

MARCEL DJUREIN

Schwebende  
Unwirksamkeit

*Studien zum Privatrecht*



**Mohr Siebeck**

Studien zum Privatrecht

Band 100





Marcel Djurein

# Schwebende Unwirksamkeit

Mohr Siebeck

*Marcel Djurein*, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Bochum; 2014 Erstes Juristisches Staatsexamen; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsche und europäische Privatrechtsgeschichte der Universität Bochum; seit 2020 Rechtsreferendar am Landgericht Bochum; 2021 Promotion.

ISBN 978-3-16-160650-2 / eISBN 978-3-16-160651-9  
DOI 10.1628/978-3-16-160651-9

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

*Meiner Familie*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/21 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand April 2021.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem Doktorvater und akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Arndt Kiehnlé, der mir bei der Erstellung dieser Arbeit und darüber hinaus jederzeit mit Rat und Tat zur Seite stand und mir an seinem Lehrstuhl bis zum heutigen Tag ein akademisches Zuhause bot.

Herr Prof. Dr. Martin Zimmermann hat für die Gewährleistung einer zügigen Zweitbegutachtung sogar seinen Weihnachtsurlaub verkürzt. Vielen Dank!

Weiterhin bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Bernd Schildt, der mich vor elf Jahren als studentische Hilfskraft an seinem Lehrstuhl aufgenommen und erstmals den Wunsch in mir geweckt hat, eine Dissertation schreiben zu wollen.

Bedanken möchte ich mich auch bei allen Mitarbeitern der Lehrstühle Kiehnlé und Schildt, die mich in jeder Phase meines universitären Lebens unterstützt haben. Besonderer Dank gilt dabei Frau Lena Hartjes, die an der Korrektur der kleinen und großen sprachlichen Fehler dieser Arbeit mitgewirkt hat.

Der größte Dank gebührt meiner Frau, Frau Dr. Angela Djurein, die wie für alle Fragen in meinem Leben auch bei meiner Dissertation immer meine erste Ansprechpartnerin war. Ohne ihr stetiges Vertrauen und ihren unaufhörlichen Zuspruch wäre mir die Anfertigung dieser Arbeit nicht möglich gewesen. Dafür und für noch viel mehr danke ich ihr von ganzem Herzen.

Gewidmet ist dieses Buch meiner Familie, die mich von Kindesbeinen an auf jedem Schritt meines Lebensweges unterstützt hat, insbesondere meiner Mutter Sabine Walter-Djurein, die viele dieser Schritte leider nicht miterleben durfte.

Herne, im Juli 2021

Marcel Djurein



# Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Einleitung.....	1
1. Kapitel: Der Begriff der Schweben.....	3
I.    Im Alltagssprachgebrauch.....	3
II.   Im Rechtssinne.....	3
2. Kapitel: Schwebende Unwirksamkeit.....	25
I.    Definition.....	25
II.   Ergänzung weiterer Voraussetzungen.....	40
III.  Bezugsobjekte der schwebenden Unwirksamkeit.....	67
IV.  Weitere Entstehungstatbestände.....	84
V.    Die Aufhebung des Schwebezustandes.....	157
VI.  Die Rechtslage während des Schwebezustandes.....	200
Zusammenfassung und Fazit.....	259
I.    Zusammenfassung der Ergebnisse.....	259
II.   Fazit.....	261

Literaturverzeichnis.....	263
Sachregister .....	283

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
Einleitung .....	1
1. Kapitel: Der Begriff der Schwebe .....	3
I. Im Alltagssprachgebrauch.....	3
II. Im Rechtssinne.....	3
1. Definitionsversuche .....	3
2. Schäfers Auffassung von der notwendigen Rückwirkung der Schwebe .....	4
3. Die Pendenztheorie .....	6
a) Herkunft und Grundgedanke .....	6
b) Vereinbarkeit mit dem Gesetz.....	9
c) Probleme der Pendenztheorie während der Schwebezeit .....	12
aa) Abhängigkeit von einer Entscheidung über die Bedingung ..	12
bb) Pfändung der Erwerbsaussicht .....	12
cc) Übertragung der Erwerbsaussicht .....	14
dd) Ansprüche bei Beeinträchtigungen der bedingt übereigneten Sache .....	16
(1) § 823 Absatz 1 BGB.....	16
(2) § 812 Absatz 1 Satz 1 2. Alternative BGB .....	17
(3) § 1004 Absatz 1 Satz 1 BGB .....	18
(4) Verjährung.....	19
ee) Ein „die Veräußerung hinderndes Recht“ im Sinne des § 771 ZPO .....	19
d) Eignung zur Auslegung des Begriffs der Schwebe .....	21
4. Schwebe nur bei Ex-nunc-Wirkung? .....	23
5. Kein Begriff der Schwebe im Rechtssinne .....	23

2. Kapitel: Schwebende Unwirksamkeit.....	25
I. Definition .....	25
1. Rechtsfolge .....	26
2. Voraussetzungen.....	27
a) Fehlen einer Wirksamkeitsvoraussetzung .....	27
aa) Trennung von Tatbestandsmerkmalen und Wirksamkeitsvoraussetzungen .....	28
(1) Tatbestandsmerkmale .....	28
(2) Wirksamkeitsvoraussetzungen .....	29
(3) Abgrenzung .....	30
(a) Allgemeine Abgrenzungskriterien .....	31
(b) Beispiel: Eintragung in das Grundbuch .....	32
(c) Beispiel: Formerfordernisse .....	33
(d) Schlussfolgerung.....	33
bb) Fehlen einer Wirksamkeitsvoraussetzung als Grund für den Eintritt schwebender Unwirksamkeit .....	34
b) Nachholbarkeit von Wirksamkeitsvoraussetzungen.....	35
aa) Der Begriff der Rechtsbedingung .....	35
bb) Ausschluss der rechtsgeschäftlichen Bedingung.....	36
c) Zwischenergebnis .....	39
3. Ergebnis .....	40
II. Ergänzung weiterer Voraussetzungen.....	40
1. Notwendigkeit einer weiteren Eingrenzung.....	40
2. Herleitung .....	41
a) Methodisches Vorgehen .....	41
b) Die Hauptfälle der schwebenden Unwirksamkeit .....	42
aa) Aufzählungen in der Literatur.....	42
bb) Auswertung .....	44
cc) Konkrete Bestimmung der Normen .....	44
(1) § 108 Absatz 1 BGB.....	44
(2) § 177 Absatz 1 BGB.....	45
(3) § 1829 Absatz 1 Satz 1 oder 2 BGB? .....	45
(a) Problemstellung .....	45
(b) Der Rechtscharakter der Genehmigung in § 1829 Absatz 1 Satz 1 BGB .....	46
(c) Zwischenergebnis .....	49
dd) Erfüllung der Voraussetzungen der schwebenden Unwirksamkeit.....	49
ee) Ergebnis .....	49
c) Vergleichende Analyse.....	50

aa)	Zweck der Vorschriften .....	50
	(1) § 108 Absatz 1 BGB.....	50
	(2) § 177 Absatz 1 BGB.....	51
	(3) § 1829 Absatz 1 Satz 1 BGB .....	53
	(4) Zwischenergebnis .....	54
bb)	Schutz der anderen Vertragspartei .....	55
	(1) Das Schutzsystem.....	55
	(2) Übertragbarkeit im Wege der Analogie.....	58
cc)	Entscheidungsmittel .....	62
	(1) Genehmigung als typisches Entscheidungsmittel.....	62
	(2) Die Mitteilung im Rahmen des § 1829 Absatz 1 BGB....	63
	(3) Anforderungen an Entscheidungsmittel .....	64
	(4) Zwischenergebnis .....	66
3.	Ergebnis .....	67
III.	Bezugsobjekte der schwebenden Unwirksamkeit .....	67
1.	Willenserklärung oder Rechtsgeschäft? .....	67
2.	Einzelne Rechtsgeschäfte.....	69
a)	Verträge .....	69
b)	Einseitige Rechtsgeschäfte .....	69
c)	Beschlüsse und Stimmen .....	73
aa)	Schwebende Unwirksamkeit von Beschlüssen .....	73
	(1) Aufgrund gesellschaftsrechtlicher Spezialvorschriften ...	74
	(2) Aufgrund allgemeiner Vorschriften.....	75
	(3) Aufgrund schwebend unwirksamer Stimmen.....	76
bb)	Schwebende Unwirksamkeit von Stimmen.....	77
IV.	Weitere Entstehungstatbestände .....	84
1.	Eingrenzung der zu untersuchenden Fälle .....	84
2.	Vorgehensweise .....	87
3.	Analyse einzelner Entstehungstatbestände.....	88
a)	§ 1366 Absatz 1 BGB .....	88
aa)	Ausstehen einer Rechtsbedingung .....	89
bb)	Zweck.....	90
cc)	Schutz des anderen Teils.....	94
dd)	Entscheidungsmittel .....	96
ee)	Ergebnis .....	97
b)	§ 185 Absatz 2 Satz 1 BGB .....	98
aa)	§ 185 Absatz 2 Satz 1 1. Variante BGB .....	98
	(1) Ausstehen einer Rechtsbedingung.....	98
	(2) Zweck.....	99
	(3) Schutz des anderen Teils .....	101

(4) Entscheidungsmittel .....	104
(5) Ergebnis.....	104
bb) § 185 Absatz 2 Satz 1 2. und 3. Variante BGB .....	106
(1) Ausstehen einer Rechtsbedingung .....	106
(2) Zweck.....	107
(a) Erwerbsfall.....	107
(b) Beerbungsfall.....	108
(c) Zwischenergebnis .....	111
(3) Schutz des anderen Teils .....	113
(4) Entscheidungsmittel .....	113
(5) Ergebnis.....	114
c) § 451 Absatz 1 Satz 1 BGB .....	115
aa) Ausstehen einer Rechtsbedingung .....	115
bb) Zweck.....	116
cc) Schutz des anderen Teils.....	117
dd) Entscheidungsmittel .....	118
ee) Ergebnis .....	118
d) Fehlen der Eintragung gemäß § 873 BGB.....	119
aa) Ausstehen einer Rechtsbedingung .....	119
bb) Ergebnis .....	124
e) Heilbarkeit eines fehlenden Formerfordernisses .....	125
aa) Ausstehen einer Rechtsbedingung .....	125
(1) Die Form als Wirksamkeitsvoraussetzung .....	125
(2) Die Erfüllung als Rechtsbedingung.....	128
bb) Zweck.....	133
(1) § 311b Absatz 1 Satz 2 BGB .....	134
(2) § 518 Absatz 2 BGB.....	137
(3) § 766 Satz 3 BGB .....	137
(4) Ergebnis.....	138
cc) Schutz des anderen Teils.....	139
dd) Entscheidungsmittel .....	141
ee) Ergebnis .....	141
f) Fehlen einer behördlichen Genehmigung .....	142
aa) Ausstehen einer Rechtsbedingung .....	144
bb) Zweck.....	147
cc) Schutz des anderen Teils.....	150
dd) Entscheidungsmittel.....	155
ee) Ergebnis .....	156
V. Die Aufhebung des Schwebezustandes.....	157
1. Eintritt der Rechtsbedingung .....	157
2. Konvaleszenz.....	158

a) Der Begriff der Konvaleszenz .....	158
b) Auflösung der Zugewinnngemeinschaft.....	160
aa) Durch Scheidung.....	160
bb) Durch Tod des vertragschließenden Ehegatten .....	162
cc) Durch Tod des zustimmungsberechtigten Ehegatten .....	163
dd) Durch gleichzeitigen Tod beider Ehegatten .....	165
ee) Durch Wechsel des Güterstandes.....	166
c) Aufhebung der gesetzlichen Regelung .....	168
d) § 110 BGB.....	169
3. Ausfall der Rechtsbedingung .....	175
a) Verweigerung der Genehmigung.....	175
aa) Wirkung der Verweigerung.....	177
bb) Fortbestehen des Schwebezustandes trotz Ausfalls der Rechtsbedingung? .....	180
cc) Wiederaufleben des Schwebezustandes .....	185
(1) Durch Aufhebung der Verweigerung .....	186
(2) Aufgrund gerichtlicher Ersetzungsbefugnis .....	188
b) Mitteilung der gerichtlichen Genehmungsverweigerung .....	189
c) Mitteilung, von der gerichtlich erteilten Genehmigung keinen Gebrauch zu machen .....	190
d) Ablauf der Frist nach Aufforderung .....	191
e) Zeitablauf/Verwirkung .....	193
4. Widerruf.....	194
5. Aufhebungsvertrag.....	196
6. Ablauf der im Angebot bestimmten Frist zur Annahme .....	197
7. Sonstiger Wegfall des Hauptgeschäfts.....	200
 VI. Die Rechtslage während des Schwebezustandes .....	200
1. Bindungswirkung .....	201
a) Bestehen einer Bindungswirkung .....	201
b) Gesteigerte Bindungswirkung .....	204
aa) Im Rahmen behördlicher Genehmigungserfordernisse .....	205
bb) Im Rahmen privatrechtlicher Rechtsbedingungen .....	206
(1) Keine Notwendigkeit einer gesteigerten Bindungswirkung .....	206
(2) Mangelnde Vereinbarkeit mit den Schutzrechten des anderen Teils .....	208
(3) Unanwendbarkeit in den einzelnen Konstellationen .....	209
cc) Ergebnis .....	211
2. Erfüllungsansprüche .....	212
3. Einzelprobleme .....	213
a) Anspruch auf Nacherfüllung.....	213

b) Ansprüche aus allgemeinem Leistungsstörungenrecht.....	218
aa) Schadensersatzansprüche .....	218
(1) Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Absatz 1 BGB.....	218
(2) Ansprüche wegen der Verletzung einer Leistungspflicht .....	219
(3) Ansprüche wegen der Verletzung von Nebenpflichten .....	221
(4) Insbesondere: Mangelfolgeschäden.....	223
bb) Rücktritt .....	225
cc) Annahmeverzug .....	227
c) Vormerkung.....	229
aa) Der Begriff der „künftigen Ansprüche“ im Sinne des § 883 Absatz 1 Satz 2 BGB.....	229
(1) Notwendigkeit einer Einschränkung .....	230
(2) Konkrete Umsetzung .....	230
bb) Die Behandlung von Ansprüchen aus schwebend unwirksamen Verträgen .....	232
(1) Auswirkungen der herrschenden Meinung .....	232
(2) Ansprüche aus schwebend unwirksamen Verträgen als „bedingte Ansprüche“? .....	234
(3) Anwendbarkeit der Gründe für die Einschränkung künftiger Ansprüche auf solche aus schwebend unwirksamen Verträgen?.....	234
(a) Überlastung des Grundbuchs .....	235
(b) Benachteiligung der Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren .....	235
(4) Ergebnis.....	238
d) Recht zum Besitz.....	239
aa) Konzentration der herrschenden Meinung auf behördliche Genehmigungen .....	239
bb) Vereinbarung eines Besitzrechts bei beidseitiger Kenntnis des Schwebezustandes .....	240
cc) Bestehen eines Rechts zum Besitz auch ohne Kenntnis der Parteien .....	241
(1) Keine Abhängigkeit des Besitzrechts von einem Erfüllungsanspruch.....	242
(2) Maßgeblichkeit des schwebend unwirksamen Vertragstatbestandes.....	243
(3) Praktische Erwägungen .....	244
e) Rechtsgrund .....	245
aa) Die herrschende Meinung .....	245
(1) Überwiegend Beschränkung auf Leistung in Unkenntnis des Schwebezustandes .....	246
(2) Lösung bei beidseitiger Kenntnis des	

Schwebezustandes .....	247
(3) Behandlung einseitiger Kenntnis des Leistenden .....	247
bb) Unabhängigkeit von der Kenntnis des Schwebezustandes..	248
(1) Kein Erfordernis eines Anspruchs für das Bestehen eines Rechtsgrundes .....	249
(2) Behördliche Genehmigungserfordernisse.....	251
(3) Problem der Beweislast bei einem Abstellen auf die Kenntnis.....	251
(4) Verjährung.....	252
(5) Rechtssicherheit.....	255
cc) Ergebnis .....	256
Zusammenfassung und Fazit .....	259
I. Zusammenfassung der Ergebnisse .....	259
II. Fazit .....	261
Literaturverzeichnis.....	263
Sachregister.....	283



## Einleitung

Um als Student<sup>1</sup> der Rechtswissenschaften mit dem Rechtsbegriff der schwebenden Unwirksamkeit in Kontakt zu kommen, muss man kaum mehr als das erste Semester hinter sich gebracht haben. Bereits bei der Behandlung des Minderjährigenrechts im Rahmen des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches begegnet dem angehenden Juristen dieser Ausdruck. Als Konsequenz dessen ist zumindest eine ungefähre Vorstellung davon, was unter schwebender Unwirksamkeit zu verstehen ist, unter Juristen weit verbreitet. Kann ein Rechtszustand, der so hinlänglich bekannt ist und als Terminus bereits vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches existierte,<sup>2</sup> in so allgemeiner Form Gegenstand einer Dissertation sein?

Befasst man sich eingehender mit der Thematik der schwebenden Unwirksamkeit, fällt zunächst auf, dass bei der Verwendung des Begriffs meist völlig darauf verzichtet wird, diesen zu definieren. Die geschilderte verbreitete Kenntnis des Ausdrucks führt wohl dazu, dass dieser als bekannt vorausgesetzt, eine Definition daher als überflüssig erachtet wird. Das birgt die Gefahr einer Verwässerung des Begriffs, der weniger als Gattungsbezeichnung für eine Mehrzahl unterschiedlicher, im Kern aber vergleichbarer Fälle, sondern mehr als bloße Beschreibung für einen auch außerhalb dieser Fälle auftretenden Zustand rechtlicher Ungewissheit verwendet zu werden droht. Erstes Ziel dieser Arbeit soll daher sein, durch die Beleuchtung der dogmatischen Grundlagen zu einer Definition der schwebenden Unwirksamkeit zu gelangen.

Des Weiteren fördert eine Betrachtung der Literatur zu Tage, dass die einzelnen, die schwebende Unwirksamkeit anordnenden Normen bis heute nicht im Rahmen einer wissenschaftlichen Arbeit einander vergleichend gegenübergestellt wurden. Ein solcher Vergleich mag aufgrund der Vielzahl der möglichen Entstehungstatbestände und ihrer Verstreuung über verschiedenste Ge-

---

<sup>1</sup> Zur Gewährleistung der besseren Lesbarkeit soll hier und im Folgenden auf die Verwendung geschlechtergerechter Sprache verzichtet werden. Soweit für Personen-, Berufs- oder Gruppenbezeichnungen die männliche Form verwendet wird, ist diese geschlechtsunabhängig zu verstehen.

<sup>2</sup> Zuerst wohl *Planck*, in: *Planck*, 1. Auflage, Vor § 104 Anm. VII 3; später auch *Crome*, System des BGB, Bd. 1, 351. Ähnliche Formulierungen finden sich bereits zuvor, etwa bei *Schliemann*, der den Begriff „schwebende Nullität“ gebraucht (Lehre vom Zwange, 137).

setze und Rechtsgebiete mühevoll erscheinen, ist aber gerade deshalb lohnenswert. Ließen sich trotz der Verschiedenheit der einzelnen Konstellationen Gemeinsamkeiten finden, läge es nahe, dass es sich bei diesen um wesensprägende Merkmale der schwebenden Unwirksamkeit handelt, die für eine weitere Eingrenzung der in Betracht kommenden Fälle herangezogen werden können. Die bisher versäumte vergleichende Analyse soll an dieser Stelle nachgeholt und ihre Ergebnisse sollen für die Untersuchung weiterer potentieller Entstehungstatbestände der schwebenden Unwirksamkeit genutzt werden.

Schließlich stehen in der juristischen Literatur zumeist Fragestellungen im Vordergrund, die sich mit der Entstehung oder Beendigung schwebender Unwirksamkeit befassen. Das mag seinen Grund darin haben, dass diese Fragen bis zu einem gewissen Grad durch das Bürgerliche Gesetzbuch geregelt werden und somit Eingang in die meisten Kommentierungen finden. Über die Rechtslage während der schwebenden Unwirksamkeit schweigt sich das Gesetz hingegen weitgehend aus. Das erstaunt, da im Sinne der Rechtssicherheit, die sonst als eines der tragenden Prinzipien der Rechtsordnung besonders hochgehalten wird, für die Parteien klar erkennbar sein sollte, zu welchem Zeitpunkt für sie welche Rechte und Pflichten bestehen.

In Rechtsprechung und Literatur finden sich hierzu nur vereinzelte Darstellungen, die allerdings selten in die Tiefe gehen. Häufig wird bloß darauf verwiesen, dass das Geschäft während des Schwebezustandes unwirksam sei, die Rechtsfolgen der schwebenden Unwirksamkeit sich somit, abgesehen von einer bestehenden Bindung der Parteien an das Geschäft und der Möglichkeit des rückwirkenden Wirksamwerdens, nicht von denen der Unwirksamkeit unterscheiden.<sup>3</sup> An einer zusammenhängenden, über die Besprechung einzelner Probleme hinausgehenden Analyse der Rechtslage während der schwebenden Unwirksamkeit fehlt es völlig. Hier möchte diese Arbeit ansetzen und so einen Beitrag zum besseren Verständnis der rechtlichen Situation während der Schwebezeit leisten.

Bevor jedoch im Einzelnen auf den Rechtszustand der schwebenden Unwirksamkeit eingegangen wird, soll sich ein einleitender Teil mit der Frage befassen, welche Bedeutung der Tatsache zukommt, dass es sich bei schwebender Unwirksamkeit um einen Schwebezustand handelt. Was bedeutet es, dass sich etwas „in der Schwebelage“ befindet und zieht der Gebrauch des Begriffs in der Rechtssprache gewisse Folgen notwendigerweise nach sich?

---

<sup>3</sup> Vgl. *Böttcher*, ZRP 2010, 27; *Ellenberger*, in: Palandt, Überbl v § 104 Rn. 31; *Müller*, in: Erman, Einl vor § 104 Rn. 35; *Spickhoff*, in: MüKo-BGB, § 108 Rn. 4; *Schubert*, in: MüKo-BGB, § 177 Rn. 20. Explizit dafür, dass es sich bei schwebender Unwirksamkeit nicht um einen Zustand zwischen Wirksamkeit und Unwirksamkeit handele *Kunz/Baldus*, in: NK-BGB, § 108 Rn. 2; *Kroppenberg*, WM 2001, 844, 851 a. E.; *Schulze*, Naturalobligation, 493.

## 1. Kapitel

# Der Begriff der Schweben

Vorab soll daher geklärt werden, was überhaupt unter dem Begriff der „Schweben“ – sowohl im Alltagssprachgebrauch als auch im Rechtssinne – zu verstehen ist.

## I. Im Alltagssprachgebrauch

Im alltäglichen Sprachgebrauch bedeutet Schweben, dass etwas „unentschieden“<sup>1</sup> ist, wobei sich die Verwendung auf wenige Redensarten beschränkt.<sup>2</sup>

Gebräuchlicher ist das Verb „schweben“. Dieses kann, neben seiner eigentlichen Bedeutung „langsam fliegen“ oder „frei hängen“, auch ausdrücken, dass etwas noch nicht abgeschlossen beziehungsweise im Gange ist.<sup>3</sup> Auch die Interpretation „sich zwischen zwei Möglichkeiten befinden“, welche besonders gut zur Beschreibung juristischer Schwebezustände geeignet erscheint, ist denkbar.<sup>4</sup>

## II. Im Rechtssinne

Zu fragen ist nun danach, ob dem Begriff der Schweben im rechtlichen Sinne eine gegenüber seinem Alltagssprachgebrauch präzisere Bedeutung zukommt.

### *1. Definitionsversuche*

Bereits in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch taucht der Begriff des Schwebezustandes an mehreren Stellen auf, etwa in Bezug auf die Situation des ohne Einwilligung durch einen Minderjährigen geschlossenen Vertrages<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Mackensen, Deutsches Wörterbuch, 952; Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 1326.

<sup>2</sup> Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 1326.

<sup>3</sup> Duden, Bedeutungswörterbuch, 837; Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 1326.

<sup>4</sup> Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 1326.

<sup>5</sup> Mugdan, Materialien Bd. 1, 426.

oder im Rahmen der aufschiebenden Bedingung,<sup>6</sup> ohne dass er präzisiert würde.

Auch in der Folgezeit sind Definitionsversuche in der Literatur eher die Ausnahme und tragen nicht zu einem besseren Verständnis des Begriffs der Schwebe im Rechtssinne bei. *Windscheid/Kipp* möchten nur dann von einem Schwebezustand sprechen, wenn die nachträgliche Vernichtung des Rechtsgeschäfts eine nicht fernliegende beziehungsweise die Genehmigung eine naheliegende Möglichkeit sei.<sup>7</sup> Ist aber eine von zwei Alternativen nahezu ausgeschlossen, kann auch nicht die Rede davon sein, dass etwas „unentschieden“ ist. *Von Tuhr* bezeichnet Schwebe als „Zustand objektiver Ungewißheit“<sup>8</sup>, womit er lediglich eine Umschreibung liefert, an die keine Voraussetzungen oder Rechtsfolgen geknüpft sind. *Fitting* versucht sich nicht an einer Definition von Schwebe, spricht aber davon, dass bei allen Fällen der Rückziehung ein „Zustand der Schwebe, der Ungewißheit, des Zweifels“<sup>9</sup> vorläge, worin sich zeigt, dass er letztere Begriffe als Synonyme begreift. Ähnlich geht *Hetzell* vor, der einen Zustand beschreibt, der „das Merkmal der Ungeklärtheit, der Vorläufigkeit, der ‚Schwebe‘“ in sich trage.<sup>10</sup>

## 2. Schäfers Auffassung von der notwendigen Rückwirkung der Schwebe

Anders fasst dagegen *Schäfer* den Begriff der Schwebe auf.<sup>11</sup> Seine alltags-sprachliche Definition der Schwebe als „aktuelle oder zu einem bestimmten Beurteilungszeitpunkt gegebene Ungewissheit über einen bestimmten gegenwärtigen oder künftigen Zustand“<sup>12</sup> will er im Rechtsgebrauch dahingehend modifizieren, dass nur dann von einem Schwebezustand die Rede sein könne, wenn dem den Schwebezustand beendenden Ereignis rückwirkende Kraft zukomme, das Geschäft nach Eintritt des Ereignisses also entweder von Anfang an wirksam oder von Anfang an unwirksam war.<sup>13</sup> Das hat zur Folge, dass nach seinem Verständnis von Schwebe die Parteien während der Schwebephase die aktuelle Rechtslage nicht kennen können.<sup>14</sup>

---

<sup>6</sup> *Mugdan*, Materialien Bd. 1, 494.

<sup>7</sup> *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht, Band 1, 368 f., wobei aufgrund der rückwirkenden Kraft der Genehmigung im Rahmen der §§ 108, 177, 185, 415 BGB immer von einem Schwebezustand die Rede sein soll.

<sup>8</sup> *von Tuhr*, AT, 2. Band 1. Hälfte, 19 f.

<sup>9</sup> *Fitting*, Rückziehung, 19.

<sup>10</sup> *Hetzell*, Schwebende Ungültigkeit, 33.

<sup>11</sup> *Schäfer*, Jura 2004, 793.

<sup>12</sup> *Schäfer*, Jura 2004, 793.

<sup>13</sup> *Schäfer*, Jura 2004, 793, 794.

<sup>14</sup> *Schäfer*, Jura 2004, 793, 794.

*Schäfer* gelangt zu diesem Ergebnis über eine Betrachtung der schwebenden Unwirksamkeit, bei der in § 184 Absatz 1 BGB die Rückwirkung einer erteilten Genehmigung angeordnet wird.<sup>15</sup> Dieses überträgt er auf die von ihm zu untersuchende schwebende Wirksamkeit, welche er als Gegenbegriff zur schwebenden Unwirksamkeit auffasst.<sup>16</sup>

Dieses Verhältnis der beiden Begriffe zueinander wird von *Schäfer* jedoch nicht näher begründet. Allein aus der Gleichartigkeit der beiden Bezeichnungen kann nicht die Konsequenz gezogen werden, dass Rechtsfolgen des einen Rechtsinstituts auf das andere übertragen werden können, insbesondere, da beide Begriffe dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd sind.<sup>17</sup> Des Weiteren ist es nicht die schwebende Unwirksamkeit, die durch das Gesetz mit rückwirkender Kraft ausgestattet wird, sondern die Genehmigung. Eine solche ist bei der schwebenden Wirksamkeit jedoch gerade nicht erforderlich.

Die grundsätzliche Rückwirkung der Genehmigung wird darüber hinaus vom Gesetz selbst wieder eingeschränkt. Eine Rückwirkung wird der Genehmigung nur dann zuerkannt, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist“. Damit sind neben den im Gesetz angelegten Rückwirkungsausschlüssen<sup>18</sup> auch dahingehende Parteivereinbarungen gemeint, die aufgrund des dispositiven Charakters des § 184 Absatz 1 BGB zulässig sind.<sup>19</sup> Soll man also nur dann von einem Schwebezustand sprechen können, wenn keine Ausnahme vom Rückwirkungsgrundsatz beziehungsweise keine entgegenstehende Parteivereinbarung vorliegt?

*Schäfer* definiert den Begriff der Schweben zudem nur anhand von schwebender Wirksamkeit und schwebender Unwirksamkeit. Weitere mögliche Schwebezustände schließt er nicht mit in seine Betrachtung ein, wodurch seine Definition der Schweben keine Allgemeingültigkeit für sich beanspruchen kann.

Dabei erscheint insbesondere eine Einbeziehung des Bedingungsrechts bei der Untersuchung des Begriffs der Schweben als unerlässlich, denn in den §§ 160, 161 BGB spricht das Gesetz explizit von einer „Schwebenzeit“.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> *Schäfer*, Jura 2004, 793, 794.

<sup>16</sup> *Schäfer*, Jura 2004, 793, 794.

<sup>17</sup> Außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches findet sich die Formulierung „schwebend unwirksam“ in § 15 Absatz 3 Satz 1 Außenwirtschaftsgesetz sowie in § 56 Absatz 7 Satz 3 der Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern.

<sup>18</sup> Siehe hierzu nur *Regenfus*, in: BeckOGK-BGB, § 184 Rn. 65 ff. (Stand: 01.04.2021) mit weiteren Nachweisen.

<sup>19</sup> BGHZ 108, 380, 384; *Bayreuther*, in: MüKo-BGB, § 184 Rn. 28; *Klumpp*, in: Staudinger, § 184 Rn. 84; *Regenfus*, in: BeckOGK-BGB, § 184 Rn. 91 (Stand: 01.04.2021).

<sup>20</sup> Dass der Gesetzgeber die Formulierung „Schwebenzeit“ eng mit dem Bedingungsrecht verknüpft, zeigt sich auch daran, dass der Begriff ansonsten nur in der amtlichen Überschrift des § 2179 BGB, der auf das Bedingungsrecht verweist, sowie in § 120 Absatz 2 ZVG, der sich mit der Rechtslage während der Hinterlegung von im Rahmen der Zwangsvollstreckung

### 3. Die Pendenztheorie

Entgegen der heute ganz herrschenden Meinung<sup>21</sup> gibt es auch im Rahmen des Bedingungsrechts eine Strömung, die im Falle des Bedingungseintritts den Schwebezustand rückwirkend auf den Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses beenden möchte. Noch bis zum Ende des 19. Jahrhunderts war die Frage nach der Rückwirkung des Bedingungseintritts Gegenstand heftiger Diskussionen.<sup>22</sup> Erst mit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches, das dem Eintritt der Bedingung nur eine Wirkung ex nunc zuspricht, wurde diese Streitfrage entschieden.<sup>23</sup>

In jüngerer Zeit wurde die Lehre von der Rückwirkung der Bedingung unter dem Begriff „Pendenztheorie“ auch für das geltende Recht wieder aufgegriffen.<sup>24</sup>

#### a) Herkunft und Grundgedanke

Die Pendenztheorie ist keine neue Erfindung, sondern hat einen historischen Vorläufer, dessen Grundlage die von *Fitting*<sup>25</sup> begründete Rückziehungslehre ist.<sup>26</sup> Diese wendet sich gegen den Fiktionscharakter der Rückwirkung und lehnt die Betrachtungsweise, bei Bedingungseintritt werde das Geschäft so behandelt, als sei es bereits im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses wirksam gewesen, ab.<sup>27</sup> Vielmehr solle das bedingte Geschäft im Falle des Bedingungseintritts bereits deshalb vom Abschluss des Geschäfts an wirken, weil bereits zu diesem Zeitpunkt feststehe, ob die Bedingung eintreten werde oder nicht.<sup>28</sup>

---

erlangtem Geld zur Befriedigung eines aufschiebend bedingten Anspruchs befasst, verwendet wird. Zur Frage, ob die rechtsgeschäftlich vereinbarte Bedingung einen Zustand schwebender Unwirksamkeit hervorrufen kann, siehe unten S. 36 ff.

<sup>21</sup> Für eine Ex-nunc-Wirkung des Bedingungseintritts siehe nur RGZ 58, 367, 371; BGHZ 10, 69, 72; BGHZ 138, 195, 202 f. (wo diese Auffassung als „soweit ersichtlich [...] unbestritten“ bezeichnet wird); *Bork*, in: Staudinger, § 158 Rn. 3, 20; *Rövekamp*, in: BeckOK-BGB, § 158 Rn. 29, 33 (Stand: 01.02.2021); *Wackerbarth*, in: NK-BGB, § 158 Rn. 56, 64.

<sup>22</sup> *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht, Band 1, 405 Fn. 1; eingehend *Schiemann*, Pendenz.

<sup>23</sup> *Mugdan*, Materialien Bd. 1, 492.

<sup>24</sup> *Eichenhofer*, AcP 185, 162; *Armgarth*, AcP 206, 654.

<sup>25</sup> *Fitting* gibt an, bei der Entwicklung seiner Lehre die ähnliche, bereits zuvor von *Leibniz* vertretene Auffassung nicht gekannt zu haben (AcP 39, 305, 306). Siehe zu *Leibniz'* Lehre *Bergmann*, FS Reuter, 17, 32 ff., der beide als gleichberechtigte Begründer der Rückziehungslehre betrachtet.

<sup>26</sup> *Schiemann*, Pendenz, 139, 150; *Bergmann*, FS Reuter, 17, 32 ff.; *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, 235 f. Hingegen bezeichnet *Blomeyer* (Studien zur Bedingungslehre, 8) *Fitting* als Vertreter der Pendenztheorie.

<sup>27</sup> *Fitting*, Rückziehung, 2 f., der den Begriff Rückziehung hier noch gleichbedeutend mit Rückwirkung verwendet.

<sup>28</sup> *Fitting*, Rückziehung, 6.

Der Bedingungseintritt begründe nicht die Wirkungen des bedingt geschlossenen Rechtsgeschäfts, er liefere lediglich den Erkenntnisgrund.<sup>29</sup> Auf Basis dieses Grundgedankens entwickelt schließlich *Enneccerus*<sup>30</sup> die Pendenztheorie.<sup>31</sup>

In neuerer Zeit wurde die Bezeichnung Pendenztheorie zunächst von *Eichenhofer* wiederaufgegriffen. Er deutet die Pendenztheorie allerdings dahingehend, dass nach ihr ein unter einer Bedingung abgeschlossenes Rechtsgeschäft rückwirkend Wirksamkeit erlange, wenn und soweit die Bedingung eintrete.<sup>32</sup> Die sich in der Folge mit *Eichenhofer* auseinandersetzende Literatur übernimmt fast ausnahmslos dessen Definition und verkennt damit den wahren dogmatischen Kern der Pendenztheorie.<sup>33</sup> Dabei hat *Schiemann* bereits 1973 in seiner Arbeit über die Rückwirkung der Bedingung dargelegt, dass es sich bei der Pendenztheorie um eine Form der Rückziehungstheorie handelt.<sup>34</sup>

*Armgaradt*, der sich als Einziger *Eichenhofer* hinsichtlich der Anwendbarkeit der Pendenztheorie de lege lata anschließt, verweist zwar auf *Schiemann* und bezeichnet die Pendenztheorie als eine „Spielart“ der Lehre von der dinglichen Rückwirkung der Bedingung.<sup>35</sup> Auch er legt aber nicht dar, inwieweit sich die Rückwirkungslehre von der Rückziehungs- beziehungsweise Pendenztheorie

---

<sup>29</sup> *Fitting*, Rückziehung, 118.

<sup>30</sup> Als Begründer der Pendenztheorie wird *Enneccerus* angeführt bei *Schiemann*, Pendenz, 139; *Bergmann*, FS Reuter, 17, 34.

<sup>31</sup> *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, 249 ff., 335 ff., 379 ff.

<sup>32</sup> *Eichenhofer*, AcP 185, 162, 165.

<sup>33</sup> *Reymann*, in: BeckOGK-BGB, § 159 Rn. 5 (Stand: 01.03.2021): „Kernaussage, dass [...] Bedingungen dinglich [...] zurückwirken“; noch deutlicher in: BeckOGK-BGB, § 161 Rn. 17.2 (Stand: 01.03.2021): „Pendenztheorie [...], die von einer allgemeinen dinglichen Rückwirkung der Bedingung ausgeht“; auch *Westermann*, in: MüKo-BGB, § 158 Rn. 7: „die Pendenztheorie [...], die das aufschiebend bedingte Geschäft als auf den Abschlusszeitpunkt rückwirkend gültig behandelt, wenn die Bedingung eintritt“; *Oechsler*, in: MüKo-BGB, § 929 Rn. 17: „Nach der sog. Pendenztheorie [...] lassen sich alle systematischen Lücken schließen, wenn die Verfügung bei Bedingungseintritt [...] rückwirkend auf den Zeitpunkt der Einigung bezogen wirksam werde“; *Klinck*, in: BeckOGK-BGB, § 929 Rn. 160.1 (Stand: 01.01.2021): „wenn man dem Eigentumserwerb des Vorbehaltskäufers mit der Pendenztheorie dingliche Rückwirkung zuschreibt“; *Wackerbarth*, in: NK-BGB, § 158 Rn. 56: „die ein rückwirkendes Wirksamwerden des bedingten Geschäfts annimmt“; *Hofmann*, Immaterialgüterrechtliche Anwartschaftsrechte, 95: „soll die Verfügung des Vorbehaltskäufers über das Eigentum mit Bedingungseintritt [...] rückwirkend konvalleszieren“; *Rinke*, Kausalabhängigkeit, 55: „bei Eintritt der Bedingung [...] auf den Abschlusszeitpunkt rückwirkend wirksam“; *Wolf*, Sachenrecht, 23. Auflage, Rn. 679: „dingliche Rückwirkung des Eigentumsübergangs“; *Hoffmann*, JuS 2016, 289, 293: „Es genüge die [...] Erkenntnis, dass der Erwerb des Käufers bei Bedingungseintritt dinglich zurückwirke“. Verwirren muss dagegen die Nennung der Pendenztheorie bei *Müller-Laube*, JuS 1993, 529 Fn. 1, der in dieser wohl einen Ansatz zur Aufteilung von Handlungsbefugnissen während der Schwebezeit zwischen den Parteien eines Kaufs unter Eigentumsvorbehalt sieht.

<sup>34</sup> *Schiemann*, Pendenz, 139, 150.

<sup>35</sup> *Armgaradt*, AcP 206, 654, 656 mit Fn. 13.

unterscheidet. An anderer Stelle verzichtet er dann auch auf den Hinweis auf *Schiemann* und erklärt die Pendenztheorie mit den Worten, sie gehe von der dinglichen Rückwirkung der Bedingung aus.<sup>36</sup>

Nach *Schiemann* erkennt lediglich *Bergmann* den wahren Hintergrund der Pendenztheorie und legt den Unterschied zur Rückwirkungslehre dar.<sup>37</sup>

Die heute als Pendenztheorie bezeichnete Lehre teilt damit nicht den dogmatischen Ausgangspunkt der „klassischen“ Pendenztheorie. Wird sie heute mit der dinglichen Rückwirkung der Bedingung gleichgesetzt, verstand man früher darunter eine Lehre, die auf die Rückwirkungsfiction gerade verzichten wollte. Während bei der Ersteren der Bedingungseintritt die Rechtswirkungen auslöst, kommt ihm bei der Zweiten nur die Funktion zu, die bereits eingetretenen Wirkungen zu offenbaren.

Beiden Ansichten ist aber gemein, dass sie die Wirkungen des Rechtsgeschäfts im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses und nicht im Moment des Bedingungseintritts eintreten lassen wollen, wodurch sich hinsichtlich der erzielten Resultate keine Unterschiede ergeben.<sup>38</sup>

Eine Differenzierung ist auch nicht mehr notwendig. *Enneccerus* knüpfte seine Pendenztheorie an die Rückziehungslehre an, um dem von *Jhering* aus dem römischen Recht abgeleiteten Prinzip der Simultanität Genüge zu tun,<sup>39</sup> welches die Gleichzeitigkeit von Vornahme und Wirkungseintritt eines Rechtsgeschäfts anordnet.<sup>40</sup> Dieses Prinzip gilt heute als überwunden.<sup>41</sup> Da also kein Grund für die Unterscheidung zwischen dinglicher Rückwirkung und Rückziehung besteht, soll hier im Folgenden nicht mehr danach differenziert werden.

Nachdem Grundgedanke und Herkunft der Pendenztheorie erläutert wurden, soll nun der Frage nachgegangen werden, ob sie, trotz der bereits vorgetragenen Bedenken, als Grundlage für eine Auslegung des Begriffs „Schweben“ dienen kann, die diesem das Merkmal der Rückwirkung notwendig hinzufügt.

Zur Beantwortung dieser Frage wird zunächst die Vereinbarkeit der Pendenztheorie mit der geltenden Gesetzeslage einer kritischen Prüfung unterzogen. Erst im Anschluss soll bewertet werden, ob sich die Pendenztheorie zur Definition des Begriffs „Schweben“ eignet.

---

<sup>36</sup> *Armgardt*, JuS 2010, 486, 489.

<sup>37</sup> *Bergmann*, FS Reuter, 17, 32 ff.

<sup>38</sup> So bereits *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, 337.

<sup>39</sup> *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, 249, 335 f., 393. *Enneccerus* lehnt zwar den übergeordneten Konzentrationsgedanken *Jherings* ab, hält aber das Prinzip der Simultanität für richtig (Rechtsgeschäft, 220 f.).

<sup>40</sup> *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Dritter Theil, Erste Abtheilung, 164 ff.; *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, 219 ff.; *Bergmann*, FS Reuter, 17 ff.

<sup>41</sup> *Bergmann*, FS Reuter, 17, 18; *Oertmann*, Rechtsbedingung, 8, 20.

*b) Vereinbarkeit mit dem Gesetz*

Ob es mit dem Gesetz vereinbar ist, dem Eintritt der Bedingung rückwirkende Kraft beizumessen, erscheint von vornherein fraglich.

Bereits der Wortlaut des § 158 BGB scheint dagegen zu sprechen. Dieser ordnet den Eintritt der von der Bedingung abhängig gemachten Wirkungen mit dem Eintritt der Bedingung an, was für eine Gleichzeitigkeit von Bedingungs- und Wirkungseintritt spricht.

Auch *Armgardt* erkennt an, dass die Pendenztheorie nicht ohne Weiteres mit dem Wortlaut des § 158 BGB vereinbar ist.<sup>42</sup> Er behilft sich, indem er die im Gesetzestext verwendete Präposition „mit“ nicht temporal, sondern konditional versteht.<sup>43</sup> So solle § 158 Absatz 1 BGB nur zum Ausdruck bringen, dass ein unter einer Bedingung abgeschlossenes Geschäft nur wirksam werde, wenn die Bedingung eintrete, und keinerlei Aussage über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens treffen.<sup>44</sup>

*Eichenhofer* hingegen geht nicht auf die Vereinbarkeit der Pendenztheorie mit dem Wortlaut des § 158 BGB ein. Er verortet das Problem im Rahmen von § 159 BGB.<sup>45</sup> Die Vorschrift räumt den Parteien die Möglichkeit ein, für den Fall des Bedingungseintritts die Rechtsfolgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückzubeziehen, wobei die Rückwirkung gerade keine dingliche, sondern nur eine schuldrechtliche ist.<sup>46</sup>

Diesen Widerspruch zur dinglichen Rückwirkung der Pendenztheorie versucht *Eichenhofer* durch eine Gegenüberstellung mit § 161 BGB zu entkräften. Mit der in § 161 BGB niedergelegten Unwirksamkeit einer Zwischenverfügung bei Bedingungseintritt habe der Gesetzgeber eben doch eine dingliche Rückwirkungsanordnung in das Bedingungsrecht implementiert, wodurch sich kaum Unterschiede zu der Rechtslage ergäben, die bestünde, würde bereits der Bedingungseintritt Rückwirkung entfalten.<sup>47</sup> § 161 BGB schränke § 159 BGB wesentlich ein.<sup>48</sup> *Armgardt* interpretiert den § 161 BGB ähnlich und überträgt diese Argumentation auf das Verhältnis zu § 158 BGB.<sup>49</sup>

Die Annahmen von *Armgardt* und *Eichenhofer* zur Vereinbarkeit der Pendenztheorie mit den §§ 158, 159 BGB stoßen auf mehrere Probleme. Die Wort-

---

<sup>42</sup> *Armgardt*, AcP 206, 654, 666 f.

<sup>43</sup> *Armgardt*, AcP 206, 654, 666; *Armgardt*, JuS 2010, 486, 490 Fn. 33.

<sup>44</sup> *Armgardt*, AcP 206, 654, 666.

<sup>45</sup> *Eichenhofer*, AcP 185, 162, 192 f.

<sup>46</sup> *Rövekamp*, in: BeckOK-BGB, § 159 Rn. 6 (Stand: 01.02.2021); *Westermann*, in: MüKo-BGB, § 159 Rn. 1; *Bork*, in: Staudinger, § 159 Rn. 1; *Reymann*, in: BeckOGK-BGB, § 159 Rn. 1 (Stand: 01.03.2021); *Armbrüster*, in: Erman, § 159 Rn. 1.

<sup>47</sup> *Eichenhofer*, AcP 185, 162, 193.

<sup>48</sup> *Eichenhofer*, AcP 185, 162, 193.

<sup>49</sup> *Armgardt*, AcP 206, 654, 664 f.

lautauslegung des § 158 BGB von *Armgardt* mag noch vertretbar sein, reduziert sie den Anwendungsbereich der Vorschrift auch auf die (eigentlich selbstverständliche) Klarstellung, ein bedingtes Geschäft werde nur im Falle des Bedingungseintritts voll wirksam.

Die Rechtfertigung der Pendenztheorie unter Zuhilfenahme des § 161 BGB kann jedoch nicht überzeugen. Zutreffend ist zwar, dass § 161 BGB zum Teil so verstanden wird, dass die Vorschrift eine dinglich rückwirkende Unwirksamkeit der getroffenen Zwischenverfügung anordnet.<sup>50</sup> Vertreten wird aber auch die Annahme, die Zwischenverfügung sei von vornherein unter der auflösenden Bedingung des Eintritts der Bedingung der Erstverfügung geschlossen.<sup>51</sup> *Reymann* interpretiert den § 161 BGB so, dass dessen Absatz 1 dem Bedingungsgeschäft im Falle des späteren Eintritts der Bedingung verfügungsbeschränkende Wirkung beimesse.<sup>52</sup> Die Unwirksamkeit der Zweitverfügung beruhe nicht auf einer dinglichen Rückwirkung, sondern darauf, dass sich bei Bedingungseintritt die Erstverfügung wegen des Prioritätsgrundsatzes durchsetze.<sup>53</sup> Neben der von *Armgardt* und *Eichenhofer* zugrunde gelegten Interpretation des § 161 BGB gibt es also durchaus Lösungsansätze, die ein widerspruchsfreies Nebeneinander von § 161 BGB mit den §§ 158, 159 BGB ermöglichen.<sup>54</sup>

Aber auch bei Annahme einer dinglichen Rückwirkung des § 161 BGB könnte dieser keinen Widerspruch zu den §§ 158, 159 BGB begründen. § 161 BGB würde dann lediglich die rückwirkende Unwirksamkeit der Zwischenverfügung anordnen, die Wirkung der bedingten Erstverfügung würde weiterhin ex nunc eintreten. Nach *Jacobi* könnte „nur die Rückwirkung der Bedingung selbst [...] den § 158 BGB aus den Angeln heben.“<sup>55</sup>

Darüber hinaus stellt sich die Frage, welcher Anwendungsbereich für die genannten Normen des Bedingungsrechts unter den Pendenztheorie noch verbleiben sollte. Für § 158 BGB wurde bereits festgestellt, dass sich seine Bedeutung auf die Feststellung, zur Wirksamkeit eines bedingten Rechtsgeschäfts bedürfe es des Bedingungseintritts, reduzieren würde. § 161 BGB hingegen würde gänzlich überflüssig, da sich die rückwirkende Unwirksamkeit der Zwischenverfügung bereits unmittelbar aus der Pendenztheorie ergäbe.<sup>56</sup> Seine

---

<sup>50</sup> *Wolf*, in: Soergel, § 161 Rn. 1; *Brox*, JuS 1984, 657, 658; *Kohler*, DNotZ 1989, 339, 344.

<sup>51</sup> *Bork*, in: Staudinger, § 161 Rn. 12; *Rövekamp*, in: BeckOK-BGB, § 161 Rn. 8 (Stand: 01.02.2021).

<sup>52</sup> *Reymann*, in: BeckOGK-BGB, § 161 Rn. 2.1 (Stand: 01.03.2021).

<sup>53</sup> *Reymann*, in: BeckOGK-BGB, § 161 Rn. 2.1 (Stand: 01.03.2021).

<sup>54</sup> *Armgardt* erkennt dies auch selbst, AcP 206, 654, 665 Fn. 76.

<sup>55</sup> *Jacobi*, Rückwirkungsanordnungen, 54.

<sup>56</sup> *Armgardt* bewertet dies dahingehend, die Norm stelle aus Sicht der Pendenztheorie nur Selbstverständliches klar, AcP 206, 654, 665 a. E.

# Sachregister

## Anfechtung, 105

- der Aufforderungserklärung, 192
- der Genehmigung, 157
- der Genehmigungsverweigerung, 186
- der Mitteilung, 190
- Verfügung, 105
- der Verweigerungsfiktion, 192

## Annahmeverzug, 227 ff.

## Anwartschaftsrechtslehre, 12 ff.

## Aufforderungsrecht

- Adressat, 94 ff., 103
  - analoge Anwendbarkeit, 58 f., 62
  - bei behördlicher Genehmigung, 153
  - Frist, 59 f., 191 ff.
  - Historie, 56 f.
  - Verhältnis zum Widerrufsrecht, 194 ff.
  - Zweck, 57, 191
- ## Aufhebungsvertrag, 196 f.

## Bedingung

- auflösende, 10
- aufschiebende, 4, 38 f., 173
- gesetzliche, siehe Rechtsbedingung
- rechtsgeschäftliche, 28 ff.
- Wirkung des Bedingungseintritts, 6 ff.

## Beschluss

- Beschlussergebnis, 76, 80 f.
- Rechtsnatur, 73
- Schwebende Unwirksamkeit, 73 ff.

## Bindungswirkung, 201 ff.

- gesteigerte, 204 ff.

## culpa in contrahendo, 205, 219, 222, 226

## Dereliktion, 72, 89, 105

## Einwilligung

- Generaleinwilligung, 82
- konkludente, 170 ff.
- Täuschung über Vorliegen, 60, 94, 102, 104

## Erbausschlagung, 71

## Erziehungsfunktion, 51, 83, 175

## Gedanke der Erfüllung, 135 f.

## Genehmigung

- Aufforderung, siehe Aufforderungsrecht
- behördliche, 142 ff., 205 ff.
- einseitiger Rechtsgeschäfte, 69 ff., 104 f.
- Ersetzung, 188 f.
- Erteilung, siehe Genehmigungserteilung
- familiengerichtliche, 45 ff., 53 f.
- Rechtsbedingung, 28, 38, 62 f., 66
- Rückwirkung, 4 f., 23
- Verhältnis zu schwebender Unwirksamkeit, 62 f.
- Verweigerung, siehe Genehmigungsverweigerung
- Verwirkung, 193 f.
- vorherige, 47, 145
- Widerruf, siehe Widerrufsrecht

## Genehmigungserteilung

- Anspruch, 154
- Fiktion, 153 ff.
- Pflicht zur, 204 ff.

## Genehmigungsverweigerung

- Aufhebung, 186 ff.
  - Fiktion, 191
  - Wirkung, 112, 175 ff.
- ## Gläubigerverzug, 227 ff.
- ## Grundbuchamt, 71, 148
- Prüfungsumfang, 237 f.

- Grundsatz von Treu und Glauben, 182, 205
- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 148 f.
- Heilung formnichtiger Rechtsgeschäfte, 128 ff.
- Innengenehmigung, 54, 63
- Insichgeschäft, 52
- Konvaleszenz
- Begriff, 158 ff.
  - Rechtsgrundabhängigkeit, 108 ff.
  - Rückwirkung, 159
- Kündigung, 105, 145 f.
- Mangelfolgeschaden, 223 ff.
- Mitteilung
- Aufforderung, siehe Aufforderungsrecht
  - der Genehmigungsverweigerung, 189 f.
  - des Nichtgebrauchs der Genehmigung, 190
  - Rechtscharakter, 46 ff., 63 ff., 158
  - Zweck, 45 f., 96 f.
- Nacherfüllungsanspruch, 213 ff.
- Verjährung, 215 f.
- Negativattest, 152 f.
- Nichtgeschäft, 29, 125 ff.
- Pendenztheorie, 6 ff.
- Pfandrecht, 12 ff., 243
- Potestativbedingung, 236 f.
- Prinzip der Simultanität, 8
- Rechtsbedingung
- Abgrenzung, 28 ff.
  - Ausfall, 175 ff.
  - Begriff, 35 f., 87
  - Eintritt, 157 f.
  - genehmigungsähnliche, 64 ff.
  - Rückwirkung, 28
  - Verhältnis zur schwebenden Unwirksamkeit, 35 f., 40 f.
- Rechtsgeschäft
- Begriff, 28 f.
  - einseitiges, 69 ff., 104 f.
- Rechtsgrundtheorien, 249 f.
- Rücktritt, 225 ff.
- Rückziehungslehre, 6, 8
- Schadensersatz
- Leistungspflichtverletzung, 219 ff.
  - Nebenpflichtverletzung, 221 ff.
- Scheidung, 160 ff.
- Schuldnerverzug, 220 f.
- Schwebende Wirksamkeit, 5, 200
- Stimmen
- Schwebende Unwirksamkeit, 76 ff.
  - Verbrauch des Stimmrechts, 81
- Tatbestandsmerkmal, 28 f.
- Ungewissheitstheorie, 26 f.
- Verwaltungsakt, 144, 153, 155
- Venire contra factum proprium, 107, 210, 214
- Verbraucher, 214 ff.
- Verpflichtungsklage, 154
- Verwirkung, 193 f.
- Vormerkung, 229 ff.
- Vorvertragliches Schuldverhältnis, 205, 219, 222, 226
- Widerrufsrecht
- Adressat, 103
  - analoge Anwendbarkeit, 58 ff., 117 f.
  - bei behördlicher Genehmigung, 151 ff.
  - Verhältnis zur Aufforderung, 194 ff.
- Wirksamkeit, 29, 37 f.
- Wirksamkeitsvoraussetzung
- Abgrenzung, 30 ff.
  - Begriff, 28 ff.
  - Nachholbarkeit, 35 ff.
  - negative, 30
- Zugewinnausgleich, 90 ff., 160 ff.