

SARAH EICKELMANN

Die Rückwirkung
im System des
Bürgerlichen Gesetzbuchs

Studien zum Privatrecht

65

Mohr Siebeck

Studien zum Privatrecht

Band 65



Sarah Eickelmann

Die Rückwirkung
im System
des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Mohr Siebeck

Sarah Eickelmann, geboren 1981; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Münster; 2007 Erstes Staatsexamen; Referendariat im OLG-Bezirk Hamm; 2009 Zweites Staatsexamen; Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Konstanz; seit 2012 Richterin im höheren Justizdienst des Landes Baden-Württemberg; 2016 Promotion; ab März 2017 abgeordnet an das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin.

e-ISBN PDF 978-3-16-155237-3
ISBN 978-3-16-155022-5
ISSN 1867-4275 (Studien zum Privatrecht)

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Gesetzliche Rückwirkungsanordnungen sind als spezifisches Mittel der Gesetzgebungstechnik in der deutschen und zahlreichen europäischen Rechtsordnungen von Bedeutung. Diese Arbeit analysiert, in welchen Konstellationen und insbesondere mit welchem Ziel und unter Ausnutzung welcher Vorteile der Gesetzgeber den Rückwirkungsmechanismus einsetzt. Sie untersucht einzelne zivilrechtliche Rückwirkungsanordnungen im Hinblick auf ihre Bedeutung für das System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, widmet sich aber auch der Analyse beispielhafter Problemsituationen, wobei auch rechtshistorische und rechtsvergleichende Aspekte einbezogen werden. Sie hat im Wintersemester 2015/2016 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz als Dissertation vorgelegen.

Das Verfassen dieses Buches ist mir nicht zuletzt durch die Unterstützung zahlreicher Menschen in fachlicher und persönlicher Hinsicht erleichtert worden. Ihnen allen möchte ich an dieser Stelle herzlich danken.

Mein Dank gilt vor allen anderen meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Matthias Armgardt, der meine Arbeit nicht nur durch vielfältige Anregungen gefördert hat, sondern mir gleichzeitig den nötigen Freiraum ließ, meine Ideen zu entwickeln. Meinem Zweitgutachter, Herrn Professor Dr. Christoph Althammer, bin ich ebenfalls sehr zu Dank verpflichtet, für die äußerst rasche Zweitkorrektur genauso wie für seine weitere Förderung über das Dissertationsverfahren hinaus.

Danken möchte ich des Weiteren Max Häfner, der immer ein offenes Ohr für fachliche Diskussionen hatte, und mir während der gesamten Entstehungszeit meiner Arbeit auch persönlichen Rückhalt gegeben hat. Ich danke zudem Michael Busching für seine stets uneingeschränkte Hilfsbereitschaft vor allem bei technischen Fragen. Meinen Freundinnen und Kolleginnen an der Universität Konstanz, Nina Grumbrecht, Kerstin Düscher und Bettine Jankowski, möchte ich für die gemeinsame Zeit und fürs Korrekturlesen danken. Des Weiteren danke ich Consuela Mayer, die als belesene, vielseitig interessierte und hilfsbereite Lehrstuhlsekretärin stets bereit war, in allen organisatorischen Fragen unterstützend zur Seite zu stehen.

Darüber hinaus möchte ich mich an dieser Stelle besonders bei meinen Eltern Ursula und Gerhard Eickelmann bedanken, die mich während meiner gesamten Ausbildungszeit uneingeschränkt unterstützt haben und immer für mich da waren.

Mannheim, im Dezember 2016

Sarah Eickelmann

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil: Einführung und Ziel der Arbeit	1
Zweiter Teil: Grundlagen	5
<i>§ 1 Begriff und Rechtsnatur der Rückwirkung</i>	5
I. Die Deklarationstheorie	5
II. Die Fiktionstheorie	7
1. Inhalt	7
2. Die Fiktion	8
3. Ergebnis	10
<i>§ 2 Ein Ausschnitt: Rückwirkung im römischen Recht</i>	10
I. Rechtsinstitute ohne Entsprechung im heutigen Recht	11
1. Die Lehre vom postliminium	11
2. Erwerb von Eigentum durch einen Nießbrauchsklaven	12
3. Das peculium castrense	13
II. Rechtsinstitute mit Ähnlichkeiten zum heutigen Recht	14
1. Ususfructus gregis	14
2. Erwerb eines Vindikationslegats	15
3. Weitere	17
Dritter Teil: Überlegungen zu Rechtfertigung und Nutzen der Rückwirkung	19
<i>§ 3 Rückwirkungsanordnungen im BGB</i>	19
I. Bestandsaufnahme	20
II. Einteilungsmöglichkeiten der Rückwirkungsanordnungen im BGB	22

§ 4 Besondere Rechtfertigung des Einsatzes der Rückwirkung, auch in Bezug auf die möglichen Alternativen	24
I. Mögliche Rechtfertigung: Durchsetzung grundlegender Prinzipien des Privatrechts	24
1. Das „System“ des Privatrechts	25
a) Der Systembegriff	25
b) Die Rechtsprinzipien	27
2. Rückwirkung und das innere System des Privatrechts	28
II. Einfügung in das System im Verhältnis zu anderen Regelungsmöglichkeiten – Einzelfallanalyse zur Zweckmäßigkeit	29
1. Technische Alternative direkte Verweisung	30
2. Inhaltliche Alternativen	31
3. Bewertungskriterien	32
4. Abwägung und Verhältnis zwischen den materiellen Prinzipien des Privatrechts und der Zweckmäßigkeit im hier verwendeten Sinne	32
 Vierter Teil: Einzelne Rückwirkungsanordnungen	 35
§ 5 Rückwirkung im allgemeinen Teil des BGB, vor allem in der Rechtsgeschäftslehre	35
I. Die Rückwirkung der Anfechtung	36
1. Ausgangspunkt und Vergleich	36
a) Deutsches Recht	36
b) Römisches Recht und Gemeines Recht	36
c) Gesetzgebungsmaterialien BGB	39
d) Andere Rechtsordnungen	40
e) Zusammenfassung	41
2. Rückwirkung der Anfechtung und Prinzipien des BGB	42
a) Das der Rechtsgeschäftslehre zugrunde liegende Prinzip der Privatautonomie	42
b) Rückwirkung der Anfechtung als Wahrung der Privatautonomie?	45
aa) Anfechtung wegen Täuschung oder Drohung gemäß § 123 Abs. 1 BGB	46
bb) Anfechtung wegen Irrtums gemäß §§ 119, 120 BGB	49
cc) Alternative ex nunc-Wirkung der Anfechtung	50
dd) Weitere Anfechtungsmöglichkeiten im BGB, auf die sich § 142 BGB bezieht	50

ee) Zusammenfassung	51
3. Das Prinzip der Zweckmäßigkeit: Vergleichende Analyse ausgewählter Einzelfälle	51
a) Abgrenzung	51
b) Alternative Nichtigkeit ex nunc bei Anfechtung gegenseitiger Verträge	53
aa) Gestörte Rückabwicklung	54
(1) Schuldrechtliche Ebene	54
(a) Anfechtung ex tunc	54
(b) Anfechtung ex nunc	56
(c) Rücktrittsrecht	58
(2) Dingliche Ebene	62
(a) Anfechtung ex tunc	62
(b) Anfechtung ex nunc	62
(3) Zusammenfassung	63
bb) Zwischenverfügung an einen Dritten	63
(1) Schuldrechtliche Ebene	64
(a) Anfechtung ex tunc	64
(b) Anfechtung ex nunc	64
(2) Dingliche Ebene	64
(a) Anfechtung ex tunc	64
(b) Anfechtung ex nunc	65
(3) Zusammenfassung	66
cc) Anfechtung und Insolvenz	66
(1) Schuldrechtliche Ebene	67
(2) Dingliche Ebene	68
(3) Zusammenfassung	69
dd) Anfechtung und Zwangsvollstreckung	69
(1) Schuldrechtliche Ebene	70
(2) Dingliche Ebene	70
(3) Zusammenfassung	72
ee) Anfechtung von Dauerschuldverhältnissen	72
ff) Zusammenfassung	74
4. Abwägung	75
a) Anfechtung wegen Täuschung oder Drohung gemäß § 123 Abs. 1 BGB	75
b) Anfechtung wegen Irrtums	78
aa) Wirkung ex tunc oder ex nunc	78
bb) Anfechtung ex nunc oder Rücktrittsrecht	79
cc) Einseitige Rechtsgeschäfte	82
c) Ergebnis	83
5. Gesamtbewertung und Ergebnis Rückwirkung der Anfechtung	84
II. Rückwirkung der Genehmigung	84
1. Ausgangspunkt und Vergleich	84
a) Deutsches Recht	84

b) Römisches Recht und Gemeines Recht	86
c) Gesetzgebungsmaterialien zum BGB	88
d) Andere Rechtsordnungen	88
e) Zusammenfassung	89
2. Prinzipien des Privatrechts als Grundlage der Rückwirkung	90
a) Rückwirkung aus dem „Begriff“ der Genehmigung	90
b) Rückwirkung der Genehmigung als Wahrung des dem BGB zugrundeliegenden Prinzips der Privatautonomie?	91
aa) Genehmigungserfordernisse im BGB	92
bb) Genehmigung mit Wirksamkeit für und gegen den Handelnden	93
cc) Genehmigung mit Wirksamkeit für und gegen den Genehmigenden	95
dd) Öffentlich-rechtliche Genehmigungen	97
ee) Ergebnis	97
c) Rückwirkung der Genehmigung zwecks Simultanität des Rechtsgeschäfts?	98
d) Zwischenergebnis	99
3. Bewertung der Zweckmäßigkeit der Rückwirkung anhand ausgewählter Einzelsituationen	99
a) Leistungsstörungen zwischen Vertragsschluss und Genehmigung	100
aa) Verzug	100
bb) Leistungs- und Schutzpflichtverletzungen i. S. v. § 281 und § 282 BGB	101
(1) Genehmigung ex tunc	102
(a) Leistungsbezogene Pflichtverletzung	102
(b) Nicht-leistungsbezogene Pflichtverletzung	103
(2) Genehmigung ex nunc	104
(a) Leistungsbezogene Pflichtverletzung	104
(b) Nicht-leistungsbezogene Pflichtverletzung	105
cc) Unmöglichkeit	105
(1) Genehmigung mit ex tunc-Wirkung	105
(2) Genehmigung mit ex nunc-Wirkung	105
dd) Zwischenergebnis	106
b) Genehmigungsbefugnis und Gutgläubigkeit	106
aa) Genehmigungsbefugnis	106
(1) Genehmigung mit ex tunc-Wirkung	106
(2) Genehmigung mit ex nunc-Wirkung	109
(3) Zusammenfassung	111
bb) Zeitpunkt des guten Glaubens	112
(1) Genehmigung mit Wirkung ex tunc	112
(2) Genehmigung mit Wirkung ex nunc	112
(3) Zusammenfassung	112
c) Verjährung	113
d) Genehmigung von Prozesshandlungen	113

e)	Genehmigung von Gestaltungserklärungen	114
f)	Genehmigung in der Insolvenz	114
aa)	Genehmigung mit ex tunc-Wirkung	115
bb)	Genehmigung mit ex nunc-Wirkung	118
cc)	Zusammenfassung	118
g)	Genehmigung und Zwangsvollstreckung	118
h)	Zusammenfassung und Bewertung	119
4.	Exkurs: Rückwirkung der Bedingung und ihre Argumente	119
a)	Allgemeine Einführung zur Rückwirkung der Bedingung	120
b)	Gründe der unterschiedlichen Behandlung	122
c)	Argumente für die Rückwirkung der Bedingung und Übertragbarkeit auf die Situation der Genehmigung	123
5.	Gesamtabwägung und Ergebnis	125
III.	Ergebnis zur Rückwirkung im allgemeinen Teil des BGB	126
§ 6	<i>Rückwirkung im Recht der Schuldverhältnisse</i>	126
I.	Rückwirkung der Aufrechnung	126
1.	Ausgangspunkt, Vergleich und Geschichte	126
a)	Deutsches Recht	126
b)	Römisches Recht und Gemeines Recht	127
c)	Gesetzgebungsmaterialien zum BGB	129
d)	Andere Rechtsordnungen	131
e)	Zusammenfassung	134
2.	Rückwirkung der Aufrechnung und Prinzipien des BGB	134
a)	Die Begründung mit dem „Wesen“ der Aufrechnung	134
b)	Das Prinzip der Privatautonomie	135
c)	Prinzip der „Billigkeit“: Schutzwürdiges Vertrauen in die Aufrechnungslage	136
d)	Prinzip der Unabhängigkeit der sich gegenüberstehenden Forderungen	140
e)	Rechtssicherheit	140
f)	Zusammenfassung	141
3.	Zweckmäßigkeit: Vergleichende Analyse ausgewählter Einzelfälle	141
a)	Praktische Bedeutung: Zinsen, Verzug, Vertragsstrafe	142
aa)	Folgen bei ex tunc-Wirkung der Aufrechnung	142
bb)	Folgen bei ex nunc-Wirkung der Aufrechnung	143
cc)	Beurteilung	143
(1)	„Praktischer Wert“ der Aufrechnung	143
(2)	Zinsen	144
(3)	Verzug und Verfall einer Vertragsstrafe	145
(4)	Zusammenfassung	146
b)	Aufrechnung im Konkurs	146

aa)	Das Argument der Gesetzgebungsmaterialien im Lichte der Konkursordnung	147
bb)	Beurteilung bei ex nunc-Wirkung der Aufrechnung	148
cc)	Das Konkursprivileg an sich: Ein kurzer Überblick	150
dd)	Zusammenfassung	151
c)	Forderungen mit veränderlicher Höhe	151
aa)	Die aufgrund der Rückwirkung entstehende Problematik	151
bb)	Beurteilung bei ex nunc-Wirkung der Aufrechnung	154
cc)	Zusammenfassung	154
d)	Fremdwährungsschulden	156
aa)	Meinungsstand	156
bb)	Vergleich zur hypothetischen ex nunc-Wirkung der Aufrechnung	158
e)	Aufrechnung mit verjährter Forderung	158
aa)	Die bestehende Rechtslage	158
bb)	Vergleich mit hypothetischer ex nunc-Wirkung der Aufrechnung	160
f)	Einfluss der Rückwirkung auf weitere Einzelprobleme	162
aa)	Prozesskosten	162
bb)	Drittaufrechnung	162
cc)	Abtretung an Dritte während der Schwebezeit	163
g)	Zusammenfassung	163
4.	Abwägung	164
5.	Gesamtergebnis zur Rückwirkung der Aufrechnung und Regelungsvorschlag	166
§ 7 Rückwirkung im Erbrecht		167
I.	Rückwirkung der Erbschaftsausschlagung und der Erbenwürdigkeitserklärung	167
1.	Ausgangspunkt, Vergleich und Geschichte	167
a)	Deutsches Recht	167
b)	Römisches Recht und Gemeines Recht	167
aa)	Annahme einer Erbschaft und Enthaltung	167
bb)	Erbenwürdigkeit	169
c)	Gesetzgebungsmaterialien zum BGB	170
d)	Andere Rechtsordnungen	171
e)	Zusammenfassung	175
2.	Rückwirkung und Prinzip des Vonselbsterwerbs	175
3.	Zweckmäßigkeit	176
a)	Verhältnis zu Nachlassgläubigern und Nachlassschuldnern	177
aa)	Forderungen der Nachlassgläubiger	177
bb)	Leistungen der Nachlassschuldner – Insbesondere bei Erbenwürdigkeitserklärung	178
b)	Ansprüche zwischen endgültigem und vorläufigem Erben	179

c) Verfügung zugunsten Dritter	180
d) Vereinigung der Rechte und Pflichten	180
e) Besitz	181
f) Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Erbenstellung	181
g) Zusammenfassung	182
4. Abwägung	182
II. Ergebnis	183
Fünfter Teil: Ergebnisse	185
Zusammenfassung	187
Literaturverzeichnis	191
Sachregister	209

Einführung und Ziel der Arbeit

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Rückwirkung im Bürgerlichen Recht. Das Problem der Rückwirkung im Recht taucht in unterschiedlicher Gestalt auf. Es gibt zunächst die Problematik der Rückwirkung von Gesetzen und die damit verbundene Frage, ob ein Gesetz für Zeiträume vor seinem Inkrafttreten Wirksamkeit entfalten kann. Ebenso kann sich die Frage der Rückwirkung bestimmter Staatsakte der Zivilgerichtsbarkeit stellen, insbesondere inwieweit die Aufhebung eines Urteils rückwirkende Kraft entfaltet¹. Neben diesen Fragen der Rückwirkung von bestimmten Akten der Staatsorgane finden sich jedoch auch solche Rückwirkungsanordnungen, die sich auf Rechtsgeschäfte oder Realakte beziehen.

Diese Arbeit befasst sich ausschließlich mit den letztgenannten zivilrechtlichen Anordnungen einer Rückwirkung. Der Rückwirkungsgedanke in Bezug auf die Anordnung einer Rechtsfolge war schon dem klassischen römischen Recht nicht fremd². Seitdem mag die Nutzung der Rückwirkung in ihrer Häufigkeit zwar zurückgegangen sein³, jedoch ist sie aus dem deutschen Zivilrecht nie ganz verschwunden. Auch andere Rechtsordnungen kennen die Rückwirkung und setzen sie mitunter im Vergleich zum deutschen Recht ganz unterschiedlich ein. So ordnet der französische Code Civil beispielsweise in Art. 1179 S. 1 die Rückwirkung des Eintritts einer Bedingung an, während dieses Ereignis im deutschen Recht nach § 158 BGB nach allgemeiner Meinung lediglich Wirkungen für die Zukunft entfaltet⁴. Auch bei Überlegungen für zukünftige Rechtsgestaltung in Europa spielt die Rückwirkung weiterhin eine Rolle. Der

¹ Siehe hierzu beispielsweise: *Hellwig*, in: FS für die juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum, S. 21 (38 ff.); *Oberndörfer*, Die Rückwirkung und ihre Begrenzung bei der Aufhebung eines Gestaltungsurteils im zivilprozessualen Wiederaufnahmeverfahren; Alle Arten der Wiederaufnahmeklage sind auf die rückwirkende Aufhebung eines Urteils gerichtet, siehe beispielsweise: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, Grundz § 578 Rn. 2.

² Siehe im Folgenden vor allem den Überblick im zweiten Teil der Arbeit, § 2, S. 10 ff. sowie jeweils bei den einzelnen Rückwirkungsanordnungen im vierten Teil der Arbeit.

³ So *Greis*, Wesen und Umfang der Rückwirkung im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 27.

⁴ *Staudinger/Bork*, BGB, Neubearb. 2015, § 158 Rn. 3, 20 f. m. w. N.; auf die andere Ansicht der Pendentztheorie, vertreten von *Armgardt*, AcP 206 (2006), 654–682 und *Eichenhofer*, AcP 185 (1985), 162–201 wird an späterer Stelle eingegangen, siehe Vierter Teil, § 5 II. 4., S. 119 ff.

Draft Common Frame of Reference, ein Entwurf auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Zivilgesetzbuch, sieht beispielsweise die Rückwirkung der Anfechtung⁵ und die Rückwirkung der Genehmigung eines durch einen falsus procurator geschlossenen Vertrages vor⁶.

Trotz dieses kontinuierlichen Einsatzes der Rückwirkung, war und ist sie immer wieder der Kritik ausgesetzt⁷. So bezeichnete *von Tuhr* sie als „einigermaßen gewaltsames Mittel der juristischen Technik“⁸ und *Lippmann* als „wahres Mysterium“⁹. Schon die sprachlich gekünstelt wirkende Formulierung, mit der eine Rückwirkung in der Regel ausgedrückt wird – „gilt als“, „ist als ... anzusehen“ – hebt sie gegenüber anderen gesetzestechnischen Mitteln hervor. Daneben nötigt die Anordnung der Rückwirkung auch zu der nicht unkomplizierten und unnatürlichen Gedankenoperation, einen gegebenen Sachverhalt für die Zukunft rechtlich so zu betrachten, als sei er ein anderer gewesen. Hinzu kommt, dass in vielen Fällen, in denen das Gesetz eine Rückwirkung anordnet, vergleichbare Situationen ohne die rückwirkende Folge auskommen. Zu nennen ist hier beispielsweise im Vergleich zur Anfechtung, die mit Rückwirkung ausgestattet ist, der Rücktritt von einem Vertrag. Während nach erfolgreicher Anfechtung ein Rechtsgeschäft so anzusehen ist, als wäre es von Anfang an nichtig gewesen, § 142 Abs. 1 BGB, führt der Rücktritt zur Umwandlung des ursprünglichen Schuldverhältnisses in ein Rückgewährschuldverhältnis¹⁰. Gleiches ergibt sich bei dem Vergleichspaar der Genehmigung nach § 184 BGB und dem Eintritt einer aufschiebenden Bedingung nach § 158 BGB. Beide Normen regeln Zustände, in denen einem Rechtsgeschäft zur vollständigen Wirksamkeit noch das jeweils genannte Ereignis fehlt. Während die Genehmigung in der Regel auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts zurückwirkt, zeitigt die Bedingung nur Wirkungen für die Zukunft. Gerade mit Blick auf diese Vergleichsfälle und in Bezug auf die komplizierte Konstruktion der Rückwirkung stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung, eine solche Regelung einer bloß für die Zukunft wirkenden und damit zumindest auf den ersten Blick einfacheren und sprachlich verständlicheren Regelung vorzuziehen.

⁵ II. – 7:212 DCFR.

⁶ II. – 6:111 DCFR.

⁷ Beispielsweise *Goldschmidt*, in: Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages I, S. 121 ff.; zur Rückwirkung allgemein beispielsweise: *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, S. 171 ff.; für die Rückwirkung der Aufrechnung beispielsweise: *P. Bydlinski*, AcP 196 (1996), S. 281 ff.; *Dullinger*, Handbuch der Aufrechnung, S. 147 ff., 182 ff.

⁸ v. *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/1, S. 25.

⁹ *Lippmann*, JJ 43 (1901), S. 435 (436).

¹⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 191; BGHZ 16, 153, 155 f; MünchKomm-BGB/*Gaier*, Vorbemerkung zu § 346 – § 354 Rn. 35; BeckOK BGB/H. *Schmidt*, § 346 Rn. 9 m. w. N.; *Staudinger/Kaiser*, BGB, Neubearb. 2012, § 346 Rn. 69.

Bisherige Forschungen in Bezug auf den Zweck und die Rechtfertigung der Rückwirkung sind jedoch rar. Anfang bis Mitte des 20. Jahrhunderts hatte die Diskussion um die Rechtsnatur der Rückwirkung ihren Höhepunkt, die im einleitenden Teil dieser Arbeit näher erläutert wird. Diese Frage ist jedoch heute weitestgehend geklärt. Man geht einheitlich davon aus, dass es sich bei der Rückwirkung um eine Fiktion handelt¹¹. Gelegentlich wird die Frage nach den Grenzen der Rückwirkung¹² und ihre Auswirkung auf Dritte¹³ diskutiert. Die Frage nach der inhaltlichen Rechtfertigung einer Rückwirkungsanordnung im System des BGB scheint demgegenüber bislang weitestgehend unbearbeitet.

An dieser Stelle soll die vorliegende Arbeit ansetzen. Sie stellt die Frage, welchem Zweck die Rückwirkung in einer konkreten Situation dient und ob dieser eine ausreichende Rechtfertigung für ihren Einsatz darstellt oder ob nicht vielmehr eine ex nunc-Regelung anzustreben wäre. Hierbei soll auf zwei Aspekte abgestellt werden. Eine mögliche Rechtfertigung könnte in der Frage nach der Systemgerechtigkeit der Rückwirkung zu finden sein. Fügt sie sich problemlos in das System des Privatrechts ein und fördert sie dieses sogar noch, so könnte dies für ihren Einsatz sprechen. Ein zweiter wichtiger Aspekt ist der der Anwendungsleichtigkeit der konkreten Norm. Werden durch die Rückwirkung bestimmte Probleme bei der Anwendung der Norm vermieden, könnte sie auch deshalb einer ex nunc-Wirkung vorzuziehen sein. Die Kombination beider Aspekte wird sodann zu untersuchen sein. Hierbei werden allgemeine Aussagen für alle Rückwirkungsanordnungen im BGB nur schwerlich getroffen werden können. Daher sollen, am System des BGB orientiert, einige Rückwirkungsanordnungen in der Reihenfolge der Bücher des BGB exemplarisch untersucht werden.

Hierzu sind zunächst einige allgemeine Ausführungen vor allem zu Begriff und Rechtsnatur der Rückwirkung notwendig. Nach einer Bestandsaufnahme der Rückwirkungsanordnungen im BGB ist der theoretische Ausgangspunkt der Untersuchung näher zu erläutern. Hierher gehört die Frage der Verankerung der Rückwirkung im System des BGB und das Verhältnis zu einer Einzelfallanalyse, bei der die ex tunc-Wirkung einer potentiellen ex nunc-Wirkung gegenüber gestellt werden soll. Nach Ausarbeitung der theoretischen Voraussetzungen können einzelne Rückwirkungsanordnungen daraufhin überprüft werden. Da-

¹¹ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 264; v. *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/1, S. 25; Für § 142 Abs. 1 BGB: *Staudinger/Roth* Neubearb. 2015, § 142 Rn. 1 unter Verweis auf *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 31 f. m. w. N.

¹² Beispielhaft: *Hellwig*, in: FS für die juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum, S. 31 ff.; *Greis*, Wesen und Umfang der Rückwirkung im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs; *Zunft*, AcP 152 (1952/1953), 289.

¹³ Beispielhaft: *Bruck*, Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte, S. 59 ff.; *Fellner*, Die Rückwirkung gegen Dritte seit der Entstehung des BGB.

bei sind auch Argumente aus Historie, Gesetzgebungsmaterialien und anderen Rechtsordnungen zumindest überblicksartig mit einzubeziehen. Der Hauptaspekt liegt jedoch in der Untersuchung der hinter der Rückwirkung stehenden Prinzipien und der Überprüfung anhand problematischer Fälle ob eine ex nunc-Wirkung den Anforderungen an eine gelungene und praktikable gesetzliche Regelung nicht eher gerecht würde. Ziel der Arbeit ist, zu untersuchen, ob die ausgewählten Rückwirkungsanordnungen im Hinblick auf System und Anwendungsleichtigkeit eine Rechtfertigung finden, oder ob eine Regelung ohne Rückwirkung vor dem Hintergrund der Untersuchung vorzugswürdig wäre.

Zweiter Teil

Grundlagen

§ 1 Begriff und Rechtsnatur der Rückwirkung

Gegenstand dieser Untersuchung sind die Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch. Die bisher erwähnten – zum Teil kunstvoll anmutenden – Umschreibungen¹ der Rückwirkung, sagen noch nichts über ihre Rechtsnatur aus. Das folgende Kapitel soll das hierzu bestehende Meinungsspektrum darstellen.

Während eine Rückwirkung im wörtlichen Sinne schon immer allgemein verworfen wurde – es besteht Einigkeit, dass nach Eintritt eines rückwirkenden Ereignisses die Vergangenheit nicht tatsächlich umgestaltet werden kann² – war ihre Rechtsnatur dennoch lange Zeit umstritten³. Im Wesentlichen wurden zwei Auffassungen vertreten: Die Deklarationstheorie und die Fiktionstheorie.

I. Die Deklarationstheorie

Für *Fitting*⁴, den unter anderem *Jacobi*⁵ als Begründer dieser Theorie ansieht, hat das rückwirkende Ereignis lediglich deklaratorische Wirkung. Bei seinem Eintritt wird die schon immer vorhanden gewesene rechtliche Beschaffenheit einer Situation nur aufgedeckt. Vor dem Eintritt des rückwirkenden Ereignisses hingegen bestand Ungewissheit über dieselbe⁶. Weitere Vertreter dieser Ansicht mit jeweils unterschiedlichen Nuancen findet man beispielsweise in *Enneccer-*

¹ Beispielsweise die Bezeichnung als „wahres Mysterium“ von *Lippmann*, in: JJ 43 (1901), S. 435 (436).

² RGZ 66, 266 (273); *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 238; *Hellwig*, in: FS für die juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum, S. 26 f., S. 27: „Aber das Gesetz kann, ..., es nicht bewirken, dass sie [die Vergangenheit] sich rückwärts umgestaltet.“

³ Siehe beispielsweise Zusammenstellung bei: *Jacobi*, Über Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 9 ff. m. w. N.

⁴ *Fitting*, Über den Begriff der Rückziehung, z. B. S. 6, 19.

⁵ *Jacobi*, Über Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 9; daneben sieht *Fitting* als Begründer beispielsweise auch *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 236.

⁶ *Fitting*, Über den Begriff der Rückziehung, S. 6.

rus⁷, Rothkugel⁸, und Philipsborn⁹. Während *Fitting* eine Rückziehung nur für solche Fälle anerkannte, in denen vor Eintritt des rückwirkenden Ereignisses ein Schwebezustand vorlag¹⁰, war beispielsweise für *Enneccerus* auch die rückwirkende Änderung zunächst bestimmter Rechtszustände möglich, die jedoch dann als bloßer Schein aufgedeckt wurden¹¹. Unbeschadet weiterer Abweichungen bezüglich einzelner Punkte – vor allem in der Begründung der Auffassung¹² – kann als gemeinsamer Grundgedanke festgehalten werden, dass nach der Deklarationstheorie ein schon immer vorhanden gewesener rechtlicher Zustand durch den Eintritt des rückwirkenden Ereignisses aufgeklärt wird.

Ausgangspunkt für *Fitting* waren verschiedene Quellen des römischen Rechts, die eine Ungewissheit während eines Schwebeverhältnisses nahelegen¹³. Als Beispiel für eine Rückziehung sieht er unter anderem den Fall, dass ein Sklave, der im Nießbrauch eines anderen steht, eine Sache erwirbt, ohne sie sofort zu bezahlen¹⁴. Normalerweise stehe das Eigentum dem Herrn oder dem Nießbraucher zu, je nachdem, mit welchen Mitteln die Sache erworben werde. Hat der Sklave noch nicht bezahlt, bestehe eine Ungewissheit, wer Eigentümer sei, die durch Bewirkung der Mittel aufgehoben werde¹⁵. Eine andere Deutung derselben Stelle bietet hingegen *Hellwege* und zeigt so, dass *Fittings* Auslegung keineswegs zwingend ist: Er geht davon aus, dass die römischen Juristen mit dem genannten Beispiel keine wirkliche Ungewissheit beschreiben wollten, vielmehr ihre bildliche Ausdrucksweise zu diesem Missverständnis führte¹⁶. Er bezieht sich auf eine weitere Quelle, aus der sich ergeben soll, dass das Eigentum dem Herrn zusteht und nur die Möglichkeit des Übergangs auf den Nießbraucher besteht¹⁷.

⁷ *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 238 f.

⁸ *Rothkugel*, Die Rückwirkung der Genehmigung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, S. 6 ff., vertritt eine Variante der Deklarationsauffassung, bei der die Genehmigung neben der deklaratorischen noch eine gewisse konstitutive und rezessive Funktion hat.

⁹ *Philipsborn*, in: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 64, S. 10 f.

¹⁰ *Fitting*, Über den Begriff der Rückziehung, S. 21 f., Fälle in denen die Ungewissheit sich nur auf die Zukunft bezieht umschreibt *Fitting* hingegen mit dem Begriff der „Vorwirkung“, S. 22.

¹¹ *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 238 f.

¹² *Philipsborn*, in: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, S. 14 behauptet beispielsweise, dass die durch den Eintritt des rückwirkenden Ereignisses erkennbar werdende Rechtslage auf „den von vornherein gesetzten Vorgängen“ beruht, während *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 235 die Auffassung vertritt, das Recht könne von der Zukunft abhängen.

¹³ *Fitting*, Über den Begriff der Rückziehung, S. 7 ff.

¹⁴ *Fitting*, Über den Begriff der Rückziehung, S. 17, nimmt Bezug auf D. 41, 1, 43, 2.

¹⁵ *Fitting*, Über den Begriff der Rückziehung, S. 16 f.

¹⁶ *Hellwig*, in: FS für die juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum, S. 28 f.

¹⁷ *Hellwig*, in: FS für die juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum, S. 29.

Die Deklarationstheorie wird in neuerer Zeit jedoch kaum noch vertreten¹⁸. Ihr wird im Wesentlichen folgende Kritik entgegengebracht: Die Variante *Fittings*, welche einen objektiv unbestimmten Rechtszustand annimmt, der durch ein bestimmtes Ereignis rückwirkend geklärt wird, sei schon in sich widersprüchlich. Denn wie schon *Bekker* erläutert, kann in einer solchen Situation später nur offenbar werden, dass sie eben objektiv ungewiss gewesen ist¹⁹. Eine deklarative rückwirkende Klärung könne daher lediglich bei einer bloß subjektiven Ungewissheit möglich sein. Eine subjektive Ungewissheit über die Existenz eines Rechtsgeschäfts würde jedoch bedeuten, dass die daran Beteiligten bis zum Eintritt des rückwirkenden Umstandes nicht gewusst haben, was sie wollen, dieses aber dennoch rechtlich verbindlich war²⁰. Ebenso wird angemerkt, dass schon die Phrase „rückwirkendes Eintreten eines Ereignisses“ deutlich mache, dass dies eine Gegenwirkung gegen eine vorher gegebene Wirkung sei²¹. Die Annahme einer unbestimmten Rechtslage vor Eintritt des rückwirkenden Ereignisses scheint also fernliegend. Nicht anders ergeht es der Variante der Deklarationsauffassung, die zunächst eine Art provisorische bestimmte Rechtslage annimmt, die jedoch mit Eintritt des rückwirkenden Ereignisses sich als bloße Täuschung herausstellt. Werde einem Zustand zunächst Wirkung beigemessen, könne man nicht den Umstand, der ihn rückwirkend beseitigt als bloß deklaratorisch ansehen²². Hinzu kommt, dass – worauf auch *Jacobi* hinweist – nicht jedes anfechtbare Rechtsgeschäft angefochten, nicht jedes genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft genehmigt wird²³. In diesem Falle müssen die Rechte und Pflichten der Beteiligten bestimmt sein. Insbesondere dieses Argument ist überzeugend und zeigt, warum die Deklarationstheorie heute wohl nicht mehr vertreten wird.

II. Die Fiktionstheorie

1. Inhalt

Heute allgemein anerkannt ist die Fiktionstheorie, welche die Rückwirkung als Fiktion ansieht²⁴. Vor dem Eintritt des rückwirkenden Ereignisses besteht keine

¹⁸ Man findet sie beispielsweise noch 1958 bei: *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I, S. 472 ff.

¹⁹ *Bekker*, System des heutigen Pandektenrechts II, S. 308; so auch *Greis*, Wesen und Umfang der Rückwirkung im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 15: „Denn offenbaren kann sich immer nur etwas schon vorher bestimmt Bestehendes.“

²⁰ *Bekker*, System des heutigen Pandektenrechts II, S. 308.

²¹ *Hellwig*, in: FS für die juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum, S. 27.

²² *Hellwig*, in: FS für die juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum, S. 27.

²³ *Jacobi*, Über Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 21; ähnlich auch *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, S. 196.

²⁴ Beispielhaft: *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 264; v. *Tuhr*, Der Allgemei-

Ungewissheit über den Rechtszustand, wie nach der Deklarationsauffassung. Vielmehr ist, wie *Hellwig* formuliert, allein die „Gestaltung der Zukunft“ in der Schwebe²⁵. Ein bestimmter Rechtszustand kann also aufgrund des Eintritts eines bestimmten Ereignisses in der Zukunft so zu behandeln sein, als wäre er in der Vergangenheit ein anderer gewesen²⁶. Dabei handelt es sich um eine Fiktion, also eine Technik des Gesetzgebers, eine Form der Verweisung²⁷.

2. Die Fiktion

Die Fiktion im heutigen Sinne hat eine lange Entwicklung hinter sich. Eine umfassende Untersuchung ihres Ursprungs findet sich beispielsweise bei *Demelius*²⁸. Als bewusst eingesetztes Mittel kann sie wohl schon im römischen Sakralwesen verortet werden²⁹. Nach *Demelius* finden sich jedoch schon bei den Griechen Anhaltspunkte dafür, dass Opfertiere durch Nachbildungen ersetzt wurden³⁰. Diese Sitte soll aus der allgemeinen Notwendigkeit gefolgt sein, weniger wertvolle Opfergegenstände einzusetzen und dennoch die Pflicht den Göttern gegenüber wenigstens so gut wie möglich zu erfüllen³¹. Man konnte – so *Demelius* – hier jedoch wohl noch nicht davon reden, dass diese Nachbildungen gezielt eingesetzt wurden, vielmehr handelte es sich um eine bloße „reflexionslose Volkssitte“³². Das Bewusstsein über die Funktion dieser Praxis als technisches Werkzeug entwickelte sich wohl bei den Römern³³. Hier bestand dieselbe Notwendigkeit der Herabsetzung der Opfer und man sah in der Darbringung eines möglichst ähnlichen Gegenstands eine bessere Vorgehensweise als in einem offenem Verstoß gegen den Brauch³⁴. Tiere wurden beispielsweise in Wachs oder Teig nachgebildet und es galt der Satz: „in sacris simulata pro veris

ne Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/1, S. 25; für § 142 BGB z. B. *Staudinger/Roth*, BGB, Neubearb. 2015, § 142 Rn. 1 unter Verweis auf *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 31 f. m. w. N.

²⁵ *Hellwig*, in: FS für die juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum, S. 27.

²⁶ *Hellwig*, in: FS für die juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum, S. 27; *Greis*, Wesen und Umfang der Rückwirkung im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 20; *Bernhöft*, in: Aus Römischem und Bürgerlichem Recht, S. 239 (267 f.).

²⁷ *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, S. 26, 175; *Bernhöft*, in: Aus Römischem und Bürgerlichem Recht, S. 267; *Somló*, Juristische Grundlehre, S. 426, 428.

²⁸ *Demelius*, Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung.

²⁹ *Honsell*, Römisches Recht, S. 13; *Demelius*, Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung, S. 8 ff.; a. A.: v. *Jhering*, Geist des römischen Rechts III, S. 288 f., der eine sukzessive Entwicklung der Fiktion zunächst auf dem Gebiet des Sakralrechts und einen darauf folgenden Übergang in das weltliche Recht ablehnt.

³⁰ *Demelius*, Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung, S. 3 ff.

³¹ *Demelius*, Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung, S. 7.

³² *Demelius*, Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung, S. 8.

³³ *Honsell*, Römisches Recht, S. 13; *Demelius*, Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung, S. 8 ff.

³⁴ *Demelius*, Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung, S. 8 f.