

BGH, Urteil vom 18.10.2023, VIII ZR 307/20, ZIP 2024, 555 ff. = [jurisbyhemmer](#)

1 Beim Verkauf einer nicht existenten Forderung haftet der Verkäufer nach Unmöglichkeitensrecht und nicht nach kaufrechtlicher Gewährleistung!

+++ Kaufvertrag über nicht existente Forderung +++ Factoring +++ Abgrenzung kaufrechtliches Gewährleistungsrecht ⇔ allgemeines Leistungsstörungsrecht +++ Verjährung der Ansprüche des Forderungskäufers +++ §§ 195, 199, 433, 434 f., 438, 453 I BGB +++

Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt): K betreibt ein medizinisches Abrechnungszentrum. Er kauft Forderungen von Ärzten aus medizinischen Behandlungen an, lässt sich diese abtreten und macht die abgetretenen Forderungen gegenüber den Patienten aus abgetretenem Recht geltend.

Im April 2011 schließen K und Dr. V einen sog. „Factoringvertrag“, in welchem 17 Forderungen des V gegen seine Patienten an K verkauft und abgetreten werden.

K übernahm für die angekauften Forderungen bei nachgewiesener Zahlungsunfähigkeit des Patienten das Ausfallrisiko. Nach der Vereinbarung betrug der Kaufpreis 100 % des Rechnungsbetrags abzüglich einer K zustehenden Vergütung (Kaufpreisabschlag). Die Auszahlung des Kaufpreises von K an den V erfolgte in Vorleistung unabhängig von der Zahlung durch den Patienten.

Ab Juni 2011 machte K die Rechnungsforderungen gegenüber den Patienten zunächst außergerichtlich, später auch gerichtlich erfolglos geltend. Alle Patienten beriefen sich darauf, dass gegen sie keinerlei offene Arztrechnungen mehr bestünden. Die gerichtliche Geltendmachung war in keinem Fall erfolgreich.

Erstmals am 21.09.2018 konfrontierte der K den V mit der erfolglosen gerichtlichen Geltendmachung der abgetretenen Forderungen und erklärte diesem gegenüber hinsichtlich aller 17 Forderungskäufe den Rücktritt vom Kaufvertrag. Mit der am 13.12.2018 eingereichten und am 23.01.2019 zugestellten Klage verlangt K von V Rückzahlung des Kaufpreises. V beruft sich im Prozess auf Verjährung.

Ist die Klage des K gegen V begründet?

A) Sound

1. a) Ist dem Verkäufer einer Forderung deren Übertragung auf den Käufer nicht möglich, weil die Forderung nicht besteht, liegt ein vom **allgemeinen Leistungsstörungsrecht geregelter Fall der Nichterfüllung (§ 275 I BGB)** vor.

b) Dieser Fall der Unmöglichkeit wird nicht vom **kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht (§§ 453 I, 437, 434 f. BGB)** erfasst, weil kein Mangel der verkauften Forderung vorliegt.

2. a) Die Verjährung der sich aus dem Verkauf einer nicht existenten Forderung ergebenden Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer richtet sich nach den **allgemeinen Vorschriften der §§ 195, 199 BGB**.

b) Die **Bestimmung des § 438 I Nr. 1a BGB** ist hierauf weder direkt noch analog anwendbar.

B) Problemaufriss

Mit diesem Urteil klärt der BGH eine seit der Modernisierung des Schuldrechts zum 01.01.2002 grundlegende Frage beim Rechtskauf.

Das Urteil lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Beim Verkauf einer nicht existenten Forderung (fehlende **Verität**) liegt mangels Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs ein Fall der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit und damit der Nichterfüllung vor. Die Rechtsfolgen richten sich nach **allgemeinem Leistungsstörungsrecht (§§ 275 I, IV, 311a II, 326 IV, V BGB)**.

Die Verjährung des Schadensersatzanspruches statt der Leistung nach **§§ 275 IV, 311a II BGB** bzw. die Frist für die Erklärung des Rücktritts nach **§ 326 V BGB** (vgl. **§ 218 I S. 2 i.V.m. S. 1 BGB**) richtet sich nach den **§§ 195, 199 BGB**.

Das kaufrechtliche Mängelrecht (§§ 434, 437 BGB) bzw. die 30-jährige Verjährung nach § 438 I Nr. 1a BGB findet weder direkt noch analog Anwendung, da mangels Übertragung eines Kaufgegenstandes bereits der Bezugspunkt für eine kaufrechtliche Mängelhaftung fehlt.

Mit dieser Einschätzung liegt der BGH völlig richtig. Da diese Fragen aber seit der Modernisierung des Schuldrechts mit Wirkung zum 01.01.2002 sehr umstritten sind, hat es dieser Fall tatsächlich bis zum BGH „geschafft“.

Ausgangspunkt des Falles war ein sog. „Factoring“, dessen examensrelevante Problemkreise vorab in einem ausführlichen Problemaufriss dargestellt werden, bevor im Anschluss dann die eigentliche Entscheidung des BGH besprochen wird.

I. Einleitung zum Factoring

Unternehmen haben i.d.R. den Nachteil zu tragen, dass ihre Leistungen nicht sofort bezahlt werden, weil den Kunden Zahlungsfristen eingeräumt werden (i.d.R. bis zu dreißig Tagen), in deren Rahmen sie die Rechnungen zu begleichen haben.

Unternehmer haben hierdurch Liquiditätsverluste, erhöhte Verwaltungsausgaben und tragen das Risiko, dass der Schuldner zahlungsunfähig wird.

Um diese Nachteile auszuschließen, wird der sog. „Factor“¹ eingeschaltet. Dieser (i.d.R. eine Bank) lässt sich die Forderungen der Unternehmen (= Kunde des Factors bzw. auch „Anschlusskunde“ genannt) übertragen und stellt diesen dafür den Nennwert der Forderung zur Verfügung. Der Factor übernimmt also den Verwaltungsaufwand (er zieht die Forderungen ein, mahnt, klagt etc.) und ermöglicht seinem Kunden die nötige Liquidität.²

Das „Factoring“ ist als solches gesetzlich nicht geregelt und hat sich *praeter legem* entwickelt. Es stammt aus den Vereinigten Staaten. In Europa werden Factoringverträge seit den fünfziger Jahren abgeschlossen.³

II. Echtes und unechtes Factoring

Zwei Arten des Factorings sind zu unterscheiden:

1. Echtes Factoring (= Forderungskauf)

Beim echten Factoring tritt ein Unternehmer Forderungen gegen seine Kunden nach § 398 S. 1 BGB mittels einer Global- oder Mantelzession an den sog. Factor (häufig eine Bank) ab.

¹ Der englische Begriff „Factor“ bedeutet „Kommissionär“. Der Begriff „Factoring“ steht für „Finanzierung“.

² Vgl. Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT II, Rn. 158.

³ Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Auflage 2009, Rn. 1389.

Anmerkung: Während bei einer **Globalzession** alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen abgetreten werden, erfolgt bei der **Mantelzession** die Abtretung lediglich bis zu einem festgelegten Höchstbetrag (Limit).

Die Abtretung erfolgt unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 I BGB), dass zwischen dem Unternehmer (Zedent) und dem Factor (Zessionar) ein Kaufvertrag über diese Forderungen zustande kommt. Als Rechtsgrund („causa“) liegt der Abtretung (= Verfügungsgeschäft) damit ein Rechtskauf i.S.d. § 453 I S. 1 Alt. 1 BGB zugrunde.

In der Praxis bietet der Zedent dem Factor Forderungen durch Übersendung von z.B. Rechnungskopien nach § 145 BGB zum Kauf an.

Die Gutschrift des Rechnungsbetrages auf dem Konto des Zedenten stellt die Annahme seitens des Factors nach § 147 BGB dar. Auf den Zugang der Annahmeerklärung wird vom Unternehmer verzichtet, § 151 S. 1 Alt. 2 BGB.

hemmer-Methode: Ist der Rechtskaufvertrag als Verpflichtungsgeschäft nichtig, so bestand kein Anspruch auf Verschaffung der Forderung nach §§ 453 I S. 1 Alt. 1, 433 I S. 1 BGB.⁴

Erfolgt die Abtretung unbedingt, so hat der Zessionar die Forderung rechtsgrundlos erlangt und muss diese nach § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB im Wege der Rückabtretung an den Zedent herausgeben.

Wer in der Klausur behauptet, dass die Forderung durch den Rechtskauf erlangt wird, verstößt gegen das Trennungsprinzip:

Beim **Kauf einer Sache** wird der Käufer nicht durch den Kauf, sondern durch die Übereignung nach § 929 S. 1 BGB bzw. §§ 873 I Var. 1, 925 I BGB Eigentümer.

Beim **Kauf einer Forderung** wird der Käufer auch nicht bereits durch den Kaufvertrag zum Inhaber der Forderung, sondern erst durch die Abtretung nach § 398 S. 1 BGB in Erfüllung des Rechtskaufs. Fehler in diesem Bereich zeugen von erheblichen Verständnisdefiziten, die sich auf die Bewertung der Klausur unmittelbar negativ auswirken!

Der vom Factor zu zahlende Kaufpreis entspricht dem Wert der Forderungen abzüglich der Provision des Factors.

Der Unternehmer erhält den Kaufpreis, den der Factor für die angekaufte Forderung zu zahlen hat, schon mit Annahme des Kaufangebots.

⁴ **Die entsprechende Lesart des § 433 I S. 1 BGB lautet beim Rechtskauf wie folgt:** „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Forderung verpflichtet, dem Käufer die Forderung abzutreten.“

Dies ist auch der Fall, wenn wegen einer Stundung oder Fälligkeitsvereinbarung (§ 271 I BGB) die Kunden des Unternehmers den Kaufpreis für die Ware erst später zahlen müssen. So erhält der Unternehmer sofortige Liquidität.

Darüber hinaus übernimmt der Factor weitere Dienstleistungen für den Unternehmer, indem er die Debitorenbuchhaltung und das Mahnwesen durchführt. Für diese Tätigkeit erhält der Factor ein Entgelt, § 611 II BGB. Schuldrechtlich handelt es sich also um einen typengemischten Vertrag!

Beim sog. „echten“ Factoring trägt der Factor das Risiko der Einziehbarkeit der abgetretenen Forderungen (sog. Delkredererisiko).⁵

Grund: Beim Rechtskauf ist § 434 BGB nach h.M. **nicht uneingeschränkt anwendbar**, da es einen Sachmangel (so die offizielle Überschrift des § 434 BGB) eines Rechts nicht geben kann.⁶ Ohne Sollbeschaffensvereinbarung i.S.d. § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB haftet der Verkäufer grds. nur für den Bestand des Rechts (sog. Verität). Für das Kaufobjekt „Recht“ ist die Unsicherheit über die Bonität so prägend und selbstverständlich, dass die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nicht zur üblichen Beschaffenheit i.S.d. § 434 III S. 1 Nr. 2 BGB gehört.

2. Unechtes Factoring (= Kreditgeschäft)

Auch beim sog. „unechten“ Factoring tritt der Unternehmer Forderungen gegen seine Kunden nach § 398 S. 1 BGB an den Factor ab.

Beim unechten Factoring haftet – im Unterschied zum echten Factoring – aber der Unternehmer für die Bonität der Forderungen. Das Zahlungsrisiko liegt damit also beim Zedenten.

Der Abtretung liegt daher beim unechten Factoring nach Ansicht des BGH kein Rechtskauf i.S.d. § 453 I S. 1 Alt. 1 BGB zugrunde. Vielmehr handelt es sich um ein Kreditgeschäft. Der Factor gewährt in Höhe des Wertes der vom Unternehmer abgetretenen Forderungen abzüglich der Vergütung für die Dienstleistung des Factors dem Unternehmer ein Darlehen, § 488 BGB.

Die Abtretung der Forderung erfolgt beim unechten Factoring nicht nur zur Sicherheit, sondern zum Zwecke der Erfüllung des Anspruches des Factors aus § 488 I S. 2 BGB. Da die Abtretung erfüllungshalber erfolgt (§ 364 II BGB), ist der Rückzahlungsanspruch aus § 488 I S. 2 BGB erst dann erfüllt, wenn der Factor tatsächlich aus den abgetretenen Forderungen befriedigt wird.

⁵ Zum echten Factoring vgl. auch Grüneberg/Grüneberg, BGB, 83. Auflage 2024, § 398 BGB, Rn. 39 m.w.N.

⁶ Vgl. Eidenmüller in NJW 2002, 1625 (1627).

Gelingt das nicht, weil Schuldner zahlungsunfähig sind, so hat der Unternehmer seine Darlehensschuld nicht erfüllt und wird mit dem zunächst nur vorschussweise gutgeschriebenen Betrag belastet.

Die anderen abgetretenen Forderungen dienen dem Factor dafür als Sicherheit.

Die Abtretung erfolgt daher sowohl zur Sicherheit als auch erfüllungshalber.⁷

Zusammenfassung:

(1) Beim „echten“ Factoring liegt der Abtretung ein Rechtskauf zugrunde. Da bei einem Forderungskauf der Verkäufer nicht für die Bonität haftet, liegt das Risiko der Einziehbarkeit der abgetretenen Forderungen beim Factor.

(2) Beim „unechten“ Factoring werden die Forderungen zur Erfüllung einer Darlehensschuld aus § 488 I S. 2 BGB abgetreten. Da die Abtretung erfüllungshalber erfolgt, trägt hier das Risiko der Einziehbarkeit der Unternehmer.

III. Kollision von Globalzession mit verlängertem Eigentumsvorbehalt („Vertragsbruchtheorie“)

Da auch beim Factoring häufig eine Globalzession zugrunde liegt, stellt sich die Frage, ob das Klassische des § 138 I BGB, nämlich die Kollision der Globalzession mit einer späteren Abtretung derselben Forderungen im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts, auch beim Factoring zur Anwendung kommt.

Hier müssen Sie die Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit einer Globalzession nach § 138 I BGB wegen Verleitung zum Vertragsbruch kennen (sog. „Vertragsbruchtheorie“).

Beispiel: B gewährt Unternehmer U einen Kredit i.H.v. 100.000 €. Zur Sicherheit tritt U an B sämtliche (auch künftige) Forderungen gegen seine Kunden ab.

U steht mit dem Baustofflieferanten L in ständiger Geschäftsverbindung. Er bezieht von L Baumaterial unter Eigentumsvorbehalt (§§ 929 S. 1, 158 I BGB). L ermächtigt den U nach § 185 I BGB, die Vorbehaltsware schon vor Bezahlung an seine Kunden weiter zu veräußern. L lässt sich dabei aber im Gegenzug die Forderungen des U gegen seine Kunden im Voraus abtreten (§ 398 S. 1 BGB). U wurde wiederum von L (widerruflich) nach §§ 362 II, 185 I BGB ermächtigt, die Forderungen bei seinen Kunden einzuziehen (sog. „verlängerter Eigentumsvorbehalt“).

Bei mehrfacher Abtretung derselben Forderung gilt grds. das Prioritätsprinzip, da es – außer im Fall des § 405 BGB – keinen gutgläubigen Forderungserwerb gibt.

⁷ BGH, NJW 2018, 2254 ff. = **jurisbyhemmer**; Grüneberg/Grüneberg, a.a.O., Rn. 40 m.w.N.

Daher ist grds. nur die zeitlich früher erfolgte Abtretung wirksam und die spätere gegenstandslos. Nach der sog. „**Vertragsbruchtheorie**“ des BGH ist aber die zuvor erfolgte Globalzession nach § 138 I BGB wegen Sittenwidrigkeit nichtig.

Der Zedent (U) wird dazu verleitet, seinen Lieferanten (L) aufgrund der vorherigen Globalzession an die Bank (B) über den rechtlichen Erfolg der Vorausabtretung an L im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts zu täuschen, weil er dem L Forderungen abtritt, über die er bereits verfügt hat. B verleitet U daher zu diesem (erheblichen) Vertragsbruch, wenn sie wusste oder wissen musste, dass U in der Regel nur unter verlängertem Eigentumsvorbehalt Waren beziehen kann („Branchenüblichkeit“).⁸

In der Rechtsfolge sind sowohl die schuldrechtliche Sicherungsabrede als auch die Sicherungszession wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 I BGB nichtig.

Die Sittenwidrigkeit der Globalzession kann nur durch eine sog. „**dingliche Verzichtsklausel**“ abgewendet werden, wonach die Abtretung einer Forderung, die auch von dem verlängerten EV erfasst wird, entweder gar nicht oder erst nach Erlöschen des verlängerten Eigentumsvorbehalts von der Globalzession erfasst wird. Eine lediglich schuldrechtliche Freigabeklausel, in der sich B verpflichtet, Forderungen „freizugeben“, die mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt kollidieren, genügt nicht.⁹

hemmer-Methode: Wenn in dieser Situation nun ein Kunde des U nach der Offenlegung der Globalzession durch die Bank den Forderungsbetrag an B zahlt, stellt sich ein bereicherungsrechtliches Problem.

Da die B wegen § 138 I BGB Nichtberechtigte war, kommt ein Herausgabeanspruch des L gegen die B aus § 816 II BGB in Betracht. Dazu müsste die Zahlung des Kunden an die B dem L gegenüber wirksam sein.

§ 408 BGB direkt greift nicht ein, da hier an den Erstzessionar geleistet wurde, nicht aber an den Zweitcessionar. Aufgrund der gleichen Interessenlage kann man jedoch §§ 408, 407 BGB analog anwenden. Demnach war die Leistung an die B gegenüber dem L wirksam. Im Übrigen liegt wohl im Herausgabeverlangen eine konkludente Genehmigung, §§ 362 II, 185 II S. 1 Var. 1 BGB.¹⁰

IV. Anwendbarkeit der Grundsätze zur „Vertragsbruchtheorie“ beim Factoring

Umstritten ist, ob die Vertragsbruchtheorie auch dann Anwendung findet, wenn eine Forderungszession im Rahmen eines Factorings mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt kollidiert.

Nach (umstrittener) Ansicht des BGH ist hierfür zwischen echtem und unechtem Factoring zu unterscheiden.

1. Rechtslage beim echten Factoring

Nach Ansicht des BGH sind die Grundsätze der Vertragsbruchtheorie nicht anwendbar auf eine Global- oder Mantelzession im Rahmen eines echten Factorings.

Die *Vertragsbruchtheorie* kommt dem Lieferanten nicht zugute. Zwar teilt der Unternehmer (= Vorbehaltskäufer) dem Lieferanten die vorherige Abtretung an die Factoring-Bank nicht immer mit. Der Lieferant wird hierdurch aber nicht geschädigt. Lehnt der Factor den Kauf der Forderung ab, kann der Lieferant auf die Forderung gegen den Kunden des Unternehmers zugreifen. Kauft der Factor die Forderung, so steht der Lieferant nicht schlechter, als er ohne die Abtretung stünde.

Für den Lieferanten spielt es keine Rolle, ob der Kunde des Unternehmers den Kaufpreis aufgrund dessen Einzugsermächtigung auf das Konto des Unternehmers überweist oder die Factoring-Bank diesen Betrag dem Konto des Unternehmers gutschreibt. Der Unternehmer kann in beiden Fällen über das Geld frei verfügen.

Zwar schreibt der Factor dem Unternehmer nicht den vollen Betrag gut, sondern zieht das vereinbarte Entgelt ab. Hierdurch werden die schutzwürdigen Belange des Lieferanten aber nicht beeinträchtigt, da der vom Factor gutgeschriebene Betrag i.d.R. die Forderung des Lieferanten gegen den Unternehmer übersteigt. Dieser verkauft die Ware an seine Kunden nämlich zu einem höheren Preis als dem Einkaufspreis weiter.¹¹

Anmerkung: Fraglich ist, ob die Abtretung an den Factor auch dann wirksam ist, wenn das Factoring nach der Abtretung im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts vereinbart wurde. In diesem Fall verfügt der Unternehmer über die Forderung als Nichtberechtigter, da die Abtretung an den Vorbehaltslieferanten zeitlich vorgeht und daher wirksam ist.

Da es keinen gutgläubigen Forderungserwerb gibt, kann die Zweitcession nur nach § 185 I BGB wirksam sein.

BGH¹² und h.L.¹³ gehen aber davon aus, dass die dem Vorbehaltskäufer erteilte Einzugsermächtigung (§§ 362 II, 185 I BGB) die Abtretung an den Factor mit abdeckt.

⁸ Vgl. hierzu ausführlich auch Hemmer/Wüst/Tyroller, **Kreditsicherungsrecht, Rn. 121 ff.**

⁹ Vgl. dazu BGH, NJW 1999, 76 ff. = **jurisbyhemmer**; BGH, NJW 1999, 2589 ff. = **jurisbyhemmer**; BGH, NJW 2005, 1192 ff. = **jurisbyhemmer**.

¹⁰ Vgl. Hemmer/Wüst/Gold, **Bereicherungsrecht, Rn. 403.**

¹¹ Reinicke/Tiedtke, a.a.O., Rn. 1393.

¹² BGHZ 72, 15 = **jurisbyhemmer**; BGH, WM 1987, 775 = **jurisbyhemmer**.

¹³ Reinicke/Tiedtke, a.a.O., Rn. 1394; Haertlein, JA 2001, 812; a.A. Picker, JuS 1988, 375 (383).

Die Überlegung ist auch hier, dass der Lieferant nicht schlechter steht, als er stehen würde, wenn der Abnehmer sofort an den Vorbehaltskäufer gezahlt hätte. Der Lieferant wird also an einer Abtretung an eine Factor-Bank nichts auszusetzen haben, sodass sich diese Ermächtigung nach § 185 I BGB, auch wenn sie nicht ausdrücklich vorhanden ist, im Wege ergänzender Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) gewinnen lässt. Der BGH geht sogar noch einen Schritt weiter. Wenn der Lieferant in seinen AGB'en bestimmt, dass die Einziehungsermächtigung die Abtretung an einen Factor nicht umfasst, ist eine solche Klausel wegen Verstoßes gegen § 307 I, II BGB unwirksam¹⁴, weil der Vorbehaltskäufer übermäßig in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkt wird.

2. Rechtslage beim unechten Factoring

Während beim echten Factoring über die Rechtslage (im Wesentlichen) Einigkeit besteht, ist diese beim unechten Factoring äußerst umstritten.¹⁵

a) Der BGH wendet hier die „Vertragsbruchtheorie“ an und hält die vorherige Zession an den Factor für sittenwidrig (§ 138 I BGB), wenn diese Zession üblicherweise mit verlängerten Eigentumsvorbehalten kollidiert und keine dingliche Verzichtsklausel enthält.¹⁶

Das unechte Factoring sei – im Gegensatz zum echten Factoring – ein Kreditgeschäft und daher mit der Sicherungszession zu vergleichen, sodass auch die Vertragsbruchtheorie Anwendung finden müsse.

b) Diese Ansicht ist in der Literatur auf erhebliche Kritik gestoßen.¹⁷ Zahlreiche Stimmen sprechen sich für die Gleichbehandlung von echtem und unechtem Factoring aus, denn auch bei Letzterem erhält der Unternehmer (= Vorbehaltskäufer) den um die Provision geminderten Nennbetrag der Forderung zunächst gutgeschrieben. Diesen kann er zur Tilgung von Schulden oder für Investitionen im Betrieb verwenden, sodass der Lieferant gar nicht schlechter steht.

Außerdem kommt der Rückzahlungsanspruch des Factors nur zum Tragen, wenn die abgetretene Forderung uneinbringbar war. In diesem Fall hätte aber auch der Lieferant nichts mit der Forderung anfangen können.

¹⁴ BGHZ 72, 15 (22) = jurisbyhemmer; Reinicke/Tiedtke, a.a.O., Rn. 1396.

¹⁵ Ausführlich hierzu mit weiteren Nachweisen Reinicke/Tiedtke, a.a.O., Rn. 1399 ff.

¹⁶ BGHZ 82, 50 ff. = NJW 1982, 164 ff. = jurisbyhemmer.

¹⁷ Reinicke/Tiedtke, a.a.O., Rn. 1400 ff.; Jork, JuS 1994, 1019 (1024 f.).

c) Der Meinungsstreit zum unechten Factoring wirkt sich wie folgt aus.

Folgt man der Ansicht des BGH, ist die Abtretung an den Factor unwirksam, sodass bei einer Zahlung des Kunden an den Factor der Lieferant von diesem nach § 816 II BGB die Herausgabe des Erlangten verlangen kann.

Nach Ansicht der Literatur besteht dieser Anspruch nicht, da die Abtretung an den Factor wirksam war.

Anmerkung: In der nun folgenden Besprechung des BGH-Urteils lag ein echtes Factoring vor, bei welchem der Abtretung ein Rechtskauf i.S.d. § 453 I BGB zugrunde lag.

Da die abgetretenen Forderungen nicht bestanden, wollte der Factor vom Rechtskauf zurücktreten. Der BGH musste nun die Frage klären, nach welchen Vorschriften sich die Rechte des Factors bestimmen und welche Verjährung für diese Ansprüche gilt!

C) Lösung

Die Klage des K gegen V wäre begründet, wenn dem K gegen V ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises zustehen würde. In Betracht kommt ein **Anspruch nach § 346 I BGB**, wenn K wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten ist.

I. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

K hat am 21.09.2018 den Rücktritt erklärt, § 349 BGB. Die Erklärung erfolgte gegenüber V und wurde daher als Willenserklärung wirksam (vgl. § 130 I S. 1 BGB).

II. Vorliegen eines Rücktrittsgrundes

Für einen wirksamen Rücktritt müsste zugunsten des K ein Rücktrittsrecht bestanden haben.

1. Rücktrittsrecht nach §§ 453 I S. 1 Alt. 1, 437 Nr. 2 Alt. 1, 326 V, 323 I Alt. 2 BGB

K könnte gem. §§ 453 I S. 1 Alt. 1, 437 Nr. 2 Alt. 1, 326 V, 323 I Alt. 2 BGB ein Rücktrittsrecht zustanden haben.

a) Wirksamer Rechtskaufvertrag, § 453 I BGB

Zwischen V und K wurde durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen (Angebot und Annahme, §§ 145, 147 BGB) ein sog. „Factoringvertrag“ geschlossen.

In diesem Vertrag hat sich V verpflichtet, siebzehn Forderungen gegen seine Patienten an den K abzutreten. Da K für die angekauften Forderungen bei nachgewiesener Zahlungsunfähigkeit des Patienten das Ausfallrisiko übernommen hat, war die Vereinbarung zwischen V und K als „echtes“ Factoring ausgestaltet.

Bei dieser Ausgestaltung handelt es sich nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH um einen Rechtskauf i.S.d. § 453 I S. 1 Alt. 1 BGB.

Anmerkung: Vgl. dazu den Problemaufriss!

Daher finden nach § 453 I S. 1 Alt. 1 BGB die gesetzlichen Bestimmungen über den Kauf von Sachen entsprechende Anwendung.

b) Vorliegen eines Rechtsmangels nach § 435 i.V.m. §§ 453 I S. 1 Alt. 1, 437 BGB

Fraglich ist aber, ob vorliegend das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht überhaupt anwendbar ist.

Dies könnte der Fall sein, weil die von V verkauften Forderungen nicht bestanden.

Das Berufungsgericht (OLG Celle als Vorinstanz) war der Auffassung, dass beim Verkauf eines nicht bestehenden Rechts ein Rechtsmangel nach § 435 BGB vorliegt.¹⁸

Der BGH tritt dieser Ansicht zu Recht entgegen.

aa) Abgrenzung zwischen kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht und allgemeinem Leistungsstörungenrecht

Welche gesetzlichen Regelungen für die Ansprüche des Käufers einer Forderung gegen den Verkäufer im Falle einer Leistungsstörung maßgeblich sind, bestimmt sich nach der Art der im konkreten Einzelfall in Rede stehenden Leistungsstörung.

Außerdem ist zu fragen, ob der Gesetzgeber die Folgen dieser Leistungsstörung in den für alle Schuldverhältnisse geltenden Bestimmungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts oder abweichend hiervon in besonderen Vorschriften des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts geregelt hat.

(1) Verkaufte Forderung existiert nicht

Existiert die als bestehend verkaufte Forderung nicht oder nicht mehr, kann der Verkäufer sie dem Käufer nicht durch Abtretung gemäß § 398 S. 1 BGB übertragen.

Vermag er die Forderung nicht noch zu schaffen

oder sich – falls sie bei einem Dritten entsteht – zu verschaffen, liegt nicht etwa ein vom kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht geregelter Mangel der verkauften Forderung vor. Vielmehr kann der Verkäufer seine Pflicht zur Verschaffung der verkauften Forderung nach §§ 453 I S. 1 Alt. 1, 433 I S. 1 BGB schon gar nicht erfüllen.

Damit liegt ein vom allgemeinen Leistungsstörungenrecht geregelter Fall der Unmöglichkeit vor, die den Verkäufer von seiner Leistungspflicht nach § 275 I BGB befreit.¹⁹

(2) Verkaufte Forderung existiert, ist aber mit Mängeln behaftet

Hiervon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen die verkaufte Forderung zwar besteht, aber mit Mängeln behaftet ist, §§ 453 I S. 1, 434 f. BGB.

Da dem Verkäufer eine Übertragung der – so beschaffenen – Forderung auf den Käufer durch Abtretung gemäß § 398 S. 1 BGB möglich ist, liegt kein Fall der Nichterfüllung der kaufrechtlichen Verschaffungspflicht nach §§ 453 I S. 1 Alt. 1, 433 I S. 1 BGB vor. Vielmehr ist dies ein Fall der Schlechtleistung, nämlich eine Verletzung der aus §§ 453 I S. 1 Alt. 1, 433 I S. 2 BGB folgenden Pflicht des Verkäufers, dem Käufer das Recht „frei von Sach- und Rechtsmängeln“ zu verschaffen.

bb) Zwischenergebnis

Nach diesem Maßstab waren die von V verkauften Forderungen nicht mangelhaft. Die Forderungen existierten nämlich bereits nicht.

Damit kommt ein Rücktritt nach §§ 453 I S. 1 Alt. 1, 437 Nr. 2 BGB nicht in Betracht.

2. Rücktritt nach §§ 326 V, 323 I Alt. 2 BGB

K könnte aber gem. §§ 326 V, 323 I Alt. 2 BGB zum Rücktritt berechtigt gewesen sein.

Da beim Verkauf einer nicht existenten Forderung die Erfüllung der Pflicht aus §§ 435 I S. 1 Alt. 1, 433 I S. 1 BGB unmöglich ist, liegt ein Fall des § 275 I BGB vor.

Eine vorherige Fristsetzung zur Erfüllung war gem. § 326 V BGB wegen Unmöglichkeit der Leistung entbehrlich.

Die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts nach §§ 326 V, 323 I Alt. 2 BGB lagen damit zur Zeit der Rücktrittserklärung am 21.09.2018 vor.

¹⁸ OLG Celle, Urteil vom 22.10.2020, Az. 11 U 127/19.

¹⁹ Grüneberg/Weidenkaff, a.a.O., § 453, Rn. 19; MüKo/Westermann, BGB, 8. Aufl. 2019, § 453 Rn. 10.

hemmer-Methode: Auch ohne Rücktritt wäre K gem. §§ 326 IV, 346 I BGB berechtigt gewesen, den Kaufpreis zurück zu verlangen, weil dieser gem. § 326 I S. 1 BGB nicht geschuldet war. Zum Teil wird von einer absoluten Mindermeinung in der Literatur zwar die Ansicht vertreten, der Rückgewähranspruch nach § 326 IV i.V.m. § 346 I BGB setze voraus, dass die Gegenleistung **vor** Erlöschen der Leistungspflicht erbracht worden sei, da sonst ein Fall der Leistung auf eine Nichtschuld vorliege, für welchen § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB gelte.²⁰ Bei anfänglicher Unmöglichkeit wäre nach dieser Ansicht nicht § 326 IV BGB, sondern § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB einschlägig. Angesichts des in § 326 IV BGB zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willens überzeugt diese Ansicht nicht.²¹ Eine Kenntnis dieses Meinungsstreits wird von Ihnen im Examen aber sicher nicht erwartet!

III. Kein Ausschluss des Rücktritts wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung, §§ 326 V, 323 V S. 2 BGB

Der Rücktritt wäre gem. §§ 326 V, 323 V S. 2 BGB ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung des V nur unerheblich gewesen wäre.

Da keine der siebzehn verkauften Forderungen des V gegen seine Patienten bestand, war die Pflichtverletzung des V eindeutig nicht unerheblich. Ein Teilrücktritt ist hier daher nicht gegenüber dem Rücktritt vom *ganzen* Vertrag vorrangig.

IV. Ausschluss des Rücktrittsrechts wegen Verfristung, § 218 I S. 2 i.V.m. S. 1 BGB

Die Rücktrittserklärung könnte aber gem. § 218 I S. 2 i.V.m. S. 1 BGB verfristet sein, wenn der hypothetische Erfüllungsanspruch des V gegen K verjährt wäre und sich V hierauf beruft.

hemmer-Methode: Achten Sie exakt auf die Formulierung: Ein Rücktrittsrecht als Gestaltungsrecht kann nicht verjähren, denn verjähren können nur Ansprüche, vgl. § 194 BGB.

V hat sich während des Prozesses auf Verjährung berufen.

Fraglich ist, ob der – wegen § 275 I BGB lediglich hypothetische – Anspruch des V gegen K auf Verschaffung der Forderungen im Wege der Abtretung tatsächlich verjährt war.

²⁰ MüKo/Ernst, BGB, 9. Auflage 2022, § 326 Rn. 103.

²¹ BeckOK-BGB/Schmidt, 69. Edition 01.02.2024, § 326 Rn. 11 m.w.N.

1. Einschlägige Verjährungsvorschrift beim Verkauf nicht existenter Forderung

Nach welchen Bestimmungen sich beim Verkauf einer nicht bestehenden Forderung die Verjährung von Ansprüchen des Forderungskäufers gegen den Forderungsverkäufer richtet, ist umstritten.

a) Meinungsstand in der Literatur

Nach einer Ansicht gelten die allgemeinen Verjährungsregeln der §§ 195, 199 BGB.²²

Nach a.A. soll § 438 I BGB analog angewendet werden, wobei teilweise die zweijährige Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 3 BGB²³, überwiegend die 30-jährige Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 1a BGB herangezogen wird.²⁴

b) Ansicht des BGH: §§ 195, 199 BGB gelten

Der BGH schließt sich in dieser Entscheidung der erstgenannten Auffassung an. Der Verkauf einer nicht bestehenden Forderung wird als Fall der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit und damit der Nichterfüllung von der besonderen gewährleistungsrechtlichen Verjährungsregelung in §§ 453 I S. 1 Alt. 1, 438 BGB weder unmittelbar noch analog erfasst. Maßgeblich sind vielmehr die allgemeinen verjährungsrechtlichen Bestimmungen der §§ 195, 199 BGB.

aa) Keine direkte Anwendung von § 438 BGB

Eine direkte Heranziehung der 30-jährigen Verjährungsfrist nach § 438 I Nr. 1a BGB bzw. der zweijährigen Verjährungsfrist nach § 438 I Nr. 3 BGB auf die Ansprüche des Käufers einer nicht bestehenden Forderung scheidet aus.

Denn in diesem Fall gibt es den von §§ 453 I S. 1, 438, 437 BGB vorausgesetzten Bezugspunkt für eine Mängelgewährleistung – einen auf den Käufer übertragenen Kaufgegenstand – nicht.

Es war eine grundlegende konzeptionelle Entscheidung des Gesetzgebers, die besondere Verjährungsregelung in § 438 BGB tatbestandlich allein an die in § 437 BGB aufgeführten Rechte des Käufers anzuknüpfen, die ihrerseits durch das Vorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels des Kaufgegenstands im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nach §§ 434 f. BGB ausgelöst werden.

²² Grüneberg/Weidenkaff, a.a.O., § 453 Rn. 31; Eidenmüller, NJW 2002, 1625 (1626); Erman/Grunewald, BGB, 17. Auflage 2023, § 438 Rn. 5 und § 453 Rn. 9.

²³ Vgl. Wälzholz, DStR 2002, 500 (503).

²⁴ BeckOK-BGB/Faust, § 438 Rn. 18; § 453 Rn. 12; BeckOK-BGB/Wilhelmi, § 453, Rn. 105 sowie MüKo/Westermann, a.a.O., § 438 Rn. 7.

Nur diese Rechte und Ansprüche des Käufers sollten den besonderen zeitlichen Grenzen des § 438 BGB – und damit einem einheitlichen Verjährungsregime – unterstellt werden. Für andere, nicht aus der Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstands herrührende Rechte und Ansprüche des Käufers, insbesondere solche nach dem – wie hier im Fall der Nichterfüllung vertraglicher Leistungspflichten geltenden – allgemeinen Leistungsstörungenrecht, sollen die allgemeinen zeitlichen Grenzen der §§ 194 ff. BGB gelten.²⁵

bb) Keine analoge Anwendung von § 438 BGB

Zudem kann weder die 30-jährige Verjährungsfrist nach § 438 I Nr. 1a BGB noch die zweijährige Verjährungsfrist nach § 438 I Nr. 3 BGB auf den Verkauf einer nicht bestehenden Forderung analog angewendet werden.

Unter **Analogie** versteht man die Übertragung der für einen Tatbestand im Gesetz vorgesehenen Regel auf einen nicht im Gesetz geregelten Tatbestand. Sie setzt nach gefestigter Rechtsprechung voraus, dass das Gesetz eine Regelungslücke enthält. Außerdem muss der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem gesetzlich geregelten Tatbestand vergleichbar sein, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen.²⁶

(1) Keine planwidrige Regelungslücke

Eine Analogie scheitert hier bereits am Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke. Das Fehlen einer gesonderten gesetzlichen Regelung über die Anordnung einer nur zweijährigen oder einer sogar 30-jährigen Verjährungsfrist für die Rechte des Käufers einer nicht bestehenden Forderung beruht vielmehr auf der bewussten Entscheidung des Gesetzgebers, diesen Fall den allgemeinen Regelungen zur Verjährung zu unterstellen.

Anmerkung: Der BGH zitiert hier ausführlich die Erörterungen im Gesetzgebungsverfahren zur Schuldrechtsmodernisierung. Da solche Ausführung von Ihnen im Examen nicht verlangt werden, wurde auf eine Darstellung in der **Life&LAW** verzichtet.

²⁵ Vgl. auch jurisPK-BGB/Pammler, Stand: 1. Februar 2023, § 438 Rn. 6 f. = jurisbyhemmer.

²⁶ Vgl. BGHZ 105, 140 (143) = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2003, 2601 (2603) = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2021, 1942 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2022, 1620 ff. = jurisbyhemmer.

(2) Keine vergleichbare Interessenlage

Es fehlt zudem an einer vergleichbaren Interessenlage.

Die Geltung einer 30-jährigen Verjährungsfrist wollte der Gesetzgeber allein für den als besonderen Rechtsmangel angesehenen Fall, dass sich der Käufer einer Sache dem Herausgabeanspruch eines Dritten aus einem dinglichen Recht (z.B. § 985 BGB) ausgesetzt sieht, § 438 I Nr. 1a BGB (sog. „Eviktionsfälle“).

Da dieser Herausgabeanspruch nach § 197 I Nr. 2 BGB einer 30-jährigen Verjährungsfrist unterliegt, hielt der Gesetzgeber zum Schutz des Käufers einen Gleichlauf der Verjährungsfristen für geboten (Grundsatz der „Waffengleichheit“).

Anmerkung: Zur Rechtslage beim Verkauf einer gestohlenen Sache lesen Sie den **background** zu dieser Entscheidung.

Hiermit stimmt die Interessenlage im Falle des Verkaufs einer nicht bestehenden Forderung nicht überein. Weder hat der Käufer aufgrund einer gleichwohl vorgenommenen Abtretung irgendeine Rechtsposition erlangt, vor deren drohender Entziehung er (langfristig) geschützt werden müsste, noch gibt es einen Dritten, der an dem Kaufgegenstand berechtigt sein könnte.

Zwischenergebnis: Damit kommt im vorliegenden Fall die Regelverjährung nach §§ 195, 199 BGB zur Anwendung.

2. Eintritt der Regelverjährung

Da K ab Juni 2011 die abgetretenen Forderungen außergerichtlich erfolglos geltend gemacht hat, war ihm seit diesem Zeitpunkt bekannt bzw. zumindest infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt, dass ihm nicht bestehende Forderungen abgetreten wurden.

Die Regelverjährung begann daher gem. § 199 I BGB mit Ende des Jahres 2011 zu laufen und endete – drei Jahre später (§ 195 BGB) – mit Ablauf des Jahres 2014. Da der 31.12.2014 ein Mittwoch war, konnte an diesem Tag auch die Regelverjährung ablaufen (vgl. § 193 BGB). Ab dem 01.01.2015 war daher der hypothetische, wegen § 275 I BGB schon gar nicht bestehende Anspruch des K gegen V auf Verschaffung der Forderung nach §§ 453 I S. 1 Alt. 1, 433 I S. 1 BGB verjährt.

3. Ergebnis

Da der Rücktritt von V erst am 21.09.2018 erklärt wurde, war dieser nach § 218 I S. 2 i.V.m. S. 1 BGB verfristet und daher unwirksam.

V. Endergebnis

Da der erklärte Rücktritt unwirksam war, besteht kein Anspruch des K auf Rückzahlung des Kaufpreises aus § 346 I BGB.

Zwar besteht auch ohne Rücktritt ein Anspruch auf Rückzahlung aus §§ 326 IV, 346 I BGB, weil der Kaufpreis wegen anfänglicher Unmöglichkeit nicht geschuldet war (vgl. § 326 I S. 1 BGB; s.o.). Dieser Anspruch ist jedoch nach §§ 195, 199 BGB ebenfalls seit dem 01.01.2015 verjährt und damit nicht mehr durchsetzbar, § 214 I BGB.

Die Klage des K gegen V ist daher unbegründet.

D) Kommentar

(mty). Die Entscheidung des BGH ist richtig und die Examensrelevanz als hoch einzustufen.

Der BGH hat in einem „obiter dictum“ außerdem noch klargestellt, dass sich die Verjährung der Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer beim Verkauf einer bestehenden, aber mangelhaften Forderung nach der besonderen Verjährungsvorschrift des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts (§§ 453 I S. 1, 438 BGB) richtet. Maßgeblich sei die in § 438 I Nr. 3 BGB geregelte Verjährungsfrist von zwei Jahren²⁷, die einheitlich für alle mangelbedingten Ansprüche des Forderungskäufers entsprechend §§ 453 I S. 1, 438 II BGB zu dem Zeitpunkt beginnt, zu dem die verkaufte Forderung auf den Käufer übergehen soll, mithin mit deren Abtretung.²⁸

Anmerkung: Der BGH hat in der Sache nicht endgültig entschieden. Aufgrund des Inhalts der Vereinbarung zwischen V und K bestanden (so der BGH) Anhaltspunkte dafür, dass die Verjährung der von K geltend gemachten Zahlungsansprüche gegen V jedenfalls bis zum Abschluss der erfolglosen Vergütungsprozesse gegen die Patienten aufgrund einer Stundung nach § 205 BGB gehemmt war. Die Abrechnungsvereinbarung sei dahin zu verstehen, dass die beiderseitigen Ansprüche aus der laufenden Geschäftsverbindung grundsätzlich in ein Verrechnungssystem eingestellt werden. Etwaige Rückforderungsansprüche des K gegen V und deren gesonderte, insbesondere gerichtliche Verfolgung im Verhältnis von K zu V sollten zunächst zurückgestellt werden.

Der Zweck des vereinbarten Factorings, den K hinsichtlich des Zahlungsmanagements, Mahnwesens sowie der Durchsetzung in einem streitigen Verfahren gegen die Patienten zu entlasten, legt das Verständnis nahe, dass etwaige im Falle einer Erfolglosigkeit dieses Vorgehens in Betracht kommende (Rückgriffs-)Ansprüche des K gegen V erst nach dem rechtskräftigen Abschluss des Gerichtsverfahrens gegen den Patienten einem internen Ausgleich zugeführt werden sollen.

Anderenfalls wäre K zur Wahrung seiner eigenen Ansprüche gegenüber V in jedem Fall bereits bei ersten Anhaltspunkten für Hindernisse bei der Forderungsdurchsetzung gegen den jeweiligen Patienten gezwungen, zugleich auch – gegebenenfalls gerichtlich – gegen den Beklagten vorzugehen.

Wäre eine Hemmung nach § 205 BGB zu bejahen, wäre die Rücktrittserklärung rechtzeitig erfolgt.

Eine abschließende Entscheidung war dem BGH jedoch nicht möglich, da das Berufungsgericht diesen rechtlichen Gesichtspunkt (erkennbar) nicht in den Blick genommen hat. Bei zutreffender rechtlicher Beurteilung hätte es die Parteien auf die mögliche Bedeutung der Bestimmungen der Abrechnungsvereinbarung für die Frage der Durchsetzbarkeit der einzelnen streitgegenständlichen Forderungen im Verhältnis der Parteien zueinander und für die hieran anknüpfende Frage einer etwaigen Verjährungshemmung hinweisen und den Parteien Gelegenheit zu einem hierauf bezogenen Vortrag geben müssen. Der BGH hat das Berufungsurteil daher aufgehoben und den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (§§ 562 I, 563 I S. 1 ZPO).

E) hemmer-background

Im **hemmer-background** soll – passend zu dieser Entscheidung – die Frage erörtert werden, wie sich die Rechtslage beim Verkauf einer gestohlenen Sache darstellt, bei welcher wegen § 935 I S. 1 BGB (auch) kein gutgläubiger Erwerb möglich ist, wenn der Eigentümer die Verfügung nicht genehmigt, § 185 II S. 1 Var. 1 BGB. Auch hier ist umstritten, ob das Eigentum eines Dritten einen Rechtsmangel i.S.d. § 435 S. 1 BGB darstellt.²⁹

Verneint man das Vorliegen eines Rechtsmangels, so hat der Verkäufer seine Verschaffungspflicht (§ 433 I S. 1 BGB) nicht erfüllt.

²⁷ Grüneberg/Weidenkaff, a.a.O., § 453, 31a; so auch BeckOK-BGB/Faust, § 438 Rn. 17 a.E.

²⁸ MüKo/Westermann, a.a.O., § 438 Rn. 8.

²⁹ Vgl. ausführlich hierzu auch Tyroller, „Der Verkauf gestohlener Sachen: Gedanken zur anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit beim Kaufvertrag!“, in **Life&LAW 03/2008, 197 ff.**

Es liegt nach § 275 I BGB ein Fall anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit vor. Die Rechtsfolgen richten sich nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht (§§ 275 I, IV, 311a II, 326 IV, V BGB).

Bejaht man das Vorliegen eines Rechtsmangels, so hat der Verkäufer seine Pflicht aus § 433 I S. 2 BGB nicht erfüllt. Die Rechtsfolgen richten sich dann nach kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht (§§ 437 Nr. 2, 326 V BGB bzw. §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB).

Der wesentliche Unterschied liegt allerdings in der unterschiedlichen Verjährung: Im ersten Fall verjährt der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. § 311a II BGB nach drei Jahren (§ 195 BGB), bei Bejahung eines Rechtsmangels verjährt der Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB erst in 30 Jahren (§ 438 I Nr. 1a BGB).

Zwar beginnt die Regelverjährung des § 195 BGB nicht zu laufen, solange der Käufer keine Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners hat und seine Unkenntnis auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht (§ 199 I Nr. 2 BGB). Allerdings ordnet § 199 III Nr. 1 BGB an, dass sonstige Schadensersatzansprüche, die nicht auf der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit beruhen (hierfür gilt § 199 II BGB), ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an verjähren (§ 199 III Nr. 1 BGB).

Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung entsteht einheitlich zusammen mit dem Primäranspruch.³⁰ Der Anspruch aus § 311a II BGB beim Verkauf gestohlener Sachen entsteht daher nach richtiger Ansicht bereits mit Vertragsschluss.

I. Dritteigentum ist kein Rechtsmangel

Das Gesetz trennt ausdrücklich die Pflicht des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung (§ 433 I S. 1 BGB) von der Pflicht zur sach- und rechtsmangelfreien Leistung (§ 433 I S. 2 BGB). Nur bei einer gegen § 433 I S. 2 BGB verstoßenden Leistung kommen die §§ 434 ff. BGB in Betracht.

Verschafft der Verkäufer dem Käufer kein Eigentum an der Kaufsache, so handelt es sich um eine Leistungsstörung der Pflicht aus § 433 I S. 1 BGB. Die fehlende Eigentumsverschaffung stellt daher keinen Rechtsmangel i.S.d. § 435 S. 1 BGB dar.³¹

³⁰ Grüneberg/Ellenberger, a.a.O., § 199, Rn. 15.

³¹ BGH, NJW 2007, 3777 (3779, Rz. 27) = jurisbyhemmer.

II. Problem: Verjährung

Problematisch ist, dass dem Eigentümer gegen den Käufer grds. 30 Jahre lang ein durchsetzbarer Anspruch aus § 985 BGB auf Herausgabe zusteht, § 197 I Nr. 2 BGB, der Anspruch des Käufers aus § 311a II BGB aber der Regelverjährung des § 195 BGB unterliegt. Diese „Ungerechtigkeit“ wollte § 438 I Nr. 1a BGB mit dem Gleichlauf der Verjährung verhindern. Dies könnte dafür sprechen, das Dritteigentum entweder doch als Rechtsmangel i.S.d. § 435 S. 1 BGB zu qualifizieren³² oder zumindest für die Verjährung des Anspruches aus § 311a II BGB die Vorschrift des § 438 I Nr. 1a BGB analog heranzuziehen.³³

Der BGH hat das Vorliegen eines Rechtsmangels abgelehnt und die Frage der analogen Anwendung des § 438 I Nr. 1a BGB im konkreten Fall mangels Entscheidungserheblichkeit offengelassen.³⁴

Überzeugend ist es, die Regelverjährung nach § 195 BGB anzuwenden, da die häufig aufgestellte Behauptung, im Fall des Verkaufs gestohlener Sachen drohe eine verjährungsrechtlich bedingte Regressfalle, überhaupt nicht zutrifft. Nach § 937 I BGB erwirbt nämlich derjenige, der eine Sache zehn Jahre im Eigenbesitz hatte, das Eigentum an der beweglichen Sache. Damit erlischt der Anspruch aus § 985 BGB auf Tatbestandsebene, sodass sich die Frage nach der Verjährung gar nicht erst stellt.

F) Wiederholungsfrage

- **Welche Ansprüche bestehen beim Verkauf einer nicht existenten Forderung?**

Mangels Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs liegt ein Fall anfänglicher objektiver Unmöglichkeit und damit der Nichterfüllung vor. Die Rechtsfolgen richten sich folglich nach dem allgemeinem Leistungsstörungenrecht (§§ 275 I, IV, 311a II, 326 IV, V BGB). Die Verjährung der dem Käufer zustehenden Ansprüche richtet sich nach den §§ 195, 199 BGB.

G) Zur Vertiefung

Zum Rechtskauf, § 453 I S. 1 BGB

- Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT I, Rn. 333 ff.

³² Scheuren-Brandes, ZGS 2005, 295 ff.; Pahlow, JuS 2006, 289 (293).

³³ Grüneberg/Weidenkaff, a.a.O., § 438, Rn. 6 (unklar aber Grüneberg/Grüneberg, a.a.O., § 311a, Rn. 11); MüKo/Westermann, a.a.O., § 438 BGB, Rn. 13.

³⁴ BGH, NJW 2007, 3777 (3779, Rz. 28) = jurisbyhemmer.