

Prüfe dein Wissen: PdW

# Schuldrecht I

Allgemeiner Teil

von

Prof. Dr. Helmut Köhler, Prof. Dr. Stephan Lorenz

22. Auflage

Schuldrecht I – Köhler / Lorenz

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

BGB Allgemeines Schuldrecht: Gesamtdarstellungen



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 66097 9

senen Vertrag (dem sog. **Deckungsverhältnis**) ableitet. § 334 stellt insoweit klar, dass dem Versprechenden (S) die Einwendungen aus dem Vertrag mit dem Versprechensempfänger (G) auch gegenüber dem Dritten (D) zustehen (sog. Unterordnung des Forderungsrechts unter das Deckungsverhältnis). Da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass § 334 von den Vertragsparteien abbedungen wurde (dazu BGHZ 93, 271, 275 = JZ 1985, 575 m. Anm. *Gottwald*), kann S daher nach §§ 320, 334 die Übergabe des Wagens von der Bezahlung des Kaufpreises durch G abhängig machen.

## 111. Haftung des Dritten beim Vertrag zu Gunsten Dritter

Wie Fall 108. Infolge Krankheit konnte Dieter den Wagen trotz Aufforderung durch Schick längere Zeit nicht abholen. Dem Schick waren für die Aufbewahrung tägliche Unkosten in Höhe von € 10,- erwachsen. Kann er diese Beträge von Dieter oder von Ganter ersetzt verlangen?

### 1. Anspruch gegen D

a) Aus §§ 280 I, II, 286 i. V. m. §§ 433 II, 328 I

Selbst wenn man annähme, dass beim Vertrag zu Gunsten Dritter den Dritten die Abnahmepflicht aus § 433 II trifft, wenn er das erworbene Recht nicht nach § 333 zurückweist (so *Lange*, NJW 1965, 657 ff.; MünchKomm/*Gottwald*, § 334 Rn. 8), so entfielen doch ein Schadensersatzanspruch jedenfalls mangels Vertretenmüssens des D (§ 280 I 2).

b) Aus § 304

Nach § 304 kann der Schuldner im Falle des Annahmeverzuges vom Gläubiger Ersatz seiner Mehraufwendungen für die Aufbewahrung des geschuldeten Gegenstandes verlangen. D ist nun zwar Gläubiger der Leistung des S; gleichwohl ist problematisch, ob ihm aus seiner Gläubigerstellung auch Pflichten, wie hier aus § 304 i. V. mit §§ 293, 295 S. 1, erwachsen können oder ob solche Pflichten ausschließlich den Versprechensempfänger G treffen.

Die h. M. (vgl. MünchKomm/*Gottwald*, § 328 Rn. 31, § 334 Rn. 7) bejaht zu Recht das Erstere. Mit einer Gläubigerstellung sind stets unlösbar gewisse Pflichten gegenüber dem Schuldner verbunden. Eine von allen „Begleitpflichten“ isolierte Gläubigerstellung des Dritten anzunehmen, besteht kein Anlass, da der Dritte ja die Möglichkeit hat, das Recht zurückzuweisen (§ 333). Es können ihm also keine Pflichten gegen seinen Willen aufgebürdet werden. S kann daher von D Zahlung der Beträge verlangen, wenn dieser nicht das Forderungsrecht nach § 333 zurückweist.

### 2. Anspruch gegen G

Eine andere Frage ist es, ob neben D auch G haftet.

a) Eine Haftung aus § 304 wird trotz § 335 abzulehnen sein, da kein innerer Grund besteht, dem S **insoweit** einen zusätzlichen Schuldner zu verschaffen. Denn anders als bei der Abtretung kann dem Versprechenden der Dritte nicht gegen seinen Willen als Leistungsgläubiger vorgesetzt werden, so dass er nicht schutzbedürftig ist.

b) Dagegen kommt eine Haftung aus §§ 280 I, II, 286 grundsätzlich in Betracht. Indessen fehlt es hier an einem Schuldnerverzug des D, den G sich nach § 278 zurechnen lassen müsste.

## 112. Leistungsstörungen beim Vertrag zu Gunsten Dritter

Wie Fall 108. Der Wagen war nach Kaufpreiszahlung dem Dieter ausgehändigt worden. Da der Wagen keineswegs so leistungsfähig war, wie Dieter es sich vorgestellt hatte, brachte er ihn zur Inspektion. Dort erfuhr er, dass der Wagen noch den alten Motor und nicht, wie angegeben, einen Austauschmotor besitze. Mit Austauschmotor hätte der Wagen einen Wert von € 16 000,- gehabt.

1. Kann Dieter von Schick den Einbau eines Austauschmotors verlangen?
2. Kann Dieter von Schick Schadensersatz i. H. v. € 16 000,- gegen Rückgabe des Wagens verlangen, wenn dieser nach einer von Dieter gesetzten Frist keinen Austauschmotor eingebaut hat?
3. Kann Ganter nach Ablauf dieser Frist vom Vertrag zurücktreten und den Kaufpreis zurückverlangen?

### 1. Anspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 I, 328 I

Da der Wagen nicht, wie zwischen G und S vereinbart, einen neuen Austauschmotor besaß, lag ein Sachmangel i. S. v. § 434 I 1 vor. S ist daher nach § 439 I zur Nacherfüllung verpflichtet. Problematisch ist nur, ob beim Vertrag zu Gunsten Dritter der Dritte Ansprüche wegen Leistungsstörungen geltend machen darf. Maßgebend hierfür ist zwar in erster Linie die durch Auslegung zu ermittelnde **Parteivereinbarung**. Doch lässt sich, wie auch hier, häufig ein bestimmter Parteiwille nicht feststellen.

Unbestritten ist freilich, dass der Dritte alle Ansprüche geltend machen kann, die nicht auf das **Deckungsverhältnis** zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger einwirken. Das gilt also für Schadensersatz wegen Verspätung der Leistung (§§ 280 I, II, 286), wegen Schutzpflichtverletzungen (§§ 280 I, 241 II) und wohl auch wegen Schadensersatz statt der Leistung im Falle nachträglicher Unmöglichkeit (§§ 280 I, III, 283). Für die grundsätzliche Anwendbarkeit dieser Regelungen zu Gunsten des Dritten spricht auch, dass diese – anders als etwa §§ 323, 326 – in ihrer Geltung nicht auf Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen beschränkt sind, sondern lediglich eine Pflichtverletzung aus einem Schuldverhältnis voraussetzen, das ja zwischen D und S in Gestalt des **Vollzugsverhältnisses** besteht. Da der Nacherfüllungsanspruch aus § 439 I lediglich eine Modifikation des dem D nach § 328 I zustehenden Erfüllungsanspruchs aus § 433 I ist und seine Geltendmachung keine Auswirkungen auf das Deckungsverhältnis (Kaufvertrag zwischen S und G) hat, kann er auch von D geltend gemacht werden.

### 2. Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281

Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches statt der Leistung liegen an sich vor. Da der Sachmangel nicht unerheblich ist, kann grundsätzlich auch Schadensersatz „statt der **ganzen** Leistung“ verlangt werden (§ 281 I 3), s. dazu Fall 39.

Fraglich ist allerdings, ob D dem S die nach § 281 erforderliche Nacherfüllungsfrist setzen und den Schadensersatz geltend machen konnte. An der Befugnis des S zur Nachfristsetzung bestehen nach dem oben Dargelegten keine Zweifel, weil weder die Fristsetzung noch der fruchtlose Fristablauf auf das Deckungsverhältnis einwirken (der Ablauf der Frist hat keinerlei Gestaltungswirkung, weil der Erfüllungsanspruch dadurch nicht berührt wird, s. Fall 56).

a) Die Geltendmachung von Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung wirkt jedoch – ebenso wie ein Rücktritt nach § 323 – auf das Grundverhältnis ein, weil an dessen Stelle ein Rückabwicklungsverhältnis tritt (s. §§ 281 V, 346) bzw. in wirtschaftlicher Hinsicht eine Kombination von Rücktritt und Schadensersatz vorliegt. Nach h. M. kann dieser Anspruch vom Dritten deshalb nicht geltend gemacht werden, weil dieser trotz seiner Forderungsberechtigung nicht Vertragspartei ist (s. etwa Palandt/*Grüneberg*, § 328 Rn. 5 m. w. N., sehr str.). Folgt man dem, kann D nicht bzw. zumindest nicht ohne Mitwirkung des G Schadensersatz statt der ganzen Leistung geltend machen.

b) Nach einer im Vordringen begriffenen Ansicht kann der Dritte zwar den Rücktritt erklären, jedoch steht ein daraus resultierender Anspruch auf Rückerstattung der Gegenleistung dem Versprechensempfänger als Vertragspartei zu (so etwa Münch-Komm/*Gottwald*, § 335 Rn. 10; noch weitergehend *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 1059), weil die Rückabwicklung des Vertrags mangels anderweitiger Absprache zwischen den Vertragsparteien stattzufinden hat. Gleiches gälte etwa für einen Anspruch auf Rückzahlung der bereits erbrachten Gegenleistung im Falle von Unmöglichkeit (§§ 326 IV, 346).

Würde also D den Rücktritt erklären, hätte nicht er, sondern G einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises. Damit wäre auch nach dieser Ansicht ein Anspruch des D auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung ausgeschlossen, weil dieser eine Kombination zwischen Rücktritt und „kleinem“ Schadensersatz (Wertdifferenz) darstellt. D könnte damit lediglich den „kleinen“ Schadensersatz i. H. v. € 1000,- geltend machen.

### 3. Anspruch aus §§ 437 Nr. 2, 323, 346 I

Eine hiervon zu unterscheidende Frage ist, ob G auf das Vollzugsverhältnis einwirkende Rechte ohne Mitwirkung des D ausüben kann, d. h. vom Vertrag zurücktreten kann. Nach h. M. setzt dies die Zustimmung des Dritten voraus, wenn die Begünstigung nach dem Inhalt des Vertrages unwiderrufbar war, s. RGZ 101, 275 f. Da hierfür vorliegend kein Anhaltspunkt besteht (s. § 328 II), kann G vom Vertrag zurücktreten und Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs (§§ 348, 320) Rückzahlung des Kaufpreises verlangen. Ob er die hierzu erforderliche Mitwirkung des D von diesem verlangen kann (Herausgabe des Wagens) ist wiederum eine Frage des Valutaverhältnisses zwischen G und D. Da insoweit eine wirksame Schenkung (§ 518 II) vorliegt, ist D zur Herausgabe nicht verpflichtet.

### 113. Zurückweisung des Rechts durch den Dritten

Wie Fall 108. Als Schick dem Dieter mitteilte, dass er sich bei ihm einen von Ganter gekauften „Calibra GSi“ abholen könne, lehnte dieser das Angebot

dankend ab, weil er soeben mit Mitteln aus einer unverhofften Erbschaft einen nagelneuen Alfa Romeo erworben habe. Schick eröffnete dies dem Ganter und meinte, Ganter müsse den Wagen auf jeden Fall bezahlen. Was er, Ganter, jetzt mit dem Wagen anfangen, sei ihm gleichgültig. Ganter war der Ansicht, der Kaufvertrag sei durch die für beide Teile unerwartete Ablehnung des Dieter hinfällig geworden. Schick wisse sehr wohl, dass er, Ganter, in seinem Alter keinen Bedarf an einem Sportwagen habe. Wie ist zu entscheiden?

*Anspruch gegen G aus § 433 II*

G kann die nach § 433 II geschuldete Zahlung nur dann verweigern, wenn der Vertrag durch die Weigerung des D, das für ihn begründete Forderungsrecht anzunehmen, hinfällig wurde.

a) Nach § 333 gilt bei einer Zurückweisung des Rechts durch den Dritten „das Recht als nicht erworben“. Die Vorschrift sagt jedoch nichts darüber aus, welche Rückwirkung dies auf das **Deckungsverhältnis** hat.

b) Zunächst ist zu versuchen, durch **Auslegung** zu ermitteln, was die Parteien für diesen Fall gewollt haben. Denkbar ist z. B., dass der Versprechensempfänger das Recht haben soll, einen anderen Dritten zu bezeichnen oder aber Leistung an sich zu fordern. Dies ist dann anzunehmen, wenn einerseits der Versprechensempfänger erkennbar ein Interesse am Fortbestand des Vertrages hat, andererseits es dem Versprechenden gleichgültig ist, an wen er seine Leistung erbringt. Hier verfolgte jedoch G ersichtlich nur den Zweck, den D persönlich zu begünstigen. Er besaß kein davon unabhängiges Interesse am Fortbestand des Vertrages.

c) Führt die Auslegung zu keinem Ergebnis, so sind die allgemeinen **Leistungsstörungenregelungen** (§§ 275, 323 ff.) anzuwenden (h. M.; vgl. Palandt/*Grüneberg*, § 333 Rn. 3).

aa) Was die Leistungspflicht gegenüber dem Dritten angeht, ist § 275 anzuwenden, da der Untergang des Rechts durch Zurückweisung der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit gleichzustellen ist.

bb) Für die Gegenleistungspflicht des Versprechensempfängers gilt dementsprechend § 326. § 326 II dürfte dann anzuwenden sein, wenn der Versprechensempfänger wusste oder wissen konnte, dass der Dritte das Recht zurückweisen werde.

Dies ist hier nicht der Fall. Es gilt daher § 326 I 1 mit der Folge, dass G den Wagen nicht bezahlen und abnehmen muss.

## 114. Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall

Anna Weber hat bei der Sparkasse Grünwald ein Sparkonto auf den Namen ihres Enkels Adrian mit einem Guthaben von € 2000,- angelegt. Erst nach ihrem Tod soll die Sparkasse dem Adrian die Existenz des Kontos mitteilen und das Sparbuch aushändigen. Nach dem Tod der Anna Weber setzt die Sparkasse Adrian von den Weisungen der verstorbenen Anna W. in Kenntnis und händigt ihm das Sparbuch aus. Adrian ist darüber hocherfreut, nicht aber

sein testamentarisch als Alleinerbe eingesetzter Onkel Oskar. Dieser verlangt von Adrian Herausgabe des Sparbuchs. Zu Recht?

Siehe: BGH NJW 2004, 767; 2005, 980.

## 1. Anspruch aus § 985

Gem. § 952 II steht das Eigentum an einem Sparbuch dem Gläubiger des Sparguthabens zu (vgl. RGZ 106, 4). O kann daher von A die Herausgabe des Sparbuchs verlangen, wenn er Inhaber der Forderung gegen die Sparkasse geworden ist.

### a) Erwerb mit Anlegung des Sparbuchs?

Mit der Einzahlung von Geld auf ein Sparkonto wird eine Darlehensforderung (§ 488) gegen die Bank begründet (BGHZ 64, 278, 284). Wem diese Forderung zusteht, hängt von der Vereinbarung der Vertragsparteien ab. Nach § 328 kann die Forderung auch einem Dritten zugewandt werden mit der Folge, dass der Dritte Gläubiger wird. Ob dies der Fall ist, ist mangels besonderer Bestimmung nach § 328 II aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages, zu entnehmen. **Für** den Willen der Vertragsparteien, die Forderung unmittelbar dem A zuzuwenden, spricht der Umstand, dass das Sparbuch auf den Namen des A angelegt wurde. **Dagegen** spricht jedoch entscheidend die Tatsache, dass A das Sparbuch noch nicht bekommen sollte. Daraus wird nämlich deutlich, dass sich die Anna W. die Verfügungsbefugnis über das Guthaben vorbehalten wollte (vgl. BGH NJW 2005, 980 m. w. N.). Zunächst war daher nicht A, sondern Anna W. Inhaberin der Forderung geworden.

### b) Erwerb mit Todesfall

Allerdings kann nach § 331 I ein Vertrag zu Gunsten Dritter auch so ausgestaltet werden, dass der Dritte das Recht mit dem Tode des Versprechensempfängers erwirbt. Ein solcher **Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall** ist im Zweifel anzunehmen, wenn jemand ein Sparbuch auf den Namen eines Dritten anlegt, es aber weiterhin in Besitz behält. Denn aus diesen Umständen kann der Wille gefolgert werden, das Sparguthaben, soweit am Lebensende noch vorhanden, dem Bezeichneten zuzuwenden und ihn insoweit vor den Erben zu bevorzugen (vgl. BGHZ 46, 198). Zwar muss dies (Vertrag!) auch vom Willen der Sparkasse umfasst sein. Aber daran werden zu Recht keine großen Anforderungen gestellt (Grund: Gem. § 808 wird die Sparkasse stets durch Leistung an den Inhaber frei; für sie ist es also von geringerer Bedeutung, wer unter welchen Voraussetzungen Inhaber des Guthabens wird). Daraus ergibt sich, dass A mit dem Tode der Anna W. Inhaber der Forderung und damit Eigentümer des Sparbuchs geworden ist. Insofern kommt es allein auf das **Deckungsverhältnis** an. O hat keinen Anspruch aus § 985.

## 2. Anspruch aus §§ 812 I 1 Alt. 1, 1922 I (Leistungskondiktion)

Eine davon zu unterscheidende Frage ist, ob A die Forderung (und damit das Sparbuch, § 952 II) auch behalten darf: O hat als Rechtsnachfolger der Anna W. (§ 1922 I) einen Anspruch auf Rückübertragung (Abtretung nach § 398) der Forderung, wenn die Zuwendung des Sparguthabens von Anna W. an A ohne Rechtsgrund erfolgt ist. Fraglich ist damit das Bestehen eines **Valutaverhältnisses**. Als

## 8. Kapitel. Vertrag zu Gunsten Dritter

---

solches kommt nur eine Schenkung in Betracht. Ein Schenkungsvertrag konnte zwischen Anna W. und A auch noch nach deren Tode zustande kommen: Die Sparkasse überbrachte als Bote ein Angebot (§ 145) der Anna W. auf Abschluss eines Schenkungsvertrages. Dieses Angebot war gem. § 130 II auch nach dem Tode der Anna W. wirksam und konnte gem. § 153 auch noch durch A angenommen werden. Diese Annahme konnte hier gem. § 151 S. 1 auch ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden bzw. seinem Erben angenommen werden, was A getan hat. Damit kam zwischen O (als Rechtsnachfolger der Anna W., § 1922 I) und A ein Schenkungsversprechen zustande. Dieses bedurfte auch nicht der Form des § 2301 (Verfügung von Todes wegen): Die h. M. betrachtet nämlich gerade wegen der Existenz von § 331 Schenkungen dieser Art als Rechtsgeschäfte unter Lebenden und unterstellt sie damit nicht der Formvorschrift des § 2301, sondern § 518 (RGZ 83, 223; BGH NJW 2004, 767). Das Schenkungsversprechen war hier zwar nach §§ 518 I, 125 S. 1 formnichtig, im Augenblick seines Zustandekommens aber zugleich nach § 518 II geheilt, da die versprochene Leistung (Erwerb des Sparguthabens) bereits mit dem Tod der Anna W. erworben wurde. Damit erfolgte die Zuwendung nicht rechtsgrundlos, O hat keinen Anspruch aus §§ 812 I Alt. 1, 1922 I.

Die Gegenansicht (z. B. *Medicus/Petersen*, BürgR Rn. 396 ff.) wirft der h. M. eine Nichtbeachtung des § 2301 vor, wonach auf Schenkungsversprechen, die unter der Bedingung erteilt werden, dass der Beschenkte den Schenker überlebt, die Vorschriften über die Verfügung von Todes wegen anzuwenden sind, d. h. die Form des Erbvertrages bzw. Testaments, §§ 2276, 2247, einzuhalten ist. Sei die erbrechtliche Form nicht gewahrt, so könne die Zuwendung nur nach § 2301 II wirksam werden, d. h. durch **Vollzug der Schenkung zu Lebzeiten des Schenkers**. Dies sei hier nicht der Fall, da A die Forderung erst mit dem Tode der Anna W. erwerben sollte und diese sich zu ihren Lebzeiten nicht der Verfügungsmacht über das Guthaben begeben habe. – Da indessen § 331 ausdrücklich den Forderungserwerb des Dritten mit dem Tode des Versprechensempfängers zulässt, ist § 331 mit der h. M. als Sondervorschrift zu § 2301 anzusehen: Die Vorschrift würde praktisch leer laufen, wenn zwar ein Rechtserwerb erfolgen könnte, dieser aber nicht bestandskräftig wäre.

**Anmerkung:** Die einzige Möglichkeit des O, die „Kondiktionsfestigkeit“, d. h. das „Behaltendürfen“ der Zuwendung zu verhindern, wäre ein rechtzeitiger Widerruf der Willenserklärung der Anna W. gem. § 130 I 2 gewesen. Dies führt zu dem berüchtigten „Wettlauf“ zwischen den Erben des Versprechenden und dem Boten des Erblassers: Überbringt Letzterer die Willenserklärung des Erblassers zuerst, kommt (Annahme nach § 151 S. 1!) ein unmittelbar geheilter Schenkungsvertrag zustande, der Dritte erwirbt damit mit Rechtsgrund. Verhindern die Erben dies durch rechtzeitigen Widerruf, fehlt es am Rechtsgrund und der Dritte ist nach § 812 I 1 Alt. 1 herausgabepflichtig (s. dazu auch BGH NJW 1995, 953).

## 9. Kapitel. Sicherung des Leistungsvollzugs durch Einrede

### 115. Zurückbehaltungsrecht bei verjährter Forderung

G bestellte am 20.12.2009 bei S, mit dem ihn eine langjährige Lieferbeziehung verband, einen Posten Schuhe zum Preis von € 2300,-. S bestätigte den Auftrag am 23.12.2009. G zahlte noch vor Lieferung den Kaufpreis, um einen größeren Skonto zu erlangen. Anlässlich einer Revision am 8.1.2010 stellte S fest, dass ihm G aus einer früheren Lieferung noch € 1200,- schuldete, diese Forderung allerdings mit Ablauf des 31.12.2009 verjährt war. Prompt berief sich G gegenüber einer Zahlungsaufforderung des S auf Verjährung. S erwiderte ihm, solange er nicht bezahle, werde er ihm auch nicht die Schuhe liefern. G besteht auf Lieferung. Zu Recht?

Da G den Kaufpreis bereits bezahlt hatte, kann S die nach § 433 I 1 geschuldete Leistung nur verweigern, wenn ihm ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht. Gem. § 273 I kann der Schuldner mit seiner Leistung zurückhalten, wenn ihm „**aus demselben rechtlichen Verhältnis**“, dem seine Verpflichtung entspringt, ein fälliger Anspruch gegen den Gläubiger zusteht. Da § 273 nur eine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben darstellt, wird dieses Merkmal weit ausgelegt. Es genügt für diese sog. **Konnexität** ein „**innerlich zusammengehöriges einheitliches Lebensverhältnis**“, d. h. ein „innerer natürlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang“, der es als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lässt, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den anderen geltend gemacht und durchgesetzt werden könnte (s. *BGH NJW* 2004, 3484 m. w. N.). Konnexität ist daher in der Regel gegeben, wenn, wie hier, die beiderseitigen Ansprüche aus einer dauernden Geschäftsverbindung herrühren (vgl. aber *BGHZ* 54, 250). – Die Besonderheit des Falles liegt jedoch darin, dass die dem S zustehende Forderung schon verjährt war, als S sein Zurückbehaltungsrecht geltend machte, G daher seinerseits gem. § 214 I zur Leistungsverweigerung berechtigt war. Auch in diesem Fall besteht jedoch gem. § 215 noch ein Zurückbehaltungsrecht, wenn, wie hier, die Forderung zum Zeitpunkt des Entstehens der Gegenforderung noch nicht verjährt war. S kann daher seine Lieferung davon abhängig machen, dass ihm G die Altschuld bezahlt.

### 116. Leistungsverweigerungsrecht wegen eines Mängelbeseitigungsanspruchs

Die Siedlungsgesellschaft S hatte den Bauunternehmer U mit der Errichtung von zwölf Reihenhäusern beauftragt. Nach Fertigstellung und Abnahme wurden an den Häusern verschiedene schwerwiegende Mängel entdeckt, deren Beseitigung nach Schätzung eines Sachverständigen einen Aufwand von € 150 000,- erforderte. Die S erklärte daraufhin gegenüber U, sie halte mit der Zahlung des restlichen Werklohns von € 450 000,- solange zurück, bis U die Mängel beseitigt habe. U meint, die S könne allenfalls einen Betrag von € 150 000,- zurückbehalten. Wer ist im Recht?

## 9. Kapitel. Sicherung des Leistungsvollzugs durch Einrede

---

Der Vergütungsanspruch des U aus § 631 I war mit Abnahme der Häuser gem. § 641 I 1 fällig geworden. Da die Voraussetzungen der Minderung des Werklohns (§§ 634 Nr. 3, 638 I, 323, s. dazu PdW SchuldR II, Fall 140) mangels Fristsetzung nicht vorliegen, kann die S die restliche Zahlung nur verweigern, wenn ihr ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht.

a) Gemäß § 320 I kann bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern. Die der S obliegende Leistung besteht in der Zahlung des Werklohnes, die ihr gebührende Gegenleistung in der Herstellung des Werkes. Die Herstellungspflicht des Unternehmers wird in § 633 I dahin präzisiert, dass er das Werk frei von Sachmängeln herzustellen hat. Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller Nacherfüllung verlangen (§§ 634a Nr. 1, 635). Bei diesem Anspruch handelt es sich noch um die Fortsetzung des Erfüllungsanspruchs. Die Abnahme des Werkes (§ 640) ändert hieran nichts (BGHZ 96, 111). Zahlungspflicht und Mängelbeseitigungsanspruch stehen demnach im sog. **Gegenseitigkeitsverhältnis**, wie es § 320 I erfordert (vgl. auch BGH NJW 1979, 650, 651). Bei einer Teilleistung darf nach § 320 II die Gegenleistung allerdings insoweit nicht verweigert werden, als dies nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Diese Vorschrift besagt aber nicht, dass das Leistungsverweigerungsrecht auf einen dem noch ausstehenden Teil der geschuldeten Gegenleistung entsprechenden Teil beschränkt wäre (dasselbe gilt für das Zurückbehaltungsrecht aus § 273, s. BGH NJW 2004, 3483). Zu berücksichtigen ist auch das Interesse, durch Zurückhaltung eines Mehrbetrags Druck auf den anderen Teil zur vollständigen Erfüllung auszuüben (sog. „**Druckzuschlag**“).

b) Für das Werkvertragsrecht ist dieses Problem nunmehr durch § 641 III **speziell** geregelt. Danach ist ein „Druckzuschlag“ mindestens in Höhe des Doppelten der Mängelbeseitigungskosten statthaft. S kann daher von dem restlichen Werklohn nur einen Betrag von € 300 000,- zurückbehalten. Es ist also keiner der Beteiligten im Recht.

### 117. Leistungsverweigerungsrecht trotz Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung

Wie Fall 116. Die S hatte die Reihenhäuser bereits vor deren Fertigstellung an Interessenten verkauft und in den Kaufverträgen alle ihr gegen U zustehende Mängelansprüche abgetreten. Kann die S auch in diesem Falle die Zahlung des restlichen Werklohnes von der Beseitigung der Mängel abhängig machen?

Die Vorausabtretung von Mängelansprüchen gegen Dritte ist zulässig (BGHZ 95, 250, 252; 96, 146, 147 f.; erfolgt sie in AGB unter Ausschaltung der eigenen Mängelhaftung, gilt § 309 Nr. 8b) aa). Der Nacherfüllungsanspruch aus § 635 I steht daher nicht mehr der S, sondern den Käufern zu. Es fragt sich, ob die S auch in diesem Falle noch die Zahlung bis zur Mängelbeseitigung verweigern kann, obwohl sie selbst die Nachbesserung nicht mehr verlangen kann (außer bei Rückabtretung dieses Anspruchs oder bei Ermächtigung zur Geltendmachung dieses Anspruchs