

Rückbewirkte Leistungsstörungen

von Dr. Clemens Latzel, München*

Inhaltsübersicht

I.	Rückwirkung kraft Gesetzes und Vereinbarung	675
1.	Gesetzliche Rückwirkung: Die Genehmigung	675
a)	Genehmigungserfordernisse und ihre Schutzzwecke	676
b)	Zeitraum schwebender Unwirksamkeit	677
c)	Aktivierungsfunktion der Genehmigung	678
2.	Vereinbarte Rückwirkung: Rückbeziehung und Rückdatierung	679
a)	Rückbezügliche Bedingung	679
aa)	Zeitraum schwebender Unwirksamkeit	679
bb)	Bedingungseintritt mit gewillkürter Rückwirkung	679
b)	Rückdatierung	680
II.	Umfang der Rückwirkung: Rückbewirkung von Leistungspflichten	681
1.	Rückwirkung als Rechtsumgestaltung	681
a)	Unabänderlichkeit von Tatsachen	681
b)	Anfängliche Änderung der Rechtslage	682
2.	Rechtsfolgen kraft Rückwirkung	684
a)	Rechtliche Neubewertung vergangener Tatsachen	684
b)	Rückwirkende Begründung und Verletzung von Pflichten	684
c)	Rückwirkung als juristischer Kraftakt	686
3.	Rechtsausübungen im Schwebezeitraum	687
a)	Verfügungen im Schwebezeitraum	687
b)	Ausübung schuldrechtlicher Rechte im Schwebezeitraum	688
c)	Erfüllung im Schwebezeitraum	690
III.	Folgen der Rückbewirkung von Leistungspflichten	690
1.	Rückbewirkte Leistung und Unmöglichkeit	691
a)	Vorleistung auf eine künftig rückbewirkte Schuld	691
b)	Rechtsfolgen der Unmöglichkeit rückwirkender Leistung	692
c)	Rückbewirkte Gefahrtragung	694
d)	Rückbewirkter Verjährungsbeginn	694
2.	Rückbewirkter Schuldnerverzug	695
a)	Herrschende Meinung: rückbewirkter Schuldnerverzug unbillig	695
b)	Unverschuldete Nichtleistung	696
c)	Verschuldete Nichtleistung	697
3.	Rückbewirkter Gläubigerverzug	697
a)	Herrschende Meinung: Gläubigerverzug ausgeschlossen	698
b)	Verweigerung der Annahme eines antizipierten Leistungsangebots	698
c)	Rückbewirkter Gläubigerverzug bei entbehrlichem Leistungsangebot	699
aa)	Erforderliche Mitwirkung des Gläubigers	700
bb)	Kalenderbestimmter Mitwirkungszeitpunkt	700
d)	Kein rückwirkender Annahmeverzug des Arbeitgebers	701

* Der Autor ist Habilitand an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

IV. Vorwirkende Leistungstreue- und Hinwirkungspflichten	702
1. Treue gegenüber potentiellen Leistungspflichten	703
a) Leistungstreue gegenüber bestehenden Pflichten	703
b) Leistungstreue gegenüber künftigen Pflichten	704
aa) Vorwirkungszeitraum der Leistungstreuepflicht	704
bb) Sorgfaltsanforderungen der Leistungstreue	706
cc) Vertretenmüssen von Treuepflichtverletzungen	707
dd) Rechtsfolgen leistungsschädlichen Verhaltens	708
ee) Entfall und Nachwirkung von Leistungstreuepflichten	710
c) Leistungstreue gegenüber künftig rückbewirkten Pflichten	711
aa) Vorgezogene Leistungstreue	711
bb) Vorwegnahme von Unterlassungspflichten	712
2. Hinwirken auf die Vertragswirksamkeit	713
a) Hinwirken auf eine Drittgenehmigung	713
b) Genehmigungspflicht einer Vertragspartei	714
V. Zusammenfassung	714

Wir können den Lauf der Zeit nicht aufhalten oder zurückdrehen. Das Recht ist flexibler: Rechtsverhältnisse können in die Vergangenheit zurückwirkend begründet oder aufgehoben werden. Ändert sich die Rechtslage rückwirkend, kann einem früheren Verhalten eine Bedeutung zukommen, die es ursprünglich nicht hatte. Können folglich rückwirkend begründete Pflichten (etwa aus einem rückwirkend genehmigten Unterlassungsvertrag) bereits verletzt worden sein, als sie noch gar nicht bestanden? Können Schuldner und Gläubiger rückwirkend in Verzug geraten (etwa der Arbeitgeber mit Annahme der Arbeitsleistung bei rückwirkend begründetem Arbeitsverhältnis)? Muss jeder, der rückwirkend verpflichtet werden kann, für diesen Fall vorsorgen (etwa vorleisten)? Die Rückbewirkung von Leistungsstörungen fordert die zivilrechtliche Rückwirkungsdogmatik heraus.

I. Rückwirkung kraft Gesetzes und Vereinbarung

Pflichten können (1.) von Gesetzes wegen oder (2.) kraft Vereinbarung rückwirkend begründet werden.

1. Gesetzliche Rückwirkung: Die Genehmigung

Prinzipiell wirken Rechtsgeschäfte nur für die Zukunft, aber mitunter ordnet das Gesetz ihre Rückwirkung an: Die Anfechtung wirkt auf die Vornahme des angefochtenen Rechtsgeschäfts zurück (§ 142 Abs. 1 BGB), die Aufrechnung wirkt auf den Zeitpunkt zurück, in dem die aufzurechnenden Forderungen erstmals aufrechenbar einander gegenüberstanden (§ 389 BGB), der

Widerspruch gegen den Übergang eines Arbeitsverhältnisses (§ 613a Abs. 6 BGB) wirkt auf den Betriebsübergang zurück,¹ die Ausschlagung der Erbschaft wirkt auf den Erbfall zurück (§ 1953 Abs. 1, Abs. 2 BGB) etc.² Paradebeispiel der Rückwirkung ist die Genehmigung (§ 184 BGB).

a) Genehmigungserfordernisse und ihre Schutzzwecke

Ein Konsens aus zwei Willenserklärungen kann unwirksam sein, solange ihm noch eine erforderliche Genehmigung fehlt – entweder von einer Vertragspartei, die bei Vertragsschluss nicht wirksam vertreten wurde oder sich noch nicht selbst wirksam verpflichten konnte (Parteigenehmigung, §§ 177 Abs. 1 bzw. 108 Abs. 3 BGB), oder von einem Dritten (Drittgenehmigung etwa des gesetzlichen Vertreters nach §§ 108 Abs. 1, 1793 Abs. 1, 1903 Abs. 1 BGB).³ Außerdem können Verträge der behördlichen Genehmigung bedürfen, wenn etwa Rüstungsgüter oder landwirtschaftliche Grundstücke verkauft werden sollen (§§ 4 ff. AWG bzw. §§ 1 ff. GrdstVG).⁴

Bedarf ein Vertrag einer *Drittgenehmigung*, beschränkt das zwar die Vertragsfreiheit der Parteien, ist aber zum Schutze der Interessen des Genehmigungsberechtigten,⁵ der Interessen einer Vertragspartei, die für ihre Interessen nicht selbst sorgen kann (Minderjähriger, Mündel, Betreuer) oder der Interessen der Allgemeinheit (§ 4 AWG schützt die öffentliche Sicherheit, § 2 GrdstVG die effektive Nutzung landwirtschaftlicher Flächen⁶) gerechtfertigt. Hängt die Wirksamkeit eines Vertrages von einer *Parteigenehmigung* ab, weil einem Vertreter die Vertretungsmacht fehlte (§ 177 Abs. 1 BGB),⁷ schützt das Genehmigungserfordernis vor ungewollter Fremdverpflichtung.

¹ BAG v. 13.7.2006 – 8 AZR 382/05 – NZA 2006, 1406 Rn. 37 f.

² Rückwirkung ordnen außerdem §§ 110, 263 Abs. 2, 563 Abs. 3 Satz 1 und 2344 Abs. 2 BGB an.

³ Sonderfall ist die Schuldübernahme, weil die dafür gem. § 415 BGB erforderliche Genehmigung des Gläubigers nur für die Außenwirkung der Schuldübernahme, nicht für deren Wirksamkeit im Innenverhältnis zwischen Alt- und Neuschuldner erforderlich ist, *Rieble*, Staudinger, 2012, § 415 BGB Rn. 1.

⁴ Behördengenehmigungen unterliegen prinzipiell nicht den §§ 182 ff. BGB, können aber auch zurückwirken; im Einzelnen *Gursky*, Staudinger, 2014, Vorbemerkungen zu §§ 182–185 BGB Rn. 60 ff.

⁵ Generell können Rechtsgeschäfte, die zum Schutz eines Dritten unwirksam sind, mit Zustimmung des Dritten wirksam vorgenommen werden, *von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/2, 1918, S. 218.

⁶ *Gebse*, RNotZ 2007, 61 (77).

⁷ Bei bloßer Überschreitung der Vertretungsmacht hängt die Reichweite der Genehmigungsbefähigung von der Teilbarkeit des Vertrages analog § 139 BGB ab, *Schubert*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 177 Rn. 11.

b) Zeitraum schwebender Unwirksamkeit

Die genannten Schutzzwecke gebieten es, dass genehmigungsbedürftige Verträge bis zur Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung nicht einstweilen wirksam, sondern (schwebend) unwirksam sind. Allerdings sind bereits beide Parteien an ihre Vertragserklärungen gebunden⁸ und können sich von diesen – sofern kein Widerrufsrecht (z.B. §§ 109, 178 BGB) besteht oder außergewöhnliche Umstände ein Festhalten am Vertrag unzumutbar machen⁹ – nicht mehr einseitig lösen.¹⁰ Freilich können auch schwebend unwirksame Verträge jederzeit einvernehmlich aufgehoben werden, was allerdings für beschränkt Geschäftsfähige einen Rechtsverlust bedeutet und daher der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf (§§ 107, 108 Abs. 1 BGB).¹¹ Bei fehlerhafter Vertretung kann nur der Vertretene entscheiden, ob er den Vertrag für und gegen sich gelten lassen will.¹² Dafür kann die jeweils andere Vertragspartei – sofern sie den Vertretungsmangel (§ 178 BGB) oder die Minderjährigkeit nicht kannte (§ 109 Abs. 2 BGB) – ihre Vertragserklärung bis zur Genehmigung widerrufen.

Der Schwebezeitraum ist bei ausstehender Genehmigung – wie bei der aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) – prinzipiell zeitlich unbeschränkt. Wenn das Genehmigungserfordernis allein aus der Sphäre einer Vertragspartei stammt (Minderjährigkeit, Vertretergeschäft, Zugewinngemeinschaft, Vormundschaft),¹³ kann die andere Vertragspartei den Genehmigungsberechtigten zur Genehmigung binnen einer Frist auffordern, nach deren erfolglosem Ablauf die Genehmigung als *verweigert* gilt (§§ 108 Abs. 2, 177 Abs. 2, 1366 Abs. 3 Satz 2, 1829 Abs. 2 BGB).¹⁴ Behördliche Genehmigungen gelten mitunter kraft Zeitablaufs als *erteilt* (z.B. § 6 Abs. 2 GrdStVG).

⁸ RG v. 3.10.1906 – I 66/06 – RGZ 64, 149 (154): „einstweilige Gebundenheit der Parteien“.

⁹ BGH v. 15.10.1992 – IX ZR 43/92 – NJW 1993, 648 (651): Dauer des Genehmigungsverfahrens gefährdet Vertragszweck; für ein Kündigungsrecht analog § 314 Abs. 1, 2 BGB; *Ernst*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 275 Rn. 59.

¹⁰ BGH v. 15.10.1992 – IX ZR 43/92 – NJW 1993, 648 (651); *F. Bayreuther*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 184 Rn. 4.

¹¹ Hingegen verlangt *Gursky*, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 8, keine Genehmigung für die einvernehmliche Aufhebung eines Erstvertrags, wenn *dieser* für den beschränkt Geschäftsfähigen „keinerlei rechtliche Vorteile“ bringt; ähnlich *Flume*, BGB-AT, Bd. II, 4. Aufl. 1992, S. 900; *von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/2, 1918, S. 238.

¹² *Gursky*, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 8 – hier auch für den Fall, dass der Erstvertrag für den Vertretenen nur nachteilig ist.

¹³ *Staffhorst*, in: Heidel/Hüfstege/Mansel/Noack, BGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, § 184 Rn. 3.

¹⁴ In vergleichbaren Fällen kommt eine Gesamtanalogie in Betracht, *Medicus*,

c) Aktivierungsfunktion der Genehmigung

Die Genehmigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, keine Vertragserklärung. Sie ist Wirksamkeitsvoraussetzung des zustimmungsbedürftigen Vertrags, den sie unmittelbar in Kraft setzt. Deswegen ist die Genehmigung – wie ihre Verweigerung – nicht nur unwiderruflich,¹⁵ sondern auch streng vertragsakzessorisch, d.h. sie kann den Vertragsinhalt (auch den Vertragsbeginn¹⁶) nicht ändern.¹⁷ Teilgenehmigungen sind folglich nur bei teilbaren Verträgen i.S.d. § 139 BGB möglich¹⁸ und Genehmigungen unter Auflagen können nur Behörden erteilen (z.B. § 8 Abs. 2 AWG, § 10 GrdstVG). Die Genehmigung kann nur Verträge in Kraft setzen, solange diese existieren.¹⁹ Deswegen kann ein Minderjähriger nicht einen Vertrag über § 110 BGB faktisch selbst genehmigen, indem er die vertragsgemäße Leistung mit eigenen Mitteln bewirkt, wenn zwischenzeitlich schon die andere Vertragspartei ihre Vertragserklärung gem. § 109 Abs. 1 BGB widerrufen hat.²⁰

Wird die Genehmigung erklärt, ist der Vertrag von Anfang an, d.h. prinzipiell seit dem Zustandekommen des Parteienkonsens wirksam (§ 184 Abs. 1 BGB – dazu eingehend unten II.). Das Gesetz geht davon aus, dass die Parteien typischerweise den Vertrag so, wie sie ihn geschlossen haben, auch wollten – nämlich sofort, nicht aufschiebend bedingt.²¹ Entspricht dieser gemutmaßte Parteiwille nicht dem tatsächlichen, können die Parteien die Ex-nunc-Wirkung der Genehmigung vereinbaren und sie damit faktisch zur aufschiebenden Bedingung machen.²²

BGB-AT, 10. Aufl. 2010, Rn. 1023; *Schilken*, Staudinger, 2014, § 177 BGB Rn. 19 ff.; weiter *Bub*, BeckOK-BGB, Ed. 39 (5/2016), § 184 Rn. 13.

¹⁵ *F. Bayreuther*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 184 Rn. 2; *Gursky*, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 11.

¹⁶ *Gursky*, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 42; *von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/2, 1918, S. 240 f.; a.A. *Flume*, BGB-AT, Bd. II, 4. Aufl. 1992, S. 900: Umdeutung der Vertragserklärungen analog § 140 BGB, wenn Vertrag auch mit anderer zeitlicher Genehmigungswirkung geschlossen worden wäre.

¹⁷ *Von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/2, 1918, S. 235 f.

¹⁸ *Schilken*, Staudinger, 2014, § 177 BGB Rn. 15.

¹⁹ Keine Reaktivierung nach §§ 147 f. BGB verstrichener Angebote, BGH v. 13.7.1973 – V ZR 16/73 – NJW 1973, 1789 (1790).

²⁰ Vgl. *Greis*, Wesen und Umfang der Rückwirkung im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1914, S. 84, der indes § 184 Abs. 2 BGB analog bemüht.

²¹ *Von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/2, 1918, S. 240.

²² §§ 182 ff. BGB bleiben im Übrigen anwendbar, *F. Bayreuther*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 184 Rn. 30; *Gursky*, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 39 f.; a.A. *Flume*, BGB-AT, Bd. II, 4. Aufl. 1992, S. 900: §§ 158 ff. BGB gelten.

2. Vereinbarte Rückwirkung: Rückbeziehung und Rückdatierung

Wenn das Gesetz keine Rückwirkung anordnet, können die Vertragsparteien eine ähnliche Wirkung (a.) durch eine rückbezügliche Bedingung oder (b.) schlichte Rückdatierung erreichen.

a) Rückbezügliche Bedingung

Zwar wirkt der Eintritt aufschiebender wie auflösender Bedingungen prinzipiell nur *ex nunc* (§ 158 Abs. 1, 2 BGB), doch kann ihre Ex-tunc-Wirkung gem. § 159 BGB vereinbart und damit die gesetzliche Rückwirkung schuldrechtlich nachgebildet werden. Das sei im Folgenden anhand der aufschiebenden Bedingung erörtert:

aa) Zeitraum schwebender Unwirksamkeit

Wird ein Vertrag aufschiebend bedingt i.S.d. § 158 Abs. 1 BGB geschlossen, ist seine sofortige Wirksamkeit gehemmt,²³ d.h. die von der Bedingung abhängig gemachten Rechtsfolgen sind einstweilen suspendiert.²⁴ Ob der Vertrag jemals wirksam wird, ist dann – wie beim genehmigungsbedürftigen Vertrag – von einem künftigen ungewissen²⁵ Ereignis abhängig. *Bis zum Bedingungseintritt (oder dem endgültigen Bedingungsausfall) können die Parteien freilich den Vertrag jederzeit aufheben und mitunter auch schon Widerrufs-, Rücktritts- oder Kündigungsrechte ausüben.*²⁶ Die Parteien können den Vertrag auch sofort in Kraft setzen, indem sie die aufschiebende Bedingung aufheben.²⁷

bb) Bedingungseintritt mit gewillkürter Rückwirkung

Möchten die Parteien, dass der Eintritt der aufschiebenden Bedingung auf einen Zeitpunkt in der Vergangenheit (etwa den Vertragsschluss) zurückwirkt, müssen sie das vereinbaren (§ 159 BGB). Aufgrund ihrer rein vertraglichen Grundlage kann die Rückbeziehung nicht dinglich *erga omnes* wirken, sondern nur obligatorisch *inter partes*,²⁸ d.h. die Parteien verpflichten

²³ BGH v. 25.3.1998 – VIII ZR 185/96 – NJW 1998, 2360 (2362).

²⁴ *Rövekamp*, BeckOK-BGB, Ed. 39 (5/2016), § 158 Rn. 20.

²⁵ Ist der Bedingungseintritt gewiss, handelt es sich um eine Befristung (§ 163 BGB), *Wolf/Neuner*, BGB-AT, 10. Aufl. 2012, § 55 Rn. 13.

²⁶ OLG Brandenburg v. 11.11.1997 – 6 U 61/97 – NJW 1998, 1746 (1747): Besteller kann aufschiebend bedingten Werkvertrag schon vor Bedingungseintritt kündigen.

²⁷ BGH v. 25.3.1998 – VIII ZR 185/96 – NJW 1998, 2360 (2362).

²⁸ *Bork*, Staudinger, 2015, § 159 BGB Rn. 6, 11; *Rövekamp*, BeckOK-BGB, Ed. 39 (5/2016), § 159 Rn. 6 f.

sich nur, einander so zu stellen, *als wenn* die Rückbeziehung dinglicher Art wäre.²⁹ Dingliche Rückwirkung ist generell (vgl. § 141 Abs. 2 BGB) nur von Gesetzes wegen zulässig, weil sie in Rechte Dritte eingreifen kann.³⁰ Deswegen sind auch gewillkürte Genehmigungserfordernisse nur als aufschiebende Bedingungen zu behandeln.³¹ Davon macht auch die beschränkte dingliche Außenwirkung des § 161 Abs. 1 BGB keine Ausnahme, weil der Veräußerer nach seiner aufschiebend bedingten Erstverfügung über eine Sache an dieser nur noch ein auflösend bedingtes Recht behält und nur dieses weiterübertragen kann.³²

b) Rückdatierung

Schließlich können sich Vertragsparteien „aus dem Stand“ für die Vergangenheit rückdatierend verpflichten. Das ist für die Rückwärtsversicherung (§ 2 VVG) ausdrücklich anerkannt, dient aber auch der vergleichsweisen Bereinigung vergangener Rechtsbeziehungen.³³ Zur Rückdatierung kann es ferner kommen, wenn eine Vertragserklärung (z.B. die Zustimmung zur Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG) mit Wirkung zu einem bestimmten künftigen Zeitpunkt rechtzeitig eingeklagt, aber erst mit dem späteren Eintritt der Rechtskraft gem. § 894 ZPO fingiert wird.³⁴ Dass die rückdatierte Leistungspflicht infolge Zeitablaufs nicht ebenso rückwirkend erfüllt werden kann, hindert ihre Wirksamkeit nicht (§ 311a Abs. 1 BGB). Allerdings können die Parteien auch rückdatierend keine dinglichen Wirkungen herbeiführen. Sie können einander nur verpflichten, sich so zu stellen, wie sie stünden, wenn eine dingliche Rückwirkung möglich wäre.³⁵ Deswegen kann eine frühere Verfügung nicht kraft Vereinbarung rückwirkend beseitigt, sondern nur rückabgewickelt werden³⁶ (etwa eine Aufrechnung durch Neubegründung der aufgerechneten Forderungen).

²⁹ Von Tuhr, BGB-AT, Bd. II/1, 1914, S. 28.

³⁰ Von Tuhr, BGB-AT, Bd. II/1, 1914, S. 28; ebenso Jacobi, Über Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, 1966, S. 35 f.

³¹ Gursky, Staudinger, 2014, Vorbemerkungen zu §§ 182–185 BGB Rn. 27, 29; von Tuhr, BGB-AT, Bd. II/2, 1918, S. 220; a.A. F. Bayreuther, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, Vor § 182 Rn. 22: §§ 182 ff. BGB gelten analog, indes muss Widerruflichkeit einer „Einwilligung“ vereinbart werden und dingliche Rückwirkung scheidet aus.

³² Von Tuhr, BGB-AT, Bd. II/2, 1918, S. 320; ebenso Greis (Fn. 20), S. 31 f.

³³ Bork, Staudinger, 2015, § 159 BGB Rn. 11.

³⁴ § 894 ZPO bewirkt sämtliche Rechtsfolgen, die eine *im Zeitpunkt der Rechtskraft* abgegebene Willenserklärung hätte; deren Rückwirkung richtet sich nach materiellem Recht, Gruber, MüKo-ZPO, 4. Aufl. 2012, § 894 Rn. 14.

³⁵ Bork, Staudinger, 2015, § 159 BGB Rn. 11.

³⁶ Von Tuhr, BGB-AT, Bd. II/1, 1914, S. 29.

II. Umfang der Rückwirkung: Rückbewirkung von Leistungspflichten

Andreas von Tuhr sah in der Rückwirkung ein „einigermaßen gewaltsames Mittel der juristischen Technik“, das „bei rücksichtsloser Durchführung bisweilen zu unangemessenen Resultaten führen“ kann.³⁷ *Bernhard Greis* meinte gar, „dass die Rückwirkung ein gefährliches Experiment der Rechtsordnung darstellt, das möglichst wenig angewandt werden sollte“.³⁸ Vor allem bei Verpflichtungsgeschäften schränkt man daher die Rückwirkung ein, begründet diese faktische Bereichsausnahme aber nur mit wenig befriedigenden Billigkeitserwägungen.³⁹ Vorzugswürdig ist eine konsequente Differenzierung von Tatsachen und ihrer rechtlichen Bewertung, die die gesetzliche wie vereinbarte Rückwirkung nicht nur beim Wegfall, sondern auch bei der Begründung von Leistungspflichten ernst nimmt und gleichwohl unbillige Ergebnisse vermeidet.

1. Rückwirkung als Rechtsumgestaltung

a) Unabänderlichkeit von Tatsachen

Die gesetzliche wie vereinbarte Rückwirkung bezieht sich ausschließlich auf die Rechtslage, weil sich „die der Tatsachenwelt angehörenden Ereignisse nicht aufgrund gedanklicher Konstruktionen rückwirkend verändern lassen“.⁴⁰ In-

³⁷ *Von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/1, 1914, S. 25.

³⁸ *Greis* (Fn. 20), S. 24.

³⁹ *Bub*, BeckOK-BGB, Ed. 39 (5/2016), § 184 Rn. 9: Rückwirkung ist ausgeschlossen, wenn sie „mit Ausgestaltung und Zweck der von ihr abhängigen Rechtsfolgen nicht vereinbar ist“; *Greis* (Fn. 20), S. 27: „Man darf sich nicht allein von dem Wortlaut des Gesetzes leiten lassen, sondern muss sich vor allem den Zweck der Rückwirkung vor Augen halten, der in der Regelung der Verhältnisse für die Zukunft besteht“; *Gursky*, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 38: Rückwirkung „darf nicht mechanisch gehandhabt werden“; *Leptien*, Soergel, 13. Aufl. 1999, § 184 BGB Rn. 8: Einschränkungen der Rückwirkung nach „Sinn und Zweck“ des § 184 BGB; *Maier-Reimer*, Erman, 14. Aufl. 2014, § 184 BGB Rn. 15: Rückwirkung ausgeschlossen, wenn sie über den „Sinn des § 184“ hinausgeht; *von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/1, 1914, S. 26: Gesetzgeberische Intention muss Rückwirkung rechtfertigen.

⁴⁰ *Leptien*, Soergel, 13. Aufl. 1999, § 184 BGB Rn. 8 a.E.; ebenso BVerwG v. 28.4.1960 – III C 103.58 – BVerwGE 10, 273 (274): „der Tatsachenwelt angehörende Ereignisse, [...] lassen sich mit juristisch-gedanklichen Mitteln nicht verändern“; *Rothkegel*, Die Rückwirkung der Genehmigung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1911, S. 11 f.; *Staffhorst* (Fn. 13), § 184 Rn. 19: „Die Wirklichkeit ist vor allem dann stärker als die Fiktion, wenn gesetzliche Tatbestände an tatsächliche Verhältnisse anknüpfen“.

nerer wie äußere Tatsachen sind der Rückwirkung unzugänglich.⁴¹ Deswegen ändert eine Genehmigung rückwirkend nur die Rechtslage⁴² (im Unterschied zu Rückbeziehung und Rückdatierung dinglich, nicht nur obligatorisch) und kann für die Vergangenheit weder Sachherrschaft⁴³ noch Kenntnis⁴⁴ oder Gutgläubigkeit⁴⁵ begründen oder beseitigen. Deswegen laufen Fristen, die der Besinnung des Verbrauchers über die Ausübung seiner Widerrufsrechte dienen, frühestens von der tatsächlichen Kenntnis des Verbrauchers vom Geschäft⁴⁶ seines vollmachtlosen Vertreters an; dienen die Fristen gerade der Besinnung unter dem Eindruck eines *wirksamen* Vertrags, laufen sie erst ab seiner Genehmigung⁴⁷ – Besinnung kann nicht rückbewirkt werden. Auch ist infolge der rückwirkenden Genehmigung einer Abtretung der Zessionar zwar so zu behandeln, als sei er von der Abtretung an Gläubiger gewesen. Der Schuldner kann indes bis zur Genehmigung an den Altgläubiger leisten, weil ihm bis dahin die Kenntnis der Abtretung fehlte (§ 407 Abs. 1 BGB)⁴⁸ und diese Kenntnis nicht rückbewirkt werden kann.

b) Anfängliche Änderung der Rechtslage

Im Gegensatz zu Tatsachen können rechtliche Wertungen ohne weiteres rückwirkend geändert werden,⁴⁹ weil es sich dabei um rein gedankliche Konstrukte handelt. Exemplarisch wird meist die Verzinsungspflicht angeführt, die zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt begründet werden kann.⁵⁰ Darüber hinaus können prinzipiell alle rechtlichen Wertungen rückwirkend getroffen und geändert werden – dingliche Wertungen (z.B. Eigentumsverhältnisse) nur kraft Gesetzes, obligatorische Wertungen (z.B. Leistungspflichten) auch kraft Vereinbarung. In beiden Fällen bestehen im Ergebnis nicht seriell zwei Rechtslagen (eine unveränderte und eine geänderte)

⁴¹ *Von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/1, 1914, S. 27.

⁴² *Gursky*, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 31.

⁴³ *Gursky*, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 37.

⁴⁴ BSG v. 6.4.2000 – B 11 AL 47/99 R – NZS 2001, 104 (106); *Gursky*, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 32.

⁴⁵ Es kommt auf die Gutgläubigkeit bei Genehmigung an, *Gursky*, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 38.

⁴⁶ Die Abgabe einer Vertragserklärung kann genügen, BGH v. 23.9.2010 – VII ZR 6/10 – NJW 2010, 3503 Rn. 16 ff.

⁴⁷ BGH v. 10.5.1995 – VIII ZR 264/94 – NJW 1995, 2290 (2293).

⁴⁸ *Von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/2, 1918, S. 243.

⁴⁹ *Rothkugel* (Fn. 40), S. 11 f.; a.A. *Greis* (Fn. 20), S. 13 ff.

⁵⁰ *Bub*, BeckOK-BGB, Ed. 39 (5/2016), § 184 Rn. 8; *F. Bayreuther*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 184 Rn. 13; *Gursky*, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 32; *von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/2, 1918, S. 241.

nacheinander, sondern die einheitliche Rechtslage wird von Anfang an geändert.⁵¹ Dass die Rechtslage bis zum Eintritt des rückwirkenden Ereignisses eine andere war, ist zwar eine Tatsache, die auch die Rückwirkung nicht beseitigen kann. Die Ex-tunc-Wirkung fingiert aber gerade, dass die „zunächst“ bis zum Eintritt des rückwirkenden Ereignisses geltende Rechtslage niemals existierte – alles andere liefe auf eine Ex-nunc-Wirkung hinaus.

Bis zum Eintritt eines rückwirkenden Ereignisses hält das Gesetz zwar einstweilen am Status quo fest⁵² und behandelt ein genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft als unwirksam und ein anfechtbares Rechtsgeschäft als wirksam. Doch diese Ex-ante-Einschätzung kann sich nachträglich als „falsch“ herausstellen, wenn das Rechtsgeschäft rückwirkend genehmigt bzw. angefochten wird.⁵³ *Ex post* zeigt sich dann die „richtige“ Rechtslage. Das rückwirkende Ereignis bringt die Gewissheit, dass das Rechtsgeschäft bereits in der Vergangenheit wirksam bzw. unwirksam war.⁵⁴ Während der Schwebezeit besteht folglich keine Ungewissheit über den jetzigen Rechtszustand, sondern darüber, wie dieser Rechtszustand später zu beurteilen sein wird.⁵⁵ Bleibt das rückwirkende Ereignis aus, entsprach die einstweilige Behandlung dem „wahren“ Rechtszustand.⁵⁶ So vermag zwar ein schwebend unwirksames Rechtsgeschäft eine Leistungsverpflichtung ebenso wenig zu begründen wie ein nichtiges Rechtsgeschäft, „denn ein Schuldverhältnis, aufgrund dessen etwas gefordert werden kann, setzt, wenn es durch ein Rechtsgeschäft begründet werden soll, dessen Wirksamkeit voraus“.⁵⁷ Wird das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft aber wirksam, haben Leistungspflichten „plötzlich“ schon vor dem wirksamkeitsauslösenden Ereignis bestanden, wenn das Ereignis zurückwirkt. Die Rückwirkung beendet nicht den rechtlichen Schwebezeitraum, sondern *beseitigt* ihn.⁵⁸ Folglich ist die Geltung eines Rechtsge-

⁵¹ Vgl. *Rothkugel* (Fn. 40), S. 13: „Die Rechtslage in den Fällen der vorherigen und der nachträglichen Zustimmung ist dieselbe“.

⁵² Ausnahme: Im Fall des erbenden Nasciturus (§ 1923 Abs. 2 BGB) bleibt die Rechtslage wegen der tatsächlichen Ungewissheit der lebenden Geburt des Erben offen (§ 2043 BGB), *Rothkugel* (Fn. 40), S. 12 f.

⁵³ Grundlegend (für die Genehmigung) *H. Fitting*, Ueber den Begriff der Rückziehung, 1856, S. 6; *Rothkugel* (Fn. 40), S. 6 f., gegen *Hellwig*, Grenzen der Rückwirkung, 1907, S. 7; a.A. auch *Greis* (Fn. 20), S. 12: „Unter keinen Umständen kann von einem späteren Ereignis abhängig sein, wie [ein Rechtsverhältnis] in der vorhergehenden Zeit gestaltet war“; *Jacobi* (Fn. 30), S. 17 ff.

⁵⁴ *Rothkugel* (Fn. 40), S. 8 f.

⁵⁵ *Von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/1, 1914, S. 23.

⁵⁶ *Rothkugel* (Fn. 40), S. 7.

⁵⁷ BGH v. 8.10.1975 – VIII ZR 115/74 – NJW 1976, 104 (105).

⁵⁸ A.A. *Flume*, BGB-AT, Bd. II, 4. Aufl. 1992, S. 899: „Rückwirkung kann nichts

schäfts, das rückwirkend genehmigt wird, eine solche *ex tunc*.⁵⁹ Gerade darin manifestiert sich der Unterschied zwischen Ex-tunc- und Ex-nunc-Wirkung (und zwischen Rückwirkung und aufschiebender Bedingung).

2. Rechtsfolgen kraft Rückwirkung

Die rückwirkende Änderung der Rechtslage kann gravierende Folgen haben und erfordert präzise Subsumtion.

a) Rechtliche Neubewertung vergangener Tatsachen

Auch wenn vergangene Tatsachen unabänderlich sind, können daran im Nachhinein neue oder andere Rechtsfolgen geknüpft werden. Etwa ist die Übergabe einer Sache, deren Verkauf noch genehmigt werden muss, zunächst nichts weiter als die Vermittlung von Sachherrschaft, die aber rückwirkend zum Gefahrübergang i.S.d. § 446 Satz 1 BGB wird, wenn der Kaufvertrag genehmigt wird.⁶⁰ Folglich muss der Käufer den Kaufpreis auch dann zahlen, wenn die Sache bei ihm schon vor der Vertragsgenehmigung zufällig untergegangen ist.⁶¹ Umgekehrt macht die Anfechtung einer nach § 854 Abs. 2 BGB erfolgten Besitzübertragung die Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft durch den Erwerber nicht rückwirkend zur verbotenen Eigenmacht i.S.d. § 858 Abs. 1 BGB, weil die Anfechtung nicht den natürlichen Willen des bisherigen Besitzers bei der Besitzübertragung beseitigt.⁶²

b) Rückwirkende Begründung und Verletzung von Pflichten

Kann sich ein zunächst rechtlich irrelevantes Verhalten nachträglich als Pflichtverletzung herausstellen? Das wird mit der Begründung abgelehnt, dass Rechtsfolgen, die an das tatsächliche Bestehen einer Leistungspflicht

darin ändern, daß in der Zwischenzeit bis zur Genehmigung das Rechtsgeschäft nicht wirksam gewesen ist“; ebenso *Hellwig* (Fn. 53), S. 14.

⁵⁹ A.A. *Flume*, BGB-AT, Bd. II, 4. Aufl. 1992, S. 899: „Ungeachtet der Rückwirkung hat das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft bis zur Genehmigung nicht gegolten. Die Geltung des Rechtsgeschäfts ist trotz der Rückwirkung eine solche *ex nunc*“; *Greis* (Fn. 20), S. 20: Die Rückwirkung wirkt, „so sehr dieses auch der wörtlichen Bedeutung widerstreiten mag, nur für die Zukunft“.

⁶⁰ BGH v. 25.3.1998 – VIII ZR 185/96 – NJW 1998, 2360 (2363) – *obiter dictum*; *H.P. Westermann*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 446 Rn. 5 f.; ebenso bereits *Rothkugel* (Fn. 40), S. 50 f.

⁶¹ *Gursky*, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 32; *von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/2, 1918, S. 241 mit Fn. 212.

⁶² *Von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/1, 1914, S. 26 f.; *A. Arnold*, Erman, 14. Aufl. 2014, § 142 BGB Rn. 5.

anknüpfen, nicht rückbewirkt werden können.⁶³ Das heißt freilich nur, dass Leistungspflichten, die nicht rückbewirkt werden können, auch keine Rechtsfolgen rückbewirken können. Aber alle Leistungspflichten können rückbewirkt werden, weil es sich nur um rechtliche Konstrukte handelt. Zwar meint der BGH, dass *während* schwebender Unwirksamkeit keine Rechtsfolgen entstehen könnten, die an das tatsächliche Bestehen einer Leistungspflicht anknüpfen.⁶⁴ Wenn aber die Schwebezeit rückwirkend beseitigt (nicht nur beendet) wird, stellt sich die Rechtslage *von Anfang an* anders dar.⁶⁵ Dann kann es ein „echtes In-Kraft-Setzen von Rechtsfolgen in der Vergangenheit“ geben.⁶⁶

Wenn Rechtsfolgen *Tatsachen* voraussetzen, die in der Vergangenheit nicht gegeben waren, können diese Rechtsfolgen freilich nicht rückbewirkt werden, weil Tatsachen unabänderlich sind.⁶⁷ Deswegen können rückbewirkte Leistungspflichten nicht schon in der Vergangenheit verletzt worden sein, wenn ihre Verletzung äußere oder innere Tatsachen voraussetzt, die in der Vergangenheit nicht gegeben waren. Allem voran ist deswegen das Verschulden prinzipiell rückwirkungsfest.⁶⁸ Wissentlich und willentlich kann eine Pflicht nur verletzen, wer diese Pflicht *kennt*. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt i.S.d. § 276 Abs. 2 BGB kann nur außer Acht lassen, wer wenigstens *erkennen* kann, dass er im Verkehr ist.⁶⁹ Das Wissen und die Erkennbarkeit können nicht rückbewirkt werden. „Die für § 276 BGB erforderliche Pflicht kann nicht durch die Kenntnis ersetzt werden, daß eine solche Pflicht entstehen kann.“⁷⁰ Auch § 278 BGB macht die verschuldensbegründenden inneren Tatsachen beim Schuldner nicht entbehrlich.⁷¹ *Verschulden* setzt daher grund-

⁶³ *Bub*, BeckOK-BGB, Ed. 39 (5/2016), § 184 Rn. 9.

⁶⁴ BGH v. 17.11.2014 – I ZR 97/13 (La Martina) – WRP 2015, 198 = GRUR 2015, 187 Rn. 22.

⁶⁵ Dazu oben II.1.b).

⁶⁶ A.A. *Rieble*, NZA 2004, 1 (4).

⁶⁷ Dazu oben II.1.a).

⁶⁸ Vgl. *von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/1, 1914, S. 27.

⁶⁹ *Caspers*, Staudinger, 2014, § 276 BGB Rn. 50: Erkennbarkeit eines Sorgfaltsgebots erforderlich; *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889 (904): Fahrlässigkeit verlangt Verletzung der äußeren und inneren Sorgfalt, wobei sich die innere auf die Erkenntnis der äußeren und auf die Befolgung des Normbefehls richtet; *Grundmann*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 276 Rn. 68: Erkennbarkeit bildet die Schwelle, ab der Sorgfaltsüberlegungen angestellt werden müssen.

⁷⁰ *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechtere Erfüllung nach BGB, 2000, S. 270; zur vorwirkenden Leistungstreuepflicht unten IV.1.b).

⁷¹ § 278 BGB ist keine Verschuldens-, sondern eine Verhaltenszurechnung, sodass der Schuldner für seinen Erfüllungsgehilfen nur insoweit haften muss, als er bei eigenem Handeln selbst haften müsste, *Caspers*, Staudinger, 2014, § 278 BGB Rn. 2.

sätzlich eine im Moment des Handelns existierende Pflicht voraus.⁷² Welche Sorgfaltsanforderungen Pflichten bereits vor ihrer rückwirkenden Begründung vorangehen, richtet sich nach der Leistungstreupflicht.⁷³

Waren in der Vergangenheit bereits die Tatsachen gegeben, die den Tatbestand einer Pflichtverletzung erfüllen, ist die Pflicht schon mit ihrer Rückbewirkung verletzt. Wer sich heute verpflichtet, seit gestern ein bestimmtes Verhalten zu unterlassen, das er aber gestern noch verwirklicht hat, der hat schon mit Begründung der Unterlassungspflicht selbige verletzt. Freilich werden die für eine Pflichtverletzung meist⁷⁴ erforderlichen *inneren* Tatsachen selten in der Vergangenheit gegeben sein. Ausgeschlossen ist das aber nicht. Wer sich etwa einbildet, aus einem Vertrag verpflichtet zu sein, der aber in Wirklichkeit noch der Genehmigung bedarf, der kann nicht nur die für eine Pflichtverletzung notwendigen äußeren, sondern auch inneren Tatsachen schon schaffen, obwohl eine Pflicht noch gar nicht besteht. Mit rückwirkendem Inkrafttreten der Pflicht hat er dann selbige in der Vergangenheit schon schuldhaft verletzt. Die rückwirkende Anpassung der Rechtswirklichkeit an die Rechtsvorstellung bringt äußere wie innere Tatsachen mit dem objektiven wie subjektiven Tatbestand der Pflichtverletzung zusammen. Es ist dem BGB keineswegs fremd, dass ein Rechtsirrtum zu eigenen Lasten gehen kann, wie etwa der Kondiktionsausschluss bei einer Leistung auf eine unerkannt verjährte Forderung zeigt (§ 214 Abs. 2 BGB). Umgekehrt „rettet“ die Anfechtung vor den Folgen einer schuldhaften Pflichtverletzung, wenn sie die Pflicht rückwirkend (§ 142 Abs. 1 BGB) beseitigt. Sind die Tatsachen für eine schuldhafte Pflichtverletzung vorhanden, können Rechtsfolgen daran anknüpfen, sobald und solange die Pflicht „schon“ bzw. „noch“ besteht.

c) *Rückwirkung als juristischer Kraftakt*

Kein Mensch kann in die Zukunft schauen und folglich auch nicht sein heutiges Verhalten auf alle in Zukunft womöglich rückbewirkten Pflichten einstellen. Das mag die Einschätzung *von Tuhr*s zur Rückwirkung als „einigermaßen gewaltsames Mittel der juristischen Technik“ bestätigen,⁷⁵ kann allerdings nicht rechtfertigen, die Rückwirkung rechtsfolgenseitig auf Exnunc-Niveau zu beschränken.⁷⁶ Das ist nur für die infolge Anfechtung fehlerhafte Gesellschaft und den fehlerhaften Arbeitsvertrag aufgrund der bei die-

⁷² *Von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/1, 1914, S. 27 mit Fn. 110.

⁷³ Dazu unten IV.

⁷⁴ Zum insofern problematischen Gläubigerverzug unten III.3.

⁷⁵ Dazu oben II.

⁷⁶ A.A. Nachw. in Fn. 59.

sen Dauerschuldverhältnissen schwierigen Rückabwicklung anerkannt, wird aber schon für Mietverhältnisse abgelehnt.⁷⁷ Auch der umgekehrte Ansatz, die *Ausübung* rückwirkender Gestaltungsrechte gerade wegen ihrer unpassend scheinenden Rückwirkung zu untersagen, ist nur bei entgegenstehender Rechtskraft zulässig, weil dann § 767 Abs. 2 ZPO etwa den Anfechtungsgrund präkludiert.⁷⁸ Im Übrigen fordert die rückwirkende Änderung der Rechtslage eine Neubewertung vergangener Tatsachen. Dieses teils diffizile Unterfangen gilt es anzugehen.⁷⁹

3. Rechtsausübungen im Schwebezeitraum

Bis zur rückwirkenden Änderung der Rechtslage steht das Leben nicht still, sondern werden Verpflichtungen erfüllt, Rechte ausgeübt und Verfügungen getroffen. Dafür bildet – wegen ungewissen Eintritts des rückwirkenden Ereignisses – der rechtliche Status quo die Grundlage: Bis zur Anfechtung können Rechte aus einem schwebend wirksamen Vertrag geltend gemacht werden; bis zur Genehmigung können keine Rechte aus einem schwebend unwirksamen Vertrag geltend gemacht werden. Die Rückwirkung kann freilich die zwischenzeitlich weiterentwickelte und die „wahre“, rückwirkend geänderte Rechtslage in Konflikt bringen. Was und wer *ex ante* berechtigt war, kann sich *ex post* als unberechtigt erweisen.

a) Verfügungen im Schwebezeitraum

Wer aufgrund eines wirksamen Vertrags ein Recht erworben hat, war zu dessen Weiterveräußerung – *ex post* betrachtet – nicht berechtigt, wenn eine Erklärung des Erwerbsvertrags später angefochten wird. Wer über einen Gegenstand zunächst schwebend unwirksam und anschließend noch anderweitig wirksam verfügt, war nach Genehmigung der Erstverfügung – *ex post* betrachtet – zur Zweitverfügung nicht mehr berechtigt. Welche Verfügung ist wirksam? Setzt sich die Rückwirkung der Anfechtung bzw. Genehmigung rigoros gegen den Verkehrsschutz durch?

Das BGB geht prinzipiell von der uneingeschränkten Rückwirkung aus und räumt dem Verkehrsschutz⁸⁰ nur partiell Vorrang ein. Das ist außer in

⁷⁷ Busche, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 142 Rn. 17.

⁷⁸ K. Schmidt/Brinkmann, MüKo-ZPO, 4. Aufl. 2012, § 767 Rn. 80 ff.

⁷⁹ Dazu unten III.

⁸⁰ Den Verkehrsschutz betont auch Greis (Fn. 20), S. 25; vgl. Finkenauer, AcP 203 (2003), 282 (299): § 184 Abs. 2 BGB dient Verkehrsinteressen; ähnlich die Motive zum

§ 1959 Abs. 2 BGB⁸¹ etwa in § 184 Abs. 2 BGB der Fall⁸²: Verfügt der zur Genehmigung einer schwebend unwirksamen Erstverfügung Berechtigte während des Schwebezeitraums abermals über denselben Gegenstand, bleibt die Zweitverfügung auch nach Genehmigung der Erstverfügung wirksam – unabhängig von der Gutgläubigkeit des Erwerbers.⁸³ Für die Anfechtung folgt hingegen aus § 142 Abs. 2 BGB, dass nur ein Rechtserwerber, der auch hinsichtlich der Anfechtbarkeit des Rechtserwerbs seines Vorgängers gutgläubig ist, von den rückwirkenden Folgen der Anfechtung nicht erfasst wird. Zweitverfügungen, die einer aufschiebend bedingten Erstverfügung widersprechen, werden zwar gem. § 161 Abs. 1 BGB mit Bedingungseintritt unwirksam, soweit sie das bedingte Recht gefährden. Indes hat der Verfügende mit der bedingten Erstverfügung sich schon seines Rechts partiell entäußert und kann über selbiges insoweit nur noch auflösend bedingt verfügen⁸⁴ – der Verkehrsschutz geht aber gem. § 161 Abs. 3 BGB vor.

Aus diesen Normen lässt sich *nicht* folgern, dass der Verkehrsschutz stets der Rückwirkung voringe und einst berechtigten Rechtsausübungen niemals rückwirkend der Boden entzogen werden darf. Zwar vertraut der Rechtsverkehr auch jenseits der genannten Rückwirkungsausnahmen auf die jeweils aktuelle Rechtslage und kann von deren rückwirkender Änderung empfindlich gestört werden. Doch sprechen die wenigen tatbestandlich eng gefassten Rückwirkungseinschränkungen gegen einen allgemeinen Vorrang des Verkehrsschutzes.⁸⁵

b) Ausübung schuldrechtlicher Rechte im Schwebezeitraum

Keine Ausnahme von der Rückwirkung sieht das Gesetz für den Fall vor, dass jemand aufgrund des schuldrechtlichen Status quo (eines wirksamen Vertrags) Rechte ausübt, deren Grundlage später rückwirkend (z.B. infolge Anfechtung einer Vertragserklärung oder Genehmigung eines Aufhebungsvertrags) entfällt. Folglich müsste sich die Rückwirkung hier uneingeschränkt durchsetzen, wenn nicht § 242 BGB eingriffe: Die Partei eines Schuldverhält-

BGB, Bd. I (1888), § 127 Nr. 3 (S. 247): „Die Rückwirkung findet ihre Schranke in den Rechten, welche Dritte vor der Genehmigung [...] erworben haben“.

⁸¹ Dazu Greis (Fn. 20), S. 53 ff.

⁸² Finkenauer, AcP 203 (2003), 282 (301): § 184 Abs. 2 BGB ist konstitutive Durchbrechung des Rückwirkungsprinzips.

⁸³ F. Bayreuther, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 184 Rn. 36.

⁸⁴ Dazu oben I.2.a)bb).

⁸⁵ A.A. Greis (Fn. 20), S. 45, 48; enger Enneccerus/Nipperdey, BGB-AT, Bd. II, 14. Aufl. 1955, S. 890: Genehmigende kann sich zumindest nie in Widerspruch zu seinen Zwischenverfügungen setzen.

nisses verhält sich treuwidrig, wenn sie sich auf die Unwirksamkeit einseitiger Rechtsausübungen der anderen Partei beruft, die auf der Grundlage des Status quo berechtigt waren und nur infolge der rückwirkenden Änderung der Rechtslage *ex post* unberechtigt sind. Die Treuwidrigkeit folgt zum einen daraus, dass *beide* Parteien bis zum Eintritt des rückwirkenden Ereignisses von einer Rechtslage ausgingen, die die Rechtsausübungen gerechtfertigt hat.⁸⁶ Zum anderen sind einseitige Rechtsausübungen gerade zum Schutz des Erklärungsgegners vor Ungewissheit bedingungsfeindlich (§ 388 Satz 2 BGB analog).⁸⁷ Der Erklärungsgegner setzt sich aber in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten, wenn er zunächst Rechtsklarheit einfordert (genauer: darauf nicht verzichtet⁸⁸) und rückblickend nun doch nicht die ursprünglich definitive Rechtsausübung gelten lassen will.⁸⁹ Allerdings beschränkt sich die Treuwidrigkeit auf den Zeitraum bis zum Eintritt des rückwirkenden Ereignisses, weil der gemeinsame „Rechtsirrtum“ nur bis dahin währt. Mit dem rückwirkenden Ereignis ist gewiss, dass der Rechtsausübung ihre Berechtigung fehlte.

Demnach bleiben etwa dilatorische Einreden für die Vergangenheit wirksam: Wenn der Verkäufer die Lieferung der Kaufsache unter Verweis auf die ausstehende Kaufpreiszahlung gem. § 320 BGB verweigert und der Käufer später dem Verkäufer die Aufrechnung mit einer bereits bei Vertragsschluss bestehenden Gegenforderung erklärt, darf sich der Käufer trotz Rückwirkung der Aufrechnung (§ 389 BGB) nicht auf die unberechtigte Leistungsverweigerung des Verkäufers berufen. Auch wenn der Gläubiger einer Darlehensschuld dem Übernehmer der Schuld berechtigterweise die Kündigung erklärt und später eine der Willenserklärungen des Übernahmevertrags mit dem ursprünglichen Schuldner angefochten wird,⁹⁰ kann sich der Übernehmer bis zur Anfechtungserklärung nicht darauf berufen, dass die Kündigung unberechtigt war; ab der Erklärung der Anfechtung kann sich aber der ursprüngliche Schuldner darauf berufen. Ebenso bleibt eine vom Betriebserwerber berechtigterweise erklärte Kündigung nur bis zum (auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs rückwirkenden) Widerruf nach § 613a Abs. 6 BGB berechtigt, wirkt von da an aber nicht auch gegen den Betriebsveräußerer.⁹¹ Fer-

⁸⁶ Vgl. *Olzen/Looschelders*, Staudinger, 2015, § 242 BGB Rn. 292.

⁸⁷ BGH v. 21.3.1986 – V ZR 23/85 – NJW 1986, 2245 (2246).

⁸⁸ Der Erklärungsgegner kann Bedingungen akzeptieren und damit auf seinen Schutz verzichten, *Rövekamp*, BeckOK-BGB, Ed. 39 (5/2016), § 158 Rn. 17.

⁸⁹ *Jacobi* (Fn. 30), S. 169 f.: Schwebende Wirksamkeit von Gestaltungsrechten widerspricht dem Interesse des Gegners an der Endgültigkeit der Wirkung des Gestaltungsrechts.

⁹⁰ Fall nach *Greis* (Fn. 20), S. 63, der die Lösung offengelassen hat.

⁹¹ LAG Düsseldorf v. 14.10.2015 – 1 Sa 733/15 – juris Rn. 68 ff. (nicht rechtskräftig); zum rückbewirkten Annahmeverzug im Arbeitsverhältnis unten III.3.d).

ner bleibt ein Nacherfüllungsverlangen aus einem Kaufvertrag bis zur Anfechtung einer Vertragserklärung berechtigt und ist der Käufer infolge der Anfechtung nicht rückwirkend zum Ersatz des Nacherfüllungsaufwands des Verkäufers verpflichtet,⁹² sondern muss nur die verbliebene Bereicherung herausgeben. Indem (Gewährleistungs-)Rechte aus einem Vertrag geltend gemacht werden, dem anfechtbare Willenserklärungen zugrunde liegen, wird der Vertrag nicht etwa zugleich bestätigt i.S.d. § 144 Abs. 1 BGB, es sei denn, der Rechtsausübende will in Kenntnis seines Anfechtungsrechts definitiv nur vertragliche (Gewährleistungs-)Ansprüche geltend machen.⁹³

c) Erfüllung im Schwebezeitraum

Der reine Vollzug eines Schuldverhältnisses durch Leistungsbewirkung ist nicht rückwirkungsfest, sondern eröffnet – sofern der Leistungsgrund wegfällt oder (im Fall der Vorleistung⁹⁴) widererwartend nicht eintritt – das Rückabwicklungsregime der §§ 812 ff. BGB. Der Schuldner verhält sich nicht treuwidrig, wenn er sich auf den rückwirkenden Wegfall der Rechtsgrundlage seiner bisher erbrachten Leistungen beruft. Auch wenn der Schuldner im Wege der Aufrechnung rückwirkend (§ 389 BGB) leistet, nimmt er damit den Leistungen, die er seit Eintritt der Aufrechnungslage als Zinsen, Verzugsschadensersatz oder Vertragsstrafe erbracht hat, ihren Rechtsgrund.⁹⁵

III. Folgen der Rückbewirkung von Leistungspflichten

Nachdem die dogmatischen Grundlagen der Rückwirkung, insbesondere der Rückbewirkung von Leistungspflichten geklärt sind, können ihre Rechtsfolgen näher untersucht werden. Wenn Leistungspflichten rückwirkend begründet werden, sind Leistungsstörungen programmiert und können prinzipiell all diejenigen Rechtsfolgen auslösen, deren tatsächliche Voraussetzungen bereits in der Vergangenheit gegeben waren.

⁹² Zur Schadensersatzpflicht bei unberechtigtem Nacherfüllungsverlangen BGH v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06 – NJW 2008, 1147.

⁹³ BGH v. 2.2.1990 – V ZR 266/88 – NJW 1990, 1106: „Frühestens“ der Erfolg von Anfechtung oder Gewährleistung beseitigt das Wahlrecht des Käufers zwischen beiden.

⁹⁴ Dazu unten III.1.a).

⁹⁵ Schlüter, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 389 Rn. 6; a.A. Jacobi (Fn. 30), S. 75 ff.

1. Rückbewirkte Leistung und Unmöglichkeit

Zunächst fragt sich, ob rückwirkend begründete Leistungspflichten bereits in der Vergangenheit erfüllt werden konnten und welche Rechtsfolgen eine unmögliche Nacherfüllung auslöst.

a) Vorleistung auf eine künftig rückbewirkte Schuld

Obzwar ein potentieller Schuldner grundsätzlich keine Pflicht erfüllen muss, die noch nicht besteht, kann er freiwillig schon auf eine noch nicht bestehende Schuld in der Erwartung ihres baldigen Wirksamwerdens, also einstweilen ohne Rechtsgrund leisten. Er bezweckt damit einen Leistungserfolg i.S.d. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB, nämlich die Erfüllung seiner künftigen (rückbewirkten) Pflicht (§§ 362 ff. BGB). Freilich darf der mit der Vorleistung bezweckte Erfolg nicht bloß einseitiges Motiv des Schuldners sein, sondern muss auf einer rudimentären Zweckvereinbarung mit dem Empfänger basieren.⁹⁶ Dafür genügt aber, dass der Empfänger die Erwartung des Leistenden kennt und durch die Annahme der Leistung billigt.⁹⁷ Dann kann der Schuldner seine Vorleistung nicht schon wegen Kenntnis der Nichtschuld zurückfordern (§ 814 BGB), sondern nur, wenn der bezweckte Erfolg nicht eintritt, weil etwa eine erforderliche Vertragsgenehmigung verweigert wird. Die Rückforderung ist außerdem ausgeschlossen, wenn der Erfolgseintritt von Anfang an unmöglich war und der Schuldner das gewusst hat oder er den Erfolgseintritt treuwidrig verhindert hat (§ 815 BGB).

Der Empfänger muss sich indes die nichtgeschuldete Leistung selbst dann nicht aufdrängen lassen, wenn der ihr zugrundeliegende Vertrag höchstwahrscheinlich alsbald wirksam wird. Bis zum wirksamkeitsauslösenden Ereignis kann der Gläubiger die Annahme der Leistung verweigern, ohne sich pflichtwidrig zu verhalten.⁹⁸ Der Schuldner kann ihn durch ein antizipiertes Leistungsangebot nicht zur (vorsorglichen⁹⁹) Annahme einer nichtgeschuldeten Leistung drängen. Beim wirksamen Vertrag ist der Schuldner zwar im Zweifel bereits vor Fälligkeit zur Leistung berechtigt (§ 271 BGB), und schützt den Gläubiger nur § 299 BGB vor „Überraschungsangeboten“.¹⁰⁰ Besteht aber

⁹⁶ *Wendehorst*, BeckOK-BGB, Ed. 39 (5/2016), § 812 Rn. 92.

⁹⁷ BGH v. 29.11.1965 – VII ZR 214/63 – NJW 1966, 540 (541).

⁹⁸ Zum rückbewirkten Gläubigerverzug unten III.3.

⁹⁹ Nach *Feldmann*, Staudinger, 2014, § 293 BGB Rn. 20, kann der Gläubiger die Leistung unter dem Vorbehalt annehmen, sie zurückzugeben, falls überhaupt keine Schuld besteht, und damit seinen Verzug vermeiden.

¹⁰⁰ Zum Überraschungsaspekt *Schmidt-Kessel*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Bd. 2/1, 3. Aufl. 2016, § 299 Rn. 2 f.

noch keine Leistungspflicht, erlaubt keine Norm dem Schuldner, vorab zu leisten – der Gläubiger darf vielmehr die Annahme verweigern, schon um der verschärften Rückgewährhaftung nach § 820 BGB zu entgehen.¹⁰¹ Mit der vorzeitigen Leistung wird das Schuldverhältnis auch nicht „vorzeitig“ in Kraft gesetzt. Erst wenn etwa der zugrundeliegende Vertrag rückwirkend wirksam wird, muss der Schuldner auch für Schlechtleistungen im (nunmehr entfallenen) Schwebezeitraum eintreten. So kann ein Käufer Sachmängelgewährleistung für in der Schwebezeit gelieferte Kaufsachen erst verlangen, wenn der Kaufvertrag wirksam geworden ist.

b) Rechtsfolgen der Unmöglichkeit rückwirkender Leistung

In aller Regel wird der Schuldner auf eine noch unwirksame Schuld nicht leisten, auch wenn sie später rückwirkend wirksam werden kann. Wird die Leistungspflicht rückbewirkt, ist aber ihre Erfüllung infolge Zeitablaufs unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB) geworden – nicht nur verzögert¹⁰² – kann sich der Schuldner prinzipiell schadensersatzpflichtig gemacht haben. Die gesetzliche Rückwirkung bezieht sich frühestens auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses,¹⁰³ sodass eine durch Zeitablauf begründete Leistungsunmöglichkeit ein nachträgliches Leistungshindernis darstellt¹⁰⁴ und mithin prinzipiell zum Schadensersatz nach § 280 Abs. 1, 3, § 283 BGB verpflichtet. Der Schuldner muss aber die Umstände, die zur Unmöglichkeit geführt haben, zu vertreten haben.¹⁰⁵ Die Nichtleistung hat der Schuldner einer erst nach Ablauf des Leistungszeitraums rückbewirkten Leistungspflicht allerdings in aller Regel nicht zu vertreten, weil niemand zur Erfüllung einer (noch) unwirksamen Pflicht verpflichtet ist. Selbst wenn der Schuldner mit einer demnächst rückbewirkten Leistungspflicht fest rechnet (weil er etwa ein Geschäft seines Vertreters zu genehmigen gedenkt), hat er bis zum Eintritt des rückwirkenden Ereignisses seine Nichtleistung nicht zu vertreten, weil die dafür erforderliche Kenntnis der Leistungspflicht nicht rückbewirkt werden kann.¹⁰⁶ Der potentielle

¹⁰¹ Vgl. zur verzugsausschließenden Unzumutbarkeit der Leistungsannahme *Feldmann*, Staudinger, 2014, § 297 BGB Rn. 16.

¹⁰² Zum Schuldnerverzug unten III.2.

¹⁰³ Vereinbarte Rückwirkung (dazu oben I.2.) kann auf jeden beliebigen Zeitpunkt zurückreichen.

¹⁰⁴ Für die Genehmigung: *Bub*, BeckOK-BGB, Ed. 39 (5/2016), § 184 Rn. 8; *Flume*, BGB-AT, Bd. II, 4. Aufl. 1992, S. 899; für die Bedingung: *Flume*, BGB-AT, Bd. II, 4. Aufl. 1992, S. 727; vgl. *von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/2, 1918, S. 295.

¹⁰⁵ Bezugspunkt des Verschuldens ist nicht die Unmöglichkeit an sich, sondern das zu ihr führende Verhalten, *Ernst*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 283 Rn. 6.

¹⁰⁶ Dazu oben II.2.b).

Schuldner kann durch leistungsschädliches Verhalten in der Schwebezeit freilich seine vorwirkende Leistungstreuepflicht verletzen und dafür aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB haften.¹⁰⁷ Nur wenn der Schuldner schon von einer wirksamen Leistungspflicht ausgeht und den Leistungszeitraum dennoch untätig verstreichen lässt, kann er schon schuldhaft seine Leistungspflicht verletzen, auch wenn diese erst später rückbewirkt wird.

Auch rückwirkend begründete Unterlassungspflichten können in der Vergangenheit bereits verletzt worden sein, obgleich selten schuldhaft. Wenn sich ein Händler gegenüber einen Markeninhaber verpflichtet, unter Vermeidung einer Vertragsstrafe fortan dessen Marken nicht mehr unlizenziert zu vertreiben, und der Markeninhaber bei Abschluss des Unterlassungsvertrages nicht wirksam vertreten wurde, kann der Händler die Marken ohne Lizenz bis zur Vertragsgenehmigung weitervertreiben, ohne die Vertragsstrafe zu verwirken.¹⁰⁸ Der Grund liegt – entgegen dem BGH¹⁰⁹ – nicht darin, dass bis zur Vertragsgenehmigung keine Unterlassungspflicht bestand und deswegen keine Vertragsstrafe i.S.d. § 339 Satz 2 BGB verwirkt werden konnte – die Genehmigung aktiviert den Vertrag gerade rückwirkend. Der Grund liegt vielmehr darin, dass die Verwirkung der Vertragsstrafe verschuldensabhängig ist (§§ 339 Satz 1 i.V.m. 286 Abs. 4 BGB). Die Genehmigung wirkt auch in Ansehung der Vertragsstrafe *ex tunc*,¹¹⁰ nur können die *tatsächlichen* Voraussetzungen ihrer Verwirkung nicht rückbewirkt werden. Wenn also der Händler von Anfang an von einem wirksamen Vertragsschluss ausging und sich gleichwohl vertragswidrig verhalten hat, hat er die Vertragsstrafe bereits verwirkt, wenn der Vertrag später, aber eben rückwirkend genehmigt wird. Wenn der Händler weiß, dass der Vertrag noch schwebend unwirksam ist, und er bereits in der Schwebezeit den Vertragserfolg vereitelt, verletzt er seine Leistungstreuepflicht.¹¹¹

Wenn Leistungspflichten vor den Zeitpunkt des Vertragsschlusses *rückdatiert* werden, deren Erfüllung in der Vergangenheit nicht mehr möglich ist, ist der Schuldner aus § 311a Abs. 2 BGB zum Schadensersatz statt der Leistung (wahlweise Aufwendungsersatz nach § 284 BGB) verpflichtet, wenn er bei Vertragsschluss das Leistungshindernis kannte oder seine Unkenntnis zu vertreten hat. Wer etwa rückdatierend das Unterlassen von Wettbewerbsab-

¹⁰⁷ Dazu unten IV.1.b).

¹⁰⁸ BGH v. 17.11.2014 – I ZR 97/13 (La Martina) – WRP 2015, 198 = GRUR 2015, 187.

¹⁰⁹ BGH v. 17.11.2014 – I ZR 97/13 (La Martina) – WRP 2015, 198 = GRUR 2015, 187 Rn. 22 f.

¹¹⁰ A.A. Rieble, Staudinger, 2015, § 339 BGB Rn. 292 f.: *ex nunc*.

¹¹¹ Dazu unten IV.1.c)bb).

sprachen im Vorfeld einer Ausschreibung verspricht, obwohl er sich mit Konkurrenten über Mindestgebote abgestimmt hat, haftet aus § 311a Abs. 2 BGB.

c) Rückbewirkte Gefahrtragung

Die gesetzlichen Gefahrtragungsregeln (§§ 300, 326, 446, 644 BGB etc.) finden auch bei rückbewirkten Leistungspflichten unverändert Anwendung. Freilich müssen ihre tatsächlichen Voraussetzungen bereits in der Vergangenheit erfüllt sein. So trägt die Gefahr des zufälligen Untergangs einer Kaufsache solange der Verkäufer, als die Sache noch nicht dem Käufer übergeben wurde (§ 446 Satz 1 BGB). Wurde die Sache bereits dem Käufer übergeben, bevor der Kaufvertrag rückwirkend in Kraft trat, lag darin – *ex post* betrachtet – bereits der Gefahrübergang.¹¹² Der Gefahrübergang kann auch einvernehmlich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorverlegt werden – selbst bei Verbraucherverträgen.¹¹³

Der rückbewirkte Gefahrübergang hat zur Folge, dass die Sechs-Monats-Frist für die Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf (§ 476 BGB) bereits verstrichen sein kann, wenn der Vertrag rückwirkend in Kraft tritt. Zeigt sich zwischenzeitlich ein Mangel, kann der Verbraucher zwar noch nicht Mängelrechte geltend machen, muss aber Auftreten und Zeitpunkt des Mangels beweissicher protokollieren, wenn er sich später auf § 476 BGB berufen will. Denn der Verbraucher muss zumindest beweisen, dass sich ein Sachmangel innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang gezeigt hat¹¹⁴ – seine Mängelrechte kann der Verbraucher auch später geltend machen.

d) Rückbewirkter Verjährungsbeginn

Wenn Leistungspflichten rückwirkend begründet werden, könnten auch die daran anknüpfenden Verjährungsfristen schon in der Vergangenheit angelaufen und im Extremfall bei Eintritt des rückwirkenden Ereignisses theoretisch bereits abgelaufen sein. Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch (auch rückwirkend) entstanden ist, allerdings muss außerdem der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners zumindest ohne grobe Fahrlässigkeit Kenntnis erlangt haben können (§ 199 Abs. 1 BGB). Weder Kenntnis noch grobfahrlässige Unkenntnis der anspruchsbegründenden Umstände können

¹¹² Dazu oben II.2.a).

¹¹³ BGH v. 15.1.2014 – VIII ZR 70/13 – NJW 2014, 1086 Rn. 16.

¹¹⁴ EuGH v. 4.6.2015 – C-497/13 (Faber) – NJW 2015, 2237 Rn. 70 ff.

aber rückbewirkt werden, sodass die regelmäßige Verjährungsfrist frühestens mit dem Eintritt des rückwirkenden Ereignisses beginnt.¹¹⁵

Setzt der Verjährungsbeginn keine Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis der anspruchsbegründenden Umstände voraus (§ 199 Abs. 2–4 BGB), kann der Verjährungsbeginn im Grunde rückbewirkt werden.¹¹⁶ Doch nach Meinung des BGH beginnt die Verjährung generell („übergreifende Voraussetzung für den Verjährungsbeginn“) frühestens, wenn die Klageerhebung zumutbar ist.¹¹⁷ Eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag, schiebt den Verjährungsbeginn hinaus.¹¹⁸ Die stärkste Form der Unzumutbarkeit ist die Unmöglichkeit, sodass wegen der unmöglich rückwirkenden Geltendmachung eines Anspruchs¹¹⁹ der Verjährungsbeginn auch in den Fällen der § 199 Abs. 2–4 BGB bis zum Eintritt des rückwirkenden Ereignisses verzögert ist.¹²⁰

2. Rückbewirkter Schuldnerverzug

Wird eine Leistungspflicht rückwirkend begründet und ist sie zwischenzeitlich nicht durch Zeitablauf unmöglich geworden, stellt sich die Frage, ob der Schuldner für zwischenzeitliche Verzugsschäden gem. § 280 Abs. 1, 2, § 286 BGB einstehen muss.

a) Herrschende Meinung: rückbewirkter Schuldnerverzug unbillig

Nach herrschender Meinung kann Schuldnerverzug frühestens ab dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer Leistungspflicht eintreten, weil vorher noch kein klagbarer Anspruch¹²¹ oder keine aktuelle Leistungspflicht¹²² be-

¹¹⁵ *Jacobi* (Fn. 30), S. 166, i.E. auch *Bork*, Staudinger, 2015, § 158 BGB Rn. 19; *Flume*, BGB-AT, Bd. II, 4. Aufl. 1992, S. 899; *Gursky*, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 38; *von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/2, 1918, S. 241; ebenso für die Rückbeziehung: BGH v. 21.4.1967 – V IZ 75/64 – BGHZ 47, 387 (391).

¹¹⁶ Hingegen ist es nach *Leptien*, Soergel, 13. Aufl. 1999, § 184 BGB Rn. 8, schlicht ausgeschlossen, dass der Gläubiger erstmals einen Anspruch einfordern kann, wenn er bereits verjährt ist; dagegen zutreffend *Rothkugel* (Fn. 40), S. 49, und *Greis* (Fn. 20), S. 49.

¹¹⁷ BGH v. 28.10.2014 – XI ZR 348/13 – NJW 2014, 3713 Rn. 35.

¹¹⁸ BGH v. 28.10.2014 – XI ZR 348/13 – NJW 2014, 3713 Rn. 35.

¹¹⁹ *Staffhorst* (Fn. 13), § 184 Rn. 20; a.A. *Rothkugel* (Fn. 40), S. 50: vorsorgliche Feststellungsklage zum Zwecke der Verjährungsunterbrechung statthaft.

¹²⁰ Zum gleichen Ergebnis kommen *F. Bayreuther*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 184 Rn. 13, und *Gursky*, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 38, über §§ 205 f. BGB.

¹²¹ *Bub*, BeckOK-BGB, Ed. 39 (5/2016), § 184 Rn. 9; *Maier-Reimer*, Erman, 14. Aufl. 2014, § 184 BGB Rn. 15.

¹²² BGH v. 8.10.1975 – VIII ZR 115/74 – NJW 1976, 104 (105); BGH v. 15.10.1992

standen habe. Solange der Vertrag noch im kalendermäßig bestimmten Leistungszeitraum (und sei es an dessen letzten Tag) wirksam wird, bleibe die vertragliche Leistungszeitbestimmung maßgeblich,¹²³ weil der Schuldner bei Abschluss des Vertrags den Leistungszeitpunkt kennt und mit dem Wirksamwerden des Vertrags innerhalb der Leistungsfrist prinzipiell rechnen muss.¹²⁴ Ist der Leistungszeitraum bei Eintritt des rückwirkenden Ereignisses bereits abgelaufen, soll bei einer nachholbaren Leistung die kalendermäßige Leistungszeitbestimmung i.S.d. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entfallen und der Schuldnerverzug gem. § 286 Abs. 1 BGB einer Mahnung bedürfen.¹²⁵ Mit dem „klagbaren“ Anspruch und der „aktuellen“ Leistungspflicht wird indes nur verschleiert, dass die Rückwirkung beim Schuldnerverzug aufgrund (nicht näher erläuterter) Billigkeitserwägungen nur *ex nunc* wirken soll.

b) Unverschuldete Nichtleistung

Selbstredend verlangt der Schuldnerverzug eine Leistungspflicht mit bestimmter Leistungszeit, doch können sowohl Leistungspflicht als auch Leistungszeitbestimmung rückbewirkt werden.¹²⁶ Tritt das rückwirkende Ereignis erst nach Ablauf der bestimmten Leistungszeit ein, ändert sich dadurch nicht die Leistungszeitbestimmung. Der Schuldner hat zur bestimmten Zeit seine geschuldete Leistung schlicht nicht erbracht. Handelte es sich um eine *nicht nachholbare* Leistung (absolute Fixschuld), ist die Leistung damit absolut unmöglich geworden (§ 275 Abs. 1 BGB) und damit der Verzug des Schuldners ausgeschlossen.¹²⁷ Ist die Leistung *nachholbar*, scheidet der rückwirkende Verzug des Schuldners nicht an einer „aktuellen“ Leistungspflicht, sondern in aller Regel daran, dass der Schuldner seine Nichtleistung in der Vergangenheit nicht zu vertreten hat.¹²⁸ Die für das Verzugsverschulden

– IX ZR 43/92 – NJW 1993, 648 (651); BGH v. 17.11.2014 – I ZR 97/13 (La Martina) – WRP 2015, 198 = GRUR 2015, 187 Rn. 22; *Flume*, BGB-AT, Bd. II, 4. Aufl. 1992, S. 899; *Gursky*, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 15, 38.

¹²³ BGH v. 25.10.2000 – VIII ZR 326/99 – NJW 2001, 365 (366); *Gursky*, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 32.

¹²⁴ BGH v. 25.10.2000 – VIII ZR 326/99 – NJW 2001, 365 (366) – für den Fall einer ausstehenden Gläubigergenehmigung.

¹²⁵ OLG Karlsruhe v. 15.5.1985 – 13 U 193/83 – NJW-RR 1986, 57: Dem Käufer muss grds. eine angemessene Zeitspanne zur Leistungsbewirkung eingeräumt werden; ebenso OLG Rostock v. 11.5.1995 – 1 U 350/94 – NJW 1995, 3127 (3128).

¹²⁶ Dazu oben II.2.b).

¹²⁷ Zur Haftung aus § 280 Abs. 1, 3, § 283 BGB oben III.1.a).

¹²⁸ In diesem Sinne auch *von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/1, 1914, S. 28; missverständlich *ders.*, BGB-AT, Bd. II/2, 1918, S. 241: Kein rückwirkender Verzug, „da der Schuldner vor der Genehmigung des Vertrags zur Leistung nicht verpflichtet war und ihm daher

(§ 286 Abs. 4 BGB) erforderlichen inneren Tatsachen des Schuldners (Erkennbarkeit der Schuld) können nicht rückbewirkt werden.

Erst ab dem Moment, in dem eine nachholbare Leistungspflicht mit bereits abgelaufenem Leistungszeitraum rückbewirkt wird und der Schuldner davon Kenntnis erlangt oder hätte erlangen können, befindet er sich in Leistungsverzug. Dann bedarf es aber keiner Mahnung, denn die Leistungszeitbestimmung (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB) ist durch Zeitablauf nicht entfallen. Prinzipiell muss sich der Schuldner ohnehin schon in der Schwebezeit leistungsbereit halten.¹²⁹ Nur wenn die ständige Leistungsbereitschaft für den Schuldner unzumutbar i.S.d. § 275 Abs. 2 BGB ist, kann ihm ausnahmsweise nach Eintritt des rückwirkenden Ereignisses eine Vorbereitungszeit zur Nachholung (!) seiner Leistung eingeräumt werden.¹³⁰

c) Verschuldete Nichtleistung

Der Schuldner kann allerdings dann rückwirkend in Verzug geraten, wenn er von einer bestehenden Leistungspflicht ausgeht und ihren Leistungszeitraum untätig verstreichen lässt, auch wenn die Leistungspflicht tatsächlich erst später rückbewirkt wird. In diesem Fall sind Leistungspflicht und Verschulden i.S.d. § 286 Abs. 4 BGB – *ex post* betrachtet – gemeinsam gegeben. Es besteht kein Grund, den Schuldner auch in diesem Fall erst ab Eintritt des rückwirkenden Ereignisses in Verzug geraten zu lassen,¹³¹ wie auch umgekehrt bei anfechtungsbedingter Beseitigung einer Leistungspflicht kein Grund besteht, am vorher eingetretenen Verzug festzuhalten.¹³²

3. Rückbewirkter Gläubigerverzug

Diffiziler als der verschuldensabhängige Schuldnerverzug ist der rückbewirkte Gläubigerverzug (§§ 293 ff. BGB) zu bewerten, weil er nicht von inneren Tatsachen abhängig ist.¹³³

aus dem Unterlassen der Leistung nachträglich kein Vorwurf gemacht werden darf“; ähnlich *Staffhorst* (Fn. 13), § 184 Rn. 22: „Man kann niemanden vorwerfen, er habe nicht geleistet [...], wenn keine Leistungspflicht bestand“; *Gursky*, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 38: Vor der Genehmigung hat der Schuldner „das Ausbleiben der Leistung jedenfalls nicht zu vertreten“.

¹²⁹ Dazu unten IV.1.c).

¹³⁰ Vgl. BGH v. 25.10.2000 – VIII ZR 326/99 – NJW 2001, 365 (366).

¹³¹ Vgl. oben II.2.b).

¹³² *Ernst*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 286 Rn. 102.

¹³³ *Feldmann*, Staudinger, 2014, § 293 BGB Rn. 17.

a) Herrschende Meinung: Gläubigerverzug ausgeschlossen

Nach herrschender Meinung kann der Gläubiger nicht rückwirkend in Annahmeverzug geraten, weil ihm die Leistung in der Vergangenheit mangels Leistungspflicht nicht angeboten werden konnte.¹³⁴ So werde ein Arbeitgeber durch ein rückwirkend begründetes Arbeitsverhältnis nicht rückwirkend zur Zahlung von Annahmeverzugsentgelt (§§ 611 Abs. 1, 615 Satz 1 BGB)¹³⁵ verpflichtet.¹³⁶ Indes kann die Leistungspflicht durchaus rückbewirkt werden, nur ein Leistungsangebot nicht, weil es sich dabei um eine Tatsache handelt. Nun kann der Schuldner allerdings seine Leistung auch ohne Leistungspflicht anbieten (dazu b.) oder ein Leistungsangebot überhaupt für den Annahmeverzug entbehrlich sein (dazu c.).

b) Verweigerung der Annahme eines antizipierten Leistungsangebots

Wenn der Schuldner dem Gläubiger die Leistung anbietet, obwohl der Vertrag noch schwebend unwirksam ist,¹³⁷ befindet sich der Gläubiger, wenn er die nichtgeschuldete Leistung nicht annimmt, mit rückwirkendem Wirksamwerden des Vertrags theoretisch ebenso rückwirkend in Annahmeverzug. Aus welchem Grund der Gläubiger eine Leistung nicht annimmt, ist für den Annahmeverzug egal.¹³⁸ Der Gläubiger muss nicht einmal wissen, dass er Gläubiger ist. Obzwar die unberechtigte Annahmeverweigerung nur bei Verträgen mit gesonderte Annahmepflicht (z.B. §§ 433 Abs. 2 Alt. 2, 640 Abs. 1 BGB) eine Pflichtverletzung darstellt, hat auch die Verletzung der bloßen Annahmepflicht nicht unerhebliche Folgen: Etwa geht nicht nur die Gefahr der zufälligen, sondern auch die Gefahr der vom Schuldner leichtfahrlässig verschuldeten Leistungsunmöglichkeit gem. § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2, 300 Abs. 1 BGB auf den Gläubiger über. Ferner hat der Gläubiger für die Kosten des erfolglosen Leistungsangebots sowie der Aufbewahrung und Erhaltung des Leistungsgegenstands im Verzugszeitraum gem. § 304 BGB aufzukommen.

¹³⁴ Rieble, NZA 2004, 1 (7); ähnlich Staffhorst (Fn. 13), § 184 Rn. 22; i.E. ebenso F. Bayreuther, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 184 Rn. 13; Gursky, Staudinger, 2014, § 184 BGB Rn. 38.

¹³⁵ § 615 BGB gilt nach h.M. (Henssler, MüKo-BGB, 6. Aufl. 2012, § 615 Rn. 8 m.w.N.) für alle Fälle der „Annahmearbeit“ des Arbeitgebers, auch wenn die Arbeitsschuld eine absolute Fixschuld ist und mit erfolglosem Zeitablauf unmöglich wird.

¹³⁶ BAG v. 19.8.2015 – 5 AZR 975/13 – NZA 2015, 1460 Rn. 22.

¹³⁷ Zur Vorleistung oben III.1.a).

¹³⁸ Ernst, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 293 Rn. 19.

Immerhin kann der Schuldner ein verzugsbegründendes Angebot nur machen, wenn er leistungsfähig und leistungswillig ist.¹³⁹ *Leistungsfähig* ist der Schuldner, wenn er die Leistung mit Erfüllungswirkung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB bewirken kann (§ 297 BGB). Das setzt zwar eine entsprechende Leistungspflicht voraus, die indes rückbewirkt werden und der zunächst rechtsgrundlosen Leistung rückwirkend Erfüllungswirkung geben kann.¹⁴⁰ Der *Leistungswille* kann hingegen nicht rückbewirkt werden, verlangt aber auch keine Leistungspflicht und kann somit schon vor Wirksamwerden eines Vertrages gegeben sein, wenn der Schuldner entweder bereits von einem wirksamen Vertrag ausgeht oder im Vertrauen auf dessen baldige Wirksamkeit vorleisten will (Erfolgsbezweckung i.S.d. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB¹⁴¹). Dem Gläubiger steht es allerdings frei, die Vorleistung anzunehmen oder auszusprechen.¹⁴²

Wenn die Leistungspflicht rückbewirkt wird, wird damit zwar auch das Angebot der nichtgeschuldeten Leistung zum Angebot einer geschuldeten Leistung und aus der berechtigten eine unberechtigte Annahmeverweigerung. Allerdings kann sich der Schuldner nicht auf die rückwirkend entfallene Berechtigung des Gläubigers zur Annahmeverweigerung berufen.¹⁴³ Die Annahmeverweigerung war unter der für Schuldner wie Gläubiger maßgeblichen Schwebezeitrechtslage berechtigt, sodass sich der Schuldner treuwidrig (§ 242 BGB) verhält, wenn er sich nunmehr auf ihre rückwirkende Änderung beruft.¹⁴⁴ Wenn das rückwirkende Ereignis eintritt, muss der Gläubiger aber sogleich dem Schuldner seine Annahmebereitschaft erklären,¹⁴⁵ weil er sonst von da an *ex nunc* in Annahmeverzug gerät. Die Erklärung ist entbehrlich, wenn der Gläubiger die Leistungsannahme ausdrücklich nur bis zum Eintritt des rückwirkenden Ereignisses verweigert hat.

c) Rückbewirkter Gläubigerverzug bei entbehrlichem Leistungsangebot

Es gibt allerdings Fälle, in denen der Gläubiger auch ohne ein Leistungsangebot des Schuldners in Annahmeverzug geraten kann.

¹³⁹ *Feldmann*, Staudinger, 2014, § 297 BGB Rn. 4, 18.

¹⁴⁰ *Fetzer*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 362 Rn. 15.

¹⁴¹ Dazu oben III.1.a).

¹⁴² Dazu oben III.1.a).

¹⁴³ Vgl. *Staffhorst* (Fn. 13), § 184 Rn. 22: „Man kann niemanden vorwerfen, er habe [...] eine Leistung nicht angenommen, wenn keine Leistungspflicht bestand“.

¹⁴⁴ Dazu oben II.3.b).

¹⁴⁵ *Feldmann*, Staudinger, 2014, § 293 BGB Rn. 24.

aa) Erforderliche Mitwirkung des Gläubigers

Wenn etwa der Gläubiger dem Schuldner zur Leistungserbringung Zugang zu seinen Räumen verschaffen muss, wird der Gläubiger diese Mitwirkungshandlung in aller Regel nicht vor dem Wirksamwerden des Vertrags erbringen. Wenn der Vertrag dann rückwirkend in Kraft tritt, wird die Leistungspflicht des Schuldners rückbewirkt, aber nicht die zu ihrer Erfüllung erforderlichen Mitwirkungshandlungen des Gläubigers. Hat der Schuldner bereits im Schwebezeitraum seine Leistung dem Gläubiger gem. § 295 Satz 1 Var. 2 BGB wörtlich angeboten, indem er ihn etwa zur Vornahme einer erforderlichen Mitwirkungshandlung aufgefordert hat (§ 295 Satz 2 BGB), kann der Gläubiger theoretisch rückwirkend in Annahmeverzug geraten.

Allerdings tritt das wörtliche Angebot nach § 295 BGB nur deshalb an die Stelle des gem. § 294 BGB prinzipiell erforderlichen tatsächlichen Angebots, weil dem Schuldner ein tatsächliches Angebot nur zumutbar ist, wenn er bei gewöhnlichem Lauf der Dinge erwarten kann, dass seine Leistung auch angenommen wird.¹⁴⁶ Wie der Gläubiger die Annahme einer tatsächlich angebotenen, aber noch nicht geschuldeten Leistung ablehnen darf, ohne in Annahmeverzug zu geraten, darf er daher auch seine zur Leistungserbringung erforderliche Mitwirkungshandlung verweigern. Der Schuldner verhält sich treuwidrig, wenn er sich darauf beruft, dass durch die rückwirkende Änderung der Rechtslage die zunächst berechnigte Mitwirkungsverweigerung nachträglich unberechtigt geworden ist.¹⁴⁷ Hat der Schuldner seine Leistung wörtlich angeboten, muss der Gläubiger umgehend mit Wirksamwerden des Vertrags seine Mitwirkungshandlung vornehmen, um nicht *ex nunc* in Annahmeverzug zu geraten.

bb) Kalenderbestimmter Mitwirkungszeitpunkt

Wenn für die erforderliche Mitwirkungshandlung des Gläubigers eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, braucht der Schuldner seine Leistung erst dann anzubieten, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vorgenommen hat (§§ 296 i.V.m. 295 Satz 1 Alt. 2 BGB). Der Gläubiger muss also zum kalenderbestimmten Zeitpunkt von sich aus in „Vorleistung“ treten und kann kein Vorleistungsangebot des Schuldners berechtigterweise ausschlagen, um den Annahmeverzug zu verhindern. Wie allerdings das wörtliche Leistungsangebot des Schuldners im Fall des § 295 BGB an die Stelle des tatsächlichen Leistungsangebots tritt, tritt der kalenderbestimmte Zeitpunkt für die Mit-

¹⁴⁶ *Feldmann*, Staudinger, 2014, § 295 BGB Rn. 1.

¹⁴⁷ Dazu soeben III.3.b).

wirkungshandlung des Gläubigers im Fall des § 296 BGB an die Stelle des wörtlichen Leistungsangebots des Schuldners.¹⁴⁸ Solange ein Vertrag noch schwebend unwirksam ist, gibt es keinen Grund, warum der Gläubiger dem Schuldner die Leistungserbringung (durch Vornahme der erforderlichen Mitwirkungshandlung) ermöglichen soll, wenn er dessen daraufhin angebotene Vorleistung gleichwohl ausschlagen kann, ohne rückwirkenden Annahmeverzug zu riskieren.¹⁴⁹

Lässt der Gläubiger den Mitwirkungszeitpunkt also untätig verstreichen, solange der Vertrag noch schwebend unwirksam ist, gerät er folglich nicht mit rückwirkendem Wirksamwerden des Vertrags rückwirkend in Annahmeverzug. Der Gläubiger einer Leistung aus einem schwebend unwirksamen Vertrag ist auch bei kalenderbestimmten Mitwirkungszeitpunkt ebenso wenig zur „Vormitwirkung“ angehalten, wie der Schuldner bei kalenderbestimmten Leistungszeitpunkt zur Vorleistung.¹⁵⁰ Der Schuldner verhält sich treuwidrig, wenn er sich nach rückwirkendem Wirksamwerden des Vertrags darauf beruft, dass der Gläubiger rückblickend keine Berechtigung hatte, seine erforderliche Mitwirkungshandlung zum kalenderbestimmten Zeitpunkt zu unterlassen.¹⁵¹ Wird der Vertrag rückwirkend wirksam, muss der Gläubiger seine Mitwirkungshandlung indes von sich aus umgehend nachholen, um von da an nicht in Annahmeverzug zu geraten.

d) Kein rückwirkender Annahmeverzug des Arbeitgebers

Im Arbeitsverhältnis war der Gläubigerverzug bislang besonders kostenträchtig. Wenn nämlich ein Arbeitsverhältnis rückwirkend begründet wurde (etwa durch Einklagen eines Wiedereinstellungsanspruchs¹⁵²), konnte der Arbeitgeber für den Rückwirkungszeitraum (meist die Dauer des Rechtsstreits) dem Arbeitnehmer Annahmeverzugsentgelt schulden (§§ 611, 615 BGB), wenn er ihm in der Zeit keine Arbeit zugewiesen hatte.¹⁵³ Indes geht das BAG

¹⁴⁸ Vgl. *Feldmann*, Staudinger, 2014, § 296 BGB Rn. 1: Gläubiger muss sich in diesem Fall „von selbst sagen“, dass der Schuldner bei ausbleibender Mitwirkung an der Leistung gehindert ist.

¹⁴⁹ Dazu III.3.b).

¹⁵⁰ Dazu oben III.2.b).

¹⁵¹ Vgl. oben II.3.b).

¹⁵² Mit rechtskräftiger Verurteilung zur Annahme eines Antrags auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gilt die Willenserklärung zwar nur als *ex nunc* abgegeben (§ 894 ZPO), doch kann sie in die Vergangenheit rückdatieren, BAG v. 19.8.2015 – 5 AZR 975/13 – NZA 2015, 1460 Rn. 19 ff.

¹⁵³ BAG v. 24.7.2008 – 8 AZR 1020/06 – juris (Rn. 45 ff.) – für den Fall eines Widerspruchs nach Betriebsübergang.

heute nur noch bei unberechtigter Arbeitgeberkündigung davon aus, dass die erforderlichen Arbeitsanweisungen nach dem Kalender bestimmte Mitwirkungshandlungen i.S.d. § 296 BGB sind¹⁵⁴ – bei konsequenter Fortführung der Rechtsprechung sind sie das auch in diesem Fall nicht.¹⁵⁵ Wenn also ein Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserberwerber erst dann gem. § 613a Abs. 6 BGB widerspricht, nachdem der Betrieb schon übergegangen ist, und daraufhin sein Arbeitsverhältnis zum Alt-Arbeitgeber rückwirkend auflebt, scheidet der zwischenzeitliche Annahmeverzug des Alt-Arbeitgebers regelmäßig schon daran, dass ihm der Arbeitnehmer in der Zwischenzeit kein Arbeitsangebot gemacht hat.¹⁵⁶

Wenn man die erforderlichen Arbeitsanweisungen des Arbeitgebers nach wie vor für kalenderbestimmte Mitwirkungshandlungen i.S.d. § 296 BGB hält oder der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung dem Arbeitgeber im Schwebezeitraum zumindest gem. § 295 BGB wörtlich angeboten hat (etwa mit einer Klage auf Wiedereinstellung und Beschäftigung), kann der Arbeitgeber im Falle der rückwirkenden Begründung des Arbeitsverhältnisses gleichwohl nicht rückwirkend in Annahmeverzug geraten.¹⁵⁷ Bis zum Eintritt des rückwirkenden Ereignisses durfte der Arbeitgeber die Vornahme seiner erforderlichen Mitwirkungshandlung bzw. die Annahme des Arbeitsangebots nämlich berechtigt verweigern¹⁵⁸ und der Arbeitnehmer verhält sich treuwidrig, wenn er sich auf den rückwirkenden Entfall der den Arbeitgeber in dieser Weise berechtigenden Rechtslage beruft.¹⁵⁹

IV. Vorwirkende Leistungstreue- und Hinwirkungspflichten

Wenn es möglich ist, dass ein künftiges Ereignis rückwirkend die heutige Rechtslage ändern wird, stellen sich die Fragen, (1.) welche Vorkehrungen für diesen Fall bereits heute zu treffen sind und (2.) inwiefern auf den Eintritt des rückwirkenden Ereignisses an sich hinzuwirken ist.

¹⁵⁴ BAG v. 15.5.2013 – 5 AZR 130/12 – NZA 2013, 1076 Rn. 22.

¹⁵⁵ *Feldmann*, Staudinger, 2014, § 296 BGB Rn. 5.

¹⁵⁶ *Henssler*, MüKo-BGB, 6. Aufl. 2012, § 615 Rn. 19.

¹⁵⁷ I.E. ebenso BAG v. 19.8.2015 – 5 AZR 975/13 – NZA 2015, 1460 Rn. 22: kein Annahmeverzug mangels eines „tatsächlich durchführbaren Arbeitsverhältnisses“.

¹⁵⁸ Dazu soeben III.3.c)bb) bzw. III.3.c)aa).

¹⁵⁹ Vgl. oben II.3.b).

1. Treue gegenüber potentiellen Leistungspflichten

Welche Leistungsvorbereitungen fordern künftig rückbewirkte Leistungspflichten bereits vor ihrem Inkrafttreten? Um diese Frage zu beantworten, ist zunächst (a.) die Leistungstreue gegenüber *bestehenden* Pflichten und sodann (b.) gegenüber *künftigen* Pflichten zu untersuchen, bevor (c.) auf die Besonderheiten der Leistungstreue gegenüber *künftig rückbewirkten* Pflichten eingegangen werden kann.

a) Leistungstreue gegenüber bestehenden Pflichten

Mit jedem Schuldverhältnis gehen nicht nur Nebenpflichten einher, die das Integritätsinteresse der anderen Partei schützen, sondern auch solche, die das vertragliche Leistungsinteresse der anderen Partei schützen und zu diesem Zweck eine ordnungsgemäße Vorbereitung, Durchführung und Sicherung der Hauptleistung verlangen¹⁶⁰ (leistungssichernde Nebenpflichten¹⁶¹, § 241 Abs. 2 BGB¹⁶²). Diese Leistungstreuepflichten verlangen von den Parteien, alles zu *unterlassen*, was das Interesse der anderen Vertragspartei an der Durchführung des Vertrages beeinträchtigen könnte, und alles zu *tun*, was notwendig ist, um die Erfüllung der vertraglich übernommenen Verpflichtung sicherzustellen.¹⁶³ Der Schuldner muss seine Fähigkeit zur vertragsgemäßen Leistung vollumfänglich herstellen und erhalten¹⁶⁴, also etwa zu übertragende Sachen in einen vertragsgemäßen Zustand bringen. Zur Leistungstreue gehört auch, von der anderen Vertragspartei nicht etwas zu verlangen, das sie nach dem Vertrag nicht schuldet, und kein Gestaltungsrecht auszuüben, das nicht besteht.¹⁶⁵

Die Leistungstreue wird nicht dadurch relativiert, dass die Leistungspflicht alsbald entfallen kann – egal ob *ex nunc* durch Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechts oder *ex tunc* durch Anfechtung. Solange ein Schuldner sein Leistungsverweigerungsrecht (z.B. § 275 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB) nicht geltend macht, kann der Gläubiger die Leistung weiter einfordern und der Schuldner in Verzug geraten.¹⁶⁶ Auch der vorleistungspflichtete Gläubiger muss solange seine Gegenleistung erbringen, weil seine Pflicht gem. § 326 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB erst entfällt, wenn der Schuldner sein Leistungsver-

¹⁶⁰ *Olzen*, Staudinger, 2015, § 241 BGB Rn. 151.

¹⁶¹ *Bachmann*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 58.

¹⁶² Zum Streit um die richtige Rechtsgrundlage *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 308 f.

¹⁶³ BGH v. 28.4.1982 – IVa ZR 8/81 – NJW 1983, 998.

¹⁶⁴ Arbeitnehmer etwa ihre sprachlichen Fähigkeiten, *Latzel*, RdA 2013, 73 (75 ff.).

¹⁶⁵ BGH v. 16.1.2009 – V ZR 133/08 – NJW 2009, 1262 Rn. 17; OLG Düsseldorf v. 20.5.2006 – 23 U 170/04 – NJOZ 2006, 3675 (3676 f.).

¹⁶⁶ *Otto*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 945 (947).

weigerungsrecht ausübt.¹⁶⁷ Ebenso ist die eigene Leistungstreuepflicht nicht gemindert, wenn die andere Partei ihre Vertragserklärung anfechten kann. Bis zur Anfechtungserklärung bleibt das anfechtbare Rechtsgeschäft (und der darauf gründende Vertrag) uneingeschränkt gültig.¹⁶⁸ Eine „Einrede der Anfechtbarkeit“ steht weder dem Anfechtungsberechtigten¹⁶⁹ noch dem Anfechtungsgegner zu,¹⁷⁰ der folglich nicht sein leistungsschädliches Verhalten mit der Anfechtungsmöglichkeit der anderen Partei rechtfertigen kann. Weil die Anfechtung aber universell zurückwirkt, verlieren mit ihrer Erklärung nicht nur die vertraglichen Pflichten, sondern auch vertragsbezogene Pflichtverletzungen *ex tunc* ihren Rechtsgrund.

b) Leistungstreue gegenüber künftigen Pflichten

Die Leistungstreuepflicht gilt schon, bevor die geschützte Leistungspflicht selbst wirksam wird.

aa) Vorwirkungszeitraum der Leistungstreuepflicht

Wer damit rechnen muss, dass ihn demnächst Pflichten treffen, darf sich nicht so verhalten, dass er die künftigen Gläubigerrechte vereitelt.¹⁷¹ Schon bevor ein Vertrag wirksam wird, müssen die Parteien Vorkehrungen treffen, damit der späteren Vertragsausführung nichts im Wege steht, also die jeweiligen Leistungen dann rechtzeitig und in geschuldeter Form erbracht werden können.¹⁷² Dagegen verstößt, wer seine potentiell geschuldete Vertragsleistung schon vor Wirksamwerden des Vertrags unmöglich macht,¹⁷³ leistungsfähigkeitserhaltende Maßnahmen unterlässt,¹⁷⁴ zu übertragende Sachen beschädigt, über sie (wirksam) anderweitig verfügt,¹⁷⁵ oder schlicht seine definitive Erfüllungsverweigerung ankündigt.¹⁷⁶ Die Vorwirkung der Leistungstreue

¹⁶⁷ *Ernst*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 326 Rn. 8, der die Rückwirkung der Einrede auf den Zeitpunkt befürwortet, in dem erstmals ihre Voraussetzungen gegeben waren.

¹⁶⁸ *H. Roth*, Staudinger, 2015, § 142 Rn. 5.

¹⁶⁹ *H. Roth*, Staudinger, 2015, § 142 Rn. 14.

¹⁷⁰ Beachte aber §§ 770 Abs. 1, 1137 Abs. 1 Satz 1, 1211 Abs. 1 Satz 1 BGB und § 129 Abs. 2 HGB.

¹⁷¹ *Von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/2, 1918, S. 242.

¹⁷² *Von Tuhr*, BGB-AT, Bd. II/2, 1918, S. 294; *Bork*, Staudinger, 2015, § 160 BGB Rn. 7.

¹⁷³ *H.P. Westermann*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 160 Rn. 2.

¹⁷⁴ *Flume*, BGB-AT, Bd. II, 4. Aufl. 1992, S. 714.

¹⁷⁵ *C. Armbrüster*, Erman, 14. Aufl. 2014, § 160 BGB Rn. 1; *Bork*, Staudinger, 2015, § 160 BGB Rn. 6; *H.P. Westermann*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 160 Rn. 5.

¹⁷⁶ BGH v. 14.3.1984 – VIII ZR 284/82 – NJW 1984, 2034 (2035).

ist in erster Linie für aufschiebend bedingte Verträge anerkannt,¹⁷⁷ weil hier ein eindeutiger Vorwirkungszeitraum (spätestens von Vertragsschluss bis Bedingungseintritt) existiert. Doch auch wenn für morgen der Abschluss eines sofort zu vollziehenden Kaufvertrags geplant ist, muss der Verkäufer schon heute dafür sorgen, dass die Kaufsache morgen tatsächlich übergeben und übereignet werden kann.

Wie weit die Leistungstreuepflicht vorwirkt, hängt davon ab, ab wann mit dem Entstehen der geschützten Leistungspflicht gerechnet werden muss, also ab welchem Zeitpunkt das Unterlassen von Leistungsvorbereitungen (oder das Bereiten von Leistungshindernissen) zumindest fahrlässig i.S.d. § 276 BGB ist.¹⁷⁸ Dreh- und Angelpunkt ist die Erkennbarkeit der potentiellen Leistungspflicht: Sobald der Eintritt einer Leistungspflicht möglich erscheint, darf der potentielle Schuldner das Leistungsinteresse der anderen Vertragspartei nicht gefährden und muss die erforderlichen Vorkehrungen treffen, um im voraussichtlichen Leistungszeitpunkt tatsächlich leistungsbereit zu sein. Erkennbar ist eine vertragliche Leistungspflicht typischerweise ab der Aufnahme von Vertragsverhandlungen (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Hängt das Wirksamwerden einer Leistungspflicht von einem ungewissen Ereignis, insbesondere der Abgabe einer Gestaltungserklärung ab, kommt es darauf an, wann deren Voraussetzungen gegeben sind und ob die Abgabe der Erklärung nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegt. Das lässt sich anhand der rücktrittsbedingten Rückgewährpflicht aus § 346 Abs. 1 BGB veranschaulichen:

Jeder Vertrag ist mit dem Risiko der Rückabwicklung nach §§ 346 f. BGB belastet, weil stets die Möglichkeit besteht, dass etwa der Schuldner nicht vertragsgemäß leistet (Rücktrittsrecht des Gläubigers aus § 323 Abs. 1 BGB) oder eine Anpassung des Vertrags infolge Störung der Geschäftsgrundlage scheitert (Rücktrittsrecht des Benachteiligten aus § 313 Abs. 3 Satz 1 BGB). Die Vertragsparteien müssen sich aber nicht permanent auf latente Rückgewährpflichten einstellen. Solange kein Grund für einen Rücktritt positiv bekannt ist, greift noch keine „Rückgewährtreue“,¹⁷⁹ sondern darf jeder latente Rückgewährschuldner davon ausgehen, dass es nicht zur Rückgewähr kommen wird. Erst wenn er von einem *Rücktrittsgrund* weiß, darf er die potentiell (der Rücktritt muss noch erklärt werden) zurückgewährenden Sachen nicht über

¹⁷⁷ BGH v. 28.5.1969 – VIII ZR 135/67 – WM 1969, 835; BGH v. 14.3.1984 – VIII ZR 284/82 – NJW 1984, 2034 (2035); BGH v. 29.9.1989 – V ZR 198/87 – NJW 1990, 507 (508).

¹⁷⁸ Zur Relevanz des Vertretenmüssens für die potentielle Rückgewährpflicht aus § 346 Abs. 1 BGB *Gaier*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 346 Rn. 60.

¹⁷⁹ Vgl. *Kaiser*, Staudinger, 2012, § 346 BGB Rn. 223, 225: Bis zur Rücktrittserklärung sind beide Parteien Vollrechtsinhaber.

den üblichen Gebrauch hinaus gefährden.¹⁸⁰ Positive Kenntnis des Rücktrittsgrundes, also der zum Rücktritt berechtigenden Tatsachen,¹⁸¹ ist hinreichend, aber auch erforderlich. Erst wenn die Erklärung des Rücktritts nur noch im Ermessen des Berechtigten liegt, muss der Rückgewährschuldner so sehr mit dem Wirksamwerden seiner Pflichten aus §§ 346 f. BGB rechnen, dass die mit der „Rückgewährtreue“ verbundenen Einschränkungen seiner Vollrechtsinhaberschaft gerechtfertigt ist. Genügte fahrlässige Unkenntnis der das Rücktrittsrecht begründenden Tatsachen,¹⁸² müsste sich der Schuldner fortwährend um Aufklärung potentieller Rücktrittsgründe bemühen, was seine Vollrechtsinhaberschaft unzumutbar einschränkte. Bei voraussetzungslosen (vertraglichen) Rücktrittsrechten ist der Rücktrittsgrund ab Vertragsschluss bekannt und es muss typischerweise von da an mit der Rückgewähr gerechnet werden, während bei gesetzlichen Rücktrittsrechten alle Tatbestandsvoraussetzungen (einschließlich Ablauf einer erforderlichen Nachfrist) erfüllt sein müssen.¹⁸³

bb) Sorgfaltsanforderungen der Leistungstreue

Solange sich eine Leistungspflicht noch nicht hinreichend abzeichnet, muss ihr noch keine Sorgfalt entgegengebracht werden. Wenn etwa noch kein Rücktrittsgrund bekannt ist, der eine Rückgewährpflicht auslösen könnte, dürfen die Vertragsparteien die empfangenen Leistungen als Teil ihres Vermögens behalten und damit nach Belieben verfahren.¹⁸⁴ Selbst wenn der Käufer die Kaufsache mutwillig zerstört, verletzt er damit nicht seine „Rückgewährtreue“, wenn ihm zu dem Zeitpunkt kein Rücktrittsgrund bekannt war.¹⁸⁵

Wenn eine Leistungspflicht hinreichend erkennbar ist, fordert die ihr vorausgehende Leistungstreue nicht, die geschützte Pflicht bereits zu antizipieren. Etwa macht ein bestehender und bekannter Rücktrittsgrund den bis zur Rücktrittserklärung nur potentiellen Rückgewährschuldner nicht zum Treuhänder des Rückgewährläubigers.¹⁸⁶ Die Leistungstreue verlangt nur, dass die geschützte Leistungspflicht im Fall ihrer Aktualisierung tatsächlich erfüllt werden kann, also bis dahin – getreu dem Rechtsgedanken des § 162 BGB – nicht vereitelt wird. Folglich hängen die Sorgfaltsanforderungen der

¹⁸⁰ *Kaiser*, Staudinger, 2012, § 346 BGB Rn. 223.

¹⁸¹ *Kaiser*, Staudinger, 2012, § 346 BGB Rn. 229.

¹⁸² Dafür *Gaier*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 346 Rn. 61.

¹⁸³ *Gaier*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 346 Rn. 63; *Kaiser*, Staudinger, 2012, § 346 BGB Rn. 229.

¹⁸⁴ *Gaier*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 346 Rn. 61.

¹⁸⁵ Die Wertersatzpflicht entfällt nach § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB indes nur, wenn die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten (§ 277 BGB) beachtet wurde.

¹⁸⁶ *Kaiser* (Fn. 70), S. 272; *dies.*, Staudinger, 2012, § 346 BGB Rn. 230.

Leistungstreue vom Inhalt der geschützten Leistungspflicht ab. Wer morgen eine Arbeitsleistung schuldet, darf sich heute nicht so sehr betrinken, dass er morgen leistungsunfähig ist.¹⁸⁷ Und wer infolge Rücktritts zur Rückgewähr nach §§ 346 f. BGB verpflichtet ist, hat – weil er Nutzungen nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ziehen muss (§§ 346 Abs. 1, 347 Abs. 1 BGB) – bis zur Rückabwicklung das Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung der Sache.¹⁸⁸ Auch bei der Miete (§ 546 Abs. 1 BGB) und der Leihe (§ 604 Abs. 1 BGB) darf der Rückgewährschuldner die Sache bis zum Ende der Überlassung vertragsgemäß gebrauchen, ohne Ersatzpflichten fürchten zu müssen (§§ 538, 602 BGB) – daran ändert die Treue gegenüber der Rückgewährpflicht nichts.¹⁸⁹

cc) Vertretenmüssen von Treuepflichtverletzungen

Eine schuldhafte Verletzung der Leistungstreue i.S.d. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB setzt gem. § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB prinzipiell Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus. Weil die Leistungstreuepflicht aber nur die Leistungspflicht schützt, partizipiert sie ggf. auch an ihren Haftungsleichterungen.¹⁹⁰ Dazu zählen indes nicht Gefahrtragsregeln wie § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB.¹⁹¹

Die Gründe, die die Wirksamkeit einer Leistungspflicht suspendieren, können sich allenfalls mittelbar auf die Leistungstreuepflicht auswirken. So mindert der Schutzzweck des § 177 BGB¹⁹² die Leistungstreuepflicht des Vertretenen nicht. Weil Treuepflichtverletzungen erst mit Wirksamwerden der Leistungspflicht zu Rechtsfolgen führen können,¹⁹³ obliegt dem Vertretenen die Wahl, ob er den Vertragsschluss genehmigt und damit auch für zwischenzeitlich (ab Erkennbarkeit des Vertretergeschäfts) leistungsschädliches Verhalten einsteht, oder er die Genehmigung verweigert. Bei beschränkt geschäftsfähigen Vertragsparteien müssen die Genehmigungsberechtigten bei ihrer Entscheidung über die Genehmigung berücksichtigen, wenn sich die vertretene Vertragspartei zwischenzeitlich leistungsschädlich verhalten hat und deshalb die Genehmigung nicht nur den Vertrag in Kraft setzen, sondern zugleich Schadensersatzpflichten auslösen würde. Die Minderjährigkeit

¹⁸⁷ Müller-Glöge, MüKo-BGB, 6. Aufl. 2012, § 611 Rn. 1079.

¹⁸⁸ Kaiser (Fn. 70), S. 273.

¹⁸⁹ Kaiser (Fn. 70), S. 274.

¹⁹⁰ Bork, Staudinger, 2015, § 160 BGB Rn. 9; vgl. H.P. Westermann, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 160 Rn. 5; von Tuhr, BGB-AT, Bd. II/2, 1918, S. 294.

¹⁹¹ Gaier, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 346 Rn. 62; Kaiser, Staudinger, 2012, § 346 BGB Rn. 235

¹⁹² Dazu oben I.1.a).

¹⁹³ Dazu sogleich IV.1.b)dd).

steht der Erkennbarkeit einer potentiellen Leistungspflicht nicht grundsätzlich entgegen, kann aber je nach geschäftlicher Erfahrungheit einen mildereren Fahrlässigkeitsmaßstab der Leistungstreupflicht rechtfertigen, §§ 276 Abs. 1 Satz 2, 828 BGB.

dd) Rechtsfolgen leistungsschädlichen Verhaltens

Die Verletzung von Leistungstreupflichten hat immer Auswirkungen auf die geschützte Hauptleistung, indem sie entweder verzögert, mangelhaft oder unmöglich wird.¹⁹⁴ Folglich braucht Leistungstreue grundsätzlich nicht selbständig eingefordert zu werden,¹⁹⁵ sondern wird nur über die Hauptleistung mit Arrest und einstweiliger Verfügung gesichert.¹⁹⁶ Wenn etwa der Verkäufer die morgen an den Käufer auszuhändigende Kaufsache heute anderweitig zu veräußern droht, kann ihm gerichtlich entweder ein einstweiliges Verfügungsverbot auferlegt oder die Sequestration angeordnet werden (§ 938 Abs. 2 ZPO).¹⁹⁷ Und wenn der Verkäufer eines Pferdes das Tier vor dem vereinbarten Übergabetermin nicht mehr füttert, kann der Käufer zur Sicherung seines Anspruchs auf mangelfreie Leistung (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) eine entsprechende Leistungsverfügung beantragen.¹⁹⁸ Das gilt auch, wenn die Leistungstreupflicht einen so langen Zeitraum betrifft, dass sie theoretisch in einem eigenständigen Hauptsacheverfahren eingeklagt werden könnte. Die Leistungstreupflicht wird nicht „durch lange zeitliche Erstreckung zur selbständigen Pflicht mit korrespondierendem Anspruch“, der mit Heranrücken des Leistungszeitpunkts wieder verloren geht.¹⁹⁹ Wenn die Übergabe des verkauften Pferdes erst in einem Jahr vereinbart ist und der Verkäufer schon heute das Tier nicht mehr füttert, ist eine darauf gerichtete einstweilige Verfügung ebenso dringlich i.S.d. § 935 ZPO, wie wenn die Übergabe des Tieres für nächste Woche vereinbart wäre.

Wer seine Leistungstreupflicht verletzt, muss also in erster Linie für die damit verbundenen Störungen der Hauptleistung einstehen: Wenn der aufschiebend bedingte Verkäufer die Kaufsache im Schwebezeitraum zerstört hat, muss er bei Bedingungseintritt dem Käufer dessen etwaige Mehrkosten aus einem Deckungsgeschäft ersetzen (§ 280 Abs. 1, 3, § 283 BGB). Wenn der

¹⁹⁴ Stürner, JZ 1976, 384 (390).

¹⁹⁵ Sutschet, BeckOK-BGB, Ed. 39 (5/2016), § 241 Rn. 43; a.A. Flume, BGB-AT, Bd. II, 4. Aufl. 1992, S. 714: Erhaltungspflicht über Leistungsklage erzwingbar; Herres-thal, GedS Unberath, 2015, S. 179 (209 f.) – für nachwirkende Leistungstreupflichten.

¹⁹⁶ H.P. Westermann, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 160 Rn. 2, 7.

¹⁹⁷ Stürner, JZ 1976, 384 (390).

¹⁹⁸ Stürner, JZ 1976, 384 (391).

¹⁹⁹ So aber Stürner, JZ 1976, 384 (391).

Verkäufer die Sache nicht hinreichend gepflegt hat, muss er ihren Minderwert ersetzen (§ 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB). Wenn der Verkäufer die Kaufsache nicht rechtzeitig besorgt und folglich zu spät geleistet hat, muss er den Verzögerungsschaden des Käufers ersetzen (§ 280 Abs. 1, 2, § 286 BGB).

Soweit über die Hauptleistung nicht alle Schäden eines leistungsschädlichen Verhaltens abgedeckt sind, muss die leistungsuntreue Partei gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 i.V.m. 249 ff. BGB die andere Vertragspartei so stellen, als hätte sie sich leistungstreu verhalten – der Schadensersatzanspruch richtet sich also auf das positive Interesse. Das wird vor allem bei leistungsschädlichem Verhalten gegenüber *bestehenden* Pflichten relevant. So muss der Käufer dem Verkäufer dessen Schäden aus einem unberechtigten Mängelbeseitigungsverlangen ersetzen (Material- und Arbeitskosten).²⁰⁰ Wenn der Vermieter das Mietverhältnis unberechtigterweise gekündigt hat, muss er die dadurch ausgelösten Umzugskosten des Mieters ersetzen.²⁰¹ Bleibt dem Schuldner seine Leistung trotz leistungsschädlichen Verhaltens möglich, kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung (§ 280 Abs. 1, 3, § 282 BGB) nur verlangen, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist (etwa wegen vorvertraglichen Vertrauensbruchs in der Leistungssphäre).²⁰²

Leistungsschädliches Verhalten gegenüber *künftigen* Pflichten verpflichtet nur zum Schadensersatz, wenn die geschützte Leistungspflicht tatsächlich wirksam wird (eine aufschiebende Bedingung eintritt, der Rücktritt erklärt wird).²⁰³ Daneben hat § 160 Abs. 1 BGB keinen eigenständigen Gehalt.²⁰⁴ Die Norm besagt im Grunde nur, „dass die Haftung aus einem bedingten Geschäft der aus einem unbedingten gleichsteht“.²⁰⁵ Auch für bedingte Verfügungsgeschäfte behält § 160 Abs. 1 BGB neben der Zwischenverfügungsregel des § 161 BGB und der Leistungstreuempflcht aus dem Kausalgeschäft keinen eigenen Anwendungsbereich.²⁰⁶ Bei abstrakten Verfügungen müsste der Schadensersatzberechtigte den Schadensersatz gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1

²⁰⁰ BGH v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06 – NJW 2008, 1147 Rn. 12.; eingehend zur Pflichtwidrigkeit unberechtigter Rechtsausübungen BGH v. 16.1.2009 – V ZR 133/08 – NJW 2009, 1262 Rn. 11 ff.

²⁰¹ BGH v. 11.1.1984 – VIII ZR 255/82 – NJW 1984, 1028 (1029 f.).

²⁰² *Ernst*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 282 Rn. 4.

²⁰³ *Weller* (Fn. 162), S. 185.

²⁰⁴ *S. Meier*, *RabelsZ* 76 (2012), 732 (733 f., 751 mit Fn. 89); vgl. *H.P. Westermann*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 160 Rn. 1: Schadensersatzanspruch aus § 160 Abs. 1 BGB könnte auch aus § 280 BGB begründet werden; auch bereits *Flume*, BGB-AT, Bd. II, 4. Aufl. 1992, S. 727: „Die Bedeutung des § 160 BGB besteht für das bedingte Verpflichtungsgeschäft nur in der Klarstellung“; ebenso *Wolf/Neuner*, BGB-AT, 10. Aufl. 2012, § 52 Rn. 46.

²⁰⁵ *H.P. Westermann*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 160 Rn. 1.

²⁰⁶ *S. Meier*, *RabelsZ* 76 (2012), 732 (759); a.A. *Flume*, BGB-AT, Bd. II, 4. Aufl. 1992,

BGB umgehend wieder herausgeben²⁰⁷ und beim Streckengeschäft mit Direkterwerb wäre der bedingte Direkterwerb stärker geschützt als der unbedingte.²⁰⁸

ee) Entfall und Nachwirkung von Leistungstreuepflichten

Wenn ein zunächst schwebend unwirksamer Vertrag endgültig unwirksam wird, weil etwa seine aufschiebende Bedingung nicht mehr eintreten kann, entfällt mit der potentiellen Leistungspflicht auch die darauf bezogene Treuepflicht. Jedenfalls kann der anderen Vertragspartei kein kausaler Schaden aus leistungsschädlichem Verhalten erwachsen, wenn eine Leistungspflicht gar nicht besteht.²⁰⁹ Wer vom Wegfall seiner Leistungspflicht ausgeht, obwohl ihm deren Fortbestehen nach einer Plausibilitätskontrolle²¹⁰ hätte erkennbar sein müssen (etwa evident unberechtigte Anfechtung), muss für die dadurch verursachten Schäden der Gegenseite (Kosten für Unterbrechung der Vertragsdurchführung, Einholung von Rechtsrat) aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB aufkommen.²¹¹ Scheint die Berechtigung zur Ausübung eines Gestaltungsrechts hingegen plausibel, ist daran anknüpfendes leistungsschädliches Verhalten nicht fahrlässig, auch wenn sich die Rechtslage im Ergebnis anders darstellt.²¹²

Im Übrigen verlangen endgültig gescheiterte Verträge – im Gegensatz zu erfolgreich durchgeführten Verträgen²¹³ – keine Leistungstreue. Wenn der BGH meint, dass auch bei *endgültig gescheiterten* Verträgen „noch gewisse ‚nachvertragliche‘ Handlungs- und Unterlassungspflichten bestehen können, damit dem Vertragspartner nicht unverhältnismäßige Schäden aus dem Vertragsabschluss erwachsen“,²¹⁴ handelt es sich um allgemeine Rücksichtnahme-, nicht Leistungstreuepflichten, deren Verletzung nur dank vorangegangener Sonderverbindung nicht erst über §§ 823 ff. BGB zum Schadensersatz berechtigt.²¹⁵

S. 727; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, 10. Aufl. 2012, § 52 Rn. 47; *H.P. Westermann*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 160 Rn. 3.

²⁰⁷ *S. Meier*, *RabelsZ* 76 (2012), 732 (736 f.).

²⁰⁸ *S. Meier*, *RabelsZ* 76 (2012), 732 (737).

²⁰⁹ *Wolf/Neuner*, BGB-AT, 10. Aufl. 2012, § 52 Rn. 46.

²¹⁰ Vgl. *Kaiser*, *NJW* 2008, 1709 (1712): Evidenzkontrolle vor Mängelbeseitigungsverlangen.

²¹¹ OLG Düsseldorf v. 20.5.2006 – 23 U 170/04 – *NJOZ* 2006, 3675 (3677).

²¹² BGH v. 16.1.2009 – V ZR 133/08 – *NJW* 2009, 1262 Rn. 20.

²¹³ Zur Sicherung des Leistungserfolgs *Herresthal*, *GedS Unberath*, 2015, S. 179 (185 ff., 200 f.); *Sutschet*, *BeckOK-BGB*, Ed. 38 (2/2016), § 241 Rn. 71 ff.

²¹⁴ BGH v. 29.9.1989 – V ZR 198/87 – *NJW* 1990, 507 (508).

²¹⁵ *Herresthal*, *GedS Unberath*, 2015, S. 179 (190 f.). Im Fall des BGH (Fn. 214) erledigte das endgültige Scheitern eines Vertragsteils zugleich einen verbundenen Ver-

c) *Leistungstreue gegenüber künftig rückbewirkten Pflichten*

Müssen potentielle Schuldner sich – über die genannten Grundsätze hinaus – besonders treu gegenüber solchen Leistungspflichten verhalten, die künftig mit *Rückwirkung* wirksam werden können? Verlangt eine Leistungspflicht aus einem genehmigungsbedürftigen Vertrag *ex ante* mehr Sorgfalt als eine Leistungspflicht aus einem aufschiebend bedingten Vertrag?

aa) *Vorgezogene Leistungstreue*

Die potentielle Rückbewirkung einer Leistungspflicht verschiebt die Vorwirkung der daran anknüpfenden Leistungstreuepflicht insofern zeitlich nach vorn, als Leistungsbereitschaft nicht erst zu einem Zeitpunkt in der Zukunft gewährleistet sein muss, sondern womöglich schon heute. Prinzipiell ist auch hier entscheidend, ab wann der potentielle Schuldner mit dem Wirksamwerden der Hauptpflicht rechnen muss, er also nicht mehr auf ihr Ausbleiben vertrauen darf. Das ist beim genehmigungsbedürftigen Vertrag im Ausgangspunkt nicht anders zu beurteilen als bei der Rückgewährpflicht nach §§ 346 f. BGB:²¹⁶ Sobald die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Genehmigung gegeben sind, ist mit ihrer Erteilung zu rechnen und muss der Schuldner leistungsbereit sein. Mit der Erteilung von Genehmigungen, die an keine besonderen Voraussetzungen geknüpft sind (z.B. §§ 108 Abs. 1, 177 Abs. 1 BGB), ist ab Vertragsschluss zu rechnen. Wie beim *ex nunc* wirksam werdenden Vertrag greift die Leistungstreue deswegen auch beim *ex tunc* wirksamen Vertrag frühestens ab der Aufnahme von Vertragsverhandlungen, wenn das rückwirkende Ereignis auf den Vertragsschluss zurückwirkt.

Wird die potentielle Leistungspflicht *vor* den Vertragsschluss zurückdatiert, kommt es zunächst darauf an, ab wann die dafür erforderlichen *rechtlichen* Voraussetzungen erkennbar waren. Folgt etwa die Pflicht zur Begründung einer rückdatierten Leistungspflicht aus einem Vorvertrag, ist sie regelmäßig²¹⁷ mit dessen Abschluss erkennbar, bei gesetzlichen Kontrahierungspflichten kommt es auf die Erkennbarkeit der richtigen Rechtslage an.²¹⁸ In beiden Fällen müssen die *tatsächlichen* Voraussetzungen der Kontrahierungspflicht positiv bekannt sein.

tragsteil, auf dessen Grundlage eine Vertragspartei die andere gleichwohl noch zu Aufwendungen nötigte.

²¹⁶ Dazu oben IV.1.b)aa).

²¹⁷ Außer bei Rechtsirrtum, BAG v. 19.8.2015 – 5 AZR 975/13 – NZA 2015, 1460 Rn. 27 ff.

²¹⁸ Eingehend Grundmann, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 276 Rn. 73 ff.

bb) Vorwegnahme von Unterlassungspflichten

Die vorgezogene Leistungstreue verlangt zwar nicht, die geschützte Hauptleistungspflicht schon vorsorglich zu erfüllen, wenn sie noch gar nicht besteht. Der potentielle Gläubiger muss Vorleistungen auch nicht zu einem Zeitpunkt annehmen, zu dem sie rückwirkend geschuldet sein können.²¹⁹ Der potentielle Schuldner darf aber nicht den potentiell geschuldeten Leistungserfolg *aktiv* vereiteln.²²⁰ Das wirkt sich auf Leistungs- und Unterlassungspflichten unterschiedlich aus:

- Wer sich verpflichtet, morgen jemanden zum Flughafen zu einem bestimmten Flug zu befördern (absolute Fixschuld), der Beförderungsvertrag aber noch der Genehmigung bedarf, der muss die Leistung morgen nicht erbringen, wenn der Vertrag bis zum Leistungszeitpunkt noch nicht genehmigt ist. Die Leistungstreue verlangt vom potentiellen Schuldner nur, dass er sich für den Fall der rechtzeitigen Genehmigung leistungsbereit hält. Wird der Beförderungsvertrag zu spät genehmigt, hat der Schuldner die Nichtleistung jedenfalls nicht zu vertreten.
- Wer sich hingegen verpflichtet, ab morgen eine Marke unter Vermeidung einer Vertragsstrafe nicht mehr unlizenziert zu vertreiben und der Unterlassungsvertrag noch der Genehmigung des Markeninhabers bedarf, der verletzt seine Leistungstreuepflicht und macht sich gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB schadensersatzpflichtig, wenn er auch morgen noch die Marke unlizenziert vertreibt und der Unterlassungsvertrag übermorgen genehmigt wird. Die Vertragsstrafe verwirkt der Schuldner erst, wenn er die Marke auch dann noch unlizenziert vertreibt, nachdem der Vertrag genehmigt wurde (oder er von einem anfänglich wirksamen Vertrag ausging).²²¹

Die Leistungstreue gegenüber künftig rückbewirkten Unterlassungspflichten kann also ihre faktische Vorwegnahme bedeuten. Das rechtfertigt sich daraus, dass schwebend unwirksame Unterlassungspflichten – im Unterschied zu Leistungspflichten – nicht vorsorglich erfüllt und bei ausbleibendem Leistungserfolg kondiziert werden können,²²² sondern Leistungsstörungen bei Unterlassungspflichten stets das geschuldete Verhalten unmöglich machen. Die Pflicht zum Unterlassen leistungsschädlichen Verhaltens²²³ entspricht bei rückbewirkten Unterlassungspflichten folglich der geschuldeten Hauptleistung.

²¹⁹ Dazu oben III.1.a); zum Annahmeverzug oben III.3.

²²⁰ Dazu oben IV.1.b)bb).

²²¹ Dazu oben III.1.a).

²²² Dazu oben III.1.a).

²²³ Dazu oben IV.1.a).

2. *Hinwirken auf die Vertragswirksamkeit*

Die Nebenleistungspflichten schützen nicht nur Vorbereitung, Durchführung und Sicherung der Hauptleistung, sondern auch das Zustandekommen der Hauptleistungspflicht an sich. So sind die Parteien eines genehmigungsbedürftigen Vertrages verpflichtet, „alles in ihren Kräften Stehende und ihnen Zumutbare zu unternehmen, um die Genehmigung herbeizuführen, und auf der anderen Seite alles zu unterlassen, was die Genehmigung gefährden könnte“.²²⁴ Allerdings reicht die Hinwirkungspflicht unterschiedlich weit, je nach dem, aus welchem Grund der Vertrag noch unwirksam ist.

a) *Hinwirken auf eine Drittgenehmigung*

Bedarf ein Vertrag nur noch der Genehmigung eines Dritten, bietet der Konsens der Vertragsparteien eine hinreichende Grundlage, um von ihnen zu verlangen, zum Gelingen des Vertrags bis an die Grenze des Zumutbaren beizutragen. Folglich müssen die Parteien bei behördlichen Genehmigungsverfahren mitwirken und dafür benötigte Unterlagen und Erklärungen beibringen.²²⁵ Außerdem müssen die Parteien zumutbare Genehmigungsauflagen umsetzen und dafür notfalls auch Vertragsänderungen vornehmen.²²⁶ Wenn eine Partei die Genehmigungsverweigerung bzw. den Bedingungsausfall provoziert, verletzt sie damit ihre Mitwirkungspflicht und macht sich (sofern nicht ohnehin § 162 BGB greift) nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB ersatzpflichtig. Sie muss im Wege der Naturalrestitution den vorherigen Vertragszustand wiederherstellen und zu diesem Zweck am Abschluss eines neuen Vertrags mitwirken, dessen Bedingung eintreten kann bzw. der genehmigungsfähig oder -frei ist.²²⁷

Der genehmigungsberechtigte Dritte ist seinerseits zwar nicht aus Gründen der Leistungstreue,²²⁸ aber mitunter kraft Gesetzes zur Genehmigung verpflichtet. So muss ein Nacherbe die Verfügungen seines Vorerben genehmigen, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Erbes erforderlich sind (§ 2120 BGB). Gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen sind nur dann zur Genehmigung eines vom Minderjährigen geschlossenen Vertrags verpflichtet,

²²⁴ *Gursky*, Staudinger, 2014, Vorbemerkungen zu §§ 182–185 BGB Rn. 54, § 184 BGB Rn. 15.

²²⁵ RG v. 22.1.1927 – V 191/26 – RGZ 115, 35 (38).

²²⁶ BGH v. 25.1.1967 – VIII ZR 206/64 – NJW 1967, 830 f.

²²⁷ BGH v. 15.5.1963 – VIII ZR 20/62 – MDR 1963, 837 (838 f.).

²²⁸ Zur möglichen Erstreckung der Leistungstreuepflicht auf Bürgen: BGH v. 20.6.1989 – KZR 13/88 – NJW 1990, 388 – auf Leasingnehmer: BGH v. 14.3.1984 – VIII ZR 284/82 – NJW 1984, 2034.

wenn andernfalls das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Minderjährigen oder sein Vermögen im Ganzen²²⁹ so erheblich gefährdet würde, dass das Familiengericht nach § 1666 Abs. 1 BGB einschreiten müsste.²³⁰

b) Genehmigungspflicht einer Vertragspartei

Bedarf ein Vertrag der Genehmigung einer Partei, wird ihre Hinwirkungspflicht nicht automatisch zur Genehmigungspflicht. Die Genehmigung eines Vertrags, den ein vollmachtloser Vertreter geschlossenen hat, bleibt im Belieben des Vertretenen.²³¹ Bloß weil er die fehlerhafte Bevollmächtigung seines Vertreters womöglich zu vertreten hat, ist der Vertretene deswegen nicht im Außenverhältnis zur Genehmigung des Vertretergeschäfts verpflichtet. Er kann allenfalls im Innenverhältnis dem Vertreter zum Schadensersatz verpflichtet sein.²³² Der Vertretene kann sich seiner Vertrags- und damit auch Genehmigungsfreiheit allerdings durch einen Vorvertrag begeben haben und deswegen gegenüber der anderen Vertragspartei ohnehin zum Abschluss eines solchen Vertrages verpflichtet gewesen sein, wie ihn der Vertreter – obgleich ohne Vertretungsmacht – geschlossen hat. Dann ist die Verweigerung der Genehmigung treuwidrig (§ 242 BGB),²³³ ebenso wie in Fällen des Kontrahierungszwangs. Ohne besondere Vertragsabschlusspflicht kann allerdings kein neuer Vertragsschluss oder auch nur neue Vertragsverhandlungen eingefordert werden, wenn ein Vertrag endgültig gescheitert ist.²³⁴

V. Zusammenfassung

1. Rückwirkung heißt Ex-tunc-Wirkung – nicht nur im theoretischen Grundsatz, sondern auch in der Rechtspraxis. Gerade das macht die Rückwirkung zu einem „einigermaßen gewaltsamen Mittel der juristischen Technik“ (*von Tuhr*). Es ist nicht gerechtfertigt, unpassend scheinende Folgen der Rückbewirkung von Leistungspflichten auszuschließen, ohne dass eine entsprechende Parteivereinbarung besteht. Bei präziser Unterscheidung zwischen unabänderlichen Tatsachen und ihrer wandelbaren rechtlichen Bewer-

²²⁹ Die Verletzung einzelner Vermögensinteressen genügt nicht, *Olzen*, MüKo-BGB, 6. Aufl. 2012, § 1666 Rn. 125.

²³⁰ *Knothe*, Staudinger, 2012, § 107 BGB Rn. 43; *J. Schmitt*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2015, § 108 Rn. 14.

²³¹ BGH v. 29.9.1989 – V ZR 198/87 – NJW 1990, 507 (508).

²³² *Schilken*, Staudinger, 2014, § 177 BGB Rn. 23.

²³³ BGH v. 29.9.1989 – V ZR 1/88 – NJW 1990, 508 (509).

²³⁴ *Sutschet*, BeckOK-BGB, Ed. 39 (5/2016), § 241 Rn. 59.

tung kann die Rückwirkung auch im Leistungsstörungenrecht ernstgenommen werden.

2. Leistungspflichten können nicht nur rückwirkend beseitigt, sondern auch rückwirkend begründet werden. Prinzipiell muss zwar niemand eine unwirksame Leistungspflicht schon vorsorglich erfüllen. Wenn eine rückbewirkte Leistungspflicht in der Vergangenheit allerdings noch nicht oder nur schlecht erfüllt wurde, wurde sie bereits verletzt, wenn sie in Kraft tritt. Mit der Rückbewirkung einer Leistungspflicht können prinzipiell alle an ihre Verletzung anknüpfenden Rechtsfolgen rückbewirkt werden, sofern nicht nur die dafür notwendigen äußeren, sondern auch inneren Tatsachen bereits in der Vergangenheit gegeben waren. Regelmäßig werden für verschuldensabhängige Rechtsfolgen (Schadensersatz, Schuldnerverzug) die nötigen inneren Tatsachen (Erkennbarkeit der Leistungspflicht) fehlen.

3. Dem Schuldner steht es frei, auf eine schwebend unwirksame Schuld schon zu leisten und damit die Erfüllung der künftig rückbewirkten Pflicht zu bezwecken i.S.d. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB. Der Gläubiger muss allerdings die Vorleistung nicht annehmen. Nimmt er sie an, wird damit nicht der Vertrag in Vollzug gesetzt. Erst mit Eintritt des rückwirkenden Ereignisses entfalten die in Erwartung des Wirksamwerdens des Vertrags vorgenommenen Handlungen ihre vorgesehene Wirkung. Es kann dann rückwirkend zum Gefahrübergang, aber etwa nicht zum Verjährungsbeginn kommen.

4. Nimmt ein Gläubiger eine angebotene Vorleistung nicht an, gerät er mit rückwirkendem Wirksamwerden der Leistungspflicht nicht rückwirkend in Annahmeverzug. Die Rückwirkung kann zwar zwischenzeitlichen Rechtsgestaltungen und -ausübungen die Grundlage entziehen, ohne dass sie ihrerseits korrigiert werden können. Es ist indes treuwidrig, sich – für die Zeit bis zum rückwirkenden Ereignis – auf den rückwirkenden Wegfall einer Rechtslage zu berufen, von der man zunächst einvernehmlich ausging. Eine zunächst berechnete Annahmeverweigerung des Gläubigers kann deshalb frühestens von dem Eintritt des rückwirkenden Ereignisses an Annahmeverzug begründen. Gleiches gilt, wenn für eine erforderliche Mitwirkungshandlung des Gläubigers eine Zeit nach dem Kalender bestimmt war, die in den Schwebezeitraum fiel und der Gläubiger nicht vorgenommen hat.

5. Die Leistungstreuepflicht fordert von den Parteien eines noch schwebend unwirksamen Vertrags, alles zu unterlassen, was das Interesse der anderen Vertragspartei an der Durchführung des Vertrages beeinträchtigen könnte, und alles zu tun, was notwendig ist, um die Erfüllung der vertraglich übernommenen Verpflichtung – sofern sie wirksam wird – sicherzustellen. Die Leistungstreue verlangt prinzipiell keine Vorleistung auf eine noch unwirksame Pflicht, doch läuft Leistungstreue gegenüber potentiell rückbewirkten Unterlassungspflichten auf deren faktische Vorwegnahme hinaus.

Außerdem müssen die Parteien eines schwebend unwirksamen Vertrages auf dessen Wirksamwerden hinwirken, was aber die Genehmigungsfreiheit einer unwirksam vertretenen Vertragspartei prinzipiell unberührt lässt.