

Schuldrecht Allgemeiner Teil: Schuldrecht AT

Looschelders

23. Auflage 2025
ISBN 978-3-8006-7719-1
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

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

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

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

Grund“, „zumutbar“).²⁷³ Die Unwirksamkeit einer Klausel muss daher in jedem Fall aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung festgestellt werden. Dabei ist der allgemeine Maßstab der Generalklausel unter Berücksichtigung der spezifischen Zielrichtung des jeweiligen Klauselverbotes zugrunde zu legen.²⁷⁴ Man spricht daher von Klauselverboten **mit Wertungsmöglichkeit**.

Werden AGB gegenüber einem **Unternehmer**, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet, so sind die §§ 308, 309 – mit Ausnahme von § 308 Nr. 1a und Nr. 1b (→ § 12 Rn. 25) – nicht anwendbar (§ 310 I 1). Die Inhaltskontrolle richtet sich also allein nach § 307. Die Anwendung der Generalklausel kann aber durchaus dazu führen, dass eine der in §§ 308, 309 genannten Klauseln unwirksam ist (§ 310 I 2). Der Richter ist dabei nicht gehindert, die Wertungen der §§ 308, 309 zu berücksichtigen. Auf Verträge zwischen Finanzunternehmen, die im Inland **erlaubnispflichtige Finanzgeschäfte** zum Gegenstand haben, sind allerdings auch die §§ 307, 308 Nr. 1a und Nr. 1b nicht anwendbar. Der mit Wirkung vom 15.12.2023 neu eingefügte § 310 Ia sieht insoweit eine Bereichsausnahme vor. 24

Hinweis: Die §§ 308, 309 betreffen sehr unterschiedliche Rechtsgebiete und Rechtsfragen. Eine eingehende Erörterung der Verbotskataloge ist deshalb an dieser Stelle nicht sinnvoll. Soweit einzelne Klauselverbote im Rahmen des Allgemeinen Schuldrechts **relevant** sind, sollen sie vielmehr im jeweiligen Zusammenhang erörtert werden. Zu den Besonderheiten bei der Kontrolle von Bauverträgen nach der VOB/B (§ 310 I 3) → SchuldR BT § 32 Rn. 15.

4. Rechtsfolgen

Hält eine Klausel der Inhaltskontrolle nicht stand, so ist sie unwirksam. Eine **geltungserhaltende Reduktion** auf das gerade noch erlaubte Maß ist grundsätzlich unzulässig, weil der Verwender sonst die Möglichkeit hätte, die Grenzen des Zulässigen ohne eigenes Risiko auszutesten.²⁷⁵ In der Praxis führt die an den Verständnismöglichkeiten und Interessen eines durchschnittlichen Kunden orientierte Auslegung (→ § 16 Rn. 18) freilich nicht selten dazu, dass die Klausel der Inhaltskontrolle standhält.²⁷⁶ Kann die Klausel in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil geteilt werden, so soll der wirksame Teil erhalten bleiben, auch wenn er die gleiche Sachmaterie behandelt.²⁷⁷ Unabhängig vom Schicksal der einzelnen Klausel bleibt der Vertrag im Ganzen nach § 306 I (→ § 16 Rn. 17) wirksam. 25

Die Unwirksamkeit von AGB nach §§ 307–309 hat nicht nur für Individualprozesse zwischen dem Verwender und seinem Vertragspartner Bedeutung. Nach den §§ 1 ff. UKlaG kann der Verwender vielmehr auch von bestimmten **Einrichtungen** und **Verbänden** (zB Industrie- und Handelskammern, Verbraucherschutzverbänden) auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Handelt der Verwender einem danach ergangenen Unterlassungsgebot zuwider, so kann sich der einzelne Vertragspartner nach § 11 UKlaG grundsätzlich auf die Wirkung des Unterlassungsurteils berufen. 26

²⁷³ Vgl. Neuner BGB AT § 47 Rn. 62.

²⁷⁴ Freitag/Leible JA 2001, 978 (981).

²⁷⁵ Vgl. etwa BGHZ 114, 338 (342); 120, 108 (122).

²⁷⁶ Zur prinzipiellen Legitimität dieses Vorgehens Staudinger/Wendland, 2022, § 307 Rn. 28.

²⁷⁷ BGHZ 108, 1 (12); BGH NJW 1998, 2284; 1999, 1108; Erman/Looschelders § 306 Rn. 11.

Literatur: Bachmann, Kein Anspruch auf geschlechtergerechte Sprache in AGB und Formularen, NJW 2018, 1648; Becker, Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus teleologischer Sicht, JZ 2010, 1098; Buz, Immer noch „allgemeine“ Geschäftsbedingungen?, AcP 219 (2019), 1; Derlin, Vertragsstrafe und AGB-rechtliche Inhaltskontrolle, MDR 2009, 241; Grünberger, Der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle, JURA 2009, 249; Gsell/Graf v. Westphalen, Missbräuchliche Zinsanpassungsklauseln in Prämiensparverträgen, ZIP 2021, 1729; Hansen, Die Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf vorformulierte Arbeitsverträge, ZGS 2004, 21; Herresthal, Unionsrechtskonformität der ergänzenden Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln, NJW 2021, 589; Klocke, Die systematische Interpretation von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Lichte unwirksamer Vertragsklauseln, JURA 2015, 227; Lange, Auslegung, Unklarheitenregel und Transparenzklausel, ZGS 2004, 208; Leuschner, Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, AcP 207 (2007), 491; Löhnig/Gietl, Grundfälle zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 2012, 393 und 494; Looschelders, Der Wille des Verbrauchers als Grenze für die Ersetzung missbräuchlicher Klauseln durch dispositives Recht, ZIP 2022, 1910; S. Lorenz/Gärtner, Grundwissen – Zivilrecht: Allgemeine Geschäftsbedingungen, JuS 2013, 199; Morgenroth/Leder, Die Besonderheiten des Arbeitsrechts im allgemeinen Zivilrecht, NJW 2004, 2797; Neideck, Die Einbeziehung von AGB in der Fallbearbeitung, JA 2011, 492; Schäfer, Vertragsschluss unter Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Fremdmuttersprachlern, JZ 2003, 879; Schmidt, Einbeziehung von AGB im Verbraucherverkehr, NJW 2011, 1633; Schmidt, Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr, NJW 2011, 3329; Stoffels, AGB-Recht, 4. Aufl. 2021; Stöhr, Die Inhaltskontrolle von Verträgen, JA 2025, 441; Temming, Verstehen Sie Deutsch? Sprachenunkenntnis beim Vertragsschluss und bei der AGB-Kontrolle, GPR 2016, 38; Thüsing/Bleckmann/Peisker, Europäische Grundlagen der AGB-Kontrolle, JuS 2022, 793; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022; Wackerbarth, Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, AcP 200 (2000), 45; Wendehorst/Graf v. Westphalen, Auswirkungen neuer EuGH-Urteile auf § 306 II BGB – mehr neue Vorlagefragen als Antworten, EuZW 2021, 229; Wendland, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Fallbearbeitung, JURA 2018, 866 und JURA 2019, 486; Wittebol/Choi, Vertragslückenfüllung ade? – Der EuGH zum Rückgriff auf dispositives Recht bei unwirksamen AGB, WM 2021, 1734; Graf v. Westphalen, AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme, NJW 2002, 12; Graf v. Westphalen, Wiederentdeckte Grundpfeiler der Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle, NJW 2022, 1409; Graf v. Westphalen/Thüsing/Pamp, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Stand: 51. Lfg. 2025; Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020.

4. Teil. Das Erlöschen der Leistungspflicht

§ 17 Erfüllung

Bei **regulärem** Verlauf des Schuldverhältnisses erlöschen die Leistungspflichten im Allgemeinen durch Erfüllung (§ 362 I). Im Vergleich zu anderen Gründen, die zum Erlöschen der Leistungspflicht führen können (zB Unmöglichkeit nach § 275), zeichnet sich die Erfüllung dadurch aus, dass das ursprüngliche Leistungsinteresse des Gläubigers befriedigt wird. 1

I. Begriff

Unter **Erfüllung** ist das **Bewirken der geschuldeten Leistung** an den Gläubiger oder einen Dritten (§ 362 II) zu verstehen. Anders als der Wortlaut des § 362 I dies nahe zu legen scheint, ist die Leistung nicht schon mit der Vornahme der *Leistungshandlung* „bewirkt“. Soweit der Eintritt eines Erfolges geschuldet wird, ist vielmehr der Eintritt des *Leistungserfolgs* maßgeblich (→ § 1 Rn. 16). Erfüllung liegt damit auch dann nicht vor, wenn der Schuldner alle seinerseits erforderlichen Leistungshandlungen vorgenommen hat, der Leistungserfolg aber ausbleibt. Ist der Leistungsgegenstand untergegangen, so muss der Schuldner in diesem Fall zwar nicht neuerlich leisten. Dies folgt aber nicht aus § 362 I, sondern aus § 275 I. 2

Die Erfüllung setzt weiter voraus, dass der Leistungserfolg auf dem Handeln des Schuldners oder eines leistungsberechtigten Dritten (§§ 267, 268) beruht. Andernfalls liegt kein Bewirken *durch* den Schuldner vor.

Beispiele: Der liegen gebliebene Pkw springt vor Eintreffen der Pannenhilfe wieder an, der zu fallende Baum wird durch einen Sturm entwurzelt, das freizuschleppende Schiff kommt mit der Flut frei. In solchen Fällen erlischt die Leistungspflicht des Schuldners nicht nach § 362. In Betracht kommt aber ein Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275 wegen Zweckerreichung oder Zweckfortfalls (→ § 21 Rn. 4 f.).

II. Person des Leistenden

Zur Erbringung der Leistung ist primär der **Schuldner** berufen. Soweit die Leistung *höchstpersönlich* erbracht werden muss, kommt eine Erfüllung durch Dritte nicht in Betracht. Im Übrigen kann die Leistung nach § 267 aber auch durch einen **Dritten** bewirkt werden (→ § 12 Rn. 5 ff.). Erforderlich ist dabei allerdings, dass der Dritte die Leistung mit **Fremdtilgungswillen** erbringt (→ § 12 Rn. 8). 3

III. Empfänger der Leistung

Nach § 362 I führt die Leistung an den **Gläubiger** zum Erlöschen der Forderung. Etwas anderes gilt nur, wenn dem Gläubiger die **Empfangszuständigkeit** fehlt.¹ Aus den Wertungen der §§ 362 II, 1812, 1813 (§ 1849 I, IV nF) ergibt sich, dass die Emp- 4

1 Vgl. Neuner BGB AT § 19 Rn. 21.

fangszuständigkeit mit der **Verfügungsmacht** über die Forderung einhergeht.² So lässt sich dem Verweis des § 362 II auf die Vorschriften über die Verfügung eines Nichtberechtigten (§ 185) entnehmen, dass die Entgegennahme der Leistung als Erfüllung *wie* eine Verfügung zu behandeln ist. Eine echte Verfügung liegt nach heute ganz hM allerdings nicht vor.³

Das Fehlen der Empfangszuständigkeit kann darauf beruhen, dass der Gläubiger in der **Verfügungsmacht beschränkt** ist. Beispiele sind die Insolvenz des Gläubigers (§ 80 I InsO), die Pfändung der Forderung (§ 829 ZPO) und die Testamentsvollstreckung (§ 2211 I). Aus den Wertungen der §§ 104 ff. folgt, dass **geschäftsunfähige** und **beschränkt geschäftsfähige** Personen grundsätzlich ebenfalls nicht empfangszuständig sind.⁴ Dahinter steht die Erwägung, dass der Gläubiger durch die Annahme der Leistung als Erfüllung einen rechtlichen Nachteil hat, weil seine Forderung erlischt. Die Leistung muss daher grundsätzlich an den gesetzlichen Vertreter erfolgen. Liegt eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vor, so tritt durch die Leistung an den minderjährigen Gläubiger jedoch Erfüllung ein (→ § 17 Rn. 20).

- 5 § 362 II stellt klar, dass auch die Leistung an eine **dritte Person** zur Erfüllung führen kann. Voraussetzung ist aber, dass der Dritte nach § 185 zur Entgegennahme der Leistung mit Wirkung für den Gläubiger *ermächtigt* ist. Eine solche sog. **Empfangs-ermächtigung**⁵ kann rechtsgeschäftlich – gem. § 185 II 1 Alt. 1 auch nachträglich – erteilt werden oder sich aus dem Gesetz (zB §§ 1074, 1282) ergeben. Nach § 362 II iVm § 185 II 1 Alt. 2 und 3 führt die Leistung an einen Dritten auch dann zur Erfüllung, wenn der zunächst nicht empfangsberechtigte Dritte die Forderung **im Nachhinein** (zB durch Abtretung oder Erbfolge) **erwirbt** oder vom Gläubiger **beerbt wird**; im letzteren Fall ist zudem erforderlich, dass der Gläubiger für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet.
- 6 § 370 stellt die Leistung an den **Überbringer einer Quittung** (§ 368) der Leistung an einen empfangsermächtigten Dritten gleich. Die Vorschrift beruht auf dem Gedanken, dass der Gläubiger nicht schutzwürdig ist, wenn er ohne Empfang der Leistung eine Quittung ausstellt und aus der Hand gibt.⁶ Geht der Schuldner gutgläubig von einer Empfangsermächtigung des Dritten aus, so kommt ihm der von der Quittung ausgehende Rechtsschein zugute. Er wird daher durch Leistung an einen Nichtberechtigten von der Leistungspflicht frei. Auf *gefälschte* Quittungen trifft die Wertung des § 370 nicht zu. Die Vorschrift ist deshalb nicht anwendbar.⁷
- 7 Weitere Fälle, in denen der gutgläubige Schuldner durch **Leistung an einen Nichtberechtigten** von seiner Pflicht befreit wird, finden sich in den §§ 407 ff. (→ § 52 Rn. 52 ff.), 566c, 567b, 793 I 2, 807, 808.⁸

2 Vgl. MüKoBGB/Fetzer § 362 Rn. 15; Larenz SchuldR AT § 18 I; Looschelders/Erm JA 2014, 161 (163).

3 MüKoBGB/Fetzer § 362 Rn. 11.

4 BGHZ 205, 90 = NJW 2015, 2497 Rn. 15; Staudinger/Kern, 2022, § 362 Rn. 54 ff.; Grüneberg/Grüneberg § 362 Rn. 4; MüKoBGB/Fetzer § 362 Rn. 15; S. Lorenz JuS 2009, 109 (110); aA Soergel/Schreiber vor § 362 Rn. 7; Schreiber JURA 1993, 666.

5 Zum Begriff der Empfangsermächtigung vgl. Larenz SchuldR AT § 18 II 1.

6 Larenz SchuldR AT § 18 III.

7 Vgl. Grüneberg/Grüneberg § 370 Rn. 2.

8 Näher dazu Medicus/Petersen BürgerlR Rn. 751 ff.

IV. Wirkung der Erfüllung

1. Erlöschen des Schuldverhältnisses

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

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

2. Beweislastumkehr

Hat der Gläubiger die Leistung als Erfüllung angenommen, so tritt gem. § 363 eine **Beweislastumkehr** ein. Der Schuldner muss im Prozess nicht mehr beweisen, dass er die Leistung wie geschuldet erbracht hat. Vielmehr obliegt dem Gläubiger der Nachweis, dass die Leistung nicht vertragsgemäß oder nur unvollständig erbracht worden ist. Dagegen führt die Annahme der Leistung grundsätzlich nicht zu einem Verlust *materieller* Rechte. Der Gläubiger bleibt also berechtigt, Ansprüche wegen der Unvollständigkeit oder Fehlerhaftigkeit der Leistung geltend zu machen. Im Werkvertragsrecht kann die vorbehaltlose Abnahme in Kenntnis des Mangels allerdings nach § 640 III zum Verlust von Gewährleistungsrechten führen (→ SchuldR BT § 34 Rn. 33 f.).

3. Quittung und Schuldschein

Mit der Erfüllung der Leistungspflicht erwirbt der Schuldner gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Erteilung einer **Quittung** (§ 368). Der Anspruch weist insofern eine Besonderheit auf, als er erst auf ein ausdrückliches Verlangen des Schuldners und nicht unaufgefordert zu erfüllen ist (sog. verhaltener Anspruch).⁹ Kommt der Gläubiger dem Verlangen des Schuldners nach Erteilung der Quittung nicht nach, so steht dem Schuldner wegen seiner eigenen Leistung ein **Zurückbehaltungsrecht** nach § 273 (→ § 15 Rn. 1 ff.) zu.¹⁰ Da die Quittung dem Schuldner den Nachweis der Leistungserbringung erleichtert, muss er grundsätzlich die *Kosten* tragen und gegebenenfalls vorstrecken (§ 369).

Zur Vertiefung: Die Quittung ist eine *Wissenserklärung* ohne rechtsgeschäftlichen Charakter. Der Gläubiger bekundet lediglich die Tatsache, dass er die geschuldete Leistung empfangen hat. Die §§ 104 ff. sind daher nicht anwendbar. Hat ein *Minderjähriger* die Quittung ausgestellt, so greift § 370 (→ § 17 Rn. 6) aber nicht ein. Der Minderjährigenschutz muss hier dem Schutz des gutgläubigen Schuldners vorgehen.¹¹

⁹ MüKoBGB/Fetzer § 368 Rn. 13.

¹⁰ HK-BGB/Fries § 368 Rn. 4; Larenz SchuldR AT § 18 III.

¹¹ Vgl. MüKoBGB/Fetzer § 370 Rn. 3.

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

4. Tilgungsreihenfolge

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

a) Tilgungsbestimmung durch den Schuldner

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

Die hM sieht die Tilgungsbestimmung als **Willenserklärung** an.¹⁴ Nach der Gegenauffassung ist sie eine geschäftsähnliche Handlung.¹⁵ Die praktische Bedeutung der Frage ist gering, weil die §§ 104 ff. nach beiden Auffassungen – direkt oder entsprechend – anwendbar sind. Die Bestimmung kann somit gem. § 119 wegen Irrtums **angefochten** werden.¹⁶ Nach wirksamer Anfechtung ist der Schuldner berechtigt, die gewollte Bestimmung mit *Ex-nunc-Wirkung* nachzuholen.¹⁷

Zur Vertiefung: Die Rechtsprechung billigt dem Schuldner ein nachträgliches Tilgungsbestimmungsrecht zu, wenn er dieses Recht bei der Leistung nicht ausüben konnte, weil er nicht wusste, dass dem Gläubiger aufgrund einer nicht offen gelegten Abtretung eine zweite Forderung gegen ihn zusteht. Nach dem Rechtsgedanken des § 121 muss der Schuldner das Bestimmungsrecht unverzüglich ausüben, sobald er von der Abtretung erfährt. Dahinter steht der Gedanke, dass der Schuldner in dieser Konstellation nicht besser als bei einer Anfechtung stehen darf.¹⁸

b) Gesetzliche Tilgungsreihenfolge

- 13 Hat der Schuldner keine ausdrückliche oder konkludente Tilgungsbestimmung getroffen, so greift die gesetzliche Reihenfolge des § 366 II ein. Die Regelung orientiert sich an den Interessen und dem mutmaßlichen Willen der **Parteien**.¹⁹ Sie ist daher

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

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

14 Vgl. HK-BGB/Fries § 366 Rn. 3; Grüneberg/Grüneberg § 366 Rn. 7.

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

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

17 MüKoBGB/Fetzer § 366 Rn. 11; Ehrlicke JZ 1999, 1075 (1078 f.); für Ex-tunc-Wirkung Staudinger/Kern, 2022, § 366 Rn. 40; anders Grüneberg/Grüneberg § 366 Rn. 7, wonach bei Anfechtung die gesetzliche Reihenfolge gilt.

18 BGHZ 167, 337 (342 ff.).

19 Vgl. HK-BGB/Fries § 366 Rn. 5.

nicht maßgeblich, wenn die vorgesehene Reihenfolge im Einzelfall mit den Parteiinteressen unvereinbar ist.²⁰

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

Versagt das Kriterium der geringeren Sicherheit, dann entscheidet die aus Sicht des **Schuldners** größere *Lästigkeit*. Dabei kann etwa auf die Höhe der Zinspflicht, eine drohende Vertragsstrafe oder eine bereits eingetretene Rechtshängigkeit der Forderung abgestellt werden. Bei gleicher Lästigkeit ist auf das *Alter der Forderungen* abzustellen. Getilgt wird die jeweils älteste Forderung, wobei sich das Alter nach dem Entstehungszeitpunkt und nicht nach dem Zeitpunkt der Fälligkeit bestimmt.²¹ Soweit sich auch hiermit keine Reihenfolge festlegen lässt, bleibt letztendlich nur noch eine *verhältnismäßige Tilgung* der Forderungen entsprechend ihrem Umfang.

c) Anrechnung auf Zinsen und Kosten

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

14

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

Für das **Verhältnis** von § 366 zu § 367 gilt Folgendes: Stehen mehrere Hauptforderungen im Raume, so muss zunächst deren Reihenfolge bestimmt werden. Maßgeblich ist dabei § 366. Soweit neben der jeweiligen Hauptforderung Kosten und Zinsen entstanden sind, ist in einem zweiten Schritt auf § 367 zurückzugreifen. Zahlungen des Schuldners können damit erst dann auf die Kosten und Zinsen wegen einer nachrangigen Hauptforderung angerechnet werden, wenn die bevorrechtigte Hauptforderung (samt den dazu gehörigen Nebenforderungen) vollständig getilgt worden ist.²²

15

20 BGH NJW 1969, 1846 (1847); Brox/Walker SchuldR AT § 14 Rn. 11; Erman/Buck-Heeb § 366 Rn. 4b; krit. Staudinger/Kern, 2022, § 366 Rn. 50.

21 BGH NJW 1991, 2629 (2630).

22 Vgl. Grüneberg/Grüneberg § 367 Rn. 3.

V. Rechtsnatur der Erfüllung

- 16 Die Rechtsnatur der Erfüllung ist seit langem umstritten.²³ Im Kern geht es um die Frage, ob für den Eintritt der Erfüllungswirkung die **tatsächliche Leistungsvornahme** ausreicht oder ob der Erfüllungstatbestand darüber hinaus ein **subjektives Element** enthält. Von Bedeutung ist der Meinungsstreit hauptsächlich im Verhältnis zu beschränkt geschäftsfähigen Personen.

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

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

1. Streitstand

- 17 Nach der in früherer Zeit sehr verbreiteten, heute aber nur noch mit Einschränkungen vertretenen **Vertragstheorie** hat die *tatsächliche* Vornahme der geschuldeten Leistung allein nicht zur Folge, dass die Verpflichtung des Schuldners nach § 362 erlischt; hinzutreten muss vielmehr eine *rechtsgeschäftliche* Einigung darüber, dass die erbrachte Leistung die Erfüllung bewirken soll.²⁴ Die Einigung über die Erfüllungswirkung tritt neben die schuldrechtliche und eine etwa erforderliche dingliche Einigung und muss davon strikt unterschieden werden. Nach der Vertragstheorie können Minderjährige einen Vertrag nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erfüllen. Da die Entgegennahme einer Leistung als Erfüllung zu einem rechtlichen Nachteil – dem Erlöschen der Forderung – führt, ist auch insoweit nach § 107 die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich.
- 18 Nach der Theorie der **finalen Leistungsbewirkung** muss die Leistungsvornahme zwar nicht mit einer rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien verbunden werden, um zum Erlöschen der Forderung zu führen. Erforderlich ist aber eine Tilgungsbestimmung, mit welcher der Leistende die zu erfüllende Forderung bezeichnet.²⁵
- 19 Vollständig auf subjektive Elemente verzichtet dem Grundsatz nach die heute herrschende Theorie der **realen Leistungsbewirkung**. Sie lässt die tatsächliche Herbeiführung des Leistungserfolgs im Regelfall zum Eintritt der Erfüllungswirkung genügen.²⁶ Eine **Ausnahme** wird nur für den Fall gemacht, dass die Leistung nicht schon allein aufgrund der objektiven Gegebenheiten einem bestimmten Schuldverhältnis zugeordnet werden kann.²⁷ Hieran ist insbesondere zu denken, wenn der Schuldner **dieselbe Leistung** gegenüber **mehreren Gläubigern** zu erbringen

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

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

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

26 BGH NJW 1991, 1294 (1295); 2007, 3488 (3489); 2010, 3510 (3513); MüKoBGB/Fetzer § 362 Rn. 10 ff.; Staudinger/Kern, 2022, vor §§ 362 ff. Rn. 10; Larenz SchuldR AT § 18 I.

27 Vgl. MüKoBGB/Fetzer § 362 Rn. 13.