

# *Vertragsdurchführung und Schuldbefreiung*

---

Die einfachste Art, von einer begründeten Schuldverpflichtung frei zu werden, ist die Erbringung der Leistung so, wie sie geschuldet ist. Das führt zur Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB. Die einfachste Art ist aber nicht die einzige Art der Schuldbefreiung. Es gibt Erfüllungssurrogate, die die Erfüllung ersetzen (Aufrechnung, Hinterlegung). Man kann sich aber auch vorstellen, dass es zu rechtsgeschäftlichen Schuldbefreiungen (etwa durch Anfechtung, Kündigung, Widerruf, Aufhebungsvertrag) kommt oder dass Ereignisse eintreten, die der Schuldverpflichtung ein Ende bereiten (Unmöglichkeit der Leistungserbringung, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Auftreten einer auflösenden Bedingung). Den Schuldbefreiungs- und -befreiungsmöglichkeiten insgesamt widmet sich unser nächstes Kapitel.

---

## *I. Erfüllung*

### **1. Bewirken der geschuldeten Leistung**

Das Schuldverhältnis im engeren Sinne, d.h. die zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Forderungsbeziehung, erlischt gemäß § 362 Abs. 1 BGB, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Dabei ist mit Bewirken der

„Leistung“ das Herbeiführen des Leistungserfolges und nicht etwa nur die Vornahme von Leistungshandlungen gemeint. Im Falle eines Kaufvertrages bedeutet dies z.B., dass der Verkäufer dem Käufer den unmittelbaren Besitz und das Eigentum an dem verkauften Gegenstand verschaffen muss (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB). Besonders deutlich wird dies am Beispiel des Werkvertrages, bei dem der Unternehmer die geschuldete Leistung nur durch das Herstellen des Werkes (Leistungserfolg) bewirken kann, nicht aber durch das bloße Arbeiten am Werk (Leistungshandlung) (§ 631 Abs. 1 1. HS BGB).

Die Vornahme einer Leistungshandlung genügt dagegen dann zum Bewirken der „Leistung“, wenn der Schuldner eine nicht erfolgsbezogene Handlung oder ein Unterlassen schuldet. Paradebeispiel hierfür ist der Dienstvertrag, bei dem der Dienstverpflichtete lediglich die Vornahme der vereinbarten Arbeitsleistung als solcher schuldet (§ 611 Abs. 1 1. HS BGB).

Zur Erfüllung reicht es selbstverständlich nicht aus, dass der Schuldner irgendeine Leistung erbringt. Erforderlich ist vielmehr, dass der Schuldner die „geschuldete“ Leistung erbringt, also in der rechten Zeit, am rechten Ort und in der rechten Art und Weise leistet. Demnach führt die Erbringung einer von der vertraglichen Vereinbarung abweichenden (mangelhaften) Leistung nicht zur Erfüllung. Das gilt nunmehr kraft gesetzlicher Anordnung auch beim Stückkauf, wenn der geleistete Kaufgegenstand einen Mangel im Sinne des § 434 BGB aufweist.

Hinsichtlich der Erfüllung der „geschuldeten Leistung“ ist auch umstritten, ob und wann der Schuldner einer Geldschuld die Forderung durch eine Banküberweisung erfüllen kann. Dabei ist die Frage, ob der Schuldner mit „Buchgeld“ zahlen darf, von der Frage zu trennen, ob diese „Zahlung“ dann auch zur Erfüllung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB führt oder eine Leistung an Erfüllung statt im Sinne des § 364 Abs. 1 BGB darstellt. Ob eine Forderung durch „Buchgeld“ - also durch Zuwendung eines Auszahlungsanspruchs gegen die Bank - beglichen werden darf, bestimmt sich nach herrschender Meinung alleine nach der Parteivereinbarung (BGH NJW 1983, 1605, 1606). Haben die Parteien darüber - wie meist - keine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung getroffen, dann ist die Frage nach dieser Auffassung durch Vertragsauslegung zu beantworten (§§ 133, 157 BGB). So ergibt sich z.B. aus der Verkehrssitte, dass bei einem alltäglichen Kauf in einem Lebensmittelgeschäft alleine die Zahlung mit Bargeld vereinbart ist, während sich andererseits aus der Interessenlage beider Parteien eine Beschränkung auf „Buchgeld“ ergibt, wenn größere Beträge auf eine weite Distanz zu leisten sind (vgl. dazu Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 11, 3). Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die Parteien stillschweigend vereinbart haben, dass eine Geldschuld sowohl mit Bar- als auch mit Buchgeld erfüllt werden

kann, wenn der Gläubiger dem Schuldner sein Girokonto auf Briefen, Rechnungen und dergleichen bekannt gegeben hat (BGHZ 98, 24, 30).

Eine verbreitete Auffassung in der Literatur will dagegen unabhängig von der Vereinbarung der Parteien wegen der Üblichkeit des bargeldlosen Zahlungsverkehrs im Wirtschaftsleben und der Verkehrsanschauung der beteiligten Kreise die Zahlung mit „Buchgeld“ der Zahlung mit Bargeld gleichstellen. Nach dieser Auffassung können also Geldschulden ohne weiteres mit Buchgeld erfüllt werden, es sei denn die Parteien hätten ausdrücklich etwas anderes vereinbart (Medicus, Bürgerliches Recht, Rdnr. 757; Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 11, 2 (S. 195 f.)). Selbst wenn man dieser Auffassung mit der Rechtsprechung nicht folgen will, so muss man doch zur Kenntnis nehmen, dass die Zahlung mit Buchgeld jedenfalls im Verkehr zwischen Kaufleuten Handelsbrauch ist und daher mit Rücksicht auf § 346 HGB zur Erfüllung von Geldschulden führt.

Zu erörtern bleibt die Frage, ob die nach den in Literatur und Rechtsprechung diskutierten Kriterien zulässige Begleichung einer Geldschuld mit „Buchgeld“ zur Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB führt oder ob es sich dabei um eine Leistung an Erfüllung statt gemäß § 364 Abs. 1 BGB handelt. Die h.M. in der Literatur will bei der Zahlung mit Buchgeld § 362 Abs. 1 BGB anwenden (Palandt/Grüneberg, § 362 Rdnr. 9; MüKo/Wenzel, § 362 Rdnr. 22), der BGH dagegen hat sich in einer sehr frühen Entscheidung auf die Bejahung einer Leistung an Erfüllung statt festgelegt (BGH NJW 1953, 897). In neueren Entscheidungen dagegen lässt der BGH die Frage offen, da sie nur von untergeordneter Bedeutung sei (BGH NJW 1983, 1605, 1606; BGHZ 98, 24, 30). Dem ist zuzustimmen, weil die h.M. auch bei Anwendung von § 362 Abs. 1 BGB die Erfüllungswirkung einer Überweisung von der Parteivereinbarung abhängig macht, so dass unabhängig davon, ob man eine Leistung an Erfüllung statt bejaht oder nicht, eine Geldschuld nur dann mit Buchgeld beglichen werden kann, wenn der Gläubiger mit dieser Zahlungsweise einverstanden ist.

Fraglich ist, ob der Schuldner die geschuldete Leistung persönlich erbringen muss. Dies ist gemäß § 267 Abs. 1 Satz 1 BGB nur dann der Fall, wenn in dem Vertrag ausdrücklich oder konkludent vereinbart wurde, dass „der Schuldner in Person zu leisten hat“. Bei bestimmten Verträgen wie z.B. dem Dienstvertrag wird sogar von Gesetzes wegen vermutet, dass die Leistung höchstpersönlich zu erbringen ist (§§ 613 Satz 1 BGB). Grundsätzlich aber kann der Schuldner die Leistung durch Einschaltung von Dritten bewirken.

Nimmt man den Wortlaut des § 362 Abs. 1 BGB ernst, so genügt es zur Erfüllung, dass der Schuldner die soeben erörterten und in der Vorschrift genannten Voraussetzungen erfüllt. Ohne jeden weiteren rechtsgeschäftlichen Akt würde dann allein das reale Bewirken der geschuldeten Leistung das Schuldverhältnis im engeren Sinne zum Erlöschen bringen. Dies wird denn auch von der Theorie der realen Leistungsbewirkung vertreten. Demgegenüber behaupten zahlreiche andere Auffassungen, dass der Tatbestand des § 362 Abs. 1 BGB um ein ungeschriebenes subjektives Merkmal zu ergänzen sei. Zwischen diesen Auffassungen ist lediglich streitig, welchen Inhalt dieses subjektive Merkmal haben soll. Nur noch von historischem Interesse ist insoweit die heute praktisch nicht mehr vertretene Vertragstheorie, nach der die Erfüllung neben der Bewirkung der geschuldeten Leistung den Abschluss eines auf Aufhebung des Schuldverhältnisses gerichteten Erfüllungsvertrages voraussetzt. Dagegen verlangt die modifizierte (eingeschränkte) Vertragstheorie den Abschluss eines Erfüllungsvertrages nur noch dann, wenn für die Herbeiführung des Leistungserfolges ein Rechtsgeschäft (wie z.B. die Übereignung der Kaufsache beim Kaufvertrag) erforderlich ist. Danach wäre es z.B. bei einem Werkvertrag, bei dem der Unternehmer lediglich einen tatsächlichen Erfolg schuldet, für die Erfüllung der Verpflichtung des Unternehmers ausreichend, wenn dieser das Werk herstellt. Schließlich fordert die Theorie der finalen Leistungsbewirkung für die Erfüllung neben der Bewirkung der geschuldeten Leistung die Abgabe einer einseitigen Leistungszweckbestimmung (Tilgungsbestimmung) durch den Schuldner. Diese Tilgungsbestimmung wird dabei regelmäßig als geschäftsähnliche Handlung qualifiziert (zusammenfassend zu den Erfüllungstheorien: Musielak, Grundkurs BGB, Rdnrn. 209 und 210).

Dass der Erfüllungsleistung eine Zweckbestimmung mitgegeben werden muss, zeigt die einfache Überlegung, dass die bloße Hingabe der Leistung, die bloße Vermögenszuwendung, nicht erkennen lässt, was der Hingebende mit der Hingabe bezweckt. Schon das römische Recht unterschied die nahe liegenden Hingabezweckbestimmungen der Erfüllung (*datio solvendi causa*), der Schenkung (*datio donandi causa*) und der Erreichung eines weiteren Zwecks (*datio ob rem*). Allein die Tilgungsbestimmung macht eine Leistung zur Erfüllungsleistung.

Eine gewisse Klausurrelevanz können die Erfüllungstheorien haben, wenn es um Leistungen an Minderjährige geht. In diesen Fällen bieten die Vertragstheorien dem Minderjährigen offensichtlich einen weitreichenden Schutz: Da der Erfüllungsvertrag den Anspruch des Minderjährigen zum Erlöschen bringen würde, ist er nicht lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB. Dies bedeutet aber, dass ein Minderjähriger einen Erfüllungsvertrag ohne Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter nicht wirksam abschließen kann, so dass bei

Anwendung der Vertragstheorien eine befreiende Leistung an einen Minderjährigen ohne Mitwirkung seiner Eltern nicht möglich wäre. Dieses dem Minderjährigenschutz dienende Ergebnis erreichen aber auch die Theorien einseitiger Leistungsbewirkung, indem sie für die Erfüllung verlangen, dass die Person, an die die Leistung bewirkt wird, auch zur Annahme der Leistung befugt ist. Diese Annahmefugung wird durch den Begriff der „Empfangszuständigkeit“ gekennzeichnet und bei Minderjährigen und geschäftsunfähigen Personen verneint. Die Erfüllungstheorien kommen demnach bei der Frage der Erfüllungswirkung der Leistung an einen Minderjährigen zum gleichen Ergebnis, so dass es sich in einer Klausur empfiehlt, den Streit nur knapp darzustellen und unentschieden zu lassen.

Außer dem geschäftsfähigen Gläubiger können auch dessen „Hilfspersonen“ empfangszuständig sein, wenn der Gläubiger sie zur Entgegennahme der Leistung in seinem Namen ermächtigt hat und sie die Leistung für den Gläubiger entgegennehmen. Als solche empfangszuständigen Hilfspersonen kommen sowohl Empfangsvertreter als auch Empfangsboten des Gläubigers in Betracht. Es kann aber auch vorkommen, dass eine andere Person als der Gläubiger die Leistung im eigenen Namen und für sich selbst entgegen nimmt. Diese Person ist dann keine im Lager des Gläubigers stehende Hilfsperson mehr, sondern „Dritter“. Nimmt ein „Dritter“ die Leistung entgegen, dann führt dies nur unter den Voraussetzungen der §§ 362 Abs. 2, 185 BGB sowie dann zur Erfüllung, wenn der Dritte ein Nießbrauchs- oder Pfandrecht an der Forderung hat. Der praktisch wichtigste Fall hiervon ist derjenige, dass der Gläubiger dem Dritten im Wege einer Einziehungsermächtigung erlaubt hat, die Leistung im eigenen Namen in Empfang zu nehmen.

## **2. Quittieren der Leistung**

Die Beweislast für die rechtsvernichtende Einwendung, dass eine Forderung durch Erfüllung erloschen ist, trägt der Schuldner. Deswegen hat der Schuldner ein starkes Interesse daran, die Erfüllung zuverlässig nachweisen zu können. Das BGB trägt diesem Interesse dadurch Rechnung, dass es dem Schuldner in § 368 BGB einen Anspruch auf eine Quittung einräumt. Die Quittung ist in § 368 BGB als ein schriftliches Empfangsbekenntnis legal definiert. Damit ist die Quittung ihrer Rechtsnatur nach eine Erklärung, die eine Tatsache feststellt. Sie ist demnach eine Wissenserklärung und keine Willenserklärung. Die Quittung kann daher auch von einem Minderjährigen oder einem Geschäftsunfähigen ausgestellt werden.

Nach § 368 Satz 1 BGB ist die Quittung „schriftlich“ zu erteilen. Dies bedeutet nach allgemeiner Ansicht, dass das Empfangsbekenntnis in der Form des § 126

BGB abgegeben werden muss. Diese bedeutet, dass die Quittung vom Gläubiger eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden muss (§ 126 Abs. 1 BGB). Eine Urkunde, die lediglich durch Stempel oder faksimilierte Unterschrift gekennzeichnet ist, genügt diesen Anforderungen ebenso wenig wie ein Kassenbon.

Der Anspruch des Schuldners auf Erteilung einer Quittung nach § 368 BGB entsteht nur im Falle der Erfüllung oder der Leistung an Erfüllung statt, nicht jedoch bei Hinterlegung oder Aufrechnung. Des Weiteren muss der Gläubiger die Quittung nur auf Verlangen des Schuldners erteilen. Es handelt sich bei diesem Anspruch also um einen so genannten „verhaltenen Anspruch“.

Da die Erteilung der Quittung alleine im Interesse des Schuldners liegt, weist das Gesetz ihm auch in § 369 Abs. 1 BGB die Kosten der Quittung zu und begründet sogar eine Vorschusspflicht zu Gunsten des Gläubigers. Allerdings macht § 369 Abs. 1 BGB diese Rechtsfolge davon abhängig, dass sich „nicht aus dem zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse ein anderes ergibt“.

### **3. Einhalten der Leistungsmodalitäten**

#### *a. Leistungszeit*

Neben dem Leistungsort gehört die Leistungszeit zu den wesentlichen Modalitäten der Leistung. Dabei beschreibt der Begriff der Leistungszeit zwei zu unterscheidende Zeitpunkte, nämlich den Zeitpunkt, zu dem Schuldner die Leistung erbringen darf (Erfüllbarkeit) und den Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger die Leistung fordern kann (Fälligkeit). Regelmäßig fallen Erfüllbarkeit und Fälligkeit einer Forderung zusammen, jedoch folgt bereits aus § 271 Abs. 2 BGB, dass eine Forderung auch bereits erfüllbar sein kann, bevor sie fällig ist. Umgekehrt ist auch der Fall denkbar, dass der Schuldner von sich aus nicht leisten darf oder jedenfalls nicht leisten muss, der Gläubiger die Leistung aber jederzeit verlangen kann. Man spricht dann von „verhaltenen Ansprüchen“. Ein praktisch wichtiges Beispiel für einen solchen verhaltenen Anspruch ist der Anspruch auf Erteilung einer Quittung nach § 368 BGB.

Die Leistungszeit kann gesetzlich bestimmt sein. Typische Beispiele hierfür sind etwa die §§ 556b Abs. 1, 604, 608, 641 BGB. Meistens wird die Leistungszeit aber von den Parteien vertraglich bestimmt. Dabei können die Parteien auch auf unterschiedliche Weise vereinbaren, dass der Schuldner nicht sofort leisten muss. Eine praktisch wichtige Form einer solchen Vereinbarung ist die Stundung. Durch

die Stundung schieben die Parteien die Fälligkeit einer Forderung bei Bestehenbleiben der Erfüllbarkeit hinaus. Ein Beispiel für eine Stundung wäre, dass die Parteien bei Abschluss eines Kaufvertrages vereinbaren, dass die Forderung erst in drei Monaten fällig wird. Eine weitere Möglichkeit, den Schuldner durch vertragliche Vereinbarung von seiner sofortigen Leistungspflicht zu befreien, ist die Vereinbarung eines so genannten „pactum de non petendo“. Bei der Vereinbarung eines pactum de non petendo wird zwar die Forderung sofort fällig, der Gläubiger verspricht aber, den Anspruch zeitweilig nicht gerichtlich geltend zu machen. Macht der Gläubiger den Anspruch dann aber doch vorzeitig geltend, dann wird die Klage als unzulässig abgewiesen, wenn sich der Schuldner auf diese Prozesseinrede beruft. Im Falle der gerichtlichen Geltendmachung einer gestundeten Forderung wird die Klage dagegen als zurzeit nicht begründet abgewiesen, wenn sich der Schuldner auf die Einrede der Stundung beruft.

Ist die Leistungszeit weder gesetzlich noch vertraglich bestimmt, so kann sie sich gemäß § 271 Abs. 1 BGB aus den Umständen ergeben. Darunter versteht man insbesondere die Natur des Schuldverhältnisses, die Beschaffenheit der Leistung und die Verkehrssitte. So ergibt sich z.B. beim Kauf von Silvesterfeuerwerkskörpern aus den Umständen, dass spätester Lieferungszeitpunkt der 31. Dezember ist.

Erst wenn die Leistungszeit weder gesetzlich, vertraglich noch durch die Umstände bestimmt ist, greift § 271 Abs. 1 BGB ein und ordnet an, dass der Gläubiger die Leistung „sofort“ verlangen und der Schuldner sie „sofort“ bewirken kann. Dabei bedeutet sofort, dass der Schuldner so schnell, wie ihm dies nach objektiven Maßstäben möglich ist, leisten muss.

### *b. Leistungsort*

Der Leistungsort ist der Ort, an dem der Schuldner die Leistungshandlung vornehmen muss. Den Leistungsort nennt das Gesetz in einigen Vorschriften wie z.B. § 447 Abs. 1 BGB auch Erfüllungsort. Dies ist wenig glücklich, weil, wie wir bereits erörtert haben, das BGB selbst in § 362 Abs. 1 BGB unter „Erfüllung“ die Herbeiführung des Leistungserfolges und nicht nur die Vornahme der Leistungshandlung versteht. Daher wird auch in der Literatur häufig vorgeschlagen, zur Vermeidung von Begriffsverwirrung den Begriff „Erfüllungsort“ zu vermeiden und nur noch vom Leistungsort zu sprechen (vgl. etwa Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 2 I, 3).

Demgegenüber versteht man unter dem Erfolgsort den Ort, an dem der Leistungserfolg eintritt. Von der Bestimmung von Leistungs- und Erfolgsort hängt

ab, welche Schuldart vorliegt. Insoweit unterscheidet das BGB drei Schuldarten: Hol-, Bring- und Schickschuld.

Liegen sowohl Leistungs- als auch Erfolgsort beim Schuldner (Wohnsitz oder Sitz der gewerblichen Niederlassung), so handelt es sich um eine „Holschuld“. Sie ist kurz gesagt also dadurch gekennzeichnet, dass der Gläubiger den geschuldeten Gegenstand beim Schuldner abholen muss. Liegen Leistungs- oder Erfolgsort dagegen umgekehrt beim Gläubiger (Wohnsitz oder Sitz der gewerblichen Niederlassung), so handelt es sich um eine „Bringschuld“, die im Ergebnis dadurch gekennzeichnet ist, dass der Schuldner den geschuldeten Gegenstand zum Gläubiger bringen muss. Schließlich ist es auch möglich, dass Leistungsort und Erfolgsort auseinander fallen, so dass der Schuldner die Leistungshandlung an seinem Wohnsitz bzw. Sitz seiner gewerblichen Niederlassung vornehmen kann, der Leistungserfolg aber beim Gläubiger eintreten soll. In diesem Fall spricht man von einer „Schickschuld“, die kurz gesprochen dadurch gekennzeichnet ist, dass der Schuldner den geschuldeten Gegenstand an den Gläubiger versenden soll. Die praktisch wichtigsten Beispiele für Schickschulden sind Geldschulden (§ 270 Abs. 1, 4, 269 Abs. 1 BGB) und der Versendungskauf (§ 447 BGB).

Ebenso wie bei der Leistungszeit kann auch der Leistungsort gesetzlich bestimmt sein. Beispiele für eine solche gesetzliche Bestimmung des Leistungsortes sind z.B. die §§ 261 Abs. 1, 374, 697, 700 Abs. 1 Satz 3 BGB. Allerdings wird auch der Leistungsort in erster Linie durch Parteivereinbarung bestimmt. Fehlt eine Parteivereinbarung über den Leistungsort, dann kann auch der Leistungsort aus den Umständen, insbesondere der Natur des Schuldverhältnisses folgen (vgl. § 269 Abs. 1 BGB). Dabei sind wiederum die Verkehrssitte, örtliche Gepflogenheiten und bei Handelsgeschäften der Handelsbrauch (§ 346 HGB) besonders häufig herangezogene Kriterien. Dabei ergibt sich etwa aus den Umständen, insbesondere der Verkehrssitte, dass bei Ladengeschäften des täglichen Lebens für beide Parteien der Ladenraum der Erfüllungsort ist, während bei der Vereinbarung der Lieferung von Kohlen oder Heizöl für die Wohnung eines Verbrauchers aus den Umständen die Annahme einer Bringschuld folgt. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass beim Verbrauchsgüterkauf nach § 474 Abs. 2 BGB § 447 BGB keine Anwendung findet, was letztlich zu einer Verteilung des Verlustrisikos wie bei einer Bringschuld führt.

Erst wenn keine gesetzliche Bestimmung des Leistungsortes existiert und die Parteien den Leistungsort auch weder vertraglich vereinbart haben, noch dieser sich aus den Umständen ergibt, greift § 269 Abs. 1 BGB ein, wonach der Wohnsitz des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses der Leistungsort ist.

#### 4. Beobachtung von Schutzpflichten

Zwischen Gläubiger und Schuldner bestehen meist weiter gehende Rechtsbeziehungen als lediglich die eine Forderungsbeziehung, die wir Schuldverhältnis im engeren Sinne nennen. Das gesamte Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner wird als Schuldverhältnis im weiteren Sinne bezeichnet. Dieses umfasst neben den Hauptleistungspflichten noch weitere Pflichten, die man Nebenpflichten nennt. Diese Nebenpflichten kann man in zwei große Gruppen aufteilen: Nebenleistungspflichten und Schutzpflichten.

Unter Nebenleistungspflichten versteht man die aus § 242 BGB folgende Pflichten, die dem Schuldner gebieten, sich so zu verhalten, dass der Vertragszweck erreicht werden kann und auch nicht nachträglich gefährdet oder beeinträchtigt wird. Von diesen die Erfüllung der Hauptleistung vorbereitenden und sichernden Nebenpflichten sind die Schutzpflichten zu unterscheiden, die darauf gerichtet sind, den Gläubiger nicht in seinen sonstigen, vom Erfüllungsinteresse zu unterscheidenden Interessen zu beeinträchtigen. Die Schutzpflichten erlegen dem Schuldner demnach die Pflicht auf, das Integritätsinteresse des Gläubigers zu wahren.

Während das Schuldverhältnis im engeren Sinne gemäß § 362 Abs. 1 BGB nach Erfüllung erlischt, können die Schutzpflichten durchaus auch über die Erfüllung der Hauptleistungspflichten hinaus fortwirken. Die Schutzpflicht dauert dabei an, solange die durch den geschäftlichen Verkehr bedingte gesteigerte Einwirkungsmöglichkeit des Gläubigers besteht. Daher muss der Inhaber eines Ladengeschäfts seinen Kunden auch nach vollständiger Abwicklung des Kaufvertrages, also nach Erfüllung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten, so lange vor Schaden bewahren, wie dieser sich noch in den Geschäftsräumen aufhält. Da die Schutzpflichten keinen bestimmten Inhalt haben und auch nicht im Hinblick auf Leistungszeit und Leistungsort eindeutig bestimmt sind, sind sie nicht vergleichbar einer Hauptleistungspflicht „erfüllbar“. Da weiter die Beobachtung von Schutzpflichten regelmäßig nicht selbständig einklagbar ist, schlagen etwa Schmitt/Brüggemeier vor, auf der Schutzpflichtebene besser nicht von „Erfüllung“ zu sprechen (Schmidt/Brüggemeier, Grundkurs Zivilrecht, 7. Auflage 2006, Rdnr. 347).

#### 5. Leistungsmittler

Der Normalfall der Erfüllung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Schuldner dem Gläubiger gegenüber die geschuldete Leistung erbringt. Neben den tatsächlichen

Leistungserfolg müssen zwei weitere Voraussetzungen treten, um die Erfüllungswirkung herbeizuführen. Der Schuldner muss der Leistung eine Tilgungsbestimmung begeben, und der Gläubiger (besser: die Person, die die Leistung in Empfang nimmt) muss über eine Empfangszuständigkeit verfügen. An diesen zusätzlichen Voraussetzungen ändert sich nichts, wenn wir die Fälle einer Leistungsmittlerschaft betrachten. Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass eine dritte Person in den Erfüllungsvorgang eingeschaltet wird. Diese dritte Person ist zu unterscheiden von anderen Dritten, die mit der Begründung der Schuld und ihrer Erfüllung zu tun haben können: Stellvertretern, Boten, Erfüllungsgehilfen und Verrichtungsgehilfen.

Stellvertreter und Boten haben ihre Aufgabe bei der Abgabe von Willenserklärungen. Der Stellvertreter gibt eine eigene Erklärung ab, die unter den Voraussetzungen des § 164 Abs. 1 BGB Rechte und Pflichten unmittelbar in der Person des Vertretenen entstehen lässt. Der Bote gibt keine eigene Erklärung ab, sondern übermittelt die Erklärung dessen, der ihn beauftragt hat. Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen haben nichts mit rechtsgeschäftlichen Erklärungen zu tun, sondern mit tatsächlichem Verhalten. Der Verrichtungsgehilfe wird dabei außerhalb einer vertraglichen Beziehung zwischen seinem Geschäftsherrn und der Person, mit der er im Zuge der Verrichtung in Kontakt kommt, tätig, während der Erfüllungsgehilfe in die Erfüllung der (vertraglichen) Verpflichtung des Geschäftsherrn gegenüber einem Vertragspartner des Geschäftsherrn einbezogen ist. Leistungsmittler können Erfüllungsgehilfen sein. Das Besondere an ihrer Stellung ist, dass sie aus eigenen Mitteln dem Gläubiger des Schuldners die vom Schuldner geschuldete Leistung zur Verfügung stellen.

Man pflegt bei einer Leistungsmittlerschaft drei Beziehungen bzw. Verhältnisse voneinander zu unterscheiden: das Zuwendungsverhältnis, das Valutaverhältnis und das Deckungsverhältnis. Ein typisches Beispiel für eine Leistungsmittlerschaft finden wir bei der Überweisung im bargeldlosen Zahlungsverkehr. Hier nimmt die Bank die Rolle des Leistungsmittlers ein. Sie wendet dem Gläubiger des Schuldners das Geschuldete zu, ohne selbst dem Gläubiger gegenüber verpflichtet zu sein. Das Verhältnis zwischen der Bank und dem Gläubiger nennt man das Zuwendungsverhältnis. Das Valutaverhältnis ist die Schuldbeziehung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner. Als Deckungsverhältnis bezeichnet man die Beziehung zwischen dem Schuldner und dem Leistungsmittler. In der Regel ist der Leistungsmittler dem Schuldner aus dem Deckungsverhältnis verpflichtet, die Zuwendung an den Gläubiger des Schuldners vorzunehmen. Es gibt mithin zwei Verpflichtungen und Schuldverhältnisse: die Verpflichtung des Schuldners aus dem Valutaverhältnis, die Leistung an den Gläubiger des Valutaverhältnisses zu erbringen, und die Verpflichtung des Leistungsmittlers aus dem

Deckungsverhältnis, die Zuwendung an den Gläubiger des Valutaverhältnisses vorzunehmen.

Beide Verpflichtungen werden mit einem Schlag durch die Zuwendung des Leistungsmittlers an den Gläubiger des Valutaverhältnisses erfüllt. Das kann man sich erfüllungsrechtlich mit folgenden Überlegungen verdeutlichen: Der Gläubiger des Valutaverhältnisses erhält seine Leistung nicht durch eine Zuwendung seines Schuldners, sondern durch die Zuwendung des Leistungsmittlers. Die Schuld des Schuldners aus dem Valutaverhältnis kann nur getilgt werden, wenn es eine auf den Schuldner zurückzuführende Tilgungsbestimmung gibt. Die Tilgungsbestimmung des Schuldners überbringt der Leistungsmittler als Bote des Schuldners. Die Botenstellung wird durch den Überweisungsauftrag begründet. Die Empfangszuständigkeit des Gläubigers für die für ihn gedachte Leistung bereitet keine Probleme. Die Tilgung der Verpflichtung des Leistungsmittlers gegenüber seinem Auftraggeber, dem Schuldner der Valutabeziehung, ergibt sich aus der Empfangszuständigkeit des Gläubigers der Valutabeziehung für die Tilgungsbestimmung des Leistungsmittlers. Hier erweist sich der Gläubiger der Valutabeziehung als Empfangsbote der für den Schuldner der Valutabeziehung gedachten Tilgungsbestimmung.

Auch bei der Einschaltung von Leistungsmittlern kann es vorkommen, dass Leistungen erbracht werden, für die es keinen Rechtsgrund gab: Der Schuldner mag im Valutaverhältnis gar nichts schulden, der Leistungsmittler mag gar nicht verpflichtet sein, die Zuwendung vorzunehmen. Hier stellt sich die Frage nach der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung in solcherart gestörten Dreiecksbeziehungen. Die Antwort lautet: Nicht das Zuwendungsverhältnis, sondern das Deckungs- und das Valutaverhältnis sind für die Rückabwicklung entscheidend. Rückabgewickelt wird mit anderen Worten nur in den gestörten Schuldbeziehungen und nicht im Zuwendungsverhältnis, auch nicht, wenn die Schuldbeziehungen im Deckungsverhältnis und im Valutaverhältnis zugleich gestört sind.

---

## *II. Die Erfüllung eines Kaufvertrags*

Der Kaufvertrag ist ein Rechtsgeschäft, durch das ein zweiseitig verpflichtendes Schuldverhältnis begründet wird. Es handelt sich um einen gegenseitigen oder synallagmatischen Vertrag. Die konstitutiven Elemente sind in § 433 BGB enthalten. Die Hauptleistungspflicht des Verkäufers ist es, dem Käufer Eigentum

und Besitz an der verkauften Sache bzw. die Inhaberschaft an dem verkauften Recht zu verschaffen (vgl. zu Letzterem: § 453 BGB). Zu diesen Verkäuferpflichten tritt gemäß §§ 433 Abs. 1 S. 2, 453 Abs. 3 BGB die Pflicht hinzu, dem Käufer die Sache bzw. das Recht, das zum Besitz einer Sache berechtigt, frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Die Hauptleistungspflicht des Käufers besteht darin, den Kaufpreis zu zahlen. Bei der ebenfalls in § 433 Abs. 2 BGB für den Käufer genannten Pflicht, die Sache abzunehmen, handelt es sich regelmäßig nur um eine vertragliche Nebenpflicht.

Kaufgegenstand können nach §§ 433, 453 Abs. 1 BGB Sachen im Sinne des § 90 BGB sowie Rechte und „sonstige Gegenstände“ sein. Durch den bewusst weit gefassten Begriff des „sonstigen Gegenstandes“ sollen auch über § 90 BGB und den Begriff des „Rechts“ hinaus alle sonstigen verkehrsfähigen, unkörperlichen Vermögensgegenstände und Sachgesamtheiten (wie z.B. Unternehmen, Gas, Wärme, Elektrizität, technisches Know-how, Werbeideen, Software etc.) als Gegenstände eines Kaufvertrages anerkannt werden. Im Bereich des Warenkaufs spielen wegen der Massenhaftigkeit und Gleichförmigkeit der vorgenommenen Geschäfte allgemeine Geschäftsbedingungen eine große Rolle, insbesondere in Form von Lieferbedingungen und Vertragsformularen. Durch sie werden zB Liefer- und Zahlungsfristen festgesetzt, der Erfüllungsort bestimmt und vielfach die gesetzlichen Regeln, etwa über den Zahlungsverzug oder die Gewährleistungsrechte, geändert oder ergänzt. Mit den §§ 433 ff. BGB bietet das Gesetz ein „Regelungsmuster“ (Larenz) an, das die Parteien weitgehend nicht bindet. Vielmehr können die Parteien bei der Gestaltung des Vertrages von den im Gesetz getroffenen Bestimmungen abweichen oder diese ergänzen. Nur ausnahmsweise enthält das Gesetz für Verträge zwingende Vorschriften, die meist dem Schutz des schwächeren Vertragspartners dienen. Beim Kauf haben die meisten Vorschriften dispositiven Charakter, d.h. sind durch Parteivereinbarung - zum Teil auch in den allgemeinen Geschäftsbedingungen - abdingbar (Musielak, GK BGB, Rdnr. 530; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, § 38, S. 4; § 39 I, S. 10). Eine praktisch bedeutsame Ausnahme stellt insofern der Verbrauchsgüterkauf, d.h. der Kaufvertrag zwischen einem Unternehmer als Verkäufer und einem Verbraucher als Käufer über eine bewegliche Sache (§ 474 Abs. 1 BGB), dar. Beim Verbrauchsgüterkauf sind nämlich gemäß § 475 BGB die meisten Vorschriften zwingendes Recht (*ius cogens*).

## 1. Erfüllung der Verkäuferpflichten

**Sachkauf.** Den Verkäufer treffen beim Sachkauf gleich drei vertragstypische Pflichten: Er ist dem Käufer verpflichtet, ihm die Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an der Sache zu verschaffen, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB. Zu dieser Pflicht zur Rechts- und Besitzverschaffung tritt in § 433 Abs. 1 S. 2 BGB die Pflicht zur rechts- und sachmängelfreien Verschaffung der Sache hinzu.

Unter Übergabe ist grundsätzlich die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes durch Einräumen der tatsächlichen Sachherrschaft zu verstehen, § 854 Abs. 1 BGB. Unter den Voraussetzungen des § 854 Abs. 2 BGB genügt auch die Einigung über den Besitzübergang. Die Übergabe eines sog. Traditionspapiers steht unter gewissen Voraussetzungen der Übergabe gleich, insbesondere gehören der Orderlagerschein (§ 475g HGB nF) und der Ladeschein (§ 448 HGB nF) hierher (zu den Traditionspapieren m.w.N.: Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage (1999), § 51 IV 3 (Rdnr. 40)). Die Pflicht zur Übergabe kann vertraglich modifiziert werden, so wenn beispielsweise anstelle der Übergabe an den Käufer die Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen einen Dritten, der sich im Besitz der Sache befindet, gesetzt wird (vgl. §§ 929 S. 1, 931 BGB) oder der Verkäufer auf Geheiß des Käufers die Sache unmittelbar einem Dritten liefert. Gemäß § 446 Abs. 1 S. 2 BGB gebühren dem Käufer vom Zeitpunkt der Übergabe an die Nutzungen der Sache; der Käufer braucht also für Nutzungen der ihm aufgrund des Kaufvertrages übergebenen Sache, auch solange er noch kein Eigentum - zB aufgrund eines vereinbarten Eigentumsvorbehalts - daran erworben hat, keine Vergütung zu zahlen. Im Gegenzug hat er die Lasten der Sache zu tragen.

Weiters ist der Verkäufer dazu verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Wie dieser Erfolg herbeigeführt wird, bestimmt sich nach den sachenrechtlichen Vorschriften der §§ 929 ff. BGB bzw. §§ 873, 925 BGB.

Der Verkäufer ist über die primär auf Rechtsverschaffung gerichtete Verpflichtung zur Übereignung hinaus auch verpflichtet, die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB). Dabei ist die gesetzliche Pflicht zur sachmängelfreien Verschaffung der Sache durch die Schuldrechtsreform neu eingeführt worden. Die Pflicht zur rechtmängelfreien Verschaffung der Sache war dagegen bereits im alten Recht normiert (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB a.F.). Sie beinhaltet, dass der Verkäufer lastenfreies Eigentum zu verschaffen hat. Er ist verpflichtet, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können, § 433 Abs. 1 S. 2, 435 S. 1 BGB. Hierhin gehören zum einen dingliche Rechte, die das Eigentum beschränken, wie zB Dienstbarkeiten und Pfandrechte. Es gehören aber auch solche obligatorischen Rechte Dritter gegen den Verkäufer hierher, die aufgrund besonderer gesetzlicher Vorschrift auch gegen den Käufer geltend

gemacht werden können, zB § 566 BGB. Der Verkäufer hat derartige Rechte zu beseitigen, wenn nicht der Ausschlussbestand des § 442 BGB eingreift. Hinzuweisen ist ferner auf die Regelung des § 435 S. 2 BGB. Hat der Verkäufer zwar lastenfreies Eigentum verschafft, ist aber im Grundbuch fälschlich ein nicht oder nicht mehr bestehendes Recht für einen Dritten eingetragen, das im Falle seines Bestehens gegen den Käufer geltend gemacht werden könnte, so ist der Käufer gefährdet, weil der zu Unrecht Eingetragene durch eine Verfügung zugunsten eines Gutgläubigen das Recht zur Entstehung bringen könnte, §§ 892, 1138 BGB. Das Gesetz stellt daher das Eingetragensein eines nicht bestehenden Rechts mit einem Rechtsmangel gleich.

**Rechtskauf.** Wird ein Recht, zB eine Forderung nebst dafür bestelltem Pfandrecht, verkauft, so ist der Verkäufer gemäß §§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen und, sofern das Recht - wie zB das Pfandrecht - zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben. Der Verkäufer hat das Recht mit dem vertraglich vereinbarten Inhalt zu verschaffen. Hat es diesen Inhalt nicht, so haftet der Verkäufer wegen eines Rechtsmangels (§§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 2, 435 BGB). Ist das Recht mit dem Recht eines Dritten belastet, oder steht ihm eine Einrede entgegen, die gemäß § 404 BGB dem Käufer entgegengesetzt werden kann, so ist der Verkäufer gemäß § 433 Abs. 1 S. 2, 439 Abs. 1 1. Alt. BGB zur Beseitigung verpflichtet. Der Verkäufer haftet beim Rechtskauf für den Bestand des verkauften Rechts selbst dann, wenn es schon zur Zeit des Kaufabschlusses nicht besteht und seine Verschaffung daher nicht nur dem Verkäufer, sondern objektiv unmöglich ist. Dies war im alten Recht ausdrücklich speziell geregelt (§ 437 Abs. 1 BGB a.F.) und folgt nunmehr ohne weiteres aus den allgemeinen Regeln über die anfängliche Unmöglichkeit (§ 311a Abs. 1 BGB). Der Verkäufer einer Forderung haftet dagegen - vorbehaltlich abweichender Vereinbarung - nicht für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners und damit für die Realisierung der Forderung. Dies folgt daraus, dass die Einbringlichkeit einer Forderung nicht zu deren „gewöhnlicher Beschaffenheit“ im Sinne der §§ 453 Abs. 1, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB gehört (vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht, Rdnrn. 471 und 485). Selbst wenn er eine Haftung für die Zahlungsfähigkeit übernimmt, so ist diese Haftung im Zweifel nur auf die Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Abtretung zu beziehen, also nicht als Garantie für die Erfüllung anzusehen.

**Trennungs- und Abstraktionsprinzip.** Zu trennen ist der Kaufvertrag als Verpflichtungsgeschäft (zur Verschaffung des Eigentums) von dem Verfügungsgeschäft, durch das die angestrebte Rechtsänderung herbeigeführt wird (zB durch Übereignung der Sache gemäß § 929 BGB). Das Verpflichtungsgeschäft (der Kaufvertrag gemäß § 433 BGB) und das Verfügungsgeschäft (die Übereignung gemäß § 929 BGB) sind rechtlich voneinander getrennt

(Trennungsprinzip). Der Kaufvertrag als solcher ändert noch nichts an der sachenrechtlichen Zuordnung. Erst durch die Vornahme des dinglichen Rechtsgeschäfts erfüllt der Verkäufer seine schuldrechtliche Verpflichtung aus dem Kaufvertrag. Weiterhin ist das Verfügungsgeschäft wirksam, ohne dass es dafür auf die Wirksamkeit des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts ankommt, es ist also in seinem Bestand von der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts abstrahiert (Abstraktionsprinzip). Ist der Kaufvertrag (Verpflichtungsgeschäft) zB gemäß § 138 BGB nichtig, so bleibt die Übereignung (Verfügungsgeschäft) gleichwohl wirksam. Es ist nicht zu verkennen, dass das Trennungs- und Abstraktionsprinzip zu einer Aufteilung und Verselbständigung von Vorgängen führt, die im täglichen Leben häufig als Einheit angesehen werden. Hinzuweisen ist natürlich darauf, dass es nicht ohne Rechtsfolgen bleibt, wenn das der Verfügung zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft unwirksam ist. Denn mit Unwirksamkeit des Kaufvertrags sind Zweck und Rechtsgrundlage der Verfügung entfallen. Der Käufer ist durch die erfolgte wirksame Eigentumsverschaffung ungerechtfertigt bereichert. Er ist gemäß § 812 BGB zur Rückübereignung verpflichtet. Das Bereicherungsrecht der §§ 812 ff. BGB dient so in einem gewissen Grad der „Reparatur“ der Folgen des Abstraktionsprinzips (Schmidt/Brüggemeier, Grundkurs Zivilrecht, 7. Auflage, Rdnr. 471).

Aus dem Abstraktions- und Trennungsprinzip ergeben sich zahlreiche Folgen, wovon hier nur beispielhaft erwähnt sei (vgl. insgesamt: Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, § 39 II b = S. 13 ff.): Eine bestimmte bewegliche Sache wurde verkauft, aber noch nicht übergeben und übereignet. Der Verkäufer ist nach wie vor Eigentümer und als solcher rechtlich in der Lage, die Sache als Berechtigter einem Dritten wirksam gemäß § 929 BGB zu übereignen. Er verletzt dadurch zwar dem Käufer gegenüber seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrag und macht sich gemäß §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB schadensersatzpflichtig, aber die Sache selbst kann der Käufer von dem Dritten, der ja Eigentümer geworden ist, nicht herausverlangen. Nur dann, wenn der Dritte den Verkäufer zum Vertragsbruch verleitet hat, im Bewusstsein, dadurch den Käufer zu schädigen, hat der Käufer auch gegen den Dritten einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB.

### *a. Bewegliche Sachen*

Der Verkäufer ist gemäß § 433 BGB verpflichtet, Eigentum zu verschaffen. Diese Eigentumsverschaffung (Übereignung) richtet sich nach den sachenrechtlichen Vorschriften zur rechtsgeschäftlichen Übertragung des Eigentums (beachte: Neben den Vorschriften zur rechtsgeschäftlichen Übereignung gibt es auch nicht rechtsgeschäftliche Erwerbstatbestände, wie zB die Erbschaft gemäß § 1922 BGB

oder die Verbindung und Vermischung gemäß §§ 947, 948 BGB). Vorangestellt sei der Hinweis, dass die Regeln für den rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb unterschiedlich ausgestaltet sind, je nachdem ob bewegliche Sachen oder Grundstücke den Gegenstand der Übereignung bilden. Im Folgenden werden zunächst überblicksartig die Vorschriften bzgl. der Mobilien dargestellt.

§ 929 S. 1 BGB regelt den Grundtatbestand der Übereignung beweglicher Sachen. Er verlangt ein rechtsgeschäftliches Element in Form der (dinglichen) Einigung und ein tatsächliches Element in Form der Übergabe.

Die Einigung ist das notwendige Element jeder Übereignung. Die Übergabe kann durch Übergabesurrogate (dazu gleich) ersetzt werden. Die Einigung ist ein Vertrag (sog. dinglicher Vertrag), auf den die Vorschriften des Allgemeinen Teils (Erstes Buch des BGB) Anwendung finden, so zB die Vorschriften über die Rechts- und Geschäftsfähigkeit. Einigung und Übergabe müssen nicht notwendig zusammenfallen, jedoch müssen für eine Übereignung beide Akte vollzogen sein. Lebhaft umstritten ist die Frage, ob bereits die Einigung als solche bindend ist. Die herrschende Meinung verneint diese Frage, wobei sie zum einen auf den Wortlaut des § 929 S. 1 BGB („... übergibt und beide darüber einig sind ...“), zum anderen auf die Parallele im Immobiliarsachenrecht zu § 873 Abs. 2 BGB verweist. Ein Grund, bewegliche Sachen anders zu behandeln als Grundstücksrechte, liegt nicht vor (m.w.N.: Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage, § 5 III 2 b (Rdnr. 36 f.), § 51 B II (Rdnr. 11)). Das mag zwar verblüffen, erklärt sich aber dadurch, dass der dinglichen Einigung jegliches schuldrechtliche Moment fehlt.

**Beispiel** (nach Musielak, GK BGB, Rdnr. 553): V verkauft K seinen Wagen.

Nachdem K den Kaufpreis entrichtet hat, wird vereinbart, dass das Fahrzeug in zwei Tagen bei V abzuholen ist (hierin liege gemäß §§ 133, 157 BGB bereits die dingliche Einigung). Am folgenden Tag bekommen beide Parteien Streit, V erklärt: „Sie bekommen den Wagen nicht mehr“. Auch wenn nun ein Angestellter des V dem K den Wagen übergibt, ist K wegen Widerrufs der Einigung nicht Eigentümer geworden. Selbstverständlich bleibt der schuldrechtliche Kaufvertrag vom Sinneswandel des V unberührt, die Pflicht zur Übereignung besteht fort.

Weiterhin muss die Einigung dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen, d.h. die Einigung muss sich auf eine bestimmte Sache beziehen (Einzelheiten gehören ins Sachen- und Kreditsicherungsrecht, zB. Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage, § 51 B I 2 (Rdnr. 8) m.w.N.).

Schließlich muss die Einigung von einem verfügungsbefugten Veräußerer ausgehen. Das Eigentum kann nur übergehen, wenn die Einigung von dem Verfügungsbefugten getroffen wird. Dies wird regelmäßig der Eigentümer sein, die Verfügungsbefugnis kann aber auch einem Dritten zustehen, so zB im Falle der

Insolvenz, § 80 InsO: Anstelle des Rechtsinhabers ist der Konkursverwalter zur Verfügung befugt (vgl. zur Verfügungsbefugnis: M. Wolf, Sachenrecht, Rdnr. 312 ff.).

Zur Einigung muss die Übergabe treten. Die Übergabe ist die Übertragung des Besitzes vom Veräußerer auf den Erwerber. Dadurch wird die Rechtsänderung nach außen erkennbar gemacht (Publizität). Die Übergabe ist erst vollzogen, wenn die Erwerberseite den alleinigen Besitz hat und auf der Veräußererseite kein Rest von Besitz mehr besteht. Die Einräumung von Mitbesitz genügt dagegen nicht. Der Eigentümer muss den Besitz in jeder Weise verlieren; behält er mittelbaren Besitz, so bleibt nur eine Übereignung nach §§ 929 S. 1, 930 BGB möglich. In einer modernen Wirtschaft kann man den Begriff der Übergabe aber nicht darauf beschränken, dass der Veräußerer die Sache aus seiner Hand direkt in die Hand des Erwerbers gibt. Vielmehr müssen auch Dritte als Hilfspersonen auf Seiten des Eigentümers und des Erwerbers tätig werden können. So können an der Übergabe Dritte auf beiden Seiten als Besitzdiener (§ 855 BGB) beteiligt werden:

**Beispiel:** Händigt V die von K gekaufte Sache nicht diesem selbst, sondern dessen Fahrer F aus, so liegt darin eine Übergabe an K, weil F nur Besitzdiener gemäß § 855 BGB ist und K deshalb unmittelbarer Besitzer wird. K wird gemäß § 929 S. 1 BGB Eigentümer, wenn gleichzeitig die dingliche Einigung mit V besteht. Diese dingliche Einigung konnte zuvor zwischen V und K getroffen worden sein, sie kann aber auch zwischen V und F als Vertreter des K (§ 164 BGB) zustande gekommen sein.

Aber auch Besitzmittler (§ 868 BGB) können auf beiden Seiten des Erwerbstatbestandes eingesetzt werden:

**Beispiel:** K kauft bei V ein Pferd, und vereinbart mit diesem, dass V das Pferd direkt zu L bringt, bei dem K einen Stallplatz gemietet hat. Zwar ist L nicht Besitzdiener des K, er vermittelt ihm aber den Besitz an dem Pferd, so dass K mittelbarer Besitzer des Pferdes wird. Da V jeden Besitz verliert, K aber (mittelbaren) Besitz erlangt, liegt eine Übergabe iSd § 929 S. 1 BGB vor. Auch V kann einen Besitzmittler einsetzen, wenn er seinerseits das Pferd im Reitstall des B untergestellt hat, und diesen anweist, das Pferd zu L zu transportieren.

Im Interesse der Rationalisierung und Vereinfachung von mehrgliedrigen Lieferbeziehungen ist man sogar noch einen Schritt weiter gegangen und verzichtet darauf, dass Veräußerer und Erwerber (mittelbaren) Besitz an der Sache haben müssen. Es genügt für die Übergabe, wenn ein Dritter auf Geheiß des Veräußerers übergibt, bzw. die Sache auf Geheiß des Erwerbers einem Dritten übergibt (sog. Geheißerwerb, Streckengeschäft, vgl. dazu: Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage, § 51 C II 2 (Rdnr. 17) m.w.N.).

**Beispiel:** K kauft von V eine Maschine und verkauft sie weiter an E. Dieser verkauft sie weiter an Z und bittet K, die Maschine unmittelbar an Z zu liefern

(Durchlieferung). K lässt die Maschine von V zu Z bringen. Das Eigentum wird in diesem Fall von V an K, von K an E und schließlich von E an Z übertragen. Auch im Verhältnis K-E liegt eine wirksame Übergabe vor, weil die Weisungen beider befolgt und der unmittelbare Besitz entsprechend ihrem Geheiß übertragen wurde (vgl. auch BGH, NJW 1986, 1166).

Eine einzige Lieferung führt hier zu mehreren Eigentumsübertragungen (die bei K und E für gerade einmal eine juristische Sekunde reichen) und muss überdies mehrere schuldrechtliche Verkäuferpflichten zum Erlöschen bringen. Das wirft die Frage auf, wie man sich die verschiedenen Einigungen zu denken hat und wie die für das Erlöschen erforderlichen Tilgungsbestimmungen „transportiert“ werden. Zur Einigung gibt V im Verhältnis zu K die eigene und als Vertreter oder Bote die Erklärung des K ab. Im Verhältnis zu K und E ist V Vertreter des K und Z Vertreter des E, und im Verhältnis zu E und Z ist V Vertreter des E und Z gibt die Erklärung für sich ab. Mit den vom Schuldner dem Gläubiger gegenüber zu erklärenden Tilgungsbestimmungen verhält es sich wie folgt: V übermittelt seine Tilgungsbestimmung dem Z als Empfangsboten des K. Die Tilgungsbestimmung des K gegenüber E sieht V als Erklärungsboten des K und Z als Empfangsboten des E. An der Tilgungsbestimmung des E gegenüber Z ist V als Erklärungsbote des E beteiligt.

Die Übergabe kann auch ersetzt werden. Wir sprechen dann von Übergabesurrogaten. Ist der Erwerber bereits im Besitz der Sache, dann genügt nach § 929 S. 2 BGB die bloße Einigung über den Eigentumsübergang (*brevi manu traditio*). Nach § 930 BGB kann die Übergabe der Sache dadurch ersetzt werden, dass Eigentümer und Erwerber ein Besitzmittlungsverhältnis (Besitzkonstitut gemäß § 868 BGB) vereinbaren, aufgrund dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Von dieser Möglichkeit wird insbesondere Gebrauch gemacht, wenn der Veräußerer die Sache nach Übertragung des Eigentums noch weiter besitzen will (zB bei der Sicherungsübereignung). Gäbe es § 930 BGB nicht, müsste der Eigentümer zunächst den Besitz vollständig aufgeben und auf den Veräußerer übertragen, um ihn dann anschließend von diesem zurückzuerhalten. Schließlich gestattet es § 931 BGB, anstelle der Übergabe die Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen einen Dritten treten zu lassen. Diese Möglichkeit bietet sich an, wenn der Eigentümer nicht unmittelbarer Besitzer ist, er die Sache zB einem Dritten vermietet hat (§§ 535, 546 BGB).

Wie stellt sich die Rechtslage dar, wenn der Verfügende gar nicht der Eigentümer ist, mit anderen Worten die „Verfügung eines Nichtberechtigten“ vorliegt, also zB der Nichteigentümer A eine Sache des B an einen Dritten veräußert? Zum einen kann die Übereignung unmittelbar gemäß § 929 BGB (als Verfügung des Berechtigten) wirksam sein, wenn die Voraussetzungen des § 185 BGB vorliegen. In den anderen Fällen kann ein gutgläubiger Erwerb nach den §§ 932 ff. BGB

vorliegen. Diese Vorschriften beziehen sich auf die Erwerbstatbestände der §§ 929 bis 931 BGB, und zwar § 932 Abs. 1 S. 1 BGB auf die Übereignung gemäß § 929 S. 1 BGB, § 932 Abs. 1 S. 2 BGB auf § 929 S. 2 BGB, § 933 BGB auf die Übereignung gemäß §§ 929 S. 1, 930 BGB und schließlich § 934 BGB auf die Übereignung gemäß §§ 929 S. 1, 931 BGB. Die §§ 932 ff. BGB ersetzen nur das fehlende Eigentum des Veräußerers, ansonsten müssen die übrigen Merkmale des jeweiligen Erwerbstatbestandes erfüllt sein.

Auch der gutgläubige Erwerb ist Eigentumserwerb, mit dem die Verkäuferpflichten erfüllt werden. Dem Käufer, der „nur“ gutgläubig erwirbt, stehen keinerlei Rechte wegen eines „Erwerbsmakels“ zu.

Voraussetzung des gutgläubigen Erwerbs ist in allen Fällen der gute Glaube des Erwerbers. Was damit gemeint ist, bestimmt § 932 Abs. 2 BGB. Der Erwerber ist gutgläubig, wenn er nicht weiß, dass der Veräußerer nicht der Eigentümer ist und diese Unkenntnis auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht. Grobe Fahrlässigkeit iSd § 932 Abs. 2 BGB liegt vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maß verletzt wurde, wenn ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt oder beiseite geschoben wurden und dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall sich jedem aufgedrängt hätte. Bei der groben Fahrlässigkeit handelt es sich um eine auch subjektiv schlechthin unentschuldbare Pflichtverletzung, die das gewöhnliche Maß der Fahrlässigkeit des § 276 Abs. 2 BGB erheblich übersteigt (BGH, NJW 1994, 2093 (2094)). Zur Vollendung des gutgläubigen Erwerbs muss eine bestimmte in den §§ 932 ff. BGB genauer beschriebene Besitzlage des nichtberechtigten Verfügenden hinzukommen, die einen Rechtsschein für seine Berechtigung schafft. Merke: Die §§ 932 ff. BGB helfen nur über das fehlende Eigentum hinweg. Wer ohne Fahrlässigkeit an die Verfügungsbefugnis des Veräußernden (zB nach § 185 BGB) oder an dessen Geschäftsfähigkeit glaubt, wird von §§ 932 ff. BGB nicht geschützt. Allenfalls im Handelsrecht wird der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis geschützt, § 366 HGB.

Schließlich ist der gutgläubige Erwerb ausgeschlossen, wenn die Sache gemäß § 935 BGB abhanden gekommen ist. Abhandengekommen ist eine Sache, wenn der unmittelbare Besitzer sie ohne (nicht notwendig gegen) seinen Willen verloren hat. Kein Abhandenkommen ist der unfreiwillige Verlust des mittelbaren Besitzes. Hat der Eigentümer einem anderen seine Sache vermietet, also den unmittelbaren Besitz freiwillig auf diesen übertragen, und veräußert der nun unmittelbar besitzende Mieter die Sache an einen gutgläubigen Dritten, dann verliert der Eigentümer sein Eigentum, denn der unfreiwillige Verlust des mittelbaren Besitzes macht die Sache nicht zu einer abhanden gekommenen iSd § 935 BGB, wie sich aus § 935 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt (Musielak, GK BGB, Rdnr. 560). Die hinter

§ 935 BGB steckende Grundidee ist die, dass nur derjenige mit dem Verlust seines Eigentums kraft gutgläubigen Erwerbs bedroht ist, der seinerseits durch freiwillige Besitzherausgabe mit dazu beigetragen hat, dass ein besitzgegründeter Rechtsschein entstehen konnte. Aus Gründen der Verkehrs- und Umlauffähigkeit macht § 935 Abs. 2 BGB hiervon eine Ausnahme u.a. für Geld und Inhaberpapiere. An ihnen ist gutgläubiger Erwerb auch dann möglich, wenn sie dem Eigentümer abhanden gekommen sind.

### *b. Unbewegliche Sachen*

Für die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück (sowie für die Bestellung, Übertragung und Belastung eines Grundstücksrechts) ist nach § 873 Abs. 1 BGB die dingliche Einigung und die Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Die Einigung im Rahmen des § 873 BGB ist formfrei. Für die Einigung über den Übergang des Eigentums an einem Grundstück (Auflassung, § 925 Abs. 1 S. 1 BGB) gilt dies an sich auch. Und dennoch führt das Zusammenspiel des § 925 Abs. 1 BGB (Erklärung vor der zuständigen Stelle bei gleichzeitiger Anwesenheit) mit der (ausnahmsweisen) Prüfung der materiellen Einigung durch das Grundbuchamt nach § 20 GBO und der Nachweispflicht des § 29 GBO (Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen durch öffentliche Urkunden) dazu, dass die Auflassung regelmäßig in einem Durchgang mit dem Kaufvertrag notariell beurkundet wird.

Auch das Eigentum an einem Grundstück kann gutgläubig erworben werden: Nach § 892 BGB gilt zugunsten desjenigen, der rechtsgeschäftlich ein Recht an einem Grundstück erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass der Erwerber die Unrichtigkeit kennt oder ein Widerspruch eingetragen ist. Hieraus erklärt sich die bereits früher angesprochene Regelung des § 435 S. 2 BGB. Anders als beim gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen schließt hier grobe Fahrlässigkeit den gutgläubigen Erwerb von Grundstückseigentum nicht aus. Das folgt daraus, dass das Grundbuch eine stärkere Vertrauensbasis schafft als der Besitz, der bei beweglichen Sachen die Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb bildet. Allerdings ist es für einen Erwerb gemäß § 892 BGB nicht notwendig, dass der Erwerber das Grundbuch eingesehen hat, es reicht vielmehr, dass das Grundbuch den Nichtberechtigten als Eigentümer ausweist (BGH, NJW 1988, 2037 (2038); Baur/Stürner, Sachenrecht, § 23 IV 1 a (Rdnr. 32)).

*c. Forderungen*

So wenig wie beim Sachkauf das Eigentum, so wenig geht beim Rechtskauf das verkaufte Recht schon aufgrund des Kaufvertrages auf den Käufer über. Zur Übertragung bedarf es vielmehr eines vom Kauf als Verpflichtungsgeschäft zu trennenden besonderen Verfügungsgeschäfts, dessen Erfordernisse sich nach der Art des zu übertragenden Rechts richten.

Einfache Forderungen werden durch einfachen Abtretungsvertrag gemäß § 398 BGB übertragen, wenn sie durch Hypothek gesichert sind, in Form des § 1154 BGB.

Andere Rechte werden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, ebenfalls durch einfachen Abtretungsvertrag übertragen (§ 413 BGB).

Besteht die Forderung nicht oder steht sie dem Abtretenden nicht zu, so wird der Erwerber nicht geschützt, selbst wenn er im guten Glauben ist. Es gibt im Allgemeinen keinen Schutz des guten Glaubens beim Erwerb von Forderungen, so wie ihn das Gesetz bzgl. Sachen in den §§ 892, 932 ff. BGB kennt. Der Grund: Bei der Forderung gibt es keinen Besitz oder Grundbucheintragung als Rechtscheinsbasis (Schmidt/Brüggemeier, Grundkurs Zivilrecht, Rdnr. 487). Besonderheiten gelten für in - bestimmten - Wertpapieren verbriefte Forderungen (zB für den Wechsel: Art. 16 WG). Einzelheiten gehören ins Wertpapierrecht.

## **2. Erfüllung der Käuferpflicht: Kaufpreiszahlung**

Der Käufer - gleich ob einer Sache oder eines Rechts - ist gemäß § 433 Abs. 2 BGB verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen. Dies ist die Hauptleistungspflicht des Käufers. Der Kaufpreis bildet die (synallagmatische) Gegenleistung, das Entgelt für den Kaufgegenstand. Der Kaufpreis ist demzufolge gemäß §§ 320, 322 BGB Zug um Zug gegen die Leistung des Verkäufers zu zahlen.

Bei der Kaufpreisschuld handelt es sich um eine Geldschuld. Es finden die allgemeinen Vorschriften über die Geldschuld Anwendung (§§ 244 ff. BGB). Ob und unter welcher Voraussetzung eine unbare Zahlung als Erfüllung der Kaufpreispflicht angesehen werden kann, wurde bereits im Zusammenhang mit der Erfüllung behandelt. Auf die Sondervorschrift des § 270 BGB wird unten noch unter der Überschrift Zahlungsort eingegangen werden. Kommt der Käufer in Zahlungsverzug, so schuldet er dem Verkäufer als von diesem nicht weiter nachzuweisenden Mindestschaden Verzugszinsen mit einem Zinssatz in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz (§ 288 Abs. 1 S. 2 BGB) oder in Höhe von 8% über

dem Basiszinssatz, wenn an dem Kaufvertrag kein Verbraucher beteiligt ist (§ 288 Abs. 2 BGB). Den Basiszinssatz bestimmt § 247 BGB. Dem Verkäufer ist es natürlich unbenommen, aus einem anderen Rechtsgrund höhere Zinsen zu verlangen (§ 288 Abs. 3 BGB) oder einen weiter gehenden Schaden geltend zu machen, den er dann aber beweisen muss, § 288 Abs. 4 BGB.

### **3. Leistungsort und Leistungszeit**

Der Verkäufer hat seine Leistungspflicht erfüllt, wenn er den geschuldeten Gegenstand zur rechten Zeit am rechten Ort dem Käufer übereignet. Entsprechendes gilt für den Käufer. Einzelheiten über Erfüllungsort und Leistungszeit wurden bereits in den Grundlagenkapiteln behandelt. Das Problem des Leistungsortes für die Leistungspflicht des Verkäufers wird im Rahmen der Gefahrtragungsregel des § 447 BGB noch einmal kurz gestreift. Auf den Sonderfall des Leistungs- und Erfolgsortes für die Zahlungspflicht des Käufers wird unter der Überschrift Zahlungsort noch gesondert eingegangen werden.

### **4. Zahlungsort und -zeit**

Die prominenteste Sonderregelung, die die Geldschuld im BGB erfahren hat, ist die Sondervorschrift des § 270 BGB über den Leistungs- und Zahlungsort. Gemäß § 270 Abs. 1 BGB hat der Käufer Geld auf eigene Kosten und Gefahr dem Gläubiger zu übermitteln. Danach könnte man die Geldschuld für eine Bringschuld halten. Doch bleiben gemäß § 270 Abs. 4 BGB die Vorschriften über den Leistungsort unberührt. Nach der Regel des § 269 BGB liegt der Leistungsort grundsätzlich beim Schuldner. Damit ist die Geldschuld eine Schickschuld, allerdings mit einer besonderen Regelung der Leistungsgefahr in § 270 Abs. 1 BGB. Kommt das Geld beim Gläubiger nicht an, muss der Schuldner neues an ihn übermitteln. Der Schuldner trägt die Leistungsgefahr bei der Geldschuld bis zur Ankunft beim Gläubiger. Die Geldschuld gilt heute als qualifizierte Schickschuld (Schmidt/Brüggemeier, Grundkurs Zivilrecht, Rdnr. 509) mit folgenden Konsequenzen:

- Kommt das Geld beim Gläubiger nicht an, so muss der Schuldner anders als bei der normalen Schickschuld noch einmal zahlen, § 270 Abs. 1 BGB.
- Kommt das Geld dagegen beim Gläubiger an, kommt es für die Rechtzeitigkeit der Zahlung auf die Vornahme der Leistungshandlung am Leistungsort, also dem Sitz des Schuldners an, § 270 Abs. 4 BGB.

Für die Rechtzeitigkeit der Leistung ist also grundsätzlich auf die vom Schuldner geschuldete Leistungshandlung und nicht auf den Eintritt des Leistungserfolges abzustellen. Bei Zahlung durch Überweisung ist die Leistungshandlung rechtzeitig erbracht, wenn der Überweisungsauftrag vor Fristablauf bei dem Geldinstitut eingegangen und auf dem Konto Deckung vorhanden ist. Anders ist es aber, wenn sich aus einer Parteivereinbarung ergibt, dass es für die Rechtzeitigkeit der Leistung auf den Eintritt des Leistungserfolges ankommen soll, also eine so genannte Rechtzeitigkeitsklausel vereinbart wurde. Jedenfalls im kaufmännischen Geschäftsverkehr begegnet eine Rechtzeitigkeitsklausel, die auf den Eingang (des Mietzinses) auf dem (Vermieter-)konto abstellt, keinen durchgreifenden AGB-rechtlichen Bedenken. „Unter solchen Umständen ist die Klausel, gemessen an den Bedürfnissen des modernen Zahlungsverkehrs, weder als ungewöhnlich und damit überraschend (§ 3 AGBG; jetzt: § 305c BGB) zu beurteilen, noch bedeutet sie eine unangemessene Benachteiligung des Mieters iSv § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt: § 307 Abs. 1 BGB)“ (BGH, NJW 1998, 2664 (2665)).

---

### *III. Erfüllungssurrogate*

Der Begriff „Erfüllungssurrogat“ ist der Terminologie des BGB fremd. In der Literatur wird er fast durchgängig verwandt, jedoch ist man sich über seine Bedeutung nicht ganz einig. Die ganz herrschende Meinung versteht unter Erfüllungssurrogaten alle diejenigen Tatbestände, die zum Erlöschen einer Schuld führen und dabei dem Gläubiger anstelle der ihm an sich geschuldeten Leistung einen äquivalenten Ersatz verschaffen (vgl. Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 5 I, 2). Wir sprechen die Hinterlegung, die Aufrechnung und die Leistung an Erfüllung statt an.

#### **1. Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf**

Die Hinterlegung eröffnet dem Schuldner die Möglichkeit, sich von seiner Leistungspflicht auch dann zu befreien, wenn er an der Erfüllung gehindert ist, weil z.B. der Gläubiger die ihm angebotene Leistung nicht annimmt oder der Schuldner aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen nicht genau weiß, wer eigentlich sein Gläubiger ist. § 372 Satz 1 räumt dem Schuldner diese Möglichkeit jedoch nur ein, wenn er einen hinterlegungsfähigen Gegenstand schuldet. Hinterlegungsfähig sind Geld, Wertpapiere (z.B. Wechsel), Urkunden (z.B. Sparbuch) und Kostbarkeiten. Dabei versteht man unter Kostbarkeiten bewegliche

Sachen, deren Wert im Vergleich zu ihrem Umfang und ihrem Gewicht besonders hoch ist.

Allerdings lässt das Gesetz den Schuldner auch bei nicht hinterlegungsfähigen Sachen nicht im Stich, sondern ermöglicht ihm vielmehr in diesem Fall, die geschuldete Sache versteigern zu lassen und den Erlös der Versteigerung dann zu hinterlegen (§ 383 Abs. 1 Satz 1 BGB). Man spricht dann von einem Selbsthilfeverkauf, der nach § 383 Abs. 3 BGB grundsätzlich im Wege der öffentlichen Versteigerung und nach § 385 BGB nur ausnahmsweise bei Sachen mit einem Börsen- oder Marktpreis im Wege freihändigen Verkaufs durchzuführen ist.

Die Hinterlegung führt aber nicht in jedem Fall zum Erlöschen der Verbindlichkeit des Schuldners, sondern nur dann, wenn der Schuldner bei der Hinterlegung gemäß § 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB erklärt, dass er auf sein nach § 376 Abs. 1 BGB bestehendes Rücknahmerecht verzichtet (§ 378 BGB). Nur in diesem Fall ist die Hinterlegung also ein Erfüllungssurrogat. Hat der Schuldner bei der Hinterlegung nicht gemäß § 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB auf sein Rücknahmerecht verzichtet, dann besteht der zu tilgende Anspruch des Gläubigers weiter. Allerdings ist auch die widerrufliche Hinterlegung nicht nutzlos. Sie führt zur vorläufigen Schuldbefreiung. Die vorläufige Schuldbefreiung bei widerruflicher Rücknahme lässt sich damit begründen, dass es der Gläubiger selbst in der Hand hat, die Hinterlegung durch Erklärung der Annahme gegenüber der Annahmestelle gemäß § 376 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwiderruflich zu machen. Was bedeutet aber nun vorläufige Schuldbefreiung? Hiermit ist in erster Linie gemeint, dass die rechtmäßige Hinterlegung dem Schuldner das Recht gibt, den Gläubiger auf die hinterlegte Sache zu verweisen (§ 379 Abs. 1 BGB). Bei dieser Befugnis handelt es sich um ein vorübergehendes Leistungsverweigerungsrecht (dilatatorische Einrede), das der Schuldner einredeweise geltend machen muss. Bereits das Bestehen dieser Einrede hindert, dass der Schuldner in Verzug gerät. Während der Dauer der Hinterlegung kann der Schuldner somit nicht in Verzug geraten. Des Weiteren führt die rechtmäßige widerrufliche Hinterlegung dazu, dass der Gläubiger für die Zeit der Hinterlegung die Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung der Sache trägt. Dies bedeutet, dass der Gläubiger auch dann zur Gegenleistung verpflichtet bleibt, wenn die Sache während der Hinterlegung zerstört oder verschlechtert wird.

Nimmt der Schuldner die widerruflich hinterlegte Sache zurück, so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt (§ 379 Abs. 3 BGB). Dabei ist das Rücknahmerecht des § 376 Abs. 1 BGB nach allgemeiner Ansicht ein Gestaltungsrecht, durch dessen Ausübung der Schuldner die Hinterlegung widerrufen kann. Der Widerruf der Hinterlegung wandelt das - wegen der gesetzlichen Ausgestaltung in der

Hinterlegungsordnung öffentlichrechtliche - Hinterlegungsverhältnis in ein Abwicklungsverhältnis um und ist gegenüber der Hinterlegungsstelle und nicht etwa gegenüber dem Gläubiger zu erklären. Hat der Schuldner die Hinterlegung wirksam widerrufen, so erwirbt er nach allgemeiner Ansicht einen öffentlichrechtlichen Herausgabeanspruch gegen die Hinterlegungsstelle. Im Verhältnis der Parteien zueinander fallen die Kosten der Hinterlegung dem Gläubiger zur Last, es sei denn, der Schuldner nimmt die hinterlegte Sache zurück (§ 381 BGB).

Die §§ 372 ff. BGB regeln allerdings lediglich die materiellrechtlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Hinterlegung. Die verfahrensrechtliche Regelung für das öffentlichrechtliche Hinterlegungsverfahren ist in der Hinterlegungsordnung geregelt (Schönfelder Nr. 121). § 1 Abs. 2 der Hinterlegungsordnung bestimmt, dass die Amtsgerichte die Aufgaben der Hinterlegungsstellen wahrnehmen.

## 2. Aufrechnung

§ 387 BGB gibt dem Schuldner das Recht, mit einer eigenen Forderung (Aktivforderung oder Gegenforderung) gegen die Forderung seines Gläubigers (Passivforderung oder Hauptforderung) aufzurechnen, d.h. die Forderung seines Gläubigers zum Erlöschen zu bringen und sich dabei zugleich wegen einer eigenen Forderung zu befriedigen.

Die Aufrechnung hat somit eine doppelte Funktion:

**Tilgungsfunktion:** Die Aufrechnung führt zur Erfüllung der gegen den Schuldner gerichteten Hauptforderung. Da die Erfüllung dabei nicht durch Bewirken der geschuldeten Leistung, sondern durch Hingabe der Gegenforderung erfolgt, handelt es sich bei der Aufrechnung um ein Erfüllungssurrogat.

**Vollstreckungsfunktion:** Die Aufrechnung ermöglicht es dem Schuldner, seine eigene Forderung, die Gegenforderung, durch einseitige Erklärung im Wege der Selbsthilfe durchzusetzen. Durch die Aufrechnung bleibt dem Schuldner also zur Durchsetzung eines eigenen Anspruchs die Anrufung der Gerichte und die Inanspruchnahme der Vollstreckungsorgane erspart.

Neben diesen beiden Funktionen wird in der Literatur noch gelegentlich auf eine dritte Funktion aufmerksam gemacht: die Abkürzungsfunktion. Danach soll es eine eigenständige Funktion der Aufrechnung sein, dass sie die Leistungswege bei

gegenseitigen Forderungen abkürzt und somit das „umständliche Hin- und - Her der Leistungen“ vermeidet (von Münchhausen/Opolny, Schuldrecht Allgemeiner Teil II, S. 25).

Wichtiger ist die **Sicherungsfunktion**, die der Aufrechnung dann zukommt, wenn eine Insolvenz (Konkurs) im Spiel ist. Fällt jemand in Konkurs, so müssen seine Gläubiger sich mit einer Insolvenzquote begnügen und bekommen statt der geschuldeten €10.000 bei einer Verteilungsquote von 10% gerade einmal €1.000 aus der Insolvenzmasse. Die Schuldner dessen, der in Konkurs fällt, müssen ihre Schulden dagegen ungekürzt zur Konkursmasse begleichen, also €10.000 zahlen, wenn sie €10.000 schulden. Ist jemand gleichzeitig Schuldner und Gläubiger, erlaubt ihm das Gesetz die Aufrechnung auch im Rahmen der Insolvenz (§§ 94 ff. InsO). Damit sichert ihn die Aufrechnungsmöglichkeit vor dem sonst drohenden Verlust.

Die Aufrechnung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Es handelt sich bei ihr um eine empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 388 Satz 1 BGB), die bedingungs- und befristungsfeindlich ist (§ 388 Satz 2 BGB) (vgl. dazu den Fall „Bedingte Aufrechnung“).

Die Voraussetzungen der Aufrechnung sind in § 387 BGB geregelt. Schlagwortartig erfordert eine wirksame Aufrechnung neben der Aufrechnungserklärung: Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit der Forderungen, Durchsetzbarkeit der Gegenforderung, Erfüllbarkeit der Hauptforderung sowie Nichtvorliegen eines Aufrechnungsverbotes. Die vier Merkmale Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Durchsetzbarkeit der Gegenforderung und Erfüllbarkeit der Hauptforderung werden auch unter dem Begriff „Aufrechnungslage“ zusammengefasst. Benutzt man den Begriff der Aufrechnungslage, so setzt eine wirksame Aufrechnung mithin nur dreierlei voraus, nämlich: Aufrechnungserklärung, Aufrechnungslage und das Nichtvorliegen eines Aufrechnungsverbotes.

Diese Voraussetzungen sollen im Folgenden näher untersucht werden:

### *a. Gegenseitigkeit*

Hiermit ist gemeint, dass eine wirksame Aufrechnung voraussetzt, dass zwei Personen einander Leistungen schulden, so dass jeder von ihnen zugleich Schuldner und Gläubiger der anderen Person ist. Der Grundsatz der Gegenseitigkeit kann im Einzelfall zu unbilligen Härten für den Schuldner führen. Daher hat der Gesetzgeber dieses Prinzip in bestimmten Fällen durch

Spezialvorschriften durchbrochen. Ein wichtiges Beispiel hierfür ist § 406 BGB, der es dem Schuldner einer abgetretenen Forderung erlaubt, mit einer ihm gegen den Altgläubiger zustehenden Forderung auch gegenüber dem neuen Gläubiger aufzurechnen, wenn er beim Erwerb der Gegenforderung von der Abtretung keine Kenntnis hatte und die Gegenforderung auch nicht erst nach Erlangung seiner Kenntnis von der Abtretung und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist. Weitere Beispiele für spezialgesetzliche Durchbrechungen des Prinzips der Gegenseitigkeit sind die §§ 409 Abs. 1, 566d BGB. Gelegentlich wird auch in besonders gelagerten Ausnahmefällen eine Durchbrechung des Erfordernisses der Gegenseitigkeit mit § 242 BGB gerechtfertigt. Dies wird z.B. für den Fall einer Aufrechnung des Vertragspartners eines Strohmanns mit seinen Gegenforderungen gegen den Hintermann angenommen (vgl. dazu mit weiteren Beispielen: Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 13 II, 4 bis 5).

### *b. Gleichartigkeit*

§ 387 BGB verlangt, dass die gegeneinander aufgerechneten Forderungen „ihrem Gegenstand nach gleichartig“ sind. Dadurch, dass der Gesetzgeber den Begriff „Gegenstand“ verwendet, ist eindeutig geklärt, dass es für das Merkmal der „Gleichartigkeit“ nicht darauf ankommt, auf welchem Rechtsgrund die miteinander verrechneten Forderungen beruhen (vgl. dazu den Fall „Bedingte Aufrechnung“). Es ist aus diesem Grunde z.B. unproblematisch, wenn einer der verrechneten Ansprüche aus einem gesetzlichen und der andere aus einem vertraglichen Schuldverhältnis stammt. Maßstab für die Bewertung der „Gleichartigkeit“ ist die Verkehrsanschauung. Das bedeutet, dass es für die Gleichartigkeit weniger um die juristisch-dogmatische Einordnung der einzelnen Anspruchsziele, sondern vielmehr um die Anschauungen des täglichen Lebens geht. Daher kann z.B. ein Anspruch auf Zahlung von Geld gegen einen Anspruch auf Herausgabe von Geld aufgerechnet werden, obgleich streng dogmatisch betrachtet im einen Fall die Übereignung und Besitzübertragung von irgendwelchem Geld aus der Gattung der geschuldeten Währung in Höhe des geschuldeten Betrages und in dem anderen Fall lediglich die Besitzübertragung ganz bestimmter Geldmünzen/Banknoten geschuldet wird. Lebenspraktisch betrachtet schulden die Parteien einander nämlich einfach nur „Geld“, wobei es beiden Parteien nur auf die geschuldete Summe und nicht etwa auf ganz bestimmte Münzen oder Banknoten oder juristische Details der Rechtsübertragung ankommt (ebenso Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 12 III, 3).

*c. Durchsetzbarkeit der Gegenforderung*

Da die Aufrechnung lediglich zu einer Verkürzung der Leistungswege im Wege der „Privatvollstreckung“ des Schuldners führen soll, kann der Schuldner auch nur dann erfolgreich mit der Gegenforderung aufrechnen, wenn er sie auch in einem Gerichtsverfahren durchsetzen könnte. Dies setzt in erster Linie selbstverständlich voraus, dass die Gegenforderung (noch) begründet ist. Sie muss aber darüber hinaus auch in jeder Hinsicht rechtlich erzwingbar sein. Unvollkommene Verbindlichkeiten wie z.B. Wett- und Spielschulden (§ 762 Abs. 1 BGB) oder der „Ehemäklerlohn“ (§ 656 Abs. 1 BGB), die materiellrechtlich unverbindlich und nicht klagbar sind, sind nicht rechtlich erzwingbar. Mit ihnen kann folglich auch nicht aufgerechnet werden. Des Weiteren muss ein Anspruch, um durchsetzbar zu sein, auch fällig sein. Wenn der Schuldner etwa seine Gegenforderung gestundet hat, kann er nicht mit ihr aufrechnen. Darüber hinaus ordnet § 390 Satz 1 BGB allgemein an, dass einredebehaftete Forderungen nicht aufgerechnet werden können.

*d. Erfüllbarkeit der Hauptforderung*

Da die Aufrechnung Erfüllungssurrogat ist, setzt sie voraus, dass die Hauptforderung erfüllbar ist. Dies bedeutet, dass die Hauptforderung anders als die Gegenforderung nicht durchsetzbar sein muss (z.B. durchaus einredebehaftet sein kann), solange sie erfüllbar ist. Dieses Erfordernis wird besonders deutlich, wenn man das Beispiel einer verzinslichen Darlehensforderung bemüht, für die die Parteien einen bestimmten Rückzahlungstermin vereinbart haben. In diesem Fall darf der Schuldner die Darlehensforderung wegen des Interesses des Darlehensgebers an den Zinsen nicht vor dem Rückzahlungstermin tilgen. Die Darlehensforderung ist dann vor dem Rückzahlungstermin nicht erfüllbar. Es kann daher natürlich auch nicht gegen sie vorher aufgerechnet werden. Wegen der bereits vorgestellten Auslegungsregel des § 271 Abs. 2 BGB darf der Schuldner aber regelmäßig bereits vor der Fälligkeit der Hauptforderung aufrechnen.

*e. Aufrechnungsverbote*

Aufrechnungsverbote können aus Gesetz oder aus Vertrag folgen. Die wichtigsten Aufrechnungsverbote des BGB enthalten die §§ 393, 394. § 393 verbietet die Aufrechnung gegen eine Hauptforderung aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung. Dieses Aufrechnungsverbot beruht auf sittlichen und sozialen Gründen und soll insbesondere eine (zivilrechtlich) sanktionslose Privatrache verhindern. Gäbe es diese Vorschrift nicht, dann könnte der Gläubiger eines säumigen

Schuldners, bei dem ohnehin „nichts mehr zu holen“ ist, seinen Schuldner körperlich verletzen oder ihm die Fensterscheiben einwerfen und danach aufrechnen und sich so seiner Schadensersatzverpflichtung entziehen (Deutsch, NJW 1981, 735). Diesem Schutzzweck Rechnung tragend muss man das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB auch auf vertragliche Schadensersatzansprüche, die durch die vorsätzliche unerlaubte Handlung ausgelöst wurden und mit den Ansprüchen aus unerlaubter Handlung konkurrieren, ausdehnen. Da die Vorschrift nur dem Schutz des Geschädigten vor einer Aufrechnung durch den Schädiger dient, hindert § 393 BGB natürlich den Geschädigten nicht, seinerseits mit der ihm zustehenden Gegenforderung aus unerlaubter Handlung aufzurechnen. § 394 BGB verbietet die Aufrechnung gegen Hauptforderungen, die nicht pfändbar sind. Damit verweist das BGB auf die Pfändungsschutzvorschriften der §§ 850 ff. ZPO. Hinter § 394 BGB steht der Gedanke, dass Forderungen, die in einem staatlichen Vollstreckungsverfahren aus sozialen Gründen nicht pfändbar wären, vom Gläubiger auch nicht im Wege der Privatvollstreckung zum Erlöschen gebracht werden sollen. Darüber hinaus kann ein Aufrechnungsverbot von den Parteien auch vertraglich vereinbart werden. Das folgt allgemein aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Einem Ausschluss der Aufrechnung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen setzt allerdings § 309 Nr. 3 BGB Grenzen, der Bestimmungen für unwirksam erklärt, „durch die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis genommen wird, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen“.

Die Aufrechnung führt als Erfüllungssurrogat nicht einfach nur zum Erlöschen der Hauptforderung. Sie bewirkt gemäß § 389 BGB vielmehr, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind, in dem also zum ersten Mal hätte aufgerechnet werden können. Damit wird mittels einer Fiktion die Wirkung der Aufrechnung auf den Zeitpunkt erstmaliger Aufrechnungslage zurückbezogen. Eine praktisch wichtige Auswirkung dieser Rückwirkungsfiktion ist es z.B., dass bereits entstandene Zinsen auf die Hauptforderung vom Eintritt der Aufrechnungslage an erlöschen und nicht mehr geschuldet werden.

Die Aufrechnung ist ein Gestaltungsrecht und wird durch eine Willenserklärung des Schuldners ausgelöst. Dennoch ist es wegen der Vertragsfreiheit nach ganz herrschender Meinung auch möglich, dass die Parteien einen Aufrechnungsvertrag schließen. Der Vorteil dieses Vorgehens für die Parteien liegt darin, dass sie einen Aufrechnungsvertrag auch dann abschließen können, wenn einzelne Voraussetzungen der Aufrechnung nach § 387 BGB (z.B. die Gegenseitigkeit) nicht gegeben sind. Bei dem Aufrechnungsvertrag handelt es sich nicht um einen schuldrechtlichen Vertrag, sondern um ein Verfügungsgeschäft.

### 3. Leistung an Erfüllungs statt

Will der Schuldner anstatt der geschuldeten Leistung eine andere Leistung erbringen, dann kann diese Leistung nicht zur Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB führen. Allerdings kann der Schuldner die Leistung als Leistung an Erfüllungs statt anbieten. Nimmt der Gläubiger dieses Angebot an, so erlischt das Schuldverhältnis im engeren Sinne gemäß § 364 Abs. 1 BGB ebenso wie bei der Erfüllung. Dennoch ist streitig, ob es sich bei der Leistung an Erfüllungs statt um ein Erfüllungssurrogat handelt (vgl. dazu insbesondere Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 5 I, 2 a). Dies erklärt sich daraus, dass ein Teil der Literatur die Vereinbarung einer Leistung an Erfüllungs statt als Schuldänderungsvertrag (§ 311 Abs. 1 BGB) begreift, der sofort erfüllt wird (so etwa Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 10, 3; Schmidt/Brügge, Zivilrechtlicher Grundkurs, 7. Auflage 2006, Rdnr. 358). Wieder andere qualifizieren die Vereinbarung einer Leistung an Erfüllungs statt als entgeltlichen Austauschvertrag, bei dem der Gläubiger sich in kaufmännischer Weise (vgl. § 365 BGB) zum Erlass seiner bisherigen Forderung gegen Begründung einer neuen Forderung durch den Schuldner verpflichtet (so etwa BGHZ 46, 338, 342). Die herrschende Meinung wertet die Vereinbarung einer Leistung an Erfüllungs statt als reinen Erfüllungsvertrag, der nicht darauf gerichtet ist, ein neues Schuldverhältnis zu begründen, sondern die bestehende Forderung zum Erlöschen zu bringen (MüKo/Wenzel, § 364 Rdnr. 1). Allerdings handelt es sich auch nach dieser Meinung jedenfalls dann um einen Schuldänderungsvertrag, wenn die Parteien bereits vor der Erfüllung vereinbaren, dass die Schuld durch eine andere als die zunächst versprochene Leistung erfüllt werden soll (MüKo/Wenzel, § 364 Rdnr. 2).

Von der „typischen“ Leistung an Erfüllungs statt ist die Ersetzungsbefugnis (*facultas alternativa*) zu unterscheiden. Von einer Ersetzungsbefugnis des Schuldners spricht man, wenn dieser zwar von Anfang an nur eine bestimmte Leistung schuldet, jedoch berechtigt ist, sich von dieser Schuld auch durch eine andere als die geschuldete Leistung zu befreien. Nach h.M. handelt es sich somit bei der Ersetzungsbefugnis um eine vorweggenommene (antizipierte) Vereinbarung einer Leistung an Erfüllungs statt, die unter der Bedingung steht, dass der Schuldner sein Ersetzungsrecht ausübt. Leistet der Schuldner aufgrund einer Ersetzungsbefugnis, so erlischt nach dieser Meinung konsequenterweise das Schuldverhältnis nicht gemäß § 362 Abs. 1 BGB durch Erfüllung, sondern gemäß § 364 Abs. 1 BGB durch eine Leistung an Erfüllungs statt (BGHZ 46, 338, 342).

Besonders wichtig ist die Abgrenzung zwischen der Leistung an Erfüllungs statt und der Leistung erfüllungshalber. Während die Leistung an Erfüllungs statt als Erfüllungssurrogat das Schuldverhältnis im engeren Sinne zum Erlöschen bringt,

lässt die Leistung erfüllungshalber das Schuldverhältnis zunächst bestehen und führt erst dann zum Erlöschen des Schuldverhältnisses, wenn sich der Gläubiger aus dem erfüllungshalber Geleisteten befriedigt hat, indem er z.B. eine erfüllungshalber geleistete Sache veräußert hat.

Wenn die Parteien eine Leistung erfüllungshalber vereinbart haben, dann folgt aus ihrer Vereinbarung, dass der Gläubiger sich verpflichtet, aus dem erfüllungshalber geleisteten Gegenstand schnellst- und bestmöglich mit verkehrsüblicher Sorgfalt Befriedigung zu suchen. Verletzt er diese Verpflichtung, so steht dem Schuldner gegen den Gläubiger ein Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) zu. Eine weitere Rechtsfolge der Vereinbarung einer Leistung erfüllungshalber besteht darin, dass die Parteien eine Stundung der ursprünglichen Forderung vereinbaren. Das hat zur Folge, dass der Schuldner die Erfüllung der ursprünglichen Forderung solange verweigern darf, bis der Gläubiger sich aus dem erfüllungshalber hingegebenen Gegenstand erfolgreich befriedigt hat oder ein Versuch der Befriedigung fehlgeschlagen ist.

Ob die Parteien eine Leistung an Erfüllung statt oder eine Leistung erfüllungshalber gewollt haben, ist bei fehlender ausdrücklicher Parteivereinbarung durch Auslegung zu ermitteln. Für diese Auslegung stellt das BGB in § 364 Abs. 2 eine Auslegungsregel für den Fall zur Verfügung, dass die Leistung des Schuldners darin besteht, dass er dem Gläubiger gegenüber eine neue Verbindlichkeit (z.B. durch Hingabe eines Schecks oder eines Wechsels) eingeht. Das Gesetz geht in diesem Fall im Zweifel davon aus, dass die Leistung erfüllungshalber erfolgt. In allen anderen Fällen „alternativer Leistungsangebote“ hilft das Gesetz nicht weiter. Hier muss die Auslegung dann mithilfe der §§ 133, 157 BGB den normativen Willen der Parteien ermitteln. Dabei ist allerdings in erster Linie die Interessenlage des Gläubigers zu beachten, der entsprechend der Wertung des § 364 Abs. 2 BGB regelmäßig nicht bereit sein wird, seine „alte Forderung“ gegen eine ungewisse Realisierungschance einzutauschen. So wird man z.B. bei der Abtretung einer Forderung des Schuldners gegen einen Dritten an den Gläubiger regelmäßig eine Leistung erfüllungshalber annehmen müssen, da der Gläubiger in den seltensten Fällen bereit sein dürfte das Bonitätsrisiko des Dritten zu tragen. Auch der Gesetzgeber neigt dieser Auffassung zu, wie die Vorschrift des § 788 BGB aus dem Recht der Anweisung zeigt.

Bei der Leistung von Sachen an Stelle der geschuldeten Leistung wird der Parteiwille grundsätzlich dann auf eine Leistung an Erfüllung statt gerichtet sein, wenn der Gläubiger die Sache behalten soll und sie dem mehr oder minder dem Wert der „alten“ Forderung entspricht; soll der Gläubiger die Sache dagegen

verwerten („versilbern“) wird der Parteiwille dagegen regelmäßig auf eine Leistung erfüllungshalber gerichtet sein.

Welche Rechte der Gläubiger hat, wenn der an Erfüllung statt geleistete Gegenstand mangelhaft ist, regelt § 365 BGB. Diese Vorschrift verweist für den Fall des Sach- oder Rechtsmangels auf die Vorschriften des Kaufrechts (§§ 434 ff. BGB). Dies bedeutet, dass der Gläubiger die Rechte aus § 437 BGB hat. Meist wird sich der Gläubiger dann für den Rücktritt entscheiden. Wählt er den Rücktritt, so führt dies nicht automatisch zum Wiederaufleben der gemäß § 364 Abs. 1 BGB erloschenen Forderung. Vielmehr erhält der Gläubiger dann einen Anspruch auf Wiederbegründung der erloschenen Forderung. Dies würde genau betrachtet bedeuten, dass der Gläubiger, wenn der Schuldner nicht zur Gewährleistung bereit ist, den Schuldner zunächst auf Wiederbegründung der erloschenen Forderung und nach Wiederbegründung dieser Forderung in einer zweiten Klage auf Erfüllung der wieder begründeten Forderung verklagen müsste. Um dieses unsinnige Ergebnis zu vermeiden, lässt der BGH es zu, dass der Gläubiger in einem solchen Fall unmittelbar auf Erfüllung des wiederbegründeten Anspruchs klagt (BGHZ 46, 338, 342 f.).

---

## *IV. Gläubigerverzug*

### **1. Begriffsbestimmung**

Ein Gläubigerverzug oder Annahmeverzug liegt vor, wenn die Erfüllung des Schuldverhältnisses dadurch verzögert wird, dass der Gläubiger die seinerseits erforderliche Mitwirkung unterlässt. Die Nichtannahme der Leistung führt dazu, dass keine Erfüllungswirkung eintreten kann. Es kommt auch nicht aus anderen Gründen zu einer Schuldbefreiung des Schuldners. Dennoch sollen die Voraussetzungen und Folgen des Gläubigerverzugs an dieser Stelle behandelt werden.

### **2. Voraussetzungen des Gläubigerverzugs**

- Die Leistung muss möglich sein.

Aus § 297 BGB ergibt sich, dass die Unmöglichkeit der Leistung und das Unvermögen des Schuldners den Annahmeverzug ausschließen. Die Abgrenzung zwischen Gläubigerverzug und Unmöglichkeit ist danach vorzunehmen, ob die

zurzeit fehlende Mitwirkung des Gläubigers nachholbar bleibt, dann handelt es sich um einen Fall des Verzuges, oder ob die Leistung später nicht mehr erbracht werden kann, dann ist Unmöglichkeit gegeben. Wird die Annahme der Leistung durch den Gläubiger seinerseits geschuldet, wie dies z.B. nach § 640 Abs. 1 BGB beim Werkvertrag der Fall ist, so kann der Gläubiger zugleich in einen Gläubigerwie in einen Schuldnerverzug kommen.

- Der Schuldner muss berechtigt sein, die Leistung zu erfüllen (vgl. § 271 Abs. 2 BGB).
- Das Leistungsangebot des Schuldners muss so beschaffen sein, dass „der Gläubiger nichts weiter zu tun braucht, als zuzugreifen und die angebotene Leistung anzunehmen“ (RGZ 109, 324 (328)).

Gemäß § 294 BGB ist ein tatsächliches Angebot des Schuldners erforderlich. Der Schuldner muss demnach die Leistungshandlung zur rechten Zeit, am rechten Ort und in der geschuldeten Art und Weise vornehmen. Liegt eine Bringschuld vor, so hat der Schuldner die geschuldete Leistung tatsächlich zum Gläubiger zu bringen. Bei einer Schickschuld, insbesondere bei einem Versandungskauf, muss die vom Schuldner abgesandte Ware beim Gläubiger eintreffen; der bereits mit der Absendung eintretende Gefahrübergang nach § 447 BGB ist insoweit ohne Bedeutung. Lediglich bei einer Holschuld genügt ein wörtliches Angebot nach § 295 S. 1 BGB. Ebenso genügt nach § 295 BGB das wörtliche Angebot, wenn der Gläubiger eindeutig und bestimmt erklärt, dass er die Leistung nicht annehmen werde.

Die Annahmeverweigerung kann zeitlich vor dem Angebot erklärt werden. Wenn offenkundig ist, dass der Gläubiger auf der Annahmeverweigerung beharrt, ist es streitig, ob es überhaupt noch eines wörtlichen Angebotes bedarf. Es wird die Auffassung vertreten, dass in einem solchen Fall das wörtliche Angebot nur eine leere Form darstelle und aus diesem Grunde auf sie verzichtet werden könne (so z.B. Palandt/Heinrichs § 295 Rn. 4). Der BGH hat dazu noch nicht abschließend Stellung genommen. In BGH NJW 1988, 1201 (1201) hat er jedoch nicht ausgeschlossen, dass es Fälle gibt, in denen das wörtliche Angebot als eine sinnlose und damit entbehrliche Formalität angesehen werden kann. Sollte jedoch unter den konkreten Umständen eine noch so geringe Chance bestehen, dass der Gläubiger seinen Standpunkt verlässt, bedarf es auf jeden Fall eines wörtlichen Angebots.

Das wörtliche Angebot im Sinne des § 295 BGB stellt eine geschäftsähnliche Handlung dar, für die die §§ 104 ff. BGB analog gelten. Das bedeutet insbesondere, dass für das wörtliche Angebot ein Zugang nach § 130 BGB

erforderlich ist. Das tatsächliche Angebot im Sinne des § 294 BGB hingegen ist ein Realakt, auf den die Vorschriften über die Willenserklärung unanwendbar sind. Der kalendermäßig bestimmte Zeitpunkt für die Vornahme der Leistungshandlung ersetzt gemäß § 296 BGB das Angebot des Schuldners.

- Letztlich ist erforderlich, dass der Gläubiger die angebotene Leistung nicht angenommen hat.

Relevant ist diesbezüglich nur die tatsächliche Nichtannahme. Ohne Bedeutung ist der Grund der Nichtannahme, insbesondere bedarf es für den Gläubigerverzug keines Verschuldens. Ein Gläubigerverzug ist auch dann gegeben, wenn der Gläubiger die Leistung zwar anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung selbst aber nicht anbietet (§ 298 BGB). Eine vorübergehende Annahmeverhinderung bringt den Gläubiger nur dann in Verzug, wenn der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat (§ 299 BGB).

### **3. Folgen des Gläubigerverzugs**

Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs beruhen auf dem Gedanken, dass die Annahme der Leistung für den Gläubiger nur eine Obliegenheit darstellt. Somit führt der Gläubigerverzug zu einer Entlastung des Schuldners. Dies führt allerdings ebenso wie der Schuldnerverzug nicht zu einer Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht (Ausnahme § 615 S. 1 BGB). Der Schuldner wird aber von seiner Haftung hinsichtlich leichter Fahrlässigkeit befreit. Gemäß § 300 Abs. 1 BGB hat er während des Gläubigerverzugs nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Auch wenn der Haftungsmaßstab für den Schuldner gemindert ist, greift die Beweislastregel des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB ein. Während des Gläubigerverzuges muss der Schuldner folglich die Tatsachen behaupten und beweisen, aus denen sich ergibt, dass die Undurchführbarkeit der Leistung nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruht.

§ 300 Abs. 2 BGB bestimmt, von welchem Zeitpunkt an der Gattungsschuldner bei nicht zu vertretendem Untergang oder Verschlechterung des Leistungsgegenstandes von seiner Vertragspflicht frei wird. Die Folge ist demnach, dass sich die ursprüngliche Gattungsschuld durch Konkretisierung lediglich noch auf eine dadurch entstandene Stückschuld bezieht. Der Gläubiger trägt damit dann die Leistungsgefahr. Häufig tritt eine Konkretisierung allerdings bereits vor dem Gläubigerverzug ein, nämlich dann, wenn die Voraussetzungen des § 243 Abs. 2 BGB vorliegen. § 300 Abs. 2 BGB gilt entsprechend auch für Geldschulden,

allerdings lediglich hinsichtlich der reinen Sachgefahr, nicht hinsichtlich eines Geldwertverlustes oder des Währungsrisikos.

Gemäß § 301 BGB hat der Schuldner von einer verzinslichen Geldschuld während des Verzugs des Gläubigers keine Zinsen zu entrichten. Des Weiteren ist der Schuldner, der Nutzungen eines Gegenstandes herauszugeben oder zu ersetzen hat, während des Gläubigerverzugs nicht mehr verpflichtet, Sorge für die tatsächliche Nutzenziehung zu tragen (§ 302 BGB). Es kann ihm folglich nicht mehr vorgeworfen werden, er habe es schuldhaft unterlassen, Nutzungen aus dem Schuldgegenstand zu ziehen. § 304 BGB gibt dem Schuldner im Falle des Gläubigerverzugs einen Ersatzanspruch auf Ersatz der objektiv notwendigen Mehraufwendungen, wobei sich die Notwendigkeit nach Angemessenheit und Zweckmäßigkeit bemisst. Es genügt nicht, dass der Schuldner die Aufwendungen für erforderlich halten durfte.

---

## *V. Befreiende Unmöglichkeit*

### **1. Die gesetzliche Grundkonzeption**

Das Schuldverhältnis im engeren Sinne erlischt entweder durch das Bewirken der geschuldeten Leistung (§ 362 Abs. 1 BGB) oder durch das Vorliegen eines Erfüllungssurrogates (§§ 378, 389 BGB). Die Erfüllung ist der regelmäßige Erlöschensgrund für ein Schuldverhältnis, nicht aber der einzig mögliche. Weitere Erlöschensstatbestände können sich aus Schwierigkeiten ergeben, die bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses auftreten. Diese Abwicklungsschwierigkeiten werden heute allgemein mit dem Begriff „Leistungsstörungen“ umschrieben. Schlüsselbegriff im Recht der Leistungsstörungen und wichtiger Erlöschensstatbestand ist die Unmöglichkeit. Das Gesetz erwähnt diesen Begriff zwar seit der Schuldrechtsmodernisierung nicht mehr in den Gesetzesüberschriften. Es enthält aber in § 275 Abs. 1 BGB eine Regelung über die schuldbefreiende Unmöglichkeit. Diese Regelung greift bei objektiver wie bei subjektiver Unmöglichkeit und bei nachträglicher wie bei anfänglicher Unmöglichkeit. Das Eingreifen bei anfänglicher Unmöglichkeit ist neu und wird in § 311a Abs. 1 BGB ausdrücklich angeordnet. Es kommt dann zu einem Schuldverhältnis, das sich von der ersten Sekunde an auf Sekundärpflichten des Leistungsstörungsrechts beschränkt.

Was versteht nun aber das BGB unter Unmöglichkeit? Schon rein begrifflich ist eine Leistung erst dann (objektiv) unmöglich, wenn sie endgültig von niemandem, also weder vom Schuldner noch von einem Dritten, erbracht werden kann (endgültige Unerbringlichkeit der Leistung). Kann die Leistung zwar von irgend jemandem erbracht werden, nur vom Schuldner selbst nicht, so spricht man von subjektiver Unmöglichkeit oder Unvermögen. Dieses Unvermögen führt erst dann zur Schuldbefreiung, wenn es dem Schuldner nicht gelingt, das Unvermögen zu überwinden, weil etwa der Eigentümer einer geschuldeten Sache sich weigert, die Sache dem Schuldner zu übertragen. Ist es dem Schuldner nur nicht zumutbar, den vom Eigentümer geforderten Preis zu zahlen, liegt kein schuldbefreiendes Unvermögen vor, sondern eventuell eine Situation, bei der dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 BGB eingeräumt wird. Die schuldbefreiende Unmöglichkeit begründet eine automatisch wirkende Einrede, das Leistungsverweigerungsrecht eine vom Schuldner auszuübende Einrede.

Man hat schon zum alten Recht im Wesentlichen die Fälle der naturgesetzlichen, der rechtlichen und der faktischen (oder praktischen) Unmöglichkeit sowie der Unmöglichkeit durch Zeitablauf unterschieden. Die Unterscheidung ist auch nach neuem Recht noch tragfähig.

Von naturgesetzlicher Unmöglichkeit spricht man, wenn die Leistung nach Naturgesetzen oder nach dem gegenwärtigen Stand von Wissenschaft und Technik von niemandem erbracht werden kann. So liegt es etwa, wenn die geschuldete Sache zerstört wird oder jedenfalls so schwer beschädigt wird, dass es sich wirtschaftlich um einen anderen Gegenstand handelt. Ebenfalls hier einzuordnen sind die Fälle, in denen sich jemand vertraglich zu einem nach naturwissenschaftlichen Erkenntnissen nicht erzielbaren Erfolg verpflichtet. Hierbei geht es häufig um den Einsatz „übersinnlicher Kräfte“ oder sonstige wissenschaftlich nicht anerkannte Praktiken. In diesen Fällen geht die Rechtsprechung regelmäßig von Unmöglichkeit aus (vgl. die Zusammenstellung bei Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6. Auflage 2005, § 3 II 1 b). Ein typisches Beispiel hierfür ist der vom LG Kassel in NJW 1985, 1642 in diesem Sinne entschiedene Fall, in dem sich eine Frau ihrer Vertragspartnerin gegenüber gegen Zahlung von 3.000 DM verpflichtet hatte, den ehemaligen Lebenspartner ihrer Kundin durch mentale Beeinflussung auf „parapsychologischer Grundlage“ wieder zu ihr zurückzuführen.

Von rechtlicher Unmöglichkeit spricht man, wenn eine Leistung aus rechtlichen Gründen von niemandem erbracht werden kann. Ein typisches Beispiel hierfür ist die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges, der bereits besteht. Dieser Fall kann

etwa eintreten, wenn der bestohlene Eigentümer die gestohlene Sache unbedingt wieder haben will und sie daher dem Dieb „abkauft“: Einen solchen Kaufvertrag sollte er überhaupt vor § 138 Abs. 1 BGB Bestand haben - könnte der Dieb nicht erfüllen, da er das Eigentum an der Sache nicht auf sein Opfer, das ja noch Eigentümer ist, übertragen kann. Rechtliche Unmöglichkeit liegt weiterhin vor, wenn die Rechtsordnung den angestrebten Rechtserfolg nicht anerkennt. Dies greift z.B. dann ein, wenn ein Vertrag über die Leistung von Gegenständen geschlossen wird, die dem Geschäftsverkehr entzogen sind (z.B. amtliche Dokumente wie der Reisepass oder Betäubungsmittel, deren Handel nach dem BtMG unter Androhung von Strafe untersagt ist).

Anders als die naturgesetzliche und die rechtliche Unmöglichkeit wird die faktische oder praktische Unmöglichkeit eigentlich nicht mehr vom Begriff der Unmöglichkeit erfasst. Denn unter faktischer Unmöglichkeit versteht man die „Fälle, in denen die Erbringung der Leistung zwar nicht schlechthin für jedermann unmöglich ist, aber doch jedem Menschen so erhebliche und im Grunde unüberwindliche Schwierigkeiten bereitet, dass kein vernünftiger Mensch ohne besonderen Anlass auch nur auf die Idee käme, den Versuch einer Leistungserbringung zu wagen“ (Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 3 III 3). Demnach handelt es sich also bei der faktischen Unmöglichkeit um Fälle, bei denen die Leistungserbringung zwar theoretisch möglich wäre, bei denen jedoch die praktische Durchführung der Leistungserbringung auf derartige Schwierigkeiten stoßen würde, dass man sie aus Billigkeitsgründen den Fällen der naturgesetzlichen und der rechtlichen Unmöglichkeit gleichstellt. Als typische Beispiele für die faktische Unmöglichkeit werden immer wieder gerne das Aufsuchen eines Ringes, der auf den Meeresgrund gefallen ist, sowie die Hebung einer Münzsammlung, die sich unter dem Fundament eines Hochhauses befindet, angeführt.

Schwierigkeiten bereitet die faktische Unmöglichkeit eigentlich nur deswegen, weil sie von der so genannten „wirtschaftlichen Unmöglichkeit“ abzugrenzen ist, deren Subsumtion unter den Begriff Unmöglichkeit außerordentlich umstritten ist. Nach den vagen, in der Literatur vertretenen Ansichten muss man sich die wirtschaftliche Unmöglichkeit als ein quantitatives Minus zur faktischen Unmöglichkeit vorstellen: Die Leistungserbringung sei zwar weniger schwierig als bei der faktischen Unmöglichkeit, aber immerhin noch so schwierig, dass ihre Einforderung vom Schuldner die „Opfergrenze“ überschreite und daher diesem nicht zugemutet werden könne. Man spricht dann auch von „übermäßiger Leistungerschwerung“. Für diese Fälle bietet sich nach der Schuldrechtsmodernisierung die Vorschrift des § 275 Abs. 2 BGB an: Der

Schuldner erhält ein Leistungsverweigerungsrecht. Für die automatische Schuldbefreiung besteht kein Bedürfnis.

Schließlich kann die Unmöglichkeit der Leistungserbringung auch durch Zeitablauf eintreten. Grundsätzlich führt die Nichterbringung der Leistung zur vereinbarten Leistungszeit zum Verzug des Schuldners und nicht zur Unmöglichkeit der Leistung, da die Leistung weiterhin nachholbar und damit möglich ist. Allerdings kann die Leistungszeit nach dem Inhalt der vertraglichen Vereinbarung von solcher Wichtigkeit sein, dass die Leistung durch Zeitablauf unmöglich wird. Das wichtigste Beispiel hierfür ist das „absolute Fixgeschäft“.

Von einem absoluten Fixgeschäft spricht man, wenn die Leistungszeit nach der vertraglichen Vereinbarung von derart großer Bedeutung ist, dass nach Überschreitung des Erfüllungszeitraums das Leistungsinteresse des Gläubigers unter keinem Gesichtspunkt mehr befriedigt werden kann. Als Schulbeispiel für das absolute Fixgeschäft wird immer wieder gerne der Fall angeführt, dass ein Taxi zum Flughafen für eine bestimmte Uhrzeit bestellt wird, um einen Flug zu erreichen. Kommt das Taxi erst mit erheblicher Verspätung, so dass der Kunde absehbar den Flug nicht mehr erreichen kann, ist für ihn die gewünschte Taxifahrt sinnlos geworden. Zwar ist eine Fahrt zum Flughafen weiterhin physisch möglich, dennoch ist die Leistung nicht mehr nachholbar, weil nicht alleine die Fahrt zum Flughafen geschuldet war, sondern die Fahrt zum Flughafen innerhalb eines bestimmten, eng bemessenen Zeitraumes. Weitere charakteristische Beispiele für absolute Fixgeschäfte sind Verträge über ausgeprägte Saisonartikel, die für die beteiligten Kreise erkennbar nur innerhalb eines bestimmten Zeitraumes mit Gewinn absetzbar sind, wie z.B. Schokoladenostereier und -hasen, Weihnachtsbäume, Sommer- bzw. Winterkleidung mit den „Farben der Saison“ etc. Werden diese Artikel erst nach Ablauf der Saison geliefert, dann haben sie den vertraglich vorausgesetzten Zweck eingebüßt und sind für den Abnehmer nutzlos geworden. So hat etwa ein Lebensmittelgeschäft, das beim Großhändler für das Ostergeschäft 30 Paletten Schokoladenosterhasen der Marke „X“ bestellt hat, im Sommer keinerlei Verwendung mehr für eine dann erst eintreffende Lieferung; vielmehr ist mit Abschluss des Ostergeschäftes der Erfüllungszeitraum abgelaufen und die Leistung unmöglich geworden. Ebenso verhält es sich mit einigen Dauerschuldverhältnissen, bei denen im Hinblick auf den Vertragszweck die Leistungszeit eine wichtige Rolle spielt, so dass die einmal verlorene Zeit grundsätzlich nicht mehr nachgeholt werden kann.

Ein praktisch wichtiges Beispiel hierfür ist der Arbeitsvertrag, bei dem bei Nichtleistung des Arbeitnehmers innerhalb der vereinbarten Arbeitszeit grundsätzlich Unmöglichkeit eintritt, da der Arbeitnehmer die Leistung bei einem

typischen Arbeitsvertrag nicht nach Feierabend erbringen kann. Auch am nächsten Arbeitstag kann er die Leistung nicht nachholen, da er dann die für diesen Tag geschuldete Arbeitsleistung erbringen muss (vgl. Heiderhoff, JuS 1998, 1087, 1089 m.w.N.). Ein weiteres wichtiges Beispiel für solche Dauerschuldverhältnisse ist der Raummietvertrag: Auch hier führt jeder verstrichene Tag, an dem dem Mieter die Mietwohnung nicht zur Verfügung stand, zur (Teil-)Unmöglichkeit (MüKo/Ernst, § 275 Rdnr. 48).

Vom absoluten Fixgeschäft ist das relative Fixgeschäft zu unterscheiden. Das relative Fixgeschäft ist dadurch gekennzeichnet, dass auch bei ihm die Leistung nach der Vereinbarung der Parteien innerhalb eines bestimmten Erfüllungszeitraumes erfolgen soll, so dass das Geschäft mit der Einhaltung des Leistungszeitraumes „stehen oder fallen soll“. Dabei kommt der Leistungszeit beim relativen Fixgeschäft jedoch kein derart die Leistung prägender Charakter zu, dass nach Ablauf des Erfüllungszeitraumes die Leistung nicht mehr nachholbar und damit unmöglich wird. Vielmehr räumt das Gesetz dem Gläubiger in § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB beim relativen Fixgeschäft ein Rücktrittsrecht für den Fall ein, dass der Schuldner den Erfüllungszeitraum überschreitet.

Selbst wenn die Parteien kein absolutes Fixgeschäft vereinbart haben, kann durch ein auch nur vorübergehendes Leistungshindernis ausnahmsweise der Vertragszweck derartig beeinträchtigt werden, dass dem Gläubiger ein weiteres Zuwarten nicht mehr zugemutet werden kann. In derartigen Fällen, insbesondere wenn eine Beseitigung des Leistungshindernisses nicht absehbar war, hat die Rechtsprechung häufig die vorübergehende Leistungsverzögerung der dauernden Unmöglichkeit gleichgestellt (vgl. Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, § 4 III 3, IV mit zahlreichen Nachweisen). Dabei hat sie jedes Mal im Wege einer umfassenden Interessenabwägung auf die konkreten Umstände des Einzelfalles abgestellt, so dass sich die Ergebnisse kaum verallgemeinern lassen. Jedenfalls kann man sagen, dass sie eine Gleichstellung mit der dauernden Unmöglichkeit tendenziell dann bejaht hat, wenn es sich bei den Gläubigern um Kaufleute handelte, die auf kurzfristige Dispositionen angewiesen waren, so dass ihnen ein längeres Zuwarten nicht zuzumuten war. Als Leistungshinderungsgründe, die für eine Gleichstellung mit der dauernden Unmöglichkeit in Betracht kommen, hat sie insbesondere den Ausbruch von Kriegen oder Revolutionen am Ort der Leistungserbringung in Betracht gezogen, da diese Ereignisse von unabsehbarer Dauer sein können (vgl. dazu die Rechtsprechungsanalyse bei: MüKo/Ernst, § 275 Rdnr. 139 ff.). Diese Rechtsprechung zur Gleichstellung vorübergehender Leistungshindernisse mit der dauernden Unmöglichkeit ist auf nachhaltige Kritik im Schrifttum gestoßen, das insbesondere darauf hinweist, dass es sich bei all diesen Fällen um typische Beispiele handele, die nach den Grundsätzen über den

Wegfall der Geschäftsgrundlage zu lösen seien (vgl. hierzu: MüKo/Ernst, § 275 Rdnr. 143 ff.).

## 2. Die Regelung bei der Stückschuld

Die Unmöglichkeit befreit den Schuldner von der Leistungspflicht unabhängig davon, ob er die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Das Vertretenmüssen spielt nur eine Rolle für die Ausgestaltung des Sekundärschuldverhältnisses, weil eine Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatz dann nicht gegeben ist, wenn der Schuldner die Nichtleistung nicht zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Das ist bei Stückschulden eindeutig und zwingend. Geht das individuell geschuldete Stück unter, kann niemand die Leistungsverpflichtung mehr erfüllen. Bei Gattungsschulden sieht das anders aus. Von einer Stückschuld spricht man, wenn der Leistungsgegenstand von vorneherein von den Parteien derart individuell bestimmt ist, dass die Schuld nur mit diesem bestimmten Gegenstand erfüllt werden kann. Demgegenüber spricht man von einer Gattungsschuld, wenn sich die Parteien darauf beschränken, den Leistungsgegenstand allgemein nach Merkmalen zu beschreiben, so dass zunächst offen bleibt, mit welchem konkreten Gegenstand der Schuldner später erfüllt. In einem solchen Fall ist der Schuldner verpflichtet, sich den Gegenstand, den er zur Erfüllung seiner Schuld benötigt, zu beschaffen. Die schuldbefreiende Unmöglichkeit tritt erst dann ein, wenn die Beschaffung des Gegenstands nicht möglich ist. Das ist etwa dann der Fall, wenn die gesamte Gattung untergeht und damit die Leistung objektiv unmöglich wird. Dies kann insbesondere dann vorkommen, wenn zwar eine Gattungsschuld vereinbart wurde, der Schuldner aber seine Verpflichtung auf den eigenen Vorrat beschränkt hat. Eine solche Vereinbarung kann auch konkludent erfolgen und kommt nach der Interessenlage der Parteien und der Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) insbesondere dann in Betracht, wenn ein Erzeuger (z.B. ein Landwirt) seine eigenen Produkte verkauft. Eine solche Gattungsschuld bezeichnet man als „beschränkte Gattungsschuld“ oder „Vorratsschuld“.

## 3. Die Regelung bei der Gattungsschuld

Da die Schuldbefreiung bei der Gattungsschuld nach der Grundregel erst dann eintritt, wenn eine Leistung aus der Gattung nicht (mehr) möglich ist, der Schuldner damit die Garantie für seine Fähigkeit zur Beschaffung dieses Gegenstandes auf dem Markt und damit auch das Beschaffungsrisiko übernimmt, ist der Schuldner naturgemäß bestrebt, diesen Zustand möglichst schnell zu

beenden und seine Verpflichtung durch Auswahl eines individuell bestimmten Gegenstandes auf diesen Gegenstand zu beschränken. Mit dieser Auswahl leitet der Schuldner einen Vorgang ein, der dazu führt, dass sich seine Gattungsschuld kraft Gesetzes in eine Stückschuld verwandelt. Dieser Vorgang wird „Konkretisierung“ der Gattungsschuld genannt. Die Voraussetzungen der Konkretisierung sind in § 243 BGB geregelt. Danach setzt die Konkretisierung zunächst voraus, dass die vom Schuldner aus der Gattung ausgewählten Sachen gemäß § 243 Abs. 1 BGB von „mittlerer Art und Güte“ sind. Ist dies der Fall, so ist für die Konkretisierung nach § 243 Abs. 2 BGB nur noch erforderlich, dass der Schuldner „das seinerseits Erforderliche getan hat“. Was im jeweiligen Fall „das Erforderliche“ ist, bestimmt sich nach der Art der Schuld. Dabei kommen als Schuldarten Hol-, Bring- und Schickschuld in Betracht.

Bei der Bringschuld hat der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan, wenn er die Ware aus der Gattung ausgesondert und sie dem Gläubiger an seinem Wohnort bzw. dem Sitz seiner gewerblichen Niederlassung termingerech in einer Annahmeverzug begründenden Weise angeboten hat. Bei der Schickschuld dagegen reicht es für die Konkretisierung aus, wenn der Schuldner die Ware aussondert und sie am Leistungsort ordnungsgemäß verpackt an eine sorgfältig ausgewählte Transportperson übergibt. Was der Schuldner bei der Holschuld tun muss, um eine Konkretisierung herbeizuführen, ist äußerst umstritten. Die geringsten Anforderungen an den Schuldner stellt die Auffassung, die lediglich verlangt, dass der Schuldner den Gegenstand aussondert und für den Gläubiger bereitstellt (vgl. etwa Musielak, Grundkurs BGB, Rdnr. 194). Demgegenüber stellt die Ansicht, die vom Schuldner verlangt, dass er die Sache aussondert, für den Gläubiger bereitstellt und ihm über die Aussonderung eine Mitteilung macht (Esser/Schmidt, Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, § 13 I 2 c), die höchsten Anforderungen an den Schuldner. Am ausgewogensten im Hinblick auf die gegenläufigen Interessen der Parteien erscheint schließlich die vermittelnde Ansicht, die vom Schuldner neben Aussonderung und Bereitstellung verlangt, dass er den Gläubiger zur Abholung der Ware auffordert (Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, § 19 IV 2 (Rdnr. 183)). Diese Meinung hat insbesondere den Vorteil, dass sie das ungerechte Ergebnis vermeidet, dass die Konkretisierung nur daran scheitert, dass der juristisch nicht versierte Schuldner dem Gläubiger gegenüber nicht „die richtigen Worte findet“.

Hat der Schuldner die Gattungsschuld durch Konkretisierung in eine Stückschuld umgewandelt, dann wird der Schuldner beim Untergang des Gegenstandes gemäß § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht frei. Die Konkretisierung führt demnach zur Verlagerung der Leistungsgefahr vom Schuldner auf den Gläubiger.

Auch bei Gattungsschulden können persönliche Leistungshindernisse, die nicht nur auf einem Geldmangel des Schuldners beruhen, zur Anwendung des § 275 Abs. 1 BGB führen. Beispiele für solche Leistungshindernisse sind plötzliche Erkrankungen, Vertreibungen aus der Heimat, Freiheitsentziehungen oder vergleichbar einschneidende Ereignisse auf Seiten des Schuldners (Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 3 IV 4).

Es ist auch anerkannt, dass die Haftung des Schuldners für Gattungsschulden dann entfallen kann, wenn infolge nicht vorhersehbarer Umstände so erhebliche Leistungshindernisse entstanden sind, dass dem Schuldner die Beschaffung nicht mehr zugemutet werden kann. Obgleich darüber Einigkeit besteht, wird über die richtige Begründung dieses Ergebnisses heftig gestritten. Während das Reichsgericht in solchen Fällen von wirtschaftlicher Unmöglichkeit ausgegangen ist, stellt der BGH dagegen auf die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage ab (BGH NJW 1994, 515, 516). Mit der Schuldrechtsmodernisierung sollte der Fall im Rahmen des § 275 Abs. 2 BGB gelöst werden.

Ein anschauliches Beispiel für diese Problematik stellt der vom BGH 1994 entschiedene Fall „Porsche 959“ dar (BGH NJW 1994, 515 f.), dem folgender, für die Zwecke der Vorlesung vereinfachter, Sachverhalt zugrunde lag:

Der als Wiederverkäufer von Kraftfahrzeugen tätige A steht seit längerer Zeit in Geschäftsbeziehungen zu dem Porsche-Vertragshändler B. Als B von der Porsche AG erfährt, es sei beabsichtigt, nach entsprechender Entwicklungsdauer ein mit einer Vielzahl technischer Neuerungen ausgestattetes Porsche-Modell als Serienmodell in begrenzter Stückzahl auf den Markt zu bringen, unterrichtet er unter anderem den A hiervon. Schließlich kommt es zum Vertragsschluss zwischen A und B über einen Porsche neuen Typs zu dem „am Tage der Lieferung gültigen Listenpreis nach Liefermöglichkeit der Porsche AG“.

Nach dem Abschluss des Kaufvertrages zwischen A und B entscheidet sich die Porsche AG kurzfristig, den Verkauf des als „Porsche 959“ bezeichneten Modells, von dem nur 200 Fahrzeuge hergestellt worden sind, nicht über ihr Händlernetz, sondern unter eigener Auswahl der Interessenten direkt ab Werk durchzuführen. Daraufhin teilt B dem A mit, dass er den Kaufvertrag aus diesem Grunde nicht erfüllen könne und dass dem A keine Ansprüche gegen ihn zustehen, da er das Verhalten der Porsche-AG nicht zu vertreten habe. A ist demgegenüber der Ansicht, dass er einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen B habe und klagt daher gegen ihn auf Zahlung.

Als Anspruchsgrundlage für das Begehren des A kommt § 281 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB in Betracht.

Ein wirksamer Kaufvertrag liegt vor. Den kann man auch über Güter schließen, die erst noch hergestellt werden müssen. Allerdings könnte der Anspruch von vorneherein deshalb ausgeschlossen sein, weil A und B in ihrem Kaufvertrag die Haftung des B für nachträglich auftretende Lieferschwierigkeiten ausgeschlossen haben. Dies könnte man ebenfalls aus dem Passus „nach Lieferungsmöglichkeit der Porsche AG“ herzuleiten versuchen. Einer solchen Auslegung, nach der diese Klausel auch den Fall der Verwirklichung des Beschaffungsrisikos erfasst, steht jedoch, wie der BGH mit Recht betont, sowohl der Wortlaut wie auch der Sinn der Vertragsbestimmung entgegen, die dem B zwar das allein in der Sphäre der Porsche AG liegende Produktionsrisiko, nicht aber das Beschaffungsrisiko abnehmen soll.

Schließlich könnte der B jedoch wegen § 275 Abs. 1 BGB von seiner Primärleistungspflicht und wegen § 280 Abs. 1 Satz 2 von der sekundären Schadensersatzpflicht befreit worden sein.

Allerdings ist anerkannt, dass die Haftung des Schuldners für Gattungsschulden dann entfallen kann, wenn infolge nicht vorhersehbarer Umstände so erhebliche Leistungshindernisse entstanden sind, dass dem Schuldner die Beschaffung nicht mehr zugemutet werden kann. Der BGH leitet dieses Ergebnis aus der Anwendung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage her (BGH NJW 1994, 515, 516). Demnach ist zu fragen, ob die Entscheidung der Porsche AG, B nicht zu beliefern, dazu führt, dass man B die Beschaffung eines Porsche 959 zur Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen nicht mehr zumuten kann. Dafür spricht in der Tat, dass B das Verhalten der Porsche AG nicht vorhersehen konnte und dass er als in die Absatzorganisation der Porsche AG eingebundener Händler nach dem Willen der Parteien kein hohes, besonders vergütetes Beschaffungsrisiko übernommen hat.

Andererseits hat B jedoch die Entscheidung der Porsche AG widerspruchslös hingenommen und dem A gegenüber als unabänderlich dargestellt, obgleich wie der BGH es formuliert „nach der Lebenserfahrung davon auszugehen ist, dass“ - bei entsprechenden Bemühungen des B - „die Porsche AG als höchst zuverlässiger Vertragspartner auf B und die von ihm eingegangenen Verpflichtungen Rücksicht genommen hätte, ganz abgesehen davon, dass die Porsche AG möglicherweise auf Grund des Direkthändlervertrages mit B zu entsprechender Rücksichtnahme verpflichtet gewesen wäre“. Es war aber für B als in die Absatzorganisation eingebundener Händler jedenfalls nicht von vorneherein aussichtslos und

unzumutbar, auf die Porsche AG einzuwirken und etwa durch Androhung von im Hinblick auf das Verhalten der Porsche AG durchaus nahe liegenden Regressansprüchen zu versuchen, einen Porsche 959 zu beschaffen (so auch der BGH, in: NJW 1994, 515, 516). Daher ist die Verpflichtung des B nicht nach § 275 Abs. 1 BGB bzw. nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage entfallen. Die übrigen Voraussetzungen des § 281 BGB sind im Hinblick auf die endgültige und beharrliche Leistungsverweigerung des B gegeben.

#### **4. Konsequenzen der leistungsbefreienden Unmöglichkeit für den gegenseitigen Vertrag**

Wird die Leistung dem Schuldner unmöglich, dann wird er sich natürlich in erster Linie fragen, ob die Unmöglichkeit ihn von seiner Primärleistungspflicht entbindet und ob ihn sekundäre Leistungspflichten treffen. Selbst wenn er aber im Falle unverschuldeter Unmöglichkeit seine Haftung erfolgreich „abwehren“ kann, wird er sich bei gegenseitigen Verträgen häufig in einem zweiten Schritt fragen, was nun aus seiner Forderung (z.B. dem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises aus § 433 Abs. 2 BGB) gegen den Gläubiger wird.

Dies hängt nach der Regelung des § 326 BGB grundsätzlich davon ab, ob der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten hat oder nicht. Hat der Gläubiger die Unmöglichkeit ausnahmsweise einmal zu vertreten, dann behält der Schuldner gemäß § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung, auf den er sich nach § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB die durch den Wegfall seiner Leistungspflicht entstehenden Vorteile anrechnen lassen muss. Hat der Gläubiger dagegen die Unmöglichkeit ebenso wenig wie der Schuldner zu vertreten, dann verliert der Schuldner natürlich gemäß § 326 Abs. 1 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung. § 326 Abs. 1 BGB ist damit Ausdruck der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung beim zweiseitig verpflichtenden Vertrag: Haben weder (gemeint ist der Sachleistungs-)Schuldner noch Gläubiger die Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Schuldner zu vertreten, dann verlieren beide ihre Ansprüche.

Das Erlöschen der beiderseitigen Leistungspflichten nach §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB führt jedoch nicht in jedem Falle auch zur Aufhebung des Schuldverhältnisses im weiteren Sinne. So kann der (Sachleistungs-)Gläubiger trotz des Untergangs seines Anspruchs nach § 275 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Herausgabe oder Abtretung des so genannten „stellvertretenden commodums“ gemäß § 285 Abs. 1 BGB haben. § 285 Abs. 1 BGB gibt dem Gläubiger, der seinen Anspruch wegen Unmöglichkeit verloren hat, einen Anspruch auf Herausgabe oder

Abtretung dessen, was der Schuldner als Ersatz für den geschuldeten Gegenstand erlangt hat. Damit handelt es sich bei § 285 BGB dogmatisch betrachtet um einen Fall schuldrechtlicher Surrogation. Typische Beispiele für solche Surrogate sind etwa Schadensersatzansprüche oder Ansprüche auf Versicherungsleistungen, die dem Schuldner wegen des Untergangs des Leistungsgegenstandes zustehen. Verlangt der Gläubiger nun gemäß § 285 Abs. 1 BGB das stellvertretende commodum, so tritt dieses an die Stelle des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes, so dass der Gläubiger auch weiterhin zur Gegenleistung verpflichtet bleibt (§ 326 Abs. 3 Satz 1 BGB). Diese wird allerdings nach § 326 Abs. 3 Satz 2 BGB nach Maßgabe des § 441 Abs. 3 BGB in dem Verhältnis gemindert, in dem das Surrogat hinter dem Wert der ursprünglich geschuldeten Leistung zurückbleibt.

Andererseits kann es auch vorkommen, dass der Gläubiger bereits vor dem Eintritt der Unmöglichkeit an den Schuldner geleistet hat. Ist dies geschehen, dann kann der Gläubiger das Geleistete nach § 326 Abs. 3 BGB nach den Rücktrittsregeln der §§ 346 bis 348 BGB wieder zurückverlangen.

Zusammenfassend kann man § 326 Abs. 1 BGB entnehmen, dass der (Sachleistungs-)Schuldner grundsätzlich während des gesamten Erfüllungszeitraumes die Gegenleistungsgefahr trägt. Das BGB hält sich jedoch nicht streng an diesen Grundsatz und hat daher in einigen Fällen zum Schutze des Schuldners einen vorzeitigen Gefahrübergang angeordnet. Dabei handelt es sich um § 326 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB, wonach der Gläubiger, sobald er in Annahmeverzug ist, die Gegenleistungsgefahr trägt, sowie um die §§ 446, 447 BGB im Kaufrecht und die §§ 644, 645 BGB im Werkvertragsrecht.

## **5. Übergang der Preisgefahr (Gegenleistungsgefahr)**

Grundsätzlich trägt gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB der Verkäufer die Preisgefahr solange, bis er erfüllt hat. Die Erfüllung ist das natürliche Ende des Unmöglichkeitrechts und damit auch der Gefahrtragungsvorschriften. In einigen Fällen lässt das Gesetz die Preisgefahr jedoch schon früher auf den Käufer übergehen. Übergang der Preisgefahr meint, dass der Verkäufer trotz (zufälligen) Untergangs seiner Leistung den Anspruch auf die Gegenleistung in Form des Kaufpreises behält, oder aus der Sicht des Käufers, dass dieser nunmehr die Gefahr trägt, den Kaufpreis entrichten zu müssen, obgleich er die Kaufsache nicht erhalten hat und auch nichts verlangen kann, weil der Verkäufer von seinen Verpflichtungen frei geworden ist. Mit dem Übergang der Preisgefahr trifft der wirtschaftliche Verlust nunmehr den Käufer, denn er muss zahlen, ohne etwas dafür zu erhalten (Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, § 42 II, S. 96).

*a. § 446 BGB: Gefahrübergang im Zeitpunkt der Übergabe*

Gemäß § 446 S. 1 BGB geht mit der Übergabe der verkauften Sache die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Der Sinn dieser Vorschrift erhellt sich im Zusammenspiel mit S. 2, denn mit der Übergabe gebühren ja auch die Nutzungen der Sache dem Käufer. Damit ist der wirtschaftliche Erfolg des Kaufvertrags für ihn im Wesentlichen eingetreten. Er ist nunmehr „näher dran“, den wirtschaftlichen Verlust zu tragen, wenn die Sache durch Zufall untergeht, zudem sich die Sache nach erfolgter Übergabe im räumlichen Macht- und Kontrollbereich des Käufers befindet.

§ 446 BGB betrifft nur die Fälle der Übergabe des Kaufgegenstandes vor der Übereignung. Denn nach vollständiger Übereignung hat der Verkäufer seine Leistungspflichten aus § 433 Abs. 1 BGB erfüllt, so dass sich die Frage nach Unmöglichkeit und Gefahrtragung gar nicht mehr stellen kann. Was nach vollständiger Erfüllung mit der Sache passiert, tangiert den Verkäufer nicht mehr, der Kaufpreisanspruch kann ihm nicht mehr genommen werden. Denn dann gilt der Grundsatz, dass jeder Eigentümer die Gefahr des zufälligen Untergangs ihm gehörender Sachen zu tragen hat, *casum sentit dominus*. Hauptanwendungsfall des § 446 BGB ist der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt (vgl. den Beispielsfall bei Schmidt/Brüggemeier, Grundkurs Zivilrecht, Rdnr. 498).

*b. § 447 BGB: Gefahrübergang beim Versendungskauf*

Der Anwendungsbereich der Fallgruppe des Gefahrübergangs beim Versendungskauf gemäß § 447 BGB ist durch die Schuldrechtsreform erheblich beschränkt worden. Gemäß § 474 Abs. 2 BGB findet § 447 BGB auf den in § 474 Abs. 1 legal definierten Verbrauchsgüterkauf keine Anwendung. Dieser Ausschluss stützt sich in erster Linie auf die Erwägung, dass das Risiko des zufälligen Untergangs der verschickten Ware von derjenigen Vertragspartei getragen werden soll, die eher als die andere imstande ist, dieses Risiko zu minimieren und Vorsorge gegen die Schadensfolgen zu treffen (Handkommentar zum BGB, Säger, § 474 Rdnr. 6). Auf Grund des § 474 Abs. 2 BGB findet der Gefahrübergang nach § 447 BGB nur bei Kaufverträgen statt, an denen entweder sowohl auf Käufer- wie auf Verkäuferseite kein Verbraucher beteiligt ist, oder lediglich auf der Verkäuferseite, nicht aber auf der Käuferseite ein Verbraucher steht.

Ein Versendungskauf liegt vor, wenn der Verkäufer die Kaufsache auf Wunsch des Käufers nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort versendet. Der Begriff des Erfüllungsortes iSd § 447 BGB ist identisch mit dem des Leistungsortes, also dem Ort, an dem der Schuldner seine Leistungshandlung vorzunehmen hat. Dieser Ort ist im Zweifel der Ort, an dem der Schuldner seinen Wohnsitz oder gewerbliche

Niederlassung hat, § 269 Abs. 1 BGB. Daran ändert in der Regel auch die Tatsache nichts, dass er die Mühen und Kosten der Versendung übernimmt, § 269 Abs. 3 BGB. Nur dann, wenn der Verkäufer eine Bringschuld übernommen hat, ist der Leistungsort auch der Wohnsitz bzw. die Niederlassung des Käufers. In diesem Fall findet § 447 BGB keine Anwendung. § 447 BGB erfasst also den Fall der Schickschuld (Schmidt/Brüggemeier, Grundkurs Zivilrecht, Rdnr. 502).

§ 447 BGB lässt die Gefahr bereits in dem Moment übergehen, in dem der Verkäufer die Sache dem Spediteur, Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person übergibt. Der Käufer hat also die Preisgefahr zu tragen, bevor er in Besitz der Sache gelangt. Den Zweck dieser Vorschrift sieht die herrschende Meinung darin, dass der Käufer, auf dessen Verlangen die gekaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Leistungsort versandt wird, das dadurch erhöhte Risiko ordnungsgemäßer Erfüllung tragen soll, insbesondere das für Transportschäden und Verluste (Palandt/Weidenkaff, § 447, Rdnr. 2). Geht die Sache also auf den Transport verloren und wird infolgedessen dem Verkäufer die Erfüllung seiner Leistungspflicht unmöglich, behält er abweichend von § 326 Abs. 1 S. 1 BGB seinen Anspruch auf den Kaufpreis. Anders, wenn der Verkäufer bei der ihm als vertragliche Nebenpflicht obliegenden Vorbereitung der Versendung, insbesondere Auswahl des Spediteurs und Verpackung der Ware, die vertragsmäßige Sorgfalt nicht beachtet. Verstößt er gegen diese Pflichten schuldhaft und folgt daraus der Untergang oder die Verschlechterung der Sache, tritt der Gefahrübergang nicht ein, weil es an der Voraussetzung der zufälligen Verschlechterung oder des zufälligen Untergangs fehlt. Zudem haftet der Verkäufer aus § 280 Abs. 1 BGB (Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, § 42 II c = S. 101). Für ein Verschulden des Beförderers haftet der Verkäufer dagegen nicht, da es sich beim Transport gerade nicht um eine Leistungspflicht des Verkäufers handelt, ihm das Fehlverhalten des Transportpersonals also nicht gemäß § 278 BGB zugerechnet werden kann (Schmidt/Brüggemeier, Grundkurs Zivilrecht, Rdnr. 504). Nach herrschender Meinung bezieht sich § 447 BGB nur auf die Transportgefahr, also Schäden, die ursächlich mit dem Transport zusammenhängen (zB Palandt/Weidenkaff, § 447, Rdnr. 15; aA mit beachtlichen Argumenten: Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, § 42 II c). Das häufigste Transportrisiko stellt es dar, wenn die Kaufsache bei einem fahrlässig durch das Transportpersonal verursachten Unfall zerstört oder beschädigt wird.

Nach herrschender Meinung kommt § 447 BGB auch zur Anwendung, wenn sich der Verkäufer für den Transport eigene Leute einsetzt. In einem solchen Fall ist aber zunächst zu prüfen, ob keine Bringschuld vorliegt. Liegt eine Bringschuld vor, dann handelt es sich um keinen Versendungskauf. Das ist etwa der Fall beim

Möbelkauf oder beim Kauf einer Waschmaschine, wenn der Verkäufer auch die Montage übernimmt. Liegt eine Schickschuld vor und haben die den Transport durchführenden Leute des Verkäufers die Verschlechterung oder Beschädigung nicht verschuldet, trifft den Käufer gemäß § 447 BGB die Preisgefahr. Dagegen haftet der Verkäufer gemäß § 278 BGB für das schuldhafte Verhalten seiner Leute. Denn hat der Verkäufer die Zustellung freiwillig übernommen, so ist er wie eine Beauftragter (§ 662 BGB) zur sorgfältigen Ausführung verpflichtet. Das ergibt sich aus der allgemeinen Pflicht, bei allen mit der Vertragserfüllung zusammenhängenden Tätigkeiten das Interesse des Vertragspartners zu beachten, insbesondere ihn nicht zu schädigen, §§ 242, 241 Abs. 2 BGB (Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, § 42 II c; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 479; aA: Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rdnr. 38).

*c. § 326 Abs. 2 S. 1 BGB: Gefahrübergang bei Gläubigerverzug*

Allgemein geht die Preisgefahr auf den Käufer nach § 326 Abs. 2 S. 1 BGB über, wenn er durch Nichtabnahme der ihm richtig angebotenen Leistung oder durch Unterlassen seiner Mitwirkung gemäß den §§ 293 ff. BGB in Annahme- oder Gläubigerverzug gerät. § 326 Abs. 2 S. 1 BGB bestimmt in Verbindung mit Abs. 1, dass der Schuldner - hier: der Verkäufer - seinen Anspruch auf die Gegenleistung behält, wenn seine Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich wird zu einer Zeit, in welcher der Gläubiger in Annahmeverzug ist. Zu beachten ist, dass der Verkäufer während des Gläubigerverzuges nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat, § 300 Abs. 1 BGB.

---

## *VI. Zweckfortfall und Wegfall der Geschäftsgrundlage*

### **1. Entwicklung**

Die Frage nach der Bedeutung der (unausgesprochenen oder auch ausgesprochenen) Vorstellungen des Erklärenden beim Vertragsschluss beschäftigt schon seit Jahrhunderten die Rechtswissenschaft. Der Grundsatz „pacta sunt servanda“ verbietet eine generelle Berücksichtigung des Motivirrtums, da auch die Interessen des Erklärungsempfängers in Rechnung gestellt werden müssen.

Das römische und gemeine Recht kennen ebenso wenig wie das BGB bis zum 31.12.2001 ein Rechtsinstitut des „Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage“. Der Irrende kann sich nur in besonders geregelten Fällen auf einen Motivirrtum beim Vertrag berufen.

Im Mittelalter wurde von scholastischen Moralphilosophen ein selbständiges Rechtsinstitut entwickelt, welches über das kanonische Recht im 15. Jahrhundert in das weltliche Recht gelangte. Es war die Lehre von der „clausula rebus sic stantibus“. Mit ihr ging man davon aus, dass bei jedem Rechtsgeschäft der hypothetische Wille der Parteien entscheidend sei, dass also Geschäfte unwirksam seien, wenn die Dinge sich wider Erwarten so entwickelten, dass die Parteien das Geschäft nicht vorgenommen haben würden. Diese Lehre war freilich nicht unumstritten. Jeder Motivirrtum könnte letztlich zur Auflösung eines Vertrages führen, womit die Sicherheit des Vertragsrechts aufgehoben wäre. Der Grundsatz „pacta sunt servanda“ hätte jegliche Bedeutung verloren. Die Pandektisten haben diese Lehre stets verworfen, weil sie im römischen Recht keine Stütze finde. Gegen Ende des 18. Jahrhunderts führte die Besinnung auf den Wert der Vertragstreue dazu, dass die Lehre von der „clausula rebus sic stantibus“ überwiegend abgelehnt wurde.

Windscheid brachte Mitte des 19. Jahrhunderts das Problem als „Lehre von der Voraussetzung“ wieder zur Diskussion. Nach seiner Auffassung sind Motivirrtümer unbeachtlich, aber zwischen Motiv und Bedingung liege die Voraussetzung, die nicht vereinbart sein müsse. Zur Einbeziehung genüge die einseitige Erhebung zur Voraussetzung. Auch Windscheids Lehre hat sich letztlich nicht durchgesetzt. Zum einen mangelt es ihr an einer eindeutigen Abgrenzung zwischen Motiv und Voraussetzung, zum anderen berücksichtigt diese Lehre die Interessen des Vertragspartners nicht und untergräbt auf diese Weise wiederum das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Beständigkeit von Rechtsgeschäften.

Der Begriff der Lehre vom Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage wurde 1921 von Oertmann geprägt. Seiner Ansicht nach unterscheidet sich die Geschäftsgrundlage vom Motiv darin, dass der Erklärungsempfänger erkennen muss, dass der Erklärende etwas zur Geschäftsgrundlage macht, und dass er dies nicht beanstandet.

## **2. Begriff der Geschäftsgrundlage**

Das BGB hatte die Problematik nicht allgemein, sondern lediglich in speziellen Fallgestaltungen geregelt, z.B. in §§ 779, 610, 775 BGB. Trotzdem hat das

Reichsgericht die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage von Oertmann übernommen, insbesondere, um nach dem 1. Weltkrieg die Folgen der Inflation und Not abzufedern. Nach dem 2. Weltkrieg ist sie in die ständige Rechtsprechung des BGH eingegangen. Ihren gesetzlichen Anknüpfungspunkt fand sie in dem Prinzip von Treu und Glauben (§§ 157, 242). Jetzt (seit dem 1.1.2002) gibt es eine positivrechtliche Normierung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB.

Die Geschäftsgrundlage war nach der Definition der Rechtsprechung ein nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobener Umstand,

- der mindestens von einer Partei (erkennbar für die andere Partei) beim Vertragsschluss vorausgesetzt wurde,
- der für diese Partei so wichtig war, dass sie den Vertrag nicht oder zumindest nicht mit dem gleichen Inhalt geschlossen hätte, wenn sie daran gezweifelt hätte,
- auf dessen Berücksichtigung sich auch die andere Partei hätte redlicherweise einlassen müssen, wenn dies vom Vertragspartner verlangt worden wäre.

Die Regeln, die beim Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage eingreifen, sind entwickelt worden, um auf der Ebene des Schuldrechts bei Verträgen mit gegenseitigem Leistungsaustausch die Folgen schwer wiegender Störungen der Vertragsgrundlagen in den Grenzen des Zumutbaren halten zu können (BGH NJW 1993, 850 (850)).

#### *a. Große und kleine Geschäftsgrundlage*

Häufig werden zwei Fallgruppen unterschieden, nämlich die große und die kleine Geschäftsgrundlage. Unter der großen Geschäftsgrundlage versteht man die Auswirkungen von Sozialkatastrophen (z.B. Kriegs-, Inflationsfolgen u.ä.), die kleine Geschäftsgrundlage erfasst den Rest. Da die Grenzen zwischen beiden fließend sind, bringt die Unterscheidung im Ergebnis wenig.

#### *b. Objektive und subjektive Geschäftsgrundlage*

Während es sich bei der objektiven Geschäftsgrundlage um Umstände handelt, deren Fortbestand die Vertragspartner als völlig gesichert angesehen haben, betrifft die subjektive Geschäftsgrundlage Vorstellungen, von denen sich die Vertragspartner haben leiten lassen. Aber auch hier sind die Übergänge zwischen beiden Arten fließend, so dass man in aller Regel auf diese Unterscheidung verzichtet.

*c. Anwendbarkeit*

Die Regeln über das Fehlen und den Wegfall der Geschäftsgrundlage sind nur im Falle einer Regelungslücke, wenn also im konkreten Fall keine Spezialregelungen greifen, anwendbar. Die Auslegung und die ergänzende Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB haben Vorrang vor diesem Rechtsinstitut. Kann also eine interessengerechte Lösung durch Auslegung der Willenserklärungen gefunden werden, so besteht kein Bedürfnis mehr für die Anwendung der Lehre von der Geschäftsgrundlage. Als typische Fallgruppen ihrer Anwendung sind zu nennen (nicht abschließend):

- Äquivalenzstörung: Störung des Leistungs-/Gegenleistungsverhältnisses;
- Übermäßige Leistungerschwerung: Die Erbringung der Leistung erscheint zu den Vertragskonditionen unzumutbar;
- Zweckvereitelung;
- Beiderseitiger Motivirrtum.

Nicht bei jeder Störung der Geschäftsgrundlage erscheint es geboten, zu den Rechtsfolgen der Lehre von der Geschäftsgrundlage zu greifen. Der Grundsatz „pacta sunt servanda“ sollte nur durchbrochen werden, wenn sich ein unverändertes Festhalten am Vertrag nach Treu und Glauben für eine Partei als unzumutbar darstellt. Erforderlich ist ein „Sonderopfer“ einer Partei. Unerheblich ist es hingegen, wenn beide Parteien in gleichem Maße nachteilig betroffen sind. Des Weiteren darf es sich nicht um Umstände handeln, die nach der vertraglichen Vereinbarung oder gesetzlichen Regelungen in den Risikobereich einer Person fallen. Diese Person hat das spezielle Risiko zu tragen und kann sich nicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen.

### **3. Rechtsfolgen**

Es ist unerheblich, ob die Geschäftsgrundlage fehlte oder weggefallen ist. Rechtsfolge der Lehre von der Geschäftsgrundlage ist in erster Linie die Anpassung der vertraglichen Vereinbarungen an die neue Situation (§ 313 Abs. 1 BGB). Führt diese Anpassung nicht zu einer interessengerechten Lösung, so hat der Benachteiligte das Recht zum Rücktritt von dem Vertrag (§ 313 Abs. 3 BGB). Bei Dauerschuldverhältnissen bietet sich eine Kündigungsmöglichkeit an (§ 314 BGB).

#### 4. Abgrenzung zur Unmöglichkeit

##### *a. Zweckfortfall*

Ein Zweckfortfall ist anzunehmen, wenn durch außergewöhnliche Umstände, die nicht auf den Leistungsbereich des Schuldners zurückzuführen sind, insbesondere durch Wegfall der Sache, an der die Leistung vorgenommen wird, der Leistungserfolg verhindert wird.

**Beispiel:** Die Scheune, die zu renovieren war, ist durch einen Brand vollständig zerstört worden.

Nach heute herrschender Meinung ist dies kein Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, sondern ein Fall der Unmöglichkeit, da der geschuldete Leistungserfolg (Leistung im Sinne des § 275 BGB meint den Leistungserfolg, nicht die Leistungshandlung!) endgültig unerreichbar geworden ist. Der von der Leistungspflicht freigewordene Schuldner behält gemäß § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB seinen Vergütungsanspruch, wenn der Gläubiger den Zweckfortfall zu vertreten hat. Beruht der Zweckfortfall auf höherer Gewalt, so bleibt dem Schuldner ein Anspruch auf eine Teilvergütung. Rechtsgrundlage hierfür ist der allgemeine Rechtsgedanke des § 645 BGB, dass Leistungsstörungen, die auf dem Wegfall des Leistungssubstrats oder fehlender Mitwirkung des Gläubigers beruhen, zur Sphäre des Gläubigers gehören und ihn daher zu einer Teilvergütung verpflichten.

##### *b. Zweckerreichung*

Der Fall der Zweckerreichung liegt vor, wenn der konkret geschuldete Leistungserfolg auf andere Weise als gerade durch die Handlung des Schuldners eintritt.

**Beispiel:** Bevor der zu Hilfe gerufene KFZ-Mechaniker eintrifft, funktioniert das Auto wieder.

Auch hier liegt nach allgemeiner Auffassung ein Fall der Unmöglichkeit vor, weil der geschuldete Leistungserfolg nicht mehr herbeigeführt werden kann. Wie im Fall des Zweckfortfalls hat der Schuldner auch im Falle einer Zweckerreichung zumindest einen Anspruch auf Teilvergütung in entsprechender Anwendung des § 645 BGB.

*c. Zweckstörung*

Eine Zweckstörung liegt vor, wenn der Schuldner die Leistung zwar erbringen, der Gläubiger sie aber nicht zweckentsprechend verwenden kann.

**Beispiel:** M mietet bei V für 40 € einen Fensterplatz zur Besichtigung eines Festzuges. Der Festzug fällt jedoch aus.

Im Ergebnis besteht Einigkeit darüber, dass M den Mietzins nicht zu zahlen braucht. Die Wege dorthin unterscheiden sich jedoch.

Die wohl überwiegende Meinung geht auch hier von einer Unmöglichkeit aus, weil der Verwendungszweck eine derartige Bedeutung hat, dass der Verkehrswert (hier der Mietwert der Sache) gerade auf der Zweckeignung beruht. Die Unmöglichkeit der Zweckerreichung bedeutet daher Unmöglichkeit der Leistung.

Die Gegenansicht kommt zum selben Ergebnis mit den Regeln vom Wegfall der Geschäftsgrundlage. Sie nimmt keine Unmöglichkeit der Leistung an, weil die Zweckerreichung eher mit der Gegenleistung (hier also der Zahlung des Mietpreises) in Verbindung stehe.

Eine dritte Ansicht nimmt im konkreten Fensterplatzmiete-Fall einen Sachmangel im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB an. Das Ergebnis ist wiederum dasselbe, jedoch ist zu berücksichtigen, dass Beziehungen der Sache zu ihrer Umwelt nur dann einen Fehler der Sache selbst begründen können, wenn die Beziehungen in der Beschaffenheit der Sache selbst ihren Grund haben. Dies ist bei dem ausgefallenen Festzug sicherlich nicht der Fall.

---

*VII. Rechtsgeschäftliche Vertragsbeendigung*

Bisher wurde gezeigt, dass ein Schuldverhältnis durch gesetzliche Beendigungsgründe wie die Erfüllung, Erfüllungssurrogate oder nachträgliche Unmöglichkeit beendet werden kann. Daneben ist auch möglich, das Schuldverhältnis (im engeren, nur auf die Leistungspflicht bezogenen, wie im weiteren Sinne) rechtsgeschäftlich zu beenden. Dies kann sowohl im Konsens der Parteien als auch durch Ausübung einseitiger Gestaltungsrechte, insbesondere Rücktritt und Kündigung, geschehen.

## 1. Die einverständliche Vertragsbeendigung

### *a. Der Erlass und das negative Anerkenntnis (§ 397 BGB)*

Der Erlass ist ein Verzicht auf die Forderung. § 397 Abs. 1 BGB betrifft trotz seines missverständlichen Wortlauts nur das Schuldverhältnis im engeren Sinne (also die einzelne Forderung) und unterscheidet sich dadurch vom Aufhebungsvertrag (*contrarius contractus*), der das Schuldverhältnis im weiteren Sinne erlöschen lässt.

Der Erlass ist ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner mit der Rechtsfolge, dass die Forderung erlischt. Auffallend ist, dass das Gesetz zum wirksamen Verzicht auf die Forderung einen Vertrag verlangt, genügt doch sonst im Allgemeinen zum Verzicht auf ein Recht ein einseitiges Rechtsgeschäft, z.B. § 875 BGB. Grund ist die Achtung vor der Persönlichkeit des Schuldners, auf dessen Willen Rücksicht genommen werden soll, kann ihm doch ein Erlass unangenehm sein. Im Übrigen fügt sich diese Regelung in den Grundsatz, dass niemand sich etwas schenken lassen muss, und der Erlass einer Schuld kommt einer Schenkung gleich. Das Vermögen des Schuldners wird beide Male vermehrt. Eine einseitige Verzichtserklärung des Gläubigers ist wegen des eindeutigen Wortlauts des § 397 Abs. 1 BGB nicht ausreichend und kann allenfalls als Offerte gedeutet werden, die vom Schuldner angenommen werden muss. Man wird jedenfalls im Schweigen des Schuldners in der Regel die Annahme des Antrags finden dürfen; die Annahmeerklärung wird grundsätzlich gemäß § 151 BGB nicht empfangsbedürftig sein.

Ob ein Verzicht auf künftige Forderungen möglich ist, ist umstritten, wird aber von BGHZ 40, 326 (330) bejaht, wofür immerhin spricht, dass auch die Abtretung künftiger Forderungen heute allgemein anerkannt ist. Allerdings bestehen rechtspolitische Bedenken, insbesondere wenn es sich um Versorgungsansprüche handelt. Dem trägt das Gesetz Rechnung, wenn es den Verzicht auf den gesetzlichen Unterhalt für die Zukunft für unwirksam erklärt (§§ 1614; 1360a Abs. 3 BGB). Darüber hinausgehend wird gefordert, in Analogie zu § 400 BGB dem Erlass künftiger Forderungen dann die Wirksamkeit zu versagen, wenn sie unpfändbar sind.

Die gleiche Wirkung wie durch einen Erlassvertrag kann durch ein sog. negatives Anerkenntnis erzielt werden, d.h. durch einen Vertrag, mit dem der Gläubiger anerkennt, dass die Schuld nicht besteht, § 397 Abs. 2 BGB. Im Gegensatz zum

positiven Anerkenntnis, das eine Verpflichtung selbständig begründet (§ 781 BGB), ist das negative Anerkenntnis formlos wirksam.

Der Erlass und das negative Anerkenntnis stellen auf Seiten des Gläubigers eine Verfügung über seine Forderung dar. Beide sind wie alle Verfügungsgeschäfte abstrakt, d.h. die Gültigkeit des Erlassvertrags ist unabhängig davon, ob ihr Rechtsgrund (Kausalgeschäft), der außerhalb des Erlassvertrags bleibt, wirksam ist. Rechtsgrund wird häufig eine Schenkung sein, die gleichzeitig durch den Erlass vollzogen nicht der Form des § 518 BGB bedarf; möglicher Rechtsgrund kann auch ein Vergleich sein, § 779 BGB. Fehlt ein wirksames Grundverhältnis, bleibt der Erlass wegen des Abstraktionsprinzips zunächst wirksam, kann aber als rechtsgrundlose Leistung gemäß § 812 Abs. 1 BGB herausverlangt werden. Dabei erfolgt die Herausgabe durch Neubegründung. § 812 Abs. 2 BGB stellt klar, dass auch das negative Anerkenntnis eine Leistung darstellt, die kondiziert werden kann. Häufig wird der Erlass Bestandteil einer umfassenderen, das Schuldverhältnis im Ganzen betreffenden Regelung sein, etwa eines Vergleichs oder eines Abänderungsvertrags. Die herrschende Meinung hält den Erlass auch in diesen Fällen für abstrakt; er bleibt wirksam, auch wenn die Regelung im Übrigen unwirksam ist (a.A. für einen kausalen Erlass in diesen Fällen: Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, § 19 I a, S. 269: Der Erlass sei dann in seiner Wirksamkeit ohne weiteres von der Wirksamkeit der umfassenderen Regelung abhängig, deren Teil er ja bildete; eine Rückforderung über § 812 BGB sei dann nicht notwendig).

Vom Erlassvertrag zu unterscheiden ist das Versprechen des Gläubigers gegenüber dem Schuldner, die Forderung nicht geltend zu machen (*pactum de non petendo*). Der Schuldner wird nicht befreit, sondern erhält lediglich die Möglichkeit, der Geltendmachung der Forderung im Wege der Einrede zu widersprechen. Die Schuld bleibt erfüllbar, die Forderung ist aber nicht mehr durchsetzbar.

### *b. Der Aufhebungsvertrag*

Die Parteien können das gesamte Schuldverhältnis, obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich ausspricht, durch vertragliche Abrede aufheben (*contrarius consensus*). Dies folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, § 311 BGB. Der Aufhebungsvertrag unterscheidet sich vom Erlassvertrag dadurch, dass er nicht die einzelne Forderung, sondern das gesamte Schuldverhältnis als Organismus betrifft. Dabei haben die Vertragsparteien die Möglichkeit, Wirkungen nur für die Zukunft zu schaffen oder aber der Aufhebung auch Rückwirkungen zu geben und sich gegenseitig so zu stellen, als wäre der abgeschlossene Vertrag niemals abgeschlossen worden. Es kommt jeweils auf den durch Auslegung zu

ermittelnden Vertragsinhalt an, ob die Aufhebung ex tunc oder ex nunc wirken soll, § 157 BGB. Handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis, mit dessen Ausführung bereits begonnen wurde, wird in der Regel nur eine Beendigung für die Zukunft gewollt sein. Die bereits entstandenen Rechte und Pflichten bleiben unberührt, es sollen nur keine neuen Leistungspflichten mehr entstehen. Dagegen wird die Aufhebung eines auf einmalige Leistung gerichteten Vertrags oder eines Dauerschuldverhältnisses, mit dessen Ausführung noch nicht begonnen wurde, den Sinn haben, dass die Parteien den Vertrag als nicht geschlossen angesehen wissen wollen, d.h. allen (auch den bereits entstandenen) Rechten und Pflichten aus diesem Vertrag soll die Grundlage entzogen sein (BGH, NJW 1978, 2198). Sind bei einer Aufhebung ex tunc Leistungen zurückzugewähren, so sind im Zweifel die Rücktrittsvorschriften der §§ 346 ff. BGB und nicht die §§ 812 ff. BGB anzuwenden, soweit sich aus der Vereinbarung nicht etwas anderes ergibt.

Ist die Aufhebung eines Schuldverhältnisses verbunden mit der Begründung eines neuen Schuldverhältnisses, das an seine Stelle treten soll, so spricht man von Novation (Schuldersetzung). Das alte Schuldverhältnis erlischt und wird durch ein Neues ersetzt. Sicherheiten, die für Forderungen aus dem alten Schuldverhältnis bestellt wurden, erlöschen, dagegen bleiben diese bei Schuldänderungsverträgen bestehen. Wegen der weit reichenden Folgen ist im Zweifel anzunehmen, dass keine Novation, sondern lediglich ein Änderungsvertrag gewollt ist.

## **2. Der Rücktritt (§§ 346 ff. BGB)**

Die einseitige Aufhebung eines Schuldverhältnisses, zumeist aber nur seine Umwandlung in ein Rückgewährschuldverhältnis für den Fall, dass bereits Leistungen ausgetauscht wurden, bezeichnet das Gesetz als Rücktritt, §§ 346 ff. BGB. Der Rücktritt setzt ebenso wie die Kündigung ein entsprechendes Recht - ein sog. Gestaltungsrecht - voraus und erfolgt durch einseitige Erklärung gegenüber dem anderen Teil, § 349 BGB.

### *a. Rücktrittsgründe*

Das Rücktrittsrecht kann auf dem Vertrag selbst beruhen und gründet dann in dem unmittelbaren Willen der Vertragsparteien. Es kann aber auch auf gesetzlicher Anordnung beruhen. Solche gesetzlichen Rücktrittsrechte finden sich vor allem im Zusammenhang mit Leistungsstörungen, z.B. §§ 323 Abs. 1, 324, 326 Abs. 5, 437 Nr. 2, 634 Nr. 3 BGB. In das Rücktrittsrecht führen auch der Widerruf und die Rückgabe der Sache bei bestimmten Verbrauchergeschäften (§ 357 Abs. 1 BGB).

Ein vertraglicher Rücktrittsvorbehalt kann auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen. Dabei ist § 308 Nr. 3 BGB zu beachten, wonach die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen, unwirksam ist. Ergänzend verlangt BGHZ 99, 182: Ein in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltener Rücktrittsvorbehalt kann nicht wirksam auf Gründe erstreckt werden, deren Vorliegen der Klauselverwender bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt schon vor Vertragsschluss hätte erkennen können. Auch im kaufmännischen Verkehr setzt § 307 BGB dem freien Belieben des Klauselverwenders Grenzen.

Der Rücktritt bedarf einer ihn aussprechenden einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung, § 349 BGB. Da es sich um ein Gestaltungsrecht handelt, ist die Erklärung bedingungsfeindlich.

#### *b. Rücktrittsfolgen*

Der wirksame Rücktritt hat folgende Wirkungen (siehe dazu Georg Annus, Die Folgen des Rücktritts (§§ 346 ff BGB), JA 2006, 184): Durch den Rücktritt wird der Vertrag in ein Abwicklungsverhältnis umgestaltet. Er hebt die im Vertrag begründeten primären Leistungspflichten auf, soweit sie noch nicht erfüllt oder auf andere Weise erloschen sind (Befreiungswirkung). Zudem begründet er eine Pflicht zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen und der gezogenen Nutzungen (§ 346 Abs. 1 BGB), und zwar für beide Teile, das sog. Rückgewährschuldverhältnis. Der Rücktritt wirkt nur schuldrechtlich, nicht dinglich. Übertragenes Eigentum fällt danach nicht automatisch zurück, sondern das Gesetz gewährt einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückübertragung.

Die früher herrschende Meinung, die im Rücktritt einen Erlöschenstatbestand für das Schuldverhältnis als ein Ganzes und im Abwicklungsverhältnis ein modifiziertes Bereicherungsverhältnis sah, ist überholt. Durch den Rücktritt erlöschen zwar die beiderseitigen primären Erfüllungsansprüche. Der Rücktritt hebt den Vertrag aber nicht als Ganzes auf, sondern verändert seinen Inhalt. Das durch ihn entstandene Abwicklungsverhältnis ist kein gesetzliches Schuldverhältnis, sondern das durch einseitige Gestaltungserklärung umgestaltete ursprüngliche Vertragsverhältnis. Es bleiben daher auch Schadensersatzansprüche erhalten, wie § 325 BGB seit dem 1.1.2002 verdeutlicht: Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen. Für den Verzögerungsschaden galt das nach Auffassung des Bundesgerichtshofs auch schon im früheren Recht (BGHZ 88, 46).

*i. Rückgewähr in Natur*

An der Spitze der Rechtsfolgen des Rückgewährschuldverhältnisses steht die Rückgewähr der empfangenen Leistungen und der gezogenen Nutzungen in Natur. Ist wie bei geleisteten Diensten oder der Benutzung einer mietweise überlassenen Sache eine Rückgewähr in Natur von Natur aus nicht möglich, dann ist der Wert zu ersetzen (§ 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

*ii. Wertersatz*

Wertersatz wird auch geschuldet, wenn der empfangene Gegenstand verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet worden ist (§ 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB) und wenn der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist (Nr. 3). Die in Nrn. 2 und 3 genannten Gründe sind systematisch anders gelagert als der in Nr. 1 genannte Grund. Bei Nr. 1 ist das Empfangene von Anfang an kein Gegenstand oder Recht, der oder das einer Rückgewähr fähig wäre. Bei den Nrn. 2 und 3 gab es ursprünglich einen solchen Gegenstand, der indessen verändert wurde, untergegangen ist oder sich verschlechtert hat. Die durch bestimmungsgemäßen Gebrauch entstandene Verschlechterung ist kein Fall des Wertersatzes nach Abs. 2. Vielmehr wird diese Verschlechterung durch den Nutzungsersatzanspruch in Abs. 1 erfasst. Auch der durch die bloße Ingebrauchnahme entstandene Wertverlust bleibt kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB außer Betracht. Der Käufer eines Autos hat mithin nicht dafür einzustehen, dass das Auto allein durch die Anmeldung und ohne jede Abnutzung einen (erheblichen!) Wertverlust erleidet.

Die Regelung zur Verschlechterung und zum Untergang verändert die dem früheren Recht bis zum 1. Januar 2002 zugrunde liegende Gefahrtragung. Im früheren Recht war der Rücktritt bei einem unverschuldeten Untergang der Sache nicht ausgeschlossen. Der Rücktrittsgegner musste die erhaltene Leistung (in der Regel den Kaufpreis) zurückzahlen und hatte seinerseits nichts in der Hand, weil es einen Wertersatzanspruch nicht und einen Schadensersatzanspruch gegen den Rücktretenden wegen des Untergangs der Sache nur gab, wenn dieser den Untergang verschuldet hatte. Damit trug der Rücktrittsgegner die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache beim Rücktretenden. Mit dem Anspruch auf Wertersatz gegen den Rücktretenden ändert sich das. Denn dieser Anspruch besteht unabhängig davon, ob der Wert noch im Vermögen des Rücktretenden vorhanden ist.

Eine im Vertrag bestimmte Gegenleistung ist der Berechnung des Wertersatzes zugrunde zu legen (§ 346 Abs. 3 BGB). Damit wird angeordnet, dass das

Gegenleistungsverhältnis auch bei der Bestimmung des Wertersatzes zu berücksichtigen ist und bei einer mangelhaften Leistung der Wert der Gegenleistung zu mindern ist, damit der Rückgewährschuldner nicht im praktischen Ergebnis um seine Rechte wegen der Mangelhaftigkeit gebracht wird.

Die Verpflichtung zur Leistung von Wertersatz entfällt und das Risiko des Untergangs fällt auf den Gläubiger des Rückgewähranspruchs zurück,

- wenn sich der zum Rücktritt berechtigte Mangel erst während der Verarbeitung oder Umgestaltung des Gegenstandes gezeigt hat (§ 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB),
- soweit der Gläubiger (des Rückgewährs- bzw. Wertersatzanspruchs) die Verschlechterung oder den Untergang zu vertreten hat oder der Schaden bei ihm gleichfalls eingetreten wäre (§ 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2), und schließlich
- wenn im Fall des gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Rücktrittsberechtigten eingetreten ist, obwohl dieser diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3).

Eine noch vorhandene Bereicherung ist aber auf jeden Fall herauszugeben (§ 346 Abs. 3 Satz 2 BGB).

Bemerkenswert ist an der Gesamtregelung, dass nicht der Rücktritt als solcher ausgeschlossen wird (so in weitem Umfang die frühere Regelung), sondern allein noch darüber befunden wird, ob der Beteiligte, der seine Rückgewährschuld nicht oder nicht vollständig erfüllen kann, Wertersatz leisten muss oder nicht. Dabei ist die Privilegierung dessen, der sich auf ein gesetzliches Rücktrittsrecht stützen kann (§ 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB), nach den Vorstellungen des Gesetzgebers dadurch begründet, dass dieses Rücktrittsrecht regelmäßig durch eine Vertragspflichtverletzung des Gegners entsteht. Im Text der Norm kommt diese Vorstellung nicht zum Ausdruck. Er spricht unterschiedslos von gesetzlichen Rücktrittsrechten und erfasst damit auch solche, die nicht durch eine Vertragsverletzung des Gegners ausgelöst sind, wie etwa die Rücktrittsmöglichkeit aus § 313 Abs. 3 BGB. Das wirft die Frage nach einer teleologischen Reduktion des Privilegs auf die Fälle der gesetzlichen Rücktrittsrechte auf, die auf einer Pflichtverletzung des Gegners beruhen. Dafür sprechen in der Tat starke Gründe.

Nach erfolgtem Rücktritt muss der Schuldner Wertersatz für nicht gezogene Nutzungen leisten, soweit die Nutzungen hätten gezogen werden können und nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft auch gezogen werden müssen (§ 347 Abs. 1 BGB). Diese Ersatzpflicht wird zwar erst durch den Rücktritt

ausgelöst; sie beginnt aber nicht erst im Zeitpunkt des Rücktritts, sondern vom Zeitpunkt des Empfangs der Leistung an. Bei Geldleistungen kann das zu einer Verzinsungspflicht führen, wenn bei ordnungsgemäßer Wirtschaft das Geld Zins bringend angelegt worden wäre. Im Falle des gesetzlichen Rücktrittsrechts muss der Schuldner allerdings auch hier nur für diejenige Sorgfalt einstehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Der Schuldner hat nach § 347 Abs. 2 einen Anspruch auf Ersatz seiner notwendigen Verwendungen. Andere Aufwendungen muss der Gläubiger nur ersetzen, wenn er durch diese bereichert ist.

Nach § 348 S. 1 BGB erfolgt die Rückabwicklung Zug um Zug. Nach § 348 S. 2 BGB gelten auch die §§ 320, 322 BGB. Nicht verwiesen wird auf § 326 BGB. Das hat in folgender Fallgestaltung Auswirkungen: Wird nach der Rücktrittserklärung beim gesetzlichen Rücktritt die Rückgewähr des Erhaltenen ohne Verschulden unmöglich, dann ist der bezüglich dieser Leistung Rückgewährpflichtige gemäß § 346 Abs. 3 und 4 BGB ersatzlos frei geworden, während er seinen Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung behält. Das würde die Anwendung von § 326 Abs. 1 BGB ändern, denn danach würde auch der Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung erlöschen. Der Gesetzgeber hat sich gegen die Anwendung des § 326 Abs. 1 BGB auf das Rückgewährschuldverhältnis entschieden.

### *c. Schadensersatz*

Mit Blick auf mögliche Schadensersatzansprüche ist die Situation nach der Rücktrittserklärung von der Situation vor der Rücktrittserklärung zu unterscheiden. Nach der Rücktrittserklärung entsteht das beschriebene Rückabwicklungsverhältnis. Für die in ihm entstehenden Ansprüche gelten nach § 346 Abs. 4 BGB die allgemeinen Regeln. Wird die Rückgewähr aus Gründen, die der Rückgewährschuldner zu vertreten hat, unmöglich oder sonst beeinträchtigt, so schuldet der Rückgewährschuldner Schadensersatz nach Maßgabe der §§ 280 bis 283 BGB. Für einen Untergang oder eine Verschlechterung vor der Erklärung des Rücktritts kommt nur ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 in Verbindung mit § 241 Abs. 2 BGB in Betracht. Dabei kann man ein Verschulden im Umgang mit der Sache nur annehmen, wenn der spätere Rückgewährschuldner damit rechnen musste, dass es einen gegen ihn gerichteten Rückgewähranspruch geben würde.

Das ist beim vertraglich vorbehaltenen Rücktrittsrecht immer der Fall, beim gesetzlichen Rücktrittsrecht dagegen erst dann, wenn man Kenntnis vom Rücktrittsgrund erlangt. Beim vertraglich vorbehaltenen Rücktritt müssen die

Vertragsbeteiligten damit rechnen, dass ein Rücktritt erfolgt. Das ist bei den gesetzlichen Rücktrittsrechten anders, da sie regelmäßig nur in solchen Fällen eingreifen, in denen es zu einer Störung des Vertragsprogramms kommt. Damit muss man nicht unbedingt rechnen. Aus diesem Grunde privilegiert ja auch das Gesetz den Rücktrittsschuldner eines gesetzlichen Rücktrittsrechts und zieht ihn schon zu Wertersatz nur heran, wenn er die Sorgfalt nicht beobachtet, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§§ 346 Abs. 3 Nr. 3 und 347 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine Schadensersatzverpflichtung aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB kommt erst recht nicht in Betracht. Denn wer auf Grund eines Vertrages ohne Rücktrittsvorbehalt erworben hat, muss nicht mit einer Rückgewähr rechnen, bis der Grund für den Rücktritt festgestellt ist. Er kann deshalb nicht verpflichtet sein, sich über lange Zeit hinweg auf eine Rückgewährspflicht einzustellen und den empfangenen Gegenstand sorgfältig zu behandeln. Hier kommt ein echtes, eine Pflichtverletzung voraussetzendes Verschulden nicht in Betracht. Ein Schadensersatzanspruch scheidet deshalb vor Kenntnis des Rücktrittsgrundes aus.

Nach der Kenntnis ist er zu einem sorgfältigen Umgang mit der ja eventuell zurückzugebenden Sache verpflichtet. Insoweit besteht auch kein Raum mehr für das Privileg des § 277 BGB. Das Privileg formuliert der Gesetzgeber nur mit Blick auf den Wertersatzanspruch. Danach ist dem Betroffenen vor Kenntnis des Rücktrittsgrundes auch ein Risiko behafteter Umgang mit dem Gegenstand erlaubt. Er darf zum Beispiel mit dem erworbenen Auto fahren. Erst wenn durch grob fahrlässigen Umgang mit dem Gegenstand eine Verschlechterung oder ein Untergang verursacht wird, darf der Rücktrittsberechtigte zwar immer noch zurücktreten; er muss aber Wertersatz leisten (§ 277 BGB). Ab der Kenntnis des Rücktrittsgrundes muss er bei jedem Verschulden Schadensersatz leisten.

### **3. Der Widerruf und die Rückgabe bei Verbraucherverträgen**

Durch Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft war der deutsche Gesetzgeber gehalten, für bestimmte Arten von Geschäften zwischen Unternehmern und Verbrauchern dem Verbraucher eine Überlegungsfrist einzuräumen, innerhalb derer der Verbraucher sich von dem abgeschlossenen Vertrag durch Widerruf oder Rückgabe der Sache lossagen kann. Das gilt für Haustürgeschäfte, Verbraucherkredite, Geschäfte im Fernabsatz und andere Geschäfte. Die einschlägigen Regelungen finden sich inzwischen im BGB. Das gilt sowohl für die Fälle des Widerrufs und der Rückgabe (§§ 312, 312d, 485, 495, 503 BGB) wie für ihre (fristgerechte) Ausübung und ihre Folgen (§§ 355 bis 359 BGB).

Für die Folgen ordnet § 357 Abs. 1 BGB die Anwendung der für den gesetzlichen Rücktritt geltenden Regelungen an. Abweichend von § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB muss der Verbraucher auch für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung Wertersatz leisten, wenn er spätestens bei Vertragsschluss in Textform auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit, sie zu vermeiden, hingewiesen worden ist (§ 357 Abs. 3 Satz 1 BGB). Und das Privileg des § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB findet für den Verbraucher keine Anwendung, wenn er über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt worden ist oder hiervon anderweitig Kenntnis erlangt hat (§ 357 Abs. 3 Satz 3 BGB). Der Grund für die Zurücknahme des Schutzniveaus liegt nicht im Unterschied von Verbrauchern zu anderen Abnehmern; der Grund liegt in der gegenüber normalen gesetzlichen Rücktrittsrechten anderen Ausgangslage. Den normalen gesetzlichen Rücktrittsrechten liegen regelmäßig Vertragsverletzungen der anderen Seite zugrunde. Über die Ausübung des Widerrufs entscheidet einzig und allein der Verbraucher nach seinem Gutdünken. Es bestehen allerdings erhebliche Bedenken, ob die Zurücknahme des Schutzniveaus mit dem Europarecht vereinbar ist (vgl. dazu Wildemann in: jurisPK-BGB, § 357 Rdnr. 42).

Eine weitere Besonderheit ist die Kostenregelung in § 357 Abs. 2 BGB.

#### **4. Die Kündigung**

Im Gegensatz zum Rücktritt lässt die Kündigung den in der Vergangenheit bereits erfüllten Teil des Schuldverhältnisses unberührt, sie wirkt nur in die Zukunft. Sie ist das geborene Medium zur Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, z.B. Miete, Dienstvertrag und langfristiger Bezugsverträge. Dauerschuldverhältnisse können auf bestimmte Zeit geschlossen werden. Dann enden sie ohne weiteres mit Zeitablauf, z.B. § 542 Abs. 2 BGB. Dauerschuldverhältnisse können aber auch auf unbestimmte Zeit abgeschlossen werden. Hier ist die Kündigung nötig, um überhaupt das Schuldverhältnis beenden zu können (§ 542 Abs. 1 BGB). Sie bedarf dann als ordentliche Kündigung regelmäßig keines Grundes, steht also im Belieben des Kündigenden, ist aber regelmäßig fristgebunden, d.h. sie löst die jeweiligen Vertragsbeziehungen nicht bereits im Augenblick ihres Zugangs beim Empfänger auf, sondern wirkt erst auf einen späteren Zeitpunkt, damit dem Kündigungsgegner Gelegenheit gegeben wird, sich auf die neue Rechtslage einzustellen. Eine Ausnahme bilden wegen ihrer die Existenz sichernden Bedeutung insofern die Wohnungsmiete und das Arbeitsverhältnis, bei denen ausnahmsweise auch die ordentliche Kündigung eines Grundes bedarf.

Anders als die ordentliche Kündigung hat die außerordentliche Kündigung nicht den Zweck, dem sonst fortlaufenden Vertrag ein Ende zu geben, vielmehr soll mit ihr eine vorzeitige Auflösung erreicht werden, wofür es eines besonderen Grundes bedarf. Häufig, aber nicht zwingend, ist die außerordentliche Kündigung fristlos. Einzelheiten gehören in die Behandlung der spezifischen Verträge, die späteren Veranstaltungen vorbehalten ist. Aus den Vorschriften der §§ 626, 671 Abs. 2 und 3, 723 Abs. 1 Satz 2 BGB hat die Rechtsprechung den allgemeinen Rechtsgedanken hergeleitet, dass bei Rechtsverhältnissen von längerer Dauer, die ein persönliches Zusammenarbeiten der Beteiligten und daher ein gutes Einvernehmen erfordern, beim Vorliegen eines wichtigen Grundes, jederzeit die Aufkündigung erfolgen kann. Diesem Gedanken hat der Gesetzgeber mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 314 BGB gesetzliche Gestalt gegeben. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses, sei es auch nur bis zum Ablauf der normalen Kündigungsfrist, einem Teil unter Berücksichtigung der Eigenart des Schuldverhältnisses, des gesamten Verhaltens und der Interessen beider Vertragsteile nicht zugemutet werden kann. Ob das der Fall ist, kann nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden.

Vereinzelt spricht das BGB auch bei Schuldverhältnissen, die keine Dauerschuldverhältnisse sind, von Kündigung, insbesondere: §§ 649, 650 und 671 Abs. 2 und 3. Ihre Darstellung gehört in die Vorlesung zu den besonderen Vertragsschuldverhältnissen in einem späteren Stadium Ihres Studiums.

