

JURA

JURISTISCHE AUSBILDUNG

Herausgeber

Dagmar Coester-Waltjen
Dirk Ehlers
Klaus Geppert
Jens Petersen
Helmut Satzger
Friedrich Schoch
Klaus Schreiber

Aufsätze

Unmöglichkeit nach Verjährung: Zu »Doppelwirkungen« und zur Auslegung des § 326 Abs. 1 und Abs. 4 BGB

Von Dr. Arndt Kiehne, Tübingen

Kann der Schuldner einer unmöglich gewordenen Leistung noch Anlass haben, sich auf Verjährung zu berufen? Kann man gegen nicht (mehr) bestehende Ansprüche überhaupt Einreden erheben? Der folgende Beitrag bejaht für den untersuchten Fall beide Fragen im Wege der Interpretation des § 326 BGB und gibt damit ein weiteres Beispiel für eine relevante »Doppelwirkung« im Zivilrecht.

1. Fragestellung und Ausgangsfall

Nach § 326 I 1 erster Halbsatz entfällt der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung, wenn er gemäß § 275 I nicht zu leisten braucht. Hat der Gläubiger die Gegenleistung schon vor Eintritt der (subjektiven oder objektiven) Unmöglichkeit erbracht, kann er das Geleistete nach § 326 IV wie nach einem Rücktritt gemäß §§ 346 ff. zurückfordern. Für den Fall beiderseits nicht zu vertretender nachträglicher Unmöglichkeit hat die Schuldrechtsmodernisierung insoweit lediglich die inhaltliche Ausgestaltung des Rückforderungsanspruchs geändert, denn auch nach § 323 I erster Halbsatz a. F. verlor der Schuldner einer unmöglich gewordenen Leistung seinen Anspruch auf die Gegenleistung, nur konnte der Gläubiger die bereits bewirkte Gegenleistung gemäß § 323 III a. F. nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung und nicht nach Rücktrittsrecht zurückfordern. Durch die Neugestaltung des Verjährungsrechts kann jedoch seit 2002 ein Problem nun auch eher praktisch werden, das theoretisch schon seit 1900 besteht (wiewohl es soweit ersichtlich bisher, vielleicht wegen seiner vermeintlichen Trivialität, nicht erörtert worden ist): Kann der Gläubiger, der vorgeleistet hat, wegen der später eingetretenen Unmöglichkeit auch dann seine Leistung herausverlangen, wenn sein Anspruch auf die nun unmögliche Leistung des Schuldners bereits verjährt war, als die Unmöglichkeit eintrat?

Nehmen wir an, A hat 2002 eine ihm gehörende bewegliche Sache, die ein Unikat ist, an B verkauft. B bezahlt den Kaufpreis sofort. 2006 geht die immer noch im Besitz des A befindliche Sache unter, ohne dass A oder B das zu vertreten hätten. B fordert nun nach § 326 IV (n. F.) i. V. m. § 346 I Rückzahlung des Kaufpreises.

Der Anspruch auf Übereignung der Kaufsache ist gemäß §§ 195, 199 I Ende 2005 verjährt. Durch den Untergang der Sache im Jahre 2006 wird der Anspruch gemäß § 275 I Var. 2 ausgeschlossen.

Solange der Lieferungsanspruch des Käufers einer objektiven (von den Kenntnissen des Gläubigers unabhängigen, vgl. § 198 a. F.) dreißigjährigen Verjährungsfrist (§ 195 a. F.) unterfiel, kam es offenbar kaum dazu, dass nach Ablauf dieser Frist noch zusätzlich Unmöglichkeit eintrat¹. Nach der Verkürzung der regelmäßigen Verjährung auf drei Jahre (§ 195 n. F.) bei subjektiviertem Fristbeginn (§ 199 I n. F.) sind solche Fallgestaltungen erheblich wahrscheinlicher².

§ 326 I 1 erster Halbsatz und damit auch § 326 IV setzen voraus, dass der Schuldner nach § 275 I (oder Absatz II oder III) nicht zu leisten braucht. A war seit Beginn des Jahres 2006 nach § 214 I dazu berechtigt, die Leistung zu verweigern. Kann er den Rückzahlungsanspruch des B durch Erhebung der Verjährungseinrede zu Fall bringen, indem sein Nichtleistenmüssen dann nicht auf der Unmöglichkeit, sondern auf Verjährung beruht?

2. Einreden gegen nicht (mehr) bestehende Forderungen

Eine solche Wirkung der Verjährung mag schon deshalb bedenklich erscheinen, weil es zweifelhaft sein kann, ob eine Verteidigung gegen einen nach § 275 I erloschenen Anspruch mittels einer Einrede noch zulässig ist. Rechtsfolge des § 275 I ist in der Tat das Erlöschen des primären Erfüllungsanspruchs⁴.

1 Vgl. aus der Rechtsprechung zu § 323 III a. F. RGZ 105, 156 (nach dem Kauf im Dezember 1919 ereignen sich schon im Januar 1920 die Umstände, die möglicherweise zur Unmöglichkeit führen; das Urteil erging bereits am 22. Juni 1922); RG JW 1928, 3110 (Vertragsschluss 1914, im Ersten Weltkrieg Beschlagnahme der Wertpapiere durch die englische Regierung); RGZ 123, 401 (Vertragsschluss über die Veräußerung von Aktien einer nicht entstandenen AG 1924, Entscheidung des RG 1929); BGHZ 1, 75 (Kauf 1944, Verschwinden der Ware wohl noch während des Zweiten Weltkrieges, Urteil des BGH 1951); BGH LM § 818 Abs. 3 BGB Nr. 2 (Vertragsschluss 1944, Verlust der bestellten Maschinen »infolge der Kriegsereignisse«, Urteil 1952); BGH LM § 818 Abs. 3 BGB Nr. 6 (Vertragsschluss 1944, Unmöglichkeit 1946); BGH LM § 818 Abs. 3 BGB Nr. 7 (ebenfalls kriegsbedingte Unmöglichkeit; der Tatbestand des Urteils ist nicht mitgeteilt); auch BGH NJW 1975, 1510 (Grundstückskaufvertrag 1961, Unmöglichkeit der Übereignung spätestens 1970); ferner OLG Düsseldorf NJW 1997, 2528 (Leasingvertrag 1993, nach zwei Monaten Diebstahl des Fahrzeugs).

2 Allerdings kann in keinem der in der vorhergehenden Fußnote angeführten Fälle mit Sicherheit gesagt werden, dass die Verjährung nach neuem Recht bereits vor Unmöglichkeit eingetreten wäre. Dort, wo zwischen der Entstehung des Übereignungsanspruchs und dem Eintritt der Unmöglichkeit der längste Zeitraum lag (BGH NJW 1975, 1510), würde heute nach § 196 n. F. eine zehnjährige Verjährungsfrist laufen.

3 Dass der Anspruch auf die Gegenleistung schon durch Erfüllung gemäß § 362 I erloschen gewesen sei und deshalb nicht auch noch nach § 326 I 1 erster Halbsatz entfallen könne, lässt sich dagegen mit Sicherheit nicht behaupten, denn andernfalls gäbe es für § 326 IV überhaupt keine Anwendungsfälle.

4 Vgl. statt vieler Erman/WESTERMANN, § 275, Rdn. 33, 12. Auflage 2008; MünchKomm/ERNST, § 275, Rdn. 67 f., 5. Auflage 2007; Bamberger/Roth/UNBERATH, § 275, Rdn. 60, Online-Stand Februar 2009. Zumindest terminologisch leicht abweichend freilich Staudinger/LÖWISCH/CASPER, § 275, Rdn. 77, Bearbeitung 2009: es werde zwar »der Anspruch des Gläubigers auf die Leistung automatisch ausgeschlossen«, die Pflicht des Schuldners erlösche »als solche« jedoch nicht, »ihre Durchsetzbarkeit wird nur blockiert«. Welche Restwirkungen die Pflicht des Schuldners abgesehen von der Begründung sekundärer Rechte des Gläubigers (Schadensersatz, Rücktritt, Surrogat herausgabe) noch haben könnte, wird nicht erörtert. Nur um solche sekundären Rechte (und den Primäranspruch nach vorübergehender Unmöglichkeit) geht es auch SCHLECHTRIEM, in: Pri-

§ 218 I 2, der vorschreibt, dass der Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung nicht nur im von § 218 I 1 geregelten Fall unwirksam ist, wenn der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Schuldner sich darauf beruft, sondern auch dann, wenn der Schuldner nach § 275 I nicht zu leisten braucht und der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt wäre, soll nach seiner Entstehungsgeschichte Zweifel daran ausschließen, dass ein Rücktritt wegen Sachmangels aufgrund eines unbeheblichen anfänglichen Mangels nicht zeitlich unbegrenzt möglich ist⁵. Die Norm beruht somit auf der Überzeugung, dass ein nicht entstandener Anspruch nicht verjähren kann⁶. Die Bundesregierung erklärte freilich eine spezielle Regelung für überflüssig, da »§ 275 ... eine schuldnerbegünstigende Vorschrift ist« und »daher kein Anlass (besteht), dem Schuldner die Verjährungswirkungen nur deshalb vorzuenthalten, weil die Leistung ... unmöglich geworden ... ist.« Auch ohne eine ausdrückliche Bestimmung ergebe sich »daraus ... , dass der Rücktritt ... auch dann unwirksam ist, wenn der Nacherfüllungsanspruch bei Hinwegdenken von dessen Unmöglichkeit verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft.«⁷ Der Rechtsausschuss des Bundestages hat eine solche Entscheidung als eine Lösung »im Wege der teleologischen Erweiterung« des jetzigen § 218 I 1 nicht ausgeschlossen, eine gesetzliche Normierung aber befürwortet, weil es »nicht sicher (ist), ob dieser Weg in der Praxis gewählt und das richtige Ergebnis erreicht wird ...«⁸

vatrecht in Europa, Festschrift für Sonnenberger, hrsg. von Coester, Martiny und Prinz von Sachsen Gessaphe, München 2004, S. 125, 128 ff., und Prütting/Wegen/Weinreich/SCHMIDT-KESSEL, 4. Auflage 2009, § 275, Rdn. 4, 12 f., auf die LÖWISCH/CASPERS Bezug nehmen.

5 Vgl. KNÜTEL, NJW 2001, 2519, Nr. II 1; Stellungnahme des Bundesrates, BT-Ds 14/6857, S. 27, Nr. 93; Entgegnung der Bundesregierung, BT-Ds 14/6857, S. 61, Zu Nummer 93; Vorschlag des Rechtsausschusses, BT-Ds 14/7052, S. 182, Zu § 218.

6 Vgl. Stellungnahme des Bundesrates, BT-Ds 14/6857, S. 27, Nr. 93: »Ein ... Anspruch auf Nacherfüllung bestand aber zu keinem Zeitpunkt und konnte daher auch nicht verjähren.« Auch Vorschlag des Rechtsausschusses, BT-Ds 14/7052, S. 182, Zu § 218: »Der Bundesrat hat ... darauf hingewiesen, dass in den Fällen, in denen der Schuldner ... wegen Unmöglichkeit nicht zu leisten braucht, die Anwendung des § 218 BGB-E zweifelhaft sein kann, weil der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch in diesem Fall ausgeschlossen ist und daher nicht verjähren kann.« Ferner Soergel/NIEDENFÜHR, § 218, Rdn. 2, 13. Auflage 2002; MünchKomm/GROTHE, § 218, Rdn. 5, 5. Auflage 2006 (»der untergegangene und damit eigentlich nicht der Verjährung unterliegende Anspruch«); Bamberger/Roth/HENRICH, § 218, Rdn. 5, Online-Stand Februar 2010 (»Muss ein Schuldner wegen Unmöglichkeit nicht leisten ..., besteht kein verjährbarer Anspruch ...«); Erman/SCHMIDT-RÄNTSCH, § 218, Rdn. 6, 12. Auflage 2008 (»Verjähren kann ein Anspruch ... nur, wenn er erfüllt werden kann«); LOOSCHELDERS, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Köln 2009, Rdn. 829 (»Denn ein ausgeschlossener Anspruch kann nicht verjähren«).

7 BT-Ds 14/6857, S. 61, Zu Nummer 93. Übereinstimmend Soergel/NIEDENFÜHR, § 218, Rdn. 2, 13. Auflage 2002: »Zu diesem Ergebnis wäre man auch im Wege der teleologischen Erweiterung des § 218 gelangt.«

8 BT-Ds 14/7052, S. 182, Zu § 218. Für die vom Rechtsausschuss diesbezüglich behauptete »Übereinstimmung mit der von der Bundesministerin der Justiz eingesetzten Kommission »Leistungsstörungenrecht« finde ich keinen Beleg. Jedenfalls verzichtete § 218 I des Regierungsentwurfs übereinstimmend mit § 220 I der »Neufassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes – Verjährungsrecht –« (leicht zugänglich bei CANARIS, Schuldrechtsreform 2002, München 2002, S. 426) auf eine dem jetzigen § 218 I 2 BGB entsprechende Regelung. Im Diskussionsentwurf des Justizministeriums hatte eine § 218 genau entsprechende Norm sogar ganz gefehlt. Dafür gab es aber die allgemeine Bestimmung des § 323 III Nr. 4 DiskE, wonach der Rücktritt ausgeschlossen sein sollte, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegensteht, die der Schuldner bereits erhoben hat oder unverzüglich nach dem Rücktritt erhebt, wobei die Einrede aus § 275 außer Betracht zu bleiben hat (abgedruckt bei CANARIS, Schuldrechtsreform 2002, S. 21 f.; identisch mit § 323 III Nr. 4 Entwurfs der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, vgl. deren Abschlußbericht, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln 1992, S. 162).

Die Annahme, nicht entstandene Ansprüche könnten nicht verjähren, ist freilich eine genauere Betrachtung wert.

Definiert man die »Einreden im Sinne des materiellen Rechts« als »Umstände, welche die Befugnis gewähren, die Befriedigung eines Anspruches verweigern zu dürfen, obwohl der Anspruch an und für sich besteht«⁹, liegt der begriffliche Schluss, gegen nicht bestehende Ansprüche gebe es kein Leistungsverweigerungsrecht, auf der Hand¹⁰. In seiner berühmten Abhandlung »Über Doppelwirkungen im Recht« machte jedoch schon Theodor Kipp darauf aufmerksam, dass »eine Einrede und eine ipso jure erfolgende Tilgung eines Anspruchs miteinander konkurrieren [können]; es ist z. B. möglich, daß eine Forderung bezahlt wird und dann verjährt.«¹¹ Das verdient jedenfalls in dem Sinne Zustimmung, dass eine Klage unabhängig davon, ob die eingeklagte Forderung besteht, abzuweisen ist, wenn der Schuldner die Einrede der Verjährung erhoben hat und die Verjährung bei unterstelltem Bestehen der Forderung feststeht¹². Da weder der Kläger noch der Schuldner ein schützenswertes Interesse daran hat, dass die Klage gerade wegen Nichtbestehens abgewiesen wird, würde eine abweichende Entscheidung nur zu einer sinnlosen Beschäftigung des Gerichts führen. War der geltend gemachte Anspruch wie im Falle anfänglicher Unmöglichkeit allerdings von vornherein ausgeschlossen, kann von einer Verjährung des primären Leistungsanspruchs strenggenommen jedoch nicht gesprochen werden, denn die Verjährung beginnt nach §§ 199 I, 200 mit der Entstehung des Anspruchs. Die Klarstellung in § 218 I 2 ist also insofern hilfreich, als sie bestätigt, dass die fiktive Verjährung einer nicht entstandenen Forderung für den »Schuldner« vorteilhafte Rechtsfolgen haben kann.

Im Beispiel Kipps (Erfüllung und anschließende Verjährung)

In der Begründung wurde als Beispiel für einen Rücktrittsausschluss der Fall angeführt, dass der Anspruch des Käufers auf mangelfreie Lieferung verjährt ist und der Verkäufer sich darauf beruft (bei CANARIS, Schuldrechtsreform 2002, S. 212). Die Kommission Leistungsstörungen sprach sich für die ersatzlose Streichung dieser Regelung aus und plädierte dafür, die Auswirkungen einer Einrede auf das Rücktrittsrecht Rechtsprechung und Wissenschaft zu überlassen (vgl. CANARIS, JZ 2001, 499, 511, lit. d), was in der »Konsolidierten Fassung des Diskussionsentwurfs« des Justizministeriums seinen Niederschlag fand (vgl. CANARIS, Schuldrechtsreform 2002, S. 375, Fn. 5). Dass die detaillierte Regelung des späteren § 218 I 2 BGB die Billigung der Kommission gefunden haben soll, ist vor diesem Hintergrund erstaunlich.

9 Motive der ersten BGB-Kommission bei Mugdan (Hrsg.), Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I, Berlin 1899, S. 550 oben; vgl. OERTMANN, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Auflage 1927, Vor § 194, Bemerkung B 1, S. 703: Die Einrede »setzt ein Recht (einen Anspruch) voraus, gegen dessen Geltendmachung sie sich wendet ...«. ROTH, Die Einrede des Bürgerlichen Rechts, München 1988, S. 1, verwendet die zitierte Stelle in den Motiven immerhin als Ausgangspunkt.

10 Vgl. LANGHEINEKEN, Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1903, S. 46: »Da die Einrede das Recht verleiht, eine Leistung, ... auf die ... der Andere einen Anspruch hat, zu verweigern, so setzt sie begrifflich notwendig das Vorhandensein eines gegnerischen Anspruchs ... voraus.« OERTMANN, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Auflage 1927, Vor § 194, Bemerkung B 1, S. 703: »Wo es von vornherein an einem Anspruch fehlt, ist für eine Einrede ... weder Raum noch Bedürfnis.« ENNECCERUS/NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1960, S. 1383, Nr. 2: »Von einer Einrede kann man nur sprechen, wenn das Recht, gegen das sie sich richtet, insbesondere der Anspruch, entstanden ist und noch besteht.« v. TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Leipzig 1910, S. 202, Nr. V (»... die negativen Rechte ... erlöschen mit anderweitiger Aufhebung des ... Rechts. Eine Miete, die z. B. durch Untergang der Sache beendet ist, kann nicht mehr gekündet werden«) i. V. m. S. 298, Nr. V (»Die Einrede ist ... ein negatives Recht, gerichtet gegen einen Anspruch«).

11 KIPP, in: Festschrift für Ferdinand von Martitz, Berlin 1911, S. 211, 223.

12 Vgl. KIPP, in: FS Martitz, S. 211, 223; Staudinger/PETERS/JACOBY, § 214, Rdn. 9, 12, Bearbeitung 2009; Erman/SCHMIDT-RÄNTSCH, § 214, Rdn. 3, 12. Auflage 2008.

und im hier untersuchten Fall (Verjährung und nachfolgende Unmöglichkeit) sind die Ansprüche, deren Verjährung zu prüfen ist, anders als bei anfänglicher Unmöglichkeit entstanden. Ihre Verjährung hat also begonnen, bevor die Forderungen nach § 362 I oder § 275 I erlöschen. In unserem Fall ist die Verjährung sogar vollendet. Auch in solchen Konstellationen könnte man annehmen, die Einrede entfalle, wenn man ihre Existenz vom Fortbestand des Anspruchs abhängig macht. Deutlich formulierte diese Auffassung Langheineken: »Jede Einrede geht unter durch Wegfall des von ihr betroffenen Anspruches ...«¹³ Lassen sich dazu überhaupt allgemeingültige Aussagen machen?

3. »Doppelwirkungen« bei Anfechtung und Nichtigkeit

Kipp vertrat generell die These, es sei »möglich, daß ein und dasselbe Rechtsverhältnis aus zwei Gründen zu verneinen ist.«¹⁴ Er exemplifizierte das vor allem bezüglich der »Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit«¹⁵. Wenn die Rechtsfolgen der Anfechtung eines nichtigen Rechtsgeschäfts durch den jedenfalls bei Wirksamkeit des Geschäfts zur Anfechtung Berechtigten für die übrigen Betroffenen nicht nachteiliger sind als diejenigen der Nichtigkeit, ist die Möglichkeit einer Anfechtung trotz Nichtigkeit eher von theoretischem Interesse¹⁶. Ebenso verhält es sich im Kippischen Beispiel der Verjährung nach Erfüllung. Aus welchem Grund der Gläubiger seine Forderung nicht mehr durchsetzen kann, wegen festgestellter Erfüllung oder wegen festgestellter Verjährung, spielt für ihn keine Rolle. Da die Verjährung den Streit über länger zurückliegende Vorgänge befrieden soll, wäre es sinnwidrig, die Verjährungseinrede davon abhängig zu machen, dass die Forderung nicht bereits vor Eintritt der Verjährung erloschen war.

Umstritten und klärungsbedürftig sind jedoch die Sachverhalte, in denen die Anfechtung zu einer Besserstellung des Anfechtenden im Vergleich zur Rechtslage bei Nichtigkeit führt. Erörtert werden vor allem folgende zwei Fälle.

Erstens: »Angenommen, daß jemand von einem Minderjährigen eine Sache kauft und übergeben erhält, nachdem er zu beidem den Minderjährigen durch Betrug bestimmt hat, daß der gesetzliche Vertreter die Genehmigung verweigert, sodann der Empfänger die Sache an einen Dritten veräußert und der Dritte zwar den Betrug, aber nicht die Minderjährigkeit des ersten Verkäufers und nicht die Verweigerung der Genehmigung kennt.«¹⁷ Hat der Dritte dann nach § 932 gutgläubig das Eigentum vom Nichtberechtigten erworben, weil er annahm, dieser habe gemäß § 123 I immerhin anfechtbar Eigentum erworben? § 142 II, der die Kenntnis der Anfechtbarkeit der Kenntnis der Unwirksamkeit gleichstellt, setzt schließlich seinem Wortlaut nach voraus, dass »die Anfechtung erfolgt«. Kipp lehnt einen Eigentumserwerb ab, indem er die Anfechtung zulässt und so nach erfolgter Anfechtungserklärung ohne Weiteres § 142 II anwenden kann¹⁸. Er findet damit bis heute Zustimmung¹⁹ wie Ablehnung²⁰. Im Ergebnis besteht freilich (weitgehend) Einigkeit: der Dritte wird nicht Eigentümer²¹. Wer eine Anfechtung ablehnt, entnimmt dieses Ergebnis § 142 II unmittelbar durch Auslegung, teils sogar unter Verzicht auf eine Erklärung der Anfechtung²². So oder so ist der Erwerb aufgrund der Bewertung der Interessen des Getäuschten und des Dritten und nicht allein aufgrund der Möglichkeit einer »doppelten Nichtigkeit« zu verneinen. Entscheidend ist, dass der redliche Erwerber nicht besser gestellt werden darf als er bei Berechtigung des Verfügenden, dem er Glauben schenkt, stünde²³. »Wäre das erste Geschäft nicht nichtig, sondern nur anfechtbar gewesen, so hätte der Zweiterwerber bei Kenntnis der Anfechtbarkeit (§ 142 Abs. 2 BGB.) und späteren [sic! gemeint ist: späterer] Anfechtung das Recht nicht erworben.«²⁴ Wer freilich die Auffassung vertritt, auch der Erwerber, der von einem beschränkt geschäftsfähigen Nichtberechtigten erwirbt, dessen Minderjährigkeit ihm im Gegensatz zur Nichtberechtigung bekannt ist, werde nach § 932

trotz Verweigerung der Zustimmung seitens der gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen Eigentümer²⁵, kann meines Erachtens auch bei Kenntnis des Erwerbers von der Anfechtbarkeit der

13 LANGHEINEKEN, Anspruch und Einrede ..., S. 285, Nr. 1; vgl. nochmals ENNECCERUS/NIPPERDEY wie in Fn. 10: »wenn ... der Anspruch ... noch besteht.« Auch einige der oben in Fn. 6 angeführten Äußerungen zu § 218 I 2 lassen sich jedenfalls bei isolierter Betrachtung so interpretieren.

14 KIPP, in: FS Martitz, S. 211, 223 ff.

15 KIPP, in: FS Martitz, S. 211, 224 ff. Der vollständige Titel seines Beitrages lautet denn auch »Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit«.

16 Die Nichtigkeit kann in Prozess und Urteil allerdings auch mit der Anfechtung begründet werden, ohne dass es auf eine anfechtungsunabhängige Nichtigkeit ankommt, vgl. BGH JZ 1955, 500 = LM § 142 BGB Nr. 2; HUBERNAGEL, AcP 137 (1933), 205, 207 f.; FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin u. a. 1979, S. 567; MEDICUS, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auflage, Heidelberg 2006, Rdn. 730; Staudinger/ROTH, § 142, Rdn. 27, Bearbeitung 2003; MünchKomm/BUSCHE, § 142, Rdn. 12, 5. Auflage 2006.

17 KIPP, in: FS Martitz, S. 211, 226, Nr. VIII.

18 KIPP, in: FS Martitz, S. 211, 226 f.

19 PETER, AcP 132 (1930), 1, 57 f.; HUBERNAGEL, AcP 137 (1933), 205, 215 f., 235, lit. d; FLUME, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, Paderborn u. a. 1990, S. 12–14 (anders aber DERS., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin u. a. 1979, S. 567, mit Fn. 25 a); WIELING, Sachenrecht, Band 1, 2. Auflage, Berlin und Heidelberg 2006, S. 375; zu einem ähnlichen Fall BORK, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Auflage, Tübingen 2006, Rdn. 927 f. Für den Grundsatz, »daß eine Anfechtung nichtiger Geschäfte möglich ist, wenn der Anfechtende dadurch für ihn ungünstige Rechtsfolgen des nichtigen Geschäfts vermeiden kann«, auch Staudinger/ROTH, § 142, Rdn. 30, Bearbeitung 2003, der im konkreten Beispiel aber »eine offene Gesetzesauslegung« bevorzugt (Rdn. 29). Trotz der betonten Abgrenzung zu KIPP nur terminologisch abweichend, in der Sache aber übereinstimmend HENLE, in: Festschrift für Ernst Zitelmann, München und Leipzig 1923, S. 36 f. (die Beiträge der Festschrift sind getrennt paginiert).

20 ERNST WOLF, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 3. Auflage, Köln u. a. 1982, S. 474 oben, zu einem ähnlichen Fall; OELLERS, AcP 169 (1969), 67 ff., insbesondere 70 f.; Staudinger/ROTH, § 142, Rdn. 29, Bearbeitung 2003; MEDICUS, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auflage, Heidelberg 2006, Rdn. 728 f.

21 Unklar ERNST WOLF, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 3. Auflage, Köln u. a. 1982, S. 474 oben.

22 OELLERS, AcP 169 (1969), 67, 71; FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin u. a. 1979, S. 567, mit Fn. 25 a (vgl. aber hier oben Fn. 19); wohl auch Staudinger/ROTH, § 142, Rdn. 29, Bearbeitung 2003; PETERSEN, JURA 2007, 673, 675; ebenso anscheinend schon v. TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte, München und Leipzig 1914, S. 314 f., mit Fn. 102 (analoge Anwendung des § 142 II).

23 HUBERNAGEL, AcP 137 (1933), 205, 215 f.; vgl. OELLERS, AcP 169 (1969), 67, 70; PETERSEN, JURA 2007, 673, 675, linke Spalte oben. Andeutungsweise auch MEDICUS, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auflage, Heidelberg 2006, Rdn. 728: der Erwerber »stünde dann besser, als wenn er von einem voll Geschäftsfähigen erworben hätte.« Der zugunsten des Dritten verfügende Nichtberechtigte ist aber tatsächlich geschäftsfähig.

24 HUBERNAGEL, AcP 137 (1933), 205, 216 oben.

25 So ausdrücklich Nomoskommentar/MELLER-HANNICH/SCHILKEN, § 932, Rdn. 12, 2. Auflage 2008; wohl auch all diejenigen, die es ohne Nennung von Ausnahmen zulassen, dass der redliche Erwerber besser gestellt wird, als er bei Wahrheit des Rechtsscheins stünde, wie z. B. Staudinger/GURSKY, § 892, Rdn. 228, Bearbeitung 2008. Anders dagegen jene, die redlichen Erwerb ausschließen, wenn der Erwerber die Minderjährigkeit des Verfügenden kennt (Soergel/HENSSELER, § 932, Rdn. 36, 13. Auflage 2002) oder grob fahrlässig nicht kennt (monographisch WEHMANN, Gutgläubiger Fahrnisserwerb bei alternativ zum fehlenden Eigentum des Veräußerers wirkenden Übertragungshindernissen, Göttingen 1988, mit dem Ergebnis S. 152 f., der den Fall der Kenntnis von der Anfechtbarkeit nicht behandelt; ganz ähnlich WILHELM, Sachenrecht, 3. Auflage, Berlin 2007, Rdn. 883), und schließlich solche, die den redlichen Erwerb ohne Erwähnung der Kenntnis des Erwerbers von der Minderjährigkeit des Verfügenden scheitern lassen, weil die »Redlichkeitsvorschriften ... den Erwerber nur so stellen (wollen), wie er bei Richtigkeit seiner [durch den Rechtsschein gedeckten] Vorstellung stünde« (etwa MEDICUS/PETERSEN, Bürgerliches Recht, 22. Auflage, Köln 2009, Rdn. 542; MünchKomm/OECHSLER, § 932, Rdn. 11, 5. Auflage

Verfügung, auf der seiner Meinung nach das Eigentum des tatsächlich Nichtberechtigten beruht, kaum widerspruchsfrei zu einer Ablehnung des Eigentumsübergangs gelangen. Allerdings räume ich gerne ein, dass die Kenntnis von der Anfechtbarkeit immerhin die Kenntnis des schutzwürdigen Interesses des wahren Eigentümers an freier Willensbestimmung beinhaltet, während die Kenntnis von der Minderjährigkeit des Verfügenden im Vergleichsfall an der Unkenntnis des Erwerbers von der Beteiligung des wahren Eigentümers nichts ändert.

»Praktisch werden« kann zweitens auch, »daß jemand, der seine Erklärung berechtigterweise wegen Irrtums angefochten hat, hinterher entdeckt, daß er zu seinem Irrtum durch eine arglistige Täuschung veranlaßt wurde, und es nun vorziehen würde, die Erklärung wegen arglistiger Täuschung anzufechten.«²⁶ Kann er sich so einer anderenfalls möglicherweise begründeten Pflicht zum Ersatz des Vertrauensinteresses gemäß § 122 entziehen? Die Frage wird nahezu ausschließlich bejahend²⁷, nur ganz vereinzelt verneinend beantwortet²⁸. Zunächst ist indes festzustellen, dass in einer solchen Konstellation ein Schadensersatzanspruch dessen, der selbst getäuscht hat oder die Täuschung zumindest kennen musste (§ 123 II), gemäß § 122 I aus mehreren Gründen schwer vorstellbar wirkt. Wer die Täuschung kennt oder kennen muss, muss auch wissen, dass durch die Täuschung ein Irrtum verursacht worden ist, so dass schon § 122 II einem Anspruch gegen den Irrenden, der nach § 119 angefochten hat, entgegensteht²⁹. Aber auch dann, wenn man den Fall so abwandelt, dass der Irrende von einem Dritten durch Drohung zu seiner Willenserklärung bestimmt wurde, ohne dass der Erklärungsbegünstigte das wissen musste, kann man einen nach § 122 I ersatzbaren Schaden vielleicht schon mit der Begründung ablehnen, dass der Begünstigte denselben Schaden infolge einer nicht zum Schadensersatz verpflichtenden Anfechtung gemäß § 123 I Var. 2 erlitten hätte, wenn nicht zuvor nach § 119 angefochten worden wäre³⁰. Warum man auf diese Weise auf eine zweite Anfechtungserklärung verzichten können soll³¹, wird aber nicht deutlich. Schadensrechtlich betrachtet dürfte es sich um das Problem eines nicht zum Ersatz verpflichtenden Alternativverhaltens handeln. Ein solches Verhalten schließt den Schadensersatzanspruch nur aus, wenn der Schädiger denselben Schaden herbeigeführt hätte; »die bloße Möglichkeit, ihn ... herbeiführen zu können, reicht nicht aus.«³² Dem Bedrohten ist es zuzumuten, Zweifel daran, ob er wegen der Drohung angefochten hätte, dadurch auszuräumen, dass er tatsächlich eine entsprechende Erklärung abgibt. Aus der Auslegung des § 122, auf die es auch deshalb ankommt, weil »für die Beurteilung eines Alternativverhaltens der Schutzzweck der jeweiligen Haftungsnorm maßgeblich ist«³³, folgt nichts anderes.

Die Behandlung der beiden Standardbeispiele zur »Doppelwirkung« hat gezeigt, dass maßgeblich die Interpretation der Norm ist, auf die sich das umstrittene Recht des von der »Doppelwirkung« Betroffenen stützt. Ebenso, wie das Verständnis des § 932 und des § 122 über den Eigentumserwerb und den Schadensersatzanspruch entscheidet, kommt es in unserem Fall für die Befreiung des Gläubigers von seiner Gegenleistungspflicht nach § 326 I und für seinen Rückforderungsanspruch gemäß § 326 IV auf die Auslegung dieser beiden Absätze des § 326 an.

4. § 326 und das Synallagma nach Vorleistung und Verjährung des Anspruchs auf die Gegenleistung

§ 326 I 1 erster Halbsatz ist Ausdruck des Synallagmas. Jede Partei eines gegenseitigen Vertrages verpflichtet sich zur Erbringung ihrer eigenen Leistung, um die Leistung des anderen zu erlangen. Wird die Erbringung einer Leistung unmöglich, endet deshalb grundsätzlich auch die Pflicht zur Gegenleistung.

Das Gegenseitigkeitsverhältnis verlangt jedoch nicht zwingend, dass immer dann, wenn eine Partei von ihrer Pflicht befreit wird, der Vertragspartner ebenfalls von seiner Pflicht befreit

wird. So kann etwa eine Forderung verjährt sein, obwohl die Gegenforderung noch nicht verjährt ist. Hätten A und B 2002 vereinbart, dass die Kaufsache sofort zu liefern ist, der Kaufpreis dagegen erst ein Jahr später fällig wird, und hätten beide nicht geleistet, so wäre der Anspruch des B aus § 433 I unverändert mit Ablauf des Jahres 2005 verjährt, der Anspruch des A aus § 433 II hingegen erst Ende 2006, da ein Anspruch im Sinne des § 199 I Nr. 1 nicht vor seiner Fälligkeit entsteht³⁴. Während des Jahres 2006 stünde mithin A ein unverjährter Zahlungsanspruch zu, obwohl der Anspruch des B auf Übereignung bereits verjährt wäre. Nun kann A seine Forderung während dieser Zeit zwar nicht einseitig durchsetzen, weil B ungeachtet der Verjährung seiner Forderung die Einrede des nichterfüllten Vertrages aus § 320 I 1 zusteht, wie sich aus direkter oder zumindest analoger Anwendung der Vorschrift des § 215 über die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts ergibt³⁵. Diese Einrede befreit den B aber anders als die peremptorische Verjährungseinrede nicht. Leistet A trotz Verjährung des Übereignungsanspruchs, kann er auch seinen Zahlungsanspruch durchsetzen.

Wandeln wir nun den Fall leicht ab, so dass B bei Fälligkeit 2003 gezahlt hat, während die Lieferung unverändert unterblie-

2009; PETERSEN, JURA 2003, 399, 401, rechte Spalte; vgl. zu diesem Argument auch KIEHNLE, Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens ..., Berlin 2004, S. 291–293).

26 RIEZLER, LZ 1928, Spalte 155, 157; vgl. den ähnlichen Fall bei HENLE, in: Festschrift für Ernst Zitelmann, München und Leipzig 1923, S. 27; PETER, AcP 132 (1930), 1, 59 f.

27 HENLE, in: Festschrift für Ernst Zitelmann, München und Leipzig 1923, S. 43–45 (ungeachtet terminologischer Besonderheiten, allerdings unter Verzicht auf eine erneute Anfechtungserklärung), aufbauend auf der Behandlung eines ähnlichen Falls S. 27 ff., 37 ff.; v. TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte, München und Leipzig 1914, S. 300 (trotz Ablehnung der Anfechtung eines nichtigen Rechtsgeschäfts, vgl. S. 299 f., 4 f., Fn. 7); PETER, AcP 132 (1930), 1, 59 f. (zu einem ähnlichem Fall); FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin u. a. 1979, S. 567; LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004, § 37, Rdn. 54; ohne genauere Sachverhaltsbeschreibung BORK, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Auflage, Tübingen 2006, Rdn. 929; Staudinger/ROTH, § 142, Rdn. 28, Bearbeitung 2003 (freilich durch »offene Gesetzesauslegung, ohne daß auf die von Kipp begründete Lehre von den Doppelwirkungen im Recht zurückgegriffen werden müßte«); MünchKomm/BUSCHE, § 142, Rdn. 12, 5. Auflage 2006 (wozu eine »Anerkennung der Kipp'schen Lehre ... entbehrlich« sei); HKK/SCHERMAIER, §§ 142–144, Rdn. 8 a. E. (2003).

28 RIEZLER, LZ 1928, Spalte 155, 157 ff., aus Gründen der »Logik«, der den Getäuschten auf Schadensersatzansprüche und § 242 verweist (Spalte 160 f.).

29 Vgl. PETERSEN, JURA 2007, 673, 674, linke Spalte.

30 Vgl. HUBERNAGEL, AcP 137 (1933), 205, 217 f.; OELLERS, AcP 169 (1969), 67, 72 f.

31 Dafür HUBERNAGEL, AcP 137 (1933), 205, 235, lit. f; (weniger deutlich) OELLERS, AcP 169 (1969), 67, 72 f.

32 MünchKomm/OETKER, § 249, Rdn. 215 a. E., 5. Auflage 2007; vgl. BGHZ 120, 281, 287 unten; Staudinger/SCHIEHMANN, § 249, Rdn. 105, Bearbeitung 2005.

33 Staudinger/SCHIEHMANN, § 249, Rdn. 102, Bearbeitung 2005; vgl. BGHZ 120, 281, 286; MünchKomm/OETKER, § 249, Rdn. 215 am Anfang, 5. Auflage 2007.

34 Vgl. zum Fälligkeitserfordernis statt vieler nur Erman/SCHMIDT-RÄNTSCH, § 199, Rdn. 3, 12. Auflage 2008.

35 Vgl. Anwaltkommentar/MANSEL/STÜRNER, § 215, Rdn. 5 (2005); Staudinger/OTTO, § 320, Rdn. 25, Bearbeitung 2009; Soergel/GSELL, § 320, Rdn. 5, 52, 13. Auflage 2005; MünchKomm/GROTHE, § 215, Rdn. 4, 5. Auflage 2006; MünchKomm/EMMERICH, § 320, Rdn. 35, 5. Auflage 2007; Bamberger/Roth/GROTHE, § 320, Rdn. 11, Online-Stand Februar 2007; für Analogie zu § 215 Bamberger/Roth/HENRICH, § 214, Rdn. 4, Online-Stand Februar 2010; unklar Staudinger/PETERS/JACOBY, § 215, Rdn. 13, Bearbeitung 2009: »§ 215 betrifft ... wohl auch das Zurückbehaltungsrecht aus § 320, obwohl man bei diesem auch die Auffassung vertreten kann, daß sich der Erhaltungseffekt schon aus dem Synallagma der Forderungen ergibt. § 215 ist insoweit entbehrlich.« Vgl. auch BGH NJW 2006, 2773, 2775 [21].

ben ist. Welche Rechte stehen ihm zu, wenn A sich 2006 unter Berufung auf Verjährung weigert, die Sache zu übergeben?

Ein Rücktrittsrecht nach § 323 I scheitert entweder schon am Fehlen einer »fälligen« Leistung oder der Rücktritt ist doch jedenfalls nach § 218 I 1 unwirksam³⁶.

Eine Kondiktion der Zahlung nach § 813 I 1 ist ausgeschlossen, denn die Einrede des nichterfüllten Vertrages ist nur dilatorisch³⁷.

Der Annahme der Mehrheit der zweiten BGB-Kommission, »wenn bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Theil berechtigt sei, die ihm obliegende Leistung zu verweigern, und von diesem Recht Gebrauch mache, (werde) vermöge des im Wesen des gegenseitigen Vertrages begründeten Abhängigkeitsverhältnisses zwischen der Verpflichtung und Berechtigung jedes Vertragstheiles auch sein Recht auf die Gegenleistung hinfällig«, so dass, »soweit er die Gegenleistung schon ganz oder theilweise empfangen habe, ... mit der Erklärung, daß er von der ihm zustehenden Einrede Gebrauch machen wolle, der Rechtsgrund für den Empfang der Gegenleistung fort(falle) und der andere Theil ... diese mit der cond. ob causam finitam zurückfordern (könne)«³⁸, kann jedenfalls so allgemein nicht zugestimmt werden. Mit dem Befriedungszweck der Verjährung ist es nur schwer vereinbar, gerade aus ihr Ansprüche herleiten zu wollen³⁹. Wer vorleistet, obwohl er seine Leistung nach § 320 verweigern könnte, hat zunächst keinen Rückforderungsanspruch. Würde sich daran etwas ändern, sobald der Anspruch des Vorleistenden auf die Gegenleistung verjährt, wäre es gerade die Verjährung, die ein Rückgewährrecht begründen würde. Wenn der Schuldner, der nach Eintritt der Verjährung trotz der ihm zustehenden Einrede auf die gegen ihn gerichtete Forderung leistet, die Leistung nach §§ 214 II 1, 813 I 2 nicht zurückverlangen kann, müsste es sehr erstaunen, wenn der Gläubiger, der seinen eigenen Anspruch verjähren lässt, ausgerechnet wegen dieses Umstandes Herausgabe des seinerseits an den Schuldner Geleisteten beanspruchen dürfte.

Im Ergebnis zutreffend lehnt die heute wohl einhellige Auffassung es so auch ab, dem Käufer, der den Kaufpreis (teilweise) bezahlt hat, vom Verkäufer aber nur eine mangelhafte Sache erhalten hat, nach Verjährung seiner Nacherfüllungsansprüche einen Anspruch auf Rückzahlung zuzubilligen, obwohl es (etwa nach § 438 IV 1 i. V. m. § 218 I 1) an einem wirksamen Rücktritt fehlt⁴⁰, und das sogar in dem Fall, dass die Kaufpreiszahlung erst erfolgte, als der Nacherfüllungsanspruch verjährt war, in dem dem Käufer (unter weiteren, nicht abschließend geklärten Voraussetzungen)⁴¹ schon bei der Leistung eine dauernde Einrede gemäß § 438 IV 2 zustand, weswegen die Erfordernisse des § 813 I 1 seinem Wortlaut nach an sich gegeben wären. Das ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus §§ 438 IV 1, 218 II, 214 II⁴², denn dort werden Ansprüche auf Herausgabe des bereits zwecks Rückabwicklung Zurückgegebenen ausgeschlossen, die sonst bei späterer Berufung des Schuldners auf Verjährung gemäß § 218 I 1 nach § 812 I 2 Var. 1 eingriffen⁴³, während es hier um den Ausschluss einfacher Rückabwicklungsansprüche (und nicht um die Rückabwicklung der Rücktrittsfolgen) geht. § 214 II enthält aber nach dem bereits Ausgeführten eine über den unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus auf andere Rückabwicklungsansprüche, die mit Verjährung begründet werden sollen, verallgemeinerbare Wertung.

Dass der Verletzte, der sich gegen eine durch unerlaubte Handlung erlangte Forderung nach Verjährung seines Anspruchs auf Aufhebung der Forderung auf die Arglistenrede des § 853 beruft, zur Rückgabe einer vom Gläubiger bereits erbrachten Gegenleistung verpflichtet ist⁴⁴, spricht ebenso wenig wie der Umstand, dass auch der Käufer, der die Kaufpreiszahlung nach § 438 IV 2 trotz Verjährung seines Nacherfüllungsanspruchs verweigert, zur Herausgabe der Sache an den Verkäufer verpflichtet ist, wenn dieser von seinem Rücktrittsrecht nach § 438 IV 3 Gebrauch macht, gegen die dargestellte Verallgemei-

nerung. Der Gläubiger, dessen Forderung auf eine unerlaubte Handlung zurückgeht, und der Verkäufer, der mangelhaft leistete, können zwar beide ihre Vorleistung zurückfordern, aber nicht deswegen, weil der Aufhebungsanspruch bzw. der Nacherfüllungsanspruch des Schuldners verjährt sind, sondern ob-

36 Vgl. MünchKomm/ERNST, § 323, Rdn. 47 f., 5. Auflage 2007; Soergel/GSELL, § 323, Rdn. 50, 53, 13. Auflage 2005.

37 Vgl. MünchKomm/SCHWAB, § 813, Rdn. 6, 5. Auflage 2009; MünchKomm/EMMERICH, § 320, Rdn. 45 a. E., 5. Auflage 2007.

38 Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II, Berlin 1899, S. 1102.

39 So verfährt aber unter Bezugnahme auf die zitierte Stelle aus den Protokollen für den Fall, »wenn der durch die Einrede bedrohte Anspruch nur die eine Seite eines gegenseitigen Vertrages darstellt, indem beispielsweise nur der eine Anspruch verjährt ist, und der andere Teil bereits seine Leistung erbracht hat, ohne von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages Gebrauch zu machen«, v. MAYR, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1903, S. 50 f. (Kondiktion des Vorleistenden). SCHAPER, JheringJb 52 (1907), 233, 287 oben, kritisiert dagegen die aus der Auffassung der Kommissionsmehrheit folgende Konsequenz, dass »z. B. ein Verkäufer, gegen dessen Kaufpreisforderung die Verjährungseinrede mit Erfolg geltend gemacht ist, von dem Käufer die Ware auf Grund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern ... [könnte]. Das darf ihm nicht gestattet sein.« Gegen den Satz der zweiten Kommission in anderem Zusammenhang auch LANGHEINEKEN, Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1903, S. 243.

40 Bamberger/Roth/FAUST, § 438, Rdn. 54, Online-Stand Februar 2007; REINICKE/TIEDTKE, Kaufrecht, 8. Auflage 2009, Rdn. 706; MünchKomm/SCHWAB, § 813, Rdn. 11, 5. Auflage 2009. Übereinstimmend zu § 478 a. F. nach Verjährung der Gewährleistungsansprüche gemäß § 477 a. F. OERTMANN, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, Zweite Abteilung, §§ 433 bis 853, 5. Auflage 1929, § 478, Bemerkung 5 c; RGZ 128, 211, 215 f. (obiter dictum); RGZ 144, 93, 94 ff.; KOPPENSTEINER/KRAMER, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Auflage 1988, S. 52; ROTH, Die Einrede des bürgerlichen Rechts, München 1988, S. 82 ff.; Soergel/HUBER, Vor § 459, Rdn. 256, § 478, Rdn. 16 f., 12. Auflage 1991. Für einen Anspruch des Käufers auf Rückzahlung gemäß § 813 I 1 i. V. m. § 478 a. F. dagegen früher FLECHTHEIM, Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 54 (1900), 65, 96 (mit der Behauptung, die Kondiktion sei »praktisch jedoch ohne erhebliche Bedeutung«, weil § 478 in der Regel eine Mängelanzeige voraussetzt und »Kenntniß des Mangels ... auch Kenntniß der Einrede und damit nach § 814 BGB Ausschluss des Bereicherungsanspruches« begründe; die Prämisse, Kenntnis des Mangels führe zwingend zur Kenntnis der Einrede, trifft jedoch nicht zu); LANGHEINEKEN, Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1903, S. 241 oben; OLG Hamburg, LZ 1907, Spalte 234; RITTER, Recht 1907, Spalte 221, 225 (mit dem Hinweis auf eine mögliche Kondiktionssperre gemäß § 814); PLANCK/LANDOIS, § 813, Bemerkung 2 c, S. 1643, 4. Auflage 1928.

41 Muss der Käufer den Rücktritt erklären, um die Einrede erheben zu können, obwohl der Verkäufer den Rücktritt nach § 438 IV 1 i. V. m. § 218 I 1 als unwirksam zurückweisen kann? Verneinend z. B. Anwaltkommentar/BÜDENBENDER, § 438, Rdn. 48 (2005); Bamberger/Roth/FAUST, § 438, Rdn. 52, Online-Stand Februar 2007; jedenfalls dann, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung unter Berufung auf Verjährung abgelehnt hat, auch MANSEL/BUDZIKIEWICZ, Das neue Verjährungsrecht, Bonn 2002, § 5, Rdn. 38 f. Setzt die Einrede aus § 438 IV 2 wie ein wirklicher Rücktritt trotz Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs die Setzung einer Frist zur Nacherfüllung gemäß § 323 I voraus? So die wohl h. M., vgl. Bamberger/Roth/FAUST, § 438, Rdn. 53, Online-Stand Februar 2007, m. w. N.; a. A. z. B. REINICKE/TIEDTKE, Kaufrecht, 8. Auflage 2009, Rdn. 708 f.

42 Anders wohl Staudinger/LORENZ, § 813, Rdn. 13, Bearbeitung 2007; möglicherweise auch Staudinger/MATUSCHE-BECKMANN, § 438, Rdn. 125, Bearbeitung 2004; WIELING, Bereicherungsrecht, 4. Auflage 2007, S. 25 oben, vor lit. c.

43 Vgl. Erman/SCHMIDT-RÄNTSCH, § 218, Rdn. 8, 12. Auflage 2008; Anwaltkommentar/MANSEL/STÜRNER, § 218, Rdn. 11, 14 f. (2005); MünchKomm/GROTHE, § 218, Rdn. 8, 5. Auflage 2006; Bamberger/Roth/HENRICH, § 218, Rdn. 10, Online-Stand Februar 2010.

44 Erman/SCHMIDT, § 853, Rdn. 1, 12. Auflage 2008; grundsätzlich auch Soergel/KRAUSE, § 853, Rdn. 2, 13. Auflage 2005; Staudinger/VIEWEG, § 853, Rdn. 6, Bearbeitung 2007; MünchKomm/WAGNER, § 853, Rdn. 3, 5. Auflage 2009; Bamberger/Roth/SPINDLER, § 853, Rdn. 4, Online-Stand Oktober 2007; für einen Ausgleich nur nach § 242 ROTH, Die Einrede des bürgerlichen Rechts, München 1988, S. 94 ff., 103 ff.

wohl diese Verjährung eingetreten ist. Der Rückforderungsanspruch bestünde nämlich auch bei Aufhebung des Vertrages aufgrund des Aufhebungsanspruchs (§ 812 I 2 Var. 1) oder bei wirksamem Rücktritt aufgrund eines noch nicht verjährten Nacherfüllungsanspruchs (§ 346).

B kann den Kaufpreis weder kondizieren noch nach Rücktrittsregeln herausverlangen. Ihm steht zudem auch kein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 I, III i. V. m. § 281 I 1 (oder gar II) zu, denn die Nichtleistung nach Erhebung der Verjährungseinrede kann nicht als Nichtleistung trotz Fälligkeit i. S. d. § 281 I 1 und auch nicht als Pflichtverletzung i. S. d. § 280 I 1 bezeichnet werden⁴⁵.

5. Die Auswirkungen der Unmöglichkeit der Leistung nach Verjährung des Leistungsanspruchs

Kehren wir nach diesen Überlegungen zu unserem Ausgangsfall zurück, dessen Lösung jetzt kaum noch Zweifel verursachen sollte. B, der den 2002 sofort fälligen Kaufpreis unverzüglich an A bezahlt hatte, konnte diesen weder unmittelbar nach seiner Vorleistung noch aufgrund der Verjährung seines Lieferanspruchs mit Ablauf des Jahres 2005 herausverlangen. Wegen der Nichtlieferung stand ihm nach der Verjährung auch kein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280, 281 zu. Soll sich an diesen Ergebnissen etwas ändern, weil nach Eintritt der Verjährung die Lieferung noch zusätzlich unmöglich wird? Das müsste sehr überraschen, denn wie gezeigt ist die synallagmatische Verknüpfung der gegenseitigen Ansprüche aus dem Kaufvertrag bereits durch die Vorleistung des B und die Verjährung seines gegen A gerichteten Anspruchs so weit gelockert, dass A jedenfalls ohne die spätere Unmöglichkeit den Kaufpreis behalten darf, ohne selbst noch leisten zu müssen.

Eher gegen einen Rückforderungsanspruch des B nach § 326 IV i. V. m. § 326 I 1 erster Halbsatz spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 326. Der Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hatte 2000 in Übernahme des im Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts vorgeschlagenen § 323 II Nr. 1, III Nr. 4 abweichend von § 323 I BGB a. F. vorgesehen, dass der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung sich von seiner Gegenleistungspflicht durch Rücktritt befreien kann, aber nicht ipso iure frei wird⁴⁶. Auf die Kritik der Kommission Leistungstörungen hin ist § 326 I 1 n. F. bezüglich des automatischen Erlöschens der Gegenleistungspflicht zur alten Regelung des § 323 I BGB a. F. zurückgekehrt. Das Rücktrittsrecht wurde nun (wieder) als »offenkundig sinnlos« betrachtet, weil der Gläubiger »keine Entscheidungsalternative hat«⁴⁷, insbesondere auch nicht Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat⁴⁸. Dem Gläubiger soll also im Vergleich zur Lage bei bloßer Gewährung eines Rücktrittsrechts erspart werden, ein Gestaltungsrecht auszuüben. Eine inhaltliche Verbesserung seiner Rechte ist mit dieser Rückkehr zur ipso iure-Befreiung hingegen nicht beabsichtigt. Nach Verjährung des Erfüllungsanspruchs könnte ein Rücktritt mit der späteren Unmöglichkeit jedoch schwerlich begründet werden, denn es ist nicht erkennbar, warum zwar die Nichterfüllung des verjährten Anspruchs zunächst (nach § 323 I und § 218 I 1) nicht zum Rücktritt berechtigt, sich daran aber durch das Hinzukommen der Unmöglichkeit etwas ändern soll. Auch ein Rücktritt nach § 326 V i. V. m. § 323 setzt somit prinzipiell voraus, dass der nicht erfüllte Anspruch durchsetzbar wäre, wenn die Leistung möglich wäre. Wo der Rücktritt ausgeschlossen ist, kann der Gläubiger nach dem Sinn des § 326 I aufgrund der ipso iure-Befreiung auch keinen Rückgewähranspruch gemäß § 326 IV erlangen⁴⁹.

Man mag sich fragen, ob diese Entscheidung zugunsten der Befugnis des Schuldners, sich auf Unmöglichkeit und Verjährung zu berufen, also bezüglich der Schuldbefreiung eine »Doppelwirkung« für sich in Anspruch zu nehmen, nicht entbehrlich

und damit möglicherweise unzulässig, zumindest jedoch praktisch irrelevant ist, weil etwaige Ansprüche des Gläubigers aus § 326 IV jedenfalls schon verjährt wären, wenn man sie entgegen der hier entwickelten Auffassung trotz vor Eintritt der Unmöglichkeit vollendeter Verjährung des Primäranspruchs zuließe. Für die Verjährung der Ansprüche aus § 326 IV kann nach dem Gesagten aus systematischen Gründen nichts anderes gelten als für die Verjährung der Ansprüche aus Rücktritt. Letztere verjähren nach richtiger Auffassung aber nicht etwa dann, wenn der durch den Rücktritt aufgehobene Leistungsanspruch des Zurücktretenden verjährt wäre, sondern eigenständig gemäß §§ 195, 199, wobei die Rückgewähransprüche aus §§ 346 ff. i. S. d. § 199 mit dem Rücktritt entstehen. Die Gegenansicht, die insbesondere für eine Verjährung der Ansprüche des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises nach einem Rücktritt wegen Mängeln der Kaufsache gemäß § 438 eintritt, ist abzulehnen⁵⁰. Ansprüche aus § 326 IV verjähren dementsprechend nach §§ 195, 199 I mit Ablauf des dritten Jahres nach dem Unmöglichwerden der Leistung. Wollte man im Ausgangsfall B einen Rückzahlungsanspruch zusprechen, würde dieser also erst Ende 2009 verjähren. Die hier befürwortete Einschränkung des § 326 I, IV ist gegebenenfalls also auch praktisch von Bedeutung.

Abschließend bleibt zu erörtern, ob der Gläubiger eines verjährten Leistungsanspruchs wegen der später eingetretenen Unmöglichkeit vom Schuldner Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann, obwohl ihm kein Anspruch auf Rückgewähr seiner eigenen (Vor-)Leistung nach § 326 IV zusteht. Nach herrschender Meinung besteht die Pflichtverletzung i. S. d. § 280 I i. V. m. § 280

45 Vgl. im Ergebnis nur Staudinger/OTTO/SCHWARZE, § 281, Rdn. B 11, Bearbeitung 2009; MünchKomm/ERNST, § 281, Rdn. 19 f., 43, 5. Auflage 2007. Außerdem die Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Ds 14/6857, S. 46 f., Zu Nummer 17: »Wenn der Anspruch auf die Leistung ... verjährt ist, kann auch der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz statt der Leistung aus den §§ 280 und 281 ... nicht mehr entstehen. Dies folgt daraus, dass die Verjährung des Anspruchs grundsätzlich allen Ansprüchen und Rechten entgegensteht, die in der (Nichterfüllung) ... des verjährten Anspruchs gründen. ... § 281 ... setzt eine fällige und natürlich auch durchsetzbare Forderung voraus. Daran fehlt es, wenn der Anspruch verjährt ist.«

46 Vgl. zur Entstehungsgeschichte des § 326 n. F. kurz MünchKomm/ERNST, § 326, Rdn. 6, 5. Auflage 2007. Ein Rücktrittsrecht des Gläubigers der unmöglichen Leistung hatte in seinem Gutachten zu den Leistungstörungen schon HUBER vorgeschlagen (§ 326 b, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln 1981, S. 647, 678). Die Kommission folgte ihm in der Sache, vgl. Abschlußbericht, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln 1992, S. 162, 168, Nr. 2 a, 170, lit. d. Zum Rücktrittsrecht nach dem Diskussionsentwurf vgl. etwa die Begründung, abgedruckt bei CANARIS, Schuldrechtsreform 2002, S. 212. Dass HUBER in Ernst/Zimmermann, Hrg., Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, S. 31, 178 f., eine solche Regelung als »folgerichtig«, aber »trotzdem unglücklich« bezeichnete, richtete sich nicht gegen die grundsätzliche Entscheidung, dem Gläubiger nur ein Rücktrittsrecht zu gewähren.

47 Vgl. CANARIS, JZ 2001, 499, 508, rechte Spalte unten.

48 Vgl. CANARIS, in: Schulze/Schulte-Nölke, Hrg., Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S. 43, 54 oben.

49 Vgl. nochmals die Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Ds 14/6857, S. 46, Zu Nummer 17: »... die Verjährung des Anspruchs (steht) grundsätzlich allen Ansprüchen und Rechten (entgegen), die in der (Nichterfüllung) ... des verjährten Anspruchs gründen.«

50 Wie hier die h. M.: BGHZ 170, 31 [35–37]; Staudinger/KAISER, § 346, Rdn. 249, Bearbeitung 2004; Staudinger/OTTO/SCHWARZE, § 323, Rdn. G 2, Bearbeitung 2009; Soergel/GSELL, § 323, Rdn. 53, 164, 13. Auflage 2005; MünchKomm/GROTHE, § 218, Rdn. 4, 5. Auflage 2006; MünchKomm/GAIER, § 346, Rdn. 32 f., 5. Auflage 2007; MünchKomm/ERNST, § 323, Rdn. 192, 196, 254, 5. Auflage 2007; Bamberger/Roth/FAUST, § 438, Rdn. 49, Online-Stand Februar 2007; Bamberger/Roth/GROTHE, § 346, Rdn. 63, Online-Stand Februar 2007; Bamberger/Roth/HENRICH, § 218, Rdn. 12, Online-Stand Februar 2010. A. A. WAGNER, ZIP 2002, 789, 791 f.; MANSSEL/BUDZIKIEWICZ, JURA 2003, 1, 8 f.; Staudinger/PETERS/JACOBY, § 218, Rdn. 6, Bearbeitung 2009; Anwaltkommentar/MANSSEL/STÜRNER, § 218, Rdn. 16 f. (2005); PETERS, NJW 2008, 119 ff.

III und § 283 darin, »dass die geschuldete Leistung infolge eines Leistungshindernisses gem § 275 nicht erbracht wird.«⁵¹ Das ist zu präzisieren. Nicht pflichtwidrig handelt der Schuldner, der zwar die unmöglich gewordene Leistung nicht erbringt, gegen den der Leistungsanspruch aber schon vor Eintritt der Unmöglichkeit nicht durchsetzbar war wie z. B. wegen Verjährung. Darauf, ob der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat oder nicht (vgl. § 280 I 2), kommt es deshalb nach Verjährung des Primäranspruches nicht mehr an. Beruft sich der Schuldner gegenüber dem Schadensersatzverlangen des Gläubigers auf Verjährung, ist dieser Anspruch schon mangels Pflichtverletzung abzulehnen⁵². Ob vor Verjährung des Primäranspruches einmal entstandene Schadensersatzansprüche gemäß §§ 280, 283 ihrerseits verjähren, sobald der Primäranspruch verjährt wäre, oder ob sich ihre Verjährung nach §§ 195, 199 richtet, wobei die Anspruchsentstehung auf den Zeitpunkt des Unmöglichwerdens zu datieren ist, braucht hier nicht verfolgt zu werden⁵³.

6. Zusammenfassung

Wird die geschuldete Leistung zu einem Zeitpunkt unmöglich, zu dem der Anspruch auf die Leistung bereits verjährt ist, kann

der Gläubiger aus der Unmöglichkeit keine Rechte gegen den die Verjährungseinrede erhebenden Schuldner herleiten. Der Schuldner ist in einem solchen Fall auch nicht zur Herausgabe der vom Gläubiger bereits erbrachten Gegenleistung nach § 326 IV verpflichtet.

51 Vgl. etwa Staudinger/OTTO/SCHWARZE, § 283, Rdn. 9 ff. (Zitat Rdn. 13), Bearbeitung 2009; MünchKomm/ERNST, § 283, Rdn. 4, und § 280, Rdn. 12 ff., 5. Auflage 2007; LOOSCHELDERS, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage 2009, Rdn. 505 f.

52 Vgl. (ohne dogmatische Begründung) zum dritten und letzten Mal die Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Ds 14/6857, S. 46, Zu Nummer 17 (hier zitiert in Fn. 45 und 49).

53 Zur Verjährung von Schadensersatzansprüchen aus §§ 280, 283 MünchKomm/GROTHE, § 199, Rdn. 21, 5. Auflage 2006: der Schadensersatzanspruch entsteht gleichzeitig mit dem Primäranspruch; für Entstehung des Schadensersatzanspruchs mit Eintritt der Unmöglichkeit (§ 283) dagegen die h. M., z. B. Staudinger/OTTO, § 280, Rdn. G 2, Bearbeitung 2009; Staudinger/OTTO/SCHWARZE, § 283, Rdn. 82, Bearbeitung 2009; MünchKomm/ERNST, § 283, Rdn. 28, 5. Auflage 2007.