

Berliner Juristische Abhandlungen

Band 29

Die Leistung an Erfüllungs Statt
(datio in solutum)

Von

Dr. Manfred Harder

o. Professor an der Universität Mainz



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

MANFRED HARDER

Die Leistung an Erfüllungs Statt (datio in solutum)

Berliner Juristische Abhandlungen

unter Mitwirkung von

Walter G. Becker, Hermann Blei, Arwed Blomeyer, Erich Genzmer, Ernst Heinitz, Ernst E. Hirsch, Hermann Jahrreiß, Emil Kießling, Wolfgang Kunkel, Richard Lange, Walter Meder, Dietrich Oehler, Werner Ogris, Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Erwin Seidl, Karl Sieg, Klaus Stern, Wilhelm Wengler, Franz Wieacker, Hans Julius Wolff (Freiburg i. Br.)

herausgegeben von

Ulrich von Lübtow

Band 29

Die Leistung an Erfüllungs Statt (datio in solutum)

Von

Dr. Manfred Harder

o. Professor an der Universität Mainz



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1976 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1976 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 03559 3

Meinem Lehrer
Ulrich von Lübtow
in dankbarer Verehrung
gewidmet

„Diese Lehre gehört nach meiner Ansicht zu denen, die völlig umgeändert werden müssen.“

Franz Leonhard,

Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1929, 593.

Vorwort

„Selten zeigt sich die Notwendigkeit, das römische Recht nicht zu vergessen, so klar wie angesichts des § 365 bei der Lehre von der Hingabe an Erfüllungsort. Das Gesetz sagt: Wird eine Sache, eine Forderung gegen einen Dritten oder ein anderes Recht an Erfüllungsort gegeben, so hat der Schuldner wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten. Ein Beispiel: Statt der Geldschuld aus Darlehen leistet der Bauer dem Gläubiger eine Kuh. Wenn sie gestohlen oder krank war, steht er nach Kaufrecht ein. Der Gläubiger soll nicht einfach die Zahlung der Darlehensschuld verlangen, zu deren Tilgung der Gegenstand gegeben war. Der Rechtssatz beruht heute auf einem Mißverständnis der römischen Sätze, das sich in Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts eingeschlichen hatte. Das alte Recht der großen Juristen Roms lehnte den ganzen Gedanken ab, hier das Kaufrecht hineinzuziehen. Es ließ aus der älteren Forderung klagen, wenn die Ersatz-erfüllung nicht die volle Erfüllung gewesen war. Auch nach justinianischem Recht ist immer die Klage aus dem alten Schuldrecht möglich, und die Folge der Regelung in § 365 BGB ist, daß wir heute bei der wissenschaftlichen Auslegung des § 364 die bedenklichen Folgen der Bestimmung ausschalten müssen, was auf verschiedenen Wegen geschehen kann. So verbindet sich das Eingehen auf die Entstehungsgeschichte mit wichtigen Fingerzeigen für die praktische Auslegung des Gesetzes.“

Dies schrieb vor mehr als einem halben Jahrhundert *Joseph Partsch* in seiner Studie „Vom Beruf des römischen Rechts in der heutigen Universität“ (1920, S. 31 f.). Die vorliegende Abhandlung will einen historisch-dogmatischen Weg zur Ausschaltung der bedenklichen Folgen des § 365 BGB beschreiten, dessen Verlauf hier nicht im voraus beschrieben werden soll. Lange Wegstrecken haben schon andere zurückgelegt. *Ernst Stampe* gebührt das Verdienst, bereits vier Jahre nach dem Inkrafttreten des BGB in seiner Schrift „Das Causa-Problem des Civilrechts“ maßgebende Wegweiser aufgestellt zu haben, an denen man sich heute noch orientieren muß. Im Jahre 1914 hat *Hans Steiner* in seiner Habilitationsschrift „Datio in solutum“ mit Hilfe der Interpolationenkritik den römischrechtlichen Zugang eröffnet, der vor kurzen durch *Generoso Melillo* (In solutum dare, Napoli, 1970) monographisch weiter ausgebaut wurde. Für den modernrechtlichen Verlauf der

Strecke findet man das Material — außer in manchen der zahlreichen Dissertationen — hier und da verstreut in Lehrbüchern, Kommentaren und Aufsätzen. Die einzige Monographie zum geltenden Recht von *Wilhelm Berndorff* (Die Annahme an Erfüllungsstatt) aus dem Jahre 1904 leidet an dem Mangel, daß in ihr *Stampes* Forschungsergebnisse noch keine Berücksichtigung finden konnten.

Die Anregung zu dieser Arbeit, die im Wintersemester 1971/72 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Habilitationsschrift angenommen wurde, verdanke ich meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. *Ulrich von Lübtow*. Er hat durch vielfältige Hinweise, die er mir gab, und durch zahlreiche Gespräche, die wir miteinander führten, die Abhandlung beständig gefördert. Hierfür und für die Aufnahme der Untersuchung in seine Abhandlungsreihe danke ich ihm herzlich.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Senator E.h. Dr. *Johannes Broermann*, der sich in höchst entgegenkommender Weise zur Drucklegung bereiterklärt hat.

Mainz, im November 1975

Manfred Harder

Inhaltsverzeichnis

§ 1. Tatbestände der Leistung an Erfüllungs Statt	13
§ 2. Die Voraussetzungen der Leistung an Erfüllungs Statt	17
I. Allgemeine Voraussetzungen	17
II. Die Übernahme einer neuen Verbindlichkeit durch den Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers	22
1. Die Übernahme erfüllungshalber aufgrund der Auslegungsregel des § 364 II	22
2. Die Übernahme an Erfüllungs Statt (§ 364 I)	25
§ 3. Die Rechtsfolgen der Leistung an Erfüllungs Statt	29
I. Das Erlöschen des Schuldverhältnisses	29
1. Der Begriff Schuldverhältnis	29
2. Der Untergang von Sicherungsrechten und die Befreiung der Gesamtschuldner	30
3. Die Gründe für den Untergang der Forderung durch Leistung an Erfüllungs Statt	31
II. Das Eingreifen der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche bei Leistung eines rechts- oder sachmangelhaften aliud	39
1. Die Haftung des Schuldners bei Leistung eines rechtsmangelhaften aliud	39
2. Die Haftung des Schuldners bei Leistung eines sachmangelhaften aliud	55
III. Die Rechtsfolgen der Leistung an Erfüllungs Statt durch einen Dritten	58
IV. Die Rechtsfolgen der Leistung an Erfüllungs Statt bei einer sogenannten natürlichen Verbindlichkeit	61

§ 4. Die verschiedenen Ansichten zur rechtlichen Struktur der Leistung an Erfüllungs Statt	63
<i>A. Die Beurteilung der Leistung an Erfüllungs Statt als eines kaufähnlichen Vertrages in Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Praxis</i>	63
I. Die Auffassung von der kaufähnlichen Struktur der Leistung an Erfüllungs Statt nach geltendem Recht	63
II. Die Auffassungen von der kaufähnlichen Struktur der Leistungen an Erfüllungs Statt seit dem Gesetzgebungswerk Justinians bis zum Ende des 19. Jahrhunderts	67
1. Das justinianische Recht	67
2. Die Glosse	69
3. Der mos Gallicus	70
4. Der Usus modernus	73
5. Das Bayerische Landrecht von 1756 (Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis)	76
6. Die Kodifikationen des Vernunftrechts	76
a) Das preußische Allgemeine Landrecht von 1794	76
b) Der französische Code civil von 1804	78
c) Das österreichische ABGB von 1811	80
7. Das Gemeine Recht des 19. Jahrhunderts	80
8. Das sächsische BGB von 1865	82
9. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern von 1860	83
10. Der sogenannte Dresdner Entwurf von 1866	84
11. Andere neuzeitliche Gesetze (Niederlande, Spanien, Brasilien, Schweiz, Italien, Portugal)	84
<i>B. Historische und dogmatische Gründe gegen die kaufähnliche Beurteilung der Leistung an Erfüllungs Statt</i>	88
I. Kritik der vom justinianischen bis zum Gemeinen Recht vertretenen Auffassungen	88
II. Die rein solutorische Struktur der datio in solutum im klassischen römischen Recht	93
III. Dogmatische Gründe im geltenden Recht	106

<i>C. Die Beurteilung der Leistung an Erfüllungs Statt als eines Änderungsvertrages</i>	113
<i>D. Die Beurteilung der Leistung an Erfüllungs Statt als eines gegenseitigen Vertrages</i>	117
<i>E. Die Beurteilung der Leistung an Erfüllungs Statt als eines Realvertrages</i>	119
<i>F. Die Beurteilung der Leistung an Erfüllungs Statt als eines Vergleichs</i>	124
<i>G. Die Auffassung von Krawielicki</i>	125
§ 5. Die rechtliche Struktur der Leistung an Erfüllungs Statt (Leistungsbegriff, Zweckbestimmung und causa)	129
I. Der Begriff Leistung	129
II. Der Inhalt der Zweckbestimmung „an Erfüllungs Statt“	132
III. Die causa, insbesondere das Verhältnis von Rechtsgrund und Zweckbestimmung, bei der Leistung an Erfüllungs Statt	141
IV. Kritik des herrschenden Leistungsbegriffs	167
V. Die Unterscheidung von Zwecksetzung und Zweckerreichung	170
VI. Ergebnis	171
§ 6. Die Gebotsberichtigung des § 365	173
Literaturverzeichnis	184

§ 1. Tatbestände der Leistung an Erfüllungs Statt

Die Annahme einer anderen als der geschuldeten Leistung durch den Gläubiger an Erfüllungs Statt (*datio in solutum*) spielt im modernen Rechtsverkehr eine bedeutende Rolle¹. Die in Literatur² und Rechtsprechung³ herrschende Meinung nimmt an, die täglich massenhaft vorkommenden Überweisungen auf ein Girokonto zur Begleichung von Geldschulden seien rechtlich nicht als Erfüllung (§ 362 I), sondern als Leistung an Erfüllungs Statt (§ 364 I) zu beurteilen⁴. Ebenso bildet die Hingabe eines Wechsels, wenn sie zur unmittelbaren Befriedigung des Gläubigers für dessen Grundforderung erfolgt, keine Erfüllung, sondern eine Leistung an Erfüllungs Statt, weil der Wechsel kein gesetzliches Zahlungsmittel und daher nicht die geschuldete Geldleistung ist⁵. Daß die Wechselhingabe regelmäßig freilich nicht zur sofortigen und

¹ Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, 175.

² Krefß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929 (Neudruck 1974), 455 mit Literatur A. 2; Kaser, AcP 143, 1937, 8; Nußbaum, Money in the law, 1950; 107; Meyer-Cording, Das Recht der Banküberweisung, 1951, 47, 127; von Caemmerer, JZ 1953, 446 f.; A. Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht⁴, 1969, §. 38 III, S. 231; Reimer Schmidt in Soergel / Siebert¹⁰, 1967, Rdnr. 4 zu § 362; Esser, Schuldrecht I⁴, 1970, § 26 IV 2 a. E., S. 156; Mann, The legal aspect of money³, 1971, 6 A. 6, 7 A. 2; Erman / H. P. Westermann⁵, 1972, Rdnr. 4 zu § 364; Fikentscher, Schuldrecht⁴, 1973, § 39 I 3, S. 165; Reinhold Weber in BGB-RGRK¹², 1974, Rdnr. 21 zu § 362, Rdnrn. 3 und 8 zu § 364; Staudinger / Kaduk^{10/11}, 1974, Rdnrn. 30 und 31 zu § 364; Palandt / Heinrichs³⁴, 1975, A. 1 b zu § 270, A. 3 zu § 362.

³ RGZ 134, 73 (76); OGHZ 4, 47 (49); BGH NJW 1953, 897 = JZ 1953, 469 = BGH LM Nr. 1 zu § 364 (mit Anm. Pritsch); BGH NJW 1969, 320 (321). — Demgegenüber wird die Hingabe eines Schecks zur Tilgung einer Schuld als Leistung erfüllungshafter (§ 364 II) angesehen; so BFH NJW 1969, 1048. Dasselbe nimmt man bei der Hingabe eines Verrechnungsschecks an: BGHZ 44, 178 (179); BFH a.a.O. mit weiteren Nachweisen.

⁴ Demgegenüber erblickten F. Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, 1929, 113; Isele, AcP 129, 1928, 129 ff.; Schoele, Recht der Überweisung, 1937, 229, 240 ff.; Simitis, AcP 159, 1960/61, 449 mit weiteren Nachweisen A. 183; Lorenz, Lehrbuch des Schuldrechts I¹⁰, 1970, § 18 IV, S. 182; Medicus, Bürgerliches Recht⁹, 1973, § 30 II 2, S. 323, 324, und Erman / H. P. Westermann⁵ Rdnr. 8 zu § 362, in der Überweisung regelmäßig eine Erfüllung von Geldschulden im Sinne des § 362 I. Der BGH (NJW 1953, 897) meint: „Die Annahme kann aber schon im voraus geklärt werden. In diesem Fall steht die Gutschrift der Barzahlung völlig gleich.“ Vgl. zu der Frage auch Bornemann, Zivilrecht im Querschnitt II (Zivilrechtliche Grundbegriffe I), 1970, 117 Rdnr. 0193.

⁵ Miller, Wechsel und Grundforderung, 1968, 90, der jedoch den Begriff *datio in solutum* nicht richtig versteht.

unmittelbaren Befriedigung⁶ des Gläubigers, sondern nur erfüllungshalber erfolgt⁷, ist dabei eine andere Frage. Schließlich stellt auch die Inzahlungnahme eines Gebrauchtwagens beim Kauf eines neuen Kraftfahrzeuges eine Leistung an Erfüllung Statt dar⁸.

Zum praktischen Verständnis der auftauchenden Rechtsfragen sollen vier Beispiele an den Anfang gesetzt werden⁹.

Der Bundesgerichtshof hatte in seinem Urteil vom 18. Januar 1967¹⁰ folgenden Fall zu entscheiden:

Fall I (Citroën-Fall): A betreibt einen Handel mit Kraftfahrzeugen. B bestellte mit schriftlichem „Kaufantrag“ vom 30. November 1962 einen PKW Marke Citroën ID 19 Export Baujahr 1963 zum Preise von 10 000 DM. In den „Zahlungsbedingungen“ heißt es: „Citroën ID 19, Bj. 1960, km 87 000 (Motor ca. 50 000 km) unfallfrei wird mit 5000 DM in Zahlung genommen. Rest per Scheck bei Übernahme.“ Dieses Fahrzeug hatte B am 8. Dezember 1960 von X für 6000 DM gebraucht gekauft.

⁶ Auf die unmittelbare Befriedigung kommt es bei der *datio in solutum* entscheidend an (vgl. Motive II, 82). Dazu unten S. 134 ff. Dadurch unterscheidet sie sich von der Leistung erfüllungshalber.

⁷ Protokolle I, 334; OLG Dresden SeuffArch 72 Nr. 96; Heck, 176 f.; Kreß, 456; Miller, 90 ff.

⁸ OLG Karlsruhe NJW 1965, 111 (dazu Laufs, NJW 1965, 1232 f.); BGHZ 46, 338 (dazu Pfister, MDR 1968, 361 ff.; Dubischar, JZ 1969, 175 ff.; Leenen, Typus und Rechtsfindung, 1971, 157); Erman/H. P. Westermann⁵, Rdnr. 4 a. E. zu § 364; Fikentscher, § 39 I 1, S. 163; Esser, § 26 VII 2, S. 164; Palandt/Heinrichs³⁴, A. 1 zu § 364. Abweichend Krüger, Die Vereinbarung der Inzahlungnahme eines Gebrauchtwagens beim Erwerb eines neuen Kraftfahrzeuges, Diss. München 1968, 34 f., der die Leistung an Erfüllung Statt als Realvertrag ansieht und deshalb nur — in dem seltenen Falle — eine *datio in solutum* annehmen will, in dem sich der Händler unmittelbar durch die Entgegennahme des Gebrauchtwagens zur Inzahlungnahme bereiterklärt (47 A. 139). Vgl. ferner OLG Augsburg SeuffArch 64, 221 f.; KG OLG 40, 289 f.; OLG Hamburg BB 1963, 165; OLG Hamburg MDR 1971, 134 f.; OLG Frankfurt WM 1970, 370; RFH RStBl. 35, 862; Krüger, 13 A. 31. Nach Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts II¹⁰, 1972, § 63 II, S. 347 ff. (348) stellt der Kauf eines Neuwagens mit Vereinbarung der Inzahlungnahme des Altwagens einen typengemischten Vertrag dar, dem neben den Elementen eines Kaufvertrages ein Element des Tausches eigen ist. Zustimmend Medicus, § 30 II 1, S. 323, und (obiter dictum) OLG Köln DAR 1973, 326. OLG Hamm NJW 1975, 1520 (1521), äußert Bedenken an BGHZ 46, 338 ff., und meint, die Durchführung des Neuwagengeschäfts sei Geschäftsgrundlage für das Altwagengeschäft. Zur Leistung an Erfüllung Statt beim Kauf eines Gebrauchtwagens unter Inzahlunggabe eines anderen Gebrauchtwagens jetzt OLG Frankfurt NJW 1974, 1823 f., mit Anm. von Emmerich, JuS 1975, 120 f. Siehe auch unten bei A. 486 und 487 sowie OLG Hamm NJW 1976, 53 f. (mit Anm. Medicus).

⁹ Weitere anschauliche Beispiele gibt Höhn, Allgemeines Schuldrecht, 1934, 167 - 171.

¹⁰ BGHZ 46, 338 ff. = LM Nr. 26 zu § 433 (mit Anm. Braxmaier) = JZ 1967, 254 = MDR 1967, 486 = NJW 1967, 553 (auszugsweise abgedruckt bei Lüderitz/von Marshall, Fälle und Texte zum Schuldrecht³, 1970, 61 f.). Dazu jetzt Mayer-Maly, Festschrift für Larenz, 1973, 673 ff.

Am 13. Dezember 1962 erhält B den neuen Wagen und übergibt gleichzeitig A sein altes Fahrzeug. Drei Tage später stellt sich heraus, daß der in Zahlung genommene PKW im August 1960 einen Totalschaden gehabt hatte und anschließend zum Schrottpreis verkauft worden war. A erklärt daraufhin am 10. Januar 1963 die Wandlung hinsichtlich des Gebrauchtwagens und verlangt Zahlung von 5000 DM Zug um Zug gegen Herausgabe des PKW. B lehnt die Zahlung ab.

Auch im akademischen Unterricht und im Staatsexamen werden Aufgaben zur Leistung an Erfüllungs Statt gestellt. So hat *Martin Wolff* in seinen zusammen mit *Theodor Kipp* herausgegebenen „Zivilrechtsfällen“¹¹ den folgenden Fall gebildet:

Fall II (Schreibmaschinen-Fall 1): Ein Darlehen von 200 RM, das der Landwirt E. Busch bei dem Kreditverein in Rangsdorf aufgenommen hat, ist fällig. Busch ist in Geldverlegenheit, und auch der Bürge Hallermann, Buschs Schwager, kann im Augenblick nicht zahlen. Da der Kreditverein nicht prolongieren will, wendet sich E. Buschs Bruder Karl, der in der benachbarten Kreisstadt mit Fahrrädern, landwirtschaftlichen Maschinen u. a. einen kleinen Handel betreibt, an den ihm gut bekannten Vorsteher des Kreditvereins und erzählt ihm, daß er kürzlich eine gebrauchte, aber noch sehr gut erhaltene Schreibmaschine billig erworben habe; er sei bereit, sie dem Verein gratis zu überlassen, wenn damit die Schuld seines Bruders erledigt sei. Der Vorsteher antwortet, daß er für den Verein eine Schreibmaschine gut gebrauchen könne; und nach Besichtigung werden die beiden einig; der Verein nimmt die Maschine, und damit ist die Schuld des Landwirts getilgt.

Karl Busch hatte die Maschine von einem Händler erworben, ohne zu wissen, daß sie gestohlen war und daß der Verkäufer der Hehler war. Jetzt meldet sich der Bestohlene, und der Kreditverein muß ihm die Maschine wieder herausgeben. Der Vorsteher kauft nun anderweit eine andere (etwa gleichwertige) Schreibmaschine, muß aber dafür 300 RM zahlen. Er klagt namens des Vereins gegen die beiden Brüder Busch und Hallermann mit dem Antrage, sie solidarisch zur Zahlung von 200 RM (nebst Zinsen) zu verurteilen, und gegen Karl Busch auch mit dem Antrage, ihn zur Zahlung von weiteren 100 RM Schadensersatz zu verurteilen.

Das Justizprüfungsamt Hamm gab im Herbst 1958 die folgende Examensklausur¹²:

Fall III (Schreibmaschinen-Fall 2): S schuldet G aus einem Darlehen 100 DM. Hierfür hatte B formgerecht Bürgschaft geleistet. Da S den Betrag bei Fälligkeit nicht zurückzahlen konnte, gab er dem G mit dessen Einverständnis eine gebrauchte Schreibmaschine an Erfüllungs Statt. Später stellte sich heraus, daß die Schreibmaschine dem E gestohlen war. S hatte sie von H, an den sie der Dieb verkauft hatte, ohne Kenntnis des wahren Sachverhalts für 80 DM erworben. Auf Verlangen des E gab G die Maschine an diesen heraus. Kann G gegen S und den Bürgen B Ansprüche erheben?

¹¹ 2. Auflage, 1928, Nr. 110, S. 67 f.

¹² Studium und Praxis (StuP) 1959, 172.