

Schuldrecht Allgemeiner Teil: Schuldrecht AT

Looschelders

19. Auflage 2021
ISBN 978-3-8006-6595-2
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

IV. Wirkung der Erfüllung

1. Erlöschen des Schuldverhältnisses

Durch die Erfüllung erlischt nach § 362 die **Leistungspflicht** des Schuldners. Der Begriff des Schuldverhältnisses ist hier also im engeren Sinne zu verstehen (→ § 1 Rn. 7). Der Bestand des Schuldverhältnisses im Ganzen wird vom Erlöschen einzelner Forderungen grundsätzlich nicht berührt. Das Schuldverhältnis im weiteren Sinne erlischt erst, wenn sämtliche Pflichten, aus denen es sich zusammensetzt, erloschen sind. Dabei ist zu beachten, dass Nebenleistungs- und Schutzpflichten auch lange nach Abwicklung der Hauptleistungspflichten noch relevant werden können (→ § 22 Rn. 20).

Zusammen mit der Forderung erlöschen auch die an deren Bestand gebundenen (*akzessorischen*) **Sicherungsrechte**, zB Bürgschaft (§§ 765 ff.) oder Hypothek (§§ 1113 ff.).

2. Beweislastumkehr

Hat der Gläubiger die Leistung als Erfüllung angenommen, so tritt gem. § 363 eine **Beweislastumkehr** ein. Der Schuldner muss im Prozess nicht mehr beweisen, dass er die Leistung wie geschuldet erbracht hat. Vielmehr obliegt dem Gläubiger der Nachweis, dass die Leistung nicht vertragsgemäß oder nur unvollständig erbracht worden ist. Dagegen führt die Annahme der Leistung grundsätzlich nicht zu einem Verlust *materieller* Rechte. Der Gläubiger bleibt also berechtigt, Ansprüche wegen der Unvollständigkeit oder Fehlerhaftigkeit der Leistung geltend zu machen.

Zur Vertiefung: Im Werkvertragsrecht kann die vorbehaltlose Abnahme in Kenntnis des Mangels nach § 640 III zum Verlust von Gewährleistungsrechten führen (→ SchuldR BT § 34 Rn. 33 f.). Die entsprechende kaufrechtliche Regelung (§ 464 aF) ist bei der Schuldrechtsreform aufgehoben worden. Die vorbehaltlose Annahme kann aber als abändernde Vereinbarung über die Beschaffenheit der Kaufsache zu deuten sein.⁹

3. Quittung und Schuldschein

Mit der Erfüllung der Leistungspflicht erwirbt der Schuldner gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Erteilung einer **Quittung** (§ 368). Der Anspruch weist insofern eine Besonderheit auf, als er erst auf ein ausdrückliches Verlangen des Schuldners und nicht unaufgefordert zu erfüllen ist (sog. verhaltener Anspruch).¹⁰ Kommt der Gläubiger dem Verlangen des Schuldners nach Erteilung der Quittung nicht nach, so steht dem Schuldner wegen seiner eigenen Leistung ein **Zurückbehaltungsrecht** nach § 273 (→ § 15 Rn. 1 ff.) zu.¹¹ Da die Quittung dem Schuldner den Nachweis der Leistungserbringung erleichtert, muss er grundsätzlich die *Kosten* tragen und gegebenenfalls vorstrecken (§ 369).

Zur Vertiefung: Die Quittung ist eine *Wissenserklärung* ohne rechtsgeschäftlichen Charakter. Der Gläubiger bekundet lediglich die Tatsache, dass er die geschuldete Leistung empfangen hat. Die §§ 104 ff. sind daher nicht anwendbar. Hat ein *Minderjähriger* die Quittung ausgestellt, so greift § 370

⁹ HK-BGB/Saenger § 442 Rn. 4. Hat der Käufer den Mangel schon bei Vertragsschluss gekannt, so sind Gewährleistungsansprüche nach § 442 ausgeschlossen.

¹⁰ MüKoBGB/Fetzer § 368 Rn. 13.

¹¹ HK-BGB/Schulze § 368 Rn. 4; Larenz SchuldR I § 18 III.

(→ § 17 Rn.6) aber nicht ein. Der Minderjährigenschutz muss hier dem Schutz des gutgläubigen Schuldners vorgehen.¹²

Hat der Schuldner die Leistung bewirkt, so kann er außerdem die Rückgabe eines über die Forderung ausgestellten **Schuldscheines** verlangen (§ 371).

4. Tilgungsreihenfolge

- 11 Die Zuordnung einer Leistung kann Probleme bereiten, wenn der Schuldner gegenüber dem Gläubiger aus **mehreren** Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet ist und die Leistung nicht zur Tilgung sämtlicher Forderungen ausreicht. In einem solchen Fall muss geklärt werden, auf welche Forderung die Leistung anzurechnen ist.

a) Tilgungsbestimmung durch den Schuldner

- 12 Nach § 366 I ist für die Zuordnung primär der erklärte **Wille des Leistenden** maßgebend. Dieser kann durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung die Reihenfolge bestimmen, in der die Forderungen getilgt werden sollen. Die Tilgungsbestimmung braucht nicht ausdrücklich getroffen zu werden, sondern kann sich auch stillschweigend aus den Umständen des Einzelfalls, insbesondere aus der Interessenlage ergeben.¹³ Sie muss grundsätzlich spätestens im Zeitpunkt der Leistung vorliegen. Die Parteien können jedoch vereinbaren, dass der Schuldner eine nachträgliche Tilgungsbestimmung treffen darf.¹⁴

Die hM sieht die Tilgungsbestimmung als **Willenserklärung** an.¹⁵ Nach der Gegenauffassung ist sie eine geschäftsähnliche Handlung.¹⁶ Die praktische Bedeutung der Frage ist gering, weil die §§ 104ff. nach beiden Auffassungen – direkt oder entsprechend – anwendbar sind. Die Bestimmung kann somit gem. § 119 wegen Irrtums **angefochten** werden.¹⁷ Nach wirksamer Anfechtung ist der Schuldner berechtigt, die gewollte Bestimmung mit *Ex-nunc-Wirkung* nachzuholen.¹⁸

Zur Vertiefung: Die Rechtsprechung billigt dem Schuldner ein nachträgliches Tilgungsbestimmungsrecht zu, wenn er dieses Recht bei der Leistung nicht ausüben konnte, weil er nicht wusste, dass dem Gläubiger aufgrund einer nicht offen gelegten Abtretung eine zweite Forderung gegen ihn zusteht. Nach dem Rechtsgedanken des § 121 muss der Schuldner das Bestimmungsrecht unverzüglich ausüben, sobald er von der Abtretung erfährt. Dahinter steht der Gedanke, dass der Schuldner in dieser Konstellation nicht besser als bei einer Anfechtung stehen darf.¹⁹

12 Vgl. MüKoBGB/Fetzer § 370 Rn. 3.

13 BGH NJW-RR 1991, 562 (565); 1995, 1257 (1258).

14 BGHZ 51, 157 (160f.); BGH NJW 1991, 1604 (1605).

15 Vgl. HK-BGB/Schulze § 366 Rn. 3; Palandt/Grüneberg § 366 Rn. 7.

16 Vgl. MüKoBGB/Fetzer § 366 Rn. 11; Schulz-Merkel/Meier JA 2016, 333 (334).

17 BGHZ 106, 163 (166); 167, 337 (344); Schulz-Merkel/Meier JA 2016, 323 (336).

18 MüKoBGB/Fetzer § 366 Rn. 11; Ehrlicke JZ 1999, 1075 (1078f.); für Ex-tunc-Wirkung Staudinger/Olzen, 2016, § 366 Rn. 34; anders Palandt/Grüneberg § 366 Rn. 7, wonach bei Anfechtung die gesetzliche Reihenfolge gilt.

19 BGHZ 167, 337 (342ff.).

b) Gesetzliche Tilgungsreihenfolge

Hat der Schuldner keine ausdrückliche oder konkludente Tilgungsbestimmung getroffen, so greift die gesetzliche Reihenfolge des § 366 II ein. Die Regelung orientiert sich an den Interessen und dem mutmaßlichen Willen der **Parteien**.²⁰ Sie ist daher nicht maßgeblich, wenn die vorgesehene Reihenfolge im Einzelfall mit den Parteiinteressen unvereinbar ist.²¹ 13

§ 366 II geht davon aus, dass der **Schuldner** vorrangig *fällige* Forderungen erfüllen will. Sind mehrere Forderungen fällig, so kommt es im Interesse des **Gläubigers** auf die Sicherheit (im Sinne von Realisierbarkeit) an. Getilgt wird die *unsicherste* Forderung. Der Grad der Sicherheit ist nach einem wirtschaftlichen Maßstab zu ermitteln. Mögliche Faktoren sind unter anderem der Verjährungszeitpunkt der Forderung, die Mithaftung Dritter und das Bestehen von Personal- oder dinglichen Sicherheiten.

Versagt das Kriterium der geringeren Sicherheit, dann entscheidet die aus Sicht des **Schuldners** größere *Lästigkeit*. Dabei kann etwa auf die Höhe der Zinspflicht, eine drohende Vertragsstrafe oder eine bereits eingetretene Rechtshängigkeit der Forderung abgestellt werden. Bei gleicher Lästigkeit ist auf das *Alter der Forderungen* abzustellen. Getilgt wird die jeweils älteste Forderung, wobei sich das Alter nach dem Entstehungszeitpunkt und nicht nach dem Zeitpunkt der Fälligkeit bestimmt.²² Soweit sich auch hiermit keine Reihenfolge festlegen lässt, bleibt letztendlich nur noch eine *verhältnismäßige Tilgung* der Forderungen entsprechend ihrem Umfang.

c) Anrechnung auf Zinsen und Kosten

Eine Spezialvorschrift zu § 366 enthält § 367. Die Vorschrift regelt die Tilgungsreihenfolge in Fällen, in denen außer der Hauptforderung auch **Nebenforderungen** zu tilgen sind. Danach sind Leistungen des Schuldners, sofern sie nicht zur vollständigen Tilgung ausreichen, zunächst auf entstandene *Kosten* und dann auf die *Zinsen* anzurechnen. Kosten sind alle Aufwendungen, welche zur Durchsetzung des Anspruchs gemacht worden sind (zB Prozess- und Vollstreckungskosten). Die Hauptforderung wird erst nach vollständiger Erfüllung der Kosten- und Zinsforderungen getilgt. 14

Die Parteien können eine andere Reihenfolge vereinbaren. Bestimmt der Schuldner allein eine andere Anrechnung, so kann der Gläubiger die Annahme der Leistung dagegen nach § 367 II ablehnen. Anders als im Fall des § 366 hat der Schuldner also **nicht** die Möglichkeit, **einseitig** eine von der gesetzlichen Tilgungsreihenfolge abweichende Bestimmung zu treffen.

Für das **Verhältnis** von § 366 zu § 367 gilt Folgendes: Stehen mehrere Hauptforderungen im Raume, so muss zunächst deren Reihenfolge bestimmt werden. Maßgeblich ist dabei § 366. Soweit neben der jeweiligen Hauptforderung Kosten und Zinsen entstanden sind, ist in einem zweiten Schritt auf § 367 zurückzugreifen. Zahlungen des Schuldners können damit erst dann auf die Kosten und Zinsen wegen einer nachrangi- 15

²⁰ Vgl. HK-BGB/Schulze § 366 Rn. 5.

²¹ BGH NJW 1969, 1846 (1847); Brox/Walker SchuldR AT § 14 Rn. 11; Erman/Buck-Heeb § 366 Rn. 4b; krit. Staudinger/Olzen, 2016, § 366 Rn. 44.

²² BGH NJW 1991, 2629 (2630).

gen Hauptforderung angerechnet werden, wenn die bevorrechtigte Hauptforderung (samt den dazu gehörigen Nebenforderungen) vollständig getilgt worden ist.²³

V. Rechtsnatur der Erfüllung

- 16 Die Rechtsnatur der Erfüllung ist seit langem umstritten.²⁴ Im Kern geht es um die Frage, ob für den Eintritt der Erfüllungswirkung die **tatsächliche Leistungsvornahme** ausreicht oder ob der Erfüllungstatbestand darüber hinaus ein **subjektives Element** enthält. Von Bedeutung ist der Meinungsstreit hauptsächlich im Verhältnis zu beschränkt geschäftsfähigen Personen.

Beispiel: Frau A stellt die 14-jährige M mit Einwilligung der Eltern als Babysitterin ein. Es wird vereinbart, dass M einen Stundenlohn von 8 EUR erhalten soll. Nachdem M das Kind fünf Stunden beaufsichtigt hat, verweigert A die Bezahlung mit der Begründung, dass Minderjährige keine Verträge erfüllen könnten.

Abwandlung: Frau A bezahlt den vereinbarten Betrag an M. M verliert das Geld jedoch. Ihre Eltern verlangen von A die erneute Zahlung der 40 EUR. Sie berufen sich darauf, dass die Zahlung an Minderjährige keine Erfüllungswirkung habe.

1. Streitstand

- 17 Nach der in früherer Zeit sehr verbreiteten, heute aber nur noch mit Einschränkungen vertretenen **Vertragstheorie** hat die **tatsächliche Vornahme** der geschuldeten Leistung allein nicht zur Folge, dass die Verpflichtung des Schuldners nach § 362 erlischt; hinzutreten muss vielmehr eine **rechtsgeschäftliche Einigung** darüber, dass die erbrachte Leistung die Erfüllung bewirken soll.²⁵ Die Einigung über die Erfüllungswirkung tritt neben die schuldrechtliche und eine etwa erforderliche dingliche Einigung und muss davon strikt unterschieden werden. Nach der Vertragstheorie können Minderjährige einen Vertrag nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erfüllen. Da die Entgegennahme einer Leistung als Erfüllung zu einem rechtlichen Nachteil – dem Erlöschen der Forderung – führt, ist auch insoweit nach § 107 die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich.
- 18 Nach der Theorie der **finalen Leistungsbewirkung** muss die Leistungsvornahme zwar nicht mit einer rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien verbunden werden, um zum Erlöschen der Forderung zu führen. Erforderlich ist aber eine Tilgungsbestimmung, mit welcher der Leistende die zu erfüllende Forderung bezeichnet.²⁶
- 19 Vollständig auf subjektive Elemente verzichtet dem Grundsatz nach die heute herrschende Theorie der **realen Leistungsbewirkung**. Sie lässt die tatsächliche Herbeiführung des Leistungserfolgs im Regelfall zum Eintritt der Erfüllungswirkung genügen.²⁷ Eine **Ausnahme** wird nur für den Fall gemacht, dass die Leistung nicht schon allein aufgrund der objektiven Gegebenheiten einem bestimmten Schuldverhältnis zugeord-

23 Vgl. Palandt/*Grüneberg* § 367 Rn. 3.

24 Zum Streitstand vgl. MüKoBGB/*Fetzer* § 362 Rn. 9ff.; *Muscheler/Bloch* JuS 2000, 729 (732ff.); *Gernhuber* Erfüllung § 5 II; *Larenz SchuldR* I § 18 I; *Looschelders/Erm* JA 2014, 161 (162).

25 So etwa *Fikentscher/Heinemann* SchuldR Rn. 313ff., die bei rein tatsächlichen Erfüllungshandlungen (zB Dienstleistungen) aber auf das rechtsgeschäftliche Element verzichten.

26 So *Gernhuber* Erfüllung § 5 II 8; *Harke* SchuldR AT Rn. 355.

27 BGH NJW 1991, 1294 (1295); 2007, 3488 (3489); 2010, 3510 (3513); MüKoBGB/*Fetzer* § 362 Rn. 10ff.; *Staudinger/Olzen*, 2016, vor §§ 362ff. Rn. 10; *Larenz SchuldR* I § 18 I.

net werden kann.²⁸ Hieran ist insbesondere zu denken, wenn der Schuldner **dieselbe Leistung** gegenüber **mehreren Gläubigern** zu erbringen hat.²⁹ Bei **Leistungen Dritter** (§ 267) soll eine Tilgungsbestimmung ebenfalls regelmäßig erforderlich sein (→ § 12 Rn. 8).³⁰ Im Übrigen erkennen auch die Vertreter der Theorie der realen Leistungsbewirkung an, dass es dem Schuldner unbenommen ist, eine von der objektiven Zuordnung abweichende Tilgungsbestimmung einseitig vorzunehmen oder hierüber eine abweichende Vereinbarung mit dem Gläubiger zu treffen.³¹ Die Tilgungsbestimmung bzw. Parteivereinbarung geht dann der objektiven Zuordnung vor.

2. Stellungnahme

Gegen die **Vertragstheorie** spricht der Wortlaut des § 362 I. Die Vorschrift spricht vom »Bewirken« der Leistung, also von einer rein tatsächlichen Handlung. Im Übrigen wäre es gerade bei Geschäften des täglichen Lebens weltfremd und unpraktikabel, das Erlöschen der Leistungspflicht vom Vorliegen einer Einigung über die Erfüllungswirkung abhängig zu machen. 20

Dass die von der Theorie der **finalen Leistungsbewirkung** geforderte Zweckbestimmung nicht notwendig vorliegen muss, zeigt § 366 II. Die Vorschrift greift nämlich gerade dann ein, wenn der Schuldner keine Tilgungsbestimmung vorgenommen hat. Daraus folgt, dass Erfüllung auch ohne eine Tilgungsbestimmung des Leistenden eintreten kann. § 366 I räumt dem Schuldner zwar das Recht ein, eine einseitige Tilgungsbestimmung zu treffen. Die Vorrangigkeit einer solchen Tilgungsbestimmung wird jedoch auch von den Vertretern der hM nicht infrage gestellt.

Vorzugswürdig ist damit die **Theorie der realen Leistungsbewirkung**. Der Minderjährigenschutz kann hier durch die Annahme verwirklicht werden, dass dem beschränkt geschäftsfähigen Gläubiger die Empfangszuständigkeit (→ § 17 Rn. 4) fehlt. § 362 I setzt zwar voraus, dass die Leistung sich einem bestimmten Schuldverhältnis zuordnen lässt. Hierfür bedarf es jedoch in den meisten Fällen keiner Tilgungsbestimmung des Schuldners, weil sich die **Zuordnung** bereits aus den **objektiven Umständen** ergibt. Dies gilt insbesondere dann, wenn die bewirkte Leistung die allein geschuldete ist und daneben keine andere, gleichartige Schuld besteht, auf welche die Leistung erbracht worden sein könnte.³² In Ausnahmefällen kann zwar doch eine Tilgungsbestimmung erforderlich sein, weil die Zuordnung nicht schon aus den objektiven Umständen eindeutig ersichtlich ist (→ § 17 Rn. 19). Dies rechtfertigt es aber nicht, für alle Fälle ein solches subjektives Element zu fordern, weil damit die Ausnahme zur Regel erhoben wird.³³ Bei der **Fallbearbeitung** kann eine Entscheidung des Meinungsstreits meist offen bleiben, weil alle vertretenen Theorien, wenn auch mit unterschiedlicher Argumentation, zum gleichen Ergebnis führen.

²⁸ Vgl. MüKoBGB/Fetzer § 362 Rn. 13.

²⁹ Vgl. BGH NJW 2010, 1282 mAnm Looschelders LMK 2010, 300543: Nachunternehmer erbringt seine dem Hauptunternehmer geschuldete Leistung aufgrund eines gesonderten Vertrags direkt für dessen Auftraggeber.

³⁰ Vgl. BGH NJW 2012, 523 (525); WM 2008, 1703 (1706); MüKoBGB/Fetzer § 362 Rn. 13.

³¹ Vgl. MüKoBGB/Fetzer § 362 Rn. 13; Erman/Buck-Heeb § 362 Rn. 3; Palandt/Grüneberg § 362 Rn. 1.

³² BGH NJW 2007, 3488 (3489); 1991, 1294 (1295).

³³ Vgl. Palandt/Grüneberg § 362 Rn. 1; Staudinger/Olzen, 2016, vor §§ 362ff. Rn. 14; Larenz SchuldR I § 18 I.

Beispiel: Im Babysitter-Fall (→ § 17 Rn. 16) hat die hM keine Probleme, die Erfüllung der Dienstpflicht durch M zu bejahen. Die Vertragstheorie kommt zum gleichen Ergebnis, indem sie auf die Einwilligung der Eltern abstellt. In der *Abwandlung* kommt es nach der Theorie der realen Leistungsbewirkung darauf an, ob M empfangszuständig war. Grundsätzlich ist der gesetzliche Vertreter empfangszuständig; hier umfasst die Einwilligung der Eltern in den Vertragsschluss aber auch die Annahme des Geldes. In gleicher Weise ist nach der Vertragstheorie mit Blick auf die nach § 107 erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu argumentieren.

VI. Leistung an Erfüllungs statt

- 21 Das Erlöschen der Leistungspflicht erfordert nach § 362 I grundsätzlich das Bewirken der **geschuldeten Leistung**. Nach § 364 I erlischt die Leistungspflicht ausnahmsweise aber auch dann, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung als Erfüllung, dh **an Erfüllungs statt**, annimmt. Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn der Käufer eines Neuwagens seinen alten Pkw unter Anrechnung auf den Kaufpreis in Zahlung gibt (→ § 13 Rn. 29).

1. Rechtsnatur

- 22 Anders als im Fall der Erfüllung kann man sich bei der Leistung an Erfüllungs statt nicht mit dem realen »Bewirken« der Leistung begnügen. Erforderlich ist vielmehr eine **vertragliche Vereinbarung** darüber, dass die »andere Leistung« an Erfüllungs statt gegeben und angenommen wird.³⁴ Für die Wirksamkeit des Vertrages gelten die allgemeinen Regeln der §§ 104ff. Danach müssen beide Parteien geschäftsfähig sein.³⁵

Zur Vertiefung: Die dogmatische Einordnung der Vereinbarung ist umstritten. Nach einer älteren Auffassung handelt es sich um einen rechtlich selbstständigen *entgeltlichen Austauschvertrag*, der auf den Erlass der ursprünglichen Forderung gegen Hingabe der Ersatzleistung gerichtet ist.³⁶ Andere gehen davon aus, dass die Parteien sich auf eine Änderung des ursprünglichen Leistungsgegenstands einigen (*Änderungsvertrag*).³⁷ Nach heute wohl hM beschränkt sich die Vereinbarung darauf, dass die Leistung als Erfüllung der Schuld gelten solle (*Erfüllungsvertrag*).³⁸

Die beiden letzteren Auffassungen führen im Allgemeinen zu gleichen Ergebnissen. Sie stimmen insbesondere darin überein, dass das ursprüngliche Schuldverhältnis Rechtsgrund der Leistung bleibt. War dieses Schuldverhältnis unwirksam, so kann der Schuldner vom Gläubiger nach § 812 I 1 Alt. 1 Herausgabe des an Erfüllungs statt Geleisteten verlangen. Zu den Auswirkungen auf die Mängelgewährleistung → § 17 Rn. 27f.

- 23 Die Vereinbarung über die Erfüllungswirkung der »anderen Leistung« muss nicht mit deren Erbringung zusammenfallen, sondern kann auch *im Voraus* getroffen werden.³⁹ Ein solcher Fall liegt vor, wenn dem Schuldner bei Vertragsschluss eine **Ersetzungs-**

34 Larenz SchuldR I § 18 IV; Jousseaume SchuldR I Rn. 805; Soergel/Schreiber § 364 Rn. 1; Looschelders/Erm JA 2014, 161 (164).

35 Esser/Schmidt SchuldR I 1 § 18 I 2; Larenz SchuldR I § 18 IV.

36 So BGHZ 46, 338 (342); RGRK/Weber § 365 Rn. 1; dagegen BGHZ 89, 126 (133).

37 IdS Esser/Schmidt SchuldR I 1 § 18 I 2; Gernhuber Erfüllung § 10 (3); Soergel/Schreiber § 364 Rn. 1; grds. auch Staudinger/Olzen, 2016, § 364 Rn. 10: »besonderer Schuldänderungsvertrag«.

38 BGHZ 89, 126 (133); Palandt/Grüneberg § 364 Rn. 2; Larenz SchuldR I § 18 IV; Looschelders/Erm JA 2014, 161 (164).

39 MüKoBGB/Fetzer § 364 Rn. 2; Palandt/Grüneberg § 364 Rn. 1.

befugnis eingeräumt wird, zB durch Inzahlungnahme des alten Pkw beim Kauf eines Neuwagens (→ § 13 Rn. 29f.).

2. Insbesondere: Überweisung und Lastschrift

Ein wichtiger Fall der Leistung an Erfüllung statt ist nach traditioneller Auffassung die Zahlung durch **Überweisung** im Giroverkehr.⁴⁰ Nach einer in der neueren Literatur verbreiteten Auffassung handelt es sich dagegen um einen Fall der Erfüllung.⁴¹ Einigkeit besteht aber darüber, dass Erfüllung erst eintritt, wenn der geschuldete Betrag auf dem Konto des Gläubigers gutgeschrieben wird, sodass dieser darüber verfügen kann.⁴² Da für die Zahlung durch Überweisung zudem in jedem Fall das **Einverständnis** des Gläubigers vorliegen muss (→ § 13 Rn. 34), hat der Streit keine praktische Bedeutung.⁴³ Der BGH hat die Entscheidung daher wiederholt offen gelassen.⁴⁴ 23a

Die Zahlung per **Lastschrift** weist eine parallele Struktur zur Überweisung auf. Der Unterschied besteht darin, dass die Initiative bei der Lastschrift vom Gläubiger ausgeht, der den geschuldeten Betrag aufgrund einer vom Schuldner erteilten Einzugsermächtigung abbucht.⁴⁵ Man spricht daher auch von einer »umgekehrten« Überweisung.⁴⁶ Mit der Erteilung der Einzugsermächtigung an den Gläubiger geht die nach § 675j I 1 erforderliche **Autorisierung** der Bank des Schuldners zur Einlösung der Lastschrift einher (→ SchuldR BT § 40 Rn. 8).⁴⁷ Nach hM handelt es sich auch hier um eine **Leistung an Erfüllung** statt (§ 364 I),⁴⁸ wobei die Forderung des Gläubigers mit der vorbehaltlosen Gutschrift des Betrags auf dessen Konto erlischt. Das seit dem 1.2.2014 im Verkehr mit Verbrauchern maßgebliche SEPA-Basis-Lastschriftverfahren sieht zwar vor, dass der Schuldner (Zahler) innerhalb von acht Wochen von seiner Bank Erstattung des Zahlungsbetrags verlangen kann (vgl. § 675x I, II, IV). Dies steht der Erfüllungswirkung der Gutschrift aber nicht entgegen, sondern hat nur zur Folge, dass die Erfüllung unter der **auflösenden Bedingung** (§ 158 II) einer solchen Rückbuchung steht.⁴⁹ Die Rückbelastung des Gläubigerkontos hat damit zur Folge, dass die Erfüllungswirkung gem. § 159 rückwirkend entfällt.⁵⁰ Bei dem im Verkehr von Unternehmen maßgeblichen SEPA-Firmen-Lastschriftverfahren ist eine Rückbuchung im Einklang mit § 675e IV ausgeschlossen. Daher steht die Erfüllung hier auch nicht unter einer auflösenden Bedingung.⁵¹

40 BGH NJW 1953, 897; *Fikentscher/Heinemann* SchuldR Rn. 261; *Soergel/Schreiber* § 362 Rn. 4. Ausführlich zum Ganzen BeckOGK/*Looschelders*, 1.3.2021, BGB § 362 Rn. 143ff.

41 Palandt/*Grüneberg* § 362 Rn. 9; MüKoBGB/*Fetzer* § 362 Rn. 23.

42 BGH NJW 1999, 210; 2017, 1596 Rn. 23 = JA 2017, 467 (*Looschelders*); Palandt/*Grüneberg* § 362 Rn. 10; MüKoBGB/*Fetzer* § 362 Rn. 24; *Looschelders/Erm* JA 2014, 161 (165).

43 Vgl. MüKoBGB/*Fetzer* § 362 Rn. 23; *Looschelders/Erm* JA 2014, 161 (165).

44 BGHZ 87, 156 (163); 98, 24 (30); BGH NJW 1999, 210.

45 BeckOGK/*Looschelders*, 1.3.2021, BGB § 362 Rn. 162; *Staudinger/Olzen* vor § 362ff. Rn. 58.

46 *Looschelders/Erm* JA 2014, 161 (165).

47 BGHZ 186, 269 = NJW 2010, 3510 Rn. 15ff.; *Looschelders/Erm* JA 2014, 161 (166).

48 *Jauernig/Stürmer* §§ 364, 365 Rn. 4; *PWW/Pfeiffer* § 364 Rn. 13; BeckOGK/*Looschelders*, 1.3.2021, BGB § 362 Rn. 165.

49 BGHZ 186, 269 = NJW 2010, 3510 Rn. 23ff.; BeckOGK/*Looschelders*, 1.3.2021, BGB § 362 Rn. 179.

50 Vgl. *Looschelders/Erm* JA 2014, 161 (166).

51 BeckOGK/*Looschelders*, 1.3.2021, BGB § 362 Rn. 180; MüKoBGB/*Caspers* § 675f Rn. 108.

3. Abgrenzung zur Leistung erfüllungshalber

- 24 Von der Leistung an Erfüllung statt ist die gesetzlich nicht eigenständig geregelte **Leistung erfüllungshalber** abzugrenzen. Wesentlicher Unterschied zur Leistung an Erfüllung statt ist, dass die ursprüngliche Leistungspflicht des Schuldners nicht direkt mit der Annahme der anderen Leistung erlischt, sondern zunächst mit allen Sicherheiten bestehen bleibt. Der Gläubiger erhält neben dem ursprünglichen Anspruch eine zusätzliche Befriedigungsmöglichkeit, verbunden mit der Verpflichtung, sich mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vorrangig um die Verwertung des erfüllungshalber überlassenen Gegenstands zu bemühen.⁵² Solange dem Gläubiger ein Verwertungsversuch möglich und zumutbar ist, ist ihm die Inanspruchnahme des Schuldners aus der ursprünglichen Forderung verwehrt.

Zur Vertiefung: Aus welchem Grund die ursprüngliche Forderung nicht geltend gemacht werden kann, ist umstritten. Die hM geht davon aus, dass die Leistung erfüllungshalber regelmäßig mit einer *Stundungsabrede* hinsichtlich der ursprünglichen Forderung einhergeht.⁵³ Dies hat zur Folge, dass zunächst auch kein Schuldnerverzug (→ § 26 Rn. 3 ff.) eintreten kann. Letztlich handelt es sich aber um eine Frage der Auslegung der konkreten Vereinbarung (§§ 133, 157). Ist der Schuldner bereits in Verzug, so wird man im Regelfall nicht davon ausgehen können, dass der Verzug nach dem Willen der Parteien schon mit der Hingabe des Schecks oder Wechsels beendet sein soll. Interessengerecht erscheint vielmehr die Annahme, dass die Parteien in diesem Fall nur die *Klagbarkeit* der ursprünglichen Forderung *ausschließen* wollen.⁵⁴ Der Verzug endet damit erst mit der Einlösung des Wechsels oder Schecks.

- 25 Gelingt dem Gläubiger die Befriedigung durch die Verwertung des erfüllungshalber geleisteten Gegenstands (zB durch Einlösung des Wechsels oder Schecks), so **erlischt** die ursprüngliche Forderung nach § 362.⁵⁵ Einen den Forderungsbetrag übersteigenden Verwertungserlös muss der Gläubiger an den Schuldner entsprechend § 667 herausgeben.⁵⁶ Scheitert der Verwertungsversuch oder führt er zu keiner vollständigen Befriedigung, so kann der Gläubiger wieder aus der ursprünglichen Forderung vorgehen.
- 26 Ob im Einzelfall von einer Leistung an Erfüllung statt auszugehen ist oder lediglich eine Leistung erfüllungshalber vorliegt, muss nach §§ 133, 157 durch **Auslegung** der Parteivereinbarung unter Berücksichtigung der Interessenlage ermittelt werden. Entscheidende Frage ist, wer das *Verwertungsrisiko* tragen soll. Haben die Parteien dem Gläubiger das Verwertungsrisiko auferlegt, so ist von einer Leistung an Erfüllung statt auszugehen. Soll das Verwertungsrisiko dagegen dem Schuldner zufallen, dann muss von einer Leistung erfüllungshalber ausgegangen werden. Eine gesetzliche *Auslegungsregel* enthält **§ 364 II**. Danach ist im Zweifel von einer Leistung erfüllungshalber auszugehen, wenn der Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit übernimmt.

52 BGHZ 96, 182 (193); Erman/Buck-Heeb § 364 Rn. 10ff.

53 BGHZ 96, 182 (193); 116, 278 (282); NJW 2007, 1357 (1358); Soergel/Schreiber § 364 Rn. 6; Loo-schelders/Erm JA 2014, 161 (165).

54 Staudinger/Olzen, 2016, § 364 Rn. 26ff.; Palandt/Grüneberg § 364 Rn. 8.

55 Vgl. Gernhuber Erfüllung § 9 II 7.

56 Staudinger/Olzen, 2016, § 364 Rn. 25; vgl. auch Erman/Buck-Heeb § 364 Rn. 12.