

Prof. Dr. Georg Bitter
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht
Universität Mannheim, Schloss Westflügel W 241/242, 68131 Mannheim
Tel.: 0621/181-1394 • Fax: 0621/181-1393
Homepage: www.georg-bitter.de
E-Mail: bitter@georg-bitter.de

Vorlesung

Schuldrecht Allgemeiner Teil

(ausgenommen sind das Leistungsstörungen-,
AGB- und Verbraucherrecht)

Skript

4. Aufl. 2018
(Stand: Januar 2018)

Inhaltsverzeichnis

A. Grundlagen / Einführung zum Schuldrecht/-verhältnis.....	1
I. Abgrenzung der Vorlesungen zum Schuldrecht	1
II. Unterscheidung von Schuldrecht und Sachenrecht	1
1. Schuldrechtliche und dingliche Forderungen in der Insolvenz.....	3
2. Unterscheidung von relativen und absoluten Rechten	4
III. Differenzierungen im Recht der Schuldverhältnisse.....	4
1. Entstehung und Inhalt der Schuldverhältnisse	4
2. Schuldverhältnis und Gefälligkeitsverhältnis.....	5
3. Schuldverhältnis im engeren und weiteren Sinne	6
4. Besondere Typen von Schuldverhältnissen.....	7
a) Dauerschuldverhältnisse.....	7
b) Gesellschaftsverhältnisse	8
B. Erlöschen des Schuldverhältnisses.....	8
I. Erfüllung (§§ 362 ff. BGB).....	9
1. Allgemeines.....	10
2. Voraussetzungen des Erlöschens des Schuldverhältnisses durch Erfüllung.....	10
a) Regelfall: Bewirken der geschuldeten Leistung	10
b) Die Rechtsnatur der Erfüllung und ihre Konsequenzen für den Erfüllungstatbestand	11
c) Erfüllung in Person oder durch Beteiligung Dritter	13
d) Erfüllung bei mehreren Forderungen (§ 366 BGB).....	16
3. Wirkung der Erfüllung bzw. Annahme als Erfüllung	19
a) Erlöschen der Schuld (§ 362 I BGB)	19
b) Beweislastumkehr (§ 363 BGB)	19
c) Pflichten des Gläubigers (§§ 368 ff. BGB).....	20
II. Leistung an Erfüllung statt und erfüllungshalber.....	20
1. Leistung an Erfüllung statt (§ 364 I BGB)	20
2. Leistung erfüllungshalber.....	22
III. Hinterlegung (§§ 372 ff. BGB)	24
1. Allgemeine Voraussetzungen.....	25
a) Hinterlegungsfähiger Gegenstand	25
b) Zuständige Hinterlegungsstelle.....	25
c) Hinterlegungsberechtigter	25

Schuldrecht Allgemeiner Teil – Skript

2. Hinterlegungsgründe des § 372 BGB.....	26
a) Verzug des Gläubigers (§ 372 S. 1 BGB)	26
b) Andere in der Person des Gläubigers liegende Gründe (§ 372 S. 2 Alt. 1 BGB)	26
c) Ungewissheit über die Person des Gläubigers (§ 372 S. 2 Alt. 2 BGB)	26
3. Rechtsfolgen der Hinterlegung.....	28
4. Herausgabe des hinterlegten Gegenstands / Prätendentenstreit	28
IV. Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB)	29
1. Funktion der Aufrechnung	29
2. Voraussetzungen der Aufrechnung	30
a) Aufrechnungslage	30
b) Aufrechnungserklärung.....	34
c) Keine Aufrechnungsverbote.....	35
3. Wirkung der Aufrechnung	37
a) <i>Ex tunc</i> -Wirkung der Aufrechnung.....	37
b) Mehrheit von Forderungen	37
4. Die Aufrechnung in der Klausur	37
V. Erlass und negatives Schuldanerkennnis (§ 397 BGB).....	38
VI. Aufhebungsvertrag	40
VII. Novation und Konfusion.....	40
C. Gläubigerwechsel und Schuldnerschutz	41
I. Arten des Gläubigerwechsels.....	41
II. Abtretung	42
1. Begriff und Rechtsnatur der Abtretung.....	42
2. Wirtschaftliche Bedeutung der Abtretung.....	43
III. Prüfungsaufbau.....	44
IV. Die Voraussetzungen der Abtretung	45
1. Existenz der abzutretenden Forderung	45
2. Abtretungsvertrag	46
a) Formerfordernis.....	46
b) Bestimmtheitserfordernis	47
c) Nichtigkeit der Abtretung nach § 134 BGB.....	49
3. Die Berechtigung.....	50
4. Übertragbarkeit.....	51
a) Ausschluss der Abtretbarkeit kraft Gesetzes.....	51
b) Vertragliches Abtretungsverbot gemäß § 399 Alt. 2 BGB	53

V. Rechtsfolgen der Abtretung.....	55
1. Gläubigerwechsel	55
2. Übergang von Sicherungs-,Vorzugs- und Gestaltungsrechten	55
3. Nebenpflichten des Zedenten	56
VI. Abgrenzung der Abtretung zu anderen Rechtsinstituten	57
1. Vertragsübernahme	57
2. Einziehungsermächtigung und Abgrenzung zur Inkassozeession	57
VII. Besondere Formen der Abtretung.....	58
1. Sicherungsabtretung	58
2. Globalzeession	59
3. Inkassozeession.....	60
4. Factoring.....	60
VIII. Schuldnerschutz.....	61
1. Erhaltung von Einwendungen des Schuldners (§ 404 BGB)	62
2. Erhaltung der Aufrechnungsmöglichkeit (§ 406 BGB)	63
a) Aufrechnungslage bestand schon vor der Abtretung	63
b) Aufrechnungslage entsteht erst nach der Abtretung	64
c) Abgrenzung zu §§ 404, 407 I BGB.....	65
3. Wirkung von Rechtshandlungen gegenüber dem Zedenten (§ 407 BGB).....	66
a) Die Regelung des § 407 I BGB	66
b) Die Regelung des § 407 II BGB	68
4. Schutz bei mehrfacher Abtretung (§ 408 BGB).....	69
a) Die Regelung des § 408 I BGB	69
b) Die Regelung des § 408 II BGB	69
5. Schutz bei Abtretungsanzeige (§ 409 BGB)	69
6. Vorlage der Abtretungsurkunde (§ 410 BGB)	71
D. Mehrheit von Gläubigern und Schuldern.....	71
I. Schuldnermehrheiten	71
1. Teilschuld (§ 420 BGB)	72
a) Voraussetzungen	72
b) Rechtsfolgen	73
2. Gesamtschuld (§§ 421 ff. BGB).....	73
a) Voraussetzungen	73
b) Wirkungen der Gesamtschuld im Außenverhältnis	75
c) Wirkungen der Gesamtschuld im Innenverhältnis (Regress).....	77
d) Gestörte Gesamtschuld	79
3. Schuld in gemeinschaftlicher Verbundenheit	81

II. Gläubigermehrheiten	83
1. Teilgläubigerschaft (§ 420 BGB).....	83
a) Voraussetzungen	83
b) Rechtsfolgen	84
2. Gesamtgläubigerschaft (§ 428 BGB).....	84
a) Voraussetzungen	84
b) Rechtsfolgen	85
3. Mitgläubigerschaft (§ 432 BGB).....	86
E. Schuldübernahme (§§ 414 ff. BGB).....	87
I. Abgrenzungen	88
1. Vertragsübernahme	88
2. Erfüllungsübernahme	89
3. Schuldbeitritt	89
II. Voraussetzungen der befreienden Schuldübernahme.....	90
1. Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer (§ 414 BGB).....	90
2. Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer (§ 415 BGB).....	91
III. Rechtsfolgen der befreienden Schuldübernahme.....	92
1. Schuldnerwechsel.....	92
2. Einwendungen des Übernehmers	93
a) Einwendungen aus dem Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger.....	93
b) Einwendungen aus dem Verhältnis zwischen Schuldner und Übernehmer.....	93
c) Mängel der Schuldübernahme selbst	94
3. Erlöschen von Sicherungsrechten	95
F. Leistungs- und Haftungsansprüche Dritter aus Vertragsverhältnissen.....	96
I. Echter Vertrag zugunsten Dritter	96
1. Abgrenzungen	97
a) Unechter Vertrag zugunsten Dritter	97
b) Stellvertretung.....	98
c) Abtretung.....	99
d) Anweisung	99
e) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	99
2. Rechtsbeziehungen der Beteiligten	99
a) Deckungsverhältnis (Verhältnis zwischen Schuldner und Versprechensempfänger).....	100
b) Valutaverhältnis (Verhältnis zwischen Versprechensempfänger und Drittem).....	100
c) Vollzugsverhältnis (Verhältnis zwischen Schuldner und Drittem).....	102
3. Rechtsfolgen.....	103

Schuldrecht Allgemeiner Teil – Skript

a) Rechtsfolgen für den Dritten (= Begünstigten)	103
b) Rechtsfolgen für den Versprechensempfänger	104
c) Rechtsfolgen für den Schuldner (= Versprechenden)	104
4. Verfügung zugunsten Dritter	105
II. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	106
1. Ausgleich der Schwächen des Deliktsrechts	106
2. Rechtsgrundlage des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	107
3. Voraussetzungen	109
a) Bestimmungsgemäße Leistungsnähe des Dritten	110
b) Berechtigtes Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten	110
c) Erkennbarkeit des geschützten Personenkreises	112
d) Schutzbedürftigkeit des Dritten	113
4. Rechtsfolgen	113
III. Drittschadensliquidation	114
1. Abgrenzung zwischen typischer und zufälliger Schadensverlagerung	115
2. Fallgruppen der Drittschadensliquidation	116
a) Mittelbare Stellvertretung und Treuhand	117
b) Obligatorische Gefahrentlastung bei Übereignungspflichten	118
c) Obhut für fremde Sachen	120
3. Alternative Konzepte	122
a) Lehre vom normativen Schaden	122
b) „Wirtschaftliche“ Rechtsträgerschaft als Grundlage deliktischer Ersatzansprüche	123

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht	Hs.	Halbsatz
a.a.O.	am angegebenen Ort	i.d.R.	in der Regel
a.F.	alter Fassung	i.S.v.	im Sinne von
AG	Aktiengesellschaft	i.V.m.	in Verbindung mit
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen	JA	Juristische Arbeitsblätter (juristische Fachzeitschrift)
Alt.	Alternative	JZ	Juristenzeitung (juristische Fachzeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht	LG	Landgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	Mio.	Million/en
BGH	Bundesgerichtshof	m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen	NJW	Neue Juristische Wochenschrift (juristische Fachzeitschrift)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport (juristische Fachzeitschrift)
bzw.	beziehungsweise	Nr.	Nummer
c.i.c.	culpa in contrahendo	OLG	Oberlandesgericht
d.h.	das heißt	Rdn.	Randnummer
f.	und die folgende	RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ff.	und die folgenden	S.	Seite / Satz
Fn.	Fußnote	sog.	sogenannte/r/n
ggf.	gegebenenfalls	Var.	Variante
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	vgl.	vergleiche
HGB	Handelsgesetzbuch	z.B.	zum Beispiel
h.L.	herrschende Lehre (= überwiegende Ansicht in der Rechtslehre)	ZPO	Zivilprozessordnung
h.M.	herrschende Meinung (= überwiegende Ansicht in Rechtslehre und Rechtsprechung)		

Literaturverzeichnis

Hinweis: Dieses Verzeichnis enthält die zum Schuldrecht AT verfügbaren Lehr- und Handbücher, auch solche, die in diesem Skript nicht zitiert werden. Ferner sind die Kommentare zum BGB aufgenommen, soweit sie in diesem Skript zitiert werden. Eine Auswahl an Aufsätzen insbesondere aus den gängigen Ausbildungszeitschriften findet sich am Anfang der jeweiligen in diesem Skript behandelten Themenkomplexe. Sonstige Literatur wird unmittelbar in den Fußnoten vollständig nachgewiesen.

Bamberger, Heinz Georg;	Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, BeckOK
Roth, Herbert;	BGB, 44. Edition 2018
Hau, Wolfgang;	
Poseck, Roman (Hrsg.)	
Bönninghaus, Achim	Schuldrecht Allgemeiner Teil 1, 3. Aufl. 2014
Brömmelmeyer, Christoph	Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2014
Brox, Hans;	Allgemeines Schuldrecht, 41. Aufl. 2017
Walker, Wolf-Dietrich	
Dullinger, Silvia	Bürgerliches Recht II – Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2017
Eckert, Jörn	Schuldrecht AT, 4. Aufl. 2004
Erman, Walter	BGB, Kommentar, 15. Aufl. 2017
Ernst-Kölbl, Michael	Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2017
Fezer, Karl-Heinz	Klausurenkurs zum Schuldrecht, AT, 9. Aufl. 2014
Fikentscher, Wolfgang; Heinemann, Andreas	Schuldrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl. 2017
Fritzsche, Jörg	Fälle zum Schuldrecht, 7. Aufl. 2016
Gernhuber, Joachim	Handbuch des Schuldrechts, Band 3 – Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994
Harke, Jan Dirk	Allgemeines Schuldrecht, in: Honsell/Lerche (Hrsg.), Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, 2010

Schuldrecht Allgemeiner Teil – Skript

Hirsch, Christoph	Allgemeines Schuldrecht, 10. Aufl. 2016
Jacoby, Florian; Von Hinden, Michael	Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 15. Aufl. 2015
Jauernig, Othmar (Hrsg.)	Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Aufl. 2015
Joussen, Jacob	Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017
Köhler, Helmut; Lorenz, Stephan	Schuldrecht I. Allgemeiner Teil. Prüfe Dein Wissen, 22. Aufl. 2014
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, 14. Aufl. 1987
Leipold, Dieter	BGB I – Einführung und Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2017
Looschelders, Dirk	Schuldrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2017
Marburger, Peter; Sutschet, Holger	20 Probleme aus dem Schuldrecht AT, 7. Aufl. 2006
Medicus, Dieter; Lorenz, Stephan	Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015
Medicus, Dieter; Petersen, Jens	Bürgerliches Recht, 26. Auflage 2017
Musielak, Hans-Joachim; Hau, Wolfgang	Grundkurs BGB, 15. Aufl. 2017
Palandt, Otto (Begr.)	Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl. 2018
Petersen, Jens	Examens-Repetitorium Allgemeines Schuldrecht, 7. Aufl. 2015
Rebmann, Kurt; Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1: Einleitung und Allgemeiner Teil (§§ 1-240, ProstG, AGG), 7. Aufl. 2015

Schuldrecht Allgemeiner Teil – Skript

Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241-432),
7. Aufl. 2016

Band 3: Schuldrecht Besonderer Teil I (§§ 433-610, Fi-
nanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV,
CISG), 7. Aufl. 2016

Band 7: Familienrecht I (§§ 1297-1588, Versorgungs-
ausgleichsgesetz, Gewaltschutzgesetz, Lebenspartner-
schaftsgesetz), 7. Aufl. 2017

Band 10: Erbrecht (§§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG),
7. Aufl. 2017

Rumpf-Rometsch, Egbert

Die Fälle. BGB Schuldrecht AT. Unmöglichkeit, Verzug,
Pflichtverletzung vor und im Vertrag, 9. Aufl. 2017

Schellhammer, Kurt

Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB All-
gemeiner Teil, 9. Aufl. 2014

Schlechtriem, Peter;

Schmidt-Kessel, Martin

Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2005

Schmidt, Eike

Das Schuldverhältnis: Eine systematische Darstellung
des Allgemeinen Schuldrechts, 2004

Schmidt, Rolf

Schuldrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2015

Schönberger, Volker

Basiswissen Schuldrecht AT, 6. Aufl. 2017

Soergel

Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und
Nebengesetzen

Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-432), 12. Aufl. 1990

**Staudinger, Julius von
(Begr.)**

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfüh-
rungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2011 ff.

Weiler, Frank

Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017

Schuldrecht Allgemeiner Teil – Skript

Westermann, Harm Peter; BGB – Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2014
Bydlinski, Peter;
Weber, Ralph

Wörlen, Rainer; Metzler- Schuldrecht AT, 12. Aufl. 2015
Müller, Karin

Hinweis: Soweit einzelne Teile dieses Skriptes bereits fortgeschrittene Kenntnisse im Zivilrecht voraussetzen, sind sie durch eine senkrechte graue Linie am Rand gekennzeichnet. Das sei keine Einladung, diese Stellen in Gänze zu überblättern, sondern soll verhindern, dass die Studierenden sich an Fragen verfangen, die sie im 2. Semester nur mit übergroßem Aufwand werden erfassen können. Eine vertiefte Lektüre im Laufe des Studiums wird dringend angeraten.

A. Grundlagen / Einführung zum Schuldrecht/-verhältnis

I. Abgrenzung der Vorlesungen zum Schuldrecht

Das Schuldrecht steht im Mittelpunkt der zivilrechtlichen Ausbildung des 2. Semesters. Der Stoff des allgemeinen Teils des Schuldrechts (§§ 241 – 432 BGB) wird in Mannheim in drei Vorlesungen dargeboten. Das Leistungsstörungenrecht, das sich mit den Rechtsfolgen bei Unmöglichkeit, Verzögerung und Mängeln der Leistung befasst, unterrichtet Herr Professor Engert. Die Vorlesung zum Leistungsstörungenrecht schließt dabei aus dem besonderen Schuldrecht (§§ 433 – 853 BGB) das Kaufvertrags- und Werkvertragsrecht mit ein, weil das Gewährleistungsrecht seit der Schuldrechtsreform aus dem Jahr 2002 ins allgemeine Schuldrecht verweist (vgl. §§ 437, 634 BGB).

Die besondere Materie des AGB- und Verbraucherrechts behandelt Herr Professor Brand. Im AGB-Recht geht es insbesondere um die Frage, ob das grundsätzlich durch die Parteien vertraglich änderbare (dispositive¹) Schuldrecht auch durch einseitig vorformulierte Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) modifiziert werden kann. Daher muss man sich zunächst die Kenntnis der vom Gesetz im Schuldrecht vorgesehenen (dispositiven) Regeln verschaffen, um anschließend prüfen zu können, ob und in welchem Umfang hiervon in AGB abgewichen werden kann. Das weitere Verbraucherrecht des BGB enthält Sonderregeln für vom Gesetzgeber als besonders „gefährlich“ eingestufte Vertragstypen (z.B. Verbraucherdarlehensverträge i.S.v. §§ 491 ff. BGB) oder Vertragsschlussituationen (z.B. Haustürgeschäfte i.S.v. § 312 BGB oder Fernabsatzverträge i.S.v. §§ 312b ff. BGB).

Die Vorlesung Schuldrecht AT beschränkt sich damit auf die von diesen beiden anderen Vorlesungen nicht abgedeckten, an vielen Universitäten erst für Fortgeschrittene angebotenen und für Studenten in Anfangssemestern nicht immer leicht zu verstehenden Thematiken (insbesondere Dreipersonenverhältnisse).

II. Unterscheidung von Schuldrecht und Sachenrecht

Das Recht der Schuldverhältnisse im zweiten Buch des BGB (§§ 241 ff. BGB) befasst sich im Gegensatz zum Sachenrecht im dritten Buch des BGB (§§ 854 ff. BGB) nicht mit der (dinglichen) Zuordnung von Gütern und Rechten zu einer Person, sondern – wie schon seine Bezeichnung andeutet – mit der Frage, ob eine Person A einer anderen Person B etwas „schuldet“, ob insbesondere B von A eine bestimmte Leistung fordern kann. Mit einem solchen

¹ Dazu sogleich unten A. II.

Forderungsrecht wird ein Anspruch i.S.v. § 194 BGB und ein Schuldverhältnis im engeren Sinne² begründet.

Der Inhalt der aus dem Schuldverhältnis folgenden Leistungspflicht wird in § 241 I BGB nicht weiter spezifiziert, vielmehr in § 241 I 2 BGB nur klargestellt, dass die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen kann. Die vom Gesetz als Gläubiger (= derjenige, der die Leistung fordern kann) und Schuldner (= derjenige, der die Leistung zu erbringen hat) bezeichneten Parteien des Schuldverhältnisses sind damit frei in der Vereinbarung der geschuldeten Leistung. Wirtschaftlicher Zweck einer vertraglich vereinbarten Leistung ist die Verschiebung eines Wirtschaftsgutes (im weiteren Sinne) vom Schuldner zum Gläubiger. Die Parteien zielen auf die Herbeiführung eines bestimmten Verhaltens oder eines Erfolgs ab, also auf eine Rechtsfolge. Weil bestimmte Arten der Leistung in der Praxis häufig vereinbart werden, hat das Gesetz diese im besonderen Schuldrecht ab § 433 BGB typisiert geregelt (z.B. Kauf-, Miet-, Dienst- und Werkvertrag). Sofern bei derartigen Vertragstypen die Vertragsparteien keine eigene Vereinbarung über den Leistungsinhalt i.S.d. § 241 I BGB getroffen haben, wird dieser vom Gesetz spezifiziert. Die im Gesetz geregelten, verschiedenen Schuldvertragstypen unterscheiden sich dabei durch die Art der geschuldeten Leistung (z.B. beim Kaufvertrag gemäß § 433 I 1 BGB: Eigentumsverschaffung; beim Mietvertrag gemäß § 535 I 1 BGB: Gewährung des Gebrauchs der Mietsache während der Mietdauer).

Auf die gesetzlich typisierten Verträge und ihre Leistungsinhalte sind die Parteien jedoch nicht beschränkt, sondern können im Rahmen der Privatautonomie auch völlig andere Schuldverhältnisse entwickeln (z.B. Kreditkartenvertrag, Internet-Provider-Vertrag, Leasingvertrag, Franchisevertrag).³ Den Parteien ist es unbenommen, vom BGB überhaupt nicht geregelte Vertragstypen zu „erfinden“; ferner ist es ihnen nicht verwehrt, die im besonderen Teil angeführten Typen von Schuldverhältnissen nach ihren Bedürfnissen zu modifizieren oder zu kombinieren. Die **Normen des Schuldrechts sind „dispositiv“**: sie stehen den Parteien zur freien Verfügung (= Disposition) und sind abdingbar (= änderbar). Der Gesetzgeber will also im Schuldrecht nur einen „Baukasten“ bereitstellen, dessen sich die Parteien frei bedienen können, um nicht in jedem einzelnen Fall alle Pflichten und sonstigen Rechtsfolgen selbst im konkreten Vertrag festlegen zu müssen. Dies wäre nämlich mit enormen Transaktionskosten, d.h. Kosten der Vertragsverhandlung, verbunden, die insbesondere bei Verträgen mit kleinem finanziellem Volumen unwirtschaftlich wären. Ob und inwieweit die Parteien auf diesen „Baukasten“ zurückgreifen oder ihn um neue Elemente erweitern, ist ihnen im Grundsatz selbst – also ihrer Vertragsfreiheit – überlassen. Es gelten nur die im 1. Semester behandelten allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit (insbes. §§ 134, 138 BGB) sowie die in der Vorlesung von Herrn Professor Brand zu besprechenden Sonderregeln des AGB- und Verbraucherrechts.

In dieser grundsätzlichen **Gestaltungsfreiheit** unterscheidet sich die Schuldrechtsordnung grundlegend vom Sachenrecht, das vom sog. Typenzwang geprägt ist. Sachenrechte (z.B. Eigentum, Pfandrecht, Nießbrauch, Dienstbarkeiten) können nicht beliebig von den Parteien „erfunden“ werden. Im Interesse der Rechtssicherheit der Güterzuordnung können vielmehr nur die im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen dinglichen Rechte geschaffen und übertragen werden. Die Vorschriften des Sachenrechts sind damit nicht dispositives, sondern zwingendes Recht.

Die das Schuldrecht prägende Frage, ob eine Person A einer Person B eine bestimmte Leistung schuldet, sie insbesondere zur Übertragung eines dinglichen Rechtes *verpflichtet* ist (sog. Verpflichtungsvertrag), muss stets sauber von der sachenrechtlichen Frage getrennt werden,

² Dazu unten Ziff. III. 3.

³ Siehe dazu *Bitter/Röder*, BGB Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2016, § 3 Rdn. 19.

ob und wie die Güterzuordnung durch Übertragung des Rechts *verändert* wird. Wenn A dem B die Übereignung einer Sache schuldet, ist B noch nicht deren Eigentümer. Dies wird B erst durch das dingliche Erfüllungsgeschäft (sog. Verfügungsvertrag).⁴

1. Schuldrechtliche und dingliche Forderungen in der Insolvenz

Ob jemand nur schuldrechtlich Anspruch auf die Übertragung eines Rechts hat oder er bereits dessen dinglicher Inhaber ist, spielt eine außerordentlich wichtige Rolle in der Insolvenz, wenn also eine (natürliche oder juristische) Person allgemein nicht mehr in der Lage ist, ihren Leistungspflichten nachzukommen. Wird über das Vermögen eines solchen Schuldners ein Insolvenzverfahren nach der Insolvenzordnung (InsO) eröffnet, dann sollen hierdurch alle Gläubiger, also diejenigen Personen, die vom Schuldner noch eine Leistung zu bekommen haben, prinzipiell gleichmäßig bedient werden (Grundsatz der *par conditio creditorum* = Gläubigergleichbehandlung). Es soll ein sog. „Windhundrennen“ verhindert werden, bei dem nur der zuerst zugreifende Gläubiger noch etwas bekommt, während die weiteren Gläubiger leer ausgehen. Der Insolvenzverwalter wird eingesetzt, damit die Gläubiger des Schuldners gemeinschaftlich befriedigt werden. Er hat dafür das vorhandene Vermögen des Schuldners zu verwerten und den erzielten Erlös auf alle (schuldrechtlich berechtigten) Gläubiger quotal zu verteilen. Hat also z.B. der Schuldner nur noch 10.000 € verwertbares Vermögen, gibt es aber Insolvenzgläubiger mit Forderungen über insgesamt 100.000 €, dann würde – ohne Beachtung von Gerichts- und Verwalterkosten – jeder Gläubiger auf seine Forderung nur eine Quote von 1/10 (10.000/100.000) erhalten, also z.B. ein Gläubiger, der eigentlich 2.000 € vom Schuldner fordern kann, nur noch 200 €. Alle schuldrechtlichen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden in die sog. Insolvenztabelle (§ 175 InsO) eingetragen und sodann quotal bedient, wobei in der Praxis die Quoten sehr niedrig liegen, oft nur bei 2 oder 3 %. Dies bedeutet: Wer nur schuldrechtlich gemäß § 241 BGB eine Leistung vom insolventen Schuldners fordern kann, ist schlecht bedient und fällt mit dem Großteil seiner Forderung in der Insolvenz aus.

Hatte der Insolvenzschuldner hingegen dem Gläubiger nicht nur einen schuldrechtlichen Anspruch verschafft, sondern diesen Anspruch bereits durch Übertragung des Rechts erfüllt, steht der Gläubiger dank der bereits veränderten Rechtszuordnung in der Insolvenz des vormaligen Schuldners deutlich besser da. Er kann aufgrund seiner dinglichen Rechtsinhaberschaft, z.B. des erlangten Eigentums, vom Schuldner im Grundsatz den Gegenstand ebenso herausverlangen wie dies außerhalb einer Insolvenz der Fall gewesen wäre. Er kann beispielsweise Herausgabe seines Eigentums gemäß § 985 BGB (i.V.m. § 47 S. 2 InsO) verlangen. Dieser *dingliche* – nicht nur schuldrechtliche – Anspruch berechtigt in der Insolvenz zu einer sog. Aussonderung gemäß § 47 InsO. Der Gegenstand ist also vom Insolvenzverwalter an den einzelnen Rechtsinhaber herauszugeben und dient nicht der (quotalen) Verteilung des Vermögens an die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger. Die Details dieser Unterscheidung zwischen schuldrechtlichen Ansprüchen und dinglichen Rechten in der Insolvenz werden im 5. Semester in der Vorlesung „Kreditsicherungsrecht“ sowie im Wahlbereich „Insolvenz und Sanierung“ in der Vorlesung „Insolvenzrecht“ behandelt. Diese im 4. Semester stattfindende Vorlesung „Insolvenzrecht“ ist allen Studierenden, nicht nur denjenigen im Wahlbereich, schon jetzt ans Herz zu legen, weil weite Teile des Wirtschaftsrechts ohne Grundkenntnis im Insolvenzrecht nicht sinnvoll erlernt werden können.

⁴ Siehe ausführlich zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 3), § 5 Rdn. 79 ff.

2. Unterscheidung von relativen und absoluten Rechten

Die Vorrangstellung des Rechtsinhabers in der Insolvenz ist allerdings nur ein Teilaspekt des sog. *absoluten* Schutzes dinglicher Rechte. Als „absolut“ wird der Schutz bezeichnet, weil er gegenüber jedermann wirkt. So ist das dingliche Recht – z.B. das Eigentum an einer Sache – gegenüber jedermann auch geschützt gegen Entziehung und Vorenthaltung (§ 985 BGB), sonstige Beeinträchtigungen (§ 1004 BGB), Beschädigungen (§§ 823 ff. BGB), den Zugriff im Wege der Einzelzwangsvollstreckung, also Pfändung (§ 771 ZPO) sowie bei Grundstücksrechten gegen fehlerhafte Eintragungen im Grundbuch (§ 894 BGB). In dieser Absolutheit des Schutzes unterscheiden sich die dinglichen Rechte grundlegend von schuldrechtlichen Forderungsrechten, die nur im Verhältnis zwischen den Parteien des Schuldverhältnisses, also *relativ* wirken (sog. **Relativität der Schuldverhältnisse**).⁵ Wenn etwa der Käufer K gegen den Verkäufer V einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übereignung einer Sache aus § 433 I 1 BGB hat und diese Sache vor der Übereignung von einem Dritten beschädigt wird, hat nur V als Eigentümer einen Anspruch gegen den Dritten aus § 823 I BGB, während die Verletzung des relativen Forderungsrechts des K nicht zu einem Schadensersatzanspruch gegen den Dritten führt. Das Forderungsrecht wird nur im Verhältnis zwischen K und V geschützt (z.B. durch einen Anspruch des K gegen V auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 I, III, 283 BGB).

III. Differenzierungen im Recht der Schuldverhältnisse

1. Entstehung und Inhalt der Schuldverhältnisse

Im Zivilrecht unterscheiden wir zwischen rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen. Beide Formen des Schuldverhältnisses begründen ein Forderungsrecht i.S.d. § 241 I BGB. Bei den §§ 241 – 432 BGB spricht man zudem vom *allgemeinen* Schuldrecht, weil diese Vorschriften – soweit keine Sondervorschriften greifen⁶ – grundsätzlich auf alle Arten von Schuldverhältnissen unabhängig von ihrem Entstehungstatbestand anwendbar sind.

Einer der wichtigsten Entstehungsgründe für Schuldverhältnisse sind die im ersten Semester näher behandelten Rechtsgeschäfte, die sich in einseitige und mehrseitige unterscheiden lassen.⁷ Das bedeutendste mehrseitige Rechtsgeschäft ist der Vertrag, den § 311 I BGB als Regelfall für die Entstehung eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses nennt. Daneben ist jedoch auch der im Gesellschaftsrecht (3. Semester) besonders relevante Beschluss zu nennen, durch den ebenfalls ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis begründet werden kann.⁸

Ein *rechtsgeschäftliches* Schuldverhältnis kommt zwischen mindestens zwei Parteien durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande, ausnahmsweise durch einseitiges Rechtsgeschäft (z.B. bei der Auslobung gemäß § 657 BGB) oder durch ein mehrseitiges Rechtsgeschäft (z.B. beim Gesellschafterbeschluss⁹ oder beim Gesellschaftsvertrag gemäß § 705

⁵ Umfassend dazu Staudinger/Olzen (2015), § 241 Rdn. 299 ff.

⁶ Dem allgemeinen Schuldrecht gehören z.B. auch die Haftungsvorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrecht in den §§ 280 ff. BGB an. Diese Haftungsvorschriften können verdrängt sein, etwa durch die Sondervorschriften des Mietrechts (§§ 536a ff. BGB) oder des Zahlungsdiensterechts (§§ 675u ff. BGB). Bisweilen werden die allgemeinen Schuldrechtsvorschriften durch Sondervorschriften modifiziert (z.B. gemäß § 651f BGB der Schadensersatzanspruch aus §§ 280 ff. BGB im Reisevertragsrecht).

⁷ Siehe dazu Bitter/Röder, BGB AT (Fn. 3), § 5 Rdn. 6 ff.

⁸ Dazu Bitter/Röder, BGB AT (Fn. 3), § 5 Rdn. 7 ff. m.w.N.

⁹ Dazu Bitter/Röder, BGB AT (Fn. 3), § 5 Rdn. 9.

BGB). Das vertragliche Schuldverhältnis entsteht, weil es von den Parteien *gewollt* ist. Es ist getragen vom **Rechtsbindungswillen**¹⁰ der Parteien.

Schuldverhältnisse können einseitig und mehrseitig verpflichtend sein. Bei mehrseitig verpflichtenden Schuldverhältnissen ist weiter zu unterscheiden, ob die Verpflichtungen in einem Austausch- oder Gegenseitigkeitsverhältnis, also im **Synallagma** stehen.¹¹ Synallagmatische beiderseitige vertragliche Hauptleistungspflichten zeichnen sich dadurch aus, dass beide Leistungspflichten nach dem Willen der Vertragschließenden gegenseitig voneinander abhängen sollen.¹² Die wirksame Verpflichtung der einen Seite ist Grund (*causa*) und Wirksamkeitsvoraussetzung der Verpflichtung der anderen Seite.¹³ Die Parteien verpflichten sich eine Leistung zu geben, damit die jeweils andere Seite eine Gegenleistung gibt (*do ut des*). Dadurch entsteht ein beiderseitiges Forderungsrecht¹⁴ gemäß § 241 I BGB.

Seinem Inhalt nach ist das vertragliche Schuldverhältnis nicht allein auf dieses Forderungsrecht beschränkt. Es verpflichtet auch jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils gemäß § 241 I BGB. Man spricht diesbezüglich von Schutz- und Verhaltenspflichten oder kurz: Rücksichtnahmepflichten. In § 311 II BGB ist zudem bestimmt, dass ein Schuldverhältnis mit Rücksichtnahmepflichten aus § 241 II BGB auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, die Anbahnung eines Vertrags oder ähnliche geschäftliche Kontakte begründet werden kann.¹⁵ Die sich daraus ergebende, als *culpa in contrahendo* (c.i.c.) bezeichnete Vertrauenshaftung wird in der Vorlesung „Leistungsstörungenrecht mit Kauf- und Werkvertragsrecht“ behandelt. Sie wird beispielsweise relevant, wenn im Vorfeld eines Vertragsschlusses Rechtsgüter des potenziellen Vertragspartners verletzt werden, z.B. ein Kunde in der Gemüseabteilung eines Supermarktes auf einem Salatblatt ausrutscht, das bei sorgfältiger Reinigung der Geschäftsräume hätte entfernt werden müssen.

Von den vertraglichen Schuldverhältnissen zu unterscheiden sind die gesetzlichen Schuldverhältnisse, die vom Willen der Parteien unabhängig sind. Sie entstehen, wenn ein gesetzlicher Tatbestand erfüllt ist.¹⁶ Zu nennen sind insbesondere die deliktischen Schuldverhältnisse (§§ 823 ff. BGB), die im 1. Semester in der Vorlesung „Haftungsrecht“ thematisiert wurden, sowie die Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) oder Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB), die im 4. Semester in der Vorlesung „außerdeliktische Ausgleichsordnung“ näher behandelt werden.

2. Schuldverhältnis und Gefälligkeitsverhältnis

Im Hinblick auf das Merkmal der Rechtsbindung ist das vertragliche Schuldverhältnis von den Gefälligkeitsverhältnissen abzugrenzen.¹⁷ Das Schuldverhältnis ist durch die „Schuld“ oder „Obligation“ gekennzeichnet. Mindestens eine Seite muss gegenüber dem Partner des Schuldverhältnisses zu einem Verhalten (Tun oder Unterlassen) verpflichtet sein und damit die andere Seite berechtigt sein, das Verhalten einzufordern (Anspruch i.S.v. § 194 BGB). Ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis, insbesondere ein Vertrag, kann deshalb nur begründet werden, wenn ein entsprechender Rechtsbindungswille festgestellt werden kann.

¹⁰ Zum Rechtsbindungswillen siehe *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 3), § 5 Rdn. 13 ff.

¹¹ Zum Synallagma allgemein *MünchKommBGB/Emmerich*, Vor § 320 Rdn. 3 und § 320 Rdn. 23 ff.

¹² BGH NJW 2005, 884, 887.

¹³ *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rdn. 25.

¹⁴ Oben Ziff. II. 1.

¹⁵ Dazu *Staudinger/Olzen* (2015), § 241 Rdn. 392 ff.

¹⁶ Dazu *Staudinger/Olzen* (2015), § 241 Rdn. 61 ff.

¹⁷ Dazu und zum Folgenden *Staudinger/Olzen* (2015), § 241 Rdn. 71 ff.

Gefälligkeitsverhältnisse beruhen demgegenüber nicht auf einer rechtsgeschäftlichen, sondern einer sozialen Verständigung im allgemeinen gesellschaftlichen Bereich. Bietet z.B. Student S seinem Kommilitonen K an, ihn am Wochenende mit dem Auto unentgeltlich zu einem Konzert mitzunehmen, soll dadurch i.d.R. kein einklagbares Forderungsrecht des K gegen S begründet werden. Vielmehr will S dem K nur einen Gefallen tun.¹⁸ Gleiches gilt, wenn etwa ein Nachbar zusagt, am Abend bei Abwesenheit der Eltern als Babysitter auf deren Kinder aufzupassen.¹⁹ Ein Forderungsrecht gemäß § 241 I BGB besteht in diesen Fällen nicht.

Aus derartigen Gefälligkeitsverhältnissen können sich allerdings *im Einzelfall*, auch wenn sie keine primären Leistungspflichten begründen, gleichwohl Rücksichtnahmepflichten i.S.v. § 241 II BGB mit der Folge ergeben, dass auf der Sekundärebene Schadensersatzansprüche bei Verletzung einer Verhaltenspflicht bestehen. So lässt sich in dem genannten Fall der Mitfahrgelegenheit etwa fragen, ob S dem K zum Schadensersatz gemäß §§ 280, 241 II BGB verpflichtet ist, wenn S den K tatsächlich mit dem Auto mitnimmt und während dieser Fahrt schuldhaft i.S.v. § 276 BGB die Rechtsgüter des K verletzt.

Die Feststellung, ob (1) ein Schuldverhältnis mit Leistungs- und Rücksichtnahmepflichten, (2) allein Rücksichtnahmepflichten ohne Leistungspflicht oder (3) weder Leistungs- noch Rücksichtnahmepflichten begründet werden sollen, ist jeweils anhand der Umstände des Einzelfalls zu treffen. Für die Abgrenzung sind der Wert einer anvertrauten Sache, die wirtschaftliche Bedeutung einer Angelegenheit, das erkennbare Interesse des Begünstigten und die nicht ihm, wohl aber dem Leistenden erkennbare Gefahr, in die er durch eine fehlerhafte Leistung geraten kann, von Bedeutung.²⁰

3. Schuldverhältnis im engeren und weiteren Sinne

Der Begriff des Schuldverhältnisses ist vom historischen Gesetzgeber bewusst offengelassen worden und wird im BGB nicht einheitlich verwendet; man unterscheidet zwischen dem Schuldverhältnis im engeren und weiteren Sinn.²¹ Das Schuldverhältnis i.e.S. ist die konkrete Leistungsbeziehung zwischen zwei Personen, aufgrund derer Person A von Person B etwas verlangen kann, also der Anspruch i.S.v. § 194 BGB. Beispielsweise begründet der Kaufvertrag mehrere Schuldverhältnisse i.e.S., nämlich eine Forderungsbeziehung zwischen Käufer und Verkäufer gerichtet auf Übereignung und Übergabe der Kaufsache (§ 433 I 1 BGB) sowie eine zweite Forderungsbeziehung zwischen Verkäufer und Käufer gerichtet auf Zahlung des Kaufpreises (§ 433 II BGB). Der enge Begriff des Schuldverhältnisses wird z.B. in den die Erfüllung regelnden Vorschriften der §§ 362, 364 BGB (unten S. 9 ff.) sowie beim Erlass der Schuld gemäß § 397 BGB (unten S. 38) verwendet. Wenn § 362 BGB bestimmt, dass das *Schuldverhältnis* erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird, ist damit die konkrete Leistungsbeziehung gemeint. So erlischt der einzelne Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache aus § 433 I 1 BGB, wenn der Verkäufer dem Käufer Eigentum und Besitz verschafft. Ebenso erlischt im Moment der Kaufpreiszahlung nur die konkrete Forderungsbeziehung zwischen Verkäufer und Käufer aus § 433 II BGB. Nicht aber erlischt in diesem Moment der Leistungsbewirkung der ganze Kaufvertrag, also das Schuldverhältnis i.w.S.

¹⁸ Bei Interesse findet sich ein Überblick mit Fallbeispielen bei MünchKommBGB/Kramer (5. Aufl.), Einl. vor § 241 Rdn. 33; lesenswert zu Haftungsfragen im Zusammenhang mit Gefälligkeitsverhältnissen Schreiber, Jura 2001, 810 ff.

¹⁹ MünchKommBGB/Kramer (5. Aufl.), Einl. vor § 241 Rdn. 33.

²⁰ Nachweise bei Staudinger/Olzen (2015), § 241 Rdn. 76 ff.

²¹ Dazu und zum Folgenden Staudinger/Olzen (2015), § 241 Rdn. 36 ff.

Dieses Schuldverhältnis i.w.S. ist ein komplexes schuldrechtliches Rechtsverhältnis, aus dem sich regelmäßig eine ganze Reihe von Forderungsrechten, aber auch von Verhaltenspflichten oder Gestaltungsrechten (Rücktritt, Kündigung, Anfechtung) ergeben können.²² So folgen etwa aus dem Kaufvertrag als einem Schuldverhältnis i.w.S. die oben genannten Forderungsrechte aus § 433 I 1 bzw. § 433 II BGB als Schuldverhältnisse i.e.S., weiterhin die Pflicht beider Parteien, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der jeweils anderen Partei Rücksicht zu nehmen (vgl. § 241 II BGB), etwa von Seiten des Verkäufers bei der Anlieferung der Kaufsache zur Übereignung und Übergabe nicht die sonstigen Rechtsgüter des Käufers zu schädigen²³, ferner bei Nichtlieferung der Kaufsache trotz Fristsetzung ein Rücktrittsrecht des Käufers aus § 323 I BGB.²⁴ Dieses Schuldverhältnis i.w.S. ist z.B. in § 273 BGB angesprochen, wenn dort dem Schuldner das Recht eingeräumt wird, die von ihm geschuldete Leistung zu verweigern, solange die andere Partei eine ihr obliegende Pflicht „aus demselben rechtlichen Verhältnis“ nicht erfüllt hat (Zurückbehaltungsrecht).

4. Besondere Typen von Schuldverhältnissen

a) Dauerschuldverhältnisse

Die „einfachen“, auf einmaligen Leistungsaustausch gerichteten Schuldverhältnisse wie Kauf- oder Werkvertrag werden von den sog. Dauerschuldverhältnissen unterschieden. Dauerschuldverhältnisse zeichnen sich in der Regel dadurch aus, dass die Parteien über einen längeren Zeitraum miteinander in Vertragsbeziehungen stehen und während der Vertragslaufzeit ständig neue Leistungs- und Rücksichtnahmepflichten begründen.²⁵ Es werden also **über einen längeren Zeitraum wiederholt Leistungen ausgetauscht**, beim Dienst- bzw. Arbeitsvertrag etwa Monat für Monat Dienste bzw. Arbeit gegen Entgelt verrichtet, beim Mietvertrag in zeitlichen Intervallen eine Wohnung, ein Auto etc. zum Gebrauch gegen Mietzahlung überlassen. Ein Dauerschuldverhältnis ist jedoch auch dergestalt denkbar, dass es zwar – wie etwa die Bürgschaft für einen Kontokorrentkredit – auf eine längere Zeitspanne angelegt ist, gleichwohl aber nur einmal die Leistung zu erbringen ist, etwa im Bürgschaftsfall bei Ausfall des Hauptschuldners. Die Grenzlinie zwischen einfachen Leistungsverhältnissen und Dauerschuldverhältnissen ist deswegen unscharf und im einzelnen Fall nicht immer eindeutig zu bestimmen.

Der Dauercharakter dieser Schuldverhältnisse bedingt in jedem Fall, dass besondere Rechtsbehelfe erforderlich sind. Beispielsweise wäre die Rückgängigmachung eines Dauerschuldvertrages durch Rücktritt unangemessen, wenn eine Vertragsstörung nach Vollzugsetzung des Vertrages auftritt. Bis zum Zeitpunkt der Vertragsstörung sind zwischen den Vertragsparteien möglicherweise zahlreiche Leistungen ausgetauscht worden, für die ein wirksamer Rechtsgrund bestand. Es wäre kaum praktikabel und auch nicht sinnvoll, eine umfassende Anzahl ausgetauschter Leistungen rückwirkend (*ex tunc*) zu korrigieren. Eine solche Rückabwicklung wäre mit erheblichem Aufwand verbunden und es käme für die in der Vergangenheit erbrachten Leistungen in der Regel nur ein Anspruch auf Wertersatz in Betracht.²⁶ Eine Rückabwicklung in Natur scheidet nämlich bei Dauerschuldverhältnissen zum einen an der Art der erbrachten Leistung, zum anderen daran, dass zeitlich lang zurückliegende Leistungen regelmäßig bereits verbraucht sein werden. Deswegen ist es im Interesse der Parteien, Dauerschuld-

²² Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT, Rdn. 3.

²³ Diese Pflicht wäre z.B. verletzt, wenn der LKW des Verkäufers die Toreinfahrt beim Käufer rammt oder bei der Anlieferung in der Wohnung eine Vase des Käufers aus dessen Regal gestoßen wird.

²⁴ Siehe dazu die Vorlesung „Leistungsstörungenrecht mit Kaufvertrags- und Werkvertragsrecht“.

²⁵ Dazu Staudinger/Olzen (2015), § 241 Rdn. 358 ff.

²⁶ Harke, Allgemeines Schuldrecht, Rdn. 125.

verhältnisse nur mit Wirkung für die Zukunft (*ex nunc*) zu beenden. Weder die §§ 346 ff. BGB noch die §§ 812 ff. BGB finden in diesem Fall Anwendung. Stattdessen ist das Dauerschuldverhältnis zu **kündigen**. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem Recht zur ordentlichen und demjenigen zur außerordentlichen Kündigung: Das ordentliche Kündigungsrecht ist von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig, während eine außerordentliche Kündigung grundsätzlich ohne Einhaltung einer Frist aus wichtigem Grund (vgl. allgemein § 314 BGB) möglich ist.

Dauerschuldverhältnisse können auch durch Fristablauf enden, wenn sie für eine bestimmte Zeit vereinbart sind. Denkbar ist eine Befristung auf einen bestimmten Zeitraum, etwa der Abschluss eines Miet- oder Arbeitsvertrags für ein Jahr. Das Schuldverhältnis endet dann automatisch mit Ablauf der vereinbarten Zeit. Beispiele hierfür finden sich im Mietrecht (§ 542 II BGB) oder im Arbeitsrecht (§ 15 I TzBfG). Fehlt es an einer Befristung, so ist eine Kündigung erforderlich, um das Schuldverhältnis zu beenden. Als außerordentliche Kündigung bleibt sie in der Regel auch bei befristeten Verträgen möglich, während eine ordentliche Kündigung prinzipiell ausgeschlossen ist (siehe z.B. im Mietrecht §§ 542 II, 543 I BGB). Besonderheiten gelten im Insolvenzrecht (§§ 108 ff. InsO – z.B. Sonderkündigungsrecht des Insolvenzverwalters unbeschadet der Vertragslaufzeit gemäß § 109 I InsO).

b) Gesellschaftsverhältnisse

Nach der Systematik des BGB ist auch die Gesellschaft (bürgerlichen Rechts) als Schuldverhältnis einzuordnen (§§ 705 ff. BGB; darauf aufbauend für die Gesellschaften des Handelsrechts §§ 105 ff. HGB). Zunehmend wird jedoch erkannt, dass es sich um eine ganz besondere Art des Schuldverhältnisses handelt, das eine Organisation – die Gesellschaft – hervorbringt. Es wird deshalb auch vom Organisationsrecht gesprochen.

Während sich bei den schuldrechtlichen Austauschverträgen die Interessen der Parteien gegenläufig auf die synallagmatisch verknüpfte Leistung des jeweiligen Vertragspartners richten, ist der von allen Gesellschaftern getragene Gleichlauf der Interessen kennzeichnend für das gesellschaftsrechtliche Schuldverhältnis. Die (Leistungs-)Pflichten der Parteien stehen also nicht im Synallagma zueinander.²⁷

Details zum Organisationsrecht der Gesellschaften werden in der Vorlesung „Gesellschaftsrecht“ im 3. Semester behandelt.

B. Erlöschen des Schuldverhältnisses

Das BGB enthält im vierten Abschnitt des zweiten Buches (§§ 362 ff. BGB) Regelungen über das Erlöschen von Schuldverhältnissen. Sie beziehen sich – wie ausgeführt²⁸ – auf die Schuldverhältnisse i.e.S., also einzelne Forderungsrechte. Darin wird an erster Stelle der praktische Regelfall des Erlöschens, die Erfüllung (§§ 362 – 371 BGB) geregelt. Diese tritt ein, wenn der Schuldner seinen Verpflichtungen in ordnungsgemäßer Weise gegenüber dem Gläubiger nachkommt, also z.B. ein Bäcker das verkaufte Brötchen gemäß § 929 BGB an den Kunden übereignet bzw. dieser im Gegenzug den Kaufpreis an den Bäcker zahlt. Daneben spielt auch die Aufrechnung (§§ 387 – 396 BGB) eine wichtige Rolle als Erlöschenstatbestand: Haben Gläubiger und Schuldner gegenseitige gleichartige Forderungen, so kann die Leistungspflicht des Schuldners durch eine „Verrechnung“ mit einer Forderung gegen den Gläubiger getilgt werden. Hat etwa der Käufer des Brötchens vom Bäcker aus einem anderen Rechtsgrund noch Geld zu bekommen, so kann er seine eigene Forderung mit dem Anspruch

²⁷ Oben A III. 1.

²⁸ Oben A. III. 3.

des Bäckers auf Kaufpreiszahlung verrechnen. Weitere, weniger wichtige Erlöschensgründe sind die Hinterlegung (§§ 372 – 386 BGB) und der Erlass (§ 397 I BGB) bzw. das negative Schuldanerkenntnis (§ 397 II BGB).

Diese im Abschnitt über das „Erlöschen der Schuldverhältnisse“ (§§ 362 ff. BGB) enthaltenen Erlöschensgründe sind allerdings nicht die einzigen im BGB geregelten. Vielmehr finden sich an verschiedenen Stellen, insbesondere im Leistungsstörungsrecht, weitere Erlöschungsgründe, die in zivilrechtlichen Klausuren eine viel wichtigere Rolle spielen als die Erfüllung, Aufrechnung etc. So kann eine konkrete Leistungspflicht, also ein Schuldverhältnis i.e.S., etwa auch durch Unmöglichkeit der Leistung (§ 275 I BGB) oder Gegenleistung (§ 326 I BGB), ein Vertrag, also ein Schuldverhältnis i.w.S., durch Kündigung erlöschen. Derartige Erlöschensgründe werden in der Vorlesung „Leistungsstörungsrecht mit Kauf- und Werkvertragsrecht“ behandelt. Eine Sonderstellung nimmt der Rücktritt ein (§§ 323, 313 III BGB): Mit Ausübung des Rücktrittsrechts erlöschen die konkreten Leistungspflichten aus dem Vertrag, also die Schuldverhältnisse i.e.S., während das Schuldverhältnis i.w.S. umgewandelt wird in ein sog. Rückgewährschuldverhältnis. Aus diesem neuen Rückgewährschuldverhältnis entstehen neue, konkrete Leistungspflichten, mithin Schuldverhältnisse i.e.S.

Beispiel: V verkauft K einen Aston Martin DB11. Aus dem Schuldverhältnis i.w.S. (Kaufvertrag) folgen die konkreten Forderungsrechte, also die Schuldverhältnisse i.e.S., die hier dazu führen, dass K die Übergabe und Übereignung eines mangelfreien Aston Martin DB11 von V (§ 433 I BGB) und V seinerseits von K die Zahlung des Kaufpreises und Abnahme (§ 433 II BGB) verlangen kann. Erklärt nun eine der Parteien den Rücktritt vom Vertrag, erlöschen diese Forderungsrechte aus § 433 BGB. An deren Stelle treten aus dem Rückgewährschuldverhältnis, welches das modifizierte Schuldverhältnis i.w.S. ist, die neuen Forderungsrechte, also die Schuldverhältnisse i.e.S., die beim Rücktritt vor allem aus §§ 346 I und II, 347 BGB folgen: So sind insbesondere die empfangenen Leistungen zurückzugewähren (§ 346 I BGB) und, falls dies nicht möglich ist, ist Wertersatz zu leisten (§ 346 II BGB). Sollte V in dem Beispiel den Aston Martin DB11 bereits an K übergeben und übereignet haben, wäre K nach erklärtem Rücktritt verpflichtet, V den Wagen wieder herauszugeben und das Eigentum hieran zurück zu übertragen; der Anspruch des V gegen K auf Kaufpreiszahlung wäre erloschen.

Das Schuldverhältnis i.e.S. erlischt und das Schuldverhältnis i.w.S. wird ebenfalls umgewandelt, wenn ein Verbraucher von einem ihm gesetzlich eingeräumten Widerrufsrecht (§ 355 BGB) Gebrauch macht, etwa weil der Vertrag an der Haustüre geschlossen wurde (§§ 312b, 313g I BGB), es sich um einen Fernabsatzvertrag (§§ 312c, 312g I BGB) oder um einen Verbraucherkreditvertrag (§§ 491, 495 BGB) handelt. Derartige im Verhältnis zwischen Verbrauchern (§ 13 BGB) und Unternehmern (§ 14 BGB) bestehende, an besondere Voraussetzungen geknüpfte Erlöschensgründe sind Gegenstand der Vorlesung „AGB- und Verbraucherrecht“.

Im Klausuraufbau ist das Erlöschen des Schuldverhältnisses in allen genannten Fällen an zweiter Stelle zu prüfen.²⁹ In einem ersten Schritt ist zu fragen, ob der Anspruch wirksam entstanden ist und ob ihm keine rechtshindernden Einwendungen entgegenstehen. An dieser ersten Stelle sind zumeist Problemstellungen des BGB AT von Bedeutung.³⁰ Anschließend ist zu untersuchen, ob der entstandene Anspruch untergegangen, also erloschen ist. Die §§ 362 ff. BGB zählen damit – wie auch die Erlöschensgründe des Leistungsstörungs- und Verbraucherschutzrechts – zu den rechtsvernichtenden Einwendungen. Ist der entstandene Anspruch nicht erloschen, kann im dritten Schritt geprüft werden, ob er auch durchsetzbar ist.

I. Erfüllung (§§ 362 ff. BGB)

Literatur (Auswahl): *Bülow*, Grundfragen der Erfüllung und ihrer Surrogate, JuS 1991, 529; *Ehmann*, Die Funktion der Zweckvereinbarung bei der Erfüllung, JZ 1968, 549; *Ehricke*, Die Anfechtung einer Tilgungsbestimmung gem. § 366 Abs. 1 BGB wegen Irrtums, JZ 1999, 1075; *Gernhuber*, Handbuch des Schuldrechts, Band 3 –

²⁹ Vgl. dazu *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 3), § 3 Rdn. 12 f.

³⁰ Vgl. dazu *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 3), § 3 Rdn. 7 ff.

Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994; *Looschelders/Erm*, Die Erfüllung – dogmatische Grundlagen und aktuelle Probleme, JA 2014, 161; *S. Lorenz*, Grundwissen Zivilrecht: Erfüllung (§ 362 BGB), JuS 2009, 109; *Muscheler/Bloch*, Erfüllung und Erfüllungssurrogate, JuS 2000, 729; *Schreiber*, Erfüllung durch Leistung an Minderjährige, Jura 1993, 666; *Schreiber*, Leistung an Erfüllungs Statt und erfüllungshalber, Jura 1996, 328; *Taupitz*, Vertragserfüllung durch Leistung an den »Vertreter« des Gläubigers, JuS 1992, 449.

1. Allgemeines

Die Erfüllung ist – wie erwähnt – der praktische Regelfall des Erlöschens eines Schuldverhältnisses und tritt nach § 362 I BGB ein, „wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird.“ Sie zeichnet sich dadurch aus, dass der Schuldner seine nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zu erbringende Leistung (Handlung oder Unterlassung) tatsächlich bewirkt und dadurch das ursprüngliche Leistungsinteresse des Gläubigers befriedigt.³¹

2. Voraussetzungen des Erlöschens des Schuldverhältnisses durch Erfüllung

a) Regelfall: Bewirken der geschuldeten Leistung

Die Regelung in § 362 I BGB knüpft das Erlöschen des Schuldverhältnisses nur an eine Voraussetzung: das Bewirken der geschuldeten Leistung. Zentrale Frage ist daher, wann ein Bewirken der geschuldeten Leistung vorliegt.

Dafür ist erforderlich, dass der Schuldner seine Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger so erfüllt, wie es vereinbart wurde (bei rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen) oder gesetzlich bestimmt ist (bei gesetzlichen Schuldverhältnissen), er also zur richtigen Zeit, am richtigen Ort, an den richtigen Gläubiger die richtige Leistung erbringt. Welche dieser Parameter im einzelnen Fall relevant sind, ergibt sich aus dem Schuldverhältnis; sie müssen nicht alle und in jedem Fall von Bedeutung sein. Gerade im Hinblick auf Leistungszeit und -ort ist zu berücksichtigen, dass diese für die Frage der wirksamen Erfüllung nur maßgeblich sind, wenn sie ein Identitätsmerkmal der geschuldeten Leistung darstellen³², d.h. die Leistung nur zu einem bestimmten Zeitpunkt oder nur an einem bestimmten Ort erbracht werden kann.³³ Als Beispiel ist die Errichtung eines Hauses zu nennen, welche nur dann zur Erfüllung führt, wenn der Werkunternehmer das Haus am richtigen Ort – nämlich dem vereinbarten Grundstück – errichtet. Verdichtet sich der örtliche oder zeitliche Bezug der Leistung nicht zum Identitätsmerkmal des Schuldverhältnisses, so gelten die gesetzlichen Regeln (§§ 269 – 271 BGB), d.h. die Leistung kann sofort bewirkt und gefordert werden (§ 271 I BGB) und ist am Wohnort des Schuldners (§ 269 I BGB), bei Geldleistungen am Wohnort des Gläubigers (§ 270 I BGB), zu erbringen.

Weiterhin muss der Schuldner eine *Leistung* i.S.v. § 362 I BGB erbringen. Grundsätzlich ist hierunter nicht nur die Vornahme einer Leistungshandlung (z.B. Abschicken der Kaufsache), sondern der Eintritt des Leistungserfolges (z.B. Verschaffung von Eigentum und Besitz) zu verstehen.³⁴ Der Schuldner muss seinerseits alles tun, was erforderlich ist, um einen geschuldeten Leistungserfolg herbeizuführen. Dazu kann es ggf. gehören, dass er seine Leistungshandlungen wiederholt, wenn der Erfolg nicht beim ersten Mal eintritt.

Beispiel: K bestellt online beim Versandhändler V das Buch „Schachnovelle“ von Stefan Zweig. V verschickt das Buch, es kommt jedoch bei K nie an. V muss ein neues Exemplar des Buches verschicken, seine Leistungshandlung also wiederholen, um seine Pflicht aus § 433 I BGB gemäß § 362 I BGB zu erfüllen.

³¹ Grundwissen zur Erfüllung bei *Lorenz*, JuS 2009, 109.

³² *Muscheler/Bloch*, JuS 2000, 729, 731; *MünchKommBGB/Fetzer*, § 362 Rdn. 3.

³³ *Gernhuber*, Handbuch Schuldrecht, § 2 II. 1. und § 3 I. 1.

³⁴ Allgemeine Meinung; vgl. nur *MünchKommBGB/Fetzer*, § 362 Rdn. 2 m.w.N.

Was den Erfolg einer Leistung ausmacht, bestimmt das Schuldverhältnis. Bei einem Kaufvertrag ist etwa erforderlich, dass die Sache dem Käufer nicht nur übergeben wird, sondern er auch Eigentum hieran erlangt (§ 433 I 1 BGB). In Ausnahmefällen kann auch nur die Vornahme einer Leistungshandlung geschuldet sein, und zwar dann, wenn der Inhalt des Schuldverhältnisses nicht auf den Eintritt eines Erfolges gerichtet ist, sondern sich in der Vornahme einer bestimmten Tätigkeit, wie etwa beim Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB), erschöpft.³⁵ In einem solchen Fall ist der Eintritt des Leistungserfolges ausnahmsweise nicht Voraussetzung für die Erfüllung i.S.v. § 362 I BGB.

b) Die Rechtsnatur der Erfüllung und ihre Konsequenzen für den Erfüllungstatbestand

Ob das schlichte Bewirken der Leistung genügt, um das Schuldverhältnis erlöschen zu lassen, oder ob der Erfüllungstatbestand zusätzlich eines (ungeschriebenen) subjektiven Merkmals in Form einer Willenseinigung der Parteien oder in Form eines Erfüllungswillens des Schuldners bedarf, ist seit Inkrafttreten des BGB umstritten.³⁶ Die hierzu vertretenen Ansichten führen jedoch in der Regel nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen, sondern unterscheiden sich lediglich dadurch, dass sie auf unterschiedlichen Wegen dorthin gelangen. Ihre praktische Relevanz ist daher gering.³⁷ Studenten sollten sich mit den unterschiedlichen Theorien jedoch vertraut machen, da sie als zivilrechtliche „Klassiker“ gelten und in Klausuren oder mündlichen Prüfungen als Standardwissen abgeprüft werden können.

aa) Vertragstheorie

Nach der in den Jahren nach Inkrafttreten des BGB vorherrschenden Vertragstheorie³⁸ gehört zum Tatbestand der Erfüllung neben der Herbeiführung des Leistungserfolges (Leistungsgeschäft) ein auf Aufhebung des Schuldverhältnisses gerichteter Vertrag (Erfüllungsvertrag).

bb) Zweckvereinbarungstheorie

Nach den Vertretern der Zweckvereinbarungstheorie³⁹ besteht die Erfüllung ebenfalls aus einem zweigliedrigen Tatbestand. Er umfasst neben dem objektiven Tatbestandsmerkmal, dem Bewirken der Leistung, eine rechtsgeschäftliche Einigung über den Zweck der Leistung. Die Einigung hat im Gegensatz zum Erfüllungsvertrag keine schuldaufhebende Wirkung, sondern dient der einvernehmlichen Zuordnung der Leistung zu einem bestimmten Schuldverhältnis.

cc) Theorie der finalen Leistungsbewirkung

Vertreter der sog. Theorie der finalen Leistungsbewirkung zählen zum Erfüllungstatbestand eine Zweckbestimmung des Leistenden, die entweder als geschäftsähnliche Handlung oder als einseitiges Rechtsgeschäft qualifiziert wird.⁴⁰ Für diesen Ansatz spricht vor allem ein Blick in das Bereicherungsrecht: Dort ist für die Erfüllung der Leistungsbegriff des § 812 I BGB maßgeblich, der den Zweck hat, eine fehlgeschlagene oder nicht gerechtfertigte Güterbewegung

³⁵ *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 763; i.E. auch BeckOK BGB/*Dennhardt*, § 362 Rdn. 12.

³⁶ Dazu ausführlich *Gernhuber*, Handbuch Schuldrecht, § 5 II.; MünchKommBGB/*Fetzer*, § 362 Rdn. 6 ff. m. Nachweisen zu den Vertretern der einzelnen Theorien.

³⁷ *Gernhuber*, Handbuch Schuldrecht, § 5 II. 2.

³⁸ *Von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd 2, 2. Halbbd. 1918, S. 83.

³⁹ *Ehmann*, JZ 1968, 549, 550; *Rother*, AcP 169 (1969), 1 (26 ff.).

⁴⁰ *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, 1967, S. 282 ff.; *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, S. 11 ff.; *Bülow*, JuS 1991, 529 (530 f.).

zu korrigieren – mithin einen fehlgeschlagenen Erfüllungsvorgang umzukehren.⁴¹ Es ist ein Widerspruch, wenn die Korrektur des Erfüllungsvorgangs von der willentlichen Zwecksetzung des Leistenden abhängig sein soll⁴², der Erfüllungsvorgang selbst hingegen nicht.

dd) Theorie der realen Leistungsbewirkung

Gleichwohl durchgesetzt hat sich in Schrifttum⁴³ und Rechtsprechung⁴⁴ die Theorie der realen Leistungsbewirkung. Danach ist der Tatbestand der Erfüllung im Normtext des § 362 I BGB abschließend geregelt und besteht ausschließlich aus der Herbeiführung des Leistungserfolges. Auf zusätzliche subjektive Momente wird im Rahmen der Erfüllung verzichtet.

ee) Stellungnahme

Die h.M. hält weiterhin an der Theorie der realen Leistungsbewirkung fest, u.a. mit dem Argument, die vertraglichen Ansätze könnten dem Erfüllungsvorgang nicht gerecht werden. Das sei beispielsweise der Fall, wenn die geschuldete Leistung in einem nicht-rechtsgeschäftlichen Handeln oder Unterlassen besteht.⁴⁵ Zudem stehe nur die Theorie der realen Leistungsbewirkung im Einklang mit dem Wortlaut des § 362 I BGB, der eine zusätzliche Einigung nicht für erforderlich hält. Richtig hieran ist, dass § 362 I BGB – anders als § 311 I BGB, der für eine Änderung und damit auch für eine Aufhebung des Schuldverhältnisses einen Vertragsschluss zwischen Gläubiger und Schuldner zwingend verlangt – es genügen lässt, wenn allein der Schuldner die Leistung *bewirkt*. Eine Einigung der Parteien ist also nicht erforderlich. Das sagt aber noch nichts darüber aus, ob aufseiten des leistenden Schuldners auf eine Tilgungsbestimmung verzichtet werden kann.

Gemäß § 366 I BGB hat der *Schuldner* das Recht, eine Tilgungsbestimmung zu treffen; eine *Zweckvereinbarung* mit dem Gläubiger, wie von den Vertretern der Zweckvereinbarungstheorie verlangt, widerspricht folglich auch hier der gesetzlichen Wertung. Andererseits bestätigt § 366 I BGB den Ansatz der Anhänger der finalen Leistungsbewirkung, da die Regelung deutlich macht, dass die tatsächliche Leistung des Schuldners nicht ausreicht, um eine aus mehreren Schuldverhältnissen stammende Verbindlichkeit zu tilgen. Erforderlich ist vielmehr, wie auch aus dem Bereicherungsrecht bekannt, eine Zweck- oder Tilgungsbestimmung.⁴⁶ Die Tilgungserklärung stellt dann – ebenso wie im Bereicherungsrecht die Zweckbestimmung – den Bezug zwischen der Leistungshandlung und dem Rechtsgrund (*causa*) der Leistung her. Allerdings kann Erfüllung aufgrund der gesetzlichen Tilgungsordnung des § 366 II BGB auch dann eintreten, wenn der Schuldner, ohne von seinem Tilgungsbestimmungsrecht Gebrauch zu machen, an den Gläubiger leistet. Die h.M. nimmt deswegen an, der Gesetzgeber habe ein subjektives Element in Form einer Tilgungsbestimmung durch den Schuldner bewusst für entbehrlich gehalten.

Gegen die ein subjektives Element fordernden Theorien wird auch vorgebracht, dass sie den Eintritt der Erfüllung an die Wirksamkeit des Erfüllungsvertrages oder der Zweckvereinbarung knüpfen und dadurch die Erfüllung den allgemeinen Vorschriften des BGB AT unter-

⁴¹ Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 1994, § 67 II. 1. d) (S. 133).

⁴² Zur Erinnerung: Eine Leistung i.S.d. § 812 I 1 Fall 1 BGB ist jede bewusste und *zweckgerichtete* Vermehrung fremden Vermögens (st. Rspr., s. nur BGHZ 40, 272 [277]; BGHZ 58, 184 [188]; zuletzt BGH NJW 2016, 3027 [Rdn. 34]).

⁴³ Palandt/Grüneberg, § 362 Rdn. 1; Staudinger/Olzen (2016), § 362 Rdn. 14; MünchKommBGB/Fetzer, § 362 Rdn. 7.

⁴⁴ BGH ZIP 2015, 1426 (Rdn. 13); BGH NJW 2014, 547 (Rdn. 21); BGH NJW 2010, 3510 (Rdn. 25).

⁴⁵ Staudinger/Olzen (2016), Vorbemerkungen zu §§ 362 ff Rdn. 14.

⁴⁶ Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT, Rdn. 354.

werfen. Erfüllung würde folglich nicht eintreten, wenn Schuldner oder Gläubiger aufgrund von Willensmängeln (§§ 119 ff. BGB) anfechten würden, ein Verstoß gegen §§ 134, 138 BGB, fehlende Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) oder Mängel im Rahmen einer Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) vorlägen.

Wenn man der Theorie der realen Leistungsbewirkung folgt und davon ausgeht, dass eine Tilgungserklärung grundsätzlich nicht erforderlich ist, dann müssten Fälle denkbar sein, in denen eine Schuld *ohne* Abgabe einer Tilgungsbestimmung bewirkt wird. Schwierig zu beantworten ist dann aber, wie solche Leistungen bei fehlendem Rechtsgrund bereicherungsrechtlich korrigiert werden könnten, weil § 812 I 1 Fall 1 BGB eine Zweckbestimmung voraussetzt, die – wie bereits gesagt – mit der Tilgungsbestimmung inhaltlich vergleichbar ist. Gibt der Schuldner (vermeintlich) keine Tilgungsbestimmung ab, dann kann schwerlich von einer Zweckbestimmung ausgegangen werden; der Anspruch aus § 812 I 1 Fall 1 BGB würde demnach nicht greifen.

Der Streit kann aber letztlich dahingestellt bleiben, weil auch der BGH, der grundsätzlich in ständiger Rechtsprechung der Theorie der realen Leistungsbewirkung folgt⁴⁷, die allgemeinen Rechtsgeschäftsregeln heranzieht, wenn das Ergebnis einer Leistung im konkreten Einzelfall wertungsmäßig – etwa wegen Irrtums – korrekturbedürftig ist.⁴⁸ Der entscheidende Unterschied zwischen finaler und realer Leistungsbewirkung besteht folglich darin, dass nach erstem Ansatz die allgemeinen Rechtsgeschäftsregeln *immer* zu prüfen sind, während dies nach letztem Ansatz nur der Fall ist, wenn es Gründe gibt, die Erfüllungswirkung einer Leistung anzuzweifeln.

In einer universitären Übungsarbeit bietet es sich an, der h.M. zu folgen und Erfüllung grundsätzlich schon bei objektiver Leistungsbewirkung anzunehmen und die Wirksamkeit nach §§ 104 ff. BGB nicht anzusprechen. Sie sparen sich auf diese Weise einen Zwischenschritt, auf den es häufig nicht ankommt. Anders ist es nur, wenn die Arbeit darauf ausgelegt ist, die Wirksamkeit der Leistungsbewirkung zu prüfen.

⇒ Fall Nr. 1 – Spaß mit dem Mofa

c) Erfüllung in Person oder durch Beteiligung Dritter

Von einem „Bewirken“ der geschuldeten Leistung gemäß § 362 I BGB kann grundsätzlich nur die Rede sein, wenn der Eintritt des Leistungserfolgs zumindest auch auf einer Handlung des Schuldners beruht.⁴⁹ Die unverlangte Leistungshandlung eines Dritten ohne Zutun des Schuldners kann demnach im Grundsatz nicht zur Erfüllung führen.

Beispiel: Bank B des Schuldners S überweist unverlangt, also ohne einen dahingehenden Überweisungsauftrag von S⁵⁰, 100 € an den Gläubiger G. Weil es hier an einer dem S zurechenbaren Handlung fehlt, ist im Verhältnis zwischen S und G durch die Überweisung keine Erfüllung eingetreten, selbst wenn S dem G 100 € tatsächlich geschuldet haben sollte.

Das bedeutet jedoch nicht, dass an der Erfüllung kein Dritter mitwirken, mithin die Leistung nur vom Schuldner persönlich erbracht werden kann. Auch die Leistungsbewirkung durch einen Dritten ist unter bestimmten Voraussetzungen erfüllungstauglich. Die Mitwirkung eines

⁴⁷ Siehe etwa BGH NJW 2015, 2497 (Rdn. 13); BGH NJW 2010, 3510 (Rdn. 20); BGH NJW 2007, 3488, 3489; BGH WM 1991, 454, 455.

⁴⁸ Vgl. den Leitsatz von BGH NJW 1989, 1792: „Die bei der Leistung vorgenommene Tilgungsbestimmung des Schuldners ist wegen Irrtums anfechtbar“; s. auch BGH NJW 2015, 2497 (Rdn. 14 f.).

⁴⁹ Palandt/*Grüneberg*, § 362 Rdn. 1.

⁵⁰ Darin läge die Zahlungsautorisierung i.S.v. § 675j I BGB.

Dritten ist sowohl an Stelle des Schuldners bei der Vornahme der Leistungshandlung als auch auf Seiten des Gläubigers als Empfänger der Leistung möglich.

aa) Leistung an einen Dritten (§§ 362 II, 185 BGB)

§ 362 II BGB stellt klar, dass auch die Leistung an eine dritte Person zur Erfüllung führen kann. Der Grundsatz, dass der Schuldner an den richtigen Gläubiger, in der Regel also den Vertragspartner, zu leisten hat, kann dahingehend modifiziert sein, dass der Schuldner an einen Dritten leisten kann oder soll. Voraussetzung ist aber, dass der Dritte nach § 185 BGB zur Entgegennahme der Leistung in eigenem Namen *mit Wirkung für* den Gläubiger ermächtigt wurde.⁵¹ Eine solche Ermächtigung kann rechtsgeschäftlich durch Einwilligung (§§ 185 I, 183 BGB) oder Genehmigung (§§ 185 II, 184 BGB) des Gläubigers erfolgen oder gesetzlich bestimmt sein (vgl. §§ 1074, 1282 BGB). Liegt eine ausdrückliche Ermächtigung nicht vor, so kann sich diese auch aus den Umständen ergeben, wobei die Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen ist.⁵²

Beispiel: Student S hat mehrere Lehrbücher und Kommentare seines Mitbewohners M – mit Wissen des M – an seinen Kommilitonen K für die Anfertigung einer Hausarbeit ausgeliehen (§ 598 BGB). K war mit Ablauf der Bearbeitungszeit zur Zurückgabe der Bücher an S verpflichtet. Kommilitone K war also Schuldner, S Gläubiger des Rückgabeanspruchs aus § 604 BGB. Als K schließlich die Bücher zurückbringen möchte, ist S für einige Tage verreist. K übergibt die Bücher daher an den Mitbewohner M. Zwar ist M nicht ausdrücklich zur Entgegennahme der geschuldeten Leistung (Rückgabe der Bücher) ermächtigt worden. Jedoch sprechen die Umstände des konkreten Falles dafür, dass M die Bücher für S in Empfang nehmen durfte. Der Anspruch des S gegen K auf Rückgabe der entliehenen Bücher (§ 604 BGB) ist folglich nach §§ 362 II, 185 BGB durch Leistung an den Dritten M erloschen.

Die konkrete Interessenlage kann jedoch auch das Gegenteil ergeben, nämlich dass der Dritte gerade nicht zum Empfang der Leistung für den Gläubiger ermächtigt sein soll. Mehr hierzu in unserem

⇒ *Fall Nr. 2 – Untreuer Notar*

Die Leistung an einen Dritten nach §§ 362 II, 185 BGB darf nicht mit dem sog. Vertrag zugunsten eines Dritten (§§ 328 ff. BGB; dazu unten S. 96 ff.) verwechselt werden. Letzterer ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Dritter durch Vereinbarung zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger „unmittelbar das Recht erwirbt, die (vertragliche) Leistung zu fordern“ (§ 328 I BGB), d.h. nicht der Versprechensempfänger erwirbt den Anspruch aus dem Vertrag, sondern nur der Dritte. Nur er kann als Gläubiger den Schuldner in Anspruch nehmen. Konsequenterweise ist es dem Versprechensempfänger auch verwehrt, die vertragliche Leistung an sich zu fordern; er kann lediglich vom Schuldner verlangen, dass er an den Dritten leistet (§ 335 BGB).

Im Gegensatz dazu erwirbt der Dritte i.S.v. §§ 362 II, 185 BGB keinen Anspruch darauf, dass an ihn geleistet wird. Er ist vielmehr nur „Empfangsstelle“ des Gläubigers, an die der Schuldner leisten kann, aber nicht muss. Seine Position wird – im Gegensatz zum Vertrag zugunsten eines Dritten – durch einseitige Ermächtigung des Gläubigers begründet (§ 185 BGB) und nicht etwa durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger (§ 328 I BGB).

⁵¹ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 347; *MünchKommBGB/Fetzer*, § 362 Rdn. 14.

⁵² BGHZ 87, 156, 163 = BGH NJW 1983, 1605, 1606; BGH NJW 1994, 2947, 2948; BGH NJW 1998, 746, 747 (juris-Rdn. 20) zur Auslegung einer Regelung in einem notariellen Kaufvertrag, nach der der Kaufpreis für ein Grundstück an den Verkäufer zu Händen der Grundpfandgläubiger auszuzahlen war; BGH NJW 2007, 845, 846 (Rdn. 12): keine Erfüllungswirkung von Zahlungen auf ein Notaranderkonto sowie an ein Kreditinstitut, das als Treuhänder beider Vertragsparteien eingeschaltet wird.

bb) Leistung in Person

Ob der Schuldner in Person leisten muss oder er sich eines Erfüllungsgehilfen bedienen bzw. die Leistung überhaupt einem Dritten – sei es eines Angestellten oder Subunternehmers – überlassen darf, hängt vom Inhalt des Schuldverhältnisses ab. Eine persönliche Leistungspflicht des Schuldners kann sich aus dem Gesetz, einer ausdrücklichen oder konkludenten vertraglichen Vereinbarung der Parteien oder dem Wesen des Schuldverhältnisses ergeben.⁵³ Ist die vertragliche Vereinbarung unbestimmt, so ist auf gesetzliche Zweifelsregeln zu achten (z.B. § 613 BGB im Dienstvertragsrecht und § 664 I 1 BGB im Auftragsrecht).

Kraft Gesetzes wird etwa der Vereinsvorstand (§§ 27 III, 664 I BGB), der Dienstverpflichtete (§ 613 S. 1 BGB), Beauftragte (§ 664 I BGB), Verwahrer (§ 691 I BGB) und Testamentsvollstrecker (§ 2218 I BGB) zum persönlichen Tätigwerden verpflichtet. Beispiele für eine stillschweigende vertragliche Vereinbarung bzw. eine Pflicht aus dem Wesen des Schuldverhältnisses sind die Erbringung künstlerischer oder wissenschaftlicher Leistungen, Gutachten oder Werke bzw. medizinische Behandlungen, bei denen die besondere Fachkunde, Fertigkeit oder Kreativität des Schuldners den Wert der Leistung selbst ausmachen.⁵⁴

Beispiel: Der berühmte Tenor T wird in Person singen, der erfolgreiche Fußballspieler F wird selbst die Fußballschuhe anziehen und auf dem Platz antreten müssen. Der Arzt hat die Behandlung des Patienten ebenfalls in Person zu erbringen (§ 630a BGB), er darf jedoch zur Unterstützung Erfüllungsgehilfen beschäftigen.

cc) Leistung durch einen Dritten (§§ 362 I, 267 BGB)

Das BGB sieht in § 267 BGB vor, dass auch ein Dritter die geschuldete Leistung bewirken kann, wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten hat. Dritter ist, wer auf eine *fremde* Schuld eine *eigene* Leistung erbringt.⁵⁵ Kein Dritter ist daher, wer für den Schuldner als Vertreter (§§ 164 ff. BGB), Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) oder als Schuldübernehmer⁵⁶ leistet oder wer mit der Leistung die Tilgung einer *eigenen* Schuld verfolgt, so etwa der Bürge (§ 765 BGB) oder Gesamtschuldner (§ 421 BGB).⁵⁷

Inwieweit ein Dritter statt des Schuldners leisten darf, richtet sich – wie zuvor gesagt – nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses. Da eine Leistung in Person vom Schuldner nur verlangt wird, wenn dieser besondere Fachkunde oder Fertigkeiten hat, gilt für den Massenverkehr, dass die Leistung durch Dritte prinzipiell möglich ist. Als Faustformel lässt sich daher sagen: Die Einschaltung eines Dritten ist immer möglich (Regel), es sei denn, der Schuldner muss in Person tätig werden (Ausnahme). Vor allem bei einer Geldzahlung kann stets ein Dritter anstatt des Schuldners leisten, da es keine „unpersönlichere“ oder neutralere Leistung als die Geldzahlung gibt. Auch bei Werk- oder Dienstleistungen kann eine Leistung durch eine andere Person als den Schuldner in Betracht kommen, wobei in der Praxis häufiger ein Erfüllungsgehilfe (Angestellter oder Subunternehmer) als ein Dritter i.S.d. § 267 BGB tätig sein wird. Deswegen ist Vorsicht geboten, um nicht voreilig von einem Dritten auszugehen, wenn der Vertragspartner im konkreten Fall nicht in Person handeln sollte.⁵⁸

Beispiel 1: Autoinhaber A schließt mit dem Werkstattbetreiber W einen Reparaturvertrag für seinen Aston Martin DB11 ab. Die Reparaturarbeiten nimmt anschließend nicht W vor, sondern der bei W angestellte Kfz-Meister

⁵³ Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 220 f.; MünchKommBGB/Krüger, § 267 Rdn. 4 ff.

⁵⁴ MünchKommBGB/Krüger, § 267 Rdn. 7.

⁵⁵ Palandt/Grüneberg, § 267 Rdn. 2.

⁵⁶ Zur Schuldübernahme siehe unten E.

⁵⁷ Zur Gesamtschuld siehe unten D. 2.

⁵⁸ Fehlerhaft daher Joussem, Schuldrecht AT, Rdn. 219, wenn er als Beispiel für § 267 BGB den Fall anführt, dass ein Wohnungseigentümer das Rohrreinigungsunternehmen R beauftragt und die Arbeiten anschließend nicht vom Inhaber R, sondern von seinem Gesellen G ausgeführt werden.

M. M handelt hier nicht als Dritter, sondern wird von W in Erfüllung einer Verbindlichkeit eingesetzt und ist Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 BGB.

Beispiel 2: Generalunternehmer G schließt mit Bauherr B einen Werkvertrag zur Errichtung eines Hauses ab. Auf der Baustelle setzt G diverse von ihm beauftragte, selbständige Handwerker (Maurer, Putzer, Elektriker, Fliesenleger, Maler etc.) ein. Auch diese sind trotz ihrer Selbständigkeit nur Erfüllungsgehilfen und keine Dritten i.S.v. § 267 BGB.

Weitere Voraussetzung des § 267 I BGB ist – neben dem Fehlen einer persönlichen Leistungspflicht –, dass der Dritte mit dem Willen⁵⁹ leistet, eine fremde Verpflichtung zu tilgen.⁶⁰ Dabei kommt es nicht auf seinen inneren Willen, sondern darauf an, wie der Gläubiger sein Verhalten verstehen durfte. Der Fremdtilgungswille bestimmt sich also nach dem objektiven Empfängerhorizont des Gläubigers.⁶¹

Beispiel: Student S hat Schulden bei seiner Bank, von denen er seinem Großvater G erzählt. Ohne von S beauftragt zu sein, geht G zur Bank und begleicht dort die Schulden des S. Teilt er dabei dem Mitarbeiter der Bank mit, er wolle seinem Enkel eine Freude machen, ist für diesen erkennbar, dass G i.S.v. § 267 BGB als Dritter und nicht im Auftrag des S leistet.

Liegen die drei Voraussetzungen des § 267 BGB vor, also

- Leistender ist ein Dritter
- keine höchstpersönliche Leistungspflicht des Schuldners
- Fremdtilgungswille des Dritten,

so erlischt die Schuld und es tritt Erfüllung zu Gunsten des Schuldners nach §§ 362 I, 267 BGB ein.

⇒ *Fall Nr. 3 – Sanierungsbedürftige Eigentumswohnung*

⇒ *Zusatzfall Nr. 3a – Wohnungseigentümergeinschaft*

Inwieweit der Schuldner selbst oder ein Dritter geleistet hat, spielt vor allem im Bereicherungsrecht eine entscheidende Rolle, wenn zu bestimmen ist, an wen eine rechtsgrundlos erbrachte Leistung herauszugeben (oder ihrem Wert nach zu ersetzen) ist.

⇒ *Zusatzfall Nr. 3b (Vertiefungsfall) – Das geerbte Häuschen*

Da der Dritte anlasslos eine Leistung erbringen kann, wenn keine persönliche Verpflichtung des Schuldners besteht, muss geregelt werden, in welchen Fällen die Leistung des Dritten vom Gläubiger abgelehnt werden kann. Das übernimmt § 267 II BGB. Hiernach darf der Gläubiger die Leistung des Dritten nur dann ablehnen, wenn ihr der Schuldner widersprochen hat. Folge des § 267 II BGB ist, dass der Gläubiger bei dieser (berechtigten) Ablehnung nicht in Annahmeverzug geraten kann.⁶²

d) Erfüllung bei mehreren Forderungen (§ 366 BGB)

Eine besondere Situation liegt vor, wenn der Schuldner gegenüber dem Gläubiger mehrere Forderungen zu erfüllen hat. Dies kann sich insbesondere bei laufenden Geschäftsbeziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner ergeben. Erbringt der Schuldner in solch einer Situation seine Leistung, so kann unklar sein, auf welche der Forderungen diese erbracht sein soll.

⁵⁹ Bei Leistungen eines Dritten ist – anders als sonst [oben B. I. 2. b) cc)] – ein subjektives Element erforderlich, weil bei fehlender Schuldner-eigenschaft der Dritte vor vermeintlichen Leistungen zu Gunsten eines anderen geschützt werden muss.

⁶⁰ St. Rspr.; Nachweise bei Palandt/*Grüneberg*, § 267 Rdn. 3.

⁶¹ St. Rspr.; Nachweise bei MünchKommBGB/*Krüger*, § 267 Rdn. 11.

⁶² MünchKommBGB/*Krüger*, § 267 Rdn. 16.

Unklarheiten treten freilich nur dann auf, wenn der Schuldner aus verschiedenen Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet ist. In der Regel handelt es sich dabei um Zahlungsverpflichtungen aus Kauf-, Dienst-, Werk-, Miet-, Darlehens- oder sonstigen entgeltlichen Verträgen.

Ist umgekehrt ein Schuldner etwa zur Übereignung eines PKW aus § 433 I BGB sowie aus § 631 I BGB zur Herstellung eines Werks verpflichtet, so können keine Zweifel darüber entstehen, welchem der beiden Vertragsverhältnisse eine erbrachte Leistung zuzuordnen ist.

aa) Tilgungsbestimmungsrecht des Schuldners (§ 366 I BGB)

Hat der Schuldner mehrere gleichartige Leistungen zu erbringen und reicht das von ihm Geleistete nicht aus, um alle Verpflichtungen zu tilgen, so kann er nach § 366 I BGB bestimmen, welche der Forderungen getilgt werden soll. Ihm steht diesbezüglich also ein Wahlrecht zu. Dies klingt zunächst trivial, führt aber dazu, dass es dem Gläubiger untersagt ist, eigenmächtig eine Verrechnung vorzunehmen und damit seine Interessen (etwa Tilgung einer kurz vor der Verjährung stehenden Forderung, vorrangige Tilgung nicht-besicherter Forderungen) einseitig durchzusetzen.

Das Tilgungsbestimmungsrecht ist bei Vornahme der Leistung durch den Schuldner auszuüben.⁶³ Die Bestimmung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen, z.B. sich im Einzelfall aus der Interessenlage der Parteien ergeben. Eine konkludente Tilgungsbestimmung wird man vor allem dann annehmen können, wenn der Schuldner einen bestimmten Geldbetrag leistet, der in der Höhe exakt einer Forderung des Gläubigers entspricht.⁶⁴ In diesem Fall ist für den Gläubiger ersichtlich, dass nach dem Willen des Leistenden eine bestimmte Forderung getilgt werden soll. Dieses freie Tilgungsbestimmungsrecht des Schuldners besteht freilich nur bei freiwilligen Leistungen, nicht hingegen, wenn der Gläubiger gegen den Schuldner vollstreckt.⁶⁵

Durch Vereinbarung kann der Schuldner auf sein Tilgungsbestimmungsrecht ganz oder teilweise verzichten oder es auf den Gläubiger übertragen. Möglich ist auch, dass die Parteien bereits bei Vertragsschluss eine bestimmte Tilgungsreihenfolge vereinbaren (sog. Verrechnungsabrede). Zu beachten sind hierbei die Grenzen der §§ 138, 242 BGB⁶⁶ und, soweit dem Vertragsverhältnis AGB zu Grunde liegen, die Bestimmungen der §§ 307 ff. BGB.

⇒ Fall Nr. 4 – Verschuldete Eheleute

bb) Anfechtbarkeit von Tilgungsbestimmungen

Hat der Schuldner sein Tilgungsbestimmungsrecht täuschungs- oder irrtumsbedingt in einer für ihn nachteiligen Weise ausgeübt, stellt sich die Frage, ob er die Bestimmung nach § 142 I BGB anfechten kann.

(1) Rechtsnatur der Tilgungsbestimmung

Gemäß § 142 I BGB sind *Rechtsgeschäfte* anfechtbar.⁶⁷ Diese sind definiert als ein Tatbestand, der mindestens eine Willenserklärung enthält und dessen Wirkung sich nach dem Inhalt

⁶³ Jousen, Schuldrecht AT, Rdn. 794; Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 354.

⁶⁴ BGH NJW 2001, 3781, 3782.

⁶⁵ BGH WM 2008, 1298 (Rdn. 22); BGH ZIP 2014, 2248 (Rdn. 11 f.): keine Tilgungsbestimmung hinsichtlich des ausgekehrten Erlöses aus der Verwertung einer Sicherheit.

⁶⁶ Palandt/Grüneberg, § 366 Rdn. 8.

⁶⁷ Siehe ausführlich zur Anfechtung Bitter/Röder, BGB AT (Fn. 3), § 7 Rdn. 55 ff.

der Willenserklärung bestimmt.⁶⁸ Die Anfechtung bezieht sich dabei auf eine konkrete Willenserklärung innerhalb des Rechtsgeschäfts und führt zu deren Nichtigkeit mit der Folge der Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts.⁶⁹ Uneinigkeit besteht darüber, ob die Tilgungsbestimmung als Willenserklärung anzusehen ist, was teilweise bejaht wird.⁷⁰ Demnach wäre sie nach § 142 I BGB anfechtbar. Nach anderer Auffassung ist die Tilgungsbestimmung nicht als Willenserklärung zu qualifizieren, da sie nicht unmittelbar auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet sei. Durch Benennung der zu tilgenden Forderung verfolge der Schuldner primär die Erleichterung der Vertragsabwicklung. Die Rechtswirkung des § 366 I BGB trete also nur „nebenbei“ ein, sodass die Tilgungsbestimmung als (rechts)geschäftsähnliche Handlung eingeordnet werden müsse.⁷¹ Inhaltlich gehen die Meinungen jedoch nicht weit auseinander, da auch diejenigen, die von einer lediglich (rechts)geschäftsähnlichen Handlung ausgehen, die Vorschriften über die Willenserklärung zumindest entsprechend anwenden. Dies führt dazu, dass Tilgungsbestimmungen, die der Schuldner vorgenommen hat, nach beiden Ansichten, sei es in direkter oder analoger Anwendung des § 142 I BGB, angefochten werden können.

Irrt sich beispielsweise der Schuldner bei der Bestimmung des Tilgungszwecks, so kann er nach § 142 I BGB i.V.m. § 119 BGB den auf einem Erklärungs-, Inhalts- oder Eigenschaftsirrtum beruhenden Tilgungszweck beseitigen und damit verhindern, dass die „falsche“ Forderung erlischt. Auch täuschungsbedingte Falschbezeichnungen können damit angefochten werden (§ 142 I BGB i.V.m. § 123 BGB).

⇒ Fall Nr. 5 – Streit um die Sporthalle

(2) Rechtsfolgen der Anfechtung

Die Anfechtung bewirkt, dass die Tilgungsbestimmung rückwirkend (*ex tunc*) beseitigt wird. Holt der Schuldner die wirklich gewollte Tilgungsbestimmung nicht unverzüglich nach, so findet die gesetzliche Tilgungsreihenfolge des § 366 II BGB Anwendung.⁷²

cc) Gesetzliche Tilgungsreihenfolge (§ 366 II BGB)

Macht der Schuldner von seinem Bestimmungsrecht weder ausdrücklich noch konkludent Gebrauch und liegt auch keine Tilgungsabrede zugunsten des Gläubigers vor, so gilt die in § 366 II BGB festgelegte Tilgungsreihenfolge: Zunächst wird diejenige Schuld beglichen, die fällig ist. Unter mehreren fälligen Schulden wird diejenige getilgt, welche dem Gläubiger die geringere Sicherheit bietet, und unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere. Sind mehrere Schulden gleich lästig, so richtet sich die Tilgungsreihenfolge nach dem Alter der Schuld. Sind die Schulden auch gleichen Alters, so wird jede Schuld ihrem Verhältnis nach getilgt.

Beispiel: Gläubiger G und Schuldner S haben folgende vertragliche Beziehungen:

1. Kredit über 10.000 € zu 8% Zins mit Bürgschaft des Bürgen B,
2. Kredit über 5.000 € zu 7% Zins ohne Sicherheit,
3. Kredit über 5.000 € zu 6% Zins ohne Sicherheit.

⁶⁸ Leipold, BGB I, § 10 Rdn. 6.

⁶⁹ Leipold, BGB I, § 18 Rdn. 1; Bitter/Röder, BGB AT (Fn. 3), § 7 Rdn. 60; MünchKommBGB/Busche, § 142 Rdn. 9.

⁷⁰ Palandt/Grüneberg, § 366 Rdn. 7 m.w.N.

⁷¹ MünchKommBGB/Fetzer, § 366 Rdn. 9.

⁷² MünchKommBGB/Fetzer, § 366 Rdn. 9 m.w.N.

Zahlt S 7.000 € an G, ohne eine Tilgungsbestimmung zu treffen, ist auf § 366 II BGB zurückzugreifen. Demnach gehen die Kredite Nr. 2 und 3 dem Kredit Nr. 1 vor, da dieser durch die Bürgschaft des B gesichert ist.⁷³ Innerhalb der Nummern 2 und 3 wird nun zunächst Kredit Nr. 2 getilgt, da dieser aufgrund der höheren Zinslast dem S „lästiger“ ist. Im Ergebnis wird der Kredit Nr. 2 durch Zahlung der 7.000 € vollständig, der Kredit Nr. 3 in Höhe von 2.000 € getilgt.

Bei der Frage, wie „sicher“ eine Forderung für den Gläubiger ist, kann neben der Qualität der bestellten Sicherheit (z.B. eine erstrangige Grundschuld im Vergleich zur Bürgschaft einer nicht zweifelsfrei zahlungsfähigen Person) auch die Verjährbarkeit berücksichtigt werden: Eine früher verjährende Forderung stellt für den Gläubiger eine geringere Sicherheit dar.⁷⁴

3. Wirkung der Erfüllung bzw. Annahme als Erfüllung

a) Erlöschen der Schuld (§ 362 I BGB)

Wenn der Schuldner den Leistungserfolg bewirkt hat, erlischt nach § 362 I BGB „das Schuldverhältnis“. Damit ist ein Schuldverhältnis i.e.S. gemeint, d.h. ein einzelner Anspruch (oben S. 6 f.). Das weitere Schuldverhältnis bleibt dagegen bestehen. Als Beispiel ist die Zahlung der Miete für den Monat X zu nennen. Hierdurch erlischt die Zahlungsschuld für den entsprechenden Monat, nicht aber das Mietverhältnis insgesamt. Ein solches Dauerschuldverhältnis endet allgemein nicht durch Erfüllung einzelner (Teil-)Ansprüche.⁷⁵ Genauso ist der Fall eines Lieferanten zu beurteilen, der nach Ablieferung und Bezahlung von Ware beim Vertragspartner dessen im Hof geparktes Fahrzeug beschädigt. Der Anspruch auf Übereignung und Übergabe der Ware aus § 433 I 1 BGB sowie der Zahlungsanspruch aus § 433 II BGB sind zwar jeweils nach § 362 I BGB erloschen. Das Schuldverhältnis i.w.S., also die Sonderverbindung des Vertrages, besteht dagegen fort mit der Konsequenz einer (vertraglichen) Schadensersatzhaftung des Lieferanten nach §§ 280 I, 241 II BGB.

b) Beweislastumkehr (§ 363 BGB)

Hat der Gläubiger die Leistung als Erfüllung angenommen, so tritt gemäß § 363 BGB eine Beweislastumkehr ein. Der Schuldner muss im Prozess nicht mehr beweisen, dass er die Leistung ordnungsgemäß erbracht hat. Vielmehr obliegt nun dem Gläubiger der Nachweis, dass die Leistung vom Schuldner nicht wie geschuldet oder nur unvollständig erbracht worden ist.

Die Leistung ist als Erfüllung angenommen, wenn das Verhalten des Gläubigers den Schluss zulässt, dass er die Leistung als im Wesentlichen ordnungsgemäß gelten lassen will.⁷⁶ Sollte der Gläubiger diese Rechtsfolge verhindern wollen, muss er die Leistung als nicht vertragsgemäß zurückweisen. Hat der Gläubiger zu Recht die Annahme verweigert⁷⁷, so gerät er nicht in Annahmeverzug (§ 293 BGB)⁷⁸, weil in dem Fall der Schuldner die Leistung nicht so angeboten hat, wie sie zu bewirken ist (§ 294 BGB).⁷⁹ Zudem hat der Gläubiger die Möglichkeit, die Leistung unter Vorbehalt anzunehmen. Ein allgemein erklärter Vorbehalt soll jedoch nicht genügen; vielmehr sei die Rüge einzelner Mängel erforderlich.⁸⁰

⁷³ Zur größeren Sicherheit bei Mithaftung einer weiteren Person BGH WM 2008, 1298 (Rdn. 36) m.w.N.

⁷⁴ BGHZ 179, 1 (Rdn. 19 f.); BGH ZIP 2014, 2248 (Rdn. 22).

⁷⁵ Zur Beendigung von Dauerschuldverhältnissen oben A. III. 4. a).

⁷⁶ BGH NJW-RR 2013, 1232, 1233 (Rdn. 37); Erman/Buck-Heeb, § 363 Rdn. 2.

⁷⁷ Geringfügige Mängel stehen einem Zurückverweigerungsrecht nicht per se entgegen, weil die Erheblichkeit der Pflichtverletzung durch den Schuldner im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung auf der Grundlage der Gesamtumstände des einzelnen Falles zu bestimmen ist (BGH ZIP 2016, 2420 [Rdn. 24 f.]).

⁷⁸ BGH ZIP 2016, 2420 (Rdn. 16 f., 26).

⁷⁹ Staudinger/Feldmann (2014), § 294 Rdn. 7.

⁸⁰ BGH NJW-RR 2013, 1232, 1233 (Rdn. 37); BeckOK BGB/Dennhardt, § 363 Rdn. 5.

c) Pflichten des Gläubigers (§§ 368 ff. BGB)

Dass das Schuldverhältnis i.w.S. durch Erfüllung nicht untergeht, ist anhand der §§ 368 ff. BGB am besten erkennbar. Diese Bestimmungen machen deutlich, dass zwischen Gläubiger und Schuldner auch noch nach Erfüllung einer konkreten Leistungspflicht unverändert Rechte und Pflichten fortbestehen.

Der Gläubiger hat aufgrund von § 368 I BGB die Pflicht, dem Schuldner auf Verlangen eine Quittung auszustellen. Zweck dieser Pflicht ist es, den Schuldner in die Lage zu versetzen, in einem Prozess die Erfüllung durch Privaturkunde beweisen zu können (§ 416 ZPO). Außerdem kann der Schuldner gemäß § 371 BGB die Rückgabe eines über die Forderung ausgestellten Schuldscheines verlangen.⁸¹ In dieser Vorschrift ist das Gegenstück zum Anspruch auf die Quittung enthalten: Der Schuldner soll dem Gläubiger die Möglichkeit nehmen können, dass dieser in einem Prozess den Schuldschein zum Beweis seines Anspruchs (missbräuchlich) vorlegt, obwohl die Forderung erloschen ist.

II. Leistung an Erfüllung statt und erfüllungshalber

Literatur (Auswahl): *Köhler*, Die Leistung erfüllungshalber, WM 1977, 242; *Schreiber*, Leistungen an Erfüllung statt und erfüllungshalber, JURA 1996, 328.

Bewirkt der Schuldner eine andere als die geschuldete Leistung, so ist das keine Erfüllung i.S.v. § 362 I BGB (s.o.).⁸² In einem solchem Fall hat der Gläubiger drei Möglichkeiten:

- Er kann den vom Schuldner angebotenen Gegenstand als vollwertigen Ersatz für die eigentlich geschuldete Leistung akzeptieren, also *an Erfüllung statt* annehmen. Nach § 364 I BGB erlischt dann das zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Schuldverhältnis.
- Der Gläubiger kann den angebotenen Gegenstand aber auch nur hilfsweise annehmen, indem er sich gegenüber dem Schuldner dazu verpflichtet, sich vorrangig aus dem hergegebenen Gegenstand (Sache oder Forderung) zu befriedigen. Scheitert die Verwertung oder verbleibt zwischen Verwertungserlös und zu tilgender Schuld eine Differenz, so kann er sich weiterhin an den Schuldner halten. Durch die sog. Leistung *erfüllungshalber* erlischt das Schuldverhältnis also nicht.
- Selbstverständlich kann der Gläubiger die angebotene Leistung aber auch zurückweisen, weil sie nicht der getroffenen Vereinbarung entspricht.⁸³ Der Gläubiger kommt dann nicht etwa in Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB), sondern umgekehrt der Schuldner u.U. in Schuldnerverzug (§ 286 BGB).

1. Leistung an Erfüllung statt (§ 364 I BGB)

Wer einen Gegenstand (im weiteren Sinne) an Erfüllung statt annimmt, akzeptiert eine von der geschuldeten abweichende Leistung als vollwertigen Ersatz. Die Leistung an Erfüllung statt ist in § 364 I BGB geregelt und führt zum Erlöschen der Schuld. Da sie die Erfüllung i.S.v. § 362 I BGB ersetzt, wird sie als **Erfüllungssurrogat** bezeichnet. Über die dogmatische Einordnung der Annahme an Erfüllung statt besteht Uneinigkeit. Manche sehen in § 364 I BGB eine besondere Form des Schuldänderungsvertrages⁸⁴, andere eine Vereinbarung über

⁸¹ Nach BGH WM 2008, 1806, 1808 (Rdn. 17) gilt dies bei § 371 BGB – anders als im Fall des § 368 BGB – auch für ein Erlöschen der Schuld durch Aufrechnung.

⁸² Zur Ausnahme bei bestehender Ersetzungsbefugnis unten B. II. 1.

⁸³ Vgl. auch zu § 363 BGB bereits oben B. I. 3. b)

⁸⁴ Soergel/Schreiber, § 364 Rdn. 1.

die Erfüllung der ursprünglichen Schuld⁸⁵ oder über die Erfüllungswirkung eines Surrogates.⁸⁶ In der Klausur muss auf diesen Streitstand nicht eingegangen werden, da er keine Auswirkungen auf das Ergebnis hat.

Voraussetzung des § 364 I BGB ist, dass die Parteien sich über die Annahme einer abweichenden Leistung einigen. Die Einigung muss auf das Erlöschen der bestehenden Schuld mit Hingabe dieser Sache gerichtet sein.⁸⁷ In der Regel erfolgt diese Einigung bei Vornahme der Erfüllung.

Beispiel: Schuldner S ist zurzeit nicht „flüssig“. Er bietet seinem Gläubiger G statt der geschuldeten Zahlung die Übereignung seines wertvollen Smartphones an. Akzeptiert G diesen Vorschlag, so liegt ein Fall von § 364 I BGB vor.

Denkbar ist auch, dass dem Schuldner eine **Ersetzungsbefugnis** zusteht. Die Parteien können von vornherein vereinbaren⁸⁸, dass der Schuldner durch eine andere als die zunächst versprochene Leistung erfüllen kann. Hierdurch wird dem Schuldner eine einseitige Austauschbefugnis eingeräumt, die zu einer Annahme an Erfüllung statt führt, wenn er davon Gebrauch macht. Als Beispiel für eine entsprechende Vereinbarung ist die **Inzahlungnahme eines gebrauchten Fahrzeugs** zu nennen. Der Verkäufer erlaubt dem Käufer, einen Teil der Geldschuld durch Hingabe einer Sachleistung (Übereignung des Altwagens) zu erbringen. Macht der Käufer von dieser Ersetzungsbefugnis Gebrauch, führt die Übereignung des Altfahrzeugs zu einer Annahme des Verkäufers an Erfüllung statt.⁸⁹ Ersetzungsbefugnisse werden selten auch durch Gesetz eingeräumt. Als Beispiele seien § 251 II und § 2170 BGB genannt.

Nimmt der Gläubiger eine andere Sache an Erfüllung statt an, so erlischt nach § 364 I BGB das Schuldverhältnis. Der Schuldner wird von seiner Leistungspflicht frei und kann vom Gläubiger nicht mehr in Anspruch genommen werden, auch wenn sich die hergegebene Sache als weniger wertvoll oder schwer verkäuflich erweist. Charakteristisch für § 364 I BGB ist also, dass der Gläubiger das Verwendungs- und Verwertungsrisiko der empfangenen Leistung trägt.⁹⁰ Ob dies der Fall sein soll, kann sich aus der Vereinbarung selbst oder den Umständen ergeben. Für eine Annahme i.S.d. § 364 I BGB kann etwa sprechen, dass der Gläubiger die hergegebene Sache vorbehaltlos mit der Gegenleistung verrechnet. Will der Gläubiger die Sache dagegen verwerten und nur den tatsächlich erzielten Erlös anrechnen, so ist eine Annahme an Erfüllung statt meist zu verneinen.

In o.g. Beispiel wäre die Annahme des Smartphones an Erfüllung statt zu verneinen, wenn G diesen zwar entgegennimmt, dabei S aber zu verstehen gibt, er werde im Falle einer Differenz von Verwertungserlös und Zahlungsschuld auf S „zurückkommen“. Dies muss nicht ausdrücklich geschehen. Nimmt G das Smartphone mit den Worten „Einverstanden, wir werden ja sehen, was es bei Ebay einbringt“ entgegen, so liegt es nahe anzunehmen, dass er S nicht endgültig aus seiner Zahlungspflicht entlassen wollte.

Erhält der Gläubiger an Erfüllung statt eine mangelbehaftete Sache, so stehen ihm nach § 365 BGB gegen den Schuldner **Gewährleistungsrechte** aus einer entsprechenden Anwendung des Kaufrechts zu, d.h. der Gläubiger wird so behandelt als habe er die Sache vom Schuldner gekauft.⁹¹ Die Risikoverteilung des ursprünglichen Vertrages bleibt hierdurch je-

⁸⁵ Palandt/*Grüneberg*, § 364 Rdn. 2.

⁸⁶ MünchKommBGB/*Fetzer*, § 364 Rdn. 1.

⁸⁷ MünchKommBGB/*Fetzer*, § 364 Rdn. 1.

⁸⁸ BGHZ 15, 154, 160 = NJW 1955, 101, 103; MünchKommBGB/*Fetzer*, § 364 Rdn. 1; Palandt/*Grüneberg*, § 364 Rdn. 1.

⁸⁹ St. Rspr.; vgl. BGHZ 46, 338 = NJW 1967, 553; BGHZ 89, 126 = NJW 1984, 429; BGHZ 128, 111 = NJW 1995, 518; BGH NJW 2003, 505; ausführliche Darstellung bei *Binder*, NJW 2003, 393.

⁹⁰ BeckOK BGB/*Dennhardt*, § 364 Rdn. 3; Staudinger/*Olzen* (2016), § 364 Rdn. 14.

⁹¹ *Hirsch*, Schuldrecht AT, Rdn. 233.

doch unverändert. Da die Forderung aus dem Schuldverhältnis aufgrund von § 364 I BGB erloschen ist, kann der Gläubiger den Schuldner nicht aus der ursprünglichen Forderung auf Zahlung der Differenz oder des ursprünglichen Gesamtbetrages in Anspruch nehmen. Der Gläubiger trägt also das Risiko, dass die Schuld erlischt, obwohl der hergegebene Gegenstand mangelbehaftet ist (sog. Mängelrisiko).⁹² Völlig schutzlos ist der Gläubiger jedoch nicht, denn die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte führen in der Regel dazu, dass der mangelbedingte Minderwert der Sache ausgeglichen wird, etwa indem der Mangel auf Kosten des Schuldners behoben (Mangelbeseitigung: §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 1 BGB) oder eine neue, mangelfreie Sache beschafft wird (Neulieferung: §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB).⁹³ Ist dies nicht möglich oder lässt der Schuldner eine ihm für die Nacherfüllung gesetzte Frist ungenutzt verstreichen, so kann der Gläubiger Rückabwicklung (Rücktritt: §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323, 326 V, 440 BGB) oder Anpassung des Verrechnungsbetrages im Wege der Minderung verlangen (§§ 437 Nr. 2 Alt. 2, 441 BGB). Trifft den Schuldner hinsichtlich des Mangels ein Verschulden, so kann der Gläubiger den ihm hieraus entstandenen Schaden unter den Voraussetzungen des § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 440, 280, 281, 283, 311a BGB ersetzt verlangen.⁹⁴

⇒ Fall Nr. 6 – Inzahlungnahme bei Protz

2. Leistung erfüllungshalber

Von der Leistung an Erfüllung statt nach § 364 I BGB ist diejenige erfüllungshalber zu unterscheiden. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass der Gläubiger eine von der geschuldeten abweichende Leistung mit der Absicht annimmt, daraus Befriedigung zu suchen. Die Leistung erfüllungshalber ist im BGB nicht ausdrücklich geregelt, sondern in § 364 II BGB nur angedeutet.

Voraussetzung der Leistung erfüllungshalber ist, dass sich die Parteien über die Annahme einer abweichenden Leistung einigen, im Gegensatz zu § 364 I BGB jedoch mit der Maßgabe, dass die abweichende Leistung nicht „an die Stelle“ der ursprünglichen Leistung, sondern „an ihre Seite“ tritt. Durch die Leistung erfüllungshalber erhält der Gläubiger also eine zweite Befriedigungsmöglichkeit. Gleichzeitig verpflichtet er sich gegenüber dem Schuldner, diese Möglichkeit vorrangig zur Befriedigung in Anspruch zu nehmen.⁹⁵ Konsequenterweise erlischt die Schuld damit erst, wenn der Gläubiger die Leistung aus dem erfüllungshalber angenommenen Gegenstand erlangt.⁹⁶ Kann die Leistung nicht erlangt werden oder reicht sie zur Tilgung nicht aus, so steht es dem Gläubiger frei, aus der ursprünglichen Forderung nun wieder an seinen Schuldner heranzutreten. Dies ist möglich, da die ursprüngliche Forderung neben dem erfüllungshalber hingegebenen Gegenstand fortbesteht⁹⁷; diese ist nur vorübergehend gestundet.⁹⁸ Im Gegensatz zur Leistung an Erfüllung statt trägt also der Schuldner das Risiko der Verwertung und nicht etwa der Gläubiger. Im Gegenzug hat jedoch der Gläubiger den

⁹² Staudinger/Olzen (2016), § 364 Rdn. 15.

⁹³ Da es sich bei dem hergegebenen Gegenstand i.d.R. um eine ganz bestimmte Sache (Stückschuld) handeln dürfte, ist der Anspruch von der sehr umstrittenen Frage abhängig, ob Nachlieferung bei Stückschulden überhaupt in Betracht kommt (vgl. dazu Bitter, ZIP 2007, 1881 ff.).

⁹⁴ Siehe eingehend zu den verschiedenen Gewährleistungsrechten die Vorlesung „Leistungsstörungenrecht mit Kaufvertrags- und Werkvertragsrecht“.

⁹⁵ BeckOK BGB/Dennhardt, § 364 Rdn. 4; MünchKommBGB/Fetzer, § 364 Rdn. 11 f.; Staudinger/Olzen (2016), § 364 Rdn. 21 ff.

⁹⁶ Jousen, Schuldrecht AT, Rdn. 808 und 811; Hirsch, Schuldrecht AT, Rdn. 237.

⁹⁷ Jousen, Schuldrecht AT, Rdn. 808.

⁹⁸ BGHZ 96, 182, 193 = NJW 1986, 424, 426; BGHZ 116, 278, 282 = NJW 1992, 683, 684; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT, Rdn. 368; a.A. Köhler, WM 1977, 242, 248: vorübergehender Ausschluss der Klagbarkeit.

Verwertungserlös analog § 667 BGB an den Schuldner herauszugeben, soweit er den Forderungsbetrag übersteigt.⁹⁹

Bei der Abgrenzung von § 364 I BGB und der Leistung Erfüllungshalber ist – soweit keine ausdrückliche Vereinbarung vorliegt – die Parteiabrede sorgfältig auf die Risikoverteilung zu untersuchen. Lässt sich der Abrede ein Ergebnis nicht ohne weiteres entnehmen, so ist auf § 364 II BGB abzustellen, der eine gesetzliche Auslegungsregel enthält. Übernimmt der Schuldner, um seine bisherige Verbindlichkeit zu erfüllen, gegenüber dem Gläubiger eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht von einer Leistung an Erfüllung statt, sondern von einer Leistung Erfüllungshalber auszugehen. Dies folgt daraus, dass die eingegangene Neuverbindlichkeit unter Umständen unsicherer ist als die ursprüngliche. Als Beispiel ist die Hingabe eines Schecks oder Wechsels anzuführen¹⁰⁰, wobei diese Zahlungsarten in der heutigen Zeit freilich sehr selten geworden sind.

§ 364 II BGB findet aber auch dann Anwendung, wenn der Schuldner zu Gunsten des Gläubigers eine Verbindlichkeit mit einem Dritten begründet oder eine gegenüber einem Dritten bestehende Forderung an den Gläubiger abtritt.¹⁰¹ Aufgrund der vergleichbaren Interessenlage gilt der Rechtsgedanke des § 364 II BGB in solchen Fällen entsprechend. Beispielsfälle sind nach h.M. – durchaus nicht zweifelsfrei¹⁰² – die Zahlung des Schuldners mit Kreditkarte¹⁰³ oder ec-Karte im Point of Sale-System (POS = Zahlung mit Eingabe der PIN¹⁰⁴). In diesen Fällen soll sich das die Karte akzeptierende Vertragsunternehmen zunächst an den Kartenherausgeber halten, der die Bezahlung durch den Karteninhaber garantiert.¹⁰⁵ Als Beispiele für eine Erfüllungshalber vorgenommene Forderungsabtretung sind anzuführen: die Abtretung von Ansprüchen aus einer Lebensversicherung zur Tilgung einer Darlehensschuld¹⁰⁶, die Abtretung von Schadensersatzansprüchen gegen einen Unfallverursacher an das Mietwagenunternehmen statt Zahlung der Miete für einen gemieteten Ersatz-PKW¹⁰⁷, Abtretung von Ansprüchen aus einer (Voll)Kaskoversicherung zugunsten des Leasinggebers¹⁰⁸, Abtretung einer an einem Grundstück bestellten Grundschuld zur Bezahlung des Kaufpreises eines anderen Grundstücks¹⁰⁹, Abtretung von Forderungen gegen Dritte statt Bezahlung des Werklohns¹¹⁰.

⇒ Fall Nr. 7 – Kreditkarte in der Krise

⁹⁹ Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 367.

¹⁰⁰ BGH NJW 1986, 424 (Wechsel); BGH NJW 1966, 46 und NJW 1982, 1496 (Scheck).

¹⁰¹ BeckOK BGB/Dennhardt, § 364 Rdn. 5; Martinek/Omlor, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Band I, 5. Aufl. 2017, § 67 Rdn. 71; MünchKommBGB/Fetzer, § 364 Rdn. 8.

¹⁰² Mit guten Gründen gegen die Einordnung der Kreditkartenzahlung als Leistung Erfüllungshalber im Sinne des § 364 II BGB und stattdessen als Leistung an Erfüllung statt (§ 364 I BGB) Brechtel, Die Tilgung von Geldforderungen bei Überweisung, Lastschrift- und Kreditkartenzahlung: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Risikoverteilung bei einer Bankinsolvenz, 2013, S. 178 ff.; Brechtel, WM 2016, 1057 ff.

¹⁰³ OLG Düsseldorf NJW-RR 1991, 310; dazu auch Bitter, ZBB 1996, 104, 116.

¹⁰⁴ Dazu und zur Abgrenzung gegenüber dem früheren POZ-System bzw. dem jetzt wieder praktizierten „wildem“ Lastschriftverfahren siehe ausführlich Koch, in: Bankrechts-Handbuch (Fn. 101), § 68, sowie die Vorlesung „Bankrecht“ im 4. Semester.

¹⁰⁵ Für die Annahme einer Garantie Bitter, ZBB 1996, 104, 118 f.; Bitter, ZBB 2007, 237, 246 in Fn. 61 gegen die h.M., die von einem abstrakten Schuldversprechen i.S.v. § 780 BGB ausgeht.

¹⁰⁶ BGH WM 2008, 121; OLG Koblenz ZIP 2007, 1259; OLG Karlsruhe WM 2006, 1247.

¹⁰⁷ LG Münster Urt. v. 30.09.2008 – 6 S 39/08 (über juris).

¹⁰⁸ BGH NJW 1993, 1579; BGHZ 116, 278.

¹⁰⁹ OLG Frankfurt MDR 1979, 313.

¹¹⁰ Im Fall des OLG Bamberg NJW 1996, 854 war eine Abtretung an Erfüllung statt vereinbart, was untypisch ist. Eine vergleichbare Konstellation ist jedoch auch für eine Abtretung Erfüllungshalber denkbar.

III. Hinterlegung (§§ 372 ff. BGB)

Literatur (Auswahl): *Brechtel*, Die Hinterlegung wegen Gläubigerunsicherheit (§ 372 S. 2 BGB), JuS 2017, 495; *Fest*, Die Hinterlegung zum Zweck der Sicherheitsleistung und der Erfüllung, JA 2009, 258; *Klein*, Schuldbefreiung durch Hinterlegung, MDR 2016, 1181.

Die Hinterlegung ist in den §§ 372 ff. BGB geregelt. Sie ermöglicht dem Schuldner die Befreiung von seiner Leistungspflicht auf einem alternativen Weg statt der Leistung an den Gläubiger i.S.v. § 362 I BGB; sie gehört daher zu den **Erfüllungssurrogaten**¹¹¹ Die Möglichkeit der Hinterlegung steht dem Schuldner nicht immer offen, sondern nur dann, wenn er zwar leisten will, aber (aus bestimmten Gründen) an der Erfüllung gehindert ist. Das Gesetz nennt in § 372 BGB drei mögliche Gründe, die den Schuldner zur Hinterlegung berechtigen. Zusammenfassend gesprochen sind dies solche Situationen, in denen die Erfüllung durch Hindernisse aus dem Risikobereich des Gläubigers erschwert oder behindert wird.¹¹² Der erste von § 372 BGB genannte Fall ist der Annahmeverzug des Gläubigers (§ 372 S. 1 i.V.m. §§ 293 ff. BGB), d.h. eine Situation, in der eine ordnungsgemäß angebotene Leistung vom Gläubiger nicht angenommen wird.¹¹³ Nach § 372 S. 2 BGB ist der Schuldner auch in den Fällen eines „anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grund(es)“ und bei „nicht auf Fahrlässigkeit beruhender Ungewissheit über die Person des Gläubigers“ zur Hinterlegung berechtigt, soweit er hierdurch „seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann“ (dazu sogleich).

Diese letzte Fallgruppe ist in der Praxis der wichtigste Fall, in dem ein schützenswertes Interesse des Schuldners an einer raschen und sicheren Leistungsbefreiung durch Erfüllung besteht. Wenn der Schuldner nicht weiß, wer sein Gläubiger ist und sich mehrere Personen einer Gläubigerstellung rühmen (Prätendenten), dann trägt er immer das Risiko, mangels Erfüllung erneut leisten zu müssen. Dieses Risiko wird dem Schuldner durch § 372 S. 2 BGB abgenommen.

Als weiterer Grund, weshalb der Schuldner daran interessiert sein kann, einen Vermögensgegenstand zu hinterlegen, wird häufig die Vermeidung eines Schuldnerverzugs (§ 286 BGB¹¹⁴) genannt¹¹⁵, der eine Haftungsverschärfung des Schuldners nach sich zieht (§ 287 BGB).¹¹⁶ Außerdem hat der Schuldner vielleicht auch Interesse daran, dem Untergang des geschuldeten Gegenstands oder Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung von Obhutspflichten vorzubeugen.

¹¹¹ BGH NJW 2003, 1809, 1810.

¹¹² Staudinger/*Olzen* (2016), Vorbem. zu §§ 372 ff. Rdn. 1.

¹¹³ Zum Annahmeverzug siehe die Vorlesung „Leistungsstörungenrecht mit Kaufvertrags- und Werkvertragsrecht“.

¹¹⁴ Zum Schuldnerverzug siehe die Vorlesung „Leistungsstörungenrecht mit Kaufvertrags- und Werkvertragsrecht“.

¹¹⁵ *Brechtel*, JuS 2017, 495.

¹¹⁶ Tatsächlich wird ein Schuldnerverzug in der Regel nicht drohen, wenn die Voraussetzungen der Hinterlegung gemäß § 372 BGB erfüllt sind. Gerät der Gläubiger in Annahmeverzug (§ 372 S. 1 BGB), dann ist ein Schuldnerverzug (§ 286 BGB) grundsätzlich ausgeschlossen und ein bestehender Schuldnerverzug endet. Ist der Schuldner aus Gründen, die in der Person des Gläubigers liegen, an einer Leistung gehindert (§ 372 S. 2 Alt. 1 BGB), scheidet Schuldnerverzug mangels Vertretenmüssen (§ 286 IV BGB) aus. Am Vertretenmüssen scheitert der Schuldnerverzug grundsätzlich auch dann, wenn der Schuldner die Ungewissheit über die Person des Gläubigers nicht fahrlässig zu verantworten hat (§ 372 S. 2 Alt. 2 BGB). Beruht umgekehrt die Ungewissheit auf Fahrlässigkeit, dann fehlt es an einem Hinterlegungsgrund, der Schuldner kann jedoch in Verzug kommen. Erst wenn der Schuldner die Ungewissheit aufgrund veränderter Umstände nicht mehr zu verantworten hat, kann ein Interesse bestehen, durch Hinterlegung den Schuldnerverzug zu beenden (§ 286 IV BGB spielt nur für den Beginn des Schuldnerverzugs eine Rolle [„kommt nicht in Verzug“]).

Nach §§ 372 ff. BGB kann sich der Schuldner entweder vorläufig (§ 379 BGB) oder endgültig (§ 378 BGB) von seiner Schuld befreien. Bei der endgültigen Schuldbefreiung wirkt die Hinterlegung wie die Erfüllung selbst, ist also Erfüllungssurrogat für § 362 I BGB.

1. Allgemeine Voraussetzungen

a) Hinterlegungsfähiger Gegenstand

Hinterlegungsfähig sind die in § 372 S. 1 BGB genannten Gegenstände, also Geld, Wertpapiere, sonstige Urkunden oder Kostbarkeiten. Unter Kostbarkeiten sind solche Sachen zu verstehen, deren Wert im Vergleich zu ihrem Umfang und ihrem Gewicht besonders hoch ist¹¹⁷, etwa Gold- oder Silberschmuck, Edelsteine und -metalle, Kunstwerke, wertvolle Bücher oder Münz-/Briefmarkensammlungen. Nicht hinterlegungsfähiger Sachen kann sich der Schuldner durch Selbsthilfeverkauf (§ 383 BGB), grundsätzlich nach vorheriger Androhung (§ 384 BGB), entledigen und den erzielten Erlös für den Gläubiger hinterlegen. Diese Möglichkeit besteht allerdings nur, wenn eine bewegliche Sache geschuldet wird, nicht dagegen bei Dienst- oder Werkleistungen und bei Grundstücken.¹¹⁸ Für letztere gilt § 303 BGB.

b) Zuständige Hinterlegungsstelle

Die Hinterlegung ist nach § 1 II Hinterlegungsgesetz für das Land Baden-Württemberg (HintG BW) beim Amtsgericht als zuständige Hinterlegungsstelle möglich.¹¹⁹ Die „Hinterlegung“ von Gegenständen oder Dokumenten bei einer Privatperson, einem Notar oder einem Treuhänder ist nur dann Hinterlegung im Sinne der §§ 372 ff. BGB, wenn dies ausdrücklich vereinbart wurde.¹²⁰

Durch die Hinterlegung beim Amtsgericht wird ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis begründet.¹²¹ Einzelheiten über dieses Verwahrungsverhältnis finden sich in landesrechtlichen Regelung, für Baden-Württemberg im HintG BW. Der Schuldner muss den zu tilgenden Anspruch sowie den Gläubiger oder die in Betracht kommenden mehreren Gläubiger bezeichnen. Der wahre Gläubiger erwirbt durch die Hinterlegung einen öffentlich-rechtlichen Herausgabeanspruch gegen die Hinterlegungsstelle.¹²²

c) Hinterlegungsberechtigter

Zur Hinterlegung ist nur der *Schuldner* berechtigt. Ein Dritter darf zwar die geschuldete Leistung bewirken (§ 267 BGB); er hat aber grundsätzlich kein Hinterlegungsrecht.¹²³ Voraussetzung ist weiterhin, dass die vom Schuldner zu erbringende Leistung fällig ist.

¹¹⁷ MünchKommBGB/Fetzer, § 372 Rdn. 3.

¹¹⁸ MünchKommBGB/Fetzer, § 372 Rdn. 1.

¹¹⁹ Das Verfahren der Hinterlegung war bis zum 1. Dezember 2010 bundeseinheitlich durch die Hinterlegungsordnung (HintO) von 1937 geregelt. Die HintO wurde durch Artikel 17 des Zweiten Gesetzes über die Bereinigung von Bundesrecht im Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums der Justiz aufgehoben. An deren Stelle sind mit Wirkung zum 1.12.2010 die Hinterlegungsgesetze der Länder getreten, die zum Teil voneinander abweichen.

¹²⁰ Palandt/Grüneberg, Einf v § 372 ff. Rdn. 5.

¹²¹ MünchKommBGB/Fetzer, § 372 Rdn. 27 ff.

¹²² Staudinger/Olzen (2016), Vorbem. zu §§ 372 ff. Rdn. 11 ff.

¹²³ MünchKommBGB/Fetzer, § 372 Rdn. 14.

2. Hinterlegungsgründe des § 372 BGB

Die Hinterlegung ist dem Schuldner dann gestattet, wenn einer der in § 372 BGB genannten Gründe vorliegt. Hierzu gehört der Annahmeverzug des Gläubigers (Satz 1) oder ein anderer, in der Person des Gläubigers liegender Grund, der den Schuldner an der Erfüllung oder der sicheren Erfüllung hindert (Satz 2 Alt. 1). Weiterer Hinterlegungsgrund ist die Ungewissheit über die Person des Gläubigers, wobei diese nicht auf Fahrlässigkeit des Schuldners beruhen darf (Satz 2 Alt. 2).

a) Verzug des Gläubigers (§ 372 S. 1 BGB)

Dem Schuldner ist die Hinterlegung der geschuldeten Leistung gestattet, wenn der Gläubiger im Verzug der Annahme ist. Zu prüfen sind daher die Voraussetzungen der §§ 293 ff. BGB¹²⁴:

(1) Erfüllbarer Anspruch des Gläubigers,

d.h. der Schuldner muss leisten dürfen (§ 271 BGB) und leisten können (§ 275 BGB),

(2) Leistungsangebot des Schuldners

- Grundsatz: tatsächliches Angebot (§ 294 BGB)
- Ausnahme: wörtliches Angebot (§ 295 BGB)
- Ausnahme: Angebot entbehrlich (§ 296 BGB, § 242 BGB)

(2) Leistungsvermögen des Schuldners zur Zeit des § 297 BGB

(3) Nichtannahme der Leistung durch den Gläubiger (§ 293 BGB)

Es spielt keine Rolle, warum der Gläubiger die (tatsächlich oder wörtlich) angebotene Leistung nicht annimmt, insbesondere kommt es nicht auf ein Verschulden des Gläubigers an.¹²⁵ Der Nichtannahme steht es im Übrigen gleich, wenn der Gläubiger zwar annehmen will, aber eine gleichzeitig von ihm geschuldete und vom Schuldner verlangte Gegenleistung nicht anbietet (§ 298 BGB).

b) Andere in der Person des Gläubigers liegende Gründe (§ 372 S. 2 Alt. 1 BGB)

Mit der zweiten Variante, den „anderen in der Person des Gläubigers liegenden Gründen“, sind Leistungshindernisse rechtlicher oder tatsächlicher Art gemeint, bei denen dem Schuldner die Person des Gläubigers bekannt und der Gläubiger nicht im Annahmeverzug ist. In Frage kommt, dass der Gläubiger geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig ist, (noch) keinen gesetzlichen Vertreter hat oder dem Schuldner die Person des Vertreters unbekannt ist. Ferner zählt hierher, dass der Schuldner keine Kenntnis vom Aufenthaltsort des Gläubigers hat oder dieser als verschollen gilt.¹²⁶

c) Ungewissheit über die Person des Gläubigers (§ 372 S. 2 Alt. 2 BGB)

Den praktisch häufigsten Fall stellt der dritte Hinterlegungsgrund – die Ungewissheit des Schuldners über die Person des Gläubigers – dar.

¹²⁴ Ausführlich hierzu *Hirsch*, Schuldrecht AT, Rdn. 450 ff.; ferner die Vorlesung „Leistungsstörungenrecht mit Kaufvertrags- und Werkvertragsrecht“.

¹²⁵ *Hirsch*, Schuldrecht AT, Rdn. 460.

¹²⁶ OLG Hamm ZIP 2017, 1552, 1553; MünchKommBGB/*Fetzer*, § 372 Rdn. 8; *Staudinger/Olzen* (2016), § 372 Rdn. 11.

aa) Ungewissheit

Die Ungewissheit kann bereits bei Begründung des Schuldverhältnisses entstehen. Dies kann beispielsweise geschehen, wenn unklar ist, ob die auftretende Person für sich selbst oder als Vertreter handelt, etwa bei einer Ein-Mann-GmbH, wenn nicht eindeutig ist, ob die GmbH oder der Alleingesellschafter und -geschäftsführer als Privatperson verpflichtet werden soll.¹²⁷

Weitaus häufiger entsteht eine Ungewissheit jedoch *nach* Begründung des Schuldverhältnisses durch Rechtsnachfolge. Dabei kann es sich um eine Gesamtrechtsnachfolge (sog. Universalsukzession) nach dem Erb- (§ 1922 BGB) oder Umwandlungsrecht (z.B. bei einer Unternehmensverschmelzung, -spaltung oder -ausgliederung gemäß §§ 2 ff., §§ 123 ff. oder §§ 153 ff. UmwG) handeln.¹²⁸ Auch eine Einzelrechtsnachfolge, etwa durch Übertragung des Eigentums an einer Sache (z.B. Mietshaus) oder durch Forderungsabtretung, kann dazu führen, dass der Schuldner nicht mehr mit Sicherheit sagen kann, wer sein Gläubiger ist. In der Regel entsteht die Ungewissheit dadurch, dass die Rechtsnachfolge unklar gestaltet oder nicht wirksam durchgeführt wurde oder im Nachhinein hinfällig wird, z.B. durch Anfechtung.

bb) Person des Gläubigers

Die Ungewissheit muss sich auf die Person des Gläubigers beziehen. Treten mehrere Anspruchsteller aus *unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen* an den Schuldner heran, so besteht keine Ungewissheit „in der Person des Gläubigers“ im Sinne des § 372 BGB.¹²⁹ Erforderlich ist vielmehr, dass mehrere sich als Berechtigte *einer bestimmten* Forderung oder eines bestimmten Leistungsgegenstandes ansehen.

Beispiel¹³⁰: Käufer K hat bei Verkäufer V Holz erworben und anschließend verarbeitet. Dieses Holz stammte vom Waldgrundstückseigentümer E, der geltend macht, V habe dieses Holz bei ihm entwendet. Verlangt nun V von K Zahlung des Kaufpreises aus § 433 II BGB und zugleich E Zahlung des Wertes des verarbeiteten Holzes aufgrund der §§ 985 ff. BGB, so besteht u.U. Unsicherheit darüber, welcher der beiden Ansprüche begründet ist. Jedoch bestehen keine Zweifel darüber, wer die Gläubiger der jeweiligen Ansprüche sind. Eine solche Situation führt nicht zu einem Hinterlegungsgrund, denn es liegen keine Zweifel bezüglich eines einzigen, bestimmten Anspruchs vor.¹³¹

cc) Fehlende Fahrlässigkeit des Schuldners

Die Ungewissheit über die Person des Gläubigers darf nicht auf Fahrlässigkeit des Schuldners beruhen. Das Auftreten mehrerer Forderungsprätendenten reicht also noch nicht aus, um den Hinterlegungstatbestand zu begründen, denn durch die Existenz mehrerer Prätendenten wird zunächst einmal nur die Ungewissheit begründet. In einer solchen Situation ist der Schuldner dazu angehalten, die Ungewissheit über die Person des Gläubigers auszuräumen, indem er die Sach- und Rechtslage mit der verkehrüblichen Sorgfalt (§ 276 BGB) überprüft.¹³² Erst wenn diese am Maßstab des § 276 BGB durchgeführte Prüfung nicht zur Aufklärung der Ungewissheit geführt hat, ist der Schuldner zur Hinterlegung berechtigt.

¹²⁷ In der Regel ist dem Schuldner dann aber ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen, da er bei Vertragsschluss etwaige Unsicherheiten durch schlichtes Nachfragen ohne weiteres hätte ausräumen können; zur Fahrlässigkeit sogleich mehr.

¹²⁸ OLG Hamm ZIP 2017, 1552, 1553; eingehend zur Umwandlung *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 13.

¹²⁹ BGHZ 170, 311, 317 = NJW-RR 2007, 687, 688; *Brechtel*, JuS 2017, 495.

¹³⁰ Vereinfacht nach RGZ 103, 285.

¹³¹ MünchKommBGB/*Fetzer*, § 372 Rdn. 11.

¹³² MünchKommBGB/*Fetzer*, § 372 Rdn. 12; *Staudinger/Olzen* (2016), § 372 Rdn. 17 ff.; *Brechtel*, JuS 2017, 495, 496.

In welchem Umfang der Schuldner eine Überprüfung vorzunehmen hat, hängt vom Einzelfall ab. In Abhängigkeit davon, was *diesem konkreten* Schuldner unter *diesen konkreten* Umständen billigerweise zugemutet werden kann, erweitern oder verengen sich die Prüfpflichten. Dabei sind verschiedene Faktoren zu berücksichtigen, etwa die Ursache der Ungewissheit, die Mitverursachung durch den Schuldner selbst, die wirtschaftliche Bedeutung der geschuldeten Leistung für den Gläubiger einerseits und den Schuldner andererseits, die Konsequenzen einer Nichtleistung für den Schuldner (z.B. Verzugszinsen, § 286 BGB¹³³), die Kosten und der Zeitaufwand für die Überprüfung, die Abhängigkeit der Rechtslage von gerichtlichen Feststellungen (z.B. Vorliegen strafbarer Handlungen), die Übersichtlichkeit der Rechtslage und/oder der Rechtsprechung.

Ist die Ungewissheit auf Umstände zurückzuführen, die außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegen und allein vom Gläubiger – etwa durch unklare Abtretungsvorgänge – zu verantworten sind, so kann die Prüfungspflicht des Schuldners stark verringert sein.¹³⁴ Auch ist zu unterscheiden, ob der Schuldner kostenpflichtigen Rechtsrat einholen müsste oder diesen ohne besondere Aufwendungen erhalten kann (z.B. bei eigener Rechtsabteilung¹³⁵). Ist letzteres der Fall, so ist der Umfang der Prüfungspflicht weiter zu fassen.¹³⁶ Ist der Schuldner in Rechtsfragen umfassend ausgebildet (Rechtsanwälte, Notare), führt dies dazu, dass eine Hinterlegung nur ausnahmsweise in Betracht kommt.¹³⁷

⇒ Fall Nr. 8 – Kopflloser Reitlehrer

⇒ Zusatzfall Nr. 8a – Ratloser Mieter

3. Rechtsfolgen der Hinterlegung

Die Hinterlegung führt zum Erlöschen des Schuldverhältnisses zwischen Schuldner und Gläubiger, soweit es sich um eine *unwiderrufliche* Hinterlegung i.S.v. §§ 378, 376 II BGB handelt, also eine solche, bei der das Rücknahmerecht des Schuldners ausgeschlossen ist. Der Schuldner muss die Unwiderruflichkeit ausdrücklich erklären (§ 376 II Nr. 1 BGB).

Daneben existiert auch die *widerrufliche* Hinterlegung (§§ 379, 376 I BGB). Im Gegensatz zur unwiderruflichen verschafft sie dem Schuldner nur das Recht, den Gläubiger auf die hinterlegte Sache zu verweisen (§ 379 I BGB), d.h. sie begründet eine Einrede, die der Schuldner dem Gläubiger entgegenhalten kann. Daneben treten die in § 379 II BGB genannten weiteren Rechtsfolgen.

4. Herausgabe des hinterlegten Gegenstands / Prätendentenstreit

Durch die rechtmäßige Hinterlegung wird der Schuldner von seiner Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger frei und kann nicht mehr in Anspruch genommen werden. Um Befriedigung zu erlangen, muss der Gläubiger sich folglich um die Herausgabe bzw. Auszahlung des hinterlegten Gegenstands oder Geldbetrages bei der Hinterlegungsstelle bemühen. Dies richtet sich nach § 22 bzw. § 24 HintG BW. Der Gläubiger erhält den hinterlegten Gegenstand erst dann, wenn er nachweisen kann, dass er Berechtigter ist. Hat der Schuldner mehrere potentiell Berechtigte angegeben, so muss der Nachweis alleiniger Berechtigung geführt werden. Dies

¹³³ Beachte aber den Hinweis oben in Fn. 116.

¹³⁴ St. Rspr.; vgl. Nachweise bei MünchKommBGB/Fetzer, § 372 Rdn. 12.

¹³⁵ BGH NJW 2003, 1809, 1810. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass auch die Leistungen einer eigenen Rechtsabteilung keineswegs „kostenfrei“ sind, wie vielfach in Ausblendung der „Vorhaltekosten“ unterstellt wird.

¹³⁶ BGH NJW 2003, 1809; OLG Köln VersR 2005, 81.

¹³⁷ St. Rspr.; vgl. Nachweise bei Staudinger/Olzen (2016), § 372 Rdn. 18.

liegt im alleinigen Risiko des Gläubigers. Im Zweifel muss er Klage auf Zustimmung zur Herausgabe gegen die anderen Forderungsprätendenten erheben, wenn sie seine Berechtigung bestreiten (sog. Prätendentenstreit). Anspruchsgrundlage ist § 812 I 1 Alt. 2 BGB, die sog. Eingriffs- oder Nichtleistungskondiktion, denn die (vermeintliche) Gläubigerstellung im Verhältnis zur Hinterlegungsstelle ist eine vermögenswerte Rechtsposition, die in sonstiger Weise auf Kosten des wahren Berechtigten ohne Rechtsgrund erlangt wurde.¹³⁸ Der Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB ist begründet, wenn der Kläger wahrer Gläubiger der hinterlegten Leistung ist. Der Prätendentenstreit kann eine umfangreiche Inzidentprüfung der materiellen Rechtslage im Rahmen des Rechtsgrundes erfordern. Stellt sich der Kläger als materiell Berechtigter heraus, so haben die anderen ihre Prätendentenstellung rechtsgrundlos erworben. Das zugunsten des Klägers ergehende Urteil fingiert mit Rechtskraft die von den beklagten „Scheingläubigern“ gegenüber der Hinterlegungsstelle abzugebende Zustimmung zur Auszahlung bzw. Herausgabe (§ 894 ZPO).

IV. Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB)

Literatur (Auswahl): *Buß*, Prozessaufrechnung und materielles Recht, JuS 1994, 147; *Coester-Waltjen*, Die Aufrechnung im Prozess, Jura 1990, 27; *Coester-Waltjen*, Die Aufrechnung, Jura 2003, 246; *Coester-Waltjen*, Aufrechnung bei Abtretung, Jura 2004, 391; v. *Feldmann*, Die Aufrechnung – ein Überblick, JuS 1983, 357; *Harbermeier*, Grundfragen der Aufrechnung, JuS 1997, 1057; *S. Lorenz*, Grundwissen Zivilrecht: Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB), JuS 2008, 951; *Lieder/Ilhardt*, Grenzen der Aufrechnung, JA 2010, 769; *Musielak*, Die Aufrechnung des Beklagten im Zivilprozess, JuS 1994, 817; *Schreiber*, Grundprobleme der Prozessaufrechnung, JA 1980, 344; *R. Weber*, Die Aufrechnung, JuS 1999, L 65.

1. Funktion der Aufrechnung

Mit dem Begriff der Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB) wird ein – auch für juristische Laien leicht nachvollziehbarer – Verrechnungsvorgang bezeichnet, der sich am besten an einem Beispiel demonstrieren lässt: A hat gegen B einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung (§ 433 II BGB) in Höhe von 500 €. B seinerseits hat gegen A aus einem Darlehensvertrag einen Rückzahlungsanspruch (§ 488 I 2 BGB) in Höhe von 500 €. In dieser Situation wäre es umständlich und wenig praktikabel, die Parteien zur tatsächlichen Vornahme der jeweils geschuldeten Leistungen anzuhalten. A müsste nämlich an B 500 € zahlen und B seinerseits an A auch 500 €. Der einfachere Weg ist – untechnisch – der einer „Saldierung“ der Ansprüche mit der Folge, dass beide Ansprüche erlöschen, da sie sich wirtschaftlich betrachtet gegenseitig aufheben. Genau dies ermöglicht die Aufrechnung, sofern ihre Voraussetzungen vorliegen und eine der Parteien sie erklärt: Um ein aufwändiges „Hin- und Herzahlen“ zu vermeiden, gelten die gegenseitigen Forderungen als in dem Zeitpunkt erloschen, in dem sie sich aufrechenbar gegenüber standen (§ 389 BGB). Die Aufrechnung hat also den Zweck der „Tilgungserleichterung“.¹³⁹ Sie trägt dem wirtschaftlichen Gebot einer schnellen und unkomplizierten Vertragsabwicklung Rechnung. Aufgrund dieser Tilgungsfunktion wird die Aufrechnung als **Erfüllungssurrogat** bezeichnet.¹⁴⁰ Sie bezieht sich – nicht anders als die Erfüllung i.S.v. § 362 BGB – auf das Schuldverhältnis i.e.S.¹⁴¹ mit der Besonderheit, dass gleichzeitig zwei derartige Schuldverhältnisse, die wechselseitigen Ansprüche, erlöschen. Folglich gehört sie zu den

¹³⁸ St. Rspr.; vgl. die umfangreichen Nachweise bei *Staudinger/Olzen* (2016), Vorbem. zu §§ 372 ff. Rdn. 17.

¹³⁹ *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rdn. 372.

¹⁴⁰ *Palandt/Grüneberg*, § 387 Rdn. 1.

¹⁴¹ Zur Abgrenzung siehe oben A. III. 3.

rechtsvernichtenden Einwendungen.¹⁴² Da das Erlöschen der wechselseitigen Ansprüche durch die einseitige Willenserklärung einer Partei herbeigeführt wird, gehört die Aufrechnung zudem zu den Gestaltungsrechten.

Ein darüber hinaus mit der Aufrechnung verfolgte Zweck ist als solcher nicht ohne weiteres erkennbar: Durch sie wird eine „Privatvollstreckung“ ermöglicht. Den Beteiligten wird die Durchsetzung ihrer Forderung gestattet, ohne dass vollstreckbare Titel oder Gerichtsvollzieher bemüht werden müssten. Mittels der Aufrechnung können eigene Forderungen durchgesetzt werden, deren Erfüllung zweifelhaft erscheint und deren gerichtliche Geltendmachung höchstwahrscheinlich wertlos wäre, da der Anspruchsgegner den Anspruch nicht wird erfüllen können. Die Aufrechnung erspart hier den Weg vor Gericht und somit Zeit und Geld. Zu bedenken ist dabei aber, dass die Aufrechnung selbstverständlich nur dann möglich ist, wenn gegenseitige Forderungen bestehen.

2. Voraussetzungen der Aufrechnung

Eine wirksame Aufrechnung setzt eine bestehende Aufrechnungslage und eine Aufrechnungserklärung voraus. Weiterhin darf die Aufrechnung nicht ausgeschlossen sein.

a) Aufrechnungslage

Die einzelnen Voraussetzungen der Aufrechnungslage lassen sich gut aus § 387 BGB (bitte lesen!) ableiten. Der Grundsatz der Privatautonomie erlaubt es den Parteien aber, von den im Gesetz geregelten Voraussetzungen der Aufrechnung abzuweichen oder auf diese zu verzichten. Als schuldrechtlich relevantes Rechtsgeschäft sind die Regeln der Aufrechnung grundsätzlich abänderbar (dispositiv¹⁴³). Bleibt es aber ohne vertragliche Abrede zwischen den Parteien bei der gesetzlichen Regelung, so ist eine Aufrechnungslage nur gegeben, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind.

aa) Gegenseitigkeit der Forderungen

(1) Grundregel

Gemäß § 387 BGB müssen „zwei Personen einander Leistungen“ schulden. Letztlich bedeutet dies, dass die Beteiligten zugleich Schuldner des einen und Gläubiger des anderen Anspruchs sein müssen; es müssen folglich mindestens zwei wechselseitige Ansprüche bestehen. Wie sich aus dem Wort „schulden“ in § 387 BGB ergibt, müssen diese gegenseitigen Forderungen zum Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung gegeben sein.¹⁴⁴ Das Gegenseitigkeitserfordernis führt dazu, dass der die Aufrechnung Erklärende sich nicht der Forderung eines Dritten bedienen und insofern die Aufrechnung erklären kann.

Damit klar ist, von welcher Forderung die Rede ist, wird in der Literatur in der Regel nach Aktiv- und Passivforderung unterschieden.¹⁴⁵ Als Aktiv- oder auch Gegenforderung wird die Forderung desjenigen bezeichnet, der die Aufrechnung erklärt, also die Initiative ergreift, aktiv wird. Die Passiv- oder auch Hauptforderung dient dagegen als Bezeichnung für die Forde-

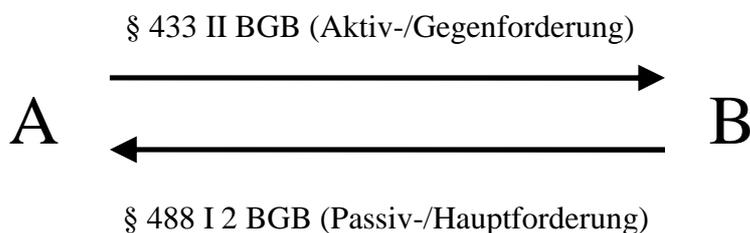
¹⁴² Siehe dazu *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 3), § 3 Rdn. 12 f.

¹⁴³ Zur Dispositivität des Schuldrechts siehe oben A. II.

¹⁴⁴ BGH NJW 2011, 445, 446 (Rdn. 17).

¹⁴⁵ Diese Unterscheidung wird aber offensichtlich auch nicht überall durchgehalten (vgl. den Hinweis bei *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rdn. 374). Für die folgenden Ausführungen wird aber daran festgehalten.

rung des Aufrechnungsgegners. Erklärt im obigen Beispiel der A die Aufrechnung, würden die Forderungen also wie folgt bezeichnet:



Die Gegenseitigkeit der Forderungen ist in diesem Beispiel gegeben. A ist Gläubiger der Aktivforderung und Schuldner der Passivforderung. B seinerseits ist Schuldner der Aktivforderung und Gläubiger der Passivforderung.

(2) Ausnahme

Es existieren allerdings auch gesetzliche **Ausnahmen vom Gegenseitigkeitserfordernis**. Eine Sonderregel ist im Aufrechnungsrecht der §§ 387 ff. BGB geregelt, nämlich § 392 BGB, die sonstigen an anderen Stellen des Gesetzes, z.B. in §§ 268 II, 406, 409, 566d BGB. Alle diese Vorschriften erlauben die Aufrechnung trotz nicht (mehr) bestehender Gegenseitigkeit.

Bei § 392 BGB handelt es sich um eine Parallelvorschrift zu der später im Recht der Abtretung noch zu behandelnden Ausnahme des § 406 BGB (unten S. 63 ff.). Dem Schuldner einer beschlagnahmten (= gepfändeten) Passiv-/ Hauptforderung wird die Aufrechnung trotz der nunmehr durch die Pfändung fehlenden Gegenseitigkeit grundsätzlich erlaubt. An sich dürfte der Schuldner nach der Pfändung nicht mehr an den Gläubiger leisten (§ 829 I 1 ZPO) und daher auch nicht mehr aufrechnen. Jedoch will der Gesetzgeber das Vertrauen in eine einmal entstandene Aufrechnungslage schützen. Daher wird die Aufrechnung – nicht anders als in Fällen der Abtretung gemäß § 406 BGB oder des Übergangs eines Mietvertrags gemäß § 566d BGB – nur für die Fälle ausgeschlossen, in denen sich kein schutzwürdiges Vertrauen bilden konnte. Erwarb der Schuldner seine Aktiv-/Gegenforderung erst nach Beschlagnahme der Passiv-/Hauptforderung oder wurde seine Aktivforderung erst nach der Beschlagnahme fällig und damit durchsetzbar (= Voraussetzung der Aufrechnung; unten S. 32), so konnte der Aufrechnende kein Vertrauen in eine einmal entstandene Aufrechnungslage entwickeln und ist daher nicht schutzwürdig (vgl. die unten S. 63 ff. zu § 406 BGB angeführten Beispiele entsprechend).

Durch vertragliche Absprachen zwischen den Parteien können weitere Ausnahmen hinzugefügt werden. Derartige Absprachen sind vor allem bei den sog. Konzernverrechnungsklauseln anzutreffen. Eine Konzernverrechnungsklausel erlaubt es einer konzernangehörigen Gesellschaft, gegenüber ihrem Vertragspartner mit Forderungen einer anderen konzernangehörigen Gesellschaft gegen den gleichen Vertragspartner aufzurechnen. Das Gegenseitigkeitserfordernis wird also abbedungen und so eine – nach der gesetzlichen Regelung nicht vorgesehene – Drittaufrechnung ermöglicht.¹⁴⁶ Die individualvertragliche Vereinbarung einer solchen Klausel ist ohne weiteres möglich, hingegen ist die Möglichkeit der Vereinbarung durch AGB umstritten.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Palandt/Grüneberg, § 387 Rdn. 22.

¹⁴⁷ BGH NJW 1981, 2257.

Selbst die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens führt nicht zum Erlöschen einer Aufrechnungslage, sofern diese bereits vor der Eröffnung des Verfahrens bestand. § 94 InsO ordnet für diesen Fall an, dass ein Insolvenzgläubiger weiterhin zur Aufrechnung berechtigt ist. Die einmal bestehende Aufrechnungslage stellt einen Vermögenswert dar¹⁴⁸, der – wie das Gesetz an manchen Stellen zeigt – dem Aufrechnungsberechtigten nicht wieder entzogen werden soll (s. auch § 406 BGB, der die Aufrechnung auch nach einer Zession ermöglicht [unten S. 63 f.] oder § 392 BGB, der die Aufrechnung selbst in Fällen der Beschlagnahme einer Forderung nur einschränkt, aber nicht ausschließt).

bb) Gleichartigkeit der Forderungsgegenstände

Damit die Forderungen gegeneinander aufgerechnet werden können, müssen sie „ihrem Gegenstand nach gleichartig“ (§ 387 BGB) sein. Die größte Bedeutung kommt der Aufrechnung daher im Bereich von Geldschulden zu. Es kommen aber auch andere Fälle in Betracht, die freilich in der Praxis eher unwahrscheinlich sind. So ist zum Beispiel eine Aufrechnung bei Gattungsschulden theoretisch denkbar.¹⁴⁹

Für die Gleichartigkeit ist nicht erforderlich, dass die gegenseitigen Forderungen den gleichen Umfang haben. Dies ergibt sich aus der Formulierung „soweit“ in § 389 BGB. Demnach können auch nicht deckungsgleiche Forderungen aufgerechnet werden. Werden etwa Zahlungsansprüche in Höhe von 350 € und 450 € gegeneinanderaufgerechnet, so erlischt der Anspruch in Höhe von 350 € vollständig, der Anspruch in Höhe von 450 € erlischt bis auf 100 €. Insofern stellt die Aufrechnung einen Ausnahmefall vom Verbot der Teilleistung (§ 266 BGB) dar.¹⁵⁰

Für den Fall, dass die Forderungen nicht gleichartig sind, besteht keine Aufrechnungsmöglichkeit. Zum Beispiel können ein Zahlungsanspruch auf der einen und ein Anspruch auf Übereignung und Übergabe auf der anderen Seite *nicht* gegeneinander aufgerechnet werden. Insofern kommt aber unter Umständen ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) in Betracht, sofern zwischen den Ansprüchen ein rechtlicher Zusammenhang (Konnexität) besteht. Bei Gleichartigkeit der Forderungen kann hingegen ein Zurückbehaltungsrecht regelmäßig nicht geltend gemacht werden, da dessen Folge – Verurteilung zur Leistung Zug-um-Zug (§ 274 BGB) – bei Gleichartigkeit der Forderungen keinen Sinn macht. Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts ist bei Gleichartigkeit der Forderungen daher regelmäßig in eine Aufrechnungserklärung umzudeuten.¹⁵¹

cc) Durchsetzbarkeit der Aktiv-/Gegenforderung

Die Funktion der Aufrechnung besteht – wie ausgeführt – unter anderem in der Durchsetzung der Forderung desjenigen, der die Aufrechnung erklärt, also in der Durchsetzung der Aktivforderung. Sinnvollerweise kann deren private Durchsetzung mittels der Aufrechnung aber nur dann gestattet werden, wenn stattdessen auch erfolgreich auf Leistung geklagt, die Forderung also auch vor Gericht durchgesetzt werden könnte. Das bedeutet zum einen, dass der Anspruch wirksam entstanden sein muss und insbesondere nicht bereits infolge Erfüllung (§ 362 BGB) erloschen ist. Zum anderen darf die Aktivforderung nicht einredebehaftet sein

¹⁴⁸ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rdn. 293.

¹⁴⁹ Beispiel nach *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rdn. 381: Ein Ölförderunternehmen verkauft 100.000 t Rohöl einer bestimmten Sorte an ein anderes Unternehmen, kann aber nicht liefern. Es hat aber ebenfalls einen Anspruch auf Lieferung einer bestimmten Menge der gleichen Sorte Rohöl gegen den Vertragspartner und kann daher insoweit aufrechnen. Es handelt sich hierbei wohl eher um ein theoretisches Beispiel.

¹⁵⁰ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rdn. 295.

¹⁵¹ BGH NJW 2000, 278, 279.

(§ 390 BGB). Ihr darf also beispielsweise keine Einrede aus § 273 BGB oder aus § 320 BGB entgegenstehen. Für das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB wird aber die Einschränkung gemacht, dass die Aufrechnung dann möglich ist, wenn das Zurückbehaltungsrecht gerade diejenige Passivforderung sichert, gegen die sich die Aufrechnung richtet.¹⁵²

Beispiel¹⁵³: V verkauft K mit notariellem Vertrag eine Apotheke für 310.000 €. Im Gebäude der Apotheke ist auch der praktizierende Allgemeinarzt A untergebracht. Nachdem die Apotheke an K wirksam übergeben und übereignet wurde und K den Betrieb aufgenommen hat, erfährt er, dass A seine Praxis verlegen wird. K erklärt (zu Recht) gegenüber V die Anfechtung, weil dieser bereits vor Vertragsschluss von den Absichten des A wusste, diesen wesentlichen Umstand dem K jedoch bewusst verschwiegen hatte. K verlangt (ebenfalls zu Recht) von V den Kaufpreis zurück Zug um Zug gegen Herausgabe der Apotheke. V steht für die Dauer der Nutzung der Apotheke durch K ein Nutzungsersatzanspruch zu. Mit diesem Anspruch will er gegen den Anspruch auf Kaufpreisrückzahlung aufrechnen. K meint, einer solchen Aufrechnung stünde § 390 S. 1 BGB entgegen.

Der BGH hat hier die Aufrechnung zugelassen.¹⁵⁴ Der Anspruch auf Kaufpreisrückzahlung sowie jener auf Nutzungsersatz seien durch die Rückabwicklung des gesamten Geschäfts entstanden, wodurch sie in einem „Konnexitätsverhältnis“ stünden. K sei berechtigt, die Forderung auf Nutzungsentschädigung zu verweigern, bis V seinerseits die Forderung auf Kaufpreisrückzahlung erfüllt (§§ 348, 320 I 1 BGB). Daraus folge, dass die Einrede des Zurückbehaltungsrechts gerade die Forderung sichere, gegen die sich die Aufrechnung richte. In einem solchen Fall sei § 390 S. 1 BGB nicht anzuwenden.¹⁵⁵

Für den Fall, dass die Aktivforderung verjährt ist, kommt eine Aufrechnung nach dem bisher Gesagten nicht in Betracht, denn ihr stünde die Einrede der Verjährung nach § 214 BGB entgegen. Somit müsste die Aufrechnung an sich an § 390 BGB scheitern. Jedoch bestimmt § 215 BGB, dass die Aufrechnung trotz Verjährung möglich bleibt, wenn vor Eintritt der Verjährung die Aufrechnung bereits möglich gewesen wäre, also eine Aufrechnungslage entstanden war. Auf diese Weise wird eine einmal entstandene Aufrechnungslage geschützt.

Zur Durchsetzbarkeit der Aktivforderung ist weiterhin die Fälligkeit des Anspruchs erforderlich.

⇒ *Fall Nr. 9 – Schwieriger Mieter*

⇒ *Zusatzfall Nr. 9a – Nervige Nebenkosten*

dd) Erfüllbarkeit der Passivforderung

Für die Haupt-/Passivforderung ist es im Gegensatz zur Aktivforderung nicht erforderlich, dass sie durchsetzbar ist. Voraussetzung ist insofern nur, dass die Haupt-/Passivforderung wirksam und erfüllbar ist. Erfüllbarkeit bezeichnet den Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger der Aktivforderung in seiner Eigenschaft als Schuldner der Passivforderung auf letztere leisten darf.¹⁵⁶

Der Aufrechnende ist Schuldner der Haupt-/Passivforderung und könnte die Forderung selbst dann erfüllen, wenn Einreden bestünden. Zur Erhebung einer Einrede ist niemand verpflichtet. Wenn also dem Schuldner die Erfüllung einer einredebehafteten Passiv-/Hauptforderung nicht verwehrt ist, so muss ihm als Erfüllungssurrogat auch die Aufrechnung erlaubt sein.¹⁵⁷ Auf die Fälligkeit der Passivforderung kann es ebenfalls nicht ankommen. Der Schuldner kann unter Umständen nach § 271 II BGB zur Leistung vor Fälligkeit berechtigt sein. Unter

¹⁵² BGH NJW 1990, 3210, 3212.

¹⁵³ Nach BGH NJW 1990, 3210 (vereinfacht und abgewandelt).

¹⁵⁴ BGH NJW 1990, 3210, 3212.

¹⁵⁵ BGH NJW 1990, 3210, 3212.

¹⁵⁶ Palandt/Grüneberg, § 271 Rdn. 1.

¹⁵⁷ Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 378.

diesen Voraussetzungen ist dann auch die Aufrechnung vor Fälligkeit zuzulassen. Zur Aufrechnung ist somit nur die Erfüllbarkeit der Passivforderung erforderlich.

⇒ Fall Nr. 10 – Unglück im Glück

b) Aufrechnungserklärung

Die Aufrechnung tritt nicht automatisch mit Bestehen einer Aufrechnungslage ein, sondern erst durch die Erklärung des Aufrechnenden. Bei der Aufrechnungserklärung (§ 388 S. 1 BGB) handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung und ein einseitiges Rechtsgeschäft. Ein solches erfordert keinen Konsens zwischen den Parteien; der Aufrechnungsgegner muss der Aufrechnung daher nicht zustimmen. Als empfangsbedürftige Willenserklärung ist die Aufrechnungserklärung nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 analog BGB) auszulegen.

Zu beachten ist, dass die Aufrechnungserklärung nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden darf (§ 388 S. 2 BGB). Die Aufrechnung ist – wie bereits gesagt – ein Gestaltungsrecht, da durch sie einseitig auf ein bestehendes Schuldverhältnis eingewirkt werden kann, indem dieses aufgehoben oder verändert wird. Die beabsichtigte Rechtsänderung muss daher – wie grundsätzlich bei allen Gestaltungsrechten – unzweideutig sein und darf nicht einen unsicheren Schwebezustand herbeiführen. Nichtsdestotrotz wird häufig in Prozessen die Aufrechnung hilfsweise erklärt (sog. **Eventualaufrechnung**).¹⁵⁸ Beispielsweise verteidigt sich der Beklagte mit der Behauptung, er habe den eingeklagten Anspruch bereits erfüllt; hilfsweise erklärt er die Aufrechnung mit eigenen Ansprüchen. Auf diese Weise soll die Abweisung der Klage zunächst durch Verweis auf die erfolgte Erfüllung erreicht werden. Wenn das Gericht den Anspruch nicht als erfüllt ansieht, soll subsidiär die Aufrechnung eingreifen. Die Forderung des Klägers wäre somit erloschen (§ 389 BGB) und die Klage dann aus diesem Grunde abzuweisen. Nach allgemeiner Meinung ist diese Vorgehensweise zulässig und stellt keinen Verstoß gegen § 388 S. 2 BGB dar.¹⁵⁹ Es handle sich nämlich schon um keine bedingt erklärte Aufrechnung nach § 388 S. 2 BGB, weil nicht eine echte Bedingung im Sinne eines künftigen ungewissen Ereignisses¹⁶⁰ vorliege, sondern eine (verfahrensrechtlich zulässige) Rechtsbedingung.¹⁶¹ Es entsteht keine unzumutbare Rechtsunsicherheit für den Aufrechnungsgegner. § 388 S. 2 BGB soll den Empfänger der Aufrechnungserklärung davor schützen, nicht zu wissen, ob Forderung und Gegenforderung erloschen sind. Im Prozess wird jedoch diese Frage gerade geklärt. Für den Aufrechnungsgegner ist die subjektive Unsicherheit, ob die Forderungen durch Aufrechnung erloschen sind, nicht anders gelagert als die allgemeine Unsicherheit über die Einredebehaftetheit der Klageforderung. Die Möglichkeit einer Hilfsaufrechnung im Prozess ist daher unstrittig, zumal sie auch vom Gesetzgeber mittelbar anerkannt wird.¹⁶²

Da durch die Aufrechnung die eigene Forderung (wenigstens teilweise) zum Erlöschen gebracht wird (§ 389 BGB) und sie insofern rechtlich nachteilig ist, kann ein Minderjähriger sie nach § 111 i.V.m. § 107 BGB nicht ohne Einwilligung der Eltern erklären. Die nachträgliche Genehmigung ist insofern bei einseitigen Rechtsgeschäften nicht vorgesehen (§ 111 BGB).

¹⁵⁸ Zur Vertiefung: *Musielak*, JuS 1994, 817; *Buß*, JuS 1994, 147; ausführlich zu den Voraussetzungen und der prozessualen Wirkung auch *Staudinger/Gursky* (2016), § 388 Rdn. 30 ff.

¹⁵⁹ Vgl. dazu m.w.N. *MünchKommBGB/Schlüter*, § 388 Rdn. 4.

¹⁶⁰ *Palandt/Ellenberger*, Einf v § 158 Rdn. 1.

¹⁶¹ *Palandt/Grüneberg*, § 388 Rdn. 3; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 380; *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 16 Rdn. 11.

¹⁶² § 45 III GKG (Schönfelder, Deutsche Gesetze, Nr. 115).

c) Keine Aufrechnungsverbote

Weitere Voraussetzung der Aufrechnung ist, dass keine Aufrechnungsverbote eingreifen. In Betracht kommen sowohl vertragliche als auch gesetzliche Aufrechnungsausschlüsse.

aa) Vertraglicher Aufrechnungsausschluss

Da die Normen des Schuldrechts dispositiv sind, können auch Aufrechnungsverbote kraft vertraglicher Vereinbarung geschaffen werden, die gesetzlich nicht vorgesehen sind. Die formularmäßige Abbedingung der Aufrechnung durch AGB ist aber durch § 309 Nr. 3 BGB im nichtunternehmerischen Verkehr eingeschränkt. Nach § 391 II BGB soll auch die Vereinbarung einer Leistung zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort im Zweifel zu einem Aufrechnungsverbot führen, wenn für die aufzurechnende Forderung ein anderer Leistungsort besteht. Relevant ist diese Vorschrift etwa für den Fall, dass einem Reisenden zu einer bestimmten Zeit Geld an einem bestimmten Ort ausgezahlt werden soll, damit er seine Reise fortsetzen kann. Wäre hier die Aufrechnung durch den Auszahlenden erlaubt, so widerspräche dies dem Vertragszweck.¹⁶³

Die Rechtsprechung leitet in Einzelfällen auch Aufrechnungsverbote aus § 242 BGB her.¹⁶⁴ So soll zum Beispiel ein nach § 662 BGB Beauftragter seine nicht aus dem Auftrag stammende Forderung nicht gegen die Forderung des Auftraggebers auf Herausgabe des Erlangten (§ 667 BGB) aufrechnen können.¹⁶⁵ Umgekehrt können aber auch vertraglich vereinbarte Aufrechnungsausschlüsse – neben § 309 Nr. 3 BGB – der Kontrolle des § 242 BGB unterliegen.¹⁶⁶ Ob der vertragliche Aufrechnungsausschluss treuwidrig ist, soll dabei entscheidend davon abhängen, welcher Zweck damit verfolgt wird.

bb) Gesetzliche Aufrechnungsausschlüsse (§§ 393 – 395 BGB)

Gesetzliche Aufrechnungsausschlüsse sind in §§ 393 – 395 BGB geregelt. Gemäß § 393 BGB kann gegen eine Forderung aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung nicht aufgerechnet werden. Dies hat einen einleuchtenden, *präventiven* Zweck. Mit dieser Vorschrift soll eine „sanktionslose Privatrache“¹⁶⁷ verhindert werden, die ein Gläubiger einer uneinbringlichen Forderung ansonsten durchführen könnte. Ist eine Forderung (evtl. wegen Vermögenslosigkeit des Schuldners) ohnehin wertlos, könnte der Gläubiger deliktische Handlungen am Schuldner vornehmen (diesen etwa verprügeln) und dem Schuldner auf diesem Wege einen deliktischen Schadensersatzanspruch „verschaffen“. Gegen diesen Anspruch könnte der Gläubiger dann seine wertlose Forderung aufrechnen, sodass seine körperliche Gewalt gegen den Schuldner unter Umständen (wenn die Forderungen die gleiche Höhe hätten) zivilrechtlich sanktionslos bliebe.¹⁶⁸ Um diese Form der Forderungsvollstreckung zu vermeiden, wird die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung untersagt. Der Geschädigte seinerseits kann in diesen Fällen aber aufrechnen.

⇒ Fall Nr. 11 – Adler gegen Eisbären

¹⁶³ So das Beispiel bei *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 381 mit Verweis auf Staudinger/*Gursky* (2016), § 391 Rdn. 12.

¹⁶⁴ BGHZ 139, 325, 331 = NJW 1999, 55, 57; BGH NJW 2003, 140, 142.

¹⁶⁵ BGH NJW 2003, 140, 142.

¹⁶⁶ Mit Beispielen *Erman/Wagner*, § 387 Rdn. 40. Zur Korrektur eines Aufrechnungsverbotes über § 242 BGB bei gesetzlichen Verboten s. beispielhaft unten B. IV. 2. c) bb) zu § 394 BGB.

¹⁶⁷ MünchKommBGB/*Schlüter*, § 393 Rdn. 1.

¹⁶⁸ Selbstverständlich kommt eine Strafbarkeit des Gläubigers in Betracht, die aber nichts an einer möglichen zivilrechtlichen Sanktionslosigkeit änderte.

⇒ *Zusatzfall Nr. 11a – Scheidung mit Folgen*

Umstritten ist, ob von § 393 BGB eine Ausnahme zu machen ist, wenn sowohl die Haupt- als auch die Gegenforderung aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung stammen.¹⁶⁹ Vereinzelt wird eine Einschränkung des § 393 BGB für die freilich seltenen Fälle vorgesehen, in denen die gegenseitigen Ansprüche auf einem einheitlichen Lebensverhältnis – wie etwa einer Prügelei – beruhen.¹⁷⁰ Vor allem die Rechtsprechung verneint jedoch eine solche Ausnahme. Sie könne im Wortlaut des § 393 BGB keine Stütze finden und würde zu unangemessener Rechtsunsicherheit führen, weil dann in jedem Einzelfall geprüft werden müsste, ob die Voraussetzungen eines einheitlichen Lebensvorgangs gegeben sind.¹⁷¹

§ 394 BGB ordnet ein Aufrechnungsverbot für unpfändbare Forderungen an und hat eine ähnliche Funktion wie die im Abtretungsrecht noch zu behandelnde Vorschrift des § 400 BGB (unten S. 52).

In §§ 850 ff. ZPO sind Pfändungsverbote geregelt, die einem Schuldner trotz gegen ihn bestehender titulierter Forderungen ein materielles Auskommen ermöglichen sollen. Durch die Pfändungen seiner Gläubiger soll ihm nicht das für ein menschenwürdiges Leben notwendige Existenzminimum entzogen werden. Ansonsten hätte nämlich die Allgemeinheit nach einer „Kahlpfändung“ des Schuldners über die dann erforderliche Sozialhilfe für die fehlenden Geldmittel einzustehen; der Gläubiger würde sich auf Kosten der Allgemeinheit befriedigen. Wird aber die Durchsetzung einer Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung nur bis zur Pfändungsfreigrenze erlaubt, muss auch die Aufrechnung scheitern, weil sie als „Privatvollstreckung“¹⁷² faktisch die gleiche Wirkung hat.

Der Hauptanwendungsfall von § 394 BGB sind Lohnzahlungen. Häufig versuchen Arbeitgeber, ihre Schadensersatzforderungen gegen Arbeitnehmer mit deren Lohnansprüchen aufzurechnen. Dies wird durch § 394 BGB im Umfang der Pfändungsfreigrenzen verhindert. Allerdings kann die Berufung auf § 394 BGB als rechtsmissbräuchlich angesehen und daher unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) eingeschränkt werden. Die Rechtsprechung befürwortet dies, wenn die Forderung, mit der aufgerechnet werden soll, aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung und aus demselben Lebensverhältnis stammt.¹⁷³ Hat also beispielsweise ein Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber bestohlen, so kann der Arbeitgeber seinen Schadensersatzanspruch (§ 823 BGB) mit dem Lohnanspruch des Arbeitnehmers trotz § 394 BGB aufrechnen, obwohl an sich pfändungsfreies Vermögen davon betroffen ist.¹⁷⁴

§ 395 BGB schließlich stellt insofern einen Aufrechnungsausschluss dar, als er das Gegenseitigkeitserfordernis verschärft. Die Aufrechnung gegen Forderungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften ist nur zulässig bei Kassenidentität, wenn also der Schuldner in die gleiche Kasse leisten müsste, aus der sein Anspruch zu erfüllen wäre. Dadurch soll vermieden werden, dass staatlichen Stellen ein Verrechnungsaufwand zwischen den möglicherweise verschiedenen Kassen entsteht. Eine Forderung auf Steuerrückzahlung kann also nicht mit einer gebührenpflichtigen Verwarnung wegen falschen Parkens aufgerechnet werden.¹⁷⁵ Teilweise

¹⁶⁹ Dagegen BGH NJW 2009, 3508; Erman/Wagner, § 393 Rdn. 2c; a.A. Larenz, Schuldrecht I, S. 259 (§ 18 VI b); Lüke/Huppert, JuS 1971, 165, 167.

¹⁷⁰ So etwa Jauernig/Stürner, BGB, 16. Aufl. 2015, § 393 Rdn. 1; Deutsch, NJW 1981, 735 f..

¹⁷¹ BGH NJW 2009, 3508 (Rdn. 6) m.w.N.

¹⁷² Dazu oben IV. 1.

¹⁷³ RGZ 85, 108, 117; BAG NJW 1960, 1590; BAG NJW 1965, 70, 72.

¹⁷⁴ Dies ist kein Fall des § 393 BGB. Diese Vorschrift versagt nur dem Schuldner des Anspruchs aus unerlaubter Handlung die Aufrechnung, nicht aber dem Gläubiger.

¹⁷⁵ Beispiel nach Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rdn. 304.

wird diese Vorschrift als heutzutage rechtspolitisch verfehlt angesehen, da sie eine unnötige Privilegierung staatlicher Kassen erzeuge. Die heutigen technischen Möglichkeiten der elektronischen Datenverarbeitung und -speicherung erforderten diese Privilegierung nicht mehr.¹⁷⁶

3. Wirkung der Aufrechnung

a) *Ex tunc*-Wirkung der Aufrechnung

Die wirksam erklärte Aufrechnung hat zur Folge, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als erloschen gelten (§ 389 BGB). Die Aufrechnung wirkt auf den Zeitpunkt zurück, in dem sich die Forderungen erstmalig aufrechenbar gegenüberstanden. Diese Rückwirkung folgt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise, da die Forderungen schon in dem Zeitpunkt, als sie sich erstmalig aufrechenbar gegenüberstanden, „verrechnet“ werden konnten.¹⁷⁷ Diese *ex tunc*-Wirkung kann etwa auch zur Folge haben, dass bereits eingetretene Verzugsfolgen, insbesondere die an den Verzug anknüpfende Zinspflicht (§ 288 BGB), rückwirkend entfallen.¹⁷⁸

b) Mehrheit von Forderungen

Es kommt häufig vor, dass den Parteien mehr als nur je eine wechselseitige Forderung gegeneinander zusteht. Ist dies der Fall, bestimmt nach § 396 I 1 BGB der Aufrechnende, welche Forderungen gegeneinander aufgerechnet werden sollen. Der Aufrechnungsgegner kann dieser Bestimmung aber widersprechen und damit die Tilgungsreihenfolge des § 366 II BGB (oben S. 18) auslösen, die auch dann eingreift, wenn gar keine Bestimmung von Seiten des Aufrechnenden getroffen wird (§ 396 I 2 BGB). Unerheblich ist für die Anwendbarkeit des Widerspruchsrechts aus § 396 I 2 BGB, welcher Partei – der aufrechnenden oder dem Aufrechnungsgegner – mehrere Forderungen zustehen. Das Widerspruchsrecht erklärt sich nämlich ganz allgemein aus dem Umstand, dass der Aufrechnungsgegner bei schnellerem Handeln der jetzt aufrechnenden Partei hätte zuvorkommen und dann die zu verrechnenden Forderung – vorbehaltlich der Korrektur durch § 396 I 2 BGB – selbst hätte bestimmen können.¹⁷⁹ Keine Seite soll also einen Vorteil aus einer schnelleren Aufrechnungserklärung ziehen können, sondern bei fehlender Übereinstimmung der Parteien generell die gesetzliche Tilgungsreihenfolge des § 366 II BGB zur Anwendung kommen.

4. Die Aufrechnung in der Klausur

Die Aufrechnung kommt in Klausuren häufig vor, da hierdurch ein in der Fallfrage nicht genannter Gegenanspruch mit in die Prüfung integriert werden kann.¹⁸⁰ An Aufrechnung oder Zurückbehaltungsrechte ist daher immer dann zu denken, wenn der Sachverhalt Anhaltspunkte für Gegenansprüche gibt, diese aber nicht explizit gefragt sind. Auf diese Weise ist der Anspruch des anderen Teils inzident zu prüfen. Da die Aufrechnung ein Erfüllungssurrogat dar-

¹⁷⁶ *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rdn. 392; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rdn. 304.

¹⁷⁷ Zur Vertiefung: Die Rückwirkung der Aufrechnung ist rechtspolitisch umstritten; vgl. etwa *Bydlinski*, AcP 196 (1996), 276, 281 ff. sowie *Zimmermann*, FS Medicus, 1999, S. 707, 721 ff. jeweils m.w.N. Auch die von der Europäischen Vertragsrechtskommission herausgearbeiteten Principles of European Contract Law (PECL) und der von der Study Group on a European Civil Code sowie der Research Group on EC Private Law vorgelegte Draft Common Frame of Reference (DCFR) messen der Aufrechnungserklärung nur Wirkung *ex nunc* bei (vgl. Art. 13:106 PECL und Art. III.–6:107 DCFR).

¹⁷⁸ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 386; *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 16 Rdn. 12.

¹⁷⁹ BGHZ 179, 1 (Rdn. 15).

¹⁸⁰ Diese Möglichkeit bietet selbstverständlich auch ein Zurückbehaltungsrecht.

stellt, sollte sie im Prüfungspunkt „Anspruch erloschen“ geprüft werden. Wichtig zu sehen ist, dass die Aufrechnung keine Anspruchsgrundlage ist. Es handelt sich um ein Gestaltungsrecht, denn durch die wirksame Aufrechnung wird auf eine bestehende Rechtslage eingewirkt, indem diese verändert, aufgehoben oder übertragen wird. Ist nach dem Klausursachverhalt die Gestaltungserklärung der Aufrechnung noch nicht abgegeben, aber eine Aufrechnung durch den Schuldner noch möglich, kann festgestellt werden, dass die Passiv-/Hauptforderung für den Fall einer Aufrechnungserklärung seitens des Schuldners gemäß § 389 BGB erlischt.

V. Erlass und negatives Schuldanerkennnis (§ 397 BGB)

Literatur (Auswahl): *Gernhuber*, Handbuch des Schuldrechts, Band 3 – Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994, § 16; *Kleinschmidt*, Der Verzicht im Schuldrecht, 2004, § 7.

Das Schuldverhältnis i.e.S. erlischt auch dann, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch formfreien *Vertrag* die Schuld erlässt (§ 397 I BGB). Damit macht § 397 I BGB deutlich, dass der Gläubiger nicht einseitig auf seinen schuldrechtlichen Anspruch verzichten kann. Im einzelnen Fall ist jedoch zu prüfen, ob ein Antrag auf Abschluss eines Erlassvertrages durch den Schuldner nach Maßgabe des § 151 S. 1 BGB¹⁸¹ zustande gekommen ist, also der Zugang der Annahmeerklärung des Schuldners entbehrlich war, weil der Erlass für den Schuldner ausschließlich günstig ist. Die Voraussetzungen des § 151 S. 1 BGB wären beispielsweise zu bejahen, wenn der Schuldner ein schriftliches Erlassangebot des Gläubigers, das er zugeschickt bekommen hat, zu den Akten nimmt.

Der Erlass ist ein Verfügungsvertrag, denn durch ihn wird das Forderungsrecht des Gläubigers aufgehoben. Ihm liegt stets ein Verpflichtungsvertrag zugrunde (z.B. Vergleichs- oder Schenkungsvertrag)¹⁸², von dessen Wirksamkeit der Erlassvertrag – dem Trennungs- und Abstraktionsprinzips¹⁸³ entsprechend – unabhängig ist. Der kausale Verpflichtungsvertrag ist Rechtsgrund des Erlassvertrages, so dass der Erlassvertrag¹⁸⁴ oder nach anderer Ansicht die Befreiung von der Schuld¹⁸⁵ gemäß § 812 I BGB (ggf. i.V.m. § 818 II BGB) kondiziert werden kann, wenn das Verpflichtungsgeschäft unwirksam oder der mit der Verpflichtung verfolgte Zweck nicht erreicht worden ist.

Beispiel 1: S schuldet G 10.000 €. Da S von Geldsorgen geplagt ist, schreibt er G einen Brief und bittet um einen schenkweisen Erlass in Höhe von 10 % der Schuld. G antwortet, er wolle dem S entgegen kommen, erwarte aber als Gegenleistung, dass S ihm die nächsten zwei Monate den Rasen mäht. Eigentlich wollte er „zwei Jahre“ schreiben, bemerkt diesen Fehler aber erst, als S ihm freudig zurückschreibt: „Klar mähe ich für 1.000 € zwei Monate Deinen Rasen“. G ficht daraufhin „die Vereinbarung“ wegen Irrtums an.

Da die dem Erlass zugrunde liegende Vereinbarung über die Gegenleistung des Rasenmähens, nicht hingegen der Erlass selbst infolge der Anfechtung wegen eines Erklärungsirrtums nichtig ist (§§ 119 I, 142 I BGB), kann G nach einer Ansicht den Erlassvertrag, nach anderer Ansicht die Befreiung von der Schuld gemäß § 812 I I Fall 1 BGB kondizieren und auf diese Weise von S wieder die Begleichung der kompletten Schuld i.H.v. 10.000 € verlangen.

Beispiel 2: S schuldet G 100.000 €. G braucht kurzfristig Geld und einigt sich mit S auf einen Erlass der Schuld i.H.v. 10 % bei sofortiger Zahlung. S zahlt gleichwohl erst zwei Wochen später. Sofern man in einem solchen Fall keinen bedingten (§ 158 BGB) Erlassvertrag sieht, kann zugunsten des G ein Bereicherungsanspruch gemäß

¹⁸¹ Dazu *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 3), § 5 Rdn. 29 f.

¹⁸² Zahlreiche Einzelfallbeispiele mit Angabe, ob ein Erlass zu bejahen ist, bei *MünchKommBGB/Schlüter*, § 397 Rdn. 4 f.

¹⁸³ *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 3), § 5 Rdn. 79 ff.

¹⁸⁴ *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, § 39 Rdn. 342.

¹⁸⁵ *Gernhuber*, Handbuch Schuldrecht, § 16 I. 5. c).

§ 812 I 2 BGB angenommen werden¹⁸⁶, weil der mit dem Erlass verfolgte Zweck (sofortige Zahlung) nicht erreicht wurde.

Allein die konkrete Forderung erlischt gemäß § 397 II BGB, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, dass das Schuldverhältnis (i.e.S.) nicht bestehe. Damit ist das negative Schuldanerkennnis angesprochen, welches – anders als das positive Schuldanerkennnis i.S.d. § 781 BGB – formfrei vereinbart werden kann. Das negative Schuldanerkennnis ist ebenfalls ein Verfügungsvertrag, für den – wie beim Erlass – ein Bereicherungsanspruch gemäß § 812 I 1 Alt. 1 BGB in Betracht kommt, wenn das Verpflichtungsgeschäft unwirksam ist; das stellt § 812 II BGB klar. In der Praxis kommen zwei Situationen in Betracht, in denen das Bedürfnis bestehen kann, ein negatives Schuldanerkennnis zu vereinbaren: *Erstens* die Parteien rechnen zumindest mit der Möglichkeit, dass die Schuld besteht und schließen deswegen den Vertrag in der Absicht, alle oder bestimmte Gruppen von bekannten oder unbekanntem Ansprüchen zum Erlöschen zu bringen (konstitutives negatives Schuldanerkennnis); *zweitens* die Parteien gehen davon aus, eine Schuld bestehe nicht, was sie durch das Schuldanerkennnis dokumentieren und fixieren wollen (deklaratorisches negatives Schuldanerkennnis).¹⁸⁷

Hinweis: Ob ein negatives Schuldanerkennnis vereinbart wurde, ist in der Praxis häufig im Zusammenhang mit Verkehrsunfällen relevant. Oftmals drängt ein unfallbeteiligter U1 einen anderen, unerfahrenen unfallbeteiligten U2, einen Notizzettel zu unterschreiben, in dem es u.a. heißt, U2 habe den Unfall allein verursacht und von U1 habe er „nichts zu fordern“ oder U2 „erkenne seine Schuld am Unfall an“. Die Rechtsprechung nimmt an, solche Äußerungen am Unfallort, die in der ersten Aufregung und unüberlegt abgegeben werden, könnten im Allgemeinen nicht als rechtsverbindliche Anerkenntniserklärungen gewertet werden.¹⁸⁸

Der Erlass spielt in arbeitsrechtlichen Fällen bei sog. **Ausgleichsquittungen** oder Ausgleichsklauseln eine Rolle.¹⁸⁹ Arbeitgeber lassen sich in der Praxis vor allem nach ausgesprochener Kündigung vom Arbeitnehmer auf separatem Schriftstück bestätigen oder quittieren, dass das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt beendet und damit alle (bekannten und unbekanntem) Ansprüche des unterzeichnenden Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber bzw. alle gegenseitigen Ansprüche „abgegolten“ seien.¹⁹⁰ Welche Rechtsqualität eine solche Vereinbarung hat, ist durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln. Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen Erlassvertrag, konstitutivem sowie deklaratorischem negativem Schuldanerkennnis.¹⁹¹

Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung nimmt an, dass für die Feststellung eines Verzichtswillens hohe Anforderungen zu stellen sind. Ein Erlass sei im Zweifel nicht gewollt.¹⁹² Die Verzichtserklärung sei nach Treu und Glauben aus der Sicht eines redlichen Erklärungsempfängers unter Berücksichtigung aller erkennbaren Umstände auszulegen. Vor allem für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses sei anzunehmen, dass der Arbeitnehmer nicht anlasslos und ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten auf alle seine Ansprüche verzichten will. Das gelte besonders für solche Ansprüche, die gerade erst durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstanden sind (z.B. Abfindung, Zeugnisanspruch etc.).

¹⁸⁶ So *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, § 39 Rdn. 342.

¹⁸⁷ Vgl. die Nachweise in Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

¹⁸⁸ OLG Düsseldorf Urt. v. 16.6.2008 – I-1 U 246/07, juris-Rdn. 15.

¹⁸⁹ BAGE 124, 349 = NJW 2008, 461 (Ausgleichsquittung); BAGE 117, 218 = NZA 2006, 854 (Ausgleichsklausel).

¹⁹⁰ Vgl. das Musterformular bei *Küttner/Röller*, Personalbuch, 24. Aufl. 2017, M11.1.

¹⁹¹ BAGE 124, 349 = NJW 2008, 461 Rdn. 15; BAGE 117, 218 = NZA 2006, 854, Rdn. 29.

¹⁹² Dazu und zum Nachfolgenden BAGE 124, 349 = NJW 2008, 461 Rdn. 20 f.

VI. Aufhebungsvertrag

Vom Erlass und vom negativen Schuldanerkenntnis zu unterscheiden ist der Aufhebungsvertrag: Durch den Erlass erlischt – wie gesagt – nur die konkrete Forderung, also das Schuldverhältnis i.e.S.; das Schuldverhältnis i.w.S. bedarf eines Aufhebungsvertrags, um in seiner Gänze zu erlöschen. Der Aufhebungsvertrag ist gesetzlich nicht geregelt, er kann jedoch auf § 311 I BGB gestützt werden. Es ist nämlich Ausdruck der Vertragsfreiheit, wenn jeder begründete Vertrag auf ähnlichem Wege wieder aufgehoben werden kann. In Ausnahmefällen kann der Aufhebungsvertrag der Form des Ursprungsvertrages unterfallen (z.B. bei Entstehung einer Grundstücksübertragungspflicht gemäß § 311b I BGB¹⁹³).

VII. Novation und Konfusion

Literatur (Auswahl): *Bosak*, Konfusion, JA 2009, 596; *Kohler*, Die anfängliche Einheit von Gläubiger und Schuldner, JZ 1983, 13; *Kohlhösser/C. Jansen*, Konfusion, JA 1988, 305.

Die Parteien können auch vereinbaren, dass das bisherige Schuldverhältnis durch ein neues Schuldverhältnis ersetzt wird (Novation oder Schuldersetzung).¹⁹⁴ Die Zulässigkeit der gesetzlich nicht geregelten Novation ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit.¹⁹⁵ Diese Schuldersetzung stellt einen einheitlichen Vertrag dar, durch den das bisherige Schuldverhältnis aufgehoben und das neue Schuldverhältnis begründet wird.¹⁹⁶ Die h.M. sieht in der Novation eine Leistung an Erfüllung statt (§ 364 I BGB)¹⁹⁷ in Bezug auf das ursprüngliche Schuldverhältnis.¹⁹⁸ Dahinter steht die Erwägung, dass die Begründung des neuen Schuldverhältnisses zur Befriedigung des Gläubigers in Bezug auf das bisherige Schuldverhältnis führt.¹⁹⁹

Nach h.M. kann eine Forderung auch dadurch (nachträglich²⁰⁰) erlöschen, dass Forderung und Schuld sich in derselben Person vereinigen, weil z.B. aufgrund eines Erbfalls nach § 1922 I BGB die Forderung auf den Schuldner oder die Schuld auf den Gläubiger übergeht (sog. Konfusion).²⁰¹ Die Rechtsprechung betont jedoch, dass das Erlöschen der Forderung in diesen Fällen nicht zwingend ist. Vielmehr könne dann vom Fortbestehen der Forderung ausgegangen werden, wenn dies der Interessenlage – insbesondere mit Rücksicht auf Rechte Dritter an der Forderung – geboten erscheint.²⁰² So müsse ein Dritter, der z.B. den Nießbrauch (§§ 1086

¹⁹³ *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, § 39 Rdn. 343.

¹⁹⁴ Vgl. dazu und zur Abgrenzung der Novation zum Änderungsvertrag, durch den einzelne Pflichten des Schuldverhältnisses geändert werden, *Palandt/Grüneberg*, § 311 Rdn. 3, 8; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rdn. 319.

¹⁹⁵ *Palandt/Grüneberg*, § 311 Rdn. 8.

¹⁹⁶ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rdn. 319; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 395a.

¹⁹⁷ Zur Leistung an Erfüllung statt und ihrer Abgrenzung zur Leistung erfüllungshalber siehe oben B. II.

¹⁹⁸ *Erman/Buck-Heeb*, § 364 Rdn. 7; *Palandt/Grüneberg*, § 364 Rdn. 3; a.A. *MünchKommBGB/Fetzer*, § 364 Rdn. 1.

¹⁹⁹ *Staudinger/Olzen* (2016), Vorbem. zu §§ 362 ff. Rdn. 37.

²⁰⁰ Eine anfängliche Konfusion im Sinne einer ursprünglichen „Einheit von Gläubiger und Schuldner“ ist nach h.M. nicht möglich, weil Personenverschiedenheit bei Willenserklärungen, die auf das Zustandekommen eines Vertrags abzielen, als eine der Grundvoraussetzungen des Vertragsrechts überhaupt anzusehen ist; vgl. *Linardatos*, Jura 2015, 1339, 1346; *Larenz*, Schuldrecht I, S. 270; *Palandt/Grüneberg*, Einl. v. § 241 Rdn. 3; a.A. *Kohler*, JZ 1983, 13, 15 ff. (bei berechtigtem Interesse des Betroffenen zu verneinen); offen gelassen von BGHZ 211, 331 = MMR 2017, 176 (Rdn. 22).

²⁰¹ *MünchKommBGB/Fetzer*, § 362 Rdn. 4; *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 17 Rdn. 7; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rdn. 321; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 395b.

²⁰² BGH NJW 1995, 2287, 2288; *Bosak*, JA 2009, 596, 599.

ff. BGB) oder ein Pfandrecht (§§ 1273 ff. BGB) an der Forderung habe, davor geschützt werden, dass er sein Recht durch das Erlöschen der Forderung verliert.²⁰³

C. Gläubigerwechsel und Schuldnerschutz

Literatur (Auswahl): *Armbrüster/Ahcin*, Grundfälle zum Zessionsrecht, JuS 2000, 450, 658, 865, 965; *Backhaus*, Befreiende Leistung des »bösgläubigen« Schuldners im Fall des § 407 II BGB und verwandter Vorschriften?, JA 1983, 408; *Bülow*, Grundprobleme des Schuldnerschutzes bei der Forderungsabtretung, JA 1983, 7; *Coester-Waltjen*, Der gesetzliche Forderungsübergang, Jura 1997, 609; *Haertlein*, Die Rechtsstellung des Schuldners einer abgetretenen Forderung, JuS 2007, 1073; *Henrichs*, Kollisionsprobleme bei der (Voraus-)Abtretung zukünftiger Forderungen, JZ 1993, 225; *Lettl*, Die Wirksamkeit der Abtretung einer Geldforderung trotz wirksamen Abtretungsverbots nach § 354a HGB, JA 2010, 109; *S. Lorenz*, Grundwissen Zivilrecht: Abtretung, JuS 2009, 891; *G. Lüke*, Grundfragen des Zessionsrechts, JuS 1995, 90; *W. Lüke*, Das rechtsgeschäftliche Abtretungsverbot, JuS 1992, 114; *Meyer/v. Varel*; Die Sicherungszession, JuS 2004, 192; *Petersen*, Die Abtretung, Jura 2014, 278; *Petersen*, Der Sukzessionsschutz im BGB, Jura 2012, 279; *Schantz*, Grenzen der Abtretbarkeit grundpfandrechtlich gesicherter Darlehensforderungen, NJW 2008, 472; *Schreiber*, Vertraglicher und gesetzlicher Forderungsübergang, Jura 1998, 470; *Schreiber*, Die Forderungsabtretung, Jura 2007, 266; *Schwarz*, Zum Schuldnerschutz bei der Aufrechnung abgetretener Forderungen, AcP 203 (2003), 241; *Thomale*, Der gutgläubige Forderungserwerb im BGB, JuS 2010, 857.

Grundsätzlich entfaltet ein Schuldverhältnis nur zwischen den Parteien Wirkung, die es geschlossen haben (Wirkung *inter partes*). Deshalb kann z.B. nur der Gläubiger einer Geldforderung vom Schuldner Zahlung verlangen, während Dritte kein Recht haben, auf diese Zahlung hinzuwirken. Diese nur relative Wirkung des Schuldverhältnisses kann jedoch durch einen Gläubigerwechsel verändert werden, der insbesondere dadurch eintreten kann, dass der bisherige Gläubiger seine Forderung rechtsgeschäftlich durch Abtretung gemäß §§ 398 ff. BGB auf einen Dritten überträgt.

I. Arten des Gläubigerwechsels

Betrachtet man zunächst die verschiedenen Arten des Gläubigerwechsels, ist zwischen der – sogleich im Vordergrund der Betrachtung stehenden – Einzelrechtsnachfolge und der Gesamtrechtsnachfolge zu unterscheiden. Bei der **Gesamtrechtsnachfolge** geht nicht nur ein einzelner Vermögensgegenstand – etwa eine Forderung – auf einen neuen Rechtsinhaber über, sondern eine Gesamtheit solcher Gegenstände. Sie kann insbesondere durch Erbfolge eintreten, bei der gemäß § 1922 BGB mit dem Tod einer Person deren Vermögen als Ganzes auf eine oder mehrere Personen, die Erben, übergeht. Ein weiterer wichtiger Fall der vollständigen oder partiellen Gesamtrechtsnachfolge ist im Umwandlungsgesetz (UmwG) geregelt, das sich mit Fusionen, z.B. dem Zusammenschluss zweier Banken zu einer neuen Großbank, oder der Spaltung von Gesellschaften, z.B. der Ausgliederung des Privatkundengeschäfts aus einer Großbank (Fall: Deutsche Bank 24), beschäftigt. Nach § 20 (Fusion) bzw. § 131 UmwG (Spaltung) geht in solchen Fällen das Vermögen auf einen neuen Rechtsträger über, also auf eine neue Gesellschaft. Mit diesem Übergang wechselt auch der Gläubiger einer Forderung, z.B. eines Anspruchs auf Kreditrückzahlung aus § 488 I 2 BGB.

Die **Einzelrechtsnachfolge** bei Forderungen, also der isolierte Übergang der Gläubigerstellung, kann sich auf drei Arten vollziehen:

- Am häufigsten erfolgt der Wechsel zwischen Alt- und Neugläubiger im Rahmen einer rechtsgeschäftlichen Abtretung gemäß §§ 398 ff. BGB.

²⁰³ Vgl. dazu MünchKommBGB/Fetzer, vor § 362 Rdn. 4; Staudinger/Olzen (2016), Vorbem. zu §§ 362 ff Rdn. 29 ff.

- Daneben ordnet das Gesetz an einigen Stellen einen automatischen Forderungsübergang an (*cessio legis*). Dies ist beispielsweise in §§ 426 II, 774 I 1 BGB, § 86 I 1 VVG und §§ 115 f. SGB X der Fall. Auf den gesetzlichen Forderungsübergang sind gemäß § 412 BGB die Vorschriften über die Abtretung weitgehend entsprechend anwendbar.
- Daneben kann ein Gläubigerwechsel auch durch Hoheitsakt erfolgen, insbesondere durch Pfändung und Überweisung einer Forderung (§§ 829, 835 ZPO). Hat etwa eine Person ihre Schulden nicht bezahlt und der Gläubiger gegen sie ein Urteil erstritten, kann der Gläubiger auf der Grundlage dieses Urteils beim Amtsgericht einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss beantragen, mit dem der Gläubiger auf Forderungen zugreift, die sein Schuldner gegen Dritte hat. Der Gläubiger kann beispielsweise das Girokonto seines Schuldners pfänden und so auf den Auszahlungsanspruch zugreifen, die sein Schuldner gegen die Bank, den sog. Drittschuldner, hat.²⁰⁴ Die Überweisung der Forderung durch den Beschluss kann zu einem Gläubigerwechsel führen (§ 835 II ZPO).

Die folgende Darstellung beschränkt sich auf den Grundfall, den rechtsgeschäftlichen Forderungsübergang, wie sie in den §§ 398 ff. BGB geregelt wird.

II. Abtretung

1. Begriff und Rechtsnatur der Abtretung

Die Abtretung ist ein Vertrag (Zession), durch den eine Forderung von dem alten Gläubiger (Zedent) auf den neuen Gläubiger (Zessionar) übertragen wird. Mit Abschluss eines wirksamen Abtretungsvertrages verliert der Zedent seine Forderung. Eine Mitwirkung des Schuldners ist nicht erforderlich; er muss auch nicht benachrichtigt werden.

Die Abtretung ist auf die Übertragung einer Forderung, also unmittelbar auf eine Rechtsänderung gerichtet. Die Abtretung ist daher, obwohl sie im allgemeinen Teil des *Schuldrechts* geregelt ist, kein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft, sondern ein **Verfügungsgeschäft**.²⁰⁵ Von den sachenrechtlichen Geschäften unterscheidet sie sich nur dadurch, dass Gegenstand der Verfügung keine Sache, sondern eine Forderung ist. Teilweise wird zusammenfassend von „dinglichen“ Geschäften gesprochen, obwohl die Forderung i.e.S. kein „Ding“ ist.²⁰⁶

Dem Verfügungsgeschäft der Abtretung liegt jedoch in der Regel ein Verpflichtungsgeschäft (Kausalgeschäft) als Rechtsgrund zugrunde. Aus diesem ergibt sich, *warum* die Verfügung über die Forderung gemäß §§ 398 ff. BGB erfolgt. Als Kausalgeschäft kommt insbesondere ein Forderungskauf (Factoring²⁰⁷), aber z.B. auch ein Schenkungs- oder Sicherungsvertrag in Betracht.²⁰⁸

Wer eine Forderung gegen Geld verkauft, ist zunächst nur schuldrechtlich zur Übertragung der Forderung verpflichtet (§ 433 I 1 BGB). Diese Verpflichtung wird sodann durch das Verfügungsgeschäft der Abtretung erfüllt (§ 398 BGB). Die Struktur der beiden Geschäfte ist also nicht anders als bei dem Verkauf einer Sache, mit dem einzigen Unterschied, dass die den schuldrechtlichen Kaufvertrag erfüllende Verfügung bei Sachen durch Übereignung erfolgt (§ 929 BGB bei beweglichen Sachen, § 873 BGB bei Grundstücken).

²⁰⁴ Umfassend zur Kontenpfändung *Bitter*, in: Bankrechts-Handbuch (Fn. 101), § 33.

²⁰⁵ Palandt/*Grüneberg*, § 398 Rdn. 2; *Eckert*, Schuldrecht AT, Rdn. 1037; dies gilt auch für den Erlass (§ 397 BGB) und die Schuldübernahme (§ 414 BGB).

²⁰⁶ Siehe dazu jüngst historisch erläuternd *J. W. Flume*, Vermögenstransfer und Haftung, 2008, S. 22 ff., insbes. S. 27 ff.

²⁰⁷ Dazu noch unten C. VII. 4.

²⁰⁸ Vgl. Palandt/*Grüneberg*, § 398 Rdn. 2.

Als Verfügungsgeschäft ist die Abtretung **abstrakt** gegenüber dem zugrunde liegenden schuldrechtlichen Geschäft. Das für das BGB charakteristische Trennungs- und Abstraktionsprinzip²⁰⁹ gilt auch im Bereich der Forderungsübertragung.²¹⁰ Die Geltung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips hat zur Folge, dass Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft auseinander zu halten sind (Trennungsprinzip) und die rechtliche Wirksamkeit beider Rechtsgeschäfte unabhängig voneinander beurteilt werden muss (Abstraktionsprinzip).²¹¹ Dies bedeutet einerseits, dass beide Geschäfte nicht notwendig zusammen getätigt werden müssen. Andererseits ist die Wirksamkeit des Abtretungsvertrages **rechtlich unabhängig** von der Wirksamkeit des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts.

Etwas anderes gilt nur, wenn die Parteien die Abtretung und das Kausalgeschäft zu einer Einheit zusammengefasst (§ 139 BGB) oder die Wirksamkeit des Kausalgeschäfts zur Bedingung (§§ 158 ff. BGB) für die Wirksamkeit der Abtretung gemacht haben²¹² oder wenn die Abtretung ausnahmsweise am gleichen Fehler leidet wie das Kausalgeschäft (Fehleridentität).²¹³

Ist lediglich das Kausalgeschäft unwirksam, fehlt es an einem Rechtsgrund (*causa*) für die Abtretung, so dass dem Zedenten gegen den Zessionar gemäß § 812 I 1 Alt. 1 BGB ein Bereicherungsanspruch auf Rückabtretung der Forderung zusteht.²¹⁴ Diese Rückabtretung erfolgt dann ihrerseits nach § 398 BGB.

Gemäß § 413 BGB finden die §§ 398 ff. BGB auch auf die Übertragung **anderer Rechte** (z.B. Grundschuld, Urheberrecht, Lizenz etc.) Anwendung, soweit das Gesetz nicht ein anderes vorschreibt.

2. Wirtschaftliche Bedeutung der Abtretung

Die Forderungsabtretung hat als Finanzierungs- und Sicherungsmittel eine erhebliche praktische und wirtschaftliche Bedeutung. Der Forderungsinhaber kann beispielsweise die Forderung verkaufen und durch Abtretung übertragen, um sich auf diese Weise kurzfristig liquide Mittel zu verschaffen (sog. Factoring²¹⁵). Das ist vor allem dann interessant für den Forderungsinhaber, wenn die Fälligkeit der abgetretenen Forderung weit in der Zukunft liegt, er mithin die Forderung zum Zeitpunkt der Abtretung noch nicht erfolgreich durchsetzen könnte, um die benötigten Zahlungsmittel zu erlangen. Der Forderungsinhaber kann die Forderung seinen Geschäftspartnern jedoch auch als Gegenleistung, also zur Erfüllung einer Schuld anbieten²¹⁶, wenn er nicht anderweitig seine Verbindlichkeit bedienen kann. Zudem ist die Abtretung ein Kreditsicherungsmittel. Der Forderungsinhaber kann beispielsweise einem Kreditgeber die Forderung abtreten, um ihm eine Sicherung für die Rückzahlung eines Kredites einzuräumen.

²⁰⁹ Siehe dazu *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 3), § 5 Rdn. 79 ff.

²¹⁰ *MünchKommBGB/Roth*, § 398 Rdn. 25; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1167.

²¹¹ *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 3), § 5 Rdn. 87; *Schreiber*, Jura 2007, 266, 266.

²¹² *Staudinger/Busche* (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rdn. 21; *Palandt/Grüneberg*, § 398 Rdn. 2; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rdn. 768.

²¹³ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1167; *Medicus*, BGB AT, Rdn. 231 ff.; Fehleridentität liegt vor, wenn derselbe rechtliche Mangel sowohl dem Verpflichtungs- als auch dem Verfügungsgeschäft anhaftet, vgl. dazu *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 3), § 5 Rdn. 91 f.

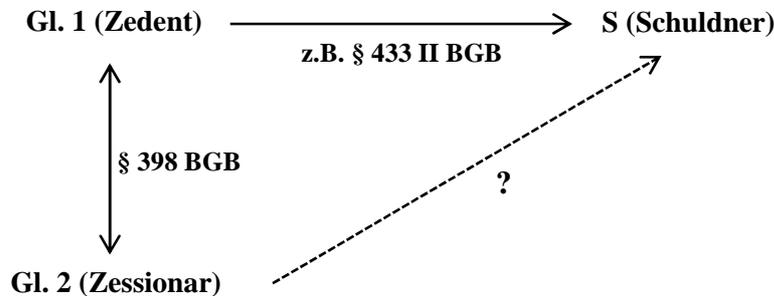
²¹⁴ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1168.

²¹⁵ Dazu unten C. VII. 4.

²¹⁶ Eine solche Forderungsabtretung wird in der Regel erfüllungshalber erfolgen; dazu oben B. II. 2.

III. Prüfungsaufbau

Die Abtretung ist im Klausuraufbau zumeist in Verbindung mit der Frage anzusprechen, ob der Neugläubiger (Zessionar) berechtigt Zahlung vom Schuldner verlangt. Das insoweit relevante Dreipersonenverhältnis lässt sich graphisch wie folgt darstellen:



Der Anspruch des Neugläubigers (Gl. 2) gegen den Schuldner ergibt sich aus der ursprünglichen Forderung des Altgläubigers (Gl. 1) gegen den Schuldner (S) – z.B. auf Kaufpreiszahlung aus § 433 II BGB – i.V.m. dem Übergang der Gläubigerstellung gemäß § 398 BGB. Aus diesem Grund ist in dem bekannten dreigliedrigen Prüfungsaufbau (Erwerb, Erlöschen und Durchsetzbarkeit des Anspruchs) an der ersten Stelle sowohl zu prüfen, ob die übertragene Forderung überhaupt existiert, als auch, ob der Gläubigerwechsel stattgefunden hat. Für die gutachtliche Prüfung, ob Gl. 2 von S aus § ... (z.B. § 433 II BGB) i.V.m. § 398 BGB Zahlung der Forderungssumme verlangen kann, wird deshalb der nachfolgende Prüfungsaufbau vorgeschlagen:

I. Erwerb der (Kaufpreis-)Forderung gegen S durch Abtretung

1. Existenz der abzutretenden Forderung

z.B. aus einem (Kauf-)Vertrag zwischen Zedent (Gl. 1) und Schuldner (S)

2. Einigung über den Übergang der Gläubigerstellung zwischen Zedent (Gl. 1) und Zessionar (Gl. 2)

- Angebot und Annahme (= Vertrag i.S.v. § 145 ff. BGB)
- auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) möglich (Bsp.: verlängerter EV)
- Bestimmtheit der Einigung (insbes. bei Abtretung zukünftiger Forderungen)
- Wirksamkeit der Einigung
 - § 134 BGB, insbes. bei Abtretung von Honorarforderungen der Ärzte, Anwälte
 - § 307 BGB bzw. § 138 BGB, insbes. bei Forderungsabtretungen zur Sicherung von Waren- und Geldkrediten
 - anfängliche Übersicherung (vgl. BGH NJW 1998, 2047)
 - Knebelung
 - Gläubigergefährdung (nur § 138 BGB)

3. Berechtigung des Zedenten (Gl. 1)

⇒ gutgläubiger Erwerb von Forderungen grundsätzlich nicht möglich

4. Keine Ausschlussgründe

- Vertraglicher Ausschluss der Abtretung – § 399 Alt. 2 BGB

Beachte: § 354a HGB

- Inhaltsänderung der Leistung durch Abtretung – § 399 Alt. 1 BGB
- Unpfändbarkeit der Forderung – § 400 BGB (insbes.: §§ 850 ff. ZPO)

II. Verlust der (Kaufpreis-)Forderung

⇒ nur durch zweite Abtretung zwischen dem Erstzessionar (Gl. 2) und einem Zweitzessionar, da grundsätzlich kein gutgläubiger Erwerb bei zweiter Abtretung durch den Zedenten (Gl. 1) möglich ist (vgl. oben I. 3.).

III. Erlöschen der (Kaufpreis-)Forderung

1. Insbesondere durch Erfüllung i.S.v. § 362 I BGB

Grundsatz: durch Bewirkung der Leistung an den (richtigen) Gläubiger, nach Abtretung also an den Zessionar (Gl. 2)

Ausnahme: durch Leistung an einen Nichtgläubiger (§§ 407 ff. BGB) – Schuldnerschutz

2. Gegebenenfalls durch Aufrechnung (§ 389 BGB)

Grundsatz: Gegenanspruch des Schuldners (S) gegen den Zessionar (Gl. 2) als Inhaber der Forderung erforderlich (Gegenseitigkeit)

Ausnahme: Aufrechnung trotz fehlender Gegenseitigkeit mit einem Gegenanspruch des Schuldners (S) gegen den Zedenten (Gl. 1) als früheren Inhaber der Forderung (§ 406 BGB) – Schuldnerschutz

IV. Die Voraussetzungen der Abtretung

1. Existenz der abzutretenden Forderung

Die abzutretende Forderung muss nach allgemeinen Regeln bestehen. Jede selbständige Forderung kann abgetreten werden, gleichgültig ob sie vertraglicher oder gesetzlicher Natur ist. Der Zedent muss Inhaber der Forderung sein, womit denkbare Verbindung ist, dass die abzutretende Forderung bestehen, also existent sein muss. Eine abtretbare Forderung entsteht folglich nicht mit Abschluss des Abtretungsvertrages, sondern wird vorausgesetzt.

Eine Ausnahme hierzu sieht § 405 BGB in seiner *ersten* Alternative vor: Dort ist die Abtretung einer Forderung geregelt, die aus einem Scheingeschäft stammt. Gemäß § 117 I BGB ist ein Scheingeschäft nichtig mit der Folge, dass eine Forderung aus einem solchen Geschäft nicht existieren kann. Die Abtretung würde in diesem Fall ins Leere gehen. Jedoch ordnet § 405 Alt. 1 BGB an, dass der Schuldner, der eine Urkunde über eine solche, aus einem Scheingeschäft stammende Forderung ausgestellt hat, sich gegenüber dem neuen Gläubiger (Zessionar) nicht auf die Nichtigkeit des Scheingeschäfts berufen kann, wenn dem Zessionar die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird. Die Urkunde über die Forderung ist also ein Rechtsscheinträger, der das schützenswerte Vertrauen aufseiten des Zessionars in den Bestand der Forderung hervorruft; zugleich ist sie Grund, dem Schuldner diesen Schein des Forderungsbestands zuzurechnen, sofern dieser die Urkunde *bewusst* ausgestellt und dadurch den Bestand der Forderung verlaublich hat. Wenn der Zessionar allerdings die Fehlerhaftigkeit der Schuldurkunde kennt oder kennen muss, für ihn also zumindest erkennbar ist, dass die abgetretene Forderung aus einem Scheingeschäft stammt, scheidet ein Forderungserwerb nach § 405 Alt. 1 BGB aus. Nach der Legaldefinition des Kennenmüssens in

§ 122 Abs. 2 BGB schließt bereits einfache Fahrlässigkeit des Zessionars den Schutz des § 405 BGB aus.²¹⁷

Bisweilen wird davon gesprochen, § 405 BGB regle die Ausnahmefälle, aufgrund derer ein gutgläubiger Forderungserwerb möglich sei.²¹⁸ Treffender ist es aber davon zu sprechen, § 405 Alt. 1 BGB sei ein Fall der Forderungsentstehung kraft guten Glaubens oder allgemeiner: eine Rechtsscheinhaftung kraft wissentlicher Schaffung eines Scheintatbestandes²¹⁹; einen gutgläubigen Erwerb einer einredefreien Forderung betrifft dagegen § 405 Alt. 2 BGB.²²⁰

2. Abtretungsvertrag

Die rechtsgeschäftliche Übertragung einer Forderung erfolgt nach § 398 S. 1 BGB durch einen Abtretungsvertrag. Die Einigung über den Übergang der Gläubigerstellung ist ein Vertrag im Sinne der §§ 145 ff. BGB, der durch zwei korrespondierende Willenserklärungen, Angebot und Annahme, zustande kommt.²²¹ Er kann auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) enthalten sein (z.B. verlängerter Eigentumsvorbehalt²²²).

Gegenstand des Abtretungsvertrages ist die Vereinbarung zwischen Zedent und Zessionar, dass die Forderung auf Letzteren übergehen soll. Es handelt sich dabei – wie dargelegt – um einen Verfügungsvertrag, auf den die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte Anwendung finden.²²³ Insbesondere kann der Abtretungsvertrag, da grundsätzlich formfrei (s.u.), auch stillschweigend geschlossen werden.²²⁴ Es gelten die allgemeinen Auslegungsgrundsätze (§§ 133, 157 BGB).

Der Schuldner ist an dem Abschluss des Abtretungsvertrags nicht beteiligt. Anders als bei der Schuldübernahme, also der Übertragung der Schuldnerstellung (§ 414 BGB; unten S. 87 ff.), gibt es bei der Übertragung der Gläubigerstellung **kein Zustimmungserfordernis**; die Abtretung muss dem Schuldner nicht einmal angezeigt werden.²²⁵ Ein wirksamer Abtretungsvertrag kann folglich geschlossen werden, ohne dass der Schuldner davon erfährt; bei fehlender Kenntnis ist der Schuldner nämlich durch die unten auf S. 61 ff. dargestellten Schuldnerschutzvorschriften der §§ 404 ff. BGB hinreichend geschützt.²²⁶

a) Formerfordernis

Der Abtretungsvertrag kann **grundsätzlich formfrei** geschlossen werden. Dies gilt auch dann, wenn die abgetretene Forderung aus einem formbedürftigen Rechtsgeschäft resultiert²²⁷

²¹⁷ Palandt/*Grüneberg*, § 405 Rdn. 3; Jauernig/*Stürner*, § 405 Rdn. 1.

²¹⁸ *Thomale*, JuS 2010, 857, 859; dahingehend auch *Hirsch*, Schuldrecht AT, Rdn. 1143.

²¹⁹ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 86.

²²⁰ Dazu unten C. IV. 3.

²²¹ Vgl. Palandt/*Grüneberg*, § 398 Rdn. 2.

²²² Der einfache Eigentumsvorbehalt, der in einer aufschiebend bedingten Übereignung besteht (schuldrechtlich: § 449 BGB, sachenrechtlich: §§ 929, 158 BGB) kann dadurch verlängert werden, dass der Lieferant dem (Erst-)Käufer gestattet, die erworbene Sache schon vor der Kaufpreiszahlung im Rahmen seines Handelsgeschäfts weiterzuverkaufen, und dabei mit dem Erstkäufer vereinbart, dass dessen Kaufpreisforderung gegen den Zweitkäufer an den Lieferanten als Ersatzsicherheit abgetreten wird. Diese Rechtsfigur wird ausführlich im „Kreditsicherungsrecht“ im 5. Semester behandelt.

²²³ MünchKommBGB/*Roth*, § 398 Rdn. 13.

²²⁴ BGH WM 1971, 305, 306.

²²⁵ *Eckert*, Schuldrecht AT, Rdn. 1040; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1172.

²²⁶ Näher zur Rechtsstellung des Schuldners bei der Abtretung *Haertlein*, JuS 2007, 1073 ff. m.w.N.

²²⁷ BGHZ 89, 41, 46; MünchKommBGB/*Roth/Kieninger*, § 398 Rdn. 34; *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, Rdn. 1286.

(z.B. Forderungen aus Kaufverträgen über Grundstücke²²⁸). Ausnahmsweise kann sich jedoch durch eine Spezialvorschrift ein Formzwang ergeben. So kann z.B. eine Forderung, die durch eine Hypothek gesichert ist, nur in der nach § 1154 I BGB vorgeschriebenen Form übertragen werden.

b) Bestimmtheiterfordernis

Wie jede Verfügung über ein Recht unterliegt auch die Forderungsabtretung dem Bestimmtheitsgrundsatz: Die abgetretene Forderung muss so konkret bezeichnet sein, dass sie individualisierbar, also **bestimmbar** ist.²²⁹ Hintergrund ist der Schutz des Rechtsverkehrs. Es muss über Inhalt, Höhe und Inhaberschaft der Forderung Klarheit herrschen.²³⁰ Zwar wird nicht verlangt, dass die Forderung bereits besteht und ihrem Umfang nach exakt feststeht, jedoch müssen die abgetretenen Forderungen im Interesse des Rechtsverkehrs von den Parteien so genau bezeichnet sein, dass auch für Dritte erkennbar wird, welche konkrete Forderung Gegenstand der Verfügung ist.²³¹ Das ist dann der Fall, wenn die Forderung gegenständlich individualisiert ist und bei ihrer Entstehung aus dem Abtretungsvertrag festgestellt werden kann, wer alter und neuer Gläubiger ist.²³² In folgenden Konstellationen wird das Bestimmtheiterfordernis besonders relevant:

aa) Abtretung von Forderungsmehrheiten

Es können Forderungsmehrheiten oder Einzelforderungen aus Forderungsmehrheiten abgetreten werden. Auch hierbei ist erforderlich, dass die jeweils abgetretenen Forderungen bestimmbar sind. Eine allgemein gültige Regel zur Bestimmung der Wirksamkeit solcher Abtretungen kann es aufgrund der Vielseitigkeit der einzelnen Fallgestaltungen nicht geben. Vielmehr kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an.

Die Abtretung **einzelner Forderungen aus einer Forderungsmehrheit** ist z.B. dann unwirksam, wenn eine genaue Individualisierung der abzutretenden Forderung überhaupt nicht vorgenommen wird (Beispiel: A hat drei verschiedene Forderungen gegen B und tritt nun an einen Dritten D „eine meiner Forderungen gegen B“ ab).²³³

Eine gleichzeitige **Abtretung mehrerer Forderungen** ist grundsätzlich zulässig. Sie ist z.B. dann hinreichend bestimmt, wenn „alle Forderungen“ aus einer bestimmten Art von Rechtsgeschäften abgetreten werden (Beispiel: Abtretung aller Ansprüche aus Kaufverträgen oder Bauverträgen, die mit beliebigen Vertragspartnern A bis Z geschlossen wurden).²³⁴ Werden jedoch Teilbeträge der jeweiligen Forderungen abgetreten, ist die Abtretung unwirksam, wenn nicht erkennbar ist, auf welche Forderung oder Teilforderung und in welcher Höhe sich die Abtretung bezieht²³⁵ (Beispiel: A hat gegen B drei Forderungen über je 10.000 € und tritt nun „meine Forderungen gegen B i.H.v. 6.000 €“ ab; hinreichend bestimmt wäre hingegen die Abtretung „jeder der drei Forderungen i.H.v. jeweils 2.000 €“).

²²⁸ Kaufverträge über Grundstücke müssen nach § 311b I 1 BGB notariell beurkundet werden.

²²⁹ BGHZ 26, 185, 189; BGH NJW 2011, 2713; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1179.

²³⁰ *Hirsch*, Schuldrecht AT, Rdn. 1145; *Schreiber*, Jura 2007, 266, 267.

²³¹ BGH ZIP 2012, 2358 (künftige Gehaltsansprüche); *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rdn. 774.

²³² *Fezer*, Klausurenkurs Schuldrecht AT, S. 175.

²³³ Vgl. auch MünchKommBGB/*Roth/Kieninger*, § 398 Rdn. 69 mit weiteren Beispielen.

²³⁴ BGH WM 1961, 350, 351.

²³⁵ BeckOK BGB/*Rohe*, § 398 Rdn. 35; Palandt/*Grüneberg*, § 398 Rdn. 15.

bb) Abtretung künftiger Forderungen

Auch künftige Forderungen, d.h. bedingte oder befristete Forderungen oder Forderungen aus erst künftig entstehenden Rechtsverhältnissen, können vor ihrer Entstehung abgetreten werden (sog. Vorausabtretung).²³⁶ Die Zulässigkeit der Vorausabtretung wird mit dem Hinweis auf § 185 II 1 Alt. 2 BGB begründet: Wenn die Verfügung eines Nichtberechtigten über eine bestehende Forderung wirksam wird, wenn der Nichtberechtigte sie nachträglich erwirbt, dann muss erst recht die Abtretung einer noch nicht bestehenden Forderung wirksam werden, wenn diese in der Person des Zedenten entsteht.²³⁷ Im Zeitpunkt der Abtretung muss nicht einmal der Rechtsgrund für die Forderung wirksam geschaffen sein. Es genügt vielmehr, dass das zukünftige Entstehen der Forderung als wahrscheinlich angenommen wird.²³⁸

Voraussetzungen einer wirksamen Vorausabtretung sind allerdings, dass die Entstehung der Forderung im Zeitpunkt der Abtretung möglich ist und dass sowohl die Forderung als auch der Schuldner spätestens im Zeitpunkt des Entstehens bestimmbar sind.²³⁹ Die Abtretung wird dann erst mit dem Entstehen der Forderung wirksam, jedoch rückwirkend auf den Zeitpunkt der Abtretungsvereinbarung²⁴⁰ (Beispiel: A verhandelt mit B über den Abschluss eines Mietvertrags über eine Wohnung des A. Die zukünftigen Mietforderungen gegen B tritt A schon jetzt an D ab).

Probleme mit der erforderlichen Bestimmtheit können auch in den Fällen der sog. **Globalzession** auftreten. Bei einer Globalzession bezieht sich die Abtretung auf ein ganzes Bündel – meist künftiger – Forderungen.²⁴¹ Dem Bestimmtheitserfordernis ist bei einer Globalzession mit einer Bezeichnung der Forderungsgesamtheit Genüge getan.²⁴² Es muss sichergestellt sein, dass die bestimmbar entstandene Forderung zu den zedierten gehört. Hinreichend bestimmt ist insoweit – nicht anders als bei der Abtretung schon bestehender Forderungen – die Einigung über den Übergang aller Forderungen aus einer bestimmten Art von Geschäften (Beispiel: Abtretung aller Ansprüche aus Kaufverträgen oder Bauverträgen, die in Zukunft mit beliebigen Vertragspartnern A bis Z geschlossen werden).²⁴³ Gleiches gilt bei der Abtretung aller Forderungen aus einem bestimmten Zeitraum (Beispiel: Abtretung aller Ansprüche aus Verträgen, die der Zedent in der Zeit vom 1.1. bis 30.6.2010 schließt).²⁴⁴ Zu unbestimmt ist dagegen die Abtretung sämtlicher Forderungen bis zu einer bestimmten Höhe, wenn die Gesamtsumme die Höhe übersteigt, weil nicht geklärt werden kann, welche Forderungen konkret von der Abtretung erfasst werden²⁴⁵ (Beispiel: Abtretung aller Ansprüche aus Kaufverträgen oder Bauverträgen, die mit beliebigen Vertragspartnern A bis Z geschlossen werden, bis zum Betrag von 100.000 €).

Fraglich ist, ob die abgetretene künftige Forderung unmittelbar in der Person des Zessionars (**Direkterwerb des Zessionars**) oder ob sie erst für eine juristische Sekunde im Vermögen

²³⁶ St. Rspr.; vgl. BGH NJW-RR 2005, 1408; Jauernig/Stürner, § 398 Rdn. 9.

²³⁷ Eckert, Schuldrecht AT, Rdn. 1044; Palandt/Grüneberg, § 398 Rdn. 11; Schreiber, Jura 2007, 266, 267.

²³⁸ RGZ 134, 237; MünchKommBGB/Roth, 6. Aufl. 2012, § 398 Rdn. 79.

²³⁹ St. Rspr. seit RGZ 67, 167; Erman/Westermann, § 398 Rdn. 11.

²⁴⁰ BGH ZIP 1997, 737, 738; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT, Rdn. 775.

²⁴¹ Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1181.

²⁴² Vgl. Erman/Westermann, § 398 Rdn.17; Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1181.

²⁴³ BGH WM 1961, 350, 351.

²⁴⁴ Siehe dazu auch BGH WM 1966, 13.

²⁴⁵ BGH NJW 1978, 1050.

des Zedenten entsteht (**Durchgangserwerb**). Entscheidend ist für diese Frage nach h.M., ob der Rechtsgrund der Forderung im Zeitpunkt der Abtretung schon besteht.²⁴⁶

Besteht im Zeitpunkt der Abtretung für die Forderung bereits ein Rechtsgrund, so tritt ein Direkterwerb der Forderung beim Zessionar ein. In diesem Fall wird dem Zessionar nicht nur eine künftige Forderung abgetreten, sondern eine bestehende Rechtsposition des Zedenten, mit der schon eine begründete Aussicht auf das Entstehen der Forderung verbunden ist.²⁴⁷

Besteht dagegen für die Forderung im Zeitpunkt der Abtretung kein Rechtsgrund (z.B.: Forderungen aus erst abzuschließenden Kaufverträgen), tritt ein Durchgangserwerb durch das Vermögen des Zedenten ein. Die abgetretene Forderung wird in diesem Fall erst mit Vertragsschluss begründet und zwar – nach dem stellvertretungsrechtlichen Offenkundigkeitsprinzip (§ 164 I 1 und 2 BGB) – im Vermögen des Zedenten.²⁴⁸ Beim Durchgangserwerb besteht für den Zedenten die Gefahr, dass er die Forderung mit Rechten Dritter belastet erwirbt.

c) Nichtigkeit der Abtretung nach § 134 BGB

Verstößt die Abtretung gegen ein Verbotsgesetz, so ist sie grundsätzlich nach § 134 BGB nichtig. Dabei ist allerdings zu unterscheiden, ob das Gesetz die Übertragbarkeit der Forderung generell ausschließt oder ob die Abtretung zwar möglich, aber in bestimmten Konstellationen verboten ist. Nur der letztere Fall führt zur Nichtigkeit nach § 134 BGB.²⁴⁹

Praktisch wichtigstes Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB ist § 203 StGB. Nach dieser Vorschrift ist strafbar, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, offenbart, das ihm in besonderer Position, insbesondere als Arzt, Rechtsanwalt, Notar etc., anvertraut oder sonst bekanntgeworden ist. Mit dieser gesetzlich vorgegebenen und strafbewehrten Schweigepflicht können die in § 203 StGB genannten Berufsheimnisträger in Konflikt geraten, wenn sie ihre **Honorarforderungen gegen Patienten bzw. Mandanten** an Dritte abtreten, weil der Zedent gemäß § 402 BGB dem Zessionar Auskunft über die Person des Schuldners sowie den Schuldgrund erteilen muss. Der Zessionar würde also bei der Abtretung durch einen Arzt z.B. erfahren, aus welcher konkreten Behandlung der Honoraranspruch entstanden ist.

Ein Verstoß gegen das Strafgesetz begründet wegen des erforderlichen umfassenden Schuldnerschutzes auch die Nichtigkeit der Abtretung.²⁵⁰ Dies gilt nach der Rechtsprechung des BGH insbesondere für die genannten Abtretungen von Honorarforderungen eines Arztes oder Rechtsanwaltes.²⁵¹ Allerdings kann die sich aus § 203 StGB ergebende Problematik vermieden werden, wenn der jeweilige Berufsheimnisträger eine Einwilligung des Schuldners einholt.²⁵² Dies ist der Grund, warum etwa Privatpatienten beim Besuch eines Arztes schon vor Beginn der Behandlung aufgefordert werden, schriftlich ihr Einverständnis mit der Weitergabe der Abrechnungsdaten an eine ärztliche Verrechnungsstelle zu erteilen.

⇒ Fall Nr. 12 – Arzthonorar

²⁴⁶ Staudinger/*Busche* (2017), § 398 Rdn. 72 f.; Erman/*Westermann*, § 398 Rdn. 12; *Larenz*, Schuldrecht I, S. 585.

²⁴⁷ Staudinger/*Busche* (2017), § 398 Rdn. 73; MünchKommBGB/*Roth/Kieninger*, § 398 Rdn. 82; Erman/*Westermann*, § 398 Rdn. 12, *Larenz*, Schuldrecht I, S. 585.

²⁴⁸ Staudinger/*Busche* (2017), § 398 Rdn. 75; Erman/*Westermann*, § 398 Rdn. 13; *Larenz*, Schuldrecht I, S. 585.

²⁴⁹ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1173.

²⁵⁰ BGHZ 122, 122; BGH NJW 1991, 2955, 2956.

²⁵¹ BGH NJW 1993, 1638, 1639; BGH NJW 1992, 758, 758; BGH NJW 1991, 2955, 2956.

²⁵² BGH NJW 2005, 507.

Ausnahmsweise ist die Abtretung nach der Rechtsprechung auch ohne Zustimmung wirksam, wenn die Forderung innerhalb derselben Berufsgruppe abgetreten wird.²⁵³ Die Abtretung anwaltlicher Honorarforderungen an andere Rechtsanwälte oder rechtsanwaltliche Berufsausübungsgemeinschaften ist beispielsweise nach § 49 b IV 1 BRAO zulässig.

Im Anschluss an die auf Ärzte und Rechtsanwälte bezogene Rechtsprechung ist die Frage eines gesetzlichen (und vertraglichen) Abtretungsverbots auch im Hinblick auf die in jüngerer Zeit zunehmenden Kreditverkäufe durch Banken diskutiert worden. Insoweit hat allerdings der Bundesgerichtshof im Jahr 2007 entschieden, dass ein denkbarer Verstoß gegen das **Bankgeheimnis** jedenfalls kein dinglich wirkendes Abtretungsverbot begründet und damit die Abtretung der Kreditforderung wirksam ist.²⁵⁴ Eine mit dem Bankgeheimnis unvereinbare Abtretung kann gleichwohl im Verhältnis zwischen dem Zedenten und dem Schuldner Leistungsstörungsrechte auslösen (Schadensersatzanspruch, außerordentliches Kündigungsrecht etc.).²⁵⁵

3. Die Berechtigung

Die Wirksamkeit der Abtretung setzt grundsätzlich voraus, dass die Forderung wirksam entstanden ist und dass der Zedent Inhaber der Forderung ist.²⁵⁶ Wer im Prüfungsaufbau die Existenz der Forderung zwischen Zedent und Schuldner nicht schon – wie hier auf S. 44 f. vorgeschlagen – gleich zu Beginn prüft, kann das Bestehen der Forderung auch im Rahmen der Berechtigung ansprechen. Besteht die Forderung nicht, kann nämlich auch niemand Berechtigter der Forderung sein.

Wurde die Existenz der Forderung bereits zu Beginn festgestellt, dann ist – wie bei jeder Verfügung – nunmehr zu fragen, ob der über die Forderung Verfügende auch der Berechtigte ist. Verfügungsberechtigt ist grundsätzlich der Inhaber der Forderung. Vorschriften, die wie im Mobiliarsachenrecht (§§ 932 ff. BGB) oder Immobiliarsachenrecht (§ 892 BGB) einen Erwerb vom Nichtberechtigten kraft guten Glaubens ermöglichen, gibt es bei der Forderungsabtretung grundsätzlich nicht. Dies erscheint konsequent, weil sich der gutgläubige Erwerb im Sachenrecht stets auf einen Rechtsscheinträger stützt, nämlich den Besitz bei beweglichen Sachen (§ 1006 BGB) sowie die Eintragung im Grundbuch bei Grundbuchrechten (§ 891 BGB), und es einen solchen Rechtsscheinträger bei Forderungen nicht gibt.²⁵⁷ Ist der Zedent nicht Inhaber der Forderung, kann die Abtretung also grundsätzlich keine Wirkung entfalten.

Aus dem Ausschluss des gutgläubigen Forderungserwerbs folgt der sog. **Prioritätsgrundsatz** bei der Abtretung.²⁵⁸ Wirksam ist immer nur die zeitlich erste von mehreren Abtretungen²⁵⁹, weil der Zedent über eine bereits abgetretene Forderung nicht mehr verfügen kann. Er kann die Forderung nicht nochmals abtreten, weil nach der ersten Abtretung nicht mehr der Zedent, sondern der erste Abtretungsempfänger (Erstzessionar) Forderungsinhaber ist und zudem ein

²⁵³ BGH NJW 2007, 1196.

²⁵⁴ BGHZ 171, 180 = ZIP 2007, 619 gegen OLG Frankfurt, ZIP 2004, 1449 = WM 2004, 1386; siehe dazu auch *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 ff. Rechtsprechung bestätigt durch BGHZ 183, 60 = NJW 2010, 361 (für eine Abtretung von Darlehensforderungen durch eine Sparkasse) und durch BGH NJW 2011, 3024 (für die Ausgliederung von Darlehensforderungen einer Bank an eine Nichtbank).

²⁵⁵ OLG Köln ZIP 2005, 1773, 1774 f. m.w.N.; BeckOK BGB/*Rohe*, § 399 Rdn. 13.

²⁵⁶ MünchKommBGB/*Roth/Kieninger*, § 398 Rdn. 27, 28; BeckOK BGB/*Rohe*, § 398 Rdn. 31; *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379, 418 (Schadensersatz in Form von Naturalrestitution = Pflicht der Bank zum Rückerwerb).

²⁵⁷ *Schreiber*, Jura 2007, 266, 267.

²⁵⁸ Dazu Palandt/*Grüneberg*, § 398 Rdn. 12; *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, Rdn. 1291.

²⁵⁹ BGHZ 30, 149, 151 f. = NJW 1959, 1533, 1535; BGH NJW 2005, 1192, 1193.

(gutgläubiger) Erwerb vom Nichtberechtigten nicht möglich ist. Die zweite Abtretung geht damit mangels Forderungsinhaberschaft und Berechtigung des Zedenten „ins Leere“.²⁶⁰

Ein nichtberechtigter Zedent kann nur dann wirksam über eine bestehende Forderung verfügen, wenn der wahre Gläubiger in die Abtretung einwilligt (§ 185 I BGB) oder sie nachträglich genehmigt (§ 185 II 1 Alt. 1 BGB).²⁶¹

Eine gewisse Ausnahme von dem Grundsatz fehlenden Gutgläubenserwerbs im Recht der Abtretung enthält – wie zuvor erwähnt – allerdings § 405 Alt. 2 BGB: Hat der Schuldner einen Schuldschein ausgestellt und ist diese Urkunde dem neuen Gläubiger bei der Abtretung vorgelegt worden, so wird dieser in seinem Vertrauen auf den vom Schuldner gesetzten Rechtsschein geschützt und der Gläubiger erwirbt die Forderung, ohne dass sich der Schuldner darauf berufen kann, er habe mit dem bisherigen Gläubiger ein Abtretungsverbot vereinbart (§ 399 Alt. 2 BGB). Der Zessionar wird freilich nicht geschützt, wenn er die Unrichtigkeit der Schuldurkunde, mithin das Abtretungsverbot kannte oder kennen musste. Bereits einfache Fahrlässigkeit des Zessionars schließt den Schutz des § 405 BGB aus.²⁶²

4. Übertragbarkeit

Trotz Existenz der Forderung, wirksamer Einigung über den Forderungsübergang und Berechtigung des Zedenten ist der Forderungserwerb gleichwohl nicht möglich, wenn die Übertragbarkeit ausgeschlossen ist. Grundsätzlich können zwar alle Forderungen abgetreten werden.²⁶³ Dieser Grundsatz wird jedoch durch eine Reihe von Abtretungsverboten eingeschränkt. Diese sind teilweise gesetzlich normiert, können sich jedoch auch aus Parteivereinbarungen ergeben. Ist eine Forderung nicht übertragbar, ist eine dennoch erfolgte Abtretung **unwirksam**.²⁶⁴ Ein Gläubigerwechsel findet nicht statt. Der Zedent macht sich in diesem Fall gegenüber dem Zessionar gegebenenfalls schadensersatzpflichtig nach § 311a II BGB oder §§ 280 I, III, 283 BGB, da ihm in der Regel die Erfüllung seiner Pflicht aus dem Kausalgeschäft, nämlich die Forderung abzutreten, unmöglich im Sinne des § 275 I BGB ist.²⁶⁵

a) Ausschluss der Abtretbarkeit kraft Gesetzes

Einige Normen ordnen ausdrücklich die Unabtretbarkeit bestimmter Forderungen oder Rechte an. So ist nach § 473 S. 1 BGB das Vorkaufsrecht nicht übertragbar. Gemäß § 717 S. 1 BGB können Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehen, nicht abgetreten werden. Eine Abtretungsvereinbarung über solche unübertragbaren Forderungen bleibt wirkungslos.²⁶⁶

Daneben gibt es Auslegungsregeln, nach denen eine Forderung „im Zweifel“ nicht übertragbar ist. Solche Auslegungsregeln finden sich in §§ 613 S. 2, 664 II BGB. Nach § 613 S. 2 BGB ist ein Anspruch auf eine persönlich zu erbringende Leistung im Zweifel nicht übertragbar, sodass etwa ein Arbeitgeber seinen Anspruch auf die Arbeitsleistung seiner Arbeitnehmer nicht an andere Unternehmen abtreten kann (Ausnahme: Zeitarbeit²⁶⁷). Das gleiche gilt nach § 664 II BGB für den Anspruch auf Ausführung eines Auftrags.

²⁶⁰ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1192; *Schreiber*, Jura 2007, 266, 268.

²⁶¹ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1177.

²⁶² *Palandt/Grüneberg*, § 405 Rdn. 3; *Jauernig/Stürner*, § 405 Rdn. 1.

²⁶³ *Schreiber*, Jura 2007, 266, 267.

²⁶⁴ *Eckert*, Schuldrecht AT, Rdn. 1043; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1182.

²⁶⁵ Siehe dazu die Vorlesung „Leistungsstörungenrecht mit Kaufvertrags- und Werkvertragsrecht“.

²⁶⁶ *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rdn. 778.

²⁶⁷ Dazu *Palandt/Weidenkaff*, § 613 Rdn. 5.

aa) Abtretungsverbot nach § 399 Alt. 1 BGB

Gemäß § 399 Alt. 1 BGB ist eine Forderung kraft Leistungsinhalts unabtretbar, wenn die Leistung an einen anderen den Forderungsinhalt verändern würde.

Das ist insbesondere der Fall

- bei Ansprüchen, die auf die Befreiung von einer Verbindlichkeit gerichtet sind.²⁶⁸ (Bsp.: Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, des Bürgen gegen den Hauptschuldner, vertraglich vereinbarte Freistellungsansprüche). Sie können jedoch an den Gläubiger der Verbindlichkeit, von der freizustellen ist, abgetreten werden.²⁶⁹ Eine Abtretung an Dritte ist erst dann möglich, wenn sich der Freistellungsanspruch in einen Schadensersatzanspruch (z.B. § 281 I BGB) umgewandelt hat.²⁷⁰
- bei zweckgebundenen Leistungen, weil diese nur unter Beachtung der jeweiligen Zweckbindung abtretbar sind. Zum Beispiel kann ein Beamter seinen Anspruch gegen den Dienstherrn auf Erstattung von Krankheitsbehandlungskosten (Beihilfe) nur an den Gläubiger der betreffenden Kosten abtreten.²⁷¹
- wenn es sich um höchstpersönliche Ansprüche handelt. Dazu gehört beispielsweise der Anspruch des Arbeitnehmers auf Urlaubsabgeltung.²⁷²
- wenn es sich um Nebenrechte handelt, die nach § 401 BGB automatisch mit der Forderung übergehen. Dabei handelt es sich hauptsächlich um akzessorische Sicherungsrechte (Hypothek, Pfandrecht, Bürgschaft). Sie können von dem Hauptanspruch nicht getrennt und daher nicht selbstständig abgetreten werden (vgl. §§ 1153 II, 1250 I 2 BGB).²⁷³ Zum anderen sind unselbstständige Hilfsrechte (wie die Ansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung) sowie der an das Eigentum gebundene Herausgabeanspruch aus § 985 BGB und der Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB nicht selbstständig abtretbar.²⁷⁴

bb) Abtretungsverbot gemäß § 400 BGB

Weiterhin kann eine Forderung gemäß § 400 BGB nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist. § 400 BGB ist nicht abdingbar, sondern zwingend.²⁷⁵ Liegen die Voraussetzungen des § 400 BGB vor, ist eine dennoch erfolgte Abtretung unwirksam.²⁷⁶ Pfändungsverbote sind – insbesondere für Arbeitseinkommen in bestimmter Höhe – in den §§ 850 ff. ZPO enthalten. Durch diese Regelung soll – wie schon auf S. 36 zu § 394 BGB ausgeführt – dem wirtschaftlich schwachen Schuldner auch im Allgemeininteresse die Lebensgrundlage erhalten bleiben.²⁷⁷ Könnten nämlich die Gläubiger eines Arbeitnehmers im Wege der Pfändung auch auf dessen Existenzminimum zugreifen oder könnte der Arbeitnehmer sein Arbeitseinkommen auch insoweit abtreten, wie er dies für die Sicherung seiner Exis-

²⁶⁸ BGHZ 12, 136, 141 = NJW 1954, 795; Staudinger/*Busche* (2017), § 399 Rdn. 37; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1185.

²⁶⁹ BGH NJW 1993, 2232; BGH NZG 2011, 588, 589 (Rdn. 14); MünchKommBGB/*Roth*, § 399 Rdn. 15.

²⁷⁰ BGH NJW 1993, 2232; Palandt/*Grüneberg*, § 399 Rdn. 4.

²⁷¹ BAG DB 1970, 1327; BeckOK BGB/*Rohe*, § 399 Rdn. 6; Palandt/*Grüneberg*, § 399 Rdn. 5.

²⁷² Staudinger/*Busche* (2017), § 399 Rdn. 9.

²⁷³ Siehe dazu die Vorlesung „Kreditsicherungsrecht“ im 5. Semester.

²⁷⁴ Vgl. dazu Palandt/*Grüneberg*, § 399 Rdn. 4–7.

²⁷⁵ Palandt/*Grüneberg*, § 400 Rdn. 1.

²⁷⁶ BGH NJW 1988, 819, 820; BeckOK BGB/*Rohe*, § 400 Rdn. 9.

²⁷⁷ BGHZ 4, 153, 154; Staudinger/*Busche* (2017), § 400 Rdn. 1.

tenz benötigt, müsste anschließend die Allgemeinheit im Wege der Sozialhilfe für den Betroffenen eintreten.

Entgegen dem Wortlaut des § 400 BGB hat die Unpfändbarkeit allerdings nicht stets auch die Unabtretbarkeit zur Folge. So ist zum Beispiel der Pflichtteilsanspruch (§ 2303 BGB) nur beschränkt pfändbar (§ 852 I ZPO), aber uneingeschränkt übertragbar (§ 2317 II BGB), was wiederum zu einer über den Wortlaut des § 852 I ZPO hinausgehenden Pfändbarkeit führt.²⁷⁸

§ 400 BGB findet mangels Schutzbedürfnisses des Schuldners ferner dann keine Anwendung, wenn der Zedent eine wirtschaftlich gleichwertige Leistung erhält. § 400 BGB wird in diesen Fällen teleologisch reduziert (Beispiel: Abtretung von Lohnforderungen an die Gewerkschaft, die Streikunterstützung zahlt).²⁷⁹

b) Vertragliches Abtretungsverbot gemäß § 399 Alt. 2 BGB

Gemäß § 399 Alt. 2 BGB ist die Abtretung ausgeschlossen, wenn Gläubiger und Schuldner dies so vereinbart haben. Das vertragliche Abtretungsverbot (*pactum de non cedendo*) enthält damit eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 137 BGB, nach dem die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden kann. Die Forderung kann also – anders als andere Rechte – zu einem insgesamt nicht verkehrsfähigen Recht (*res extra commercium*) gemacht werden. Nimmt der Gläubiger trotz vereinbarten Abtretungsausschlusses eine Abtretung vor, ist diese gegenüber jedermann unwirksam.²⁸⁰ Nur ausnahmsweise kann ein vertragliches Abtretungsverbot gutgläubig durch den Zessionar überwunden werden (§ 405 Alt. 2 BGB).²⁸¹

Abtretungsverbote haben aus Sicht des Schuldners den von der Rechtsprechung²⁸² anerkannten Zweck, die Vertragsabwicklung klar und übersichtlich zu gestalten, indem der Schuldner nicht damit zu rechnen braucht, dass ihm eine ggf. unübersichtliche Anzahl an Gläubigern entgegentritt. Deswegen ist es zulässig, Abtretungsverbote in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zu vereinbaren.²⁸³ Eine solche Abtretungsverbotsklausel ist nur unwirksam, wenn ein schützenswertes Interesse des Verwenders hieran nicht besteht und berechnete Belange des Gläubigers überwiegen.²⁸⁴

Beispiel: In den AGB eines Reiseveranstalters wird vorgesehen, dass die Abtretung von solchen Ansprüchen des Reisenden gegen den Reiseveranstalter, die ihren Rechtsgrund in Leistungsstörungen haben, nicht abgetreten werden können.²⁸⁵

Umstritten ist, ob die entgegen einem Abtretungsausschluss vorgenommene Abtretung durch **Genehmigung des Schuldners** in analoger Anwendung der §§ 184, 185 BGB rückwirkend wirksam wird oder ob die Zustimmung des Schuldners nur eine für die Zukunft wirkende vertragliche Aufhebung des Abtretungsverbots darstellt.

Nach der h.M. liegt in der Genehmigung der verbotswidrigen Abtretung durch den Schuldner lediglich das Angebot zum Abschluss eines Änderungsvertrages (§ 311 I BGB) in Form der

²⁷⁸ BGHZ 123, 183, 184.

²⁷⁹ Palandt/Grüneberg, § 400 Rdn. 3; BeckOK BGB/Rohe, § 400 Rdn. 7.

²⁸⁰ Staudinger/Busche (2017), § 399 Rdn. 51, 52; Erman/Westermann, § 399 Rdn. 3.

²⁸¹ Dazu oben C. IV. 3.

²⁸² BGH NJW 2006, 3486, 3487; BGH NJW 2012, 2107, 2108 (Rdn. 9) mit zahlreichen Nachweisen.

²⁸³ Jeweils mit zahlreichen Nachweisen BGH NJW 2012, 2107, 2108 (Rdn. 9); MünchKommBGB/Roth/Kieninger, § 399 Rdn. 39.

²⁸⁴ BGH NJW 2012, 2107, 2108 f.; MünchKommBGB/Roth/Kieninger, § 399 Rdn. 39 mit zahlreichen Nachweisen.

²⁸⁵ BGH NJW 2012, 2107 (1. Leitsatz).

Aufhebung des Abtretungsausschlusses.²⁸⁶ Eine einseitige Zustimmung des Schuldners genüge hingegen nicht. Dabei wirke die Heilung der Unwirksamkeit *ex nunc* mit der Folge, dass erst mit Abschluss des Änderungsvertrages die vorgenommenen Abtretung wirksam werde.

Nach anderer Ansicht ist § 185 II S. 1 Alt. 1 BGB entsprechend anzuwenden mit der Folge, dass die Abtretung durch eine Genehmigung des Schuldners gemäß § 184 BGB rückwirkend wirksam wird.²⁸⁷

Vertragliche Abtretungsverbote werden bisweilen kraft Gesetzes überwunden²⁸⁸: Eine handelsrechtliche und daher im 3. Semester in der Vorlesung „Handelsrecht“ näher behandelte Sonderregelung zum Abtretungsverbot enthält § 354a HGB.²⁸⁹ In der Unternehmenspraxis setzen häufig marktmächtige Einkäufer über ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) Abtretungsverbote gegenüber ihren Lieferanten und sonstigen Leistungserbringern durch. Die Forderungen dieser zumeist kleinen oder mittelgroßen Unternehmen gegen die Einkäufer aus Warenlieferungen, Werk- oder Dienstleistungen werden damit unabtretbar. Dies hat den großen Nachteil, dass die Forderungen nicht als Kreditsicherheit²⁹⁰ zur Verfügung stehen. Insbesondere wird den Vertragspartnern der marktmächtigen Einkäufer die Möglichkeit genommen, mit ihren eigenen Lieferanten einen verlängerten Eigentumsvorbehalt mit Vorausabtretung jener Forderungen²⁹¹ zu vereinbaren, so dass ihr Refinanzierungsspielraum empfindlich verringert wird.²⁹² Auch an eine das Unternehmen kreditierende Bank können die Forderungen nicht als Kreditsicherheit abgetreten werden.

Der Gesetzgeber hat deshalb in § 354a I 1 Alt. 1 HGB eine Ausnahme von dem Grundsatz der absoluten Unwirksamkeit der Abtretung statuiert.²⁹³ Danach ist die Abtretung einer Geldforderung aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft trotz eines vertraglichen Abtretungsverbots wirksam. Sie steht damit wieder als Kreditsicherheit zur Verfügung.

Allerdings wird das Interesse des Vertragspartners, der das Abtretungsverbot in seine AGB aufgenommen hat, ebenfalls berücksichtigt: Er kann nämlich gemäß § 354a I 2 HGB unabhängig von der Kenntnis der Abtretung weiterhin mit befreiender Wirkung an den nach wie vor empfangszuständigen bisherigen Gläubiger leisten.²⁹⁴ Er hat also ein Wahlrecht: entweder leistet er an den Zedenten oder an den Zessionar.²⁹⁵ Dadurch soll ihm die Vertragsabwicklung erleichtert werden. Leistet der Schuldner an den Zedenten, hat der Zessionar gegenüber dem Zedenten einen Anspruch auf Herausgabe des Erlangten aus § 816 II BGB.²⁹⁶

²⁸⁶ BGHZ 108, 172, 176; BGHZ 70, 299, 303; MünchKommBGB/Roth/Kieninger, § 399 Rdn. 41.

²⁸⁷ Dahingehend wohl BGHZ 40, 156, 161; ablehnend BGHZ 70, 299, 303 = NJW 1978, 813, 814.

²⁸⁸ Etwa durch die in § 20 I Nr. 1 UmwG angeordnete Gesamtrechtsnachfolge anlässlich einer Verschmelzung des bisherigen Forderungsschuldners auf die übernehmende Gesellschaft (BGH ZIP 2016, 2015 [Rdn. 25]).

²⁸⁹ Siehe zu § 354a HGB Bitter/Schumacher, Handelsrecht, 2. Aufl. 2015, § 7 Rdn. 45 ff.; ferner den Beitrag von Lettl, JA 2010, 109.

²⁹⁰ Zur wirtschaftlichen Bedeutung der Abtretung oben C. II. 2.

²⁹¹ Zum verlängerten EV siehe oben Fn. 222.

²⁹² Petersen, Jura 2005, 680, 680.

²⁹³ Die beiden anderen Fälle spielen in der Prüfung praktisch keine Rolle.

²⁹⁴ BT-Drs. 12/7912, S. 25 unter 5. b); BGH NJW 2009, 438, 439 (Rdn. 15). Freilich verliert der Altgläubiger durch die Abtretung seine Rechtsinhaberschaft. Dies hat zur Folge, dass er nach Abtretung mit dem Schuldner keine wirksamen Rechtsgeschäfte über die Forderung (z.B. Erlass, Vergleich, Stundung) mehr schließen kann. Ein solches Rechtsgeschäft ist nur unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 407 BGB (dazu S. 68 ff.) wirksam.

²⁹⁵ Petersen, Jura 2005, 680, 681; Bitter/Schumacher, HandelsR (Fn. 289), § 7 Rdn. 47.

²⁹⁶ Canaris, Handelsrecht, § 28 Rdn. 11; Bitter/Schumacher, HandelsR (Fn. 289), § 7 Rdn. 47.

V. Rechtsfolgen der Abtretung

1. Gläubigerwechsel

Die Abtretung hat nach § 398 S. 2 BGB zur Folge, dass die Forderung auf den Zessionar übergeht. Der Zessionar kann die Forderung einziehen; bei einem Verzug des Schuldners stehen ihm die Verzugszinsen zu (§§ 286, 288 BGB).²⁹⁷

Der Inhalt der Forderung verändert sich durch die Abtretung nicht. Der neue Gläubiger erwirbt sie genau so, wie sie dem Zedenten vor der Abtretung zustand.²⁹⁸ Dies gilt insbesondere auch für den Leistungs- und Erfüllungsort (§ 269 BGB).²⁹⁹

Stammt die abgetretene Forderung aus einem **gegenseitigen Vertrag**, bleibt der Zedent Vertragspartner des Schuldners mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen; der Zessionar wird lediglich Gläubiger der Forderung (Abgrenzung zur unten auf S. 57 behandelten Vertragsübernahme). Daher behält der Zedent die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB³⁰⁰, kann also seine aus dem Vertrag geschuldete Gegenleistung verweigern, solange nicht der Vertragspartner seine Leistung an den neuen Gläubiger, den Zessionar, erbringt. Der Zedent kann nach h.M. außerdem die **Gestaltungsrechte** ausüben, die sich auf den ganzen Vertrag erstrecken³⁰¹, also vom Vertrag zurücktreten, diesen anfechten oder kündigen. Allerdings bedarf es hierzu der Zustimmung des Zessionars, da dessen Rechtsstellung ebenfalls beeinflusst wird.³⁰² Umgekehrt ist für die Ausübung des Anfechtungs- oder Rücktrittsrechts durch den Schuldner der Zedent der richtige Adressat.³⁰³

Beispiel: A veranlasst B durch Vorspiegelung der Unfallfreiheit zum Kauf eines dem A gehörenden PKW. Tritt A die Kaufpreisforderung an C ab und nimmt dieser den B in Anspruch, kann sich B dieser Inanspruchnahme nicht durch Erklärung der Anfechtung gegenüber dem Forderungsinhaber C entziehen. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung muss vielmehr dem Vertragspartner A gegenüber erklärt werden, weil dieser der „andere Teil“ i.S.v. § 143 II BGB ist.

⇒ *Fall Nr. 13 – Unfallschaden*

Forderungsbezogene Gestaltungsrechte hingegen sind nur Hilfsrechte, die ebenso wie die akzessorischen Nebenrechte mit der Forderung gemäß § 401 I BGB auf den Zessionar übergehen (dazu sogleich unter 2.).

2. Übergang von Sicherungs-, Vorzugs- und Gestaltungsrechten

Eine für das Kreditsicherungsrecht (5. Semester) wichtige Vorschrift enthält § 401 BGB. Mit der abgetretenen Forderung gehen nach § 401 I BGB bestimmte **Sicherheiten ipso iure** auf den Zessionar über. Dadurch soll verhindert werden, dass die Forderung einem anderen zu- steht als die für sie bestellten Sicherheiten.³⁰⁴ Das Gesetz nennt die Hypothek, die Schiffshypothek, das Pfandrecht und die Bürgschaft. Diesen Sicherungsrechten ist gemeinsam, dass sie akzessorisch sind, d.h. vom Bestand der gesicherten Forderung abhängig und von ihr nicht zu trennen.³⁰⁵ Nicht akzessorische Sicherheiten, wie die Grundschuld oder das Sicherungseigen-

²⁹⁷ BGH NJW 2006, 1662 (Rdn. 9).

²⁹⁸ Hirsch, Schuldrecht AT, Rdn. 1148; Musielak/Hau, Grundkurs BGB, Rdn. 1292.

²⁹⁹ Palandt/Grüneberg, § 398 Rdn. 18.

³⁰⁰ BGHZ 55, 354, 356 = NJW 1971, 838, 839 f.; Palandt/Grüneberg, § 398 Rdn. 21.

³⁰¹ MünchKommBGB/Roth/Kieninger, § 398 Rdn. 96; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT, Rdn. 785.

³⁰² Erman/Westermann, § 398 Rdn. 29; Palandt/Grüneberg, § 398 Rdn. 20; BeckOK BGB/Rohe, § 398 Rdn. 66.

³⁰³ BGH NJW 1986, 919, 920; Köhler, JZ 1986, 516, 516; Palandt/Grüneberg, § 404 Rdn. 4.

³⁰⁴ Schreiber, Jura 2007, 266, 268.

³⁰⁵ Hirsch, Schuldrecht AT, Rdn. 1149.

tum, gehen nicht nach § 401 I BGB über. § 401 I BGB ist insoweit auch nicht entsprechend anwendbar.³⁰⁶ Allerdings nimmt die Rechtsprechung aus dem Kausalgeschäft eine schuldrechtliche Pflicht des Zedenten gegenüber dem Zessionar zur Übertragung solcher Sicherheiten an, sofern die Abrede mit dem Sicherungsgeber dem nicht entgegensteht.³⁰⁷

Beispiel: Bank B gewährt Kreditnehmer K einen Kredit. Eigentümer E sichert diesen Kredit durch Bestellung einer Hypothek an seinem Grundstück. Tritt die Bank den Anspruch auf Kreditrückzahlung aus § 488 I 2 BGB formwirksam (vgl. § 1154 BGB) an einen Dritten D ab, so geht die Hypothek mit der Forderung auf den Dritten über (§ 401 BGB und sinngleich § 1153 I BGB). Hat E der B statt der Hypothek eine Grundschuld als Sicherheit bestellt, geht diese bei Abtretung der Kreditforderung nicht automatisch auf D über. B ist allerdings schuldrechtlich gegenüber D verpflichtet, ihm auch die Sicherungsgrundschuld gesondert zu übertragen.

Unselbstständige Hilfsrechte, wie die Ansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung, gehen ebenfalls nach § 401 BGB auf den neuen Gläubiger über.³⁰⁸ Fraglich ist, ob der Zessionar über § 401 I BGB auch **Gestaltungsrechte** erwirbt. Die h.M. unterscheidet zwischen forderungs- und vertragsbezogenen Gestaltungsrechten.³⁰⁹ Forderungsbezogene Gestaltungsrechte sind nur Hilfsrechte, weil sie der Durchsetzung einer Forderung dienen. Sie berühren nach der Abtretung allein die Rechtsposition des Forderungsinhabers, also des Zessionars. Deswegen gehen sie – ebenso wie die akzessorischen Nebenrechte – mit der Forderung gemäß § 401 I BGB über. Bei der Nachfristsetzung gemäß § 281 I 1 BGB und § 323 I BGB handelt es sich beispielsweise um ein solches Recht.³¹⁰ Andere Gestaltungsrechte, die das gesamte Vertragsverhältnis beeinflussen³¹¹ und dadurch sowohl die Rechtsstellung des Zedenten als auch des Zessionars berühren oder umgestalten, verbleiben in der Regel beim Zedenten, es sei denn, der Abtretungsvereinbarung ist etwas anderes zu entnehmen (dazu soeben unter 1.).³¹²

Auch bestimmte für den Fall der Zwangsvollstreckung oder Insolvenz mit der Forderung verbundene Vorzugsrechte gehen mit der Abtretung nach § 401 II BGB auf den Zessionar über (vgl. § 804 II ZPO, §§ 49 InsO ff.).

3. Nebenpflichten des Zedenten

Gemäß §§ 402, 403 BGB werden dem Zedenten einige besondere (selbständig einklagbare³¹³) Nebenpflichten³¹⁴ auferlegt, die dem Zessionar die Durchsetzung der übertragenen Forderung erleichtern sollen. So muss der Zedent gemäß § 402 BGB dem Zessionar die zur Geltendmachung der Forderung nötigen Auskünfte erteilen und ihm die zum Beweis der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, ausliefern (z.B. Korrespondenz, Rechnungen, Leistungsverzeichnisse etc.). Auf Verlangen des Zessionars hat der Zedent eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen (§ 403 I 1 BGB).

³⁰⁶ BGHZ 80, 228, 232.

³⁰⁷ BGHZ 110, 41, 43; BGHZ 80, 228, 232; BGH NJW-RR 1995, 589; Palandt/*Grüneberg*, § 401 Rdn. 5.

³⁰⁸ MünchKommBGB/*Roth/Kieninger*, § 401 Rdn. 8.

³⁰⁹ Staudinger/*Busche* (2017), § 401 Rdn. 35 und § 413 Rdn. 13 m.w.N.

³¹⁰ Staudinger/*Busche* (2017), § 401 Rdn. 35; *Schreiber*, Jura 2007, 266, 268.

³¹¹ Z.B. Anfechtung, Rücktritt, Kündigung.

³¹² Staudinger/*Busche* (2017), § 413 Rdn. 13; ähnlich MünchKommBGB/*Roth/Kieninger*, § 413 Rdn. 12.

³¹³ Zu den selbständig einklagbaren Nebenpflichten s. MünchKommBGB/*Bachmann*, § 241 Rdn. 62 ff.

³¹⁴ MünchKommBGB/*Roth/Kieninger*, § 402 Rdn. 2; widersprüchlich bei Staudinger/*Busche* (2017), § 402 Rdn. 1 und 4 (Hilfsanspruch, der zum Schadensersatz führt) sowie § 403 Rdn. 1 ff. (Anspruch auf die Abtretungsurkunde). Ein rein schadensersatzbewährter Hilfsanspruch dient jedoch nicht dem Zweck der §§ 402, 403 BGB, der wie gesagt darin besteht, den Zessionar in die Lage zu versetzen, seinen Anspruch durchsetzen zu können.

VI. Abgrenzung der Abtretung zu anderen Rechtsinstituten

1. Vertragsübernahme

Während bei der Abtretung nur die Gläubigerstellung hinsichtlich der Forderung übertragen wird, handelt es sich bei der Vertragsübernahme um eine rechtsgeschäftliche **Übertragung eines Schuldverhältnisses als Ganzes**.³¹⁵ Es kommt also zu einer vollständigen Auswechsellung des Vertragspartners und das Schuldverhältnis i.w.S. wird verändert. Der Neugläubiger übernimmt nicht nur Forderungsrechte, sondern auch die Leistungspflichten des Altgläubigers.³¹⁶ Bei der Vertragsübernahme finden somit ein Gläubiger- und zugleich ein Schuldnerwechsel statt. Deshalb bedarf es zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung aller Beteiligten.³¹⁷ Die Vertragsübernahme (mehr dazu unten S. 88) ist zwar nicht gesetzlich geregelt, aber allgemein anerkannt.³¹⁸

2. Einziehungsermächtigung und Abgrenzung zur Inkassozeession

Forderungen werden häufig an Dritte zum Zwecke des Inkassos abgetreten, damit diese Dritten die Forderung für den eigentlichen Forderungsinhaber einziehen (Inkassozeession; unten S. 60 f.). Wird dabei die Forderung gemäß § 398 BGB durch Abtretung als Vollrecht übertragen, so entsteht eine treuhänderische Forderungsinhaberschaft, weil der Inkassozeessionar die Forderung nicht zu eigenen wirtschaftlichen Zwecken erwirbt, sondern er die Forderung nur für Rechnung des Hintermanns, des Zedenten, ausübt.

Bei einer solchen – nicht auf Forderungsrechte beschränkten – Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung³¹⁹ ist die Vollrechtsstellung des Zeessionars nur schuldrechtlich im Innenverhältnis gebunden: Der Treuhänder (Zeessionar) ist *rechtlich* Inhaber der Forderung und aus dem Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis schuldrechtlich gegenüber dem Treugeber (Zedent) gebunden. Letzterer ist *wirtschaftlich* Inhaber der Forderung. Da eine solch treuhänderische Vollrechtsübertragung diverse rechtliche Probleme mit sich bringt und diese noch immer nicht abschließend geklärt sind³²⁰, hat die Praxis das Institut der Einziehungsermächtigung erlassen.³²¹

Die Einziehungsermächtigung stellt gegenüber der Abtretung ein Minus dar.³²² Dem Dritten wird die Forderung nicht abgetreten, sondern er wird lediglich ermächtigt, die Forderung im eigenen Namen, aber für Rechnung des ermächtigenden Gläubigers einzuziehen.³²³ Der Ermächtigte macht also eine **fremde Forderung im eigenen Namen** geltend, weil der Hintermann – anders als bei der Inkassozeession – nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich Inhaber der Forderung bleibt. Die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung wird weitgehend aus einer Analogie zu §§ 362 II, 185 I BGB abgeleitet.³²⁴

³¹⁵ Palandt/*Grüneberg*, § 398 Rdn. 41.

³¹⁶ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1250.

³¹⁷ Palandt/*Grüneberg*, § 398 Rdn. 42.

³¹⁸ BGHZ 96, 302, 307; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rdn. 826.

³¹⁹ Dazu umfassend *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, 2006.

³²⁰ Vgl. allerdings die umfassenden Überlegungen zum Außenrecht der Treuhand bei *Bitter*, a.a.O.

³²¹ Ausführlich dazu Staudinger/*Busche* (2017), Einl. zu §§ 398 ff., Rdn. 118 ff.

³²² Siehe dazu *Bitter* (Fn. 319), S. 418 ff., 503 f.

³²³ *Eckert*, Schuldrecht AT, Rdn. 1057; Palandt/*Grüneberg*, § 398 Rdn. 32.

³²⁴ BGHZ 4, 164, 165; kritisch dazu: Palandt/*Grüneberg*, § 398 Rdn. 32; Jauernig/*Stürner*, § 398 Rdn. 26; Staudinger/*Busche* (2017), Einl. zu §§ 398 ff., Rdn. 122 ff.

Je nach Inhalt der Ermächtigung kann der Ermächtigte Zahlung an sich oder den Gläubiger verlangen.³²⁵ Da der Gläubiger in diesem Fall nicht die Forderung überträgt, kommt es zu einer Spaltung der Gläubigerstellung in die Inhaberschaft der Forderung und die Berechtigung zu ihrer Einziehung.³²⁶ Ist die Forderung höchstpersönlich oder kann sie gemäß § 400 BGB nicht abgetreten werden, so ist auch die Erteilung einer Einziehungsermächtigung ausgeschlossen.³²⁷

⇒ Fall Nr. 12 – Arzthonorar – Abwandlung

Ob die Parteien eine Einziehungsermächtigung oder Abtretung vereinbart haben, ist im Zweifel durch Auslegung zu ermitteln.³²⁸ Maßgebliches Abgrenzungskriterium ist dabei, ob der Zessionar ganz in die Rechtstellung des Gläubigers eintreten oder ob die Forderung wirtschaftlich dem Gläubiger zugeordnet bleiben soll.³²⁹

Nicht zu verkennen ist allerdings, dass die Rechtsprechung oft nur deshalb eine Einziehungsermächtigung statt einer echten Abtretung angenommen hat, weil sie damit die nicht gelösten Probleme des Treuhandrechts vermeiden konnte, die sich aus der Trennung in wirtschaftliche und rechtliche Forderungsinhaberschaft ergeben.³³⁰

Macht der Einziehende eine **fremde Forderung im fremden Namen** geltend, liegt weder eine Treuhand noch eine Einzugsermächtigung, sondern eine Stellvertretung im Sinne der §§ 164 ff. BGB vor.

VII. Besondere Formen der Abtretung

1. Sicherungsabtretung

Eine besondere Form der Abtretung stellt die im „Kreditsicherungsrecht“ (5. Semester) näher zu behandelnde Sicherungsabtretung dar. Dabei tritt der Zedent (Sicherungsgeber) eine Forderung an den Zessionar (Sicherungsnehmer) zu dem beschränkten Zweck der Sicherung einer anderen Forderung ab, die dem Zessionar gegen den Zedenten zusteht.³³¹ Kommt der Sicherungsgeber seinen Verpflichtungen gegenüber dem Sicherungsnehmer nicht nach, soll sich dieser aus der abgetretenen Forderung befriedigen dürfen. Aufgrund der Sicherungszession wird der Sicherungsnehmer Inhaber der Forderung.

Beispiel: Bank B gewährt dem Kreditnehmer K einen Betriebsmittelkredit zum Betrieb seines Unternehmens. Als Sicherheit tritt K der B alle Forderungen ab, die ihm gegen seine Abnehmer A bis Z zustehen (Globalzession; oben S. 48). Kann K später den Betriebsmittelkredit nicht zurückzahlen, ist B berechtigt, sich aus den ihr abgetretenen Forderungen zu befriedigen.

Der Sicherungsabtretung liegt als Kausalgeschäft die sog. Sicherungsabrede zugrunde. Es handelt sich dabei um einen atypischen, schuldrechtlichen Vertrag gemäß § 311 I BGB, der insbesondere regelt, unter welchen Voraussetzungen der Zessionar von dem Sicherungsmittel Gebrauch machen darf.³³² Üblicherweise wird auch geregelt, wann die Forderung an den Zedenten zurückfällt bzw. an diesen zurückzuübertragen ist. Dies ist bei Wegfall des Siche-

³²⁵ Palandt/Grüneberg, § 398 Rdn. 32.

³²⁶ Eckert, Schuldrecht AT, Rdn. 1057; Palandt/Grüneberg, § 398 Rdn. 32.

³²⁷ BeckOK BGB/Rohe, § 398 Rdn. 98; Palandt/Grüneberg, § 398 Rdn. 37.

³²⁸ Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1170.

³²⁹ BGH WM 1985, 614.

³³⁰ Siehe dazu Bitter (Fn. 319), S. 418 ff., 456 f., 503 f.

³³¹ Erman/Westermann, § 398 Rdn. 32.

³³² Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1228; Eckert, Schuldrecht AT, Rdn. 1052.

rungszwecks der Fall. Während die Rechtsprechung bei der Sicherungsabtretung teilweise eine auf den Wegfall des Sicherungszwecks auflösende bedingte Forderungsübertragung angenommen hat³³³, geht die allgemeine Tendenz im Kreditsicherungsrecht doch dahin, nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückübertragung anzunehmen. Die Formulare der Banken enthalten jedenfalls keine auflösenden Bedingungen, sondern nur den schuldrechtlichen Freigabeanspruch.³³⁴

Die schuldrechtliche Sicherungsabrede und die „dingliche“ Sicherungsabtretung sind abstrakt, in ihrer Wirksamkeit also unabhängig voneinander zu beurteilen. Der Zessionar erlangt im Außenverhältnis die volle Gläubigerstellung, ist jedoch im Innenverhältnis aufgrund der schuldrechtlichen Sicherungsabrede in seinem Handeln beschränkt. Die Sicherungsabtretung als Unterfall der Sicherungsübertragung gehört damit ebenfalls zu den Treuhandgeschäften.³³⁵ Im Unterschied zur Inkassozeession³³⁶, bei der die Abtretung allein fremdnützig im Interesse des Hintermanns, des Zedenten, erfolgt (Verwaltungstreuhand), dient die Sicherungsübertragung auch eigenen, nämlich Sicherungszwecken des Zessionars (Sicherungstreuhand). Beide Arten der Treuhand sind allerdings durch die umfassende Rechtsstellung des Treuhänders im Außenverhältnis mit schuldrechtlicher Bindung im Innenverhältnis gekennzeichnet.

2. Globalzeession

Bei der im Hinblick auf die Bestimmtheit bereits auf S. 48 thematisierten Globalzeession handelt es sich in der Praxis häufig um eine Sicherungszeession. Ihre Eigenheit besteht darin, dass nicht nur eine Forderung abgetreten wird, sondern eine Mehrzahl oder Gesamtheit von bestehenden und künftigen Forderungen.³³⁷ Bedenken unter dem Gesichtspunkt mangelnder Bestimmtheit ergeben sich – wie gesagt – nicht, solange in dem Zeitpunkt, in dem die Forderung auf den Zessionar übergehen soll, erkennbar ist, welche konkreten Forderungen erfasst werden.³³⁸

Die Nichtigkeit der Globalzeession kann sich jedoch aus verschiedenen, im Rahmen des „Kreditsicherungsrechts“ (5. Semester) näher zu behandelnden Unwirksamkeitsgründen ergeben, die allgemein für Sicherungsübertragungen gelten: Sie kann z.B. wegen Knebelung gemäß § 138 BGB nichtig sein, wenn der Sicherungsnehmer die Bewegungsfreiheit des Sicherungsgebers aus eigensüchtigen Gründen grob rücksichtslos beschränkt. Hauptanwendungsfall der Knebelung ist die sog. anfängliche Übersicherung. Diese liegt vor, wenn bereits bei Abschluss des Sicherungsvertrags gewiss ist, dass im noch ungewissen Verwertungsfall ein auffälliges Missverhältnis zwischen dem realisierbaren Wert der Sicherheit und der gesicherten Forderung bestehen wird.³³⁹ Eine Nichtigkeit kann sich auch dann ergeben, wenn die Globalzeession, insbesondere an eine Bank, mit dem verlängerten Eigentumsvorbehalt³⁴⁰ eines Warenkreditgebers zusammentrifft. Ein Verstoß gegen § 138 BGB kann sich in einem solchen Fall unter dem Gesichtspunkt der Verleitung zum Vertragsbruch ergeben, wenn die Bank aus der

³³³ Siehe dazu MünchKommBGB/Roth/Kieninger, § 398 Rdn. 107.

³³⁴ Vgl. den Abdruck der Formulare in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, Band II, Anh. 2 zu § 94 (Sicherungsgrundschuld, dort Nr. 3), Anh. zu § 95 (Sicherungsübereignung, dort Nr. 16), Anh. zu § 96 (Sicherungsabtretung, dort Nr. 12).

³³⁵ BeckOK BGB/Rohe, § 398 Rdn. 72; Palandt/Grüneberg, § 398 Rdn. 23; Eckert, Schuldrecht AT, Rdn. 1051.

³³⁶ Dazu schon oben C. VI. 2. sowie sogleich C. VII. 3.

³³⁷ MünchKommBGB/Roth/Kieninger, § 398 Rdn. 138; Jauernig/Stürner, § 398 Rdn. 18.

³³⁸ BGH NJW 1985, 800, 801; BGH NJW 1970, 308; Musielak/Hau, Grundkurs BGB, Rdn. 1289.

³³⁹ BGH NJW 1998, 2047; dazu auch Ganter, WM 2001, 1 ff.; Tetzlaff, ZIP 2003, 1826 ff.

³⁴⁰ Zum verlängerten EV siehe Fn. 222.

Globalzession nicht diejenigen Forderungen (dinglich) ausnimmt, die der Sicherungsnehmer im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts an seine Lieferanten abgetreten hat.³⁴¹

3. Inkassozeession

Die Inkassozeession ist – wie schon auf S. 57 f. in Abgrenzung zur Einziehungsermächtigung ausgeführt – ebenfalls eine treuhänderische Abtretung (Verwaltungstreuhand).³⁴² Der Zedent tritt die Forderung an den Zessionar zu dem Zweck ab, dass dieser sie für Rechnung des Zedenten einzieht. Der Grund für eine solche Abtretung dürfte zumeist darin liegen, dass der Zedent die Mühen der eigenen Rechtsverfolgung scheut und stattdessen auf das professionelle Forderungsinkasso des Zessionars zurückgreifen will. Der Zessionar wird Gläubiger der Forderung und kann sie deshalb im eigenen Namen als Partei einklagen.³⁴³

Der Inkassozeession liegt als Kausalgeschäft in der Regel ein Auftrag (§ 662 BGB) oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) zugrunde. Aus diesem ist der Zessionar meist im Innenverhältnis treuhänderisch verpflichtet, Weisungen des Zedenten zu beachten sowie das Erlangte an diesen ganz oder teilweise herauszugeben.³⁴⁴

Der Unterschied zwischen Inkassozeession und Einziehungsermächtigung liegt in der Stellung des Gläubigers. Während bei der Inkassozeession eine Abtretung stattfindet und der Gläubiger dadurch Inhaber der Forderung wird, handelt es sich bei der Einziehungsermächtigung lediglich um eine Berechtigung zu deren Geltendmachung.

Dieser Unterschied hat vor allem prozessuale Konsequenzen. Erhebt der (nur) zur Einziehung Ermächtigte Zahlungsklage gegen den Schuldner, so handelt er nicht *als* Forderungsinhaber, sondern als gewillkürter Prozessstandschafter *für* den Forderungsinhaber. Unter einer Prozessstandschaft versteht man die Befugnis, im eigenen Namen einen Prozess über fremde Rechte zu führen. Sie kann sich aus dem Gesetz ergeben (vgl. §§ 1368, 1422 S. 1 Hs. 2, 1629 III 1 BGB) oder auch dadurch begründet werden, dass der Inhaber des Rechts einen Dritten durch Rechtsgeschäft zur Prozessführung ermächtigt. In letzterem Fall spricht man von einer gewillkürten Prozessstandschaft.³⁴⁵ Der gewillkürte Prozessstandschafter muss für die Zulässigkeit der Klage unter anderem ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Geltendmachung der fremden Forderung schlüssig darlegen.³⁴⁶

Demgegenüber ist der Inkassozeessionar selbst Forderungsinhaber und kann – ohne weitere Voraussetzungen – diese selbst gerichtlich geltend machen. Bei der gerichtlichen Durchsetzung eigener Rechte ergibt sich die Prozessführungsbefugnis nämlich schon aus der Rechtsinhaberschaft selbst.

4. Factoring

Factoring ist im Grunde nur der englische Begriff für den gewerblichen Forderungskauf.³⁴⁷ In der Praxis besteht für viele Unternehmen mit geringer Kapitalbasis das Bedürfnis, ihre Forde-

³⁴¹ Grundlegend BGHZ 30, 149; siehe auch BGHZ 72, 308 (schuldrechtliche Teilverzichtsklausel reicht nicht zur Vermeidung der Sittenwidrigkeit); BGH NJW 1999, 2589 (Übertragung der Vertragsbruchtheorie auf die Kollision zwischen Globalzession an Warenlieferanten und verlängertem EV).

³⁴² MünchKommBGB/Roth/Kieninger, § 398 Rdn. 42.

³⁴³ Jauernig/Stürmer, § 398 Rdn. 24; Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1230.

³⁴⁴ Eckert, Schuldrecht AT, Rdn. 1056; Musielak/Hau, Grundkurs BGB, Rdn. 1307.

³⁴⁵ Zöller/Althammer, 32. Aufl. 2018, Vor § 50 Rdn.38.

³⁴⁶ Vgl. Zöller/Althammer (Fn. 345), Vor § 50 Rdn. 40 zu den weiteren Voraussetzungen.

³⁴⁷ Vgl. Black's Law Dictionary, 6. Aufl. 1990: "Sale of accounts receivable of a firm to a factor at a discounted price. The purchase of accounts receivable from a business by a factor who thereby assumes the risk of loss in return for some agreed discount."

rungen gegen Dritte aus Warenlieferungen, Werk-, Dienst- und sonstigen Leistungen möglichst rasch „zu Geld zu machen“. Will das Unternehmen nicht bis zur Fälligkeit der jeweiligen Forderungen auf den Geldeingang warten, kann es die Forderungen an einen Factor, zu meist eine Bank, verkaufen. Der Factor sorgt dann durch die Zahlung des Kaufpreises für die Forderung für einen rascheren Geldeingang beim Unternehmen. Dieses erhält jedoch nicht nur sofort verfügbares Kapital, sondern erspart sich zudem die Mühen und Risiken der eigenständigen Beitreibung der Forderung.³⁴⁸

Diese Leistungen des Factors haben freilich ihren Preis: Der Zessionar erteilt dem Zedenten beim Factoring eine Gutschrift nicht in Höhe des Nennbetrages der verkauften und abgetretenen Forderungen, sondern nur abzüglich eines Abschlags für seine Inkassoleistungen und die von ihm übernommenen Risiken.³⁴⁹

Beim **echten Factoring** übernimmt der Factor das wirtschaftliche Risiko der Forderungseinziehung. Der Zedent haftet nur für den Bestand (sog. Verität), nicht aber für die Durchsetzbarkeit der Forderung (sog. Bonität).³⁵⁰ Wird also der Schuldner der abgetretenen Kaufpreis- oder sonstigen Forderung zahlungsunfähig, geht dieses Risiko zu Lasten des Forderungserwerbers. Kausalgeschäft ist in diesem Fall ein regulärer Forderungskauf gemäß § 453 I BGB, der durch die Abtretung der Forderung erfüllt wird.³⁵¹

Beim **unechten** Factoring trägt hingegen der Zedent auch das Risiko für die Bonität der Forderung.³⁵² Wird der Vertragspartner des Zedenten zahlungsunfähig, hat der Factor gegenüber dem Zedenten das Recht, den gutgeschriebenen Gegenwert der Forderung zurückfordern; im Gegenzug wird die Forderung an den Zedenten zurück abgetreten.³⁵³ Es handelt sich daher beim unechten Factoring eher um ein Kreditgeschäft, bei dem der Factor in Gestalt der an ihn abgetretenen Forderung eine Sicherheit für den von ihm gewährten Kredit erhält.³⁵⁴ Die Hingabe der Forderung erfolgt nur erfüllungshalber³⁵⁵ und zur Sicherung des Kredits.³⁵⁶ Der Factor ist deshalb verpflichtet, sich wegen seines Kredits zunächst aus der abgetretenen Forderung zu befriedigen.³⁵⁷

VIII. Schuldnerschutz

Die Abtretung ist – wie dargelegt – ohne jede Mitwirkung des Schuldners möglich. Der Schuldner kann die Abtretung grundsätzlich nicht verhindern, es sei denn er vereinbart mit dem Gläubiger ein Abtretungsverbot (§ 399 Alt. 2 BGB). Durch die Abtretung können für den Schuldner erhebliche Nachteile entstehen, insbesondere wenn er nicht weiß, dass der bisherige Gläubiger nicht mehr Inhaber der Forderung ist und er deshalb an den falschen Gläubiger leistet oder wenn er einen Gegenanspruch gegen den bisherigen Gläubiger hat, den er gegen den Anspruch des Zessionars aufrechnen will. Deswegen enthalten die §§ 404 ff. BGB Rege-

³⁴⁸ Eckert, Schuldrecht AT, Rdn. 1058; Looschelders, Schuldrecht BT, Rdn. 225.

³⁴⁹ Jauernig/Stürmer, § 398 Rdn. 29; Schreiber, Jura 2007, 266, 269.

³⁵⁰ Staudinger/Busche (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rdn. 164; Schreiber, Jura 2007, 266, 270.

³⁵¹ BeckOK BGB/Rohe, § 398 Rdn. 100; Palandt/Grüneberg, § 398 Rdn. 39.

³⁵² MünchKommBGB/Roth/Kieninger, § 398 Rdn. 156; Eckert, Schuldrecht AT, Rdn. 1059.

³⁵³ Eckert, Schuldrecht AT, Rdn. 1059.

³⁵⁴ Staudinger/Busche (2017), Einl. zu § 398 ff. Rdn. 152.

³⁵⁵ Zur Leistung erfüllungshalber siehe oben B. II. 2.

³⁵⁶ Looschelders, Schuldrecht BT, Rdn. 229; Staudinger/Busche (2017), Einl. zu § 398 ff. Rdn. 154.

³⁵⁷ Staudinger/Busche (2017), Einl. zu § 398 ff. Rdn. 165.

lungen, deren Grundgedanke es ist, eine Verschlechterung der Rechtsposition des Schuldners durch die Abtretung zu verhindern.³⁵⁸

1. Erhaltung von Einwendungen des Schuldners (§ 404 BGB)

Über § 404 BGB wird der Schuldner gegen den Verlust von Einwendungen geschützt. Er kann nach dieser Vorschrift dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zum Zeitpunkt der Abtretung gegen den Zedenten begründet waren. Der Schutz des § 404 BGB ist die logische Folge aus der Wirkung der Abtretung: Die Forderung geht nämlich in dem Rechtszustand auf den Zessionar über, den sie bereits beim Zedenten gehabt hat.³⁵⁹

Der **Begriff der Einwendungen** im Sinne des § 404 BGB ist **weit zu verstehen**. Darunter fallen alle rechtshindernden Einwendungen (z.B. §§ 105, 125, 134, 138 BGB) sowie rechtsvernichtenden Einwendungen (z.B. Anfechtung³⁶⁰, Rücktritt, Erfüllung, Kündigung, Widerruf), als auch Einreden (Zurückbehaltungsrechte, §§ 273, 320 BGB³⁶¹; Verjährung, § 214 I BGB; Bereicherungseinreden, § 821 BGB).³⁶²

Diese müssen im Zeitpunkt der Abtretung schon *begründet* gewesen sein. Dazu ist nicht erforderlich, dass bereits bei der Abtretung alle Tatbestandsvoraussetzungen der Einwendung vorlagen. Begründet im Sinne der Norm ist eine Einwendung vielmehr schon dann, wenn sie im Zeitpunkt der Abtretung ihrem Rechtsgrund nach in jenem Schuldverhältnis angelegt ist, aus dem die abgetretene Forderung stammt.³⁶³

Beispiel: Wird eine Kaufpreisforderung abgetreten und ist die vom Verkäufer gelieferte Sache mangelhaft, sind die sich daraus ergebenden Einwendungen des Käufers bereits begründet, auch wenn der Mangel im Zeitpunkt der Abtretung noch nicht entdeckt ist.

⇒ *Fall Nr. 13 – Unfallschaden*

§ 404 BGB ist grundsätzlich dispositiv. Der Schuldner kann durch Vereinbarung mit dem Zedenten oder dem Zessionar ganz oder teilweise auf den Schutz dieser Norm verzichten.³⁶⁴ Die Reichweite eines derartigen Verzichts muss gemäß §§ 133, 157 BGB durch Auslegung unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen ermittelt werden. Ein Verzicht auf den Schutz des § 404 BGB ist nur bei ausdrücklicher Erklärung anzunehmen. Erklärt der Schuldner (auf Aufforderung des Zessionars), er erkenne die Forderung oder die Abtretung an oder gibt er eine „Schuldbestätigung“ ab, dann hängt der Bedeutungsgehalt solcher Erklärungen vom Einzelfall ab. Es kann sich bei einer solchen Erklärung um eine echte Verzichtserklärung, um eine reine, unbeachtliche Wissenserklärung oder um ein echtes abstraktes Schuldanerkennen handeln.³⁶⁵ In der Tendenz sind solche Erklärungen des Schuldners, vor allem

³⁵⁸ BGH WM 2004, 1080, 1081; Staudinger/*Busche* (2017), § 404 Rdn. 2; näher *Haertlein*, JuS 2007, 1073 ff.; *Petersen*, Jura 2014, 278, 281 f.

³⁵⁹ Oben Ziff. V. 1.

³⁶⁰ Die Einordnung der Anfechtung als rechtshindernde oder rechtsvernichtende Einwendung ist nicht zweifelhaft (vgl. *Bitter/Röder*, BGB AT [Fn. 3], § 3 Rdn. 10).

³⁶¹ Bei § 320 BGB muss nicht einmal § 404 BGB herangezogen werden, weil § 320 BGB – unabhängig vom Gläubiger – nur verlangt, dass die Forderung im Gegenseitigkeitsverhältnis steht (*Haertlein*, JuS 2007, 1073).

³⁶² BeckOK BGB/*Rohe*, § 404 Rdn. 5; Palandt/*Grüneberg*, § 404 Rdn. 2.

³⁶³ BGH NJW 2006, 219, 220; BGH NJW-RR 2004, 1347, 1348 m.w.N.; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1199; BeckOK BGB/*Rohe*, § 404 Rdn. 8.

³⁶⁴ *Jauernig/Stürmer*, § 404 Rdn. 6; *Erman/Westermann*, § 404 Rdn. 8.

³⁶⁵ *Staudinger/Busche* (2017), § 404 Rdn. 49 ff.; MünchKommBGB/*Roth/Kieninger*, § 404 Rdn. 21 ff. jeweils mit Nachweisen zu den unterschiedlichen Ansätzen.

wenn sie auf einem Formular des Zessionars abgegeben wurden, im Zweifel restriktiv auszu-legen, weil sie für den Schuldner nachteilig und ungewöhnlich sind.³⁶⁶ Deswegen wird oft-mals von der Rechtsprechung auch nur ein „bestätigendes“, kein konstitutives Anerkenntnis angenommen.³⁶⁷ Sollte im einzelnen Fall tatsächlich eine Erklärung bestehen, die für einen Verzicht auf den Schutz des § 404 BGB spricht, so wird sie sich für gewöhnlich nur auf sol-che Einwendungen beziehen, die dem Schuldner bekannt waren oder mit denen er rechnen musste.³⁶⁸

Ausnahmsweise ganz ausgeschlossen ist die vertragliche Abdingbarkeit des § 404 BGB im Anwendungsbereich des Verbraucherkreditrechts (§ 496 I BGB).

2. Erhaltung der Aufrechnungsmöglichkeit (§ 406 BGB)

Hat der Schuldner eine gleichartige Gegenforderung gegen den Gläubiger, kann die Erfüllung gemäß §§ 387 ff. BGB durch Aufrechnung erfolgen (oben S. 29 ff.). Die Abtretung einer For-derung kann sich auf eine solche Aufrechnungsmöglichkeit negativ auswirken, weil sich der Schuldner nun einem neuen Gläubiger, dem Zessionar, gegenüber sieht, demgegenüber er kei-ne Gegenforderung hat. Die Abtretung kann also die für die Aufrechnung erforderliche Ge-genseitigkeit der beiden Forderungen beseitigen. § 406 BGB dient dazu, den Schuldner inso-weit vor einer Verschlechterung seiner Rechtsposition zu schützen, indem er ihm in bestimm-ten Fällen eines berechtigten Vertrauens die Aufrechnungsmöglichkeit erhält.³⁶⁹ Dem Schuld-ner wird die Möglichkeit gegeben, **gegenüber dem Zessionar** mit einer Forderung, die ihm gegen den Zedenten zusteht, die Aufrechnung zu erklären, obwohl die Gegenseitigkeit zwi-schen beiden Forderungen fehlt.³⁷⁰ Allerdings überwindet § 406 BGB allein die fehlende Ge-genseitigkeit der Forderungen. Will der Schuldner gegenüber dem Zessionar wirksam die Aufrechnung erklären, müssen alle weiteren Voraussetzungen für eine Aufrechnung vorlie-gen.³⁷¹

Auf den Schutz des § 406 BGB kann der Schuldner verzichten, die Norm ist also dispositiv.³⁷² Eine Ausnahme hiervon gilt wiederum im Anwendungsbereich des § 496 I BGB.

Der Regelungsinhalt des § 406 BGB ist auf den ersten Blick nicht leicht zu erfassen. Er er-schließt sich jedoch eindeutig, wenn man sich nochmals den Schutzzweck der Norm vor Au-gen führt: Dem Schuldner soll *immer* dann, aber auch *nur* dann die Aufrechnung erlaubt wer-den, wenn er auch ohne die Abtretung in die Möglichkeit der Aufrechnung hätte vertrauen können. Das sei nachfolgend anhand verschiedener Konstellationen verdeutlicht.³⁷³

a) Aufrechnungslage bestand schon vor der Abtretung

Mit Gegenforderungen, die dem Schuldner gegen den Zedenten schon vor der Abtretung der Hauptforderung zugestanden haben, kann er nach § 406 BGB ohne Einschränkungen gegen-über dem Zessionar aufrechnen.³⁷⁴ In dieser Konstellation wird das Vertrauen des Schuldners

³⁶⁶ BGH NJW 1983, 1903; Staudinger/*Busche* (2017), § 404 Rdn. 38.

³⁶⁷ BGH NJW 1983, 1903; BGH WM 1985, 1177, 1178; dahingehend auch Staudinger/*Busche* (2017), § 404 Rdn. 39.

³⁶⁸ BGH NJW 1970, 321; BGH NJW 1983, 1903.

³⁶⁹ Dazu *Coester-Waltjen*, Jura 2004, 391, 393.

³⁷⁰ BGHZ 64, 126; Erman/*Westermann*, § 406 Rdn. 1.

³⁷¹ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1206.

³⁷² Staudinger/*Busche* (2017), § 406 Rdn. 12.

³⁷³ Vgl. dazu auch *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1207 ff.

³⁷⁴ Staudinger/*Busche* (2017), § 406 Rdn. 13; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1207.

geschützt, eine einmal bestehende Aufrechnungsbefugnis auch noch geltend machen zu können, wenn die Hauptforderung, gegen die er aufrechnen will, an einen Dritten abgetreten ist.³⁷⁵ Anderenfalls könnte sich nämlich ein Gläubiger der Aufrechnung durch seinen Schuldner dadurch entziehen, dass er seine Forderung an einen Dritten abtritt.

b) Aufrechnungslage entsteht erst nach der Abtretung

Bestand die Aufrechnungslage zum Zeitpunkt der Abtretung noch nicht, hat also der Schuldner seine Forderung erst nach Abtretung erworben, dann geht es nicht mehr um die Erhaltung einer *entstandenen* Aufrechnungsmöglichkeit. Von § 406 BGB wird jedoch auch das gutgläubige Vertrauen des Schuldners in das *Entstehen* einer Aufrechnungslage geschützt.³⁷⁶ Auf das Bestehen einer Aufrechnungslage im Zeitpunkt der Abtretung kommt es also nicht an. Der Aufrechnungsschutz des § 406 BGB zugunsten des Schuldners hängt vielmehr davon ab, ob der Schuldner bei dem Erwerb seiner Gegenforderung positive Kenntnis von der Abtretung hatte.³⁷⁷

⇒ Fall Nr. 14 – Lieferschwierigkeiten

aa) Kenntnis bei Erwerb der Gegenforderung (§ 406 Alt. 1 BGB)

Das Vertrauen des Schuldners ist dann nicht schutzwürdig, wenn dieser bei dem Erwerb seiner Gegenforderung wusste, dass die Hauptforderung abgetreten wurde. § 406 Alt. 1 BGB schließt deshalb in diesem Fall eine Aufrechnung gegenüber dem Zessionar aus.

Beispiel: K erwirbt im Januar bei V ein Auto zum Preis von 5.000 €. Der Kaufpreis soll erst im März bezahlt werden. Am 1. Februar zeigt V dem K an, dass er die Kaufpreisforderung an D abgetreten habe. 10 Tage später bietet der Bruder B des K, der noch 3.000 € aus einem Darlehen von V zu bekommen hat, dem K an, diesen Anspruch von B zu erwerben. Geht K auf das Geschäft mit B ein, kann er die 3.000 € nicht gegen die Kaufpreisforderung des D aufrechnen. Diese Möglichkeit hätte er nur gehabt, wenn er den Darlehensrückzahlungsanspruch vor der Anzeige der Abtretung erworben hätte. Dann wäre er schutzwürdig im Hinblick auf die Möglichkeit der Aufrechnung.

Fraglich ist, ob auch die Kenntnis des Schuldners von einer *Voraus*abtretung des Zedenten die Aufrechnung mit einer Gegenforderung gegenüber dem Zessionar nach § 406 Alt. 1 BGB ausschließt. Der BGH bejaht diese Frage mit der Begründung, dass der Schuldner bei Erwerb der Gegenforderung nie darauf vertrauen konnte, dass eine Aufrechnungslage entstehen würde, weil der Schuldner damit rechnen musste, dass die im Voraus abgetretene Forderung auf den Zessionar übergeht.³⁷⁸

Insgesamt anderes gilt allerdings, wenn der Schuldner seine Gegenforderung nicht – wie in dem oben genannten Beispiel – von Dritten erwirbt, sondern sie sich aus eigenem Recht ergibt, namentlich aus einem mit dem Gläubiger bestehenden Vertrag. In diesem Fall ist für die Erhaltung der Aufrechnungsmöglichkeit ausreichend, dass die rechtliche Grundlage für die Gegenforderung im Zeitpunkt der Kenntniserlangung bereits besteht.³⁷⁹

⇒ Fall Nr. 14 – Lieferschwierigkeiten – Abwandlung 2

³⁷⁵ Palandt/Grüneberg, § 406 Rdn. 5; MünchKommBGB/Roth/Kieninger, § 406 Rdn. 7.

³⁷⁶ Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT, Rdn. 797; Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1208.

³⁷⁷ Staudinger/Busche (2017), § 406 Rdn. 16; Palandt/Grüneberg, § 406 Rdn. 1.

³⁷⁸ BGH NJW 2002, 2865, 2866; Staudinger/Busche (2017), § 406 Rdn. 27 m.w.N.; a.A. Biilow, JuS 1994, 766, 768.

³⁷⁹ Palandt/Grüneberg, § 406 Rdn. 6 mit Nachweisen zur Rspr.

bb) Spätere Fälligkeit der Gegenforderung (§ 406 Alt. 2 BGB)

Der Schuldner kann ferner nach § 406 Alt. 2 BGB mit einer von ihm nach der Abtretung der Hauptforderung erworbenen Gegenforderung nicht gegenüber dem Zessionar aufrechnen, wenn er zwar bei dem Erwerb der Gegenforderung keine Kenntnis von der Abtretung hatte, aber seine **Gegenforderung später** als die abgetretene Forderung **fällig** geworden ist. Auch in dieser Konstellation konnte der Schuldner nicht auf das Entstehen einer Aufrechnungslage vertrauen, weil er die gegen ihn gerichtete Forderung ohnehin schon zu einem Zeitpunkt hätte erfüllen müssen, zu dem ihm eine aufrechenbare Gegenforderung mangels Fälligkeit noch nicht zustand.³⁸⁰

Die Beweislast für die in § 406 BGB genannten Ausnahmetatbestände trägt der Zessionar, wie sich aus der Formulierung des § 406 BGB („es sei denn“) ergibt.³⁸¹

c) Abgrenzung zu §§ 404, 407 I BGB

Abzugrenzen ist der Anwendungsbereich des § 406 BGB von denen der §§ 404, 407 I BGB, die ebenfalls eine Verschlechterung der Rechtslage des Schuldners infolge der Abtretung verhindern sollen (Bestandschutz). Der § 406 BGB **erhält** dem Schuldner unter den o.g. Voraussetzungen die (bestehende oder voraussehbare) **Aufrechnungslage** nach erfolgter Abtretung gegenüber dem Zessionar,³⁸² indem er den Zessionar zum Erklärungsadressaten macht.³⁸³ In § 404 BGB geht es hingegen darum, dem Schuldner die aus seiner relativen Rechtsposition zum ursprünglichen Gläubiger bestehenden Einwendungen (z.B. Erlöschen infolge der Aufrechnung) gegenüber dem neuen Gläubiger (Zessionar) zu erhalten; mithin wird ein gutgläubiger Wegerwerb von Einwendungen durch den Zessionar ausgeschlossen (Ausnahme: § 405 BGB³⁸⁴). Zuletzt soll durch § 407 BGB das Vertrauen des Schuldners geschützt werden, dass sein Altgläubiger nach wie vor der verfügungsbefugte Gläubiger der Forderung ist.³⁸⁵ Vor diesem Hintergrund sind die §§ 404, 407 I BGB bei der Aufrechnung wie folgt relevant:

aa) Anwendung des § 404 BGB

Rechnet der Schuldner gegenüber dem Zedenten bereits vor der Abtretung auf, erlischt die Hauptforderung des Zedenten gemäß § 389 BGB in Höhe der Gegenforderung. Diese zum Zeitpunkt der Abtretung schon begründete Einwendung kann der Schuldner dem Zessionar nach § 404 BGB entgegenhalten.³⁸⁶

⇒ *Fall Nr. 14 – Lieferschwierigkeiten – Abwandlung 3*

bb) Anwendung des § 407 I BGB

Erklärt der Schuldner die Aufrechnung gegenüber dem Zedenten nach der Abtretung, aber in Unkenntnis derselben, findet § 407 I BGB Anwendung.³⁸⁷ Die Aufrechnung stellt dann ein Rechtsgeschäft zwischen dem Schuldner und dem Zedenten in Ansehung der Forderung dar.³⁸⁸

³⁸⁰ Dazu *Coester-Waltjen*, Jura 2004, 391, 394.

³⁸¹ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1212.

³⁸² *Schreiber*, Jura 2007, 266, 268.

³⁸³ *MünchKommBGB/Roth/Kieninger*, § 406 Rdn. 2.

³⁸⁴ Dazu oben C. IV. 1. und 3.

³⁸⁵ *Staudinger/Busche* (2017), § 407 Rdn. 1; *MünchKommBGB/Roth/Kieninger*, § 407 Rdn. 1.

³⁸⁶ BGH NJW 2002, 2865, 2866; OLG München, OLGE 33, 117, 118.

³⁸⁷ BGH NJW-RR 1986, 536, 538; *Palandt/Grüneberg*, § 406 Rdn. 1.

³⁸⁸ *Palandt/Grüneberg*, § 407 Rdn. 4.

⇒ Fall Nr. 14 – *Lieferschwierigkeiten – Abwandlung 1*

3. Wirkung von Rechtshandlungen gegenüber dem Zedenten (§ 407 BGB)

Wie bereits gesagt, schützt § 407 BGB das Vertrauen des Schuldners darin, dass sein bisheriger Forderungsinhaber, der Zedent, nach wie vor der verfügungsbefugte Gläubiger der Forderung ist. Die Norm will also den Schuldner in solchen Fällen schützen, in denen er keine Kenntnis von der Abtretung hat und er deshalb Rechtshandlungen gegenüber dem bisherigen Forderungsinhaber, dem Zedenten, vornimmt. Die Vorschrift zählt damit zum weiten Themenkreis der Leistung an den Nichtberechtigten und steht daher in einem systematischen Zusammenhang mit den §§ 816 II, 893, 2367 BGB und anderen schuld- und sachenrechtlichen Vorschriften, die eine befreiende Leistung an den Nichtberechtigten anordnen.³⁸⁹

a) Die Regelung des § 407 I BGB

Nach § 407 I BGB muss der Zessionar eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den Zedenten bewirkt sowie jedes Rechtsgeschäft über die Forderung zwischen dem Schuldner und dem Zedenten gegen sich gelten lassen, solange der Schuldner **keine Kenntnis von der Abtretung** hat. Hierdurch soll dem Schuldner geholfen werden, der vor diesem Zeitpunkt gutgläubig an den Zedenten leistet oder ein Rechtsgeschäft in Bezug auf die Forderung mit diesem vornimmt, weil er denkt, er handele gegenüber dem (verfügungsberechtigten) Forderungsinhaber.³⁹⁰

aa) Leistung an den Gläubiger

Leistet der Schuldner in Unkenntnis der Abtretung an den Zedenten, würde der Schuldner in einem solchen Fall eigentlich an einen nicht (mehr) zum Empfang Berechtigten leisten, was zur Folge hätte, dass durch die Leistung des Schuldners keine Erfüllung einträte (§ 362 I BGB). Der Schuldner bliebe daher weiterhin zur Leistung an den Zessionar verpflichtet und trüge dadurch das Risiko der doppelten Inanspruchnahme; gegen den Altgläubiger wäre der Schuldner auf den Bereicherungsanspruch des § 812 I 1 Fall 1 BGB verwiesen, wodurch er dessen Insolvenzrisiko tragen würde.³⁹¹ Vor diesen schweren Nachteilen bewahrt den Schuldner § 407 I BGB, indem als Ausnahme von § 362 I BGB auch die Leistung an den Zedenten für wirksam erklärt wird.³⁹² In § 407 I BGB ist also ein gegenüber § 362 I BGB modifizierter Erfüllungstatbestand enthalten, der in der gutachtlichen Prüfung beim Erlöschen der Forderung anzusprechen ist.

bb) Rechtsgeschäfte in Ansehung der Forderung

§ 407 I BGB schützt den Schuldner nicht nur vor einer Leistungserbringung an den Zedenten, sondern auch bei der Vornahme sonstiger Rechtsgeschäfte im Hinblick auf die Forderung. Hierunter fallen beispielsweise Stundung, Erlassvertrag, Aufrechnung oder Vergleich³⁹³, aber auch ein auf das Schuldverhältnis im weiteren Sinne bezogener Aufhebungsvertrag, durch den die Forderung aus jenem Schuldverhältnis erlischt.³⁹⁴

³⁸⁹ Dazu *Petersen*, Jura 2010, 281.

³⁹⁰ Oben Fn. 385.

³⁹¹ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1214.

³⁹² *MünchKommBGB/Roth/Kieninger*, § 407 Rdn. 6; *Eckert*, Schuldrecht AT, Rdn. 1070.

³⁹³ *Palandt/Grüneberg*, § 407 Rdn. 4; *Eckert*, Schuldrecht AT, Rdn. 1071.

³⁹⁴ BGH ZIP 2010, 332: Aufhebungsvereinbarung in Bezug auf einen Leasingvertrag nach Abtretung des Anspruchs auf die Leasingraten.

Dagegen gilt § 407 I BGB nicht für Erklärungen des Zedenten nach der Abtretung, die für den Schuldner nachteilig sind, da § 407 I BGB den Schuldner schützen und nicht benachteiligen will.³⁹⁵ Eine Fristsetzung oder Mahnung durch den Zedenten ist daher nach der Abtretung mangels Gläubigerstellung des Zedenten unwirksam.³⁹⁶

cc) Unkenntnis der Abtretung

Voraussetzung für die befreiende Wirkung des § 407 I BGB ist jeweils die **Unkenntnis des Schuldners von der Abtretung**, also dessen Gutgläubigkeit. Entscheidend ist der Zeitpunkt, in dem das Rechtsgeschäft mit dem vermeintlichen Forderungsinhaber vorgenommen oder die Leistungshandlung vom Schuldner erbracht wird. Es kommt also nicht auf den Eintritt des Leistungserfolges an.³⁹⁷ Es schadet allein die positive Kenntnis des Schuldners von der Abtretung, wie sich aus dem Wortlaut des § 407 I BGB ergibt. Fahrlässige Unkenntnis (Kennenmüssen) ist folglich unschädlich.³⁹⁸ Kenntnis von der Abtretung ist anzunehmen, wenn der Schuldner diejenigen *Tatsachen* kennt, die den Forderungsübergang bewirken³⁹⁹; auf eine zutreffende rechtliche Würdigung des Vorgangs durch den Schuldner kommt es nicht an. Grundsätzlich unerheblich ist auch, woher die Kenntnis des Schuldners von der Abtretung stammt. Es schadet also jede positive und tatsächliche Kenntnis. Geht dem Schuldner eine Abtretungsanzeige des Zedenten zu, so wird er dadurch in der Regel bösgläubig.⁴⁰⁰ Bei einer Abtretungsanzeige des Zessionars ist das hingegen nur dann anzunehmen, wenn der Zessionar vertrauenswürdig erscheint⁴⁰¹, etwa bei einer Bank als Zessionarin.

Der Zessionar trägt nach allgemeinen Regeln die Beweislast für eine positive Kenntnis des Schuldners.⁴⁰² Es handelt sich nämlich dabei um eine ihn begünstigende Tatsache, weil dadurch die Wirkung des Rechtsgeschäfts, das Schuldner und Zedent nach der Abtretung abgeschlossen haben, oder die Erfüllungswirkung einer Zahlung des Schuldners an den Zedenten ausgeschlossen wird. Für den Zessionar ist es in der Praxis oftmals schwierig, den erforderlichen Nachweis der Kenntnis zu erbringen. Er hat in der Regel nur die Möglichkeit, darzulegen und zu beweisen, dass dem Schuldner gegenüber eine Abtretungsanzeige abgegeben wurde. Allerdings ist selbst der Zugang einer solchen Anzeige nicht in jedem Fall für sich genommen ausreichend, um die Bösgläubigkeit des Schuldners zu begründen, da gemäß § 407 I BGB nur *tatsächliche* Kenntnis schädlich ist.⁴⁰³ Der Zessionar müsste also auch nachweisen, dass der Schuldner von der zugegangenen Abtretungsanzeige tatsächlich Kenntnis genommen hat. Das wird ihm oftmals kaum gelingen. Kann daher der Zessionar den Zugang der Anzeige beweisen, so ist es sodann Sache des Schuldners, Umstände darzutun und gegebenenfalls zu beweisen, aus denen sich zumindest die ernsthafte Möglichkeit ergibt, dass er dennoch keine den § 407 I BGB ausschließende positive Kenntnis hatte.⁴⁰⁴ Es liegt also am Schuldner darzutun, warum er trotz des Zugangs der Abtretungsanzeige nicht von einer Abtretung Kenntnis hatte. Ebenso liegt es an ihm darzutun, aus welchen Umständen er an der Richtigkeit einer tatsächlich bekanntgewordenen Anzeige zweifeln durfte.

³⁹⁵ Musielak/Hau, Grundkurs BGB, Rdn. 1297; Brox/Walker, Schuldrecht AT, § 34 Rdn. 25.

³⁹⁶ Palandt/Grüneberg, § 407 Rdn. 4.

³⁹⁷ BGH NJW-RR 2004, 1145, 1147; Palandt/Grüneberg, § 407 Rdn. 6.

³⁹⁸ Jauernig/Stürmer, § 407 Rdn. 5; BeckOK BGB/Rohe, § 407 Rdn. 11.

³⁹⁹ BeckOK BGB/Rohe, § 407 Rdn. 12; Palandt/Grüneberg, § 407 Rdn. 6.

⁴⁰⁰ Staudinger/Busche (2017), § 407 Rdn. 33; Palandt/Grüneberg, § 407 Rdn. 6.

⁴⁰¹ BGH WM 2004, 981, 985; Staudinger/Busche (2017), § 407 Rdn. 33.

⁴⁰² BGH NJW-RR 1998, 1744.

⁴⁰³ Palandt/Grüneberg, § 407 Rdn. 7.

⁴⁰⁴ BGH NJW 1997, 1775, 1776.

Im Einzelfall kann es dem Schuldner nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt sein, sich auf seine Unkenntnis zu berufen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn er sich der Kenntnisnahme von der Abtretung bewusst verschlossen⁴⁰⁵ oder diese bewusst vereitelt hat.

dd) Rechtsfolge

Rechtsfolge des § 407 I BGB ist es, dass der Schuldner befreiend an den Zedenten leisten kann und somit die abgetretene Forderung erlischt, ohne dass der Zessionar selbst die Leistung erhalten hat. Die Vorschrift will dem Schuldner jedoch nur die rechtliche Möglichkeit geben, sich auf ihren Schutz gegenüber dem Zessionar zu berufen. Folglich steht dem Schuldner ein **Wahlrecht** zu:

- Beruft sich der Schuldner auf den Schutz des § 407 I BGB und erklärt, die Leistung solle gegenüber dem Zessionar gelten, ist seine Schuld erloschen. In diesem Fall muss sich der Zessionar im Innenverhältnis an den Altgläubiger wenden. Er hat einen Anspruch aus § 816 II BGB, da an den nichtberechtigten Zedenten eine Leistung bewirkt worden ist, die dem Zessionar gegenüber wegen § 407 I BGB wirksam ist.⁴⁰⁶
- Der Schuldner kann jedoch auch auf den von § 407 I BGB gewährten Schutz verzichten. Seine Leistung hat dann keine befreiende Wirkung und die Forderung des Zessionars bleibt bestehen. Der Schuldner hat jedoch einen Bereicherungsanspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB gegen den Zedenten, da er an diesen eine Leistung erbracht hat, für welche kein Rechtsgrund bestand.⁴⁰⁷

⇒ Fall Nr. 15 – Imponiergehabe

b) Die Regelung des § 407 II BGB

Dem Schuldner gewährt das Gesetz in § 407 II BGB einen zusätzlichen Schutz, wenn er nach einer Abtretung und in Unkenntnis derselben mit dem Zedenten einen Rechtsstreit über die abgetretene Forderung führt. Der Zessionar muss dann ein zwischen Schuldner und Zedent ergangenes Urteil gegen sich gelten lassen.

Mit § 407 II BGB wird die Rechtskraft gegenüber § 325 ZPO erweitert⁴⁰⁸, jedoch nur in dem Umfang, in dem das Urteil auch zwischen Schuldner und Zedenten wirkt (§ 322 ZPO). Der für die Gutgläubigkeit entscheidende Zeitpunkt ist nach § 407 II BGB der Eintritt der Rechtshängigkeit (§§ 261 I, 253 I ZPO).

Die Anwendung des § 407 II BGB setzt jedoch voraus, dass der Rechtsstreit zwischen Schuldner und Zedent **nach** der Abtretung rechtshängig geworden ist. Ist der Rechtsstreit schon vor der Abtretung rechtshängig geworden, so gelten allein die §§ 265, 325 ZPO.⁴⁰⁹ Die Beweislast für die den guten Glauben ausschließende Kenntnis des Schuldners trägt – wie bei § 407 I BGB – der Zessionar.⁴¹⁰

⁴⁰⁵ BGH NJW 1977, 581, 582; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1216; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rdn. 790. Beispiele für treuwidriges Verhalten bei Palandt/*Grüneberg*, § 407 Rdn. 7.

⁴⁰⁶ Staudinger/*Busche* (2017), § 407 Rdn. 8.

⁴⁰⁷ BGHZ 102, 68, 71; 52, 150, 154; MünchKommBGB/*Roth/Kieninger*, § 407 Rdn. 19.

⁴⁰⁸ Staudinger/*Busche* (2017), § 407 Rdn. 18.

⁴⁰⁹ BGH VersR 2014, 1395 (Rdn. 12); Staudinger/*Busche* (2017), § 407 Rdn. 18; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1218.

⁴¹⁰ Palandt/*Grüneberg*, § 407 Rdn. 9; Erman/*Westermann*, § 407 Rdn. 4.

4. Schutz bei mehrfacher Abtretung (§ 408 BGB)

a) Die Regelung des § 408 I BGB

Der Schuldner wird bei mehrfacher Abtretung des Zedenten durch § 408 I BGB geschützt. In einem solchen Fall ist aufgrund des **Prioritätsprinzips** der Erstzessionar der wirkliche neue Gläubiger. Der Zweitzessionar („Dritte“) ist dagegen Nichtberechtigter, da der Zedent nach der ersten Abtretung nicht mehr Forderungsinhaber war. Die zweite Abtretung geht „ins Leere“. Erlangt der Schuldner nur von der zweiten – unwirksamen – Abtretung Kenntnis, so gewährt ihm § 408 I BGB gegenüber dem Erstzessionar den Schutz des § 407 BGB. Wie bei § 407 BGB muss sich der wirkliche Forderungsinhaber so behandeln lassen, als hätten die fraglichen Handlungen zwischen ihm und dem Schuldner stattgefunden. Der Schuldner kann daher an den nichtberechtigten Zweitzessionar befreiend leisten. Das Gleiche gilt für alle Rechtsgeschäfte, die der Schuldner mit dem Zweitzessionar über die Forderung abschließt.

Voraussetzung des § 408 I BGB ist aber, dass die zweite Abtretung tatsächlich, wenn auch wegen der Nichtberechtigung unwirksam, stattgefunden hat und im Übrigen, d.h. abgesehen von der Priorität der ersten Abtretung, wirksam ist.⁴¹¹ In der gutachtlichen Prüfung ist die Vorschrift – ebenso wie § 407 I BGB – beim Erlöschen der Forderung anzusprechen.

⇒ Fall Nr. 16 – Doppelabtretung

Neben § 407 BGB ist auch § 406 BGB entsprechend anwendbar mit der Folge, dass der Schuldner mit einer gegen den Scheinzweitzessionar erworbenen Forderung gegenüber dem wahren Forderungsinhaber aufrechnen kann.⁴¹²

b) Die Regelung des § 408 II BGB

Der Schutz des § 408 I BGB wird durch § 408 II Alt. 1 BGB auf Fälle erweitert, in denen die Forderung nach einer Abtretung im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens gegen den Zedenten durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluss gemäß §§ 829, 835 ZPO einem Dritten überwiesen wird. Da der Pfändungsschuldner wegen der vorher stattgefundenen Abtretung nicht mehr Forderungsinhaber ist, geht die Pfändung und Überweisung der Forderung an den Dritten – nicht anders als eine Zweitcession – „ins Leere“. Der Schuldner wird in diesem Falle nach § 408 II Alt. 1 BGB geschützt, wenn er an den (scheinbaren) Pfändungsgläubiger leistet oder mit ihm Rechtsgeschäfte in Ansehung der Forderung vornimmt.

Treten nach einer Abtretung die Voraussetzungen einer Legalzession ein, wird der Schuldner durch § 408 II Alt. 2 BGB geschützt, wenn der Zedent dem Dritten gegenüber die Legalzession anerkannt hat.

5. Schutz bei Abtretungsanzeige (§ 409 BGB)

Zeigt der Zedent dem Schuldner an, dass er seine Forderung gegen ihn abgetreten hat, darf der Schuldner auf die Richtigkeit dieser Anzeige gemäß § 409 I 1 BGB vertrauen, auch wenn die Abtretung tatsächlich nicht oder nicht wirksam erfolgt ist. In § 409 I BGB ist das Gegenstück zu den §§ 407, 408 BGB enthalten: Während bei den §§ 407, 408 BGB die Kenntnis von der Abtretung den Schuldnerschutz ausschließt, wird durch § 409 I BGB das Vertrauen des Schuldners in den Bestand einer bekanntgemachten Abtretung geschützt, mithin eine solche Kenntnisnahme vorausgesetzt.

⁴¹¹ BGH NJW 1989, 899; MünchKommBGB/Roth/Kieninger, § 408 Rdn. 5.

⁴¹² BeckOK BGB/Rohe, § 408 Rdn. 6; Palandt/Grüneberg, § 408 Rdn. 1.

Die **Rechtsfolge** des § 409 BGB ist dem Wortlaut der Norm nicht ohne weiteres zu entnehmen. Vor allem besteht Uneinigkeit, ob § 409 I BGB einen besonderen Fall der Rechtsscheinhaftung regelt⁴¹³ oder die Abtretungsanzeige konstitutiv eine Rechtszuständigkeit des (angeblichen) Zessionars schafft.⁴¹⁴ Es ist jedenfalls anerkannt, dass § 409 BGB eine Schuldnerschutzvorschrift ist.⁴¹⁵ Die Wirkung des § 409 BGB besteht darin, dass der Schuldner zu seinen Gunsten die mitgeteilte Abtretung als wirksam behandeln kann, auch wenn sie das nicht ist. Er kann also mit befreiender Wirkung an den ihm angezeigten Scheinzessionar leisten.

Der Schuldner hat auch in diesem Fall ein Wahlrecht: Er kann die Unwirksamkeit der Abtretung oder die Tatsache, dass die Abtretung nicht erfolgt ist, dem Scheinzessionar entgegenhalten oder sich auf § 409 BGB berufen.⁴¹⁶ Der Schuldner kann sich bei Zweifeln auch für eine Hinterlegung nach § 372 BGB entscheiden.⁴¹⁷

Die **Abtretungsanzeige** muss vom ursprünglichen Gläubiger stammen. Sie ist formlos, also auch mündlich möglich und wird als rechtsgeschäftsähnliche Handlung qualifiziert.⁴¹⁸

Gemäß § 409 I 2 BGB kann auch eine Abtretungsurkunde vorgelegt werden. Für diese genügt einfache Schriftform. Sie muss vom Zedenten ausgestellt und mit seinem Willen in den Verkehr gebracht worden sein.⁴¹⁹

Nach h.M. kommt es nicht auf die Gutgläubigkeit des Schuldners an. Wird ihm eine Abtretung angezeigt, genießt er den Schutz des § 409 BGB auch dann, wenn er tatsächlich positive Kenntnis von der Unwirksamkeit der Abtretung hat.⁴²⁰ Dadurch soll vermieden werden, dass der Schuldner in einem möglichen Rechtsstreit mit dem vermeintlichen Neugläubiger die Unwirksamkeit der Abtretung beweisen muss. Aus dem Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) ergeben sich jedoch Einschränkungen für die Fälle, in denen der Schuldner kollusiv mit dem Zessionar zusammenwirkt oder in denen die wahre Rechtslage offenkundig ist.⁴²¹ Der Schutz des § 409 BGB entfällt nach h.M. zudem, wenn die Abtretung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt⁴²² oder der angezeigten Abtretung ein Abtretungsverbot entgegensteht.⁴²³

⇒ Fall Nr. 12 – Arzthonorar – Abwandlung

Gemäß § 409 II BGB kann die Abtretungsanzeige nur mit Zustimmung des vermeintlich neuen Gläubigers zurückgenommen werden. Dem Zedenten kann gegen den Neugläubiger ein Anspruch auf Zustimmung aus Vertrag oder § 812 I 1 BGB zustehen.⁴²⁴

⁴¹³ So angedeutet bei BGHZ 40, 297, 304 = WM 1964, 153, 155; *Karollus*, JZ 1992, 557 ff.; ablehnend Staudinger/*Busche* (2017), § 409 Rdn. 4.

⁴¹⁴ Andeutungsweise bei MünchKommBGB/*Roth/Kieninger*, § 409 Rdn. 2.

⁴¹⁵ Vgl. MünchKommBGB/*Roth/Kieninger*, § 409 Rdn. 1.

⁴¹⁶ *Hirsch*, Schuldrecht AT, Rdn. 1189.

⁴¹⁷ BGH NJW 1997, 1501, 1502; zur Hinterlegung siehe oben B. III.

⁴¹⁸ MünchKommBGB/*Roth*, § 409 Rdn. 7, 9; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1222.

⁴¹⁹ Palandt/*Grüneberg*, § 409 Rdn. 3.

⁴²⁰ BGHZ 64, 117, 119; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1223; a.A. *Karollus*, JZ 1992, 557, 560.

⁴²¹ MünchKommBGB/*Roth*, § 409 Rdn. 12; *Eckert*, Schuldrecht AT, Rdn. 1072.

⁴²² Palandt/*Grüneberg*, § 409 Rdn. 5 mit Nachweisen zur Rspr.

⁴²³ BGH ZIP 2012, 1565 (Rdn. 12).

⁴²⁴ *Jauernig/Stürmer*, § 409 Rdn. 3; BeckOK BGB/*Rohe*, § 409 Rdn. 10.

6. Vorlage der Abtretungsurkunde (§ 410 BGB)

Erst wenn der Zessionar dem Schuldner eine vom Zedenten ausgestellte Urkunde über die Abtretung aushändigt (§ 410 I 1 BGB) oder dieser ihm die Abtretung schriftlich angezeigt hat (§ 410 II BGB), muss er an den Zessionar leisten. Die Bestimmung soll dem Schuldner den Schutz des § 409 BGB einschließlich der dazu erforderlichen Beweismittel sichern.⁴²⁵

§ 410 I BGB gibt dem Schuldner gegenüber dem Zessionar ein Leistungsverweigerungsrecht und damit eine Einrede, aber kein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. Der Schuldner verhindert den Schuldnerverzug deshalb nur, wenn er die Einrede des § 410 I BGB tatsächlich erhebt.⁴²⁶

Weiterhin ist eine vom Zessionar erklärte Kündigung oder Mahnung nach § 410 I 2 BGB unwirksam, wenn sie ohne Vorlegung einer vom Zedenten ausgestellten Abtretungsurkunde erfolgt und der Schuldner sie aus diesem Grund unverzüglich zurückweist. Die Zurückweisung muss ohne schuldhaftes Zögern im Sinne des § 121 I BGB erfolgen.

Für andere Gestaltungsrechte des Zessionars ist § 410 I 2 BGB analog anzuwenden.⁴²⁷

D. Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern

Grundsätzlich müssen an einem Schuldverhältnis mindestens zwei Personen, Gläubiger und Schuldner, beteiligt sein. Es ist aber rechtlich möglich, dass sowohl auf Gläubiger- als auch auf Schuldnerseite mehr als eine Person steht. Die mehreren auf einer Seite beteiligten Personen müssen nach h.M. nicht Partner ein und desselben Schuldverhältnisses sein. Vielmehr können mehrere Personen auch zufällig und aus verschiedenen Gründen ein und demselben Gläubiger schulden oder von ein und demselben Schuldner etwas verlangen können⁴²⁸

Die Personenmehrheit von Gläubigern und Schuldnern kann unterschiedlich ausgestaltet sein. Allgemeine Regeln für die Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern finden sich in den §§ 420 – 432 BGB.

I. Schuldnermehrheiten

Literatur (Auswahl): *Aderhold*, Grundstrukturen der Gesamthand, JA 1980, 136; *Boecken/v. Sonntag*, Zur Gleichstufigkeit der Schuldner als Voraussetzung einer Gesamtschuld, Jura 1997, 1; *Coester-Waltjen*, Gesamthandsgemeinschaften, Jura 1990, 469; *Hager*, Das Mitverschulden von Hilfspersonen und gesetzlichen Vertretern des Geschädigten, NJW 1989, 1640; *Petersen*, Schuldnermehrheiten, Jura 2014, 902; *Preißer*, Grundfälle zur Gesamtschuld im Privatrecht, JuS 1987, 208, 289, 628, 710, 797, 961; *Schreiber*, Die Gesamtschuld, Jura 1989, 353; *Schwab*, Neues zum gestörten Gesamtschuldnerausgleich – BGH, NJW 1988, 2667, JuS 1991, 18; *S. Meier*, Gesamtschuld, 2010; *Wolf/Niedenführ*, Gesamtschuld und andere Schuldnermehrheiten, JA 1985, 369; *Zerres*, Die Gesamtschuld, Jura 2008, 726.

Auf der Seite des Schuldners können in drei verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten mehrere Personen am Schuldverhältnis beteiligt sein. Im Gesetz angesprochen ist die Teilschuldnerschaft (§ 420 BGB) sowie die Gesamtschuldnerschaft (§§ 421 ff. BGB). Darüber hinaus gibt es die nicht ausdrücklich geregelte Schuld in gemeinschaftlicher Verbundenheit.

⁴²⁵ Staudinger/*Busche* (2017), § 410 Rdn. 1.

⁴²⁶ BGH NJW 2007, 1269 (Rdn. 24).

⁴²⁷ Palandt/*Grüneberg*, § 410 Rdn. 2; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1226.

⁴²⁸ Vgl. MünchKommBGB/*Bydlinski*, Vor. §§ 420 ff. Rdn. 1.

1. Teilschuld (§ 420 BGB)

a) Voraussetzungen

Die Teilschuldnerschaft erfordert gemäß § 420 BGB – nicht anders als die auf S. 83 behandelte Teilgläubigerschaft – eine *teilbare* Leistung. Nach dem Wortlaut des § 420 BGB ist bei teilbaren Leistungen, insbesondere bei Geldforderungen, im Zweifel davon auszugehen, dass jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteil verpflichtet ist. Doch ist die Teilschuldnerschaft bei mehreren Schuldnern einer teilbaren Leistung – entgegen dem durch den Wortlaut ausgelösten Anschein – in Wahrheit nicht der praktische Regel-, sondern der Ausnahmefall.

Gemäß § 427 BGB liegt nämlich bei einer *gemeinschaftlichen vertraglichen Verpflichtung* zu einer teilbaren Leistung im Zweifel eine Gesamtschuld vor, sodass eine Teilschuldnerschaft ausdrücklich vereinbart werden muss.⁴²⁹ Beispiel für eine derartig vertraglich vereinbarte Teilschuld ist die Sammelbestellung – z.B. von Heizöl – durch mehrere Käufer, um Mengenrabatte zu erhalten oder Transportkosten zu sparen, weil dann für den Verkäufer erkennbar wird, dass jeder Käufer nur für den auf ihn entfallenden Anteil haften will.⁴³⁰

Auch für den Fall der Begehung einer unerlaubten Handlung durch mehrere Personen ordnet das Gesetz in § 840 BGB ausdrücklich eine Gesamtschuld bezüglich der Haftung für entstandene Schäden an. Es wäre in diesem wie in dem Normalfall der gemeinschaftlichen vertraglichen Verpflichtung (§ 427 BGB) mit den berechtigten Interessen des Gläubigers nicht vereinbar, wenn er jeweils nur Teilforderungen gegen die einzelnen Schuldner geltend machen könnte.⁴³¹

Eine Teilschuld liegt nach Ansicht des BGH aber dann vor, wenn nach den beiderseitigen Erwartungen der Vertragspartner jeder Schuldner nur anteilig verpflichtet sein soll, weil andernfalls die mit einer gesamtschuldnerischen Haftung verbundene Last weit über das den einzelnen Schuldner wirtschaftlich und sozial Zumutbare hinausgehen würde.⁴³²

Beispiel⁴³³: Die künftigen Wohnungseigentümer W1, W2, W3 lassen in ihrer Wohneigentumsanlage zwei Aufzüge vom Unternehmer U errichten. U schließt den Kaufvertrag mit der Baubetreuungsfirma B ab, die im Namen der Wohnungseigentümer handelt. Als ein Restbetrag der Rechnung auch nach längerer Zeit offen ist, verlangt U Zahlung von W1.

Der BGH hat in einem solchen Fall unterschieden zwischen den *Verwaltungsschulden* der späteren Wohnungseigentümergeinschaft und den *Aufbausschulden*, die bei Errichtung des Wohnungseigentums entstehen.⁴³⁴ Bei den Aufbausschulden sei eine gesamtschuldnerische Haftung in der Regel nicht angezeigt, da die Gefahr, aufs Ganze in Anspruch genommen zu werden, für die Wohnungseigentümer ungleich höher sei als bei den Verwaltungsschulden. Zudem sei bei den Aufbausschulden die Gefahr höher, dass die Leistungsfähigkeit des Wohnungseigentümers nicht ausreicht, er mithin wirtschaftlich und sozial unzumutbar belastet wird.

Darüber hinaus ist eine Teilschuld im einzelnen Fall ausdrücklich gesetzlich vorgesehen, so etwa in § 1606 III 1 BGB für die Haftung gleich naher Verwandter für Unterhaltspflichten.

⁴²⁹ Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1273; Larenz, Schuldrecht I, S. 627 f.; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT, Rdn. 833; i.E. Jousen, Schuldrecht AT, Rdn. 1373.

⁴³⁰ Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT, Rdn. 833.

⁴³¹ Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1272.

⁴³² BGH NJW 1979, 2101.

⁴³³ Nach BGH NJW 1979, 2101 (abgewandelt).

⁴³⁴ BGH NJW 1979, 2101, 2101 f.

Zu beachten ist aber: Weder eine Teil- noch eine Gesamtschuld besteht, wenn mehrere Personen bei gemeinsamer Gelegenheit eindeutig keine gemeinschaftliche Verpflichtung eingehen, sondern jede Person für sich eine eigene, selbständige Verpflichtung begründen will.⁴³⁵

b) Rechtsfolgen

Im Rahmen einer Teilschuldnerschaft ist jeder Schuldner gemäß § 420 BGB nur zu einem Teil der Leistung verpflichtet.⁴³⁶ Der Gläubiger hat deshalb gegen jeden Teilschuldner einen selbständigen Anspruch auf die jeweilige Teilleistung. Es herrscht das **Prinzip der Einzelwirkung**, sodass die einzelnen Forderungen grundsätzlich unabhängig voneinander zu beurteilen sind.⁴³⁷ Erfüllt ein Teilschuldner seine Verpflichtung, erlischt auch nur dessen Schuld. Genauso stehen dem Gläubiger auch nur Sekundärrechte gegen denjenigen Teilschuldner zu, der eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt. Allerdings können Rücktritts- und Minderungsrechte – wie bei der Teilgläubigerschaft – gemäß §§ 351, 441 II BGB nur gemeinschaftlich von den Teilschuldnern ausgeübt werden. Dies ist sachgerecht, da die Teilschuldner durch das Schuldverhältnis i.w.S., das zu Entstehung der Teilschulden geführt hat, miteinander verbunden sind und ein Rücktritt oder eine Minderung dieses Schuldverhältnis i.w.S. und damit alle Teilschuldner betreffen würde. Umgekehrt muss deshalb auch der Gläubiger ein eventuelles Rücktrittsrecht gegenüber allen Teilschuldnern geltend machen.⁴³⁸

2. Gesamtschuld (§§ 421 ff. BGB)

Die Gesamtschuldnerschaft gemäß §§ 421 ff. BGB ist die wichtigste rechtliche Ausgestaltung einer Schuldnermehrheit. Der Gläubiger ist bei einer Gesamtschuld berechtigt, von jedem Schuldner nach seiner freien Wahl die gesamte oder nur einen Teil der Leistung zu verlangen.⁴³⁹ Er kann die (ganze) Leistung aber nur einmal fordern. Soweit einer der Gesamtschuldner leistet, werden auch die anderen Gesamtschuldner gemäß § 422 I 1 BGB von ihrer Schuld befreit. Die Gesamtschuld bietet für den Gläubiger den Vorteil, dass er sich nach seinem Belieben aussuchen kann, wen von mehreren Schuldnern er in Anspruch nimmt. Er erlangt also durch die Gesamtschuld eine große Sicherheit für seine Forderung, da er befriedigt wird, solange nur ein Schuldner leistungsfähig ist.⁴⁴⁰

a) Voraussetzungen

Eine Gesamtschuld kann durch gesetzliche Anordnung oder vertragliche Vereinbarung zwischen einer Mehrheit von Schuldnern und einem Gläubiger entstehen.

Das Gesetz sieht – wie auf S. 72 ausgeführt – in § 427 BGB im Zweifel eine Gesamtschuld für die Fälle vor, in denen sich mehrere durch einen gemeinschaftlichen Vertrag zu einer teilbaren Leistung verpflichten. Diese gemeinschaftliche Verpflichtung kann auch erst nachträglich durch einen vertraglichen oder gesetzlichen Vertrags- oder Schuldbeitritt entstehen.⁴⁴¹ Bei Ehegatten ist das Entstehen einer Gesamtschuld gemäß § 1357 I BGB sogar dann möglich, wenn nur ein Ehegatte handelt, weil dieser den jeweils anderen Ehegatten bei Geschäften zur Deckung des Lebensbedarfs im Zweifel mitverpflichtet. In § 431 BGB wird die Gesamt-

⁴³⁵ Hirsch, Schuldrecht AT, Rdn. 1235 mit Beispiel.

⁴³⁶ Zur Teilschuld siehe auch Zerres, Jura 2008, 726.

⁴³⁷ Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1275; Joussen, Schuldrecht AT, Rdn. 1376.

⁴³⁸ Vgl. Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT, Rdn. 834.

⁴³⁹ Dazu BGHZ 184, 35 mit Grenzen der Wahlfreiheit in Rdn. 31; ferner BGH ZIP 2009, 2299 (Rdn. 17); BGH NJW-RR 2008, 176, 178 (Rdn. 24).

⁴⁴⁰ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rdn. 887.

⁴⁴¹ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rdn. 888.

schuld für den Fall angeordnet, dass mehrere eine unteilbare Leistung schulden⁴⁴², wobei die Norm – anders als § 427 BGB – nicht notwendig an eine vertragliche Verpflichtung anknüpft. Mitbürgen haften gemäß § 769 BGB ebenfalls als Gesamtschuldner, egal ob sie sich gemeinsam oder unabhängig voneinander verpflichten. Im Deliktsrecht haften mehrere für von ihnen durch unerlaubte Handlungen verursachte Schäden gemäß § 840 I BGB als Gesamtschuldner. Neben diesen Beispielen gibt es zahlreiche weitere gesetzliche Anordnungen einer Gesamtschuld (vgl. § 631a II BGB, § 1437 II 1 BGB, § 2058 BGB, § 128 S. 1 HGB).

Eine Gesamtschuldnerschaft kann auch ausdrücklich vertraglich vereinbart werden. Dazu beinhaltet § 421 BGB vier allgemeine Voraussetzungen, die zu prüfen sind, wenn die Auslegungshilfe des § 427 BGB nicht anwendbar ist. Deshalb wird § 421 BGB von Teilen des Schrifttums auch als allgemeiner Entstehungstatbestand der Gesamtschuld verstanden.⁴⁴³

Erste Voraussetzung ist, dass eine **Schuld von mehreren Personen** gegenüber einem Gläubiger besteht. Die Verpflichtungen der Schuldner müssen dabei nicht auf demselben Rechtsgrund beruhen⁴⁴⁴; sie müssen sich nicht aus einem einheitlichen Vertrag zwischen Gläubiger und Gesamtschuldnern ergeben.

Zweitens ist die **Identität des Leistungsinteresses** erforderlich. Diese Voraussetzung ist dem § 421 BGB schwer zu entnehmen, deutet sich jedoch dadurch an, dass mehrere „eine Leistung“ schulden und der Gläubiger „die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner *ganz oder zu einem Teil* fordern“ kann. Es muss sich dabei aber nicht um identische Leistungsgegenstände handeln, sondern die Ansprüche des Gläubigers gegen die Gesamtschuldner müssen dazu bestimmt sein, dasselbe Interesse des Gläubigers zu befriedigen.⁴⁴⁵ Die von den Gesamtschuldnern geschuldete Leistung braucht in der Höhe nicht deckungsgleich zu sein; haftet ein Schuldner nur auf eine bestimmte Quote oder bis zu einer Höchstgrenze, beschränkt sich die Gesamtschuld auf den gemeinsamen Schuldbetrag.⁴⁴⁶ Der BGH⁴⁴⁷ hat eine Gesamtschuld sogar zwischen einem Bauunternehmer, der ein mangelhaftes Bauwerk errichtet, und dem seine Aufsichtspflicht verletzenden Architekten angenommen. Der Bauunternehmer schuldete Nacherfüllung, wohingegen der Architekt Schuldner eines Schadensersatzanspruchs war. Die beiden Ansprüche liegen „hart an der Grenze zur inhaltlichen Gleichheit“⁴⁴⁸, da sie im Ergebnis auf die Beseitigung des Mangels entweder durch die Nachbesserung selbst oder die Bereitstellung des dafür erforderlichen Geldbetrags hinauslaufen. Deshalb nahm der BGH eine Identität des Leistungsinteresses und somit eine Gesamtschuld an.

Drittens muss **jeder Schuldner allein zur Bewirkung der vollen Leistung verpflichtet** sein. Dies unterscheidet die Gesamtschuld von der Teilschuld (oben S. 72 f.) sowie der Schuld in gemeinschaftlicher Verbundenheit (unten S. 81 f.): Bei der Gesamtschuld ist jeder der Schuldner für die gesamte Schuld verantwortlich, bei der Teilschuld hingegen nur für einen Teil davon, während bei einer Schuld in gemeinschaftlicher Verbundenheit die ganze Leistung von den Schuldnern nur gemeinschaftlich zu erbringen ist.⁴⁴⁹

⁴⁴² Zur Ausnahme der Schuld in gemeinschaftlicher Verbundenheit siehe noch unten D. I. 3.

⁴⁴³ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1278; *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1390.

⁴⁴⁴ MünchKommBGB/*Bydlinski*, § 421 Rdn. 10; ausführlich *Staudinger/Looschelders* (2017), § 421 Rdn. 10 ff.

⁴⁴⁵ BGH NJW 1965, 1175, 1176; BGH NJW 1969, 1165, 1166 f.; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1279; *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1393.

⁴⁴⁶ BeckOK BGB/*Gehrlein*, § 421 Rdn. 5.

⁴⁴⁷ BGH NJW 1965, 1175, 1176 f.

⁴⁴⁸ BGH NJW 1965, 1175, 1176.

⁴⁴⁹ *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1394.

Als vierte Voraussetzung ist schließlich erforderlich, dass der **Gläubiger die Leistung nur einmal fordern darf**. Entscheidend für eine Gesamtschuld ist, dass dem Gläubiger die Schuldner zur einmaligen Befriedigung desselben Leistungsinteresses gegenüberstehen.⁴⁵⁰ Keine Gesamtschuld liegt deshalb bei einer Kumulation von Schuldnern vor, wenn sich also mehrere Schuldner zur Erbringung derselben Leistung unabhängig voneinander verpflichtet haben.⁴⁵¹ Bestellt etwa ein Hochzeitspaar gleich zwei Fotografen für die Trauungsfeier, sollen die Schuldner das Leistungsinteresse des Gläubigers mehrfach befriedigen⁴⁵², damit letzterer vor Risiken einer Nicht- oder Schlechtleistung geschützt wird.

Neben diesen in § 421 S. 1 BGB ausdrücklich genannten Voraussetzungen ist nach herrschender Meinung noch die **Gleichstufigkeit** der Verpflichtungen als ungeschriebene Voraussetzung einer Gesamtschuld erforderlich.⁴⁵³ Aus Sicht des Gläubigers darf es nicht nur einen Primärleistungspflichtigen geben.⁴⁵⁴ Die Gesamtschuldner müssen also gleichrangig nebeneinander haften und nicht einer nur subsidiär. Eine solche subsidiäre Haftung liegt beispielsweise zwischen Bürge und Hauptschuldner vor, da der Bürge nur für die Liquidität des Hauptschuldners eintreten muss.⁴⁵⁵ Daher darf nicht von vornherein feststehen, dass ein Schuldner endgültig haften und der andere nur daneben vorläufig eintreten soll.⁴⁵⁶ Ein Indiz für eine solch nachrangige Haftung ist eine vollständige Legalzession der Gläubigerforderung auf den nur subsidiär Verpflichteten oder die Einräumung eines Anspruchs auf Abtretung gemäß § 255 BGB. Der nur nachrangig haftende Schuldner wird dadurch geschützt, dass er im Wege dieser *cessio legis* beim Primärleistungspflichtigen vollständig Regress nehmen kann.⁴⁵⁷ Eine solche Legalzession ist beispielsweise in § 774 I BGB, § 6 I EFZG, § 86 I 1 VVG, § 116 SGB X vorgesehen.

b) Wirkungen der Gesamtschuld im Außenverhältnis

Das Außenverhältnis betrifft die Rechtsfolgen der Gesamtschuld gegenüber dem Gläubiger. Es beinhaltet die Summe der Verbindungen des Gläubigers zu den einzelnen Gesamtschuldnern.⁴⁵⁸ Gemäß § 421 S. 1 BGB ist der Gläubiger berechtigt, nach seiner Wahl von jedem der Gesamtschuldner einen Teil oder die gesamte Leistung zu fordern. Auch im Rahmen der Gesamtschuld sind die Forderungen des Gläubigers gegen die einzelnen Schuldner grundsätzlich unabhängig voneinander. In § 425 BGB wird die **Einzelwirkung** bestimmter Tatsachen angeordnet und dabei auf die Ausnahmen der §§ 422 bis 424 BGB verwiesen, in denen für gewisse im Verhältnis zwischen Gläubiger und einzelnen Schuldnern eintretende Umstände eine Auswirkung auf das Verhältnis zu dem jeweils anderen Schuldner festgelegt wird (**Gesamtwirkung**). Insbesondere die Erfüllung und ihre Surrogate (vgl. § 422 I 2 BGB) wirken sich gemäß § 422 I BGB auf alle Schuldverhältnisse zwischen Gläubiger und Gesamtschuldnern

⁴⁵⁰ MünchKommBGB/Bydlinski, § 421 Rdn. 8.

⁴⁵¹ Auch schon oben D. I. 1. a).

⁴⁵² Dazu allgemein BeckOK BGB/Gehrlein, § 421 Rdn. 3; Jousen, Schuldrecht AT, Rdn. 1395; Brox/Walker, Schuldrecht AT, § 37 Rdn. 8.

⁴⁵³ BGH NJW 1998, 537, 539; lesenswert insoweit auch BGH NJW 2012, 1071, 1072 (Rdn. 15 ff.); Palandt/Grüneberg, § 421 Rdn. 7; MünchKommBGB/Bydlinski, § 421 Rdn. 12; instruktiv zum Merkmal der Gleichstufigkeit (i. E. ablehnend) Boecken/v. Sonntag, Jura 1997, 1 ff.; ablehnend auch S. Meier, Gesamtschuld, 2010, S. 909 ff.

⁴⁵⁴ Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1280; Jousen, Schuldrecht AT, Rdn. 1404.

⁴⁵⁵ Speziell zur Bürgschaft Petersen, Jura 2014, 902, 904 f.

⁴⁵⁶ BeckOK BGB/Gehrlein, § 421 Rdn. 8.

⁴⁵⁷ Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1281; Staudinger/Looschelders (2017), § 421 Rdn. 44 ff.; Jousen, Schuldrecht AT, Rdn. 1405; Wendehorst, Jura 2004, 505, 511 f.

⁴⁵⁸ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rdn. 894.

aus, wie sich im Grunde schon aus der Definition der Gesamtschuld in § 421 S. 1 BGB ergibt: der Gläubiger soll die Leistung nur einmal erhalten. Erbringt also ein Gesamtschuldner die geschuldete Leistung ganz oder teilweise, erlöschen in dieser Höhe auch die Ansprüche des Gläubigers gegen die übrigen Gesamtschuldner, sofern nicht die auf S. 78 behandelte Vorschrift des § 426 II BGB einschlägig ist und die Forderungen auf den leistenden Gesamtschuldner übergehen. Erbringt ein Gesamtschuldner eine Leistung an Erfüllung statt, hinterlegt er wirksam einen geschuldeten Leistungsgegenstand oder rechnet er mit einer ihm zustehenden Forderung auf, erlöschen ebenfalls die Ansprüche des Gläubigers gegen die übrigen Gesamtschuldner (§ 422 I 2 BGB), sofern wiederum § 426 II BGB nicht einschlägig ist. Ein Gesamtschuldner kann aber gemäß § 422 II BGB nicht mit einer Forderung, die einem anderen Gesamtschuldner zusteht, gegen eine Forderung des Gläubigers aufrechnen. Dies versteht sich von selbst, weil er über jene einem anderen gehörende Forderung nicht Verfügungsberechtigt ist, es vielmehr dem Forderungsinhaber selbst überlassen ist, ob er sie zur Aufrechnung einsetzen will oder nicht.

Eine Gesamtwirkung kommt ferner gemäß § 423 BGB bei einem Erlass in Betracht, wenn die Parteien dies vereinbaren. Es muss sich also aus dem Erlassvertrag ergeben, dass der Gläubiger nicht nur den einen Schuldner aus der Haftung entlassen, sondern auch von den anderen keine Leistung mehr verlangen will.

Schließlich hat auch der Gläubigerverzug gemäß § 424 BGB Gesamtwirkung, da die Erfüllung durch den anbietenden Schuldner auch die übrigen Gesamtschuldner gemäß § 422 I 1 BGB befreit hätte. Zugleich bedeutet das: Wenn ein Schuldner allein mit Wirkung für alle übrigen Schuldner die Schuld tilgen kann, dann muss er auch imstande sein, allein den Schuldnerverzug durch das Angebot der Leistung (§§ 293 ff. BGB) zu verhindern. Nimmt der Gläubiger die ihm von einem Schuldner dargebotene Leistung nicht an, dann schließt dies den Schuldnerverzug aus und es entsteht Gläubigerverzug. Zugunsten der Schuldner greifen alle gesetzlichen Rechtsfolgen, die für den Gläubigerverzug vorgesehen sind, also z.B. das Haftungsprivileg des § 300 I BGB und der Gefahrübergang des § 300 II BGB. Auch eine Verzinsungspflicht des Schuldners entfällt (§ 301 BGB) und es entsteht das Recht zur Hinterlegung mit Erfüllungswirkung (§ 372 S. 1 BGB⁴⁵⁹).

Alle übrigen Tatsachen haben gemäß § 425 I BGB in der Regel nur Einzelwirkung, betreffen also nur das Verhältnis des Gläubigers zum jeweiligen Schuldner. In § 425 II BGB sind einige nicht abschließende Beispiele für Tatsachen mit Einzelwirkung aufgezählt. Dabei ist zu beachten, dass mit der dort genannten Kündigung nur eine auf das Schuldverhältnis i.e.S. bezogene gemeint ist, insbesondere also die Fälligstellung eines Darlehens gemäß § 488 III 1 BGB, nicht aber die auf das Schuldverhältnis i.w.S. bezogene Beendigungskündigung im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen.⁴⁶⁰ Gemäß § 425 II BGB wirkt sich auch der Verzug eines Gesamtschuldners nur in dessen Verhältnis zum Gläubiger aus, sodass nur er und nicht alle Gesamtschuldner für Verzögerungsschäden gemäß §§ 280 I, II, 286 BGB haften müssen. Allerdings kann solchen Tatsachen gemäß § 425 I BGB auch Gesamtwirkung zukommen, wenn sich dies aus dem Schuldverhältnis ergibt.

⇒ Fall Nr. 17 – High Definition

⇒ Zusatzfall Nr. 17a – Eiche massiv

⁴⁵⁹ Dazu oben B. III. 2. a).

⁴⁶⁰ BGH NJW 2002, 2866, 2867; BGH NJW 2010, 1965, 1966; Staudinger/Looschelders (2017), § 425 Rdn. 10.

c) Wirkungen der Gesamtschuld im Innenverhältnis (Regress)

Eine Gesamtschuld hat auch besondere Rechtsfolgen für das Innenverhältnis, also das Verhältnis zwischen den Gesamtschuldern. Zwar kann der Gläubiger nach seiner Wahl gemäß § 421 S. 1 BGB jeden einzelnen Gesamtschuldner auf die volle Leistung in Anspruch nehmen; damit ist jedoch noch nicht festgelegt, dass dieser Schuldner die Last im Verhältnis zu den übrigen Gesamtschuldern alleine tragen muss.⁴⁶¹ Über die endgültige Verteilung der Belastung entscheidet das Innenverhältnis.

Der notwendige Ausgleich wird durch § 426 BGB erreicht, der dem leistenden Schuldner in Absatz 1 einen **eigenen Ausgleichsanspruch** gegen die übrigen Gesamtschuldner zugesteht und in Absatz 2 ferner einen **gesetzlichen Übergang der Gläubigerforderung** anordnet.⁴⁶² Der leistende Schuldner erhält also für seinen Regress gegenüber den nicht leistenden Gesamtschuldern zwei selbstständige Anspruchsgrundlagen⁴⁶³, die beide Vor- und Nachteile haben.

Der Vorteil des Ausgleichsanspruchs gemäß § 426 I 1 BGB ist, dass diesem Anspruch keine Einwendungen aus dem Verhältnis zum Gläubiger entgegengehalten werden können und er zudem einer eigenständigen, ggf. längeren Verjährung unterliegt.⁴⁶⁴ Der Ausgleichsanspruch ist nämlich unabhängig vom ursprünglichen Anspruch des Gläubigers gegen den Gesamtschuldner.⁴⁶⁵ Bei dem gesetzlichen Forderungsübergang gemäß § 426 II BGB können hingegen alle aus dem Rechtsverhältnis zum Gläubiger stammenden Einwendungen und Einreden vom jeweiligen Schuldner gemäß §§ 404, 412 BGB geltend gemacht werden. Auf der anderen Seite gehen im Rahmen der *cessio legis* gemäß § 426 II BGB die **akzessorischen Sicherungsrechte**, welche die Forderungen des Gläubigers sicherten, gemäß §§ 401, 412 BGB auf den leistenden Schuldner über. So könnte sich der Schuldner auch an einen Bürgen halten, der sich für die Schuld eines der Gesamtschuldner verbürgt hat.

Der **Ausgleichsanspruch gemäß § 426 I 1 BGB** besteht nach h.M. nur in Höhe der jeweiligen Anteile der übrigen Gesamtschuldner, die deshalb Teilschuldner im Sinne des § 420 BGB sind.⁴⁶⁶ Die übrigen Schuldner haften dem leistenden Schuldner also weder auf die komplette an den Gläubiger gezahlte Gesamtsumme noch ihrerseits gesamtschuldnerisch auf sämtliche nicht auf den leistenden Schuldner entfallenden Beträge.

Beispiel: Drei Gesamtschuldner A, B und C sind zur Zahlung von 6.000 € an den Gläubiger G verpflichtet. Zahlt A die 6.000 € an G, haften B und C dem A weder auf die Gesamtsumme von 6.000 € noch gesamtschuldnerisch auf 4.000 €. Vielmehr kann A grundsätzlich nur jeweils 2.000 € von B und C fordern.

Der in dem Beispiel zugrunde gelegte Ausgleich zu gleichen Anteilen ist die in § 426 I 1 BGB genannte Zweifelsregelung. Allerdings kann sich aus einer vertraglichen Vereinbarung, einer gesetzlichen Anordnung wie beispielsweise in §§ 840 II, III, 841 BGB oder aus der Natur der Sache und den Grundsätzen von Treu und Glauben eine andere Verteilung der Anteile der Gesamtschuldner ergeben.⁴⁶⁷

Gemäß § 426 I 2 BGB erhöht sich der jeweilige Anteil der anderen Gesamtschuldner, wenn einer der Gesamtschuldner – z.B. mangels Zahlungsfähigkeit oder wegen dauerhafter Unerreichbarkeit – ausfällt. Kann A also in dem genannten Beispiel von B nichts erlangen, weil

⁴⁶¹ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rdn. 896.

⁴⁶² Dazu auch Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1286 ff.

⁴⁶³ BGH NJW 1991, 97, 98.

⁴⁶⁴ BGH ZIP 2009, 2299; BGH WM 2010, 720; zum Verjährungsbeginn auch BGH ZIP 2009, 1821.

⁴⁶⁵ Joussem, Schuldrecht AT, Rdn. 1430.

⁴⁶⁶ Staudinger/Looschelders (2017), Rdn. 38 m.w.N.; zweifelnd MünchKommBGB/Bydlinski, § 426 Rdn. 30.

⁴⁶⁷ BGH ZIP 2015, 544 (Rdn. 33) mit zahlreichen Nachweisen zu den Einzelfällen.

auch eine Zwangsvollstreckung gegen B ohne Ergebnis bleibt oder B sich an einem unbekanntem Ort aufhält, ist sein Anteil von 2.000 € auf A und C zu verteilen. A kann folglich bei C in Höhe von 3.000 € Regress nehmen. Der Ausfall einzelner Gesamtschuldner hat also nur für den Gläubiger keine nachteiligen Auswirkungen, wohl aber für die übrigen Gesamtschuldner im Innenverhältnis.

Der Ausgleichsanspruch gemäß § 426 I 1 BGB entsteht nicht erst mit der Befriedigung des Gläubigers, sondern ist schon im Zeitpunkt der Entstehung der Gesamtschuld begründet.⁴⁶⁸ Zu diesem Zeitpunkt ist der Anspruch allerdings auf die Mitwirkung der übrigen Gesamtschuldner an der Erfüllung der Gläubigerforderung bei deren Fälligkeit gerichtet. Jeder Schuldner kann also von den anderen Gesamtschuldnern verlangen, dass sie bei Fälligkeit ihren Anteil an den Gläubiger zahlen, wodurch es überhaupt nicht zu einem Rückgriff im Innenverhältnis zu kommen braucht.⁴⁶⁹ Bisweilen wird hierbei auch von anteiliger Befreiung von der Inanspruchnahme gesprochen.⁴⁷⁰

Aufgrund der in § 426 II 1 BGB angeordneten **Legalzession** erlischt durch die Leistung eines Gesamtschuldners nicht das gesamte Schuldverhältnis gemäß § 362 BGB. Vielmehr bleibt die Forderung des Gläubigers in der Höhe bestehen, in der der leistende Schuldner von den Übrigen Ausgleich verlangen kann. Der Umfang des Forderungsübergangs nach § 426 II BGB ist also von der Höhe des Ausgleichsanspruchs gemäß § 426 I 1 BGB abhängig, der – wie ausgeführt – nur den Anteil des leistenden Schuldners berücksichtigt.⁴⁷¹ Die Legalzession verstärkt also nur den eigenständigen Ausgleichsanspruch, führt aber im Umfang nicht über diesen hinaus.⁴⁷² Beide Ansprüche stehen grundsätzlich selbstständig nebeneinander.⁴⁷³

⇒ Fall Nr. 18 – Die Hooligans

Der Übergang kann jedoch nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden (vgl. § 426 II 2 BGB). Diese Regelung gewinnt vor allem in der Insolvenz des ausgleichsberechtigten Schuldners und bei nicht ausreichendem Sicherungsgut Bedeutung.⁴⁷⁴ Fällt nämlich einer der ausgleichsverpflichteten Schuldner in die Insolvenz, dann nimmt nach h.M. bei einer Teilbefriedigung des Gläubigers vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens neben dem Gläubiger der ausgleichsberechtigte Schuldner in Höhe seines Ausgleichsanspruchs für seine Teilleistung als Insolvenzgläubiger an dem Insolvenzverfahren über das Vermögen des ausgleichsverpflichteten Schuldners teil.⁴⁷⁵ Reicht das Vermögen des ausgleichsverpflichteten Gesamtschuldners nicht aus, um sowohl den Gläubiger als auch den ausgleichsberechtigten Schuldner zu befriedigen, ist der ausgleichsberechtigte Schuldner nach h.M. wegen der Regelung in § 426 II 2 BGB verpflichtet, die auf ihn entfallende Insolvenzquote an den Gläubiger auszukehren, soweit dies zu dessen Befriedigung erforderlich ist.⁴⁷⁶ Aus § 426 II 2 BGB wird damit

⁴⁶⁸ BGHZ 35, 317, 325; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1287; *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1423.

⁴⁶⁹ BGH NJW 1995, 652, 654; BGH NJW 2010, 60, 61; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1287.

⁴⁷⁰ BGH NJW 1986, 978, 979; BGH NJW 1986, 3131, 3132; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rdn. 851.

⁴⁷¹ BGH NJW-RR 2010, 831, 832.

⁴⁷² BGH NJW-RR 2010, 831, 832; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1290.

⁴⁷³ BGH NJW 1991, 97, 98; BGH NJW-RR 2010, 831, 832; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1290.

⁴⁷⁴ Vgl. eingehend dazu *Staudinger/Looschelders* (2017), § 426 Rdn. 156, 200 f.

⁴⁷⁵ Str.; vgl. *MünchKommInsO/Bitter*, Band 1, 3. Aufl. 2013, § 44 InsO Rdn. 28 m.w.N.; *Staudinger/Looschelders* (2017), § 426 Rdn. 200.

⁴⁷⁶ Str.; vgl. *MünchKommInsO/Bitter* (Fn. 475), § 44 InsO Rdn. 29 f. m.w.N.; *Staudinger/Looschelders* (2017), § 426 Rdn. 200.

ein materiell-rechtliches Rangverhältnis zwischen dem Anspruch des Gläubigers und dem Regressanspruch des ausgleichsberechtigten Gesamtschuldners abgeleitet.⁴⁷⁷

d) Gestörte Gesamtschuld

Probleme bereitet die Anwendung der Gesamtschuldregeln in Haftungsfällen, in denen zwar im Grundsatz Anspruchsgrundlagen gegenüber mehreren Schuldern zur Verfügung stehen, jedoch vertraglich vereinbart oder im Gesetz angeordnet ist, dass einer der mehreren Schadensverursacher gegenüber dem Gläubiger privilegiert ist, also nicht haften soll (sog. gestörte Gesamtschuld).⁴⁷⁸ Haben etwa zwei Personen S_1 und S_2 gemeinsam den G verletzt und ist gesetzlich oder vertraglich bestimmt, dass S_1 dem G trotzdem keinen Schadensersatz schuldet, bringt diese Anordnung Störpotenzial in das Dreipersonenverhältnis. Es stellt sich nämlich die Frage, ob G den nicht privilegierten Schädiger S_2 als einzigen Schuldner in voller Höhe auf Ersatz seines Schadens in Anspruch nehmen kann und ob S_2 , wenn er denn in voller Höhe zahlen muss, bei S_1 anteiligen Regress nehmen kann. Wäre letzteres möglich, müsste S_1 letztlich doch haften, obwohl er eigentlich durch die vertragliche oder gesetzliche Privilegierung verschont bleiben sollte.

Für die Lösung solch gestörter Gesamtschuldverhältnisse, die wegen ihrer besonderen Schwierigkeit erst im Examenskurs Rep² besprochen werden, gibt es verschiedene Ansätze, die in der Rechtsprechung auch für unterschiedliche Privilegierungstatbestände vertreten werden.

aa) Kürzung des Anspruchs um die Verursachungsquote des Privilegierten

Die erste Lösung besteht darin, den Anspruch des Gläubigers (G) gegen den nicht privilegierten Schuldner (S_2) sogleich um denjenigen Betrag zu kürzen, der im Innenverhältnis auf den privilegierten Schuldner (S_1) entfällt und dafür dem zahlenden nicht privilegierten Schuldner (S_2) einen Regress zu versagen. Wären etwa S_1 und S_2 im Innenverhältnis zu Anteilen von 1/3 bzw. 2/3 für einen Schaden des G i.H.v. 9.000 € verantwortlich, dann würde der Schadensersatzanspruch des G gegen den nicht privilegierten S_2 um den Anteil des S_1 (3.000 €) gekürzt. G könnte S_2 also von vornherein nur in Höhe von 6.000 € in Anspruch nehmen, während S_2 seinerseits bei S_1 keinen Regress nehmen kann.

Eine solche Lösung vertritt die Rechtsprechung bei der gesetzlichen Privilegierung der §§ 104, 105 SGB VII.⁴⁷⁹ Danach wird der **Anspruch eines Arbeitnehmers wegen einer Schädigung seiner Person** durch den Arbeitgeber oder Arbeitskollegen ausgeschlossen, wenn die Verletzung nicht vorsätzlich geschieht. Im Gegenzug erhält der geschädigte Arbeitnehmer sozialversicherungsrechtliche Ansprüche gegen den Träger der vom Arbeitgeber finanzierten gesetzlichen Unfallversicherung. Wird ein Arbeitnehmer nicht allein durch seinen Arbeitgeber oder Kollegen verletzt, sondern hat ein nicht privilegierter Dritter an der Verletzung mitgewirkt, wäre es unbillig, diesen Dritten ohne Regressmöglichkeit beim mitschädigenden Arbeitgeber oder Kollegen allein auf den vollen Schaden haften zu lassen, weil dann die Privilegierung im Arbeitsverhältnis zu Lasten des insoweit unbeteiligten Dritten ginge. Ebenfalls unbillig wäre es aber, den Dritten zwar voll haften, dann aber beim privilegierten Arbeitgeber oder Arbeitskollegen Regress nehmen zu lassen, weil diese durch §§ 104, 105

⁴⁷⁷ BGH NJW 1997, 1014, 1015; MünchKommInsO/Bitter (Fn. 475), § 44 InsO Rdn. 28; Staudinger/Looschelders (2017), § 426 Rdn. 200.

⁴⁷⁸ Dazu Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1291 ff.; Joussen, Schuldrecht AT, Rdn. 1434 ff.; MünchKommBGB/Bydlinski, § 426 Rdn. 54 ff.; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT, Rdn. 861; Walker, JuS 2015, 865, 873 f.

⁴⁷⁹ BGH NJW 1996, 2023.

SGB VII gerade von der Haftung freigestellt werden sollen. Der geschädigte Arbeitnehmer kann deshalb den Dritten nur in Höhe der Quote in Anspruch nehmen, die im Innenverhältnis der mehreren Schadensverursacher auf den Dritten entfällt.

bb) Volle Haftung des nicht privilegierten Schädigers ohne Regressmöglichkeit

Eine andere Lösung vertritt die Rechtsprechung allerdings für die gesetzliche Haftungsprivilegierung des § 1664 I BGB. Danach haben Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge dem Kind gegenüber nur für die Sorgfalt einzustehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Verursacht ein Elternteil nun gemeinsam mit einem außenstehenden Zweitschädiger leicht fahrlässig eine deliktische Verletzung des Kindes, ist die Haftung des Elternteils durch die Haftungsmilderung des § 1664 I BGB ausgeschlossen, während der Zweitschädiger gemäß § 823 I BGB haftet. In diesem Fall soll nach Ansicht des BGH der Zweitschädiger den gesamten Schaden allein tragen und erhält auch keinen Regressanspruch aus § 426 I 1 BGB gegen den mitschädigenden Elternteil.⁴⁸⁰ Ein solches Ergebnis lässt sich wohl nur durch die Annahme begründen, dass § 1664 I BGB die Familie als Haftungs- und Schicksalsgemeinschaft gegenüber außenstehenden Schädigern begünstigen soll.⁴⁸¹

cc) Volle Haftung des nicht privilegierten Schädigers mit Regressmöglichkeit

Eine dritte Lösung besteht darin, dem Gläubiger (G) einen vollen Ersatzanspruch gegen den nicht privilegierten Schädiger (S_2) zuzusprechen, diesem sodann aber im Innenverhältnis zu gestatten, bei dem privilegierten Schuldner (S_1) Regress zu nehmen. Da dieser im Hinblick auf die Privilegierung jedoch tatsächlich nicht gegenüber dem Gläubiger haftet, muss für diesen Regress ein Gesamtschuldverhältnis fingiert werden. Dem auf diese Weise in Anspruch genommenen privilegierten Schuldner (S_1) kann man im letzten Schritt gestatten, seinerseits bei dem Geschädigten Regress zu nehmen, weil er gegenüber diesem von der Haftung freigestellt sein sollte (sog. **Regresskreisel**).⁴⁸²

Diese dritte Lösung favorisiert die Rechtsprechung bei einer **vertraglich vereinbarten Haftungsprivilegierung**, etwa der Abrede, dass der durch die Vertragsklausel privilegierte Schuldner nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen hat. Insoweit ist an den Fall einer Mitfahrgelegenheit im Auto zu denken, bei der der Fahrer und sein mitgenommener Beifahrer vereinbaren, dass der Fahrer bei einfach fahrlässig verursachten Unfällen nicht für die Verletzungen seines Mitfahrers einzustehen hat. Verursacht der Fahrer sodann einen solchen Unfall gemeinsam mit einem ebenfalls fahrlässig handelnden anderen Verkehrsteilnehmer und wird der Mitfahrer dadurch geschädigt, würden die beiden Schädiger gemäß § 840 I BGB grundsätzlich als Gesamtschuldner aus Delikt haften müssen. Im Innenverhältnis würde sich die Verteilung der Last nach ihrem jeweiligen Verschulden am Unfall richten. Aufgrund der vertraglichen Privilegierung kann der Geschädigte jedoch Ersatz seiner Schäden weder aus Vertrag (§§ 280 I, 241 II BGB) noch aus Delikt von seinem Fahrer erlangen. Deshalb wird er den anderen Verkehrsteilnehmer in Anspruch nehmen.

Würde man dem Geschädigten in einem solchen Fall – wie bei der gesetzlichen Haftungsmilderung des § 1664 I BGB – einen vollen Ersatzanspruch gegen den anderen Verkehrsteilnehmer gewähren und jenem zugleich im Hinblick auf die fehlende Gesamtschuld den Regress versagen, wäre das Ergebnis kaum tragbar: Die vertragliche Vereinbarung würde sich als un-

⁴⁸⁰ BGH NJW 1988, 2667, 2669; BGH NJW 2004, 2892, 2893 f.

⁴⁸¹ Dazu *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1298; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rdn. 904; *Schwab*, JuS 1991, 18, 22.

⁴⁸² BeckOK BGB/*Gehrlein*, § 426 Rdn. 12.

zulässiger Vertrag zu Lasten Dritter auswirken.⁴⁸³ Deshalb wird das Ergebnis über Wertungsgesichtspunkte korrigiert, wobei der BGH⁴⁸⁴ eine Lösung bevorzugt, die zunächst zu Lasten des privilegierten Erstschädigers geht: Die Privilegierung des Erstschädigers wirke nur intern im Verhältnis zum Geschädigten und nicht auch gegenüber dem Zweitschädiger, sodass diesem ein Ausgleichsanspruch gemäß § 426 I 1 BGB zuzubilligen sei. Es wird – wie gesagt – eine Gesamtschuld zwischen den Schädigern fingiert.⁴⁸⁵ Durch diese Fiktion wird der Erstschädiger, wie es der vereinbarten Privilegierung entspricht, nicht von seinem Vertragspartner in Anspruch genommen und die Vereinbarung wirkt nicht zu Lasten eines Dritten. Der Nachteil dieser Lösung ist, dass die Haftungsbeschränkung entwertet wird, da der Privilegierte trotz der Vereinbarung doch haften muss.⁴⁸⁶ Allerdings lässt sich dieses Ergebnis im dritten Schritt dadurch korrigieren, dass man dem privilegierten Schädiger einen weiteren Rückgriff gegen den Geschädigten einräumt.

Ist der Regresskreislauf zu Ende geführt, steht der Geschädigte im Ergebnis nicht anders dar, als wenn man ihm – gemäß der ersten Lösung – seinen Ersatzanspruch gegen den nicht privilegierten Zweitschädiger sogleich um den Verantwortungsbeitrag des privilegierten Erstschädigers gekürzt hätte. Diese von der herrschenden Lehre⁴⁸⁷ auch für vertragliche Haftungsprivilegierungen bevorzugte Lösung, die gleich im ersten Schritt zu Lasten des Geschädigten geht, hat allerdings den entscheidenden Nachteil, dass sich der in Anspruch genommene Zweitschädiger auf die ihm nicht bekannte vertragliche Abrede zwischen dem Geschädigten und dem privilegierten Erstschädiger berufen müsste. Nach der insoweit vorzugswürdigen Lösung der Rechtsprechung wird der ggf. entstehende Streit um den Umfang der vertraglichen Privilegierung hingegen in exakt dasjenige Zweipersonenverhältnis verlagert, aus dem die vertragliche Abrede stammt, nämlich in die letzte Regressstufe zwischen dem privilegierten Erstschädiger und dem Geschädigten.

3. Schuld in gemeinschaftlicher Verbundenheit

Neben der Teil- und Gesamtschuld gibt es eine dritte, im Gesetz nicht geregelte Art der Schuld, die regelmäßig als „gemeinschaftliche Schuld“ bezeichnet wird⁴⁸⁸, jedoch richtigerweise als „Schuld in gemeinschaftlicher Verbundenheit“ anzusprechen ist. Missverständlich ist der Begriff der „gemeinschaftlichen Schuld“ deshalb, weil das Gesetz in § 427 BGB von einer „gemeinschaftlichen“ Verpflichtung (= Schuld) spricht, diese aber gerade zur Gesamtschuld führt.

Für die im Gesetz nicht geregelte dritte Art der Schuld soll nach einer gängigen Formulierung maßgeblich sein, dass sich mehrere zu einer unteilbaren Leistung verpflichten, die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nur im Zusammenwirken der Schuldner, nicht aber von jedem allein erbracht werden kann.⁴⁸⁹ Als Beispiel wird auf die Verpflichtung eines Streichquartetts oder einer Schauspieltruppe zu einer Aufführung hingewiesen.⁴⁹⁰ Eine solche Ver-

⁴⁸³ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1295; *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1434; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, § 64 Rdn. 780.

⁴⁸⁴ BGH NJW 1954, 875, 876; BGH NJW 1989, 2386, 2387.

⁴⁸⁵ BGH NJW 1989, 2386, 2387.

⁴⁸⁶ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1295; *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1436.

⁴⁸⁷ BeckOK BGB/*Gehrlein*, § 426 Rdn. 12; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rdn. 903; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1295.

⁴⁸⁸ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1299; *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1379; MünchKommBGB/*Bydlinski*, Vor § 420 Rdn. 7; Palandt/*Grüneberg*, Überbl v § 420 Rdn. 7 ff.

⁴⁸⁹ Vgl. *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1299; *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1379.

⁴⁹⁰ Vgl. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rdn. 835.

pflichtung könne nicht von einem einzelnen Mitglied erfüllt werden, sondern nur von allen gemeinschaftlich.

Indem auf die alleinige Erbringbarkeit durch mehrere abgestellt wird, ist allerdings der maßgebliche Punkt nicht wirklich getroffen. Der Umstand, dass ein Einzelner die Leistung nicht allein erbringen kann, hindert diesen nämlich rechtlich nicht, gleichwohl eine solche Verpflichtung zu übernehmen. Er kann diese Verpflichtung auch erfüllen, indem er im Innenverhältnis auf die anderen einwirkt, die von dem Einzelnen geschuldete Leistung gegenüber dem Gläubiger zu erbringen. Sogar eine Person, die überhaupt nicht Mitglied eines Streichquartetts, Orchesters oder einer Schauspieltruppe ist, kann sich – etwa als Konzert- oder Theaterveranstalter – zu einem Auftritt derartiger Gruppen verpflichten. Wie er sodann für die Erfüllung seiner Verpflichtung sorgt, ist seine Sache, nicht anders, als wenn sich eine Person zur Übereignung eines fremden Gegenstandes verpflichtet.

In Wahrheit geht es also nicht um die Frage des rechtlichen oder tatsächlichen *Könnens*, sondern des *Wollens* der eigenständigen Verpflichtung. Denkbar ist insoweit, dass sich mehrere Personen nicht jeweils allein zur Erbringung der Leistung verpflichten wollen, sondern sie nur in gemeinschaftlicher Verbundenheit die Pflicht übernehmen. Dann muss der Gläubiger alle Schuldner gemeinsam in Anspruch nehmen und kann nicht – wie bei der Gesamtschuld – nur von einem Schuldner die gesamte Leistung fordern.

Die Frage des rechtlichen oder tatsächlichen Könnens ist nur bei der Auslegung zu berücksichtigen, ob das eine oder andere gewollt ist; nicht hingegen führt die Nichterbringbarkeit durch den Einzelnen zwingend zu Annahme einer Schuld in gemeinschaftlicher Verbundenheit.

Sofern ein Leistungsgegenstand mehreren Personen derart zugeordnet ist, dass sie nur gemeinsam über ihn verfügen können, kann ein gemeinschaftliches Zusammenwirken zur Erbringung einer Leistung erforderlich sein.⁴⁹¹ Dies kommt insbesondere bei **Gesamthandsvermögen** in Betracht. Ein solches gesamthänderisch gebundenes Vermögen besteht insbesondere bei der **Gesellschaft** gemäß §§ 705 ff. BGB, der **Gütergemeinschaft** gemäß §§ 1415 ff. BGB und der **Erbengemeinschaft** gemäß §§ 2032 ff. BGB.⁴⁹² Die Gemeinsamkeit dieser Gesamthandsgemeinschaften besteht darin, dass ein Vermögen mehreren als Sondervermögen zugeordnet und vom sonstigen Privatvermögen der Beteiligten getrennt behandelt und verwaltet wird.⁴⁹³ Deshalb kann über Gegenstände, die zu diesem Sondervermögen gehören, nur die „gesamte Hand“ verfügen; es müssen also alle Personen der Gesamthandsgemeinschaft zusammenwirken (vgl. z.B. § 719 I Hs. 1 BGB). Forderungen gegen Gesamthandsgemeinschaften können nur durch das Zusammenwirken aller Personen dieser Gemeinschaft erfüllt werden.⁴⁹⁴ Diese nur gemeinschaftliche Verfügungsbefugnis mag im Regelfall dafür sprechen, dass sich die mehreren an der Gemeinschaft beteiligten Personen auch nur in gemeinschaftlicher Verbundenheit zur Leistung verpflichten wollen. Rechtlich ausgeschlossen wäre hingegen auch eine Gesamtschuld nicht, weil sich sogar ein gar nicht an der Gemeinschaft Beteiligter zur Übertragung eines Gegenstandes der Gemeinschaft verpflichten kann.

Auch bei einer **Bruchteilsgemeinschaft** (§§ 741 ff. BGB) kann eine gemeinschaftliche Schuld entstehen, wenn sich die Mitglieder der Gemeinschaft zu einer Verfügung über einen gemeinschaftlichen Gegenstand verpflichten. Solche Verfügungen über den Gegenstand im

⁴⁹¹ *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rdn. 835.

⁴⁹² *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1380.

⁴⁹³ *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rdn. 835.

⁴⁹⁴ *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 38 Rdn. 1.

Ganzen können gemäß § 747 S. 2 BGB nur gemeinschaftlich vorgenommen werden, während jeder einzelne Teilhaber gemäß § 747 S. 1 BGB nur über seinen Anteil verfügen kann.

Aufgrund des engen Zusammenhangs zwischen den einzelnen Verpflichtungen haben im Rahmen einer Schuld in gemeinschaftlicher Verbundenheit auch die in § 425 II BGB genannten Tatsachen wie der Verzug oder die subjektive Unmöglichkeit **Gesamtwirkung**.⁴⁹⁵

II. Gläubigermehrheiten

Literatur (Auswahl): *Medicus*, Mehrheit von Gläubigern, JuS 1980, 697; *S. Meier*, Die Gesamtgläubigerschaft – ein unbekanntes, weil überflüssiges Wesen?, AcP 205 (2005), 858; *Petersen*, Gläubigermehrheiten, Jura 2014, 483.

Nicht anders als auf der Schuldnerseite gibt es auch drei verschiedene Möglichkeiten, wie eine Personenmehrheit auf Gläubigerseite rechtlich ausgestaltet sein kann. Es kann sich um eine Teilgläubigerschaft (§ 420 BGB), Gesamtgläubigerschaft (§ 428 BGB) oder Mitgläubigerschaft (§ 432 BGB) handeln. Die Varianten unterscheiden sich insbesondere in den Rechtsfolgen, die sich aus dem Agieren der Gegenseite – des Schuldners – ergeben.

1. Teilgläubigerschaft (§ 420 BGB)

a) Voraussetzungen

Eine Teilgläubigerschaft liegt gemäß § 420 BGB im Zweifel dann vor, wenn ein oder mehrere Schuldner eine *teilbare* Leistung an mehrere Gläubiger schulden. Eine Leistung ist unteilbar und damit die Anwendung des § 420 BGB ausgeschlossen, wenn die Leistung nicht ohne Wertminderung zerlegt werden kann.⁴⁹⁶ Faktisch teilbar sind danach insbesondere Ansprüche auf Geld oder eine Vielzahl anderer vertretbarer Sachen, nicht aber z.B. ein Anspruch auf Übereignung einer einzelnen beweglichen Sache oder eines Grundstücks.

Daneben werden nach der gängigen Sichtweise auch an sich teilbare Leistungen als rechtlich unteilbar angesehen, wenn aufgrund des Innenverhältnisses zwischen den Gläubigern eine gemeinsame Empfangszuständigkeit besteht⁴⁹⁷ oder die Einziehung der Forderung zur gemeinschaftlichen Verwaltung eines Vermögensgegenstandes gehört.⁴⁹⁸ Dies sei insbesondere bei einer Gesamthandsgemeinschaft (oben S. 82) oder einer Bruchteilsgemeinschaft (oben S. 82) gemäß §§ 741 ff. BGB der Fall. Richtigerweise ist dies aber keine Frage der Teilbarkeit, sondern einer von der Zweifelsregelung des § 420 BGB abweichenden Auslegung. So ist und bleibt etwa eine Geldforderung teilbar und dennoch kann sich ergeben, dass mehrere Gläubiger nicht jeweils einen Teilanspruch auf das Geld haben sollen. Im Ergebnis findet § 420 BGB jedenfalls nur dann Anwendung, wenn die Leistung faktisch oder real teilbar ist und die Gläubiger nicht durch eine besondere Rechtsbeziehung miteinander verbunden sind, die ihnen den Anspruch gemeinsam zuordnet.⁴⁹⁹ Vor diesem Hintergrund verbleibt der Teilgläubigerschaft ein geringer praktischer Anwendungsbereich.

⁴⁹⁵ Staudinger/*Looschelders* (2012), Vorbem. zu §§ 420 ff. Rdn. 76, a.A. MünchKommBGB/*Bydlinski*, § 425 Rdn. 19.

⁴⁹⁶ BeckOK BGB/*Gehrlein*, § 420 Rdn. 1; *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1347.

⁴⁹⁷ BGH NJW 1992, 182, 183; BGH NJW 1984, 795, 796; *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1348.

⁴⁹⁸ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rdn. 883.

⁴⁹⁹ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1263; *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1349; *Petersen*, Jura 2014, 483 („reale“ Teilung).

b) Rechtsfolgen

Im Rahmen einer Teilgläubigerschaft erlangt jeder Gläubiger ein eigenes Forderungsrecht in Höhe seines jeweiligen Anteils gemäß § 420 BGB. Grundsätzlich ist das Forderungsrecht jedes Gläubigers unabhängig von den Forderungen der anderen Teilgläubiger, weshalb er über sein eigenes Forderungsrecht selbstständig – etwa durch Abtretung – verfügen kann.⁵⁰⁰ Er ist prinzipiell auch Inhaber von Sekundäransprüchen bei Nicht- oder Schlechtleistung des Schuldners. Allerdings kann ein Rücktrittsrecht gemäß § 351 BGB nur von allen Teilgläubigern gemeinsam ausgeübt werden. Dies folgt daraus, dass sich der Rücktritt auf das allen Forderungen zugrunde liegende Schuldverhältnis bezieht und dadurch alle Teilgläubiger betrifft. Es genügt jedoch, wenn der Rücktrittsgrund nur bei einem Teilgläubiger gegeben ist.⁵⁰¹ Auf verbraucherschützende Widerrufsrechte soll § 351 BGB entsprechend anwendbar sein, weil nach erklärtem Widerruf ein Rückgewährverhältnis entsteht.⁵⁰² Für die Minderung sieht das Gesetz in den §§ 441 III BGB, 638 II BGB dem § 351 BGB entsprechende Regelungen vor. Darüber hinaus soll dem § 351 BGB kein allgemeiner Grundsatz zu entnehmen sein. Der Gedanke des § 351 BGB gelte deswegen nicht für die Anfechtung und für die Kündigung.⁵⁰³

Die anteilige Berechtigung belastet den Schuldner erheblich, da er die interne Verteilung der Leistung zwischen den Gläubigern berücksichtigen muss.⁵⁰⁴ Eine Verpflichtung zu einer teilbaren Leistung an mehrere Gläubiger kann deshalb aufgrund der Nachteile für den Schuldner nur sehr restriktiv angenommen werden.

2. Gesamtgläubigerschaft (§ 428 BGB)

a) Voraussetzungen

Bei einer Gesamtgläubigerschaft können mehrere Gläubiger jeweils selbstständig eine Leistung vom Schuldner verlangen und dieser muss sie auch nur an einen Gläubiger seiner Wahl bewirken. Eine Gesamtgläubigerschaft kommt durch vertragliche Vereinbarung (§ 311 I BGB) oder gesetzliche Anordnung zustande. In der Praxis sind solche vertraglichen Vereinbarungen von Gesamtgläubigerschaften selten. Auch das Gesetz ordnet Gesamtgläubigerschaft – soweit ersichtlich – nur in § 2151 III BGB an.⁵⁰⁵ Der wichtigste Anwendungsfall einer vertraglich vereinbarten Gesamtgläubigerschaft ist nach h.M. das Gemeinschaftskonto mit Einzelzeichnungsberechtigung (sog. Oder-Konto)⁵⁰⁶, wie es insbesondere von Ehegatten mit einer Bank vereinbart wird. Allerdings ist die Gesamtgläubigerschaft bei solchen Oder-Konten gegenüber der gesetzlichen Regelung dahingehend modifiziert, dass die Bank nicht – wie es in § 428 S. 1 BGB heißt – nach ihrem Belieben an jeden der Gläubiger leisten kann, sondern an denjenigen Kontoinhaber zu leisten hat, der die Leistung jeweils anfordert.⁵⁰⁷

⁵⁰⁰ BeckOK BGB/Gehrlein, § 420 Rdn. 4.

⁵⁰¹ BGH NJW 1976, 1931, 1932; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1264; *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1351.

⁵⁰² *Staudinger/Kaiser* (2012), § 351 Rdn. 3 (jedoch noch zu § 357 Abs. 1 BGB a.F., der auf die §§ 346 ff. BGB verwies).

⁵⁰³ *MünchKommBGB/Gaier*, § 351 Rdn. 7; *Brömmelmeyer*, Schuldrecht, § 16 Rdn. 51; kritisch *Staudinger/Kaiser* (2012), § 351 Rdn. 3.

⁵⁰⁴ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1262.

⁵⁰⁵ *S. Meier*, AcP 205 (2005), 858, 882; *Petersen*, Jura 2014, 483.

⁵⁰⁶ BGH NJW 1985, 2698; BGH NJW 1991, 420; BGH NJW 1992, 2630; *Hadding*, WM-Festgabe Hellner, Sonderheft 1994, 5; *Gernhuber*, WM 1997, 645 f.; zur Bedeutung der Gesamtgläubigerschaft für Oder-Konten kritisch *S. Meier*, AcP 205 (2005), 858, 874 f. und passim.

⁵⁰⁷ Ausführlich zum Oder-Konto *Hadding/Häuser*, in: *Bankrechts-Handbuch* (Fn. 101), § 35 Rdn. 6 ff.; s. auch *Petersen*, Jura 2014, 483, 484.

⇒ Fall Nr. 19 – Ehestreitigkeiten

Von dem Sonderfall des Oder-Kontos abgesehen ist eine Gesamtgläubigerschaft auch eher bei einer unteilbaren Leistung gegeben. Sie ist von der Mitgläubigerschaft gemäß § 432 I 1 BGB abzugrenzen, die allerdings, wie sich aus den Worten „[...] sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind [...]“ in § 432 I 1 BGB ergibt, bei unteilbaren Leistungen nach dem Gesetz subsidiär ist.⁵⁰⁸ Bei einer Mitgläubigerschaft kann der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und die Gläubiger können gemäß § 432 I 1 BGB nur die Leistung an alle fordern. Im Rahmen einer Gesamtgläubigerschaft hingegen kann jeder Gläubiger für sich die gesamte Leistung vom Schuldner fordern und der Schuldner wird durch Leistung an einen Gläubiger von seiner Verpflichtung auch gegenüber den anderen Gläubigern frei.

Eine allgemeine gesetzliche Vermutungsregel, dass es sich um eine Gesamtgläubigerschaft handelt, wenn mehrere Gläubiger einem Schuldner gegenüberstehen, gibt es nicht. Bei einer vertraglichen Vereinbarung muss sich gerade durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB ergeben, dass jeder Gläubiger berechtigt sein soll, allein die Leistungserbringung an sich selbst verlangen zu können.

b) Rechtsfolgen

Bei einer Gesamtgläubigerschaft kann jeder Gläubiger die gesamte Leistung fordern und der Schuldner muss sie nur einmal bewirken. Jeder Gläubiger hat somit im Verhältnis zum Schuldner ein selbstständiges – d.h. ohne Beteiligung der übrigen Gläubiger durchsetzbares – Forderungsrecht gerichtet auf die gesamte Leistung.⁵⁰⁹ Das erleichtert auf Gläubigerseite die Verwaltung und Durchsetzung der Forderung.⁵¹⁰ Die Forderungen sind grundsätzlich nur über die Einheitlichkeit der Tilgungswirkung miteinander verbunden:⁵¹¹ Obwohl es dem Schuldner gemäß § 428 S. 1 BGB freisteht, an wen er leistet, erlöschen gemäß §§ 429 III 1, 422 I 1 BGB bei Befriedigung eines Gläubigers auch die Forderungen der übrigen Gläubiger. Die wirtschaftliche Zuordnung der Leistung unter den Gläubigern findet dann im Innenverhältnis statt: Die übrigen Gläubiger haben gemäß § 430 BGB gegen denjenigen Gläubiger, der die Leistung vom Schuldner erhalten hat, einen Ausgleichsanspruch zu jeweils gleichen Teilen, sofern nicht ein anderes – etwa kraft vertraglicher Vereinbarung – bestimmt ist.

Beispiel: Gläubiger A, B und C steht in Gesamtgläubigerschaft ein Anspruch i.H.v. 3.000 € gegen Schuldner S zu. Zahlt S nur an A, können B und C von diesem je 1.000 € als Ausgleich verlangen.

Diese interne Ausgleichspflicht macht die Gesamtgläubigerschaft für die Praxis wenig attraktiv. Jeder Gesamtgläubiger trägt nämlich neben dem Risiko der Insolvenz des Schuldners zusätzlich noch das Risiko, dass derjenige Gläubiger, der die Leistung empfangen hat, zahlungsunfähig wird.

Neben der Erfüllung – und ggf. dem Erlass (§§ 429 III, 423 BGB) – wirkt sich nur der Annahmeverzug eines Gläubigers gemäß § 429 I BGB auch auf die Forderungen der übrigen Gläubiger aus. Demnach befinden sich die übrigen Gläubiger dann ebenfalls in Annahmeverzug, sodass dessen nachteilige Wirkungen auch ihnen gegenüber eintreten, insbesondere die Haftungsmilderung zugunsten des Schuldners nach § 300 I BGB.

Andere Tatsachen, die mit der Person eines der Gläubiger zusammenhängen, wirken allein im Verhältnis zwischen diesem Gläubiger und dem Schuldner.⁵¹² Deshalb folgt etwa aus der

⁵⁰⁸ In der Klausur wäre daher vorrangig zu prüfen, ob eine Gesamtgläubigerschaft vorliegt.

⁵⁰⁹ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1267; *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1364.

⁵¹⁰ *S. Meier*, AcP 205 (2005), 858, 859.

⁵¹¹ *Palandt/Grüneberg*, § 428 Rdn. 1.

⁵¹² *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1367.

Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses zwischen einem der Gläubiger und dem Schuldner nicht auch die Nichtigkeit der übrigen Forderungen. Dies ergibt sich daraus, dass sich § 428 BGB allein auf die Leistungserbringung beschränkt. Umgekehrt haben Pflichtverletzungen des Schuldners grundsätzlich keine übergreifende Wirkung gemäß §§ 429 III 1, 425 II BGB, sondern beschränken sich allein auf das Verhältnis zwischen Schuldner und dem Gläubiger, gegenüber dem sie eintreten. Dies gilt vor allem auch für den Schuldnerverzug.⁵¹³

3. Mitgläubigerschaft (§ 432 BGB)

Eine Mitgläubigerschaft kommt gemäß § 432 I 1 BGB zunächst nur bei unteilbaren Leistungen in Betracht, sofern keine Gesamtgläubigerschaft besteht. Trotz dieser gesetzlich angeordneten Subsidiarität gegenüber der Gesamtgläubigerschaft aus § 428 BGB ist die Mitgläubigerschaft tatsächlich der Regelfall einer Gläubigermehrheit bei unteilbaren Leistungen.⁵¹⁴ Die Besonderheit der Mitgläubigerschaft gegenüber der Gesamtgläubigerschaft besteht darin, dass der Schuldner mit befreiender Wirkung gemäß § 432 I 1 BGB nur an alle Gläubiger gemeinschaftlich leisten kann und nicht an jeden einzelnen. Zwar kann jeder Gläubiger die Leistung allein verlangen, aber er muss Leistung an alle fordern.⁵¹⁵ Dadurch muss der Schuldner nicht – wie bei der Teilgläubigerschaft gemäß § 420 BGB – Rücksicht auf die internen Verhältnisse der Gläubiger und die damit verbundenen Anteile nehmen, sondern wird durch die vollständige Leistung an alle Gläubiger von seiner Schuld befreit. Die Mitgläubiger hingegen müssen nicht – wie bei der Gesamtgläubigerschaft – das Risiko der Insolvenz desjenigen Gläubigers tragen, der die Leistung erhalten hat.

Beispiel: Die Erbengemeinschaft E bestehend aus E1 und E2 ist Eigentümerin einer Wohnung in den Quadraten Mannheims geworden. Der Mieter M kann seine Pflicht, die fällige Miete zu entrichten (§ 535 II BGB), nur durch Zahlung an E erfüllen. Würde M beispielsweise an E1 zahlen, dann würde keine Erfüllung gemäß § 362 I BGB eintreten.

Problematisch ist die Abgrenzung zur Gesamtgläubigerschaft insbesondere dann, wenn ein Ehegatte ein **Geschäft zur Deckung des angemessenen Lebensbedarfs** der Familie tätigt. Gemäß **§ 1357 I BGB** wird dann auch der andere Ehegatte berechtigt und verpflichtet. Umstritten ist, ob die Ehegatten dann Gesamt- oder Mitgläubiger sind. Nach herrschender Meinung entsteht eine Gesamtgläubigerschaft gemäß § 428 BGB.⁵¹⁶ Es bestehe ein enges Vertrauensverhältnis zwischen Ehepartnern, das es rechtfertigt, dem Schuldner die Möglichkeit der befreienden Leistung an nur einen Ehegatten, der in der Regel auch sein Verhandlungspartner war, einzuräumen.⁵¹⁷

Die Mitgläubigerschaft kommt insbesondere bei einer **Bruchteilsgemeinschaft** gemäß §§ 741 ff. BGB in Betracht. Im Rahmen einer Bruchteilsgemeinschaft steht ein Recht zu einem ideellen Bruchteile mehreren gemeinsam zu. Der Gegenstand, auf den die Gemeinschaft der Gläubiger gerichtet ist, ist hierbei also nicht real geteilt, sondern jeder Gläubiger hat nur ein durch die Mitberechtigung der Übrigen beschränktes, ideelles Recht an dem Gegenstand.⁵¹⁸ Ist der Gegenstand eine Forderung, steht mithin jedem Gläubiger nur ein ideeller Anteil an der gesamten Forderung zu.⁵¹⁹ Er kann also hinsichtlich seines Anteils nicht Leis-

⁵¹³ Vgl. Staudinger/Looschelders (2017), § 429 Rdn. 49 ff.

⁵¹⁴ BGH ZIP 2017, 2241 (Rdn. 27); Palandt/Grüneberg, § 432 Rdn. 1; Erman/Böttcher, § 432 Rdn. 1.

⁵¹⁵ Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1269; Jousen, Schuldrecht AT, Rdn. 1358.

⁵¹⁶ MünchKommBGB/Roth, § 1357 Rdn. 41 m.w.N.; Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1266; a.A. Palandt/Brudermüller, § 1357 Rdn. 5: Mitgläubigerschaft.

⁵¹⁷ MünchKommBGB/Roth, § 1357 Rdn. 41.

⁵¹⁸ Jousen, Schuldrecht AT, Rdn. 13545.

⁵¹⁹ Jousen, Schuldrecht AT, Rdn. 1354 mit Bezug auf Palandt/Sprau, § 741 Rdn. 7; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II (Fn. 581), Rdn. 989.

tung an sich, sondern nur an die Gemeinschaft verlangen.⁵²⁰ Bei der Teilgläubigerschaft hingegen hat jeder Teilgläubiger eine eigenständige Forderung gegen den Schuldner, die auch jeweils getrennt erfüllt werden können.

Sofern ein Anspruch auf eine *teilbare* Leistung zu der gemeinschaftlichen Verwaltung gehört, kann sich aus dem gemeinschaftlichen Verwendungszweck ergeben, dass eine gemeinsame Empfangszuständigkeit gewollt ist.⁵²¹ Dies hat dann aber – wie bereits auf S. 83 ausgeführt – nichts mit einer „rechtlichen Unteilbarkeit“ zu tun⁵²², sondern das Schuldverhältnis ist abweichend von § 420 BGB dahingehend auszulegen, dass nicht jeder Gläubiger einen Teilbetrag fordern kann, sondern im Außenverhältnis § 432 BGB zur Anwendung kommt.⁵²³ Eine Leistung ist danach trotz deren Teilbarkeit mit befreiender Wirkung nur an alle Gläubiger möglich.

E. Schuldübernahme (§§ 414 ff. BGB)

Literatur (Auswahl): *Grigoleit/Herresthal*, Die Schuldübernahme, Jura 2002, 393; *Pöggeler*, Grundlagen und Probleme der Vertragsübernahme, JA 1995, 641; *Rappenglitz*, Die Formbedürftigkeit der Vertragsübernahme, JA 2000, 472; *Rimmelspacher*, Schuldübernahmetheorien und Anfechtbarkeit der befreienden Schuldübernahme, JR 1969, 201; *E. Wagner*, Form und Beschränkung der Vertragsübernahme sowie der Einwilligung hierzu – BGH, DtZ 1996, 56, JuS 1997, 690.

Durch eine Schuldübernahme gemäß §§ 414 ff. BGB tritt ein neuer Schuldner (sog. Übernehmer) an die Stelle des alten Schuldners. Der ursprüngliche Schuldner wird von seiner Verpflichtung zur Leistung befreit und der Gläubiger kann nur noch von dem Übernehmer die Leistung verlangen. Es findet also der **Eintritt eines Dritten in die übernommene Verpflichtung** statt.⁵²⁴

Das Gegenstück zu dieser befreienden Schuldübernahme stellt die Abtretung (§§ 398 ff. BGB) dar. Bei der Abtretung wird nicht die Schuld übernommen, sondern die Forderung. Dadurch wird das Forderungsrecht an einen Dritten (den Zessionar) übertragen. Es findet also ein Personenwechsel auf Gläubigerseite, nicht – wie bei der Schuldübernahme – auf Schuldnerseite statt. Da es für den Schuldner in der Regel unerheblich ist, wem er zur Leistung verpflichtet ist, kann die Abtretung auch ohne Zustimmung des Schuldners durchgeführt werden. Der Gläubiger hingegen hat ein gewichtiges Interesse daran zu wissen, wer sein Schuldner ist. Für den Wert einer Forderung ist insbesondere die Solvenz des Schuldners, dessen Fähigkeit zur Leistungserbringung, ausschlaggebend. Deshalb ist der **Gläubiger grundsätzlich an der befreienden Schuldübernahme zu beteiligen**. Im Fall des § 414 BGB ist das dadurch gewährleistet, dass der Übernahmevertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer geschlossen wird; bei einem Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer gemäß § 415 BGB ist die Beteiligung des Gläubigers gewährleistet, weil die Wirksamkeit der Schuldübernahme von der Genehmigung des Gläubigers abhängt.

Die befreiende Schuldübernahme hat einen Doppelcharakter.⁵²⁵ Einerseits wird durch den Wechsel des Schuldners der Inhalt der Forderung geändert, weshalb – nicht anders als beim Gläubigerwechsel durch Abtretung – eine **Verfügung** vorliegt. Andererseits wird der Über-

⁵²⁰ Palandt/*Grüneberg*, § 432 Rdn. 3.

⁵²¹ MünchKommBGB/*Bydlinski*, § 432 Rdn. 4; siehe auch BGH NJW 1992, 182, 183 m.w.N.

⁵²² So aber BGH NJW 1992, 182, 183; BeckOK BGB/*Gehrlein*, § 432 Rdn. 3.

⁵²³ Palandt/*Grüneberg*, § 432 Rdn. 3.

⁵²⁴ BeckOK BGB/*Rohe*, § 415 Rdn. 1.

⁵²⁵ BeckOK BGB/*Rohe*, § 415 Rdn. 18.

nehmer gegenüber dem Gläubiger verpflichtet, die Schuld des bisherigen Schuldners zu erfüllen. Der Rechtsgrund der Verfügung (i.S.v. § 812 BGB) besteht jedoch nicht in dieser Verpflichtung, sondern folgt aus einem gesonderten Verpflichtungsgeschäft.⁵²⁶ Dabei kann der Rechtsgrund sowohl durch eine Vereinbarung zwischen Altschuldner und Übernehmer als auch durch einen Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer gelegt werden.⁵²⁷ Beispielsweise kann sich der Übernehmer in einem Kaufvertrag mit dem Verkäufer (Altschuldner) dazu verpflichten, anstelle der Kaufpreiszahlung eine Schuld des Verkäufers gegenüber einem Dritten zu übernehmen.

Ebenso wie wir dies oben auf S. 42 f. bereits bei dem Verhältnis von Abtretung (Verfügung) und zugrunde liegendem Kausalgeschäft (Verpflichtung zur Abtretung) kennen gelernt haben, ist auch der Übernahmevertrag, der die Einigung über den Schuldnerwechsel beinhaltet (Verfügung), vom Grundgeschäft (Verpflichtung zur Schuldübernahme) **getrennt und abstrakt** zu beurteilen. Dies zeigt sich unter anderem in § 417 II BGB. In Ausnahmefällen können nach h.M. Schuldübernahme und Verpflichtungsgeschäft ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB darstellen, mit der Folge, dass Mängel des Verpflichtungsgeschäfts auch die Schuldübernahme betreffen.⁵²⁸

I. Abgrenzungen

Die vorstehend beschriebene befreiende Schuldübernahme ist von verschiedenen anderen Rechtsinstituten abzugrenzen.

1. Vertragsübernahme

Bei einer Vertragsübernahme werden – wie bereits auf S. 57 ausgeführt – die gesamten Rechte und Pflichten eines Schuldverhältnisses i.w.S. auf einen Dritten übertragen. Der Dritte tritt also vollständig an die Stelle des bisherigen Vertragspartners. Er erhält sämtliche Rechte und Pflichten nebst sämtlichen Einwendungen und Einreden aus dem Vertragsverhältnis.

Es existiert keine allgemeine gesetzliche Regelung der Vertragsübernahme, weil sich die Verfasser des BGB die Übernahme von Verträgen als eine Kombination aus der Übertragung von Rechten und Pflichten, also aus Abtretung und Schuldübernahme vorgestellt haben.⁵²⁹ Gleichwohl geht das BGB an einigen Stellen im Rahmen bestimmter Erwerbstatbestände von einer Vertragsübernahme aus.⁵³⁰ Dies ist beispielsweise bei dem im Arbeitsrecht sehr bedeutsamen Betriebsübergang der Fall: Wird ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft – insbesondere aufgrund eines Unternehmenskaufvertrags – übertragen, tritt der Erwerber gemäß § 613a I 1 BGB in die bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Er wird also neuer Arbeitgeber der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer. Ferner ist für den Verkauf einer vermieteten Wohnimmobilie in § 566 I BGB der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ angeordnet: Der Grundstückserwerber tritt danach in die bestehenden Mietverhältnisse über Wohnraum auf Vermieterseite ein.

Neben diesen gesetzlich angeordneten Vertragsübergängen ist auch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung gemäß § 311 I BGB möglich, bei der aber alle drei Parteien beteiligt werden

⁵²⁶ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1234; *Grigoleit/Herresthal*, Jura 2002, 393, 397.

⁵²⁷ *Grigoleit/Herresthal*, Jura 2002, 393, 397.

⁵²⁸ BGHZ 31, 321, 323; Palandt/*Grüneberg*, § 417 Rdn. 4; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1249; krit. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rdn. 837 (stattdessen mit Verweis auf mögliche Fehleridentität).

⁵²⁹ Siehe allgemein zu dem auf Einzelrechte bezogenen System der Verfügungsgeschäfte im BGB *J.W. Flume* (Fn. 206), S. 22 ff.

⁵³⁰ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1251.

müssen.⁵³¹ Die bisherigen Vertragspartner und die neu eintretende Partei müssen sich dahingehend einigen, dass der gesamte Vertrag übergehen soll und nicht nur einzelne Forderungen oder eine isolierte Schuldnerstellung.⁵³² Gegen den Willen einer Vertragspartei lässt sich der andere Vertragspartner nach dem auf S. 91 f. noch anzusprechenden Rechtsgedanken des § 415 BGB nicht auswechseln. Allerdings kann die Zustimmung zum Eintritt einer neuen Person in den Vertrag im Einzelfall – soweit § 309 Nr. 10 BGB nicht entgegensteht – auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) in Gestalt einer vorformulierten Vertragsübertragungsklausel enthalten sein.⁵³³

Der Dritte wird bei einer Vertragsübernahme selbst **Vertragspartei**. Er ersetzt vollständig den bisherigen Vertragspartner und erwirbt deshalb auch eigene Rechte, vor allem auch die aus dem Vertrag herrührenden Gestaltungsrechte. Bei der befreienden Schuldübernahme hingegen tritt er nur in die Verpflichtung des bisherigen Schuldners ein, wird aber nicht selbst Vertragspartei. Das ursprüngliche Schuldverhältnis i.w.S. bleibt im Übrigen also weiterhin zwischen Gläubiger und bisherigem Schuldner bestehen.

2. Erfüllungsübernahme

Bei einer bloßen Erfüllungsübernahme verpflichtet sich der Dritte nur gegenüber dem Schuldner, dessen Schuld – als Dritter i.S.v. § 267 BGB (oben S. 15 f.) – beim Gläubiger zu erfüllen. Es besteht deshalb nur eine Vereinbarung im Innenverhältnis zwischen Übernehmer und Schuldner, die auf das Forderungsrecht des Gläubigers keinen Einfluss hat. Dieser kann und muss weiterhin den Schuldner in Anspruch nehmen, da die Erfüllungsübernahme ihm keinen Anspruch gegen den Dritten einräumt (vgl. § 329 BGB). Nur der Schuldner hat gegen den Dritten einen Anspruch auf Leistung an den Gläubiger.

Bei der befreienden Schuldübernahme hingegen erlangt der Gläubiger einen Anspruch gegen den Dritten und der bisherige Schuldner wird von seiner Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger befreit. Der Gläubiger kann dann nicht mehr den ursprünglichen Schuldner in Anspruch nehmen, sondern nur noch den Dritten. Die befreiende Schuldübernahme hat deshalb Außenwirkung.

3. Schuldbeitritt

Bei einem Schuldbeitritt tritt ein neuer Schuldner *neben* den bisherigen Schuldner, ohne diesen zu ersetzen. Der Schuldbeitritt ist nicht gesetzlich geregelt; seine Zulässigkeit folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit nach § 311 I BGB. Der Schuldbeitritt hat keinerlei Nachteile für den Gläubiger, sondern er erhält dadurch einen zusätzlichen Schuldner, den er in Anspruch nehmen kann, und damit größere Sicherheit. Bisheriger Schuldner und Beitretender haften dem Gläubiger als Gesamtschuldner gemäß §§ 421 ff. BGB (oben S. 73 ff.). Da die Forderung des Gläubigers gegen den bisherigen Schuldner durch den Schuldbeitritt nicht geändert wird, liegt darin keine Verfügung. Der Schuldbeitritt begründet nur einen Anspruch des Gläubigers gegen den Beitretenden und hat deshalb Verpflichtungscharakter. Allerdings ist dieser Schuldbeitrittsvertrag genauso wie der Schuldübernahmevertrag abstrakt von dem Grundgeschäft zwischen Beitretendem und bisherigem Schuldner.

Wie im 5. Semester im „Kreditsicherungsrecht“ noch näher zu behandeln sein wird, ist der Schuldbeitritt seinerseits von der **Bürgschaft** im Sinne der §§ 765 ff. BGB abzugrenzen. Die Abgrenzung richtet sich grundsätzlich nach dem Willen der Parteien, der gemäß §§ 133, 157

⁵³¹ BGHZ 95, 88, 93.

⁵³² Joussem, Schuldrecht AT, Rdn. 1312.

⁵³³ Siehe BGH ZIP 2010, 2102 für einen Gewerberaummietvertrag zwischen Unternehmern.

BGB auszulegen ist. Bei einer Bürgschaft will der Dritte für eine *fremde* Schuld eintreten. Deshalb ist die Bürgschaftsschuld gemäß § 767 I 1 BGB abhängig vom Bestand der Hauptforderung (sog. **Akzessorietät**⁵³⁴). Durch den Schuldbeitritt hingegen begründet der Dritte eine *eigene* Schuld, auf die der Gläubiger ohne weiteres zugreifen kann. Wichtig ist die Abgrenzung vor allem deshalb, weil die Bürgschaftserklärung zum Schutz des Bürgen grundsätzlich⁵³⁵ formbedürftig ist (§ 766 S. 1 BGB), während der Schuldbeitritt auch mündlich erklärt werden kann. Im Zweifel ist – auch wegen des geringeren Haftungsrisikos durch die Akzessorietät – eher von einer Bürgschaft auszugehen.⁵³⁶ Ein Indiz für einen Schuldbeitritt ist allerdings ein eigenes *unmittelbares* wirtschaftliches Interesse des Dritten an der Erfüllung der Forderung.⁵³⁷

Anders als bei der Bürgschaft und beim Schuldbeitritt, die der Sicherung des Gläubigers gegen den Ausfall des (Haupt-)Schuldners dienen, wird bei der Schuldübernahme der bisherige Schuldner von seiner Verpflichtung vollständig befreit und nur noch der Übernehmer ist dem Anspruch des Gläubigers ausgesetzt. Für die Abgrenzung zum Schuldbeitritt ist der Parteiwille gemäß §§ 133, 157 BGB durch Auslegung festzustellen. Dabei ist vor allem genau zu prüfen, ob der Gläubiger tatsächlich den Schuldner von der Schuld befreien will. Ein dahingehender Wille darf nicht ohne nähere Prüfung unterstellt werden, weil es im einzelnen Fall dem Gläubiger auf die Person des bisherigen Schuldners als Verpflichteter durchaus ankommen kann.

II. Voraussetzungen der befreienden Schuldübernahme

Die befreiende Schuldübernahme kann einerseits zwischen Gläubiger und Übernehmer (§ 414 BGB), andererseits zwischen Schuldner und Übernehmer (§ 415 BGB) vereinbart werden. Diese Vereinbarung bezieht sich aber nur auf das Verfügungsgeschäft, also die Schuldübernahme an sich. Das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft, der Rechtsgrund für die Schuldübernahme, ist nicht in §§ 414, 415 BGB geregelt.

1. Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer (§ 414 BGB)

Der Schuldnerwechsel kann durch einen Übernahmevertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer gemäß § 414 BGB vollzogen werden. Die **Mitwirkung des bisherigen Schuldners** ist im Rahmen des § 414 BGB **nicht erforderlich**, da die Befreiung von der Schuld seine Rechtsstellung nur verbessert.⁵³⁸

⇒ Fall Nr. 21 – Die Examensfeier

Der Übernahmevertrag wird nach den allgemeinen Vertragsgrundsätzen geschlossen und ist **grundsätzlich formfrei**.⁵³⁹ Sofern der Schutzzweck einer bestimmten Formvorschrift aufgrund des Inhalts der Schuld auch die Erfassung der Schuldübernahme erfordert, muss der Übernahmevertrag ausnahmsweise diese Form erfüllen. Ansonsten würde beispielsweise die Warnfunktion des § 311b I BGB umgangen, wenn sich der Dritte verpflichtet, aus einem

⁵³⁴ Siehe zu akzessorischen Sicherheiten allgemein unten Fn. 562.

⁵³⁵ Eine Ausnahme gilt bei Handelsgeschäften (vgl. § 350 HGB); vgl. dazu *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 289), § 7 Rdn. 36 f., 58.

⁵³⁶ *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1342.

⁵³⁷ Dazu *Bitter*, ZInsO 2010, 1561, 1562; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1258.

⁵³⁸ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1235.

⁵³⁹ *MünchKommBGB/Bydlinski*, § 414 Rdn. 4.

Grundstückskaufvertrag die Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks zu übernehmen.⁵⁴⁰

2. Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer (§ 415 BGB)

Die Schuldübernahme kann gemäß § 415 I 1 BGB auch zwischen Übernehmer und bisherigem Schuldner vereinbart werden. Die Wirksamkeit einer solchen Übernahme hängt jedoch von der Genehmigung des Gläubigers ab, dem – wie erwähnt – kein neuer Schuldner, der womöglich weniger solvent ist als der bisherige Schuldner, gegen seinen Willen aufgedrängt werden darf. Dieser Genehmigungsvorbehalt führt dazu, dass die dogmatische Grundlage des § 415 BGB umstritten ist.

Nach der **Angebotstheorie** ist in der Mitteilung des Übernehmers an den Gläubiger gemäß § 415 I 2 BGB ein Angebot zum Abschluss eines Übernahmevertrags im Sinne des § 414 BGB zu sehen, das dieser durch die Genehmigung annimmt.⁵⁴¹ Die Abrede zwischen Schuldner und Übernehmer stelle nur das Kausalgeschäft für die Schuldübernahme dar.

Nach der heute ganz **herrschenden Verfügungstheorie** hingegen können auch Schuldner und Übernehmer eine Schuldübernahme vereinbaren.⁵⁴² Da sie jedoch nicht Forderungsinhaber sind, verfügen sie als Nichtberechtigte gemäß § 185 BGB über die Forderung. Deshalb ist zur Wirksamkeit der Verfügung die Genehmigung des berechtigten Gläubigers erforderlich.

Für diese Ansicht spricht der Wortlaut des § 415 I 1 BGB, der von einer Genehmigung und keinem Einverständnis im Sinne einer Vertragsannahme spricht.⁵⁴³ Des Weiteren wäre sonst auch die eigenständige Regelung des § 415 BGB überflüssig, wenn die Anzeige der Übernahme mit der Angebotstheorie als Antrag auf Abschluss eines Übernahmevertrages gemäß § 414 BGB auszulegen wäre.

Deshalb können Schuldner und Übernehmer die Schuldübernahme eigenständig vereinbaren. Wirksam wird diese gemäß § 415 I 1 BGB aber erst, wenn der Gläubiger ihr zustimmt. Nach dem Wortlaut des § 415 I 2 BGB kann die **Genehmigung** erst dann erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt hat. Gleichwohl wird nicht nur die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung i.S.v. §§ 184, 185 II BGB), sondern auch die vorherige Zustimmung (**Einwilligung** i.S.v. §§ 183, 185 I BGB) für möglich gehalten.⁵⁴⁴ Die Zustimmung ist zwar grundsätzlich gemäß § 182 II BGB an keine Form gebunden und kann ausdrücklich oder konkludent erklärt werden.⁵⁴⁵ Allerdings dürfen die Voraussetzungen an eine solche Zustimmung nicht zu niedrig angesetzt werden. Vielmehr sind wegen der regelmäßig für den Gläubiger nachteiligen Folgen an seine Einverständniserklärung strenge Anforderungen zu stellen⁵⁴⁶, damit im Einzelfall das berechtigte Interesse des Gläubigers, an seinen bisherigen Schuldner festzuhalten, nicht unterlaufen wird. Bloßes Schweigen des Gläubigers auf die Anzeige der Schuldübernahme ist deswegen in der Regel

⁵⁴⁰ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1236.

⁵⁴¹ *Heck*, Grundriss des Schuldrechts (1929), § 73.

⁵⁴² RGZ 134, 185, 187; BGHZ 31, 321, 325; MünchKommBGB/Bydlinski, § 415 Rdn. 2 (mit Darstellung der Vorzüge der jeweiligen Theorien); Staudinger/Rieble (2017), § 415 Rdn. 6 ff.; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1237.

⁵⁴³ MünchKommBGB/Bydlinski, § 415 Rdn. 2; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1238.

⁵⁴⁴ BGH NJW-RR 1996, 193, 194; so letztlich auch BGH NJW 1998, 1645 (im konkreten Fall war nur das konkrete Verhalten des Gläubigers nicht als Einwilligung zu verstehen); BeckOK BGB/Rohe, § 415 Rdn. 8.

⁵⁴⁵ BGH ZIP 1996, 845, 846; BeckOK BGB/Rohe, § 415 Rdn. 7.

⁵⁴⁶ BGH ZIP 1996, 845, 846 mit Verweis auf BGH VersR 1960, 767, 798; BGH NJW 1983, 678, 679; RG JW 1919, 376.

nicht als Zustimmung anzusehen.⁵⁴⁷ Adressat der Zustimmungserklärung kann nach allgemeiner Regel sowohl der bisherige Schuldner als auch der Übernehmer sein (§ 182 II BGB).

Eine Genehmigung des Gläubigers wirkt gemäß § 184 I BGB *ex tunc*: Der Schuldner tritt also rückwirkend auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Übernahmevertrags in das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und bisherigem Schuldner ein.

⇒ Fall Nr. 20 – Der renovierungsfreudige Nachmieter

Bis zur Zustimmung des Gläubigers ist die Schuldübernahme schwebend unwirksam. Um zu vermeiden, dass dieser Schwebezustand den bisherigen Schuldner und den Übernehmer für lange Zeit im Ungewissen über die Wirksamkeit der Schuldübernahme lässt, sieht § 415 II 1 BGB vor, dass dem Gläubiger eine **Erklärungsfrist** gesetzt werden kann. Läuft die Frist ohne Erklärung des Gläubigers ab, so gilt die Genehmigung gemäß § 415 II 2 Hs. 2 BGB als verweigert. Folge einer ausdrücklichen oder gemäß § 415 II 2 Hs. 2 BGB fingierten Verweigerung der Genehmigung ist die *ex tunc* Nichtigkeit der Schuldübernahme gemäß § 415 II 1 BGB.

Verweigert der Gläubiger die Genehmigung, so beinhaltet die Vereinbarung von bisherigem Schuldner und Übernehmer gemäß § 415 III 2 BGB im Zweifel zumindest eine Erfüllungsübernahme⁵⁴⁸ des Übernehmers. Diese Vermutung kann aber auch widerlegt werden, indem die Parteien beispielsweise für den Fall der Genehmigungsverweigerung ausdrücklich etwas anderes vereinbaren.

Sofern eine **hypothekarisch gesicherte Schuld** im Rahmen des Erwerbs des belasteten Grundstücks übernommen wird, fingiert § 416 I 2 BGB die Zustimmung des Gläubigers, wenn sechs Monate nach der Mitteilung verstrichen sind. Dann hat das Schweigen des Gläubigers ausnahmsweise den Charakter einer (positiven) Willenserklärung. § 416 BGB bezweckt, die Verfahrensabläufe im Rahmen von Grundstückskäufen im Interesse eines Gleichlaufs von persönlicher und grundpfandrechtlicher Haftung zu beschleunigen.⁵⁴⁹ In der Praxis übernimmt der Erwerber des Grundstücks bisweilen die hypothekarisch (oder regelmäßig durch eine Grundsuld⁵⁵⁰) gesicherte Kreditschuld des Veräußerers gegenüber dem Gläubiger (zumeist eine Bank) und erhält im Gegenzug einen Nachlass auf den Kaufpreis. Durch die Hypothek (oder Grundsuld), welche die Forderung des Gläubigers dinglich absichert, ist dieser weniger schutzbedürftig als in den übrigen Fällen der befreienden Schuldübernahme. Deshalb wird seine Zustimmung nach Ablauf von sechs Monaten gemäß § 416 I 2 BGB fingiert. Diese Fiktion ist für den praktisch sehr seltenen Fall gedacht, dass der Übernehmer gemäß § 415 BGB die Kreditschuld durch Vertrag mit dem Schuldner übernimmt und die kreditgebende Bank an den Verhandlungen zwischen Schuldner und Übernehmer nicht beteiligt ist.

III. Rechtsfolgen der befreienden Schuldübernahme

1. Schuldnerwechsel

Durch die befreiende Schuldübernahme tritt der Dritte gemäß § 414 BGB in die Verpflichtung des ursprünglichen Schuldners ein, wodurch dieser vollständig von seiner Schuld gegenüber

⁵⁴⁷ BGH ZIP 1996, 845, 846; Erman/Röthel, § 415 Rdn. 5a.

⁵⁴⁸ Dazu oben E. I. 2.

⁵⁴⁹ RGZ 128, 68, 71 f.; BeckOK BGB/Rohe, § 416 Rdn. 1.

⁵⁵⁰ Zur Anwendung des § 416 BGB auf die Grundsuld siehe BGH NJW 1983, 2502, 2503; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen: Forderungszession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme, 2. Aufl. 1999, § 26 I. 4.

dem Gläubiger befreit wird. Der sonstige Inhalt der Schuld, insbesondere deren Höhe, bleibt von der Schuldübernahme unberührt. Auch das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner an sich bleibt im Übrigen bestehen. Der Dritte wird nur in Bezug auf die Verpflichtung des ursprünglichen Schuldners in das Schuldverhältnis mit einbezogen, erwirbt aber selbst keine Rechte. Anders als bei der oben auf S. 57 und 88 angesprochenen Vertragsübernahme wird er gerade nicht selbst Vertragspartei. Deshalb behält der ursprüngliche Schuldner etwaige Ansprüche aus dem Schuldverhältnis gegen den Gläubiger. Insbesondere verbleiben auch die Gestaltungsrechte beim alten Schuldner, da diese an die jeweilige Vertragspartei gebunden sind.⁵⁵¹

2. Einwendungen des Übernehmers

a) Einwendungen aus dem Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger

Der Dritte kann gemäß § 417 I 1 BGB dem Gläubiger grundsätzlich diejenigen Einwendungen und Einreden entgegenhalten, die auch dem bisherigen Schuldner zustanden. Dies folgt daraus, dass der Dritte die Schuld so übernimmt, wie sie bei Abschluss des Übernahmevertrags bestand. Beispielsweise kann er einwenden, dass die Schuld wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 I BGB nicht entstanden ist. Da ihm keine Gestaltungsrechte zustehen, kann er jedoch nicht einwenden, dass der Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner anfechtbar sei. Zur Anfechtung ist weiterhin nur der Vertragspartner, also der bisherige Schuldner, berechtigt. Dem Übernehmer steht nach h.L. – anders als dem Bürgen (vgl. § 770 I BGB) – auch keine Einrede der Anfechtbarkeit zu, mittels derer er die Leistung solange verweigern könnte, bis der frühere Schuldner von dem bei ihm verbliebenen Anfechtungsrecht Gebrauch gemacht hat.⁵⁵² Der Übernehmer muss deshalb auf den Schuldner einwirken, damit dieser selbst die Anfechtung erklärt. Hat er das getan, kann sich der Übernehmer sodann gemäß § 417 I 1 BGB auf die Einwendung des § 142 I BGB berufen.

⇒ Fall Nr. 21 – Die Examensfeier

In § 417 I 2 BGB ist klargestellt, dass der Übernehmer mit einer Forderung des bisherigen Schuldners nicht gegen die Forderung des Gläubigers aufrechnen kann. Dies folgt an sich schon aus seiner Stellung als Nichtberechtigter in Bezug auf die Forderung des Schuldners.

b) Einwendungen aus dem Verhältnis zwischen Schuldner und Übernehmer

Der Übernehmer kann dem Gläubiger gemäß § 417 II BGB grundsätzlich keine Einwendungen aus dem Grundgeschäft entgegenhalten, das ihn im Verhältnis zum bisherigen Schuldner zur Schuldübernahme veranlasst hat. Der Übernahmevertrag ist also abstrakt gegenüber dem Grundgeschäft mit dem Altschuldner.

Ausnahmsweise kann der Übernehmer dem Gläubiger aber dann Einwendungen aus dem Grundgeschäft entgegenhalten, wenn dieses und der Übernahmevertrag ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB darstellen. Dann kann – wie gesagt⁵⁵³ – ein Mangel des Grundgeschäfts auch die Schuldübernahme selbst betreffen. Allerdings müssen konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Parteien die Wirksamkeit der Schuldübernahme von der Wirksamkeit des Grundgeschäfts abhängig machen wollten.

Sofern Fehleridentität vorliegt, also Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft am selben Mangel leiden, kann der Übernehmer selbstverständlich die Unwirksamkeit der Schuld-

⁵⁵¹ MünchKommBGB/Bydlinski, Vorbem § 414 Rdn. 7.

⁵⁵² Vgl. Nörr/Schehyng/Pöggeler (Fn. 550), § 27 II m.w.N.; BeckOK BGB/Rohe, § 417 Rdn. 5.

⁵⁵³ Siehe oben bei Fn. 528.

übernahme geltend machen. Mit § 417 BGB hat dies aber nichts zu tun, sondern es geht um die nachfolgend dargestellten Mängel der Schuldübernahme selbst.

c) Mängel der Schuldübernahme selbst

Grundsätzlich kann der Übernehmer dem Gläubiger alle Mängel des Verfügungsgeschäftes entgegenhalten.⁵⁵⁴ Zwischen § 414 BGB und § 415 BGB bestehen dabei im Weitesten keine wesentlichen Unterschiede. So soll eine Anfechtung des Übernahmevertrages gemäß § 119 BGB möglich sein, wenn der Übernehmer in falscher Vorstellung über den Inhalt der übernommenen Schuld handelte.⁵⁵⁵ Ein Anfechtungsrecht wird ebenfalls angenommen, wenn der Übernehmer nicht die Schuldübernahme, sondern nur einen Schuldbetritt oder eine Erfüllungsübernahme wollte.⁵⁵⁶ Ein Unterschied zwischen § 414 BGB und § 415 BGB kann sich aber ergeben, sofern der **Übernehmer** bei der Vereinbarung des Übernahmevertrags von dem bisherigen Schuldner **arglistig getäuscht** wurde. Dann ist problematisch, ob der Übernehmer gemäß § 123 I BGB oder nur unter den engeren Voraussetzungen des § 123 II 1 BGB anfechten kann. Um dies zu verstehen, muss man sich die Ausgangssituationen nochmals vergegenwärtigen:

Im Fall des § 414 BGB wird die Übernahme zwischen Übernehmer und Gläubiger vereinbart, ohne dass der (bisherige) Schuldner beim Vertragsschluss beteiligt werden muss. Hat der Schuldner den Übernehmer vor der Schuldübernahme getäuscht, stellt sich die Frage, ob der täuschende Schuldner „Dritter“ i.S.d. § 123 II BGB oder eher dem „Lager“ des Gläubigers zuzuordnen ist, so dass bereits § 123 I BGB mit seinen geringeren Anforderungen eingreift. Anders ist das bei § 415 BGB. Hier vereinbaren zunächst Schuldner und Übernehmer die Schuldübernahme und der Gläubiger wird regelmäßig erst im Nachhinein einbezogen, um die Übernahme zu genehmigen (§ 415 I 1 BGB), seltener hingegen im Vorfeld des Übernahmevertrages. Täuscht in diesen Fällen der Schuldner, kann er als unmittelbarer Vertragspartner nicht Dritter sein. Zudem ist nicht der Gläubiger Empfänger der Übernahmeerklärung des Übernehmers, sondern der Altschuldner. Dementsprechend kann der Übernehmer gemäß § 123 I BGB anfechten. Bei Schuldübernahmen nach § 415 BGB kann nur der Gläubiger als Dritter i.S.d. § 123 II BGB in Frage kommen, der jedoch – wie gesagt – in der Regel erst nach Abschluss des Übernahmevertrages und selten davor beteiligt wird, so dass dessen Verhalten regelmäßig nicht kausal für die Übernahmeerklärung des Übernehmers sein wird.

Im Schrifttum werden die unterschiedlichen Situationen wie folgt aufgelöst: Bei der Vereinbarung einer Schuldübernahme zwischen Gläubiger und Übernehmer nach § 414 BGB soll der Übernehmer gemäß § 123 I BGB anfechten können, wenn der täuschende Altschuldner „im Lager“ des Gläubigers steht, also auf dessen Seite maßgeblich am Zustandekommen des Rechtsgeschäfts beteiligt war.⁵⁵⁷ Dann ist der Schuldner nicht als Dritter zu qualifizieren und der Gläubiger verliert den Übernehmer als Schuldner, weil er nicht schutzwürdig ist, wenn jemand aus seinem „Lager“ arglistig gehandelt hat. Das ist vor allem auch deswegen gerechtfertigt, weil der Gläubiger dadurch nur denjenigen wieder als Schuldner bekommt, den er sich ursprünglich als Vertragspartner ausgesucht hat. Dass dieser „unredlich“ ist, entspricht dem allgemeinen Lebensrisiko. Weil allerdings in praxi der bisherige Schuldner selten bei der Schuldübernahme nach § 414 BGB beteiligt ist, wird häufiger eine Täuschung durch einen Dritten anzunehmen sein, die nur unter den erhöhten Voraussetzungen des § 123 II 1 BGB zur

⁵⁵⁴ Erman/Röthel, § 415 Rdn. 12; Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1248.

⁵⁵⁵ BGH WM 1975, 331, 332 (dort zu § 415 BGB; Voraussetzungen mangels Anfechtungserklärung verneint); Erman/Röthel, § 414 Rdn. 9 i.V.m. § 415 Rdn. 12.

⁵⁵⁶ Staudinger/Rieble (2017), § 414 Rdn. 68; zust. Erman/Röthel, § 414 Rdn. 9.

⁵⁵⁷ Vgl. Palandt/Ellenberger, § 123 Rdn. 13.

Anfechtung berechtigt, mithin voraussetzt, dass der Gläubiger die Täuschung kannte oder kennen musste.

Wurde die Schuldübernahme hingegen zwischen Übernehmer und bisherigem Schuldner vereinbart (§ 415 I 1 BGB), hängt die Möglichkeit zur Anfechtung gemäß § 123 BGB bei einer Gutgläubigkeit des Gläubigers davon ab, ob man der Verfügungstheorie oder der Angebotstheorie folgt. Nach der Verfügungstheorie kann der Übernehmer gemäß § 123 I BGB anfechten, weil der Schuldner nicht Dritter, sondern selbst Vertragspartei ist. Dieser ist dann als Vertragspartner gemäß § 143 I BGB auch der Anfechtungsgegner.⁵⁵⁸ Der Gläubiger ist in der Regel auch nicht schutzwürdiger als der Übernehmer, da er letztlich nur seinen ursprünglichen Schuldner zurück erhält, den er sich bei Abschluss des ursprünglichen Vertrages, aus dem die Verpflichtung des bisherigen Schuldners folgt, selbst ausgesucht hatte.⁵⁵⁹ Nach der Angebotstheorie kommt hingegen ein Vertrag – wie bei § 414 BGB – zwischen Übernehmer und Gläubiger zustande. In diesem Fall ist der Schuldner wohl regelmäßig „Dritter“ i.S.v. § 123 II 1 BGB, so dass der Übernehmer nur bei einer Bösgläubigkeit des Gläubigers anfechten könnte.⁵⁶⁰ Für diesen Lösungsansatz wird angeführt, der zufällige, technische Vollzug der Schuldübernahme (§ 414 BGB oder § 415 BGB) dürfe nicht entscheidend sein, ob die Interessen des gutgläubigen Gläubigers geschützt werden oder nicht.⁵⁶¹

⇒ *Fall Nr. 20 – Der renovierungsfreudige Nachmieter*

3. Erlöschen von Sicherungsrechten

Mit der Schuldübernahme erlöschen gemäß § 418 I BGB grundsätzlich die für die Forderung des Gläubigers gestellten akzessorischen⁵⁶² Sicherheiten wie Bürgschaft und Pfandrecht.⁵⁶³ Dadurch soll bei einem Wechsel des Schuldners der jeweilige Sicherungsgeber geschützt werden. Das Risiko, aus einer Sicherheit in Anspruch genommen zu werden, hängt nämlich maßgeblich von der Leistungsfähigkeit des Schuldners ab.⁵⁶⁴ Es wäre deshalb einem Sicherungsgeber – z.B. einem Bürgen – nicht zumutbar und würde einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter darstellen, wenn die Sicherheit nach der Schuldübernahme ohne das Einverständnis des Sicherungsgebers für die Schuld einer ganz anderen Person bestehen würde. Der Gläubiger muss also bei der Schuldübernahme, egal ob nach § 414 oder § 415 BGB, sehr aufpassen: Er erhält den neuen Schuldner nur um den Preis, seine Sicherheiten zu verlieren.

⇒ *Fall Nr. 22 – Bürgschaft unter Freunden*

Zu einem Verlust der Sicherungsrechte kommt es nur dann nicht, wenn das Einverständnis des zum Zeitpunkt der Schuldübernahme⁵⁶⁵ jeweiligen Sicherungsgebers eingeholt wird

⁵⁵⁸ BGHZ 31, 321, 325 f.

⁵⁵⁹ MünchKommBGB/Bydlinski, § 417 Rdn. 17.

⁵⁶⁰ Ablehnend aber BGHZ 31, 321 (Leitsatz); ebenso MünchKommBGB/Bydlinski, § 417 Rdn. 17; BeckOK BGB/Rohe, § 417 Rdn. 10.

⁵⁶¹ Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT, Rdn. 818; Grigoleit, Jura 2002, 393, 400.

⁵⁶² Als „akzessorisch“ werden solche im BGB vorgesehenen Sicherheiten wie Hypothek, Pfandrecht und Bürgschaft bezeichnet, die eng an die Forderung gebunden sind, bei denen das Sicherungsrecht also nur jeweils im konkreten Umfang der Forderung existiert: Besteht die Forderung nicht, gibt es auch kein Sicherungsrecht, besteht sie nur zum Teil, gibt es auch das Sicherungsrecht nur zum Teil. Die Praxis verwendet jedoch zumeist die im BGB nicht unmittelbar geregelten nicht akzessorischen Sicherheiten (Sicherheitseigentum, Sicherungsabtretung, Sicherungsgrundschuld), bei denen das Sicherungsrecht abstrakt von der Forderung ist. Der Unterschied wird ausführlich in der Vorlesung „Kreditsicherungsrecht“ im 5. Semester behandelt.

⁵⁶³ Eine Ausnahme gilt für die Hypothek: Sie erlischt nicht, sondern wandelt sich gemäß §§ 418 I 2, 1168, 1177 I BGB in eine Eigentümergrundschuld um (vgl. dazu die Vorlesung „Kreditsicherungsrecht“ im 5. Semester).

⁵⁶⁴ Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1245.

⁵⁶⁵ BGH ZIP 2017, 1448 (Rdn. 17 ff.).

(§ 418 I 3 BGB). Dann nämlich liegt in der Schuldübernahme kein Vertrag zu Lasten Dritter. Eine nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) kann aus Gründen der Rechtssicherheit und aufgrund des klaren Wortlauts des § 418 I 3 BGB, der ausdrücklich nur von Einwilligung spricht, nach herrschender Meinung das Erlöschen der Sicherheiten nicht rückgängig machen.⁵⁶⁶

Wegen der vergleichbaren Interessenlage ist § 418 I BGB analog auf nicht akzessorische Sicherheiten, wie beispielsweise die Sicherungsgrundschuld oder die Sicherungsübereignung, anwendbar mit der Folge eines schuldrechtlichen Anspruchs des Sicherungsgebers auf Freigabe oder Rückübertragung der Sicherheit.⁵⁶⁷ Ob § 418 BGB, der seinem Wortlaut nach nur „bestellte Bürgschaften und Pfandrechte“, also rechtsgeschäftlich bestellte Sicherheiten umfasst, auch für gesetzlich angeordnete Sicherungsrechte wie z.B. §§ 566 II 1, 1251 II BGB, § 394 HGB, § 36 II 2 VerfG gilt, erscheint problematisch.⁵⁶⁸

F. Leistungs- und Haftungsansprüche Dritter aus Vertragsverhältnissen

Literatur (Auswahl): *Hornberger*, Grundfälle zum Vertrag zugunsten Dritter – Teil I, JA 2015, 7 und Teil II, JA 2015, 93.

I. Echter Vertrag zugunsten Dritter

Aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse entstehen vertragliche Rechte und Pflichten grundsätzlich nur zwischen den Vertragsparteien. In der Praxis gibt es jedoch das Bedürfnis, auch nicht am Vertrag beteiligten Dritten ein unmittelbares Leistungsrecht aus einem Vertrag zu gewähren. Durch den in § 328 I BGB geregelten echten Vertrag zugunsten Dritter wird das BGB diesem Bedürfnis gerecht. Der echte Vertrag zugunsten Dritter stellt keinen eigenständigen Vertragstyp wie Kauf- oder Werkvertrag dar, sondern ist nur eine Abrede über die Leistungserbringung an einen Dritten innerhalb eines Vertrags, der ganz verschiedenen Typs sein kann.⁵⁶⁹ Der **Versprechende** (= Schuldner der Leistung) und der **Versprechensempfänger** vereinbaren in dieser Abrede, dass der Versprechende die Leistung direkt an den **Begünstigten** (= Dritten) zu erbringen hat und dass der Dritte auch einen eigenen unmittelbaren Anspruch auf die Leistung gegen den Schuldner haben soll.⁵⁷⁰ Dieser Anspruch entsteht unmittelbar, also originär in der Person des Begünstigten ohne Durchgangserwerb des Versprechensempfängers.⁵⁷¹ Infolge des Forderungsrechts des Dritten kann der Versprechende nur an diesen mit Erfüllungswirkung leisten (§ 362 I BGB).

⁵⁶⁶ MünchKommBGB/Bydlinski, § 418 Rdn. 8; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1246 m.w.N.; a.A. *Erman/Westermann*, 11. Aufl. 2004, § 418 Rdn. 1; zurückhaltender nun *Erman/Röthel*, § 418 Rdn. 4 („zweifelhaft“).

⁵⁶⁷ BGHZ 115, 241, 244; MünchKommBGB/Bydlinski, § 418 Rdn. 2; i.Erg. auch *Staudinger/Rieble* (2017), § 418 Rdn. 16; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler* (Fn. 550), § 27 III.

⁵⁶⁸ Eingehend dazu *Staudinger/Rieble* (2017), § 418 Rdn. 18 f.

⁵⁶⁹ So schon *Esser/Schmidt*, Schuldrecht Band I – Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1984, § 36 II. 1. (S. 590); ebenfalls *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rdn. 716; MünchKommBGB/*Gottwald*, § 328 Rdn. 20.

⁵⁷⁰ Zu den entstehenden Rechtsbeziehungen unten F. I. 2.

⁵⁷¹ MünchKommBGB/*Gottwald*, § 328 Rdn. 3; *Jauernig/Stadler*, § 328 Rdn. 15; *Erman/Westermann*, § 328 Rdn. 7; so. i. E. auch *Brömmelmeyer*, Schuldrecht, § 14 Rdn. 2; a.A. *K.-H. Hoffmann* AcP (38) 1959/60, 178, 190 f.

Gegenstand der Drittbegünstigung kann jede zulässige Leistung sein.⁵⁷² Der Zweck einer solchen Abrede kann darin bestehen⁵⁷³, die Versorgung des Dritten sicherzustellen, wie es beispielsweise bei Lebensversicherungsverträgen der Fall ist, in denen dem überlebenden Ehegatten des Vertragsschließenden ein Bezugsrecht eingeräumt wird. Dieser überlebende Ehegatte erhält dann einen unmittelbaren Anspruch gegen den Lebensversicherer auf Auszahlung der Versicherungssumme. Des Weiteren kann auch die Verkürzung des Leistungswegs durch die Ermächtigung zur Leistung an den Dritten der Zweck der Abrede sein.

Durch den echten Vertrag zugunsten Dritter wird dem Dritten ein eigener Leistungsanspruch aus dem Vertrag gewährt, ohne dass dieser eine eigene Willenserklärung abgeben muss oder Kenntnis vom Geschäft zu haben braucht.⁵⁷⁴ Das kann als Beeinträchtigung der negativen Vertragsfreiheit verstanden werden, die Teil der allgemein verbürgten Handlungsfreiheit und Privatautonomie (Art. 2 I GG) ist. Der Dritte wird aber durch ein unbeschränktes Zurückweisungsrecht gemäß § 333 BGB vor nicht gewollten Ansprüchen geschützt: Er muss sich keine Leistung aufdrängen lassen.

Nicht zulässig wäre es, umgekehrt einen Dritten ohne seine Zustimmung zu einer Leistung zu verpflichten. Ein solcher Vertrag zugunsten Dritter ist mit der Privatautonomie schlichtweg unvereinbar und deswegen ausgeschlossen.⁵⁷⁵ Möglich ist es allerdings, die Einräumung des Leistungsanspruchs im Rahmen eines echten Vertrags zugunsten Dritter von der Übernahme gewisser Pflichten abhängig zu machen. Das Recht des Dritten kann also auch bedingt oder befristet begründet werden. Darin wäre kein unzulässiger Vertrag zugunsten Dritter, sondern nur eine Beschränkung der Zuwendung zu sehen, weil ohne das Einverständnis des Dritten keine unmittelbaren Ansprüche gegen ihn begründet werden.⁵⁷⁶ Erst wenn der Dritte freiwillig die geforderte Verpflichtung übernimmt, entsteht der Anspruch gegen ihn. Sofern der Dritte die Übernahme ablehnt, entsteht das eigene Forderungsrecht mangels Bedingungseintritts nicht.

1. Abgrenzungen

a) Unechter Vertrag zugunsten Dritter

Der echte Vertrag zugunsten Dritter ist vom unechten Vertrag zugunsten Dritter abzugrenzen. Beide Vertragsabreden verpflichten und berechtigen den Schuldner, mit befreiender Wirkung – beim echten Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 362 I BGB, beim unechten gemäß §§ 362 II, 185 BGB – an den Dritten zu leisten. Sie unterscheiden sich jedoch in der Frage, wer das Recht hat, die Leistung (an den Dritten) zu fordern. Nur der echte Vertrag zugunsten Dritter gewährt dem Dritten gemäß § 328 I BGB ein *eigenes* Forderungsrecht, während beim unechten Vertrag zugunsten Dritter **allein der Vertragspartner des Schuldners, der Versprechensempfänger, die Leistung an den Dritten vom Schuldner verlangen kann.**

Sofern keine ausdrückliche Vereinbarung besteht, ist der mutmaßliche Parteiwille zu ermitteln. Die Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB werden dabei durch die gesetzlichen Vermutungsregeln der §§ 329, 330 BGB modifiziert. Sofern auch keine dieser Fallgruppen einschlägig ist, muss auf die Umstände des Einzelfalles abgestellt werden, wobei insbesondere der Zweck der Vertragsabrede gemäß § 328 II BGB herangezogen werden muss.⁵⁷⁷ Dabei

⁵⁷² MünchKommBGB/Gottwald, § 328 Rdn. 21.

⁵⁷³ Dazu Esser/Schmidt, Schuldrecht Band I (Fn. 569), § 36 II. 2. a) und b) (S. 590 ff.).

⁵⁷⁴ Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1131; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT, Rdn. 723.

⁵⁷⁵ BVerfGE 73, 261, 270.

⁵⁷⁶ MünchKommBGB/Gottwald, § 328 Rdn. 255.

⁵⁷⁷ Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1129.

kommt es nicht auf den Willen der Parteien selbst an, sondern darauf, welchen Zweck die Vereinbarung nach den Vorstellungen redlicher, mit den allgemeinen Verkehrssitten vertrauter Parteien haben soll.⁵⁷⁸

Soll nur der Leistungsweg abgekürzt werden, indem etwa ein Händler seinen Lieferanten anweist, die bestellte Ware sogleich an den Abnehmer des Händlers auszuliefern, ist im Zweifel nur ein unechter Vertrag zugunsten Dritter anzunehmen. Ein eigener Anspruch des Abnehmers ist in solchen Fällen nämlich weder erforderlich noch gewollt. Sofern hingegen die Leistung nur im Interesse des Dritten erbracht werden soll, ist in der Regel ein eigener Anspruch jenes Dritten gewollt.⁵⁷⁹ Dies ist beispielsweise bei Beförderungsverträgen⁵⁸⁰ oder bei Verträgen über die ärztliche Behandlung Dritter (z.B. des Kindes) der Fall.⁵⁸¹

⇒ Fall Nr. 23 – *Der Virtuose am Ball*

⇒ Fall Nr. 24 – *Einmal Kap Hoorn und zurück*

b) Stellvertretung

Wie bei der Stellvertretung im Sinne der §§ 164 ff. BGB hat der echte Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 I BGB zur Folge, dass ein Dritter, der nicht persönlich am Vertragsschluss beteiligt ist, einen vertraglichen Leistungsanspruch erhält. Bei der Stellvertretung **wird der Dritte** als vertretene Person aber **selbst Vertragspartei**. Er erhält also nicht nur einen Anspruch aus einem (fremden) Vertrag, sondern erwirbt alle Rechte und auch die Pflichten aus einem (eigenen) Schuldverhältnis. Beim echten Vertrag zugunsten Dritter erwirbt der Dritte hingegen nur einen Leistungsanspruch, während Vertragspartner der Versprechensempfänger ist. Ihn treffen auch die Pflichten des Deckungsverhältnisses, insbesondere die Verpflichtung zur Gegenleistung. Darüber hinaus ist der Versprechensempfänger beim echten Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 335 BGB berechtigt, Leistung an den Dritten zu fordern, während ein Stellvertreter keinerlei eigene Ansprüche hat. Er kann deshalb aus eigenem Recht nicht verlangen, dass der Vertragspartner an den Vertretenen leistet.

Die Abgrenzung ist nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) vorzunehmen. Sofern der Handelnde erkennbar für einen anderen, also in fremdem Namen, handeln will, liegt eine Stellvertretung vor.⁵⁸² Das kann mitunter schwierig festzustellen sein. Insbesondere beim Auftreten von Eltern für ihre Kinder ist die Abgrenzung unsicher. Die Eltern können entweder ihr Kind in dessen Namen rechtsgeschäftlich gemäß §§ 164 ff. BGB vertreten oder im eigenen Namen zugunsten ihres Kindes auftreten. Im Zweifel schließen die Eltern eher einen Vertrag zugunsten des Kindes, da sie in der Regel in eigenem Namen auftreten. Außerdem erhält der Vertragspartner dadurch einen solventeren Schuldner.

⇒ Fall Nr. 23 – *Der Virtuose am Ball*

Zur **mittelbaren Stellvertretung** besteht eine Parallele darin, dass der Hintermann, wie der Begünstigte im Rahmen des § 328 I BGB, nicht selbst Vertragspartner wird. Vielmehr geht der Vordermann eine eigene Verpflichtung ein. Der Begünstigte im Rahmen des echten Vertrags zugunsten Dritter erlangt aber mit Vertragsschluss automatisch ein eigenes Forderungsrecht, weil er beim Vertragsschluss ausdrücklich benannt wird, wohingegen der Hintermann

⁵⁷⁸ MünchKommBGB/Gottwald, § 328 Rdn. 33.

⁵⁷⁹ BeckOK BGB/Janoschek, § 328 Rdn. 23.

⁵⁸⁰ Vgl. BGHZ 93, 273 ff.

⁵⁸¹ Jousen, Schuldrecht AT, Rdn. 1158 mit Bezug auf Medicus/Lorenz, Schuldrecht II – Besonderer Teil, 17. Aufl. 2014, Rdn. 672b.

⁵⁸² Auf das Offenkundigkeitsmerkmal des § 164 I BGB verweist beispielsweise Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT, Rdn. 736.

bei der mittelbaren/verdeckten Stellvertretung nicht in Erscheinung tritt. Er muss sich deshalb die Rechte aus dem Vertrag erst von dem Vormann abtreten lassen (so ausdrücklich § 392 I HGB für die Kommission als handelsrechtlicher Fall der mittelbaren Stellvertretung).

c) Abtretung

Der echte Vertrag zugunsten Dritter ist des Weiteren von der oben auf S. 42 ff. behandelten Abtretung i.S.v. § 398 BGB abzugrenzen. Der maßgebliche Unterschied zwischen diesen beiden Rechtsinstituten liegt in der Art des Rechtserwerbs durch den Dritten.⁵⁸³ Bei der Abtretung wird eine bestehende Forderung auf den neuen Gläubiger (Zessionar) übertragen, wodurch das Forderungsrecht des bisherigen Gläubigers (Zedent) erlischt. Eine solche Übertragung der Gläubigerstellung kann ohne Beteiligung des Schuldners durchgeführt werden.

Durch die Vereinbarung eines echten Vertrags zugunsten Dritter gemäß § 328 I BGB entsteht hingegen die Forderung des Dritten direkt aus dem Vertrag zwischen Schuldner und Versprechensempfänger. Gemäß § 335 BGB bleibt der Versprechensempfänger – anders als der Zessionar bei der Abtretung – im Zweifel berechtigt, die Leistung an den Dritten zu fordern. Er verliert demnach seinen eigenen Anspruch nicht. Diese doppelte Gläubigerstellung in Gestalt eines eigenen Anspruchs des Dritten und eines Anspruchs des Versprechensempfängers, jeweils gerichtet auf Leistung an den Dritten, kann ohne das Einverständnis des Schuldners nicht begründet werden.

d) Anweisung

Auch bei der Anweisung (§§ 783 ff. BGB) liegt ein Drei-Personen-Verhältnis vor, bei dem der Leistungsaustausch im Dreieck stattfindet.⁵⁸⁴ Bei der Anweisung wird der Angewiesene ermächtigt, an den Anweisungsempfänger (Dritten) zu leisten und dieser wird zudem ermächtigt, die Leistung anzunehmen. Der Angewiesene ist allerdings nicht zur Leistung an den Dritten verpflichtet, es sei denn, er hat sich vorab verpflichtet, derartige Anweisungen anzunehmen. Nimmt er die Anweisung an, wird er gemäß § 784 I BGB dem Anweisungsempfänger gegenüber zur Leistung verpflichtet. Erst durch die Annahme erhält dieser also ein eigenes Forderungsrecht.

e) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erlangt der Dritte kein eigenes Forderungsrecht auf die Hauptleistung, sondern wird nur in den Schutzbereich eines (fremden) Vertrags mit einbezogen. Er erhält dadurch einen eigenen vertraglichen Schadensersatzanspruch, sofern der Vertragspartner des Gläubigers ihm gegenüber vertragliche Schutz- oder Obhutspflichten i.S.v. § 241 II BGB verletzt (unten S. 106 ff.).

2. Rechtsbeziehungen der Beteiligten

Durch die Einbeziehung des Dritten entsteht ein Rechtsverhältnis mit drei Beteiligten. Der Vertrag zwischen Schuldner (Versprechender) und Versprechensempfänger, in dem die Abrede über den echten Vertrag zugunsten Dritter enthalten ist, wird als Deckungsverhältnis bezeichnet⁵⁸⁵, weil sich der Versprechensempfänger mithilfe dieses Vertrags die „Deckung“, also die an den Dritten zu erbringende Leistung, besorgt. Die Rechtsbeziehung zwischen Versprechensempfänger und Drittem wird Valutaverhältnis genannt⁵⁸⁶, weil in diesem Rechtsver-

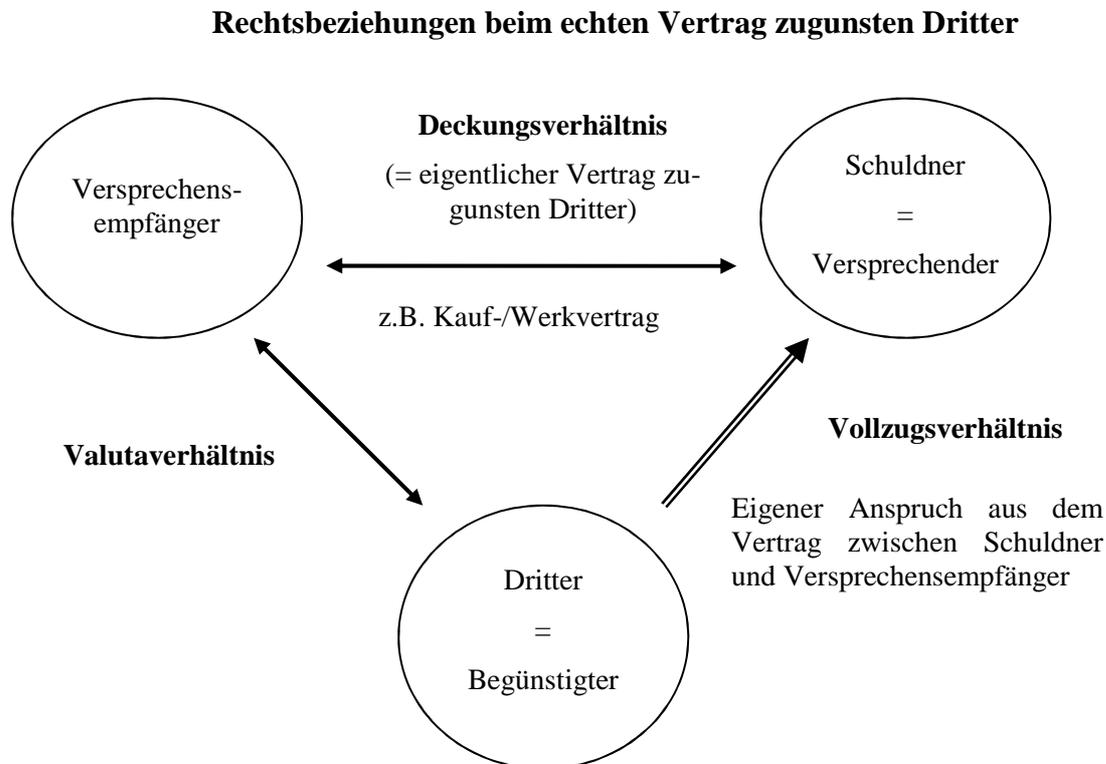
⁵⁸³ Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1150.

⁵⁸⁴ Allg. zur Anweisung *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II (Fn. 581), Rdn. 1069 ff.

⁵⁸⁵ MünchKommBGB/*Gottwald*, § 328 Rdn. 26; *Hornberger*, JA 2015, 7, 8.

⁵⁸⁶ MünchKommBGB/*Gottwald*, § 328 Rdn. 29; *Hornberger*, JA 2015, 7, 8.

hältnis wirtschaftlich die Leistung erbracht werden soll: Hier fließt die „Valuta“. Schließlich besteht das Vollzugsverhältnis zwischen Schuldner und Drittem.⁵⁸⁷ In dieser Rechtsbeziehung wird die Leistung faktisch vollzogen, also tatsächlich erbracht.



a) Deckungsverhältnis (Verhältnis zwischen Schuldner und Versprechensempfänger)

Das Deckungsverhältnis stellt die Grundlage des Vertrags zugunsten Dritter dar.⁵⁸⁸ Da dieser Vertrag zwischen Schuldner und Versprechensempfänger die Abrede über den Leistungsanspruch des Dritten enthält, ist er **maßgeblich für das Bestehen und den Inhalt des Anspruchs**. Nur wenn dieser Vertrag wirksam ist, kann der Anspruch des Dritten bestehen. Die dabei zu beachtende Form richtet sich nur nach dem Inhalt des Vertrags im Deckungsverhältnis.⁵⁸⁹ Gemäß § 334 BGB kann der Schuldner dem die Leistung fordernden Dritten auch alle Einwendungen aus diesem Vertrag im Deckungsverhältnis entgegenhalten. Deshalb wirken sich auch die Nebenabreden, die der Schuldner mit dem Versprechensempfänger vereinbart hat, auf das Verhältnis des Schuldners zum Dritten aus.

b) Valutaverhältnis (Verhältnis zwischen Versprechensempfänger und Drittem)

Das Valutaverhältnis enthält den Grund, warum der Versprechensempfänger dem Dritten die günstige Rechtsposition verschafft.⁵⁹⁰ Der **Rechtsgrund der Zuwendung** kann entweder vertraglich oder gesetzlich (z.B. Unterhalt) ausgestaltet sein. Beispielsweise kann eine Schenkung des Gläubigers an den Dritten vorliegen.

⁵⁸⁷ MünchKommBGB/Gottwald, § 328 Rdn. 30; Hornberger, JA 2015, 7, 8.

⁵⁸⁸ Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 1135.

⁵⁸⁹ BGHZ 54, 145, 147.

⁵⁹⁰ Weiler, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 34 Rdn. 10; Jousseen, Schuldrecht AT, Rdn. 1172.

Das Deckungsverhältnis ist grundsätzlich abstrakt vom Valutaverhältnis. Der Schuldner kann deshalb dem Dritten keine Einwendungen aus dem Valutaverhältnis entgegenhalten.⁵⁹¹ Fehlt der Rechtsgrund im Valutaverhältnis, ist der Schuldner trotzdem zur Leistung an den Dritten verpflichtet. Der Versprechensempfänger kann dann nur gemäß §§ 812 ff. BGB von dem Dritten Abtretung des Leistungsanspruchs oder Herausgabe des Geleisteten verlangen.⁵⁹²

Beispiel: Eine Mutter verspricht ihrem Sohn, von diesem arglistig getäuscht, ihm einen Neuwagen zu schenken. Sie geht daraufhin zu einem Autohändler und schließt dort einen Kaufvertrag zugunsten des Sohnes ab, verabredet also mit dem Autohaus (Schuldner), dass der Sohn (Dritter) aus dem mit der Mutter (Versprechensempfängerin) geschlossenen Kaufvertrag einen eigenen Anspruch auf Übereignung und Übergabe des Neuwagens i.S.v. § 328 BGB erwerben soll. Ficht die Mutter die Schenkung wegen der Täuschung an, ist nur diese gemäß § 142 I BGB mit ex tunc-Wirkung nichtig (Valutaverhältnis), nicht aber der zur Erfüllung des Schenkungsversprechens abgeschlossene Kaufvertrag mit dem Autohaus (Deckungsverhältnis). Das Autohaus bleibt also wegen der Wirksamkeit des Kaufvertrags weiter zur Leistung an den Sohn verpflichtet. Diesen Lieferanspruch des Sohns aus §§ 433 I 1, 328 BGB muss die Mutter vom Sohn gemäß § 812 BGB herausverlangen, weil der Sohn ihn im Valutaverhältnis zu ihr wegen der nichtigen Schenkung ohne Rechtsgrund erworben hat. Ist der Neuwagen bereits an den Sohn ausgeliefert, muss die Mutter Eigentum und Besitz am Fahrzeug selbst kondizieren.

Beachte: Wäre der Schenkungsvertrag nicht wegen Täuschung, sondern nur wegen Nichteinhaltung der notariellen Form (§ 518 I 1 BGB) gemäß § 125 BGB nichtig, so würde dieser Formmangel bereits durch den Abschluss des Kaufvertrags mit dem Autohaus geheilt. Die Verschaffung des Lieferanspruchs aus §§ 433 I 1, 328 BGB ist nämlich bereits als „Bewirkung der versprochenen Leistung“ i.S.v. § 518 II BGB anzusehen, führt also zur Heilung des Formmangels.⁵⁹³ Für die Wirksamkeit des Kaufvertrags im Deckungsverhältnis ist die allein das Valutaverhältnis betreffende Form des § 518 I BGB von vornherein ohne Bedeutung.

Bei einer **Schenkung auf den Todesfall** gibt es die Besonderheit, dass das Schenkungsversprechen gemäß § 2301 I 1 BGB grundsätzlich die Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen wahren muss, also nach der h. L. insbesondere die strenge Form des § 2276 I 1 BGB.⁵⁹⁴ Mit dieser Regelung will das Gesetz die Umgehung der erbrechtlichen Formvorschriften durch Schenkungen auf den Todesfall verhindern, die letztlich zu einer der Erbschaft oder dem Vermächtnis vergleichbaren Begünstigung des Bedachten führen.⁵⁹⁵ Während bei der Schenkung unter Lebenden die Bewirkung der Leistung einen Formverstoß heilen kann (§ 518 II BGB), muss bei der Schenkung von Todes wegen gemäß § 2301 II BGB der Schenker selbst die Schenkung durch Leistung des Gegenstands vollziehen. Eine Heilung nach dem Tod ist also im Rahmen des § 2301 II BGB nicht mehr möglich.

Problematisch ist nun, dass das gleiche wirtschaftliche Ergebnis wie bei einer Schenkung von Todes wegen durch einen Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall im Deckungsverhältnis i.S.v. § 331 BGB erreicht werden kann und § 331 BGB nicht die Einhaltung der strengen erbrechtlichen Formvorschriften fordert. Eine Schenkung auf den Todesfall im Rahmen eines echten Vertrags zugunsten Dritter liegt beispielsweise dann vor, wenn der Versprechensempfänger einen Sparvertrag mit einer Bank als Schuldnerin schließt, aus dem ein Dritter erst nach dem Tod des Versprechensempfängers einen Anspruch erhalten soll. Dies könnte etwa geschehen, wenn Großeltern ein Sparbuch anlegen mit der Bestimmung, dass die Bank nach

⁵⁹¹ Jauernig/Stadler, § 334 Rdn. 4 f.; MünchKommBGB/Gottwald, § 334 Rdn. 19; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT, Rdn. 731.

⁵⁹² MünchKommBGB/Gottwald, § 328 Rdn. 29.

⁵⁹³ MünchKommBGB/J. Koch, § 518 Rdn. 17.

⁵⁹⁴ Vgl. Palandt/Weidlich, § 2301 Rdn. 6; Staudinger/Kanzleiter (2014), § 2301 Rdn. 3 f.; Jauernig/Stürner, § 2301 Rdn. 9; a.A. MünchKommBGB/Musielak, § 2301 Rdn. 13 m.w.N., der die Form des § 2247 BGB für ausreichend hält.

⁵⁹⁵ Vgl. BeckOK BGB/Litzenburger, § 2301 Rdn. 1. Durch das Formerfordernis sollen die Vertragserben, die Pflichtteilsberechtigten und die Nachlassgläubiger geschützt werden, da ihnen bei einem wirksamen Schenkungsversprechen nur die Rechte aus § 2287 BGB bzw. §§ 2325, 2329 BGB bzw. § 4 AnfG oder § 134 InsO zustehen; vgl. Jauernig/Stürner, § 2301 Rdn. 2.

ihrem Tod den angesparten Geldbetrag an die Enkel auszahlen soll. Teile der Literatur fordern bei solchen Schenkungen auf den Todesfall die Einhaltung des § 2301 I BGB zumindest im Valutaverhältnis, weil anderenfalls die Formvorschriften des Erbrechts umgangen werden könnten.⁵⁹⁶ Für das Deckungsverhältnis gelte diese Formvorschrift aber nicht.

Der BGH und die h. L. sehen in § 331 BGB hingegen eine Sondervorschrift gegenüber § 2301 BGB.⁵⁹⁷ Im Valutaverhältnis sei nur die Form des § 518 I BGB einzuhalten, da § 2301 BGB von § 331 BGB verdrängt werde. Der entscheidende Unterschied zwischen den beiden Formvorschriften ist die Möglichkeit der Heilung des Formverstößes nach § 518 II BGB durch Bewirkung der Leistung auch nach dem Tod des Schenkers. Da nicht die vom Schuldner versprochene Leistung, sondern der Anspruch gegen den Schuldner als Gegenstand der Schenkung angesehen wird⁵⁹⁸, kann der Mangel der Form – wie bereits ausgeführt – schon dann geheilt werden, wenn der Dritte den Anspruch aus dem Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. § 328 BGB erwirbt: Dieser Erwerb findet gemäß § 331 I BGB im Zweifel mit dem Tod des Versprechensempfängers statt, sodass die Leistung von den Erben jedenfalls dann nicht zurückgefordert werden kann, wenn zu diesem Zeitpunkt auch schon die auf Abschluss des Schenkungsvertrags gerichteten Willenserklärungen zwischen Erblasser und begünstigtem Dritten ausgetauscht sind.⁵⁹⁹ Nach § 2301 II BGB tritt eine Heilung demgegenüber nur über den Vollzug der Schenkung durch den Schenker ein. Der Schenker muss also noch zu Lebzeiten das Schenkungsversprechen erfüllen, um den Formmangel zu heilen.

Kein Unterschied ergibt sich nach beiden Ansichten bezüglich der erforderlichen Form des Vertrags zugunsten Dritter: Maßgeblich sind das im Deckungsverhältnis vereinbarte Rechtsgeschäft und die hierfür geltenden Formanforderungen. Verschieden stellt sich die Rechtslage nach beiden Auffassungen nur für das Valutaverhältnis dar, also hinsichtlich der Frage, ob im Verhältnis zwischen Versprechensempfänger und Drittem ein Rechtsgrund für die Einräumung des Anspruchs besteht oder nicht. Insoweit besteht Streit, ob der begünstigte Dritte die Leistung behalten oder gemäß §§ 812 ff. BGB wegen Formunwirksamkeit (§ 125 S. 1 BGB) an die Erben des Schenkers herausgeben muss.⁶⁰⁰ In dem genannten Beispiel würden die Enkel also nach beiden Ansichten die Forderung aus dem Sparvertrag (§ 488 I 2 BGB) gegen die Bank zunächst erwerben. Nach h.M. könnten sie das Sparbuch zudem behalten, während sie die Forderung (mitsamt dem Sparbuch) nach der Minderansicht wegen Nichtigkeit der Schenkung an die Erben herauszugeben hätten.

c) Vollzugsverhältnis (Verhältnis zwischen Schuldner und Drittem)

Zwischen Schuldner und Drittem entsteht durch den echten Vertrag zugunsten Dritter nach herrschender Meinung kein eigenständiges Vertragsverhältnis, sondern der Dritte erlangt nur ein abgespaltenes Forderungsrecht.⁶⁰¹ Er rückt gerade nicht in die Stellung des Versprechensempfängers ein. Es entsteht jedoch ein **vertragsähnliches Vertrauensverhältnis** mit gegenseitigen Schutzpflichten.⁶⁰² Bei Verletzung dieser Pflichten können dem Dritte sowie dem Schuldner Schadensersatzansprüche aus §§ 280, 241 II BGB zustehen.

⁵⁹⁶ Medicus/Petersen, BR, Rdn. 396.

⁵⁹⁷ BGHZ 46, 198, 201; BGH WM 2008, 1700 (Rdn. 21); BeckOK BGB/Litzenburger, § 2301 Rdn. 16.

⁵⁹⁸ BGH NJW 1975, 382, 383.

⁵⁹⁹ Siehe aber auch BGH WM 2008, 1700 zu einem Fall, in dem das Schenkungsangebot dem Begünstigten erst nach dem Tod durch den Vertragspartner des Erblassers (einen Lebensversicherer) überbracht werden sollte und folglich die Erben einen rechtsbeständigen Erwerb des Begünstigten noch verhindern können.

⁶⁰⁰ Zum Meinungsstand BeckOK BGB/Litzenburger, § 2301 Rdn. 18 ff.

⁶⁰¹ BGHZ 54, 145, 147; MünchKommBGB/Gottwald, § 328 Rdn. 30; Jousen, Schuldrecht AT, Rdn. 1175.

⁶⁰² BGHZ 9, 316, 318.

3. Rechtsfolgen

a) Rechtsfolgen für den Dritten (= Begünstigten)

Durch die Einbeziehung in den Vertrag zwischen Schuldner und Versprechensempfänger erlangt der Dritte gemäß § 328 I BGB einen **eigenen unmittelbaren Anspruch** gegen den Schuldner auf Leistung. Der Anspruch steht ihm mit Vereinbarung der Abrede über den echten Vertrag zugunsten Dritter unmittelbar zu, also ohne Durchgangserwerb des Schuldners.⁶⁰³ Der konkrete Inhalt des Anspruchs folgt aus dem Deckungsverhältnis. Der Dritte hat aber gemäß § 333 BGB die Möglichkeit, den ihn begünstigenden Anspruch zurückzuweisen mit der Folge, dass das Recht mit *ex tunc* Wirkung entfällt.

Sofern es bei der Leistung des Schuldners zu **Leistungsstörungen** kommt, ist fraglich, ob dem Dritten eigene Sekundäransprüche zustehen oder ob nur der Versprechensempfänger als Vertragspartner des Schuldners diese geltend machen kann.⁶⁰⁴ **Integritätsschäden** kann der Dritte gemäß §§ 280 I, 241 II BGB, **Verzugsschäden** gemäß §§ 280 I, II, 286 BGB selbst geltend machen.⁶⁰⁵ Diese Ansprüche berühren den Vertrag aus dem Deckungsverhältnis nicht. Neben dem Dritten kann zwar auch der Versprechensempfänger etwaige Leistungsstörungen geltend machen, muss aber Leistung an den Dritten verlangen.⁶⁰⁶

Problematisch sind **Sekundärrechte, die den Vertrag im Ganzen** betreffen, also Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 I, III, 281 BGB) sowie der Rücktritt vom Vertrag (§§ 323 ff. BGB). Der Rücktritt hat Auswirkungen auf das Deckungsverhältnis, weil das ursprüngliche Schuldverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt wird.⁶⁰⁷ Wird Schadensersatz statt der Leistung gefordert, ändert sich das Pflichtenprogramm des Schuldners: Der Anspruch auf die (ursprünglich geschuldete) Leistung (Schuldverhältnis i.e.S.) erlischt gemäß § 281 IV BGB und der Dritte hat in der Regel nur noch einen Anspruch auf Schadensersatz in Geld. Dadurch kann im einzelnen Fall dem Dritten eine andere Leistung zukommen als jene, die der Versprechensempfänger ihm im Valutaverhältnis ursprünglich verschaffen wollte. Dass dem Schadensersatzanspruch statt der Leistung vertragsgestaltende Wirkung zukommt, zeigt auch § 281 V BGB: Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist der Schuldner berechtigt, das seinerseits Geleistete nach Maßgabe der §§ 346 ff. BGB zurückzufordern.⁶⁰⁸

Nach h.M. stehen diese vertragsgestaltenden Rechte grundsätzlich nur dem Versprechensempfänger und nicht dem Dritten zu, da dieser nicht Vertragspartei wird.⁶⁰⁹ Grundsätzlich können nur die Vertragspartner die den Vertrag als Ganzes betreffenden Rechte geltend machen⁶¹⁰, weil nur ihre Leistungen im Synallagma stehen. Auch löst es ein Störgefühl aus, dem Dritten,

⁶⁰³ Dazu schon oben F. I.

⁶⁰⁴ Ausführlich dazu *Hornberger*, JA 2015, 7, 9 ff. und 96 f.

⁶⁰⁵ *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1194; ausführlich *Esser/Schmidt*, Schuldrecht Band I (Fn. 569), § 36 III. (S. 592 ff.); s. auch *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rdn. 728 ff.; zu den Integritätsschäden OLG Köln, NJW-RR 1997, 542 (mit dem im alten Schuldrecht verwendeten Begriff der „positiven Vertragsverletzung“).

⁶⁰⁶ *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 32 Rdn. 16.

⁶⁰⁷ Dazu schon oben B.

⁶⁰⁸ Deswegen ist es unpräzise, wenn teilweise nur auf die gestaltende Wirkung des Rücktritts eingegangen wird (so z.B. *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 32 Rdn. 17).

⁶⁰⁹ *BeckOK BGB/Janoschek*, § 328 Rdn. 20; *Palandt/Grüneberg*, § 328 Rdn. 5; *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1196; a.A. *Soergel/Hadding*, § 328 Rdn. 42.

⁶¹⁰ *Palandt/Grüneberg*, § 328 Rdn. 6.

der bei der Vereinbarung der Pflichten im Deckungsverhältnis nicht beteiligt war, die Möglichkeit einzuräumen, auf den Inhalt der daraus wirkenden Pflichten einzuwirken.

Die Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB kann aber ausnahmsweise ergeben, dass der Dritte auch dahingehende Rechte erhalten soll. Die Parteien können im Rahmen ihrer Privatautonomie dem Dritten auch ein unentziehbares Forderungsrecht einräumen. Dann kann der Versprechensempfänger die den Vertrag als Ganzes betreffenden Rechte grundsätzlich⁶¹¹ nur mit Zustimmung des Dritten ausüben, damit dieser nicht gegen seinen Willen sein Forderungsrecht verlieren kann.⁶¹²

b) Rechtsfolgen für den Versprechensempfänger

Der Versprechensempfänger behält trotz der Abrede über den echten Vertrag zugunsten Dritter grundsätzlich den Anspruch auf Leistung gegen den Schuldner. Er kann aber im Zweifel gemäß § 335 BGB nur verlangen, dass der Schuldner an den Dritten leistet.⁶¹³

Des Weiteren behält er sämtliche **Gestaltungsrechte** in Bezug auf den Vertrag des Deckungsverhältnisses, sofern nicht die Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB ergibt, dass die Ausübung dieser Rechte nur mit Zustimmung des Dritten zulässig sein soll.⁶¹⁴ Etwas anderes soll nur bei Willensmängeln gelten. Das Recht des Versprechensempfängers, die Anfechtung wegen eines Willensmangels erklären zu dürfen, verbleibe bei diesem. Die Zustimmung des begünstigten Dritten sei nicht erforderlich, auch wenn durch eine solche Anfechtung das Forderungsrecht des Dritten beseitigt wird.⁶¹⁵ Das erkläre sich daraus, dass das Anfechtungsrecht allein die Entscheidungsfreiheit des Erklärenden schützen soll, hingegen nicht das Vertrauen eines Unbeteiligten in den Bestand einer vermögenswerten Rechtsposition. Der Versprechensempfänger sei deswegen stets ohne Zustimmung des Dritten zur Anfechtung berechtigt, selbst wenn dem Dritten ein unentziehbares Forderungsrecht eingeräumt wurde.⁶¹⁶

c) Rechtsfolgen für den Schuldner (= Versprechenden)

Der Schuldner wird durch den echten Vertrag zugunsten Dritter verpflichtet, an den Dritten zu leisten. Aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse könnte der Schuldner Einwendungen aus dem Vertrag des Deckungsverhältnisses grundsätzlich nur seinem Vertragspartner gegenüber geltend machen. Beim echten Vertrag zugunsten Dritter bestimmt § 334 BGB jedoch, dass der Schuldner auch dem Dritten alle Einwendungen aus dem Vertrag im Deckungsverhältnis entgegenhalten kann. Dabei ist der Begriff der Einwendungen – nicht anders als in § 404 BGB (oben S. 62) – weit zu verstehen: nicht nur rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen, sondern auch rechtshemmende Einreden sind erfasst.⁶¹⁷ Allerdings ist **§ 334 BGB dispositiv** und kann daher von den Vertragsparteien abbedungen werden. Dies kann auch konkludent geschehen oder sich im Einzelfall sogar aus der Natur des Vertrags zugunsten Dritter ergeben, wie die Entscheidung BGHZ 93, 271 zeigt: Danach kann die Fluggesellschaft bei einem zugunsten des Reisenden abgeschlossenen Flugbeförderungsvertrag nicht dessen Beförderung mit der Begründung verweigern, der den Flug buchende Reiseveranstalter habe den Flugpreis noch nicht bezahlt. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ge-

⁶¹¹ Zur Ausnahme sogleich unten F. I. 3. b).

⁶¹² *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1197.

⁶¹³ Vgl. oben schon B. I. 2. c) bb) und F. I. 1. b).

⁶¹⁴ RGZ 101, 275, 276 f.

⁶¹⁵ *Hornberger*, JA 2015, 7, 9 mit Beispiel und Nachweisen.

⁶¹⁶ So i.E. *Soergel/Hadding*, § 328 Rdn. 34, der die Interessen des Dritten nur über einen Schadensersatzanspruch gegen den Versprechensempfänger aus § 280 I BGB geschützt wissen will.

⁶¹⁷ BeckOK BGB/*Janoschek*, § 334 Rdn. 2; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1142.

mäß § 320 BGB ist nach Ansicht des BGH aufgrund der Natur des Deckungsverhältnisses ausgeschlossen. Der Reisende kenne die rechtliche Gestaltung des Beförderungsvertrags nicht und gehe deshalb nach Abschluss eines Pauschalreisevertrags und Bezahlung des Reisepreises davon aus, einen einredefreien Anspruch gegen die Fluggesellschaft zu erhalten.

⇒ *Fall Nr. 24 – Einmal Kap Hoorn und zurück*

Mangels Gegenseitigkeit der Forderungen ist eine **Aufrechnung** des Schuldners mit einer Forderung, die er gegen den Versprechensempfänger hat, unzulässig.⁶¹⁸ Die Aufrechnung ist also keine Einwendung i.S.v. § 334 BGB, die der Schuldner auch dem Dritten entgegenhalten könnte.

Der Schuldner kann sich – wie gesagt⁶¹⁹ – auch nicht auf Einwendungen aus dem Valutaverhältnis berufen. Dieses ist abstrakt vom Deckungsverhältnis. Trotz Unwirksamkeit eines Vertrags im Valutaverhältnis ist der Schuldner deshalb weiterhin verpflichtet, an den Begünstigten zu leisten.

4. Verfügung zugunsten Dritter

Von § 328 I BGB werden seinem Wortlaut nach nur Verpflichtungsverträge zugunsten Dritter erfasst. Problematisch ist, ob Verfügungen zugunsten Dritter analog § 328 I BGB zulässig sind, also beispielsweise das Eigentum an einer Sache dem Dritten direkt und ohne dessen Beteiligung analog § 328 I BGB übertragen werden kann. Nach der Rechtsprechung und Teilen der Literatur sind Verfügungen wie die Eigentumsübertragung oder eine Forderungsabtretung zugunsten Dritter unzulässig.⁶²⁰

Unmittelbar einsichtig ist dies, soweit für die dingliche Verfügung der Publizitätsgrundsatz des Sachenrechts gewahrt werden muss und dieser nicht ohne Mitwirkung des Dritten hergestellt werden kann. So ist z.B. zur Übereignung nach § 929 S. 1 BGB neben der dinglichen Einigung ein äußerer Vollzugsakt, die Übergabe, erforderlich, die einen Besitzerwerb des Dritten voraussetzt. Muss dieser Dritte aber durch Entgegennahme der Sache ohnehin mitwirken, kann auch sogleich an ihn – ohne Umweg über einen Versprechensempfänger – verfügt werden.⁶²¹ Der dingliche Rechtserwerb eines Dritten lässt sich zudem einfacher als über eine Verfügung zugunsten Dritter erreichen, indem der Versprechensempfänger als Vertreter ohne Vertretungsmacht des Dritten agiert.⁶²² Sofern der Dritte dann die dingliche Einigung genehmigt, erlangt er das dingliche Recht.

Die im Schuldrecht geregelten Verfügungen, insbesondere die Abtretung (§§ 398 ff. BGB), könnten anders zu beurteilen, mithin eine Verfügung zugunsten Dritter möglich sein, weil das Gesetz bei ihnen keinen Publizitätsakt vorgesehen hat. Gleichwohl will die h.M. auch diesbezüglich keine Verfügung zugunsten Dritter anerkennen, weil das gleiche wirtschaftliche Ergebnis wie bei einer Forderungsabtretung zugunsten Dritter auf anderem Wege erreichbar sei: Die Forderung des Zedenten könne erlassen und sodann zugunsten des nicht beteiligten Dritten gemäß § 328 I BGB inhaltsgleich neu begründet werden.⁶²³ Der Erlass hätte allerdings zur Folge, dass die für die Forderung bestehenden Sicherungsrechte erlöschen, während sie bei einer Abtretung zugunsten Dritter gemäß § 401 BGB übergehen würden. Zudem würde der

⁶¹⁸ BGH MDR 1961, 481.

⁶¹⁹ Oben F. I. 2. b).

⁶²⁰ BGHZ 41, 95, 96; BGH NJW 1993, 2617; Palandt/*Grüneberg* Einf v § 328 Rdn. 8 f.; BeckOK BGB/*Janoschek*, § 328 Rdn. 4; a.A. *Esser/Schmidt*, Schuldrecht Band I (Fn. 569), § 36 IV. (S. 594 ff.).

⁶²¹ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1157.

⁶²² Palandt/*Grüneberg*, Vor § 328 Rdn. 9.

⁶²³ BeckOK BGB/*Janoschek*, § 328 Rdn. 4; Erman/*Westermann*, § 328 Rdn. 3.

Dritte durch die zeitlich spätere Neubegründung in einer eventuellen Insolvenz des Schuldners schlechter stehen. Um diese Nachteile des Umwegs über den Erlass und die Neubegründung der Schuld i.S.v. § 328 BGB zu vermeiden, will eine Gegenansicht derartige Verfügungen über Forderungsrechte zugunsten Dritter anerkennen.⁶²⁴

II. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Literatur (Auswahl): *Assmann*, Grundfälle zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, JuS 1996, 885; *Bayer*, Vertraglicher Drittschutz, JuS 1996, 473; *Coester-Waltjen*, Der Dritte und das Schuldverhältnis, Jura 1999, 656; *Hübner/Sagan*, Die Abgrenzung von Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation, JA 2013, 741; *Höhne/Kühne*, Der Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter – Anspruchsgrundlage und Anspruchsumfang, JuS 2012, 1063; *Koch*, § 311 Abs. 3 als Grundlage einer vertrauensrechtlichen Auskunftshaftung, AcP (2004), 59; *Looschelders/Makowsky*, Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter, JA 2012, 721; *Neuner*, Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen, JZ 1999, 126; *Pinger/Behme*, Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte als Rechtsgrundlage der Gutachterhaftung gegenüber Dritten, JuS 2008, 675; *Zenner*, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter – Ein Institut im Lichte seiner Rechtsgrundlage, NJW 2009, 1030.

Der im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist – auch wenn der Begriff ähnlich wie der in § 328 BGB verwendete klingt – im Ansatz streng vom Vertrag zugunsten Dritter zu unterscheiden. Er hat nämlich einen ganz anderen rechtlichen Hintergrund als jener Vertrag.

Beim Vertrag zugunsten Dritter geht es – wie ausgeführt – darum, einem Dritten einen eigenständigen *Leistungsanspruch* aus einem fremden Vertrag zu verschaffen. Beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter steht hingegen – wie sich aus seiner Bezeichnung ergibt – nicht die Begründung von Leistungspflichten in Rede, sondern es sollen vertragliche Schutzpflichten gegenüber einer am Vertragsschluss nicht beteiligten Person begründet werden. Durch die Einbeziehung in den Schutzbereich eines (fremden) Schuldverhältnisses soll der Dritte bei der Verletzung von Schutzpflichten im Sinne des § 241 II BGB einen eigenständigen Schadensersatzanspruch gemäß § 280 I BGB erhalten, den er ansonsten wegen der fehlenden unmittelbaren Beteiligung an dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis nicht hätte.

1. Ausgleich der Schwächen des Deliktsrechts

Der rechtspolitische Hintergrund für die Entwicklung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist ein ähnlicher wie bei der Drittschadensliquidation sowie der Haftung Dritter aus culpa in contrahendo (§ 311 III BGB): Jeweils sollen diese zunächst von der Rechtsprechung entwickelten, später partiell im Gesetz verankerten Rechtsinstitute Schwächen des Deliktsrechts ausgleichen.⁶²⁵ Einem Geschädigten nur den deliktsrechtlichen Schutz zukommen zu lassen, sei nicht in Einklang zu bringen mit der Tatsache, dass die Erfüllung *vertraglicher* Leistungspflichten zu einem gesteigerten sozialen Kontakt der Vertragsparteien und dementsprechend zu einer größeren Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgüter des Vertragspartners und gegebenenfalls mit diesem verbundener Dritter führt.⁶²⁶

Die erste Schwäche des Deliktsrechts im Vergleich zur Vertragsordnung besteht bei der **Haftung für das Verhalten Dritter**. Diese ist in § 278 S. 1 BGB wesentlich effektiver ausgestal-

⁶²⁴ MünchKommBGB/Gottwald, § 328 Rdn. 269 f.; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 1159 f.; *Staudinger/Jagmann* (2009), Vorbem. zu §§ 328 ff. Rdn. 60; anders nun *Staudinger/Klump* (2015), Vorbem. zu §§ 328 ff. Rdn. 48 f., der den Weg über das Stellvertretungsrecht bevorzugt.

⁶²⁵ Die Drittschadensliquidation ist allerdings auch innerhalb des Deliktsrechts relevant, wenn ein dingliches Recht für fremde Rechnung gehalten und sodann von einem Dritten verletzt wird; vgl. eingehend *Bitter* (Fn. 319), S. 369 ff., insbes. S. 394 ff.; zur Drittschadensliquidation unten F. III.

⁶²⁶ Jüngst BGH NJW-RR 2017, 888 Rdn. 15.

tet als im Deliktsrecht. Gemäß § 831 I 1 BGB muss der Geschäftsherr zwar grundsätzlich auch für das Handeln seines Verrichtungsgehilfen einstehen; allerdings gibt ihm § 831 I 2 BGB eine Exkulpationsmöglichkeit. Sofern ihm kein Auswahl- oder Überwachungsverschulden vorzuwerfen ist, trifft ihn folglich keine Haftung. Der Geschädigte kann sich dann gemäß § 823 I BGB nur an den möglicherweise wenig solventen Verrichtungsgehilfen selbst halten. Im Rahmen eines vertraglichen Schuldverhältnisses muss der Geschäftsherr hingegen für das schuldhafte Handeln seines Erfüllungsgehilfen ohne Möglichkeit der Exkulpation einstehen (§ 278 BGB). Es entlastet ihn also nicht, dass er selbst nicht schuldhaft gehandelt hat.

Eine zweite Schwäche der deliktischen gegenüber vertraglichen Schadensersatzansprüchen ist die fehlende **Beweislastumkehr**. Im Deliktsrecht muss der Geschädigte ein schuldhaftes Handeln des Schädigers beweisen, wohingegen § 280 I 2 BGB eine Beweislastumkehr anordnet: Das Vertretenmüssen wird danach vermutet und der Schädiger muss sich exkulpieren.

Drittens sind im Vertragsrecht **reine Vermögensschäden** grundsätzlich ersatzfähig. Im Deliktsrecht können solche Schäden nur eingeschränkt über § 823 II BGB bei Verletzung eines Schutzgesetzes oder bei sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB ersetzt verlangt werden. Bei einer fahrlässigen Vermögensschädigung ohne Verletzung eines der in § 823 I BGB genannten Rechtsgüter geht der Geschädigte deshalb im Deliktsrecht oft leer aus.

Um diese Schwächen auszugleichen, hat die Rechtsprechung in eng begrenzten Ausnahmefällen die **Relativität der Schuldverhältnisse durchbrochen** und die Liquidierung von Schäden nach vertragsrechtlichen Grundsätzen auch ohne direkte vertragliche Beziehung zum Geschädigten ermöglicht. Beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter geschieht dies dadurch, dass dem geschädigten Dritten ein eigenständiger Schadensersatzanspruch gegen eine Person zugesprochen wird, mit der zwar nicht er selbst, aber eine andere Person durch ein Schuldverhältnis verbunden ist. Bei der nachfolgend noch zu behandelnden Drittschadensliquidation wird demgegenüber dem unmittelbaren Vertragspartner das Recht zugesprochen, den Schaden des nicht vertraglich verbundenen Dritten geltend zu machen, diesen Schaden also im Rahmen der vertraglichen Haftung zu liquidieren (unten S. 114 ff.). Beide Ausnahmefälle stimmen aber darin überein, dass **eine nicht am Schuldverhältnis beteiligte Person gegenüber dem Deliktsrecht begünstigt wird**, sei es durch einen eigenen Ersatzanspruch (Vertrag mit Schutzwirkung) oder durch die Einbeziehung ihres Interesses in den Ersatzanspruch des Vertragspartners (Drittschadensliquidation). Im Rahmen der Haftung aus § 311 III BGB wird der Dritte hingegen nicht als Begünstigter, sondern als Verpflichteter in die Haftung einbezogen. Der Geschädigte kann also seinen Schaden nicht nur gegenüber dem unmittelbaren Partner des (vorvertraglichen) Schuldverhältnisses, sondern auch gegenüber einem Dritten geltend machen, mit dem auch später keine vertragliche Beziehung entstehen sollte.

2. Rechtsgrundlage des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Weil es im BGB keine Regelung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gibt, ist seine **Rechtsgrundlage problematisch**. Es stehen sich zwei Konzepte gegenüber⁶²⁷: Einerseits ein Vertragskonzept, welches das Institut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter anhand vertraglicher Auslegungsregeln zu begründen sucht; andererseits ein institutionelles oder gesetzliches Konzept, das – zumindest vordergründig – auf gesetzliche Wertungen zurückgreift. Dem Vertragskonzept entsprechend wurden die Grundsätze des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter von der Rechtsprechung und Literatur in Analogie zu § 328 BGB entwickelt.⁶²⁸ Heute ziehen der BGH und Teile des Schrifttums den Vertrag selbst als

⁶²⁷ Zenner, NJW 2009, 1030.

⁶²⁸ RGZ 91, 21; RGZ 87, 64 (Droschkenführerfall); Larenz, NJW 1956, 1193 (§ 328 BGB „höchstens entsprechend“ anwendbar); ablehnend Staudinger/Klumpp (2015), § 328 Rdn. 97 m.w.N.

Rechtsgrundlage über eine ergänzende Vertragsauslegung i.S.v. §§ 133, 157 BGB heran.⁶²⁹ Dem stehen die institutionell geprägten Ansätze gegenüber: Nach einer Auffassung folgt die Rechtsgrundlage aus der (richterlichen) Rechtsfortbildung dispositiven Rechts gemäß § 242 BGB.⁶³⁰ Nach anderer Ansicht stellt der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter eine Ausprägung des § 311 III 1 BGB dar, weil diese Vorschrift nicht auf die Haftung Dritter zu beschränken sei, sondern sie im Hinblick auf ihre offene Formulierung („insbesondere“) auch die Einbeziehung Dritter als Begünstigte decke.⁶³¹

Der Streit über die dogmatische Einordnung spielt nur in Ausnahmefällen eine Rolle.⁶³² Zum einen kann sie sich auswirken, wenn den Gläubiger ein Mitverschulden trifft, weil man sich dann der Frage zuwenden muss, ob der Dritte, also der Geschädigte, sich dieses Mitverschuldens zurechnen lassen muss. Zum anderen kann sich die Frage stellen, ob der Drittschutz abdingbar ist, vor allem, ob eine Haftungsprivilegierung zwischen den Vertragsparteien auch Wirkung im Verhältnis zum Dritten entfaltet.

Beispiel 1 (Mitverschulden): Vater V möchte mit seinem Sohn S und dem Wohnwagen auf Europareise gehen. Dafür lässt er den Wohnwagen vom Werkstattbetreiber W herrichten, dem er von seinem Vorhaben erzählt. W tauscht u.a. die Reifen aus und weist V darauf hin, dass er die Radmuttern nach 50 km nachziehen muss. V ist auf der Fahrt jedoch so aufgereggt, dass er dies vergisst. Auf der Autobahn geht das rechte Vorderrad verloren, als V durch ein Schlagloch fährt. V verliert die Kontrolle und der Wohnwagen landet im Straßengraben. S zieht sich dabei leichte Kopfverletzungen zu. Wie sich später herausstellt, hatte nicht nur V vergessen, die Radmuttern nachzuziehen; auch W hatte es versäumt, die Muttern mit dem richtigen Drehmoment zu befestigen. Beide hätten den Unfall also vermeiden können. S verlangt von W ein angemessenes Schmerzensgeld.

Beispiel 2 (Haftungsprivileg): Wie im Fall zuvor wechselt W die Reifen aus, sagt V jedoch, die Radmuttern müsse er nicht mehr nachziehen. Zuvor hatten W und V, die seit Jahren befreundet sind, individualvertraglich wirksam vereinbart, dass W nur für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz einzustehen hat. Es kommt wieder zum Unfall auf der Reise, weil sich das Vorderrad löst. Ein Sachverständiger kann im Nachhinein feststellen, dass die Radmuttern von W leicht fahrlässig mit dem falschen Drehmoment befestigt wurden. Wiederum verlangt S von W ein angemessenes Schmerzensgeld.

Knüpft man den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter an § 328 BGB (analog) an, so ist es wegen des systematischen Zusammenhangs regelrecht zwingend, auch § 334 BGB anzuwenden. Folge ist, dass sich der Dritte den Einwand des Mitverschuldens (des Gläubigers) vom Schuldner entgegenhalten lassen muss.⁶³³ Nichts anderes gilt, wenn man den Schutz des Dritten über eine ergänzende Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) begründet: Da der Dritte hiernach seine Rechte aus der Vertragsbeziehung der unmittelbaren Vertragspartner herleitet, muss seine Rechtsposition dieselben Schwächen aufweisen wie diejenige des Gläubigers.⁶³⁴ Schließlich enthält auch § 328 BGB nichts anderes als eine gesetzlich typisierte Regel der Vertragsauslegung, so dass es angezeigt ist, beide vertraglichen Begründungsansätze im Hinblick auf § 334 BGB gleich zu behandeln.

Für Beispiel 1 würde das bedeuten, dass sich S im Verhältnis zu W den Mitverschuldensanteil des V anspruchsmindernd entgegenhalten lassen müsste.

⁶²⁹ BGHZ 56, 269, 273; BGH NJW 2004, 3035, 3036; BGH NJW-RR 2017, 888 Rdn. 15; Palandt/*Grüneberg*, § 328 Rdn. 14; *Dahm*, JZ 1992, 1167; *Gehrlein*, NZG 2013, 961, 963. Zahlreiche weitere Nachweise bei Staudinger/*Klumpp* (2015), § 328 Rdn. 102.

⁶³⁰ Jauernig/*Stadler*, § 328 Rdn. 21; Staudinger/*Klumpp* (2015), § 328 Rdn. 103; *Bayer*, JuS 1996, 473, 475.

⁶³¹ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 162; tendenziell in diese Richtung *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rdn. 867; *Schwab*, JuS 2002, 872, 873; ablehnend z.B. *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rdn. 433.

⁶³² Zum Nachfolgenden *Zenner*, NJW 2009, 1030, 1032 f.

⁶³³ Dahingehend beispielsweise BGH NJW 1961, 211, 212; BGH NJW 1995, 392, 393; BGH NJW 2012, 3165, 3169 (Rdn. 35); Palandt/*Grüneberg*, § 254 Rdn. 56.

⁶³⁴ Dahingehend die Argumentation in BGH NJW 1961, 211, 212, die auf den Ansatz der ergänzenden Vertragsauslegung ebenfalls passt. Kritisch *Zenner*, NJW 2009, 1030, 1032 f. (Dritter nicht gleichgestellt, sondern schlechter: er trage das eigene und das fremde Mitverschulden).

Zu anderen Ergebnissen kann man gelangen, wenn man § 311 III BGB oder eine (richterrechtliche) Rechtsfortbildung aus Treu und Glauben bemüht: Bei § 311 III BGB fehlt der systematische Zusammenhang zu § 334 BGB. Bei einer Einbeziehung des Dritten in den vertraglichen Schutzbereich nach Treu und Glauben besteht der Sinn gerade darin, dem Dritten einen möglichst vollwertigen Anspruch zuzugestehen; eine Kürzung des Anspruchs über einen Mitverschuldenseinwand würde dazu in einem Spannungsverhältnis stehen. Den Mitverschuldenseinwand zulasten des Dritten zu berücksichtigen wäre daher bei den institutionellen Konzepten mit mehr Begründungsaufwand verbunden als bei den vertraglichen.

Im Beispiel 1 könnte S folglich von W Zahlung verlangen, ohne dass dieser sich mit dem Einwand eines mitwirkenden Verschuldens durch V verteidigen kann.

Ähnliche Unterschiede zwischen den Konzepten stehen im Raum, wenn es darum geht zu bestimmen, wie sich eine zugunsten des Schuldners im Hauptvertrag vereinbarte Haftungsprivilegierung im Verhältnis zum Dritten auswirkt.⁶³⁵

Je nachdem ob man dem vertraglichen oder dem institutionellen Konzept folgt, wirkt im Beispiel 2 das Haftungsprivileg des Schuldners W auch im Verhältnis zum geschädigten S.

Freilich ist zu sehen, dass der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unabhängig von der herangezogenen Rechtsgrundlage ein richterrechtlich entwickeltes Instrument der Billigkeitshaftung ist. Deshalb ist keineswegs ausgeschlossen, dass die Rechtsprechung auch auf der Basis ihres vertraglichen Ansatzes im Einzelfall zu jenen Ergebnissen gelangt, welche nach den institutionellen Konzepten näher liegen.⁶³⁶

In einer Klausur empfiehlt es sich, auf die unterschiedlichen Rechtsgrundlagen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nur einzugehen, wenn sie sich auf das Ergebnis – wie vorstehend beschrieben – tatsächlich auswirken *können*. Ansonsten genügt es darauf zu verweisen, die Schutzwirkung zugunsten Dritter aus einem Vertrag sei jedenfalls **gewohnheitsrechtlich anerkannt**, so dass die Frage nach der Rechtsgrundlage mangels Relevanz unbeantwortet bleiben könne.

3. Voraussetzungen

Um die Relativität der Schuldverhältnisse als Grundsatz der Zivilrechtsordnung nicht gänzlich aus den Angeln zu heben, unterliegt die Erweiterung des Haftungsrisikos des Schuldners durch Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Vertrags strengen Voraussetzungen.⁶³⁷ Es muss verhindert werden, dass jede Person, die durch eine Verletzung vertraglicher Schutzpflichten einen Schaden erleidet, auch einen vertraglichen Anspruch aus dem Vertrag zwischen Schuldner und Gläubiger erhält. Die gesetzliche Trennung zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung mit ihren je unterschiedlichen Voraussetzungen würde sonst nämlich ad absurdum geführt: Nach der Grundordnung des BGB sollen Schäden, die außerhalb vertraglicher Beziehungen entstehen, nur unter den Voraussetzungen des Deliktsrechts ersetzbar sein. Eine Abweichung von diesem Grundsatz ist daher nur in Ausnahmefällen und unter klar definierten, engen Voraussetzungen zulässig.

Die Einbeziehung Dritter kommt trotz der Bezeichnung als „Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ nicht nur bei bestehenden Verträgen, sondern auch bei vorvertraglichen Schuldverhältnissen im Sinne des § 311 II BGB in Betracht. Jedoch ist erforderlich, dass überhaupt ein konkretes wirksames Vertrags- oder vorvertragliches Schuldverhältnis vorliegt.

⁶³⁵ Für eine Berücksichtigung von Haftungsprivilegien z.B. BeckOK BGB/*Janoschek*, § 334 Rdn. 5; *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1222; a.A. *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 171.

⁶³⁶ Siehe insbesondere den unten bei Fn. 628 behandelten konkludenten Ausschluss des § 334 BGB.

⁶³⁷ Zusammenfassend BGHZ 176, 281 (Rdn. 27 ff.); BGH ZIP 2016, 1586 (Rn. 17).

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist dabei – wie der echte Vertrag zugunsten Dritter⁶³⁸ – kein eigenständiger Vertragstyp und kann damit allein keine Anspruchsgrundlage darstellen. Diese folgt immer aus dem konkreten bestehenden Vertrags- oder vorvertraglichen Schuldverhältnis, in dessen Schutzbereich der Dritte über die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter einbezogen wird. Die Vertragsparteien können aber aufgrund der Privatautonomie gemäß § 311 I BGB auch ausdrücklich Dritte in den Schutzbereich eines Vertrags mit einbeziehen. Dann kennt der Schuldner bei Vertragsschluss sein Haftungsrisiko und die strengen Voraussetzungen der Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sind entbehrlich.

a) Bestimmungsgemäße Leistungsnähe des Dritten

Zunächst ist erforderlich, dass der Dritte bestimmungsgemäß mit der Leistung in Berührung kommt und den Gefahren der Hauptleistung des Schuldners in gleichem Maße ausgesetzt ist wie der Gläubiger (Leistungsnähe).⁶³⁹ Durch diese Voraussetzung soll sichergestellt werden, dass nur Dritte einbezogen werden, die in gewisser Nähe zum Schuldverhältnis stehen.⁶⁴⁰ Die Leistungsnähe ist beispielsweise bei Kindern, die ihre Eltern zum Einkaufen begleiten, gegeben: Das Kind kann z.B. auf einem Gemüseblatt, das in einem Supermarkt auf dem Boden liegt, ebenso ausrutschen wie die Eltern.⁶⁴¹ Ein weiteres Beispiel der Leistungsnähe lässt sich im Mietrecht finden: Die Kinder und der Ehegatte des Mieters, die mit diesem in der Wohnung leben, sind den Gefahren der vertraglichen Hauptleistung aus dem Mietvertrag ebenso ausgesetzt wie der Mieter selbst: Ist etwa die Treppe im Mietobjekt schadhaft, können darauf die Kinder und der Ehegatte ebenso wie der Mieter zu Fall kommen und sich dadurch verletzen.

Die Leistungsnähe liegt allerdings nicht vor, wenn der Dritte rein zufällig in die Nähe des Leistungsverhältnisses kommt. Dies ist beispielsweise bei Besuchern eines Krankenhauspatienten der Fall.⁶⁴²

⇒ Fall Nr. 25 – Der erfahrene Dachdecker

b) Berechtigtes Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten

Als zweite Voraussetzung ist ein Einbeziehungsinteresse des Gläubigers erforderlich (Gläubignähe). Früher verlangte der BGH nach der sog. „**Wohl-und-Wehe-Formel**“, dass der Gläubiger dem Dritten gegenüber zu Schutz und Fürsorge verpflichtet und er deshalb für das Wohl und Wehe des Dritten mitverantwortlich ist.⁶⁴³ Demnach ist eine besondere Rechtsbeziehung zwischen dem Dritten und dem Gläubiger mit einem sog. „personenrechtlichen Einschlag“ erforderlich, die insbesondere in familien-, arbeits- und mietrechtlichen Beziehungen vorliegt.⁶⁴⁴

Nach der **neueren Rechtsprechung** kann ein Drittschutz aber auch dann bestehen, wenn der Gläubiger an der Einbeziehung des Dritten ein besonderes Interesse hat und der Vertrag dahingehend ausgelegt werden kann, dass der Vertragsschutz auf den Dritten ausgedehnt wer-

⁶³⁸ Oben F. I.

⁶³⁹ In jüngster Zeit BGHZ 211, 251 = NJW 2016, 3432 (Rdn. 17 und 19); BGH NJW-RR 2017, 888 (Rdn. 17); *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 165; *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1210.

⁶⁴⁰ Ablehnend für den bargeldlosen Zahlungsverkehr etwa BGHZ 176, 281 (Rdn. 29).

⁶⁴¹ BGH NJW 1976, 712, 713.

⁶⁴² MünchKommBGB/*Gottwald*, § 328 Rdn. 178.

⁶⁴³ BGHZ 51, 91, 96.

⁶⁴⁴ BGH NJW 1968, 1929, 1931.

den soll.⁶⁴⁵ Dies ist gegeben, wenn der Dritte nach dem Willen des Gläubigers mit der Leistung in Kontakt oder ihm die Leistung bestimmungsgemäß zugutekommen soll.⁶⁴⁶ Auch eine Gegenläufigkeit der Interessen von Gläubiger und Drittem hindert die Einbeziehung nicht.⁶⁴⁷ Das Einbeziehungsinteresse kann dann jedoch nicht aus einer Fürsorgepflicht des Vertragspartners gegenüber einem Dritten gefolgert werden, sondern ist auf andere Umstände zu stützen, insbesondere auf den Zweck des Vertrags.

Problematisch ist in dieser Hinsicht insbesondere die **Haftung von Sachverständigen für fehlerhafte Gutachten**, wie sie oftmals vor dem Ankauf von Antiquitäten, Kunstwerken, Luxustieren (Pferden) oder Grundstücken erstattet werden.⁶⁴⁸ Würde der *Käufer* selbst den Gutachter beauftragen und anschließend auf der Basis eines fehlerhaft erstatteten Gutachtens eine minderwertige Sache erwerben, könnte er den Gutachter gemäß § 280 I BGB problemlos auf Ersatz seines Schadens in Anspruch nehmen. Schwieriger sind demgegenüber die in der Praxis häufigeren Fälle, in denen der *Verkäufer* das Gutachten in Auftrag gibt, um unter dessen Vorlage – etwa einer Expertise über die Echtheit eines Gemäldes – den Käufer zum Erwerb zu bewegen. In einem solchen Fall fehlt es an einer Vertragsbeziehung zwischen dem Gutachter und dem geschädigten Käufer und das Deliktsrecht hilft nicht weiter, weil nur das Vermögen, nicht aber ein absolut geschütztes Rechtsgut des Käufers i.S.v. § 823 I BGB betroffen ist.

Nach Ansicht des BGH sowie von Teilen der Literatur⁶⁴⁹ ist in solchen Fällen dem Werkvertrag über das Sachverständigengutachten, das der Verkäufer zur Unterstützung der Verkaufsverhandlungen in Auftrag gibt, der Zweck zu entnehmen, dass der Sachverständige für Fehler des Gutachtens auch gegenüber den potentiellen Vertragspartnern des Auftraggebers einstehen muss. Denn nur so könne gewährleistet werden, dass ein Käufer sich auf das Gutachten verlässt und einen entsprechenden Preis bezahlt.⁶⁵⁰ In jüngerer Zeit hat der BGH das Einbeziehungsinteresse des Gläubigers sogar ganz für entbehrlich erklärt, wenn durch die Einbeziehung Dritter im konkreten Einzelfall keine Ausweitung des Haftungsrisikos des Schuldners eintritt, weil für den Gutachter der betroffene Personenkreis vom Umfang her klar absehbar war. Die Begrenzung des einbezogenen Personenkreises diene nämlich nur dem Schutz des Schuldners vor unabsehbaren Haftungsfolgen.⁶⁵¹ Der Gutachter wisse aber, dass seine Arbeit typischerweise dazu bestimmt ist, anderen Personen vorgelegt zu werden, die auf Grundlage dessen Dispositionen treffen.

Nach der Gegenauffassung besteht seit der Schuldrechtsreform in Fällen der Gutachterhaftung kein praktisches Bedürfnis mehr, das Einbeziehungsinteresse des Gläubigers umständlich zu begründen oder durch das Weglassen desselben die Voraussetzungen der Einbeziehung aufzuweichen. Vielmehr könne der Gutachter gemäß § 311 III BGB aufgrund vorvertraglicher Vertrauenshaftung in Anspruch genommen werden.⁶⁵² Haftungsgrund für den Gutachter sei die Inanspruchnahme von Vertrauen in seine Sachkunde.⁶⁵³ In der Regel sei es gerade der

⁶⁴⁵ BGH NJW 1984, 355, 356; BGH NJW 1996, 2927, 2928.

⁶⁴⁶ Vgl. BGHZ 129, 136, 167; Jauernig/Stadler, § 328 Rdn. 25; Jousen, Schuldrecht AT, Rdn. 1213.

⁶⁴⁷ BGH NJW 1995, 392.

⁶⁴⁸ Dazu Pinger/Behme, JuS 2008, 675.

⁶⁴⁹ BGH NJW 1995, 392; BGH NJW 2000, 725; BGH NJW 2004, 3035; BGH NJW-RR 2004, 1464; Palandt/Grüneberg, § 328 Rdn. 34; Zugehör, NJW 2008, 1105 m.w.N. aus der Rechtsprechung; Finn, NJW 2004, 3752 mit Hinweisen zu den Auswirkungen der unterschiedlichen Ansichten über die Rechtsgrundlage.

⁶⁵⁰ BGH NJW 1995, 392, 393.

⁶⁵¹ BGH NJW 2004, 3035, 3038.

⁶⁵² Looschelders, Schuldrecht AT, Rdn. 178 f.; Pinger/Behme, JuS 2008, 675, 678; Finn, NJW 2004, 3752.

⁶⁵³ Pinger/Behme, JuS 2008, 675, 678.

Zweck eines Sachverständigengutachtens, das auch für externe Dritte bestimmt ist, durch die Kenntnisse und Fähigkeiten des Sachverständigen einen Vertrauenstatbestand Dritter auf die Richtigkeit des Gutachtens zu schaffen. Deshalb könnten durch ein solches Gutachten die Vertragsverhandlungen oder der Vertragsschluss erheblich beeinflusst werden. Durch Einführung des § 311 III BGB habe der Gesetzgeber die Dritthaftung und damit auch die Gutachterhaftung normieren wollen.⁶⁵⁴

Dieser neuere Ansatz verschiebt die Perspektive weg von der Einbeziehung eines Dritten als Begünstigtem hin zu seiner Einbeziehung als Verpflichtetem. Es wird nicht mehr der *Werkvertrag* über das Gutachten betrachtet und daraus der Schutz des *Käufers* als begünstigter Dritter hergeleitet, sondern der Fokus auf die Verhandlungen über den *Kaufvertrag* gelegt und insoweit die Haftung auf den *Sachverständigen* erstreckt, also eine am Kaufvertrag nicht beteiligte Person als Dritter belastet.⁶⁵⁵ Dieser Ansatz kommt dann allerdings nicht ohne eine Ausweitung der bislang anerkannten Grenzen der Dritthaftung aus § 311 III BGB aus, weil ein Dritter mit der Haftung belastet wird, der an den konkreten Kaufvertragsverhandlungen nicht beteiligt ist. Ob dieser Weg über den Kaufvertrag tatsächlich überzeugender ist als die von der Rechtsprechung befürwortete Anknüpfung an jenes Vertragsverhältnis, das der Sachverständige durch die Erstellung seines fehlerhaften Gutachtens verletzt hat, erscheint zweifelhaft. In der Regel dürften allerdings beide Ansichten zum gleichen Ergebnis führen.

Ein wichtiger Anwendungsfall des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter war bisher auch der **bargeldlose Zahlungsverkehr** (Überweisung, Lastschrift, Scheck- und Kartenzahlung), bei dem typischerweise die Zahlung über eine Kette mehrerer Banken zwischen Zahler und Zahlungsempfänger ausgeführt wird. Wenn einer Bank in der Kette ein Fehler unterläuft und dadurch dem Kunden der erstbeauftragten Bank ein Schaden entsteht, hatte die bisherige Rechtsprechung angenommen, die Vertragsverhältnisse zwischen den in der Kette befindlichen Banken würden Schutzwirkung zugunsten des Kunden der erstbeauftragten Bank entfalten; der Kunde hatte damit einen unmittelbaren Anspruch gegen die schadensverursachende Bank in der Kette.⁶⁵⁶ Diese Rechtsprechung wurde im Jahr 2008 aufgegeben, weil im Massengeschäft des bargeldlosen Zahlungsverkehrs ein erkennbares berechtigtes Interesse der Banken an der Einbeziehung ihrer Kunden, also die Gläubigernähe, fehle.⁶⁵⁷ In Zukunft wird die Rechtsprechung ggf. die nachfolgend noch darzustellende Drittschadensliquidation als Schutzinstrument für den geschädigten Bankkunden heranziehen.⁶⁵⁸ Darüber hinaus hat eine vom Kunden mit dem Zahlungsverkehr beauftragte Bank nach dem neuen Zahlungsdiensterecht (§§ 675c ff. BGB) i.d.R. ohnehin für das Verschulden zwischengeschalteter Banken gemäß § 675z S. 3 BGB einzustehen.⁶⁵⁹ Dadurch nimmt für den Bankkunden das Bedürfnis ab, selbst die den Schaden verursachende Bank in der Kette in Anspruch nehmen zu müssen.

c) Erkennbarkeit des geschützten Personenkreises

Der Schuldner muss die Einbeziehung des Dritten in den Vertrag erkennen können, um sein Haftungsrisiko abzuschätzen und sich gegebenenfalls zusätzlich zu versichern. Die Namen oder die genaue Zahl der betroffenen Personen muss der Schuldner dabei jedoch nicht kennen. Ausreichend ist, dass der Schuldner bei Vertragsschluss bzw. bei Anbahnung der Vertragsverhandlungen einschätzen kann, von wem er möglicherweise in Anspruch genommen

⁶⁵⁴ Finn, NJW 2004, 3752, 3754.

⁶⁵⁵ Deutlich Pinger/Behme, JuS 2008, 675, 678.

⁶⁵⁶ BGHZ 69, 82, 85 ff.; BGHZ 96, 9, 17.

⁶⁵⁷ BGHZ 176, 281 (Rdn. 30 ff., ferner Rdn. 29 zur fehlenden Leistungsnähe).

⁶⁵⁸ BGHZ 176, 281 (Rdn. 35).

⁶⁵⁹ Dazu Bitter, WM 2010, 1773, 1781 f.

werden kann. Es muss sich um einen objektiv abgrenzbaren Personenkreis handeln, damit das Risiko für den Schuldner kalkulierbar bleibt.⁶⁶⁰

d) Schutzbedürftigkeit des Dritten

Schließlich muss der Dritte auch schutzbedürftig sein. Dies ist dann der Fall, wenn dem Dritten keine eigenen *vertraglichen* oder *vorvertraglichen* Ansprüche gegen den Schädiger oder auch Dritte zustehen, die den gleichen oder zumindest einen gleichwertigen Inhalt haben wie der Anspruch, den er über die Einbeziehung erhalten würde.⁶⁶¹ Nicht ausreichend ist hingegen ein deliktischer Anspruch⁶⁶², weil dann wiederum die oben auf S. 106 f. dargelegten Schwächen des Deliktsrechts den Dritten treffen würden, die durch die Einbeziehung gerade vermieden werden sollen.

An der fehlenden Schutzbedürftigkeit scheitert z.B. die Einbeziehung eines Untermieters in den Schutzbereich des Mietvertrags zwischen Hauptmieter und Vermieter: Der Untermieter hat bei schädigenden Ereignissen einen eigenen vertraglichen Anspruch gemäß § 536a I BGB gegen den Hauptmieter, der sein Vermieter ist.⁶⁶³

⇒ Fall Nr. 26 – Der Mieter des Mieters

4. Rechtsfolgen

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, treffen den Schuldner gegenüber dem Dritten die gleichen Schutzpflichten aus § 241 II BGB wie gegenüber dem Gläubiger. So muss er beispielsweise darauf achten, dass er oder sein Erfüllungsgehilfe den Dritten bei Erbringung der Leistung nicht verletzt oder dessen Sachen beschädigt. Bei einer Verletzung dieser Pflichten erhält der Dritte gegen den Schuldner einen eigenen vertraglichen oder vorvertraglichen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB i.V.m. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

Ob und in welchem Umfang sich der Dritte Einwendungen aus dem Schuldverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger entgegenhalten lassen muss, hängt – wie zuvor gesagt⁶⁶⁴ – eng mit der Frage zusammen, auf welche Rechtsgrundlage der Vertrag mit Schutzwirkung gestützt wird. Die h.M. geht auf der Basis ihres vertragsrechtlichen Ansatzes im Ausgangspunkt davon aus, dass der Schuldner dem Dritten analog § 334 BGB sämtliche Einwendungen aus seinem Schuldverhältnis mit dem Gläubiger entgegenhalten kann, damit der Dritte nicht mehr Rechte erhält als der Gläubiger.⁶⁶⁵ Sofern zwischen Gläubiger und Schuldner eine vertragliche Haftungsbeschränkung vereinbart wurde, wirkt diese deshalb – wie bereits erwähnt – analog § 334 BGB auch gegenüber dem Dritten. Der Dritte muss sich dann auch ein etwaiges Mitverschulden des Gläubigers gemäß § 254 BGB anspruchsmindernd entgegenhalten lassen.⁶⁶⁶

Die Anwendung des § 334 BGB wird jedoch teilweise als stillschweigend abbedungen angesehen und dieses Ergebnis insbesondere aus der Natur des Vertrags abgeleitet.⁶⁶⁷ So hat es der

⁶⁶⁰ BGH NJW 1984, 355; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdn. 168; *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1217.

⁶⁶¹ BGH NJW 1996, 2927, 2929 mit Bezug auf BGHZ 70, 327, 330 = NJW 1978, 883; *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1218.

⁶⁶² *Joussen*, Schuldrecht AT, Rdn. 1218.

⁶⁶³ BGH NJW 1978, 883.

⁶⁶⁴ Oben F. II. 2.

⁶⁶⁵ Nachweise oben Fn. 635.

⁶⁶⁶ Nachweise oben Fn. 633.

⁶⁶⁷ So z.B. BGH NJW 1995, 392, 393; BeckOK BGB/*Janoschek*, § 328 Rdn. 57.

BGH in einem Fall, in dem die Unrichtigkeit eines Gutachtens vom Verkäufer arglistig herbeigeführt worden war, dem Gutachter versagt, sich gegenüber dem auf das Gutachten vertrauenden und nun den Gutachter in Anspruch nehmenden Käufer auf die Arglistenrede aus § 242 BGB zu berufen.⁶⁶⁸ Der Gutachter haftet danach gegenüber dem Dritten, dem Käufer, für sein fehlerhaftes Gutachten, obwohl er gegenüber dem die Fehlerhaftigkeit arglistig herbeiführenden Auftraggeber, dem Verkäufer, niemals haften müssen.

III. Drittschadensliquidation

Literatur (Auswahl): *Oetker*, Versendungskauf, Frachtrecht und Drittschadensliquidation, JuS 2001, 833.

Auch die – für Studierende in Anfangssemestern nicht leicht zu verstehende – Drittschadensliquidation ist eine von Rechtsprechung und Lehre erdachte Konstruktion, mit der Schwächen des Deliktsrechts ausgeglichen werden: Einer aus einem Vertrag anspruchsberechtigten Person wird es erlaubt, auf der Basis der ihr zustehenden (vertraglichen) Anspruchsgrundlage einen Schaden geltend zu machen, der nicht bei ihr selbst, sondern bei einem Dritten eingetreten ist. Der Schaden des Dritten wird also in den vertraglichen Schadensersatzanspruch einbezogen und so vom Anspruchsberechtigten liquidiert (daher: Drittschadensliquidation).

Anders als der auf S. 106 ff. behandelte Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter beschränkt sich die Drittschadensliquidation aber nicht auf einen Ausgleich der Schwächen des Deliktsrechts, sondern kann auch innerhalb deliktischer Ansprüche relevant werden. Dies ist immer dann der Fall, wenn ein (formeller) Inhaber eines deliktisch geschützten Rechts deshalb keinen Schaden erleidet, weil der durch die Rechtsverletzung eintretende Vermögensverlust aufgrund einer internen Gefahrtragungsregel auf einen Dritten verlagert wird. Es geht also um Fälle einer **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung**, bei der eine Person formeller Rechtsinhaber und damit deliktisch Anspruchsberechtigter ist und eine andere Person die Gefahr und damit den Schaden trägt.⁶⁶⁹ Auch in solchen Fällen kann der Schaden des Dritten, des „Gefahrträgers“, vom formellen Rechtsinhaber und damit Anspruchsberechtigten liquidiert werden. Wie sich später noch zeigen wird, erscheint es deshalb auch sinnvoll, entgegen der traditionellen Sichtweise nicht zwischen den sogleich auf S. 116 ff. aufzuzeigenden drei bzw. vier Fallgruppen der Drittschadensliquidation zu unterscheiden, sondern – auch innerhalb dieser Gruppen – ganz grundsätzlich zu differenzieren zwischen den Fällen der Einbeziehung eines Drittinteresses in vertragliche Ansprüche einerseits und deliktische Ansprüche andererseits (unten S. 123 ff.).

Die Drittschadensliquidation wird gewöhnlich in einem Dreischritt geprüft:

- (1) Eine Person A hat einen Anspruch, aber keinen Schaden.
- (2) Eine Person B hat einen Schaden, aber keinen Anspruch.
- (3) Die Verlagerung des Schadens von der Person A auf die Person B ist aus Sicht des Schädigers zufällig.

Dann wird in der Rechtsfolge der Schaden der Person B zur Anspruchsgrundlage der Person A gezogen. A darf also beim Schädiger den Schaden von B liquidieren und B hat in aller Regel im Innenverhältnis einen Anspruch gegen A auf Abtretung des diesem zustehenden Schadensersatzanspruchs bzw. auf Herausgabe des bereits vom Schädiger an A geleisteten Schadensersatzbetrags.

⁶⁶⁸ Vgl. BGH NJW 1995, 392, 393.

⁶⁶⁹ Umfassend zur Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung *Bitter* (Fn. 319), passim.

1. Abgrenzung zwischen typischer und zufälliger Schadensverlagerung

Die *zufällige* Schadensverlagerung ist dabei das entscheidende Tatbestandsmerkmal. Wollte man nämlich in allen Fällen, in denen Anspruch und Schaden auseinanderfallen, schlicht den Schaden zum Anspruch ziehen, würden die tatbestandlichen Voraussetzungen der jeweiligen Schadensersatznormen ausgehöhlt. Im Grundsatz müssen alle Tatbestandsmerkmale einer Anspruchsgrundlage in ein und derselben Person erfüllt sein. Es muss also z.B. für einen Anspruch aus § 823 I BGB derjenige, dessen Rechtsgut verletzt wurde, einen Schaden erlitten haben, oder für einen Anspruch aus §§ 280, 241 II BGB derjenige, der einen Vertrag geschlossen hat, auch der Geschädigte sein. Dies sei anhand zweier Beispiele erläutert:

Baggerfahrer B führt Erdaushubarbeiten auf öffentlichem Grund durch und durchtrennt dabei aus Unachtsamkeit ein Stromkabel. Wegen des Stromausfalls kann ein in der Nähe befindlicher, der S-GmbH gehörender Supermarkt einen Tag lang nicht öffnen, weil kein Licht vorhanden ist und zudem die elektronischen Kassen nicht funktionieren. Dadurch entgeht der S-GmbH ein Gewinn von 10.000 €.

In diesen berühmten Stromkabelfällen⁶⁷⁰ kann der Dritte – hier die S-GmbH –, weil er selbst nicht in einem absolut geschützten Rechtsgut verletzt ist⁶⁷¹, nach h.M. nicht aus § 823 I BGB gegen diejenige Person vorgehen, die das Stromkabel beschädigt hat.⁶⁷² Dies wäre nur dann möglich, wenn der Geschädigte selbst Eigentümer des Stromkabels gewesen, also z.B. ein auf seinem Betriebsgrundstück liegendes Stromkabel beschädigt worden wäre. Dann nämlich wären alle adäquat aus der Eigentumsverletzung folgenden Schäden gemäß § 823 I BGB zu ersetzen.⁶⁷³

Man könnte nun daran denken, den bei der S-GmbH entstandenen Schaden i.H.v. 10.000 € zu dem Anspruch des Stromkabeleigentümers zu ziehen. Dieser könnte dann nicht nur die Kosten einer Reparatur des Stromkabels ersetzt verlangen, sondern zusätzlich den Gewinnausfallschaden der S-GmbH liquidieren. So wäre es ja auch gewesen, wenn B sogleich ein Stromkabel der S-GmbH durchtrennt hätte.

Die Rechtsprechung hat jedoch in den Stromkabelfällen, in denen eine Personenverschiedenheit zwischen dem Eigentümer des Stromkabels und dem Geschädigten vorliegt und deshalb Anspruchsinhaberschaft und Schaden auseinander fallen, eine Drittschadensliquidation mit Recht abgelehnt.⁶⁷⁴ Die Ersatzfähigkeit von Schäden außerhalb von Vertragsbeziehungen

⁶⁷⁰ Eingehend zu Ersatzansprüchen bei Beschädigung von Versorgungsleitungen *Tegethoff*, BB 1964, 19 ff.; Überblick aus jüngerer Zeit bei MünchKommBGB/*Wagner*, § 823 Rdn. 239 und 245; siehe auch MünchKommBGB/*Mertens*, 3. Aufl. 1997, § 823 Rdn. 116 ff.

⁶⁷¹ Anderes gilt, wenn infolge des Stromausfalls auch beim Dritten ein absolutes Rechtsgut verletzt wird, z.B. in einer Geflügelzuchtanstalt der Brutapparat ausfällt, so dass sämtliche bebrüteten Eier verderben (vgl. BGHZ 41, 123 = VersR 1964, 533; zur Abgrenzung dieses Falles von den Fällen fehlender Rechtsgutsverletzung beim Dritten siehe auch BGH NJW 1968, 1279, 1280 = VersR 1968, 593). Hier ergibt sich für den geschädigten Unternehmer ein eigener Ersatzanspruch aus § 823 I BGB.

⁶⁷² BGHZ 29, 65, 75 a.E. = VersR 1959, 150, 153; BGH NJW 1968, 1279, 1280 = VersR 1968, 593. Darüber hinaus wird auch ein Schadensersatzanspruch wegen unzulässigen Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verneint, weil es an der Betriebsbezogenheit des Eingriffs fehlt (vgl. auch dazu BGHZ 29, 65 ff., insbes. S. 74 f. = VersR 1959, 150, 152 f.; BGH NJW 1968, 1279, 1280 = VersR 1968, 593). Der frühere Ansatz, in den Vorschriften der Landesbauordnung zum Schutz öffentlicher Versorgungsleitungen Schutzgesetze zugunsten des einzelnen Stromabnehmers zu sehen (so BGH NJW 1968, 1279 = VersR 1968, 593), wurde in BGHZ 66, 388 = NJW 1976, 1740 wieder aufgegeben (vgl. dazu auch MünchKommBGB/*Mertens* [Fn. 670], § 823 Rdn. 117 in Fn. 241).

⁶⁷³ Vgl. zu diesem nur auf den ersten Blick befremdlichen Ergebnis, dass die Ersatzfähigkeit des Betriebsausfallschadens vom Eigentum am Stromkabel abhängig ist, v. *Caemmerer*, ZHR 127 (1965), 241, 247.

⁶⁷⁴ Vgl. dazu *Hagen*, Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, 1971, S. 135, und *Tegethoff*, BB 1964, 19, 21, die darauf hinweisen, dass eine Drittschadensliquidation in der Entscheidung BGHZ 29, 65 ff. erwogen, aber im Ergebnis verworfen worden sei, ohne dass dieser Teil der Entscheidungsgründe veröffentlicht

wurde nämlich vom Gesetz bewusst auf den Fall beschränkt, dass der Geschädigte in einem *eigenen* absolut geschützten Rechtsgut verletzt ist. Wollte man eine Ersatzpflicht auch für sämtliche Folgeschäden statuieren, die bei irgendwelchen dritten Personen aus der Verletzung eines Rechtsgutes entstehen, käme man ins Uferlose: Würde etwa das einem Elektrizitätsunternehmen gehörende Stromkabel beschädigt und käme es dadurch zu einem Stillstand eines Druckereibetriebs, wären nicht nur dessen Schäden zu ersetzen, sondern folgerichtig auch die Schäden der Kunden der Druckerei und der weiteren Kunden, also vielleicht die Schäden der Redaktionen und Verlage jener Zeitungen, die nicht gedruckt wurden, und der Buchhändler und Zeitungskioske, die die Zeitungen nicht verkaufen konnten.⁶⁷⁵

In gleicher Weise ist auch bei den vertraglichen Schadensersatzansprüchen auf die tatbestandlichen, dort insbesondere aus der Relativität der Schuldverhältnisse folgenden Grenzen zu achten. Auch dazu ein Beispiel:

Kneipenwirt K will ein Geschäft durch Übertragung der WM-Fußballspiele machen. Er erwirbt beim Verkäufer V eine große Leinwand und einen Beamer, den V seinerseits vom Hersteller H bezogen hat. Aufgrund eines Produktionsfehlers überhitzt das Gerät nach einer Stunde und fällt deshalb zur Halbzeitpause des ersten WM-Spiels in der Kneipe des K aus. Die enttäuschten Fans ziehen deshalb in die Nachbarkneipe und K entgeht ein Gewinn von 500 €.

K hat in diesem Fall einen Schaden, aber keinen Anspruch gegen V aus §§ 437 Nr. 3, 280 BGB, wenn sich V hinsichtlich des Verschuldens entlasten kann, weil der Produktionsfehler für ihn als Händler nicht erkennbar war. V hätte zwar im Grundsatz einen Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 BGB gegen den Hersteller H, weil dieser für den Produktionsfehler verantwortlich ist. Doch hat V keinen Schaden, gerade weil er gegenüber K aus dem Vorfall nicht zum Schadensersatz verpflichtet, sein Vermögen also nicht negativ betroffen ist.

Würde man nun in derartigen typischen Fällen einer Verkaufskette jeweils den Schaden des Letztkäufers zur Anspruchsgrundlage des Händlers ziehen, es dem Händler also gestatten, den Drittschaden seiner Vertragspartner zu liquidieren, würde die Relativität der Schuldverhältnisse aus den Angeln gehoben. Vertragliche Ansprüche würden über die Vertragsgrenzen hinweg geltend gemacht. Hat in dem genannten Beispiel der Kneipenwirt K keinen Kaufvertrag mit dem Hersteller H, stehen ihm nach dem Gesetz auch keine Gewährleistungsansprüche gegen diesen zu. Nur bei der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter – z.B. bei einer Eigentumsverletzung oder Körperschädigung durch eine Explosion des Beamers – gibt es Ansprüche aus Deliktsrecht und Produkthaftungsgesetz unmittelbar gegen den Hersteller.

Die Schadensverlagerung ist, wenn man überhaupt von einer „Verlagerung“ sprechen kann, in den genannten Beispielfällen keine zufällige, sondern im Gegenteil eine typische, sodass eine Drittschadensliquidation nicht in Betracht kommt. Insbesondere in den Verkaufsketten treten Mangelfolgeschäden typischerweise nur beim Letztkäufer auf und es wäre deshalb in Klauursfällen (grob) fehlerhaft, einem Händler zu gestatten, aus einem Kaufvertrag einen reinen Vermögensschaden seines Abkäufers beim Hersteller zu liquidieren.

2. Fallgruppen der Drittschadensliquidation

Nur in eng begrenzten Fallgruppen haben Rechtsprechung und Lehre eine *zufällige* Schadensverlagerung und damit eine Drittschadensliquidation anerkannt. Gewöhnlich werden drei Anwendungsfälle genannt: die mittelbare Stellvertretung, die obligatorische Gefahrentlastung

wurde; zum fehlenden Ersatz der Drittschäden in den Stromkabelfällen vgl. auch v. Caemmerer, ZHR 127 (1965), 241, 246.

⁶⁷⁵ Beispiel nach v. Caemmerer, ZHR 127 (1965), 241, 246.

bei Übereignungspflichten und die Obhut für fremde Sachen.⁶⁷⁶ Die Treuhand wird überwiegend als eigenständige vierte Gruppe angeführt⁶⁷⁷, zum Teil aber auch mit der mittelbaren Stellvertretung zu einer einheitlichen Fallgruppe, der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, zusammengefasst.⁶⁷⁸

a) Mittelbare Stellvertretung und Treuhand

Die mittelbare Stellvertretung ist der einzige fast allgemein anerkannte Fall der Drittschadensliquidation. Aufgrund einer inzwischen über 150-jährigen Rechtsprechungslinie, die mit dem Korkholz-Fall des OAG Lübeck aus dem Jahr 1855 begann und sich dann über diverse Entscheidungen des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs fortsetzte, wird insoweit auch von Gewohnheitsrecht gesprochen.⁶⁷⁹

In der Praxis ging es zumeist um Fälle der Kommission⁶⁸⁰ oder Spedition, in denen eine Person einen Vertrag im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung abschloss und aufgrund dieses Vertragsschlusses für fremde Rechnung der Schaden nicht beim mittelbaren Stellvertreter (z.B. Kommissionär oder Spediteur), sondern bei dessen Auftraggeber eintrat. Durch das zugrunde liegende Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis werden alle Vor- und Nachteile des Geschäfts auf den Hintermann übertragen, für dessen Rechnung das Geschäft abgeschlossen wird. Bestellt z.B. bei einer Einkaufskommission der Kommissionär Ware für den Kommittenten im eigenen Namen bei einem Dritten und liefert der Dritte zu spät oder mangelhaft, tritt der Schaden niemals beim Kommissionär ein, weil dieser allein verpflichtet ist, alles aus der Geschäftsbesorgung erlangte an den Kommittenten, seinen Hintermann, weiterzugeben (§ 667 BGB). Den Schaden hat Letzterer, weil er die Ware nicht rechtzeitig oder mangelhaft von seinem Kommissionär weitergeleitet erhält.

Für derartige Fälle entwickelte die Rechtsprechung folgenden bis heute angewendeten Rechtssatz: Der Spediteur oder Kommissionär, der einen Vertrag im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung abschließt, kann bei Vertragsverletzungen durch seinen Vertragspartner nicht nur sein eigenes Interesse, sondern zugleich auch das Interesse seines Hintermanns liquidieren.

Die allein aufgrund des Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnisses zwischen mittelbarem Stellvertreter und Hintermann eintretende Entlastung des mittelbaren Stellvertreters soll dessen Vertragspartner, dem Dritten, nicht zugutekommen. Dieser soll sich also nicht darauf berufen können, dass der mittelbare Stellvertreter selbst durch die Leistungsstörung keinen Schaden erlitten habe, weil der Dritte auch dann auf Schadensersatz hätte haften müssen,

⁶⁷⁶ BGHZ 40, 91, 100 f. = NJW 1963, 2071, 2074; BGHZ 51, 91, 93 = NJW 1969, 269, 271; *Tägert*, Die Geltendmachung des Drittschadens, 1938, S. 37 ff.; vgl. auch MünchKommBGB/*Oetker*, § 249 Rdn. 296 ff., *Staudinger/Schiemann* (2017), Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdn. 69 ff., *Soergel/Mertens*, Vor § 249 Rdn. 252 ff., v. *Caemmerer*, ZHR 127 (1965), 241, 254 ff., und *Peters*, AcP 180 (1980), 329, 331 in Fn. 3, die allerdings noch die Treuhand als vierte Fallgruppe hinzufügen (vgl. Fn. 677). Nicht besonders thematisiert wird hier die darüber hinaus selbstverständlich immer bestehende Möglichkeit einer Drittschadensliquidation kraft Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern (vgl. dazu *Staudinger/Schiemann* [2017], Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdn. 68; MünchKommBGB/*Oetker*, § 249 Rdn. 307 f.).

⁶⁷⁷ MünchKommBGB/*Oetker*, § 249 Rdn. 306 m.w.N.; *Staudinger/Schiemann* (2017), Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdn. 71; *Soergel/Mertens*, Vor § 249 Rdn. 253; v. *Caemmerer*, ZHR 127 (1965), 241, 259 f.; *Peters*, AcP 180 (1980), 329, 331 in Fn. 3.

⁶⁷⁸ Dafür vor allem *Diehle*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung und Schadenseintritt beim Dritten, Diss. Münster 1969, passim, insbes. S. 42 f. und 48 sowie 64 f., ferner S. 73; einheitliche Erfassung der mittelbaren Stellvertretung und Treuhand in einer Fallgruppe auch bei *Palandt/Grüneberg*, Vorb. v. § 249 Rdn. 108.

⁶⁷⁹ Näher *Bitter* (Fn. 319), S. 373 ff.

⁶⁸⁰ Zur Kommission siehe *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 289), § 9 Rdn. 103 ff.

wenn sein Vertragspartner die Ware für eigene Rechnung gekauft hätte. Die Schadensverlagerung aufgrund des Handelns für fremde Rechnung erscheint aus Sicht des Dritten als zufällig, weil sie nicht in seinem Vertragsverhältnis zum mittelbaren Stellvertreter, sondern in dessen Vertragsverhältnis zum Hintermann angelegt ist.

Eine Drittschadensliquidation bei mittelbarer Stellvertretung ist aber nicht nur in den Vertragsfällen, sondern **auch bei deliktischen Schädigungen** anzuerkennen. Hat jemand im eigenen Namen, aber für Rechnung eines Hintermanns ein dingliches Recht erworben, z.B. das Eigentum an einer beweglichen Sache oder einem Grundstück, und wird dieses Recht sodann von einem Dritten im Sinne des § 823 I BGB verletzt, kann sich der Dritte nicht darauf berufen, der Beauftragte erleide gar keinen Schaden, weil er den Gegenstand nur in seiner konkreten, ggf. beschädigten Verfassung an den Auftraggeber herauszugeben habe. Vielmehr ist diese allein aus dem internen Auftragsverhältnis resultierende Schadensverlagerung auf den Hintermann aus Sicht des Dritten zufällig, weshalb der mittelbare Stellvertreter als dinglich Berechtigter aus § 823 I BGB den Schaden des Hintermanns ersetzt verlangen kann.⁶⁸¹

Von diesen Fällen mittelbarer Stellvertretung wird zumeist begrifflich die Fallgruppe der Treuhand unterschieden, obwohl richtigerweise die mittelbare Stellvertretung nur ein Weg zur Begründung eines Treuhandverhältnisses ist, das sich durch eine Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, also die Trennung zwischen Rechtsinhaberschaft und Gefahrtragung, auszeichnet.⁶⁸²

Erwirbt der Beauftragte den vertraglichen Anspruch oder das dingliche Recht nicht im Wege mittelbarer Stellvertretung von einem Dritten, sondern *unmittelbar* vom Hintermann, ist eine Drittschadensliquidation in gleicher Weise möglich. Hat also beispielsweise ein Hintermann (= Treugeber) einen in seiner Person entstandenen Anspruch zum Inkasso an einen Beauftragten (= Treuhänder) abgetreten⁶⁸³, so kann der beim Hintermann aufgrund einer Verzögerung der Leistung eintretende Schaden beim Schuldner des Anspruchs ebenso liquidiert werden, als wenn der Hintermann (noch) selbst Inhaber des Anspruchs wäre.⁶⁸⁴ Ebenso kann der (formelle) Rechtsinhaber auch dann aus § 823 I BGB beim Schädiger den seinem Hintermann entstandenen Schaden liquidieren, wenn er das dingliche Recht – etwa das Eigentum an einer beweglichen Sache oder einem Grundstück – nicht im Auftrag des Hintermanns von einem Dritten erworben, sondern es unmittelbar vom Hintermann übertragen bekommen hat.⁶⁸⁵

⇒ Fall Nr. 27 – Die Top Story

b) Obligatorische Gefahrentlastung bei Übereignungspflichten

In der zweiten Fallgruppe wird der Schaden nicht aufgrund eines zugrunde liegenden Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnisses, sondern durch eine schuldrechtliche (= obligatorische) Gefahrentlastungsregel bei Übereignungspflichten zwischen zwei Personen verschoben.

Als Hauptanwendungsfälle werden regelmäßig der Versandungskauf, bei dem allerdings die Relevanz der Drittschadensliquidation mit dem neuen Transportrecht abgenommen hat⁶⁸⁶, und

⁶⁸¹ Näher *Bitter* (Fn. 319), S. 376 ff.

⁶⁸² Dazu *Bitter* (Fn. 319), passim, insbes. S. 264 ff., 298 ff.

⁶⁸³ Zur Inkassoession und der dabei entstehenden Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung siehe oben C. VI. 2.

⁶⁸⁴ Nachweise zur Rechtsprechung bei *Bitter* (Fn. 319), S. 380 ff.

⁶⁸⁵ *Bitter* (Fn. 319), S. 384 ff.

⁶⁸⁶ Vgl. dazu *Oetker*, JuS 2001, 833 ff.; MünchKommBGB/*Oetker*, § 249 Rdn. 300, 303 f.

das Vermächtnis genannt.⁶⁸⁷ Oft wird zusätzlich auf die Schenkung hingewiesen⁶⁸⁸, während sich der Gefahrübergang bei Annahmeverzug des Käufers gemäß § 326 II 1 Alt. 2 BGB (= § 324 II BGB a.F.) nur selten erwähnt findet.⁶⁸⁹

In allen diesen Fällen ist eine Person A zur Übereignung einer Sache an eine Person B verpflichtet, wobei sich die Besonderheit ergibt, dass die Gefahr des zufälligen Untergangs nicht mehr die Person A als Eigentümerin der Sache, sondern aufgrund einer schuldrechtlichen Gefahrtragungsregel bereits die Person B trifft, die nur Inhaberin eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Verschaffung des Eigentums an der Sache ist.

Hat beispielsweise A als Verkäufer mit B als Käufer einen Versendungskauf vereinbart, so geht – abgesehen von Fällen des Verbrauchsgüterkaufs (vgl. § 474 II 2 BGB⁶⁹⁰) – die Gefahr bereits mit der Übergabe der Sache an die Transportperson auf den Käufer über (§ 447 BGB). Von einer Verschlechterung oder einem vollständigen Untergang der Sache während des Transportes ist folglich nicht mehr das Vermögen des Eigentümers A, sondern des zu diesem Zeitpunkt mangels Übergabe i.S.v. § 929 BGB nur schuldrechtlich berechtigten Käufers B betroffen. Es kommt also auch hier zu einem Auseinanderfallen von Rechtsinhaberschaft und Gefahrtragung, zu einer Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung.⁶⁹¹

Auch wenn die Rechtsprechung nicht immer sauber getrennt hat, sind bei der obligatorischen Gefahrentlastung – nicht anders als in der zuvor behandelten Fallgruppe der mittelbaren Stellvertretung und Treuhand – erneut eine vertragliche und eine deliktische Problematik zu unterscheiden. Zumindest beim Versendungskauf sind beide denkbar⁶⁹²:

Hat der Versender eine Person mit dem Transport beauftragt und beschädigt diese Transportperson den Gegenstand schuldhaft, ergibt sich die *vertragsrechtliche* Frage, ob das Interesse des Käufers inhaltlich in den Frachtvertrag zwischen Verkäufer und Frachtführer oder Spediteur einzubeziehen ist. Nicht der gemäß § 447 BGB entlastete Verkäufer, sondern der Käufer als nicht vertraglich mit dem Transporteur verbundene Person trägt ja den Schaden.

Das heute geltende Transportrecht gewährt dem Käufer in derartigen Fällen des Versendungskaufs gemäß § 421 I 2 und 3 HGB einen eigenen Schadensersatzanspruch, weshalb sich das Bedürfnis für eine Drittschadensliquidation deutlich reduziert hat. Dem Käufer fehlt jetzt nur noch beim privaten Transport und bei der Schädigung durch einen Spediteur, der nicht Frachtführer im Sinne des HGB ist, ein eigener Schadensersatzanspruch.⁶⁹³ In diesen Fällen kann aber der Verkäufer als Vertragspartner des Transporteurs den beim Käufer eintretenden Schaden liquidieren.

Ebenso relevant ist beim Versendungskauf das *deliktische* Zuordnungsproblem, wenn nämlich das Rechtsgut Eigentum an der Sache durch einen Dritten verletzt wird. Dritter kann dabei

⁶⁸⁷ So BGHZ 40, 91, 101 = NJW 1963, 2071, 2074; ferner BGH NJW 1967, 930, 931; Palandt/*Grüneberg*, Vorbem. v. § 249 Rdn. 110; MünchKommBGB/*Oetker*, § 249 Rdn. 300; Soergel/*Mertens*, Vor § 249 Rdn. 256; *Tägert* (Fn. 676), S. 38; v. *Caemmerer*, ZHR 127 (1965), 241, 261.

⁶⁸⁸ Vgl. Soergel/*Mertens*, Vor § 249 Rdn. 256; Staudinger/*Schiemann* (2005), Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdn. 74; ferner *Selb*, Schadensbegriff und Regressmethoden, 1963, S. 47, und *Büdenbender*, Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung, 1996, S. 88 ff., *Büdenbender*, JZ 1995, 920 f. und 925 sowie *Büdenbender*, NJW 2000, 986, 987, die allerdings selbst der Lösung über die Drittschadensliquidation kritisch gegenüberstehen.

⁶⁸⁹ v. *Caemmerer*, ZHR 127 (1965), 241, 250.

⁶⁹⁰ Dazu *Lorenz*, ZGS 2003, 421, 422.

⁶⁹¹ *Bitter* (Fn. 319), S. 388 ff.

⁶⁹² Auf beide Möglichkeiten wird hingewiesen bei *Tägert* (Fn. 676), S. 40; v. *Caemmerer*, ZHR 127 (1965), 241, 260; Soergel/*Mertens*, Vor § 249 Rdn. 256.

⁶⁹³ Vgl. dazu eingehend *Oetker*, JuS 2001, 833 ff.

eine außenstehende Person sein, z.B. ein Kraftfahrer, der einen Unfall mit dem Transportfahrzeug verschuldet, oder auch der Transporteur selbst. Jeweils ist zu untersuchen, ob der Schaden des die Gefahr tragenden Käufers im Rahmen des § 823 I BGB ersetzt werden kann, obwohl das Eigentum „formell“ noch dem Verkäufer zusteht. Aufgrund der Zufälligkeit der internen Gefahrentlastung zwischen Verkäufer und Käufer, die dem Drittschädiger nicht zugutekommen soll, ist diese Frage zu bejahen, wobei die h.M. den Weg der Drittschadensliquidation für richtig hält (zu Alternativkonzepten unten S. 122 ff.).

⇒ Fall Nr. 28 – Zündelnder Fußballprofi

⇒ Zusatzfall Nr. 28a – Das brandheiße Rennrad

Im Gegensatz zum Versendungskauf stehen bei den sonstigen Fällen obligatorischer Gefahrentlastung zumeist aus praktischen Gründen nur *deliktische* Schädigungen in Rede. Beim Vermächtnis, der Schenkung sowie beim Annahmeverzug geht es in der Regel um die Beschädigung oder Zerstörung durch einen nicht mit einer Seite vertraglich verbundenen Dritten vor Übereignung der Sache.⁶⁹⁴ Dann ergibt sich – wie beim Versendungskauf – das deliktsrechtliche Zuordnungsproblem: Wird der Schaden des die Gefahr tragenden Bedachten, Beschenkten oder in Annahmeverzug befindlichen Käufers im Rahmen des Anspruchs aus § 823 I BGB ersetzt, obwohl „formell“ der Erbe, Schenker oder Verkäufer Eigentümer der Sache ist?

Hat sich z.B. A in notarieller Form (vgl. § 518 BGB) schenkweise verpflichtet, dem B in einem Monat einen Oldtimer zu übereignen und wird das Fahrzeug vor der Übergabe durch einen Dritten D zerstört, ohne dass ein Verschulden des A (§ 521 BGB) mitgewirkt hätte, ist allein B geschädigt: Er verliert seinen Übereignungsanspruch gegen A gemäß § 275 I BGB, ohne irgendeinen Ersatz zu erhalten. Das Vermögen des A ist hingegen von der Zerstörung des Fahrzeugs nicht betroffen, da er aufgrund der formwirksamen Schenkung ohnehin zur gegenleistungsfreien Übereignung verpflichtet war.⁶⁹⁵ Nach h.M. kann in einem solchen Fall der Schenker den beim Beschenkten eingetretenen Schaden liquidieren.

Zum Annahmeverzug bildet v. *Caemmerer* das folgende, ebenfalls eine deliktische Drittschädigung betreffende Beispiel: Ein Antiquitätenhändler verkauft einem Kunden einen Barockschrank, den dieser nach dem Vertrag selbst abholen soll. Dem kommt der Käufer trotz Aufforderung nicht nach. Der Schrank fällt in den Lagerräumen des Antiquitätenhändlers einem Brand zum Opfer, der durch Fahrlässigkeit im Nachbarhaus entstanden ist und dessen Übergreifen sich nicht hatte verhindern lassen. Der Verkäufer könne in einem solchen Fall den Schaden des Käufers liquidieren, der mangels Übergabe noch nicht Eigentümer sei.⁶⁹⁶

Die andere Konstellation, in der die Einbeziehung des Bedachten, Beschenkten oder in Annahmeverzug befindlichen Käufers in einen vom „formellen“ Eigentümer, also dem Erben, Schenker oder Verkäufer, geschlossenen *Vertrag* in Rede steht, scheint demgegenüber seltener vorzukommen. Undenkbar ist sie aber nicht.

c) Obhut für fremde Sachen

Die zuletzt im Rahmen der Drittschadensliquidation diskutierte Fallgruppe der Obhut für fremde Sachen betrifft Sachverhalte, in denen der Vertragsgläubiger nur Besitzer, nicht aber

⁶⁹⁴ Zur Drittschadensliquidation wegen deliktischer Schädigung beim Vermächtnis vgl. BGH NJW 1967, 930, 931, mit Bezug auf BGHZ 40, 91, 100 = NJW 1963, 2071, 2074.

⁶⁹⁵ Näher *Bitter* (Fn. 319), S. 337 f.

⁶⁹⁶ v. *Caemmerer*, ZHR 127 (1965), 241, 250.

Eigentümer einer Sache ist, die er in die Obhut seines Vertragspartners gibt.⁶⁹⁷ Es kann sich um eine Aufbewahrung, Einlagerung oder Indepotgabe fremder Gegenstände und deren Beschädigung, Zerstörung oder Verlust durch Verschulden der zur Aufbewahrung verpflichteten Person handeln.⁶⁹⁸ Ferner lagen dem RG im Elbkahn-Fall⁶⁹⁹ sowie dem BGH im Schiffscharter-Fall⁷⁰⁰ Sachverhalte vor, in denen es jeweils um die Schädigung angemieteter Schiffe durch einen Vertragspartner des Mieters ging. Hier stellte sich die Frage, ob der Schiffseigner vertragliche Schadensersatzansprüche gegen den Schädiger geltend machen kann, obwohl dieser nur mit dem Mieter in Vertragsbeziehungen steht.⁷⁰¹ In einem anderen Fall des RG verlangte ein Kutscher Schadensersatz aus § 701 BGB für die beim Gastwirt abhandlungskommenen Sachen seines Dienstherrn.⁷⁰²

In all diesen Fällen hat der geschädigte Dritte aufgrund seines Eigentums an der beschädigten, zerstörten oder gestohlenen Sache durchaus einen eigenen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger aus § 823 I BGB. Die Frage ist allein, ob der Schaden auch als Drittschaden aus dem Vertragsverhältnis liquidiert werden kann.⁷⁰³ Daran besteht vor allem dann ein Interesse, wenn sich der für den Schaden verantwortliche Vertragspartner gegenüber einer Klage des Eigentümers aus unerlaubter Handlung gemäß § 831 BGB entlasten kann⁷⁰⁴ oder sich der Geschädigte die günstigere Beweislastverteilung des Vertragsrechts (früher § 282 BGB a.F. analog; heute § 280 I 2 BGB n.F.)⁷⁰⁵ oder eine Zufallshaftung⁷⁰⁶ zunutze machen will.

Damit geht es in allen Fällen der Obhut für fremde Sachen von vornherein nur um die Reichweite der *vertraglichen* Verpflichtung und niemals um eine Zuordnungsfrage im Rahmen deliktischer Schädigungen. Denn eine Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, ein Auseinanderfallen von Eigentum und Gefahrtragung, liegt gar nicht vor.

Die h.M. gestattet es in all diesen Fällen dem Nichteigentümer, der die einem Dritten gehörende Sache vertraglich in die Obhut des späteren Schädigers gibt, bei jenem den Schaden des Dritten, des Eigentümers der Sache, aus dem vertraglichen Anspruch zu liquidieren, weil es dem Schädiger, der die Obhut übernommen hat, nicht zugutekommen soll, dass die Sache nicht seinem Vertragspartner, sondern einem Dritten gehört.

⁶⁹⁷ Vgl. dazu und zum folgenden BGHZ 40, 91, 101 = NJW 1963, 2071, 2074 unter Ziff. B. II. 2. c) der Gründe; v. Caemmerer, ZHR 127 (1965), 241, 264 ff.; Soergel/Mertens, Vor § 249 Rdn. 254 f.; MünchKommBGB/Oetker, § 249 Rdn. 305; Staudinger/Schiemann (2017), Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdn. 72.

⁶⁹⁸ So im Fall RGZ 115, 419.

⁶⁹⁹ RGZ 93, 39: Ein angemieteter Kahn wurde von einem Schlepper, den der Mieter beauftragt hatte, auf Grund gesetzt und dadurch stark beschädigt.

⁷⁰⁰ BGH LM Nr. 3 zu § 510 HGB = MDR 1958, 307: Der Kessel eines gecharterten Schiffs wurde beim Einfüllen von Wasser durch den Vertragspartner des Charterers beschädigt.

⁷⁰¹ Dem vergleichbar ist der bei Soergel/Mertens, Vor § 249 Rdn. 254, angeführte Fall der Beschädigung eines gemieteten KFZ während einer vom Mieter in Auftrag gegebenen Reparatur. Vgl. zu den Obhutpositionen aus der Rechtsprechung des BGH ferner BGHZ 15, 224. In jenem Fall hatte der BGH über eine vom Vertragspartner durch falsche Dokumente verschuldete Beschlagnahme des einem Dritten gehörenden LKW beim Interzonen-grenzübertritt zu befinden.

⁷⁰² RG, Das Recht 1921, Sp. 109 (Nr. 829).

⁷⁰³ Peters, AcP 180 (1980), 329, 333 (Teilhabe an den „besseren“ vertraglichen Ersatzansprüchen eines anderen), 359 und 365.

⁷⁰⁴ Vgl. dazu BGHZ 40, 91, 101 = NJW 1963, 2071, 2074 unter Ziff. B. II. 2. c) der Gründe; Soergel/Mertens, Vor § 249 Rdn. 255; MünchKommBGB/Oetker, § 249 Rdn. 305; Staudinger/Schiemann (2017), Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdn. 72; v. Caemmerer, ZHR 127 (1965), 241, 266.

⁷⁰⁵ So im Elbkahn-Fall RGZ 93, 39.

⁷⁰⁶ Vgl. v. Caemmerer, ZHR 127 (1965), 241, 266 für die Gastwirthaftung gemäß § 701 BGB.

3. Alternative Konzepte

Die Drittschadensliquidation ist zwar in der Praxis seit langem anerkannt und kann deshalb in den genannten Fallgruppen auch einer Falllösung in Klausuren und Hausarbeiten zugrunde gelegt werden. Wirklich herausragende Fallbearbeitungen zeichnen sich aber dadurch aus, dass sie auch auf mögliche alternative Konzepte aus der Literatur eingehen, die insbesondere für die Fälle deliktischer Schädigung entwickelt wurden und insoweit auch zu anderen Ergebnissen führen können.⁷⁰⁷

a) Lehre vom normativen Schaden

Nach der Rechtsprechung und h.M. geht es – wie schon der Begriff „Drittschadensliquidation“ zeigt – um die Bemessung des Schadens aus der Person des Dritten, auch wenn nicht alle Urteile in dieser Hinsicht eindeutig sind.⁷⁰⁸

Dieser h.M. steht ein Alternativkonzept gegenüber, das in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zunächst von *Selb*⁷⁰⁹ in die Diskussion gebracht, sodann in der Habilitationsschrift von *Hagen* aus dem Jahr 1971⁷¹⁰ vertieft sowie in jüngerer Zeit vor allem von *Büdenbender* für die Fallgruppe der obligatorischen Gefahrentlastung fortgeführt worden ist.⁷¹¹ Es orientiert sich an den Grundsätzen des versagten Vorteilsausgleichs im Schadensrecht, denen zufolge es einen Schädiger nicht entlastet, wenn der Geschädigte gegen die Schadensentstehung versichert ist.

Beispiel: Der Verursacher eines Hausbrandes kann gegenüber dem Schadensersatzanspruch des Eigentümers nicht geltend machen, letzterer habe für sein Haus eine Feuerversicherung abgeschlossen und deshalb durch das Abbrennen seines Hauses keinen ökonomischen Schaden erlitten. Der Anspruch des Eigentümers gegen den Versicherer entlastet den eigentlichen Schadensverursacher nicht.

In gleicher Weise soll die obligatorische Gefahrentlastung zwischen dem Rechtsträger und dem wirtschaftlich geschädigten Hintermann im Verhältnis zwischen Schädiger und Rechtsträger unerheblich sein. Der Rechtsträger könne – ebenso wie der versicherte Geschädigte – trotz der Gefahrentlastung den Schaden ersetzt verlangen.

In dem oben auf S. 120 angeführten Beispiel des verschenkten Oldtimers, der von einem Dritten vor der Übergabe zerstört wird, bestimmt diese Lehre den Schaden des Eigentümers (Schenkens) normativ, d.h. wertend: Der Umstand, dass der Oldtimer bereits an den B verschenkt ist und deshalb der beschenkte B die Gefahr trägt, wird in einer wertenden Betrachtung für unerheblich erklärt, ebenso wie es den Schädiger nicht entlastet, wenn der Eigentümer A eine Vollkaskoversicherung abgeschlossen hat und diese ihm den Schaden ersetzt. Blendet man die Gefahrverlagerung auf den Beschenkten – ebenso wie den Ersatzanspruch gegen einen Versicherer – im Rahmen der §§ 249 ff. BGB aus, verbleibt dem Schenker ein *eigener* Schaden, den er ersetzt verlangen kann. Dieser Ersatz eines eigenen, normativ bestimmten Schadens ist jedoch etwas ganz anderes als der Ersatz eines Drittschadens nach dem Konzept der h.M., weil sich beide Schadensbeträge der Höhe nach nicht decken müssen. Unterschiede ergeben sich etwa, wenn nur der Dritte, nicht aber der (formelle) Eigentümer eine

⁷⁰⁷ Dazu *Bitter* (Fn. 319), S. 394 ff.

⁷⁰⁸ Dazu *Bitter* (Fn. 319), S. 394 ff.

⁷⁰⁹ *Selb* (Fn. 688), S. 41 ff.; *Selb*, NJW 1964, 1765, 1768 f.

⁷¹⁰ *Hagen* (Fn. 674), passim, insbesondere die Stellungnahme im Dritten Hauptteil der Arbeit (S. 140 ff.).

⁷¹¹ *Büdenbender*, Vorteilsausgleichung und Drittschadensschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung, 1996, passim (insbes. S. 77 ff.); kürzer *Büdenbender*, JZ 1995, 920 ff.; wiederholend auch *Büdenbender*, NJW 2000, 986 ff.; für diese Lehre auch *Peters*, AcP 180 (1980), 329 ff., insbes. S. 333, 343 ff., der zusätzlich den Gedanken der überholenden Kausalität heranzieht (S. 348 f.); in jüngerer Zeit auch *Raab*, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, 1999, S. 350 f.

günstige Möglichkeit des Weiterverkaufs hatte und folglich nur beim Dritten ein entgangener Gewinn zu verzeichnen ist. Dieser spezifische Drittschaden ist nur über die Drittschadensliquidation ersatzfähig, während die Lehre vom normativen Schaden einen solchen Schaden – ganz bewusst – nicht für ersatzfähig hält.⁷¹²

b) „Wirtschaftliche“ Rechtsträgerschaft als Grundlage deliktischer Ersatzansprüche

Ein hier nicht im Detail darstellbares Alternativkonzept des *Verfassers* trennt – in Fortentwicklung von Überlegungen *Junkers*⁷¹³ – im Ansatz klar zwischen den Fällen rechtsgeschäftlichen Kontakts zwischen Schädiger und Mittler, in denen es um die Einbeziehung von Drittinteressen in einen *vertraglichen* Schadensersatzanspruch geht, und den oben in Abgrenzung dazu aufgezeigten Fällen aus dem Bereich des deliktischen Handelns.⁷¹⁴ Fallen Rechtsinhaberschaft und Gefahrtragung aufgrund einer internen Gefahrtragungsregel – sei es beim Auftrag, Versandkauf, Annahmeverzug, Vermächtnis oder bei der Schenkung – auseinander, liegt immer eine Treuhand im Sinne einer Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung vor: Eine Person ist zwar noch „formell“ Inhaber des Rechts (Treuhand), während eine andere Person aufgrund der Gefahrverlagerung der „wirtschaftliche“ Rechtsträger ist (Treugeber). Diese atypische Konstellation, in der ausnahmsweise der „formelle“ Rechtsinhaber nicht zugleich die Gefahr trägt, zwingt auch in vielen anderen Bereichen des bürgerlichen Rechts sowie des Vollstreckungs- und Insolvenzrechts zu Sonderlösungen, indem die Rechtsposition eines nur „wirtschaftlich“ Berechtigten derjenigen eines dinglich Berechtigten angenähert wird.⁷¹⁵

Soweit ein aufgrund der Gefahrtragungsregel „wirtschaftlich“ Berechtigter durch eine Drittschädigung betroffen ist, muss letztlich nur im Rahmen einer teleologischen Interpretation festgestellt werden, welche Person als Rechtsträger i.S.v. § 823 I BGB anzusehen ist und wem damit Deliktsschutz zukommt. Im Normalfall, in dem Rechtsinhaberschaft und Gefahrtragung zusammenfallen (*casum sentit dominus*), ist dies der Rechtsinhaber. Fallen aber Rechtsinhaberschaft und Gefahrtragung ausnahmsweise auseinander, so ist nach Sinn und Zweck des § 823 I BGB nicht das – gar nicht vorhandene – wirtschaftliche Interesse des „formellen“ Rechtsträgers zu schützen, sondern dasjenige des „wirtschaftlichen“ Rechtsinhabers, des „Gefahrträgers“.

Der Schaden des „wirtschaftlichen“ Rechtsträgers (Treugebers) kann nach diesem Konzept freilich nicht *neben* einem im Einzelfall hinzutretenden Schaden des formalrechtlichen Rechtsträgers beim Schädiger liquidiert werden, sondern nur *statt* seiner.⁷¹⁶ Die zuvor an dem verletzten Recht bestehende Trennung zwischen formeller und materieller Inhaberschaft setzt sich dabei im Grundsatz an der Schadensersatzforderung fort; der „formelle“ Rechtsinhaber kann deshalb i.d.R. den „materiell“ dem Dritten zustehenden und deshalb auch aus dessen Interesse bemessenen Schadensersatzanspruch beim Schädiger einfordern.⁷¹⁷

Von der deliktsrechtlichen Zuordnungsproblematik bei einer Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung zu trennen sind die vertragsrechtlichen Probleme, die – wie der auf S. 106 ff. behandelte Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zeigt – letztlich nur eine Frage der richtigen Vertragsauslegung sind. Hätte etwa ein mittelbarer Stellvertreter gegenüber dem

⁷¹² Dazu *Bitter* (Fn. 319), S. 397 f.

⁷¹³ *Junker*, AcP 193 (1993), 348 ff.

⁷¹⁴ *Bitter* (Fn. 319), S. 399 ff.

⁷¹⁵ Siehe aus dem Handelsrecht z.B. die wichtige Vorschrift des § 392 II HGB und dazu *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 289), § 9 Rdn. 114 ff.; eingehend auch *Bitter* (Fn. 319), S. 107 ff., 189 ff.

⁷¹⁶ *Bitter* (Fn. 319), S. 407 ff.

⁷¹⁷ *Bitter* (Fn. 319), S. 409 f.

Vertragspartner offengelegt, dass der Vertrag für Rechnung eines Dritten geschlossen wird, dann hätte jener Vertragspartner redlicherweise nicht erwartet, bei Leistungsstörungen wegen der internen Gefahrverlagerung überhaupt nicht haften zu müssen, sondern er hätte sich darauf eingelassen, jenes Interesse des Dritten ggf. zu ersetzen, wenn es beim unmittelbaren Vertragspartner wegen des Handelns für fremde Rechnung nicht auftreten kann. In gleicher Weise hätte der Transporteur beim Versendungskauf oder diejenige Person, bei der eine fremde Sache in Obhut gegeben wird, redlicherweise nicht erwartet, nur deshalb von den vertragsrechtlichen Konsequenzen einer Beschädigung der zu transportierenden oder aufzubewahrenden Sache entlastet zu werden, weil diese nicht dem Vertragspartner, sondern einem Dritten gehört.

Im Ergebnis ist daher die Drittschadensliquidation eine überflüssige Konstruktion, weil man entweder – in den Deliktsfällen – mit einer teleologischen Interpretation der Deliktsgesetze durch Einbeziehung des „wirtschaftlichen“ Rechtsinhabers oder – in den Vertragsfällen – mit einer interessengerechten Auslegung des Vertrags zum selben Ergebnis gelangt.