin oder anderen Verwandten. Diesem Verwandten schenke der Erblasser sein Grundstück, wobei sie zum Schein einen Kaufvertrag abschlössen.

Ob diese sozialen Hintergründe die Entscheidungen rechtfertigen, wäre zu diskutieren. Die Verfassung der Türkei und das türkische Zivilrecht machen keinen Unterschied zwischen Mann und Frau, Frauen und Männer haben dieselben Klagemöglichkeiten. Der Ausnahmefall, in dem die Frauen von ihren Vätern oder Brüdern enterbt werden, darf nicht verallgemeinert werden; kein Klagerecht, das im Gesetzbuch nicht vorhanden ist, kann für einen Ausnahmefall durch eine Plenarentscheidung geschaffen werden.

Nach dem System des türkischen Erbrechts ist es nicht möglich, die Töchter ganz zu enterben, da Söhne und Töchter die gleiche Pflichtteilsquote haben (Art. 453 TZGB; Art. 471 ZGB)[293]. Die vom Vater vorgenommenen Verfügungen können bis zur Höhe des Pflichtteils herabgesetzt werden (Art. 507 Nr. 4 TZGB; Art. 527 Nr. 4 ZGB). Den Erben aber ein

---

292 Sungurbey (1989) 749 ff.

293 s. oben Fn. 284.

neues Klagerecht durch die Plenarentscheidung zuzuerkennen, verletzt die Prinzipien des Erbrechts[294].

Der Entscheidung lag die Überlegung zugrunde, daß die Frauen aufgrund einer patriarchalischen[295] Gesellschaftsstruktur enterbt werden. Andererseits gilt nicht nur für diejenigen Länder, in denen der Agrarsektor der wichtigste Wirtschaftszweig ist, sondern auch für industrialisierten Länder der Ausschluß der Teilung des landwirtschaftlichen Betriebes. Im schweizerischen Zivilgesetzbuch Art. 520-625 ist wie auch im türkischen ZGB in Art. 597-602 geregelt worden, daß ein landwirtschaftlicher Betrieb, der eine wirtschaftliche Einheit bildet und eine ausreichende Lebensgrundlage bietet, demjenigen Erben, der sich zu dessen Übernahme bereit erklärt und dafür geeignet erscheint, zum Eintragungswert auf Anrechnung ungeteilt zugewiesen wird[296].

Die Teilung der Felder durch Erbschaft führt dazu, daß eine landwirtschaftliche Tätigkeit darauf nicht mehr rentabel durchgeführt werden kann. Daher wurde am 22.11.1984 das "Landwirtschaftsreformgesetz für Bodeneinstellung in den Bewässerungsfeldern" mit der Nummer 3083 verabschiedet, um die Felder, die so geteilt sind, daß eine produktive landwirtschaftliche Tätigkeit nicht mehr ausgeübt werden kann, wieder zusammenzuführen. Wenn ein Vater zu Lebzeiten seinem Sohn ein Grundstück schenkt, um zu verhindern, daß das Grundstück in kleine Stücke geteilt wird, ohne die Pflichtteile seiner anderen Kinder zu schmälern, ist die Schenkung als ein billigenswertes Geschäft anzuerkennen.

Wenn der Erblasser das Grundstück verschenkt hätte und die Verfügung als Schenkung im Grundbuch hätte eintragen lassen, wäre das Geschäft gültig. Weil aber der Erblasser die

---

294 s. oben S. 196.

295 Vgl. Sungurbey (1989)' 752. Der vom Autor benutzte Ausdruck "feudalistische Mentalität" muß hier im Sinne von patriarchalischer Mentalität verstanden werden.

296 Beck (1976) 194 f.

Schenkung zum Schein als Kauf ins Grundbuch hat eintragen lassen, ist das Geschäft als Scheingeschäft ungültig. Darin liegt ein Widerspruch. Wenn man wegen der sozialen Probleme die zum Schein als Kauf vorgenommene Schenkung für ungültig erklären muß, müßte man aus demselben Grund auch die im Grundbuch eingetragene Schenkung für ungültig erklären.

Nicht jede vom Erblasser einem der Erben oder einem Dritten in Schenkungsabsicht vorgenommene Vermögensübertragung muß in böser Absicht geschehen sein. Oft läßt sich ein redlicher Zweck nur durch die Verknüpfung von simuliertem und verdecktem Rechtsgeschäft verwirklichen[297]. Nicht selten wird der Erblasser nur von einem der Erben versorgt und gepflegt und überläßt ihm dann aus Dankbarkeit einen bestimmten Vermögenswert. In einem Fall schenkte der Vater seiner Tochter, die ihn lebenslang versorgt hatte, ein Grundstück, ohne jedoch die Pflichtteilsquote seiner Söhne zu verletzen. Diese Schenkung ließ er aber zum Schein als Kauf eintragen. Nachdem die Tochter über Jahre das Grundstück besessen und instand gehalten hat, klagen die Söhne gegen die Verfügung und bekommen das Grundstück entsprechend den Grundsätzen der Plenarentscheidung zugesprochen. Eine solche Lösung stört das soziale Leben und das gesellschaftliche Gewissen[298].

Die Schenkung, die zum Schein als Kauf vorgenommen worden ist, als Kollusion, also als bewußte Schädigung Dritter zu bezeichnen, ist nicht nur juristisch unrichtig, sondern auch für Wirtschaft und Betrieb unzutreffend[299].

Wollte der Erblasser jedoch eine unredliche Handlung vornehmen, ist das verdeckte Rechtsgeschäft richtigerweise nichtig, und damit das erstrebte rechtliche Ergebnis vereitelt. Maßgeblich müssen daher nicht nur die Handlung selbst,

---

297 Vgl. Kallimopoulos (1966) 139.

298 So Ozanoğlu (1990) 966.

299 So Karayalçın (1991) 215.

sondern auch die dazu gehörigen Umstände sein, wenn festgestellt worden soll, ob ein Rechtsgeschäft gesetz- oder sittenwidrig und daher nichtig ist[300]

5) Zusammenfassung

Weder die pflichtteilsberechtigten noch die nicht pflichtteilsberechtigten Erben können nach dem Tod des Erblassers gegen Verfügungen, die dieser zu Lebzeiten vorgenommen hat, gemäß Art. 18 TOGB, Art. 18 OR klagen. Ein solches Klagerecht findet im Gesetz keine Stütze. Überschreitet der Erblasser seine Verfügungsbefugnis, bleibt den Erben nur die Herabsetzungsklage gemäß Art. 507 Nr. 4 TZGB; Art. 527 Nr. 4 ZGB. Das Revisionsgericht geht bei seinen Entscheidungen davon aus, daß die verdeckte Schenkung mit der Absicht vorgenommen wurde, Rechte eines Dritten zu beeinträchtigen, oder daß es zwischen den Parteien eine böswillige Kollusion gäbe. Es besteht jedoch keine "Kollusion" in diesen Fällen. Überschreitet der Erblasser die verfügbare Quote, können die Erben eine Herabsetzungsklage gemäß Art. 507 Nr. 4 TZGB, Art. 527 Nr. 4 ZGB anstrengen. Den Erben ohne Pflichtteilsberechtigung stehen diese erbrechtlichen Mittel hingegen nicht offen.

300 So Kallimopoulos (1966) 139