



HEMMER / WÜST

BGB-AT III

Das Erlöschen des Primäranspruchs

Das Prüfungswissen

- für Studium
- und Examen

15. Auflage

E-BOOK SKRIPT BGB AT III

Das Erlöschen des Primäranspruchs

Autoren: Hemmer/Wüsti/Tyroller

15. Auflage 2020

ISBN: 978-3-86193-955-9

§ 3 RECHTSVERNICHTENDE EINWENDUNGEN

A. Überblick

B. Die rechtsvernichtenden Einwendungen im Einzelnen

I. Erfüllung, § 362 BGB

1. Begriff
2. Erfüllungstheorien
 - a) Vertragstheorie
 - b) Theorie der realen Leistungsbewirkung
3. Person des Leistungsempfängers
 - a) Gläubiger
 - b) Dritter bei Empfangsermächtigung, § 362 II BGB
 - c) Überbringer einer Quittung
 - d) Bei der Forderungsabtretung:
 - e) Sonstige Fälle für befreiende Leistung an Dritte:
4. Die Ermittlung der erfüllten Forderung

II. Erfüllungssurrogate

1. Leistung erfüllungshalber und an Erfüllung statt, § 364 BGB
 - a) Abgrenzung zur Ersetzungsbefugnis des Schuldners
 - b) Die Leistung an Erfüllung statt
 - c) Die Leistung erfüllungshalber
 - d) Die Behandlung von Geldschulden
2. Hinterlegung, § 378 BGB
 - a) Allgemeines
 - b) Voraussetzungen
 - c) Wirkung der Hinterlegung
 - d) Abgrenzungsfragen
3. Aufrechnung, § 389 BGB
 - a) Allgemeines
 - b) Abgrenzung
 - c) Voraussetzungen
 - d) Die Aufrechnungserklärung
 - e) Wirkung der Aufrechnung
 - f) Sonderproblem: Aufrechnung bei unterschiedlicher Rechtswegzuständigkeit
4. Erlassvertrag, § 397 BGB
 - a) Allgemeines
 - b) Voraussetzungen
 - c) Abgrenzung
5. Die vertragliche Aufhebung, § 311 I BGB

III. Ausgeübte Gestaltungsrechte

1. Die Anfechtung, § 142 BGB
 - a) Einordnung

- b) Rechtsfolge
- c) Voraussetzungen einer wirksamen Anfechtung - Überblick
- d) Die Anfechtungsgründe im Einzelnen
- e) Die Anfechtungserklärung, § 143 BGB
- f) Ausschlussgründe für die Anfechtung
- g) Einzelfragen der Anfechtung
- h) Sonderregelungen des Irrtums

2. Rücktritt

- a) Rücktrittsrecht
- b) Rücktrittserklärung
- c) Kein Rücktrittsausschluss
- d) Rechtsfolgen

3. Widerruf

- a) Rechtshindernder Widerruf
- b) Widerruf für besondere Vertragstypen
- c) Verbraucherwiderrief nach § 355 I S. 1 BGB

4. Kündigung

- a) Grundlagen
- b) Kündigungsarten
- c) Kündigung nur für bestimmte Schuldverhältnisse
- d) § 314 BGB, Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund
- e) Kündigungserklärung
- f) Wirkung

IV. Leistungsstörungen

1. Einordnung

2. Unmöglichkeit

- a) Arten der Unmöglichkeit
- b) Auswirkungen auf die Leistungspflicht
- c) Konsequenzen für die Gegenleistung

3. Verzögerung der Leistung

4. Verletzung von Pflichten nach § 241 II BGB

5. Schlechtleistung

6. Besonderes Leistungsstörungsrecht – Die Mängelrechte

- a) Kaufrecht
- b) Werkvertrag
- c) Mietvertrag
- d) Reisevertrag

V. Wechsel der Aktiv- oder Passivlegitimation

1. Wechsel auf Gläubigerseite: Die Abtretung, § 398 BGB

- a) Voraussetzungen
- b) Rechtsfolgen
- c) Schuldnerschutz- Einreden des Schuldners gegen Forderung
- d) Befreiungstatbestände gegenüber Zessionar

2. Wechsel auf der Schuldnerseite: Die befreiende Schuldübernahme

- a) Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten
- b) Übernahmevertrag
- c) Einwendungen des Übernehmenden, § 417 BGB

d) Erlöschen akzessorischer Sicherungsrechte, § 418 I BGB

VI. Ausübungsschranken

1. Schikaneverbot, § 226 BGB
2. Unzulässige Rechtsausübung, § 242 BGB
 - a) Unredlicher Erwerb der eigenen Rechtsstellung
 - b) Verletzung eigener Pflichten
 - c) Pflicht zur umgehenden Rückgewähr („dolo agit“-Einwand)
 - d) Widersprüchliches Verhalten („venire contra factum proprium“)
3. Verwirkung, § 242 BGB

§ 4 RECHTSHEMMENDE EINREDEN

I. Dauernde Einreden

1. Verjährung, § 214 I BGB
 - a) Dauer und Beginn der Verjährung
 - b) „Verjährungsvereinbarungen“
 - c) Hemmung, Ablaufhemmung und Neubeginn der Verjährung
 - d) Rechtsfolgen der Verjährung
 - e) Die Verjährung der Mängelrechte
2. Bereicherungseinrede, § 821 BGB
3. Arglisteinrede, § 853 BGB
4. Leistungsverweigerungsrecht nach § 438 IV S. 2, V BGB

II. Aufschiebende Einreden

1. Stundung, § 205 BGB
2. Einrede des Notbedarfs, § 519 BGB
3. Bürgeneinreden nach § 770 BGB
4. Einrede der Vorausklage, § 771 BGB

III. Anspruchsbeschränkende Einreden

1. Zurückbehaltungsrecht, §§ 273, 274 BGB
 - a) Anwendungsbereich
 - b) Voraussetzungen
 - c) Rechtsfolgen
2. Einrede des nichterfüllten Vertrages, § 320 BGB
 - a) Voraussetzungen
 - b) Rechtsfolgen
3. Einreden des Erben, §§ 2014, 2015 BGB

SCHON GEWUSST?

WIEDERHOLUNGSFRAGEN / RANDNR.

STICHWORTVERZEICHNIS

§ 3 RECHTSVERNICHTENDE EINWENDUNGEN

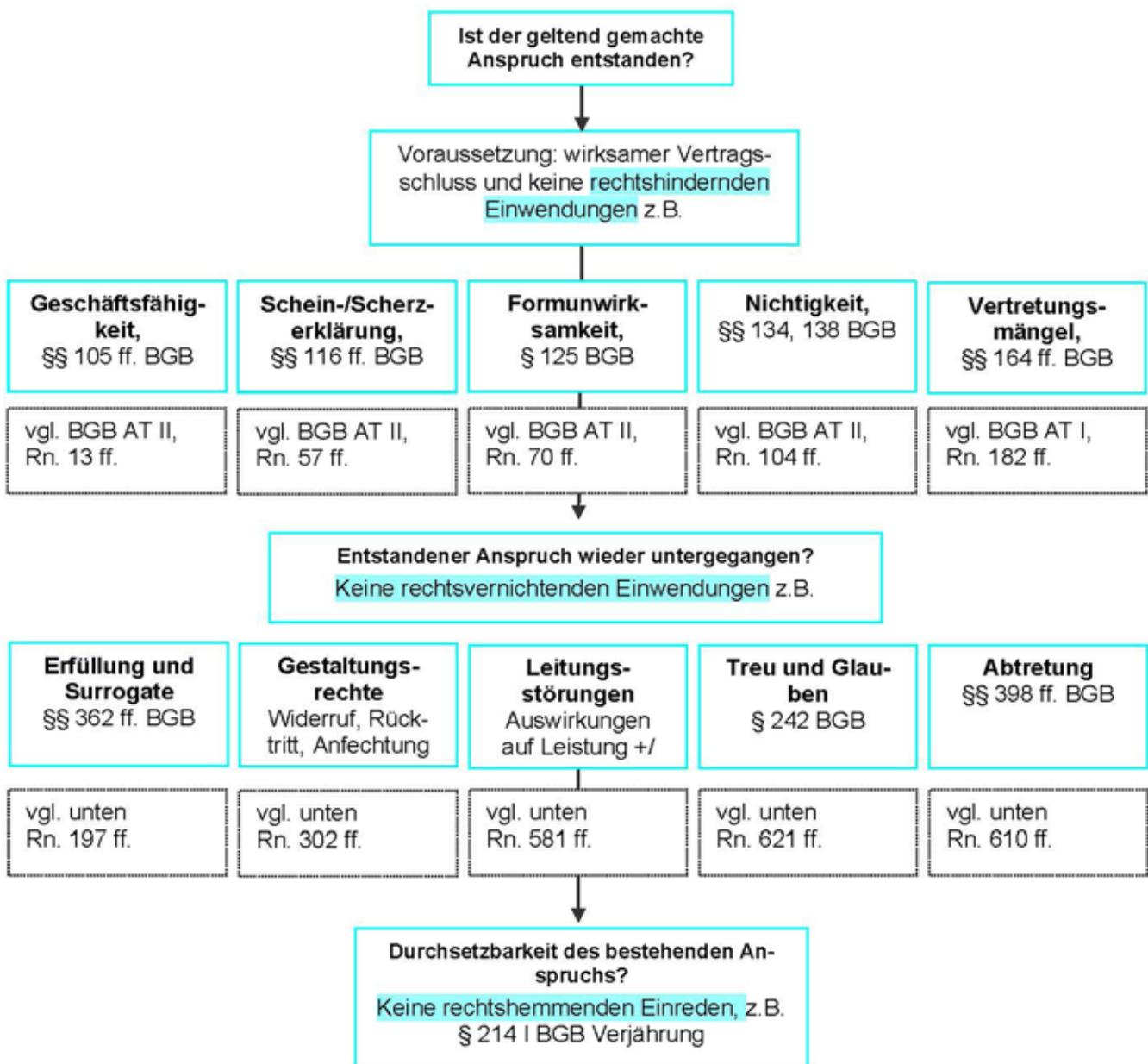
A. Überblick

Rechtsvernichtende Einwendungen führen zur *nachträglichen* Zerstörung eines zunächst wirksam entstandenen Anspruchs. Sie sind *von Amts wegen* zu berücksichtigen.

196

hemmer-Methode: Bevor Sie in der Klausur zu den *rechtsvernichtenden* Einwendungen vorstoßen, müssen Sie deshalb zunächst prüfen, ob ein Anspruch überhaupt entstanden ist. *Rechtshindernde* Einwendungen sind dementsprechend *vorab* zu erörtern. Vergewissern Sie sich, ob Ihnen die wichtigsten rechtshindernden Einwendungen geläufig sind. Bearbeiten Sie deshalb ggf. noch einmal die Skripten HEMMER/WÜST, BGB-AT I und II.

Übersicht zur Prüfungsreihenfolge von Einwendungen und Einreden:



B. Die rechtsvernichtenden Einwendungen im Einzelnen

I. Erfüllung, § 362 BGB

1. Begriff

Erfüllung ist Schuldtilgung durch *Bewirken der geschuldeten Leistung an den Gläubiger*. Es handelt sich um den Idealfall der Beendigung eines Schuldverhältnisses i.e.S.¹ Was die geschuldete Leistung ist, muss im Einzelfall sorgfältig durch Auslegung, §§ 133, 157 BGB des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses ermittelt werden. Meist wird man darunter nicht nur die *Leistungshandlung*, sondern, soweit der Schuldner auch einen bestimmten Erfolg herbeizuführen hat, auch die Herbeiführung des *Leistungserfolges* verstehen.² Solange dies nicht geschehen ist, hat der Schuldner nicht erfüllt.

197

Die folgenden Grafiken im Skript sind ein Auszug aus den Minikarteikarten Shorties zum Kennenlernen



Bsp.: Ist eine gekaufte bewegliche Sache gem. zu übereignen und die Schuld eine Schickschuld, so ist die *Leistungshandlung* des Schuldners abgeschlossen, wenn er die Sache an den Gläubiger abgeschickt hat, der *Leistungserfolg* aber erst eingetreten, wenn der Gläubiger sie in Empfang genommen und damit Besitz und Eigentum, § 929 BGB, an ihr erlangt hat.

Die Leistungshandlung ist ausreichend, wenn das Schuldverhältnis selbst keinen Erfolg erfordert. So ist z.B. bei einem Dienstvertrag nur die Tätigkeit als solche geschuldet. Andererseits bedeutet das *Bewirken*, dass der Erfolg auch *durch die Leistung des Schuldners* eingetreten sein muss.

Bsp.: Das abzuschleppende Schiff kommt bei Flut von selbst frei. Hier ist keine Erfüllung gegeben; es handelt sich vielmehr um einen Fall der Unmöglichkeit in Form der Zweckerreichung.

2. Erfüllungstheorien

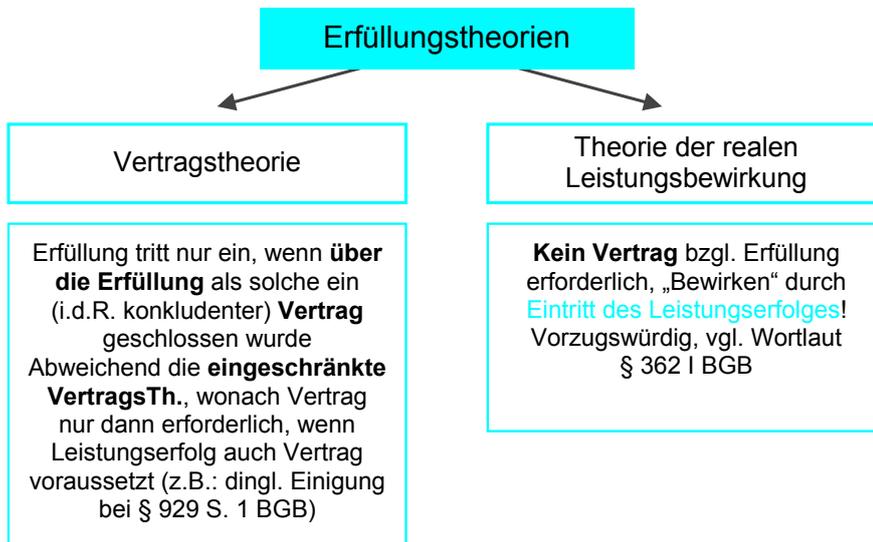
Außerordentlich streitig ist die Frage, ob die Erfüllungswirkung kraft Gesetzes allein schon durch Bewirken der Leistung eintritt oder ob zusätzlich ein subjektives Element, nämlich eine Willenseinigung der Parteien (*Erfüllungsvertrag*) oder jedenfalls ein Erfüllungswille des Schuldners erforderlich ist.³

198

1 Vgl. dazu Palandt, vor § 241, Rn. 1.

2 MüKo, § 362, Rn. 2.

3 Palandt, § 362, Rn. 5.



a) Vertragstheorie

Nach der *Vertragstheorie* tritt Erfüllung i.S.v. § 362 I BGB nicht allein mit Herbeiführung des geschuldeten Leistungserfolges ein, sondern erst mittels eines auf Aufhebung des Schuldverhältnisses gerichteten Vertrages der Beteiligten. Erforderlich ist daher sowohl das Angebot der Leistung als auch deren Annahme „als Erfüllung“. Erfüllung stellt sich insoweit als Folge eines Rechtsgeschäftes dar, welches gleichzeitig eine Verfügung über den entsprechenden Anspruch beinhaltet.⁴

199

b) Theorie der realen Leistungsbewirkung

Herrschend ist die *Theorie der realen Leistungsbewirkung*. Danach genügt zur Erfüllung in den meisten Fällen die Herbeiführung des Leistungserfolges durch eine Leistungshandlung des Schuldners, welche in jeder Weise der geschuldeten entspricht.

200

Die unterschiedlichen Konsequenzen beider Theorien verdeutlichen sich vor allem in den Überweisungsfällen.

Bsp.: G hat einen Kaufvertrag mit V abgeschlossen. Ein Jahr später weist der nunmehr unerkannt geistesranke G seine Bank an, auf die Forderung zu zahlen. Die Bank verlangt nun von G das Geld für die Anweisung.

Ein Anspruch aus Geschäftsbesorgungsvertrag, §§ 670, 675 BGB, scheidet auf jeden Fall deshalb aus, weil der von G an die Bank erteilte Überweisungsauftrag (Weisung im Rahmen eines Zahlungsdienstvertrages, §§ 675f II, 675c I, 665 BGB) wegen der Geisteskrankheit nichtig war.

In Betracht kommt aber ein Anspruch aus Leistungskondition, § 812 I S. 1, Alt. 1 BGB. Dann müsste der G „etwas erlangt“ haben. Hier käme vor allem die Befreiung von einer Verbindlichkeit in Betracht; im Beispiel wäre dies die Kaufpreisschuld aus dem wirksamen Kaufvertrag. Dazu müsste aber ein Geisteskranker auch erfüllen können, § 362 BGB. Nach der Vertragstheorie wäre solches schon deshalb ausgeschlossen, weil G für den dann notwendigen Erfüllungsvertrag nicht die nötige Geschäftsfähigkeit besäße. Nach der Theorie von der realen Leistungsbewirkung wäre solches indessen möglich, da dann die Erfüllung ein reiner Tilgungsakt ist.

Eine Ausnahme würde nach letzterer Theorie allenfalls dann zu machen sein, wenn eine *Tilgungsbestimmung* notwendig war. Dies wird im Fall einer Banküberweisung zur richtigen Zuordnung der zu überweisenden Forderung anzunehmen sein.

Unabhängig von der dogmatischen Einordnung der Tilgungsbestimmung ist aber davon auszugehen, dass diese auch von einem Geschäftsunfähigen getroffen werden kann. Andernfalls würde die Erfüllungswirkung auch dann nicht eintreten, wenn diese für den Geschäftsunfähigen vorteilhaft wäre. Daher ist die Befreiung von einer Verbindlichkeit zu bejahen. Der notwendige Schutz des Geschäftsunfähigen ist bereicherungsrechtlich besser zu verwirklichen als i.R.d. § 362 BGB.⁵ Im Ergebnis besteht Übereinstimmung, den Geschäftsunfähigen aus der Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht herauszuhalten. Die h.M. nimmt eine Direktkondition in Form der Nichtleistungskondition gem. § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB gegen V an.

⁴ Larenz, SchR AT, § 18 I S. 1.

⁵ Vgl. Hemmer/Wüst/Gold, Bereicherungsrecht, Rn. 158 ff.

Eine Tilgungsbestimmung⁶ ist grundsätzlich dann erforderlich, wenn der Leistende aus mehreren Forderungen verpflichtet ist, vgl. § 366 BGB, oder aber ein Dritter nach § 267 BGB leistet. Schließlich bedarf es noch einer Tilgungsbestimmung im Falle einer Vorausleistung. Daneben kann der Schuldner über eine sog. „negative Tilgungsbestimmung“ verhindern, dass die Bewirkung einer Leistung zum Erlöschen einer bestimmten Leistungspflicht führt.

hemmer-Methode: Die Tilgungsbestimmungen erlangen hauptsächlich bei der Grundschild Bedeutung. Dort kommt es für das Erlöschen der schuldrechtlichen bzw. dinglichen Verpflichtung entscheidend darauf an, ob der Zahlende auf die persönliche Forderung oder auf die Grundschild oder gar auf beides geleistet hat, d.h. eine sog. doppelte Tilgungsbestimmung getroffen hat.⁷

Die Theorie der realen Leistungsbewirkung trägt am besten dem Gedanken Rechnung, dass das Schuldverhältnis dann endet, wenn das Ziel, auf welches es angelegt war, erreicht ist. Sie wird somit auch den Fällen gerecht, in denen die Leistung ohne Mitwirkung oder Wissen des Gläubigers erbracht werden kann und i.d.R. auch erbracht wird.⁸

hemmer-Methode: Wenngleich sich durch die Theorien, also in verschiedener Hinsicht, unterschiedliche Ergebnisse erzielen lassen, ist die Unterscheidung im Hinblick auf den letztendlichen Leistungserfolg meist ohne Relevanz:

Will nämlich der Geschäftsunfähige z.B. seine Verpflichtung aus wirksamen Kaufvertrag erfüllen und dem Käufer eine Sache übereignen, so ist nach der h.M. die Erfüllung zwar ein Realakt, für den keine Geschäftsfähigkeit vorausgesetzt wird. Der Leistungserfolg selbst setzt aber neben der Besitzübertragung auch die Übertragung des Eigentums (§ 929 BGB) voraus. Dafür ist wiederum Geschäftsfähigkeit i.R.d. dinglichen Einigung notwendig. Bei strikter Anwendung der h.M. führte dies zu der merkwürdigen Konsequenz, dass der Vertrag theoretisch erfüllt werden könnte, obwohl das Eigentum nicht übertragen werden kann. Der Streit ist deshalb insgesamt fragwürdig.

3. Person des Leistungsempfängers

Zum Inhalt der geschuldeten Leistung gehört auch die Person desjenigen, welcher zum Empfang der Leistung berechtigt ist. Daher führt nur ein Bewirken der Leistung gegenüber dem Berechtigten zum Erlöschen nach § 362 I BGB.

201

a) Gläubiger

Regelmäßig muss die Leistung an den *Gläubiger* bewirkt werden. Bei diesem liegt die sog. *Empfangszuständigkeit*. Die Leistung an einen Dritten befreit also grundsätzlich nicht. Der Schuldner bleibt daher verpflichtet, kann jedoch von dem Dritten seine Leistung nach Bereicherungsrecht zurückverlangen, § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB.

202

Da sich die Empfangszuständigkeit weitgehend mit der Verfügungsmacht deckt (arg. e. §§ 362 II, 1812, 1813 BGB), befreit eine Leistung an den Gläubiger den Schuldner dann nicht, wenn dem Gläubiger die Verfügungsmacht über die Forderung entzogen (vgl. §§ 22, 80 InsO, 829 ZPO, 136, 1984, 2211 BGB) oder dieser geschäftsunfähig bzw. in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist.⁹

Bsp.: Der 15 Jahre alte M hat von seinem Onkel 500.000 € geerbt. Mit Zustimmung seiner Eltern gewährt er deshalb dem X einen Kredit über 5.000 €. Monate später trifft X den M zufällig auf der Straße und gibt ihm die 5.000 € wieder zurück. Die Eltern des M verlangen nun nochmals Rückzahlung des Darlehens an M.

Der Anspruch aus § 488 I S. 2 BGB ist entstanden. M hat sich wirksam mit X geeinigt, da er mit Einwilligung seiner Eltern handelte, §§ 108 I, 183 BGB.

Der Anspruch könnte jedoch nach § 362 I BGB erloschen sein.

Fordert man mit der alten Lehre für eine wirksame Erfüllung einen Erfüllungsvertrag, so könnte dieser nach §§ 107 ff. BGB zunächst schwebend unwirksam sein, da M die Einwilligung seiner Eltern lediglich zum Abschluss des Darlehensvertrages hatte, nicht aber zur Entgegennahme des Geldes. Etwas anderes würde sich nur dann ergeben, wenn die Leistung an den M für diesen lediglich rechtlich vorteilhaft war. Zwar erhält M hier das Geld, indes verliere er gleichzeitig seine Forderung gegenüber X durch Erfüllung. Die Erfüllung stellt daher kein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft für M dar.

203

6 Vgl. dazu unten, Rn. 211 ff.

7 Vgl. dazu Hemmer/Wüst, Kreditsicherungsrecht, Rn. 163 ff.

8 Larenz, a.a.O.

9 Palandt, § 362, Rn. 3.

Die Erfüllung könnte sich aber nach der heute herrschenden Theorie der realen Leistungsbewirkung ergeben. Danach kommt es ja nur auf die tatsächliche Bewirkung des Erfolges an; auf ein subjektives Element kommt es grds. nicht an. Da hier an den Gläubiger geleistet wurde (Vertragspartner ist M und nicht seine Eltern), könnte also Erfüllung eingetreten sein.

Diese Konsequenz zieht die h.M. wegen der Schutzwürdigkeit des minderjährigen Gläubigers nicht. Sie trennt den Eigentumserwerb am Geld von der Erfüllung. Da der Eigentumserwerb für sich für M lediglich rechtlich vorteilhaft ist, ist dieser nach § 107 BGB wirksam.

204

Die Erfüllung und der daraus resultierende Forderungsverlust des M sollen jedoch erst eintreten, wenn der gesetzliche Vertreter die Leistung genehmigt oder den geleisteten Gegenstand erhalten hat. Dem Minderjährigen fehlt insoweit die für die Erfüllung erforderliche Empfangszuständigkeit.¹⁰

hemmer-Methode: Unterscheiden Sie:

1. Die Genehmigung des der Übereignung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Kausalgeschäfts

2. Die des dinglichen Erfüllungsgeschäfts

3. Die Frage der Empfangszuständigkeit

Es ist im Einzelfall regelmäßig durch Auslegung zu ermitteln, wie weit eine erteilte Genehmigung geht.

Merken Sie sich aber: Beim dinglichen Rechtsgeschäft ist nur dann eine Genehmigung erforderlich, wenn der Minderjährige Gegenstände veräußert, weil nur dann im Gegensatz zum neutralen Rechtsgeschäft ein rechtlicher Nachteil vorliegt.

Damit ist M zwar Eigentümer des Geldes geworden. Dies hat aber wegen der verweigerten Zustimmung der Eltern nicht zum Verlust seines Anspruchs gegen X aus § 488 I S. 2 BGB geführt. Somit kann M von X noch Zahlung des Geldes verlangen. Diesem steht jedoch gegenüber M gem. § 812 I S. 1, Alt. 1 BGB ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Rückzahlung der bereits geleisteten 5.000 € zu.¹¹ (Nach a.A. soll § 812 I S. 2 Alt. 2 BGB einschlägig sein, da Zweck der Zahlung das Einverständnis der Eltern hiermit gewesen sei). Sofern dieser Anspruch nicht an § 818 III BGB scheitert, kann X gegenüber dem Zahlungsanspruch aus dem Kaufvertrag mit diesem Kondiktionsanspruch aufrechnen, §§ 387 ff. BGB.

205

hemmer-Methode: Regelmäßig wird es auf die Frage der Empfangszuständigkeit gerade dann ankommen, wenn der Minderjährige das Geld verloren oder ausgegeben hat, weil es dann nicht mehr in den Machtbereich der Eltern gelangen konnte. Oft gewinnt dann die Frage Bedeutung, ob hinsichtlich der verschärften Haftung nach §§ 818 IV, 819 I BGB auf den Minderjährigen selbst oder den gesetzlichen Vertreter abzustellen ist.¹²

Achten Sie aber darauf, dass die Empfangszuständigkeit des Minderjährigen nicht immer abzulehnen sein wird: Fragt z.B. M die Eltern, ob er einige seiner Spielsachen auf einem Flohmarkt allein verkaufen darf, so wird die Einwilligung der Eltern in den Verkauf auch i.d.R. die (konkludente) Einwilligung in den Empfang des Geldes beinhalten. Abzustellen ist deshalb jeweils im Einzelfall darauf, ob die Eltern bei der Genehmigung eines Rechtsgeschäfts damit rechnen mussten, dass auf Seiten des Vertragspartners die Gegenleistung sofort erbracht werden wird oder nicht. Schließlich muss noch berücksichtigt werden, ob für das konkrete Geschäft eine andere Person als der Minderjährige selbst diesbezüglich empfangsberechtigt sein kann (z.B. beim Flohmarkt die volljährige Schwester, die am gleichen Stand ihre Sachen verkauft¹³). Im obigen Beispiel mit dem Darlehen, welches i.d.R. nicht sofort zurückgezahlt wird, ist die Empfangsberechtigung des M aber aus den gleichen Gründen abzulehnen.

b) Dritter bei Empfangsermächtigung, § 362 II BGB

Eine Ausnahme bildet die sog. *Empfangsermächtigung*. Ihre Zulässigkeit ergibt sich aus dem Verweis des § 362 II BGB auf § 185 BGB. Danach kann der Gläubiger die Empfangszuständigkeit für die Forderung auch auf einen Dritten übertragen.

206

Die Leistung an einen Dritten hat daher befreiende Wirkung, wenn der Gläubiger dem Dritten vorher eine entsprechende Einwilligung erteilt hat, § 185 I BGB, oder wenn später einer der Tatbestände des § 185 II BGB eintritt, insbesondere der Gläubiger genehmigt.

Jedoch stellt die Annahme der Leistung durch den Dritten keine Verfügung über die Forderung dar; vielmehr macht der Dritte nur von

10 Vgl. hierzu ausführlich BGH, Life&Law 09/2015, 633 ff. = jurisbyhemmer. (Wenn dieses Logo hinter einer Fundstelle abgedruckt wird, finden Sie die Entscheidung online unter „juris by hemmer“: www.hemmer.de).

11 Es handelt sich hier um das schwierige Problem der subjektiv rechtsgrundlosen Leistung. Zwar bestand objektiv wegen der Einwilligung der Eltern ein Rechtsgrund. Jedoch ist der subjektiv mit der Leistung verfolgte Zweck nicht eingetreten und somit die Leistung (subjektiv) rechtsgrundlos! Lesen Sie dazu ausführlich BGH, Life&Law 09/2015, 633 ff. = jurisbyhemmer.

12 Dazu ausführlich Hemmer/Wüst/Gold, Bereicherungsrecht, Rn. 509.

13 Zur Empfangsermächtigung Dritter gleich anschließend.

der ihm nach §§ 362 II, 185 BGB eingeräumten Empfangszuständigkeit Gebrauch.¹⁴

c) Überbringer einer Quittung

Eine weitere Ausnahme findet sich in § 370 BGB. Der Überbringer einer Quittung gilt bei Redlichkeit des leistenden Schuldners kraft Gesetzes als empfangsermächtigt. Hier ergibt sich die Legitimation aus dem Rechtsschein der Quittung.

207

Die Leistung an den Inhaber einer *gefälschten* Quittung hat regelmäßig keine befreiende Wirkung. Zwar kann auch eine gefälschte Quittung einen Rechtsscheintatbestand schaffen, auf den der Schuldner prinzipiell vertrauen könnte, doch kann dieser Rechtsschein dem in der Quittung Benannten nicht zugerechnet werden¹⁵.

Weitere Fälle, in denen die Leistung an einen Dritten befreiend wirkt:

d) Bei der Forderungsabtretung:

- § 407 BGB (Leistung an Zedent),
- § 407 BGB gilt gem. § 412 BGB auch für den gesetzlichen Forderungsübergang, z.B. § 774 I BGB, sowie auch im Fall des § 413 BGB,
- § 408 BGB (insbesondere Leistung an Zweitzessionar bei wirksamer Erstabtretung),
- § 409 BGB (Leistung an die in unrichtiger Abtretungsanzeige als Zessionar bezeichnete Person) und
- § 354a I S. 2 HGB (gilt entgegen § 407 I BGB auch bei Kenntnis des Schuldners von der Zession)

e) Sonstige Fälle für befreiende Leistung an Dritte:

Zahlung des Miet- u. Pachtzinses an den ursprünglichen Vermieter oder Verpächter in Unkenntnis der Veräußerung des Grundstücks, oder bei sonstiger Beendigung des Gläubigerrechts, §§ 566b, 566c, 566e BGB, (auch i.V.m. §§ 581 II; 1056; 2135 BGB).

Dieselben Grundsätze gelten bei §§ 893; 2367, 2368; 1155 BGB.

Ebenso: Bei der Ersatzleistung an einen Nichtberechtigten nach § 851 BGB und vor allem bei den Legitimationspapieren, vgl. § 793 I S. 1 BGB.

Im Fall des § 808 I BGB kann die Bank leistungsbefreiend an den Inhaber des Sparbuchs leisten, ohne dessen Verfügungsberechtigung prüfen zu müssen. Allerdings schadet der Bank nach h.M. grobe Fahrlässigkeit (str.).

Bsp.: Großmutter W legt für ihre Enkelin L auf deren Namen bei der Raiffeisenbank R ein Sparbuch an. Die 17-jährige L nimmt das Sparbuch heimlich an sich und hebt einen Betrag von 2000 € ab. Hat die Bank schuldbefreiend geleistet?

Die Bank könnte gem. § 362 I BGB schuldbefreiend geleistet haben. Dies setzt aber voraus, dass durch die Anlage des Sparbuchs auf den Namen der Enkelin ein echter Vertrag zugunsten Dritter entstanden ist. Grundsätzlich gilt, dass ein echter Vertrag zugunsten Dritter nur angenommen werden kann, wenn dem Dritten auch der Besitz am Sparbuch eingeräumt wird.

Legen Eltern oder andere Verwandte ein Sparbuch an, so wollen sie im Zweifel Gläubiger der Bank bleiben.¹⁶ Es handelt sich damit um einen sog. unechten Vertrag zugunsten Dritter, Erfüllung gem. § 362 I BGB ist nicht eingetreten.

Bei dem Sparbuch handelt es sich allerdings um ein qualifiziertes Legitimationspapier i.S.d. § 808 BGB. Danach könnte die Bank frei geworden sein. Entgegen dem Wortlaut des § 808 I BGB muss die benannte Person nicht der Gläubiger sein. Wer Gläubiger ist, richtet sich vielmehr nach dem der Urkunde zugrunde liegenden Vertragsverhältnis.

Grundsätzlich tritt die befreiende Wirkung auch bei Leistung an Geschäftsunfähige bzw. beschränkt Geschäftsfähige ein. Nach dem Sinn des § 808 I S. 1 BGB braucht sich der Aussteller gerade nicht um Interna des Inhabers zu kümmern.¹⁷

Strittig ist, ob die Legitimationswirkung des § 808 I S. 1 BGB ausgeschlossen ist, wenn die Bank grob fahrlässig hinsichtlich der Nichtberechtigung war. Früher wurde angenommen, dass allein positive Kenntnis schade. Die heute h.M. nimmt an, dass grobe Fahrlässigkeit den Schuldnerschutz des § 808 I S. 1 BGB nicht eingreifen lässt, die Bank wird nicht frei.¹⁸

14 Larenz, SchR AT, § 18 I 5.

15 In Betracht kommt aber bei nachlässiger Verwahrung der Quittungsformulare ein Gegenanspruch aus einer Pflichtverletzung nach § 280 I BGB des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses.

16 Vgl. BGHZ 46, 201 = jurisbyhemmer.

17 Vgl. auch JuS 1968, 544.

18 Zu weiteren Problemen im Umfeld des § 808 BGB vgl. Palandt, § 808, Rn. 4 / 5.

hemmer-Methode: Die Fälle, in denen die Leistung an einen Dritten, der nicht Inhaber der Forderung ist, befreiende Wirkung hat, müssen Sie kennen. Rechtsgrund z.B. für § 407 I BGB: Der Schuldner kennt häufig die „stille“ Abtretung nicht, da diese, anders als die Verpfändung, vgl. § 1280 BGB, keiner Anzeige bedarf. Der Schuldner ist deshalb schutzwürdig und kann an den Zedenten („Altgläubiger“) schuldbefreiend leisten. Der Ausgleich wird in diesen Fällen über § 816 II BGB realisiert. Daneben kommt häufig ein Schadensersatzanspruch des Neu- gegen den Altgläubiger aus § 280 I BGB in Betracht.

Ein examenswichtiges Spezialproblem der befreienden Leistung an einen Dritten ist dabei die analoge Anwendung von § 407 BGB bei der Forderungspfändung.

208

Bsp.: Aufgrund eines rechtskräftigen Urteils gegen S lässt G eine Darlehensforderung i.H.v. 2.000 € des S gegen D zur Einziehung überweisen. Eine Zustellung der Beschlüsse an D erfolgt. Da D jedoch nicht zu Hause war, wird der Überweisungsbeschluss dem Hauswirt H übergeben. Dieser vergisst, den D über den Überweisungsbeschluss zu informieren. D überweist deshalb wenige Tage später an S. G will nun weiterhin gegen D vorgehen.

Von den Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Forderungspfändung, §§ 829, 835 ZPO, ist auszugehen (Stichworte: arrestatorium, inhibitorium). Auch erfolgte eine im Wege der Ersatzzustellung (§ 178 Nr. 1 ZPO) wirksame Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses. G wäre also eigentlich berechtigt, gegen D vorzugehen. Der wirksame Überweisungsbeschluss zur Einziehung ist gem. §§ 835 I, Alt. 1, 836 I ZPO ein Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft.

Sie enthält eine Ermächtigung (hier des S), ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend zu machen. Gleichzeitig ist der Pfändende G aktivlegitimiert, § 836 I ZPO i.V.m. § 488 I S. 2 BGB.

Etwas anderes könnte sich freilich dann ergeben, wenn die Forderung des S gegen D bereits erloschen wäre, § 362 BGB.

Wegen der Pfändung durch G verliert S zwar nicht seine Gläubigerstellung gegenüber D. Gegen die Möglichkeit der Erfüllung spricht aber, dass wegen §§ 829 I ZPO i.V.m. §§ 135, 136 BGB die Verfügung des D gegenüber G wirkungslos ist.

Dennoch ist hier zu berücksichtigen, dass D bei der Überweisung an S gutgläubig war, da er von dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss keine Kenntnis hatte. Deshalb sind zum Schutz des Drittschuldners (D) hier die §§ 404 ff. BGB entsprechend anzuwenden, denn der Drittschuldner soll durch die Forderungspfändung nicht benachteiligt werden. Nach richtiger Ansicht konnte D deshalb wegen §§ 362, 407 BGB analog gegenüber S erfüllen. Eine Vollstreckung des G gegen D ist damit nicht mehr möglich.¹⁹

hemmer-Methode: Die befreiende Drittleistung kann einen dankbaren Einstieg in eine bereicherungsrechtliche Klausur darstellen. Zwar wird der Schuldner von seiner Leistungspflicht frei, jedoch erhält der Gläubiger wie bei der Abtretung gegen den Leistungsempfänger einen bereicherungsrechtlichen Anspruch nach § 816 II BGB.

4. Die Ermittlung der erfüllten Forderung

In der Regel lässt sich durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB ermitteln, auf welche Forderung der Schuldner zahlt.

209

Bsp.: S hat gegenüber G eine Darlehensschuld in Höhe von 10.000 € und gleichzeitig auch eine Kaufpreisschuld in Höhe von 1.512 €. Überweist S 1.512 € an G, so kann davon ausgegangen werden, dass S seine Kaufpreisschuld begleichen wollte.

Anders ist es aber in obigem Beispiel, wenn S ohne Angaben 1.000,- € überweist. Auf welche der beiden Forderungen das Geld angerechnet werden soll, kann später entscheidend sein, da die Forderungen unter Umständen unterschiedlich gesichert sein können. So kann bezüglich des Darlehens eine Bürgschaft vorhanden sein, so dass sich mit einer Verringerung der gesicherten Forderung auch der Umfang der Bürgschaftsverbindlichkeit verringert, § 767 I BGB.

210

Regelmäßig kann nach § 366 I BGB der Schuldner bestimmen, welche von mehreren Forderungen durch seine Leistung getilgt werden sollte. Eine rechtspolitisch umstrittene Ausnahme findet sich in § 367 I BGB bezüglich der vorrangigen Anrechnung der Leistung auf Zinsen und Kosten der Forderung. Bei der Tilgungsbestimmung handelt es sich nach h.M. um eine *einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung*. Dies hat zur Folge, dass die Tilgungsbestimmung bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen auch

Trifft der Schuldner aber keine Tilgungsbestimmung und kann auch durch Auslegung kein Wille des Schuldners ermittelt werden, so greift die Auslegungsregel des § 366 II BGB. Danach erfolgt die Tilgung anhand von vier Kriterien:

- Fälligkeit
- Größere Sicherheit: Entscheidend ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise. So kann eine Hypothek an letzter Rangstelle weniger wert sein als ein Bürgschaftsanspruch gegen einen vermögenden Bürgen.
- Lästigkeit: So kann z.B. eine Forderung höher verzinslich oder mit einer Vertragsstrafe belastet sein.
- Alter: Maßgeblich ist die Entstehung, nicht die Fälligkeit der Forderung

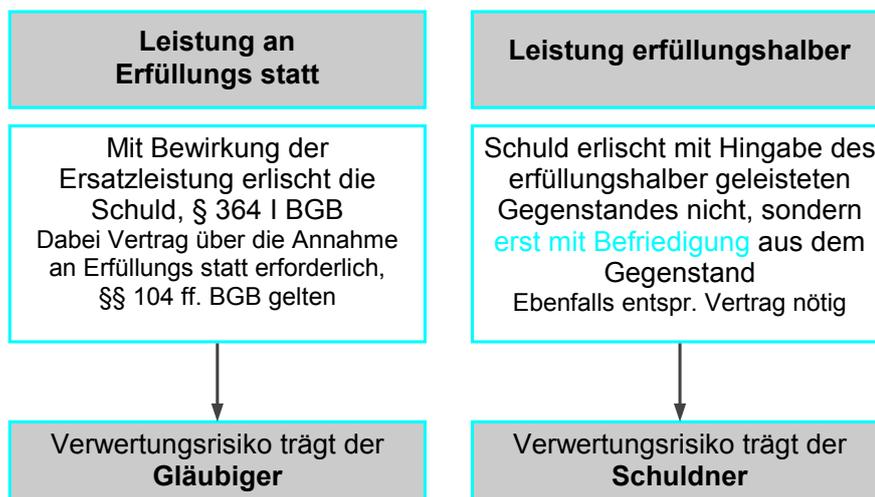
Grundsätzlich ist das vorhergehende Kriterium entscheidend, falls sich die Forderungen diesbezüglich unterscheiden. Ist eine Forderung fällig, die andere nicht, so kommt es auf die Sicherheit oder Lästigkeit nicht an.

Die in § 366 II BGB festgelegte gesetzliche Tilgungsreihenfolge beruht auf dem vermuteten vernünftigen Parteiwillen; sie ist also unanwendbar, wo sie zu Ergebnissen führt, die mit den berechtigten Interessen der Beteiligten offensichtlich unvereinbar sind.²¹

Lassen sich die Forderungen anhand dieser Kriterien nicht unterscheiden, so bestimmt § 366 II BGB a.E. eine verhältnismäßige Tilgung.

hemmer-Methode: Vergleichen Sie zur nachträglichen Tilgungsbestimmung das Skriptum Hemmer/Wüst, Bereicherungsrecht, Rn. 211, 213, 360. Der BGH lässt in den Grenzen von § 242 BGB die Möglichkeit zu, die Tilgungsbestimmung nachzuholen. Auch eine Änderung einer bereits getroffenen Tilgungsbestimmung kommt in Betracht.

II. Erfüllungssurrogate



1. Leistung erfüllungshalber und an Erfüllung statt, § 364 BGB

Bisher wurden nur Fälle behandelt, bei denen der Schuldner die *geschuldete* Leistung bewirkt. Die Parteien können aber dem

20 BGH, MDR 1989, 352 = jurisbyhemmer.

21 BGH, NJW 1969, 1846 = jurisbyhemmer.

Schuldner die Befugnis einräumen, das Schuldverhältnis durch eine *andere* als die geschuldete Leistung zum Erlöschen zu bringen.

214

Bsp.: S ist zur Rückzahlung des Darlehens gegenüber G nicht imstande. Daher übereignet S dem G sein Kfz.

Diese Übereignung kann verschiedene Bedeutungen haben:

Zunächst kann es sich lediglich um eine *Sicherungsübereignung* handeln. Hier ist zumeist die Rückübertragung des Eigentums aufschiebend bedingt, d.h. bei vollständiger Tilgung der gesicherten Forderung fällt das Eigentum unmittelbar an den Sicherungsgeber zurück. Dies hätte zur Folge, dass S zunächst weiterhin aus § 488 I S. 2 BGB verpflichtet bliebe, G aber im Falle der Nichtzahlung sich aus dem Kfz befriedigen kann, weil damit der Bedingungseintritt erfolgt.

Es kann auch lediglich eine Hingabe des Kfz dergestalt gewollt sein, dass G zunächst versuchen soll, aus dem Verkauf des Kfz Befriedigung zu erlangen. Nur wenn dies nicht möglich ist, kann G auf die Darlehensschuld zurückgreifen. In diesem Fall wurde das Auto *erfüllungshalber* geleistet. Die Leistung erfüllungshalber ist in § 364 II BGB lediglich erwähnt, nicht aber geregelt.

Schließlich kann die Übereignung des Autos auch eine Leistung *an Erfüllungs statt* darstellen, § 364 I BGB. Dann erlischt die ursprüngliche Forderung, als wäre nach § 362 BGB erfüllt worden.

Welche der drei Formen von den Parteien gewollt ist, ist durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln. Führt die Auslegung nicht zum Ziel, kann auf die Auslegungsregel des § 364 II BGB zurückgegriffen werden.

215

Geht der Schuldner gegenüber dem Gläubiger zu dessen Befriedigung eine neue Verbindlichkeit ein, so erfolgt dies im Zweifel nicht an Erfüllungs statt, sondern erfüllungshalber. Sicherungshalber kann damit nicht gemeint sein, da diese Hingabe nicht der „Befriedigung des Gläubigers“ dient.

hemmer-Methode: In den Fällen, in denen mehrere verschiedene Lösungsmöglichkeiten in Betracht kommen, wird es in der Ausarbeitung der Lösung maßgeblich auf die Abgrenzung der verschiedenen Alternativen ankommen. Anhand der Informationen des Sachverhalts ist dann genau darzulegen, welche der verschiedenen Möglichkeiten (z.B. §§ 364 I, 364 II BGB oder Ersatzbefugnis) die richtige ist. Falsch wäre es deshalb, die Abgrenzung nur im Kopf zu vollziehen und dann lediglich das fertige Ergebnis auszuformulieren.

a) Abgrenzung zur Ersatzbefugnis des Schuldners

Bei der Ersatzbefugnis kann der Gläubiger zwar nur eine bestimmte Leistung verlangen, z.B. Übereignung einer bestimmten Sache, jedoch ist der Schuldner berechtigt, seiner Leistungsverpflichtung auch durch Erbringung einer anderen Sache, z.B. Geldzahlung, nachzukommen. Insoweit wird auch bei der Ersatzbefugnis der Schuldner durch Erbringung einer anderen als der geschuldeten Leistung frei. Nach h.M. gilt § 364 I BGB entsprechend. Entsprechend deshalb, weil eigentlich keine andere als die geschuldete Leistung erbracht wird, da eine Vereinbarung bereits getroffen wurde.²²

216

Um eine „andere Leistung“ handelt es sich deshalb, weil dem Gläubiger kein Anspruch auf Erbringung der ersatzweisen Leistung zusteht, der Schuldner vielmehr bei Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung selbst dann nach § 275 I BGB frei wird, wenn die „Ersatzleistung“ noch möglich sein sollte.²³ Im Unterschied zur Leistung an Erfüllungs statt wird über die erfüllende Wirkung der „Ersatzleistung“ bereits mit Abschluss des die Schuld begründenden Vertrages Einigung erzielt.

217

Insoweit könnte man die Ersatzbefugnis auch als eine „vorweggenommene Einigung“ i.S.v. § 364 I BGB bezeichnen.²⁴

Die Ersatzbefugnis ihrerseits ist deshalb von der Wahlschuld (§ 262 BGB) und der Gattungsschuld abzugrenzen. Dies wird vor allem dann bedeutsam, wenn eine von mehreren denkbaren Leistungen unmöglich wird und es darauf ankommt, welche Einwendungen des Schuldners bestehen.

218

Bsp.: A bestellt schriftlich beim K-Versand ein Sonderangebot: Computer (Pentium 100) mit Bildschirm und Tastatur der Marke F. Der K-Versand hat sich dabei auf der Bestellkarte vorbehalten, Teile gleicher oder besserer Art und Güte zum gleichen Preis zu liefern, wenn das Angebot ausgeschöpft ist. Eine Angestellte vom K-Versand bestätigt die Bestellung telefonisch.

22 BGHZ 46, 338, 342 = jurisbyhemmer; Palandt, § 364, Rn. 1; a.A. Larenz, § 11 III: Danach wird der Schuldner gem. § 362 BGB frei, da bei der Ersatzbefugnis die Ersatzleistung der geschuldeten Leistung gleichsteht.

23 Larenz, SchR AT, § 11 III a.

24 Palandt, § 364, Rn. 1.

Der K-Versand schickt dem A nun den Computer der Marke F, Bildschirm und Tastatur sind jedoch (gleichwertig) von Marke M. K verlangt den Kaufpreis. A weigert sich.

Abwandlung: Wegen eines Feuers in der Lagerhalle sind nunmehr alle Computer der Marke F zerstört. K verweigert deshalb Lieferung, obwohl er in einer anderen Lagerhalle noch gleichwertige Computer der Marke M gelagert hat.

A könnte die Zahlung an K verweigern, wenn dieser noch nicht ordnungsgemäß erfüllt hat, § 320 BGB. Fraglich ist deshalb, ob K mit den Waren der Firma M erfüllen konnte.

Eine Annahme an Erfüllung statt, § 364 I BGB, scheidet wegen der Weigerung des A aus.

K könnte aber erfüllt haben, wenn es sich bei den Computern der Marke F bzw. M um eine Wahlschuld handelte (§ 262 BGB). Dann müssten von Anfang an entweder Waren der Firma F oder der M geschuldet sein. K wollte sich aber für A erkennbar nicht diesbezüglich über das Sonderangebot hinaus verpflichten, sondern nur berechtigten: Geschuldet waren deshalb nur Waren des Herstellers F.

Durch die Klausel könnte aber eine Ersetzungsbefugnis Vertragsinhalt geworden sein. Dann hätten sich A und K im Voraus darauf geeinigt, dass K auch mit Waren der Firma M erfüllen könnte. Dies ist hier auch anzunehmen, denn die Klausel verstößt nicht gegen § 308 Nr. 4 BGB, weil mit der Lieferung gleichwertiger oder sogar höherwertiger Waren die Interessen des A ausreichend gewahrt sind. Dadurch, dass er den Bestellschein abgesendet und K die Bestellung angenommen hat, wurde die Ersetzungsbefugnis Vertragsinhalt. K hat damit auch mit den Waren der Firma M erfüllt, er hat somit einen Anspruch aus § 433 II BGB gegen A.

219

In der *Abwandlung* ist fraglich, ob K von der Schuld frei geworden ist, § 275 I BGB. Bei Annahme einer Wahlschuld wäre K nur dann frei, wenn sowohl die Waren der Firma F als auch die Waren der Firma M zerstört worden wären. Eine Wahlschuld ist jedoch, wie bereits aufgeführt, nicht anzunehmen. Eine Befreiung nach § 275 I BGB wäre aber auch dann zu verneinen, wenn es sich bei den Computern der Firma F und M um Waren ein und derselben Gattung handeln würde. Dann käme § 275 I BGB nämlich nicht zur Anwendung, und K wäre weiter zur Leistung verpflichtet.

220

Dies ist aber nicht anzunehmen, da die Computer der Marke F von Anfang an als Sonderangebot eine sog. Vorratsgattungsschuld dargestellt haben. Das Sonderangebot soll nur solange gelten, wie der Vorrat reicht. Insoweit ist K also nach § 275 I BGB frei geworden, da es bei der Ersetzungsbefugnis in Hinblick auf Unmöglichkeit nur auf die Primärleistung, nicht aber auf die Ersatzleistung ankommt.²⁵

Wichtiger Anwendungsfall einer Ersetzungsbefugnis ist nach der Rspr.²⁶ (bisher) die *Inzahlunggabe eines gebrauchten Kfz* bei Kauf eines neuen.

221

hemmer-Methode: In den Fällen, wo beim Kauf des einen Wagens ein anderer in Zahlung gegeben wird, muss im Einzelfall genau untersucht werden, was gewollt ist! Es kann sich hier sowohl um

-> einen Doppelkauf mit Aufrechnungsabrede,

-> einen gemischten Vertrag mit Kauf- und Tauschelementen

-> oder eine Ersetzungsbefugnis handeln.

Bedeutung hat diese Unterscheidung im Hinblick auf die Rechte der Parteien bei Mängeln der Fahrzeuge.

Lesen Sie zur Vertiefung BINDER, Zur Inzahlungnahme gebrauchter Sachen vor und nach der Schuldrechtsreform am Beispiel des Autokaufs „Alt gegen Neu“, in NJW 2003, 393 ff.

Exkurs: Agenturgeschäft

Aus steuerrechtlichen Gründen wurde bis Mitte 1990 von einer weiteren Konstruktion Gebrauch gemacht: dem sog. Agentur-Vertrag. Denn der Autohändler erbrachte mit dem Verkauf des Neuwagens sowie mit dem Weiterverkauf des erhaltenen Altwagens jeweils eine umsatzsteuerpflichtige Leistung.

221a

Nach dem Agentur-Modell trat der Verkäufer hinsichtlich des Altwagens lediglich als Vermittler zwischen dem Kunden (Käufer des Neuwagens) und dem dritten Käufer auf. Hierbei garantierte er dem Kunden einen Mindestpreis, in dessen Höhe der Kaufpreis hinsichtlich des Neuwagens gestundet wurde. Erzielte er (wie im Regelfall) hinsichtlich des Altwagens einen höheren Kaufpreis als den garantierten Mindestpreis, behielt er diese Differenz als Provision ein.

²⁵ Palandt, § 262, Rn. 8.

²⁶ BGH, Life&Law 07/2008, 429 ff. = NJW 2008, 2028 ff. = jurisbyhemmer; BGH, Life&Law 04/2003, 225 [228 f.] = NJW 2003, 505 ff. = jurisbyhemmer (nach a.A. handelt es sich hier um einen typengemischten Vertrag aus Kauf und Tausch, vgl. Medicus/Petersen, BR, Rn. 756.). Unser Service-Angebot an Sie: kostenlos hemmer-club-Mitglied werden (www.hemmer-club.de) und Entscheidungen der Life&Law lesen und downloaden.

Diese Provision und der erhaltene Kaufpreis für den Neuwagen waren nun umsatzsteuerpflichtig. Die Umsatzsteuerschuld des Verkäufers war daher geringer als beim gewöhnlichen Modell der Inzahlunggabe.

Allerdings hat der Gesetzgeber Mitte der 90er die Differenzbesteuerung gem. § 25a UStG eingeführt. Dies führte dazu, dass nun hinsichtlich des erworbenen und wieder veräußerten Altwagens nur noch die Differenz zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis umsatzsteuerpflichtig ist. Dadurch wurde gesetzlich der Zustand eingeführt, der durch das Agentur-Modell herbeigeführt werden sollte. Das Agentur-Modell hatte damit zwischenzeitlich also seinen Zweck verloren.

Die Bedeutung des Agenturmodells ist seit dem 01.01.2002 aber wieder deutlich angestiegen, da ein Verkäufer beim Verkauf des angenommenen Altwagens der strengen Haftung des Verbrauchsgüterkaufs (vgl. §§ 474 ff. BGB²⁷) unterliegt.

Da beim Agenturmodell aber nicht der Händler, sondern der Neuwagenkäufer der Verkäufer des Altwagens ist, kann sich der Händler dieser strengen Haftung entziehen. Ist der Neuwagenkäufer als Verkäufer des Altwagens - wie regelmäßig - Verbraucher, so können die Mängelrechte beim Verkauf des „Gebrauchten“ in weitem Umfang abbedungen werden, was beim Verkauf durch den Händler nicht möglich wäre, § 476 I S. 1 BGB.

Strittig ist nun, ob in diesen Fällen eine unzulässige Umgehung der Verbrauchsgüterkaufvorschriften vorliegt, § 476 I S. 2 BGB.²⁸

In der Diskussion um die Neufassung des Kaufrechts im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung ist für den Gebrauchtwagenhandel auf das Agenturgeschäft und die Gefahr einer Umgehung des angestrebten verstärkten Verbraucherschutzes hingewiesen worden.²⁹ Der in diesem Zusammenhang erhobenen Forderung, die Möglichkeit einer Umgehung der strengen Bestimmungen des Verbrauchsgüterkaufs durch ein Ausweichen auf Agenturgeschäfte von vornherein zu verhindern, ist der Gesetzgeber nicht gefolgt. Das lässt nur den Schluss zu, dass Agenturgeschäfte auch im Bereich des gewerblichen Handels mit gebrauchten Sachen Privater jedenfalls **nicht generell als Umgehungsgeschäfte** i.S.d. § 476 I S. 2 BGB angesehen werden können.³⁰

a) Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung kann jedoch im Einzelfall eine Umgehung des für den Verbrauchsgüterkauf zweckten Verbraucherschutzes anzunehmen sein, wenn das Agenturgeschäft missbräuchlich dazu eingesetzt wird, ein in Wahrheit vorliegendes Eigengeschäft des Unternehmers zu verschleiern.³¹

Entscheidende Bedeutung kommt hierbei auch der Frage zu, wie bei wirtschaftlicher Betrachtung die Chancen und Risiken des Gebrauchtwagenverkaufs zwischen dem bisherigen Eigentümer des Fahrzeugs und dem Fahrzeughändler verteilt sind.

aa) Hat der Händler den „Gebrauchten“, den er „**im Kundenauftrag**“ weiterveräußert, in Zahlung genommen und dem Eigentümer des Fahrzeugs einen bestimmten Mindestverkaufspreis für das Altfahrzeug garantiert und den entsprechenden Teil des Kaufpreises für den „Neuen“ gestundet hat, so gilt Folgendes:

Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist in diesen Fällen von einem Ankauf des Altfahrzeugs durch den Händler und nicht von einer Ersetzungsbefugnis auszugehen.

Das hat zur Folge, dass er beim Weiterverkauf des Gebrauchtwagens als dessen Verkäufer anzusehen ist und das gleichwohl gewählte Agenturgeschäft nach § 476 I S. 2 BGB keine Anerkennung finden kann.

bb) Hat dagegen der Neuwagenkäufer das Risiko des Weiterverkaufs seines bisherigen Fahrzeugs zu tragen, so ist das Agenturgeschäft auch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu akzeptieren; ein Umgehungstatbestand ist dann nicht anzunehmen.

b) Der BGH hat diese Frage in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (OLG Stuttgart³²) dahingehend entschieden, dass die Gebrauchtwagenagentur nicht generell verboten werden könne.³³

Nur in Missbrauchsfällen läge eine unzulässige Umgehung vor. Dies sei aber erst dann der Fall, wenn der Händler dem in Zahlung gebenden Verbraucher einen Mindestpreis garantiere und so das wirtschaftliche Risiko der Inzahlungnahme übernommen habe.³⁴

Praxis-Tipp: Die Devise, die die Anwälte künftig dem Gebrauchtwagenhändler mit auf den Weg geben, wird also lauten:

„Bieten Sie dem privaten Anbieter eines Autos nur einen Agenturvertrag an und handeln Sie beim Verkauf in dessen Namen. Und

27 Vgl. Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT I, Rn. 457 ff.

28 Zusammenfassend Tyroller, „Der Verbrauchsgüterkauf gem. § 474 BGB in der Rechtsprechung“, Life&Law 08/2006, 573 (575 f.) = jurisbyhemmer.

29 Reinking, DAR 2001, 8 [10].

30 So jetzt auch Reinking/Eggert, Der Autokauf, 8. Aufl., Rn. 976.

31 Müller, NJW 2003, 1975 (1978 f.); Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 758.

32 OLG Stuttgart in Life&Law 11/2004, 723 ff. = NJW 2004, 2169 f. = jurisbyhemmer.

33 BGH, NJW 2005, 1039 ff. = ZIP 2005, 442 ff. = jurisbyhemmer.

34 Katzenmeier, „Agenturgeschäfte im Gebrauchtwagenhandel“ in NJW 2004, 2632 f. (Zusammenfassung der Entscheidung des BGH, die nahezu komplett übereinstimmt mit der der Vorinstanz des OLG Stuttgart (Life&Law 11/2004, 723 ff. = NJW 2004, 2169 f. = jurisbyhemmer).

hüten Sie sich davor, dem Anbieter eines Gebrauchten das Unverkäuflichkeitsrisiko abzunehmen.³⁵

hemmer-Methode: Nach einer M.M. stellen Agenturverträge generell eine unzulässige Umgehung i.S.d. § 476 I S. 2 BGB dar. Zulässig sollen Agenturgeschäfte nur dann sein, wenn der Agent kein unternehmerischer Verkäufer von Gebrauchtwagen sei.

Als Beispiel werden die Gebrauchtwagenmärkte am Wochenende genannt, bei denen ein Geschäftsmann sein Gelände als Stellplatz für Verkäufer vermietet. Selbst wenn der Vermieter ein Unternehmer ist, ist dies unschädlich, da er kein unternehmerischer Verkäufer sei.³⁶ Dieser nur vereinzelt vertretenen Ansicht hat der BGH nun völlig zu Recht eine Absage erteilt und den Verbraucherschutz auf die oben beschriebenen Missbrauchsfälle beschränkt.

c) Nach einer weiteren Ansicht ist ein Umgehungsgeschäft in solchen Drei-Personen-Verhältnissen stets zu verneinen. Der Verkäufer ist in den Missbrauchsfällen (Fallvariante 1) dem Dritten aber aus c.i.c. gem. §§ 280 I, 311 III S. 2 BGB zum Schadensersatz verpflichtet.³⁷

221h

Der dritte Käufer ist i.R. dieses Schadensersatzanspruches dann so zu stellen, als hätte er den „Gebrauchten“ von einem Unternehmer i.R. eines Verbrauchsgüterkaufs erworben.

Der Schaden des Dritten besteht im wirksamen Ausschluss der Mängelrechte. Er ist nun über §§ 280 I, 311 II, 249 I BGB so zu stellen, als ob ein Verbrauchsgüterkauf vorliegen würde. In diesem Fall wäre der Gewährleistungsausschluss wegen § 476 I S. 1 BGB nämlich nicht wirksam gewesen, sodass der Dritte z.B. mindern oder zurücktreten könnte. Der Schaden besteht also konkret in der Höhe des Wertes der ihm genommenen Mängelrechte.

hemmer-Methode: Wie Sie sich hier entscheiden, ist im Ergebnis irrelevant. Sie müssen in einer Klausur nur die Problematik einer evtl. Umgehung erkennen und argumentieren.

Exkurs: Sonderfall, § 700 BGB

Nach § 700 BGB i.V.m. §§ 488 ff., 607 ff. BGB (unregelmäßiger Verwahrungsvertrag) wird der Empfänger der zu verwahrenden Sache deren Eigentümer.

222

Er ist deshalb nicht verpflichtet (im Gegensatz zur sonstigen Verwahrung), die *gleiche*, bzw. *eine genau bestimmte* Sache wieder zurückzugewähren.

Hier ist die Interessenlage ähnlich wie bei der Ersetzungsbefugnis, denn der Schuldner kann zwischen verschiedenen erfüllungstauglichen Sachen gleicher Art, Güte und Menge wählen. Der Schuldner wird aber durch diese Regelung nicht nur berechtigt, sondern auch *verpflichtet*, eine andere Sache zurückzugewähren, bei der Ersetzungsbefugnis steht ihm dies frei.

Exkurs Ende

hemmer-Methode: Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag ist schon (von den Bearbeitern meist unerkannt) Gegenstand von Examensklausuren gewesen: Sein Hauptanwendungsfall ist nämlich das Sparkonto. In diesem Zusammenhang geht es dann regelmäßig um Fragen des § 952 BGB³⁸ bzw. § 2301 BGB in Abgrenzung zu § 518 II BGB.

b) Die Leistung an Erfüllung statt

Nimmt der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllung statt an, so erlischt gem. § 364 I BGB das Schuldverhältnis, d.h. der Anspruch auf die ursprüngliche Leistung.

223

Im Unterschied zur Erfüllung³⁹ tritt diese Wirkung aber nicht per se ein, sondern erfordert einen den Leistungsakt begleitenden besonderen Vertrag über die Annahme der erbrachten Leistung anstelle der geschuldeten, und dass dieser Leistungserbringung Erfüllungswirkung zukommen solle. Insoweit müssen auf beiden Seiten sämtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Willenserklärung erfüllt sein.

35 Nach K. Schmidt, JuS 2006, 7.

36 Hofmann in JuS 2005, 8 [11].

37 So auch Katzenmeier, „Agenturgeschäfte im Gebrauchtwagenhandel“ in NJW 2004, 2632 f.

38 Vgl. Palandt, § 952, Rn.3.

39 Vgl. oben, Rn. 197 ff.

hemmer-Methode: Die Rechtsnatur dieser Parteivereinbarung i.S.v. § 364 I BGB ist umstritten.⁴⁰ Dabei handelt es sich jedoch - wie so oft - um einen rein akademischen Streit. In einer Klausur wird daher von Ihnen auch keine diesbezügliche Detailkenntnis verlangt. Wichtig ist aber, dass Sie sich merken, dass der Streit i.R.d. § 362 BGB, ob nämlich die Erfüllung ein Vertrag oder bloßer Tilgungsakt ist, gerade nicht bei § 364 BGB gilt. Dies deshalb, weil für § 364 BGB auf jeden Fall eine Vereinbarung notwendig ist; Geschäftsfähigkeit wird also auf beiden Seiten vorausgesetzt.

Die in den Klausuren problematischen Fälle ergeben sich dann, wenn der überlassene Gegenstand einen Fehler aufweist.

Bspe.:

- Der an Erfüllung statt abgetretenen Forderung steht eine dauerhafte Einrede entgegen.
- Der Motor des in Zahlung gegebenen Autos⁴¹ muss ausgetauscht werden.

Bei derartigen Fällen lebt die erloschene Forderung nicht automatisch wieder auf. Es besteht vielmehr eine Verpflichtung zur Wiederbegründung der Forderung. § 365 BGB verweist in diesem Zusammenhang auf die Mängelhaftung im Kaufvertragsrecht nach §§ 437 ff. BGB.

So kann der Verkäufer bei einem Sachmangel des in Zahlung gegebenen Kfz gem. §§ 365, 437 Nr. 1 BGB eigentlich zunächst Nacherfüllung verlangen. Freilich trifft dies die Interessenlage der Parteien wohl nur selten; es erscheint unangemessen, den technischen Laien dem Fachmann gegenüber zur Instandsetzung zu verpflichten. Demgemäß wird man die Erfüllungshaftung in der Mehrzahl der Fälle als konkludent abbedungen ansehen müssen („...und soweit nicht ein anderes bestimmt ist, ...“). Dem Händler bleiben dann aber selbstverständlich die Rechte aus § 437 Nr. 2, d.h. er kann den Minderwert des PKW vom Käufer in Geld verlangen.

Gleiches gilt bei einem gestohlenen Altwagen (Rechtsmangel), wenn dieser in Zahlung gegeben wird.

Dabei geht § 365 BGB von dem typischen Fall *voller Haftung* aus. Sehr umstritten ist daher die Anwendbarkeit, wenn es sich beim ursprünglichen Schuldverhältnis um ein Schenkungsversprechen handelt.

Hier würde der Schuldner für den ursprünglich geschuldeten Gegenstand lediglich nach §§ 521 bzw. 523 f. BGB haften, während er für die Leistung an Erfüllung statt der strengen Verkäuferhaftung unterliegen soll. Dieser Wertungswiderspruch lässt es aber entgegen der wohl noch h.L.⁴² angebracht erscheinen, die Anwendbarkeit des § 365 BGB auf die Fälle zu beschränken, dass die zu tilgende Forderung aus einem entgeltlichen Geschäft stammt. Der Schuldner aus einem Schenkungsversprechen haftet dann auch für die an Erfüllung statt gegebene Leistung nur nach §§ 521 bzw. 523 f. BGB.⁴³

40 Dazu Larenz, SchR AT, § 18 IV.

41 Nach der Rechtsprechung (zuletzt BGH, Life&Law 04/2003, 225 (228 f.) = NJW 2003, 505 ff. = jurisbyhemmer) ist die Inzahlunggabe eines Autos als Wahrnehmung einer Ersetzungsbefugnis und daher als Leistung an Erfüllung statt aufzufassen; vgl. Palandt, § 364, Rn. 5.

42 Vgl. Staudinger, § 365, Rn. 10.

43 Vgl. MüKo, § 365, Rn. 1.