

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 61

# Die Leistung Zug um Zug

Von

Dr. Fritz Oesterle



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**FRITZ OESTERLE**

**Die Leistung Zug um Zug**

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

**Band 61**

# Die Leistung Zug um Zug

Von

**Dr. Fritz Oesterle**



**DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN**

D 21

**Alle Rechte vorbehalten**

**© 1980 Duncker & Humblot, Berlin 41**

**Gedruckt 1980 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65**

**Printed in Germany**

**ISBN 3 428 04677 3**

*Für Christine  
und  
für meine Eltern*

Sie sollten sich schämen, mit mir auf so genaue Rechnung zu leben. Zug um Zug, ist eine Regel in der Handlung, aber nicht in der Freundschaft. Handel und Wandel leidet keine Freundschaft: aber Freundschaft leidet auch keinen Handel und Wandel. Und wozu machen Sie unsern Briefwechsel anders, als zu einem eigennützigem Handel, wenn Sie wollen, daß er in dem eigentlichsten Wortverstande nichts als ein Briefwechsel sein soll? Wenn Sie mit keinem andern Wechsel übers Ohr gehauen werden, als mit diesem, so wird Ihr Beutel ein sehr gesegneter Beutel bleiben, und Ihre Freundschaft eine Kapitalistin werden. Denn jeder Ihrer Briefe, den ich nicht beantworte, ist ein Kapital, welches Sie bei mir unterbringen.

*Gotthold Ephraim Lessing*

Brief an Friedrich Nicolai, vom 22. Oktober 1762

## Vorwort

Diese Abhandlung hat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen im Wintersemester 1979 als Dissertation vorgelegen; Literatur und Rechtsprechung konnten weitgehend bis Ende 1979 berücksichtigt werden.

An dieser Stelle gilt mein besonderer Dank meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. *Wolfgang Münzberg*. Trotz starker eigener Belastung stand er mir von Beginn der Arbeit an als nimmermüder Ansprechpartner zur Seite. Für seine Anregungen bei der Korrektur schulde ich auch dem Koreferenten, Herrn Prof. Dr. *Hermann Lange*, Dank.

Zu danken habe ich auch meinen Kollegen am Lehrstuhl von Prof. Dr. Münzberg, Herrn Dr. *Werner Müller* und Herrn *Herbert Alisch*, für das freundschaftliche Verständnis, das sie meiner Arbeit entgegenbrachten.

In der Schuld stehe ich nicht zuletzt aber bei Frau *Christa Müller*, die mit großem persönlichem Engagement die Anfertigung des Manuskriptes übernommen hatte.

Stuttgart, im Februar 1980

*Fritz Oesterle*





## Inhaltsübersicht

<b>Einleitung</b> .....	21
-------------------------	----

### *I. Kapitel*

<b>Die Leistung Zug um Zug in ihrer tatsächlichen Bedeutung als eine mögliche Form der Leistungsbewirkung</b> .....	28
1. Der Begriff „Zug um Zug“ .....	28
2. Der tatsächliche Inhalt der Leistung Zug um Zug im einzelnen .....	30
2.1. Das Gleichzeitigkeitserfordernis im Rahmen der Leistung Zug um Zug .....	31
2.1.1. <i>Beispiel a)</i> : Gleichzeitigkeit bei der Übergabe einer Sache gegen Bezahlung .....	33
2.1.2. <i>Beispiel b)</i> : Gleichzeitigkeit beim Grundstückskauf .....	34
2.2. Schwierigkeiten bei der Durchführung des Gleichzeitigkeitserfor- dernisses; insbesondere unter Berücksichtigung des Leistungsorts von Leistung und Gegenleistung .....	35
2.3. Undurchführbarkeit des Gleichzeitigkeitserfordernisses .....	40
2.3.1. Vom Gesetz gezogene Konsequenz der Undurchführbarkeit, dargestellt anhand von drei Fällen .....	42
2.3.1.1. <i>Fall a)</i> : Der Dienstvertrag .....	42
2.3.1.2. <i>Fall b)</i> : Der Miet- und Pachtvertrag .....	42
2.3.1.3. <i>Fall c)</i> : Der Werkvertrag .....	43
2.3.2. Die Lösung des Konflikts zwischen rechtlichem Müssen und tatsächlichem Können, wenn das Gesetz der Undurchführ- barkeit des Gleichzeitigkeitserfordernisses nicht per se Rech- nung trägt .....	45
2.4. Zusammenfassung zum Gleichzeitigkeitserfordernis .....	49

3. Die Gegenleistung im Rahmen der Leistung Zug um Zug .....	52
3.1. Die rechtliche „Qualität“ der Gegenleistung .....	52
3.2. Zur Bedeutung des finalen, wechselseitigen Bezugs von Leistung und Gegenleistung. Zugleich zum Verhältnis von „Leistung gegen Gegenleistung“ und „Leistung Zug um Zug“ .....	54
3.2.1. Identität von „Leistung gegen Gegenleistung“ und „Leistung Zug um Zug“? .....	55
3.2.2. Die vermögensbezogene Leistung gegen Gegenleistung ....	58
3.2.3. Die nicht vermögensbezogene Leistung gegen Gegenleistung	61
4. Die Leistung Zug um Zug gegenüber der Leistung schlechthin .....	64

## *II. Kapitel*

### **Allgemeines zu den Grundlagen der Leistung Zug um Zug**      70

1. Enthält das Gesetz oder dessen Entstehungsgeschichte eine verbindliche oder ausdrückliche Aussage hinsichtlich der als Leistung Zug um Zug in Betracht kommenden Fälle? .....	70
2. Die bisherige rechtswissenschaftliche Behandlung der Grundlagen einer Leistung Zug um Zug im Überblick .....	74
3. Die grundsätzliche dogmatische Unterscheidung der Grundlagen einer Leistung Zug um Zug .....	77

## *III. Kapitel*

### **Der nachträglich auf Leistung Zug um Zug beschränkbare Anspruch (Die Zug-um-Zug-Einrede)**      82

1. Die zur Leistung Zug um Zug führende Einrede im allgemeinen .....	82
1.1. Ihr Verhältnis zu sonstigen Einreden .....	82
1.2. Ist die Zug-um-Zug-Einrede eine Retentionseinrede oder umgekehrt? .....	87
1.3. Zusammenfassung .....	92

Inhaltsübersicht	11
2. Die einzelnen Fälle der Zug-um-Zug-Einrede .....	93
2.1. Das Zurückbehaltungsrecht, §§ 273, 274 BGB .....	93
2.1.1. Das Verhältnis von § 273 BGB zu § 274 BGB .....	94
2.1.2. Die Rechtsfolge des Zurückbehaltungsrechts allein nach § 273 Abs. 1 BGB .....	99
2.1.3. „Leistung Zug um Zug“ und „Leistung gegen gleichzeitige Gegenleistung“ als Rechtsfolge des § 273 Abs. 1 BGB .....	107
2.1.4. Zusammenfassung zu § 273, 274 BGB .....	113
2.2. Das vertragliche „Zurückbehaltungsrecht“ .....	114
Exkurs: Die §§ 320, 322; 321; 348 BGB und § 3 AbzG .....	116
2.3. Die Einrede mangelnder Genehmigung von Verwendungen .....	117
2.3.1. Die Regelung des § 1000 S. 1 BGB .....	117
2.3.2. Die übrigen Einreden mangelnder Genehmigung von Ver- wendungen; insbesondere § 2022 Abs. 1 BGB .....	120
2.4. Die Rechte des Käufers nach § 1100 S. 1 und 2 BGB .....	121
2.4.1. Das Recht nach Satz 1 .....	121
2.4.2. Das Recht nach Satz 2 .....	125
2.4.3. Satz 1 und 2 im Zusammenhang .....	126
2.5. Die Einreden der mangelnden Sicherheitsleistung (Die Einrede des mangelnden Kostenvorschusses) .....	127
2.5.1. Das Verhältnis zu § 273 BGB .....	128
2.5.2. Der tatsächliche Inhalt der Rechtsfolge .....	129
2.5.2.1. Der Aussagewert der Gesetzesfassung .....	130
2.5.2.2. Die Reutersche Meinung .....	131
2.5.2.3. Ausgangspunkt: Die Natur der Sicherheitsleistung ..	132
2.6. Die Regelung fehlender Gläubigerlegitimation in den §§ 410; 1160 (1161) BGB .....	134

2.6.1. Die Regelung der §§ 1160 (1161) BGB .....	135
2.6.2. Die Regelung des § 410 Abs. 1 S. 1 BGB .....	136
2.6.2.1. Das Verständnis der Rechtsfolge des § 410 Abs. 1 S. 1 BGB in der Privatrechtswissenschaft .....	136
2.6.2.2. § 410 Abs. 1 S. 1 BGB ein Einrederecht (Kritik der Reuterschen Auffassung) .....	138
2.6.2.3. Das Verhältnis zu § 273 BGB .....	140
2.6.2.4. Der tatsächliche Inhalt der Rechtsfolge .....	143
2.6.2.5. Ergebnis zu § 410 Abs. 1 S. 1 BGB .....	146
2.7. Die mangelnde Ausgleichung des Fehlbetrages nach § 526 S. 1 BGB	147
2.8. Die „Zurückbehaltung“ nach § 803 Abs. 2 BGB .....	149
2.9. Das Recht des Rechtsanwalts nach § 50 Abs. 1 S. 1 BRAO .....	151
2.10. Zusammenfassung der Zug-um-Zug-Einreden .....	151

#### *IV. Kapitel*

<b>Der ursprünglich auf Leistung Zug um Zug beschränkte Anspruch</b>	<b>154</b>
1. Allgemeines zum ursprünglich auf Leistung Zug um Zug beschränkten Anspruch .....	154
2. Die einzelnen, gesetzlich normierten Fälle des ursprünglich auf Leistung Zug um Zug beschränkten Anspruchs .....	155
2.1. Der in § 236 BGB erwähnte Fall .....	155
2.2. Die Abtretung der Ersatzansprüche nach § 255 BGB .....	157
2.2.1. Rechtsprechung und Literatur zur Rechtsfolge und dogmatische Konstruktion des § 255 BGB .....	158
2.2.2. Eigene Meinung zur Rechtsfolge und dogmatischen Konstruktion des § 255 BGB .....	161
2.2.3. Ergebnis zu § 255 BGB .....	168

2.3. Die Rückgabe der Draufgabe, § 337 Abs. 1, 2. Fall und § 338 S. 2 2. Fall BGB .....	167
2.4. Die Quittungserteilung nach § 368 S. 1 BGB und ihr Einfluß auf die Forderungsberechtigung des Gläubigers, sowie Rückgabe des Schuldscheins, § 371 S. 1 BGB .....	169
2.4.1. Allgemeines zur Quittung und zur Bedeutung des § 368 S. 1 BGB .....	169
2.4.2. Der Stand der Lehre und Rechtsprechung zur Verpflichtung des Gläubigers nach § 368 S. 1 BGB .....	171
2.4.2.1. Die drei Meinungen im einzelnen .....	171
2.4.2.2. Die Meinung Kluckhohns .....	176
2.4.2.3. Zusammenfassung zu den unterschiedlichen Meinun- gen .....	178
2.4.3. Eigene Meinung zum Inhalt des Anspruchs nach § 368 S. 1 BGB und dessen Auswirkung auf die Verpflichtung des quit- tungsberechtigten Schuldners .....	178
2.4.4. Nochmals: Die prozeßrechtliche Meinung .....	183
2.4.5. Die Rückgabe des Schuldscheins gemäß § 371 S. 1 BGB ....	184
2.4.6. Ergebnis zu §§ 368 S. 1, 371 S. 1 BGB .....	186
2.5. Die Aushändigung von Wertpapieren .....	186
2.5.1. Die Aushändigung der Inhaberschuldverschreibung, der -karten und -marken und des Namenspapiers mit Inhaber- klausel .....	186
2.5.1.1. Allgemeines und die dogmatische Konstruktion der Aushändigung .....	186
2.5.1.2. Der tatsächliche Inhalt der Verpflichtung des Aus- stellers einer Inhaberschuldverschreibung bzw. eines qualifizierten Legitimationspapiers nach §§ 797 S. 1 bzw. 808 Abs. 2 S. 1 BGB .....	190
2.5.2. Die Aushändigung der Anweisung nach § 785 BGB .....	194
2.5.3. Die Aushändigung der handelsrechtlichen Wertpapiere nach §§ 364 Abs. 3, 448, 653, 688 Abs. 2 HGB .....	198
2.5.4. Die Aushändigung von Wechsel und Scheck nach Art. 39 Abs. 1 WG und Art. 34 Abs. 1 ScheckG .....	200

2.5.5. Die Aushändigung des Wechsels und Schecks an den Rückgriffsschuldner, Art. 50 Abs. 1 WG und Art. 47 Abs. 1 ScheckG .....	207
2.5.6. Die Aushändigung des Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefs nach §§ 1144 (mit 1192 bzw. 1200) BGB .....	209
2.5.7. Die Aushändigung von Ersatzzurkunden, § 798 BGB und § 74 AktG .....	211
2.5.8. Zusammenfassung zur Aushändigung von Wertpapieren ....	212
2.6. Der Pfandlösungsanspruch des Verpfänders nach §§ 1217 Abs. 2 S. 1; 1218 Abs. 1; 1223 Abs. 2 BGB .....	212
2.7. Das Übernahmerecht gegen Wertersatz zur Ablösung einer Gesamthandsberechtigung nach §§ 1477 Abs. 2; 1502 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 2; 1515 Abs. 1 BGB .....	214
2.8. Das Recht auf Wertersatz gegen Übertragung des überbauten Grundstücksteils, § 915 BGB .....	216
2.9. Die Auslieferung der Fracht an den Destinatär nach §§ 435, 436; 614 Abs. 2 HGB .....	217
2.10. Zusammenfassung der ursprünglich auf Leistung Zug um Zug beschränkten Ansprüche .....	219
3. Nicht ausdrücklich gesetzlich geregelte Fälle eines ursprünglich auf Leistung Zug um Zug beschränkten Anspruchs .....	220

## *V. Kapitel*

<b>Alleinige Frage: Zug-um-Zug-Einrede oder Zug-um-Zug-Anspruch?</b>	227
1. Die Leistung Zug um Zug im funktionellen Synallagma .....	228
1.1. Die Meinung von Esser/Schmidt .....	228
1.2. Die eigene Meinung und ihr Verhältnis zur „Einrede“ des nicht-erfüllten Vertrags .....	230
1.3. Die Kritik von van den Daele .....	235

## Inhaltsübersicht

15

1.4. Beispiele für die Inkonsistenz der herrschenden „Einrede“-Mei- nung .....	236
1.5. Ergebnis .....	238
2. Die funktionelle Abhängigkeit im Rückabwicklungsverhältnis .....	239
2.1. § 348 BGB .....	239
2.2. § 3 AbzG .....	239
2.3. Die Korrektur des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung und des „Zug um Zug“-Bereicherungsanspruchs .....	241
3. Die Einrede der Vermögensverschlechterung, § 321 BGB .....	243
3.1. Die Rechtslage bei vereinbarter und gesetzlicher Vorleistung .....	245
3.2. Die dogmatische Konstruktion und der Inhalt der Rechtsfolge des § 321 BGB .....	248
3.3. Zusammenfassung .....	253
<b>Schlußbemerkung</b> .....	255
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	257



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	am Anfang
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AbzG	Abzahlungsgesetz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
AprLR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
a. M.	anderer Meinung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht
ArchPractRWiss	Archiv für practische Rechtswissenschaft
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz.	Bundesanzeiger
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
Begr.	Begründung
Bek.	Bekanntmachung
Bem.	Bemerkung
bestr.	bestritten
Betr	Der Betrieb
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI I, II	Bundesgesetzblatt Teil I und Teil II
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BNotO	Bundesnotarordnung
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drucks.	Drucksachen des deutschen Bundestages
BuschA	Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch
bzw.	beziehungsweise
CPO	Civilprozeßordnung
DEMV	Deutscher Einheitsmietvertrag
Denkschr.	Denkschrift
ders.	derselbe

DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drucks.	Drucksache
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EE	Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen
EG	Einführungsgesetz
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Erl.	Erläuterung
EVO	Eisenbahn-Verkehrsordnung
f., ff.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht. Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GB1	Gesetzblatt
gem.	gemäß
Ges.	Gesetz
GleichberG	Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GrünhutzZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut
Halbs.	Halbsatz
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HoldMschr	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, begründet von Holdheim
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
i. d. F.	in der Fassung
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. d.	im Sinne der (des)
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JbAkDR	Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht
JherJB	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JMB1	Justizministerialblatt
JR	Juristische Rundschau
JurA	Juristische Analysen
JurBüro	Das Juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung

Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KGBI	Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts
KO	Konkursordnung
KrVjSchr	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KVO	Kraftverkehrsordnung für den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen
LB	Lehrbuch
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
LS	Leitsatz
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m. a. W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
MMV	Mustermietvertrag
Mot.	Motive
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweise
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nov.	Novelle
Nr.	Nummer
OAG	Oberappellationsgericht
österr.	österreichisch
OLG	Oberlandesgericht
OLGRsp	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
PostO	Postordnung
Prot.	Protokolle
RAO	Rechtsanwaltsordnung
Rdnr.	Randnummer
Recht	Das Recht
RG	Reichsgericht
RGBI I, II	Reichsgesetzblatt Teil I und Teil II
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RRAO	Reichsrechtsanwaltsordnung
RSchuldBG	Reichsschuldbuchgesetz
Rspr.	Rechtsprechung
RVerkBl	Reichs-Verkehrs-Blatt
S.	Seite
s.	siehe
sächs.	sächsisch

SächsAnn	Annalen des sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden
sc.	scilicet
ScheckG	Scheckgesetz
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
st.	ständig
StAZ	Zeitschrift für Standesamtswesen
str.	streitig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u. a.	unter anderem, und andere
u. ä.	und ähnliche(s)
u. a. m.	und andere mehr
UStG	Umsatzsteuergesetz
u. U.	unter Umständen
v.	von
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WarnJB	Jahrbuch der Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen
WarnRsp	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, begründet von Warneyer
WG	Wechselgesetz
WiGBI	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
WO	Wechselordnung
WPR	Wertpapierrecht
z. B.	zum Beispiel
ZBlFG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRpflBay	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
ZS	Zivilsenat
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß



## Einleitung

Die Begriffe „Leistung Zug um Zug“ und „Leistung gegen Gegenleistung“ werden ganz einhellig in ein und demselben Sinne verstanden. Rechtsprechung und Wissenschaft verwenden sie daher — von diesem Verständnis aus folgerichtig — alternativ. Jeder der beiden Begriffe soll zum Ausdruck bringen, daß zwei Leistungen gleichzeitig auszutauschen sind. Gebraucht das Gesetz den einen oder anderen, dann soll es demnach den jeweils nicht gebrauchten ebenfalls meinen, und damit immer (auch) zum Ausdruck bringen, daß die Leistungen personenverschiedener Rechtssubjekte gleichzeitig erfolgen.

Betrachtet man die Leistung Zug um Zug und die Leistung gegen Gegenleistung nur ein klein wenig genauer, stellt sich allerdings schnell heraus, daß die „Sache“ keineswegs so einfach gelagert ist, sie vielmehr willkürlich so einfach gelagert wird. Auch wenn diese Feststellung zunächst einmal als pauschale Behauptung im Raum steht, darf sie ehrlicher Weise nicht mit dem Vorwurf „Polemik“ bedacht werden. Denn wo findet eine derart umfassende Vereinfachung im Gesetz statt oder auch nur ihre Rechtfertigung? Wo sind die wissenschaftlichen Äußerungen, die sie überzeugend belegen? Oder soll sie sich etwa sprachlich von selbst verstehen? Wer letzteres meint, muß sich fragen lassen, was dann mit dem Verkäufer ist, der den Kaufgegenstand gegen Bezahlung des Kaufpreises mit einem Monat Ziel liefert? Nach meinem Sprachverständnis leistet auch dieser Verkäufer gegen eine Gegenleistung.

Das Gesetz selbst zeigt, daß es derart einfach wohl nicht sein kann. Von der Gleichzeitigkeit zweier Leistungen spricht es nämlich an keiner Stelle, und die Leistung Zug um Zug taucht zumindest im Bürgerlichen Gesetzbuch nirgendwo als eigenständiger Begriff auf. Dieses kennt in den §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 und 348 Satz 1 *expressis verbis* nämlich allein die „Erfüllung Zug um Zug“ durch den Schuldner<sup>1</sup>. Anders die Zivilprozeßordnung, die in ihren §§ 726 Abs. 2, 756, 765 von einer „Zug um Zug zu bewirkenden Leistung“ des Gläubigers handelt. Bevor weiterhin überhaupt von „Leistung Zug um Zug“ geredet werden kann, ist vor allem anderen zu überlegen, ob es in Übereinstimmung mit dem Sprachgebrauch des BGB nicht sachlich richtiger „Erfüllung Zug um Zug“ heißen muß, oder ob nicht beide Wendungen gleichbedeutend und

---

<sup>1</sup> Sprachlich ebenso § 3 AbzG.

damit „gleich richtig“ sind. Daß BGB und ZPO *dasselbe* meinen, ergibt schon ein kurzer Blick in die Entstehungsgeschichte dieser ausdrücklichen „Zug um Zug“-Normen.

Schon vor der Verabschiedung der ursprünglichen Fassung der CPO am 30. Januar 1877 wurde in der partikularrechtlichen Literatur und Rechtsprechung als Folge sowohl des *ius retentionis* als auch der *exceptio non adimpleti contractus*, den gemeinrechtlichen Vorgängern der §§ 273, 320 BGB, die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug gefordert und auch ausgesprochen<sup>2</sup>. Dennoch hielt man eine den §§ 726 Abs. 2, 756, 765 ZPO entsprechende Regelung in der CPO nicht für erforderlich<sup>3</sup>. Dies verhinderte aber nicht, daß sich die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug bereits unter der Geltung der CPO von 1877 in der Praxis allgemein einbürgerte<sup>4</sup>. Erst mit der ausdrücklichen Nennung der „Erfüllung Zug um Zug“ im BGB sah man sich zur Einfügung<sup>5</sup> vollstreckungsrechtlicher Komplementärnormen in die CPO veranlaßt<sup>6</sup>. Aus dieser Ergänzungsfunktion ergibt sich unschwer, daß beide Gesetze, BGB und ZPO, die Begriffe „Erfüllung“ und „Leistung“ Zug um Zug im selben Sinne verstanden wissen wollen<sup>7</sup>. Der synonyme Gebrauch von „Erfüllung“ und „Leistung“ *durch das Gesetz* führte denn auch anfänglich dazu, daß beide Begriffe, vor allem aus stilistischen Gründen, abwechselnd verwandt wurden<sup>8</sup>. Bis sich dann recht schnell die schon zuvor in Rechtsprechung und Lehre gebräuchliche und heute weithin übliche Bezeichnung von der „Leistung Zug um Zug“ wieder einbürgerte<sup>9</sup>. Damit hat sich, wie sogleich zu zeigen ist, der sachlich ausschließlich zutreffende Begriff breitgemacht. Die Tatsache, daß dies geschah, scheint allerdings mehr einem Gefühl für das Richtige als Überlegungen zur Sache entsprungen zu sein, denn es gibt keine Begründung dafür, weshalb auch im privatrechtlichen Bereich vom Sprachgebrauch des BGB abgewichen wird.

---

<sup>2</sup> *Zaun*, ArchPractRWiss 4 (1857) 410, 420 f.; OAG Kassel, SeuffArch 18 (1865) Nr. 180 (für die *exceptio non adimpleti contractus*), OAG Oldenburg, SeuffArch 23 (1870) Nr. 176 (für das *ius retentionis*); vgl. auch *Hahn*, Bd. II, S. 439 (zu § 614); ferner *André*, S. 129 ff. und *Thon*, S. 268; zu weiteren Nachw. s. unten, Kap. III. Fn. 82 und 85. — Dazu, daß es sich bei der *exceptio non adimpleti contractus* quellenmäßig um ein „reines Phantasiegebilde“ handelt, s. *Leonhard*, Beweislast, S. 343.

<sup>3</sup> *Hahn*, Bd. II, S. 439.

<sup>4</sup> Vgl. *Schlegelberger*, S. 171 f.

<sup>5</sup> Durch die Novelle vom 17. V. 1898 (RGBl 1898 I 256).

<sup>6</sup> Vgl. *Hellwig*, LB, Bd. I, S. 17.

<sup>7</sup> Vgl. auch *Hahn*, Bd. VIII, S. 136.

<sup>8</sup> So z. B. *Steininger* durchgehend, ganz deutlich etwa S. 9.

<sup>9</sup> Vgl. bereits RGZ 56, 301 (302 f.), das mehrfach unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 274 BGB von „Zug-um-Zug-Leistung“ bzw. von „Leistung Zug um Zug“ spricht; ferner *Reuter*, S. 1.

Die Bezeichnung „Leistung Zug um Zug“ anstelle von „Erfüllung Zug um Zug“ ist nicht nur eine „verzeihliche Freiheit“, wie *Reuter* meint<sup>10</sup>, sondern sprachlich und sachlich geboten. Die Wendung „Zug um Zug“ kann sich nämlich begrifflich *nur* auf die Modalität eines tatsächlichen Vorgangs beziehen<sup>11</sup>, eben auf die reale Erbringung der zur Befriedigung des Gläubigerinteresses erforderlichen Schuldnerhandlung, nicht jedoch — weder in ihrem Wortsinne noch rechtslogisch — auf dessen gesetzliche Folge, die Erfüllung<sup>12</sup>. Diese rechtliche Wirkung tritt ein oder nicht. Dies wird besonders dort deutlich, wo der *Leistungserfolg* nicht unmittelbar durch die Leistungshandlung herbeigeführt wird, sondern noch, außer vom Verhalten des Schuldners, von einem weiteren Umstand abhängt (z. B. der Zustimmung eines Dritten, der Eintragung im Grundbuch). Wie sollte man sich hier eine Erfüllung Zug um Zug vorstellen? Es ist also bereits jetzt festzuhalten, daß die Erfüllung im Sinne einer Schuldtilgung niemals Zug um Zug zu erbringen ist. Der Begriff „Erfüllung“ in den §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 und 348 Satz 1 BGB<sup>13</sup> mag daher als Hinweis darauf verstanden werden, daß die Zug um Zug zu erbringende Leistungshandlung erfüllungstauglich sein muß; das versteht sich für diese Regelungen aber ohnehin und wird zudem von der Definition des § 274 Abs. 1 BGB selbst noch einmal zum Ausdruck gebracht. Als *terminus technicus* kann „Erfüllung“ in diesen Normen jedoch nicht verstanden werden.

Danach steht fest, daß das BGB, wenn es von der „Erfüllung Zug um Zug“ spricht, nur die Leistung Zug um Zug meinen kann, und daß es somit diese Art der Leistung kennt. *De iure* gibt es die Leistung Zug um Zug also zumindest in den Fällen der §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 und 348 Satz 1 BGB und daneben noch in dem des § 3 AbzG. Damit ist aber auch schon die einzige Aussage getroffen worden, die als eindeutig für die Leistung Zug um Zug getroffen werden kann. Über den tatsächlichen Inhalt dieser Leistung gibt das Gesetz nahezu keinen Aufschluß. Ebenso schweigt es sich darüber aus, ob die genannten Normen die einzigen sind, die eine Leistung Zug um Zug zum Gegenstand haben, und wenn nicht, wann immer, d. h. unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall, dann eine solche Leistung anzunehmen ist. Vorausgesetzt, daß die Leistung Zug um Zug eine Leistung gegen gleichzeitige Gegenleistung ist, bleibt im unklaren, ob jede Leistung gegen gleichzeitige Gegenleistung auch eine Leistung Zug um Zug ist. Überhaupt, was hat die Leistung gegen Gegenleistung mit der Leistung Zug um Zug zu tun? Aufgrund welcher dogmatischen Konstruktion ergibt sich eine Leistung Zug um

<sup>10</sup> *Reuter*, S. 1.

<sup>11</sup> Vgl. *Grimm*, Stichwort „Zug“ bei B 4; ferner auch *Lessing*, Bd. XVII, S. 190: „Zug um Zug ist eine Regel in der Handlung aber nicht . . .“.

<sup>12</sup> Zutreffend *Wendt*, AcP 92 (1902), 45; vgl. ferner *Boehmer*, S. 47. — A. M., dabei allerdings widersprüchlich, *Planck / Siber*, § 274 Anm. 1.

<sup>13</sup> Ebenso für § 3 AbzG.