GREGOR ALBERS

Forderungskollision

Jus Privatum
280

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 280

Gregor Albers

Forderungskollision

Die Gläubigerkonkurrenz im deutschen Privatrecht

Mohr Siebeck

Gregor Albers, geboren 1983; 2011–2024 Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Akademischer Rat auf Zeit am Institut für Römisches Recht und Vergleichende Rechtsgeschichte der Universität Bonn; 2022–2024 Forschungsprofessor am Käte Hamburger Kolleg „Einheit und Vielfalt im Recht", Münster; Universitätsprofessor für Privatrechtsgeschichte und romanistische Grundlagen an der Johannes Kepler Universität Linz.
orcid.org/0000-0002-7055-8822

Diese Publikation ist an der Universität Bonn entstanden und wurde durch den Open-Access-Publikationsfonds der Universität finanziert. Veröffentlicht mit Unterstützung der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung Hamburg.

ISBN 978-3-16-164266-1 / eISBN 978-3-16-164267-8
DOI 10.1628/978-3-16-164267-8

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *https://dnb.dnb.de* abrufbar.

2025 Mohr Siebeck Tübingen

© Gregor Albers

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International" (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de. Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Satz: Textservice Zink in Schwarzach. Gedruckt auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Die Register sind gemacht, die Fahnen hin- und hergegangen, die Würfel längst gefallen. Ob eine wesentliche Korrektur fehlt? Ob ein schlechtes Vorwort noch alles verdirbt? Ein Autor darf hoffen, dass sein Buch anregt, überzeugt, begeistert, und kann doch nicht ausschließen, dass es verborgen bleibt, langweilt, enttäuscht. Er muss es einem eigenen Schicksal überlassen, irgendwann.

Ich begann diese Arbeit im Sommer 2011, als ich aus dem Referendariat als Doktorand nach Bonn kam. Eigentlich wollte ich die Kollision *vertraglicher* Forderungen untersuchen und dachte vor allem an die Doppelverpflichtung. Daraus ergaben sich Vorfragen zum Charakter von Obligationen überhaupt, nämlich zur Bedeutung des Erfüllungszwangs und zur Rolle der Unmöglichkeit der Erfüllung, woraus das Thema meiner romanistischen Dissertation erwuchs. Andere Vorfragen betrafen Grund und Natur der vertraglichen Bindung: das Verhältnis von Versprechen und Vertrag, das Problem der *causa* des Vertrages und den Einfluss unerwarteter Umstände. Als es mir nicht mehr zweckmäßig erschien, die Kollision gerade vertraglicher Forderungen herauszugreifen, wurde die Insolvenz der Musterfall und die Forderungskollision insgesamt mein Thema. Als Letztes konnte ich noch das Problem der Anfechtung von Deckungen als vorsätzliche Gläubigerbenachteiligungen abschichten. Die Vorarbeiten sind an gegebener Stelle zitiert, doch habe ich die Gedankengänge nicht wiederholt.

Im Wintersemester 2023–2024 hat die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn die Arbeit dankenswerterweise als Habilitationsschrift angenommen. Bei beiden Gutachtern stehe ich in großer Schuld: bei Martin Schermaier, dem Erstberichterstatter, meinem verehrten Lehrer, Förderer und Freund, der in Grundfragen immer anderer Meinung war und mir auch dadurch zu festem Stand verholfen hat, und beim Zweitberichterstatter Moritz Brinkmann, der als großzügiger Gesprächspartner und Leser mich durch seine präzise und tiefgehende Kritik in entscheidenden Punkten abgesichert hat. Mit ihnen danke ich allen, die über die Jahre ihre Zeit und Gedanken mit mir geteilt und mir viele wichtige Hinweise gegeben haben.

Das Institut für Römisches Recht und Vergleichende Rechtsgeschichte ist meine Brutstätte gewesen, und ich danke allen Kollegen für den motivieren-

den und lehrreichen Austausch und vielen auch für tatkräftige Hilfe, sei es durch Korrekturen, Unterstützung bei der Recherche oder das Beschaffen von Literatur. Dem Käte Hamburger Kolleg „Einheit und Vielfalt im Recht“ in Münster danke ich dafür, mich für zwei Jahre als Forschungsprofessor aufgenommen zu haben, und der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Kepler Universität Linz, dass sie mir eine Professur für Privatrechtsgeschichte und romanistische Grundlagen anvertraut und damit eine neue Wirkstätte gegeben hat. Ich freue mich, dort jetzt mit Kandidat der Rechtswissenschaften Andrey Shirvindt zusammenzuarbeiten, dem ich für seine Unterstützung danke.

Diese Publikation ist an der Universität Bonn entstanden und wurde durch den Open-Access-Publikationsfonds der Universität Bonn finanziert. Zur Deckung der Druckkosten haben außerdem die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung aus Hamburg sowie Herr Rechtsanwalt Dr. Matthias Schwaibold aus Zürich freigebig mit Zuschüssen beigetragen, wofür ich ihnen herzlich danke. Es ist schön, dass das Buch in dieser Reihe erscheinen kann, und ich danke dem Verlagshaus Mohr Siebeck für die angenehme Zusammenarbeit.

Wer Deutsch weniger gerne liest, kann die Ergebnisse des romanistischen Teils auf Italienisch in den von Mario Varvaro und Monica De Simone herausgegebenen Scritti con Raimondo Santoro zur Kenntnis nehmen, oder demnächst auf Englisch im 71. Band der *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*.

Köln, 12. März 2025 *Gregor Albers*

Inhaltsübersicht

Vorwort V
Inhaltsverzeichnis IX
Abkürzungen XVII

Einleitung 1

I. Problem 1
II. Weltanschauliches 7
III. Forschungsstand und eigener Ansatz 13
IV. Definition und Vorgehensweise 19

Erstes Kapitel: Das Material des römischen Rechts 25

I. Einführung 25
II. Verteilung durch Vollstreckung 28
III. Haftung für Gewaltunterworfene 58
IV. Haftung nach dem Vermögen (*beneficium competentiae*) 79
V. Begrenzte Schulden 87
VI. „Leistung oder Ersatz“ im Vermächtnisrecht 98
VII. Fazit 100

Zweites Kapitel: Ein Scheitern im 19. Jahrhundert 105

I. Einführung 105
II. Die wissenschaftliche Debatte 108
III. Die deutsche Gesetzgebung vor dem BGB 117
IV. Das Bürgerliche Gesetzbuch 128
V. Verlorene Ansätze und verspätete Debatten 148
VI. Fazit 171

Drittes Kapitel: Wettkampf mit den Mitteln des Rechts 177

I. Einführung 177
II. Frühere Verfügung (verfügungsrechtliche Priorität) 179
III. Schnellere Vollstreckung eines ordentlichen Titels 197
IV. Schnellerer Vollzug einstweiligen Rechtsschutzes 217
V. Zur Überholung bei Kollisionen wegen beschränkter Haftung 236
VI. Fazit 239

Viertes Kapitel: Zuweisung durch das Recht 249

I. Einführung 249
II. Vorrang der älteren Forderung (Priorität) 250
III. Vorrang der jüngeren Forderung (Posteriorität) 275
IV. Gleichmäßige Verteilung 277
V. Losverfahren 320
VI. Fazit 321

Fünftes Kapitel: Problematische Fälle 325

I. Einführung 325
II. Vorrang des ersten rechtskräftigen Urteils (modifizierter Wettkampf) 325
III. Zuteilung durch Rückgriff gegen den Schnelleren (provisorischer Wettkampf) 347
IV. Fazit 361

Sechstes Kapitel: Korrektur von Fehlzuteilungen 363

I. Einführung 363
II. Haftung des Schuldners 364
III. Rückforderung durch den Schuldner 371
IV. Direktansprüche unter den Gläubigern 390
V. Fazit 397

Ergebnisse 401

Literaturverzeichnis 407
Quellenregister 439
Sachregister 459

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Inhaltsübersicht VII
Abkürzungen XVII

Einleitung 1

I. Problem 1
II. Weltanschauliches 7
III. Forschungsstand und eigener Ansatz 13
IV. Definition und Vorgehensweise 19

Erstes Kapitel: Das Material des römischen Rechts 25

I. Einführung 25
II. Verteilung durch Vollstreckung 28
1. Personalvollstreckung 28
2. Vermögensvollstreckung 32
a) Verwertung durch Verkauf (*venditio bonorum*) 32
b) Freiwilliges Verfahren (*cessio bonorum*) 35
c) Erbenlose und überschuldete Nachlässe 37
d) Teilvollstreckung (*separatio bonorum*) in die Erbschaft und das Soldatenvermögen 41
3. Durchführung der Verteilung 42
a) Gesetzliche Pfandrechte 43
b) Privilegien 46
c) Behandlung im Vollstreckungsverfahren 50
d) Nachrangige Forderungen 51
4. Schutz vor Beeinträchtigungen 52
III. Haftung für Gewaltunterworfene 58
1. *actio de peculio* 59
a) Wettlauf 60
b) Schutz vor Beeinträchtigungen 63
2. *actio de in rem verso* 64

a) Mehrfache Haftung – oder Wettlauf 65
b) Schutz vor Beeinträchtigungen 69
3. *actio tributoria* 70
a) Verteilungspflicht 72
b) Schutz vor Beeinträchtigungen 74
4. Noxalhaftung 75
a) Wettlauf 75
b) Schutz vor Beeinträchtigungen 77

IV. Haftung nach dem Vermögen (beneficium competentiae) 79
1. Wettlauf 81
2. Schutz vor Beeinträchtigungen 86

V. Begrenzte Schulden 87
1. Gesamtforderungen und Verwandtes 87
a) Duo rei promittendi 87
b) Alternative und kummulative Vermächtnisse 89
c) Mehrere *cognitores*; Grabschändung 92
2. Dienste für mehrere Dienstnehmer und Patrone 93
3. Vorratsschuld – das Schiff des Saufeius 96

VI. „Leistung oder Ersatz" im Vermächtnisrecht 98

VII. Fazit 100

Zweites Kapitel: Ein Scheitern im 19. Jahrhundert 105

I. Einführung 105

II. Die wissenschaftliche Debatte 108
1. Forderungskollision als Rechtskollision 108
2. Bei solventem Schuldner? 112
3. Behandlung außerhalb des Konkurses 113
a) Bevorzugung bestimmter Forderungen 114
b) Entscheidung mangels Bevorzugung 116

III. Die deutsche Gesetzgebung vor dem BGB 117
1. Allgemeines Landrecht 118
2. Hessischer Entwurf 122
3. Bayerischer Entwurf 123
4. Sächsisches BGB 124
5. Dresdner Entwurf 126

IV. Das Bürgerliche Gesetzbuch 128
1. Die Vorlage Gebhards 129
a) Begriffsbestimmung und Einführung 129
b) Vier Fallgruppen 130
aa) Prätendentenstreitigkeiten 130

bb) Verhältnis mehrerer dinglicher Rechte 131
cc) Verhältnis zwischen dinglichen Rechten und Forderungen . 132
dd) Zur Forderungskollision 133
c) Begründung des Vorschlags 137
2. Die Entscheidung der (ersten) Kommission 137
a) Die Sitzung vom 22.2.1882 138
b) Die Sitzung vom 24.9.1884 139
3. Ein Sonderfall: Gesinde, Seeleute und Gehilfen 141

V. Verlorene Ansätze und verspätete Debatten 148
1. Jhering und die Interessengemeinschaft 149
a) Die Sammelladung und die „Reflexwirkungen“ 149
b) Zur weiteren Debatte: Gemeinschaft und Privatrecht 151
aa) Hecks „Große Haverei“ und die richterliche Abwägung . . 152
bb) Würdinger und die pathologische Gemeinschaft 153
cc) Wüst und ein „Ordnungsprinzip des Privatrechts“ 155
c) Stellungnahme 157
2. Tuhr und die Pflichtenkollision 158
a) „Nothstand im Civilrecht“ 158
b) Zur weiteren Debatte: Pflichtenperspektive und Normtheorie . 161
aa) Wróblewski – Kollision von Befehlen 162
bb) Wittkowsky – Kollision von Befehlen und Gewährungen . 167
c) Stellungnahme 171

VI. Fazit 171

Drittes Kapitel: Wettkampf mit den Mitteln des Rechts 177

I. Einführung 177

II. Frühere Verfügung (verfügungsrechtliche Priorität) 179
1. Legitimität 180
2. Kreditsicherheiten 181
3. Vorausverfügungen 183
a) Allgemeiner Teil 185
b) Immobiliarsachenrecht 186
c) Übereignung 186
d) Verarbeitungsklauseln 187
e) Gestattung der Fruchtziehung 188
f) Abtretung 190
g) Übersicht 195

III. Schnellere Vollstreckung eines ordentlichen Titels 197
1. Geldforderungen 197
a) Vollstreckung in bewegliches Vermögen 198
b) Vollstreckung in Grundstücke 202

2. Vollstreckung in Vermögen wegen anderer Forderungen 204
3. Kollidierende Verhaltensgebote 204
a) Zur Entwicklung der §§ 888, 890 ZPO 206
b) Erzwingung unvertretbarer Handlungen 207
c) Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen 211
d) Folgerungen für den Wettlauf 212
4. Willenserklärungen 217

IV. Schnellerer Vollzug einstweiligen Rechtsschutzes 217
1. Geldforderungen und potenzielle Geldforderungen 218
a) Vollzug in bewegliches Vermögen 218
b) Vollzug in Grundstücke 222
2. Sicherung am Vermögen wegen anderer Forderungen 223
a) Vormerkung 224
b) Veräußerungsverbot 228
aa) Wirkungen 228
bb) Anwendbarkeit 231
cc) Kollidierende Anfechtungsansprüche 231
dd) Doppelvermietung 232
3. Verfügungen anderen Inhalts 235

V. Zur Überholung bei Kollisionen wegen beschränkter Haftung 236
1. Durch Erfüllung 237
a) Bei betragsmäßig begrenzter Haftung 237
aa) Sicherung 237
bb) Vorläufige Befriedigung 237
b) Bei gegenständlich begrenzter Haftung 238
2. Durch rechtskräftiges Urteil 239

VI. Fazit 239

Viertes Kapitel: Zuweisung durch das Recht 249

I. Einführung 249

II. Vorrang der älteren Forderung (Priorität) 250
1. Gesetzliche Auslegungsregeln 253
a) Auslobung bei mehrfacher Vornahme 253
b) Frachtverträge 254
2. Schenkungsversprechen 255
a) Grundlage des Altersvorzugs 256
b) Teilbare und unteilbare Geschenke 257
c) Relevanz bei nicht zu vertretenden Leistungshindernissen . . . 258
d) Relevanz in Insolvenz und bei Anfechtung 258
3. Schutz gegen bösgläubige Neugläubiger 259
a) Entscheidung gegen das *ius ad rem* 260

b) Sittenwidrige Verleitung zum Vertragsbruch 263
c) Schutz schon bei Kenntnis? 271
4. Ergebnis 273

III. Vorrang der jüngeren Forderung (Posteriorität) 275

IV. Gleichmäßige Verteilung 277
1. Von Sondervermögen 278
a) Nachlass 279
aa) Grundsatz 279
bb) Ausnahme: Reste des gemeinrechtlichen Wettlaufs 280
cc) Rückausnahme: Nachrangige Verbindlichkeiten 282
b) Eheliches Gesamtgut 284
c) Seevermögen und hinterlegte Haftsumme 285
2. Bei Haftungshöchstsummen 288
a) Gefährdungshaftung 288
aa) Zur Geschichte der Kürzungsregeln 288
bb) Praktische Schwierigkeiten 291
b) Haftpflichtversicherung und andere Fälle der Haftung für Dritte 294
aa) Zur Geschichte der Verteilungspflicht 295
bb) Praktische Schwierigkeiten 297
cc) Andere Fälle der Haftung für Dritte 298
c) Vertragshaftung gegenüber Dritten 299
3. Unter Forderungen, die vom Vermögen abhängen 301
a) Gleichrangige Unterhaltsforderungen 302
b) Gleichzeitige Schenkungsversprechen 302
4. Bei Leistungshindernissen 304
a) Die Zuckerrübensamenentscheidung 304
aa) Haftungsbegrenzung 305
bb) Pflicht zur Gleichbehandlung 306
cc) Interesse an Teilleistungen 308
dd) Stellvertretendes commodum 309
b) Nur bei nicht zu vertretender Kollision 310
aa) Gegen eine Verallgemeinerung 310
bb) Vertretenmüssen bei anfänglichen und nachträglichen Kollisionen 311
cc) Einseitig zu vertretende Hindernisse 313
c) Auch bei anderen Forderungen 314
aa) Unteilbare Gegenstände 314
bb) Unvereinbare Verhaltenspflichten 316
cc) Nicht bei Forderungen aus Schenkungsversprechen 318
5. Ergebnis 318

V. Losverfahren 320

VI. Fazit 321

Fünftes Kapitel: Problematische Fälle 325

I. Einführung 325

II. Vorrang des ersten rechtskräftigen Urteils (modifizierter Wettkampf) 325
1. Ausnahmesituationen der Erbenhaftung 326
a) Modifikation des Wettlaufs 326
b) Haftung des Vorerben 329
c) Haftung beim Erbteilkauf 331
2. Vermögensübernahme (§ 419 BGB 1900) 334
3. Haftung nach Aufteilung des Gesamtguts (§ 1480 BGB) 340
4. Erwachsenenhaftung (§ 1629a Abs. 1 BGB) 341
5. Ergebnis 344

III. Zuteilung durch Rückgriff gegen den Schnelleren (provisorischer Wettkampf) 347
1. Unter Gesamtgläubigern 348
2. Durch den Insolvenzverwalter eines Hauptschuldners 351
a) Summenmäßig begrenzte Mithaftung 351
aa) Kommanditistenhaftung als Muster 352
bb) Globalsicherheiten gegenüber allen Gläubigern 353
cc) Sekundärhaftung bei der Spaltung 353
b) Gegenständlich begrenzte Mithaftung 358
aa) Gläubigeranfechtung als Muster 358
bb) Haftung des Vorerben 358
cc) Sekundärhaftung nach Auflösung der Gütergemeinschaft . 359
3. Ergebnis 360

IV. Fazit 361

Sechstes Kapitel: Korrektur von Fehlzuteilungen 363

I. Einführung 363

II. Haftung des Schuldners 364
1. Gesetzlich geregelte und zweifelsfreie Fälle 365
2. Erschöpfung von Haftungshöchstbeträgen 366
3. Notbedarfseinrede des Schenkers 368
4. Ergebnis 370

III. Rückforderung durch den Schuldner 371
1. Bei materieller Insolvenz 372
a) Rückschlag und Insolvenzanfechtung 373
b) Fehlerhafte Verteilung im Verfahren 375
c) Insolvenzplan und Restschuldbefreiung 376
2. Bei beschränkter Erbenhaftung 376

a) Grundsätzliches . . . 377
b) Bevorzugte Befriedigung eines Gleichrangigen . . . 378
c) Bevorzugte Befriedigung eines Nachrangigen . . . 379
3. Bei Notbedarf des Schenkers . . . 383
4. Bei nicht zu vertretenden Leistungshindernissen . . . 384
5. Bei Begrenzung der einzelnen Forderung . . . 387
a) Bei Gefährdungshaftung . . . 387
b) Bei der Haftpflichtversicherung . . . 388
c) Unterhalt . . . 389
6. Ergebnis . . . 389

IV. Direktansprüche unter den Gläubigern . . . 390
1. Unter Nachlassgläubigern . . . 391
2. Unter Geschädigten . . . 392
3. Nach beendetem Insolvenzverfahren . . . 394
4. In anderen Fällen . . . 396
5. Ergebnis . . . 396

V. Fazit . . . 397

Ergebnisse . . . 401

Literaturverzeichnis . . . 407
Quellenregister . . . 439
Sachregister . . . 459

Abkürzungen

a.	anno (im Jahr)
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Annali Catania	Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania
AUMA	Annali della Università di Macerata per cura della Facoltà Giuridica
AUPA	Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo
AZ	Archivalische Zeitschrift
BB	Der Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BlRPfl	Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt unter Berücksichtigung der Reichsgesetzgebung und der juristischen Literatur
C.	Codex Iustinianus
C. Th.	Codex Theodosianus
Camb.L.J.	The Cambridge Law Journal
Can. J. L. & Jurisprudence	Canadian Journal of Law and Jurisprudence
Cassius Dio	Cassius Dio, Ῥωμαϊκὴ Ἱστορία (Historia Romana)
CPO	Civilprozeßordnung
D.	Digesta Iustiniani (Digesten)
Denkschrift	Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen. Dem Reichstage vorgelegt in der vierten Session der neunten Legislaturperiode, Berlin 1896
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung
DJ	Deutsche Justiz. Rechtspflege und Rechtspolitik
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
Dritte Teilnovelle	Kaiserliche Verordnung vom 19. März 1916, R.G.Bl. Nr. 69, über die dritte Teilnovelle zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Materialien, Wien 1916
DuR	Demokratie und Recht
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EKGH	Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz
El. & Bl.	Ellis & Blackburn's Queen's Bench Reports
Entwurf ZPO 1931	Entwurf einer Zivilprozeßordnung. Veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1931
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
ERCL	European Review of Contract Law

FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FIRA	Fontes Iuris Romani Antejustiniani
fragm. Argent.	Fragmentum Argentoratensi
Gaius	Institutiones Gai
GBO	Grundbuchordnung
Gellius	Aulus Gellius, Noctes Atticae
GROM	Groninger Opmerkingen en Mededelingen. Magazijn voor Leerstellige Rechtsvergelijking op Historische Grondslag
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
Grünhut	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Gutachten BGB V	Zusammenstellung der gutachterlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs-Justizamt, Band 5: Aeußerungen zum Erbrecht, Neudruck der Ausgabe 1890, Osnabrück 1967.
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVGA	Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HGB	Handelsgesetzbuch
Holdheim	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen
InsO	Insolvenzordnung
Inst.	Institutiones Iustiniani
IRLE	International Review of Law and Economics
JA	Juristische Ausbildung
JBl	Juristische Blätter
JherJB	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, später: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kamptz'sche Jahrbücher	Jahrbücher für die preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung
KritZgesRw	Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft
KTS	KTS – Zeitschrift für Insolvenzrecht
Livius	Titus Livius, Ab urbe condita
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LQR	The Law Quarterly Review
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Motive	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, fünf Bände, Berlin 1888

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nov. Th.	Leges novellae ad Theodosianum pertinentes
NZ	Österreichische Notariatszeitung
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht
OIR	Orbis Iuris Romani
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OLGRspr	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen des königlich preußischen Oberverwaltungsgerichts
P. Ryl.	Papyrus aus der John Rylands Library, Manchester
Polizei	Die Polizei. Zeitschrift für Polizeiwissenschaft, -dienst und -wesen, mit der Beilage Der Polizeihund
PoMSchr	Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern
pr.	principium (Beginn eines Textes, vor § 1)
Protokolle	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1897–1899
Protokolle ADHGB	Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches
PS	Pauli sententiae
QB (Com. Ct.)	Queen's Bench Division, Commercial Court
Quintilian	Quintilian, Institutio oratoria
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts
RIDA	Revue internationale des droits de l'antiquité
RISG	Rivista italiana per le scienze giuridiche
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RZZP	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht
s.v.	sub voce
SächsA	Sächsisches Archiv für Rechtspflege
SDHI	Studia et Documenta Historiae et Iuris
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SpaltG	Spaltungsgesetz
StVG	Straßenverkehrsgesetz
SVertO	Schiffahrtsrechtliche Verteilungsordnung
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
Tab.	Tabula (Tafel)
Theophilus	Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum
TR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis

UGB	Unternehmensgesetzbuch
VersR	Versicherungsrecht. Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
Warneyer	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter. Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfPW	Zeitschrift für Privatrechtswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZGS	Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht
ZHR	Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht, später Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG	Zeitschrift für Rechtsgeschichte
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZRG KA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
ZZP	Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß; später Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

I. Problem

Mehrere Gläubiger nehmen denselben Schuldner in Anspruch. Jeder von ihnen könnte seine Forderung durchsetzen, wäre er mit dem Schuldner allein. Doch alle Forderungen kann oder muss der Schuldner nicht befriedigen: Er kann es nicht, weil seine Mittel begrenzt sind, oder er muss es nicht, weil seine Haftung begrenzt ist. Die Durchsetzung einer oder mehrerer Forderungen hindert die Durchsetzung einer oder mehrerer anderer. Das bezeichnet man als Forderungskollision.

Wegen unzureichender Mittel kollidieren Forderungen, wenn die Umstände den Schuldner außer Stande setzen, alle zu erfüllen – wenn etwa derselbe Gegenstand an verschiedene Gläubiger geleistet werden müsste oder dem einen Tun, dem anderen Unterlassen geschuldet wird; oder wenn das Geld nicht ausreicht, um alle Kredite zu tilgen. In anderen Fällen muss ein Schuldner nicht alle Gläubiger befriedigen; unabhängig davon, ob er es kann. Solche Kollisionen werden durch Rechtssätze herbeigeführt: Der Schuldner wird frei, wenn er eine Leistungsstörung nicht zu vertreten hat. Der Schuldner haftet nur mit bestimmten Gegenständen – zum Beispiel der Erbschaft, oder dem bei Eintritt in die Volljährigkeit vorhandenen Vermögen. Oder der Schuldner haftet nur bis zu einem bestimmten Betrag – zum Beispiel bis zu den Höchstsummen bei der Gefährdungshaftung, oder dem Wert des übernommenen „Nettoaktivvermögens" nach einer Spaltung.[1] Die durch Rechtssätze geschaffenen Kollisionen kann man bezeichnen als Kollisionen *wegen beschränkter Haftung*. Ob dann im Sinne des Begriffspaars von Schuld und Haftung[2] nur die Haftung oder auch die Schuld beschränkt ist, soll dieser Begriff allerdings offenlassen.

Die Kollision begründet zwischen den Gläubigern ein gemeinsames Interesse an der Leistungsfähigkeit des Schuldners.[3] Vor allem aber besteht ein Konflikt der Interessen jedes einzelnen, selbst vor den anderen befriedigt zu

[1] Für die Gegenüberstellung von „gegenständlich" und „rechnerisch" beschränkter Haftung siehe *Siber*, Rechtszwang, 183–237.

[2] Für einen Rückblick auf die abgeklungene Diskussion *Diestelkamp* in: Wissenschaft und Kodifikation VI.

[3] Zum Gesichtspunkt der „Interessengemeinschaft" im zweiten Kapitel unter V.1.

werden.[4] Man spricht daher statt von Forderungskollision auch von Gläubigerkonkurrenz. Gegenstand der Arbeit ist, wie das deutsche Privatrecht mit diesen Konflikten umgeht.

Den praktisch wichtigsten Kollisionsfall löst das Recht mit der Gesamtvollstreckung, nämlich im Insolvenz-, früher Konkursverfahren, indem es das Vermögen des Zahlungsunfähigen auf seine Gläubiger grundsätzlich nach dem Verhältnis ihrer Ansprüche gleichmäßig verteilt.[5] Die Motive zur Konkursordnung sahen gerade in der Bewältigung der Forderungskollision deren zentrale Aufgabe:

„Wenn ein Schuldner sich außer Stande erweist, alle seine Gläubiger vollständig zu befriedigen, so muß das Gesetz die Gläubiger davor schützen, daß die Befriedigung, die ein Jeder zu fordern hat, nicht beeinträchtigt werde durch eine Verschleuderung des Vermögens Seitens des Schuldners, durch den Hinzutritt neuer Schulden, durch das Vorgreifen oder durch die Begünstigung einzelner Gläubiger. Das Zahlungsunvermögen des Schuldners und die *Kollision der gegen ihn bestehenden Forderungen* erzeugt für jeden Gläubiger den rechtlichen Anspruch, daß nunmehr das gesamte Vermögen zur gesetzlich geregelten Vertheilung unter die sämmtlichen vorhandenen Gläubiger und nur unter sie verwendet werde."[6]

Hingegen herrscht in der Einzelzwangsvollstreckung der Wettlauf, Wettbewerb oder Wettkampf, also das Prinzip des Zuvorkommens (Prävention).[7] Viele sprechen stattdessen vom Prioritätsprinzip. Mit diesem Ausdruck bezeichne ich es, wenn man der älteren Forderung den Vorrang gibt.[8]

In der Sache erscheint es uns beinahe selbstverständlich: Bei der Gesamtvollstreckung vollstreckt die Gesamtheit zum gemeinsamen Nutzen in das gesamte Vermögen, bei der Einzelvollstreckung der Einzelne zu seinem eigenen Nutzen in Einzelnes. Hat er Erfolg, ist er befriedigt, die übrigen haben das Nachsehen. Richtet sich die Vollstreckung auf Geld, so lassen sich jedoch auch Modelle denken, in denen jeder einzelne Gläubiger stets in das Gesamte vollstreckt[9] oder die Vollstreckung, die ein Gläubiger in einzelne Vermögensgegenstände betreibt, auch anderen zu Gute kommt. Das letztgenannte Prinzip

[4] Zutreffend *Krückmann*, LZ 1915, Sp. 98; *de Boor*, Kollision von Forderungsrechten, 23.

[5] Zum Prinzip gleichmäßiger Befriedigung: *Schäfer*, Verhältnismäßige Befriedigung; *de Boor*, Kollision, 117–150; Entwurf ZPO 1931, 427–431; *Hueck*, Gleichmäßige Behandlung; *Knütel* FS Kreft (2004) 3–18 = Ausg. Schr. 217–232; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 490–503; *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 193–436.

[6] Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung, 14, in: Hahn IV, 44 (Hervorhebung G.A.).

[7] Zum Präventionsprinzip (mit unterschiedlicher Bezeichnung) *de Boor*, Kollision, 78–94 (Prävention); *Fragistas*, Präventionsprinzip; *Becker*, First in time (Priorität); *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 10–192 (Priorität).

[8] Was *Hoffmann* „schuldrechtliches Prioritätsprinzip" nennt (31 f.). Dazu im vierten Kapitel unter II.

[9] So war es in Rom, dazu unten im ersten Kapitel.

gilt etwa in Frankreich bei beweglichen Sachen: Andere mit einem Titel bestückte Gläubiger können der Pfändung beitreten und nehmen dann gleichen Anteil am Erlös.[10] Diese Lösung stand für das Deutsche Reich zur Debatte, zumal sie in den französischrechtlichen Gebieten und ähnlich auch in Preußen eingeführt worden war. Doch der Entwurf der Civilprozeßordnung folgte dem Gemeinen Recht und sprach dem Vollstreckungsgläubiger ein Pfändungspfandrecht zu, das späteren vorging. Die Motive rechtfertigten es als Lohn seiner Wachsamkeit und bezogen so grundsätzlich Stellung für den Gläubigerwettbewerb:

„Für die Zwecke der Prozeßordnung kommt es auf die Feststellung des Verhältnisses des Gläubigers, für welchen die Pfändung erfolgt ist, zu anderen Gläubigern desselben Schuldners an. Wird nach Bewirkung der Pfändung für einen Gläubiger allen übrigen zur Zwangsvollstreckung berechtigten Gläubigern die Befugnis eingeräumt, sich der Pfändung im Laufe des Verfahrens anzuschließen und an den realisirten Vermögenswerthen in gleicher Weise wie der die Pfändung betreibende Gläubiger zu partizipiren, so mag eine solche Regelung der idealen Absicht entsprechen, daß kein Gläubiger vor dem anderen bevorzugt werden soll, allein in Wirklichkeit ist eine Gleichheit, welche die gleiche Berücksichtigung aller übrigen Gläubiger rechtfertigen könnte, nicht vorhanden. Wer ohne vorsichtige Prüfung Kredit gewährt oder die Einziehung einer fälligen Schuld versäumt, versetzt sich selbst in eine wesentlich andere Lage, als derjenige, welcher aufmerksam die Solvenz seines Schuldners prüft oder überwacht und sich um Einziehung seiner Forderung rechtzeitig bemüht. Werden beide gleich behandelt, so hat der letztere für den ersteren gearbeitet und dieser entzieht jenem die Früchte seiner Wachsamkeit – was umso unbilliger erscheint, wenn ein der Zwangsvollstreckung unterworfener Gegenstand durch Aufwand von Mühe und Kosten, z.B. durch Prozesse mit Dritten, erst herbeigeschafft worden ist.“[11]

Diese Auffassung setzte sich in den Beratungen nach heftiger Diskussion durch.[12] Der Gedanke ist alt. Dass der Gläubiger die Leistung behalten darf, der sie als erster vom Schuldner erwirkt, hatte schon der römische Jurist Scaevola damit begründet, dass das Recht für die Wachsamen geschrieben sei: *ius civile vigilantibus scriptum*.[13] Um eine „Frucht der Wachsamkeit“ handele es sich bei dem Pfand – so die Motive der Civilprozeßordnung – besonders dann, wenn es einem Dritten abgerungen wurde. Darum soll nach den Motiven des Anfechtungsgesetzes Wettlauf auch unter mehreren Gläubigern herrschen, die wegen einer Rechtshandlung ihres Schuldners gegen ein Dritten einen Anfechtungsanspruch haben:

[10] Rechtsvergleichend *Fragistas*, Präventionsprinzip, sowie umfassend und aktuell – mit Rücksicht auf die Reformen, die 2012 in den *Code des procédures civiles d'exécution* mündeten – *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 159–192.

[11] Begründung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung, 422, in: Hahn II, 449.

[12] Zur Diskussion um das Pfändungspfandrecht siehe im dritten Kapitel unter III.1.a (ab Fn. 90).

[13] Scaevola D. 42,8,24, abgedruckt im ersten Kapitel Fn. 144.

„Auch zu einander stehen die einzelnen anfechtenden Gläubiger in dem selben Verhältnisse, in welchem sie sich befinden würden, wenn sie ihre Befriedigung aus den betreffenden Vermögensstücken bei dem Schuldner zu suchen hätten. Wie hier lediglich die frühere Pfändung zum Vortheile des einen oder des andern Gläubigers entscheiden würde, ebenso kann auch im Falle der Anfechtung ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus der zurückzugewährenden Sache für den anfechtenden Gläubiger nur dadurch begründet werden, daß er die Sache im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrests gegen den Empfänger pfänden läßt".[14]

Der Gesetzgeber kommt also bei Einzelvollstreckung und Gesamtvollstreckung zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen: Das Vermögen des Schuldners muss unter die Gläubiger gleichmäßig verteilt werden – oder der Wachsame soll es für sich erringen. Diese Diskrepanz lässt sich nicht ohne weiteres damit erklären, dass es zur Gesamtvollstreckung nur bei Insolvenz kommt und die Verfahren daher unterschiedliche Lagen bewältigen müssten. Auch den Wettlauf verteidigen die Motive gerade mit Blick auf den Fall, dass der Schuldner nicht solvent ist. Welche Wertung sich durchsetzt, hängt nicht von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners, sondern davon ab, welches Verfahren durchgeführt wird. Trotz Zahlungsunfähigkeit bleibt es beim Wettlauf, wenn ein Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eröffnet wird;[15] und er setzt auch wieder ein, wenn ein Verfahren eingestellt wird, weil die Masse sich nachträglich als zur Deckung der Kosten ungenügend herausstellt.[16] Nur wenn und solange ein Insolvenzverfahren läuft, wird verteilt.

Der Befund verstört.[17] Offenbar tritt die Unterscheidung zweier Verfahrensarten – Einzel- und Gesamtvollstreckung – an die Stelle einer Wertung, die man im materiellen Recht vermuten würde und dort mit dem Anspruch treffen könnte, sie möge in verschiedenen Prozessarten nach einheitlichen Kriterien umgesetzt werden. Der verfehlte Ansatz erscheint konsequent verfolgt, wenn die Frage, ob Gläubiger gleichmäßig befriedigt werden sollen oder nicht, bei bestimmten Sondervermögen nur in der Verkleidung formuliert wird, ob über eine solche Masse nach Analogie der Nachlassinsolvenz ein besonderes

[14] Begründung des Anfechtungsgesetzes, S. 22, in: Hahn IV, 744. – Hierin sehe ich einen zwingenden Grund dafür, dass außerhalb der Gesamtvollstreckung eine Benachteiligung im anfechtungsrechtlichen Sinne nicht schon dann vorliegen kann, wenn der Schuldner seine Gläubiger ungleich behandelt; dasselbe muss dann für die Vorsatzanfechtung durch den Verwalter gelten. Dazu KTS 2022, 173– 198 (187–190). – Zu den Problemen des Wettlaufs im Anfechtungsrecht siehe *Riehl* Gruchot 53 (1909) 161–228, 497–554 (506–517), der den Anfechtungsgegner zu „strengster Neutralität" gegenüber den Konkurrenten verpflichten will (507), da der Wettbewerb als einer um Vermögen des Schuldners fortgesetzt werden soll (514). In der Kritik folgt ihm *de Boor*, Kollision, 64–72 (zu seiner Lösung unten Fn. 59). – Zur Sache im fünften Kapitel unter III. 2. b) aa).

[15] § 26 InsO.

[16] § 207 InsO.

[17] *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, VII, zitiert *Fritz Baur* mit dem Ausruf: „[E]ntweder ist das eine Prinzip gerecht, oder das andere!".

Insolvenzverfahren zugelassen werden soll.[18] Wo Haftung nicht gegenständlich auf ein bestimmtes Vermögen, sondern wertmäßig begrenzt ist, denkt man gar nicht an ein hoheitliches Verteilungsverfahren; obgleich hier die Schiffahrtsrechtliche Verteilungsordnung ein Analogon böte. Nur zu verteilen, ist im Übrigen einfacher, als – wie bei der Insolvenz – vor der Verteilung erst zu versilbern.

Die Gelegenheit für eine materiellrechtliche Weichenstellung ließen die Redakteure des Bürgerlichen Gesetzbuches verstreichen, als sie sich dagegen entschieden, eine Regel über Forderungskollisionen zu setzen. Sie hätte im Allgemeinen Teil ihren Platz gefunden, wo unter dem Gesichtspunkt der Ausübung von Rechten auch deren etwaige Kollision normiert werden sollte. Am Ende hielt man das für überflüssig.

Die Motive erläutern, für das Zusammentreffen mehrerer Rechte „von gleicher Art und gleichem Range" könne keine allgemeine Regel gegeben werden.[19] Bei Forderungen fokussieren sie auf das Teilproblem, dass nur das Interesse der Gläubiger an Naturalerfüllung kollidiert:

„Gehen mehrere Forderungsrechte auf eine Leistung, welche vermöge ihrer Beschaffenheit nur einem der Gläubiger zu Theil werden kann, so handelt es sich nicht um eine eigentliche Rechtskollision. Das Wesen der obligatorischen Willensherrschaft schließt die Möglichkeit einer solchen aus. Nicht die Forderungsrechte, nur das Interesse, welche die Gläubiger an der Erfüllung durch Naturalleistung hat, kann in Widerstreit gerathen. Treffen Ansprüche auf Uebertragung des Eigenthumes an derselben beweglichen Sache zusammen, so ergiebt sich von selbst, daß derjenige, welcher in Folge erlangter Uebergabe Eigenthum erwirbt, aus dem Kreise der Forderungsberechtigten ausscheidet. Darf der Schuldner, der durch nach einander abgeschlossene Verträge die Verbindlichkeit übernommen hat, denselben Gegenstand verschiedenen Personen zu übertragen, keinem der Forderungsberechtigten gegenüber sich darauf berufen, daß er aus einem älteren oder jüngeren Vertrage Anderen verpflichtet sei, so ist nicht abzusehen, weshalb zwischen den Gläubigern, die unter sich in keinem Rechtsverhältnis stehen, das Alter der Forderung oder das Zuvorkommen durch Klagerhebung oder durch Erlangung eines rechtskräftigen Urtheiles oder das Loos […][20] einen Vorzug begründen soll. Das Gleiche gilt, wenn es sich um die Leistung eines bestimmten Dienstes handelt. Der allgemeine, für Forderungsrechte jeden Inhaltes maßgebende Grundsatz kann nur sein, daß die Entscheidung lediglich von der Erfüllung des Anspruches abhängig ge-

[18] Vgl. *Henckel* in Jaeger, KO (9. Aufl. 1977) § 1 Rn. 150: Der Konkurs erfasse das ganze Vermögen, weil regelmäßig das ganze Vermögen haftet. „Soweit dagegen ein Teilvermögen einer Person oder ein Gesamthandsvermögen haftungsrechtlich abgesondert ist, muß auch ein Konkurs über diese Sondervermögensmasse zulässig sein." Siehe zur Diskussion um den Sonderkonkurs über übernommene Vermögen im fünften Kapitel bei Fn. 38.

[19] Motive I 276; Näheres im zweiten Kapitel.

[20] Nach den aufgezählten Kriterien entscheiden verschiedene Kodifikationen und Projekte des 19. Jahrhunderts (dazu im zweiten Kapitel unter III), von denen die Motive hier Beispiele geben.

macht wird […][21]. Der Wettbewerb um die Erfüllung steht frei, und kein Berechtigter braucht dabei auf den anderen Rücksicht zu nehmen. Dies gilt auch für die Zwangsvollstreckung, während im Konkursfalle die besonderen konkursrechtlichen Grundsätze Platz greifen. Bezüglich der Zwangsvollstreckung für den Spezialfall Vorsorge zu treffen, daß die Vollstreckung gleichzeitig vorgenommen ist oder Dispositionsbeschränkungen vorausgegangen sind, welche ohne Begründung eines Vorzugsrechtes die Verfügungsmacht des Schuldners zu unterbinden, liegt kein Bedürfnis vor."[22]

Es folgen bloße Hinweise auf mehrere Sonderregimes der Forderungskollision: Wettlauf der Nachlassgläubiger, wenn der Konkurs vorüber ist oder sie ausgeschlossen sind,[23] gemeinsame Verwaltung gemeinschaftlicher Gegenstände[24]; Rangordnung der Unterhaltsgläubiger,[25] die „selbstverständlich" so zu verstehen sei, dass gleichrangige verhältnismäßig zu befriedigen seien; Möglichkeit landesrechtlicher Regelung der mehrfachen Verdingung von Gesinde;[26] Vorrang des früheren Heuervertrages nach der Seemannsordnung[27].

Zwar sind die Motive mit Vorsicht zu genießen: Darin haben die – sogenannten und nicht zu unterschätzenden – Hilfsarbeiter der ersten Kommission die dort vertretenen Positionen und den Gang der Beratungen nachträglich zusammengefasst. Daher erlauben sie nur einen ersten Eindruck; Details und Zusammenhänge ergeben sich aus den Materialien.[28] Dieser erste Eindruck jedoch – es ist nur redlich, das Vorurteil festzuhalten – geht dahin, dass die Kommission dem Problem der Forderungskollision nicht gerecht geworden ist.[29]

Drei Punkte springen ins Auge: Erstens sprechen die Motive die Frage nicht an, nach welchem größeren Prinzip der Standpunkt von Konkursordnung, Zivilprozessordnung und die hier formulierte Position des Bürgerlichen Gesetzbuches zusammenpassen. Das praktische Hauptproblem, die Zahlungsunfähigkeit, sparen sie aus, indem sie den Wettlauf nur auf die Naturalerfüllung beziehen. Ob man sich scheute, die gerade erst überstandene Debatte zum Pfändungspfandrecht wieder aufzugreifen? Zweitens nehmen die Motive als selbstverständlich, dass kein Schuldner dem Gläubiger seine mehrfache Ver-

[21] Hier verweisen die Motive auf § 323 E I, die dem heutigen § 428 BGB entsprechende Regel über die Erfüllung von Gesamtforderungen. Dazu im fünften Kapitel unter III.1.

[22] Motive I 276 f. Der Text hat bei Mugdan I keinen Platz.

[23] § 2118 und § 2127 Abs. 3 E I; siehe zu §§ 1973 f., 1990 f. BGB im vierten Kapitel unter IV.1.a) bb).

[24] §§ 765, 772 E I entsprechen im Wesentlichen §§ 745 f. BGB, anstelle von § 817 E I trat aber § 866 BGB.

[25] § 1483 Abs. 2 E I, vgl. heute § 1609 BGB (dazu im vierten Kapitel bei Fn. 287).

[26] Zum Vorrang der früheren Verdingung im Gesinderecht siehe im zweiten Kapitel bei Fn. 188.

[27] Seemannsordnung vom 27.12.1872, § 26; dazu im zweiten Kapitel bei Fn. 195.

[28] Zum Wert der Motive als Quelle *Schubert*, EinführungBGB, 49 f. Für die Auswertung der Materialien zum BGB siehe im zweiten Kapitel unter IV.

[29] Ähnlich *de Boor*, Kollision, 9–11.

pflichtung entgegenhalten darf. Das stimmt aber nicht, denn es gibt Fälle, in denen der Schuldner für die Kollision nicht einstehen muss. Dann muss er für die dadurch bedingte Nichtleistung keinen Ersatz zahlen, und Gläubiger drohen leer auszugehen, obwohl der Schuldner solvent ist. Das Reichsgericht hat das später richtig entschieden: Eine Ernte war wegen Trockenheit viel geringer ausgefallen, als ein Verkäufer von Zuckerrübensamen hätte erwarten müssen. Er musste keinem Käufer Ersatz zahlen, weil er die Ernte verhältnismäßig auf alle verteilt hatte.[30] Drittens erscheint das Vertrauen naiv, dass der „Wettbewerb um die Erfüllung" ermitteln werde, welcher Gläubiger die Leistung in Natur erhält. Dieser Wettbewerb ist kein naturalistisches, außerrechtliches Prinzip, sondern die Gläubiger müssen ihn mit den Mitteln des Rechts, mit Gericht und Vollstreckung austragen. Wer den Wettbewerb gewonnen hat, muss das Recht entscheiden. Die Motive sprechen die Möglichkeit an, dass mehrere Gläubiger gleichzeitig vollstrecken oder einer vollstreckt, nachdem der andere eine Verfügungsbeschränkung erwirkt hat. Es gibt weitere Zweifelsfälle, die eine Lösung verlangen – etwa droht der Schuldner zwischen Zwangsgeld und Ordnungsgeld zerrieben zu werden, wenn er sich einem zu regelmäßiger Auskunft, einem andern zu Schweigen verpflichtet hat.[31] Auch hier liegt die Vermutung nahe, dass die Kommission davor zurückschreckte, so kurz nach der mühevollen Redaktion der Zivilprozessordnung zu tief in prozessuales Gebiet vorzustoßen.

II. Weltanschauliches

Die Forderungskollision berührt Grundfragen des Rechts. Dass Forderungen, die verschiedene Gläubiger an einen Schuldner richten, gleichermaßen berechtigt sein können, obwohl die diesen Forderungen entsprechenden Verbindlichkeiten miteinander inkompatibel sind, wird überhaupt nur anerkennen, wer die Forderung nicht als Teil eines Systems von Verhaltensnormen versteht, sondern als berechtigte Erwartung einer anderen Person.

Verstünde man Privatrecht als ein kohärentes System von Anweisungen für das Verhalten seiner Subjekte, so unterschieden sich Forderungen nicht von Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, wie sie das öffentliche Recht auferlegt. Dann ließe sich eine Kollision von Forderungen gar nicht begreifen. Denn als ein solches System müsste das Recht sich entscheiden, was es will. So lehnte etwa *Immanuel Kant* strikt ab, dass es Pflichtenkollisionen geben könne:

[30] RG, Urteil vom 3.2.1914, II 625/13, RGZ 84, 125; dazu näher im vierten Kapitel bei Fn. 294.

[31] Siehe im dritten Kapitel, zu diesem Fall – BGH, Beschluss vom 6.7.2017, I ZB 11/16, NZG 2018, 317 – bei Fn. 182.

„Ein Widerstreit der Pflichten (*collisio officiorum s. obligationum*) würde das Verhältniß derselben sein, durch welches eine derselben die andere (ganz oder zum Theil) aufhöbe. – Da aber Pflicht und Verbindlichkeit überhaupt Begriffe sind, welche die objective praktische Nothwendigkeit gewisser Handlungen ausdrücken, und zwei einander entgegengesetzte Regeln nicht zugleich nothwendig sein können, sondern wenn nach einer derselben zu handeln es Pflicht ist, so ist nach der entgegengesetzten zu handeln nicht allein keine Pflicht, sondern sogar pflichtwidrig: so ist eine Collision von Pflichten und Verbindlichkeiten gar nicht denkbar (*obligationes non colliduntur*). Es können aber gar wohl zwei Gründe der Verbindlichkeit (*rationes obligandi*), deren einer aber oder der andere zur Verpflichtung nicht zureichend ist (*rationes obligandi non obligantes*), in einem Subject und der Regel, die es sich vorschreibt, verbunden sein, da dann der eine nicht Pflicht ist. – Wenn zwei solcher Gründe einander widerstreiten, so sagt die praktische Philosophie nicht: daß die stärkere Verbindlichkeit die Oberhand behalte (*fortior obligatio vincit*), sondern der stärkere Verpflichtungsgrund behält den Platz (*fortior obligandi ratio vincit*)."[32]

Mit der ihm eigenen Schärfe expliziert *Kant*, was auch vor ihm im aufgeklärten Naturrecht gelten musste: Wenn ein System von Geboten eine Erwartung als Forderung anerkennt, ist damit zugleich gesagt, dass es allen damit unvereinbaren Erwartungen die Anerkennung versagt. Ein System von Geboten vermeidet Kollisionen, indem es die konkurrierenden *rationes obligandi* hierarchisiert und nur den stärksten Grund eine Forderung hervorbringen lässt. Etwa kann eine vertragliche Verpflichtung gar nicht begründet werden, wenn der Schuldner sich bereits gegenläufig verpflichtet hat.[33]

Doch wir denken Forderungen nicht als Teil einer Ordnung von Geboten, sondern als Bänder, die Einzelne unter sich knüpfen. Die Forderung verheißt dem Gläubiger Erfüllung nur durch den Schuldner, ohne sie gegenüber allen zu gewährleisten. Diese Sichtweise gründet auf dem römischen Verständnis der Obligation als rechtliche Fessel (*iuris vinculum*), die dem Gläubiger eine Klage gegen den Schuldner verschaffte.[34] Pflicht gegenüber der Rechtsgemeinschaft war ihre Erfüllung nicht.

---

[32] *Kant,* Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 224. Hierauf verweist schon *de Boor*, Kollision, 14.

[33] Plastisch *Hobbes*, Leviathan, chapter 14: „A former Covenant, makes voyd a later. For a man that hath passed away his Right to one man to day, hath it not to passe to morrow to another: and therefore the later promise passeth no Right, but is null" (69). – Zu Grotius siehe *Albers*, in: Imperium, 265–319 (273–277), und dazu *Kowalski*, Grotius, 293 f. – Über den Gedanken der Rechtsübertragung bei Kant siehe *Dedek* Can. J. L. & Jurisprudence 25 (2012) 313–346 – Anders nach einer formellen Normtheorie (*Kelsen*).

[34] Inst. 3,13 pr.: … *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.* Zur Bedeutung der römischen Obligation siehe *Schulz*, Classical Roman Law, 462 f. (mit allerdings zu engem Begriff von der klassischen Obligation, dazu im ersten Kapitel Fn. 9); für einen aktuellen Überblick *Stockebrand* in HRP, § 68; zur Wirkungsgeschichte *Zimmermann*, Obligations. – Für eine Gegenüberstellung von „römischer und naturrechtlicher Anschauung" *Hägerström*, Recht, Pflicht und bindende Kraft des Vertrags.

Auch die antike Ethik bemühte sich um eine Hierarchisierung gesellschaftlich-moralischer Pflichten; einen *gradus* und *ordo officiorum*.[35] Diese ethische Rangordnung konnte auch rechtliche Folgen haben; etwa die Frage, welche Vormundschaft vor anderen zu besorgen sich gehörte, für die Haftung gegenüber dem zurückgestellten Mündel.[36] Doch grundsätzlich sah das pragmatische *ius* in der Kollision von Forderungen kein Problem.

Die Pandektisten des 19. Jahrhunderts, die das römische Recht neu erfassten, suchten darin ebenfalls kein System von Geboten, sondern schufen, indem sie die Befugnis zu Klagen materiellrechtlich fundierten,[37] ein System subjektiver Rechte.

Bei *Savigny* geht die Anschauung der subjektiven Rechte der der objektiven Rechtssätze voraus. Die Darstellung der Rechtsquellen beginnt im System so: „Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgiebt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unsrer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person, gleichbedeutend mit Befugnis: Manche nennen es das Recht im subjectiven Sinn".[38] Hier verknüpft *Savigny* die Definition des Rechts als *facultas et potestas iure tributa* durch *Donellus*[39] mit einem weiteren Faden der kantischen Rechtslehre, die zwar das Sittengesetz zum Gegenstand hat, aber um die Freiheit des Einzelnen kreist. Hingegen spinnt *Savigny* mit seiner Beschreibung der Obligation als „Verhältnis der Herrschaft über eine einzelne Handlung der fremden Person" den anderen Faden des Naturrechts fort, die Pflichtenordnung.[40]

Während das naturrechtliche Modell jede Forderungskollision vermeiden muss, beruht die Gelassenheit, mit der die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs Kollisionen hinnehmen, ersichtlich auf dem Modell des römischen Rechts.[41] In der Leichtigkeit, mit der die Motive die Frage zur Seite schieben, ob ein Gläubiger Naturalerfüllung oder Ersatz erhält, schwingt noch das römische Prozessrecht mit. Denn im klassischen Verfahren konnte der Gläubiger, egal worauf er seine Klage stützte, stets nur eine Verurteilung des Beklagten in Geld erreichen (*condemnatio pecuniaria*).[42] Dass Fälle Schwierigkeiten

[35] Siehe Gellius 5,13: *De officiorum gradu atque ordine moribus populi Romani observato*.

[36] Das rechtfertigt die Erörtertung im *ius civile* des Sabinus, die Gellius bezeugt (5,13,6).

[37] Zur Suche nach der materiellen *causa* der Klagen seit den Glossatoren *Coing*, Geschichte des Privatrechtssystems, 42–50.

[38] *Savigny*, System I § 4 (7).

[39] *Donellus*, Commentarii Lib. I, Cap. I, 16 f.

[40] *Savigny*, System § 53 (339). – Zum späteren Einfluss der Imperativentheorie *August Thons* etwa auf *Bernhard Windscheid* siehe im zweiten Kapitel bei Fn. 303.

[41] Das verkennt *de Boor*, Kollision, 15 f., der die Redaktoren des BGB in die Tradition *Kants* stellt und ihren Standpunkt deswegen als inkonsistent kennzeichnet.

[42] Zur *condemnatio pecuniaria* siehe im zweiten Kapitel bei Fn. 4. Die Geldverurteilung kennzeichnet nicht das römische Recht gerade der Forderungen; für die dinglichen Klagen (*actiones in rem*) galt dasselbe.

bereiten, in denen Gläubiger um den Erfüllungszwang konkurrieren, lässt sich also damit erklären, dass das römisch geprägte Bürgerliche Gesetzbuch auf die Prozessordnung nicht genügend abgestimmt wurde, die im Geist des aufgeklärten Absolutismus der Naturalerfüllung einen viel höheren Stellenwert einräumt. Mit dem Wettlauf um die Naturalerfüllung ist aber das Problem der Forderungskollision nicht erschöpft, wie die Insolvenz und der Zuckerrübensamenfall zeigen.

Dass Forderungen einander nicht nur theoretisch zuwiderlaufen können, sondern grundsätzlich unabhängig voneinander zu betrachten sind, hat *Hans Otto de Boor* als „Grundsatz der isolierten Betrachtungsweise“[43] dem „Geiste des extremen Individualismus“[44] zugeordnet, der aus seiner Sicht das Rechtsdenken des 19. Jahrhunderts prägte. Als er sich in seiner 1928 erschienen Pionierarbeit zur Forderungskollision daran machte, diese Betrachtungsweise „an den Bedürfnissen unserer Zeit, unseres viel stärker gebundenen Lebens, unserer organisierten Wirtschaft nachzuprüfen“, attackierte er den Grundsatz zwar, hielt ihn aber praktisch, um Ausnahmen ergänzt, weitgehend aufrecht.[45] Erst 1936 forderte er programmatisch: „Das Schuldverhältnis darf nicht mehr in seiner Vereinzelung gesehen werden, d.h. ausschließlich von den Interessen der beteiligten Individuen her, sondern als Mittel zur sozialen Ordnung, an deren Verwirklichung alle Volksgenossen verantwortlich beteiligt sind“.[46]

Unser heutiges Privatrecht bleibt instrumentalisiert, wenn auch im Dienste besserer Ziele („Materialisierung“)[47]. Die Rechtswissenschaft stellt mit den objektiven Rechtsätzen auch die subjektiven Rechte zur Disposition des Gesetzgebers und richtet sie am Gesamtnutzen aus, indem sie ihn dafür in die Pflicht nimmt.[48] Diesen Trend führt im Zivilrecht die ökonomische Analyse an. Die Ökonomie achtet die Freiheit nicht als Selbstzweck, der dank der unsichtbaren Hand den Wohlstand der Nationen fördern mag oder auch nicht, sondern als bloßes Mittel zu diesem Zweck. Damit vergibt sie ihr liberales Po-

[43] *de Boor*, Kollision, 17–19.

[44] *de Boor*, Kollision, 5 f. An anderer Stelle spricht er von „extremstem Individualismus“ (30).

[45] Programmatisch *de Boor*, Kollision, 34 f. Zu den einzelnen Ausnahmen sogleich im Rahmen des Forschungsstandes. – Ganz unangetastet ließ *de Boor* die Relativität, wonach nur Gläubiger und Schuldner „an der Rechtsbeziehung beteiligt“ sind: Kollision, 16 f., 27, 79 f.

[46] *Boor*, Vertrag und Unrecht, 3 f.

[47] Darüber zuerst *Weber*, Rechtssoziologie, § 8 („Tendenzen, welche eine Auflösung des Rechtsformalismus begünstigen“); sodann *Habermas*, Faktizität und Geltung, 477–493; *Canaris* AcP 200 (2000) 273–364; *Auer*, Generalklauseln, 22–42.

[48] Im Verfassungsrecht haben hierfür die Lehre von den Schutzpflichten und neuerdings die Vermeidung künftiger Grundrechtseingriffe besondere Bedeutung erlangt.

tential und bleibt ihren staatswirtschaftlichen Wurzeln verhaftet.[49] Es entspricht diesem Denken, dass eine kürzlich erschienene Dissertation über die Kollision vertraglicher Forderungen, weil ein Wettlauf der Gläubiger die Güter nicht optimal verteile, stattdessen den Schuldner verpflichten will, einen Gläubiger zu bevorzugen, wenn dessen Interesse an der Leistung mindestens doppelt so groß sei wie das der hintanzustellenden.[50] In eine ähnliche Richtung bewegt sich leider der siebte Senat des Bundesgerichtshof, der das Problem einer Situation der Foderungskollision darin gesehen hat, ob der Schuldner sich gegenüber einem der beiden Gläubiger auf Unzumutbarkeit der Leistung berufen könne. Für die Entscheidung war dann maßgeblich, wessen Leistungsinteresse der Gerichtshof höher bewertete.[51]

In der vorliegenden Arbeit soll hingegen der Standpunkt einer Privatrechtswissenschaft eingenommen werden, die davon ausgeht, dass das Recht des Einzelnen nicht davon abhängig ist, ob es kollektiven Zwecken dient oder zuwiderläuft.

Auch wenn man die isolierte Betrachtung der Forderungen nicht den Interessen der Gemeinschaft anheimgibt, bleibt zu entscheiden, ob nicht das gleiche Recht aller gleichartig berechtigten Konkurrenten gebietet, das Vorhandene unter sie zu verteilen.

Charalampos Fragistas kam 1931 zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Frage, ob die Zwangsvollstreckung einen Wettlauf der Gläubiger oder die Verteilung anstreben sollte, ebenfalls um eine „Weltanschauungsfrage" handele:

„Es sei hier nur gestattet, darauf hinzuweisen, daß es sich letztlich und nicht zum wenigsten um eine Weltanschauungsfrage handelt. Das Präventionsprinzip räumt der Parteiinitiative, der Handlung des Individuums, eine große Bedeutung ein. […] Das entspricht einer individualistischen, einer liberalistischen Rechts- und Staatsauffassung. Dagegen geht das System der Verlustgemeinschaft von dem Gedanken einer Solidarität unter den Gläubigern aus. Die Entscheidung, wer befriedigt werden soll, wird nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen. […] Das entspricht mehr einer kollektivistischen, universalistischen Rechts- und Staatsauffassung".[52]

---

[49] Die neue „Law & Political Economy"-Bewegung bildet insofern nicht den behaupteten Gegensatz zum „Law & Economics"-Ansatz, sondern bewegt sich in dessen Fußstapfen. Vgl. die Diagnose von *Renner/Kindt*, JZ 2023, 313–320. – Außerdem leidet die ökonomische Analyse des Rechts an operativen Problemen. Beispielhaft veranschaulicht das die Lehre vom *efficient breach*; dazu im vierten Kapitel bei Fn. 110.

[50] *Kopp*, Kollision, stützt die Pflicht und eine korrespondierende Einrede auf Treu und Glauben (§ 242 BGB; dazu 234–243, 260–264). Die Grenze lehnt er an die Rechtsprechung zu § 138 Abs. 1 BGB an (243–250). Zur Kritik der Arbeit verweise ich auf die Rezension von *Hoffmann* JZ 2020, 356 f., der ich beipflichte.

[51] Mehrere hatten gegen die DENIC Anspruch auf dieselbe Internetdomain: BGH, Urteil vom 25.10.2012, VII ZR 146/11, BGHZ 195, 195 – Providerwechselauftrag. Immerhin wog der Gerichtshof nicht die konkreten Interessen ab, sondern erklärte die des früheren Gläubigers für gewichtiger. Dazu unter dem Gesichtspunkt des Prioritätsprinzips im vierten Kapitel bei Fn. 22.

[52] *Fragistas*, Präventionsprinzip, 78.

Der im gleichen Jahr veröffentlichte Reformentwurf konstatierte: „In der Tat dürfte das Ausgleichsprinzip dem Prioritätsprinzip grundsätzlich überlegen sein“,[53] und schlug ein abgeschwächtes Ausgleichsprinzip für die Einzelzwangsvollstreckung vor. Zur Beschreibung des Verhältnisses von Vollstreckungsgläubiger und -schuldner zog der Entwurf die auch von *Fragistas* bemühten Topoi heran:

„Als die Zivilprozeßordnung von 1877 geschaffen wurde und in Kraft trat, herrschte die Auffassung von, daß der Staat das freie Bestimmungsrecht der Einzelnen möglichst wenig beschränken solle und daß das freie Spiel der Einzelkräfte, möglichst sich selbst überlassen, in allen Dingen zum besten Ausgleich führe. […] So wurde die Zwangsvollstreckung zu einem Geschicklichkeitskampf zwischen Gläubigern und Schuldnern; […] Inzwischen hat sich denn auch die Auffassung von den Aufgaben und Pflichten der Gemeinschaft wie der Einzelnen allmählich tiefgreifend geändert […] In alldem tritt sichtlich die Überzeugung zutage, daß die Vollstreckungsordnung allgemeinwirthschaftlichen und gemeinschaftsethischen Gesichtspunkten in höherem Maße Rechnung tragen müsse, als es früher geboten erschienen war“.[54]

Man mag daher bezweifeln, ob diese oder eine ähnliche Frage sich für eine rechtsdogmatische Arbeit eignet. Vielleicht kann nur der Gesetzgeber die Dissonanz auflösen, die sich ergibt aus dem Ruf nach Verteilung, der aus der Insolvenz schallt, und dem nach Wettlauf und isolierter Betrachtung, der aus Zivilprozess und bürgerlichem Recht erklingt?

Doch so einfach lassen sich die verschiedenen Lösungen nicht auf weltanschauliche Prinzipien reduzieren.[55] Etwa kann auch *Jan Felix Hoffmann*, ein Jurist in der Tradition *Werner Flumes*, der das Privatrecht von den privaten Rechten her, mithin liberal konzipiert,[56] die gleichmäßige Verteilung von Haftungsmasse unter die Gläubiger einfordern.[57] Bevor wir nach mehr Gesetzen rufen, soll daher hier noch einmal versucht werden, das gegebene Material, auch soweit verschiedene Weltanschauungen es geprägt haben, in Ordnung und System zu bringen.

---

[53] Entwurf ZPO 1931, 429. Dagegen *R. Schmidt* in: FS Lehmann (1937) 319–342: „Wäre der Entwurf Gesetz geworden, so hätte das Deutsche Recht in dieser Hauptfrage der Vollstreckung leicht noch in modernster Zeit eine Schwenkung zu einer der charakteristischsten altrömischen Rechtsideen rückwärts nehmen können“ (326). – Auf der Linie des Entwurfs liegt der spätere Vorschlag *Sibers*, der Erbe möge den Nachlass unter die Nachlassgläubiger „nach billigem Ermessen“ verteilen: dazu im fünften Kapitel bei Fn. 78.

[54] Entwurf ZPO 1931, 400 f., 427–432.

[55] Anders vielleicht bei den unterschiedlichen Positionen zur Verleitung zum Vertragsbruch, dazu im vierten Kapitel bei Fn. 65.

[56] Augenfällig etwa auch bei seiner Einschätzung der ökonomischen Analyse: Gläubigergleichbehandlung, 34.

[57] *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 501 f., 506 f.

III. Forschungsstand und eigener Ansatz

Heute liegen für die Lösung von Forderungskollisionen im wesentlichen zwei Programme auf dem Tisch. *De Boor* hat den Stoff umfassend erschlossen und durchdrungen. Er grenzt von den Forderungskollisionen bloße Haftungskollisionen ab, bei denen nicht die Forderungen kollidierten, sondern nur der Zugriff der Gläubiger auf den Schuldner; etwa weil der nicht genügend hat. Solche Kollisionen fasst er nicht unter sein Thema; postuliert aber gleichwohl, dass als Prinzip der Wettlauf gelte,[58] der hier mit dem ersten rechtskräftigen Urteil ein Ende finden solle.[59] Bei der echten Forderungskollision herrsche ebenfalls Wettlauf als Grundsatz.[60] Wenn sie zu vertreten sei, könne es dabei auch ungemildert bleiben, weil dann hintanstehende Gläubiger Schadenersatz erhalten.[61] Bei der zufälligen Kollision hingegen müsse man willkürlichen Bevorzugungen entgegenwirken; hier solle der Schuldner gegenüber anderen Gläubigern frei werden, wenn er an den leiste, der ihn zuerst in Verzug setze.[62] Gleichmäßig verteilen müsse er ausnahmsweise, wenn das Gesetz selbst die Kollision anordne (so durch Haftungshöchstummen oder den Gefahrübergang bei der Sammelladung)[63] oder die Verkehrssitte es gebiete (so beim Teiluntergang der Gattung im Handelsgewerbe)[64].

Man sieht, dass *de Boor* unterschiedliche Lösungen nebeneinanderstellt, die jeweils mit Elementen von Gesetzgebung und Praxis übereinstimmen. Er bietet aber kein auf Wertungen zurückgeführtes System des Problems. Entsprechend wird sein Werk zu Einzelfragen vielfach verwendet, aber nicht im Zusammenhang rezipiert. Sein Kardinalfehler ist die Ausscheidung der Haftungskollision. *De Boor* erläutert, dass sie den Gläubiger weniger hart treffe: Nachträglich könne neue Masse hinzukommen, der Gläubiger könne sich durch Sicherheiten und Aufrechnung befriedigen, eine erbrachte Leistung könne der Schuldner nicht kondizieren. Daher eigneten sich die Lösungen der Haftungskollision, insbesondere die *par condicio creditorum* des Konkurses, nicht als Anhaltspunkt dafür, wie Forderungskollision zu lösen seien: „es wäre das ein argumentum a minore ad majus".[65] Der Gedanke überzeugt allenfalls umgekehrt: Wenn schon die bloße Haftungskollision es bei der Insolvenz geboten erscheinen lässt, den Wettlauf der Gläubiger zu suspendieren, dann ver-

[58] *de Boor*, Kollision, 51, 64.

[59] Nach dem Modell der beschränkten Erbenhaftung, das analog etwa auch die Konkurrenz unter Anfechtungsgläubigern (oben Fn. 14) entscheiden soll (*de Boor*, Kollision, 69 f.).

[60] *de Boor*, Kollision, 16–19, 78 f.

[61] *de Boor*, Kollision, 80 f.

[62] *de Boor*, Kollision, 84–87. Dazu im vierten Kapitel bei Fn. 305.

[63] *de Boor*, Kollision, 117–120, 130–135.

[64] *de Boor*, Kollision, 135–150.

[65] *de Boor*, Kollision, 48, 50.

langt die für jeden Gläubiger riskantere Forderungskollision umso mehr nach dem lindernden Eingriff des Rechts.[66] Überhaupt erscheint es unzweckmäßig, Wertungsfragen der Kollision in einen begrifflichen Streit darüber vorzuverlegen, ob eine echte oder eine bloße Haftungskollision vorliegt.[67] Dass die Prävention das Prinzip auch der Haftungskollisionen bilde,[68] kann angesichts der Insolvenz kaum überzeugen. Weil *de Boor* die Gesamtvollstreckung ausspart, kann er die dort gebietende *par condicio* nicht in Beziehung setzen mit der Verteilung bei Haftungshöchstsummen, Sammelladung, beschränkter Gattung. So gelingt es ihm weder, den Wettlauf als Grundsatz in Frage zu stellen, noch die Ausnahmen hiervon kohärent zu beschreiben.[69]

Mit seiner Basler Dissertation aus dem Jahr 1976 griff *Nico Zachmann* die „Kollision von Forderungsrechten" noch einmal auf. Die Arbeit beruht inhaltlich weitgehend auf *de Boor*, doch stülpte er dessen Gliederung auf den Kopf: Während *Boor* nach unterschiedlichen Lösungen aufgebaut und diesen Anwendungsfälle zugeordnet hatte, klassifizierte *Zachmann* die Anwendungsfälle und stellte ihnen jeweils eine Lösung an die Seite.[70] Das ist im Wesentlichen, worauf sich *Zachmanns* Anspruch stützten kann, zu unternehmen, was *Boor* nicht hatte versuchen wollen: ein System aller Forderungskollisionen aufzustellen.[71] Vereinzelt systematisierte er die Lösungen wirklich stärker und wich dabei auch in der Sache von *de Boor* ab: Bei nicht „zu verantwortenden" Kollisionen wollte er stets verteilen, wenn der Gegenstand teilbar ist,[72] andernfalls die Willkür des Schuldners obwalten lassen, bis ihn ein Gläubiger in Verzug gesetzt hat. Den Konkurs behandelte *Zachmann* als gesetzlich geregelte Haftungskollision zwar – anders als *de Boor* – mit, doch ohne seine Grundsätze zu den Forderungskollisionen im Allgemeinen in Beziehung zu setzen. Insgesamt bleibt die Darstellung trotz des problemorientierten Aufbaus kasuistisch und ist an grundlegenden Erwägungen ärmer als ihr Vorbild.

---

[66] *de Boor* selbst argumentiert an anderer Stelle in diesem Sinne: „Prävention ist natürliche Folge zufälliger Kollision in der Einzelvollstreckung, aber selbst hier, wo es sich nur um Kollision der Haftung, nicht der Schuld handelt, vom Gesetz gemildert, um die Willkür des Schuldners einzuschränken" (Kollision, 64).

[67] Die Abgrenzung versteht sich nicht von selbst. *De Boor* selbst bemüht sich, „eine Reihe bislang als Forderungskollisionen behandelter Fälle dem Haftungsrecht zuzuweisen" (Kollision, 50).

[68] Oben Fn. 58.

[69] Die Auslassung des Konkurses moniert *Hoffmann* mit Recht noch anlässlich der Arbeit von *Kopp* (dazu oben Fn. 50): JZ 2020, 356 f. (357).

[70] Ebenfalls von *Boor* übernommen ist die Stoßrichtung gegen die „Übertreibung" der isolierten Betrachtungsweise aufgrund der „individualistische[n] Einstellung" der zweiten Hälfte des 19. Jahrhundert. Diese habe „die Erkenntnis des für Forderungs- und Haftungskollisionen spezifischen Dreiecksverhältnisses" verstellt: *Zachmann*, Kollision, 18 f.

[71] *Zachmann*, Kollision, 21 f.

[72] Auch bei Forderungen auf Gebrauchsüberlassungen oder Handlungen will er eine Verteilungseinrede gewähren, also: „Aufteilung der gemeinsamen Leistungszeit im Verhältnis je der Dauer, die die Erfüllung der einzelnen Leistungspflicht ohne den Kollisionseintritt in Anspruch genommen hätte": *Zachmann*, Kollision, 70. Dazu im vierten Kapitel bei Fn. 346.

Jan Felix Hoffmann hingegen setzt den Wettlauf der Gläubiger und ihre Gleichbehandlung im Allgemeinen zueinander ins Verhältnis. Seine 2016 erschienene Arbeit über „Prioritätsprinzip und Gläubigergleichbehandlung" konzipiert er „auf der Schnittstelle zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht",[73] indem er die Verteilungsordnung der Insolvenz in einen materiellen Gleichbehandlungsgrundsatz gründet, die Prävention der Einzelzwangsvollstreckung in das verfügungsrechtliche Prioritätsprinzip. Damit findet der Wettlauf bei *Hoffmann* keinen guten Stand: Aus der Privatautonomie müsste eigentlich ein schuldrechtliches Prioritätsprinzip, also ein Vorrang der älteren Forderung folgen. Dass der Schuldner über ein *inter partes* schon aufgegebenes Gut *erga omnes* noch einmal abweichend verfügen könne, diene allein dem Schutz des Verkehrs.[74]

Die Deutung des Wettlaufs um die Verfügung als verkehrsschützende Abweichung von einem schuldrechtlichen Prioritätsprinzip passt unproblematisch nur auf die Verpflichtung zur Übertragung bestimmter, im Vermögen des Schuldners schon vorhandener Güter. Ein Vorzug der älteren Forderung bedürfte mit Blick auf Gattungsschulden besonderer Rechtfertigung: Auf eine schuldrechtliche Zuordnung einzelner Güter lässt sich der Gedanke nicht stützen, da keine Güter als die vom Gläubiger zu beanspruchenden identifiziert werden können. Dass dem Schuldner kein eigentliches Auswahlrecht zusteht, wie *Hoffmann* ausführt, besagt dazu nichts;[75] auch wenn die Nichtzuordnung in der Tat nicht dazu dient, dem Schuldner Freiräume gegenüber dem Gläubiger zu verschaffen.[76] Problematisch erscheint eine schuldrechtliche Zuordnung auch mit Blick auf erst zukünftig zu erwerbende oder zu produzierende Güter.[77] Wenn sich einzelne Güter nicht zuordnen lassen, verliert der Altersvorzug seine Plausibilität: An sich nämlich verschafft die ältere Forderung dem Schuldner genausoviel Liquidität wie die Jüngere. Insofern tragen alle Forderungen gleichermaßen dazu bei, dass der Schuldner das zu ihrer Befriedigung nötige erwirtschaftet oder sich erhält.[78]

Diesen Schutz auf die gerechtfertigten Fälle zu begrenzen, sei die wahre Aufgabe der besonderen Insolvenzanfechtung.[79] Wenn ein Gläubiger sich durch Zwangsvollstreckung befriedige, habe er keinen Anhalt dafür, auf die Leistungsfähigkeit seines Schuldners zu vertrauen; deswegen verdiene er keinen Schutz und werde von der Rechtsprechung im Ergebnis mit Recht weitgehend

[73] *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 3.
[74] *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 10–36.
[75] *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 20–22.
[76] Besonders deutlich *Hoffmann*, ERCL 2021, 142–156 (153).
[77] Zu diesem Problem der schuldrechtlichen Zuordnung vgl. das Parallelproblem der Vorausverfügung, dazu im dritten Kapitel unter II.3.
[78] Siehe dazu noch im vierten Kapitel die Ausführungen zu Priorität und Posteriorität (II und III).
[79] *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 36–93. Wieso ist die Folge der Anfechtung dann aber nicht ein Rückfall auf das schuldrechtliche Prioritätsprinzip? Dazu sogleich mit Fn. 83.

der Anfechtung ausgesetzt.[80] Indem er dem Wettlauf den „Gerechtigkeitsgehalt" abspricht, will *Hoffmann* die Gleichbehandlung von der Rechtfertigungslast befreien: Als ein „Auffangprinzip materieller Verteilungsgerechtigkeit" komme sie selbstverständlich zu Tragen, „wenn eine andere Verteilung privatrechtlich nicht angezeigt ist".[81] So müsse der Schuldner auch bei „gegenständlich begrenzten Verteilungskonflikten" seine Gläubiger gleich behandeln; etwa bei der beschränkten Gattungsschuld, wenn die Ware nicht für alle ausreiche, oder beim Doppelverkauf: Teilbare Mengen müsse er aufteilen, an unteilbaren Gegenständen die Gläubiger gemeinsam berechtigen. Weiche der Schuldner davon ab, habe die Verfügung allerdings Bestand: Weil Regeln fehlten, die der besonderen Insolvenzanfechtung entsprechen, sei der Empfänger hier in besonderem Maße, nämlich bis zur Grenze eigener Sittenwidrigkeit geschützt.[82]

Nicht klar wird, in welchem Verhältnis bei *Hoffmann* die schuldrechtliche Priorität zur gleichmäßigen Verteilung steht: Von beiden Prinzipien soll die Rechtsordnung nur im Wege des Verkehrsschutzes zu Gunsten der verfügungsrechtlichen Priorität abweichen. Aber wie setzt sich die verhältnismäßige Verteilung gegenüber der schuldrechtlichen Priorität durch?

Für mich ist offen geblieben, was nach *Hoffmann* in einer Rechtsordnung gälte, die dem Verkehrsschutz keinerlei Beachtung schenkte: Berücksichtigt seine eigentliche schuldrechtliche Zuordnung alle Gläubiger verhältnismäßig (weil die Gleichbehandlung das allgemein gerechte Verteilungsprinzip darstellt), oder gibt sie älteren Forderungen Vorrang vor jüngeren (weil das Schuldverhältnis die Leistung inter partes bereits zuordnet)?[83]

Im Ergebnis votiert *Hoffmann* deutlich für die verhältnismäßige Verteilung. Während *de Boor* eine Vielzahl von Lösungen nebeneinanderstellt, will also *Hoffmann* für alle Kollisionen eine einzige Lösung geben. Als Plädoyer dafür, die Unterschiede der verschiedenen Prozessvorschriften nicht einfach hinzunehmen, sondern sie nach Wertungsgesichtspunkten auf einen Nenner zu bringen, die im materiellen Recht zu verorten sind und dort auch andere Kollisionen regieren, verdient seine Schrift vollen Beifall. Auch ist in der Tat die Gesamtvollstreckung das der Zahlungsunfähigkeit eigentlich angemessene Verfahren, die gleichmäßige Verteilung die hierfür von der Rechtsordnung in erster Linie erstrebte Lösung. Doch dehnt *Hoffmann* die Geltung der Gleichbehandlung zu weit aus; seine Attacke gegen den Wettlauf führt zu weit.

---

[80] *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 79 f., 123–159. Die Rechtsprechung kommt zu diesem Ergebnis durch die Verbrämung von Vollstreckungsmaßnahmen als inkongruente Deckungen (unten 374 Fn. 35).

[81] *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 208.

[82] *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 384–407.

[83] Siehe dazu noch im dritten Kapitel bei Fn. 14.

Dass einzelne Gläubiger vollstrecken können, erklärt *Hoffmann* damit, dass die Prozessordnung vorläufig ausblende, dass der Schuldner überfordert sein könnte. Doch nicht alle Vollstreckungsmaßnahmen unterliegen dem Rückschlag (§ 88 InsO) und der besonderen Insolvenzanfechtung (§§ 130–132 InsO), auch wenn die Rechtsprechung deren Tatbestände weit auslegt: Hält der Schuldner bis zum Insolvenzantrag drei Monate durch, genießt der Gläubiger seinen Erfolg auf Dauer. Dasselbe gilt, wenn mangels Masse kein Verfahren eröffnet wird.

Gleichmäßige Verteilung ist aufwändig. Sie ist darum ein Ideal, das die Rechtsordnung nur verfolgen kann, wenn die Umstände es erlauben. Wo praktische Gründe gebieten, dass nicht verteilt wird, kommt der Wettlauf zu seinem Recht. Dabei geht es nicht nur um Verkehrsschutz. Gleichmäßige Verteilung kommt etwa schon dann nicht in Betracht, wenn sich niemand findet, dem man die Verteilung zutrauen und zumuten kann; eine Aufgabe, für deren richtige Erfüllung er haften muss, in der Regel aber auch aus der Masse bezahlt werden.

Praktische Schwierigkeiten bringt die gleichmäßige Verteilung auch in den Fällen der unzulänglichen Gattung und der Doppelverpflichtung. Verteilen kann hier zwar der Schuldner, der für Fehler mit seinem übrigen Vermögen einsteht. Sein Aufwand hängt davon ab, ob er den Sachverhalt leicht überblickt. Doch für die Gläubiger kann es sehr unbequem sein, statt der ganzen Leistung nur einen tatsächlichen oder einen rechtlichen Bruchteil zu erhalten.

Meinem Einwand der Inpraktikabilität hält *Hoffmann* entgegen, dass eine abweichende Verfügung des Schuldners Bestand habe.[84] Wie aber, wenn der Schuldner sich weigert, einem der Gläubiger mehr als seinen Anteil zu leisten? Zu klären ist auch, ob der andere Gläubiger durch einstweiligen Rechtsschutz verhindern kann, dass er ganz übergangen wird.

Das fällt besonders dann ins Gewicht, wenn sie, soweit sie in Natur nicht befriedigt werden, ohnehin Anspruch auf Ersatz haben. Aus diesem Blickwinkel erscheinen die Ausführungen der Motive in einem vorteilhafteren Licht: Konkurrieren die Gläubiger wirklich nur um die Naturalerfüllung, während ihr Leistungsinteresse durch die Haftung des Schuldners gedeckt ist, so spricht nichts dagegen, vielmehr die Praktikabilität dafür, den Wettlauf zu veranstalten, den für dieses Problem auch die erste Kommission des BGB vorgesehen hatte.

Es lohnt sich, diesen Ansatz weiter zu verfolgen und bei Forderungskollisionen in erster Linie danach zu fragen, ob ein – relativ harmloser – Streit um die Naturalerfüllung vorliegt (Konflikttyp „Leistung oder Ersatz“), oder ein – schwererwiegender – Streit, bei dem der Unterliegende ganz leer auszugehen

[84] Gläubigergleichbehandlung, 402 Anm. 66.

droht (Konflikttyp „Alles oder nichts“). *De Boor* hatte zwischen zu vertretenden und nicht zu vertretenden Forderungskollisionen unterschieden und so vom Tatbestand her beschrieben, was hier von den Folgen her eingeordnet wird.

Mit der vorangestellten Unterscheidung von Kollisionen wegen beschränkter Mittel oder beschränkter Haftung besteht folgender Zusammenhang: Bei der Kollision wegen beschränkter Haftung geht es immer um „Alles oder nichts“. Bei der Kollision wegen beschränkter Mittel kommt es darauf an. Um „Alles oder nichts“ geht es, wenn das Vermögen des Schuldners nicht ausreicht. Kann der vermögende Schuldner nur in Natur nicht alle Forderungen erfüllen, haftet aber für die Nichterfüllung, liegt ein Konflikt des Typs „Leistung oder Ersatz“ vor. Haftet er für die Nichterfüllung nicht, so besteht hingegen neben dem Konflikt wegen beschränkter Mittel (um die Naturalerfüllung) zugleich ein Konflikt wegen beschränkter Haftung (um die Wahrung des Leistungsinteresses). Es geht um „Alles oder nichts“.

Für die Konflikte „Alles oder nichts“ kann die Insolvenz die Richtschnur bieten, dass die Gläubiger zu gleichen Anteilen befriedigt werden sollen, wenn das praktisch irgendwie möglich ist, also ein zweckmäßiges Verteilungsverfahren durchgeführt werden kann. Für die Konflikte „Leistung oder Ersatz“ hingegen kann man den Motiven des BGB folgen und den Wettlauf darüber entscheiden lassen, wer die Leistung in Natur erhält – weil hier die Positionen der Verlierer der des Gewinners in einem Maße angenähert sind, dass man den Beteiligten Steine statt Brot gäbe, wollte man aufwendig die geringe Ungleichheit ausgleichen, die darin liegt, Naturalleistung oder Geldersatz zu erhalten. Für diesen Ansatz sollen im Folgenden die historischen Voraussetzungen herausgearbeitet, seine Begründung und seine praktischen Auswirkungen sollen entwickelt werden.

Vor *Hoffmann* sprach sich *Thies Vogel* in seiner 2008 publizierten Dissertation „Die Rechtsfigur des Repartierungsrechts“ dafür aus, den Schuldner in Situationen der Forderungskollision grundsätzlich als zur Verteilung berechtigt und verpflichtet anzusehen, wenn eine Teilleistung möglich und für die Gläubiger sinnvoll ist. Er stützte diese Forderung auf eine Studie zahlreicher Kollisionsfälle,[85] bei der allerdings Gegenbeispiele fehlten. Anders als *Hoffmann* adressiert *Vogel* gerade nicht das Problem des Verhältnisses und der Grenzziehung zwischen Gleichbehandlung und Prävention. Sein rechtsökonomisches Plädoyer für Verteilung[86] kann nicht überzeugen, weil es deren Aufwand außer Acht lässt. Daneben stehen Überlegungen zur Gefahr- und Haftungsgemeinschaft[87] sowie zu einer grundgesetzlichen Gleichbehandlungspflicht.[88]

[85] Siehe insb. zur Repartierung aufgrund kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots *Vogel*, Repartierungsrecht, 56–79, 127–144; zu bank- und wertpapierrechtlichen Sachverhalten 80–94; zu Kurzarbeit 116–125; zum CISG 144–151; zum Uniform Commercial Code 152–159.

[86] *Vogel*, Repartierungsrecht, 32–42.

[87] *Vogel*, Repartierungsrecht, 223–241.

[88] *Vogel*, Repartierungsrecht, 186–192.

Im Jahr 2022 publizierte *Lukas Lobnik* seine Dissertation über die „Gläubigergleichbehandlung außerhalb der Insolvenz", die auf das österreichische Recht zielt. Der Verfasser geht von der Prämisse aus, dass das von ihm sogenannte Prioritätsprinzip, also der Wettlauf, die Regel und die Gleichbehandlung der Gläubiger die Ausnahme darstelle, die auf besonderer Anordnung des Gesetzgebers beruhe. Eine Ausweitung der Gleichbehandlung lehnt er im Kern aus methodischen Gründen ab, weil die Voraussetzungen für eine Analogie fehlten.[89] Ein sachliches System dafür, wann welche Lösung geboten ist, stellt er nicht auf. Die gewählte Terminologie mag hierzu beigetragen haben: *Lobnik* beschreibt den Wettlauf („Priorität"; nach meiner Ausdrucksweise: Prävention) als Grundsatz der „Forderungsdurchsetzung", die Gleichbehandlung als Regelung für Sonderfälle, in denen Forderungen kollidieren.[90] Damit verschleiert er, dass man auch über Wettlauf („Priorität") nur reden muss, wenn Gläubiger konkurrieren, also Forderungen kollidieren, beide Prinzipien also als Antwort auf dieselbe Frage zunächst gleichgeordnet sind. Wenig glücklich erscheint zudem seine erschöpfende Aufgliederung denkbarer Kollisionen in Kategorien der „Haftungskollisionen" und „Leistungskollisionen", die sich nur scheinbar an *de Boors* Kategorien von echten Schuld- und bloßen Haftungskollisionen anlehnen.[91] Ohne sachlichen Grund scheidet so die Haftung bei Vermögensveräußerung aus der Betrachtung aus.[92]

IV. Definition und Vorgehensweise

Für die Zwecke dieser Arbeit sollen als Forderungen nur schuldrechtliche Beziehungen begriffen werden: Forderung ist die Obligation, beschrieben nicht aus der Warte des Schuldners als Verbindlichkeit, sondern aus der des Gläubigers.[93] Entgegen der früher herrschenden Auffassung möchte ich aber die Forderung nicht mit dem schuldrechtlichen Anspruch gleichsetzen, sondern sehe sie mit der heute wohl herrschenden als das obligatorische Recht, zu dessen Schutz der Anspruch gewährt wird, der auf – vor allem gerichtliche – Durchsetzung zielt.[94]

Wegen der Begrenzung auf das Schuldrecht behandele ich nicht die Kollision zwischen Forderungen und dinglichen Ansprüchen, wie sie etwa vor-

[89] *Lobnik*, Gläubigergleichbehandlung, 137–152; 156 f.; 164–176.
[90] *Lobnik*, Gläubigergleichbehandlung, 4, 89 f.
[91] *Lobnik*, Gläubigergleichbehandlung, 89–93.
[92] *Lobnik*, Gläubigergleichbehandlung, 83–98.
[93] Zu diesen beiden Perspektiven *Avenarius* JR 1996, 492–496; *Schermaier* in: HKK, passim, insbesondere vor § 275 BGB, Rn. 1–7; §§ 280–285, Rn. 1–8.
[94] Grundlegend die Analyse von *J. Schmidt*, in: FS Jahr (1993) 401–417 (durch Verletzung eines Rechts wie der Forderung entsteht der Anspruch als Grundlage der *actio*). Darauf aufbauend etwa *Hoffmann*, Zession, 132; *Thomale* AcP 212 (2012) 920–970 (930–932: „Rechtsposition und Verfolgungsbefugnis"); *Riehm*, in: FS Canaris (2017) 347–369 (der mit Rücksicht auf die Sprache der Schuldrechtsreform 2002 die Forderung in „Rechtsgrund" und „Pflicht" teilt); zum Anspruch als Mittel zum Schutz des Rechts auch *Klingbeil*, Selbsthilferechte, 60–63.

kommt, wenn ein Dieb die Sache in Verwahrung gibt und sie dann gleichzeitig mit dem Eigentümer zurückfordert. Ein solcher „Pflichtenkonflikt des Verwahrers“[95] begegnet schon in den römischen Quellen.[96] Den Herausgabeanspruch des nichtberechtigten Hinterlegers hat das Reichsgericht,[97] den des nichtberechtigten Verpfänders der Bundesgerichtshof bejaht.[98] Die Literatur spricht hier von „Anspruchskollision“.[99] Hingegen liegt eine Forderungskollision in meinem Sinne vor, wenn ein Verwahrer sich entscheiden muss, ob er die Sache des einen oder die des anderen Hinterlegers vor einem Brand redet.[100]

Während ein Anspruch durch Erfüllung erlischt, bleibt die Forderung als Behaltensgrund für die Leistung bestehen; die Naturalobligation ist Forderung ohne Anspruch.

Übereinstimmend formuliert *Schulze*: „Differenzierungsmerkmal gegenüber der Zivilobligation ist die fehlende Befugnis des Gläubigers, die Forderung im Wege der Leistungsklage oder unter Einsatz von materiell-rechtlichen Zwangsbefugnissen durchzusetzen“. Den bei Naturalobligationen intakten Kern der Forderung beschreibt *Schulze* als „rationale Wehrlosigkeit“ des Schuldners, der die „Aufforderung zur Leistung“ als gegenüber Zwangsbefugnissen „primäre Form der Einwirkung“ akzeptieren muss. Insgesamt betont *Schulze* aber die Pflicht des Schuldners (Verbindlichkeit) gegenüber dem Aufforderungs- und Behaltensrecht des Gläubigers (Forderung).[101]

Die Kollision betrifft die Ebene der Forderung: Sie wirft nicht nur die Frage auf, ob jeder der konkurrierenden Gläubiger seine Rechtsposition gegen den Schuldner durchsetzen kann; dann könnte man von bloßer Anspruchskollision reden. Die Konkurrenz der Gläubiger kann zur Folge haben, dass einer eine zur Erfüllung erhaltene Leistung wieder herausgeben muss. Es kollidieren also nicht nur die Ansprüche, auch die Forderungen können einander beeinflussen.

Als Forderungskollision bezeichne ich eine Situation, in der mehrere Forderungen gegen einen Schuldner gerichtet sind und die Erfüllung einer oder mehrerer dieser Forderungen dazu führt, dass der Schuldner eine oder mehrere der anderen Forderungen nicht mehr erfüllen kann oder muss.

---

[95] Dazu nur *de Boor*, Kollision, 89–94, und *Knütel* in: Mél. Sturm (1999) I 239–265 = Ausg. Schr. 1049–1075; unter dem Gesichtspunkt der *exceptio ex iure tertii Henke*, Relativität, 45–59.

[96] Ulpian 30 *ad edictum* D. 16,3,1,39 und Tryphonin 9 *disputationum* D. 16,3,31,1; dazu nun auch *Reichert*, Pflichtenkonflikte. Dort auch zum Konflikt zwischen Eigentümer und Pfandgläubiger: 197–228.

[97] RG, Urteil vom 7.10.1924, VII 678/23, JW 1925, 472.

[98] BGH, Urteil vom 14.2.1979, VIII ZR 284/78, BGHZ 73, 317.

[99] *Oppermann*, Kollision der Vindikation, 21 f. Im Ergebnis unterscheidet der Verfasser danach, ob die Vindikation mit dem Anspruch eines mittelbaren Besitzers, mit sonstigen Rückgabeansprüchen oder mit Verschaffungsansprüchen kollidiert.

[100] Diesen Fall hat *von Tuhr* gebildet; siehe im zweiten Kapitel bei Fn. 296. Zur Lösung siehe im vierten Kapitel bei Fn. 348.

[101] *Schulze*, Naturalobligation, 33, 43, 654 f.

Dabei sind auch Handgeschäfte mit zu bedenken, also solche, bei denen jemand eine Leistung erbringt, ohne dazu verpflichtet gewesen zu sein, und die Parteien lediglich vereinbaren, warum der Empfänger die Leistung behalten darf. Das Muster ist die Handschenkung (§ 516 BGB), die unterschieden werden muss von der – unter Umständen heilenden – Erfüllung eines vorangegangenen Schenkungsversprechens (§ 518 BGB). Welche Bedeutung Handgeschäften im geltenden Recht zukommt,[102] kann ebenso offenbleiben wie die Frage, ob der dabei vereinbarte Rechtsgrund als Forderung bezeichnet werden sollte. Verhindert die Zuwendung, dass der Zuwendende eine gegen ihn gerichtete Forderung eines Dritten erfüllt, so darf der Empfänger weder besser noch schlechter stehen als jemand, der sich die Leistung vertraglich hätte versprechen lassen und dem sie sogleich erbracht worden wäre. Er ist also jedenfalls wie einer zu behandeln, der die Leistung fordern konnte.

Nicht zur Forderungskollision gehören hingegen Situationen, in denen jemand eine Leistung an einen oder mehrere aus einer Gruppe von Interessenten erbringt, von denen niemand einen Anspruch darauf hatte. Welche von mehreren Anträgen ein Händler annimt, der öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert hatte, ist kein Problem der Forderungskollision. Es wird auch nicht zu einem solchen Problem, wenn der Händler wettbewerbsrechtlich oder aus anderen Gründen verpflichtet sein sollte, alle Interessenten gleichmäßig oder bestimmte Interessenten bevorzugt zu bedienen. Darum fällt auch die Zuteilung nach überzeichneten Aktienemissionen aus dem Betrachtungsgegenstand heraus.[103]

Das geltende Recht bietet für die Forderungskollision ein Mosaik von Prinzipien. Um die Steinchen zu strukturieren, steht zu Beginn der Arbeit eine historische Betrachtung. Denn da der Gesetzgeber das Problem seit dem 19. Jahrhundert grundlegend nicht neu angepackt hat, hängt noch für die moderne Lösung der Forderungskollision viel davon ab, wie man die alten Impulse auffasst: welchen Regelungswillen, welche Wertung man darin erkennt, dass die Konkursordnung die Verteilung anordnete, die Prozessordnung Arrest- und Pfändungspfand gewährte, das Bürgerliche Gesetzbuch die Kollision nicht regelte in der Annahme, es werde dann zum Wettlauf kommen. Es erstaunt, dass die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhundert uns das Recht der Forderungskollision in diesem Zustand übergeben hat.

Um die getroffenen Entscheidungen einzuordnen, soll im ersten Kapitel das Material ergründet werden, das der gemeinrechtlichen Wissenschaft zur For-

[102] Für den „Handkauf", bei dem „ohne vorherigen Kaufvertrag eine Sache gegen Geld ausgetauscht" wird, siehe Protokolle II 54 = Mugdan II 767; dazu zuletzt *Ehmann*, in: Causa contractus, 755–869 (797 f.); *Bremkamp*, Causa, 254–260.

[103] Dazu *Koehler*, Gleichbehandlungsgrundsatz bei Aktienemissionen; im Zusammenhang mit der Forderungskollision *Vogel*, Repartierungsrecht, 1–5, und schon im Jahr 1856 *Unger* I § 70 631 f. mit Anm. 32 a.E. (dazu unten im zweiten Kapitel bei Fn. 69).

derungskollision zur Verfügung stand: die Quellen des römischen Rechts. Die römischen Juristen formulierten die Forderungskollision nicht als abstraktes Problem. Trotzdem danach zu fragen, lässt sich als funktionaler Vergleich rechtfertigen.[104] Geboten ist es, weil die für eine Reihe von Einzelfragen gefundenen Lösungen später als Instrumentarium angesehen und behandelt wurden, um das abstrakte Problem anzugreifen. Die Darstellung im Haupttext richtet sich an moderne Juristen. In den Fußnoten sind die Quellen abgedruckt und einzelne Fragen vor allem für Romanisten erörtert.

Den Begriff der Forderungskollision erarbeitete erst die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Wie man das überlieferte Material hierunter fasste und die Forderungskollision in die Privatrechtsgesetzgebung aufnahm, vollzieht das zweite Kapitel nach. Es gibt der Forderungskollision also eine Begriffsgeschichte. Sie endet mit dem Jahrhundert, in dem sie begann, weil das Interesse abflaute, nachdem sich die Väter des Bürgerlichen Gesetzbuchs dagegen entschieden hatten, an den Begriff Rechtsfolgen zu knüpfen. Das Kapitel soll skizzieren, wie die Rechtswissenschaft daran scheiterte, die Probleme der Forderungskollisionen systematisch zu lösen, und damit zugleich der Gegenwart Hinweise darüber geben, wie die richtige Lösung anzupacken ist.

Vor dem Hintergrund der Geschichte entwickeln die folgenden Kapitel ein Modell für die Behandlung von Forderungskollisionen im heutigen deutschen Recht. Dabei gehe ich von der Praxis aus, die es vor allem kohärent zu beschreiben gilt, und mache nur einzelne Anpassungsvorschläge. Der Arbeit geht es nicht um die Ableitung einer Theorie der Forderungskollision aus irgendwelchen Axiomen, sondern um eine pragmatische Darstellung der Rechtslage.

Das dritte Kapitel beleuchtet näher, wie Gläubiger mit ihren Forderungen gegeneinander wetteifern. So verhält es sich stets, solange die Kollision noch latent ist: Die Situation ist noch in Bewegung; ob der Schuldner alle Gläubiger wird befriedigen können oder nicht, steht noch nicht fest. Nach den Vorstellungen, die dem Bürgerlichen Gesetzbuch zugrundeliegen, soll das Recht in den natürlichen Gang der Dinge nicht eingreifen. Doch die unterschiedlichen Wege, die der Wettkampf (gleichbedeutend: Wettlauf, Wettbewerb) nehmen kann, bedürfen – das soll gezeigt werden – stets einer gewissen Gestaltung durch die Rechtsordnung.

Das vierte Kapitel widmet sich der Frage, in welchen Fällen welches Prinzip über die Forderungskollision regiert. Der Wettkampf bildet dabei als Normalzustand den Hintergrund, von dem sich andere Prinzipien abheben. Die Rechtsordnung entscheidet an einem gewissen Punkt, dass sie den Dingen nicht mehr ihren Lauf lassen will. Das erfordert erstens die Feststellung, dass der Schuldner überfordert ist. In dieser Feststellung liegt zumeist auch eine

[104] Für das Konzept des funktionalen Vergleichs siehe *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, § 3 II (33–35).

Prognose: Meist könnten nämlich irgendwelche Glücksfälle noch dazu führen, dass der Schuldner alle Gläubiger befriedigt. Ist der Schuldner hingegen verstorben und wirtschaftet nicht mehr weiter, fällt die Abkehr vom Wettlauf leicht.[105] Zweitens muss die Rechtsordnung beschließen, dass sie an Stelle des Wettlaufs ein anderes Verfahren setzen will, eine Zuteilung, mit der sie entweder den Schuldner oder Dritte betrauen kann. Im Unterschied zum freien Wettlauf gibt die Rechtsordnung hier einen Maßstab vor, anhand dessen sich beurteilt, was im Verhältnis der Gläubigern zueinander wem gebührt. Der Regelfall ist die gleichmäßige Befriedigung aller, an deren Stelle bei unteilbaren Sachen das das Losverfahren treten kann. Aber auch ein Vorzug älterer oder jüngerer Forderungen kommt vor.

Das fünfte Kapitel setzt die Diskussion des vierten Kapitels anhand von problematischen Konstellationen fort, die sich dem bisherigen Muster entziehen. In ihnen erscheinen Wettlauf und Zuweisung eigentümlich ineinander verschränkt. Es geht erstens um die Fälle, in denen das Recht überraschend den Wettlauf und diesen zudem in einer besonderen, verkürzten Form anordnet, bei der nicht die Vollstreckung abgewartet werden soll, sondern Haftungsmasse dem Gläubiger zugewiesen wird, der zuerst ein rechtskräftiges Urteil erwirkt (modifizierter Wettlauf). Zweitens geht es um Fälle, in denen die Gläubiger zunächst – frei oder verkürzt – um die Wette laufen, ein späterer Regress aber das Errungene gleichmäßig verteilt (provisorischer Wettlauf).

Jede Zuweisung, mit der das Recht die isolierte Betrachtung aufgibt, bringt praktische Probleme mit sich. Das sechste Kapitel erörtert die Frage, welche Folgen es hat, wenn der Schuldner anders zuteilt, als das Recht zugewiesen hat oder rückwirkend zuweist. Kann er sich gegenüber einem zurückgesetzten Gläubiger mit dem Hinweis darauf verteidigen, dass er die Leistung bereits erbracht hat? Kann er sie von dem begünstigten Gläubiger zurückfordern? Und kommen direkte Ausgleichansprüche der Gläubiger untereinander in Betracht?

Der Untertitel der Arbeit spricht ihre Grenzen an. Sie ist dem deutschen Privatrecht gewidmet. Die beiden geschichtlichen Kapitel sind Mittel zum Zweck. Andere heutige Rechtsordnungen geraten nur gelegentlich in den Blick; mehrfach das österreichische Recht. Einen systematischen Vergleich hätte die Vielfalt der zu erörternden Fallkonstellationen zu sehr erschwert. Für das deutsche Privatrecht soll immerhin gelingen, der zukünftigen Behandlung von Forderungskollisionen den Grund zu legen. Unabhängig von den vorgeschlagenen Lösungen wäre Entscheidendes erreicht, wenn die Leser die hier hergestellten Zusammenhänge aufnehmen und die einzelnen Probleme zukünftig unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt der Forderungskollision bedenken würden.

[105] Vgl. das Plädoyer des Redaktors *v. Schmitt* für die gleichmäßige Befriedigung der Erbschaftsgläubigers (wiedergegeben im vierten Kapitel bei Fn. 158).

Erstes Kapitel

Das Material des römischen Rechts

I. Einführung

Obwohl schon die römischen Juristen mit kollidierenden Forderungen Probleme hatten, kannten sie die Forderungskollision nicht abstrakt als Problem.[1] Sie diskutierten und entschieden einzelne Fallgruppen, die sich aus heutiger Sicht als Fälle von Forderungskollisionen beschreiben lassen.[2] Diese Texte bilden ein Repertoire von Überlegungen und Lösungen, die die spätere Diskussion zur Forderungskollision prägen. Die Pole dieser Diskussion, Gleichbehandlung und Wettlauf, können sich daher beide auf römische Vorbilder berufen: die *par condicio creditorum* und die *melior condicio occupantis*; die bessere Lage des Zuvorgekommenen. Zugleich entspringt den Quellen aber auch die vielgescholtene Privilegienordnung des gemeinrechtlichen Konkursverfahrens.

Um diese Vorbilder richtig einzuordnen, muss man vor allem drei Unterschiede zwischen dem römischen und dem heutigen Privatrecht im Blick halten. Erstens herrschte Gesamtvollstreckung, im alten Spruchformelverfahren ebenso wie im klassischen Formularverfahren: Kein Gläubiger konnte Zwangsmittel allein zu seinen Gunsten nutzen, die Vollstreckung erlaubte die Teilnahme aller. Sie erfasste den Schuldner als Person oder sein gesamtes Vermögen.[3] Wettlauf mit der Vollstreckung konnte es dabei nicht geben.

Zweitens wurde jeder Gläubiger in Geld abgefunden. Im Spruchformelverfahren löste der Schuldner seine durch das Urteil begründete persönliche Haf-

---

[1] Dass die Quellen weder *collisio* noch *collidere* verwenden, um den Widerstreit subjektiver Rechte zu beschreiben, zeigt *Biscardi*, Il dogma della collisione, 35–46.

[2] Für den Oberbegriff der Rechtskollision hat *Biscardi* eine solche Beschreibung unternommen: Il dogma della collisione; auch *Biscardi* SDHI 4 (1938) 48–508. Ihm geht es allerdings vor allem darum, den Begriff der Kollision an der Vergangenheit zu probieren; der Vergleich der Wertungen tritt in den Hintergrund. Bedenken gegen diese Methode äußern *Grosso* SDHI 2 (1936) 401–406; *Heldrich* ZRG RA 58 (1938) 419–421 (der einen Vergleich der Lösungen für interessanter gehalten hätte; 420).

[3] Hervorgehoben zum Beispiel von *Kaser/Hackl* RZ § 57 I. Zu den methodischen Fragen nun *Albers* in RIDA 71 (2024) und Scritti con Santoro. – Ausnahme: Pfandnahme durch *legis actio per pignoris captionem* (Gaius 4,26–29), dazu *Kaser/Hackl* RZ § 21. Vermeintliche andere Fälle unten Fn. 47. Zur gesonderten Vollstreckung in ein Teilvermögen (*separatio bonorum*), nämlich die Erbschaft oder das *peculium castrense*, unten II.d).

tung, indem er einen Geldbetrag zahlte; im Formularverfahren lautete jedes Urteil von vorneherein auf einen bestimmten Geldbetrag (*condemnatio pecuniaria*).[4] Kam es zur Vollstreckung in die Person, so mussten sich die Gläubiger in den Erlös teilen. Bei der Vollstreckung in das Vermögen wurde es unter den Gläubigern versteigert und wiederum der Erlös verteilt; auch hierbei kam es nicht zur Befriedigung in Natur. Weil das Recht etwaige Interessen an naturaler Erfüllung außer Acht ließ, standen die Juristen nicht vor der Frage, welchem solcher Interessen sie unter mehreren konkurrierenden den Vorzug geben sollten. Kollisionsprobleme der Art „Leistung oder Ersatz" konnten also nur unter besonderen Umständen auftreten: wenn im Formularverfahren die Erfüllung durch Druckmittel indirekt erzwungen wurde,[5] oder in den Prozessen vor kaiserlichen Beamten (*cognitiones*), die sich notfalls unter Einsatz des Militärs tatsächlichen Gehorsam verschafften.[6]

Drittens unterschieden die Römer zwischen Schuldinhalt und Urteilsspruch. Dies ging mit der Geldverurteilung des Formularprozesses notwendig einher. Mit der Prozessformel bestellte der Prätor für einen bestimmten Fall einen Richter, indem er ihn ermächtigte und anwies, den Beklagten bei Vorliegen gewisser Bedingungen in gewissem Umfang zur Zahlung zu verurteilen, andernfalls freizusprechen. Die Bedingungen (*intentiones*) konnten unterschiedlichen Charakter haben.[7] Entweder hatte der *iudex* die Sache in überlieferte Rechtsbegriffe wertend einzuordnen (bei einer *formula in ius concepta*). Wie er bei den *actiones in rem* ein dingliches Recht feststellen musste, so musste er bei Verbindlichkeiten prüfen, ob der Beklagte dem Kläger eine Leistung zu erbringen hatte: Wenn es sich erweist, dass er ihm geben soll …; Was auch immer sich erweist, dass er es ihm nach Treu und Glauben geben, garantieren oder tun soll … (*si paret dare oportere; quidquid paret dare praestare facere oportere ex fide bona*). Oder der *iudex* musste einen in der Formel beschriebenen Sachverhalt ermitteln (bei einer *formula in factum concepta*). Solche Klagen konnte der Prätor *ad hoc* für besondere Fälle maßschneidern, er verhieß sie aber auch abstrakt in seinem jährlichen Edikt.[8] Dort waren sie von den *in ius* konzipierten Formeln nicht geschieden. Vom Bestehen einer Obligation sprach man in der Klassik unabhängig davon, ob eine *in ius* konzipierte Klage zur Verfügung stand, die ein zivilrechtliches *oportere*

[4] Dies belegt vor allem Gaius 4,48. Mehr dazu bei *Albers*, Perpetuatio, 128 f. (zum Legisaktionenverfahren) und 118 f. (zum Formularverfahren).

[5] Wie im Vermächtnisrecht, wenn ein Gegenstand zweimal vermacht war; dazu unter VI.

[6] Zur Entwicklung des Erfüllungszwangs siehe vor allem *Winkel*, Specific Performance.

[7] Über das Folgende siehe Gaius 4,45–47.

[8] Das Beispiel einer ediktalen Klage mit *formula in factum concepta* bietet eine der beiden alternativ zur Verfügung stehenden Klagen für den Verwahrer (siehe Gaius 4,47). – Zur Bedeutung des Ausdrucks *actio in factum* siehe einerseits *Gröschler*, Actiones in factum, und andererseits *Walter*, Funktionen, 48–62.

voraussetzte.[9] In beiden Formeltypen folgte die Verurteilung auf Geld. Sie begründete nach klassischer Doktrin ihrerseits eine Forderung, sodass der Prozess insgesamt wie eine Novation beschrieben werden konnte: An die Stelle der Klagforderung trat die auf Ersatz gerichtete Judikatsschuld; eine besondere Geldforderung, auf deren Grundlage eine Vollstreckungsklage betrieben werden konnte.[10] Zwischen der ursprünglichen Forderung und dem späteren Vollstreckungsgeschehen lagen Welten, die verschwunden sind, wenn uns heute der materielle Anspruch vorgibt, was der Kläger beantragt, was der Richter tenoriert und was vollstreckt wird. Diese Orientierung des materiellen Rechts an der Vollstreckung erklärt, warum nach heutigem Recht die Unmöglichkeit der Leistung schon das Bestehen eines Anspruchs ausschließen soll (§ 275 Abs. 1 BGB in der seit 2002 geltenden Fassung). Hingegen war ein so verstandener Grundsatz *impossibilium nulla obligatio* dem römischen Recht fremd:[11] Da der Prozess ohnehin nicht bewirken konnte, dass eine geschuldete Handlung tatsächlich vorgenommen wurde, bestand auch kein Anlass, bei der Entscheidung darüber, ob eine Schuld bestand, auf die Möglichkeit ihrer Vornahme zu schielen. Für die Urteilssumme haftete der Schuldner nicht nur mit Hab und Gut, sondern notfalls mit Leib und Leben, weswegen der Richter auch bei der *condemnatio* die Leistungsfähigkeit des Beklagten nicht beachtete. Nur aus bestimmten, wenigen Schuldverhältnissen wurden Schuldner lediglich bis zur Grenze desjenigen verurteilt, was sie leisten konnten oder vermochten (Verurteilung *in id quod facere potest*, sogenanntes *beneficium competentiae*). Daraus ergab sich eine eigenartige Konstellation asymmetrischer Kollision, weil der Klagerfolg dieser Forderungen durch andere, nicht derartig geschwächte Forderungen gefährdet wurde, ohne selbst deren Klagerfolg gefährden zu können.

Die Irrelevanz der Unmöglichkeit bedeutete nicht, dass der römische Schuldner stets garantiert hätte, auch dann zu leisten, wenn Hindernisse auftraten, die das erschwerten. Im Gegenteil haftete er regelmäßig nur bei Verschulden und wurde durch unglückliche Zufälle (*casus*) von der Obligation befreit, insbesondere auch durch höhere Gewalt.

---

[9] Die „attrazione dell'*actione (praetoria) teneri* nell'*obligari*" beschreibt *Cardilli* in seiner Studie über die *obligationes honorariae* in AUPA 61 (2018) 9–34 (13).

[10] Gaius 3,180 zitiert ein altes Juristenwort, wonach der Schuldner vor Prozessbeginn leisten solle, danach verurteilt werden und nach der Verurteilung den Urteilsspruch befolgen: *… ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere*; dazu *Albers*, Perpetuatio, 143 f. Zur Judikatsschuld *Salomone*, Iudicati velut obligatio.

[11] Dazu *Jakobs*, Unmöglichkeit, 173–188; *Schermaier*, AUPA 51 (2006) 241–268; denen ich mich angeschlossenen habe: Perpetuatio, 93 f., 98 f., 296–298, 322–350, insb. 323 zu Celsus (8 *digestorum*) D. 50,17,185: *Inpossibilium nulla obligatio est*. – Eine andere Auffassung ist verbreitet (besonders ausgeprägt bei *Harke*, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung); ihr folgt ohne Erwähnung der Gegenmeinung auch *Stockebrand* in HRP, § 68 Rn. 19 (wo es statt „vorübergehende" wohl „nachträgliche" Unmöglichkeit heißen muss).

Hatten mehrere Gläubiger etwas aus einer beschränkten Gattung zu fordern, konnte sich daher auch im römischen Recht das Verteilungsproblem stellen, das vom Reichsgericht im Zuckerrübensamenfall aufgeworfen wurde.[12] Wie die römischen Juristen darüber entschieden haben, lässt sich allerdings nur erahnen.[13] Viel mehr erfahren wir über andere Fällen, in denen die Haftung nicht durch den Charakter der Obligation begrenzt wurde, sondern dadurch, dass der Gläubiger von vorneherein nur in beschränktem Maße zwangsweise zugreifen konnte: bei den durch Gewaltunterworfene begründeten Verbindlichkeiten. Aus ihren Rechtsgeschäften schuldeten sie selbst unbegrenzt, doch beschränkte der Prätor die Ermächtigung, den Herrn deswegen zu verurteilen. Die Haftung für ihre Delikte konnte der Herr abwenden, indem er sie preisgab.

Das Risiko, dass ein Gläubiger leer ausgeht, weil ein anderer befriedigt wird, ergab sich auch in Rom daraus, dass der Schuldner nicht leisten konnte oder nur eingeschränkt haftete. Im römischen Recht schlug sich die bloße Begrenztheit seiner Mittel erst in der Vollstreckung (II.) nieder, eine Begrenzung seiner Haftung häufig in der Verurteilungsermächtigung – so bei der Haftung für Gewaltunterworfene (III.) und der Haftung nach dem Vermögen (IV.). Nur vereinzelte Zeugnisse haben wir dafür, dass das, was zwischen dem Schuldner und einem seiner Gläubiger geschah, den zivilrechtlichen Bestand der Forderung eines anderen beeinflusste (V.); sie belegen aber, dass ein solcher Einfluss den Römern nicht unbekannt war. Ein Konflikt des Typs „Leistung oder Ersatz“ findet sich aus den angesprochenen prozessualen Gründen nur ausnahmsweise (VI.).

II. Verteilung durch Vollstreckung

Zur Vollstreckung, die sich grundsätzlich gegen seine Person oder das gesamte Vermögen richtete, wird es ein Römer nur kommen lassen haben, wenn er seine Schulden nicht bezahlen konnte. Die römischen Vollstreckungsverfahren zielten im Grundsatz auf die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger.

1. Personalvollstreckung

Auch die alte Vollstreckung in die Person diente dazu, die Gläubiger zu befriedigen: Der verknechtete Schuldner sollte von Verwandten oder Freunden ausgelöst werden oder seine Schulden abarbeiten. Wie dabei zwischen mehreren verteilt wurde, darüber wissen wir wenig. Die Quellen zeugen von Zwölftafelsätzen, die einen Kreditgeber zunächst als einzelnen ansprachen und ihm vorschrieben, wie er den ihm zugesprochenen Schuldner zu behandeln hatte. Wa-

[12] Siehe in der Einleitung bei Fn. 30.
[13] Dazu die unten unter V.3 zum Fall des Saufeius angestellten Überlegungen.

ren alle Fristen abgelaufen, durfte der Verurteilte ins Ausland als Sklave verkauft oder getötet werden. Nur für diesen letzten Fall ist die Rede von mehreren Gläubigern: Sie sollten seinen Körper zerschneiden und unter sich aufteilten. Unsere Gewährsmänner selbst, Schriftsteller aus der Kaiserzeit, schaudern über die Regel.[14]

Das meiste erfahren wir aus dem Bericht von Aulus Gellius aus der Mitte des zweiten Jahrhunderts nach Christus. In seiner Gegenwart sollen sich der Jurist Sextus Caecilius [Africanus][15] und der Philosoph Favorinus über die Qualität der Zwölftafeln gestritten haben, während alle drei auf dem Palatin darauf warteten, beim Kaiser vorgelassen zu werden.[16] Die Diskussion erhob sich, nachdem der Jurist die klare Sprache des Gesetzes gelobt hatte. Der Philosoph hatte die alten Vorschriften auch studiert und merkte an, manche wirkten dunkel, andere viel zu hart, wieder andere zu milde. Als Gipfel der Härte erschien ihm, den Körper eines Schuldners zu zerschneiden und zu zerteilen, der wegen aufgenommener Kredite mehreren Gläubigern zugesprochen sei. Nichts könne unmenschlicher sein, als die Glieder des Unglücklichen auf die Weise zu zerlegen und zu verkaufen, wie man in der Gegenwart seine Güter verkaufe.[17] Die Schändung der Leiche empörte Favorinus wohl noch mehr als die Tötung. Gekränkt verteidigte der Jurist sein Gesetz: Das römische Volk hätte eben schon immer viel auf die Treue (*fides*) gegeben. Strenge gegen untreue Schuldner habe man für nötig gehalten, damit an Notleidende überhaupt noch Kredite vergeben würden.[18] Er scheue auch nicht davor, die Regel wörtlich zu zitieren: *tertiis nundinis partis secanto. si plus minusve secuerunt, se fraude esto*.[19] Am dritten Markttag sollen Stücke geschnitten werden. Wenn sie mehr oder weniger schneiden, soll es ohne Nachteil sein.

Die meisten modernen Autoren akzeptieren die römische Lesart. Man vermutet in dem abgeschnittenen Körperteil ein Unterpfand, das Angehörige auslösen mussten, wenn sie den Schuldner begraben wollten.[20] Dass der Satz sich nicht auf den Körper, sondern auf als Preis für den Schuldner erhaltenes Kupfer bezieht,[21] ist nicht wahr-

[14] Quintilian 3,6,83–84: *quam legem mos publicus repudiavit;* Tertulian, *Apologeticum* 4, 9: *consensu tamen publico crudelitas ostea erasa est*. Cassius Dio 4,17,8 findet Trost in der Überzeugung, dass eine so grausame Regel gewiss niemals angewendet wurde.

[15] Zur heute anerkannten Identität dieses Sextus Caecilius mit Sextus Caecilius Africanus, dem Schüler Julians, siehe *Liebs* ZRG RA 107 (1990) 371 f.; *Liebs* in: HLL 4 § 415.2 A.

[16] Gellius 20,1; dazu zuletzt *Schanbacher*, Rechtslehre Afrikans; *Heepe* ZRG RA 136 (2019) 271–295.

[17] Gellius 20,1,19: *Nam de inmanitate illa secandi partiendique humani corporis, si unus ob pecuniam debitam iudicatus addictusque sit pluribus, non libet meminisse et piget dicere. Quid enim videri potest efferatius, quid ab hominis ingenio diversius quam quod membra inopis debitoris acerbissimio laniatu distrahebantur, sicuti nunc bona venum distrahuntur?*

[18] Gellius 20,1,39–41.

[19] Gellius 20,1,49. In den modernen Rekonstruktionen wird diese Vorschrift als Tab. 3,6 geführt. Dazu etwa *Crawford*, Roman Statutes II, 629.

[20] *Kaser* RZ § 20 VIII 2. – Zeugnisse über die Haftung des Leichnams in anderen Kulturen gibt *Kohler*, Shakespeare, 19 f., 30 f.

[21] *Flach*, Zwölftafelgesetz, 194 f.; zustimmend *Kaser/Hackl*, RZ § 20 VII 1. – Weitere Deutungen bei *Varvaro* in HRP § 9 Rn. 66 mit Anm. 127; *Willems* in HRP § 14 Rn. 2 Anm. 13.

scheinlich: Davon hätte bestimmt kein Gläubiger mehr abschlagen dürfen, als ihm zustand. Die Römer des Prinzipats werden ihre Geschichte gekannt haben. Rätselhaft bleibt allerdings, dass keine Quelle von der Tötung eines Schuldners erzählt, im Gegenteil auch Sextus Caecilius unter dem Beifall seiner Zuhörer bemerkte, nie von einem solchen Fall gehört oder gelesen zu haben.[22] Er sah sich und seine Zwölftafeln dadurch bestätigt: Gerade die Androhung einer so unmenschlichen Strafe habe bewirkt, dass sie nie verhängt werden musste.[23] *Okko Behrends* spekuliert, die Interpreten könnten sich mit dem Schneiden eines Abbildes oder der Haare oder Fingernägel begnügt haben.[24]

Für die Geschichte der Forderungskollision beweist der Zwölftafelsatz, dass auch die Personalhaftung der Frühzeit vorsah, dass die Gläubiger des Schuldners gemeinsam vollstreckten. Mussten sie also nicht um die Wette laufen? Die römischen Schriftsteller zögerten nicht, Parallelen zur klassischen Vollstreckung zu ziehen: Bei Gellius stellt Favorinus sich vor, dass die Körperstücke wie Vermögensgegenstände verkauft werden konnten, und Cassius Dio nimmt für selbstverständlich, dass die Gläubiger den Körper in dem Verhältnis zu teilen hatten, in dem ihre Forderungen zueinander standen.[25] Schon ihnen steht das Bild von einem „Konkurse der Glieder des Schuldnerleibes“[26] vor Augen.

Die Gleichbehandlung bei der Zerteilung der Leiche lässt vermuten, dass auch von der Arbeitsleistung oder dem Verkauf alle Gläubiger profitierten, doch bleibt die Ausgestaltung offen.[27] *Behrends* vermutet, dass die Zehnmänner die Teilung nur deswegen auf die Leiche bezogen, weil man den Lebenden nicht mehreren Gläubigern gemeinsam zusprechen konnte, sondern eindeutig einer Hausgewalt unterwerfen musste.[28] Gellius hatte das anders beschrieben; für ihn ging es gerade um einen Konflikt zwischen mehreren, denen der Schuldner sämtlich verurteilt und zugesprochen worden war.[29]

Ein kleiner Wettlauf blieb: Immerhin das Urteil mussten die Gläubiger erwirken, solange die Vollstreckung andauerte, um an ihr noch teilnehmen zu können. Außerdem sprechen unserer Quellen ausdrücklich nur von der Haftung

[22] Gellius 20,1,52: *Dissectum esse antiquitus neminem equidem neque legi neque audivi, quoniam saevitia ista poenae contemni non quitast.* Zum Beifall Gellius 20,1,55. Siehe auch die Zeugnisse Fn. 14.

[23] Gellius 20,1,50: *Nihil profecto inmitius, nihil inmanius, nisi, ut reapse apparet, eo consilio tanta inmanitas poenae denuntiatast, ne ad eam umquam perveniretur.*

[24] *Behrends*, Zwölftafelprozeß, 145 f.

[25] Cassius Dio 4,17,8. – Auch *Behrends*, Zwölftafelprozeß, sieht eine „klar[e] Entscheidung für eine *par condicio creditorum*“ (143 f., auch 147 Fn. 174).

[26] *Kohler*, Shakespeare, 32.

[27] Zur späteren Praxis sogleich bei Fn. 36.

[28] *Behrends*, Zwölftafelprozeß, 144 f.

[29] In den Worten des Philosophen: *si unus ob pecuniam debitam iudicatus addictusque sit pluribus* (oben Fn. 17) und des Juristen: *Nam si plures forent, quibus reus esset iudicatus, secare, si vellent, atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt* (Gellius 20,1,48). Die anderen Quellen haben diesen Hinweis nicht.

für Darlehen. Wie eine eventuelle deliktische Haftung damit konkurrierte, wissen wir nicht.[30]

In den folgenden Jahrhunderten wurde die Personalvollstreckung durch eine direkt auf das Vermögen des Schuldners gerichtete Vollstreckung zurückgedrängt und gemildert, aber nie ganz verdrängt. Möglicherweise befreite schon die *lex Poetelia* (326 oder 313 vor Christus) römische Bürger davon, für Kredite in Haft genommen zu werden.[31] Eine wichtige Folge blieb der Ehrverlust (*infamia*).[32] Doch erlaubte eine *lex Iulia de bonis cedendis* manchen Schuldnern, jeden Zwang abzuwenden, indem sie all ihre Güter den Gläubigern übertrugen.[33] Andererseits soll noch der Jurist Sextus Caecilius [Africanus] das grausame Zwölftafelrecht mit dem Argument gegen den Philosophen verteidigt haben, dass sich gegenwärtig viele Schuldner zusprechen und in Fesseln schlagen ließen, weil gerade den schlechtesten Menschen die Fesseln wenig ausmachten.[34]

Zielte die spätere Personalvollstreckung allein auf die Arbeitskraft, so stellte sich die Frage, wem sie zugute kommen sollte, schärfer als in einer Zeit, in der

[30] Nach *Behrends*, Zwölftafelprozeß, 148, stehen deliktische Verfahren und Kreditvollstreckung getrennt nebeneinander. Er hält für unwahrscheinlich, „daß eine Bußforderung zu einer Konkursquote berechtigte, da dann die Gläubigerschaft mit Recht das Gefühl gehabt hätte, für den Delinquenten zu büßen".

[31] Die Frage ist sehr umstritten. Nach der wohl herrschenden Lehre soll das Gesetz nur die durch Vereinbarung begründete Schuldknechtschaft (das *nexum*) abgeschafft und allenfalls verboten haben, den zugesprochenen Schuldner zu fesseln (*Kaser/Hackl* RZ § 20 VIII 2 und § 56 IV mit Fn. 37). Diese Lehre misstraut der allgemeineren Behauptung von Livius 8,28: *Victum eo die ob impotentem iniuriam unius ingens vinculum fidei iussique consules ferre ad populum ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret in compedibus aut in neruo teneretur; pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necterentur.* Dafür besteht aber kein hinreichender Grund, wie die Rekonstruktionen von *Behrends*, Zwölftafelprozeß, 159–171, und *Klinck* ZRG RA 130 (2013) 393–404 zeigen. Beide stützen sich außerdem auf Varro, *de lingua latina* 7, 105, wonach die Schuldner einen „bona copia"-Eid ablegen mussten, um frei zu werden: *Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia qum debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum non fieret; et omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti*. Darunter versteht *Behrends* den Schwur, sich dem Gläubiger „zur Verfügung zu halten", also die Schuld als freier Mann abzuarbeiten; *Klinck* hingegen den infamierenden Eid, kein Vermögen zu haben. Andere meinen, der Schuldner hätte gerade seine Solvenz beeiden müssen (so etwa *Woeß* ZRG RA 43 [1922] 521 f.) oder seine Güter offenbaren und versprechen, sie dem Gläubiger zwecks Anrechnung zu einem bestimmten Wert zur Verfügung zu stellen (so zuletzt *Zambotto*, Nexum, 304 f., 326). Eine Entwicklung vom Solvenz- zum Insolvenzeid sieht *Willems* in HRP § 14 Rn. 3.

[32] *Klinck* ZRG RA 130 (2013) 404. Mehr zur Infamie sogleich Fn. 45.

[33] Siehe zur *cessio bonorum* unten im Rahmen der Vermögensvollstreckung. Zur Abwendung der Personalvollstreckung Fn. 49.

[34] Gellius 20,1,51: *Addici namque nunc et vinciri multos videmus, quia vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt*. – Weitere Quellen belegen den Bestand der Pesonalexekution; dazu *Woeß* ZRG RA 43 (1922) 485–529 (487–496); *Pakter* Index 22 (1994) 323–342 (327 f.); *Kaser/Hackl* RZ § 56 IV.

vermutlich jeder Gläubiger erwirken konnte, dass der Schuldner zugunsten aller verkauft oder getötet werde. Für die Zuordnung des *iudicatus* zu einem einzigen Haushalt spricht, dass Gaius ihn als mögliches Objekt eines Diebstahls neben die Hauskinder und die gewaltunterworfene Ehefrau stellt.[35] Einzelne Quellen deuten darauf, dass Gläubiger darum wetteiferten, wer zuerst die Vollstreckungsklage gewann – mutmaßlich, damit der Schuldner ihnen zugesprochen werde.[36]

2. Vermögensvollstreckung

Über die spätere Vermögensvollstreckung wissen wir mehr.

a) Verwertung durch venditio bonorum

Zweifelhaft bleibt allerdings, ob sie wirklich erst vom Praetor Rutilius Rufus eingeführt wurde, also um 100 vor Christus, wie Gaius vom Hörensagen berichtet.[37] Eher gab er ihr die spätere Gestalt.[38] Danach konnte sich ein Vollstreckungsgläubiger beim Prätor in die Verwaltung des Schuldnervermögens einweisen lassen (*missio in bona*). Dies wurde öffentlich bekannt gemacht. Die Gläubiger, die sich binnen 30 Tagen gemeldet hatten, bestimmten für die Verwertung einen Geschäftsführer (*magister bonorum*), der die Aktiva versteigerte (*venditio bonorum*).[39] Die herrschende Lehre nimmt an, dass dabei Quo-

[35] Gaius 3,199; darauf verweist *Behrends*, Zwölftafelprozeß, 170 f., 177.

[36] Auf einen Konflikt der Gläubiger bei der *actio iudicati* deutet die Aussge, dass es dabei nicht darauf ankam, wer zuerst das Urteil im Erkenntnisverfahren erstritten hatte; Julian (45 *digestorum*) D. 42,1,61: *In iudicati actione non prius ratio haberi debet eius, cui prior reus condemnatus fuerit*. Dabei kann es nur um die Personalvollstreckung gegangen sein, wie *Behrends*, Zwölftafelprozeß, 178 Fn. 324 und 199 Fn. 452a bemerkt. Er weist auch auf Ulpian (3 *disputationum*) fragm. Argent. rectum I^A (unten Fn. 282), wo ebenfalls die Frage aufscheint, welche von zwei Gläubigerinnen zuerst die Personalvollstreckung betreiben wird. Zu Unrecht nimmt *Behrends* diesen Text allerdings als Beleg dafür, dass regelmäßig den Ausschlag gegeben habe, wer die *actio iudicati* zuerst erhoben habe (der Zeitpunkt der *litis contestatio*). Der zitierte Auszug *etiamsi altera postea litem sit contestata* beschreibt erstens keine Ausnahme und bezieht sich zweitens auf ein ganz anderes Problem, nämlich die Schwächung beider Forderungen durch dasselbe *beneficium competentiae*.

[37] Gaius 4,35 anlässlich der Klage, die dem Käufer der Insolvenzmasse gegen deren Schuldner gewährt wird: … *quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, conparata est*. – Zur *venditio bonorum Giuffrè*, Fuori dal novero dei vivi.

[38] Nach dem Zeugnis von Livius: *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset* (Fn. 31) wurde schon durch die *lex Poetelia* eine Vermögenshaftung eingeführt.

[39] Einen zusammenhängenden, wenn auch lückenhaften Bericht über verschiedene Formen der *venditio bonorum* gibt Gaius 3,78–81. Dort heißt es zu dem hier geschilderten Vorgang: *Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum: vivorum, velut eorum, qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur; item eorum, qui ex lege Iulia bonis cedunt;*

ten geboten wurden, sodass gewann, wer den Gläubigern die höchste Quote auf die gemeldeten Forderungen zu zahlen bereit war.[40] Dagegen und für ein Gebot mit einem Geldbetrag spricht, dass aus dem Erlös verschiedene Gläubiger in bestimmter Reihenfolge vorab befriedigt wurden, also für die einfachen Gläubiger gar keine Quote übrigbleiben musste.[41] Die Gläubiger konnten sich auch auf andere Formen der Verwertung einigen.[42]

Dass den Gläubigern vor den Verwandten und diesen vor Außenstehenden beim Bieten ein Vorrang zugesprochen wurde,[43] bedeutete wohl nicht mehr, als dass die nachgenannten die vorderen überbieten mussten, um zum Zuge zu kommen.[44] Die Forderungen gingen nur unter, soweit sie befriedigt wurden; wegen der bleibenden Schuld konnten die Gläubiger später erneut gegen den Schuldner vollstrecken.[45] Wie in der Personalvollstreckung verlor der

---

item iudicatorum post tempus, quod eis partim lege XII tabularum, partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur […]. [3, 79]: *Si quidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi […]; postea iubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum, per quem bona veneant … […].*

[40] *Kaser/Hackl* RZ § 58 I 4 (mit Anm. 16). Angeführt wird hierfür Seneca, *De beneficiis* 4,39,2: *et appellare debitorem ad diem possum et, si fore cesserit, portionem feram* und Gaius 2,155: *pro portione bona venierint*. Nach Theophilus 3,12 pr. haftete der Ersteigerer den Gläubigern für einen Anteil ihrer Forderungen (nuancierend *Behrends*, Zwölftafelprozeß, 190 mit Anm. 397). – Mit dieser Lehre geht auch *Willems* in HRP § 14 Rn. 15.

[41] Ausbuchstabiert hat diese Überlegung zuletzt *Forster*, Konkurs, 110–113. Siehe aber bereits *Behrends*, Zwölftafelprozeß, 190 mit Anm. 399: „Gesteigert wurde, wie ja auch praktisch nur vernünftig, also um einen Pauschpreis". Er schließt dies aus Cicero, *pro Quinctio* 50, wonach der Auktionator *pretium conficit*. Ebenso auch die spanische Schule: bereits *X. D'Ors*, Interdicto fraudatorio, 92 f., und vor dem Hintergrund der Rollen des *magister bonorum* und des *bonorum emptor* vor allem *Ángeles Soza*, Procedimiento concursal, 197–226. – Zu der Verteilungsordnung gleich unter 3.

[42] Verkauf der einzelnen Vermögensgegenstände durch einen *curator* bei Julian (47 *digestorum*) D. 42,7,5.

[43] Vor allem Gaius (24 *ad edictum provinciale*) D. 42,5,16: *Cum bona veneunt debitoris, in comparatione extranei et eius, qui creditor cognatusve sit, potior habetur creditor cognatusve, magis tamen creditor quam cognatus, et inter creditores potior is, cui maior pecunia debebitur.*

[44] *Kaser/Hackl* RZ § 58 Anm. 17; dem folgt *Willems* in HRP § 14 Rn. 15.

[45] Anlässlich einer Ausnahme bestimmt Gaius 2,155 den Grundsatz: *… cum ceterorum hominum, quorum bona venierint pro portione, si quid postea adquirant, etiam saepius eorum bona veniri solent*. Zu der Ausnahme unten Fn. 52. Näher erläutert noch Modestin (2 *pandectarum*) D. 42,3,7: *Si debitoris bona venierint, postulantibus creditoribus permittitur rursum eiusdem debitoris bona distrahi, donec suum consequantur, si tales tamen facultates adquisitae sunt debitori, quibus praetor moveri possit.* – Dem Frühklassiker Mela zufolge wurden allerdings gegen den Bankrotteur aus alten Sachverhalten nach dem Ende des Verfahrens keine Klagen mehr eingesetzt: *… nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum venditionem daretur et iniquum esset actionem dari in eum, cui bona ablata essent*. Dies berichtet Venuleius (6 *interdictorum*) D. 42,8,25,7 und hält es bei deliktischer Gläubigerschädigung für falsch. Dass Mela keine Klage geben wollte, die nutzlos bleiben musste, weil nichts zu holen war, meint *Lenel* EP 430 f. Zu Unrecht beruft er sich auf Gaius (4 *ad edictum provinciale*) D. 4,3,6: *Nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est*. Dabei geht es nur um die Grenzen der Subsidiarität der *actio de dolo*. Immerhin las-

Schuldner auch durch die *venditio bonorum* seine bürgerliche Ehre und wurde infam.[46]

Bei bestimmten schutzwürdigen Schuldnern – Geisteskranken und Senatoren – wurde das Vermögen nicht *en bloc*, sondern unter Meidung der Infamie Stück für Stück verkauft, ein etwaiger Überschuss blieb beim Schuldner.[47] Zur Zeit Justinians wurde das Vermögen stets den Gläubigern zur Verwertung überlassen (*distractio bonorum*).[48]

---

sen Gaius 2,155 und Modestin erkennen, dass eine neue Vermögensvollstreckung nur eingeleitet werden sollte, wenn der Schuldner wieder irgendetwas erlangt hatte. – Es gibt aber Hinweise darauf, dass der Schuldner nach dem *edictum perpetuum* aus Altforderungen immerhin für das erste Jahr nach der *venditio* nur in den Grenzen des für ihn Machbaren verurteilt wurde (dazu unten bei Fn. 253). Darauf deutet ein Umkehrschluss aus Paulus (2 *manualium*) D. 42,1,51 pr.: *Si quis dolo fecerit, ut bona eius venirent, in solidum tenetur* und die Konstitution Diokletians C. 7,75,6: *Si actu sollemni praecedentem obligationem peremisti, perspicis adversus fraudatorem intra annum in quantum facere potest vel dolo malo fecit, quo minus possit, edicto perpetuo tantum actionem permitti*, zu deren Deutung durch *Lenel* EP 431 f. ich keine Alternative sehe. Ihm folgt auch *Gildemeister*, Beneficium competentiae, 36–38. *Marrone* AUPA 36 (1976) 14–18 präzisiert, dass der Schuldner in diesem Zeitraum auch gegen Vollstreckungsversuche der Gläubiger geschützt worden sein wird, die bereits Urteile erlangt oder die *actio iudicati* betrieben hatten.

[46] *Ignominia* oder *infamia* sind zunächst gesellschaftliche Urteile. Noch bevor sie die Worte in Normtexten einsetzen, beschreiben die Juristen damit Tatbestandsmerkmale mancher Rechtssätze, die wieder an rechtliche Vorgänge anknüpfen können. Die gemeinsame Bezeichnung verdeckt, dass die erfassten Sachverhalte sich zwar überlappen, aber nicht decken müssen. Überzeugend dazu *Wolf* ZRG RA 126 (2009) 55–113 auf der Grundlage von *Kaser* ZRG RA 73 (1956) 220–278. Vgl. nun *Scheibelreiter* in RAC s.v. Schande; *Willems* in HRP § 28. – Nach der *lex Iulia Municipalis* darf in einer Stadt unter anderem der keine Ämter besetzen, … *quoiusve bona ex edicto eius, qu<ei> i(ure) d(eicundo praefuit praefuerit, praeterquam sei quoius, quom pupillus esset reive publicae caussa abesset neque d(olo) m(alo) fecit fecerit quo magis r(rei) p(ublicae) c(aussa) a(besset), possessa proscriptave sunt erunt* … (*Crawford*, Roman Statutes I, 367, Zeilen 115–118). Dass der Prätor in seinem Edikt dasselbe Kriterium anlegte und die Vollstreckungsschuldner davon ausschloss, für andere vor Gericht aufzutreten – so ergänzt *Lenel* EP 79 den Katalog aus D. 3,2,1 –, ist bloße Vermutung. Gestützt wird sie durch die allgemeine Formulierung bei Gaius 2,154: … *ignominia, quae accidit ex venditione bonorum* … (Text unten Fn. 64) – Nicht schon die materielle Insolvenz, erst das Verfahren löste derartige Rechtsfolgen aus; überzeugend *Kroppenberg*, Insolvenz, 285–333 und 270 mit Fn. 70; *Hackl* ZRG RA 122 (2005) 341. Wenn nach Cicero, *Pro Quinctio* 49 f. die schuldlose Insolvenz nicht infamiert, so erlaubt dies keinen zwingenden Schluss auf die schuldhafte.

[47] Zum *furiosus* Ulpian (59 *ad edictum*) D. 42,4,7,10–11; ähnlich beim *pupillus* als Erben Paulus (58 *ad edictum*) D. 42,5,6 pr. Für Personen von senatorischem Rang Gaius 9 *ad edictum provinciale* D. 27,10,5: *Curator ex senatus consulto constituitur, cum clara persona, veluti senatoris vel uxoris eius, in ea causa sit, ut eius bona venire debeant: nam ut honestius ex bonis eius quantum potest creditoribus solveretur, curator constituitur distrahendorum bonorum gratia vel a praetore vel in provinciis a praeside*. – Zusammengestellt sind diese Fälle bei *Kaser/Hackl* RZ § 60 und *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, § 10 Rn. 10, werden dort allerdings wenig überzeugend als Einzelvollstreckung charakterisiert: Auch hier vollstreckt die Gesamtheit der Gläubiger in das gesamte Vermögen des Schuldners.

[48] Inst. 3,12 pr.: … *sed cum extraordinariis iudiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt et tantummodo creditoribus datur offi-*

b) Freiwilliges Verfahren (cessio bonorum)

Eine etwaig drohende Personalvollstreckung[49] sowie einige Härten der *venditio bonorum* konnte der Schuldner im Prinzipat vermeiden, indem er das zur Versteigerung führende Verfahren selbst einleitete. Mit einer *lex Julia de bonis cedendis*[50] erlaubte dies vermutlich Augustus.[51] Nach Abschluss der *venditio* wurden diese Schuldner in späteren Prozessen wegen der dabei offen gebliebenen Restbeträge nur in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit verurteilt, konnten also nicht erneut in den Konkurs getrieben werden.[52] Jedenfalls seit Alexander Severus schützte den Schuldner diese freiwillige Übertragung seiner Güter an die Gläubiger (*cessio bonorum*) vor der Infamie.[53] Dass die *cessio* von besonderen Voraussetzungen abgehangen hätte, bezeugen die Quellen nicht direkt. Gleichwohl wird dies vermutet, vor allem deswegen, weil man sich

---

cio iudicis bona possidere et prout eis utile visum fuerit ea disponere, quod ex latioribus digestorum libris perfectius apparebit. Näher Justinian C. 7,72,10 [a. 532]; dazu *Kaser/Hackl* RZ § 96 V bei Anm. 37. – Gegen die Überweisung an einen Gläubiger unter Hinweis auf die bessere Stellung von Pfandgläubigern und die durch den Verkauf der Güter zu realisierende Gleichbehandlung aller übrigen Diokletian/Maximian C. 7,72,6: (pr.) *Pro debito creditores addici sibi bona debitoris non iure postulant. unde si quidem debitoris tui ceteri creditores pignori res acceperunt, potiores eos quam te chirographarium creditorem haberi non ambigitur.* (§ 1) *Quod si specialiter vel generaliter nemini probentur obligatae ac sine successore communis debitor vel heres eius decessit, non dominii rerum vindicatione, sed possessione bonorum itemque venditione aequali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli potest*.

[49] Alexander C. 7,71,1 [a. 223]: *Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sint liberati. in eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem*; Justinian C. 7,71,8 pr. [a. 531–532]: *… salva eorum videlicet existimatione et omni corporali cruciatu semoto …*

[50] Gaius berichtet in 3,78 über den Verkauf des Vermögens derer, *qui ex lege Iulia bonis cedunt* (im Zusammenhang Fn. 39).

[51] So *Kaser/Hackl* RZ § 61 mit Anm. 2; *Behrends*, Zwölftafelprozeß, 175; tendenziell auch *Segura*, Cessio bonorum, 9–20. – An eine Maßnahme Caesars, die durch *ius honorarium* umgesetzt wurde, denkt *Giuffrè*, Spolazione.

[52] Ulpian (59 *ad edictum*) D. 42,3,4: (pr.) *Is qui bonis cessit si quid postea adquisierit, in quantum facere potest convenitur.* (§ 1) *Sabinus et Cassius putabant eum qui bonis cessit ne quidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari*; auch Inst. 4,6,40. Näheres bei *Marrone* AUPA 36 (1976) 18–47; *Gildemeister*, Beneficium competentiae, 33–36. Siehe noch unten bei Fn. 253. Der Grundsatz bei der *venditio bonorum* war anders, siehe oben Fn. 45. – Außerdem wurde gegen ihn nicht erneut vollstreckt, wenn er nur das für sich selbst Nötigste erworben hatte, Ulpian (64 *ad edictum*) D. 42,3,6: *Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid post bona sua vendita adquisivit, iterum bona eius non veneunt […]*; dazu *Marrone* 32–35. Entgegen *Gildemeister* 59–61 steht hier nicht, dass in solchen Fällen schon kein Urteil erging.

[53] Alexander C. 2,11,11 [a. 223]: *Debitores qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt*. – Dass erst diese Konstitution die Zedenten von der Infamie befreite, vermutet bei aller Vorsicht *Segura*, Cessio bonorum, 46–48; wohingegen die wohl herrschende Meinung annimmt, dass die *cessio bonorum* schon immer mit diesem Vorteil einherging (*Behrends*, Zwölftafelprozeß, 175) oder er ihr alsbald beigelegt wurde (*Kaser/Hackl* RZ § 61 mit Anm. 4: „vielleicht nicht schon das Gesetz, sondern erst der Prätor eingeführt"). Unentschieden *Klinck* ZRG RA 130 (2013) 404.

nicht anders erklären kann, warum nicht alle Schuldner dazu Zuflucht nahmen.[54] Die überwiegende Lehre nimmt an, dass der Prätor die *cessio* nur erlaubte, wenn das Vermögen durch Unglück verfallen war, der Schuldner also die Insolvenz nicht verschuldet hatte.[55] Dass die *cessio* immerhin ausgeschieden sei, wenn der Schuldner seine Gläubiger arglistig habe schädigen wollen, meinen andere.[56] Manche vermuten außerdem, dass eine gewisse Masse notwendig war, damit sich das Verfahren lohnte.[57]

Zwingend sind diese Annahmen nicht. Heute werden Insolvenzen einfach deswegen verschleppt, weil die Schuldner meinen, es werde sich noch alles zum Guten wenden.[58] Obwohl einem Römer die *cessio* offenstand, mochte er dazu neigen, seine Gläubiger so lange zu vertrösten, bis einer genug hatte und die *missio in bona* begehrte. Dass weiterhin Gläubiger vollstreckten, sogar die Personalexekution fortbestand, ist also durchaus mit der Annahme vereinbar, dass jeder Schuldner sich in die *cessio* hätte flüchten können: Es kam einfach

[54] Dieses Argument bringen auch *Jolowicz/Nicholas*, Historical Introduction, 218 Fn. 5: „there certainly must have been exceptions, for otherwise all insolvent debtors would have made *cessio*". Hiergegen will *Pakter* Index 22 (1994) 323–342 (329) einwenden, die *cessio* habe auch Gläubigerinteressen gedient; doch das trifft den Punkt nicht.

[55] *Wlassak* in RE 3, 2 (1899) s.v. *cessio bonorum*, Sp. 1996; *Kaser/Hackl* RZ § 61 mit Anm. 5. Diese Lehre beruft sich auf einen Text Senecas, wonach die Vorfahren keinen Unterschied danach machten, ob Schuldner Geld verschleuderten oder im Unglück verloren: *Quid? tu tam imprudentes iudicas maiores nostros fuisse, ut non intelligerent iniquissimum esse, eodem loco haberi eum qui pecuniam, quam a creditore acceperat, libidine aut alea absumpsit, et eum qui incendio, aut latrocinio, aut aliquo casu tristiore, aliena cum suis perdidit? nullam excusationem receperunt, ut homines scirent fidem utique praestandam. Satius enim erat a paucis etiam iustam excusationem non accipi, quam ab omnibus aliquam tentari.* (Seneca, *de beneficiis* 7,16,3). Von Vollstreckung spricht Seneca hier gar nicht; eher geht es ihm nur um die *obligatio*: Weiterhin ist die Treue zu halten, dem Schuldner hilft keine Einrede (*excusatio*). Auch Gaius 2,154 stützt die These nicht. Danach sollte der als Sündenbock zum Erben eingesetzte Sklave nach Auffassung des Sabinus trotz *venditio bonorum* von der *ignominia* ausgenommen werden, *quia non suo vitio sed necessitate iuris bonorum venditionem pateretur; sed alio iure utimur* (Text unten Fn. 64). Es handelt sich nur um ein in einem Sonderfall herangezogenes Argument. – Wie hier *Behrends*, Zwölftafelprozeß, 176 f. Fn. 319; *Pakter* Index 22 (1994) 323–342 (328–334); *Kroppenberg*, Insolvenz, 299–318; ihr folgt *Hackl* ZRG RA 122 (2005) 342; *Segura*, Cessio bonorum, 34–307.

[56] *Pakter* Index 22 (1994) 323–342 (334–337). So erscheint es in Entscheidungen des Praefekten von Ägypten aus dem zweiten Jahrhundert (P. Ryl. 75). Nicht einschlägig sind hingegen die von *Pakter* angeführten Digestenstellen sowie Cicero, *Pro Flacco* 48; dazu *Segura*, Cessio bonorum, 39 f., der sich gleichwohl der Auffassung *Pakters* anschließt.

[57] *Woeß* ZRG RA 43 (1922) 485–529 (518–521); als nicht rechtliche, aber tatsächliche Voraussetzung auch *Segura*, Cessio bonorum, 45 f. Ebenso *Willems* in HRP § 14 Rn. 21 mit Rn. 137. – Die oben Fn. 45 erörterten Quellen fordern eine gewisse Masse lediglich für eine *venditio bonorum*, die auf Gläubigerantrag und zum wiederholten Mal durchgeführt werden soll.

[58] Zur „overconfidence" überschuldeter Schuldner schon Inst. 1,6,3: … *saepe enim de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines*. Diese und andere alte und moderne Formulierungen jenes „bias" bringt *Falk* ZRG GA 131 (2014) 282 f.

darauf an, ob erst der Schuldner die *cessio* oder ein Gläubiger die *missio* einleitete.[59]

In späterer Zeit gab es Anforderungen. Ein ganzer Codextitel widmet sich der Frage, wer in den Genuss der *cessio* kommt (C. 7,71 heißt: *Qui bonis cedere possunt*). Schon Diokletian beschreibt die *cessio* als eine Rechtswohltat (*beneficium*).[60] Gratian gewährt sie nur Schuldnern, die durch Unglücksfälle ihr Vermögen verloren haben.[61] Justinian lässt den Gläubigern die Wahl, ob sie die *cessio* annehmen oder dem Schuldner stattdessen ein fünfjähriges Moratorium gewähren. Unter den Gläubigern soll die nach der Höhe der Forderungen bestimmte Mehrheit entscheiden, hilfsweise die Mehrheit der Köpfe. Vorrechte sollen keine Rolle spielen. Findet sich keine Mehrheit, so soll als die „menschlichere" Maßnahme das Moratorium greifen.[62]

c) Erbenlose und überschuldete Nachlässe

Zur *venditio bonorum* kam es seit alters her auch, wenn ein Nachlass keinen Erben fand.[63] Meistens wird solch ein Nachlass überschuldet gewesen sein.

---

[59] Der Gedanke stammt von *Puchta*, Cursus II § 179 (221); zustimmend *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II.2, 689 f.; auch *Mitteis*, Reichsrecht, 450 Fn. 4. Dagegen bringt *Pakter* Index 22 (1994) 334 den unerheblichen Einwand, es seien nur so wenige Fälle von *cessiones* überliefert; das wird durch die Selbstüberschätzung der Schuldner gerade erklärt.

[60] Diokletian/Maximian C. 7,71,4 pr.: *Legis Iuliae de bonis cedendis beneficium constitutionibus divorum nostrorum parentium ad provincias porrectum esse, ut cessio bonorum admittatur, notum est: …*

[61] Gratian/Valentinian/Theodosius C. Th. 4,20,1: *Ne quis omnino vel fisci debitor vel alienae rei in auro atque in argento diversisque mobilibus retentator ac debitor bonorum faciens cessionem, liberum a repetitione plenissima nomen effugiat; sed ad redhibitionem debitae quantitatis congrua atque dignissima suppliciorum acerbitate cogatur: nisi forte propriorum dilapidationem bonorum aut latrociniis abrogatam aut fortasse naufragiis incendioque conflatam vel quolibet maioris impetus infortunio atque dispendio docuerit afflictam*. Die Konstitution ist nicht so eingeschränkt, wie *Pakter* Index 22 (1994) 330 f. meint.

[62] Justinian C. 7,71,8 [a. 531–532] (pr.): *Cum solito more a nostra maiestate petitur, ut ad miserabilis cessionis bonorum homines veniant auxilium et electio detur creditoribus vel quinquennale spatium eis indulgere vel bonorum accipere cessionem, salva eorum videlicet existimatione et omni corporali cruciatu semoto: quotidie dubitabatur, si quidam ex creditoribus voluerint quinquennales dare indutias, alii autem iam nunc cessionem accipere velint, qui audiendi sunt. […]* (§ 3) *… cum non ex frequentissimo ordine feneratorum, sed ex quantitate debiti causa trutinatur.* (§ 4) *Pari autem quantitate debiti invenienda, dispari vero creditorum numero, tunc amplior pars creditorum obtineat, ut, quod pluribus placeat, hoc statueretur.* (§ 5) *Sin vero undique aequalitas emergat tam debiti quam numeri creditorum, tunc eos anteponi, qui ad humaniorem declinant sententiam non cessionem exigentes, sed indutias.* (§ 6) *Nulla quidem differentia inter hypothecarios et alios creditores quantum ad hanc electionem observanda […].*

[63] Gaius 3,78: *… mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere*. Hierbei galten nach Gaius 3,79 kürzere Fristen: *… quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur.* – Erbenlos blieb die Erbschaft, wenn Hauserben von ihr Abstand nahmen

Für die *venditio* galten dieselben Regeln. Auch sie ächtete den Verstorbenen. Um nicht erbenlos zu bleiben, setzten Überschuldete daher häufig einen ihrer Sklaven zum Erben ein. Wenn später dessen Güter verkauft wurden, traf den Freigelassenen zwar nach der vorherrschenden Meinung die Infamie.[64] Er wurde aber dadurch geschützt, dass der Verkauf die Güter nicht erfasste, die er seit dem Erbfall durch eigene Arbeit erworben hatte, und dass nach beendetem Verfahren gegen ihn – anders als gegen andere Schuldner – aus den Restforderungen nicht erneut vollstreckt werden konnte.[65]

Eine überschuldete Erbschaft als Hauserbe nicht auszuschlagen oder als Außenerbe anzunehmen, mochten manche bereit sein, wenn sie mit den Gläubigern vereinbaren konnten, dass die Verbindlichkeiten nur anteilig befriedigt werden mussten. Die Gläubiger mochten aus Rücksicht auf Erblasser oder Erben oder aber deswegen zustimmen, weil die vereinbarte Quote ihnen besser erschien als die bei einer *venditio bonorum* zu erzielende. Solche Gesamtvergleiche werden in juristischen Quellen mit Reskripten von Antoninus Pius und Mark Aurel in Verbindung gebracht und erstmals von Scaevola erörtert. Wenn der Gerichtsmagistrat sie für verbindlich erklärte,[66] galten sie auch für Gläubiger, die bei den Vergleichsverhandlungen abwesend waren.[67] Nach der

---

und Außenerben sie nicht antraten; vgl. Gaius 2,158–160 sowie 2,162. Seit Mark Aurel konnte in diesen Fällen ein testamentarisch freigelassener Sklave, aber auch ein Außenstehender die Erbschaft antreten, wenn sie den Gläubigern Sicherheit leisteten: vor allem Inst. 3,11 pr.–2; Justinian C. 7,2,15 [a. 531–532]. Dazu *Finkenauer* in: Symposium Wieling (2006) 19–57; *Finkenauer*, Rechtsetzung Mark Aurels, 51–61. Er entnimmt aus C. 7,2,15,3, dass der Übernehmer nicht alle Freilassungen gelten lassen musste, und sieht daher entgegen der Behauptung der Quellen nicht den *favor libertatis*, sondern Gläubigerinteressen am Werk.

[64] Gaius 2,154 (siehe schon Fn. 55): *Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est ut ignominia, quae accidit ex venditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo vitio sed necessitate iuris bonorum venditionem pateretur; sed alio iure utimur.* Vgl. auch Inst. 1,6,1.

[65] Gaius 2,155: *Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur. et quamvis pro portione bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient, nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit adquisitum, velut si […] locupletior factus sit …* Darin liegt eine Ausnahme von dem oben Fn. 45 wiedergegebenen Grundsatz. – Es handelt sich um nicht anderes als einen Fall der *separatio bonorum* (dazu unten bei Fn. 76): überzeugend *Wiechmann*, Die separatio bonorum, 75–83. Siehe auch *Buchwitz* in HRP § 58 Rn. 38 und 47.

[66] Ulpian (4 *ad edictum*) D. 2,14,7,17: *Si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus ut minus solvatur, pactum valiturum est*. Das Erfordernis bestätigen die Sachverhalte bei Scaevola 4 *responsorum* D. 40,4,54,1: *… decreto a praetore interposito …*; Scaevola (32 *digestorum*) D. 42,8,23: *… auctoritate praesidis provinciae secundum constitutionem …*

[67] Ulpian (4 *ad edictum*) D. 2,14,10 pr.: *Rescriptum autem divi Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire. quid ergo si quidam absentes sint ? num exemplum praesentium absentes sequi debeant ? sed an et privilegiariis absentibus haec pactio noceat, ele-*

wohl zuverlässigen Digestenüberlieferung entschied sogar die Mehrheit für die Minderheit.[68] Dabei kam es auf den Forderungsbetrag an und nur hilfsweise auf die Personenzahl; ganz hilfsweise entschied der Gläubiger mit höherem Ansehen und galt bei andauerndem Patt das *pactum* als angenommen.[69] Nicht gesichert ist die Behandlung privilegierter Gläubiger.[70] Testamentari-

---

ganter tractatur: si modo valet pactio et contra absentes. et repeto ante formam a divo Marco datam divum Pium rescripsisse fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt. Das Verb *convenire* wird hier die tatsächliche Zusammenkunft meinen: *Finkenauer* TR 85 (2017) 122 f. mit Fn. 43 gegen Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (*Krampe*).

[68] Ulpian (4 *ad edictum*) D. 2,14,7,19: *Hodie tamen ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint: si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem*; bestätigt durch den Sachverhalt von Paulus D. 17,1,58,1 (sogleich Fn. 70): *maiore parte creditorum consentiente.* Dass im klassischen Recht alle Gläubiger zustimmen mussten, meinte *Guarino*, Annali Catania IV (1949/50), 196–214 (196–206) (modifizierte Form einer von ihm schon früher vertretenen These). Offen auch *Ernst* ZRG RA 132 (2015) 18–21, der indes die Mitwirkung des Magistraten betont. Überzeugend für Klassizität *Silveira Marchi*, Concurso (demzufolge ein Dekret auch bei Einstimmigkeit erforderlich war; zustimmend zur Vorauflage *Rainer* ZRG RA 115 [1998] 738–740); *Finkenauer* TR 85 (2017) 115–140; ebenso *Gröschler* in HRP § 107 Rn. 21.

[69] Papinian (10 *responsorum*) D. 2,14,8: *Maiorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit. quod si aequales sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum praeferendus est. in numero autem pari creditorum auctoritatem eius sequetur praetor, qui dignitate inter eos praecellit. sin autem omnia undique in unam aequalitatem concurrant, humanior sententia a praetore eligenda est. hoc enim ex divi Marci rescripto colligi potest*. Der Entscheidungsmechanismus ähnelt dem von Justinian für die Entscheidung zwischen *cessio* und Zahlungsfrist angeordneten (oben Fn. 62); dazu *Finkenauer* TR 85 (2017) 129 f. Einzelheiten der Berechnung der einzelnen Forderungshöhen erörtert Paulus (62 *ad edictum*) D. 2,14,9.

[70] Sie mussten nach Ulpian (4 *ad edictum*) D. 2,14,10 pr. (oben Fn. 67) dem Beschluss folgen, wenn sie bei der Vergleichsverhandlung fehlten, außer sie waren durch Hypothek gesichert. Auch insofern (wie Fn. 67) übersetze ich hier nicht mit Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (*Krampe*), sondern mit *Wieling* TR 56 [1988] 285 f., *Finkenauer* TR 85 (2017) 123 f. mit Anm. 48. Schon nach Antoninus Pius musste sich unter dieser Voraussetzung selbst der Fiskus den übrigen Gläubigern fügen. Unsicherheit schafft Paulus (4 *quaestionum*) D. 17,1,58,1: *Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit: deinde defuncto debitore maiore parte creditorum consentiente a praetore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant, absente eo creditore apud quem mandator exstiterat: quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem quam heres debitoris. respondi: si praesens apud praetorem ipse quoque consensisset, pactus videtur iusta ex causa eaque exceptio et fideiussori danda esset et mandatori. sed cum proponas eum afuisse, iniquum est auferri ei electionem (sicut pignus aut privilegium), qui potuit praesens id ipsum proclamare nec desiderare decretum praetoris. nec enim si quis dixerit summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fideiussori, quibus mandati iudicio eandem partem praestaturus est. plane si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori fideiussorem convenire, dubitatum est: sed videbitur consentire decreto conveniendo heredem*. Danach kann ein Gläubiger gegen Bürgen oder Kreditauftraggeber vorgehen, wenn er bei der Mehrheitsentscheidung abwesend war, nicht aber, wenn er ihr zugestimmt hat. Falsch wäre der Umkehrschluss, dass der

sche Freilassungen blieben trotz des Vergleichs wirksam, doch die Vermächtnisnehmer gingen leer aus.[71]

Es verwundert, dass für Vergleiche lebender Schuldner mit ihren Gläubigern keine ähnlichen Regeln geschaffen wurden. Auch hier konnte eine Sanierung wirtschaftlich sinnvoll sein und drohte bisweilen durch einzelne Gläubiger verhindert zu werden. Eine immerhin nachvollziehbare Erklärung hat *Artur Völkl* gegeben: „Dem Erben des Schuldners, der den Namen des Erblassers nicht mit dem Schimpf des Konkurses belasten und daher die Erbschaft antreten wollte, dem begegnete die Gesellschaft mit Verständnis, ja mit Hochschätzung, während sie den Bankrotteur und seine Geschäfte verachtete".[72]

Erst Justinian erlaubte allen Erben, ihre Haftung aus der Erbschaft auf die Erbmasse zu beschränken, indem sie darüber ein Inventar errichteten (*beneficium inventarii*).[73] Dazu sollte die Erbmasse nicht in einem besonderen Verfahren liquidiert und verteilt werden. Vielmehr sollte der Erbe die Erbschaftsgläubiger einschließlich der Vermächtnisnehmer nach der Reihe ihres Auftretens befriedigen und seine Zahlungen einfach einstellen dürfen, wenn die Erbmasse nicht mehr genügte. Die unbefriedigten Gläubiger sollten von den

---

gesicherte Gläubiger gegen die Mehrheit ein Veto hätte einlegen können, denn es geht im Text nicht um seine Forderung gegen den Schuldner, sondern die gegen den Sicherungsgeber: Allein deren Schicksal hängt davon ab, dass der gesicherte Gläubiger dem von der Mehrheit angenommenen Vergleich nicht zustimmt. Problematisch ist allerdings, dass der Text die Wahl, die dem Gläubiger nicht genommen werden soll, mit einem Pfand oder Privileg gleichsetzt (*sicut pignus aut privilegium*): Demnach würde das Privileg greifen, solange nur der Gläubiger selbst nicht zugestimmt hat. Mit *Finkenauer* 127 tendiere ich zu einer Glosse und ergänze zwei Argumente: Die Gleichordnung mit der *electio* passt nicht, weil Pfand und Privileg dazu keine Alternativen, sondern deren Inanspruchnahme alternative Gegenstände der Wahl wären (die sich zunächst auf die Inanspruchnahme des Mandanten bezieht). Das Privileg passt auch deswegen schlecht, weil der Text das Sicherungsmittel des Gläubigers, dessen Schicksal von seinem Verhalten bei der Abstimmung abhängen soll, von der persönlichen Klage gegen den Schuldner unterscheidet, welcher bei entsprechendem Mehrheitsbeschluss die Einrede aus dem *pactum* entgegensteht. Bestünde das Privileg gegen den Mehrheitsbeschluss fort, müsste es diese Einrede des Schuldners verhindern – was Bürgschaft und Pfand gerade nicht bewirken.

[71] Scaevola (32 *digestorum*) D. 42,8,23: *… respondit libertates quidem, si in fraudem creditorum datae non essent, competere, legata vero, si solvendo hereditas non esset, non deberi.* Zu Freilassungen übereinstimmend Scaevola (4 *responsorum*) D. 40,4,54,1.

[72] *Völkl* in: FS Waldstein (1993) 355–368 (362 f., 363).

[73] Justinian *ad senatum* C. 6,30,22 [a. 531], insb. § 4: *… ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant.* Nach Inst. 2,19,6 hatte Hadrian eine solche Rechtswohltat in einem Einzelfall, Gordian sie allen Soldaten zugestanden: *… sed nostra benevolentia commune omnibus subiectis imperio nostro hoc praestavit beneficium et constitutionem tam aequissimam quam nobilem scripsit, cuius tenorem si observaverint homines, licet eis adire hereditatem et in tantum teneri, in quantum valere bona hereditatis contingit: ut ex hac causa neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium […].* Über Justinians *beneficium inventarii* maßgeblich *Reggi*, Ricerche, mit den Einschränkungen von *Seiler* ZRG RA 85 (1968) 540–546; jünger *Wesener* FS Waldstein (1993) 410–416; *Rohlfs*, Erbenhaftung, 21–45.

befriedigten Ausgleich verlangen dürfen, aber nur dann, wenn ihnen ein Vorzug gebührte.[74] Unter gleichrangigen Gläubigern sollte es also beim Wettlauf auch im Ergebnis bleiben.[75] Die Konstitution berührt das Problem ebenso wenig wie die Frage, ob der von einem vorrangigen in Anspruch genommene Gläubiger sich anteilig bei anderen sollte erholen können.

d) Teilvollstreckung (separatio bonorum) in die Erbschaft und das Soldatenvermögen

Die Erbschaftsgläubiger schützte schon immer der Prätor vor einer Überschuldung des Erben, indem er ihnen – wenn der Erbe nicht Sicherheit leistete – abgesonderte Befriedigung gewährte (*separatio bonorum*). Dann wurde die Erbmasse isoliert verkauft.[76] An diesem Prozess konnten sich die Gläubiger des Erben zwar beteiligen, wurden aber nur nachrangig berücksichtigt. Umgekehrt wurde nach einer verbreiteten Ansicht den Erbschaftsgläubigern ver-

---

[74] C. 6,30,22,4a: *Et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores, et, si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne, dum lucrum facere sperant, in damnum incidant. sed si legatarii interea venerint, et eis satisfaciant ex hereditate defuncti vel ex ipsis rebus vel ex earum forsitan venditione*. Ausdrücklich erlaubt Justinian den Rückgriff nur allen übrigen Gläubigern gegenüber den Vermächtnisnehmern (§ 5: *… cum satis absurdum est creditoribus quidem suum ius persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes legem accommodare*) und den durch (ältere) Hypotheken gesicherten Gläubigern (§ 6). Unbehelligt bleiben der Erbe (§ 7: *Contra ipsum tamen heredem, secundum quod saepius dictum est, qui quantitatem rerum hereditariarum expenderit, nulla actio extendatur*) und die von ihm Erbschaftsgegenstände erworben haben (§ 8: *Sed nec adversus emptores rerum hereditariarum, quas ipse vendidit pro solvendis debitis vel legatis, venire alii concedatur, cum satis anterioribus creditoribus a nobis provisum est vel ad posteriores creditores vel ad legatarios pervenientibus et suum ius persequentibus*). – Hierzu auch *J.P. Schmidt*, Itinera, 277–279.

[75] So entschied man nach gemeinem Recht noch im 19. Jahrhundert, vgl. *Windscheid* III (7. Aufl.) § 606 mit Anm. 11 und das Referat durch v. *Schmitt*, Begründung des Entwurfs, 1008, in: Schubert, ErbR II, 264. Nach dessen Vorschlag setzte das BGB stattdessen die gleichmäßige Verteilung, siehe im vierten Kapitel unter II.2.a (bei Fn. 158).

[76] Ulpian (2 *de omnibus tribunalibus*) D. 42,5,31: (pr.) *Si creditores heredem suspectum putent, satisdationem exigere possunt pro suo debito reddendo.* (§ 3) *Quod si suspectus satisdare iussus decreto praetoris non obtemperaverit, tunc bona hereditatis possideri venumque dari ex edicto suo permittere iubebit*. Näheres bringt der Titel D. 42,6 (*De separationibus*). Die Einführung gibt Ulpian (64 *ad edictum*) D. 42,6,1: (pr.) *Sciendum est separationem solere impetrari decreto praetoris*. (§ 1) *Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis: ut puta debitorem quis Seium habuit: hic decessit: heres ei extitit Titius: hic non est solvendo: patitur bonorum venditionem: creditores Seii dicunt bona Seii sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem. fieri enim potest, ut Seius quidem solvendo fuerit potueritque satis creditoribus suis vel ita semel, etsi non in assem, in aliquid tamen satisfacere, admissis autem commixtisque creditoribus Titii minus sint consecuturi, quia ille non est solvendo aut minus consequantur, quia plures sunt hic. est igitur aequissimum creditores Seii desiderantes separationem audiri impetrareque a praetore, ut separatim quantum cuiusque creditoribus praestetur …* Zu § 2 unten Fn. 150.

wehrt, doch noch den Erben in Anspruch zu nehmen, wenn sie die Absonderung verlangt hatten und dadurch nicht voll befriedigt worden waren.[77]

Nach dem Muster der *separatio bonorum* unterlag auch das Sondervermögen eines als Soldaten dienenden Haussohnes (*peculium castrense*) einer gesonderten Vollstreckung. Wer im Einsatz dessen Gläubiger geworden war, konnte seine Ansprüche so auch ohne Beteiligung des Vaters durchsetzen und musste dabei um das im Lager befindliche Vermögen nicht mit heimischen Gläubigern konkurrieren.[78] Justinian erlaubte jedem Haussohn die gesonderte *cessio* eigenen Vermögens.[79]

3. Durchführung der Verteilung

Bei der Verteilung wurden die Gläubiger im Grundsatz gleich behandelt, also ihre Forderungen anteilig befriedigt. Das haben auch die Römer so formuliert.[80] Für Ungleichheit sorgten zwei Faktoren, die als Gefährdungen des Konkurszwecks erscheinen mussten, als – in der Moderne – die Gleichbehandlung zu seinem Prinzip erhoben wurde.

---

[77] So Paulus (13 *quaestionum*) D. 42,6,5 und Upian (64 *ad edictum*) D. 42,6,1,17 (dies werde üblicherweise angenommen: *vulgo placet*; Ulpian gewährt eine Ausnahme, wenn die *separatio* aufgrund entschuldbaren Irrtums beantragt wurde). Hingegen erlaubt beider Lehrer Papinian, zusätzlich den Erben in Anspruch zu nehmen: (27 *quaestionum*) D. 42,6,3,2. Entgegen früherer Interpolationsannahmen kann man wohl eine Kontroverse annehmen; dazu *Wiechmann*, Die separatio bonorum, 20–28; siehe auch *Wesener* FS Waldstein (1993) 407 f.

[78] Ulpian (64 *ad edictum*) D. 42,6,1,9: *Si filii familias bona veneant, qui castrense peculium habet, an separatio fiat inter castrenses creditores ceterosque, videamus. simul ergo admittentur, dummodo, si qui cum eo contraxerunt, antequam militaret, fortasse debeant separari: quod puto probandum. ergo qui ante contraxerunt, si bona castrensia distrahantur, non possunt venire cum castrensibus creditoribus. item si quid in rem patris versum est, forte poterit et creditori contradici, ne castrense peculium inquietet, cum possit potius cum patre experiri.*

[79] Justinian C. 7,71,7 [a. 531]: *Cum et filii familias possint habere substantias, quae patribus adquiri vetitae sunt, nec non peculium vel castrense vel quod patre volente possident, quare cessio bonorum eis deneganda sit? cum, etsi nihil in suo censu hi qui in potestate sunt parentum habeant, tamen, ne patiantur iniuriam, debet bonorum cessio admitti. si enim et pater familias admittendus est propter iniuriarum timorem ad cessionis flebile veniens adiutorium, quare filiis familias utriusque sexus hoc ius denegamus? cum apertissimi iuris est et inter patres familias et alieno iuri subiectos, si quid postea eis pinguius accesserit, hoc iterum usque ad modum debiti posse a creditoribus legitimo modo avelli.*

[80] Als Begründung, warum ein einzelner Gläubiger nach Verfahrensbeginn seine Leistung nicht mehr vereinnahmen darf, Ulpian (66 *ad edictum*) D. 42,8,6,7 (unten Fn. 143): … *cum iam par condicio omnium creditorum facta esset*; und warum nicht einem Gläubiger allein das Schuldnervermögen zur Befriedigung übertragen wird, Diokletian/Maximian C. 7,72,6,1 (oben Fn. 48): … *venditione aequali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli potest*.

Wer die Schwächen des heutigen Insolvenzverfahrens vor Augen hat, wird zunächst an ausbedungene Kreditsicherheiten denken, durch die sich schon römische Gläubiger einen Vorsprung gegenüber ihren Konkurrenten verschafften. Ein Pfand konnte nicht nur als Faustpfand, sondern auch ohne Übergabe bestellt werden und erlaubte wie das heutige Sicherungseigentum, dem Schuldner die Sache zur Bewirtschaftung zu belassen (*pignus* oder, vor allem das besitzlose: *hypotheca*).[81] Schon im klassischen Recht konnte dieselbe Sache mehrfach verpfändet werden; dann genoss das ältere Pfandrecht grundsätzlich Vorrang.[82] Auch als Generalpfand am gegenwärtigen und künftigen Vermögen konnte ein Pfandrecht bestellt werden.[83]

Nicht mehr vor Augen stehen uns hingegen die Reste des gemeinrechtlichen Privilegienregimes, die durch die Insolvenzordnung 1999 beseitigt wurden. In den römischen Quellen treten uns drei verschiedene Weisen entgegen, wie das objektive Recht einzelne Gläubiger bevorzugte: gesetzliche Pfandrechte, gesetzliche Rangprivilegien für vertragliche oder gesetzliche Pfandrechte, schuldrechtliche Privilegien für Forderungen im Konkurs. Doch die Abgrenzung dieser drei Institute bereitet Probleme.

a) Gesetzliche Pfandrechte

Manche Gläubiger kamen in den Genuss eines gesetzlichen Pfandrechts, teils am gesamten und zukünftigen Vermögen des Schuldners. Teilweise wurde allerdings zunächst nicht ein Pfandrecht, sondern Schutz „nach Art eines Pfandrechts" angeordnet. Wer für den Wiederaufbau eines Gebäudes ein Darlehen gegeben hatte, erwarb daran nach einem unter Mark Aurel ergangenen Senatsbeschluss ein Pfandrecht.[84] Dem Mündel gewährten Severus und Caracalla ein Pfandrecht an Dingen, die der Vormund mit Mündelgeld in eigenem Namen gekauft hatte.[85] Je-

[81] *Kaser* RP I § 110 II 1 b, RP II §§ 250–252; dazu auch *Braukmann*, Pignus; *Schanbacher* in HRP § 48 Rn. 5, 16–19, 67–72.

[82] Formuliert in Caracalla C. 8,17,3 [a. 213]: *Si fundum pignori accepisti, antequam rei publicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior iure*. Das frühere Pfand setzt sich gegen die spätere Verpfändung an den Staat durch (es geht nicht um den Fiskus). Zum Mechanismus Marcian *liber singularis ad formulam hypothecariam* D. 20,4,12 pr. Dazu *Kaser* RP I § 110 III 1; *Schanbacher* in HRP § 48 Rn. 73–80.

[83] *Kaser* RP I § 110 II 1 d.

[84] Papinian (10 *responsorum*) D. 20,2,1: *Senatus consulto quod sub Marco imperatore factum est pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori domino mandante nummos ministravit*. Nach Ulpian allerdings soll der Kaiser durch Edikt ein *privilegium exigendi* angeordnet haben, dazu sogleich bei Fn. 105.

[85] Alexander C. 7,8,6: *Si tutor tuus de pecunia tua servos emptos manumisit, quoniam huiusmodi servi sicut ceterae res pupillaribus pecuniis emptae iure pignoris ex constitutione divorum parentium meorum obligati sunt favore pupillorum, liberi facti non sunt*; Ulpian (35 *ad edictum*) D. 27,9,3 pr.: *Sed si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus sit comparatus isque*

denfalls zur Zeit Constantins[86] haftete dem Mündel das gesamte Vermögen des Vormunds „gleichsam" als Pfand;[87] was man später einfach als Pfandrecht bezeichnete.[88] Der Fiskus genoss pfandartige Sicherungen am Vermögen der Steuerpächter[89] und wegen der ihm zu entrichtenden Abgaben (*tributa*)[90], je-

pupillo vel minori traditus, an pignoris obligationem possit habere is, cuius pecunia fundus sit emptus et magis est, ut salvum sit ius pignoris secundum constitutionem imperatoris nostri et divi patris eius ei pupillo, cuius pecunia comparatus est fundus. Zu Ulpian (3 *disputationibus*) D. 20,4,7 pr. siehe unten Fn. 96. – Hinsichtlich dieser Gegenstände setzt sich das Mündel, wenn ein für frei gehaltener Sklave als Vormund fungierte, auch gegen das Recht des Herrn durch, seine Naturalforderungen im Voraus vom *peculium* abzuziehen, Ulpian (33 *ad edictum*) D. 26,7,11 (unten Fn. 170). Daran konnte man trotz des gesetzlichen Pfandrechts zweifeln, weil dieses ohne echte Vormundschaft vielleicht nicht entstand.

[86] Dass schon zur Zeit von Severus und Caracalla dem Mündel eine Generalhypothek zustand, schließt *Wieling* TR 56 (1988) 293–295 aus zwei Konstitutionen. Nach der einen konnte ein Tutor ein Grundstück veräußern oder belasten, jedoch nur in dem – bereits belasteten – Rechtszustand, in dem es sich befand; Severus/Caracalla C. 4,53 [a. 205]: *Non est interdictum tutoribus vel curatoribus, etsi ex eo titulo iudicati debitores sunt constituti, cum sua causa res suas alienare. potuit ergo curator tuus fundum suum cum suo onere obligare fisco nostro: nam et privato potuisset*. Nach der von Caracalla allein stammenden anderen durften Vormünder nicht Steurpächter werden, offenbar weil die Ansprüche des Fiskus durch die des Mündels gefährdet worden wären. Caracalla C. 5,41 [a. 213] (pr.) *Competens iudex non ignorat non esse admittendos ad vectigalia conducenda eos, qui pupillorum vel adulescentium tutelam seu curam administrant vel eius administrationis rationem nondum reddiderunt.* (§ 1) *Sed quamvis contra interdictum ad vectigale conducendum accesseris, tamen, quoniam ultro me adisti, si tam vectigali quam pupillis satisfeceris, falsi crimine carebis*. (§ 2) *Cum autem fisco iam obstrictum postea tutorem esse dicas, periculo te excusare poteris*. Dass es nicht etwa um Schutz der Interessen des Mündels ging, zeigt der Umstand, dass Vormund werden konnte, wer schon als Steuerpächter haftete; so *Wieling* überzeugend gegen *Dernburg*, Pfandrecht, 358 f. Jedoch erklären sich beide Konstitutionen auch, wenn keine Generalhypothek, sondern lediglich ein Pfandrecht an mit Mündelgeld erworbenen Gegenständen (Fn. 85) zur Debatte stand. Dass die Forderung des Mündels sich nach Ulpian D. 15,1,52 pr. nicht gegen den Hausvater des Tutoren durchsetzte (unten Fn. 167, dazu *Wieling* 291 f.), spricht gegen ein Pfandrecht.

[87] Constantin C. Th. 3,30,1 = C. 5,37,20 [a. 314]: *Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tamquam pignoris titulo obligata minores sibimet vindicare minime prohibentur. idem est et si tutor vel curator quis constitutus res minorum non administravit*.

[88] Theodosius/Valentinianus Nov. Th. 11,3 = C. 8,14,6 [a. 439]: *… tutelae ratiociniis bona iure pignoris tenebuntur obnoxia*; dazu Kaser RP II § 234 IV mit Fn. 26 und § 251 I 4 mit Fn. 15.

[89] Auf die Erbschaftssteuer (*vicesima hereditatium*) bezieht man § 5 des fragmentum de iure fisci (FIRA II 628): *Bona eorum qui cum fisco contrahunt … e vacuaria velut pignoris iure fisco obligantur, non solum ea quae habent, sed et ea quae postea habituri sunt*, indem man statt *vacuaria* emendiert: *lege vigesimaria*. Demnach sei ursprünglich das *aerarium militare*, später der *fiscus* mit einem Pfandrecht für seine Forderungen gegen die Pächter abgesichert gewesen, die die Erbschaftssteuer einzogen: *Wagner*, Legalhypotheken, 7–69. – Eine Steuerpächterin behandelt auch Paulus (1 *decretorum*) D. 49,14,47 pr.: *Moschis quaedam, fisci debitrix ex conductione vectigalis, heredes habuerat, a quibus post aditam hereditatem Faria Senilla et alii praedia emerant. cum convenirentur propter Moschidis reliqua et dicebant heredes Moschidis idoneos esse et multos alios ex isdem bonis emisse, aequum putavit imperator prius heredes conveniri debere, in reliquum possessorem omnem: et ita pronuntiavit*; dazu

denfalls seit Caracalla auch ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen seiner Vertragspartner.[91] Die Kaiser vermehrten die gesetzlichen Pfänder immer wei-

Wagner, Legalhypotheken, 136–141. – Zur Legalhypothek am Vermögen der „Kriegszahlmeister" (*primipili*) nach C. 7,73,1: *Bona […] ob reliqua administrationis primipili a fisco occupata* siehe *Wagner* ZRG 90 (1973) 171–183; *Wagner*, Legalhypotheken, 153.

[90] Zur Unterscheidung der *tributa* von den „indirekten" Steuern *Günther*, Vectigalia. – Zur Sicherung wegen der *tributa* Caracalla C. 8,14,1 [a. 213]: *Universa bona eorum qui censentur vice pignorum tributis obligata sunt*; Caracalla C. 4,46,1: *Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet neque priore domino pretium offerente neque creditore eius iure hypothecae sive pignoris. potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia cessantis obligata sunt*. Dazu *Wagner*, Legalhypotheken, 96–110; *Wieling* ZRG RA 106 (1989) 427–429; *Klingenberg* ZRG RA 109 (1992) 357–360; *Cerami* Labeo 41 (1995) 115 f.

[91] Caracalla C. 8,14,2 [a. 214]: *Certum est eius qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimitur,* dazu *Wagner*, Legalhypotheken, 76–83; Gordian C. 7,73,6 [a. 240]: *Cum patrem tuum fisci debitorem fuisse demonstres eumque nubenti tibi possessionem dedisse adleges, procuratorem ius fisci exsequentem eam iure pignoris revocare potuisse intellegis*, dazu *Wagner* 124–127; Diokletian/Maximian C. 8,44,23 [a. 293]: *Cum successores etiam venditoris pro evictione teneri possint, si velut obligata sibi res publica Thessalonicensium pignoris instituat iure persequi quae comparasti, auctoris heredibus quocumque gradu constitutis adsistere negotio denuntia. quod sive praesentibus his fundus quem emisti fuerit evictus sive absentibus, postea quanti tua interest rem evictam non esse teneri, non quantum pretii nomine dedisti, si aliud non placuit, publice notum est*, dazu *Wagner* 85–87; Hermogenian (6 *iuris epitomarum*) D. 49,14,46,3: *Fiscus semper habet ius pignoris*; dazu *Wagner* 111–114, 154–157; *Kaser* RP II § 251 I 4 Fn. 12: „kaum erklärbar". – Darauf, dass dem Fiskus schon zur Zeit Scaevolas und Mark Aurels ein gesetzliches Pfandrecht zustand (*Wieling* ZRG RA 106 [1989] 412 f.), deutet allerdings § 1 von Scaevola 27 *digestorum* D. 20,4,21: (pr.) *Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua quae habebat quaeque habiturus esset: postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit: et intulit Seiae partem debiti et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur. respondit nihil proponi. cur non sit praeferenda*. (§ 1) *Negotiatori marmorum creditur sub pignore lapidum, quorum pretia venditores ex pecunia creditoris acceperant: idem debitor conductor horreorum Caesaris fuit, ob quorum pensiones aliquot annis non solutas procurator exactioni praepositus ad lapidum venditionem officium suum extendit: quaesitum est, an iure pignoris eos creditor retinere possit. respondit secundum ea quae proponerentur posse*. Wodurch sonst als durch ein Pfandrecht des Fiskus sollte das Pfand des Gläubigers gefährdet sein? Anders als im pr. hat der Fiskus sich im § 1 kein Pfand ausbedungen. Gegen die Annahme von *Schanbacher*, Konvaleszenz, 79–82 (80 f.) und anderen (zum Text mit Literaturüberblick aktuell *van Hoof* ZRG RA 139 [2022] 192–213 [208–212]), der Marmor liege in dem kaiserlichen Warenhaus, wo formularmäßig ein Pfand vereinbart war, spricht, dass im Sachverhalt Kauf des Marmors und Miete unverbunden nebeneinanderstehen: *idem debitor conductor fuit …* Nötig war die Vereinbarung im pr. vielleicht wegen der Einbeziehung des künftigen Vermögens. In Richtung auf ein gesetzliches Pfandrecht weist auch ein Text von Ulpian (*Wieling* TR 56 [1988] 286 f.), wo die zeitliche Abfolge über ein Vorrecht des Fiskus entscheidet, was auf schuldrechtliche Privilegien nicht passt (Fn. 108), Ulpian 63 ad edictum D. 49,14,6: (pr.) *Fiscus cum in privati ius succedit, privati iure pro anterioribus suae successionis temporibus utitur: ceterum posteaquam successit, habebit privilegium suum. sed utrum statim atque coepit ad eum pertinere nomen, an vero posteaquam con-*

ter,[92] namentlich Justinian, der insbesondere der Frau eine *hypotheca* an ihrer Mitgift für die Rückforderung zusprach.[93]

b) Privilegien

Manche Pfandrechte – gesetzliche oder vertragliche – genossen einen Vorrang auch vor älteren anderen. In einer Umkehrung des Grundsatzes[94] formuliert Ulpian, dass manchmal der spätere Gläubiger dem früheren vorgehe, etwa bei einem Pfand zur Sicherung eines Darlehens, das für den Erhalt der bereits vorverpfändeten Pfandsache verwendet wurde.[95] Ebenso gehe auch das – von Severus und Caracalla geschaffene – Pfand an mit Mündelgeld gekauften Sachen älteren Pfändern vor.[96] Der Fiskus genoss einen Rangvorrang

venit debitorem, an posteaquam relatum est inter nomina debitorum, quaeritur. […] at in privilegio varie rescriptum est: puto tamen exinde privilegio esse locum, ex quo inter nomina debitorum relatum nomen est. (§ 1) *Quodcumque privilegii fisco competit, hoc idem et Caesaris ratio et Augustae habere solet*. – Zur Beschlagnahme des Vermögens von Staatsschuldnern durch öffentliche Bekanntmachung im römischen Ägypten, der Protopraxie, siehe *Wagner*, Legalhypotheken, 41–61, 85–87, 115–153; *Wieling* ZRG RA 106 (1989) 407–411, 412.

[92] Die weiteren bei Kaser RP II § 251 I 4 am Ende.

[93] Justinian C. 5,12,30 [a. 529] (auch *actio in rem*, Privileg vor allen anderen); Justinian C. 5,13,1 [a. 530] (insb. § 1b). – Zwischen dem vertraglichen Recht des Fiskus und dem Anspruch auf Rückzahlung der Mitgift sollte nach Caracalla C. 7,73,2 [a. 213] die zeitliche Abfolge entscheiden.

[94] Oben Fn. 82.

[95] Ulpian (3 *disputationum*) D. 20,4,5: *Interdum posterior potior est priori, ut puta si in rem istam conservandam impensum est quod sequens credidit: veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel reficiendam ego credidero.* – In D. 20,4,6 haben die Kompilatoren einen Text aus dem 73. Buch des Ediktskommentars eingeschoben, das Einzelfälle solcher Verwendungen behandelt. Der Zusammenhang zu dem in der folgenden Fn. abgedruckten Text bleibt erkennbar. – Ein *privilegium* für die Ausrüstung eines Schiffes gewähren Paulus (16 *brevis edicti*) D. 42,5,26: *Qui in navem exstruendam vel instruendam credidit vel etiam emendam, privilegium habet* und Marcian (5 *regularum*) D. 42,5,34: *Quod quis navis fabricandae vel emendae vel armandae vel instruendae causa vel quoquo modo crediderit vel ob navem venditam petat, habet privilegium post fiscum*. Dies wird in der Regel als Konkursprivileg verstanden (*Kaser/Hackl* RZ § 59 II Anm. 19), muss aber nichts anderes meinen als den Vorrang eines vorausgesetzten Vertragspfandes: *Wieling* TR 56 (1988) 281 f.

[96] Ulpian (3 *disputationum*) D. 20,4,7 pr.: *Idemque est, si ex nummis pupilli fuerit res comparata. quare si duorum pupillorum nummis fuerit res comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quae in pretium rei fuerint expensae. quod si res non in totum ex nummis cuiusdam comparata est, erit concursus utriusque creditoris, id est et antiquioris et eius cuius nummis comparata est*. – Für die Annahme von *van Hoof* ZRG RA 139 (2022) 192–213 (201), dass der letzte Satz sich nicht nur auf die genannten Mündel beziehe, sondern jeden „secured creditor who financed the acquisition" (Definition des „acquisition secured creditor": 193), sehe ich keinen Anlass.

für die pfandartige Absicherung der Abgaben,[97] aber wohl nicht für alle Pfandrechte.[98]

Manche Forderungen wurden bei der Verteilung im Vollstreckungsverfahren bevorzugt. Die Vulgata der Digesten kennt dafür den eigenen Titel *De privilegiis creditorum* (D. 42,6).[99] Wer etwa Begräbniskosten bezahlt hatte, die einem anderen oblagen, profitierte für die Rückforderung von einem *privilegium funerarium*.[100] Er ging allen anderen Gläubigern vor.[101] Vorrangig befriedigt wurde auch, wer bei einem Straßenbankier (*nummularius*) Geld in Verwahrung gegeben hatte.[102]

---

[97] C. 4,46,1 (oben Fn. 90): … *potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia cessantis obligata sunt*; dazu *Wagner*, Legalhypotheken, 102–106; *Wieling* ZRG RA 106 (1989) 427 f. *Daalder* versteht *primo loco* anders und meint, hier sei die Verpflichtung gegenüber dem Fiskus älter gewesen, sodass einfach das Prioritätsprinzip gelte (Vortrag über Caracalla, gehalten in Münster am 28.4.2022).

[98] Ulpian (7 *disputationum*) D. 20,4,8: *Si pignus specialiter res publica acceperit, dicendum est praeferri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est, quia et privati praeferuntur*; aber Marcian D. 42,5,34 (oben Fn. 95); dazu *Wagner*, Legalhypotheken, 158–195; *Wieling* ZRG RA 106 (1989) 425–429. – Bei der Verpfändung erst zu erwerbender Gegenstände können mehrere Pfandrechte zugleich entstehen. In einem Fall unter Privaten entscheiden Marcellus nach Ulpian (3 *disputationum*) D. 20,4,7,1 für Gleichrang (abgedruckt im dritten Kapitel Fn. 70). Demgegenüber gewinnt nach Scaevola (27 *digestorum*) D. 20,4,21 pr. (oben Fn. 91) das früher vereinbarte Pfand auch gegen den Fiskus; nach einer kaiserlich bestätigten Entscheidung Papinians hingegen stets der Fiskus, berichtet Ulpian (3 *disputationum*) D. 49,14,28: *Si qui mihi obligaverat quae habet habiturusque esset cum fisco contraxerit, sciendum est in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere Papinianum respondisse: quod et constitutum est. praevenit enim causam pignoris fiscus*. Dazu *Wagner* 180–192; *Wieling* 425–427; *Schanbacher* in HRP § 48 Rn. 88.

[99] Die darin enthaltenen Texte schlägt die Florentina – und mit ihr Mommsen – dem vorherigen Titel zu (D. 42,5: *De rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis*). Darum kennen wir sie heute als D. 42,5,16–39.

[100] So genannt bei Scaevola D. 11,7,46,2 (2 *quastionum*); Ulpian D. 42,5,17 pr. (63 *ad edictum*). Dafür, das Tote bestattet wurden, trug das römische Recht auch dadurch Sorge, dass es denen, die fremde Tote bestatteten, eine besondere Geschäftsführungsklage gewährte; dazu *Unger*, Actio funeraria. – Dass sich hinter dem Privileg auch hier ein gesetzliches Pfandrecht verbirgt, vermutet *Wieling* TR 56 (1988) 296 f.; dazu unten bei Fn. 116.

[101] Maecian (8 *fideicommissorum*) D. 11,7,45*: Impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quae etiam omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sint*; PS 1,21,15: *Quidquid in funus erogatur, inter aes alienum primo loco deducitur*. Diesen Texten kann man nicht entnehmen, dass der Ersatzanspruch auch Pfandrechte beseite schiebt (so aber *Forster*, Konkurs, 140); das ergibt sich allerdings für das Vermieterpfandrecht aus Ulpian/Pomponius (25 *ad edictum*) 11,7,14,1 (unten Fn. 115). Dazu noch unten bei Fn. 115.

[102] Dieses Privileg genoss nicht, wer sein Geld beim Bankier gegen Zinsen angelegt hatte; Ulpian (30 *ad edictum*) D. 16,3,7,2: *Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito.* Interessant ist, dass Ulpian nicht von einem Privileg spricht, sondern betont, dass die Deponenten vor den privilegierten Gläubigern befriedigt werden. – Vielleicht geht der Jurist aus von der echten Verwahrung von Geld

Das Verhältnis dieser Konkursprivilegien zu den gesetzlichen Pfandrechten und Rangprivilegien bereitet Schwierigkeiten. Manche Quellen unterscheiden deutlich: Dann geht es um *privilegia*, die eine Forderung lediglich im Konkurs hervorheben, ohne dem Gläubiger eine dinglich wirkende Sicherheit zu geben. Etwa betonen noch Diokletian und Maximian gegen Ende des Dritten Jahrhunderts, dass Pfandgläubigern eine dingliche Klage zu Gebote steht und sie dadurch diejenigen privilegierten Gläubigern schlagen, die nur persönliche Klagen anstrengen können.[103]

Mitunter kann *privilegium* einfach ein gesetzliches Pfandrecht meinen. Bei Mark Aurels Förderung von Wiederaufbaudarlehen liegt der Verdacht nahe: Während Papinian berichtet, dass der Senat ein Pfandrecht beschlossen habe,[104] zitiert Ulpian ein Edikt des Kaisers, wonach dieser ein *privilegium exigendi* angeordnet habe.[105] Diesen Ausdruck hat die Romanistik als allgemeinen für die Konkursprivilegien übernommen.[106] Handelt es sich um zwei verschiedene Rechtsakte, oder bezeichnet Ulpian lediglich – wie *Hans Wieling* vertreten hat – das gesetzliche Pfandrecht oder seinen Rangvorzug als *privilegium*?[107] Auf

in einem verschlossenen Behältnis, wobei der Hinterleger Eigentümer blieb (zum Text *Klami*, Mutua, 197–218; *Bürge* ZRG RA 104 (1987) 465–559, 553 f.; *Walter*, Funktionen, 256–259). Dazu passt ein Text von Papinian, der allerdings von einem Privileg spricht, aber besonders hervorhebt, dass sich dieses nicht auf die noch vorhandenen Münzen des Hinterlegers beschränkt; Papinian (9 *quaestionum*) D. 16,3,8: *Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus: idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est. plane sumptus causa, qui necessarie factus est, semper praecedit: nam deducto eo bonorum calculus subduci solet*. Wenn Münzen eigentlich verschlossen aufbewahrt werden sollten, versteht sich von selbst, dass ein Bankroteur, bei dem sich nur noch ein Teil der Münzen findet, ein gläubigerschädigender Betrüger war (*fraudator*). Bevor der Deponent befriedigt wird, sollen allerdings notwendige Aufwendungen (wohl: des Vollstreckungsverfahrens) gedeckt werden. – Ulpian erläutert weiter, dass mehrere Deponenten gemäß einem kaiserlichen Reskript gleichrangig, nicht nach dem Zeitpunkt ihrer Einlage befriedigt wurden; D. 16,3,7,3: *Item quaeritur, utrum ordo spectetur eorum qui deposuerunt an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur. et constat simul admittendos: hoc enim rescripto principali significatur.*

[103] Diokletian/Maximian C. 8,17,9 [a. 294]: *Eos qui acceperunt pignora, cum in rem habeant actionem, privilegiis omnibus, quae personalibus actionibus competunt, praeferri constitit.* – Auch hierauf weist *Wieling* TR 56 (1988) 298 hin, der deswegen schließt, es müsse, auch wenn er keines gefunden habe, pfandlose Privilegien geben. – Zwischen hypothekarisch gesicherten und nicht hypothekarisch gesicherten Privilegierten unterscheidet auch Ulpian D. 2,14,10 pr. (oben Fn. 70).

[104] Oben Fn. 84.

[105] Ulpian (63 *ad edictum*) D. 42,5,24,1: *Divus Marcus ita edixit: "creditor, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, in pecunia, quae credita erit, privilegium exigendi habebit". quod ad eum quoque pertinet, qui redemptori domino mandante pecuniam subministravit*. Die Bezeichnung wiederholt sich in Ulpian (17 *ad edictum*) D. 42,3,1; Ulpian (31 *ad edictum*) D. 17,2,52,10 und Ulpian (*liber singularis de officio consulis*) D. 12,1,25. Hierzu *Wieling* TR 56 (1988) 279–281; *Scarano Ussani*, Le forme del privilegio, 135–171.

[106] Die weiteren Fälle bei *Kaser/Hackl* RZ § 59 II.

[107] Dafür *Wieling* TR 56 (1988) 283 f.

Rangprivilegien kann sich auch ein berühmter Satz von Paulus beziehen, wonach Privilegien nicht nach ihrem Alter, sondern nach der Stärke ihres Rechtsgrundes (nach ihrer *causa*) gemessen werden.[108]

Das Pfandrecht ist nützlicher als ein schuldrechtliches Privileg, falls es das ganze Vermögen ergreift oder immerhin die Gegenstände, auf deren Rückforderung sich das Privileg beschränkte. Denn es wirkt auch gegen Erwerber der verpfändeten Sache.[109] Soweit also einmal ein Pfand bestand, gab es keinen Anlass, ein schuldrechtliches Privileg einzuführen.[110] Gleichwohl vermute ich einen solchen Konkursvorzug hinter dem *privilegium fisci*[111] und dem Privileg der Ehefrau für ihren Anspruch auf Herausgabe der Mitgift (*privilegium dotis*).[112] Ungewiss bleibt das Privileg des Mündels für Ansprüche gegen den Tutor.[113]

---

[108] Paulus (*liber singularis regularum*) D. 42,5,32: *Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa, et si eiusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint*. Siehe aber auch Ulpian D. 16,3,7,3 zur gleichmäßigen Befriedigung mehrerer, die bei einem *nummularius* Geld hinterlegt hatten (oben Fn. 102).

[109] Für die Generalyhpotheken vertritt allerdings *Wubbe*, dass das Vermögen nur in seinem jeweiligen Bestand verpfändet war; Dritte also unbelastet daraus erwerben konnten: ZRG RA 98 (1974) 432–435.

[110] So zum *privilegium fisci Wieling* TR 56 (1988) 285, 288; ZRG RA 106 (1989) 415.

[111] PS 5,12,10: *Privilegium fisci est inter omnes creditores primum locum retinere*; Papinian (10 *responsorum*) D. 49,14,37: *Quod placuit fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum reciperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune privatorum fiscus amittat*; Marcian (5 *regularum*) D. 42,5,34 (oben Fn. 95). – Gegen *Wielings* Auffassung, dem Fiskus habe ausschließlich ein gesetzliches Pfandrecht zugestanden, spricht entscheidend Ulpian D. 2,14,10 pr. (oben Fn. 70), wo der Fiskus als privilegierter Glubiger adressiert wird, auch wenn er keine Hypothek hat. Der Hinweis TR 56 (1988) 285 überzeugt nicht: „Der Fiskus ist in vielerlei Hinsicht privilegiert". Um was für ein Privileg sollte es gehen, wenn nicht um den Konkursvorzug?

[112] Die Bezeichnung findet sich bei Paulus (24 *quaestionum*) D. 46,2,29. *Kaser* sieht ein Konkursprivileg nur „bei unterbliebener Eheschließung oder nichtiger Ehe" (*Kaser/Hackl* RZ § 59 II bei Anm. 13; dagegen auch *Wieling* TR 56 [1988] 289 Fn. 37); doch handelt es sich dabei nach dem Duktus der Quellen um Erweiterungen des eigentlichen Anwendungsbereichs, der Rückforderung nach dem Ende der Ehe: Ulpian (63 *ad edictum*) D. 42,5,17,1: *Si sponsa dedit dotem et nuptiis renuntiatum est, tametsi ipsa dotem condicit, tamen aequum est hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est: idem puto dicendum etiam, si minor duodecim annis in domum quasi uxor deducta sit, licet nondum uxor sit* Hermogenian (5 *epitomarum*) D. 23,3,74: *Si sponsa dotem dederit nec nupserit vel minor duodecim annis ut uxor habeatur, exemplo dotis condictioni favoris ratione privilegium, quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit*. Dass Hermogenian das Privileg als ein Attribut der persönlichen Klage versteht, spricht gegen *Wielings* These, es gehe wieder um nichts anderes als ein Pfandrecht. Dasselbe gilt von Severus/Caracalla C. 7,74,1 [a. 209]: *Scire debes privilegium dotis, quo mulieres utuntur in actione de dote, ad heredes non transire*. Die von *Wieling* angeführten Texte zur Wirkung des Privilegs im Rahmen der *actio de peculio* (unten Fn. 169) passen auf beide Hypothesen (dass sich die Frage nach dem Verhältnis zum Abzugsrecht des Hausvaters stellt, auch wenn der Vorzug in einem Pfandrecht bestand, zeigt Ulpians Erörterung des parallelen Falls des Pfandrechts des Mündels in D. 26,7,11, oben Fn. 85). Dass ein schuldrechtliches Privileg sich nicht auf bestimmte Sachen beschränken könne, sehe ich nicht; solange es einem Erwerber der Sachen nicht entgegengehalten werden kann, wird es dadurch auch nicht dinglich (beides entgegen *Wieling* 290). Siehe im Übrigen

c) Behandlung im Vollstreckungsverfahren

Die Unsicherheiten beschränken sich nicht auf die tatbestandliche Abrenzung von Pfandrecht und schuldrechtlichem Privileg, sondern erstrecken sich auf die Rechtsfolgen für den Konkurs. Wenn man die dingliche Klage als Ausdruck einer jeden anderen ausschließenden Zuordnung versteht, muss man annehmen, dass die Pfandsachen der von den übrigen Gläubigern angestrengten Vollstreckung nicht unterlagen, sondern von den Pfandgläubigern herausverlangt und verwertet werden konnten. Gegen diese Auffassung, wonach Pfandsachen dem Konkurs entrückt waren, bestehen allerdings Bedenken.

Gewiss waren Pfandgläubiger in der Regel vorab zu befriedigen.[114] Ausnahmsweise konnte aber eine privilegierte Forderung ein Pfandrecht ausstechen: Wer Ersatz von Begräbniskosten fordern konnte, dem hatte Ulpian zufolge schon Pomponius gestattet, dass er sich an Gegenständen befriedigte, die dem Toten gehörten, obwohl sie einem Verpächterpfandrecht unterlagen.[115] Drei Lösungen erscheinen denkbar: Entweder es handete sich bei dem Vorzug für Begräbniskosten in Wahrheit um ein gesetzliches Pfandrecht mit Rangprivileg.[116] Oder die schuldrechtlich privilegierte Forderung zog die Pfandsache ausnahmsweise in den Konkurs. Oder Pfänder wurden nie ausgesondert, sondern unterlagen dem Vollstreckungsverfahren, wo geprüft werden konnte, ob eine Forderung den Vorzug vor ihnen hatte.[117] Für die letztgenannte Lösung spricht, dass eine strikte Trennung der Verfahren auch in anderer Hinsicht unhandlich wirkt: Blieb von der Pfandverwertung ein dem Schuldner zustehen-

noch die Texte zur Kollision mehrerer Mitgiftrückforderungen (unten bei Fn. 279), die mir ebenfalls eher auf einen schuldrechtlichen Vorzug zu passen scheinen. – Für ein Konkursprivileg der *actio rei uxoriae* und ihrer funktionalen Äquivalente auch *Stagl*, Favor dotis, 260–262, und ders. in HRP § 89 Rn. 34–37.

[113] Ulpian (63 *ad edictum*) D. 42,5,19,1: *Si quis, cum tutor non esset, pro tutore negotia gessit, privilegio locum esse manifestum est: nec interest, ipse debeat qui gessit sive heres eius ceterique successores. ipse autem pupillus habet privilegium, sed eius successores non habent*. Dazu Kaser RP I § 88 V mit Fn. 54; *Wieling* TR 56 (1988) 291–295.

[114] Nur das – keine Aussonderung – belegt Diokletian/Maximian C. 8,17,9 (oben Fn. 103). – Nichts anderes ergibt sich aus Diokletian/Maximian C. 7,72,6,1 (oben Fn. 48), wo das Ansinnen eines Gläubigers, das Vermögen seines Schuldners überwiesen zu erhalten, unter anderem mit Rücksicht auf die Pfandgläubiger zurückgewiesen wird. – Auf beide Texte berufen sich *Kaser/Hackl* RZ § 59 I Anm. 4.

[115] Ulpian (25 *ad edictum*) D. 11,7,14,1: *Si colonus vel inquilinus sit is qui mortuus est nec sit unde funeretur, ex invectis illatis eum funerandum Pomponius scribit et si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri. sed et si res legatae sint a testatore de cuius funere agitur nec sit unde funeretur, ad eas quoque manus mittere oportet: satius est enim de suo testatorem funerari, quam aliquos legata consequi. sed si adita fuerit postea hereditas, res emptori auferenda non est, quia bonae fidei possessor est et dominium habet, qui auctore iudice comparavit. legatarium tamen legato carere non oportet, si potest indemnis ab herede praestari: quod si non potest, melius est legatarium non lucrari, quam emptorem damno adfici.*

[116] *Wieling* TR 56 (1988) 296 f.

[117] *Forster*, Konkurs, 128, 138–142.

der Überschuss, so musste er der Masse zugute kommen.[118] Bei Generalhypotheken erfasste die Pfandverwertung das ganze Vermögen, was am besten eben im Konkursverfahren geschehen konnte.[119] Möglicherweise nahmen sogar Eigentümer von Geld, das sich beim Vermögen des Schuldners befand, insofern am Verfahren teil, als sie dessen Kosten mitschultern mussten.[120]

Dass die Juristen Pfandrecht und Konkursprivileg sorglos aneinander annäherten, spricht dafür, dass auch die praktischen Unterschiede gering waren – etwa indem auch verpfändete Gegenstände grundsätzlich der Gesamtvollstreckung unterfielen, jedoch die Pfandgläubiger als besonders stark privilegierte bevorzugt befriedigt wurden (ähnlich der heutigen Absonderung). Diese Richtung wies die accursische Glosse der Praxis des gemeinen Rechts seit dem Mittelalter.[121]

d) Nachrangige Forderungen

Wir haben kein Zeugnis dafür, dass es neben den bevorzugten auch benachteiligte Forderungen gab. Denkbar erscheint, dass anderen Gläubigern den Vortritt lassen musste, wer nur eine Verurteilung in den Grenzen des schuldnerischen Vermögens (*in id quod facere potest*)[122] hätte erreichen können.[123] Außerhalb des Konkurses hatten aber auch diese Gläubiger die Chance, allen anderen zuvorzukommen, weil das für den Schuldner Machbare nach seinen Aktiva, also ohne Abzug der Verbindlichkeiten bestimmt wurde.[124] Schon deswegen werden sie auch bei der Verteilung nicht benachteiligt worden sein. Nur bei der Verurteilung aus einem Schenkungsversprechen wurden vom Machbaren alle Verbindlichkeiten abgezogen.[125] Das spricht dafür, dass geschenkte Forderungen auch in der Vollstreckung erst nach allen anderen befriedigt wurden.

Von einer Gläubigergleichbehandlung kann man für den römischen Konkurs jedenfalls nur eingeschränkt sprechen. Sie wurde nicht nur – wie heute – durch vereinbarte Kreditsicherheiten begrenzt, sondern zudem durch gesetzliche Pfandrechte, Rangvorrechte und schuldrechtliche Privilegien. Gleichwohl sind uns aus der Antike keine Beschwerden über die Unergiebigkeit der Vollstreckung überliefert, wie sie heute allgegenwärtig sind. Die Gegenwart

---

[118] *Kaser/Hackl* RZ § 59 I mit Anm. 5.

[119] *Forster*, Konkurs, 128, 140. – Schon *Solazzi* II 86 f. und *Kaser/Hackl* RZ § 58 Anm. 9 vermuten, dass in der *lex bonorum vendendorum* die pfandgesicherten Forderungen angegeben wurden; daran anschließend deutet *Wieling* TR 56 (1988) 292 f. an, dass die Pfänder mit dem übrigen Vermögen gemeinsam verwertet wurden; anders aber *Wieling* ZRG RA 106 (1998) 404 über den Pfandgläubiger: „er nimmt am Konkurs nicht teil".

[120] Siehe Papinian D. 16,3,8 (oben Fn. 102).

[121] Dies zeigt *Forster*, Konkurs, 143 ff. Siehe zur Behandlung der Konkursprivilegien durch die Glosse noch im zweiten Kapitel Fn. 5.

[122] Dazu unter IV.

klagt für die Antike mit: Wie die römische Pfandordnung überhaupt funktionieren konnte, wundert sich *Kaser*.[126] *Forster* spekuliert, dass für Gläubiger ohne Privileg häufig nichts mehr zu verteilen übrig blieb.[127]

4. Schutz vor Beeinträchtigungen

Der Konflikt der um das unzulängliche Vermögen des Schuldners konkurrierenden Gläubiger ist dadurch, dass der Erlös der Vollstreckung in bestimmter Weise verteilt wird, nur für das Verfahren entschieden. Was den Römern ihre Privilegienordnung und die Gleichbehandlung der Gläubiger bedeutete, bemisst sich auch daran, wie sie dagegen vorsorgten, dass der Schuldner sein Vermögen vor Verfahrenseröffnung abweichend verwendete oder weiter überschuldete; also an den Vorläufern der Gläubigeranfechtung.

Die noch heute geläufige Bezeichnung der Anfechtungsklage als *actio Pauliana* führt vor Augen, dass schon die Römer Gläubiger davor schützten, dass der Schuldner sie durch Minderung oder Überforderung seiner Mittel beeinträchtigte.[128] Seit der *lex Aelia Sentia* (4 n. Chr.) konnte die Freilassung

[123] Weil Ulpian (63 *ad edictum*) D. 42,1,16 und Paulus (60 *ad edictum*) D. 42,1,25 die Verurteilung in den Grenzen des Machbaren in Abschnitten ihrer Kommentare behandeln, die der *venditio bonorum* gewidmet sind, vermutet *Lenel* EP 428 (bei Fn. 6), dort sei es um das Problem gegangen, „ob ein dem Kridar zuständig gewesenes beneficium competentiae auch dem bonorum emptor zustehe", was *Kaser/Hackl* RZ § 58 II 2 Anm. 36 verneinen. Falsch verstanden wurde *Lenel* von *Karlowa* II 1410 f.: „Lenel meint, es habe sich […] um die […] Frage gehandelt, ob und in welchen Fällen ein dem Kridar gegenüber [!] zuständig gewesenes beneficium competentiae auch dem bonorum emptor entgegengehalten werden könne", was *Karlowa* zu Recht für selbstverständlich hält. – *Lenel* und *Kaser* stehen auf dem Boden der herrschenden Meinung, wonach der *emptor* eine Quote auf alle Forderungen bot (dagegen oben bei Fn. 41). Was soll dann heißen, dass er sich auf das *beneficium* des Schuldners berufen konnte: dass der Käufer nur bis zur Grenze des Schuldnervermögens haftete oder bis zur Grenze seines eigenen Vermögens? Für beides bestand kein Anlass, die *beneficia* dienten ja nicht seinem Schutz. – Folgt man der hier befürworteten Ansicht, dass der Käufer einen Gesamtbetrag geboten hatte, stellt sich vielmehr die im Text formulierte Frage, ob daraus die nicht durch ein *beneficium* beeinträchtigten Gläubiger vorab befriedigt wurden. – Im Kontext der *bonorum venditio* mochten Paulus und Ulpian die Verurteilung *in id quod facere potest* schon deswegen erwähnen, weil diese bewirken konnte, dass es zu jener nicht mehr kam (*Karlowa*). – Nicht nachvollziehen kann ich, warum *Behrends*, Zwölftafelprozeß, 178, meint, wer ein Urteil in *id quod facere potest* errungen habe, habe vor anderen Gläubigern Vorrang genossen (und warum *Gildemeister*, Beneficium competentiae, 53, dem zustimmt).

[124] Unten bei Fn. 256.

[125] Unten bei Fn. 263.

[126] *Kaser* RP II § 250 I a.E.

[127] *Forster*, Konkurs, 142.

[128] Die Römer waren nicht die einzigen oder ersten. Man vergleiche nur aus dem dorischen Kreta des fünften Jahrhunderts vor Christus die Vorschrift zur Anfechtung von Schenkungen im Stadtrecht von Gortyn (X, 20–25); dazu *Benke* RIDA 67/68 (2020/2021) 9–44.

von Sklaven zum Schutz der Gläubiger unwirksam sein.[129] Andere Beeinträchtigungen konnten die Gläubiger angreifen. Die Spuren der dem Gläubigerschutz dienenden Instrumente haben sich in der Überlieferung vermengt. Nach der auf *Otto Lenel* zurückgehenden Lehre[130] verhieß der Prätor in seinem Album zwei Behelfe: dem *curator bonorum* eine *in integrum restitutio*, um den Schuldner zugunsten der Gläubigergesamtheit in den vorigen Stand zu versetzen,[131] und den einzelnen Gläubigern ein *interdictum fraudatorium*, mit dem sie von Dritten Restitution an die Gläubigergesamtheit verlangen konnten.[132] Als nicht klassisch gilt dieser Lehre die der Rückforderung dienende *actio Pauliana*, die uns in den Quellen ebenfalls begegnet.[133] Eine Parallele für eine solche schuldrechtliche Klage boten allerdings die *actio Fabiana* und die *actio Calvisiana*, mit der bestimmte Pflicht-

[129] Dazu etwa *Klinck* in: Symposium Wieling (2006) 83–108 (weitere Nachweise dort Fn. 16–18).

[130] *Lenel* in: FS Schultze (1903) 1–23; *Lenel* EP § 225 und § 268; ähnlich – jedoch daneben die Denegation von Klagen aus arglistig eingegangenen Geschäften gesondert aufführend – *Kaser* RP I § 60 III 1 (251 f.); II § 202 III (94 f.); *Ankum*, Geschiedenis, 38–64 (der die *restitutio* auch den einzelnen Gläubigern zuspricht, nicht aber eine darauf basierende actio *rescissoria*). – Einen ausführlichen Überblick gibt *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung, 46–61; knapper *Klinck* in: Symposium Wieling (2006) 87 f.; jetzt *Willems* in HRP § 14 Rn. 19.

[131] Die *in integrum restitutio* sei verborgen in Ulpian (66 *ad edictum*) D. 42,8,1 pr.: *Ait praetor: Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo*. Ein späteres Zeugnis hierfür böten Inst. 4,6,6. Dazu Lenel EP § 225; *Ankum*, Geschiedenis, 38–51; *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, 25–36.

[132] Darin bestehe der klassische Kern von Ulpian (73 *ad edictum*) D. 42,8,10 pr.: *Ait praetor: Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit: ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ei, si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas. interdum causa cognita et si scientia non sit, in factum actionem permittam*. Dazu Lenel EP § 268; *Ankum*, Geschiedenis, 52–58; *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, 36–42.

[133] Paulus (6 *ad Plautium*) D. 22,1,38,4: *[actio Pauliana] per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur*. Im pr. wird diese Klage als eine *actio in personam* bezeichnet. Hingegen benennt Theophilus die in Inst. 4,6,6 behandelte Klage, die aus der Anfechtung der Verfügung resultiert und die er konsequent als *actio in rem* qualifziert, ebenfalls *Pauliana*. *Lenel* EP § 225 (440) erklärt den Widerspruch für unüberwindlich und beide Stellen für unklassisch, während er zunächst (in der Vorauflage und in FS Schultze [1903] 19) den Digestentext für bare Münze genommen hatte. – Erkennt man die personale Klage als klassisch an, stellt sich die Frage, wie sie sich zu den bei Ulpian zitierten Ediktsauszügen verhält. Nach *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, 57–84 handelte es sich bei der *actio Pauliana* um das Anfechtungsmittel des klassischen Rechts, das erforderlich geworden sei, weil die klassische Jurisprudenz *dolus* und *possessio* begrifflich eng gefasst und so den Anwendungsbereich der älteren Institute beschnitten habe, die an Arglist angeknüpft und die Zuordnung des Vermögens zur Gläubigergesamtheit geschützt hätten.

teilsberechtigte gegen die lebzeitige Aushöhlung der Erbschaft vorgehen konnten.[134]

Ein klareres Bild haben wir von den Kriterien, nach denen entschieden wurde, ob ein vom Schuldner Begünstigter haftete:[135] Das Empfangene musste erstattet werden, wenn der Empfänger wusste, dass es *in fraudem creditorum* veräußert wurde. Nicht angreifbar war das Unterlassen eines Erwerbs.[136] Kannte der Empfänger die böse Absicht des Schuldners nicht, so war das Geschäft nur angreifbar, wenn es unentgeltlichen Charakter hatte[137] oder der Empfänger als Minderjähriger die Situation überhaupt nicht durchschauen konnte.[138] Hatte an der *fraus* des Schuldners ein fremder Sklave teilgenommen und etwas empfangen, haftete daher dessen gutgläubiger Herr lediglich *de peculio vel de in rem verso*.[139]

Fraus kann sprachlich einfach einen Schaden meinen, aber auch einen Betrug.[140] Ulpian betont, der Empfänger müsse bewusst an der vom Schuldner begangenen *fraus* teilgenommen haben.[141] Demgemäß war eine Veräußerung

---

[134] Sie werden im Digestentext selbst parallelisiert (mit Blick auf die Erstattung von Früchten); D. 22,1,38,4 (Fn. 133): *In Fabiana quoque actione et Pauliana …* Diese Parallele verfolgt *Zoz de Biasio*, Rimedi.

[135] Ich folge der Einschätzung von *Klinck* in: Symposium Wieling (2006) 88.

[136] Ulpian (66 *ad edictum*) D. 42,8,6 pr.–5, der Grundsatz (pr.): *Quod autem, cum possit aliquid quaerere, non id agit, ut adquirat, ad hoc edictum non pertinet: pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur.* Ebenso folgenlos blieb Unterlassen der Erhöhung dessen *quod facere potest*, oben Fn. 284.

[137] Der Beschenkte verliere nur einen Vorteil, erleide aber keinen Schaden. Ulpian (66 *ad edictum*) D. 42,8,6,11: *Simili modo dicimus et si cui donatum est, non esse quaerendum, an sciente eo, cui donatum, gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores: nec videtur iniuria adfici is qui ignoravit, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. in hos tamen, qui ignorantes ab eo qui solvendo non sit liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non*. Zur Rückforderung von Legataren D. 42,8,6,13: *Item si necessarius heres legata praestiterit, deinde eius bona venierint, Proculus ait, etiamsi ignoraverint legatarii, tamen utilem actionem dandam: quod nequaquam dubium est*.

[138] Die altersbedingte Unbedarftheit des Mündels dürfe nicht ihm nutzen und den Gläubigern schaden, Ulpian (66 *ad edictum*) D. 42,8,6,10: *Si quid cum pupillo gestum sit in fraudem creditorum, Labeo ait omnimodo revocandum, si fraudati sint creditores, quia pupilli ignorantia, quae per aetatem contingit, non debet esse captiosa creditoribus et ipsi lucrosa: eoque iure utimur.*

[139] Ulpian (66 *ad edictum*) D. 42,8,6,12: *Simili modo quaeritur, si servus ab eo, qui solvendo non sit, ignorante domino ipse sciens rem acceperit, an dominus teneretur. et ait Labeo hactenus eum teneri, ut restituat quod ad se pervenit aut dumtaxat de peculio damnetur vel si quid in rem eius versum est. eadem in filio familias probanda sunt. sed si dominus scit, suo nomine convenietur.* – Zum Text *Gröschler*, Actiones in factum, 252–257.

[140] Zu den Bedeutungen im Wandel *Krüger/Kaser*, Fraus, ZRG RA 63 (1943) 117–174.

[141] Ulpian (73 *ad edictum*) D. 42,8,10,2: *Quod ait praetor "sciente", sic accipimus "te conscio et fraudem participante": non enim si simpliciter scio illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum teneri eum in factum actione, sed si particeps fraudis est*. Dazu *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, 124–128; *Klinck* in: Symposium Wieling (2006) 96 f.

nicht schon deshalb angreifbar, weil sie nach dem Wissen beider Parteien die Gläubiger schädigte.

Dies galt besonders von der Bevorzugung eines Gläubigers vor einem anderen. Bereits Labeo schreibt, es begehe keine *fraus*, wer das ihm zustehende empfange.[142] Auch nach dem von Julian als geltend beschriebenem Recht brauchte kein Gläubiger das Edikt zu fürchten, der geschuldetes Geld vom Schulder entgegengenommen hatte, bevor über dessen Vermögen die Vollstreckung eröffnet wurde – und zwar auch, wenn er gewusst hatte, dass der Schuldner nicht mehr zahlungsfähig war.[143] Solch ein Gläubiger habe lediglich achtgegeben und seine Interessen gewahrt (*sibi vigilavit*). Wer hingegen das Seine erlangte, nachdem dem Schuldner die Verfügung über seine Güter entzogen worden war, müsse erstatten, was über den Anteil der anderen hinausgehe, weil nun die Rechtslage aller Gläubiger aneinander angeglichen sei: *cum iam par condicio omnium creditorum facta esset.*

Dieselbe Wertung kommt in einem Text des Juristen Scaevola zum Ausdruck.[144] Ob der Gläubiger immerhin dann der Rückforderung ausgesetzt sei,

---

[142] Ulpian (66 *ad edictum*) D. 42,8,6,6: *Apud Labeonem scriptum est eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui quod sibi debetur receperat: eum enim, quem praeses invitum solvere cogat, impune non solvere iniquum esse: totum enim hoc edictum ad contractus pertinere, in quibus se praetor non interponit, ut puta pignora venditionesque*. Dazu *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, 91 f. – Es erstaunt, dass die *fraus* hier dem Dritten zugeordnet wird, nicht dem Schuldner.

[143] Ulpian (66 *ad edictum*) D. 42,8,6,7: *Sciendum Iulianum scribere eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset*. Dazu malt Ulpian den Fall aus, dass ein Gläubiger den fliehenden Schuldner bei sich versteckt und sich bezahlen lässt, (73 *ad edictum*) D. 42,8,10,16: *Si debitorem meum et complurium creditorum consecutus essem fugientem secum ferentem pecuniam et abstulissem ei id quod mihi debeatur, placet Iuliani sententia dicentis multum interesse, antequam in possessionem bonorum eius creditores mittantur, hoc factum sit an postea: si ante, cessare in factum actionem, si postea, huic locum fore*. Zu den Texten *Biscardi*, Il dogma della collisione, 118–122; *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, 87–91; *Klinck* in: Symposium Wieling (2006) 83 f., 97 f. – Dass die strikte Unterscheidung nach der Verfahrenseröffnung auf Servius Sulpicius Rufus zurückgehe, während frühere Juristen und die sabinianische Schule flexiblere Kriterien bevorzugt hätten, hält *Grevesmühl* für plausibel. Die Vermutung basiert auf den allgemeinen Thesen seines Lehrers Okko Behrends über den Charakter der Rechtsschulen. Ein konkretes Indiz fehlt. Dass die Unterscheidung bei dem Sabinianer Julian erstmals expliziert wird, mag man mit der Idee der Schulenkonvergenz erklären; es zählt aber schwerlich als Argument für die prokulianische Provenienz.

[144] Von dem hier ganz wiedergegebenen Text interessiert zunächst nur der zweite Teil (ab *quid ergo*); zum ersten Teil in Fn. 147. Scaevola (*liber singularis quaestionum publice tractatarum)* D. 42,8,24: *Pupillus patri heres extitit et uni creditorum solvit: mox abstinuit hereditate paterna: bona patris veneunt: an id quod accepit creditor revocandum sit, ne melioris condicionis sit quam ceteri creditores? an distinguimus, per gratificationem acceperit an non, ut, si per gratificationem tutorum, revocetur ad eandem portionem, quam ceteri creditores fuerint la-*

wenn er den Schuldner gegen dessen Willen zur Leistung gezwungen hatte, wirft er als Frage auf, verneint sie jedoch: Solch ein Gläubiger habe nur achtgegeben, seine eigene Rechtslage verbessert, und das Recht sei für die Wachsamen geschrieben: *ius civile vigilantibus scriptum est*.

Gesondert behandeln die Juristen den Fall, dass ein Mündel seinen Vater beerbte und einzelne Schulden bezahlte, bevor es von der Erbschaft Abstand nahm und diese für alle Gläubiger veräußert wurde – so berichtet uns Paulus.[145] Als Ausgangspunkt hatte Julian formuliert, weder Nachlässigkeit noch Gier eines Gläubigers dürfe einem anderen zum Nachteil gereichen. Doch wenn der Tutor unter zwei zugleich auftretenden Gläubigern einen begünstige, müsse dieser das erhaltene mit dem anderen teilen – eine Auffassung, der sich Paulus und Scaevola anschlossen. Der Mündel-Fall unterscheidet sich vom normalen Gläubigerwettlauf durch die Rolle des Vormunds, der sich auch gegenüber seinem Mündel nicht korrekt verhielt, wenn er seine eigenen Interessen und Vorlieben darüber entscheiden ließ, welche Gläubiger er befriedigte.[146] Der Ver-

---

turi: sin vero iuste exegerit, ceteri creditores neglexerint exactionem, interea res deterior facta sit, vel mortalitate vel subductis rebus mobilibus vel rebus soli ad irritum perductis, id quod acceperit creditor revocari nullo pacto potest, quoniam alii creditores suae neglegentiae expensum ferre debeant. quid ergo, si, cum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam, an actione revocari ea possit a me? an distinguendum est, is optulerit mihi an ego illi extorserim invito et si extorserim invito, revocetur, si non extorserim, non revocetur? sed vigilavi, meliorem meam condicionem feci, ius civile vigilantibus scriptum est: ideoque non revocatur id quod percepi. Dazu *Biscardi*, Il dogma della collisione, 123–125; *Wubbe*, in: Ius vigilantibus, 475–481; *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, 92 f., zum ersten Teil 94 Anm. 432; *Klinck* in: Symposium Wieling (2006) 84–86 (dazu noch unten Fn. 147); *Willems* RIDA 60 (2013) 341–368 (344–352).

[145] Paulus (58 *ad edictum*) D. 42,5,6: *(pr.) Si non expedierit pupillo hereditatem parentis retinere, praetor bona defuncti venire permittit, ut quod superaverit pupillo restituatur. (§ 1) Si pupillus, antequam abstineret, aliquid gesserit, servandum est, utique si bona fide gessit. (§ 2) Quid ergo, si quibusdam creditoribus solvit, deinde bona venierint? si quaeritur, an repetitio sit, ex causa id statuendum Iulianus ait, ne alterius aut neglegentia aut cupiditas huic, qui diligens fuit, noceat. quod si utroque instante tibi gratificatus tutor solvit, aequum esse aut prius eandem portionem mihi quaeri aut communicandum quod accepisti: et hoc Iulianus ait. apparet autem loqui eum, si ex bonis paternis solutum sit. quid ergo, si aliunde pupillus solverit? reddi ei debebit nec ne? et utrum a creditore an ex hereditate? Scaevola noster ait, si aliquid sit in bonis, deducendum ex hereditate solidum exemplo eius, qui gessit negotia: sed si nihil sit in bonis, non esse iniquum adversus creditorem dandam repetitionem quasi indebiti soluti*. Dazu *Biscardi*, Il dogma della collisione, 123–125; *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, 94 f.; *Klinck* in: Symposium Wieling (2006) 99.

[146] *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, 95 verweist insofern zurecht auf einen Text, in dem Papinian das *interdictum fraudatorium* gewährt, wenn der Tutor sich selbst als Gläubiger des Mündels zum Schaden der übrigen bevorzugt; Papinian 11 *responsorum* D. 46,3,96 pr.: *Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit: liberatio contigit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur. sed et interdicto fraudatorio tutoris creditor pupillo tenetur, si eum consilium fraudis participasse constabit*. Dann geht es aber auch bei Julian und Scaevola nicht um *dolus* des Mündels, sondern gegen das Mündel, und die Besonderheit des arglistigen Tutorenverhaltens erübrigt die Erklärung mit einem angeblich vorklassisch-sabinianischen Gebot der Gläubigergleichbehandlung.

trauensbruch gegenüber dem Mündel, nicht die Schädigung der langsamen Gläubiger dürfte hier den Kern des Vorwurfs gebildet haben. Das zeigt sich auch daran, dass nach dem von Paulus zitierten Scaevola das Mündel selbst die Leistung vom Empfänger zurückverlangen konnte, wenn sie nicht aus der Erbmasse, sondern aus seinem Eigenvermögen erfolgt war.[147]

Während also die Bevorzugung einzelner Gläubiger im Grundsatz keine *fraus* dargestellt haben wird, steht zugleich fest, dass es sich in Ausnahmefällen anders verhielt.[148]

Die Übernahme neuer Verbindlichkeiten wird ebenfalls nur ausnahmsweise als *fraus* angesehen worden sein. Darauf deutet eine zwar in ganz anderem Kontext getroffene, aber sehr umfassend klingende Äußerung Ulpians. Während die Gläubiger eines Erblassers abgesonderte Befriedigung aus der Erbmasse verlangen konnten,[149] konnten die

[147] Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch der erste Teil von Scaevola D. 42,8,24 (Fn. 144), der den Mündel-Fall als Problem formuliert, ohne die Lösung zu geben. Ob die Leistung zurückgefordert werden kann, erwägt Scaevola danach zu entscheiden, ob der Gläubiger sie dadurch erlangt hat, dass der Vormund des Mündels ihn bevorzugte, oder weil er sie rechtmäßig eintrieb, während die übrigen Gläubiger ihre Forderungen vernachlässigten und sich das Vermögen verschlechterte. Daran schließt Scaevola die Erörterungen zur Leistung durch den mündigen Schuldner an. Liest man den Text isoliert, möchte man zu den Annahme neigen, dass er auch beim Mündel nie die Rückforderung zulassen wollte; doch die gerade behandelte Stelle Paulus (58 *ad edictum*) D. 42,5,6,2 belehrt eines besseren. – *Klinck* in: Symposium Wieling (2006) 85 f. versteht unter dem Empfang *per gratificationem* anscheinend unentgeltlichen Erwerb, doch geht es um Erwerb *solvendi causa*, nämlich darum, dass der Tutor aus mehreren Gläubigern einzelne durch Befriedigung bevorzugt. Ob die Forderungen entgeltlich oder unentgeltlich begründet worden waren, ist nicht angesprochen (dazu oben bei Fn. 125). Einige Seiten weiter (99) fasst *Klinck* als *gratificatio*, dass „der Schuldner einen von mehreren Gläubigern, die ihn um Zahlung angehen, willkürlich, ohne besonderen Zwang bevorzugt". Entscheidend sei, dass die Gläubiger ihre Ansprüche verfolgt, nicht untätig geblieben seien. Dass passt allerdings nicht auf den Fall der Gläubiger, die so wenig untätig waren, dass der Schuldner vor ihnen floh, und die trotzdem nicht gegen den Fluchthelfer vorgehen konnten (Fn. 143). – Zutreffend *Ernst* SJZ 2010, 392 Anm. 20: „Es wird doch wohl eine Rolle gespielt haben, dass der Tutor nicht persönlichen Präferenzen folgen darf, wenn er für das Mündel handelt".

[148] Ein weiteres Beispiel dafür, dass die Begleichung einer Schuld als arglistig bewertet wird, gibt Venuleius (6 *interdictorum*) D. 42,8,25,3: *Si procurator ignorante domino, cum sciret debitorem eius fraudandi cepisse consilium, iussit servo ab eo accipere, hac actione ipse tenebitur, non dominus*; dazu insoweit treffend *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, 95 f. Aus dem Text geht nicht hervor, auf welche Umstände sich das Urteil stützt. – *Grevesmühl* vermutet, dass die vorklassische Jurisprudenz dafür Sorge trug, dass Schuldner ihre Gläubiger auch vor Verfahrenseröffnung gleich behandelten. Strikt und binär nach dem Verfahrensbeginn zu unterschieden, entspreche der durch Servius Sulpicius Rufus vorgeprägten klassischen Methode (90), die Begünstigung der Wachsamen dessen Engagement für „die naturalistischen Freiräume des Eigennützes" (91). In den Zweifeln Scaevolas (oben Fn. 144) (92 f.) und den durch den Venuleiustext bewiesenen Ausnahmen sieht *Grevesmühl* Nachwirkungen des vorklassischen Rechtsdenkens (87, 92). Dabei bleibt vieles Spekulation – vor allem fehlt, wie *Klinck* in: Symposium Wieling (2006) 86 f. mit Recht einwendet, jeder Hinweis darauf, dass die Juristen vor Servius die Gleichbehandlung auch vor Verfahrenseröffnung als ein Gebot der Billigkeit erachteten.

[149] Oben II.2. d.

Gläubiger des Erben nicht verhindern, dass der Erbe sich durch die Übernahme der Erbschaft überschuldet. Dies erklärt Ulpian damit, dass es jedem freistehe, die Lage seines Gläubigers zu verschlechtern, indem er einen anderen Gläubiger hinzufüge: *licet alicui adiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem condicionem.*[150]

III. Haftung für Gewaltunterworfene

Wegen beschränkter Haftung kam es im römischen Recht zu Forderungskollisionen vor allem, wenn ein Gewalthaber für die einstehen musste, die seiner Gewalt unterworfen waren. Die Haftungsverfassung des römischen Familienverbandes wird mit dem modernen Konzernrecht verglichen.[151] Ihr Fundament lässt sich knapp zusammenfassen:[152] Für Geschäfte, die ein Gewaltunterworfener – Hauskind oder Sklave beiderlei Geschlechts[153] – abgeschlossen hatte, haftete der Hausvater unbegrenzt, wenn er ihn dazu angewiesen hatte.[154] Sonst haftete der *pater* nur bis zum Wert eines dem Untergebenen zum eigenen Verbrauch oder zur eigenständigen Bewirtschaftung angewiesenen Sondervermögens (*peculium*).[155] Die Haftung bezog sich gegenständlich auf den Bestand des *peculium*, doch musste diese Beschränkung im Moment des Urteilsspruchs wegen des Prinzips der Geldverurteilung in Geld bemessen werden. Das Sondervermögen gehörte weiterhin dem *pater*; dazu konnten wiederum Sklaven mit eigenen *peculia* gehören. Außerdem haftete der Vater, soweit sein übriges Vermögen durch das Geschäft vermehrt worden war.[156] Soweit die Gläubiger hierbei um Befriedigung konkurrierten, löste das römi-

[150] Ulpian (64 *ad edictum*) D. 42,6,1,2: *Ex contrario autem creditores Titii non impetrabunt separationem: nam licet alicui adiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem condicionem. atqui igitur adiit hereditatem debitoris mei, non faciet meam deteriorem condicionem adeundo, quia licet mihi separationem impetrare, suos vero creditores oneravit, dum adiit hereditatem quae solvendo non est, nec poterunt creditores eius separationem impetrare*. Der Text steht im Anschluss an die Erläuterung der *seperatio bonorum* mit dem Beispiel des die Erbschaft überschuldet antretenden Titius (oben Fn. 76). Zur Relativierung sogleich bei Fn. 178.

[151] Zu theoretischen Gestaltungsmöglichkeiten vor allem *Di Porto*, Impresa colletiva. Es fehlen Belege dafür, dass diese Möglichkeiten ausgereizt worden wären; vgl. die Rezension von *Bürge*, ZRG RA 105 (1988) 856–856; im Übrigen *Bürge*, Lo schiavo (in)dipendente. Eine vermittelnde Position bezieht *Fleckner*, Antike Kapitalvereinigungen, 217–237.

[152] Aktueller Überblick bei *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, § 60.

[153] Gaius (9 *ad edictum provinciale*) D. 15,1,27 pr.; Ulpian (10 *ad edictum*) D. 3,5,13; (29 *ad edictum*) D. 14,4,5,2; D. 15,1,1,3.

[154] Mit der *actio quod iussu*. Als typisierende Sonderformen kann man begreifen die Klagen gegen die Reeder wegen Geschäften der Kapitäne (*actio exercitoria*) und gegen die Geschäftsherren wegen Geschäften der Leiter von Läden oder Betrieben (*actio institoria*). Dazu jetzt *Bürge* in HRP §§ 101, 104. Vgl. aber demnächst *Jauss* zur *praepositio.*

[155] Dazu jetzt umfassend *Gamauf* in HRP §§ 102, 103.

[156] Dazu *Gamauf* in HRP § 102 Rn. 39–43.

sche Recht den Konflikt anders als bei der Gesamtvollstreckung in das Vermögen des Herrn.

Einen weiteren Fall bietet die sogenannte Noxalhaftung: Wenn ein Hauskind oder ein Sklave (oder bestimmte Großtiere) einen anderen deliktisch schädigten, haftete der Hausvater hierfür unabhängig von einem eigenen Verschulden, konnte die Haftung aber abwenden, indem er den Schädiger auslieferte.[157] Ein Gläubigerkonflikt ergab sich zwischen mehreren Geschädigten, weil der Hausvater nur einmal ausliefern musste; auch dieser Konflikt wurde anders gelöst als in der Insolvenz.

1. *actio de peculio*

Die Gewaltunterworfenen konnten den Hausvater nicht verpflichten. Gleichwohl haftete er für die vom Hauskind oder vom Sklaven eingegangene Verbindlichkeit, wurde also ihretwegen verurteilt, falls er dem Gewaltunterworfenen ein Sondervermögen eingeräumt hatte, und zwar war die Verurteilung der Höhe nach begrenzt auf den aktuellen Wert dieses Vermögens (*peculium*).[158] Bei der Bestimmung dieses Wertes wurde von vorneherein abgezogen, was der Hausvater aufgrund interner Verrechnung noch aus dem *peculium* zu „fordern" hatte. Das betont schon eine vor der Zeitenwende entstandenen Definition des *peculium* durch den Juristen Tubero, die so gut gelungen war, dass noch Celsus und Ulpian sie zitierten.[159] Was andere der Gewalt desselben Hausvaters Unterworfene aus dem *peculium* beanspruchen konnten, wurde seit Servius gleichermaßen abgezogen, weil es ebenso dem Herrn geschuldet sei.[160]

---

[157] Dazu jetzt *Pennitz* in HRP § 105.

[158] Die Klage wird behandelt in den Titeln D. 15,1: *De peculio* und D. 15,2: *Quando de peculio actio annalis est*; C. 4,26: *Quod cum eo qui in aliena est potestate negotium gestum esse dicitur, vel de peculio sev quod iussu aut de in rem verso*; Inst. 4,7: *Quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur.* Zur Formel *Lenel* EP 278–283, *Mantovani*, Formule, Nr. 99. – Zur arglistigen Vereitelung dieser Haftung unten bei Fn. 175.

[159] Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,1,5,4: *Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus libro sexto digestorum refert, quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur.* Auf diese Definition beziehen sich vermutlich auch Ulpian D. 15,1,9,2 und 3 mit der Ergänzung durch Servius Sulpicius Rufus (sogleich Fn. 160). – Zu diesen Abzugsposten gehörte etwa, was der Herr wegen eines Delikts des Sklaven (aufgrund der unter 4 behandelten Noxalhaftung) an Geschädigte zahlte, Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,1,11 pr.

[160] So berichtet Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,1,9: (§ 2) *Peculium autem deducto quod domino debetur computandum esse, quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur.* (§ 3) *Huic definitioni Servius adiecit et si quid his debeatur qui sunt in eius potestate, quoniam hoc quoque domino deberi nemo ambigit*. Die indirekte Rede in § 2 scheint sich auf den ersten Blick auf den in § 1 zitierten Neraz zu beziehen, doch knüpft sie wohl an die in fr. 5 § 4 (Fn. 159) zitierte Definition von Tubero an, was auch dadurch bekräftigt wird, dass im

a) Wettlauf

Im Übrigen wurde dem *peculium* aber der Wert der Aktiva ohne Rücksicht darauf zugrunde gelegt, ob noch andere Gläubiger etwas wegen des Hauskindes oder Sklaven vom Vater zu fordern haben. Der schnellere Gläubiger konnte also eine Verurteilung in den Wert des Aktivbestandes erlangen. Soweit dieser Wert dadurch aufgezehrt wurde, gingen spätere Gläubiger leer aus. In diesem Kontext begegnet die Maxime *melior est condicio occupantis*: Besser steht, wer den anderen zuvorkommt.[161] Der Jurist Gaius berichtet genau, worauf es bei diesem Wettlauf ankam: Nicht die frühere Klageerhebung, sondern der Zeitpunkt des Urteils entschied. Auch wer zuerst geklagt hatte, konnte den Kürzeren ziehen, wenn ein anderer Gläubiger ihn in einem schnellen Prozess überholte.[162] So vermied man, in einem Prozess den Ausgang eines früher rechtshängig gemachten abwarten[163] oder vorhersagen zu müssen; den Vorteil hatte, wer seinen Anspruch schnell und klar beweisen konnte. Dass das *peculium* schon als gemindert galt, bevor der Hausvater den zuerst erfolgreichen Kläger befriedigt hatte, lässt sich damit erklären, dass das *peculium* ihn von der Haftung aus dem Urteil freistellen musste.

Wiewohl seit Tubero Teil der Definition des *peculium* selbst,[164] bedurfte das Vorrecht des Hausvaters in den Augen der römischen Juristen einer Rechtfertigung. Ulpian bezeichnet es als *privilegium*.[165] Er berichtet, Pedius habe treffend argumentiert, dass man nicht annehmen könne, der Herr wolle dem Sklaven etwas als *peculium* zuweisen, was dieser ihm schulde. Ulpian selbst erklärt die Regel mit der Anschauung, der Herr solle so behandelt werden, als ob er selbst als erster den Sklaven in Anspruch nehme: Der Eigentümer zahle sozusagen an sich selbst, sobald der erste Gläubiger die Klage *de peculio* erhebe.[166]

---

nächsten Satz Servius offenbar darauf Bezug nimmt. Die Rechtfertigung (*creditur*) stammt aber von Ulpian selbst, er führt sie am Ende von § 4 (sogleich Fn. 166) anhand des erörterten Falls näher aus.

[161] Dass sie hier geprägt wurde, vermutet *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 248–291, dessen Erläuterung der Bedeutung von *occupare* ich annehme. – In der Gegenüberstellung zu *melior est condicio possidentis* ähnlich schon *Biscardi*, Il dogma della collisione, 96, 115–117, 128 f., der allerdings die sachenrechtliche Aneignung als Ursprung der Maxime annimmt und alles andere Zuvorkommen nur als *occupatio* im weiteren Sinne.

[162] Gaius (9 *ad edictum provinciale*) D. 15,1,10: *Si vero adhuc in suspenso est prius iudicium de peculio et ex posteriore iudicio res iudicaretur, nullo modo debet prioris iudicii ratio haberi in posteriore condemnatione, quia in actione de peculio occupantis melior est condicio, occupare autem videtur non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam iudicis pervenit*. Dazu *Biscardi*, Il dogma della collisione, 129–132; *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 262 f.

[163] *Gamauf* in HRP § 102 Rn. 33 mit Anm. 193.

[164] Siehe oben bei Fn. 159.

[165] Ulpian (29 *ad edictum*) D. 14,4,1 pr.; D. 14,4,5,7; siehe unten bei der *actio tributoria* (3).

[166] Schon Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,1,9,2 (oben Fn. 160): *quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur*; sodann D. 15,1,9,4: *Praeterea id etiam deducetur, quod his personis debetur, quae sunt in tutela vel cura domini vel patris vel quorum negotia administrant,*

Für Ulpian hat also die Prävention als Rechtsprinzip einen so hohen Rang, dass sie geeignet ist, die Grundstruktur der Pekuliarhaftung zu tragen. Übrigens folgt aus diesem Begründungsansatz für Ulpian, dass auch die Forderungen derjenigen Personen vom *peculium* abgezogen werden, deren Angelegenheiten der Hausvater verwaltet: seiner Mündel und Auftraggeber, weil er auch mit deren Ansprüchen den übrigen Gläubigern zuvorkommt. Diesen Gläubigern des Hausvaters konnte also ihre Haftungsmasse nicht durch Pekuliargläubiger entzogen werden.

Doch auch Pekuliargläubiger konnten privilegiert sein. Paulus berichtet[167] über den Fall, dass sich von einem Tutor erwies, er war kein freier Mann, sondern ein Sklave. Wegen der faktischen Vormundschaft sollte das Mündel den Herrn des vermeintlichen Vormunds klagweise nach Art der *actio de peculio* in Anspruch nehmen dürfen, wobei das scheinbare Eigenvermögen des tatsächlichen Sklaven einem *peculium* gleichgestellt wurde. Trotz der Privilegierung der Mündelansprüche könne der Herr auch hier abziehen, was der Sklave ihm schuldete, doch die übrigen Gläubiger stünden den privilegierten nach. Das sei

---

dummodo dolo careant, quoniam et si per dolum peculium vel ademerint vel minuerint, tenentur: nam si semper praevenire dominus et agere videtur, cur non dicatur etiam hoc nomine eum secum egisse, quo nomine vel tutelae vel negotiorum gestorum vel utili actione tenebitur? nam ut eleganter Pedius ait, ideo hoc minus in peculio est, quod domino vel patri debetur, quoniam non est verisimile dominum id concedere servo in peculium habere, quod sibi debetur. sane cum ex ceteris causis ipsum a semet ipso exegisse dicimus qui negotia vel tutelam geret, cur non etiam in specie peculiari exegerit, quod exigi debuit? defendendum igitur erit quasi sibi eum solvere, cum quis agere de peculio conabitur. Zum Abzug der Forderungen der Mündel und Auftraggeber sogleich im Text, zur Rückausnahme bei *dolus* des Hausvaters unten Fn. 177.

[167] Paulus (4 *quaestionum*) D. 15,1,52: (pr.) *Ex facto quaeritur: qui tutelam quasi liber administrabat, servus pronuntiatus est. an si conveniatur eius dominus a pupillo, cuius quidem potiorem causam quam creditorum ceterorum servi habendam rescriptum est, an vel id deducatur ex peculio, quod domino debetur? et si putaveris posse deduci, an intersit, utrum, cum adhuc in libertate ageret, domini debitor factus est, an postea? et an de peculio impuberi competat? respondi nullum privilegium praeponi patri vel domino potest, cum ex persona filii vel servi de peculio conveniuntur. plane in ceteris creditoribus habenda est ratio privilegiorum: quid enim si filius dotem accepit, tutelam administravit? merito igitur et in servo, qui pro tutore egit, id rescriptum est, et quia occupantis melior solet esse condicio quam ceterorum, inhibebitur actio. plane si ex re pupilli nomina fecit vel pecuniam in arca deposuit, datur ei vindicatio nummorum et adversus debitores utilis actio, scilicet si nummos consumpserunt: hic enim alienare eos non potuit: quod et in quovis tutore dicendum est. nec tamen interesse puto, quando domino debere coepit, utrum cum in libertatis possessione esset an postea: nam et si Titii servo credidero eiusque dominus esse coepero, deducam quod prius credidi, si conveniri de peculio coepero. quid ergo est? quia de peculio actio deficit, utilis actio in dominum quasi tutelae danda erit. ut quod ille pro patrimonio habuit, peculium esse intellegatur.* (§ 1) *Si dos filio familias sit data vel tutelam administraverit, habenda erit ratio privilegiorum in actione de peculio dilata interim ceterorum creditorum actione vel interposita cautione, si priores agant, qui privilegium non habent, restitutum iri quod acceperunt, si inferatur postea cum patre actio privilegii.* Dazu *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 263–265, dessen Vorschlag zur Zeichensetzung (Anm. 47) ich übernehme.

auch in einem kaiserlichen Bescheid so entschieden worden (vielleicht hatte Paulus den selbst verfasst)[168]. Um diesen schwierigen Fall zu lösen, verweist der Jurist auf einfachere, in denen die *actio de peculio* direkt einschlägig ist: wenn etwa ein Haussohn eine Mitgift erhalten habe oder Vormund gewesen sei; dabei gelte dasselbe. Genauso wie Paulus im Fall des Sklaven als Tutor entscheidet Ulpian den Fall, dass ein unerkannter Sklave von einer Freien eine Mitgift empfängt: Bei der *actio de peculio* gegen den Herrn solle sie anderen Gläubigern des Sklaven vorgezogen werden, müsse aber den Abzug der Forderungen des Herrn hinnehmen.[169] Nur Mitgiftsachen selbst oder damit bezahlte Gegenstände könne die Frau in jedem Fall herausverlangen; ebenso wie – so Ulpian in einem anderen Text – das Mündel seine Gegenstände und das damit erworbene vom Hausvater des als Tutor fungierenden Sklaven.[170]

Darüber, wie ein Vorzug der privilegierten Forderungen praktisch umgesetzt wurde, berichtet Paulus in dem genannten Text,[171] dass Klagen der nichtprivilegierten Gläubiger einstweilen aufgeschoben wurden, wenn sie nicht bereit waren, dem beklagten Vater dafür Sicherheit zu leisten, dass sie das Erlangte zurückgewähren würden, falls später ein Privilegierter klagte.[172]

Damit ist aufgezeigt, dass man nicht unbedingt alle Gläubiger in einem Verfahren zusammenbringen muss, um etwas unter ihnen zu verteilen. Der Haftende kann bilateral verteilen. Dass bei der insolvenzähnlichen Überschuldung eines Sondervermögens der Schutz der privilegierten Forderungen eine solche Mühe wert war, die Gleichbehandlung der übrigen Gläubiger hingegen nicht, verrät etwas über den Stellenwert beider Prinzipien im römischen Recht. Anders verfuhr man allerdings bei kaufmännischen Sondervermögen, wo die

---

[168] Zu seiner Beteiligung an der kaiserlichen Rechtsprechung *Daalder*, De rechtspraakverzamelingen.

[169] Ulpian (33 *ad edictum*) D. 24,3,22,13: *Si mulier in condicione mariti erraverit putaveritque esse liberum, cum servus esset, concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri, videlicet ut, si sint et alii creditores, haec praeferatur circa de peculio actionem et, si forte domino aliquid debeat servus, non praeferatur mulier nisi in his tantum rebus, quae vel in dote datae sunt vel ex dote comparatae, quasi et hae dotales sint*. – Zur Ausnahme hinsichtlich der Mitgiftgegenstände sogleich im Text und die kommende Fußnote. Entgegen *Wieling* TR 56 (1988) 289 f., 291 f. kann man aus dem Text nicht auf eine Generalhypothek für die Ehefrau schließen; Fn. 112.

[170] Zu den Mitgiftgegenständen Ulpian D. 24,3,22,13 (Fn. 169); zu den Gegenständen des Mündels Ulpian (33 *ad edictum*) D. 26,7,11: *Circa pupillum, cuius tutor servus erat pronuntiatus, divus Pius rescripsit in rebus, quas ex pecunia pupilli servus comparaverat, dominum non posse uti praerogativa deductionis. quod et in curatore observandum est*. Wenn *divus Pius* auch hier Antoninus Pius bezeichnet, steht im Reskript das erst von Severus und Caracalla geschaffene Pfandrecht (oben Fn. 85) noch nicht in Rede. Nach dessen Einführung musste sich die Frage für Ulpian aber nicht erledigt haben, weil es eine wirksame Vormundschaft erfordern mochte. – Zu beiden Texten *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 264 Anm. 50.

[171] Paulus D. 15,1,52,1 (Fn. 167).

[172] Zum Problem des Verhältnisses von Verweigerung und Aufschiebung der Klage *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 264 f.

actio tributoria gewährt wurde. Das militärische Sondervermögen unterlag einer gesonderten Vollstreckung; unter Justinian galt das für alle Güter der Haussöhne.[173]

b) Schutz vor Beeinträchtigungen

Beeinträchtigt ein Schuldner seinen Gläubiger unrechtmäßig, indem er seine Mittel erschöpft, so nützt dem Gläubiger eine Haftung des Schuldners kaum; er will sich an Dritte, an Begünstigte halten. Dann bedarf es der *actio Pauliana* oder funktionsgleicher Rechtsbehelfe.[174] Die nun betrachtete parallele Situation bei der *actio de peculio* ist einfacher: Versucht ein Haftender seine Haftung rechtswidrig zu reduzieren, muss das Recht nur die weitere Haftung erhalten, die Reduktion vereiteln, damit der Gläubiger schadlos steht. Es liegt ein Zwei-, kein Dreipersonenverhältnis vor.

Hatte ein Herr das Sondervermögen seines Sklaven arglistig verringert, so ordnete der Prätor bei der *actio de peculio* an, dass der Richter die Differenz bei der Bestimmung der Verurteilungsgrenze hinzurechnete.[175] Nach dem augusteischen Juristen Mela handelte es sich in diesem Sinne nicht nur um Arglist, wenn der Herr das Sondervermögen – wohl: in Kenntnis bestehender Forderungen – dem Sklaven entzog. Außerdem lag Arglist vor, wenn der Herr zuließ, dass der Sklave sein *peculium* zum Schaden der Gläubiger „in Unordnung brachte". Die Wendung *si eum intricare peculium … passus est* kann auf ein Verwirren der Konten, ein Durcheinanderbringen der Bestände abzielen, aber auch das Verstricken in Schulden, das Herunterwirtschaften meinen.[176] Dass

---

[173] Oben bei Fn. 78 und 79.

[174] Dazu oben II.4.

[175] Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,1,21 pr.: *Summa cum ratione etiam hoc peculio praetor imputavit, quod dolo malo domini factum est, quo minus in peculio esset. sed dolum malum accipere debemus, si ei ademit peculium: sed et si eum intricare peculium in necem creditorum passus est, Mela scribit dolo malo eius factum. sed et si quis, cum suspicaretur alium secum acturum, alio peculium avertat, dolo non caret. sed si alii solvit, non dubito de hoc, quin non teneatur, quoniam creditori solvitur et licet creditori vigilare ad suum consequendum.*

[176] Für die erste Alternative Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler *(Ziegler)*: „wenn er geduldet hat, daß der Sklave den Bestand des Sonderguts zum Schaden der Gläubiger unüberschaubar gemacht hat". Offen Heumann/Seckel s.v. *intricare*: „verwirren, in Unordnung bringen". In den Rechtstexten erscheint das Verb nur ein weiteres Mal, und zwar wieder bei Ulpian und bezogen auf das *peculium*. Die Klage gegen den, der einen fremden Sklaven dadurch verschlechtert, dass er ihn zu einem Fehlverhalten anstiftet, kann auch gegen den erhoben werden, der ihn veranlasst, sein *peculium* „in Unordnung zu bringen", schreibt Ulpian (23 *ad edictum*) D. 11,3,1,5: *Is quoque deteriorem facit, qui servo persuadet, ut iniuriam faceret vel furtum vel fugeret vel alienum servum ut sollicitaret vel ut peculium intricaret, aut amator existeret vel erro vel malis artibus esset deditus vel in spectaculis nimius vel seditiosus: vel si actori suasit verbis sive pretio, ut rationes dominicas intercideret adulteraret vel etiam ut rationem sibi commissam turbaret. Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Peters)* übersetzen hier: „den Bestand seines Sonderguts zu verschleiern". Das Verhalten steht zwischen den

die Begründung von Verbindlichkeiten als Arglist gegenüber Gläubigern gewertet werden konnte, belegt ein anderer Text Ulpians, wonach auch die Forderungen von Mündeln und Auftraggebern des Hausvaters dann nicht vom Aktivbestand des Sondervermögens abgezogen wurden, wenn sie auf seine Arglist zurückgingen.[177] Insofern ist die kategorische Äußerung zu relativieren, jeder Schuldner dürfe seine Gläubiger schlechter stellen, indem er andere Gläubiger hinzufüge.[178]

Zu den Beispielen Melas ergänzt Ulpian[179] den Fall, dass der Herr in Erwartung einer Klage Vermögen einem Dritten zuleitet. Er schließt mit einer entschiedenen Feststellung: Zweifellos hafte der Herr nicht, wenn er einem anderen Gläubiger erfüllt habe, weil er so (immerhin) einen befriedigt habe und es einem jeden Gläubiger (selbst) freistehe, darauf zu achten, dass er das Seine erhalte: *licet creditori vigilare ad suum consequendum*.

Der Gesamtheit der Gläubiger durfte der Herr also weder die Haftungsmasse mindern noch zulassen, dass der Gewaltunterworfene ihre Aussicht auf Befriedigung verschlechterte. Hingegen musste er nicht einzelne davor schützen, dass ihnen andere zuvorkamen. Es fällt auf, dass der Wettlauf der Gläubiger hier mit ähnlichen Worten gerechtfertigt wird wie bei der Insolvenz eines Hausvaters: Jeder Gläubiger darf wachsam seine Interessen verfolgen.

2. *actio de in rem verso*

Außerdem konnte man aus einem Geschäft mit dem Gewaltunterworfenen den Hausvater in Anspruch nehmen, soweit dieser dadurch bereichert worden war (*actio de in rem verso*).[180] Dass ein Vermögenswert in das Sondergut des Sklaven oder Hauskindes gelangt ist, genügte dafür nicht.[181] Ulpian überliefert

---

Delikten des Diebstahl oder der Personenverletzung und den bloß schlechten Angewohnheiten eines Schürzenjägers oder Herumtreibers, was auch für dieses *intricare peculium* keine Deutung ausschließt. Doch ergänzen die Kompilatoren aus dem Kommentar des Paulus das Anleiten zur Verschwendung, zu Ungehorsam und Unzucht (19 *ad edictum*, D. 11,3,2: *vel luxuriosum vel contumacem fecit: quive ut stuprum pateretur persuadet*). Aufsässigkeit und Liebestollheit hat Ulpian nur anders umschrieben. Vielleicht kommt die Verschwendung bei Ulpian im *intricare peculium* zum Ausdruck? Sollte er einen so wichtigen Fall nicht erwähnt haben? Dass auch das Verstricken in Schulden gemeint sein kann, legt die Wortbedeutung nahe.

[177] So Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,1,9,4 (oben Fn. 166): *… deducetur, quod his personis debetur, quae sunt in tutela vel cura domini vel patris vel quorum negotia administrant, dummodo dolo careant* (Subjekt von *careant* sind *dominus vel pater*).

[178] Oben Fn. 150.

[179] Ulpian D. 15,1,21 pr. (Fn. 175).

[180] Dazu den Titel D. 15,3: *De in rem verso* und die Titel C. 4,26 und Inst. 4,7 (oben Fn. 158).

[181] Deutlich – wenn auch von den Kompilatoren aus dem Kontext gerissen – Tryphonin (1 *disputationum*) D. 15,3,6: *Nam si hoc verum esset […], de in rem verso teneretur, quia hoc*

als Regel, dass die Klage immer dann gegeben werde, wenn ein statt des Sklaven oder Hauskindes als Sachwalter auftretender Freier vom Hausvater Aufwendungsersatz verlangen könnte.[182] Dies bot der Pandektistik den Ansatzpunkt, um die *actio de in rem verso* als Klage zu deuten, die sich auf den als Naturalobligation bestehenden Freistellungsanspruch des Inhabers des *peculium* gegen seinen Hausvater stützte.[183] Hingegen hatte die ältere Rezeption der *actio de in rem verso* diese Klage bereicherungsrechtlich aufgefasst[184] und als Durchgriffsanspruch in das Verhältnis von drei freien Rechtssubjekten zu übertragen, was in einigen europäischen Rechtsordnungen noch fortwirkt, aber von den Vätern des BGB zurückgewiesen wurde.[185]

a) Mehrfache Haftung – oder Wettlauf

Es kam für den Erfolg der Klage nur darauf an, dass die Aufwendung dem Eigentümer zufloss, nicht darauf, ob sie sein Vermögen dauerhaft vermehrte.[186] Das zeigt neben anderen Quellen[187] ein von African geschilderter Fall, in dem der Jurist ebenfalls eine Parallele zu der Konstellation eines als Mittler eingeschalteten Freien zieht, um die Verteilung der Risiken zwischen dem Dritten

---

ipso, quod servus rem in peculio haberet, locupletior fieret, quod aperte falsum est. Dasselbe ergibt sich aus Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,3,5,3; dies zeigt *Chiusi*, Actio de in rem verso, 174–177.

[182] Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,3,3,2: *Et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriorem*. Dazu *Chiusi*, Actio de in rem verso, 43–46; *Chiusi* in: FS Knütel (2009) 197–211 (205 f.); *Klausberger*, RIDA 56 (2009) 75–90 (84–87).

[183] *Tuhr*, Actio de in rem verso, 130–135 und *passim*.

[184] Darin wurzelt etwa § 1042 ABGB: „Wer für einen Andern einen Aufwand macht, den dieser nach dem Gesetze selbst hätte machen müssen, hat das Recht, den Ersatz zu fordern".

[185] Darüber *Kupisch*, Versionsklage; *Chiusi*, Actio de in rem verso, 1–13, 193–213. Für eine *enrichment theory* wieder *Kirschenbaum*, Sons, 82–87.

[186] Anders formuliert an einer Stelle Ulpian; ihm geht es dabei aber nur darum, dass das *versum* entfällt, wenn der Hausvater den empfangenen Vermögensvorteil dem *peculium* zuführt und so die naturale Verbindlichkeit gegenüber seinem Sklaven oder Sohn erfüllt. Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,3,10,6: *Versum autem sic accipimus, ut duret versum: et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum vel filio. […] Dazu Chiusi*, Actio de in rem verso, 180–183, mit Hinweis auf die Ulpians Diktum verallgemeinernde Glosse (Anm. 186); *Klausberger*, RIDA 56 (2009) 75–90 (75–90). Zu gegensätzlichen Zeugnissen aus demselben Buch Ulpians Fn. 187. – Zur arglistigen Erstattung an einen verschwenderischen Sklaven unten bei Fn. 201.

[187] Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,3,3: (§ 7) *Unde recte dicitur et si frumentum comparavit servus ad alendam domini familiam et in horreo dominico reposuit et hoc periit vel corruptum est vel arsit, videri versum*. (§ 8) *Sed et si servum domino necessarium emisset isque decessisset vel insulam fulsisset eaque ruisset, dicerem esse actionem de in rem verso*. Dazu *Chiusi*, Actio de in rem verso, 124–127; *Chiusi* in: FS Knütel (2009) 204 f., 209 mit der Einschätzung, es handele sich um eine „Sondermeinung" Ulpians (doch vgl. nur den in Fn. 188 abgedruckten Text Africans); *Klausberger*, RIDA 56 (2009) 75–90 (78–82).

und dem Herrn zu rechtfertigen: Wegen eines aufgenommenen Darlehens könne ein Auftragnehmer auch dann Ersatz von seinem Auftraggeber verlangen, wenn er das Geld verlor, bevor er es wie geplant für ihn einsetzen konnte. Auf diese Weise, so kann man hinzudenken, würde sichergestellt, dass der Auftragnehmer über die Mittel verfügte, das Darlehen zurückzuzahlen, sodass der Darlehensgeber an sein Geld käme. Entsprechend müsse, wenn ein Sklave das Geld aufgenommen und verloren habe, der Darlehensgeber selbst *de in rem verso* gegen den Herrn vorgehen dürfen.[188]

In konsequenter Weiterführung dieses Gedankens entscheidet Ulpian, dass ein Herr bei einer Pechsträhne auch mehrfach für einen Vorteil haften kann, der ihm am Ende nicht bleibt: Habe ein Sklave sowohl gekaufte, noch unbezahlte Kleidung verloren als auch das Geld, das er zur Bezahlung geliehen hatte, so hafte der Herr dem Verkäufer wegen der Kleidung und dem Kreditgeber wegen des Darlehens.[189] Zu diesem Text montieren die Kompilatoren einen Widerspruch des Juristen Gaius, der sich – er lebte vor Ulpian – auf einen früheren Vertreter derselben Auffassung bezogen haben kann: Weil es ungerecht sei, den Herrn gegenüber beiden Gläubigern zu verurteilen, müsse man stattdessen unter den Gläubigern denjenigen bevorzugen, der dem anderen zuvorkomme.[190]

Die Kontroverse erlaubt eine Beobachtung, die auch für das moderne Recht stimmt: Forderungen gegen einen leistungsfähigen Schuldner kollidieren erst,

---

[188] African (8 *quaestionum*) D. 15,3,17 pr.: *Servus in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit: nihilo minus posse cum domino de in rem verso agi existimavit. nam et si procurator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus sine culpa eam perdiderit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum*. Dazu *Chiusi*, Actio de in rem verso, 184 f.; *Klausberger*, RIDA 61 (2014) 217–227. – Aus dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag stimmen etwa überein: Gaius (3 *ad edictum provinciale*) D. 3,5,21; Ulpian (10 *ad edictum*) D. 3,5,9,1; dazu *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 266 mit Fn. 55. – Man kann gleichwohl von Bereicherungshaftung sprechen, weil die Römer diese auf das Erlangte bezogen und eine Entreicherung im heutigen Sinne nicht berücksichtigten; vgl. *Flume* in: FS Niedermeyer (1953) 103–176 (103–140) = St. Bereicherung 27–91 (27–59) = Ges. Schr. I 247–304 (247–276).

[189] Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,3,3,10: *Si mutuatus sit pecuniam servus ad vestem comparandam et nummi perierint, quis de in rem verso agere possit, utrum creditor an venditor? puto autem, si quidem pretium numeratum sit, creditorem de in rem verso acturum et si vestis perierit: si autem non fuit pretium solutum, ad hoc tamen data pecunia, ut vestis emeretur et pecunia perierit, vestis tamen familiae divisa est, utique creditorem de in rem verso habere actionem. an et venditor habeat, quia res eius pervenerunt in rem domini? ratio hoc facit, ut teneatur: unde incipit dominus teneri ex una causa duobus. proinde et si tam pecunia quam vestis periit, dicendum erit utrique dominum teneri, quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt.* Dazu wie hier *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 266–268; *Herrmann*, Bereicherungsverbot, 216 f. Hingegen will *Chiusi*, Actio de in rem verso, 127–131, den Widerspruch zu Gaius (Fn. 190) vermeiden und schlägt vor, Ulpian habe nur undifferenziert ausgesprochen, dass der *dominius* beiden Gläubiger, nämlich dem später klagenden immerhin *de peculio* hafte. Das überzeugt nicht, denn der Text beschäftigt sich von Anfang (*quis de in rem verso agere possit*) bis Ende (*ambo in rem domini vertere voluerunt*) ausschließlich mit dem Problem des *versum*.

[190] Gaius (9 *ad edictum provinciale*) D. 15,3,4: *Sed dicendum est occupantis meliorem condicionem esse debere: nam utrisque condemnari dominum de in rem verso iniquum est*.

wenn man entschieden hat, dass dieser nicht allen Gläubigern haftet.[191] Ulpian sieht einen doppelt bereicherten Geschäftsherrn und keine Kollision. Gaius sieht den Geschäftsherrn nur einmal bereichert und muss erst deswegen nach einer Kollisionsregel suchen; ohne Begründung wählt er wie selbstverständlich die Besserstellung des Zuvorkommenden, weil andere Kriterien fehlen.[192] Eine Verteilung erwägt er nicht.

Ein Ulpiantext wirft die Frage auf, ob es einem *de in rem verso* klagenden Gläubiger schadete, wenn ihm ein *de peculio* klagender zuvorgekommen war.[193] Zum Verständnis muss etwas näher auf das Verhältnis beider Klagegründe eingegangen werden. Das Sondergut (*peculium*) und das in das Vermögen Aufgewendete (*versum*) bestimmten die Wertgrenze, bis zu der der Gewalthaber im Prozess verurteilt wurde (*condemnatio*). Die Voraussetzung, von der die Verurteilung abhing, also der Tabestand der Klagformel (die *intentio*), war bei beiden Klagen identisch:[194] Der Gewaltunterworfene musste sich dem Kläger gegenüber verpflichtet haben. Obgleich manche Texte eine Klage wegen des Sonderguts einer Klage wegen der Aufwendung gegenüberstellen, lassen andere vermuten, dass der Prätor die Formel regelmäßig so gestaltete, dass er dem Richter auftrug, den Hausvater alternativ bis zum Wert des verbliebenen Sonderguts oder des in sein Vermögen Aufgewendeten zu verurteilen.[195]

---

[191] Ähnlich bei der Noxalhaftung, unten bei Fn. 234.

[192] Ein solches Kriterium drängte sich hingegen auf, wenn jemand für die Bezahlung einer vom Sklaven zum Nutzen des Herrn bestimmten Anschaffung gebürgt hatte. Dann war der Vorteil ein einziger, und Neraz verwehrte die *actio de in rem verso* dem Bürgen, um sie dem eigentlichen Leistungserbringer vorzubehalten; (7 *membranarum*) D. 15,3,18: *Quamvis in eam rem pro servo meo fideiusseris, quae ita contracta est, ut in rem meam versaretur (veluti si, cum servus frumentum emisset quo familia aleretur, venditori frumenti fideiusseris), propius est tamen, ut de peculio eo nomine, non de in rem verso agere possis, ut unius dumtaxat in quoquo contractu de in rem verso sit actio, qui id ipsum credidit quod in rem domini versum est*. Dazu *Chiusi*, Actio de in rem verso, 69 f.

[193] Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,3,1,2: *Item si plures agant de peculio, proficere hoc ei, cuius pecunia in rem versa est, debet, ut ipse uberiorem actionem habeat. certe si praeventum sit ab aliquo et actum de peculio, de in rem verso actio an cesset, videndum. et refert Pomponius Iulianum existimare de peculio actione peremi de in rem verso actionem (quia in peculium conversum est quod in domini rem erat versum et pro servo solutum est, quemadmodum si ipsi servo a domino fuisset solutum), sed ita demum, si praestiterit ex actione de peculio dominus quod servus in rem eius verterat: ceterum si non praestiterit, manet actio de in rem verso*. – Die Auffassung von *Chiusi*, Actio de in rem verso, 53–56, dass die *actio de in rem verso* einfach dann ausscheide, wenn der *de peculio* in Anspruch genommene Herr die konkreten Gegenstände, die sein *versum* ausmachten, dadurch verbrauchte, dass er sie leistete, überzeugt mich nicht, weil die *actio de in rem verso* vom Schicksal dieser Gegenstände nicht abhing (auch nach Ulpian; Fn. 187).

[194] Gaius 4,74a: *… eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur.* Bei Gaius 4,72a-4,74a steht die *actio de peculio et de in rem verso* als einheitliche Klage neben den übrigen Klagen gegen den Gewalthaber.

[195] Dass im Edikt die einheitliche Formel mit doppelter Verurteilungsklausel angekündigt war, vermutet Lenel EP 279 f., dessen Rekonstruktion übernimmt *Mantovani*, Formule, Nr. 99. Die Flexibilität des Gerichtsherrn im Einzelfall betont *Chiusi*, Actio de in rem verso, 115–117.

Im genannten Text[196] hebt Ulpian zunächst hervor, dass ein Gläubiger eine bessere Aussicht auf eine Verurteilung hat, wenn in seinem Fall der Richter in beide Alternativen der Formel gedanklich positive Beträge einsetzen wird, weil aus dem Geschäft nicht nur etwas ins Sondergut gelangt ist, sondern zugleich der Hausvater bereichert wurde. Damit beschließt der Jurist die Erörterung der Frage, welchen praktischen Nutzen es hatte, dass der Hausvater auch *de in rem verso* verurteilt werden konnte.[197] Mit diesem Vorteil war es aber nicht weit her, wenn – wie es Pomponius zufolge Julian geäußert haben soll – eine *de in rem verso* angestellte Klage durch eine frühere Klage *de peculio* vereitelt wurde. So verhalte es sich, weil der Vermögensvorteil des Vaters mit der Auszahlung an den Dritten dem Sondervermögen zugewendet werde, so als habe der Vater ihn an den Gewaltunterworfenen selbst ausgezahlt. Bereits diese etwas rätselhafte Erläuterung stammt vielleicht von Ulpian, jedenfalls wird er es sein, der am Ende des Textes noch einmal betont, dass die Verurteilung *de in rem verso* nur dann wegfällt, wenn der Vater *de peculio* tatsächlich den erlangten Vorteil ersetzt hatte.

Die Begründung lässt sich auf zwei Weisen deuten. Entweder enthält sie nicht mehr als den Hinweis, dass der Hausvater *de in rem verso* nur haftete, soweit die Aufwendungen seines Gewaltunterworfen seine eigenen naturalen Forderungen gegen diesen überstiegen.[198] Indem der Hausvater Pekuliarschulden beglich, begründete er möglicherweise naturale Forderungen gegen den Gewaltunterworfenen; soweit diese reichten, wäre das *versum* aufgezehrt gewesen. Oder die Begründung spielt darauf an, dass eine Verurteilung *de in rem verso* nicht mehr in Frage kam, wenn der Hausvater dem

[196] D. 15,3,1,2 (Fn. 193).

[197] Im vorherigen Paragraphen hatte er zwei wichtige, schon von Labeo erörterte Vorzüge erläutert: Die *actio de peculio* versagte, wenn der Vater das Sondervermögen ohne Arglist einzog oder es dadurch erlosch, dass der Hausangehörige verstarb (in welchem Fall die Klage nur noch für eine Übergangsfrist von einem Jahr gewährt wurde). Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,3,1,1: *Nec videtur frustra de in rem verso actio promissa, quasi sufficeret de peculio: rectissime enim Labeo dicit fieri posse, ut et in rem versum sit et cesset de peculio actio. quid enim si dominus peculium ademit sine dolo malo? quid si morte servi exstinctum est peculium et annus utilis praeteriit? de in rem verso namque actio perpetua est et locum habet, sive ademit sine dolo malo sive actio de peculio anno finita est*. Dazu *Chiusi*, Actio de in rem verso, 51–53. – Nicht thematisiert wird als möglicher Nachteil der Verurteilung *de peculio*, dass hierbei die naturalen Forderungen des Hausvaters abgezogen werden. In der Tat haben die römischen Juristen auch eine Zuwendung nur angenommen, soweit all diese befriedigt waren (Fn. 198).

[198] Seine Forderungen gegen den Untergebenen konnte der Hausvater den Gläubigern auch entgegenhalten, wenn sie *de in rem verso* klagten. So sollte ein Verkäufer von Ochsen nach Alfen (2 *digestorum*) D. 15,3,16 (zum Text *Roth*, Alfeni Digesta, 65–69; *Chiusi*, Actio de in rem verso, 90–95) auf die Kaufpreisforderung eine Verurteilung *de in rem verso* nur erlangen, insoweit der Wert den der Tiere überstieg, die der Herr seinem Sklaven ursprünglich überlassen hatte – der Grund wird gewesen sein, dass der Herr die ursprünglichen Ochsen naturaliter zurückverlangen konnte. Allgemein führt Pomponius nach dem zustimmenden Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,3,10,7 aus, dass alle Verbindlichkeiten des Sklaven gegenüber dem Herrn vom *versum* abgezogen wurden: *… sive debitor fuit domino, cum in rem verteret, nihil videri versum, sive postea debitor esse domino coeperit, desinere versum …* Einen Bezug der Naturalverbindlichkeit zur Aufwendung fordern sie nicht. Die Frage des Pomponius, ob die Verbindlichkeiten zunächst vom *peculium* oder vom *versum* oder anteilig von beidem abgezogen werden, beantwortet Ulpian (§ 8) dahingehend, dass das *versum* entfällt. Zu den Texten *Chiusi*, Actio de in rem verso, 141–145; *Chiusi* in: FS Knütel (2009) 208.

Gewaltunterworfenen seine Aufwendungen durch Leistung an das Sondervermögen ersetzt hatte[199] – das gleiche gelte, wenn der Hausvater für den Sklaven erfülle. Damit der Gedanke greift, musste Ulpian die Leistung des *de peculio* in Anspruch genommenen Hausvaters als Leistung auf die Verbindlichkeit begreifen können, für die der Hausvater *de in rem verso* haftete – und das, obwohl ein anderer Gläubiger geklagt hatte. Dies ist denkbar, wenn Ulpian das *peculium* rechnerisch durch eine naturale Ersatzforderung des Hausangehörigen gegen den Hausvorstand erhöht sah. Wie eine andere Stelle zeigt, dachte so zwar Neraz noch nicht, aber jedenfalls Paulus: Wer an einen Haussohn eine Toga verkauft hatte, die der Vater später bei dessen Bestattung verwendete, sollte wegen des Preises nicht nur *de in rem verso*, sondern auch *de peculio* vorgehen können, da ein Vater seinem Sohn für das Begräbnis eine Toga zu stellen hatte und insofern Schuldner des Sondervermögens sei.[200] Erlaubte man auch einem anderen Gläubiger, das Pekulium unter Einbeziehung des naturalen Ersatzanspruchs zu berechnen, so mochte seine Klage das *versum* erschöpfen – dann ging leer aus, wer später *de in rem verso* klagte.

b) Schutz vor Beeinträchtigungen

Auch ein Geschäftspartner des Gewaltunterworfenen, der den Herrn in den Grenzen seiner Bereicherung in Anspruch nehmen konnte, wurde vor arglistiger Benachteiligung geschützt. Nach dem Bericht Ulpians über eine besondere Konstellation[201] wurde diese Haftung etwas anders konstruiert: Hatte der Hausvater seinem Gewaltunterworfenen die gemachten Aufwendungen im

---

[199] Das steht in Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,3,10,6 (oben Fn. 186). Hierauf verweisen Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (*Ziegler*).

[200] In dem von Neraz erörterten Fall kam es auf den Unterschied an, weil die Toga bei der Bestattung verwendet worden war und damit nicht mehr menschlichem Recht unterlag, womit das *peculium* geschrumpft war, aber die Aufwendung nicht entfallen. Nach Paulus sollte der Vater auch verurteilt werden, wenn die Verurteilungsklausel nur *de peculio* lautete (weil vielleicht *in iure* das Problem nicht durchschaut worden war). Paulus (4 *quaestionum*) D. 15,3,19: *Filius familias togam emit: mortuo deinde eo pater ignorans et putans suam esse dedicavit eam in funus eius. Neratius libro responsorum ait in rem patris versum videri: in actione autem de peculio quod in rerum natura non esset uno modo aestimari debere, si dolo malo eius quocum agatur factum esset. atquin si filio pater togam emere debuit, in rem patris res versa est non nunc quo funerabitur, sed quo tempore emit (funus enim filii aes alienum patris est: et hoc Neratius quoque, qui de in rem verso patrem teneri putavit, ostendit negotium hoc, id est sepulturam et funus filii patris esse aes alienum, non filii): factus est ergo debitor peculii, quamvis res non exstet, ut etiam de peculio possit conveniri, in quam actionem venit et quod in rem versum est: quae tamen adiectio tunc necessaria est, cum annus post mortem filii excessit*. Zum Text *Chiusi*, Actio de in rem verso, 85–90; *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones, 45–49 (*funus enim …* sei nicht authentisch). – Über die Entwicklung zur Berücksichtigung der Naturalobligation gegen den Hausvater bei der Berechnung des *peculium Tuhr*, Actio de in rem verso, 259–293; *Buckland*, Slavery, 184–186.

[201] Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,3,10,6: *Versum autem sic accipimus, ut duret versum: et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum vel filio. si tamen in necem creditoris, id est perdituro servo vel filio solutum sit, quamvis solutum sit, desinit quidem versum, aequissimum autem est de dolo malo adversus patrem vel dominum compe-*

Innenverhältnis erstattet, so konnte der Geschäftspartner ihn nicht mehr *de in rem verso* in Anspruch nehmen. Das galt nach Ulpian auch dann, wenn diese Erstattung zum Nachteil der Gläubiger gereichte, weil der Sklave oder das Hauskind das Erlangte durchbringen würde. Doch habe der Hausvater dem Gläubiger dann mit der *actio de dolo* gehaftet. Der Hausvater sollte also seiner Haftung gegenüber dem Außenstehenden größeres Gewicht geben als der Naturalobligation, dem Gewaltunterworfenen die Aufwendungen zu ersetzen.

Warum greift Ulpian nicht auch hier zur *actio de peculio*? Die Erstattung mehrte das *peculium*, und nach dem eben festgestellten blieb die Verurteilungsermächtigung unbeeinträchtigt, wenn der Hausvater anschließend arglistig duldete, dass das Sondervermögen zusammenschrumpfte. Entweder dem beeinträchtigten Gläubiger sollte in der Lage geholfen werden, dass er mit der *actio de in rem verso* auch die *de peculio* bereits verbraucht hatte. Oder es kam Ulpian darauf an, dass die *actio de dolo* allein diesem einen zustand, während eine rechnerische Erhöhung des Sondervermögens jedem Pekuliargläubiger nützen musste, in der Reihenfolge, in der sie Urteile erstritten. Warum gewährt Ulpian bei arglistiger Minderung des Vorteils keine Verurteilung *de in rem verso*? Vielleicht fehlte es dafür einfach an Vorbildern, weil die Fälle ausgefallener erscheinen als die der arglistigen Minderung der *peculium*. Oder es ging ihm wieder darum, die Klage gerade zugunsten desjenigen sicherzustellen, aus dessen Vermögen etwas in das des Hausvaters gelangt war – mit der *actio de in rem verso* war das nicht garantiert, sofern der naturale Aufwendungsersatzanspruch als Bestandteil des *peculium* angesehen wurde und der Vermögensvorteil also durch Klagen *de peculio* erschöpft werden konnte.[202]

Dass ein Gläubiger, der mit der *actio de in rem verso* vorgehen konnte, davor geschützt worden wäre, dass der haftende Hausvater ihm einen anderen vorzog und so sein Zuvorkommen vereitelte, ist – sieht man von der *actio tributoria* ab – ebensowenig ersichtlich wie bei der *actio de peculio*.

3. *actio tributoria*

Betrieb ein Sklave oder Hauskind unter Duldung seines Hausvaters ein Handelsgeschäft,[203] so konnte jeder Gläubiger verlangen, dass der Herr den Wert des Warenbestandes, der Erlöse und der daraus erworbenen Gegenstände un-

---

tere actionem: nam et peculiaris debitor, si fraudulenter servo solverit quod ei debebat, non liberatur. Zu der Frage, ob die Bereicherung in jedem Fall fortdauern muss, bereits oben bei Fn. 186.

[202] Zu solchen Konstruktionen und Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,3,1,2 ausführlich oben ab Fn. 193.

[203] Für die *actio tributoria* musste der Hausvater den Handel nicht wollen, aber er durfte ihn nicht nicht wollen, Ulpian (29 *ad edictum*) D. 14,4,1,3: *Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem, sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle. si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tribu-*

ter allen Gläubigern gleichmäßig verteilte und sich dabei selbst einreihte, ohne die eigenen Forderungen im Voraus abzuziehen. Dazu diente die *actio tributoria*.[204] Anstatt den Schnelleren zu bevorzugen, glich sie die Lage aller Gläubiger aneinander an[205] – so beschreibt Paulus ihre Wirkung auch terminologisch ganz ähnlich wie Ulpian die der Eröffnung des Vollstreckungsverfahrens.[206]

Eine Begründung für diese Sonderbehandlung geben die Quellen nicht. Doch dass der Hausvater seine Forderungen nicht abziehen durfte, erklärt sich daraus, dass die Gläubiger darauf sollten vertrauen dürfen, dass ihnen der Warenbestand haftete.[207] Man durfte also jedenfalls den Hausvater nicht in einen Wettlauf einbeziehen, den er stets gewonnen hätte.[208] Wollte man den Hausvater umgekehrt auch nicht schlechter stellen, so musste jedenfalls er Anrecht auf seine Quote haben; dann erschien vielleicht konsequent, auch die Außenstehenden nach diesem Prinzip zu bedienen.

---

toria. Handelte der Unterworfene nicht nur mit Wissen, sondern auf Weisung, so haftete der Hausvater auf das Ganze (oben Fn. 154). Ulpian unterscheidet daher zwischen hausväterlichen Waren und solchen des Sondervermögens (*merx dominica* und *merx peculiaris*): (28 *ad edictum*) D. 14,3,11,7; (29 *ad edictum*) D. 14,4,1 pr. und 2. Siehe im Übrigen die Überlegungen zur Gewähr einer der *actio tributoria* nachgebildeten Klage bei Seehandel mit Wissen, aber ohne Wollen des Herrn: Paulus (6 *brevium*) D. 14,1,6 pr., Ulpian 28 *ad edictum* D. 14,1,1,20. Zu allem *Chiusi* ZRG RA 124 (2007) 94–112 (96–103).

[204] Gaius 4,72: *Praeterea tributoria quoque actio in patrem dominumve constituta est, cum filius servusve in peculiari merce sciente patre dominove negotietur; nam si quid eius rei gratia cum eo contractum fuerit, ita praetor ius dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id pater dominusve inter se, si quid debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuunt. et si creditores querantur minus sibi distributum, quam oporteret, in id quod deest hanc eis actionem pollicetur, quae ut diximus, tributoria vocatur*; Ulpian (29 *ad edictum*) D. 14,4,1 pr.: *Huius quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit), tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur …*; D. 14,4,5,5: *Per hanc actionem tribui iubetur, quod ex ea merce et quod eo nomine receptum est …* (§ 19) *Tributio autem fit pro rata eius quod cuique debeatur …* Siehe im Übrigen den Rest des Titels D. 14,4: *De tributoria actione* sowie Inst. 4,7,3. – Formelrekonstruktionen: *Lenel* EP 270–273; *Valiño* SDHI 33 (1967) 128; *Chiusi*, De tributoria actione, 377; *Mantovani*, Formule, Nr. 97; gegenübergestellt bei *Gamauf* in HRP § 103 Rn. 2 f. – Unter unserem Gesichtspunkt knapp *Biscardi*, Il dogma della collisione, 156 f.

[205] Paulus (30 *ad edictum*) D. 14,4,6: *Non enim haec actio sic ut de peculio occupantis meliorem causam facit, sed aequalem condicionem quandoque agentium.*

[206] Ulpian (66 *ad edictum*) D. 42,8,6,7: *… neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset.*

[207] Dieser Gedanke klingt an, wenn Ulpian (29 *ad edictum*) D. 14,4,5,15 rechtfertigt, warum bei einem Sklaven, der zwei Handelsgeschäfte betrieb, die beiden Warenbestände unter den jeweiligen Gläubigern getrennt verteilt werden sollten: *… unusquisque enim eorum merci magis quam ipsi credidit*.

[208] Damit hatte Ulpian (29 *ad edictum*) D. 15,1,9,2 und 4 begründet, warum der Hausvater seine Forderungen bei der *actio de peculio* abziehen durfte, siehe oben bei Fn. 166.

a) Verteilungspflicht

Berechtigte Gläubiger konnten ihren Anteil noch fordern, selbst wenn der Warenbestand bereits an andere verteilt wurde. Um den Hausvater von diesem Risiko zu entlasten, mussten einzelne Gläubiger Sicherheit dafür leisten, dass sie das Erhaltene anteilig zurückerstatten würden, wenn ein anderer übergangen worden war. Das gleiche galt, wenn Forderungen des Hausvaters gegen den Gewaltunterworfenen noch in der Schwebe waren.[209] Der Mechanismus war derselbe, mit dem bei der *actio de peculio* vorgesorgt wurde für später erhobene privilegierte Forderungen.[210] Er bedeutete für den Hausvater erheblichen Aufwand. Sextus Pedius räumte ihm daher das Recht ein, stattdessen den Warenbestand aufzugeben, der nach Paulus dann durch einen vom Prätor bestellten Schiedsrichter verteilt wurde.[211]

Jedenfalls in diesem Fall initiierte der Prätor die Verteilung, damit sie möglichst alle Gläubiger erreichte. Die herrschende Meinung nimmt an, dass auch die vom Hausvater selbst vorgenommene Verteilung eine Anordnung des Prätors voraussetzte (*vocatio in tributum*) und die *actio tributoria* erst in einem zweiten Schritt einschlägig war, wenn die angeordnete Verteilung nicht ordentlich vorgenommen wurde.[212] Dagegen bestehen Bedenken.

Nach den Quellen konnte jeder Gläubiger selbst entscheiden, ob er mit der *actio de peculio* oder der *actio tributoria* vorgehen wollte. Nach Erhebung der einen war auch die andere verbraucht.[213] Gaius empfiehlt den meisten Gläubigern die *actio de peculio*: wenn das *peculium* über den Wert des Warenbestandes hinausging und sie den Abzug der Forderungen des Hausvaters nicht fürchten mussten.[214] Nach der herrschenden Meinung hingegen stand die *actio*

---

[209] Ulpian (29 *ad edictum*) D. 14,4,5,19: *Tributio autem fit pro rata eius quod cuique debeatur, et ideo, si unus creditor veniat desiderans tribui, integram portionem consequitur, sed quoniam fieri potest, ut alius quoque vel alii exsistere possint mercis peculiaris creditores, cavere debet creditor iste pro rata se refusurum, si forte alii emerserint creditores*. D. 14,4,7 pr.: *Illud quoque cavere debet, si quid aliud domini debitum emerserit, refusurum se ei pro rata. finge enim condicionale debitum imminere vel in occulto esse: hoc quoque admittendum est: nam iniuriam dominus pati non debet, licet in tributum vocatur.*

[210] Oben bei Fn. 171.

[211] Ulpian (29 *ad edictum*) D. 14,4,7,1: *Quid tamen si dominus tribuere nolit nec hanc molestiam suscipere, sed peculio vel mercibus cedere paratus sit? Pedius refert audiendum eum, quae sententia habet aequitatem: et plerumque arbitrum in hanc rem praetor debebit dare, cuius interventu tribuantur merces peculiares*.

[212] *Lenel* EP 272 Fn. 1: *vocabo* im Futur; *Valiño* SDHI 33 (1967) 107, 112–116; *Kaser* RP I § 141 II 6; dagegen *Chiusi*, De tributoria actione, 350–362. Dazu noch bei Fn. 216.

[213] Ulpian (29 *ad edictum*) D. 14,4,9,1: *Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio an tributoria, cum scit sibi regressum ad aliam non futurum. plane si quis velit ex alia causa tributoria agere, ex alia causa de peculio, audiendus erit*.

[214] Gaius 4,74a: *Is quoque, cui tributoria actio competit, de peculio vel de in rem verso agere potest. sed huic sane plerumque expedit hac potius actione uti quam tributoria: nam in tributoria eius solius peculii ratio habetur, quod in his mercibus est, [in] quibus negotiatur filius servusve quodque inde receptum erit, at in actione peculii, totius. et potest quisque tertia*

tributoria erst zur Wahl, wenn der Prätor eine Verteilung angeordnet hatte. Zuerst hätten die Gläubiger nur vor der Entscheidung gestanden, mit der *actio de peculio* vorzugehen oder beim Prätor die Verteilung erst zu beantragen.[215] Nach Anordnung der Verteilung hätte die Waage noch deutlicher zugunsten der *actio de peculio* ausschlagen müssen, weil mit der *actio tributoria* nur noch der Betrag hätte verfolgt werden können, um den die Zuteilung hinter dem Soll zurückgeblieben war.

Vermutlich ordnete der Prätor die Verteilung nicht im Einzelfall, sondern im Edikt abstrakt für alle Fälle an.[216] So erklärt sich, warum die Haftung des Hausvaters nach der *actio tributoria* Vorsatz (*dolus*) voraussetzt: Jedem Gläubiger stand ein Anteil am Warenbestand zu, doch solange die Geschäfte des Sklaven oder Hauskindes gut gingen, musste der Vater nichts veranlassen. Wenn er aber erkannte, dass die Mittel nicht ausreichten, hatte er von sich aus für die gleichmäßige Verteilung Sorge zu tragen und haftete mit der *actio tributoria*, wenn er *dolos* verursachte, dass einer der Gläubiger weniger als seinen Anteil erhielt.[217] Wenn man nicht an ein vom Prätor initiiertes, umfassendes Verfahren denkt, erklärt sich nicht nur die Vorsorge für erst später auftretende Gläubiger[218] besser, sondern auch das Nebeneinander von Klagen aus der *actio*

---

forte aut quarta vel etiam minore parte peculii negotiari, maximam vero partem peculii in aliis rebus habere; longe magis, si potest adprobari, id quod contraxit, in rem patris dominive versum esse, ad hanc actionem transire debet: nam, ut supra diximus, eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur. Gaius (9 *ad edictum provinciale*) D. 14,4,11 lautet ähnlich, bringt aber für die *actio de peculio* das zusätzliche Argument: *fieri praeterea potest, ut patri dominove nihil debeat*.

[215] Dass die Texte diese Wahl meinen, kann man auf Grundlage der herrschenden Meinung nur vertreten, wenn man mit *Valiño* SDHI 33 (1967) 107 annehmen will, dass die Quellen untechnisch von der *actio tributoria* sprechen, wo sie die vorangehende *vocatio in tributum* meinen. Die Notwendigkeit einer solchen Annahme spräche gegen die herrschende Meinung.

[216] So *Chiusi*, De tributoria actione, 353 f. – Eine abstrakte Anordnung ist mit den Ausdrücken *in tributum vocatur* (bezogen auf die Gläubiger oder den Hausvater als Gläubiger in Ulpian (29 *ad edictum*) D. 14,4,1 pr.; D. 14,4,5 §§ 6, 15, 18) und *per hanc actionem tribui iubetur* (bezogen auf den Hausvater, Ulpian (29 *ad edictum*) D. 14,4,5,4) ohne weiteres vereinbar, auch mit dem *praetor ius dicit, ut […] pater dominusve […] et ceteros creditores […] distribuunt* aus Gaius 4,72 (Fn. 204). Auf die dem *edicto praetoris* genügende Verteilung in Julian (12 *digestorum*) D. 14,4,12 (unten Fn. 219) passt sie ohnehin besser. In Theophilus 4,7,3 wird die Verteilung angeordnet, doch zeugt der Text von späterem Vollstreckungsrecht und wird nicht den klassischen Rechtszustand wiedergeben; siehe *Chiusi* 356–359.

[217] Ulpian (29 *ad edictum*) D. 14,4,7,2: *Si cuius dolo malo factum est, quo minus ita tribueretur, in eum tributoria datur, ut quanto minus tributum sit quam debuerit, praestet: quae actio dolum malum coercet domini. minus autem tribuere videtur etiam si nihil tributum sit. si tamen ignorans in merce servum habere minus tribuit, non videtur dolo minus tribuisse, sed re comperta si non tribuat, dolo nunc non caret. proinde si sibi ex ea merce solvi fecit, utique dolo videtur minus tribuisse*.

[218] Ulpian D. 14,4,5,19 (oben Fn. 209).

de peculio und der *actio tributoria*.[219] Auch kann man sich so eine an anderer Stelle diskutierte analoge Anwendung der Klage[220] besser vorstellen; andernfalls hätte ja vor allem zunächst eine analoge *vocatio in tributum* stattfinden müssen.

Die Verteilung ist als eine nach gleichen Anteilen gedacht.[221] Wir erfahren allerdings, dass Pfandrechte beachtet wurden.[222] Von schuldrechtlichen Privilegien ist in den Quellen keine Rede. Nachdem sie sogar bei der *actio de peculio* den Wettlauf abschnitten, ist zu erwarten, dass sie auch bei der *actio tributoria* berücksichtigt wurden, die der Verteilung im Vollstreckungsverfahren näher stand.

Das Präventionsprinzip jedenfalls griff bei zum Handel dienenden Sondervermögen nur, bis – je nach Deutung der *actio tributoria* – der Prätor die Verteilung anordnete oder der Hausvater die Überschuldung erkannte.

b) Schutz vor Beeinträchtigungen

Die *actio tibutoria* ist nichts anderes als ein Korrekturinstrument zum Schutze der Gläubiger dagegen, dass der Hausvater anders verteilt, als er hätte verteilen müssen. Gleichmäßige Verteilung oblag ihm, wenn der Gewaltunterworfene mit seinem Wissen einen Handel betrieb. Er haftete mit der *actio tributoria*, falls er den Warenbestand arglistig nicht wie geboten unter die Gläubiger verteilte.[223] Nach der hier vertetenen Auffassung[224] erklärt sich die hohe subjektive Hürde dadurch, dass der Hausvater nicht nur verteilen musste, wenn und

[219] Oben bei Fn. 215 sowie Julian (12 *digestorum*) D. 14,4,12: *Alius dumtaxat de peculio, alius tributoria servi nomine cum domino agit: quaesitum est, an deducere dominus de peculio debeat, quod tributoria agenti praestaturus sit. respondit: tributoria actione tunc demum agi potest, cum dominus in distribuendo pretio mercis edicto praetoris non satisfecit, id est cum maiorem partem debiti sui deduxit quam creditoribus tribuit, veluti si, cum in merce triginta fuissent, in quam ipse quidem quindecim crediderat, duo autem extranei triginta, tota quindecim deduxerit, et creditoribus reliqua quindecim dederit, cum deberet sola decem deducere, extraneis dena tribuere. cum igitur hoc fecit, nec intellegendus est servum a se liberasse eo, quod quinque adhuc nomine eius tributoria actione praestaturus sit: quare si agi de peculio coeperit, cum forte extra mercem peculium esset, quinque tamquam adhuc creditor servi deducere debebit*. Dazu *Chiusi*, De tributoria actione, 368–370.

[220] In Fällen des bloß gedulteten Seehandels, dazu oben Fn. 203.

[221] Gaius 4,72 (Fn. 204): *… id pater dominusve inter se, si quid debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuunt*; Ulpian D. 14,4,5,19 (oben Fn. 209): *Tributio autem fit pro rata eius quod cuique debeatur …*

[222] Mit erstaunlichem Zögern Ulpian (29 *ad edictum*) D. 14,4,5,8: *Quid tamen si qui contrahebant ipsam mercem pignori acceperint? puto debere dici, praeferendos domino iure pignoris*.

[223] Ulpian (29 *ad edictum*) D. 14,4,7,2: *Si cuius dolo malo factum est, quo minus ita tribueretur, in eum tributoria datur, ut quanto minus tributum sit quam debuerit, praestet: quae actio dolum malum coercet domini …* (Rest oben Fn. 217).

[224] Oben ab Fn. 216.

weil der Prätor dies im Einzelfall anordnete, sondern aufgrund eigenen Urteils, sobald er erkannte, dass der Sklave die Geschäftsgläubiger nicht befriedigen würde können.

4. Noxalhaftung

Hatte ein Hauskind oder Sklave einen Dritten deliktisch geschädigt, so wurde der Gewalthaber verurteilt, Ersatz zu leisten oder den Schädiger an den Geschädigten auszuliefern (*noxae deditio*).[225] Hatte der Hausvater die Tat geduldet, so haftete er nicht noxal, sondern selbst unbedingt.[226] Die Noxalhaftung hing dem Schädiger an, sodass sie – etwa nach Erbgang, Verkauf – stets und nur dessen aktuellen Gewalthaber traf (*noxa caput sequitur*)[227], auch wenn zur Tatzeit ein anderer die Gewalt inne gehabt hatte; war der Schädiger durch Freilassung oder Emanzipation eigener Rechtsträger geworden, haftete er nun selbst.[228]

a) Wettlauf

Musste ein Geschädigter deswegen fürchten, den ihm überlassenen Schädiger an andere zu verlieren, die dieser vor der *noxae deditio* ebenfalls geschädigt hatte? Nicht, wenn es nach dem republikanischen Juristen Ofilius ging, demzufolge die Noxalklagen anderer Geschädigter mit Auslieferung an einen untergingen.[229] Wenn die Kompilatoren seinen Widerspruch originalgetreu mon-

[225] Siehe D. 9,4: *De noxalibus actionibus*; denselben Titel tragen C. 3,41 und Inst. 4,8. Zu den Formeln *Lenel* EP 159–167; *Mantovani*, Formule, n. 53, 57, 61, 88; *Pennitz* in HRP § 105 Rn. 1 und 2. Zur Entwicklung auch *Kaser* RP I §§ 42; 147; *Gröschler* in: Stud. Metro (2010) III 195–222. Eine ähnliche Haftung gab es bei Schädigungen durch vierfüßige Tiere.

[226] Siehe nur Ulpian (18 *ad edictum*) D. 9,4,2; 3 *ad edictum* D. 9,4,3.

[227] Der Spruch meint vermutlich nicht: Die Noxalhaftung folgt dem Schädiger (wie häufig angenommen), sondern: Die Noxalhaftung folgt dem Gewalthaber; siehe überzeugend *Sirks* TR 81 (2013) 81–108.

[228] Gaius 4,77: *Omnes autem noxales actiones caput sequuntur: nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; si sui iuris coeperit esse directa actio cum ipso est, et noxae deditio extinguitur …* – Zur arglistigen Aufgabe der Gewalt unten bei Fn. 242.

[229] Wer versprochen hatte, einen Sklaven für einen Noxalprozess vor Gericht zu schaffen, sollte nach Ofilius haften, wenn er ihn zwischenzeitlich einem anderen Geschädigten ausgeliefert hatte, weil dadurch die Klagen der übrigen untergingen. Dies berichtet Ulpian (7 *ad edictum*) D. 2,9,1,1: *IN EADEM CAUSA quid sit, videamus: et puto verius eum videri in eadem causa sistere, qui ad experiendum non facit ius actoris deterius. si desinat servus esse promissoris vel actio amissa sit, non videri in eadem causa statum Labeo ait: vel si qui pari loco erat in litigando, coepit esse in duriore, vel loco vel persona mutata: itaque si quis ei qui in foro promissoris conveniri non potest venditus aut potentiori datus sit, magis esse putat, ut non videatur in eadem causa sisti. sed et si noxae deditus sit, Ofilius non putat in eadem causa sisti, cum noxae deditione ceteris noxalem actionem peremi putat.* Dazu *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 269.

tiert haben, galt allerdings zu Zeiten von Paulus auch in diesem Fall, dass die Haftung dem Schädiger folge.[230] Doch es ist unvorstellbar, dass nun der später auftretende Geschädigte die Oberhand gegenüber dem früher obsiegenden behielt; dies hätte zu einem umgekehrten Wettlauf, einem Trödeln um die Wette führen müssen.[231]

In einem Text von Gaius ist die Konkurrenz nur angedeutet: Wenn einer wegen mehrerer Schädigungen durch denselben Sklaven gegen dessen Herrn vorgehe, verliere er, falls ihm der Sklave ausgeliefert werde, auch die übrigen Klagen. Zahle der *dominus* hingegen Ersatz, so hafte er nach Gaius weiterhin nicht nur diesem, sondern auch anderen Geschädigten.[232] Ob diese leer ausgingen, wenn der Sklave ausgeliefert wurde, oder sich nun an den Empfänger halten konnten, erfahren wir nicht.

Umfassend diskutiert hingegen Ulpian das Problem.[233] Auch wenn mehrere Geschädigte bereits geklagt haben, soll der Herr nicht allen Ersatz leisten müssen, denen er den Sklaven nicht ausliefern kann. Darin zeigt sich wieder, dass beim solventen Schuldner ein Gläubigerkonflikt überhaupt nur entsteht, wenn die Haftung begrenzt ist.[234] Ulpian erwägt, ob der schnellere Gläubiger bevorzugt werde, ob der Herr den Sklaven mehrfach leisten oder ob er dem, dem er ihn leiste, Schutz vor Noxalklagen der übrigen garantieren müsse.

---

[230] Paulus (6 *ad edictum*) D. 2,9,2 pr.: *Sed alio iure utimur. nam ex praecedentibus causis non liberatur noxae deditus: perinde enim noxa caput sequitur, ac si venisset*. Vielleicht bezog sich die Äußerung im Original nur auf andere der im vorigen Fragment (Fn. 229) genannten Fälle. Doch auch Widerspruch in unserem Punkt lässt sich erklären, dazu unten bei Fn. 241.

[231] Dass dies klassisches Recht war, haben angenommen: *Bekker*, Aktionen, 191 f., 362–364 (mit dem Vorwurf an die römischen Juristen, „dass sie die einzig rationelle Entscheidung des Falles übersehen haben", nämlichen einen Vorzug des früher Geschädigten); *Levy*, Nachträge, § 167 80 f. (der die Lösung verteidigt, weil die Noxalklage nie mehr verschaffen konnte als die Gelegenheit zur Bestrafung). – Nicht problematisiert ist die Frage bei *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 269.

[232] Gaius (7 *ad edictum provinciale*) D. 9,4,20: *Qui ex pluribus noxis diversis temporibus experitur, ex una noxia servi dominium nanctus nullam amplius actionem habet adversus eum, qui dominus fuerat, cum actio noxalis caput sequatur: at si maluit dominus priori iudicio litis aestimationem sufferre, vel eidem vel alii ex alio maleficio agenti nihilo minus tenetur.* Dazu *Levy*, Nachträge, § 154 52 f.

[233] Ulpian (18 *ad edictum*) D. 9,4,14 pr.: *Si quis a multis conveniatur ex noxa eiusdem servi, vel si ab uno, ex pluribus tamen delictis, non necesse habet, quia omnibus dedere non potest, litis aestimationem offerre his, quibus dedere non potest. quid ergo est, si a pluribus conveniatur? si quidem unus occupavit, an melior sit condicio, ut ipsi soli dedatur? an vero vel omnibus dedi debeat vel cavere debeat defensu iri adversus ceteros? et verius est occupantis meliorem esse condicionem. ei itaque dedetur non qui prior egit, sed qui prior ad sententiam pervenit: et ideo ei, qui postea vicerit, actionem denegari iudicati.* – Zum Text *Biscardi*, Il dogma della collisione, 135–140; *Levy*, Nachträge, § 167 81–83; *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 269–271. – Dass der Schuldner sich wegen der Inanspruchnahme durch einen anderen Gläubiger noch gegen die *actio iudicati* verteidigen kann, begegnet auch beim *beneficium competentiae*, unten bei Fn. 262.

[234] Wie auch oben bei der *actio in rem verso*, bei Fn. 191.

Richtiger sei die Bevorzugung des Zuvorkommenden,[235] wofür – wie es auch für die *actio de peculio* belegt ist[236] – der Zeitpunkt des Urteils den Ausschlag gebe. In Ulpians Vorstellung soll der schnellere Geschädigte besser stehen, also wegen des ausgelieferten Sklaven nicht nach der Regel *noxa caput sequitur* von den übrigen Geschädigten in Anspruch genommen werden können. Deswegen muss der Herr auch keine Garantie wegen Noxalklagen der übrigen abgeben.

Vermutlich sah auch Paulus das nicht anders.[237] Um zu vermeiden, dass ein Geschädigter von einem anderen Geschädigten in Anspruch genommen werden konnte, musste man gar nicht – wie wohl Ofilius[238] – mit der ersten *deditio* die Klagen der anderen Geschädigten als erloschen ansehen. Es genügte, dem den Schädiger besitzenden Geschädigten zur Abwehr der Inanspruchnahme den *dolo agit*-Einwand[239] zu gewähren: Nach der Auslieferung an den anderen Geschädigten wäre er nicht mehr befriedigt gewesen und hätte darum seinerseits diesen in Anspruch nehmen können.[240] Ein Geschädigter hatte dann keinen Nachteil daraus, wenn der ihm ausgelieferte Sklave noch einem anderen noxal verhaftet war.[241]

b) Schutz vor Beeinträchtigungen

Auch die Haftung für Delikte eines Gewaltunterworfenen konnte der Hausvater nicht dadurch vermeiden, dass er seine Gewalt über ihn arglistig aufgab.[242] Wie wenn er seine Gewalt geleugnet hatte, wurde die Klage dann gegen

---

[235] Hingegen meint *Levy*, Nachträge, § 167 82 f., Ulpian habe sich für die Kautionslösung entschieden und damit – weil es bereits zum Prozess gekommen sei – anders als Paulus D. 2,9,2 pr. (Fn. 230).

[236] Gaius D. 15,1,10 (Fn. 162). Daher besteht kein Grund, mit *Biscardi*, Il dogma della collisione, 140, anzunehmen, dass es in der Klassik auf den Zeitpunkt der *litis contestatio* angekommen sei.

[237] Wie aber *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 269 wegen D. 2,9,2 pr. (Fn. 230) annimmt.

[238] Fn. 229.

[239] Ein Geschädigter, dem der Schädiger vom Besitzer ausgeliefert worden war, setzte sich mit der *exceptio doli* auch gegen die Vindikation durch den Eigentümer durch: African (6 *quaestionum*) D. 9,4,28; Ulpian (7 *ad edictum*) D. 9,4,11. Mit Recht verweisen Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler *(Apathy)* auf Paulus (6 *ad Plautium*) D. 50,17,173,3: *Dolo facit, qui petit quod redditurus est*.

[240] Die *exceptio doli* wäre auch der Rahmen, in dem der von *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 271 vermutete „interne Ausgleich" hätte vorgenommen werden können. Jedenfalls bei Ulpian wird aber die *melior condicio* endgültig gemeint gewesen sein. Die von *Bürge* ins Auge gefasste Lösung hatte auch *Wroblewsky* vorgeschlagen, siehe im zweiten Kapitel bei Fn. 334.

[241] Das würde einen Widerspruch des Paulus gegen Ofilius erklären (oben Fn. 230).

[242] In diesem Fall gewährte der Prätor nach Julian statt der *actio iuris civilis* ein *iudicium honorarium*, (9 *digestorum*) D. 9,4,39 pr.: *Si plurium servus furtum fecerit et omnes dolo fecerint, quo minus eum in potestate haberent, subsequi debet praetor iuris civilis actionem et iudicium honorarium, quod ex hac causa pollicetur, in eum dare, quem actor elegerit: neque enim amplius praestare actori debet, quam ut detracta noxae deditione agere possit cum eo,*

ihn ohne die Klausel eingesetzt, dass er das Urteil abwenden konnte, indem er den Täter auslieferte.[243] Paulus führt aus, dass die Haftung wegen Arglist nicht voraussetze, dass dem Geschädigten keinerlei Klage mehr zustehe – wie wenn der Herr den Sklaven entfliehen lasse. Er hafte auch, wenn er ihn veräußere oder freilasse, obgleich dann daneben der neue Eigentümer oder der Freigelassene selbst haftete. Der Geschädigte könne wählen, wen er verklagen wolle. Nach Labeo und Julian hatte allerdings der frühere Gewalthaber eine Einrede, wenn der Freigelassene bereit war, sich der Klage zu stellen.[244] Dasselbe sollte nach Julian und Gaius auch bei der Veräußerung gelten, wenn der Erwerber die Klage akzeptieren wolle.[245] In jedem Fall wurde – so Paulus – der eine frei oder hatte jedenfalls eine Einrede, wenn der andere in Anspruch genommen worden war.[246] Wenn der Sklave nach der dolosen Besitzaufgabe verstarb, ver-

---

cum quo noxali iudicio experiri potuisset, si servus exhiberetur. Paulus stellt eine prätorische Klage dem direkten Klagen gegen den Besitzer gegenüber; (18 *ad edictum*) D. 9,4,26,2: *Item si ex pluribus dominis quidam dolo malo partes suas desierint possidere, electio erit actoris, utrum directo agere velit cum eo qui possidet, an praetoria cum eo qui desiit possidere.* Mit Blick auf nichtberechtigte Besitzer stellt er an anderem Ort der (zivilen) Noxalklage die (prätorische) Klage gegen den gegenüber, der die Gewalt (rein tatsächlich) hatte oder arglistig aufgab, Paulus (6 *ad edictum*) D. 9,4,12: *Si bona fide possessor eum servum, quem bona fide possidebat, dimiserit, ne agi cum eo ex noxali causa possit, obligari eum actione, quae datur adversus eos, qui servum in potestate habeant aut dolo fecerint, quo minus haberent, quia per hoc adhuc possidere videntur.* – Wie die Noxalhaftung erweitert wurde, behandelt *Giménez-Candela*, El regimen pretorio (dort 264–286 zum arglistigen Verlust der Gewalt); dazu *Selb* ZRG RA 100 (1983) 682–689.

[243] Ulpian (23 *ad edictum*) D. 9,4,21: (pr.) *Quotiens dominus ex noxali causa convenitur, si nolit suscipere iudicium, in ea causa res est, ut debeat noxae dedere eum, cuius nomine iudicium non suscipitur: aut si id non faciat, iudicium suscipiet omnimodo, sed non alias condemnabitur, quam si in potestate habeat dolove malo fecerit, quo minus haberet. […] (§ 2) Praetor ait: SI IS IN CUIUS POTESTATE ESE DICETUR NEGABIT SE IN SUA POTESTATE SERVUM HABERE: UTRUM ACTOR VOLET, VEL DEIERARE IUBEBO IN POTESTATE SUA NON ESSE NEQUE SE DOLO MALO FECISSE, QUO MINUS ESSET, VEL IUDICIUM DABO SINE NOXAE DEDITIONE.* Dass die Klage ohne die Klausel zur Abwendung durch Auslieferung erteilt wird, betont Julian D. 9,4,39 pr. (Fn. 242) und D. 9,4,16 (Fn. 247); dazu auch Paulus (6 *ad edictum*) D. 2,9,2,1.

[244] Paulus (18 *ad edictum*) D. 9,4,24 pr.: *De illo videndum, utrum adversus eum tantum, qui dolo fecit, quo minus in potestate haberet, actio locum habeat noxalis, si ex dolo eius acciderit, ut cesset noxalis actio (forte si servo suo fugam mandavit) an et si possit nihilo minus cum alio agi (quod accidit, cum alienatus manumissusve est). quod est verius: in quo casu electio est actoris, cum quo velit agere. Iulianus autem ait de eo qui manumissit, si paratus sit defendere se manumissus, exceptionem dandam ei qui manumisit. hoc et Labeo.* Nach § 1 galt dasselbe, wenn mehrere arglistig den Besitz am selben Sklaven aufgegeben haben; dazu auch Julian D. 9,4,39 pr. (Fn. 242).

[245] Gaius (6 *ad edictum provinciale*) D. 9,4,25: *Ides est, et si novus dominus servi iudicium patiatur.* Dazu Julian (9 *digestorum*) D. 9,4,39,2: *Si quis dicet dominum dolo fecisse, quo minus in potestate eius servus esset, ille autem contendat eum servum ab alio defendi cum satisdatione, doli mali exceptioni locus erit.*

[246] Paulus (18 *ad edictum*) D. 9,4,26 pr.: *Electio vero alterum liberabit: id enim praetor introduxit, ne eluderetur actor, non ut etiam lucrum faceret: ideoque exceptione a sequenti summovebitur.*

lor der Geschädigte die Klage, weil er nicht anders stehen sollte, als wenn der Besitz nicht aufgegeben worden wäre. Die Haftung dauerte allerdings fort, wenn der frühere Gewalthaber darin gesäumt hatte, den Prozess aufzunehmen, oder wenn die Sache bereits rechtshängig war.[247]

Ein Schutz dagegen, dass der Gewalthaber einen Geschädigten bevorzugte, indem er ihm den Schädiger überließ, ehe ein anderer ein Urteil erstreiten konnte, lässt sich nicht nachweisen.

IV. Haftung nach dem Vermögen (beneficium competentiae)

Ein dem römischen Recht eigentümliches Institut des Schuldnerschutzes war das später sogenannte *beneficium competentiae*: die Rechtswohltat des Machbaren, die Begrenzung der Haftung auf die eigene Fähigkeit oder – wie man wohl am besten sagt – auf das Vermögen. Damit wurde weder die Schuld beschnitten noch die Vollstreckung gegen die Person oder in das gesamte Vermögen eingeschränkt. Vielmehr ermächtigte der Prätor den Richter in diesen Fällen nicht unbeschränkt zur Verurteilung des Beklagten, sondern nur bis zu dem Betrag dessen, was dieser leisten konnte: *in id quod facere potest*, also bis zum Wert seines Vermögens.[248] Den Rest drohte der Gläubiger für immer zu verlieren, wenn er mit seiner Klage die Forderung verbraucht hatte. Um dies

[247] Zum Tod vor Prozessbeginn Julian (9 *digestorum*) D. 9,4,39,4: *Sed et mortuo servo antequam iudicium accipiatur, omnino hac actione non tenebitur dominus*; Paulus (18 *ad edictum*) D. 9,4,26,4: *Si is, quem desieris dolo possidere, decesserit, priusquam hac actione convenireris, liberaris, quia haec actio in locum directae actionis succedit: diversum dicemus, si moram feceris in iudicio accipiendo*. Zum Tod und zum Erlangen der Freiheit (durch Bedingungseintritt) nach Prozessbeginn Julian (22 *digestorum*) D. 9,4,16: *Si heres dolo malo fecerit, ne statuliberum in potestate haberet, et propter hoc iudicium sine noxae deditione acceperit: et impleta condicione statutae libertatis condemnari debebit, sicuti mortuo servo condemnaretur*. Zu den Delikten der Bedingtfreien *Pennitz* in: FS Knütel (2009) 855–872, zum Text 863 bei Fn. 43.

[248] Die meisten Texte finden sich in D. 42,1: *De re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus* (D. 42,1,16–25 und 30 und 41 und 49–52). Aus der Literatur *Gildemeister*, Beneficium competentiae; *Wacke* in: FS Knütel (2009) 1325–1359; zu unserer Frage außerdem *Biscardi*, Il dogma della collisione, 141 f.; *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 271–280; *Klingenberg* in HRP § 13 Rn. 71. – Zu den neusprachlichen Begriffsbildungen *Wacke* 1334 f.: *Windscheid* spricht von der „Einrede des Notbedarfs", *Unterholzner* von der „Verurteilung in das Erschwingliche" (was *Wacke* übernimmt), *Guarino* nennt es „condanna nei limiti del possibile". – Dass dem Schuldner sein eigener Notbedarf belassen wurde, steht generell in Paulus (6 *ad Plautium*) D. 50,17,173 pr.: *In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant*. Wahrscheinlich galt dies in der Klassik aber nur für den Schenker, für den es in Paulus (6 *ad Plautium*) D. 42,1,19,1 und Pomponius (7 *variarum lectionum*) D. 42,1,30 gesondert belegt ist; siehe *Wacke* Studi Metro (2010) 447–479. Zur Frage der Notbedarfseinrede nach *cessio bonorum* oben Fn. 52. – Zur arglistigen Minderung der eigenen Fähigkeiten unten bei Fn. 284.

zu korrigieren, musste der Schuldner vielleicht stets für den Fall Sicherheit stellen, dass er wieder zu Geld kam.[249]

Geschützt waren Gesellschafter gegeneinander, Eltern bei Klagen ihrer Kinder, der Patron und seine Verwandten bei Klagen des Freigelassenen, der Ehemann insbesondere bei der Klage auf Rückgabe der Mitgift.[250] Emanzipierte und enterbte Hauskinder sowie solche, die ihre Erbschaft ausgeschlagen hatten, genossen das *beneficium* für die Verbindlichkeiten, die sie noch unter Gewalt des Hausvaters eingegangen waren.[251] Auch aus schenkweise eingegangenen Verbindlichkeiten wurde nur in das Machbare verurteilt.[252] Nach beendeter Vollstreckung genossen Schuldner die Rechtswohltat gegenüber Altgläubigern.[253]

---

[249] So verhielt es sich jedenfalls bei der *actio pro socio*; siehe Paulus (4 *ad Plautium*) D. 15,1,47,2: *Si semel actum sit de peculio, quamvis minus inveniatur rei iudicandae tempore in peculio quam debet, cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii: hoc enim in pro socio actione locum habet, quia socius universum debet*. Dazu *Gildemeister*, Beneficium competentiae, 80 f., der hierzu auch Ulpian D. 17,2,63,4 zieht, doch siehe dazu Fn. 272. Ihm zustimmend *Wacke* in: FS Knütel (2009) 1341. – Zur Möglichkeit einer Teilklage *Gildemeister* 81 f.; skeptisch *Wacke* a.a.O. Fn. 110.

[250] Diese Fälle stellten die Kompilatoren aus Ulpians Ediktskommentar zusammen: Ulpian (63 *ad edictum*) D. 42,1,16: *Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur, id est non deducto aere alieno. et quidem sunt hi fere, qui pro socio conveniuntur (socium autem omnium bonorum accipiendum est): item parens* (10 *ad edictum* D. 42,1,17) *patronus patrona liberique eorum et parentes: item maritus de dote in id quod facere potest convenitur* (66 *ad edictum* D. 42,1,18 = D. 42,1,6 pr., Fn. 255) *item miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus eatenus, quatenus facere potest, cogitur solvere*. – Für die Erstreckung der dem Ehemann zukommenden Rechtswohltat auf andere Klagen und spiegelbildlich auf Klagen der Frau Modestin (2 *differentiae*) D. 42,1,20: *Non tantum dotis nomine maritus in quantum facere possit condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus in quantum facere potest condemnandus est ex divi Pii constitutione. quod et in persona mulieris aequa lance servari aequitatis suggerit ratio*. Ausgenommen ist die Haftung für Vorsatz: Pomponius (16 *ad Sabinum*) D. 24,3,18,1; Tryphonin (12 *disputationum*) D. 42,1,52; Paulus (37 *ad edictum*) D. 25,2,21,6.

[251] Ulpian (29 *ad edictum*) D. 14,5,2 pr.: *Ait praetor: IN EUM, QUI EMANCIPATUS AUT EXHEREDATUS ERIT QUIVE ABSTINUIT SE HEREDITATE EIUS CUIS IN POTESTATE CUM MORITUR FUERIT, EIUS REI NOMINAE, QUAE CUM EO CONTRACTA ERIT, CUM IS IN POTESTATE ESSET, SIVE SU VOLUNTATE SIVE IUSSU EIUS IN CUIUS POTESTATE ERIT CONTRAXERIT, SIVE IN PECULIUM IPSIUS SIVE IN PATRIMONIUM EIUS CUIUS IN POTESTATE FUERIT EA RES REDACTA FUERIT, ACTIONEM CAUSA COGNITA DABO IN QUOD FACERE POTEST.*

[252] Ulpian (36 *ad Sabinum*) D. 23,3,33 = D. 50,17,28: *Divus Pius rescripsit eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id quod facere possunt condemnandos*; übereinstimmend Ulpian (3 *disputationum*) D. 39,5,12: *Qui ex donatione se obligavit, ex rescripto divi Pii in quantum facere potest convenitur. sed enim id, quod creditoribus debetur, erit detrahendum: haec vero, de quibus ex eadem causa quis obstrictus est, non debebit detrahere*. Siehe auch schon Pomponius (7 *variarum lectionum*) D. 42,1,30. Dazu *Wacke* Studi Metro (2010) 454–457.

[253] Zur *venditio bonorum* allgemein oben Fn. 45; zur *cessio bonorum* oben Fn. 52, insb. Ulpian (59 *ad edictum*) D. 42,3,4 pr.

Schließlich konnten die Parteien die Beschränkung der Verurteilung auch vereinbaren.[254]

Mit einer derart geschwächten Forderung konnte ein Gläubiger seinen Schuldner also nicht in die Vollstreckung zwingen: Der wurde nur verurteilt, soweit er noch etwas hatte. Das *beneficium* knüpfte allerdings meist nur an Forderungen aus gewissen Rechtsbeziehungen, sodass der begünstigte Schuldner andere Gläubiger haben mochte, denen er im Ernstfall unbegrenzt verurteilt werden konnte. Einzig Soldaten genossen vermutlich gegenüber jedermann Schutz;[255] so schirmten die Kaiser die Kampfkraft der Legionen vor dem Leichtsinn der Legionäre.

1. Wettlauf

Was der Schuldner leisten konnte, bestimmte der Richter grundsätzlich nach dem Wert des Aktivvermögens, also ohne Verbindlichkeiten abzuziehen: *non deducto aere alieno*.[256] Dadurch scheint der Wert der Rechtswohltat für den Schuldner auf den ersten Blick erheblich verringert: Wurde er von einem durch das *beneficium* behinderten Gläubiger in Anspruch genommen, wurde er bis zum Wert seiner Aktiva verurteilt. Klagte später ein anderer aus einer nicht geschwächten Forderung, so erwirkte der zweite die Verurteilung in ei-

[254] Ulpian (36 *ad Sabinum*) D. 2,14,49: *Si quis crediderit pecuniam et pactus sit ut, quatenus facere possit debitor, eatenus agat: an pactum valeat? et magis est hoc pactum valere. nec enim improbum est, si quis hactenus desideret conveniri, quatenus facultates patiuntur.* Umgekehrt war ein Verzicht auf die Rechtswohltat im Fall des Ehemannes nach Pomponius und Ulpian (36 *ad Sabinum*) D. 24,3,14,1 als gegen die guten Sitten verstoßend unwirksam, weil die Eheleute aufeinander Rücksicht zu nehmen hatten: … *cum contra receptam reverentiam, quae maritis exhibenda est, id esse apparet*.

[255] Ulpian (66 *ad edictum*) D. 42,1,6 pr.: *Miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus eatenus, qua facere potest, cogitur solvere* = D. 42,1,18 (soeben Fn. 250).

[256] Ulpian (63 *ad edictum*) D. 42,1,16 (Fn. 250); unter Einbeziehung der Ausnahme des *beneficium* des Schenkers (unten bei Fn. 263) Paulus (*liber singularis de iure singulari*) D. 24,3,54: *Maritus facere posse creditur nullo aere alieno, item socius, item patronus parensve: at is, qui ex donatione convenietur, omni aere alieno deducto facere posse intellegitur*; Paulus (2 *manualium*) D. 42,1,49: *Et exheredatum vel eum, qui se paterna hereditate abstinuit, nec ex ipsius contractu nisi id quod facere potest condemnandum. quemadmodum autem facere posse credatur, videndum est, utrum deducto omni aere alieno, ut is, qui ex donatione convenitur, an ut maritus et patronus nullo deducto aere alieno. et indubitati iuris est ad similitudinem viri et patroni eum detrahendum: pinguius enim donatori succurrere debemus quam ei, qui verum debitum persolvere compellitur.* Siehe im Übrigen die Parallelisierung mit der *actio de peculio* durch Paulus (6 *ad Plautium*) D. 42,1,19 und Tryphonin (12 *disputationum*) D. 24,3,53 (sogleich Fn. 260) sowie zur Haftung der *socii* Ulpian (31 *ad edictum*) D. 17,2,63 (unten bei Fn. 270). – Aus allgemeinen Erwägungen wurden hiergegen Interpolationsvermutungen gerichtet. Dagegen *Guarino*, Condanna, 82–85; *Gildemeister*, Beneficium competentiae, 41–44; *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 272; *Wacke* in: FS Knütel (2009) 1344–1349.

nen Betrag, den der Schuldner nicht aufbringen konnte; nun drohte doch die Vollstreckung. Nur wenn die normale Forderung befriedigt wurde, bevor das Urteil über die geschwächte erging, war der Schuldner geschützt. Damit hatte der Schuldner es letztlich allerdings in der Hand, sich selbst vor der Vollstreckung zu bewahren: Sah er sich überschuldet, mochte er die übrigen Gläubiger vorab, gar vor Fälligkeit befriedigen, um dann denen mit geschwächten Forderungen seine leeren Taschen präsentieren zu können.[257]

Unter den Gläubigern blieb es also regelmäßig beim Wettlauf: Auch die Inhaber einer durch *beneficium* geschwächten Forderung konnten anderen Gläubigern zuvorkommen und erhielten dann ein Urteil auf den vollen Betrag.[258] Das spricht entscheidend dafür, dass sie bei Verteilung in der Vollstreckung nicht schlechter gestellt waren als andere Gläubiger.[259] Die Klassiker selbst ziehen die Parallele zur *actio de peculio* und der dort geltenden Maxime *melior est condicio occupantis*.[260] Hier wie dort konnte sich für den Kläger nicht erst bei der Vollstreckung, sondern schon im Zeitpunkt der Verurteilung zeigen, dass er zu spät gekommen war. Anders als bei der *actio de peculio* war aber mit der Verurteilung das Rennen noch nicht entschieden: Auch die Judikatsschuld wurde nicht von den Aktiva abgezogen, sodass der Schuldner, solange er dem Urteil nicht nachkam, riskierte, erneut als leistungsfähig verurteilt zu werden.[261] Umgekehrt konnte er noch zur Abwendung der die Voll-

[257] Ein Gedanke von *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 276 f.

[258] Im Respekt vor dem Grundsatz *melior condicio occupantis* und seiner praktischen Folge, dass Prozesse vom Streit um den Bestand anderer Schulden entlastet wurden, sieht *Wacke* in: FS Knütel (2009) 1347 den Grund, warum Verbindlichkeiten vom Machbaren nicht abgezogen wurden.

[259] Dazu oben Fn. 123.

[260] Zu der Parallele grundlegend *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 271–278. Paulus (6 *ad Plautium*) D. 42,1,19: (pr.) *Inter eos, quibus ex eadem causa debetur, occupantis melior condicio est nec deducitur, quod eiusdem condicionis hominibus debetur, sicuti fit in de peculio actione: nam et hic occupantis melior est causa. sed et si cum patre patronove agetur, non est deducendum aes alienum, maxime quod eiusdem condicionis personis debebitur, ut liberis libertis.* (§ 1) *Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur et quidem is solus deducto aere alieno: et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa. immo nec totum quod habet extorquendum ei puto: sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat*; dazu *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 273–275; *Wacke* in: FS Knütel (2009) 1351 f.; Tryphonin (12 *disputationum*) D. 24,3,53: *Si filio familias dos data est, ipse quidem dotis actione tenetur, pater autem eius de peculio: nec interest, in peculio rem vel pecuniam dotalem habeat nec ne. sed quatenus facere potest, hic quoque condemnandus est: intellegitur autem peculio tenus facere posse, quod habet rei iudicandae tempore. atquin si cum patre agatur, deduceretur ex peculio, quod patri vel subiectis ei personis filius debet: at si cum ipso filio agatur, alterius debiti non fiet detractio in computatione quantum facere possit filius*; dazu *Wacke* 1353 f.

[261] Das zeigt der in den *fragmenta Argentoratensia* überlieferte Fall aus Ulpians *disputationes*, unten Fn. 282.

streckung einleitenden *actio iudicati* einwenden, zur Erfüllung nicht in der Lage zu sein.[262]

Von dem Grundsatz, dass Verbindlichkeiten nicht abgezogen wurden, gab es mehrere Ausnahmen. Besonders stark wirkte das *beneficium* desjenigen, der schenkweise eine Verbindlichkeit eingegangen war. Bei der Bestimmung dessen, was er leisten konnte, wurden andere Verbindlichkeiten abgezogen,[263] soweit sie nicht ebenfalls schenkweise eingegangen worden waren.[264] Machten mehrere Gläubiger schenkweise begründete Forderungen geltend, so liefen sie um die Wette.[265] Gegenüber anderen Forderungen gerieten diese außerhalb des Vollstreckungsverfahrens in Nachrang. Auch im Verteilungsverfahren werden sie erst nach den anderen bedient worden sein.[266]

Andere Ausnahmen knüpften nicht an einzelne *beneficia*, sondern an bestimmte Forderungen, die im Unterschied zu anderen bei der Berechnung des Machbaren abgezogen wurden. Vermutlich gehörten dazu alle mit Konkursprivileg ausgestatte Forderungen.[267] So erhielten die privilegierten Gläubiger die Gelegenheit, ihre Forderungen geltendzumachen oder das Vollstreckungsverfahren einzuleiten – wobei sich bis dahin auch alle anderen Gläubiger aus den Resten bedienen konnten. Den privilegierten stellt Ulpian für das *benefi-*

---

[262] *Gildemeister*, Beneficium competentiae, 78–80, diskutiert Paulus (7 *ad Sabinum*) D. 24,3,17,2 (*exceptio doli* gegen die *actio iudicati* der Ehefrau schon nach Neraz und Sabinus); Paulus (20 *ad edictum*) D. 14,5,5 pr. (Begrenzung der *actio iudicati* gegen den Haussohn); Paulus (14 *quaestionum*) D. 42,1,41,2 und Hermogenian (6 *iuris epitomarum*) D. 39,5,33 pr. (Begrenzung der *acito iudicati* gegen den Schenker). Ergänzend *Wacke* in: FS Knütel (2009) 1341 f. – Zur Verteidigung gegen die *actio iudicati* bei Noxaklagen oben Fn. 233 (dort geht es aber um einen Vorrang der früher ausgeurteilten Forderung).

[263] Paulus (*liber singularis de iure singulari*) D. 24,3,54 und Paulus (2 *manualium*) D. 42,1,49 (Fn. 256), daran angefügt Tryphonin (12 *disputationum*) D. 42,1,50: *ne liberalitate sua inops fieri periclitetur*; Paulus (6 *ad Plautium*) D. 42,1,19 (Fn. 260); Ulpian (3 *disputationum*) D. 39,5,12 (Fn. 252). Literatur oben Fn. 256.

[264] Ulpian (3 *disputationum*) D. 39,5,12 (Fn. 252): *haec vero, de quibus ex eadem causa quis obstrictus est, non debebit detrahere*.

[265] Paulus (6 *ad Plautium*) D. 42,1,19,1 (Fn. 260): *inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa.* – Heute ist die Rechtslage anders: Unter mehreren Schenkungsgläubigern hat gegenüber der Einrede des Notbedarfs der ältere den Vorrang. Dazu im vierten Kapitel bei Fn. 32. – Allgemein zum Verhältnis mehrerer durch das *beneficium* geschwächter Forderungen noch sogleich bei Fn. 269.

[266] Dazu oben Fn. 123. Dafür spricht auch das Spiegelbild der privilegierten Forderungen: Bei Ihnen korrespondierte mit der Bevorzugung bei der Verteilung ein Abzug vom Machbaren (sogleich Fn. 267).

[267] Bezeugt ist das für das *beneficium* der Hauskinder durch Ulpian (3 *disputationum*) D. 14,5,3: *Sed an hic detrahi debeat quod aliis debetur, tractari potest. et si quidem sint creditores, qui, cum esset alienae potestatis, cum eo contraxerunt, recte dicetur occupantis meliorem esse condicionem, nisi si quis privilegiarius veniat: huius enim non sine ratione prioris ratio habebitur. quod si qui sint, qui, posteaquam sui iuris factus est, cum eo contraxerunt, puto horum rationem habendam.* Dazu *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 275 f.; *Wacke* in: FS Knütel (2009) 1354 f.; sogleich mit Fn. 268.

cium der Gewaltunterworfenen diejenigen Forderungen gleich, die sie erst als Gewaltfreie eingegangen waren.[268]

Zum Wettlauf kam es gerade auch unter mehreren durch das *beneficium* geschwächten Forderungen.[269] Eine Ausnahme schlägt Marcellus vor. Er will bei der Klage eines Gesellschafters vom Machbaren abziehen, was der verklagte Gesellschafter aus derselben Gesellschaft anderen Mitgesellschaftern schuldet.[270] Wahrscheinlich wollte Marcellus die Forderungen nicht in voller Höhe abziehen,[271] sondern den Ausfall schon an dieser Stelle zwischen den Gesellschaftern ausgleichen. Hingegen erinnert Ulpian an die Möglichkeit, dem Kläger Sicherheiten abzuverlangen.[272] Er denkt offenbar daran, den ersten Kläger versprechen zu lassen, dass er das erlangte unter die übrigen Gesellschafter aufteile. Einen ähnlichen Mechanismus haben wir bei der *actio tributoria*[273] ebenso beobachtet wie bei der *actio de peculio*, wenn das Auftreten privilegierter Gläubiger befürchtet wurde.[274] Als Sicherheit will Ulpian ein nacktes Versprechen genügen lassen[275] und dennoch den vollen Betrag zuerkennen, weil die übrigen ihn ohnehin aus der Gesellschaft auf Teilung in Anspruch nehmen können.[276] Diese Lösung hat für die anderen Gesellschafter den Vorzug, dass sie wegen ihres Anteils nicht den bereits strauchelnden Mitgesellschafter in Anspruch nehmen und dabei Gefahr laufen müssen, dass ihnen andere Gläubiger zuvorkommen. Weil kein Anhalt dafür besteht, dass auch der Kläger

[268] Ulpian D. 14,5,3 (soben Fn. 267). Wenn es in Paulus D. 42,1,49 (Fn. 256) allgemein heißt: *convenitur … ut patronus nullo deducto aere alieno*, so bezieht sich der Vergleich demnach wohl nur auf die Gläubiger, die noch mit dem Hauskind kontrahiert haben. So überzeugend *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 276 Fn. 82; ähnlich schon *Gildemeister*, Beneficium, 48 f. Dasselbe wird für Paulus D. 24,3,54 gelten (ebenfalls Fn. 256).

[269] Paulus D. 42,1,19 pr. (soeben Fn. 260): *Inter eos, quibus ex eadem causa debetur …*

[270] Ulpian (31 *ad edictum*) D. 17,2,63,3: *Id quod facere socius potest quemadmodum aestimandum sit? et placuit non debere deduci aes alienum quod debetur a socio: ita et Marcellus libro septimo digestorum scribsit, nisi forte, inquit, ex ipsa societate debeatur.* Dazu *Gildemeister*, Beneficium, 49–51; *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 274.

[271] Anders *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 274.

[272] Ulpian (31 *ad edictum*) D. 17,2,63,4: *Item videndum, an cautio veniat in hoc iudicium eius quod facere socius non possit, scilicet nuda promissio: quod magis dicendum arbitror.* Die meisten sehen hier eine vom Beklagten zu stellende Sicherheit angesprochen; siehe *Gildemeister* (oben Fn. 249) und die Übersetzung von Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (*Misera*). Doch das passt nicht so gut auf die Stellung zwischen § 3 und § 5.

[273] Oben bei Fn. 209.

[274] Oben bei Fn. 171.

[275] So verstehe ich § 4 (Fn. 272).

[276] Ulpian (31 *ad edictum*) D. 17,2,63,5: *Si, cum tres socii essent, egerit cum uno ex sociis socius et partem suam integram sit consecutus, deinde alius socius cum eodem agat et partem consequi integram non poterit, quia facere solidum non potest, an hic qui minus consecutus est cum eo agere possit qui solidum accepit ad communicandas partes inter eos, id est exaequandas, quasi iniquum sit ex eadem societate alium plus, alium minus consequi? sed magis est, ut pro socio actione consequi possit, ut utriusque portio exaequetur: quae sententia habet aequitatem.* Dazu *Gildemeister*, Beneficium, 50 f.; *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 274, 277.

überschuldet ist, wiegt sein Insolvenzrisiko leichter. Er ist nicht seinen Mitgesellschaftern zuvorgekommen, sondern für sie den übrigen Gläubigern.

Eine Sonderstellung nahm die Forderung auf Rückgabe der Mitgift ein: Der schuldende Ehemann genoss aufgrund ehelicher Rücksichtnahme ein *beneficium competentiae*, insofern war die Forderung geschwächt.[277] Zugleich genoss die Ehefrau gegenüber konkurrierenden Gläubigern in der Vollstreckung ein Vorrecht, insofern war die Forderung gestärkt.[278] Die Frau konnte den Mann also nicht in die Vollstreckung treiben, war aber in der Vollstreckung gegenüber anderen Gläubigern bevorzugt. Hieraus konnten sich besondere Konflikte ergeben. Um den Konflikt nur der Privilegien geht es in einer Quintilian zugeschriebenen Rhetorikübung, in der Schwiegermutter und Schwiegertochter wegen ihrer Mitgiften um ein Vermögen streiten:[279] Eine Frau forderte nach dem Tod des Mannes[280] vom Erben, dem gemeinsamen Sohn, ihre Mitgift zunächst nicht zurück. Der heiratete, nahm eine Mitgift entgegen und verstarb seinerseits. Sein Vermögen genügt nicht zur Rückzahlung beider Mitgiften. Nun kommt es zum Streit, vermutlich bei der Vollstreckung in die erbenlos gebliebene Erbschaft. Der Redner argumentiert für einen Vorzug der Schwiegertochter, da die Schwiegermutter ihre Mitgift in ein Darlehen umgewandelt und der Sohn sich vielleicht nur dank der Mitgift der Jüngeren solange über Wasser gehalten habe.[281]

In einem anderen Konflikt spielt nicht nur die Stärkung der Forderung durch das *privilegium*, sondern auch ihre Schwächung durch das *beneficium* eine Rolle. In einem abseits der Digesten überlieferten Text[282] erörtert vermutlich Ulpian den Fall, dass zwei Exfrauen denselben Mann auf Rückerstattung ihrer jeweiligen Mitgift in Anspruch nehmen. Die zuerst obsiegende vollstreckt

---

[277] Oben Fn. 250.

[278] Oben Fn. 112.

[279] Die *Lis de dotibus socrus et nurus*: Quintilian, *declamationes* 360; dazu *Stagl* Index 40 (2012) 326–341 (auf Italienisch); *Stagl*, Journal on European History of Law 4 (2013) 2–9 (auf Deutsch). – Für Vorrang der Forderung der früheren Frau aber C. 8,17,12,7 [a. 531]: *Exceptis videlicet contra novercas anterioris matrimonii filiis, quibus pro dote matris suae iam quidem dedimus hypothecas contra paternas res vel eius creditores, in praesenti autem similem praerogativam servamus, ne, quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur, sed sic maneat eis ius incorruptum, quasi adhuc vivente matre eorum: duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis es tempore praerogativam manere volumus.*

[280] Nach dem Tod der Frau ging ihr Privileg nach C. 7,74,1 [a. 209] nicht auf ihre Erben über; doch nach dem Tod des Mannes blieb es gegenüber den übrigen Nachlassforderungen bestehen. – Auf das dem Ehemann zukommende *beneficium* kam es im Fall nicht an. Seinen Erben stand es nach Ulpian (36 *ad Sabinum*) D. 24,3,12 grundsätzlich nicht zu, außer es handelte sich dabei um Kinder der Frau: Pomponius (16 *ad Sabinum*) D. 24,3,18 pr.

[281] Vergleiche zur üblichen Rechtfertigung eines Vorrang jüngerer Forderungen im vierten Kapitel unter III.

[282] Ulpian (3 *disputationum*) fragm. Argent. rectum I^A. Der auf einem Straßburger Pergament unvollständig erhaltene Text ist abgedruckt in FIRA II 310 f. Dazu *Gildemeister*, Beneficium competentiae, 51 f.; *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 277 Fn. 83.

nicht sogleich. Weil der Mann nicht freiwillig leistet, seine Aktiva also noch nicht gemindert sind, erwirkt auch die andere Exfrau ein Urteil auf den vollen Betrag, obwohl das Vermögen zur Befriedigung beider nicht genügt. Wenn es einmal zur Veräußerung der Güter kommt, will Ulpian beiden daran den gleichen Anteil zukommen lassen. Er blickt auf den Konflikt der Privilegien und entscheidet ihn anders als der Rhetoriker im Fall von Schwiegermutter und Schwiegertochter. Weiter berichtet Ulpian, Marcellus habe der zuletzt obsiegenden Exfrau versagen wollen, aus ihrem Urteil die Vollstreckung zu betreiben.[283] Das besagt nicht, dass er den Versteigerungserlös anders verteilen würde als Ulpian. Marcellus richtet den Fokus darauf, dass der Mann aus beiden Forderungen nur auf das Machbare haftet, also nicht wegen seiner Leistungsunfähigkeit in die Vollstreckung geraten soll: Darum soll nur aus dem einen Urteil vollstreckt werden können, wozu es nicht wegen Leistungsunfähigkeit, sondern nur bei Leistungsunwillen kommen wird.

2. Schutz vor Beeinträchtigungen

Ein Schuldner, der nur auf das haftete, was er leisten konnte (*id quod facere potest*), entging der Verurteilung nicht, soweit er sein Vermögen selbst arglistig gemindert hatte: Ulpian führt aus, es sei nicht gerecht, wenn die eigene Arglist aus dem Vermögen eines anderen finanziert würde. Zugleich betont er, dass die Verurteilung nicht schon dann über das Vermögen hinausgehe, wenn einfaches Verschulden dazu führte, dass es nicht hinreiche.[284] Das *beneficium competentiae* schützte den Schuldner nicht nur, wenn er unglücklich, sondern auch, wenn er schuldhaft verarmte.

---

[283] Darüber hinaus war offenbar umstritten, ob überhaupt eine der Ehefrauen die Personalvollstreckung betreiben konnten; nicht nur – wie *Gildemeister* meint – ob die später obsiegende.

[284] Dies erörtert Ulpian zum Gesellschaftsrecht. Bereits die Formulierung des *beneficium* durch Sabinus berücksichtigt die arglistige Vermögensminderung; Ulpian (31 *ad edictum*) D. 17,2,63 pr.: *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*. Die allgemeine Regel gibt Ulpian D. 17,2,63,7: *Hoc quoque facere quis posse videtur quod dolo fecit quo minus possit: nec enim aequum est dolum suum quemquam relevare. quod et in ceteris, qui in id quod facere possunt conveniuntur, accipiendum est. si tamen non dolo, sed culpa sua facere posse desiit, dicendum est condemnari eum non debere.* Dazu *Guarino*, Condanna, 81. Vgl. auch Pomponius (16 *ad Sabinum*) D. 24,3,18,1. – Dass die böswillige Unterlassung eines Erwerbs nicht schadet, schließt Gaius aus einem Vergleich mit dem Regime der Anfechtung (sogleich Fn. 136); 10 *ad edictum provinciale*. D. 17,2,68,1: *Illud quaeritur, utrum is demum facere videtur quo minus facere possit, qui erogat bona sua in fraudem futurae actionis, an et qui occasione adquirendi non utitur. sed verius est de eo sentire proconsulem, qui erogat bona sua, idque ex interdictis colligere possumus, in quibus ita est: QUOD DOLO FECISTI, UT DESINERES POSSIDERE.*

Hingegen gab es auch hier keinen Schutz davor, dass der Schuldner seine Mittel dadurch verkürzte, dass er Gläubiger seiner Wahl vorab befriedigte. Im Gegenteil erscheint die Begrenzung auf das Machbare nur deswegen als zum Schutz des Schuldners praktikables Mittel, weil es ihm freistand, die Aktiva, nach denen sich seine Kapazität bemaß, bis zum Zeitpunkt des Urteils zur Befriedigung anderer Gläubiger aufzuzehren.[285]

V. Begrenzte Schulden

Dass die gegen denselben Schuldner gerichtete Forderung eines anderen auf den zivilrechtlichen Bestand einer Forderung Einfluss haben konnte, bezeugen die Gesamtforderungen. Weitere Hinweise geben Texte zu Diensten, die mehrere Patrone oder Dienstnehmer für denselben Zeitraum anfordern. Wie das Problem eines reduzierten Vorrats bei beschränkten Gattungsschulden gelöst wurde, lässt sich jedoch – anhand des Falls um das Schiff des Saufeius – nur erahnen.

1. Gesamtforderungen und Verwandtes

Schon die Römer kannten Gesamtobligationen: Die Klassiker stellten bei Stipulationen Schuldnermehrheit (*duo rei promittendi*) und Gläubigermehrheit (*duo rei stipulandi*) gegenüber und erstreckten das Regime auf einzelne andere Obligationen.[286]

a) Duo rei promittendi

Bei einer Gesamtforderung sollen mehrere Gläubiger die Leistung an sich selbst verlangen dürfen, der Schuldner aber die Leistung nur einmal erbringen müssen. Wer absichtlich eine Verbindlichkeit so ausgestaltet, nimmt einen späteren Konflikt der Gläubiger in Kauf – das kann man auch dann nicht leugnen, wenn man von einer Forderungskollision nicht sprechen will, weil es sich um

[285] Oben bei Fn. 257.

[286] Dass das Institut als allen Forderungen gemein erst bei Justinian hervortritt, zeigt *Schmieder*, Duo rei; zustimmend *Finkenauer* ZRG RA 130 (2013) 164–202. Übereinstimmend auch *Steiner*, Solidarobligationen, 170 f., die aber die Unterschiede der Quellen nicht hierauf, sondern auf die unterschiedliche Wirkung der *litis contestatio* bei den verschiedenen Klageformeln zurückführt. Die Literatur ist uferlos, betrifft aber vor allem die Gesamtschuld, deren Recht durch Justinian verkompliziert (Fn. 288) und die in der Moderne viel wichtiger wurde. Spezifisch zur Gesamtforderung *Meier* AcP 205 (2005) 860 f., 864, 868 f., 872 f.

mehrere Gläubiger derselben Forderung gehandelt habe.[287] Während das deutsche Recht den Konflikt dadurch entschärft, dass es dem nicht zum Zuge gekommenen Gesamtgläubiger einen Anspruch auf Beteiligung am Erlangten einräumt (§ 430 BGB), gewährte das römische solchen Ausgleich nur von Fall zu Fall nach den Regeln anderer Rechtsinstitute. Trotzdem wirkte gegen alle, wenn ein Gesamtgläubiger über die Forderung verfügte: Wurde an einen erfüllt, so war die Forderung aller erloschen. Wenn einer Klage erhob, verbrauchte er die Forderung nicht nur für sich, sondern auch für die, die mit ihm Gesamtgläubiger waren.[288] Das ist der Grund, warum sich ein Wettlauf der Gesamtgläubiger nicht erst mit der früheren Verurteilung entschied (wie bei mehreren *de peculio* Klagenden). Nach der Klageerhebung befreite es den Schuldner nicht mehr, wenn er an einen anderen Gesamtgläubiger leistete.[289]

Wie eine Gesamtgläubigerschaft behandelte wohl schon Sabinus den Fall, dass sich zwei Gläubiger unabhängig voneinander vom selben Schuldner ein Grundstück für den Fall versprechen ließen, dass er es nicht dem jeweils anderen übereignen werde. Auch hier sollte die *litis contestatio* entscheiden, womit der eine Gläubiger dem anderen zuvorgekommen sei (*occupans*).[290]

---

[287] Für das römische Recht *Biscardi*, Il dogma della collisione, 117; zum modernen Recht im fünften Kapitel bei Fn. 94.

[288] Javolen (3 *ex Plautio*) D. 45,2,2: *Cum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso iure et singuli in solidum debentur et singuli debent: ideoque petitione acceptilatione unius tota solvitur obligatio*; Venuleius (3 *stipulationum*) D. 46,2,31,1: *Si duo rei stipulandi sint, an alter ius novandi habeat, quaeritur et quid iuris unusquisque sibi adquisierit. fere autem convenit et uni recte solvi et unum iudicium petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione peremi utrisque obligationem: ex quibus colligitur unumquemque perinde sibi adquisisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo quod etiam facto eius, cum quo commune ius stipulantis est, amittere debitorem potest. secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, cum id specialiter agit, eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem isque ab eo stipulatus fuerit? aut mulier fundum iusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi doti eum promiserit? nam debitor ab utroque liberabitur*; Ulpian (46 *ad Sabinum*) D. 46,1,5: *[…] item si reus stipulandi exstiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit. plane si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur.* – Dazu *Levy*, Konkurrenz I § 36 378–381; *Liebs*, Klagenkonkurrenz, 247 Fn. 37; *Meier* AcP 205 (2005) 868 f.; *Schmieder*, Duo rei, 84 f., 85–87, 87–89; *Steiner*, Solidarobligationen, 34–38; *Finkenauer* ZRG RA 130 (2013) 173. – Verfälschungen durch Justinian sind hier nicht zu befürchten. Die Reform, mit der er Gläubigern ermöglichte, gegen mehrere Gesamtschuldner nacheinander Klage zu erheben, erwähnte Gesamtforderungen nicht einmal. Es handelt sich um C. 8,40,28,2 (a. 531); dazu *Schmieder* 90–94, *Steiner* 29–31, *Finkenauer* 174 f., für mehrstufige Entstehung *Liebs*, Klagenkonkurrenz, 38–44.

[289] Gaius (3 *de verborum obligationibus*) D. 45,2,16: *Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam nihil agit*. Dazu *Schmieder*, Duo rei, 87; *Steiner*, Solidarobligationen, 35 f.

[290] Pomponius (2 *ad Sabinum*) D. 45,1,9: *Si Titius et Seius separatim ita stipulati essent: "fundum illum, si illi non dederis, mihi dare spondes?", finem dandi alteri fore, quoad iudi-*

b) Alternative und kummulative Vermächtnisse

Von der Stipulation erstreckten die Juristen das Konzept der Gesamtforderung auf Vermächtnisse: wenn an „Titius oder Seius" vermacht war, sodass der Belastete nach seiner Wahl an einen von beiden leisten konnte;[291] demnach gewann auch hier der schnellere Gläubiger.[292] Dies steht allerdings im Widerspruch zu einer Entscheidung Justinians: Der Kaiser berichtet, dass die Rechtsfolgen einer solchen Bestimmung früher heillos umstritten gewesen seien, und ordnet für alle Arten testamentarischer Verfügungen an, „oder" stets als „und" aufzufassen.[293] Justinian meint damit eine gemeinsame Berech-

---

cium acciperetur, et ideo occupantis fore actionem. Hierzu *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 255–257, der vermutet, dass im Original ein erbrechtlicher Ausgangsfall stand, wie er in Pomponius (2 *ad Sabinum*) D. 30,8,1 überliefert ist, den die Kompilatoren wegen C. 6,38,4 (sogleich Fn. 293) getilgt haben.

[291] Celsus (16 *digestorum*) D. 31,16: *Si Titio aut Seio, utri heres vellet, legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur: si neutri dat, uterque perinde petere potest atque si ipsi soli legatum foret: nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri*. Dazu *Levy*, Konkurrenz I § 37 381; *Schmieder*, Duo rei, 262–265; *Steiner*, Solidarobligationen, 196 f.; *Finkenauer* ZRG 130 (2013) 195 f.

[292] Detailliert erörtert ist ein Sonderfall, in dem Ulpian den befriedigten Gesamtgläubiger Sicherheit dafür leisten lässt, dass er den Schuldner von den anderen Gesamtgläubigern freistellen werde: wenn der Erblasser seinem Erben oder Fideikommissar auftrug, Gesamtgläubiger zu befriedigen, Ulpian (2 *fideicommissorum*) D. 32,11,21: *Sic evenit, ut interdum si pluribus testator honorem habere voluit et de pluribus sensit, quamvis unum legatum sit, tamen ad persecutionem eius plures admittantur. ut puta si decem fuerunt eiusdem rei stipulandi et heres vel fideicommissarius rogatus est, ut eis solveret: hic enim si omnium interest et de omnibus sensit testator, fideicommissum relictum omnes petere potuerunt. sed utrum in partem agent an in solidum, videamus: et credo, prout cuiusque interest, consequentur: unus igitur qui occupat agendo totum consequitur ita, ut caveat defensu iri adversus ceteros fideicommissarios eum qui solvit, sive socii sunt sive non*. Dies hat *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 258 f. überzeugend damit erklärt, dass der Belastete zur Erfüllung des Fideikommiss leistet und dadurch die Gesamtforderungen nicht notwendigerweise tilgt.

[293] Justinian C. 6,38,4 [a. 531]: (pr.) *Cum quidam sic vel institutionem vel legatum vel fideicommissum vel libertatem vel tutelam scripsisset: ILLE VEL ILLE HERES MIHI ESTO vel ILLI AUT ILLI DO LEGO vel DARI VOLO, vel ILLUM AUT ILLUM LIBERUM vel TUTOREM ESSE VOLO vel IUBEO, dubitabatur, utrumne inutilis sit huiusmodi institutio et legatum et fideicommissum et libertas et tutoris datio, an occupantis melior condicio sit, an ambo in huiusmodi lucra vel munia vocentur et an secundum aliquem ordinem admittantur, an uterque omnimodo, cum alii primum in institutionibus quasi institutum admitti, secundum quasi substitutum, alii in fideicommissis posteriorem solum accepturum fideicommissum existimaverunt, quasi recentiore voluntate testatoris utentem. (§ 1) Et si quis eorum altercationes singillatim exponere maluerit, nihil prohibet non leve libri volumen extendere, ut sic explicari possit tanta auctorum varietas, cum non solum iuris auctores, sed etiam ipsae principales constitutiones, quas ipsi auctores rettulerunt, inter se variasse videntur. (§ 1a) Melius itaque nobis visum est omni huiusmodi verbositate explosa coniunctionem AUT pro ET accipi, ut videatur copulativo modo esse prolata et magis sit παραδιάζευξις, ut et primam personam inducat et secundam non repellat. (§ 1b) Quemadmodum enim verbi gratia in interdicto quod vi aut clam AUT coniunctio pro ET apertissime posita est, ita et in omnibus huiusmodi casibus sive institutionum sive legatorum sive fideicommissorum vel libertatum seu tutelarum hoc esse intellegendum, et ambo veniant aequa lance ad hereditatem, ambo legata*

tigung, nicht eine Verdoppelung der Positionen, und strebt die gleichmäßige Aufteilung unter mehreren Bedachten an.[294] Die Digestentexte zum Thema müssen vor diesem Hintergrund gelesen werden: Vielleicht hatten sie in der Klassik eine andere Bedeutung, als in den Augen oder unter der Hand der Kompilatoren erhielten.

Nach Pomponius soll Antoninus Pius angeordnet haben, dass der mit einem Fideikommiss Belastete, der aus einer Gruppe auswählen sollte, wem er ihn zuwenden wollte, aber die Wahl unterließ, sämtlichen Begünstigten schuldete (*omnibus deberi*).[295] Marcellus entschied für Vermächtnisse augenscheinlich ebenso (*omnibus eadem decem praestare cogendus est*).[296] Die Wahl musste der Belastete grundsätzlich sofort treffen, sonst war er den Klagen aller ausgesetzt.[297]

---

similiter accipiant, fideicommissum in utrumque dividatur, libertas utrumque capiat, tutoris ambo fungantur officio. (§ 1c) Sic nemo defraudetur a commodo testatoris, sic maior providentia pupillis inferatur, ne, dum dubitatur, apud quem debet esse tutela, in medio res pupillorum depereant. sed haec quidem sancimus, cum in personas huiusmodi proferatur scriptura. (§ 2) Sin autem una quidem est persona, res autem ita derelictae: ILLAM AUT ILLAM REM ILLI DO LEGO, vel PER FIDEICOMMISSUM RELINQUO, tunc secundum veteres regulas et antiquas definitiones vetustatis iura maneant incorrupta, nulla innovatione eis ex hac constitutione introducenda. (§ 3) Quod etiam in contractibus locum habere censemus.

[294] Siehe § 1b (soeben Fn. 293): *fideicommissum in utrumque dividatur*. – Vor dem Hintergrund dieser Verordnung konstatiert *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 258 eine „Neigung der Kompilatoren zu einer gleichmäßigen Teilung".

[295] Pomponius (7 *ex Plautio*) D. 40,7,21,1: *Pactumeius Clemens aiebat, si ita sit fideicommissum relictum "cui eorum voles, rogo restituas", si nullum elegisset cui restitueret, omnibus deberi imperatorem Antoninum constituisse*.

[296] Marcellus (10 *digestorum*) D. 31,17,1: *Si heres damnatus esset decem uni ex libertis dare et non constituerit cui daret, heres omnibus eadem decem praestare cogendus est*. Als Subjekt von *constituerit* kann man entgegen Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler *(Seiler)* nicht den Erblasser, sondern mit Voci DER II 244 und *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 257 den Erben auffassen.

[297] Ulpian (2 *fideicommissorum*) D. 31,24: *Cum quidam ita fideicommissum reliquisset: rogo restituas libertis meis, quibus voles, Marcellus putavit posse heredem et indignum praeferre. at si ita: his quos dignos putaveris, petere posse ait eos qui non offenderint. idem ait, si neminem eligat, omnes ad petitionem fideicommissi admitti videri quasi iam praesenti die datum, cum sic relinquitur quibus voles nec ulli offerat. plane si ceteri defuncti sunt, superstiti dandum vel heredi eius, si prius quam peteret decessit. Scaevola autem notat: si omnes petere potuerunt, cum nulli offertur, cur non et qui decesserunt, ad heredem transmiserunt, utique si uno petente iam eligere non potest, cui det? videtur enim Marcellus, cum fideicommissum ita relinquitur ex libertis cui volueris, arbitrari, nisi offerat cui heres velit et statim offerat sine aliquo scilicet intervallo, statim competere omnibus petitionem: cum igitur omnibus competat, merito notatus est, cur superstiti soli putet dandum, nisi forte antequam iustum tempus praetereat, quo potuit eligere cui potius offerat, ceteri decesserint*. – Häufig war dem Belasteten allerdings die Weitergabe des Fideikommiss erst nach dem eigenen Tod aufgegeben; dann war die Wahl im Testament zu treffen. Dazu Julian nach Valens (2 *fideicommissorum*) D. 32,94: *Is, qui complures libertos relinquebat, tribus ex his fundum legaverat et petierat, ut curarent, ne de nomine suo exiret. quaerebatur, ex tribus qui primus moriebatur utrum utrique vel alteri ex his, qui sibi in legato coniuncti essent, relinquere partem suam deberet, an possit vel alii conliberto suo eam relinquere. placuit, etsi voluntatis quaestio esset, satis illum facturum etsi*

In der Literatur wird dies so verstanden, dass der Belastete weiterhin nur einmal sollte leisten müssen und jeder alternativ Begünstigte im Ergebnis eine Quote erhalten, wobei zweifelhaft erscheint, ob sich jede Klage nur auf die Quote richten oder ein Innenausgleich stattfinden soll.[298] So haben vermutlich auch die Kompilatoren die Texte aufgefasst und darum – insoweit – stehengelassen. Nach dem Referat Justinians über den früheren Meinungsstand[299] ist aber wahrscheinlich, dass jedenfalls manche Klassiker die Gläubiger um die Wette laufen ließen. Der Wortlaut der Texte erscheint durchaus mit Wettlauf vereinbar. Eines Eingriffs bedurfte es also nicht, allenfalls mussten die Kompilatoren Passagen auslassen, in denen sich die Juristen mit dem Problem auseinandersetzten.

Waren mehrere Empfänger kumulativ benannt („Titius und Seius"), so stand ein Wettlauf um „Alles oder nichts" zwischen den Empfängern nicht zur Debatte. Die klassischen Juristen warfen dann vielmehr die Frage auf, ob jeder Bedachte nur einen Teil des Vermächtnisses beanspruchen durfte oder der Belastete mehrfach belastet war – sodass er gegebenenfalls einem Bedachten in Natur leisten musste, dem anderen den Wert des Vermächtnisses erstatten musste, also ein Wettlauf „Leistung oder Ersatz" stattfand.[300]

---

alii reliquisset. quod si nulli dedisset, occupantis an omnium conlibertorum et num eorum tantum, quibus pariter legatum esset, petitio fideicommissi esset, dubitabatur. et Iulianus recte omnibus debere putavit; Papinian (19 *quaestionum*) D. 31,67,7: *rogo, fundum cum morieris restituas ex libertis cui voles. quod ad verba attinet, ipsius erit electio nec petere quisquam poterit, quamdiu praeferri alius potest: defuncto eo prius quam eligat petent omnes. itaque eveniet, ut quod uni datum est vivis pluribus unus petere non possit, sed omnes petant quod non omnibus datum est, et ita demum petere possit unus, si solus moriente eo superfuit*; Papinian (8 *responsorum*) D. 31,77,4: *Hereditatem filius cum moreretur filiis suis vel cui ex his voluisset restituere fuerat rogatus: quo interea in insulam deportato eligendi facultatem non esse poena peremptam placuit nec fideicommissi condicionem ante mortem filii heredis exsistere: viriles autem inter eos fieri, qui eo tempore vixerint, cum de aliis eligendi potestas non fuerit*; Ulpian (2 *fideicommissorum*) D. 36,1,18,6: *Si quis rogatus fuerit filiis suis vel cui ex his voluerit restituere hereditatem, Papinianus libro octavo responsorum etiam deportato ei tribuit eligendi facultatem, cui liber factus fideicommissum restitui velit. sed si servus poenae fuerit constitutus, nullo ante concepto filio iam parere condicioni non poterit decessisseque sine liberis videtur. sed cum decedit, electionem illam, quam Papinianus deportato dedit, huic dari non oportet*.

[298] *Voci* DER II 244 mit Anm. 28: „La legittimazione estesa a tutti significa divisione, non moltiplicazione, del lascito". *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 257 f. vermutet bei der Entscheidung von Pactumeius Clemens eine Schuld „zu gleichen Teilen", bei der des Marcellus eine mehrfache Verpflichtung des Erben. – Anders *Schmieder*, Duo rei, 264 Fn. 1173: „konnten die Vermächtnisnehmer nur gemeinsam das Vermächtnis einfordern" (zu Papinian D. 31,67,7; eben Fn. 297).

[299] C. 6,38,4 pr. (soeben Fn. 293): *an occupantis melior condicio sit*.

[300] Siehe Gaius 2,205, der hervorhebt, dass ein solcher Konflikt beim Vindikationslegat undenkbar war, weil ein Gegenstand mit dinglicher Wirkung nicht zugleich mehreren ganz zugewiesen werden konnte: *Est et illa differentia huius et per vindicationem legati, quod si eadem res duobus pluribusve per damnationem legata sit, si quidem coniunctim, plane singulis partes debentur, sicut in illo per vindicationem legato iuris est; si vero disiunctim, singulis solida debetur. ita fit, ut scilicet heres alteri rem, alteri aestimationem eius praestare debeat.* Übereinstimmend Ulpian *liber singularis regularum* 24,13: *Si per damnationem eadem res*

Nur beim *legatum sinendi modo* (bei dem der Erbe nicht aktiv leisten, sondern nur dulden musste, dass der Vermächtnisnehmer den Gegenstand vereinnahmte und für sich behielt), stritt man laut Gaius darüber, ob nicht statt eines Wettlaufs „Leistung oder Ersatz" vielmehr ein Wettlauf „Alles oder nichts" stattfand: Wohlwollend berichtet Gaius die Meinung mancher Juristen, wonach der Erbe, der geduldet habe, dass der eine Vermächtnisnehmer die Sache vereinnahme, nicht arglistig bewirkt habe, dass der andere sie nicht vereinnahmen konnte.[301] Das führt auf einen noch heute gültigen Gedanken: Anhand des Verhaltens, mit dem ein Schuldner eine Forderung erfüllt, kann man nicht sinnvoll beurteilen, ob er die dadurch verursachte Nichterfüllung einer anderen Forderung zu vertreten hat oder nicht. Man kann der Frage nicht ausweichen, wie die Forderungen zueinander stehen: Ob der Schuldner beide erfüllen muss, oder nur eine.

Justinian ordnete für alle Fälle, in denen derselbe Gegenstand mehreren („Titius und Seius") vermacht war, die Aufteilung unter den Legataren oder Fideikommissaren an.[302] Er sprach sich entschieden gegen die frühere Lösung aus, wonach unter Umständen der eine Begünstigte den Gegenstand, der andere den Wert verlangen konnte: Dies dürfe nur gelten, wenn der Erblasser eindeutig und ausdrücklich so verfügt habe, andernfalls legten die Begünstigten Habgier (*avaritia*) an den Tag, wenn sie den Belasteten mehrfach in Anspruch nehmen wollten.

c) Mehrere cognitores; Grabschändung

Der Gesamtgläubigerschaft vergleichbar ist die Situation, in der ein Gläubiger mehrere *cognitores* bestellte, die nun unabhängig voneinander seine Forde-

---

duobus legata sit, si quidem coniunctim, singulis partes debentur et non capientis pars iure civili in hereditate remanebat, nunc autem caduca fit; quodsi disiunctim, singulis solidum debetur. – Zu diesem Wettlauf näher unten bei Fn. 324, auch anhand von Paulus D. 30,33.

[301] Gaius 2,215: *Maior illa dissensio in hoc legato intervenit, si eandem rem duobus pluribusve disiunctim legasti. quidam putant utrisque solidam deberi, sicut per damnationem; nonnulli occupantis esse meliorem condicionem aestimant, quia, cum eo genere legati damnetur heres patientiam praestare, ut legatarius rem habeat, sequitur, ut si priori patientiam praestiterit et is rem sumpserit, securus sit adversus eum, qui postea legatum petierit, quia neque habet rem, ut patiatur eam ab eo sumi, neque dolo malo fecit, quominus eam rem haberet*. Zum Text *Biscardi*, Il dogma della collisione, 145 f.; *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 252–254. Für Doppelverpflichtung aus einem *sindendi modi* zweien vermachten Nießbrauch bei entsprechendem Willen des Erblassers Celsus (18 *digestorum*) D. 33,2,14.

[302] Justinian C. 6,51 [a. 534]: *(§ 11b) Sin autem disiunctim fuerit relictum, si quidem omnes hoc accipere et potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat et non sibi blandiantur, ut unus quidem rem, alii autem singuli solidam eius rei aestimationem accipere desiderent, cum huiusmodi legatariorum avaritiam antiquitas varia mente suscepit, in uno tantummodo genere legati eam accipiens, in aliis respuendam esse existimans, nos autem omnimodo repellimus, unam omnibus naturam legatis et fideicommissis imponentes et antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam. (§ 11c) Haec autem ita fieri sancimus, nisi testator apertissime et expressim disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem aestimatio rei singulis in solidum praestetur.* – Näher zur Konstitution *Lohsse*, Ius adcrescendi, 272–278: Den Vermächtnisnehmern sei für Justinian eigentlich nur je ihr Teil zugedacht, der „angewachsene" Teil sei also echter Zugewinn, nicht bloß durch Wegfall einer Beschränkung erlangt.

rung gegen den Schuldner eintreiben konnten. Dann musste der Schuldner nur dem leisten, der ihn zuerst verklagte: *occupantis melior condicio erit*.[303]

Bei der Klage wegen Grabschändung (*actio sepulchri violati*) diskutierten die Juristen, in welchem Verhältnis mehrere Grabberechtigte zueinander standen: Ob alle nacheinander klagen könnten, oder nur die erste Klage Erfolg habe: *utrum omnibus damus actionem an ei qui occupavit?* Labeo entschied, jeder könne auf sein Interesse klagen.[304] So war in diesem Fall eine Forderungskollision vermieden.

2. Dienste für mehrere Dienstnehmer und Patrone

Ein kurzer Satz Ulpians, mit dessen Verständnis schon die Glossatoren kämpften, wirft Kollisionsprobleme auf: *In operis duobus simul locatis convenit priori conductori ante satisfieri*.[305] Das Hauptproblem besteht darin, dass Dienste *simul*, also zugleich oder auf einmal zweien zugesagt werden, es aber doch einen ersten oder früheren Dienstnehmer gibt; die Glosse schreibt: es wirkt widersprüchlich.[306] Man kann den Widerspruch auf verschiedene Weisen vermeiden.

Weiträumig umschifft ihn, wer die Gleichzeitigkeit nicht auf den Vertragsschluss, sondern auf den Zeitpunkt bezieht, zu dem die Dienste erbracht werden sollen.[307] So schlägt *Andreas Wacke* als Übersetzung vor: „Bei an zwei Personen für dieselbe Zeit zugesagten Diensten ist man sich darüber einig, dass zunächst der frühere Dienstnehmer befriedigt werden muss".[308] Dabei geht er davon aus, dass der spätere Vertragspartner von dem früheren Vertrag

[303] Paulus (8 *ad edictum*) D. 3,3,32: *Pluribus procuratoribus in solidum simul datis occupantis melior condicio erit, ut posterior non sit in eo quod prior petit procurator*; dazu *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 280–288. *Procurator* ist für *curator* interpoliert.

[304] Ulpian (25 *ad edictum praetoris*) D. 47,12,3,9: *Si ad plures ius sepulchri pertineat, utrum omnibus damus actionem an ei qui occupavit? Labeo omnibus dandam dicit recte, quia in id, quod uniuscuiusque interest, agitur.* Dazu *Bürge* ZRG RA 106 (1989) 278–280.

[305] Ulpian (2 *disputationum*) D. 19,2,26.

[306] Glosse *in operis* ad D. 19,2,26: *Et haec lex videtur sibi contraria. nam dicit simul esse locatas, & dicit postea aliquem esse priorem* (hier: D. 19,2,29, Sp. 2188 f.).

[307] Dafür bereits die Glosse (soeben Fn. 306); *Heldrich* ZRG RA 58 (1938) 422; Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler *(Luig)* (Übersetzung in Fn. 313); *Wacke* (Übersetzung im Text).

[308] *Wacke* OIR 11 (2006) 198. Dort wird der Text umfassend erörtert, 194 f. werden andere Übersetzungen präsentiert. *Wacke* stellt insbesondere klar (195 f.), dass es um Dienste geht (*operae*, Plural von *opera*, feminin), nicht um Werke (*opera*, Plural von *opus*, neutrum). Anders schon Bas. 20,1,26 (Heimbach II 353) und noch Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler *(Luig)*: „Dienst oder Werkleistungen" (vollständig Fn. 313). – In der Sache unverändert *Wacke*, in: FS Werkmüller (2007) 399–414 (404–406), mit der Übersetzung: „Hat sich jemand bei zweien für dieselbe Zeit verdungen, so ist man sich einig, dass dem ersten Dienstnehmer zunächst geleistet werden muss" (405).

nichts wusste und der Schuldner ihm wegen der Verspätung haftete. Dass der Schuldner dem früheren Vertragspartner in Natur, dem späteren Ersatz leisten solle, stamme vielleicht aus der Marktgerichtsbarkeit und sei eine „nicht erzwingbare und auch nicht verallgemeinerbare Billigkeitslösung".[309] Gegen diese Deutung spricht, dass die römischen Juristen üblicherweise nicht danach fragen, was sich für den Schuldner bloß gehört. Es geht um Rechte der Gläubiger, die sich für den Schuldner in sanktionsbewehrten Pflichten niederschlagen.[310] Wenn diese Übersetzung die richtige ist, muss Ulpian Situationen vor Augen haben, in denen der erste Gläubiger den Schuldner zur Leistung zwingen kann. Die Aedilen müssen entsprechende Befugnisse gehabt haben, oder der Jurist denkt an Kognitionsverfahren, in denen real exekutiert wurde.[311] Nach dieser Interpretation verhandelt Ulpian einen Konflikt der Art „Leistung oder Ersatz".

Man kann aber auch einen gleichzeitigen Vertragsschluss, einen gemeinsamen Vertrag[312] annehmen. Die neuen Übersetzer der Digesten schlagen vor, ein Gläubiger sei in der schriftlichen oder mündlichen Übereinkunft zuerst genannt und deswegen *prior* gewesen.[313] Vielleicht musste der Schuldner beiden Gläubigern zusammen eine Zahl von Tagewerken leisten, ohne dass bestimmt war, wem wieviele, oder jedem Gläubiger eine gewisse Zahl zu einem Zeitpunkt, den der noch bestimmen sollte. Dann gäbe Ulpian eine Auslegungsregel: Nur dem erstgenannten, nicht dem zweiten Vertragspartner ist an diesem Tag Leistung geschuldet. Dass Juristen bei nicht förmlichen Verträgen auf die Reihenfolge gesprochener Worte geachtet haben sollen, erscheint aller-

[309] *Wacke* OIR 11 (2006) 199.

[310] Gegen die unklaren Ausführungen von *Biscardi*, Il dogma della collisione, 50 f., äußert mit Recht *Heldrich* ZRG RA 58 (1938) 422: „Irgendeine praktische Bedeutung muß der Entscheidung des Juristen zukommen".

[311] Die Lösung der Glosse geht auf, weil ihr die Annahme zugrundeliegt, dass der Richter dem Schuldner Naturalerfüllung befahl (*quia simul utrique non potest operari priori iubet satisfieri*). Ihr stellt sich allerdings das Problem, wie das Prioritätsprinzip zu dem Satz von Paulus D. 42,5,32 passt, wonach *privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa* (oben Fn. 108; die Glosse dazu im zweiten Kapitel Fn. 5). Zwei Lösungen werden vorgeschlagen: Entweder sei zu unterstellen, im vorliegenden Text habe der zweite Gläubiger vom ersten gewusst. Oder es sei nach der Art der Forderung zu differenzieren: Der Vorzug der älteren gelte bei mehreren auf ein Tun gerichteten Forderungen, wenn es unmöglich sei, alle Forderungen zu erfüllen, die Privilegienordnung bei auf Übereignung gerichteten (*hic in faciendo ubi impossibile est utrunque simul fieri: ibi in dando*).

[312] Wie etwa in Ulpian (28 *ad edictum*) D. 13,6,5,15 *Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul …*; Ulpian (30 *ad Sabinum*) D. 17,2,31: *… si a duobus simul empta res sit …*

[313] Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler *(Luig)*: „Wenn zwei Gläubigern Dienst- oder Werkleistungen für die gleiche Zeit versprochen worden sind, ist man sich darüber einig, daß als erstes an den [in der Vertragszusage] zuerst genannten Berechtigten geleistet werden muß". Aber: Wenn es bei der Priorität mit den Übersetzern um die Reihenfolge der Nennung ging, wurden die Verträge zugleich geschlossen. Dann erscheint naheliegend, das *simul* hierauf zu beziehen, nicht auf den Zeitpunkt, zu dem die Dienste geschuldet sind.

dings wenig praktisch, und dass an eine Urkunde gedacht ist, liegt eher fern. Ich möchte vorschlagen, als *prior conductor* nicht den ersten Vertragspartner, sondern denjenigen zu verstehen, der die Dienste als erster in Anspruch nimmt. Heißt es in den Rechtstexten von jemandem, er habe eine Sache gemietet (*conducere*), so wurde sie ihm oft bereits übergeben.[314] In unserem Fall hatte der eine Gläubiger den Schuldner vielleicht schon zum Dienst zu sich kommen lassen, vielleicht lediglich für einen bestimmten Termin einbestellt, bevor der andere seine Forderung erhob. Haben die Gläubiger gemeinsam mit dem Schuldner kontrahiert, bietet die Regel sich an. Auch für Gläubiger aus unabhängigen Verträgen mochte sie passen, wenn der Leistungszeitpunkt noch ungewiss war und dem Schuldner erlaubt sein sollte, mehrere derartige Verträge einzugehen, solange er sich nicht so überforderte, dass er nicht alle Gläubiger zu für sie hinnehmbaren Zeiten bedienen konnte – wenn er also nicht dadurch schuldhaft handelte, dass er zu viele Verpflichtungen übernahm. Ich möchte also übersetzen: „Schuldet jemand zugleich zwei Gläubigern seine Dienste, so gehört es sich, dass er denjenigen zuerst befriedigt, der sie zuerst in Anspruch nimmt". Der Schuldner, der sich so verhält, macht sich keinem Gläubiger gegenüber haftbar; insoweit handelt es sich – was die Leistung zum gewünschten Zeitpunkt angeht – nach dieser Deutung um eine Kollision „Alles oder nichts".

Eine ähnliche Konfliktlage konnte bei den von Freigelassenen zu erbringenden Diensten entstehen, wenn sie mehrere Herren gehabt hatten und deswegen nun mehreren Patronen dienstpflichtig waren. Aus einem Text Julians ergibt sich, dass die Patrone sich einigen mussten, wer die Tagewerke wann in Anspruch nehmen wollte; andernfalls haftete der Freigelassene nicht, wenn er sie versäumte.[315] Aus dem Text geht allerdings nicht hervor, ob der Freigelassene, um von der Haftung frei zu sein, jedenfalls einem von beiden Dienste er-

[314] Wie beim Kauf, so wird auch bei der Miete der Gegenstand in frühester Zeit beim Vertragsschluss übergeben, bei der Dienstmiete der Dienst sogleich angetreten worden sein. Zur Entwicklung der römischen Konsensualverträge als Verpflichtungsgeschäfte *Albers*, in: Wortgebunden, 29–88 (37, 38–41).

[315] Julian (22 *digestorum*) D. 38,1,23,1: *Si patroni plures consulto in diversas regiones discesserint et liberto simul operas indixerint, potest dici diem operarum cedere, sed libertum non obligari, quia non per eum, sed per patronos staret, quo minus operae dentur, sicut accidit, cum aegrotanti liberto operae indicuntur. quod si diversarum civitatium patroni sint et in sua quisque moretur, consentire debent in operis ab eo accipiendis: durum alioquin est eum, qui se liberare potest decem diebus operando, simul operis indictis, si in accipiendis non consentiant, compelli ad praestandam alteri quinque operarum aestimationem*. Im ersten Fall sprachen sich die Patrone böswillig ab, zogen in verschiedenen Gegenden und forderten die Dienste für dieselbe Zeit an, im zweiten Fall wohnten sie seit jeher an verschiedenen Orten. Ob das einen Unterschied macht, wird nicht klar. Nur den ersten Fall betrachtet *Wacke*, in: FS Werkmüller (2007) 399–414 (402 f.).

bringen musste – und ob er, wenn er keinem von beiden Dienste erbrachte, dann doch beiden gegenüber haftete.[316]

3. Vorratsschuld – das Schiff des Saufeius

Aus jeder Verbindlichkeit ergibt sich eine Beschränkung der Haftung insofern, als der Schuldner zur Erbringung der Leistung nur gewisse Mittel aufwenden muss. Zur Kollision kann es kommen, wenn diese Mittel für die Erfüllung mehrerer Forderungen zugleich bestimmt sind. Deutlich vor Augen tritt dies bei beschränkten Gattungsschulden. Wie die Römer damit umgingen, wenn ein Vorrat, aus dem mehrere Gläubiger bedient werden sollten, durch ein Ereignis verringert wurde, für das der Schuldner nicht einstehen musste, können wir nur erahnen, weil uns klare Quellen fehlen.

Einen Hinweis gibt der Fall vom Schiff des Saufeius: Mehrere Befrachter hatten darauf Getreide zusammengeschüttet, als es unterging. Haftete der Schiffer den übrigen Befrachtern, wenn er vor dem Unglück einem von ihnen die ihm zustehende Menge wieder ausgekehrt hatte? Der Fall ist in den Digesten überliefert,[317] und zwar in einem Auszug von Paulus aus dem Werk des

[316] Dass der Freigelassene selbst bei Kollusion der Patrone jedenfalls einem die Dienste erbringen müsse, meint die Glosse in ihrem *casus*: *satis est, si uni operetur* (hier: Sp. 2176). Dass der Freigelassene in diesem Fall keinem zu leisten braucht, aber bei einer nicht willkürlich durch die Patrone herbeigeführten Kollision jedenfalls einem, meinte *Tuhr*, Nothstand, 21 (dazu im zweiten Kapitel bei Fn. 296). Nach *Waldstein*, Operae, 259, verloren in beiden Fällen beide Patrone ihre *operae*; das wirkt angesichts der Fallschilderung am Ende unwahrscheinlich (der Freigelassene leistet immerhin fünf).

[317] Alfen (5 *digestorum a Paulo epitomatorum*) D. 19,2,31: *In navem Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil alius eum debere apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret. secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare. et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset: sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum.* – Zum Text grundlegend *Benke* ZRG RA 104 (1987) 191–237, angesichts dessen plausibler Deutung mich die Interpolationsvermutungen

spätrepublikanischen Juristen Alfen, der seinerseits auf Entscheidungen seines Lehrers Servius zurückgriff. Es ist schwer zu sagen, wer von ihnen die Entscheidung getroffen hat, die lautet: Obgleich Saufeius Eigentümer des Getreides geworden sei und nicht dieselben Körner, sondern ähnliche zurückgewähren musste, hafte er nur bei Verschulden.[318] Dass der Schiffer einem Befrachter die eingebrachte Menge aus der Ladung zurückgegeben habe, stelle nicht in jedem Fall (*neque omnimodo*) ein Verschulden dar,[319] weil er notwendigerweise irgendeinem als erstem zurückgeben musste, auch wenn er diesen dadurch gegenüber den anderen in eine vorteilhafte Lage versetzte: *tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum*. Diese Redeweise ist uns von der *melior condicio occupantis* vertraut. Damit ist ausgedrückt, dass der Schiffer nur mit der Ladung haftet: Wer seinen Teil erhalten hat, steht besser als die anderen, weil ihn die Gefahr des Untergangs nicht mehr belastet.

Hier interessiert die Frage, in welchem Fall es die Juristen als schuldhaft angesehen haben mochten, einem Befrachter die eingelieferte Menge aus dem Vorrat auszukehren. Vielleicht steht im Hintergrund des Textes der Gedanke an die Konstellation, dass ein Unglück den Vorrat verkleinert hatte: Hätte der Schiffer dann den Verlust auf die Befrachter aufteilen und jedem nur einen gekürzten Anteil ausschütten dürfen, statt den Eherkommenden zu bevorzugen?

Beim Sammeltransport eine solche Solidargemeinschaft anzunehmen, dürfte den römischen Juristen für die Schiffahrt schon das Vorbild der *lex Rhodia de iactu* nahegelegt haben. Dieses Gewohnheitsrecht sorgte für Ausgleich, wenn Gut eines Befrachters oder des Schiffers über Bord geworfen wurde, um Schiff und Ladung zu retten.[320] Damit galt das Risiko der Schifffahrt als gemeinsames, wenn auch nur in sehr beschränkter Hinsicht: Nur bei absichtlicher Aufopferung wurde ausgeglichen, nicht wenn des einen Sachen zufällig beschädigt

---

nicht überzeugen, die *Schermaier* ZRG RA 110 (1993) 175–179 aufrechterhält. Ergänzend *Bürge* Index 22 (1994) 399–401; *Cardilli,* praestare, 269–276; *Roth*, Alfeni Digesta, 134–145; *Fiori*, locatio conductio, 65–80; *Jakab* ZRG RA 123 (2006) 87–100; *Gröschler*, Eigentumszuordnung, 73 f. mit Fn. 57; *Forschner*, Saufeius; *Purpura* AUPA 57 (2014) 127–152; *Haubner*, Seewurf, 159 f. Keiner der Genannten hat den Aspekt der Forderungskollision betrachtet.

[318] Eigentlich ist danach gefragt, ob den übrigen eine *actio oneris aversi* zusteht. Von einer solchen Klage wissen wir nur aus diesem Text, wonach wohl schon Servius sie für überflüssig hielt: Sofern die Befrachter Eigentümer geblieben seien, könnten sie ihre Ware vindizieren; den Schiffer, der ihnen dieselben Gegenstände hätte zurückgeben müssen, könnten sie wegen Diebstahls in Anspruch nehmen. Musste der Schiffer aber nur ähnliche Gegenstände rückerstatten, so komme auch die *actio oneris aversi* nicht in Betracht. Dass Saufeius für *culpa* haften soll, bezieht sich auf die *actio locati*.

[319] Anders übersetzen *Benke* ZRG RA 104 (1987) 192: „und *culpa* liege keinesfalls vor"; *Forschner*: „und es sei in keinem Maße schuldhaft".

[320] Vgl. D. 14,2: *De lege Rhodia de iactu*; *Haubner*, Seewurf.

wurden oder untergingen.[321] Bei der Sammelladung mochte man weitergehen, hier ließ sich eben nicht unterscheiden, wen es traf. Zudem wäre der Schaden auch dann ein geteilter gewesen, wenn die Ladung im Miteigentum der Befrachter gestanden hätte: Bei der Teilung hätte jeder von den anderen nur seinen Anteil an der noch vorhandenen Menge verlangen können. Dass der Schiffer Eigentümer geworden war und die Befrachter deswegen schuldrechtlich gegen ihn vorgehen mussten, wird hieran wohl nichts geändert haben.[322]

VI. „Leistung oder Ersatz" im Vermächtnisrecht

Weil die Richter des Formularverfahrens in Geld verurteilten,[323] konnten Gläubiger nicht erzwingen, dass Schuldner andersartiger Leistungen in Natur erfüllten. Haftete ein solventer Schuldner mehreren Gläubigern, konnte es allerdings vorkommen, dass diese darum konkurrierten, wem der Schuldner erfüllen und wem er Ersatz zahlen werde. Das Recht hatte aber kein Mittel, diesen Konflikt zu entscheiden; der Schuldner konnte ja sogar wählen, allen Ersatz zu zahlen und die Leistung in Natur gar nicht zu erbringen.

Im Vermächtnisrecht entscheiden die Juristen trotzdem mitunter darüber, welcher von mehreren Vermächtnisnehmern in Natur, welcher durch Zahlung des Wertes befriedigt werden soll. Diese Frage stellte sich dann, wenn ein bestimmter Gegenstand mehreren jeweils ganz zugedacht war – wenn also der Erblasser wollte, dass das Vermögen jedes Begünstigten um den vollen Wert des Vermächtnisses gemehrt, das des Belasteten mehrfach um diesen Wert gemindert werde.[324]

Nach Paulus konnte derjenige, der seinen Anspruch aus Legat oder Fideikommiss als erster rechtshängig machte, auswählen, ob er die Sache oder ihren

[321] Das zeigt etwa Hermogenian (2 *iuris epitomarum*) D. 14,2,5 pr.: *Amissae navis damnum collationis consortio non sarcitur per eos, qui merces suas naufragio liberaverunt: nam huius aequitatem tunc admitti placuit, cum iactus remedio ceteris in communi periculo salva navi consultum est*.

[322] Es stellt sich die Frage, warum der Schiffer als Eigentümer angesehen wurde. Der Risikozuweisung diente dies nicht, insoweit das Risiko des Untergangs ja bei den Befrachtern blieb. Dass die vermengten Portionen nicht mehr unterschieden werden konnten, hätte allenfalls für Miteigentum der Befrachter sprechen können (was *Schermaier* ZRG RA 110 (1993) 178 im Anschluss an *Mayer-Maly* für die Lösung des Alfen hält). Mich überzeugt der Gedanke, dass dem Schiffer der eigenverantwortliche Umgang mit der Fracht juristisch erleichtert wurde (*Benke* ZRG RA 104 [1987] 228, 231), indem man ihn insbesondere vor dem Risiko schützte, aus der *actio furti* oder nach der *lex Aquilia* im Falle des Leugnens auf den doppelten Schaden zu haften (*Forschner*, Saufeius, Rn. 62). – Zur Diskussion des Textes im Kontext des *depositum irregulare* siehe *Walter* in HRP § 85 Rn. 61–65 mit Anm. 142, 148, 150, 165.

[323] Siehe oben bei Fn. 4.

[324] Siehe Gaius 2,205; dazu oben bei Fn. 300.

Wert erhalten wollte.[325] Es ist nicht ausgeschlossen, dass Paulus hierbei an eine *cognitio extra ordinem* dachte, einen Prozess vor kaiserlichen Beamten, die auf Sachleistung gerichtete Urteile durch Soldaten (*manu militarii*) tatsächlich durchsetzen konnten.[326] In Betracht kommt aber auch, dass das Interesse auf Naturalerfüllung durch indirekte Zwangsmittel geschützt wurde. Zwei Sanktionen erscheinen denkbar: Vielleicht erlaubte man dem Kläger, der Naturalerfüllung gewählt hatte, selbst den Betrag seines Interesses zu schätzen, wenn der Schuldner nicht leistete.[327] Ich vermute, dass der Prätor beim Damnationslegat, wenn der Schuldner grundlos die Naturalleistung verweigerte, die Klage ebenso auf das doppelte Interesse einsetzte, wie es auch geschah, wenn der Schuldner die Verpflichtung leugnete.[328] Auf diesen Text[329] passt diese Erklärung besonders gut, weil sie verständlich macht, wieso sich der Wettlauf im Moment der Prozessbegründung entschied:[330] Hatte ein Legatar vor dem Prätor die Sachleistung begehrt und daher eine Formel erhalten, aufgrund derer der Erbe auf das Doppelte verurteilt werden würde, wenn er nicht in Natur erfüllte, so durfte der Prätor, auch wenn der erste Prozess noch schwebte, nicht noch einmal zu einer solchen Verurteilung ermächtigen, sofern er dem Erben ermöglichen wollte, die Strafe zu vermeiden.

---

[325] Paulus (3 *regularum*) D. 30,33: *Si pluribus eadem res legata fuerit, si quidem coniunctim, etiamsi alter vindicet, alter ex testamento agat, non plus quam partem habebit is qui ex testamento aget: quod si separatim, si quidem evidentissime apparuerit ademptione a priore legatario facta ad secundum legatum testatorem convolasse, solum posteriorem ad legatum pervenire placet: sin autem hoc minime apparere potest, pro virili portione ad legatum omnes venire: scilicet nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus est utrumque eorum solidum accipere voluisse: tunc enim uni pretium, alii ipsa res adsignatur electione rei vel pretii servanda ei, qui prior de legato sive fideicommisso litem contestatus est, ita tamen, ut non habeat licentiam altero electo ad alterum transire*. Zum Text *Biscardi*, Il dogma della collisione, 142–144; *Lohsse*, Ius adcrescendi, 185.

[326] Zur Naturalexekution in Kognitionsverfahren *Albers*, Perpetuatio 119 f., 183; dort 205 zu dem ebenfalls dem Vermächtnisrecht gewidmeten Text Ulpian (51 *ad edictum*) D. 30,71,3–4, wo kein Beamter der kaiserlichen Verwaltung, sondern der Prätor tätig wird.

[327] Mit Blick auf Ulpian D. 30,71,3–4 habe ich diese Hypothese in Perpetuatio, 205, vor allem deswegen nicht verfolgt, weil die Entscheidung darüber, wie das Interesse bestimmt wird, dem Richter obliegt, nicht dem Prätor. Daran halte ich fest trotz *Isola* ZRG 137 (2020) 103–105, 113 f., deren alternative Erklärungen mich nicht überzeugen. Mit *Isola* nun *Gröschler* ZRG RA 140 (2023) 361–385, 375 f. – Bei dieser Gelegenheit muss ich unter dem Eindruck von *Isola* 95 Fn. 83 einräumen, dass ich zu der Frage der Litiskreszenz bei der *actio incerti ex testamento* (Perpetuatio 159 Fn. 137) zu Unrecht die Zeugnisse Gaius 4,9 und Inst. 3,27,7 übergangen habe.

[328] *Albers*, Perpetuatio, 205.

[329] Dazu bereits Perpetuatio, 209.

[330] Zur Maßgeblichkeit des Urteilszeitpunkts für den Wettlauf bei der *actio de peculio* oben bei Fn. 162, bei den Noxalklagen oben bei Fn. 233.

VII. Fazit

Ehe die Vollstreckung begonnen war, konnten römische Gläubiger nicht damit rechnen, aus dem Vermögen des Schuldners anteilig befriedigt zu werden. Diese Beobachtung dient im modernen Recht als Argument dagegen, das Prinzip einer Gleichbehandlung aller Gläubiger als universales Rechtsprinzip anzuerkennen.[331] Sie stimmt, muss aber nuanciert werden.

Einerseits kann man manche Linie noch stärker zeichnen. Die Römer beließen die Gläubiger nicht nur beim überschuldeten Schuldner im Wettlauf. Aus Geschäften seiner Hausangehörigen wurde ein Hausvater verurteilt, bis die Verurteilungssummen die Höhe eines diesen zugewiesenen Sondervermögens[332] oder seiner eigenen Bereicherung[333] erreichten; wegen der von ihnen begangenen Delikte, bis er einem Geschädigten den Missetäter ausgeliefert hatte.[334] Obgleich die ausgestochenen Gläubiger leer ausgehen mussten – also Kollisionen der Art „Alles oder nichts" vorlagen –, galt auch hier das Präventionsprinzip. Früher Klage erhoben zu haben, genügte für den Sieg nicht; vielmehr kam es im Zeitpunkt des Urteils darauf an, ob schon frühere Urteile ergangen waren.[335] Die einzelnen Gläubiger wurden zwar davor geschützt, dass der Haftende sich seiner Haftung arglistig entzog,[336] konnten aber nicht verhindern, dass er einen von ihnen bevorzugte: War einer befriedigt, bevor ein anderer ihm zuvorkommen konnte, so hatte der Spätere in jedem Fall das Nachsehen. Um die Wette liefen auch Gläubiger, denen der Schuldner ein *beneficium competentiae* entgegenhalten konnte: Auf ihre Klage hin wurde der Schuldner nur in das Machbare, also nicht über den Aktivbestand seines Vermögens hinaus verurteilt. Hatte er die Aktiva schon zur Begleichung anderer Schulden ausgegeben, hatten sie das Nachsehen; die bloße Verurteilung zugunsten eines anderen Gläubigers schützte den Schuldner hingegen nicht.[337]

---

[331] So bei *Thole* ZZP 121 (2008) 67–93 (70 f.); *Klinck*, Insolvenzanfechtung.

[332] Zur *actio de peculio* oben unter III.1.

[333] Zur *actio de in rem verso* oben unter III.2. Zum Wettlauf kam es nicht, wenn man mit Ulpian den Hausvater für einen mehrfach verschafften Vorteil mehrfach haften ließ, auch wenn er sich letztlich nur einmal im Vermögen niederschlug; siehe den Fall oben bei Fn. 189.

[334] Zu den Noxalklagen oben unter III.4.

[335] Dass der Zeitpunkt des Urteils entscheidet, ist für die *actio de peculio* von Gaius D. 15,1,10 (Fn. 162) und die Noxalklagen von Ulpian D. 9,4,14 pr. (Fn. 233) ausdrücklich ausgesprochen. Zur Frage nach dem Grundsatz noch sogleich Fn. 357.

[336] Wegen Arglist rechnete der Richter das Fehlende bei der *actio de peculio* zum übriggebliebenen *peculium* (oben unter III.1.b), bei der Verurteilung *in id quod facere potest* zum Vermögen (IV.2) hinzu, wurde wegen Noxalhaftung verurteilt, wer die Gewalt aufgegeben hatte (III.4.b), und gewährte der Prätor anstelle der *actio de in rem verso* eine *actio de dolo* (III.2.b).

[337] Zum Grundsatz, dass bei der Bemessung der Leistungsfähigkeit andere Schulden nicht abgezogen werden, siehe oben bei Fn. 256.

Zum Wettlauf kam es auch unter mehreren Gesamtgläubigern, weil mit der Klageerhebung die Klagen aller Gesamtgläubier konsumiert wurden.[338] Unter konkurrierenden Dienstnehmern setzte sich nach der hier vertretenen Auslegung durch, wer die Dienste zuerst abrief.[339]

Sogar für das römische Konkursverfahren kann man von einer gleichmäßigen Verteilung nur mit Vorbehalt sprechen. Zwar nahmen die Römer selbst an, dass bereits zur Zwölftafelzeit der Körper des Schuldners anteilig unter die Gläubiger verteilt wurde.[340] Doch dass die Verfahrenseröffnung alle Gläubiger in dieselbe Lage (*par condicio creditorum*) versetze, wie Julian schreibt,[341] stimmte angesichts der im Kaiserrecht mehr und mehr hervortretenden Konkursprivilegien immer weniger.[342] Im Konkurs galt eine gestufte Verteilungsordnung; gleichbehandelt wurden die Gläubiger nur subsidiär, soweit die Ordnung keine Entscheidung brachte.

Später entzog Justinian das gesamte Feld der Erbschaftsinsolvenz dem Vollstreckungsverfahren und der Gläubigergleichbehandlung, indem er dem Erben ein Inventarrecht (*beneficium inventarii*) gewährte, das erlaubte, die Gläubiger in der Reihe ihres Auftretens zu befriedigen, bis der Nachlass erschöpft war: Nicht nach klassischem, aber nach dem Recht des *Corpus iuris* herrschte unter Nachlassgläubigern der Wettlauf.[343]

Andererseits gehört manche Linie abgeschwächt. Denn die genannte Verteilungsordnung wirkte über den Bereich des heutigen Insolvenzrechts hinaus. Zunächst bleibt, wenn man das moderne mit dem römischen Recht vergleicht, die Feststellung wichtig, dass im römischen jeder Gläubiger, der in das Vermögen vollstreckte, dadurch das Verfahren auch für alle anderen eröffnete. Sobald das Recht mit Zwang auf das Vermögen eines Bürgers zugriff, verteilte es; es machte die Vollstreckung nicht zum Werkzeug, mit dem ein Gläubiger einem anderen zuvorkommen konnte. Es gab keine Vollstreckung ohne Verteilung, keinen Wettlauf in der Vollstreckung.

Zudem wirkte die Verteilungsordnung in begrenztem Umfang auch außerhalb der Vollstreckung; nämlich hinsichtlich der Privilegien. Bei der *actio de peculio* ebenso wie bei der Verurteilung in das Machbare war die Verurteilungssumme durch den Wert eines (Sonder)vermögens begrenzt, das sich zwar im Übrigen nach dem Aktivbestand bemaß, von dem aber die privilegierten Verbindlichkeiten abgezogen wurden.[344] So konnten die Privilegierten noch

[338] Zum Wettlauf der Gesamtgläubiger oben bei Fn. 288.
[339] Zu den konkurrierenden Dienstnehmern siehe zu D. 19,2,26 oben ab Fn. 305.
[340] Das Zitat von Cassius Dio oben Fn. 25.
[341] Nach Ulpian D. 42,8,6,7; steht oben in Fn. 143.
[342] Zur Verteilungsordnung oben II.3.
[343] Siehe oben bei Fn. 75.
[344] Zur *actio de peculio* oben ab Fn. 167; zur Verurteilung *in id quod facere potest* oben bei Fn. 267.

ein Urteil erringen, nachdem andere schon leer ausgegangen waren. Um sich in dem Fall schadlos zu halten, dass ein privilegierter Gläubiger erst später auftrat, konnte der Hausvater von den vorab befriedigten einfachen Gläubigern eine Sicherheit dafür verlangen, dass sie das Erlangte anteilig zurückgewährten.[345] Während die Gleichbehandlung der Prävention wich, obsiegten die Privilegien, was sie als bedeutenderes Element der Verteilungsordnung erweist.

Insgesamt galt die Verteilungsordnung, wenn ein Gewaltunterworfener als Sondergut ein Handelsgewerbe bewirtschaftete: Vereitelte der Hausvater arglistig, dass jeder Gläubiger den auf ihn entfallenden Anteil von Ware und Inventar erhielt, so musste er aus seinem übrigen Vermögen nachschießen. Dafür sorgte die *actio tributoria*, die nach der hier übernommenen Auffassung nicht erforderte, dass der Prätor die Verteilung zuvor besonders angeordnet hätte.[346] Sie war nichts anderes als eines der Instrumente, die Gläubiger davor schützte, dass ihnen arglistig Haftungsmasse entzogen wurde; steht also in einer Reihe mit den übrigen Vorfahren der Anfechtungsklage (insbesondere der *actio Pauliana*). Um zu gewährleisten, dass für erst später auftretende Gläubiger genügend vorhanden war, musste der Hausvater sich von den bereits befriedigten Gläubigern wiederum[347] die anteilige Rückgewähr garantieren lassen.[348]

Die Verteilungsordnung stellte keine bloße Verfahrensregel dar, sondern hatte materiellrechtlichen Gehalt. Sobald das Vollstreckungsverfahren eröffnet war, konnten die Gläubiger gegen eine Bevorzugung einzelner vorgehen. Die *actio tributoria* ging darüber hinaus, weil an die Stelle einer hoheitlichen Vollstreckung die Verteilung der *merx peculiaris* durch den *pater familias* trat; diese Verteilung war immer schon im Gange. Ansonsten wurde regelmäßig nur die Gläubigergesamtheit vor einer Minderung der Haftungsmasse geschützt, vielleicht – wie bei der *actio de peculio* –[349] auch vor einer Verschlechterung der Quoten durch die Verstrickung in neue Schulden. Einzelfälle, in denen die Bevorzugung als arglistig angesehen wurde, gab es gleichwohl.[350] Dazu gehörte die Situation, in denen des Schuldners Vormund bestimmte Gläubiger aus persönlichen Motiven vorab befriedigte.[351]

Die Rechtspositionen, die sich in der Verteilungsordnung niederschlugen, lassen sich zwar nicht auf Verfahrensvorschriften reduzieren, doch konnten sie davon abhängen, dass ein bestimmtes Verfahren durchgeführt wurde: die Gesamtvollstreckung, oder die Verteilung der *merx peculiaris* durch den *pater*

[345] Siehe Paulus D. 15,1,52; dazu oben bei Fn. 172.
[346] Oben bei Fn. 216.
[347] Wie bei der Inanspruchnahme *de peculio* mit Blick auf privilegierte Gläubiger; soeben bei Fn. 345.
[348] Siehe oben bei Fn. 209.
[349] Zum Dulden einer Verschuldung des Gewaltunterworfenen als Arglist des Hausvaters oben bei Fn. 176.
[350] Oben bei Fn. 148.
[351] Oben bei Fn. 146.

familias oder einen *arbiter*. Die Verteilung in andere Hände zu legen, erlaubte der Prätor dem *pater* im Rahmen der *actio tributoria* gerade deswegen, weil den Römern bewusst war, dass Verteilung Mühe macht.[352]

In den Quellen findet sich keine Diskussion der Forderungskollisionen, die dadurch entstehen konnten, dass Haftung schuldrechtlich beschränkt war – etwa auf einen bestimmten Vorrat, aus dem mehrere Gläubiger zu bedienen waren. Der Fall des Schiffers Saufeius lässt allenfalls erahnen, dass der Schuldner in einem solchen Fall nicht aussuchen durfte, wem er erfüllte, sondern den Vorrat verteilen musste.[353] Die Auslegung eines gleichzeitig abgegebenen Versprechens von Diensten an mehrere Dienstnehmer ergibt, dass derjenige, der seinen Teil zuerst abruft, zuerst wählen kann, wann sie ihm zu erbringen sind.[354] Dass weitere Quellen fehlen, fällt auf[355] und hatte Folgen für die spätere Diskussion bis hin zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Die wenigen Quellen, die darauf hinweisen, dass die römischen Juristen sich darüber Gedanken gemacht haben, wer von mehreren Gläubigern in Natur befriedigt wird und wer nur Geldersatz erhält, also über Kollisionen des Typs „Leistung oder Ersatz", geben Rätsel auf, weil diese Differenz einem direkten rechtlichen Zugriff entglitt, soweit im Formularverfahren ohnehin nur auf Geld verurteilt wurde.[356] Als den Wettlauf entscheidender Zeitpunkt begegnet in einem solchen Fall der Prozessbeginn (*litis contestatio*).[357] Dass man nicht auf den Moment des Urteils abstellte – wie außer bei den Gesamtforderungen immer –[358], erklärt sich daraus, dass der unterlegene Gläubiger seinen Prozess nicht verlieren, sondern seine Klage anders fassen sollte; dies musste noch vor dem Prätor geschehen.

Wenn das Verhältnis der Forderungen mehrerer Gläubiger gegen denselben Schuldner zu klären war, mussten bereits die Römer vor allem anderen ent-

---

[352] Zu dieser Innovation des Sextus Pedius, über die Ulpian D. 14,4,7,1 berichtet, siehe oben bei Fn. 211. – Dieser Gesichtspunkt wird heute mitunter übersehen, siehe dazu schon oben in der Einleitung am Ende von III.

[353] Siehe oben bei Fn. 322.

[354] Siehe zu D. 19,2,26 oben bei Fn. 312. – Die Quelle wird häufig so verstanden, als habe ein Dienstnehmer früher kontrahiert und deswegen den Vorrang, während dem anderen Ersatz zustünde.

[355] Umso mehr, als zwar der reine Gattungskauf für Rom nicht belegt ist – zum Problem *Ernst*, ZRG RA 114 (1997) 272–344; auch ZEuP 1999, 583–641 –, wohl aber der Vorratskauf, bei dem sich das Problem leicht stellt.

[356] Zu meinem Deutungsversuch oben VI.

[357] Bei der *litis contestatio* entscheidet sich nach der hier vertretenen Auffassung, ob die Klage zur indirekten Erzwingung der Naturalleistung auf das Doppelte eingesetzt wird, oben bei Fn. 330.

[358] Das umgekehrte Regel-Ausnahme-Verhältnis sieht *Biscardi*, Il dogma della collisione, 116 f., 129, und stützt darauf auch die Annahme einer Interpolation von Gaius D. 15,1,10 (140, dazu oben Fn. 236). Dass die Gesamtforderungen schon mit Klageerhebung erloschen, lag an der Klagenkonsumption (oben Fn. 338).

scheiden, ob der Schuldner mehrfach oder nur einmal zur Leistung verpflichtet war. Nur wenn feststand, dass der Schuldner nicht mehrfach leisten musste oder dass seine Mittel hierzu nicht ausreichten, stellte sich die Frage, welcher Gläubiger zum Zuge kommen sollte. Häufig obsiegte der Schnellere, im Verstreckungsverfahren und beim kaufmännischen Sondergut wurde verteilt, über die Vorratsschuld fehlen Quellen. Mitunter und vor allem zum Schutz privilegierter Gläubiger wurde der Schnellste zwar einstweilen befriedigt, musste aber Sicherheit dafür leisten, das Erlangte gegebenenfalls an andere weiterzuleiten.

Die markigen Aussprüche, mit denen die römischen Juristen den Wettlauf der Gläubiger rechtfertigten[359] und die Gleichbehandlung der Gläubiger dem Vollstreckungsverfahren zuordneten[360], legten den Grund dafür, dass heute Prävention und Gleichbehandlung als Prinzipien von Einzel- und Gesamtvollstreckung gegenübergestellt werden. Die Privilegienordnung schätzten die Römer höher als die Gleichheit der Gläubiger. Sie bestimmte das gemeine Konkursrecht und entfachte heftige Diskussionen, wirkt aber heute nur noch insofern nach, als durch sie neue Kriterien für die Entscheidung von Forderungskollisionen eingeführt wurden: ihre Entstehungszeit und ihre Bedeutung.[361]

Schließlich bleibt noch festzuhalten, dass den Römern zwar ein Begriff der Forderungskollision fremd war. Trotzdem fällt auf, dass sie zur Beantwortung der bei unserer Betrachtung zusammengezogenen Fragen ähnliche Gesichtspunkte anführten; mitunter sogar routiniert mit denselben Worten (*vigilare*, *occupare*, *par* oder *aequalis condicio*). Auch die römischen Juristen empfanden also schon die Verwandtschaft der in ganz verschiedenen Kontexten auftauchenden Probleme, die wir heute als Forderungskollisionen ansprechen können.

[359] Scaevola D. 42,8,24: *ius civile vigilantibus scriptum est* (oben Fn. 144).

[360] Ulpian D. 42,8,6,7 (oben Fn. 143).

[361] Vor allem durch Paulus D. 42,5,32: *Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa …* (oben Fn. 108); zur Glosse Fn. 311.

Zweites Kapitel

Ein Scheitern im 19. Jahrhundert

I. Einführung

Erst Juristen des 19. Jahrhunderts adressierten die Fälle der Forderungskollision mit diesem Begriff und erwogen, ob sie als einheitliches Problem kohärent behandelt werden könnten. Weder die Gelehrten des Naturrechts noch die des *Usus modernus* hatten über Forderungskollision verhandelt. Vielmehr spielten die Historische Rechtsschule und die durch sie geprägte Pandektenwissenschaft hier eine Rolle, die noch über das hinausging, was sie auf anderen Gebieten und im Allgemeinen zu Dogmatik und Geschichtsschreibung des Rechts beitrugen.[1]

Den Rahmen schuf *Anton Friedrich Justus Thibaut*, indem er die Frage aufwarf, ob man allgemeine Regeln für die Kollision subjektiver Rechte aufstellen könne. Er knüpfte damit an eine ältere Debatte „Ueber die Collision besonderer Rechte und Privilegien" an,[2] die durch eine unter dem Vorsitz von *Samuel Stryk* 1684 verteidigte Dissertation angestoßen worden war.[3] Dabei ging es um Sonderrecht für bestimmte Personengruppen (*ius singulare*) wie die Konkursprivilegien des römischen Rechts (*privilegia exigendi*), aber auch um fürstliche Anordnungen für Einzelne (*privilegia* in einem engeren Sinne).[4] Über etwaige Konflikte verschiedener Begünstigter sollte mal die Stärke ihrer Rechtsposition entscheiden, mal die Befugnis des Fürsten, gesetztes Recht wieder

[1] Immer griff die Historische Schule hebend und ordnend auf die römischen Quellen zurück, die sie durch neue Funde und Editionen mehrte und erschloss, um in ihnen das klassische Recht zu erkennen und es in ein System zu bringen. Dessen Prinzipien und Struktur hauchten sie den Geist ein, den das aufgeklärte Naturrecht von der scholastischen Moraltheologie geerbt hatte. Weil die Historische Schule zugleich vom *usus modernus* die Bewertung der Gewohnheit als höchster Rechtsquelle übernommen hatte und die spätere Pandektenwissenschaft ihr folgte, stellte sie das Recht als sich in der Zeit wandelndes dar und konnte so die Antike mit der modernen Praxis versöhnen. – Für einen Überblick siehe *Haferkamp*, Historische Rechtsschule; *Haferkamp/Repgen*, in: Symposion Luig (2017) 1–16.

[2] So der Titel von *Thibauts* Abhandlung, erschienen 1801 im zweiten Band seiner Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, 242–251. – Zur älteren Regel im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten siehe unten Fn. 80.

[3] *Stryk,* De jure privilegiati contra privilegiatum. Konstantin Liebrand arbeitet derzeit an einer deutschen Übersetzung der Dissertation.

[4] Einen späten Stand der Debatte unter Berücksichtigung dieser Unterscheidung gibt *Glück* I § 98, II § 105; nach *Biscardi*, Il dogma della collisione, 19, „una maggiore precisione di termini".

aufzuheben. Die Diskussion schwankte damit zwischen Erwägungen, die auf subjektive Rechte passen, und solchen, die auf objektives Recht zugeschnitten erscheinen. Diese Ambivalenz war für Privileg und Sonderrecht charakteristisch.[5] Doch die Konjunktur des Privilegs endete im bürgerlichen Zeitalter: Die französische Revolution bekämpfte Standesprivilegien ausdrücklich, und jede Privatrechtskodifikation stemmte sich dem Ausnahmerecht schon dadurch entgegen, dass sie Rechtspositionen nach allgemeinen Bedingungen umschrieb.[6] In diese Zeit passt die Forderung von *Thibaut*: „Wenn man die Mate-

[5] Sie zeigt sich an den zwei Bezugspunkten der Kollisionsdebatte: Den einen bildet der Text des Paulus, wonach Privilegien *non ex tempore, sed ex causa* bewertet werden (dazu im ersten Kapitel bei Fn. 108). In der mittelalterlichen Glosse wurden verschiedene Konkursvorrechte gegeneinander abgewogen. Die Stelle hat *Biscardi*, Il dogma della collisione, 16 ff., aufgetan und als Ursprung der Kollisionsdebatte identifiziert; ausführlich behandelt sie auch *Forster*, Konkurs, 143–151. *Accursius* prägte hier die Redeweise von einer *contentio inter privilegiatos*. Es handelt sich um die Glosse *ex causa* ad D. 42,5,32 (hier: D. 42,6,16; Sp. 676 f.): *Ut privilegiatus praeferatur non privilegiato in solvendo, & etiam repetendo […] et si ambo privilegiati: praeferatur privilegiatior, id est cui debetur ex privilegatiori causa […] Si vero paria sunt privilegia […] & sic eiusdem tit[uli] tunc concurrant: licet unus ante alium contraxerit […] Quod dixi qui sunt eiusdem tit[uli] idem et si diversorum […] nisi nominatim probetur alterum in privilegio personalis actionis praeferendum, ut in quatuor casibus. Primus in fisco […] Secundus in muliere dotem suam repetente, cum [e]n[im] ipsa priori tacite hypothecae praeferatur, & ita habeat privilegium potentius alio privilegio, quo ad hypothecam: idem v[idetu]r in hoc privilegio personalium actionum […] Tertius in eo, q[ui] credidit in rem reficiendam […] Quartus in funeraria […] Sed & si contentio est inter eos adeo privilegiatos: nunquid unus eorum alteri preferatur? R[espo]n[dit] n[on], per hanc l[egem] nisi expresse inveniatur contra […] Inter hypothecarios autem dic praeferendum priorem tempore […] Item si alter habeat hypothecam, alter privilegium, praefertur hypotheca […] Si aut nullus hypothecam, vel privilegium habeat: praefertur qui occupat, nisi iam possessa erant bona, vel nisi ambo instarent, & debitor uni solverit […].* Zur Harmonisierung mit D. 19,2,26 im ersten Kapitel Fn. 311. – Den anderen Fluchtpunkt bildete das Kirchenrecht mit der *causa* 25. Darin warf *Gratian* die Frage auf, ob ein Kloster mit dem Privileg, den Zehnten nicht errichten zu müssen, diesen gleichwohl für das Land zahlen muss, das es im Gebiet einer Taufkirche erwirbt, der durch älteres Privileg die Erhebung des Zehnten gestattet worden war. Die Kollisionsfrage präsentierte sich Gratian als die Frage, ob der Papst das einmal erteilte Privileg wieder zurücknehmen kann (was er bejahte). Siehe Concordia discordantium canonum, pars secunda, causa xxv; dazu *Lindner*, Die Lehre vom Privileg nach Gratian, 77, 96 f.; *Potz*, in: Dölemeyer/Mohnhaupt, Privileg, Band 1, 43–45, 56 f. – Während sich *Accursius* zur Lösung der Kollision auf Inhalt und Bedeutung der im Privileg geschützten Position konzentrierte, interessierte sich *Gratian* für das Privileg als Rechtsetzung und Entscheidung. Auch die Fälle unterscheiden sich: Bei *Accursius* ging es um Sonderrecht für nach abstrakten Merkmalen bestimmte Gruppen, bei *Gratian* um Einzelfallmaßnahmen. – Die beiden Linien begegnen in der Unterscheidung, die 1688 *Johann Nikolaus Hertius* vornahm: *Colliduntur autem leges hae, vel quia voluntas legislatoris sibi contraria videtur, vel quia personae, quibus jus speciale datum est, inter se concurrunt* (De collisione legum). Fortgesetzt wurden sie einerseits 1728 von *Gebhard Christian Bastineller* mit der von Georg Abraham Koch verteidigten Dissertation De ea quod iustum est in privilegiorum collisione, andererseits 1778 von *Johann Siegfried Wientzek* in seiner Commentatio iuridica de vero sensu l. 11. § 6 et 7 et l. 12 ff. de min. iuncto examine regulae: privilegiatius contra privilegiatium non utitur iure suo.

[6] Für die Stoßrichtung der Revolution siehe die Programmschrift des *Abbé Sieyès* (Essai sur les privilèges, 1788) und die Präambel der französischen Verfassung von 1791: „Il n'y a

rie von der Collision besonderer Rechte abhandelt, so sollte man sich nicht gerade auf iura singularia und eigentliche Privilegien beschränken, sondern die Frage allgemeiner fassen, und überhaupt untersuchen, was Rechts sey, wenn Rechte mit Rechten collidieren".[7]

Seine Zeitgenossen folgten der Anregung. Von einer Kurzmonographie des Rechtsphilosophen *Friedrich Julius Stahl* abgesehen[8], fand die Auseinandersetzung in den allgemeinen Abschnitten der Zivilrechtslehrbücher statt. Doch man konnte sich schon über einen Begriff der Rechtskollision kaum verständigen; auf eine Lösung einigte man sich erst recht nicht. Als die Redaktoren des BGB entschieden, im Allgemeinen Teil keine Vorschrift über die Rechtskollision aufzunehmen, zeichnete sich ab, dass die Debatte verklingen würde.

In diesem Rahmen erörterte die Pandektenwissenschaft die Forderungskollision. Die Querel um den Kollisionsbegriff gab der Teildebatte den Charakter und die Richtung vor. Geprägt blieb sie außerdem durch das römische Material: Die römischen Lösungen wurden dem neuen Begriff zugeordnet, andere Fälle kaum bedacht. So erschöpfte die Debatte das Thema nicht, weil die Überlieferung schon vom römischen Recht nur ein unvollständiges Bild gab[9] und Probleme gar nicht behandeln konnte, die erst dadurch aufgeworfen worden waren, dass sich das Recht seit der Antike verändert hatte. Dabei ist entscheidend, dass die Obligation im 19. Jahrhundert andere Wirkungen hatte als im klassischen Rom. Im Formularverfahren war der Schuldner nie zu etwas anderem als zu einer Geldzahlung verurteilt worden.[10] Nachdem die Theologie die Erfüllung von Verbindlichkeiten als moralische Pflicht des Schuldners aufgefasst hatte,[11] machte es sich der neuzeitliche Staat gerne zur Aufgabe, die Mittel bereitzustellen, damit Gläubiger ihre Schuldner zur tatsächlichen Erbringung der geschuldeten Leistung zwingen konnten.[12] Ob diese Zwangsmittel der Obligation auch materiellrechtlich einen neuen Charakter gaben, weil sie die bloße Interpersonalität um einen gewissen Grad von Sachzuordnung

---

plus, pour aucune partie de la nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français"; zu ihrem Einfluss etwa das prägnante Urteil von *Stutz*, ZRG KA 8 (1918) 253, 256. Für das Übrige siehe *Lieb*, Privileg und Verwaltungsakt, 58–65, sowie die „Untersuchungen zum Verhältnis Privileg und Kodifikation im 18. und 19. Jahrhundert" von *Mohnhaupt*, Ius commune 5 (1975) 71–121.

[7] *Thibaut*, Ueber die Collision, 249.

[8] Sie erschien 1826 unter dem Titel „Ueber die Collision, und den Vorzug des Besondern vor dem Allgemeinen im Rechte". Zu *Stahls* Position unten ab Fn. 20.

[9] Vor allem fehlten Texte zur Frage einer gemeinsamen Gefahrtragung der Gläubiger beim Teiluntergang der Gattung. Siehe dazu das Fazit des ersten Kapitels.

[10] Dazu im ersten Kapitel bei Fn. 4.

[11] Einen Überblick gebe ich in dem Beitrag zur Geschichte des Versprechens in der Spätantike, ZRG RA 135 (2018) 334–363 (335–339, 347–350); knapp auch in: Wortgebunden, 29–88 (44 f., 50 f.).

[12] Zum Erfüllungszwang im neuzeitlichen Staat *Nehlsen-von Stryk* AcP 193 (1993) 529–559 (550–553).

ergänzten, wird bis heute erörtert.[13] Jedenfalls wirft die neue Durchsetzbarkeit neue Kollisionsprobleme auf: Vielfach wird sich ein Gläubigerwettlauf nun dadurch entscheiden, welcher Gläubiger die Erfüllung am schnellsten erzwingen kann. Auch in den Fällen, in denen alle Gläubiger vom Schuldner Ersatz, aber nicht alle Leistung in Natur erhalten können, kann sich die Rechtsordnung nun mit den Mitteln des Erfüllungszwangs in den Dienst einzelner Gläubiger stellen, um ihnen vor anderen zu Naturalerfüllung zu verhelfen. In der Debatte, die in den – auf das materielle Recht fokussierten – Pandektenlehrbüchern über die Kollision geführt wurde, blieben solche für die Praxis entscheidenden Fragen des Wettlaufs im Verfahren unterbelichtet.

Dieses Kapitel zeichnet zunächst die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung über Forderungskollisionen nach. Sodann wird beschrieben, wie der neue Begriff auch die Gesetzgebung zum Privatrecht anregte, bis die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich sich gegen ihn entschieden. Schließlich werden zwei wissenschaftliche Beiträge aufgezeigt, die Ansätze dafür geboten hätten, das Thema der Forderungskollision weiter zu denken, aber bei der Entscheidung gegen eine Regelung nicht rezipiert wurden.

II. Die wissenschaftliche Debatte

Die Rechtskollision fand ihren Platz im allgemeinen Teil der Vorlesungen und Lehrbücher, nämlich als Ausschnitt der Lehre von den Rechten. Manche Autoren behandelten die Forderungskollision daneben gesondert im allgemeinen Teil des Obligationenrechts. Die allgemeinen Überlegungen zur Rechtskollison sollen zunächst vorgestellt werden, soweit sie für die Forderungskollision von Belang sind. Anschließend sind die Bedenken darzustellen, die dagegen geäußert wurden, dass Forderungen gegen einen solventen Schuldner überhaupt kollidieren könnten. Danach können die speziell der Behandlung von Forderungskollisionen gewidmeten Ausführungen richtig eingeordnet werden.

1. Forderungskollision als Rechtskollision

Als man begann, über Rechtskollision zu sprechen, sprach man sogleich auch über Forderungskollisionen. Das war schon deswegen natürlich, weil ein Element der vorausgegangenen Diskussion über die Kollision von Privilegien die

[13] Dazu vor allem *Zierbarth*, Realexecution, und *Michaels*, Sachzuordnung. – Jedenfalls erscheint vielen heutigen Autoren der Zwang zur Naturalerfüllung als für die Forderung wesentlich; siehe nur – für Schuldverträge – *Weller*, Vertragstreue, 316–557 (mit dem „Naturalerfüllungsgrundsatz" als einem von drei „Elementen") und – für das Schuldrecht überhaupt – *Riehm*, Naturalerfüllung. – Dazu noch im vierten Kapitel bei Fn. 116.

Frage gewesen war, in welchem Rangverhältnis die Konkursvorrechte zueinander standen.[14]

Thibaut bezeichnete es als indirekte Kollision, wenn mehrere Rechte nicht gegeneinander geführt werden, sondern „in einem dritten Object zusammentreffen, wie im Concurs der Gläubiger geschieht, wenn die Masse nicht hinreicht".[15] Auch diese indirekte war für ihn eine „wahre" Kollision, weil „mehrere Rechte einander gradezu widerstreiten".[16] Für die Lösung stellte er Prinzipien auf, die im Konkurs ebenso gelten sollten wie dann, wenn eine Sache mehrfach verkauft oder verschenkt wurde. Sei ein Gläubiger bereits rechtmäßig, nämlich ohne Arglist, in Besitz des Geschuldeten gelangt, gehe er allen anderen vor.[17] Andernfalls seien teilbare Objekte in der Regel zwischen den Prätendenten aufzuteilen. Bei unteilbaren Gegenständen hingegen sei es „schlechterdings nicht anders möglich, als daß, wenn nicht der Regent dazwischen tritt, keiner der Concurrenten das Object erhält", weil die Rechte sich gegenseitig aufhöben.[18] Wenn jedoch unbedingt eines der Rechte wirken müsse, dann trete an die Stelle der gegenseitigen Entkräftung eine Entscheidung durch Los.[19]

Eine Begriffsklärung unternahm der Rechtsphilosoph *Stahl* in seiner 1826 veröffentlichten Schrift „Ueber die Collision, und den Vorzug des Besondern vor dem Allgemeinen im Rechte". Er vermied eine Verwirrung von subjektiven Rechten und objektivem Recht[20], indem er die Kollisionen der Rechte und der Rechtsausübung von Kollisionen der Rechtsnormen und Rechtsgründe abgrenzte. Die eigentliche Rechtskollision fasste er denkbar eng: „Es ist jeder Collision wesentlich, daß das Collidirende wirklich neben einander bestehe, und daß es neben einander nicht bestehen könne".[21] Eine Forde-

[14] Vgl. die Glosse zu D. 42,5,32, oben Fn. 5. Siehe nur *Stryk,* De jure privilegiati contra privilegiatum (dazu oben bei Fn. 3).

[15] *Thibaut*, Ueber die Collision, 255 f., 259–263.

[16] *Thibaut*, Ueber die Collision, 252.

[17] *Thibaut*, Ueber die Collision, 260 f.

[18] *Thibaut*, Ueber die Collision, 261 f.: „Zwey gleiche Kräfte, welche einen Gegenstand nach entgegengesetzten Richtungen zu bewegen streben, bringen einen Stillstand hervor: – dieß ist ein Princip, welches in der Physik und überall nicht ohne einen platten Widerspruch geleugnet werden kann". Leider bezieht sich *Thibaut* hier nicht mehr ausdrücklich auf Fälle der Forderungskollision. Er bildet den Fall, dass zweien am selben Tag dieselbe Pfründe verliehen wird. Zudem beruft er sich auf Julian 64 *digestorum* D. 28,5,43, wonach zwei testamentarische Freilassungen beide unwirksam sind, wenn der Erblasser maximal einen Sklaven freilassen durfte, und *Leibniz*, De casibus perplexis, § 24: *in concursu perplexo ad rem indivisibilem et incommunicabilem, concurrentes omnes carebunt* (99, 142). – Gegen diese wechselseitige Aufhebung *Kierulff* I § 11 C 239 f. mit Anm. **.

[19] *Thibaut*, Ueber die Collision, 263. Dies soll für die direkte wie die indirekte Kollision gelten.

[20] Diese Verwirrung hatte die Diskussion über Privilegienkollision gekennzeichnet, siehe oben bei und in Fn. 5.

[21] *Stahl*, Ueber die Collision, 4.

rungskollision ist für *Stahl* unmöglich;[22] sie wäre eine Kollision der Forderungsinhaberschaften.[23] Lediglich die Rechtsausübung kollidiere, „wo nebeneinander bestehende Rechte sich in ihrem Begriffe nicht aufheben; aber durch die Befriedigung des einen, die des andern unmöglich wird".[24] Zu einer solchen Kollision der Rechtsausübung komme es bei Forderungen mehrerer Gläubiger auf eine einzige Leistung oder bei Insolvenz des Schuldners.[25] Behandeln müsse das Recht die Kollisionen der Rechte und ihrer Ausübung aber gleich; „[d]a es in dem Wesen jedes Rechts liegt, in seinem ganzen Umfange ausgeübt werden zu können". Anderes gelte nur im Konkurs, weil die Ausübung sich hier auf einen anderen Gegenstand erstrecken müsse als das ursprüngliche Recht, weswegen die Regeln des Konkurses auf andere Fälle nicht übertragbar seien.[26] Das Argument trägt nicht, weil auch außerhalb des Konkurses Geld an die Stelle des Gegenstandes treten kann und eine Verteilung denkbar ist.

Die Lösung für Kollisionen der Rechte und der Rechtsausübung – und damit auch für Forderungskollisionen – stellte *Stahl* auf eine philosophische Grundlage: Weil das Privatrecht auf der Freiheit des Einzelnen basiere, könne „weder das Recht, noch die Rechtsausübung des einen gebrochen werden durch das gleiche nicht überwiegende des andern; vielmehr übt es jeder aus, so weit ihn nicht eine schon bestehende Ausübung des andern hindert."[27] So postuliert er als Prinzip: „Es gilt der Schutz des faktischen Zustandes, der sich nun in verschiedener Weise äußert, indem entweder der Beklagte und der Besitzer siegen, oder der Prävenirende und Prohibirende vorgeht".[28] Diese Ausführungen konturiert der Kontrast zu dem, was *Stahl* für die Rechtsnorm- und Rechtsgrundkollisionen vorschlägt: Ein Korsett von Kollisionsregeln presst das objektive Recht zum Monolithen, während die subjektiven Rechte der Einzelnen unberührt von fremden Rechten wirken.[29] Das von *Stahl* aufge-

[22] *Stahl*, Ueber die Collision, 6: „da jede Forderung durch ihre Beziehung auf den Berechtigten wesentlich bestimmt ist; der Anspruch eines andern daher nicht dieselbe Forderung seyn kann".

[23] Das erhellt ein Vergleich mit den Ausführungen zur Kollision dinglicher Rechte, 4 f.

[24] *Stahl*, Ueber die Collision, 5.

[25] *Stahl*, Ueber die Collision, 6.

[26] *Stahl*, Ueber die Collision, 6.

[27] *Stahl*, Ueber die Collision, 8.

[28] *Stahl*, Ueber die Collision, 8.

[29] *Stahl*, Ueber die Collision, 11 f.: „Liegt es im Wesen des subjektiven Rechtes, daß alle seine Bestimmungen bloß von der Freyheit des Individuums ausgehen, können collidirende Rechte sich deßwegen nicht aufheben oder modificiren, weil es keine dritte über ihnen stehende Regel geben kann, die das eine zur Rücksicht auf das andere zwänge: so muß von der Collision der Rechtsnormen und Rechtsgründe gerade das Gegentheil behauptet werden. Denn die Rechte bestehen zwar durch sich selbst; allein sie entstehen durch das objektive Recht. Dieses ist aber ein zusammenhängendes Ganzes; alle einzelnen Bestimmungen bestehen nur als Theile dieses Ganzen, und erhalten von ihm das Gesetz der Uebereinstimmung.

stellte Prinzip, dass die Kollision rechtlich nicht entschieden werden könne, sondern sich tatsächlich auflösen müsse, verband die Kollisionsfrage mit einem liberalen Verständnis des Privatrechts und hatte in der weiteren Diskussion großen Erfolg. Sie prägt etwa die zum Ende des Jahrhunderts praktisch und wissenschaftlich führenden Lehrbüchern von *Bernhard Windscheid* und *Ernst Immanuel Bekker*.[30]

Spätere Autoren fassten unter den Begriff der Rechtskollision gerade die Fälle, die *Stahl* als Kollisionen der Rechtsausübung bezeichnet hatte. Sein Hinweis, dass häufig nicht die bloße Koexistenz von Rechten, sondern erst ihre Ausübung Probleme bereitet, mag zur Schärfung des Kollisionsbegriffs beigetragen haben. Schon vor *Stahl* hatte 1822 *Johann Nepomuk Wening-Ingenheim* definiert, dass eine Kollision vorliege, wenn mehrere Rechte „nicht zugleich bestehen oder ausgeübt" werden können.[31] Nach *Stahl* folgten dem auch *Christian Friedrich Mühlenbruch* und *Johann Friedrich Ludwig Göschen*.[32] Später verlagerte sich die Definition auf den anderen Gegenpol: Nun ging es darum, dass „die mehreren an sich begründeten Rechte gar nicht oder nicht vollständig nebeneinander ausgeübt werden können".[33]

Johann Friedrich Kierulff forderte für die Kollision noch mehr, als dass die Rechte koexistieren, die nicht alle ausgeübt werden können. Sie sollten „in gleicher Stärke einander gegenüberstehen".[34] Dem schlossen sich mehrere Autoren an.[35] Aus der gleichen Stärke der kollidierenden Rechte folgerte *Kierulff* dann wieder, dass es kein rechtliches Kriterium dafür geben könne, eines der

---

Widerstreiten sie sich, so müssen sie sich gegenseitig aufheben; weil jenes keinen Widerspruch in sich verträgt". Darin liegt eine Modifikation der Position Kants (siehe oben in der Einleitung bei Fn. 32).

[30] *Windscheid* verhandelt die Frage der Rechtskollision nur unter dem Gesichtspunkt der Ausübung der Rechte mit dem Grundsatz: „Im Besonderen ist die Ausübung eines Rechts deswegen nicht widerrechtlich, weil dadurch die Ausübung des Rechts eines Andern unmöglich gemacht, oder das Recht eines Andern zerstört wird" (I § 121 bei Anm. 4 und 5, 1. Aufl. wie 7. Aufl.). *Bekker* stellt fest, dass zwischen mehreren Berechtigten, etwa auch Gläubigern, keine Rechtsbeziehung besteht, und folgert: „[…] so ist Jeder befugt soviel zu nemen [!] wie er eben bekommen kann, soviel wie bei der augenblicklichen Sachlage für ihn zu haben ist; d.h. technisch ausgedrückt, es entscheidet die Prävention" (*Bekker* I § 24 Beilage II 74).

[31] *Wening-Ingenheim* I § 37 52, aber mit Einschränkungen für eine „wahre Collision". – Demgegenüber hatte *Hufeland* 1817 noch als wesentlich für die Rechtskollision angesehen, dass mehrere Berechtigte „nach der Natur des Rechts ein, im eigentlichen Sinne ausschließendes, Recht auf den Gegenstand [haben]"; *Hufeland* II 2. Abt. 7. Abh., 20. Ähnlich noch *Schweppe* I § 160 344: Ein Recht muss dem anderen „hinderlich" sein.

[32] *Mühlenbruch* I § 167 310 (allerdings spricht er nicht von Kollision, sondern von „Conflict"); *Göschen* I § 129 368.

[33] So schon *Valett* I § 136 100; ähnlich dann *Unger* I § 70 621; *Wächter* I § 96 490; *Dernburg* I § 42 91; *Regelsberger* I § 55 232.

[34] *Kierulff* I § 11 C. 230.

[35] *Böcking* I § 128 551, 554 bei Fn. 26; *Sintenis* I § 27 243; *Arndts* § 92 110, insb. Anm. 3 d). Nur den Begriff der „eigentlichen" Kollision will *Bekker* I § 24 mit Beilage I, 72 f., für gleichstarke Rechte reservieren.

Rechte dem anderen vorzuziehen. Darum müsse es dabei bleiben, wenn dank „der bloßen factischen Zufälligkeit" ein Berechtigter außergerichtlich oder durch gerichtliche Geltendmachung seines Anspruchs befriedigt worden sei. Andernfalls müssten die Ansprüche verhältnismäßig gekürzt werden oder ausnahmsweise das Los entscheiden.[36]

„Vielmehr setzt eine Collision der Rechte voraus, daß dieselben juristisch zugleich geltend gemacht werden können, und nur factisch die volle Befriedigung beider unmöglich ist. Hieraus folgt, daß auch die Auflösung einer solchen Collision nicht von besonderen juristischen Grundsätzen erwartet werden darf, sondern nur von der bloß factischen Zufälligkeit zuerst erfolger Befriedigung abhängt, oder durch beiderseitige Verkürzung des Inhalts der Rechte, oder endlich durch den blinden Zufall des Looses vermittelt wird".[37]

Die meisten Autoren lehnten hingegen *Kierulffs* Beschränkung der Kollision auf gleichstarke Rechte ab; sie wollten im Gegenteil die Stärke der kollidierenden Rechte in erster Linie darüber entscheiden lassen, welches die Kollision gewinnt.[38]

2. Bei solventem Schuldner?

Jedenfalls seit die Definitionen der Rechtsskollision auf einen erst bei der Ausübung auftretenden Konflikt abstellten, passten die in dieser Arbeit als solche der Forderungskollision adressierten dem ersten Anschein nach gut darunter. Sie kennzeichnen sich dadurch, dass eben nicht alle Forderungen erfüllt werden können. Einhellig sprach man im 19. Jahrhundert von einer Kollision, wenn das Vermögen einer Person nicht genügte, um die Forderungen seiner verschiedenen Gläubiger jedenfalls in Geld zu befriedigen; also im Fall der Insolvenz.[39]

Friedrich Ludwig Keller hielt hingegen eine Forderungskollision für ausgeschlossen, solange der Schuldner solvent war. Hintergrund war die – von der römischen Geldverurteilung beeinflusste – Vorstellung, dass die Forderung

[36] *Kierulff* I § 11 C 236–240. Die Autoren, die wie er die Kollision gleichstarker Rechte betrachten (oben Fn. 35), folgen ihm auch in der Lösung (allerdings ohne diese so klar aus dem Kollisionsbegriff selbst herzuleiten): *Böcking* I § 128 555 f.; *Sintenis* I § 27 243; *Arndts* § 92 110; auch *Bekker* I § 24 mit Beilage II (72–75).

[37] *Kierulff* I § 11 C. 236. Die Forderungskollision außerhalb des Konkurses fiel für *Kierulff* allerdings wohl regelmäßig nicht unter die Rechtskollisionen, siehe unten Fn. 40.

[38] *Unger* I § 70 626–632, insb. Fn. 21; *Wächter* I § 96 490 f. sowie Beilage II 498 f.; *Dernburg* I § 42 91; *Regelsberger* I § 55 232 f. (mit dem Verdikt: „Das Prinzip des Zuvorkommens ist sozusagen die plumpeste Lösung der Kollision").

[39] *Wening-Ingenheim* II §§ 34–38; *Mühlenbruch* I § 167 („gewissermaßen aus Concurrenz und Conflict gemischt"), §§ 170–175; *Schweppe* III §§ 406–409b; *Göschen* II 2 §§ 421–424; *Böcking* I § 128 mit Fn. 29 und 30; *Sintenis* I § 27 243 mit Fn. 16; II § 94; *Arndts* §§ 226–228; *Unger* I § 70 629–632; *Keller* § 267; *Windscheid* I 1. Aufl. § 121 291 f. mit Anm. 7; *Wächter* II § 182; *Dernburg* I § 42 92 f.; *Bekker* I § 24 mit Beilage II.

des Gläubigers sich auf den Ersatz seines Interesses an der Leistung in Geld richte.[40] Daraus folgte nach *Schweppe*, dass mehrere Gläubiger eines Zahlungsfähigen stets „sämmtlich befriediget werden; nur wird bloß der eine die zu leistende Sache selbst, die anderen eine Entschädigung erhalten".[41] Schneidig formulierte *Keller*: „So lange der Schuldner aufrecht steht, das heisst, sich nicht in dem Zustande des Concurses befindet, ist eine eigentliche Collision seiner Creditoren gar nicht denkbar".[42] Dass die Ausübung einer Forderung dazu führen könnte, dass ein anderer Gläubiger auch keinen Ersatz mehr zu fordern hätte, zog er dabei nicht in Betracht. Die übrigen Autoren, die der Forderungskollision gesonderte Aufmerksamkeit schenkten, verwendeten den Terminus auch für andere Situationen als die Insolvenz.

3. Behandlung außerhalb des Konkurses

Über die Behandlung der Forderungskollision herrschte insoweit Einigkeit, dass eine schon erbrachte Leistung nicht zurückgewährt werden musste: War ein Gläubiger befriedigt, so sollte es dabei bleiben. Auch mit Blick auf die Fälle der Kollision abseits der Insolvenz wurden hierfür die Quellen angeführt, wonach ein Gläubiger behalten durfte, was er vor der *cessio bonorum* vom späteren Gemeinschuldner erhalten hatte.[43] Nur Legatare sollten das erhaltene Vermächtnis zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger herausgeben müssen.[44]

---

[40] Zur Frage einer Kollision zwischen dinglichen und persönlichen Rechten *Kierulff* I § 11 C. 235 f.: „Denn beide Rechte divergiren wesentlich in ihrem juristischen Gehalt: das dingliche Recht bindet Jeden, und hat die specielle Sache zum factischen Inhalt; das persönliche aber bindet juristisch nur den Willen des obligirten Subjects, und hat zum practischen Object nur den dem Interesse des Berechtigten entsprechenden Theil des Vermögens des Verpflichteten". Allerdings räumt er an anderer Stelle ein: „Es giebt Verträge über individuell bestimmte persönliche Leistungen, welche durch bloßen Ersatz des Interesse nicht immer genügend vertreten werden können" (233 in * mit Blick auf D. 19,2,26; dazu sogleich Fn. 50).

[41] *Schweppe* III § 406 81. Er sprach aber auch hier von Forderungskollision. – Ähnlich ohne begriffliche Fassung *Koch* I § 46 461: „Wenn alle nebeneinanderstehenden Obligationen eines Debitors nicht vollständig können erfüllt werden, so wird die eine oder die andere auf eine [!] Geldgeben reducirt, und dadurch ausgeglichen. Dieß läßt sich jedoch nur da denken, wo Geld im Vermögen des Schuldners vorhanden ist, oder aus andern Gegenstänen geschafft werden kann".

[42] *Keller* § 267 511.

[43] Siehe *Wening-Ingenheim* II § 34 bei Fn. o; *Schweppe* III § 406 80 f.; *Göschen* II 2 § 421 Nr. 1 150; *Unger* I § 70 629 f.; *Unterholzner* I Rn. 185 (395) mit Anm. c; *Windscheid* I 1. Aufl. § 121 291 f. mit Anm. 5; *Bekker* I § 24 Beilage II 74: Sie verweisen auf Ulpian/Julian D. 42,8,6,7 (dazu im ersten Kapitel bei Fn. 143) und Scaevola D. 42,8,24 (dazu im ersten Kapitel bei Fn. 144). Ohne Quellenangabe *Wächter* II § 182 338 f.

[44] So unter Berufung auf Julian 47 *digestorum* D. 39,6,17 und C. 6,30,22,5 (a. 531) (dazu im ersten Kapitel Fn. 74) *Wening-Ingenheim* II § 34 mit Fn. u; *Schweppe* III § 406 81 mit Fn. 2. Nicht nur auf Legatare, sondern auch auf andere nachrangige Erbschaftsgläubiger bezieht diese Regel *Göschen* II 2 § 421 Nr. 1 mit Fn. 2. – Vergleiche für das geltende Recht noch im fünften Kapitel bei Fn. 113.

Sofern die Gläubiger noch nicht befriedigt worden waren, sollte im Fall der Zahlungsunfähigkeit der Konkurs dafür sorgen, dass sie nach den gemeinrechtlichen Privilegien und im Übrigen gleich behandelt wurden.[45] Auseinander gingen die Meinungen nur darüber, wie die vom Konkursverfahren nicht erfassten Fälle der Forderungskollision zu behandeln waren.

a) Bevorzugung bestimmter Forderungen

Für Kollisionen außerhalb des Konkurses wurden verschiedene Kriterien für einen Vorrang von Forderungen diskutiert. Auch hier ging es nicht darum, schon erbrachte Leistungen rückabzuwickeln, sondern nur um die Entscheidung noch ungelöster Konflikte. Bausteine für die verschiedenen Lösungen lieferten die in den Digesten überlieferten Fälle, deren Entscheidungen die Pandektenwissenschaftler auf unterschiedliche Weise zu harmonisieren suchten.

Besonders uneinig war man sich über einen Vorrang der älteren Forderung (Priorität). Dass sein höheres Alter einem Anspruch keinen Vorteil gibt, formulieren einige Autoren geradezu als wesentlichen Unterschied zu dinglichen Rechten, deren Rang sich nach dem Alter bemisst.[46] Die Gegner beriefen sich auf Ulpian D. 19,2,26, wonach von mehreren Dienstnehmern der erste zuerst befriedigt werden muss.[47] Während *Schweppe*, *Göschen* und *Mühlenbruch* demgemäß alle Kollisionen außerhalb des Konkurses nach dem Alter der Forderung entscheiden wollten,[48] beschränkten *Wächter*, *Wening-Ingenheim* und *Unterholzner* die Lösung auf die Fälle, in denen der Schuldner einem Gläubiger eine Leistung in Natur erbringen, einem anderen dessen Interesse an der Leistung ersetzen muss.[49] Wieder andere sahen hierin bloß eine Ausnahme für das Recht der *locatio conductio*. Ein Teil der Literatur schließlich fasste die Entscheidung gar nicht als Lösung einer Forderungskollision auf, sondern als

[45] Siehe die Nachweise in Fn. 39.

[46] Einige Autoren behaupteten im Allgemeinen Teil die Unabhängigkeit vom Alter, zogen aber bei den näheren Ausführungen im Obligationenrecht durchaus das Alter als Kriterium für Kollisionen außerhalb des Konkurses heran. Vgl. die allgemeinen Äußerungen von *Wening-Ingenheim* I § 38 bei Fn. s, 54 f.; *Schweppe* I § 160 345 (obwohl er bei Fn. 4 D. 19,2,26 zitiert!); *Göschen* I § 129 370 („in der Regel"); *Wächter* I § 96 491 mit den besonderen, die in den folgenden Fußnoten in Bezug genommen sind.

[47] Zu D. 19,2,26 und den möglichen Deutungen im ersten Kapitel bei Fn. 305.

[48] *Schweppe* III § 406 81 (weil der solvente Schuldner stets Ersatz leisten müsse; oben bei Fn. 41); *Göschen* II 2 § 421 150 f. – So entschied auch das Sächsische BGB; dazu unten bei Fn. 99. – *Mühlenbruch* I § 169 Fn. 5, 313 stützt auf den Text sogar eine Regel für alle Rechtskollisionen.

[49] *Wächter*, Württemberg II, § 76 593; *Wächter* II § 182 339 (jeweils nur mit Blick auf Speziesschulden); *Wening-Ingenheim* II § 34 48 bei Fn. t; *Unterholzner* I Rn. 185 (395).

Auslegungsregel für Verträge, mit der man vermied, dass die daraus resultierenden Forderungen überhaupt kollidierten.[50]

Erwogen wurde außerdem, ob Gläubiger außerhalb des Konkurses einen Vorzug vor anderen im Wettlauf erringen können, auch ohne schon befriedigt oder besichert worden zu sein.

Zur Debatte stand ein Vorzug der zuerst gerichtlich geltend gemachten Forderung. Auch hierfür stritt römische Autorität. Nach Paulus D. 30,33 sollte von mehreren Vermächtnisnehmern, denen jeder der Gegenstand ganz vermacht war, derjenige, der zuerst Klage erhoben hatte, entscheiden dürfen, ob er den Gegenstand selbst oder ihren Wert erhielt.[51] *Kierulff* und *Böcking* wollten diese Regel für jede Situation gelten lassen, in der von mehreren Gläubigern einer die Sache, ein anderer den Wert zu fordern hatte.[52] Eine Regel für alle Forderungskollisionen außerhalb des Konkurses nahmen hingegen *Schweppe* und *Göschen* an, die dadurch Einklang mit Ulpians Entscheidung herstellen konnten, dass sie die frühere Klageerhebung zum subsidiären Kriterium für gleichalte Forderungen erklärten:[53] Denn die Ansprüche aus den doppelten Vermächtnissen entstehen mit dem Tod, also zugleich.[54]

---

[50] *Böcking* I § 128 554 Fn. 25 stellte sich wohl wie *Unger* I § 70 Fn. 26, 628 den Fall vor, dass eine Vereinbarung getroffen wird, bei der beide spätere Gläubiger gemeinsam anwesend sind. Der Schuldner schuldet dann dem nachstehenden auch keinen Ersatz. Vgl. auch die neue deutsche Übersetzung im ersten Kapitel Fn. 313. – Anders argumentierte *Kierulff* I 233 Note *: „Der locator kann nur versprechen wollen, was ihm bei Eintritt des verabredeten Termins nach seiner ganzen rechtlichen Lage zu leisten möglich ist, obgleich jener natürlich seinen vollen Entschädigungsanspruch behält." Woraus sich der Ersatzanspruch ergeben soll, wenn man das Versprechen so einseitig vom Standpunkt des Erklärenden aus auslegt, erschließt sich nicht. – Gegen eine Lösung, die den nichtsahnenden späteren Gläubiger jeden Anspruch aberkennt (so anscheinend *Dernburg* I § 42 Fn. 10, 93), votierte *Sintenis* II § 94 231 Fn. 35, der dem Text „allen practischen Werth absprechen" wollte; ähnlich später *Boor*, Kollision, 113: „Auf welche Fälle sollte sich die Regel beziehen – denn so allgemein wie sie in den Digesten steht, dürfte sie von Ulpian wohl kaum geschrieben worden sein – und was für praktische Folgen hat Ulpian aus seinem ‚convenit' ziehen wollen? Was sind überhaupt für praktische Folgen denkbar unter einem Prozeßsystem, das nur die Geldkondemnation kennt, in dem also Forderungen wenigstens im Stadium ihrer urteilsmäßigen Feststellung überhaupt nicht kollidieren können?".

[51] Zum Text (D. 30,33) und den möglichen Deutungen im ersten Kapitel bei Fn. 325. – Verwunderung darüber, dass die Entscheidung gerichtlichen Erfüllungszwang voraussetze, äußerte schon *Sintenis* II § 94 Fn. 36, 232.

[52] *Kierulff* I 238 Note *; *Böcking* I § 128 Fn. 28 und 29, jeweils bei b, 555. In diesem Sinne entschieden die Entwürfe Bürgerlicher Gesetzbücher für Hessen und Bayern, dazu unten III.2 und III.3. – Wie häufig *Kierulff* und *Böcking* tatsächlich nach dem Zeitpunkt der Klageerhebung entscheiden wollten, hängt davon ab, welche Verträge sie der Auslegungsregel unterziehen wollten, die sie aus D. 19,2,26 entnommen hatten und die dem früheren Vertragspartner den Vorzug gab (soeben bei Fn. 50).

[53] *Schweppe* III § 406 81; *Göschen* II 2 § 421 151 f. Die gleiche Lösung wählte der Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse; dazu unten III.5.

[54] Siehe für die Anwendung dieses Gedankens im geltenden Recht im vierten Kapitel Fn. 174.

Andere wollten dem schnelleren Gläubiger nicht schon bei Klageerhebung den Sieg zusprechen, sondern nur, wenn es ihm bereits gelungen ist, ein Urteil zu erstreiten. Sie konnten sich auf Entscheidungen Ulpians berufen, in denen es um die Haftung des Gewalthabers für mehrere Gläubiger eines Sondergutes[55] und für mehrere Delikte seines Gewaltunterworfenen[56] geht. Eine allgemeine Regel gewannen hieraus *Unger* und *Windscheid*; wobei *Unger* als einziger ein rechtskräftiges Urteil verlangte.[57] Allerdings unterscheiden sich diese Fälle von dem Fall des doppelten Vermächtnisses dadurch, dass hier nur ein Gläubiger überhaupt bedient wird, der andere gänzlich leer ausgeht („Alles oder nichts"), während dort bloß zu entscheiden war, welcher Gläubiger die Sache selbst, welcher ihren Wert erhält („Leistung oder Ersatz"). Den Unterschied betonten *Kierulff*, *Böcking* und *Wächter* und wollten nur dann erst die Erringung eines Urteils genügen lassen, wenn der Schuldner sich durch Leistung an einen Gläubiger auch gegenüber anderen befreite.[58] *Kierulff* und *Böcking* stellten für die anderen Fälle auf die frühere Klageerhebung ab, *Wächter* auf die frühere Entstehung der Forderung.[59]

b) Entscheidung mangels Bevorzugung

Soweit die Autoren ablehnten, einzelnen Gläubigern wegen des Alters ihrer Forderung, wegen früherer Klageerhebung oder früherem Urteil vor anderen ein Vorzug zuzusprechen, war nicht geklärt, wie die Kollision aufgelöst werden solle. Auch soweit die Autoren den Gläubigern die Möglichkeit zugestanden, im Wettlauf schon vor der Befriedigung einen Vorzug vor ihren Konkurrenten zu erringen, stand die Frage im Raum, was geschehen sollte, wenn noch kein Gläubiger einen solchen Vorzug errungen hatte. Nur einige nahmen hierzu ausdrücklich Stellung.

Dass die Kollision sich erst in der Vollstreckung entscheide, vertrat *Sintenis* für Kollisionen des Typs „Leistung oder Ersatz"; *Dernburg* für alle Forderungskollisionen.[60] Dafür argumentierten sie nicht aus den Quellen. Anscheinend leitete sie der bei *Stahl* und *Kierulff* nicht bis in diese Konsequenz verfolgte Gedanke, dass der die Kollision bildende Widerstreit tatsächlich, nicht rechtlich gelöst werden müsse:[61] Wenn das Recht einen Gläubiger dem ande-

[55] Nämlich mit der *actio de peculio*: Gaius D. 15,1,10; dazu im ersten Kapitel bei Fn. 162.
[56] Im Wege der Noxalhaftung: Ulpian D. 9,4,14 pr.; dazu im ersten Kapitel bei Fn. 233.
[57] *Unger* I § 70 Fn. 31, 630 (mit dem Beispiel des Doppelverkaufs einer Uhr); *Windscheid* I 1. Aufl. § 121 Fn. 5, 291 (mit der unklaren Einschränkung: „In dem Falle, wo durch die Ausübung eines Anspruchs die Ausübung eines andern unmöglich gemacht wird").
[58] *Kierulff* I § 11 C 238 Note *; *Böcking* I § 128 Fn. 31, 556; *Wächter*, Württemberg II, § 76 Fn. 12a, 593 (unter Hinweis auf eigene Ausführungen zur Correalobligation).
[59] Siehe zu *Wächter* oben Fn. 49, zu *Böcking* oben Fn. 52.
[60] *Sintenis* II § 94 Fn. 36, 232; *Dernburg* I § 42 93.
[61] Siehe oben bei Fn. 28 und 37.

ren die frühere Klage oder das frühere gerichtliche Obsiegen entgegenhalten lässt, stellt auch das noch eine Entscheidung dar.

Im Gegensatz dazu wollten ander Autoren durchaus rechtlich entscheiden und ließen sich dabei anscheinend vom Prinzip der Gleichbehandlung leiten. Schon *Thibaut* hatte „indirekte" Rechtskollisionen regelmäßig durch Verteilung entscheiden wollen (allerdings ohne Forderungskollisionen ausdrücklich einzubeziehen).[62] Bei Gattungsschulden einschließlich der Geldschuld wollte *Wächter* die konkursrechtliche Privilegienordnung anwenden und im Übrigen gleichmäßig verteilen.[63] *Sintenis* konzentrierte sich im Obligationenrecht auf die Kollisionen des Typs „Leistung oder Ersatz", bei denen erst die Vollstreckung entscheiden sollte,[64] postulierte aber im Allgemeinen Teil, dass, „wenn kein Zuvorkommen Statt gefunden hat, sich die Rechte in der Ausübung gegenseitig beschränken".[65] War kein Berechtigter dem anderen zuvorgekommen, so sah *Böcking* eines jeden Rechtsdurchsetzung „durch dessen Mitausübung seines Rechts beschränkt". Er dachte dabei gerade an Forderungskollisionen, wie der Verweis auf auf Quellen zur Gleichbehandlung im Konkurs zeigt.[66] Übereinstimmend formulierte *Unger*, demzufolge ein früheres Urteil Vorrang verschaffte: Andernfalls werde „jeder in der Ausübung seines Rechtes durch die Mitausübung aller Anderen beschränkt"; weswegen verteilt[67] oder, wenn „eine gemeinsame beschränkte Ausübung des Rechts nicht möglich" sei, verlost werden müsse.[68] Für die Verteilung brachte *Unger* als Beispiel das Vorgehen bei der Überzeichnung von Aktienemissionen.[69]

III. Die deutsche Gesetzgebung vor dem BGB

Die Forderungskollision begegnet in Gesetzen und Gesetzesvorhaben. Dies geschieht zum einen im Zusammenhang mit dem Konkurs: Wo er geregelt wird, muss man auch Bestimmungen über die Verteilung unter den Gläubigern treffen. So finden sich etwa auch im französischen Code civil ein Kapitel

[62] Zur indirekten Kollision *Thibauts* oben bei Fn. 15.

[63] *Wächter*, Württemberg II § 76 594. – Bei Stückschulden stellte er für den Konflikt Leistung oder Ersatz auf die ältere Forderung ab (oben bei Fn. 49). Unklar ist die Abgrenzung zu den Fällen, in denen „der Verpflichtete nur einem der Gläubiger zu leisten braucht" und das Urteil entscheiden soll (oben Fn. 58); dies soll wohl nur für die Gesamtforderung gelten.

[64] Siehe soeben bei Fn. 60.

[65] Siehe oben bei Fn. 36. Er zitiert auch Texte zur Forderungskollision (*Sintenis* I § 27 Anm. 15).

[66] *Böcking* I § 128 556 mit Anm. 30.

[67] *Unger* I § 70 631 f. mit Anm. 32 („ist keiner dem anderen zuvorgekommen").

[68] *Unger* I § 70 632 mit Anm. 34.

[69] Siehe an der in Fn. 67 angegebenen Stelle.

über *privilèges*[70] – trotz der revolutionären Abschaffung der „Privilegien".[71] Dass die Verfasser der Konkursordnung damit eine Forderungskollision bewältigen wollten, wurde bereits einleitend dargestellt.[72] Zum anderen mehren sich seit dem Ende des 18. Jahrhunderts die Versuche, das Phänomen der Forderungskollision in Kodifikationsprojekten umfassend zu regeln; teilweise im Rahmen einer noch allgemeineren Normierung von Rechtskollisionen.

Nicht alle Gesetzbücher behandelten die Rechtskollision. Während das 1787 in Kraft getretene Josephinische Gesetzbuch Privilegien und ihre Kollision im Sinne der älteren Doktrin regelte,[73] beschränkte sich das 1812 in Kraft getretene Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch darauf, die Privilegien anderen Rechten gleichzustellen.[74] Über die Kollision der Rechte besagte das ABGB nichts; sehr zum Gefallen von *Josef Unger*: „Das österreichische Gesetzbuch […] hat in sehr passender Weise diese ganze Frage der wissenschaftlichen Theorie überlassen".[75]

1. Allgemeines Landrecht

Bereits das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 hatte Regeln für Rechtskollisionen aufgestellt. Bei den „Allgemeinen Grundsätzen des Rechts" heißt es in der Einleitung unter der Überschrift „Collision":

§ 95: „Wenn das Recht des Einen der Ausübung des Rechts eines Andern entgegen steht, so muß das mindere Recht dem stärkern weichen."

§ 96: „In Ermangelung besondrer gesetzlicher Vorschriften muß der, welcher durch Ausübung seines Rechts einen Vortheil sucht, dem nachstehen, der nur einen Schaden abzuwenden bedacht ist."

---

[70] Livre III, titre xviii (*Des privilèges et hypothèques*), chapitre ii Code civil 1804. Eine Definition gibt art. 2095: *Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires.*

[71] Siehe oben Fn. 6.

[72] Siehe das Zitat aus den Motiven in der Einleitung bei Fn. 6.

[73] § 17: „Zwischen zwei gleich begünstigten Personen, die in dem Genuße ihrer Befreiung zusammentreffen, und einander hinderlich fallen, gebührt dem, welcher ohne die Befreiung einen wesentlichen Schaden leiden würde, der Vorzug vor dem andern, dem der Genuß seiner Begünstigung nur Gewin brächte. Wo aber bei beiden gleich entweder um Abwendung eines Schadens, oder um blossem Gewinn zu thun wäre, ist die Befreiung überwiegender, welcher bei der Verleihung in Zusammentreffung mit andern der Vorzug nammentlich zugestanden worden. Bei allen andern Begünstigungen ist die ältere der später verliehenen vorzuziehen, wenn nicht die erstere durch die leztere ausdrücklich aufgehoben wird". Siehe dazu *Unger* I § 65 594 f. mit Anm. 52.

[74] § 13 ABGB: „Die einzelnen Personen oder auch ganzen Körpern verliehenen Privilegien und Befreyungen sind, in so fern hierüber die politischen Verordnungen keine besondere Bestimmung enthalten, gleich den übrigen Rechten zu beurtheilen." Siehe dazu *Unger* I § 65 594–596.

[75] *Unger* I § 70 Anm. 1 (621). Er fährt fort mit einer Rüge der österreichischen Lehre, die zu der Frage noch nichts beigetragen habe.

§ 97: „Sind die in Collision kommenden Rechte von gleicher Beschaffenheit, so muß jeder der Berechtigten von dem seinen so viel nachgeben, als erforderlich ist, damit die Ausübung beyder zugleich bestehen könne."

§ 98: „Bis zu erfolgenden richterlichen Bestimmung des entstanden Collisionsfalles, muß die Sache zwischen den Berechtigten in dem Stande bleiben, in welchem sie bis dahin gewesen ist."

Inhaltlich entstammten diese Regeln der Debatte um besondere Rechte.[76] Trotzdem gelangte das Landrecht damit von der Ebene der besonderen Rechte auf die des allgemeinen Rechts.

Auf Kabinettsorder entfiel eine Vorschrift, wonach Privilegien nur unbeschadet älterer Sonderrechte hätten erteilt werden dürfen.[77] Das ermöglichte dem König, Privilegien zu vergeben, die früheren Privilegien widersprechen. Es stärkte den Souverän gegenüber den Ständen. Dieser Effekt wurde aber dadurch konterkariert, dass die Konservativen eine Vorschrift erstritten, wonach Privilegien nur gegen Entschädigung aufgehoben werden konnten, und zwar sogar, wenn sie aus bloßer Gnade, also ohne Gegenleistung des Privilegierten gewährt worden waren (§ 70 der Einleitung: „Privilegia, auch solche, die durch einen lästigen Vertrag erworben worden, kann der Staat, jedoch nur aus überwiegenden Gründen des gemeinen Wohls, und nur gegen hinlängliche Entschädigung des Privilegirten, wieder aufheben"). Das sicherte die bestehenden Ausnahmerechte faktisch effektiv ab.[78] Weitere, explizit der Kollision von Privilegien gewidmete Regeln fehlten in den Entwürfen ebenso wie im späteren Gesetz.[79] Die Verallgemeinerung der Kollisionsregeln mochte einen Weg geboten haben, die Kraft der Privilegien unauffällig zu relativieren: Fasste man sie darunter, so gingen weder Privilegien selbstverständlich dem allgemeinen Recht, noch das ältere selbstverständlich dem jüngeren vor. Jedenfalls musste man empfinden, nicht nur besondere, sondern auch ganz normale Rechte könnten miteinander kollidieren und bedürften hierfür einer Regel.

Dieser Sprung blieb erstaunlich unbemerkt: Die Zeitgenossen rühmten als Vorreiter nicht den preußischen Gesetzgeber, sondern den – späteren – *Thibaut*.[80] In der Literatur zum preußischen Recht wurden die §§ 95 bis 98 der

[76] Die Vorschriften wurden im Gesetzgebungsverfahren aber anscheinend nicht im Zusammenhang mit den Privilegien diskutiert. Sie begegnen jedenfalls nicht in den Darstellungen von *Mohnhaupt*, Ius commune 5 (1975) 97–109, und *Schwennicke*, Entstehung, 237–270 (der die „Allgemeinen Grundsätze" ausspart).

[77] *Schwennicke*, Entstehung, 58 ff., 245 f.

[78] *Schwennicke* 58 ff., 257 f.

[79] Zum weiteren Schicksal des Privilegs siehe *Lieb*, Privileg und Verwaltungsakt, 66 ff. (84–88).

[80] Dem preußischen Gesetzgeber gesteht man bloß zu, die frühere Auseinandersetzung mit Privilegien aufzuschreiben. Die Missachtung begann schon mit *Hufeland* II 2. Abt. 7. Abh., 6, 53 f. (1817). Sie setzt sich fort, vgl. sodann etwa *Biscardi*, Il dogma della collisione, 19 f., oder nun *Haferkamp* in: HKK, vor §§ 226–231 Rn. 1, Fn. 5. Richtig *Zachmann*, Kollision, 18.

Einleitung im Sinne der durch *Thibaut* begonnenen gemeinrechtlichen Debatte besprochen.[81]

Die Interpreten nahmen Forderungen mit in den Blick. Als Kollision erachteten sie auch das Verhältnis zwischen dinglichen und persönlichen Rechten auf dieselbe Sache, wobei regelmäßig das dingliche vorgehe.[82] Für kollidierende Forderungen erschien nach § 97 der Einleitung die wechselseitige Beschränkung als Lösung des Landrechts, sofern keine Forderung „stärker" (§ 75) war als die andere.[83] Über diese Stärke entschied aber auch das Alter der Forderung. Das so genannte *ius ad rem* des Allgemeinen Landrechts[84] ergab sich gerade daraus, dass der Konflikt zwischen mehreren dinglichen Prätendenten als Konflikt iher Forderungen gefasst wurde, den regelmäßig die ältere für sich entscheiden konnte. Deutlich zeigen dies die Regeln zum Doppelverkauf.[85] Im Titel über den abgeleiteten Eigentumserwerb (I 10) heißt es für Grundstücke:

[81] Schon vor *Thibaut* wurde die Regelung als auf die Kollision von Rechten im allgemeinen gemünzt verstanden; siehe nur *Gründler* I § 272 (150 f.). Bereits unter dem Eindruck der gemeinrechtlichen Debatte schrieben *Bornemann* I (hier 2. Aufl.) § 43 (200 f.); *Förster* I (hier 3. Aufl.) § 18 (80–82); *Hiersemenzel* I 75.

[82] *Bornemann* I (hier 2. Aufl.) § 43: „Die sich hierbei von selbst aufdrängende Frage: nach welchem Princip die Stärke der kollidirenden Rechte zu beurtheilen sei? läßt sich im Allgemeinen nicht beantworten. In der Regel, aber nicht immer, geht das dingliche Recht dem persönlichen vor" (201); *Förster* I (hier 3. Aufl.) § 18: „Es kann also eine Kollision vorhanden sein, wenn ein dingliches und ein persönliches Recht auf denselben Gegenstand zusammentreffen, obgleich beide Rechte ungleichartig sind. […] Es fragt sich, worin die größere Stärke zu finden ist. […] unmittelbare und vollere Beherrschung des Gegenstandes bei dem einen, als bei dem andern (bei dem durch Besitz oder Eintragung begründeten dinglichen Recht gegenüber dem persönlichen)" (81 f.).

[83] *Bornemann* I (hier 2. Aufl.) § 43: „Oft muß das jüngere dem älteren weichen, indem z.B. bei der Kollision mehrerer Ehegelöbnisse oder privilegirter Forderungen die Priorität der Entstehung entscheiden. Eben so oft kommt aber auch diese Priorität nicht in Betracht, z.B. bei der Kollision solcher Forderungen welche in Cl. VI. und VII. bei Konkursen zu lociren sind" (201); *Förster* I (hier 3. Aufl.) § 18: „Es ist Kollision, wenn mehrere dingliche Rechte oder mehrere persönliche Rechte auf denselben Gegenstand sich vereinigen, und dieser nicht jedes vollständig befriedigen kann. […] Entscheidet nicht das Uebergewicht des einen Rechtes, sind beide gleich stark, so soll ein gegenseitiges Nachgeben stattfinden. Es ist nicht klar, wie dies in Werk gesetzt werden soll, wie man das Maß des Nachgebens zu finden hat, wenn es sich um einen theilbaren Gegenstand handelt. Der Grundsatz kann nur voraussetzen, daß eine verhältnißmäßige Theilung möglich ist, und dies tritt ein im Konkurse der gleichberechtigten Gläubiger gegen eine unzulängliche Masse. Ist der Gegenstand nicht theilbar, so wird das Loos entscheiden müssen, welches zwar das A.L.R. in einzelnen Fällen anwenden läßt, hier aber als allgemeines Lösungsmittel für Rechtskollisionen nicht erwähnt. Ebenso läßt es die Wirkung der Prävention unerwähnt, die gemeinrechtlich anerkannt wird. Gleichwohl wird sie auch für das preußische Recht anzuerkennen sein, weil sie, sofern der Prävenirende sich in den Besitz des Gegenstandes setzt, seinem Recht eine größere Stärke verleihet" (81 f.).

[84] Dazu *Wieling* JZ 1982, 839 (893 f.). – Siehe dazu noch im vierten Kapitel unter II.3.a).

[85] *Wieling* JZ 1982, 839 (840 Anm. 14) verweist außerdem zur Konkurrenz von Mietern und Pächtern mit Käufern auf ALR I 21 §§ 358–360; zu der von Lehensnehmern auf ALR I 18 §§ 458–461.

§ 18: „Wenn verschiedne Personen einen an sich rechtsgültigen Titel zur Erwerbung des Eigenthums einer unbeweglichen Sache erhalten haben, so geht derjenige, dessen Titel von dem im Hypothekenbuche eingetragnen Eigenthümer herrührt, den übrigen vor."

§ 19: „Haben die Prätendenten insgesammt ihren Titel von diesem eingetragnen Eigenthümer, so gebührt demjenigen, der seinen Titel zuerst in das Hypothekenbuch hat eintragen lassen, der Vorzug."

§ 20: „Hat noch keiner unter ihnen die Eintragung erhalten, so kann derjenige, dessen Titel zuerst entstanden ist, dieselbe vorzüglich fordern."

Für Mobilien heißt es dort:

§ 21: „Bey beweglichen Sachen hat unter mehrern, welche auf das Eigenthum aus einem an sich rechtsgültigen Titel Anspruch machen, derjenige, dessen Titel von dem bisherigen wahren Eigenthümer herrührt, der Regel nach, den Vorzug."

§ 22: „Haben die Prätendenten insgesammt ihren Titel von einer und eben derselben Person, so entscheidet, auch bey beweglichen Sachen, der Zeitpunkt der frühern Entstehung dieses Titels […]"

§ 23: „Ist aber einem unter diesen mehrern Prätendenten der Besitz der Sache eingeräumt worden, so schließt dieser die Eigenthumsansprüche der übrigen aus, ohne Rücksicht auf die Zeit, wenn dieselben entstanden sind […]"

Für Sachen jeder Art galt

§ 25: „Auch der, welcher zur Zeit der Eintragung oder Uebergabe den früher entstandnen Titel eines Andern weiß, kann zum Nachtheile desselben die früher erhaltene Eintragung oder Uebergabe nicht vorschützen."

Der Titel über dingliche und persönliche Rechte auf fremdes Eigentum (I 19) ergänzte:

§ 4: „Wenn also zwey oder mehrere, zu ein und eben derselben Sache, von dem Besitzer derselben ein persönliches Recht erlangt hatten: so schließt zwar derjenige, dessen persönliches Recht durch die Einräumung des Besitzes in ein dingliches übergegangen ist, den andern aus;"

§ 5: „Kann aber der Besitznehmer überführt werden, daß ihm das zu derselben Sache erlangte persönliche Recht des andern zur Zeit der Besitzergreifung schon bekannt gewesen sey: so kann er sich seines durch die Uebergabe entstandenen dinglichen Rechts gegen denselben nicht bedienen."

§ 6: „Vielmehr muß zwischen ihnen die Frage: welchem von beyden durch die Einräumung des Besitzes ein dingliches Recht beyzulegen sey? lediglich nach der Beschaffenheit ihres beyderseitigen persönlichen Rechts zur Sache entschieden werden."

Entscheidend war die „Beschaffenheit" der konkurrierenden persönlichen Rechte (I 19 § 6) und damit regelmäßig das Alter (I 10 § 20, § 22).[86] Ihre Posi-

[86] Zur Frage, ob auch bei Immobilien der Besitzende gegen ältere Titel zu schützen war, siehe *Rinteln*, Kamptz'sche Jahrbücher 30 (1827) 100–103.

tionen durch gegenseitiges Nachgeben ausgleichen (Einleitung § 97) sollten die Berechtigten nur subsidiär.

Im Preußischen Entwurf von 1842 waren keine allgemeinen Grundsätze zur Rechts- oder Forderungskollision mehr enthalten; selbst Regeln zur Privilegienkollision fehlten.[87]

2. Hessischer Entwurf

Im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen von 1853 fehlten Regeln für die Rechtskollision im Allgemeinen. Doch der Entwurf handelte in drei Artikeln „Von der Rangordnung der Verbindlichkeiten" und unterschied dabei danach, ob der Schuldner zahlungsfähig ist oder nicht:

Art. 258: „[Abs. 1] Haben mehrere Gläubiger aus verschiedenen von einander unabhängigen Rechtstiteln Forderungen gegen den nämlichen zahlungsfähigen Schuldner, so kann Jeder derselben neben dem anderen die ihm schuldige Leistung verlangen, falls diese Fordeurngen auf verschiedene Leistungen gerichtet sind. [Abs. 2] Sind dagegen diese Forderungen auf die nämliche Leistung gerichtet, und ist solche in der Weise, wie sie geschuldet wird, nur Einmal möglich, so kann nur Einer dieser Gläubiger diese Leistung fordern. Die übrigen Gläubiger haben dagegen, je nachdem den Schuldner dabei eine Schuld trifft, oder nicht, nur einen Ersatzanspruch nach Maasgabe des Art. 239 oder des Art. 220 Abs. 3."

Art. 259: „[Abs. 1] Hat im Falle des Art. 258 Abs. 2 Einer der Gläubiger bereits die Leistung empfangen, oder zuerst auf die Leistung geklagt, so behauptet dieser den Vorzug. [Abs. 2] Ist aber von den sämmtlichen Gläubigern gleichzeitig Klage auf dieselbe Leistung gegen den nämlichen Schuldner erhoben worden, so erhält derjenige den Vorzug, welcher den ältesten Rechtstitel für sich hat. [Abs. 3] Den übrigen Gläubigern verbleibt nur der in Art. 258 Abs. 2 bezeichnete Ersatzanspruch gegen den Schuldner."

Art. 260: „[Abs. 1] Ist wegen Unzulänglichkeit des Vermögens des Schuldners Gant erkannt, so haben diejenigen sich rechtzeitig meldenden Gläubiger, deren Forderungen gesetzlich ein besonderer Vorzug verliehen ist, nach Maasgabe dieses letzteren, zunächst Anspruch auf Befriedigung aus dem vorhandenen Vermögen des Schuldners. [Abs. 2] Sind die Forderungen der Gläubiger gesetzlich gleichbevorzugt, oder steht ihnen kein gesetzlicher Vorzug zu, so können die Gläubiger, ohne Rücksicht auf das Alter ihres Rechtstitels, ihre Befriedigung nebeneinander mittelst verhältnißmäßiger Theilung des schuldnerischen Vermögens verlangen."

Den Ausdruck „Kollision" findet man in den Motiven. Eine bloße Konkurrenz liege vor, wenn alle Gläubiger „neben einander ihre Befriedigung erhalten können". Eine Kollision hingegen bestünde erstens, wenn mehrere dieselbe Leistung zu fordern hätten, „während solche, in der Weise, wie sie geschuldet

[87] Siehe allerdings die Regeln zu Gebrauch, Auslegung und Aufhebung von Privilegien im Ersten Teil, §§ 95–111.

wird, nur einmal möglich ist", und zweitens bei Insolvenz.[88] Im ersten Fall müsse „nach aller Vernunft" der eine Gläubiger die Leistung, der andere Ersatz erhalten.[89] Bei Verschulden sei das gesamte Interesse, sonst nur der Wert des Leistungsgegenstandes zu ersetzen.[90] Der Entwurf drückte dies aus, indem er auf Vorschriften zum Inhalt der Obligation und zu den Folgen des Verschuldens im Fall der Unmöglichkeit verwies. In diesen Vorschriften wurde allerdings auch in Betracht gezogen, dass die Unmöglichkeit den Schuldner befreit;[91] wenn sie zufällig eintritt, war Befreiung für die Motive die Regel.[92] Der Verweis von der Forderungskollision berücksichtigte diese Variante nicht, schloss also stillschweigend aus, dass auch die Kollision den Schuldner befreien könnte. Die Leistung erhalte, wer sie bereits empfangen oder zuerst darauf geklagt habe; bei gleichzeitiger Klage sollte der Gläubiger mit der älteren Forderung vorgezogen werden. Hingegen seien im Konkurs (in der „Gant") die gesetzlich bevorzugten Forderungen vorab zu befriedigen, im Übrigen das Vermögen des Schuldners verhältnismäßig zu teilen.[93]

3. Bayerischer Entwurf

Auch im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern von 1861 fehlten Regeln zur Rechtskollision im Allgemeinen. Zudem sparte er den Konkurs gänzlich aus. Doch im Übrigen wurde unter der Überschrift „Zusammentreffen mehrerer Forderungen" die hessische Regelung in der Sache und weitgehend auch in der Formulierung aufgegriffen:

Art. 143: „[Abs. 1] Haben mehrere Gläubiger aus gesonderten von einander unabhängigen Rechtstiteln gegen den nämlichen Schuldner Forderungen auf die nämliche Leis-

[88] Motive Hessischer Entwurf, 134 f.
[89] Motive Hessischer Entwurf, 135.
[90] Motive Hessischer Entwurf, 135.
[91] Hessischer Entwurf Art. 220 Abs. 3: „Kann jedoch der Gegenstand der Verbindlichkeit aus einem vom Schuldner nicht zu verantwortenden Grunde nicht geleistet werden, so tritt in den Fällen, in welchen die Unmöglichkeit die Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit nicht zur Folge hat, an die Stelle jenes Gegenstandes dessen ordentlicher Werth, welcher mit Rücksicht auf den Ort und die Zeit, wo und wann jener Gegenstand geleistet werden sollte, zu bestimmen ist".
[92] Motive Hessischer Entwurf, 118: „Dagegen ist es doch möglich, daß der Gegenstand der Verbindlichkeit nicht geleistet werden kann, und der Grund hiervon entweder in einem Zufall liegt oder nicht. Im ersten Fall […] wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit liberirt. Im zweiten Falle aber hat der Verpflichtete, wenn er die Schuld trägt, wegen Verletzung seiner Verbindlichkeit das ganze Interesse des Gläubigers als Entschädigung zu prästiren […]. Kann aber der Verpflichtete den Gegenstand der Verbindlichkeit ohne seine Schuld in einem Falle nicht leisten, wo diese Unmöglichkeit seine Befreiung von der Verbindlichkeit nicht zur Folge hat, so tritt dann […] unmittelbar an die Stelle des ursprünglichen Obligationsgegenstand dessen ordentlicher Werth".
[93] Motive Hessischer Entwurf, 135 f.

tung, und ist dieselbe in der Weise, wie sie geschuldet wird, nur einmal möglich, so behauptet, vorbehaltlich besonderer Bestimmung, derjenige Gläubiger den Vorzug, welcher die Leistung bereits empfangen hat, oder wenn noch an keinen die Leistung geschehen ist, derjenige, welcher dieselbe zuerst eingeklagt hat. [Abs. 2] Haben mehrere Gläubiger gleichzeitig Klage erhoben, so hat derjenige den Vorzug, dessen Rechtstitel der ältere ist und bei gleichem Alter der Rechtstitel derjenige, für welchen das Loos entscheidet."

Art. 144: „Den Gläubigern, welche nach Maaßgabe des Artikels 143 die geschuldete Leistung nicht erhalten, bleiben ihre Ersatzansprüche gegen den Schuldner, und zwar, je nachdem diesen ein Verschulden trifft oder nicht, nach den Bestimmungen der Artikel 109 und 116 oder des Artikels 119, Abs. 2 vorbehalten."

Der bayerische Entwurf verzichtete allerdings auf die Feststellung, dass alle Gläubiger die Leistung unabhängig voneinander verlangen dürfen, weil sie überflüssig sei.[94] Für den Fall, dass mehrere zugleich aus gleich alten Forderungen klagen, ergänzte man eine Entscheidung und stellte auf das Los ab.

4. Sächsisches BGB

In eine andere Richtung steuerte das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1865.[95] Der Entwurf von 1852 hatte nur Regelungen für die Rechtskollision im Allgemeinen enthalten, die im Wesentlichen der des späteren Gesetzes entsprachen. Im Gesetz hieß es:

§ 130: „Stehen mehreren Personen Rechte zu, welche nicht neben einander ausgeübt werden können, so muß, wenn nicht gesetzliche Vorschriften etwas Anderes bestimmen, jeder Berechtigte von seinem Rechte so viel aufgeben, daß die theilweise Ausübung aller Rechte möglich wird. Kann oder darf dieß nicht geschehen, so entscheidet das Loos".[96]

Statt mehrerer Grundsätze – wie im preußischen Allgemeinen Landrecht[97] – war nur einer angeordnet: dass alle Konkurrenten auf ihre Positionen teilweise verzichten müssen.

Bei der Revision beriet man 1857 über eine Vorlage zur Forderungskollision, die der hessischen Regelung ähnelte.[98] Gegen den Vorschlag entschied die

[94] Motive Bayerischer Entwurf, 97.

[95] Zur Geschichte *Ahcin*, Entstehung.

[96] Dazu korresponiderten die §§ 111 f. des Entwurfs. Dass speziellere gesetzliche Vorschriften vorgehen, hatte der Entwurf nicht ausdrücklich klargestellt.

[97] Das ALR hatte davor noch die Regel gestellt, dass zu bevorzugen sei, wer keinen Vorteil erlangen, sondern nur einen Schaden abwenden will, siehe oben unter 1.

[98] Siehe §§ 98–101 des Entwurf von Friedrich Ortloff vom 31.7.1857, bei Hattenhauer/Schäfer, unter B.

Kommission, nicht auf die frühere Klageerhebung, sondern auf das Alter der Forderung abzustellen.[99]

§ 764: „Sind mehrere Personen aus verschiedenen Forderungen gegen denselben Schuldner auf die nämliche Leistung berechtigt und ist die Leistung von der Beschaffenheit, daß sie nur einer von ihnen zu Theil werden kann, so geht der Berechtigte, welchem geleistet worden ist, den übrigen vor. Ist noch keinem von den mehreren Berechtigten bereits geleistet worden, so entscheidet, wenn die Forderungen zu verschiedenen Zeiten entstanden sind, das Alter derselben, und, wenn die Forderungen gleichzeitig entstanden sind, das Loos über den Vorzug. Die nachstehenden Berechtigten haben unter den erforderlichen Voraussetzungen an der Stelle des Anspruches auf die Leistung ein Recht auf Schadenersatz."

Die Gründe sind nicht angegeben, doch die Kommentatoren erkannten im Altersvorzug ein Fortwirken des Gemeinen Rechts.[100] Auch dieses Kriterium galt nur, wenn nicht schon ein Gläubiger die Leistung erhalten hatte. Man betonte allerdings in den Beratungen, dass ein Gläubiger sich nicht arglistig gegen andere durchsetzen durfte.[101] Auf Klage und Urteil kam es nicht an, vielmehr entschied bei Forderungen gleichen Alters das Los.

Dass den zurückstehenden Gläubigern in jedem Fall Ersatzansprüche zustünden, wurde in der Diskussion unter Hinweis auf die Quellen zur Noxalhaftung in Zweifel gezogen; das Gesetz ließ mehreren Deutungen Raum, indem es den Ersatzanspruch von den „erforderlichen Voraussetzungen" abhängig machte.[102]

Auch die Insolvenz hinsichtlich des ganzen Vermögens oder eines Teils regelte man – wie der hessische Entwurf – mit: Wer nicht bevorrechtigt ist, wird hier anteilig befriedigt.

§ 765: „Im Falle des Zusammentreffens von Forderungen wegen Unzulänglichkeit des ganzen Vermögens oder einzelner Vermögenstheile des Schuldners haben zuvörderst die Gläubiger, welchen ein Vorzug gesetzlich zusteht, einen Anspruch auf Befriedigung aus der vorhandenen Vermögensmasse des Schuldners. Andere Gläubiger kommen, ohne Rücksicht auf das Alter ihrer Forderungen, neben einander nach Verhältniß der Größe ihrer Forderungen zur Befriedigung."

---

[99] In der 115. Sitzung der Revisions-Commission vom 10.11.1857, siehe das Protokoll bei Hattenhauer/Schäfer, unter F, 24–26: „nach weiterer Besprechung".

[100] Nämlich das D. 19,2,26 entnommene Prinzip (dazu oben bei Fn. 47): *Sintenis*, Anleitung zum BGB, 211 f.; *Siebenhaar*, Commentar II, § 764.

[101] Nach dem Protokoll der 115. Sitzung (soeben Fn. 99): „Man erachtete es hierbei als selbstverständlich, daß demjenigen, welcher sich dolo eine Priorität verschafft habe, hieraus ein rechtlicher Anspruch nicht erwachsen könne". In der folgenden Sitzung vom 12.11. kam die *actio Pauliana* zur Sprache; siehe das Protokoll, 10. – Auch die Motive zu §§ 783 bis 786 des Entwurfs von 1860 verweisen auf Erörterungen zum Schutz früherer gegen bösgläubige spätere Erwerber (Motive zu § 289).

[102] Siehe das Protokoll der 116. Sitzung vom 12.11.1857 (soeben Fn. 101), 1–3.

§ 766: „Forderungen, welche im Concurse des Schuldners nicht angemeldet worden, oder nicht vollständig zur Befriedigung gelangt sind, können nach Beendigung des Concurses gegen den Schuldner geltend gemacht werden, jedoch soviel die angemeldeten, aber nicht vollständig befriedigten betrifft, nur soweit sie leer ausgegangen sind."

Die Nachlassgläubiger ließ das Sächsische BGB abweichend von diesen Grundsätzen um die beschränkte Haftung des Erben vorläufig um die Wette laufen und gewährte ihnen im Innenverhältnis einen Ausgleichsanspruch.[103]

5. Dresdner Entwurf

Im Wesentlichen wie das Sächsische BGB entschied der (Dresdner) Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866. Das Hauptstück „Zusammentreffen mehrerer Forderungen" enthielt folgende Bestimmungen:

Art. 318: „Haben mehrere Gläubiger aus verschiedenen Rechtsgründen gegen denselben Schuldner Forderungen auf eine Leistung, welche vermöge ihrer Beschaffenheit nur Einem derselben zu Theil werden kann, und ist die Leistung noch an Keinen erfolgt, so entscheidet bei einem Streite unter den Gläubigern über den Vorzug, wenn die Forderungen zu verschiedenen Zeiten entstanden sind, das Alter derselben, und, wenn sie gleichzeitig entstanden sind, das Zuvorkommen durch Klageerhebung. Die nachstehenden Gläubiger haben unter den sonstigen Voraussetzungen an der Stelle des Anspruchs auf die Leistung ein Recht auf den Werth der Leistung oder auf Schadenersatz."

Art. 319: „Ist wegen Unzulänglichkeit des Vermögens des Schuldners Concurs eröffnet worden, so sind für die Ordnung, in welcher die Gläubiger zur Befriedigung gelangen, die Landesgesetze maßgebend".[104]

Die ausführlichen gedruckten Protokolle geben einen Eindruck von den Beratungen. Als selbstverständlich legte man zugrunde,

„daß persönliche Forderungen keine dingliche [sic!] Rechte geben, ein Gläubiger also, welchen einen Anspruch auf eine Sache habe, die Herausgabe derselben von einem Dritten, welcher sie aus einem anderen Rechtsgrunde erwerben und bereits übergeben erhalten, nicht und zwar selbst dann nicht fordern könne, wenn sein Anspruch bereits vor dem Uebergang der Sache an den Dritten begründet gewesen sei".[105]

Sobald ein Gläubiger die Leistung erhalten habe, sei die Kollision beendet.[106] Ein Antragsteller wollte auch Fälle regeln, in denen der Schuldner nur einmal

[103] Zu den §§ 2331 f. des Sächsischen BGB siehe v. *Schmitt*, Begründung des Entwurfs, 1012 f., in: Schubert, ErbR II, 268 f.; dazu *J.P. Schmidt*, Itinera, 462 f. bei Anm. 763.

[104] Der anschließende Art. 320 behandelte die Konkurrenz mehrerer Ansprüche eines einzigen Gläubigers gegen denselben Schuldner.

[105] Protokoll der 70. Sitzung, in: Protocolle II, 949.

[106] Dieser Hinweis eines Abgeordneten traf auf allgemeine Zustimmung, vgl. Protocolle II, 950 f.

leisten muss – er dachte an eine Ausschreibung, deren Bedingungen von mehreren erfüllt wird. Doch nach der Mehrheit schied auch hier eine Forderungskollision aus: Es gehe in dem Beispiel lediglich darum, „wer als der Berechtigte anzusehen sei, während der Art. […] bereits mehrere Berechtigte voraussetze".[107] An andere römischrechtliche Beispiele für die Befreiung des Schuldners[108] dachte man nicht. So kam man dazu, die Wirkung der Kollision als auf das Verhältnis der Gläubiger untereinander beschränkt anzusehen: „denn man werde nicht sagen wollen, daß der Schuldner sich gegen den einen Gläubiger mit dem Einwande solle schützen dürfen, daß einem andern Gläubiger ein besseres Recht auf die Leistung zustehe".[109] Dass die Römer sich durchaus nicht gescheut hatten, dem Schuldner im Interesse privilegierter Gläubiger Verteidigungsmittel gegen andere Gläubiger in die Hand zu geben,[110] übersah man dabei. Man ging wie der hessische Entwurf davon aus, dass zurückstehende Gläubiger stets Schadenersatz oder jedenfalls Wertersatz fordern könnten.[111]

Bemerkenswert ist, wie man sich für das Kriterium des Alters entschied. Man meinte, „daß für den Vorzug der älteren Forderung in dieser Allgemeinheit im gemeinen Rechte allerdings kein Anhalt gegeben sei, daß aber die Berücksichtigung des Alters schon aus dem einen Grunde nothwendig sei, weil sich Fälle denken ließen, in denen eine Prävention überhaupt nicht vorliege". Das Argument ist schwach, weil mehrere Forderungen auch gleich alt sein können, weswegen auch der Entwurf nicht ohne ein Hilfskriterium auskommt. Doch gab die Frage „zu einer besonderen Debatte keinen Anlaß, da man in dieser Beziehung die Bestimmung der Vorlage allseitig für zweckmäßig erkannte", das gemeine Recht keine allgemeine Regel kenne und auch die neueren Gesetze auseinandergingen.[112] Erst bei der späteren Durchsicht der Artikel erhob sich Widerspruch: Der Wachsame sei zu schützen und der Lösung des hessischen und des bayerischen Entwurfs zu folgen, was aber von der Kommission umstandslos zurückgewiesen wurde.[113] Bei Forderungen gleichen Alters sollte nicht – wie in Sachsen – das Los entscheiden, sondern das Zuvorkommen, wofür man – wie die Vorläufer – auf den Zeitpunkt der Klageerhebung abstellte. Eine Mindermeinung plädierte stattdessen für den Zeitpunkt der Rechtskraft, um zügige Prozessführung zu belohnen und liquide beweisbare Ansprüche nicht hinter solche zurücktreten zu lassen, um die erst langwierig gestritten werden muss. Die Mehrheit hielt dagegen, dass die Gläu-

[107] Protocolle II, 950.
[108] Zur Noxalhaftung Fn. 102.
[109] Protocolle II, 950.
[110] Siehe das Fazit des ersten Kapitels bei Fn. 344.
[111] Protocolle II, 952 f. Zum hessischen Entwurf oben bei Fn. 90.
[112] Protocolle II, 951.
[113] Protokoll der 288. Sitzung, in: Protocolle VI, 4196 f. Hier erscheint die gewählte Lösung schon als Anschluss an die Vorschrift des Sächsischen BGB.

biger die Prozessdauer nicht kontrollieren könnten, die vielmehr auch von der Mitwirkung des Beklagten abhinge; auch sollte vermieden werden, nebeneinander in derselben Angelegenheit mehrere Prozesse zu führen.[114] Die Verteilungskriterien für den Konkurs sollten ursprünglich in den Entwurf aufgenommen werden, wiederum wie im hessischen Vorbild: Vorbehaltlich gesetzlicher Anordnung sei ohne Rücksicht auf das Alter der Forderungen verhältnismäßig zu teilen. Man beschloss aber dann einstimmig, die Rangordnung im Konkurs den Landesgesetzen zu überlassen. So erübrigte sich auch die von einem Abgeordneten aufgeworfene Frage, ob nicht auch im Konkurs das Alter der Forderung als Kriterium dafür gelten müsse, welcher Gläubiger Naturalerfüllung erhalte.[115]

IV. Das Bürgerliche Gesetzbuch

Die mit der Abfassung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich betraute Kommission beschloss am 28. September 1874, dass neben den Redaktoren für Obligationen-, Sachen-, Familien- und Erbrecht ein fünfter Redaktor ernannt werden soll, um sich mit Fragen zu befassen, die in keinem der Spezialgebiete ihren Platz finden – dem späteren Allgemeinen Teil.[116] Die Grundlage hierfür bot eine Liste des Kommissionsmitglieds *Windscheid*, der diese Materien aufzählte.[117] Dabei erwähnte er die Rechtskollision nicht, wohl aber andere Aspekte der Ausübung der Rechte. Dies passt zu der eher spärlichen Behandlung des Themas in seinem Lehrbuch.[118] Doch der Beschluss der Kommission wich von *Windscheids* Vorlage ab. Sie gab dem künftigen Redaktor ausdrücklich zur Bearbeitung auf: „Was die Ausübung und Geltendmachung der Rechte angeht: Chikane, Collision der Rechte und sogenannter Klagenkonkurs, Selbsthülfe […]". Allerdings sollte diese (insgesamt recht lange) Liste nicht vorwegnehmen, ob eine Regelung der genannten Themen im Entwurf wirklich erforderlich war. Dieser Entscheidung musste die inhaltliche Arbeit vorausgehen.

Wie die Entscheidung gegen eine Regelung der Rechtskollision getroffen und was dabei über die Forderungskollision verhandelt wurde, soll nun dargestellt werden. Ein Überblick ist schnell gegeben: Der für den Allgemeinen Teil zuständige Redaktor *Albert Gebhard* schlug als Regel vor, dass die Inhaber kollidierender Rechte ihre Rechte grundsätzlich ausüben dürfen, soweit das tatsächlich möglich ist. Diese Regel war auf gleichrangige dingliche Rechte ge-

[114] Entschieden in der 70. Sitzung mit sechs gegen zwei Stimmen, Protocolle II, 951 f.
[115] Protocolle II, 953 f.
[116] *Schubert*, EinführungBGB, 220.
[117] Anlage Nr. 6 zum Protokoll vom 26.9.1874, in *Schubert*, EinführungBGB, 219 f.
[118] *Windscheid* I 1. Aufl. § 121 291 f., dazu oben Fn. 30.

münzt, nicht auf Forderungen, die seiner Auffassung nach gar nicht kollidieren konnten (1.). Hinsichtlich der Forderungen stimmte ihm die Kommission bei, die aber den Wettlauf nicht als allgemeines Prinzip der Rechtskollision sah. Vielmehr empfahl sie die Norm über die wechselseitige Beschränkung gleichrangiger Dienstbarkeiten zur analogen Anwendung (2.). Damit fehlt ein klares Signal dafür, was in den Fällen einer Forderungskollision gelten sollte, an die man nicht gedacht hatte.

1. Die Vorlage Gebhards

Unter den (vierten) Titel „Ausübung, Geltendmachung und Sicherung der Rechte" setzte *Gebhard* den folgenden § 198:

„Stehen mehreren Personen Rechte zu, welche nicht nebeneinander ausgeübt werden können, so ist jeder Berechtigte befugt, sein Recht insoweit auszuüben, als dies thatsächlich möglich ist. Ein Anspruch auf Beseitigung des Widerstreits durch gegenseitige Rechtsbeschränkung oder in anderer Weise besteht nur, sofern das Gesetz für einzelne Verhältnisse eines solchen erwähnt."[119]

Hier klingt *Windscheid* an, der in seinem Lehrbuch das Kollisionsproblem ganz ähnlich eingeordnet und beurteilt hatte.[120] *Gebhards* Begründung ergibt, dass die Norm sich auf Konflikte zwischen Gläubigern nicht beziehen sollte, weil Forderungen stets nebeneinander ausgeübt werden könnten, für solche Konflikte – die *Gebhard* nicht Kollisionen nennen wollte – aber natürlicherweise dasselbe gelten solle.

a) Begriffsbestimmung und Einführung

Eine Kollision im weiteren Sinn liege vor, so führte *Gebhard* aus, „sobald verschiedenen Personen Rechte zustehen, welche der Art sind, daß durch die Ausübung des einen Rechts der Bestand des anderen Rechts zerstört oder beschränkt, oder die Ausübung desselben ganz oder theilweise unmöglich gemacht werde". Als Kollision im engeren Sinne bezeichnete *Gebhard* den Fall, auf den seit *Kierulff* manche den Kollisionsbegriff hatten beschränken wollen: dass die kollidierenden Rechte „von gleicher Art und gleicher Stärke sind".[121]

An die Definition schloss *Gebhard* einen knappen Überblick über die Literatur seit *Thibaut* an, wobei er lediglich *Wächter*, *Unger* und *Kierulff* zi-

[119] *Gebhard*, Entwurf, in Schubert, AT 1, 35.

[120] *Windscheid* schrieb: „Im Besonderen ist die Ausübung eines Rechts deswegen nicht widerrechtlich, weil dadurch die Ausübung des Rechts eines Andern unmöglich gemacht, oder das Recht eines andern zerstört wird". Dazu oben Fn. 30.

[121] *Gebhard*, Ausübung der Rechte, 4, in Schubert, AT 2, 412.

tierte.[122] Außerdem referierte er die einschlägigen Normen des preußischen ALR und des sächsischen BGB. Für das österreichische Recht begnügte *Gebhard* sich mit dem Hinweis auf die Bemerkung, mit der *Unger* begrüßte, dass das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch die Frage der Wissenschaft überlassen hatte.[123]

Die von ihm vorgeschlagene Regelung sollte nur für die Kollision im engeren Sinne gelten: „Gleiche Stärke der Rechte voraussetzend, zieht sie die Prinzipien, welche für das Rangverhältniß konkurrierender Rechte maßgebend sind, nicht in ihren Bereich".[124]

b) Vier Fallgruppen

Um den Geltungsbereich der Regel auszuloten und ihren Inhalt zu rechtfertigen, erörterte *Gebhard* vier Fallgruppen, die üblicherweise im Umfeld der Rechtskollision im engeren Sinn erörtert wurden: Prätendentenstreitigkeiten, das Verhältnis mehrerer dinglicher Rechte, das Verhältnis zwischen dinglichen Rechten und Forderungen auf denselben Gegenstand, schließlich die Forderungskollisionen.

aa) Prätendentenstreitigkeiten

Rasch sonderte *Gebhard* die Situationen ab, in denen nicht mehrere bestehende Rechte einander zuwiderlaufen, sondern unklar ist, wem von mehreren Prätendenten ein Recht zukommt. Eine allgemeine Norm hierüber empfehle sich nicht.[125] Das Ergebnis entsprach dem der Literatur. Immerhin schlug *Gebhard* eine Regel für Zwillingsgeburten vor: War die Reihenfolge ungewiss, sollte gelost werden (§ 42). Im Übrigen wies er hin auf die im Entwurf des Obligationenrechts bereits vorliegende Vorschrift darüber, wie bei Auslobungen zu verfahren sei, wenn die Handlung mehrfach vorgenommen wurde.[126]

---

[122] In dieser Reihenfolge: *Gebhard*, Ausübung der Rechte, 5, in Schubert, AT 2, 413. – Im ganzen Abschnitt zieht *Gebhard* kontinuierlich *Unger* und *Wächter*, daneben *Windscheid* heran.

[123] *Gebhard*, Ausübung der Rechte, 5, in Schubert, AT 2, 413, mit Hinweis auf die oben bei Fn. 75 zitierte Stelle.

[124] *Gebhard*, Ausübung der Rechte, 6, in Schubert, AT 2, 414.

[125] *Gebhard*, Ausübung der Rechte, 7, in Schubert, AT 2, 415: „Die Möglichkeit, daß wegen ungenauer Bezeichnung einer Person oder wegen Unbeweislichkeit thatsächlicher Verhältnsse ungewiß sein kann, welcher von mehreren Personen ein Recht zustehe, giebt keinen Anlaß zur Aufnahme einer allgemeinen Vorschrift. Es erscheint räthlicher, die Lösung der jeweiligen Beweislage zu überlassen, als den Versuch einer künstlichen Regelung zu machen".

[126] *Gebhard*, Ausübung der Rechte, 7, in Schubert, AT 2, 415. Siehe zur unverändert Gesetz gewordenen Regel im vierten Kapitel unter II.1.a).

bb) Verhältnis mehrerer dinglicher Rechte

Näher untersuchte *Gebhard* das Verhältnis mehrerer dinglicher Rechte an der gleichen Sache. Begrenzte Rechte gingen dem Eigentum vor. Bereits bestehende Rechte verhinderten grundsätzlich nicht, dass später andere bestellt würden, doch habe das frühere den Vorrang. Nur, wenn frühere Rechte „ihrem Inhalte nach den Nutzen, den die dienende Sache in der von dem Rechte erfaßten Beziehung zu gewähren vermag, in seiner Totalität erschöpfen", entstehe ein zuwiderlaufendes späteres Recht gar nicht erst – so vor allem beim Nießbrauch. Dies sei aber nicht im allgemeinen Teil zu regeln.[127]

Eine Kollisionsregel werde erforderlich, wenn bei Grundstücken die Eintragung widersprüchlicher Positionen als gleich starke nach dem Sachenrecht möglich sei.[128] *Gebhard* referierte hierzu die Auffassung von *Ernst Eck*, dass in einem solchen Falle sich der Besitzer durchsetze, die Berechtigten aber „gegenseitige Zugeständnisse" machen müssten, wenn „keiner dem anderen zuvorgekommen" sei.[129] Hingegen hielt der Verfasser des Sachenrechtsentwurfs, *Reinhold Johow*, einen Wettlauf um den tatsächlichen Besitz für mit dem Grundbuchsystem unvereinbar.[130]

Für kollidierende Dienstbarkeiten gleichen Ranges hatte *Johow* daher in seinem § 241 stets den Richter zum Ausgleich der Interessen berufen:

„Stehen Dienstbarkeiten unter sich oder mit anderen Rechten an der dienenden Sache in Widerstreit, ohne daß ein Recht dem anderen vorgeht, so kann der Richter die nach den Grundsätzen über den Widerstreit der Rechte eintretende wechelseitige Beschrän-

[127] *Gebhard*, Ausübung der Rechte, 8 f., in Schubert, AT 2, 416 f.

[128] *Gebhard*, Ausübung der Rechte, 9 f., in Schubert, AT 2, 417 f.: „Dagegen müßten, wenn die Eintragung gleichartiger, einander entgegenstehender Berechtigungen zu gleichem Rechte zugelassen werden sollte, Schwierigkeiten entstehen, welche eine beonsere Regelung nothwendig machen würden, die wohl nur im Zusammenhange mit den sachenrechtlichen Vorschriften gegeben werden könnte" (417).

[129] *Gebhard*, Ausübung der Rechte, 9, in Schubert, AT 2, 417, mit Hinweis auf *Eck*, Doppelseitige Klagen, 126–131. Interessant ist, dass *Gebhard* die weiteren Ausführungen *Ecks* ignoriert, der den Anwendungsbereich der Teilungsklage verschiedentlich durch „Annahme eines der Sozietät analogen, quasicontraktlichen Verhältnisses" ausdehnt (131) und dabei auch das Verhältnis mehrerer Gläubiger in den Blick nimmt (zu *Eck* noch unten bei Fn. 228).

[130] *Johow*, Begründung, 1133, in: Schubert, SachenR 2, 73: „Auch nach dem Entwurfe bleibt eine Eintragung kollidirender Rechte zu gleichem Recht möglich, kann aber nur als der praktischen Bedeutung entbehrende Seltsamkeit betrachtet werden, denn es ist eine irrthümliche, unverständige oder unredliche Handlungweise, wenn der Eigenthümer mehr Gebrauchsrechte bewilligt, als nebeneinander realisirbar sind. Die Grundsätze über die Kollision inkompatibler dinglichlicher Rechte müssen die Entscheidung liefern. Die Lösung solcher Kollisionen findet die Doktrin entweder in einem Vorzuge desjenigen, welcher zuerst das Recht verwirklicht hat, oder in einer Reduktion oder in der Entscheidung durch das Loos [Fußnote mit Verweis auf *Windscheid*, *Unger* und *Kierulff*]. Der erste Weg wird mit Rücksicht auf das Grundbuchrecht und die Stellung Entwurfs zum Rechtsbesitze ausgeschlossen bleiben".

kung dahin ordnen, daß für die Ausübung ein räumliches und zeitliches Maaß gesetzt wird, oder daß, wo dieser Ausweg nicht anwendbar, der eine Theil gegen eine billige Entschädigung hinter dem anderen Theile zurückzustehen hat".[131]

Eine „wechelseitige Beschränkung" sollte sich also „nach den Grundsätzen über den Widerstreit der Rechte" ergeben. Ob man dazu eine Art von Gemeinschaft zwischen den Berechtigten konstruieren müsse, ließ *Johow* offen.[132]

Zu der Annahme, die *Johow* damit über die Lehre der Rechtskollision artikuliert hatte – also eine dem Allgemeinen Teil angehörige Materie –, nahm *Gebhard* nicht sogleich im Anschluss Stellung, sondern erst in der sehr kurzen eigentlichen Begründung seines Regelungsvorschlags am Ende der Motive.[133] Er fuhr mit der Erwägung fort, dass für bewegliche Sachen keine Regel notwendig sei, da wegen der erforderlichen Übergabe nie zwei Rechte zugleich bestellt werden könnten. Nur bei Forderungen seien gleichzeitige Verfügungen durch den Inhaber und einen Stellvertreter denkbar. Bei Zusammentreffen von Zession und Erlass müssten beide Verfügungen unwirksam, bei Zession und Belastung beide wirksam sein. Regelmäßig geschähen die Handlungen aber nicht wirklich zugleich.[134]

cc) Verhältnis zwischen dinglichen Rechten und Forderungen

Nicht mehr als einen Hinweis gab *Gebhard* auf „[d]ie Regeln, welche darüber entscheiden, wie sich dingliche Rechte an einer Sache zu Forderungsrechten verhalten, welche dieselbe Sache zum Leistungsgegenstand haben". Seiner Auffassung nach folgten diese „aus der Wesenverschiedenheit des dinglichen und des persönlichen Rechts und bedürfen einer näheren Erörterung nicht".[135] Er berief sich hierzu auf *Unger*, der das Sprichwort „Kauf bricht Miete" erläuterte: Diese Parömie drücke nicht größere Stärke des dinglichen Rechts des Erwerbers gegenüber dem obligatorischen Anspruch des Mieters aus. Vielmehr resultiere das Ergebnis daraus, dass die Sache nur „mittelbarer Gegenstand" des Forderungsrechts sei, die verschiedenen Rechte also unterschiedlichen Inhalt hätten und nicht kollidierten, da das Recht des Mieters

[131] § 241 des Sachenrechtsentwurfs. Eine ergänzende Regel traf § 258: „Bestehen an einem Grundstücke mehrere gleichartige Benutzungsrechte, die nebeneinander ohgne Beeinträchtigung ausgeübt werden können, so hat bei mangelnder Einigung der Betheiligten jeder von ihnen gegen die übrigen den Anspruch auf eine solche Regelung der Ausübung, daß gegenseitige Störungen vermieden werden".

[132] *Johow*, Begründung, 1134, in: Schubert, SachenR 2, 74. Eine Gemeinschaft nahm insbesondere *Eck* (soeben Fn. 129) an, auf den sich auch *Johow* bezog.

[133] Unten bei Fn. 168.

[134] *Gebhard*, Ausübung der Rechte, 10, in Schubert, AT 2, 418.

[135] *Gebhard*, Ausübung der Rechte, 10 f., in Schubert, AT 2, 418 f. – Zur abweichenden Position der preußischen Rechtslehre siehe oben bei Fn. 82.

den Erwerber nicht betreffe.[136] Diese Überlegung machte eine Kollisionsregel überflüssig. Ergänzend erinnerte der Verfasser des Allgemeinen Teils daran, dass der schon vorliegende Sachenrechtsentwurf das *ius ad rem* ablehnte,[137] wozu *Gebhard* in den seine Motive einleitenden Betrachtungen über die Arten der Rechte zustimmend Stellung genommen hatte.[138] Im Kontext der Ablehnung des *ius ad rem*[139] hatte auch der Redaktor des Sachenrechts die Auffassung geäußert, „daß dingliche Rechte mit Ansprüchen aus Rechtsgeschäften nicht kollidiren können".[140]

Es fällt auf, dass weder *Johow* noch *Gebhard* den Begriff des – von ihnen abgelehnten – *ius ad rem* mit dem Verhältnis zweier Forderungsrechte zueinander assoziierten. Damit schöpfen sie seine Bedeutung nicht aus. Denn soweit man ein Recht zur Sache anerkennt, stellt man nicht nur ein späteres dingliches Recht zurück, sondern verwehrt auch späteren gegenläufigen Forderungen die Aussicht auf Befriedigung in Natur. Man kann daher das *ius ad rem* auch begreifen als Entscheidung einer Forderungskollision nach dem Kriterium der Priorität.

dd) Zur Forderungskollision

Schließlich wandte *Gebhard* sich dem Problem zu, dass „mehrere Gläubiger gegen einen und denselben Schuldner Forderungsrechte auf eine Leistung haben, welche vermöge ihrer Beschaffenheit nur einem der Gläubiger zu Theil werden kann".[141] Damit adressierte er die Forderungskollisionen, blendete aber die Fälle aus, in denen es nicht die „Beschaffenheit" der Leistung ist, die die die Konkurrenz der Gläubiger verursacht.

Beim anschließenden Überblick über die Literatur beschränkte *Gebhard* sich auf die Positionen von *Unger* und *Wächter*[142] und ging von der Feststellung aus, dass eingetretene Erfüllung nicht mehr rückgängig gemacht werden soll, im Übrigen aber „Meinungsverschiedenheiten" bestünden. Die Digestenstellen, die *Gebhard* wiedergab, um die verschiedenen Lösungen der Kollision aufzuzeigen, gaben zugleich – wenn auch antike – Beispiele für Fälle, „in welchen der Verpflichtete nur einem der mehreren Gläubiger zu leisten brau-

[136] *Unger* I § 70 625 f. (bei Nr. 4). Zugleich verweist *Gebhard* auch auf *Exner*, Tradition, der 291 mit Anm. 9 seinerseits auf *Unger* verweist.
[137] *Gebhard*, Ausübung der Rechte, 11, in Schubert, AT 2, 419.
[138] *Gebhard*, Das subjektive Recht, 9 f., in Schubert, AT 1, 319 f. Dazu noch im vierten Kapitel bei Fn. 64.
[139] Dazu im vierten Kapitel bei Fn. 56.
[140] *Johow*, Begründung, 258, in: Schubert, SachenR 1, 382.
[141] *Gebhard*, Ausübung der Rechte, 11, in Schubert, AT 2, 419.
[142] Daneben zitiert er Windscheid und Wetzell.

che".[143] Dass er damit den Bereich verließ, den er sich abgesteckt hatte, kommentierte *Gebhard* nicht. Ebensowenig kommentierte er den von ihm wiedergegebenen Vorschlag *Wächters*, bei Gattungsschulden müssten sich mehrere Gläubiger die Ware teilen.[144] Er hob lediglich den Gegensatz hervor, dass bei mehrfacher Verpflichtung zur Übereignung einer einzelnen Sache nach *Unger* der Gläubiger die Sache erhalten sollte, der zuerst ein rechtskräftiges Urteil erstritt,[145] nach *Wächter* hingegen derjenige mit der älteren Forderung.[146]

Nach dem Literaturreferat präsentierte *Gebhard* die Lösungen des Sächsischen BGB (Priorität, sonst Los),[147] des Dresdener Entwurfs (Priorität, sonst Prävention durch Klageerhebung),[148] des Bayerischen Entwurfs (Prävention durch Klageerhebung, sonst Alter, sonst Los)[149] und des Hessischen Entwurfs (Prävention durch Klageerhebung, sonst Alter)[150]. Außerdem zitierte er § 26 der Seemannsordnung 1872, wonach der frühere Heuervertrag vorgeht, falls der Seemann nicht auf dem späteren Schiff zuerst anmustert.[151]

Mit einer knappen und sehr prinzipiellen Begründung distanzierte *Gebhard* sich von all diesen Ansätzen:

„Weder die gemeinrechtlichen Lehrsätze, noch die in den erwähnten Gesetzeswerken aufgenommenen Bestimmungen können zur Berücksichtigung empfohlen werden. Das Richtige wird sein, in Ansehung zusammentreffender Forderungsrechte keine Vorschrift zu geben. Das Wesen der obligatorischen Willensherrschaft schließt die Möglichkeit eigentlicher Kollision aus. Nicht die Forderungsrechte, nur das Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung durch Naturalleistung hat, kann in Widerstreit gerathen. Treffen Ansprüche auf Uebertragung des Eigentums an derselben beweglichen Sache zusammen, so ergiebt sich von selbst, daß derjenige, welcher in Folge erlangter Tradition Eigenthum erwirbt, aus dem Kreise der Forderungsberechtigten ausscheidet. Darf sich der Schuldner, der durch nacheinander abgeschlossene Verträge die Verbindlichkeit übernommen hat, denselben Gegenstand verschiedenen Personen zu übertragen, keinem der Forderungsberechtigten gegenüber darauf berufen, daß er aus einem älteren oder jüngeren Vertrage Anderen verpflichtet sei, so ist nicht abzusehen, weshalb zwischen den Gläubigern, die unter sich in keinem Rechtsverhältnis stehen, das Alter der Forderung oder das Zuvorkommen durch Klageerhebung oder durch Erlangung eines rechtskräftigen Urtheils einen Vorzug begründen soll. Das allgemeine, für Forde-

[143] *Gebhard* erwähnt D. 15,1,10 zur Prävention bei der *actio de peculio* (oben Fn. 55) und D. 9,4,14 pr. zur Noxalhaftung (oben Fn. 56) sowie den selten behandelten Text Gaius D. 15,3,4 zur Prävention bei der *actio de in rem verso* (dazu im ersten Kapitel bei Fn. 190). Mit dem Zitat referiert er einen Hinweis *Wächters* zu diesen Quellen.

[144] Dazu oben bei Fn. 63.

[145] Dazu oben bei Fn. 57.

[146] Dazu oben bei Fn. 49.

[147] Zum Sächsischen BGB oben bei Fn. 99.

[148] Zum Dresdner Entwurf oben bei Fn. 104.

[149] Zum Bayerischen Entwurf oben III.3.

[150] Zum Hessischen Entwurf oben III.2.

[151] Zur Seemannsordnung näher bei Fn. 195; zu diesem Hinweis Gebhards bei Fn. 200.

rungsrechte jeden Inhalts maßgebende Prinzip kann nur sein, daß die Entscheidung allein von der Erfüllung des Anspruchs abhängig gemacht wird. Der Wettbewerb um die Erlangung der Erfüllung steht frei."[152]

Diese Begründung griffen später die Motive auf.[153] Bereits in der Einleitung habe ich ihre Defizite angesprochen: Erstens versäumte es *Gebhard*, die Wertungen der Konkursordnung zu integrieren; zweitens verdrängte er Fälle, in denen nicht alle Gläubiger Anspuch auf Ersatz haben; drittens klärte er nicht die Modalitäten des gerichtlich auszutragenden Wettlaufs.[154]

Für den Wettlauf forderte *Gebhard* dazu auf, die Motive zum Anfechtungsgesetz zu vergleichen.[155] Dort heißt es, dass unter mehreren Anfechtungsgläubigern kein Rangverhältnis bestehe, weswegen die frühere Pfändung entscheiden solle, ebenso wie es sich ja auch sonst verhalte, wenn mehrere Gläubiger gegen einen Schuldner vorgehen. Im Hintergrund stand die bei der Kodifikation des Zivilverfahrens mühsam getroffene Entscheidung für das Pfändungpfandrecht.[156] *Gebhard* hatte selbst bereits in der Kommission für die Zivilprozessordnung mitgewirkt.[157] Die damaligen heftigen Debatten hatten auf ihn offenbar den Effekt, dass er die für den Wettlauf getroffene Entscheidung verabsolutierte.

Erstaunlich bleibt, dass *Gebhard* Forderungskollisionen außerhalb des Konkurses negierte. Ein Vorbild hierfür hätte er in einer Äußerung von *Schweppe*[158] und der Begriffsbestimmung durch *Keller*[159] finden können, auf die er sich aber nicht bezog. Man hätte wenigstens eine Bemerkung dazu erwartet, dass die von *Gebhard* selbst zitierten Digestenstellen, in denen der Schuldner nur einmal leisten musste, Konstellationen behandelten, die im geltenden Recht nicht mehr relevant waren. Verblüffend ist auch, dass *Gebhard* zur Kollision dinglicher Rechte *Eck* zitierte, ohne zu beachten, dass der nur wenige Seiten weiter das Problem der Gefahrgemeinschaft mehrerer Käufer bei Sammelladung entwickelte.[160] Nimmt man die Beobachtung hinzu, dass *Gebhard* mit *Kierulff*, *Unger* und *Wächter* überhaupt nur einzelne Stimmen aus der Kollisionsdebatte herausgriff, so entsteht der Eindruck, dass er – der

[152] *Gebhard*, Ausübung der Rechte, 12 f., in Schubert, AT 2, 420 f.

[153] Motive I 276, ergänzen aus den Protokollen der Kommission die Feststellung, dass die Gläubiger aufeinander keine Rücksicht nehmen müssten, und die Überlegungen zur Blockade in der Vollstreckung.

[154] Siehe in der Einleitung bei Fn. 30 und 31.

[155] *Gebhard*, Ausübung der Rechte, 13, in Schubert, AT 2, 421, verweist auf Begründung zu § 6 des Anfechtungsgesetzes, S. 22, in: Hahn IV, 744, abgedruckt bereits oben in der Einleitung bei Fn. 14.

[156] Dazu noch im dritten Kapitel (ab Fn. 90).

[157] Siehe *Schubert*, CPO, 11 f.

[158] Vgl. oben bei Fn. 41.

[159] Vgl. oben bei Fn. 42.

[160] Siehe oben bei Fn. 129.

mit der Abgabe seines Teilentwurfs im Rückstand war –[161] den Stoff auf dem Gebiet der Rechtskollision nicht in der gebotenen Tiefe durchdrungen hatte.

Der Kommissionsvorsitzende *Heinrich Eduard von Pape* berichtete über *Gebhard*: „Insbesondere habe ich den Redaktor des Allgemeinen Theils wiederholt ersucht, seinen Entwurf, und sei es auch nur stückweise, zum Drucke einzuliefern; ich empfing mehrfache beruhigende Zusicherungen, die jedoch unerfüllt blieben. Das Verhalten des Redaktors vermag ich nur durch die Voraussetzung zu erklären, er habe von Anfang an eine unpassende Arbeitsmethode gewählt und andererseits fehle ihm die wünschenswerthe Entschlußfähigkeit, die verbunden mit einer überteibenden Besorgniß, Unvollkommenes zu liefern und der Kritik zu verfallen, ihn ungeachtet seiner nicht geringen Begabung und seiner schätzenswerthen Kenntnisse verhindern, zum Abschluß zu kommen".[162] Der beständige Druck, den *Pape* andeutet, mag dazu geführt haben, dass die Rechtskollision schließlich doch überhastet bearbeitet wurde.

Daneben ist die Geringschätzung des Zwangs zur Naturalerfüllung bemerkenswert, die darin zum Ausdruck kam, dass *Gebhard* dem Konflikt, welcher Gläubiger Leistung, welcher Ersatz erhält, die Qualifikation als Forderungskollision absprach: als läge es im „Wesen der obligatorischen Willensherrschaft", dass die Forderung durch Ersatzzahlung nicht weniger als durch die Erfüllung verwirklicht würde. Dabei erwähnte *Gebhard* selbst das „Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung durch Naturalleistung hat". Was dazu später *de Boor* bemerkte, ist nicht von der Hand zu weisen: „Es bleibt eine kuriose Erscheinung in unserer Gesetzgebungsgeschichte, daß der Gesetzgeber sich seines Amtes, Interessenkonflikte zu regeln, weigert, da diese Interessenkonflikte zwar unleugbar vorhanden, aber begriffswidrig seien".[163]

Doch die Argumentation des Redaktors hat nicht nur eine begriffliche Seite. Zugleich drückt sie eine Wertung aus: Für *Gebhard* trat das Naturalerfüllungsinteresse der Gläubiger völlig hinter dem Umstand zurück, dass sie „unter sich in keinem Rechtsverhältnis stehen". Der Wettlauf war für *Gebhard* nicht einfach eine vorzugswürdige Lösung, etwa zur Belohnung des wachsamen Gläubigers, sondern das Resultat des natürlichen Laufs der Dinge, in den einzugreifen er keine Rechtfertigung sah. Mit dieser Auffassung stand *Gebhard* in der Tradition von *Stahl*, die just in dem von ihm zitierten *Kierulff*[164] und dem in der Kommission geachteten und einflussreichen *Windscheid* stark nachhallte.[165]

[161] Über den Ablauf der Arbeit und *Gebhards* Erkrankung siehe Schubert, AT 1, x-xiii.

[162] Bericht vom 30.12.1880, abgedruckt in *Schubert*, EinführungBGB, 296–302 (301); insoweit nicht abgedruckt in Bundesratsdrucksache Nr. 13 der Session 1880/81.

[163] *Boor*, Kollision von Forderungsrechten, 10.

[164] Siehe oben bei Fn. 37.

[165] Siehe oben bei und in Fn. 30.

c) Begründung des Vorschlags

Nach Durchsicht der vier Fallgruppen – Prätendententenstreitigkeiten, Verhältnis dinglicher Rechte, Verhältnis von Forderungen und dinglichen Rechten, Forderungskollision – verblieb dem Redaktor für echte Kollisionen „nur ein verhältnismäßig kleiner Raum, im Wesentlichen beschränkt auf das Zusammentreffen begrenzter dinglicher Rechte von gleicher Art und gleicher Stärke".[166] Dass *Gebhard* immerhin hierfür eine Regel geben wollte, war wohl auch dadurch animiert, dass *Johow* angenommen hatte, die Lehre von der Rechtskollision fordere bei gleichrangigen Rechten ihre gegenseitige Beschränkung.[167] Ohne *Johow* zu benennen, griff *Gebhard* ihn an:

„Der Entwurf glaubt auch hier als allgemeine Regel nur das Prinzip aufstellen zu können, daß jeder Berechtigte befugt sei, sein Recht soweit auszuüben, als dies thatsächlich möglich ist. Für die künstliche Schaffung von Gemeinschaftsverhältnissen, lediglich zu dem Zwecke, um aus willkürlich gewonnener Grundlage Ansprüche der angeblichen Kommunionsinteressenten auf gegenseitige Beschränkung der Rechtsausübung ableiten zu können, düfte ein zwingendes praktisches Bedürfnis schwerlich vorhanden sein".[168]

Daher sollte nach dem vorgeschlagenen § 198 jeder konkurrierende Berechtigte sein Recht nach Belieben ausüben können, sofern nicht das Gesetz einen „Anspruch auf Beseitigung des Widerstreits durch gegenseitige Rechtsbeschränkung oder in anderer Weise" gesondert vorsah (wie der Sachenrechtsentwurf für Dienstbarkeiten). Für den Wettlauf sprach – wie bei den kollidierenden Interessen an Naturalerfüllung, die *Gebhard* nicht als Rechtskollision begriff – auch hier die Überlegung von *Stahl* und *Kierulff*: Zum Wettlauf kommt es von selbst, ohne gewaltsamen Eingriff des Rechts. Die begriffliche Einordnung als Kollision oder nicht führte bei *Gebhard* also nur zu einer formal anderen, nicht zu einer sachlich anderen Behandlung. Entscheidend war die fehlende Rechtsbeziehung zwischen den Konkurrenten, die nicht „künstlich" zur Solidarität gezwungen werden sollen.[169]

2. Die Entscheidung der (ersten) Kommission

Obwohl sie die Rechtskollision im Grundsatz nicht wie *Gebhard* betrachtete, stimmte die Kommission mit ihm über die Forderungskollision überein. Sie

[166] *Gebhard*, Ausübung der Rechte, in Schubert, AT 2, 421.

[167] Siehe oben bei Fn. 131. – *Gebhards* wahre Auffassung dürfte wohl in seinem ersten Satz zum Ausdruck kommen: „In dem Vorstehenden ist auszuführen versucht worden, daß kein Grund vorliege, für die unter a bis d besprochenen Verhältnisse eine Gesetzesvorschrift im Allgemeinen Theile aufzunehmen"; dazu gehörten unter b gerade auch die kollidierenden dinglichen Rechte.

[168] *Gebhard*, Ausübung der Rechte, in Schubert, AT II, 421.

[169] Damit erteilt *Gebhard* nicht nur *Johow* (oben bei Fn. 132), sondern auch *Eck* und den Reflexwirkungen *Jherings* eine Absage.

entschied sich auch dagegen, offene Fragen des Wettlaufs in der Vollstreckung zu regeln.

a) Die Sitzung vom 22.2.1882

In einer Sitzung vom 22.2.1882, bei der *Gebhard* fehlte, strich die Kommission den § 198 seines Teilentwurfs.[170] Sie stimmte dem Redaktor des Allgemeinen Teils zu, dass das Zusammentreffen von Rechten unterschiedlicher Stärke keiner Regelung bedürfe.[171] Doch während *Gebhard* für die Kollision im engeren Sinne, also die von gleichstarken Rechten, den Wettlauf als Normalfall angesehen hatte, gelangte die Kommission zu der Überzeugung, „daß weder das Prinzip der Prävention noch das Prinzip der Theilung oder gegenseitigen Beschränkung allgemeine Geltung beanspruchen könne". Auch für die Kollision dinglicher Rechte empfehle sich keine allgemeine Regel.

Über die Forderungskollision war man mit *Gebhard* einig. Der Schriftführer *Carl Heinrich Börner* notierte:

„Eine Kollision zwischen obligatorischen Ansprüchen aber sei – wenn man von dem seinen eigenen Regeln folgenden Konkurse absehe – begrifflich nicht möglich; nur die Interessen an der Erfüllung durch Naturalleistung könnten kollidiren, und hier gelte der Grundsatz, daß kein Berechtigter auf den anderen Rücksicht zu nehmen habe".

Diese Begründung schöpfte ersichtlich aus der Vorlage *Gebhards*. Doch die Kommission ging weiter und erörterte das vom Redaktor vernachlässigte Problem, wie der Wettlauf im Verfahren abläuft:

„Es gelte dies [dass keiner Rücksicht nehmen muss, G.A.] auch bei verschiedenen auf denselben Gegenstand gerichteten Ansprüchen von der Exekutionsinstanz, obschon in Rücksicht auf die letztere positiv vorgeschrieben werden könne, daß der eine oder andere Gläubiger, z.B. der, welcher einen älteren Titel oder welcher zuerst Klage erhoben habe, den Vorzug habe, wozu indeß kein genügender Grund vorliege".

Insbesondere lehnt die Mehrheit einen Antrag ab:

„Die Vorschrift zu streichen, dagegen in das Obligationenrecht einen Paragraphen aufzunehmen, der die Kollision zusammentreffender Forderungen bei der Zwangsvollstreckung – vorausgesetzt, daß für keine derselben durch Sicherheitsmaßregeln ein Vorzugsrecht begründet ist – dahin regelt, daß das Alter der Forderung, eventuell das Loos entscheidet und zwar als maßgebende Rechtsnorm für die Fälle, in welchen die Exekution gleichzeitig vorgenommen oder Dispositionsbeschränkungen vorausgegan-

[170] Siehe das Protokoll in Jakobs/Schubert, AT II, 1245 f.

[171] Hierunter fasst das Protokoll auch das Zusammentreffen von dinglichen und obligatorischen Rechten. Die „Grundsätz[e] der Rechtslogik" dürften eher mit *Gebhard* (bei Fn. 136) dafür sprechen, dass eine Forderung gegen einen Veräußerer gar nicht zum dinglichen Recht des Erwerbers in Beziehung steht.

gen sind, welche ohne Begründung eines Vorzugsrechts die Verfügungsmacht des Schuldners unterbinden".

Der Antragsteller wollte Situationen regeln, in denen der Wettlauf keinen eindeutigen Sieger erkennen lässt. Außer an gleichzeitig betriebene Vollstreckungsmaßnahmen dachte er auch an den Fall, dass die Gläubiger wechselseitig durch Verfügungsverbote den Erfolg der Exekution des anderen vereiteln und es so zu seinem Patt kommt. Dem hielt die Mehrheit entgegen, dass

„die betreffenden Fälle durch richtige Anwendungen der Normen über die Wirkungen der Dispositionsbeschränkungen u.s.w. ihre Erledigung finden würden".

Die Vorschriften über Verfügungsverbote sollten offenbar ausgelegt werden, dass kein Patt entsteht, also stets an einen der Gläubiger wirksam verfügt werden kann.[172] Warum der Fall gleichzeitiger Exekution nicht geregelt wurde,[173] bleibt offen.

Immerhin hatte die Kommission erkannt, dass den Organen der Zwangsvollstreckung vorgegeben werden muss, wie sie mit einer Konkurrenz von Vollstreckungsgläubigern umzugehen haben. Jedenfalls an diesem Punkt kann das Recht sich nicht mehr zurückhalten und das Geschehen seinen Lauf nehmen lassen. Mit der Einschaltung der staatlichen Vollstreckungsorgane beschränkt sich die Kollision nicht mehr auf die Beziehung der beiden Gläubiger zu ihrem Schuldner.

b) Die Sitzung vom 24.9.1884

Bei den Erwägungen zur Forderungskollision blieb es. Trotzdem ist interessant, was die Kommission zweieinhalb Jahre später, in der Sitzung vom 24.9.1884, zum Verhältnis dinglicher Rechte beriet.[174] Es ging um den § 241 des Sachenrechtsentwurfs, also Konkurrenz von Dienstbarkeiten und anderen Nutzungsrechten gleichen Ranges an demselben Grundstück. Die alte Fassung, wonach der Richer das Verhältnis „ordnen" könne, weil die Rechte sich nach den Grundsätzen der Rechtskollision gegenseitig beschränken,[175] musste geändert werden, nachdem man sich darauf verständigt hatte, dass es solche allgemeinen Grundsätze nicht gebe. Auch wollte man keinen unbestimmten Klagantrag des Inhalts zulassen, der Richter möge eine angemessene Maßnahme treffen. Stattdessen hatte man im vergleichbaren Fall der Verwaltung

[172] Genau diese Frage, ob zwischen relativen Veräußerungsverboten eine Hierarchie besteht, wird in den 1980er Jahren zum Gegenstand eines Schlagabtauschs zwischen *Hans Wieling* und *Jürgen Kohler*. Dazu im dritten Kapitel bei Fn. 263.

[173] Zum Problem gleichzeitig vorliegender Vollstreckungsanträge im geltenden Recht siehe im dritten Kapitel bei Fn. 117 und 135.

[174] Das Protokoll der Sitzung vom 24.9.1884 steht in Jakobs/Schubert, SachenR II, 15 f.

[175] Dazu oben bei Fn. 131.

gemeinschaftlicher Sachen beschlossen, der Kläger müsse auf Zustimmung zu einer konkreten von ihm vorgeschlagenen Maßnahme klagen.[176]

Ein Antrag von *Kurlbaum* auf Streichung des § 241 fand keine Mehrheit, da „man die für den Streichungsantrag empfohlene Lösung der Kollision durch das zufällige Moment der Prävention nicht für eine angemessene [hielt]". *Gebhard* selbst stellte seine Bedenken gegen eine „künstliche Schaffung von Gemeinschaftsverhältnissen"[177] offenbar hintan und schlug die letztgültige Formulierung der Norm vor. Aus dem § 973 E I ging ohne erhebliche Änderung[178] § 1024 BGB hervor:

„Trifft eine Grunddienstbarkeit mit einer anderen Grunddienstbarkeit oder einem sonstigen Nutzungsrecht an dem Grundstücke dergestalt zusammen, daß die Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang, so kann jeder Berechtigte eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung verlangen".

Demgegenüber hatte *Johow* eine Fassung vorgeschlagen, die den „Widerstreit" von Dienstbarkeiten mit jeglichen anderen Rechten in den Blick nahm. Doch für die Kollisionen einer Dienstbarkeit mit Hypotheken oder Reallasten wollte man lieber an anderer Stelle besondere Bestimmungen schaffen. Darüber wurde allerdings später – soweit ersichtlich – nicht mehr gesprochen. Nur beim Nießbrauch und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit verwies man auf die für die Dienstbarkeit getroffene Regel, ohne dass die Protokolle eine Debatte bezeugten.[179]

Im Übrigen konstatierte man:

„Für eine allgemeine Bestimmung zur Regelung der Kollision von dinglichen Rechten, welche einander ausschließen, wurde ein praktisches Bedürfniß nicht anerkannt, vielmehr eine dem Antrage 2 entsprechende Vorschrift als ausreichend angesehen, zumal diese ein Prinzip erkennen lasse, welches kraft der Rechtsanalogie eine weiter greifende Anwendung gestatte".

Die Kommission akzeptierte also die gegenseitige Beschränkung kollidierender Rechte als Prinzip, das sich zur Verallgemeinerung durch Analogie emp-

[176] In der 274. Sitzung vom 19.12.1883, Jakobs/Schubert, SchuldR III, 398 f. – Die Möglichkeit, den übrigen angemessene Verwaltungs- und Benutzungsregeln aufzuzuwingen, wollte die Kommission einem Teilhaber, der keinen Mehrheitsbeschluss erwirken konnte, nur geben, wenn oder er solange er die Gemeinschaft nicht auflösen konnte. Siehe dazu auch das Protokoll der 272. Sitzung vom 14.12.1883, Jakobs/Schubert, SchuldR III, 367 f.

[177] Siehe oben bei Fn. 168.

[178] Die zweite Kommission diskutierte in der 213. Sitzung, die Behandlung kollidierender beschränkter Rechte des Eigentümers und die Unverjährbarkeit des Zustimmungsanspruchs klarzustellen, entschied sich aber dagegen: Protokolle III 321 = Mugdan III 737.

[179] Für den Nießbrauch § 986 E I, später § 1060 BGB (Jakobs/Schubert, SachenR II, 205 f.; Protokolle III 387 = Mugdan III 745). Für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit § 1048 E I, später § 1090 Abs. 2 BGB (Jakobs/Schubert, SachenR II, 312–320; Protokolle III, 437 = Mugdan III 780).

fehle. Nicht nur schwankte die Kommission also anders als *Gebhard* zwischen Wettlauf und wechselseitiger Beschränkung – was sie gegen die Aufnahme einer allgemeinen Norm bewogen hatte –, sondern sie neigte hierbei dem Pol zu, den *Gebhard* abgelehnt hatte.

Nachträglich erwarb so die Frage, ob man die Gläubigerkonkurrenz zum Begriff der Rechtskollision ordnete, eine Bedeutung, die bei *Gebhard* nicht absehbar war, weil der ohnehin stets den Wettlauf entscheiden ließ. Eine Folgerung drängt sich auf: Hätte die Kommission nicht mit *Gebhard* übersehen, dass auch außerhalb des Konkurses mehrere Gläubiger nach dem Muster „Alles oder nichts" miteinander konkurrieren können (in Rom etwa bei der Pekuliarhaftung, noch im geltenden Recht etwa beim Teiluntergang der Gattung), und hätte sie entgegen *Gebhard* kollidierende Naturalerfüllungsinteressen in ihre Betrachtung einbezogen: Hätte sie dann vielleicht auch für diese Fälle das Prinzip der gegenseitigen Beschränkung der Konkurrenten zur analogen Anwendung anempfohlen? Als historische Frage lässt sich das nicht beantworten. Die aufgezeigte Schwäche im Prozess der Entscheidungsfindung dürfte aber genügen, um für das geltende Recht die normative Kraft des in den Motiven so hochgehaltenen Präventionsprinzips erheblich zu erschüttern.

Die zweite Kommission griff das Problem der Rechtskollision nicht wieder auf.

3. Ein Sonderfall: Gesinde, Seeleute und Gehilfen

Noch einmal befassten sich jedenfalls Hilfsarbeiter der ersten Kommission mit der Forderungskollision, als es um das Gesinderecht ging. Bei der Beratung des Einführungsgesetzes, die erst nach der Abgabe des Entwurfs für das Gesetzbuch begann, erörterte man, inwieweit dieses brisante Gebiet der Landesgesetzgebung überlassen werden sollte.[180] Dass die Landeskompetenz in gewissem Rahmen fortbestehen sollte, hatte schon die Vorkommission beschlossen, weil sie das Gesinderecht zu den Instituten zählte, „welche im Einzelnen nur nach dem Bedürfniß und den geschichtlich gegebenen Verhältnissen größerer oder kleinerer Distrikte geregelt werden können und de-

[180] Wie sich neben den Kommissionen auch die Politik darüber auseinandersetzte, schildert *Vormbaum*, Gesinderecht, 270–311. *Vormbaum* deckt auf, dass durch den Vorbehalt für das Landesrecht „eine durchgehende Modernisierung und Liberalisierung dieses Rechtsgebietes verhindert werden sollte und auch bis 1918 mit Erfolg verhindert wurde"; so *Schubert* ZRG GA 98 (1981) 439–442 (442), demzufolge entsprechendes für die meisten dieser Vorbehalte gelte. Vgl. etwa das Urteil von *Menger*, Das bürgerliche Recht, 160–193. – Grundlegend zur Bedeutung des Gesinderechts für die Privatrechtsentwicklung *Schröder*, Gesinde, und nun *Pierson*, Gesinde.

ren theilweise polizeilicher Inhalt ein weiteres Hinderniß ihrer Kodifizirung bildet".[181]

Damals hatte man den Vorbehalt gemacht: „Es wird jedoch sorgfältig zu erwägen sein, ob nicht die privatrechtlichen Grundprinzipien dieser Institute sich zur gemeinschaftlichen Regelung im Gesetzbuch eignen, und da die obersten Sätze des Sachenrechts, zum Theil auch des Obligationenrechts, sich richtig nur bei voller Kenntniß dieser Institute feststellen lassen, so werden die Redaktoren Bedacht nehmen müssen, durch geeignete Kräfte gedrängte Uebersichten der für diese Verhältnisse in den verschiedenen Theilen Deutschlands bestehenden Rechtssätze ausarbeiten zu lassen".

Die Kommission hatte diese Entscheidung bestätigt.[182]

Den Vorbehalt einer Regelung zentraler privatrechtlichen Aspekte hatten von Weber und Planck wie folgt übernehmen wollen: „Ob und inwieweit jedoch demungeachtet die privatrechtlichen Grundprinzipien dieser Institute sich zur gemeinschaftlichen Regelung im bürgerlichen Gesetzbuche eignen, ist der speziellen Berathung des Sachen- und beziehentlich, was das Gesinderecht anlangt, des Forderungsrechts zu überlassen".[183] Die Kommission formulierte stattdessen: „Raum zu lassen *innerhalb näher zu erwägender Grenzen* [Hervorhebung G.A.] ist der Landesgesetzgebung …". Bei der Beratung des Dienstvertrages beschloss man neun Jahre später auf Antrag des Redaktors von Kübel, die Bestimmung der Grenzen auf die Beratung des Einführungsgesetzes zu verschieben.[184]

Der Entwurf des Einführungsgesetzes listete diejenigen privatrechtlichen Vorschriften der Länder auf dem Gebiet des Gesinderechts auf, die vom BGB unberührt bleiben sollten, und zählte darunter: „den Vorzug des älteren unter mehreren von einem Dienstboten auf die gleiche Zeit abgeschlossenen Dienstverträgen und die Verpflichtung des Dienstboten, diejenige Dienstherrschaft, welche hiernach zurücktreten muß oder freiwillig zurücktritt, zu entschädigen; den Anspruch der Dienstherrschaft gegen eine andere Dienstherrschaft au Rückkehr eines Dienstboten in ihren Dienst, wenn die letztere mit demselben den Dienstvertrag ohne den Nachweis darüber abgeschlossen hat, daß er den früheren Dienst rechtmäßig verlassen hat".[185]

Der Entwurf basierte auf einer umfangreichen vergleichenden Untersuchung des Gesinderechts, angefertigt von unbekannten Hilfsarbeitern der

[181] So in dem von Goldschmidt entworfenen, am 15.4.1874 beratenen Gutachten, abgedruckt auch in *Schubert*, EinführungBGB, 170–185 (174).

[182] Das beschloss man schon in der dritten Sitzung am 22.9.1874; siehe *Schubert*, EinführungBGB, 212.

[183] *Schubert*, EinführungBGB, 214.

[184] In der 217. Sitzung vom 6.6.1883, siehe Jakobs/Schubert, SchuldR II, 749 f.

[185] Nr. 2 des § 8 der Vorschläge zu dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuche, das Recht der Schuldverhältnisse betreffend, siehe Schubert, EinfG, 223–228. Im Protokoll vom 26.3.1888 wird die Vorschrift als § 101 des Entwurfs diskutiert, siehe Jakobs/Schubert, EinfG I, 511 f.

Kommission.[186] Darin wurde festgestellt, dass fast alle Gesindeordnungen dagegen Vorsorge trafen, dass sich ein Dienstbote für dieselbe Zeit mehrfach verdingte: Die frühere Herrschaft hatte jedenfalls dann den Vorrang, wenn sich die spätere nicht – wie vorgeschrieben – Entlassungspapiere oder ein obrigkeitliches Zeugnis hatte vorlegen lassen, dass sie diese Person bedenkenlos einstellen konnte. Viele Gesindeordnungen gingen noch weiter und sprachen der früheren Anstellung unabhängig von jeder Verfehlung der späteren Herrschaft einen Vorrang zu.[187] So lautete etwa die Vorschrift des Allgemeinen Landrechts: „Hat sich ein Dienstbote bey mehrern Herrschaften zugleich vermiethet: so gebührt derjeniggen, von welcher er das Miethgeld zuerst angenommen hat, der Vorzug".[188]

Die Kommission stieg in die Beratung einzelner Vorschriften des Gesinderechts nicht ein. Sie kehrte das Regel – Ausnahme – Verhältnis des Entwurfs um und erklärte das Gesinderecht der Länder grundsätzlich für vom Gesetz nicht berührt.

Man beschloss die folgende Norm: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Gesinderechte angehören, unbeschadet der Vorschriften [über die Geschäftsfähigkeit, die Haftung für Gehilfen, die Maximaldauer von Dienstverträgen, die Haftpflicht, die Zustimmung des Ehemannes] des Bürgerlichen Gesetzbuches. Unberührt bleiben insbesondere auch die Vorschriften der Landesgesetze über die Schadensersatzpflicht desjenigen, welcher Gesinde zu widerrechtlichem Verlassen des Dienstes verleitet oder in Kenntniß eines noch bestehenden Gesindedienstverhältnisses in Dienst nimmt oder welcher ein unrichtiges Gesindedienstzeugniß ertheilt".[189]

An der grundsätzlichen Fortgeltung der Gesindeordnungen änderte sich bis zum Gesetz nichts mehr, trotz der Bemühungen der Sozialdemokratie im Reichstag.

Das Zentrum beantragte in der Reichstagskommission, einzelne Fragen auf Reichsebene zu normieren, doch wurden fast alle dieser Anträge abgelehnt.[190]

---

[186] Sie ist abgedruckt als Begründung der gesinderechtlichen Vorschrift in: Begründung der Vorschläge zu dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuche, das Recht der Schuldverhältnisse betreffend (in: Schubert, EinfG, 229–370), 19–90=247–318. Zur Genese dieser Studie siehe *Vormbaum*, Gesinde, 273 f. Mit ihr wurde der Anregung der Vorkommission (eben Fn. 181) gefolgt.

[187] Siehe den Überblick Begründung, 48 f. = Schubert, EinfG, 276 f. Übereinstimmend *Vormbaum*, Gesinde, 40 f. (dort auch zu öffentlichrechtlichen und strafrechtlichen Aspekten: 67–72, 97); *Wacke* in: FS Werkmüller (2007) 399–414 (408–410).

[188] ALR II 5 § 27; entsprechend dann § 27 der preußischen Gesindeordnung vom 9.11.1810.

[189] In der 760. Sitzung vom 26.3.1888, Jakobs/Schubert, EinfG I, 510–513. Dazu *Vormbaum*, Gesinde, 277–280. Der Beschluss bestimmte der Sache nach die Absätze 1 und 2 des späteren Art. 95 EGBGB.

[190] Vor allem gelang die Abschaffung bestehender Züchtigungsrechte, siehe Art. 95 Abs. 3 EGBGB 1900. Dazu *Vormbaum*, Gesinde, 293–297.

Darunter war auch einer, der den Altersvorzug bei Doppelverdingung festschreiben sollte:

„Wer in Person zu leistende Dienste, welche nicht gleichzeitig geleistet werden können, mehreren Dienstberechtigten für dieselbe Zeit zusagt, hat die Dienste demjenigen zu leisten, welchem er sie zuerst zusagt. Ein Anspruch auf Schadensersatz steht den anderen Dienstberechtigten nicht zu, wenn sie bei Schließung des Dienstvertrages den früheren Dienstvertrag kannten."[191]

Die Formulierung ähnelt auffällig dem Text von D. 19,2,26.[192] Indem man eine solche Vorschrift auf Reichsebene ablehnte, urteilte man nicht gegen ihren Inhalt. Die Ordnungen auf Landesebene galten mit ähnlichem Gehalt fort. Man entschied vielmehr gegen eine Modernisierung des Gesinderechts durch reichseinheitliche Regeln.

Bei dem in den Landesrechten normierten Altersvorzug blieb es, bis 1918 der revolutionäre Rat der Volksbeauftragten die Gesindeordnungen insgesamt außer Kraft setzte.[193]

Beispiele für die Anwendung der Norm noch unter dem BGB geben zwei Entscheidung des preußischen OVG aus den Jahren 1908 und 1909: Das OVG bestätigte polizeiliche Verfügungen, zum früheren Dienstgeber zurückzukehren. Dass der noch kein Mietgeld gegeben hatte, half weder dem beschwerten Dienstmädchen noch dem beschwerten Knecht: Unter dem BGB war dies für die Wirksamkeit des Vertrags nicht mehr erforderlich.[194]

Länger hielt sich die Parallelregelung in der Seemannsordnung: Wenn ein Seemann auf mehreren Schiffen angeheuert hatte, genoss der frühere Vertrag den Vorzug, sofern er nicht schon auf dem anderen Schiff angemustert hatte.[195] In der Fassung von 1872 hieß es:

„Wenn ein Schiffsmann sich für eine Zeit verheuert, für die er durch einen früher geschlossenen Heuervertrag gebunden ist, so hat der Anspruch auf Erfüllung des zuerst geschlossenen Vertrages den Vorzug. Hat jedoch eine Anmusterung auf Grund des späteren Vertrages stattgefunden, ohne daß auch auf Grund des ersten Vertrages angemustert ist, so geht jener vor".[196]

---

[191] Zitiert als Kommissionsdrucksache Nr. 50, Ziff. 11 bei *Vormbaum*, Gesinde, 294 Anm. 139.

[192] Siehe im ersten Kapitel bei Fn. 305. Zur Auseinandersetzung des 19. Jahrhunderts mit der Quelle siehe oben bei Fn. 47.

[193] Mit Nr. 8 des Aufrufs vom 12.11.1918, dazu *Vormbaum*, Gesinde, 383–386.

[194] OVG vom 10.3.1908, I A 84/07, OVGE 52, 275, und vom 9.7.1909, Polizei 1909, 174.

[195] Zu Vorläuferregeln – Prioritätsprinzip in Hamburg und Lübeck, Posterioritätsprinzip im hansischen Seerecht von 1614 – siehe *Landwehr*, Seerecht, 87–89.

[196] § 26 der Seemannsordnung 1872 (RGBl. 1872, Nr. 33). Entsprechend § 30 der Seemannsordnung von 1902 (RGBl. 1902, Nr. 27): „Hat ein Schiffsmann sich durch mehrere Verträge für ein und dieselbe Zeit verheuert, so geht, falls auf Grund eines der Verträge eine Anmusterung stattgefunden hat, dieser, sonst der zuerst abgeschlossene Vertrag vor".

Erst im Seemannsgesetz von 1957 verschwand die Regel über die doppelte Heuer ersatzlos und ohne Begründung.[197]

Mit der sachlichen Rechtfertigung des Altersvorzugs bei Verträgen mit Gesinde und Seeleuten setzten sich weder die beiden BGB-Kommissionen noch die Gesetzgebungsorgane auseinander. Erörterungen dazu finden sich aber in der erwähnten Untersuchung, die dem der ersten Kommission vorgelegten Entwurf des Einführungsgesetzes als Begründung beigegeben war. Die Hilfsarbeiter suchten den Altersvorzug im Gesinderecht mit dem zu versöhnen, was die Kommission zur Forderungskollision beschlossen hatte:

„Durch die erwähnten Vorschriften wird zunächst zur Lösung der Kollision zwischen mehreren von demselben Dienstboten auf die gleiche Zeit geschlossenen Dienstverträgen dem erstabgeschlossenen die Priorität in Ansehung des Anspruchs auf Erfüllung eingeräumt. Der aus dem frühen Vertrag Berechtigte hat gegen den Dienstboten und gegen den aus dem zweiten Vertrag Berechtigten den Anspruch auf Naturalerfüllung; der letztere muß zurücktreten. Allerdings ist prinzipiell eine Kollision zwischen obligatorischen Ansprüchen nicht möglich; keiner der mehreren Berechtigten aus verschiedenen auf dieselbe Leistung gerichteten Verträgen hat an sich auf den anderen Rücksicht zu nehmen [Verweis auf Sitzungsprotokolle und Motive zum Entwurf des Allgemeinen Teils, G.A.]. Allein dieses theoretisch richtige Prinzip wird nicht ausschließen, daß in bestimmten Verhältnissen, wo besondere Gründe positive Vorschriften über die Priorität des einen von mehreren auf den gleichen Gegenstand gerichteten Ansprüchen vor den anderen erheischen, solche gegeben werden. Die Seemannsordnung (§. 27) enthält eine ähnliche Vorschrift: [wird ausgeführt, G.A.]. Wie für diese Vorschrift, so bestehen auch für die erwähnten Vorschriften der Gesindeordnungen besondere Gründe. Diese liegen hier in dem Bestreben, dem Vertragsbruch des Gesindes vorzubeugen, sowie in dem Bedürfniß einer Vorschrift, an deren Hand sich faktische Kollisionen zwischen mehreren Herrschaften leicht und sicher lösen lassen. Man wird deshalb die fraglichen Bestimmungen so wenig zu beseitigen geneigt sein, als man die ähnliche Vorschrift der Seemansordnung beseitigen kann."[198]

Hinsichtlich des „Anspruch[s] auf Naturalerfüllung" sollen die „positiven Vorschriften" des Gesinde- und Seemannsrechts die Forderungen hierarchisieren, und angesichts dieser Hierarchisierung soll es wohl auch denkbar erscheinen, von einer Forderungskollision zu sprechen. Dementsprechend präsentieren auch die Motive des Allgemeinen Teils am Ende der Passage über die Forderungskollision die Gesinde- und Seemannsordnungen als Ausnahmen.[199] Demgegenüber hatte *Gebhard* die Seemannsordnung unter den Gesetzen und Entwürfen zitiert, deren Regelung der Forderungskollision er ablehnte.[200] Ob

[197] Seemannsgesetz vom 26. Juli 1957, BGBl. II S. 713 ff. Das Gesetz traf allerdings in §§ 16 f. Maßregeln gegen eine doppelte Anmusterung. Unerwähnt bleibt das Problem auch im Seearbeitsgesetz vom 20. April 2013, BGBl. I S. 868.

[198] Begründung, 49 f. = Schubert, EinfG, 277 f.

[199] Dazu Einleitung bei Fn. 27.

[200] Siehe oben bei Fn. 151.

sich solche Ausnahmen mit seiner kategorischen Begründung der Unmöglichkeit von Forderungskollisionen vertragen hätten, erscheint zweifelhaft: Wie sollte das „Bestreben, dem Vertragsbruch des Gesindes vorzubeugen" rechtfertigen, in diesem Sonderfall die Forderung des späteren hinter die des früheren Gläubigers zurückzusetzen?

Bedeutsamer escheint der zweite der angegebenen Gründe: das „Bedürfniß einer Vorschrift, an deren Hand sich faktische Kollisionen zwischen mehreren Herrschaften leicht und sicher lösen lassen". Denn die Rechte des Dienstherren – nicht umsonst als „Herrschaft" bezeichnet – gingen über eine normale Forderung hinaus. *Otto von Gierke* schrieb: „für die Dauer des Schuldverhältnisses schafft der Gesindevertrag zugleich ein starkes personenrechtliches Band".[201] Die Dienstboten hatten Gehorsam und Treue zu leisten, was durch Sonderstrafrecht abgesichert war. Ihre Herrschaften konnten polizeiliche Hilfe in Anspruch nehmen, um sie zum Dienstantritt zwingen und am Verlassen des Dienstes zu hindern.[202] Eine Kollision derartiger Beziehungen galt es zu vermeiden: „Denn es ging nicht wohl an, der Polizei zu überlassen, in welches Haus sie den Dienstboten hineinzwingen wollte".[203] Insofern der Gesindevertrag ein Herrschaftsverhältnis begründete, glich er eher einer Verfügung als einer Verpflichtung. Die Nähe zur Verfügung macht plausibel, warum die Juristen des ausgehenden 19. Jahrhunderts in diesen Fällen weiterhin den früheren Vertrag vorgehen ließen.

Genau genommen herrschte hier weniger der Gedanke des Altersvorzugs als der des Wettlaufs um die Erfüllung. Nach den Gesindeordnungen konnten die Dienstboten nämlich nach Vertragsschluss schon zum Dienstantritt mit Polizeigewalt gezwungen werden. Es wurde sozusagen sogleich mit dem Schuldvertrag auch „verfügt". Daher hatte hier der frühere Vertrag den Vorzug (der allerdings vielfach erst durch die Zahlung von Mietgeld zustandekam). Bei den Seeleuten hingegen begründete erst die Anmusterung das Gewaltverhältnis; daher ging sie – ähnlich der Übergabe nach obligatorischem Kaufvertrag – auch einer früheren Heuer vor.[204] Ein Vorzug des bloßen obligatorischen Vertrags war aber zugunsten der früheren Heuer jedenfalls für den Fall angeordnet, dass noch keine Anmusterung stattgefunden hatte. Dies An-

[201] *Gierke* in: FS Brunner (1914) 37–68 (zum Gesindevertrag der Frühzeit 44–47, Zitat von 46; zum wesentlich unveränderten neueren Gesinderecht 50 f.).

[202] *Vormbaum*, Gesinde, 63–66. Siehe zu weiteren öffentlichrechtlichen und strafrechtlichen Aspekten des Dienstverhältnisses dort 60–114. Mit Blick auf die Geschichte des Erfüllungszwangs knapp *Nehlsen-von Strk* AcP 193 (1993) 529–559 (550).

[203] *De Boor*, Kollision, 113.

[204] Dazu *Pappenheim*, Seerecht II, § 32 443–445, prägnant 444: „Das durch die Anmusterung begründete, personenrechtliche Gewaltverhältnis gibt den Ausschlag unter den konkurrierenden Schuldverhältnissen" (mit weiteren Nachweisen für diesen Gedanken). Für den Vergleich mit dem Gesinderecht siehe 444 Anm. 2.

ordnung erklärte sich als Anweisung an das Seeamt, auf den späteren Vertrag keine Anmusterung vorzunehmen.[205]

Der aus dem Gesinderecht stammende Vorzug des älteren Dienstverhältnisses fand seinen Weg auch in das allgemeine Arbeitsrecht. Der Gewerbeordnung wurde 1878 eine Vorschrift eingefügt, die einen Arbeitgeber haftbar machte, wenn er einen fremden Gesellen oder Gehilfen in Kenntnis dessen anstellte, dass der noch einem anderen verpflichtet war.

§ 125 GewO: „Ein Arbeitgeber, welcher einen Gesellen oder Gehülfen verleitet, vor rechtmäßiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Arbeit zu verlassen, ist dem früheren Arbeitgeber für den dadurch entstehenden Schaden als Selbstschuldner mitverhaftet. In gleicher Weise haftet ein Arbeitgeber, welcher einen Gesellen oder Gehülfen annimmt oder behält, von dem er weiß, daß derselbe einem anderen Arbeitgeber zur Arbeit noch verpflichtet ist".[206]

Eine ähnliche Norm galt für Lehrlinge: „Für die Zahlung der Entschädigung sind als Selbstschuldner mitverhaftet der Vater des Lehrlings sowie derjenige Arbeitgeber, welcher den Lehrling zum Verlassen der Lehre verleitet oder welcher ihn in Arbeit genommen hat, obwohl er wußte, daß der Lehrling zur Fortsetzung eines Lehrverhältnisses noch verpflichtet war. […]".[207]

Die Vorschriften gehören in den Kontext des *ius ad rem* und der Verleitung zum Vertragsbruch. Wichtig ist, dass sie für „Gehülfen und Lehrlinge in Apotheken und Handelsgeschäften" nicht galten, was zu dem Umkehrschluss ermutigte, die Übernahme fremder Handlungsgehilfen sei grundsätzlich erlaubt.[208].

Über die Verleitung hinaus sollte der Arbeitgeber allerdings nach der Ursprungsfassung von § 125 GewO haften, wenn er den Gesellen oder Gehilfen in diesem Wissen bloß „behält". Damit erhielt der frühere Arbeitgeber auf Dauer den Vorrang vor dem späteren: Sobald der von der Konkurrenz erfuhr, haftete er, wenn er auf seinen Vertrag beharrte. Doch bereits mit der Novelle von 1891 wurde diese Haftung eingeschränkt. Nun sollte die Haftung den neuen Arbeitgeber nur treffen, wenn er binnen vierzehn Tagen seit der „unrechtmäßigen Lösung" des früheren Arbeitsverhältnisses davon erfuhr (und, so musste man ergänzen, den Arbeitnehmer nicht umgehend wieder entließ). Der § 125 Abs. 2 GewO lautete jetzt: „In dem im vorstehenden Absatz bezeichnetem Umfang ist auch derjenige Arbeitgeber mitverhaftet, welcher einen Gesellen oder Gehülfen, von dem er weiß, daß derselbe einem anderen Arbeitgeber zur Arbeit noch verpflichtet ist, während der Dauer dieser Verpflichtung in der Beschäftigung behält, sofern nicht seit der unrechtmäßigen Lösung des Arbeitsverhältnisses bereits vierzehn Tage verflossen sind".[209] Dies kann man als eine besonders strenge Haftung für die Auf-

[205] *Pappenheim*, Seerecht II, § 32 444 bei Anm. 3; zustimmend *de Boor*, Kollision, 114.

[206] Eingeführt durch Gesetz betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung vom 17.7.1878, RGBl. S. 199.

[207] § 133 Abs. 2 GewO. Hieraus wurde § 127g mit dem Gesetz betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung vom 26.7.1897, RGBl. Nr. 37.

[208] Siehe dazu im vierten Kapitel bei Fn. 83.

[209] Nach dem Gesetz betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung vom 1.6.1891, RGBl. Nr. 18. Zum Problem Landmann/Rohmer (11. Aufl. 1956), § 125 Nr. 5.

nahme der neuen Rechtsbeziehung in Kenntnis der früheren ansehen, bei der diese Aufnahme etwas weiter gefasst und nicht auf den Moment des Vertragsschlusses reduziert wird.

Die Norm über die Haftung der Lehrlinge wurde 1953 nicht in die Handwerksordnung übernommen.[210] Eine Begründung fehlt.[211] Den Hintergrund dürfte die Liberalisierung des Handwerks durch die Besatzungsmächte bilden. Die reagierten darauf, dass dem Handwerk zuvor „der dem nationalsozialistischen System entsprechende Führergrundsatz und das totalitäre Prinzip aufgezwungen" worden sei.[212]

Die gewerberechtliche Regel für Gesellen und Gehilfen galt bis Ende 2002. Dann wurde sie abgeschafft,[213] und zwar ebenfalls ohne besondere Begründung. Die allgemeine Begründung verlautbarte: „Das Gesetz dient der Rechtsbereinigung und Deregulierung, insbesondere sollen die heute nur noch schwer lesbaren und vielfach auch entbehrlichen Regelungen im Titel VII der Gewerbeordnung (GewO) grundsätzlich neu gestaltet werden, wobei die im Kern bewährten Bestimmungen zum Arbeitsrecht inhaltlich beibehalten werden".[214]

V. Verlorene Ansätze und verspätete Debatten

Die bei der Gesetzgebung zum BGB übersehenen praktischen Fälle von Forderungskollisionen des Typs „Alles oder nichts" waren auch in den Lehrbüchern eher oberflächlich behandelt worden, weil die römischen Quellen für solche Kollisionen nur antiquierte Beispiele brachten. Im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts gaben zwei bedeutende Autoren Impulse dafür, die Kollisionen wegen obligatorischer Haftungsbeschränkungen zu erörtern. An diese Ansätze knüpften später andere an. Doch die Debatten, die daraus erwuchsen, hatten nicht den Effekt, die Forderungskollision im deutschen bürgerlichen Recht zu rehabilitieren.

Bevor zum 19. Jahrhundert das Fazit gezogen wird, soll anhand dieser Ansätze angedeutet werden, was möglich gewesen wäre. Es geht um Beiträge von *Rudolf von Jhering* und *Andreas von Tuhr*.

---

[210] Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) vom 17.9.1953, BGBl. I Nr. 63 (siehe die §§ 21–29).

[211] Siehe den Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik zu BT-Drs. 1/4172, S. 8.

[212] So die Begründung des Gesetzesvorschlags der Regierungsfraktionen, BT-Drs. 1/1428, S. 17.

[213] Durch Art. 1 Nr. 20 des dritten Gesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung und sonstiger gewerberechtlicher Vorschriften vom 24.8.2002 (BGBl. I Nr. 62, S. 3412).

[214] BT-Drs. 14/8796, S. 16. Im besonderen Teil heißt es nur: „Die §§ 113 bis 132a GewO können ersatzlos entfallen" (S. 26).

1. Jhering und die Interessengemeinschaft

Rudolf von Jhering stellte Thesen zum Gefahrübergang bei der Sammelladung und zur Interessengemeinschaft auf, die er selbst nicht miteinander verknüpfte, die aber noch in der Zuckerrübensamenentscheidung des Reichsgerichts zusammenkamen.

a) Die Sammelladung und die „Reflexwirkungen"

Den Gefahrübergang bei Sammelverladung diskutierte *Rudolf Jhering* schon 1861 in seinem zweiten Beitrag „zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontracte".[215] Auch unter Geltung der römischen Regel *periculum est emptoris* ließ die herrschende Meinung die Preisgefahr erst übergehen, wenn der Verkäufer das für verschiedene Käufer bestimmte Gut räumlich voneinander geschieden hatte („Individualisierungstheorie"). Demgegenüber wollte *Jhering* ihm den Kaufpreis davon unabhängig zusprechen, falls die Art und Weise der Versendung der Schuld genügte („Lieferungstheorie"). Wenn nichts vereinbart war, kam es darauf an, ob sie den Interessen der Käufer entsprach; etwa weil sie Kosten ersparte.[216] Wer nach Untergang eines Teils der Ladung voll beliefert wurde, ergab sich in dem von *Jhering* erörterten Fall aus der Reihenfolge der anzulaufenden Häfen; andere Situationen diskutierte er nicht. Sein Gegner *Heinrich Thöl* zog für *Jhering* die Konsequenz, dass der Schiffer willkürlich entscheiden konnte, wem er die übriggebliebene Fracht auslieferte[217], und bemerkte süffisant: „ein Trinkgeld konnte hier bedeutend werden".[218]

Leider griff *Jhering* den Fall der Sammelladung nicht auf, als er zehn Jahre später über Interessengemeinschaften schrieb. Der 1871 erschienene Aufsatz galt den „Reflexwirkungen" rechtlicher Tatsachen auf Dritte.[219] Darin machte er als Problem aus, dass Rechte, aber auch Geschehen und Zustände neben ihren bestimmungsgemäßen Wirkungen, also den von der Rechtsordnung und dem Handelnden bezweckten, häufig andere Vor- und Nachteile für Dritte mit sich bringen.[220] Grundsätzlich müsse auf das Ausbleiben oder Eintreten dieser Effekte niemand Rücksicht nehmen,[221] dürfe umgekehrt aber ihretwe-

[215] Mit der Überschrift: „Beim Verkauf generisch bestimmter Gegenstände geht die Gefahr nicht mit der Ausscheidung, sondern mit dem Momente über, wo der Verkäufer seinerseits Alles gethan hat, was ihm contractlich oblag"; JherJB 4 (1861) 366–438.

[216] JherJB 4 (1861) 368.

[217] Das entspricht *Jherings* Auffassung zum Untergang einer doppelt verkauften Speziessache, die er im ersten Betrag zur Gefahr entwickelte: JherJB 3 (1859) 449–488, 474–478; dazu noch im vierten Kapitel Fn. 51.

[218] *Thöl*, Handelsrecht I.2, § 262 Anm. 3 (261) (hier 5. Aufl. 1876).

[219] *Jhering* JherJB 10 (1871) 245–354. Zu dem Text *Wagner* AcP 193 (1993) 319–347.

[220] Definition *Jhering* JherJB 10 (1871) 284 f., dazu auch 246, 286.

[221] *Jhering* JherJB 10 (1871) 313 f.

gen auch nicht Ersatz seines Aufwandes oder gar Vergütung verlangen.[222] Beide Grundsätze kennten aber Ausnahmen, für deren Verallgemeinerung *Jhering* eintrat. Besonderes gelte „in allen Fällen einer untrennbaren Interessengemeinschaft": Immer, wenn ein Beteiligter eine erforderliche Maßnahme nicht treffen könne, ohne dass dadurch zugleich ein anderer profitiere, stehe ihm dafür anteiliger Ersatz zu.[223] Der Gedanke fußt vor allem auf Quellen zur Gesellschaft und zum Verhältnis von Miteigentümern und Miterben. Wenn die römischen Juristen hier häufig eine Klage wegen Geschäftsführung gewährten, so sei das praktische Bedürfnis richtig erkannt, aber auf dem falschen Weg zur Geltung gebracht, weil der Beteiligte für sich selbst, nicht für die anderen gehandelt habe.[224] Außerdem zog *Jhering* die *lex Rhodia de iactu* heran, jene Regel, wonach von den übrigen Befrachtern Ausgleich verlangen kann, wessen Waren über Bord geworfen werden, um Seenot abzuwenden,[225] und entwickelte Grundsätze, wie nach demselben Gedanken Opfer verteilt werden müssten, die im Krieg, zur Bekämpfung von Feuerbrünsten oder Seuchen erbracht werden.[226] *Jhering* ersetzte mittels der Interessengemeinschaft aber nur Opfer, keine Schäden.[227] Daher zog er den Untergang bei der Sammelladung hier nicht in Betracht.

Zu denjenigen, die sich *Jherings* Auffassung vom Gefahrübergang anschlossen, gehörte *Ernst Eck*. In einer kurz nach den „Reflexwirkungen" erschienenen, vor allem die Teilungsklagen behandelnden Arbeit übernahm er von *Jhering* auch die Perspektive der Gemeinschaft und wies ihr die Zukunft über

[222] *Jhering* JherJB 10 (1871) 331 f.

[223] *Jhering* JherJB 10 (1871) 352.

[224] Hier wandte sich *Jhering* JherJB 10 (1871) 347 mit Anm. 64 nicht nur gegen die Römer, sondern auch gegen *Windscheid*, der generell die Klagen wegen Geschäftsführung geben wollte, auch wenn der Geschäftsführer zur Wahrung eigener Interessen handelte. Nicht für *Jhering*, wohl aber für *Windscheid* genügte also für die Geschäftsführung ein heute sogenanntes „auch fremdes Geschäft", wie *Wagner* AcP 193 (1993) 336 f. beobachtet. In späteren Auflagen seines Lehrbuchs bekräftigte *Windscheid* seine Position und bestimmte ihre Konsequenz dahin, dass er immerhin das Handeln (auch) für den anderen forderte, während *Jhering* den Ersatz allein auf die objektiven Gegebenheiten stützte (II § 431 Anm. 12a); dessen Kategorie der „untrennbaren Interessengemeinschaft" lehnte *Windscheid* wegen „Vieldeutigkeit und Gefährlichkeit" ab (II § 449 Anm. 11a).

[225] Dazu kurz im zweiten Kapitel bei Fn. 320.

[226] *Jhering* JherJB 10 (1871) 347–352, insb. 351 zur Tötung seuchenverdächtigten Viehs.

[227] Das Opfer konnte allerdings nach *Jhering* JherJB 10 (1871) 349 f. auch ein erzwungenes sein: „Ob freiwillig oder gezwungen, ob durch ihn selber oder durch einen Andern auf seine Kosten, z.B. beim Seewurf durch den Kapitän, bei der Feuersbrunst durch die Behörde, welche das Einreißen des Hauses befiehlt, kann meines Erachtens Nichts verschlagen. Der Feind droht mit Plünderung oder Einäscherung der Stadt, wenn nicht innerhalb bestimmter Zeit die auferlegte Contribution entrichtet wird. Ob er es nun der Behörde überläßt, das Geld zu beschaffen, oder ob er selber die wohlhabenderen Einwohner, bei denen er flüssige Geldmittel voraussetzen kann, herausgreift und sich an sie hält, kann in meinen Augen keinen Unterschied begründen; die Einzelnen sind nur herausgegriffen als Repräsentanten der Gesammtheit". Ein Unterschied beider Arten vom Opfer zum bloßen Schaden bleibt.

Jhering hinaus: Die beiden Käufer waren „dadurch, dass sie die gemeinsame Versendung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hatten, in ein sozietätsähnliches Verhältnis, eine *communio negotii* getreten […]. Das Genus […] stand hier eben zur Hälfte auf des einen, zur Hälfte auf des andern Perikulum", weswegen auch der Schaden von ihnen hälftig zu tragen sei.[228] Diese Ausführungen überging *Gebhard* bei seinen Vorarbeiten für den Allgemeinen Teil.[229]

b) Zur weiteren Debatte: Gemeinschaft und Privatrecht

Die „Interessengemeinschaft" *Jherings* stimulierte den privatrechtlichen Diskurs. Hierauf stützte das Reichsgericht die Kürzung der Ansprüche der Gläubiger in der 1914 ergangenen Zuckerrübensamenentscheidung: „Zwischen den mehreren Käufern ergab sich, für jeden von ihnen voraussehbar, eine Interessengemeinschaft, deren Folge sich zeigen mußte, wenn die Ernte zwar genügte, einen einzelnen oder mehrere zu befriedigen, nicht aber hinreichte zur Befriedigung aller. […] [Der Verkäufer] konnte nicht mehr tun, als die gesamte Ernte der Gesamtheit seiner Käufer zur Verfügung zu stellen".[230] Danach berief man sich auf diesen Topos wiederholt, nicht nur mit Blick auf die Forderungskollision.[231] In diesem Bereich diente aber die Interessengemeinschaft der Gläubiger etwa dem Entwurf für eine Zivilprozessordnung von 1931 als Argument dafür, den Vollstreckungserlös unter mehreren Gläubigern verhältnismäßig – und nicht nach ihrer Schnelligkeit – zu verteilen.[232]

Nach *Jhering* hatte zunächst *Philipp Heck* in seiner 1889 erschienen Schrift über die Große Haverei die Interessengemeinschaft behandelt. Eine erste Monographie widmete ihr *Hans Würdinger* 1935 in seiner „Theorie der schlichten Interessengemeinschaften". Zu einer Zeit, als man auf breiter Front zum „Kampfe gegen die formale Rechtsbetrachtung" blies, führte er die Forderungskollision zurück auf „eine der Grundfragen, die heute unsere gesamte Rechtspolitik beschäftigen. Das Problem lautet: Inwieweit hat der Einzelne sich der Allgemeinheit unterzuordnen?".[233] In seiner Habilitation über „Die Interessengemeinschaft ein Ordnungsprinzip des Privatrechts" schrieb *Günther Wüst* 1958 die Erzählung von der isolierten Betrachtung als Ausdruck formalistischen Rechtsdenkens fort und forderte deren Aufgabe, womit er den neuen Ansatz auf die Spitze trieb und die Gemeinschaft zum Grundsatz erhob.

---

[228] *Eck*, Doppelseitige Klagen, 137, beruft sich hierzu auch auf das Vorbild des Konkurses. – Die Schrift soll 1870 erschienen sein, der zehnte Band der Jahrbücher 1871, doch *Eck* zitiert den Beitrag *Jherings* über die Reflexwirkungen (135).

[229] Siehe oben Fn. 129.

[230] RGZ 84, 125 (128). Dazu in der Einleitung bei Fn. 30.

[231] Beispiele bei *Wüst*, Interessengemeinschaft, 31 Anm. 5.

[232] Entwurf ZPO 1931, 430.

[233] *Würdinger*, Interessengemeinschaften, v f.

aa) Hecks „Große Haverei" und die richterliche Abwägung

Triebfeder für das Nachdenken über Interessengemeinschaften war zunächst das Nachdenken über die *lex Rhodia de iactu*.[234] *Philipp Heck* legte seiner 1889 erschienenen Studie der Großen Haverei eine allgemeine Lehre zugrunde: Die zwangsweise „Seegemeinschaft" teile mit allen im Recht vorkommenden Gemeinschaften das gemeinsame Element einer „Interessenverbindung", nämlich „die durch besondere Umstände gegebene Möglichkeit, daß dieselbe Handlung außer auf die Interessen des Handelnden auch auf diejenigen anderer Personen einwirkt, sei es in gleicher oder in entgegengesetzer Richtung."[235] Die deswegen drohenden Interessenkonflikte suche die Rechtsordnung tendenziell zu bekämpfen, indem sie in unterschiedlichen Fällen einzelne Rechte beschränke, Ausgleichsansprüche schaffe, zu Taten und Unterlassungen verpflichte oder die Gemeinschaft auflöse.[236] Doch in anderen Fällen verzichte sie aus verschiedenen Gründen auf solche Maßnahmen, die den Einzelnen „beengen": um den einen nicht von anderen abhängig zu machen, weil der Kreis der Betroffenen nicht zu begrenzen sei, oder weil sie den Konflikt gutheiße, da er die Beteiligten „zu größerer Energie und Thatkraft anspornen" könne:[237] „Die Normen des Gemeinschaftsrechts erscheinen überall als Produkt einander bekämpfender Kräfte".[238] Daher knüpfte *Heck* an die Interessenverbindung als solche keine Rechtsfolge.[239] Wenn im Fall einer nicht geregelten Interessenverbindung Konflikte drohten, so müsse der Richter im Einzelfall das Bedürfnis

[234] Dazu auch *Goldschmidt* ZHR 35 (1889) 37–90, 321–397, der warnte, dass sich „mit dem unbestimmten Ausdruck „Interessengemeinschaft" ein sicherer Rechtsbegriff nicht verbinden" lasse (59), aber doch eine allgemeine Formulierung wagte, die allerdings auf positive Regelung verwies: „Die entscheidende Voraussetzung ist, daß eine vom Recht (Gewohnheitsrecht, Gesetz) als Gefahrsgemeinschaft anerkannte Verbindung der Interessenkreise vorliegt, und daß ein dieser rechtlich anerkannten Gefahrsgemeinschaft angehöriges Gut im Nothstande im Interesse der Gemeinschaft freiwillig durch ein dazu rechtlich befugtes Organ der Gemeinschaft geopfert worden oder doch entsprechend zu Lasten dieser Gemeinschaft ein Vermögensaufwand erfolgt ist" (59 f.). – *Heck* hatte dem Lehrer *Goldschmidt* seine Arbeit gewidmet. Von beider Austausch zeugt bei *Goldschmidt* 60 Anm. 45: *Heck* hatte *Goldschmidt* auf das preußische Gesetz über Viehseuchen hingewiesen. Eine interessante Perspektive zu diesem schon von *Jhering* behandelten Problemkreis (oben Fn. 226) gibt *Goldschmidts* Charakterisierung der Gefahrgemeinschaft als „ein Stück Expropriationsrecht, noch genauer Vernichtungsrecht; das Einzelinteresse darf sich nicht mit hartnäckigem Egoismus gegenüber dem wahren Gemeinschaftsinteresse behaupten" (57 f.). Auch in aktuellen Krisen sollte man nicht die Kehrseite vergessen: „daß diese Werthvernichtungen mit ihren anschließenden Schäden zu Lasten der Gesammtheit […] stehen"; dazu *Albers*, in: Corona Normativities, 479–485.

[235] *Heck*, Haverei, 565, lehnte sich bei der Begriffsbestimmung an den Ausdruck der „Interessenkomplikation" an, den *Jhering* JherJB 10 (1871) 273 einführte.

[236] *Heck*, Haverei, 567, 580–585.

[237] *Heck*, Haverei, 567 f.

[238] *Heck*, Haverei, 591.

[239] *Heck*, Haverei, 585 f. Insofern stimmt er mit *Goldschmidt* (Fn. 234) überein.

nach einem Eingriff gegen die Hindernisse wägen und letztlich wie ein Gesetzgeber entscheiden, ob und wie das Recht der Lage begegnen solle.[240]

bb) Würdinger und die pathologische Gemeinschaft

Gegen *Heck* vertrat *Hans Würdinger* 1934 die Auffassung, dass sich schon nach geltendem Recht[241] allgemeine Regeln für alle Interessengemeinschaften aufstellen ließen.[242] Wo die Wissenschaft noch nicht vorgedrungen sei, dorthin habe sich immerhin die Praxis schon wagen müssen.[243] Zum Kronzeugen berief er das Reichsgericht, das 1914 im Fall der Zuckerrübensamen eine Interessengemeinschaft diagnostiziert hatte.[244]

Um allgemeine Prinzipien aufzustellen, knüpfte *Würdinger* an das Gesellschaftsrecht an: Während die „schlichten" Interessengemeinschaften lediglich „durch die Tatsache der Gleichrichtung bestimmter Interessen" gekennzeichnet seien, handele es sich bei einer Gesellschaft um nichts anderes als um eine Interessengemeinschaft, deren Beteiligte dadurch besonders eng zusammenrückten, dass sie einen gemeinsamen Zweck verfolgten.[245] Deswegen unterschieden sich beide „auch rechtspolitisch gesehen nur graduell".[246] Zwar erfordere die schlichte Interessengemeinschaft regelmäßig keinen ordnenden Eingriff, „weil jeder Berechtigte in der Lage ist, ungehindert durch den anderen seine eigenen Zwecke zu verfolgen". Ein Eingriff sei aber nötig, „wenn sozusagen ein pathologischer Zustand eintritt, wenn die Beteiligten ihre individuellen Interessen nicht mehr voll wahrnehmen können, ohne zugleich die Interessen der übrigen Beteiligten zu beeinträchtigen, wenn also eine Kollision der den einzelnen Beteiligten zustehenden Rechte gegeben ist".[247] Für diese Fälle diente die Bruchteilsgemeinschaft als Vorbild, mit der das Gesetz eine Gruppe von schlichten Interessengemeinschaften regele. Diese Regelung fasst *Würdin-*

---

[240] *Heck*, Haverei, 590 mit der Forderung nach „der Auslegung einschlägiger Quellenstellen und einer legislativen Würdigung der normbedürftigen Thatbestände" (statt einer analogen Anwendung der *lex Rhodia de iactu*). – Damit ging *Heck* über *Goldschmidt* (Fn. 234) hinaus, der eine in Gesetz oder Gewohnheit vorhandene Regel verlangte.

[241] Weitere Regeln mochten im Rahmen der „Neugestaltung des Rechts" geschaffen werden, damit der Einzelne sich in befriedigendem Maße der Allgemeinheit unterordne: *Würdinger*, Interessengemeinschaften, vi. Zur Einordnung das Zitat oben bei Fn. 233.

[242] *Würdinger*, Interessengemeinschaften, 12, 17–19, 69 f.

[243] *Würdinger*, Interessengemeinschaften, 12 f.

[244] Siehe oben bei Fn. 230.

[245] *Würdinger*, Interessengemeinschaften, 14–16. *D*iese Sichtweise sei dadurch ermöglicht worden, dass das BGB „das deutschrechtliche Gesamthandsprinzip übernahm", wodurch die Gesellschaft nicht mehr bloß als neben einer Bruchteilsgemeinschaft stehendes Vertragsverhältnis erschien: *Würdinger*, Interessengemeinschaften, 14 f. Übrigens sei für die Gesellschaft ein Vertragsschluss nicht wesentlich, vielmehr die „Existenz einer Zweckgemeinschaft als faktische Gegebenheit", 19–21.

[246] *Würdinger*, Interessengemeinschaften, 17.

[247] *Würdinger*, Interessengemeinschaften, 18; ähnlich 69 f.

ger zusammen „in dem Gesichtspunkt der Erhaltung des Wertes, auf den sich die gemeinschaftlichen Interessen konzentrieren, ferner in dem Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Beteiligten, wobei sich der Maßstab nach der Größe des Anteils richtet, endlich in dem Postulat, daß sich die Minderheit einer Maßnahme zu fügen habe, die der Mehrheit von Nutzen ist, sofern die Maßnahme innerhalb des Bereiches der Interessengemeinschaft liegt".[248] Aufgrund „sinngemäßer Ausdehnung dieser Normen auf analoge Tatbestände"[249] sollte entsprechendes bei der Sammelsendung und in anderen schuldrechtlichen Beziehungen gelten, aber auch bei der Großen Haverei und unter den Konkursgläubigern.[250] *Würdinger* folgerte daraus allerdings nicht zwingend direkte Ansprüche zwischen den Interessenten; etwa wickelte er den Ausgleich bei der Sammelsendung über den Frachtführer ab.[251]

An dem „pathologischen Zustand" fehle es in der Regel, wenn das Gesetz selbst eine „Kollisionsnorm"[252] aufstelle, indem es anordne, dass zurückstehende Gläubiger statt der Erfüllung Ersatz fordern dürften oder auch nur ihre Gegenleistung nicht mehr erbringen müssten.[253] Darum komme es zum Wettlauf der Gläubiger um die Naturalleistung nicht nur bei der Doppelverpflichtung, sondern auch beim Teiluntergang der Gattung im gegenseitigen Vertrag.[254] Doch sei der gesetzlichen Einschätzung, die Beteiligten mit dem Ersatzanspruch hinreichend geschützt zu haben, nur zu folgen, „wenn dem ausfallenden Gläubiger innerhalb der Grenzen der Zumutbarkeit praktisch die Möglichkeit einer Ersatzbeschaffung verbleibt".[255] Andernfalls müsse man gleichwohl von einer Kollision ausgehen – das Gesetz habe sie nur „theoretisch"[256] gelöst, weil es die Bedeutung der Naturalleistung verkannte – und Gemeinschafsrecht anwenden: „Das hat uns gerade die Kriegszeit gelehrt, das kann sich aber täglich wiederholen".[257] *Würdinger* wandte also die Prinzipien

[248] *Würdinger*, Interessengemeinschaften, 31.
[249] *Würdinger*, Interessengemeinschaften, 70.
[250] Er behandelte in § 5 die Sammelsendung, in § 6 Sammellager, Sammeldepot und Depositum irregulare, in § 7 die Große Haverei und in § 8 die Konkursgläubiger als Interessengemeinschaft.
[251] *Würdinger*, Interessengemeinschaften, 48–50.
[252] *Würdinger*, Interessengemeinschaften, 73: „die gesetzliche Gewährung des Schadensersatzes ist gerade die Kollisionsnorm, die theoretisch den pathologischen Zustand ausgleichen soll"; ebenso auf der folgenden Seite zu § 323 BGB 1900 (entspricht § 326 BGB 2002).
[253] *Würdinger*, Interessengemeinschaften, 71. An dieser Stelle fasste *Würdinger* den Gedanken allerdings so ein: Wo die Kollision keine tatsächliche sei, sondern sich erst aus der gesetzlichen Anordnung der gemeinsamen Gefahrtragung ergebe, käme es darauf an, dass „die Kollision innerhalb paralleler Interessen gerade auf dem Gesetz selbst beruht". Doch die Ausführungen dazu rechtfertigen meine Formulierung.
[254] *Würdinger*, Interessengemeinschaften, 70–76 (gegen *de Boor*).
[255] *Würdinger*, Interessengemeinschaften, 78.
[256] Soeben Fn. 252.
[257] *Würdinger*, Interessengemeinschaften, 77.

der Interessengemeinschaft weniger ausufernd an, als seine Einleitung hatte vermuten lassen, wo er die „formale Rechtsbetrachtung" abkanzelte und dem Kollektivismus das Wort redete.

cc) Wüst und ein „Ordnungsprinzip des Privatrechts"

In „Die Interessengemeinschaft ein Ordnungsprinzip des Privatrechts" übertünchte *Günther Wüst* 1958 die Deutschtümelei und den nazistischen Bezug, übernahm aber *Würdingers* Stoßrichtung ebenso wie seine Einschätzung der früheren Rechtsentwicklung. So rühmte *Wüst* die Interessengemeinschaft als „das späte Kind eines differenzierteren Rechtsdenkens", das gerade in seiner Gegenwart gefragt sei, nachdem „die Not zweier Weltkriege einen unbegrenzten Individualismus als fragwürdig erscheinen ließ".[258]

> „In der gegenwärtigen wirtschaftlichen Situation unterliegt die isolierte Betrachtung stärkeren Einschränkungen als zu der Zeit, in der die Schriften de Boors oder gar Iherings geschrieben wurden. Auch scheint es uns methodisch richtiger, nicht bei gewissen Ausnahmen von der isolierten Betrachtungsweise stehen zu bleiben, sondern klar auszusprechen, daß es in Gemeinschaftsverhältnissen der Gedanke der Interessenverbindung ist, der im Begriffe steht, die isolierte Betrachtung und den Präventionsgrundsatz abzulösen".[259]

In der Ausführung sollte *Wüsts* „Ordnungsprinzip" durch eine Typik handhabbar werden, verlange jedoch häufig „individuelle Lösung" von Einzelfällen „aus der Sache heraus", wobei vieles auf die „Autorität des urteilenden Richters" oder die „subjektive Meinung des Verfassers" ankäme.[260] In Wahrheit stand *Wüst* damit der „formalen Rechtsbetrachtung"[261] ferner als *Würdinger*, der immerhin regelhaft formuliert hatte, auf welche Fälle die mit der Bruchteilsgemeinschaft gesetzlich niedergelegten Mechanismen ausgedehnt werden sollten. Für *Wüst* ging es um alle Situationen gleichgerichteter Interessen, in denen von Verträgen unabhängig ein Ausgleich, die Auferlegung von Pflichten oder eine „organisatorische Zusammenfassung" in Betracht kommt.[262] Etwa beschäftigten ihn die „quasinachbarliche Interessengemeinschaften"[263] oder die Beziehung zwischen Abzahlungskäufer und -verkäufer sowie zwischen Eigentümer und Nießbraucher, denen am Erhalt der Sache liege, sodass ihre Interessen sich wenigstens teilweise deckten.[264]

---

[258] *Wüst*, Interessengemeinschaft, 25.
[259] *Wüst*, Interessengemeinschaft, 29.
[260] *Wüst*, Interessengemeinschaft, 47 f., 52 f.
[261] Oben Fn. 233.
[262] *Wüst*, Interessengemeinschaft, 48 f.
[263] *Wüst*, Interessengemeinschaft, 119–132.
[264] *Wüst*, Interessengemeinschaft, 132–172.

Fälle der Forderungskollision bilden in der Darstellung keine Einheit,[265] aber doch einen Schwerpunkt. Als eine Gruppe von Anwendungsfällen fasste *Wüst* solche zusammen, in denen „mehrere Ansprüche dadurch in eine wechselseitige Abhängigkeit geraten, daß das Gesetz für sie einen gemeinsamen Höchstbetrag festsetzt". Dabei dachte er nicht nur an Höchstgrenzen wie im Straßenverkehrsgesetz, sondern auch an die nur einmal ausgesetzte Belohnung für eine mehrmals vorgenommene Handlung und die Herausgabe einer auf Kosten mehrerer erlangten Bereicherung.[266] Hier müsse der Schuldner „gleichsam eine Treuhänderrolle übernehmen und sämtliche Ansprüche nach bestem Wissen und Gewissen anteilig kürzen". Bei nachträglichen Veränderungen sollten die Gläubiger die Umverteilung sogar unter sich ausmachen.[267] Wenn der Schuldner nicht alles bezahlen konnte, wollte *Wüst* den Konkurs vermeiden, indem er den Gläubigern „im Interesse der Mitgenossen ein einstweiliges Zuwarten" abverlangte.[268]

Wie sein Vorgänger erörterte auch *Wüst* den Teilverlust einer Sammelsendung und den unzureichenden Vorrat: Während beim Doppelverkauf einer Speziessache ein Interessengegensatz vorliege, weil von vorneherein nicht beide Käufer bedient werden können, bestehe in diesen Fällen zunächst eine Interessengemeinschaft – erst die Entscheidung für eine isolierte Betrachtung wendete die Interessen gegeneinander.[269] Weil aber durch eine solche Entscheidung „die Rechte anderer vereitelt würden", müsse es nach dem Gedanken, der auch dem Konkursverfahren zugrundeliege, zu einem Ausgleich kommen.[270] Eine solche Rechtsvereitelung sah *Wüst* – im Unterschied zu *Würdinger* – unabhängig davon, ob der Gläubiger von einer Gegenleistung frei wird,[271] und grundsätzlich auch, wenn er Anspruch auf Ersatz hat. Im letztgenannten Fall gewährte *Wüst* dem Schuldner stets das Recht, zu verteilen. Eine entsprechende Pflicht legte er – wie auch *Würdinger* – dem Schuldner nur dann auf,

[265] Unter den „Ausgleichsfällen" steht die Große Haverei (63 ff.) neben Feuer- und Kriegsschäden (70 ff.), der Gesamtforderung (75 ff.), dem Lohn für Rettung aus Seenot (78 ff.), der Gesamtschuld (80 ff.), der Verteilung der Haftungshöchstsumme, der ausgelobten Belohnung oder des ungerechtfertigten Vermögensvorteils (87 ff.), dem Teilverlust der Sammelsendung (94 ff.) und der Verteilung des unzureichenden Vorrats (98 ff.). Es geht also teils um die Verteilung von Opfern und auch Schäden, teils um die des durch Zusammenwirken erlangten Vorteils, teils um Schuldner- und Gläubigermehrheiten, teils um Forderungskollisionen jenseits der Gesamtforderung.

[266] *Wüst*, Interessengemeinschaft, 87 f.

[267] *Wüst*, Interessengemeinschaft, 91 f.

[268] *Wüst*, Interessengemeinschaft, 93 f.

[269] *Wüst*, Interessengemeinschaft, 100 (gegen die Positioin *de Boors*, die oben in der Einleitung bei Fn. 4 wiedergegeben ist).

[270] *Wüst*, Interessengemeinschaft, 102.

[271] *Wüst*, Interessengemeinschaft, 105, bemerkt treffend: „Durch den Kaufabschluß hat er [der Käufer, G.A.] ja gerade sein Interesse an der Sache selbst bekundet". Hingegen oben bei Fn. 253.

wenn der „annehmen muß, daß bloßer Geldersatz den Gläubiger nicht angemessen entschädigt".[272] Wenn nicht, müsse das Recht die praktischen Schwierigkeiten scheuen, die daraus resultierten, dass „außerhalb des Konkurses kein gemeinsames Betreibungs- und Verteilungsverfahren" bestehe.[273] Diesen Mangel zu beheben, regte *Wüst* ohnehin an.[274] Das Verfahrensproblem begegnete ihm anlässlich der Frage, welche Folgen es haben soll, wenn der Schuldner falsch verteilt. Das zuviel erhaltene sollte behalten dürfen, wer „bereits weiterverfügt oder doch nachweislich weiterdisponiert" hatte. Hierfür zog *Wüst* eine Parallele zum Erwerb vom Nichtberechtigten; helfen sollte Schadenersatz.[275] Wenn es zu einer Nachbesserung der Verteilung komme, so müsse sie über den Schuldner erfolgen, obwohl der hieran nicht mehr interessiert sei: Nur er habe die nötigen Informationen; doch „[v]or allem" diene es „einer lückenlosen Einfügung unseres Gedankens in das geltende Recht", wenn sich immerhin beim Kauf möglichst jeder nur mit seinem Partner auseinanderzusetzen habe.[276]

c) Stellungnahme

Die Lehre von den Interessengemeinschaften hat im Privatrecht Spuren hinterlassen. Dies gilt vor allem von *Jherings* Hinweis, dass für Aufwendungen, die zugleich anderen nützen, Ersatz geboten sein kann, weil sonst die Hoffnung, dass andere sie tätigen, einen Anreiz setzt, sie aufzuschieben.

Auch zur Lösung verschiedener Fälle der Forderungskollision hat die Lehre auf wichtige Gesichtspunkte aufmerksam gemacht. Hierfür eignet sie sich gleichwohl nicht als Orientierung, weil sie unpräzise ist und dadurch zu weit führt. Wie *Jhering* hervorgehoben hat, sind „Reflexwirkungen" unseres Verhaltens auf Interessen Dritter allgegenwärtig und doch meistens rechtlich unerheblich. Der Hinweis auf eine Interessenverbindung genügt also nicht, um Rechtsfolgen abzuleiten; vielmehr muss man dazu – wie *Heck* ausgeführt hat – für einzelne Fallgruppen wertend abwägen. Dabei spricht der Topos der Gemeinschaft vage für einen gewissen Ausgleich der Einzelinteressen, für Rücksichtnahme und Koordination, gibt aber nicht an, wie dies umzusetzen ist, falls er zu Geltung gebracht werden soll. Etwa hat das Reichsgericht in der Zuckerrübensamenentscheidung keineswegs eine Mitberechtigung der Gläubiger an ihren Forderungen oder schuldrechtliche Beziehungen zwischen ihnen angenommen, sondern den Ausgleich unter Wahrung der Relativität über den

[272] *Wüst*, Interessengemeinschaft, 106 f.
[273] *Wüst*, Interessengemeinschaft, 105.
[274] *Wüst*, Interessengemeinschaft, 110 f.
[275] *Wüst*, Interessengemeinschaft, 109. Dasselbe soll beim Teilverlust der Sammelsendung gelten, vgl. Anm. 1.
[276] *Wüst*, Interessengemeinschaft, 110 (in Übereinstimmung mit *Würdinger*, oben bei Fn. 251).

Schuldner abgewickelt. Selbst *Hans Otto de Boor*, der von ähnlichen Anschauungen ausging wie später *Würdinger* – sein Programm war, den Grundsatz der isolierten Betrachtung von Forderungsrechten „einmal an den Bedürfnissen unserer Zeit, unseres so viel stärker gebundenen Lebens, unserer organisierten Wirtschaft nachzuprüfen“[277] – hielt den Grundsatz letztlich aufrecht und verwarf die Interessengemeinschaft.[278]

In der jüngeren Diskussion erscheinen die unter dem Gesichtspunkt der Interessengemeinschaft präsentierten Erwägungen neuerdings vielfach unter dem Gesichtspunkt eines – teils verfassungsrechtlich aufgeladenen – Gleichbehandlungsgebots.[279] Die Gleichbehandlung dürfte das zentrale Element der *iustitia distributiva* darstellen, die sich im Privatrecht immer offener Bahn bricht.[280]

2. Tuhr und die Pflichtenkollision

Wichtige Anregungen gingen von der 1888 erschienen Abhandlung *Andreas von Tuhrs* über den Notstand im Zivilrecht aus. *Tuhr* konzipierte die Kollision als eine nicht der Rechte, sondern der Pflichten. Dies war nicht die ursprüngliche Sicht der Pandektenwissenschaft, die vom subjektiven Recht ausging.[281] Damit griff *Tuhr* einen Trend der normentheoretischen Analyse des Zivilrechts auf, aus dem wenig später zwei Monographien zur Rechtskollision hervorgehen sollten. Bei *Tuhr* ergab sich diese Betrachtungsweise aus dem Zuschnitt des Werks; dreißig Jahre später wählte er in seinem Lehrbuch wieder die übliche Darstellung und verortete die Kollision bei der Ausübung der Rechte.[282] Außer der neuen Perspektive steuerte *Tuhr* wichtige Details bei; so erörterte auch er die Sammelladung und schlug vor, die Leistungsgefahr auf die Empfänger zu verteilen.

a) „Nothstand im Civilrecht“

In seiner Habilitationsschrift „Der Nothstand im Civilrecht“ stellte *Andreas von Tuhr* sich die Frage, „ob und wieweit die regelmäßigen Rechtsfolgen einer Handlung dadurch modificiert werden, daß die Handlung zur Erfüllung einer

[277] *Boor*, Kollision, 5.

[278] Auch *Boor* rügt die unbestimmte Weite; siehe Kollision, 25–28.

[279] Siehe nur *Hueck*, Gleichmäßige Behandlung; *Grünberger*, Personale Gleichheit; dazu im vierten Kapitel im Kontext der gleichmäßigen Verteilung grundsätzlich bei Fn. 147 und insbesondere zur Verteilung bei Leistungshindernissen bei Fn. 313.

[280] Dazu etwa *Arnold*, Vertrag und Verteilung.

[281] Siehe in der Einleitung bei Fn. 38.

[282] *Tuhr* AT, § 94. – Hingegen übernahm *Regelsberger* I § 55 232 die Perspektive einer Kollision obligatorischer Pflichten, wenn auch nur in einem Satz.

Rechtspflicht oder zur Rettung eines Rechtsguts nothwendig war". Dabei fasste *Tuhr* auch den Vertrag als Quelle von Rechtspflichten, Vertragsverletzungen nämlich als „Rechtsverletzungen" auf.[283] Ihn beschäftigte unter anderem die Situation, dass „die Erfüllung einer Obligation zwar möglich ist, aber nur durch Uebertretung einer anderen Rechtspflicht des Schuldners (Pflichtencollision)". Sei die andere Pflicht „öffentlicher Natur", müsse sie vorgehen; ihre Existenz mache die Erfüllung der anderen unmöglich. Anders liege es aber bei zwei privatrechtlichen Pflichten, „denn diese Pflichten stehen einander principiell gleich".

Regelmäßig müsse der Schuldner „die eine Pflicht erfüllen und für die Nichterfüllung der anderen aus seinem übrigen Vermögen Schadenersatz leisten". Weil beide Gläubiger befriedigt würden, liege keine „wirkliche Pflichtencollision" vor: „So erhalten beide Gläubiger das, was ihnen zukommt: Der eine die bedungene Leistung, der andere das allgemeine gesetzliche Surrogat für alle Vermögensleistungen: Geld".[284] Hier begegnet der Gedanke wieder, den *Keller* und die Verfasser des BGB formuliert hatten:[285] dass außerhalb des Konkurses eine Forderungskollision nicht vorkomme, weil der Schuldner ja hafte.

Von dem durch *Tuhr* bezogenen Blickwinkel aus erscheint diese Überlegung besonders fernliegend. Wenn man die Kollision von den Forderungen, also von den Gläubigern her betrachtet, dann blickt man auf deren Interesse an der Erfüllung und kann zu dem Ergebnis gelangen, dass ihnen kein Schaden entsteht, ihr Recht also nicht dadurch gemindert wird, dass sie Geldersatz erhalten, so dass keine Kollision vorliegt, wenn die Ausübung eines anderen Rechts dieses Ergebnis verursacht. Blickt man aber wie *Tuhr* vom Schuldner her, dann liegt in der Verneinung einer Kollision die These, dass der Schuldner seiner Verbindlichkeit durch die Zahlung des Interesses ebenso gut nachkommt wie durch die Leistung in Natur, dass er also gar nichts anderes schuldet als den Ersatz des Interesses. Der Schuldner wäre demnach nicht nur mangels Exekutionsmöglichkeit des Gläubigers tatsächlich in der Lage, sondern befugt, die vertragliche Leistung durch das Gläubigerinteresse in Geld zu ersetzen.[286] *Tuhr* dürfte dann gar nicht von einem Ersatz „für die Nichterfüllung"[287] sprechen.

Eine Kollision zwischen mehreren obligatorischen Pflichten liege aber vor, wenn nicht alle Gläubiger ihr Interesse erhalten könnten. *Tuhr* nannte hierfür zunächst den Konkurs und das Parallelproblem des erschöpften *peculium*.[288] Darüber hinaus suchte er aber auch nach Fällen, in denen der Schuldner wegen der mehrfachen Verpflichtung nicht auf Ersatz haftet. Hierbei kam er nicht

[283] *Tuhr*, Nothstand, 5.
[284] *Tuhr*, Nothstand, 15.
[285] Siehe zu *Keller* oben bei Fn. 42; zu Gebhards Begründung seines Vorentwurfs oben bei Fn. 159.
[286] Eine Ersetzungsbefugnis klingt auch in der Rede von Geld als dem gesetzlichen Surrogat (oben Fn. 284) an.
[287] *Tuhr*, Nothstand, 15.
[288] Zur Diskussion im Rahmen der Forderungskollision oben bei Fn. 55.

nur auf die römische Noxalhaftung, wo ein *dominus* gegenüber mehreren von seinem Sklaven Geschädigten durch Auslieferung an einen frei wird.[289] Daneben bildete er einen Fall einer Sammelladung, der an *Jherings* Beispiel erinnert. Doch bezog *Tuhr* sich nicht auf *Jhering*, sondern auf den in den Digesten überlieferten Fall vom Schiff des Saufeius.[290] Auch ging es ihm nicht um die Preis-, sondern nur um die Leistungsgefahr: Ein Schiffer schuldet aus seiner Ladung zwei Gläubigern Getreide. Bei einem unverschuldeten Unglück geht ein Teil der Fracht verloren. Aus dem Rest kann der Schuldner einen der Gläubiger voll befriedigen, aber nicht beide. Er haftet nicht, weil er für den Ladungsverlust nichts kann. Mit diesem Beispiel wiederlegte *Tuhr* den Satz aus den Motiven des (ersten) Entwurfs, wonach bei mehreren Forderungen außerhalb des Konkurses bloß die Interessen an der Naturalerfüllung kollidieren könnten, weil immer alle Gläubiger ihr Interesse in Geld ersetzt hielten.[291]

In diesem Fall hielt er die Präventionslösung für ungeeignet. Bei der Insolvenz und dem unzureichenden Sondergut bleibe dem hintangestellten Gläubiger immerhin die Hoffnung, „bei späterem Wiederanwachsen des schuldnerischen Vermögens zu seinem Recht zu kommen". Nähme man hingegen bei der beschränkten Gattungsschuld Befreiung durch Leistung an den Prävenierenden an, erleide der zu spät Kommende einen endgültigen Verlust. Vor allem könne man nicht nur in den beiden erstgenannten Fällen, sondern auch bei der doppelten Noxalhaftung argumentieren, dass „die volle Befriedigung des zuvorkommenden Gläubigers die Belohnung seiner größeren Rührigkeit ist".[292] Dieser Gedanke trage hier nicht, da es ausschließlich vom Schiffer abhänge, welchen Hafen er zuerst ansteuere. Die Gläubiger könnten meist gar nicht ahnen, dass sie um ihr Recht kämpfen müssen. Für den Schuldner fehle es an einem „vernünftigen Grund", um zu entscheiden, wem er erfüllen soll. Daher empfiehlt *Tuhr* hier „quotenmäßige Reducirung der collidirenden Pflichten des Schuldners".[293]

In den Quellen sah *Tuhr* hierfür keine Stütze. Nur eine Analogie zog er, nämlich zum Vermächtnis an mehrere Personen, wenn der Erbe nur einmal leisten soll. Seit *Justinian* sei auch bei Damnationslegaten anerkannt, dass bei Wegfall eines Mitvermächtnisnehmers sein Anteil den anderen zuwachse. Dies erkläre sich nur dadurch, dass vor dem Wegfall eigentlich jeder das ganze Vermächtnis zu fordern hatte und die verschiedenen Rechte sich – ebenso wie hier die Rechte der verschiedenen Ladungskäufer – mit Rücksicht aufeinander verhältnismäßig beschränkten.[294] Jedenfalls sprächen die Quellen auch nicht ge-

[289] Zur Diskussion im Rahmen der Forderungskollision oben bei Fn. 56.
[290] D. 19,2,31; siehe im ersten Kapitel bei Fn. 317.
[291] Gegen die Motive *Tuhr*, Nothstand, 20, Fn. 1.
[292] *Tuhr*, Nothstand, 18.
[293] *Tuhr*, Nothstand, 19.
[294] *Tuhr*, Nothstand, 19, Fn. 2. Er bezog sich auf C. 6,51,11. Dazu im ersten Kapitel Fn. 302.

gen eine solche Lösung, da sie die Prävention nur vereinzelt anordneten, nicht aber zum allgemeinen Prinzip erhöben.

Abschließend beschrieb *Tuhr* knapp einige Einzelfälle. Bei doppelter Dienstverdingung habe keiner der Gläubiger vorzugsweise „Recht auf Naturalerfüllung" – die umstrittene *lex* zur *locatio conductio* erwähnte er nicht, wohl aber als Ausnahme die Reichsgesetzgebung zum Heuervertrag.[295] Daneben fand er auch neue Problemfälle. Er stellte sich einen Verwahrer vor, der bei plötzlicher Gefahr nur die Sache eines seiner mehreren Gläubiger retten kann. Ganz durch die Perspektive der Pflicht geprägt, urteilte er: „[falls] dem Schuldner aus der Uebernahme der zwei sich gegenseitig ausschließenden Pflichten ein Vorwurf nicht gemacht werden kann, so hat er nur eine von beiden Pflichten nach vernünftiger Wahl zu erfüllen, ohne aus der Verletzung der anderen zu haften". Dabei „wird er sich nach dem Werth der Gegenstände und der Möglichkeit ihrer Erhaltung entscheiden". Hier gibt die Pflichtenrhetorik der Diskussion einen eher moralischen Anstrich.[296] Die privatrechtliche Frage der Aufteilung des Risikos unter den mehreren Gläubigern stellt sich unabhängig von einem dem Schuldner zu machenden Vorwurf. Es überrascht, dass in diesem Fall die Interessen des einen gänzlich, die des anderen überhaupt nicht gewahrt werden sollen.[297]

b) Zur weiteren Debatte: Pflichtenperspektive und Normtheorie

Tuhrs pflichtenorientierter Ansatz fügte sich in einen Trend, das Zivilrecht normtheoretisch zu analysieren. *August Thon* stellte 1878 eine Lehre auf, wonach „alles Recht einer Gemeinschaft in deren Normen bestehe". Indem er das Recht auf einen „Complex von Imperativen" reduzierte,[298] ging er über seinen Vordenker *Karl Binding* noch hinaus. Damit schloss er insbesondere gewährende Rechtssätze aus: „ein blosses Erlauben ist niemals Sache des Rechts".[299] Auf das subjektive Recht verzichtete *Thon* ganz. Es ging bei ihm in zwei Nor-

[295] *Tuhr*, Nothstand, 20.

[296] *Tuhr*, Nothstand, 20, verarbeitete hier mit D. 29,5,3,4 einen Text, der eine strafrechtliche Pflichtenkollision zum Gegenstand hat: Konnte ein Sklave nicht allen seiner zugleich angegriffenen Herren beispringen, wurde er nicht nach dem Senatusconsultum Silanianum hingerichtet. Außerdem sprach *Tuhr* (21) D. 38,1,23,1 an (dazu im ersten Kapitel bei Fn. 315), wo es um an mehrere Patrone zu erbringende *operae* geht; ebenfalls ein Problem mit stark ethischem Anstrich. – Ohne Pflichtenrhetorik in der Sache noch ebenso *Tuhr*, AT, § 94 III (578): „Aus § 242 ergibt sich, daß der Schuldner allen Gläubigern gegenüber frei wird, wenn er sich so verhält, wie er vernünftigerweise handeln würde, wenn die ihm anvertrauten Sachen sein Eigentum wären".

[297] Für eine andere Lösung siehe im vierten Kapitel bei Fn. 348.

[298] *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, V und 8.

[299] *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, 292. Mit *Binding* stimmte er so nicht mehr überein, denn der schrieb mit Blick auf den „Befehlsinhaber": „Die Norm ist zugleich berechtigender Rechtssatz" (Kritische Vierteljahresschrift 21 (1879) 542, 561).

men auf, nämlich in dem Befehl an ein oder mehrere Rechtssubjekte, sich zu Gunsten eines Geschützten in gewisser Weise zu verhalten, und in dem sogenannten Anspruch: dem Befehl an gewisse Amtsträger, dem Begünstigten auf sein Verlangen zu Hilfe zu kommen.[300] *Thon* stieß bei manchen auf heftigen Widerspruch: *Binding* selbst kritisierte, vom Recht bleibe nur „ein Loch im Centrum des Normenkreises".[301] *Josef Kohler* empörte sich, dass *Thon*, indem er sich auf die Verbote fixierte, „die Auster fortwirft und uns die nackte Schale läßt".[302] Einen Ritterschlag erhielt die Lehre aber von *Bernhard Windscheid*, der seine Darstellung in der 1887 erschienenen sechsten Auflage der Pandekten weitgehend der Auffassung *Thons* annäherte.[303] Zumal *Hans Kelsen* später in eine ähnliche Kerbe schlug und im zwanzigsten Jahrhundert das öffentliche Recht der deutschsprachigen Rechtstheorie den Ton angab, prägt *Thons* Imperativentheorie noch die heutige Rechtslehre.

Wen die Frage umtreibt, wie man das subjektive Recht in Normen rekonstruieren kann, den muss reizen, sein Problem dadurch auf die Spitze zu treiben, dass er über die Struktur des Zusammentreffens mehrerer Rechte nachdenkt. Es wundert beinahe, dass die Protagonisten der Normentheorie sich dem Thema der Rechtskollision nicht widmeten. Was sie versäumten, leisteten *Stanisław Wróblewski* und *Curt Wittkowsky* in Monographien „Zur Lehre von der Collision der Privatrechte" (1894) und über „Die Kollision der Rechte unter besonderer Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuches" (1911).

Beide Autoren behandelten auch die Forderungskollision und sollen daher im Folgenden erörtert werden. Allerdings diente die Kollisionsdebatte bei ihnen vor allem begrifflichen Interessen; ähnlich dem, was sich für den Beginn des 19. Jahrhunderts beobachten ließ. *Tuhrs* praktische, interessenorientierte Dogmatik setzte sich nicht durch.

aa) Wróblewski – Kollision von Befehlen

„Zur Lehre von der Collision der Privatrechte" betitelte *Wróblewski* seine 1894 der Universität Krakau vorgelegte Habilitationsschrift, in der es ihm da-

[300] *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, 218, 228. Dazu *Dörner*, Dynamische Relativität, 21–24.

[301] *Binding*, Kritische Vierteljahresschrift 21 (1879) 542, 563.

[302] *Kohler*, JherJB 18 (1880) 129, 131. Er fährt fort: „mögen die Genügsamen sich die Schale munden lassen, ich habe mir die Auster gewählt" (132).

[303] Zuvor hatte *Windscheid* das subjektive Recht als verliehene Willensmacht umschrieben und durch die Unterworfenheit einer Person oder Sache gekennzeichnet (I 4. Aufl. § 37 91). In der folgenden Auflage geriet er ins Wanken (I 5. Aufl. § 37 Fn. 2, 93, § 41 Fn. 1, 97, § 43 Fn. 1, 102 sowie Fn. 3, 103 f.). Ab der sechsten Auflage beschrieb er das subjektive Recht als einen Befehl, den die Rechtsordnung dem Begünstigten zur Disposition stellt, oder eine Befugnis, über die Entstehung, die Veränderung oder den Untergang eines solchen Befehls zu entscheiden (I 6. Aufl. § 37 87–90, insb. Fn. 2). Zu den Auswirkungen auf dingliche und persönliche, absolute und relative Rechte §§ 38–39 und § 41.

rum ging, die „Consequenzen" der üblichen Definition der Kollision zu entwickeln und so „festzustellen, was vom Standtpunkt jener Definition als Collision gelten darf".[304] Nach dieser Definition bedeute Kollision, dass mehrere subjektive Rechte nicht zugleich ausgeübt werden können.[305] Das subjektive Recht bestimmte er wie folgt: Jedes Recht werde durch die Rechtsnormen gemacht, diene dabei aber der Befriedigung eines Bedürfnisses. Das Recht sei die „rechtliche Sicherung einer Genussmöglichkeit". Der Bezug auf den Zweck zeigt den Einfluss von *Jhering*.[306] Privatrecht sei ein Recht, wenn seine „praktische Realisierung […] dem Willen des Berechtigten und seiner Initiative überlassen" werde.[307] Hier verwies der Autor ausdrücklich auf *Thon*, der ihn auch im Folgenden augenscheinlich bestimmt: Auch *Wróblewskis* Recht sollte sich im Imperativ erschöpfen.[308]

Dingliche Rechte schützten die „Möglichkeit des Genusses einer körperlichen Sache" durch absolute, also gegen alle wirkende Verbote.[309] Demgegenüber sei das obligatorische Recht „die durch relative, an eine oder mehrere genau bestimmte Personen gerichtete Imperative erzeugte Sicherung der Genussmöglichkeit."[310] Diese Definition setzte *Wróblewski* zwei Bewährungsproben aus. Er beobachtete, dass Forderungen auch für Dritte Folgen haben.

Erstens könne „nach neurem Recht", etwa dem französischen oder österreichischen, jede Vermögensschädigung eine Schadenersatzpflicht begründen – unter Umständen auch die Verletzung einer Forderung durch einen Dritten. Entgegen dem ersten Anschein liege darin aber kein absoluter Schutz. Denn nur beim dinglichen Recht seien Abwehr- und Herausgabeansprüche für die Absicherung der Möglichkeit des Sachgenusses zwingend erforderlich. Demgegenüber entstehe nicht immer ein Schaden für den Gläubiger, wenn ein Dritter den Schuldner an der Leistung hindere. Vielmehr sei die Genussmöglichkeit des Gläubigers nur dann beeinträchtigt, wenn der Schuldner nicht ersatzpflichtig oder zwar ersatzpflichtig, aber zahlungsunfähig sei.[311] Daraus, dass die Wirkung gegen Dritte bei der Obligation nur mitunter zur hauptsächlichen Wirkung gegen den Schuldner hinzutritt, schloss *Wróblewski*, dass

[304] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 5. – Zu Leben und Werk des sogenannten „polnischen Papinian" zuletzt *Bodura* TR 91 (2023) 233–270 (zur Habilitation dort bei Anm. 23).

[305] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 5, 67.

[306] Vgl. *Jhering*, Geist III.1 § 60 (339): „Der Begriff des Rechts beruht auf der rechtlichen Sicherheit des Genusses, Rechte sind rechtlich geschützte Interessen". Anders als *Jhering* identifiziert *Wróblewski* das Recht jedoch nicht mit dem Zweck, sondern mit dessen Schutz.

[307] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 30 und 32.

[308] Siehe aber gleich bei Fn. 312.

[309] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 35–41. Beschränkte dingliche Recht enthielten zugleich ein Verbot an den Berechtigten, das seine Genussmöglichkeit begrenzte und dadurch mit denen anderer Rechtsinhaber an der gleichen Sache vereinbar machte.

[310] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 41.

[311] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 43 f.

sie nicht zum Wesen des Forderungsrechts gehörte. Vielmehr müsse die gelegentliche Schadenersatzpflicht Dritter einer anderen, von der Forderung gesonderten Norm entspringen, die tatbestandlich das Entstehen eines Schadens und folglich die Befreiung des Schuldners oder dessen Insolvenz voraussetze.[312] Dagegen, diese Wirkung zur Forderung zu rechnen, spreche außerdem, dass etwa bei Obligationen auf ein Tun oder ein Unterlassen eine Beeinflussung durch Dritte gar nicht denkbar sei.[313] Letzteres überzeugt nicht, denn wie man die geschuldete Sache zerstören kann, kann man dem zum Handeln Verpflichteten entführen oder den zum Unterlassen Verpflichteten zur Tat zwingen.

Zweitens wendet *Wróblewski* sich der Gläubigeranfechtung zu. Auch diese belege keine absolute Wirkung der Forderung. Denn das Anfechtungsrecht sei nicht Resultat einer Verletzung des Forderungsrechts durch den Dritten. Schließlich hänge seine Entstehung davon ab, ob Zahlungsunfähigkeit eintritt. Das erweise sich erst nach der Handlung des Dritten und stehe mit dieser „in gar keinem Causalzusammenhang" – er meint wohl: in keinem zwingenden. Auch hier wirke also eine andere Norm, nicht die Forderung selbst.[314] Somit bleibe es bei der relativen Wirkung der Forderung.

Sodann klärte *Wróblewski*, was Ausübung eines Rechts bedeute. Hierunter dessen Genuss zu verstehen, lehnte er ab: Der Genuss des Berechtigten unterscheide sich nicht vom Genuss durch einen Nichtberechtigten. Auch könne das Recht nur die Genussmöglichkeit, nicht das Genießen selbst garantieren; daher könne letzteres nicht zur Ausübung gehören. Die gerichtliche Geltendmachung sei nicht Ausübung, da sie – im Gegenteil – mit der vorherigen Verletzung zusammenhänge. Vielmehr müsse man „die Realisierung des rechtsgemäßen Zustandes, die Befolgung der das betreffende Recht bildenden Imperative" als Ausübung betrachten, also das dem Recht entsprechende Verhalten des oder der Verpflichteten.[315] Bei der Obligation liege die Ausübung „in der Pflichterfüllung seitens des Verpflichteten".[316]

Damit ergab sich eine Rechtskollision, wenn die aus mehreren Rechten folgenden Befehle nicht zugleich befolgt werden können. Allerdings sprach *Wróblewski* auch davon, dass ein Befehl nicht befolgt werden könne, wenn ein

[312] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 44 ff. Für den Fall, dass der Schuldner frei wird, weil der Dritte etwa die geschuldete Sache zerstört, folgt, dass diese Handlung „so wunderlich es auch klingt, erst durch die [befreiende, G.A.] Rechtsvorschrift zur Verletzung des subjectiven Forderungsrechtes [wird]", 46.

[313] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 46.

[314] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 46 f. Nähme man so einen „Causalnexus" an, so wäre es nach *Wróblewski* konsequenter, die Leistung an den Dritten als unwirksam und nicht bloß anfechtbar anzusehen.

[315] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 67 ff., 72.

[316] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 78.

anderes Recht das gleiche Verhalten als unverboten kennzeichne.[317] So folgte für dingliche Rechte: „Ein dingliches Recht collidiert dann mit einem anderen dinglichen Recht, wenn die das letztere schützenden rechtlichen Imperative dem Inhaber des ersteren dasjenige verbieten, was ihm kraft seines Rechtes unverboten ist".[318] *Wróblewski* löste die Kollision nach Priorität oder durch gemeinschaftliche Inhaberschaft mit der Möglichkeit der Teilungsklage.[319]

Vorab setzte *Wróblewski* sich mit der hier interessierenden Frage auseinander, ob die Kollision auch bei Forderungen auftritt. Im Ergebnis schied er die Forderungskollision aus der Untersuchung aus. Von ihr könne man höchstens in Ausnahmesituationen reden, und selbst dann kollidierten die Forderungen nur mittelbar und nicht im eigentlichen Sinne.

Allerdings verpflichte die Obligation den Schuldner dazu, sich die Leistung nicht unmöglich zu machen.[320] Aber die Erfüllung einer Obligation mache die Erfüllung einer anderen beinahe nie unmöglich. Bei Unterlassungen sei das gar nicht vorstellbar, aber auch bei positivem Tun im Regelfall nicht: Nachdem der Schuldner die eine Forderung erfüllt hat, kann er sich darum bemühen, auch die andere zu erfüllen, indem er etwa die mehrfach geschuldete Sache zurückerwirbt, eine zweite erwirbt oder ähnliches.[321] Dass in all diesen Fällen keine Kollision vorliege, bedeute allerdings nicht, dass die Situationen nicht der Regelung bedürften – dafür gebe es vielmehr in der Tat das Recht der Gläubigeranfechtung.[322] Unverdrossen erläutert *Wróblewski*, auch in der Zwangsvollstreckung könne es nie zur Kollision der Forderungen kommen: Jede Forderung kann weiter ausgeübt werden, auch wenn der andere Gläubiger vollstreckt. Dabei entstehen dingliche Rechte, deren Verhältnis geklärt ist.[323] Dies gelte selbst im Konkurs.[324]

„Denkbar wäre nach dem Gesagten eine Coll. nur bei positiven Forderungen und zwar dann, wenn beiderseits die geschuldeten Leistungen auf einen Augenblick fallen und in demselben nicht zweifach vorgenommen werden können".[325]

---

[317] Vgl. das Beispiel S. 80 f. Diese Gleichsetzung von unverboten und erlaubt weckt Zweifel, ob *Wróblewski* wirklich nur in Geboten und Verboten konzipierte (dazu oben bei Fn. 308).

[318] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 122.

[319] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 245 f.

[320] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 95. Anders *Wittkowski*, siehe unten bei Fn. 350. – Die Frage, ob der Gläubiger Unterlassen beanspruchen kann, wurde in RGZ 72, 393 verneint; dazu im dritten Kapitel bei Fn. 189.

[321] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 95 f. Kritisch *Boor*, Kollision von Forderungsrechten, 32 Fn. 36: Praktisch sei das regelmäßig nicht möglich.

[322] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 104 f.

[323] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 105 ff.

[324] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 108 f.

[325] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 96.

Aber auch in diesen seltenen Fällen widerstreitender absoluter Fixschulden habe die Kollision einen anderen Charakter als eine zwischen dinglichen Rechten. Bei dinglichen Rechten kreuzten sich die Achtung gebietenden Imperative. Die beiden Rechteinhaber verlangten voneinander Respekt, so dass „die collidierenden dinglichen Rechte wirklich in einem Verhältnisse zu einander stehen und auf einander gegenseitig hemmend einwirken". Anders bei Forderungen:

„Zwischen den Forderungen mehrerer Subjecte besteht jedoch kein Verhältnis, keine Beziehung: dass die Erfüllung der einen Unmöglichkeit der Erfüllung der anderen in den geschilderten Fällen nach sich zieht, ist eine nur äusserlich richtige Umschreibung, während man eigentlich sagen müsste, dass ein bestimmtes Verhalten des Schuldners im Zeitpunkt der zu bewirkenden Leistung Unmöglichkeit der Erfüllung der Leistungspflicht herbeiführt".

Dingliche Rechte widersprächen sich von Anfang an, bei mehreren Forderungen bestehe bloß eine Prognose, dass die Ausübung der einen dazu führen werde, dass die andere nicht ausgeübt werden kann. Die Forderungen „berühren sich aber in der Wirklichkeit gar nicht". Beide berührten nur den Schuldner, und wenn dieser nicht leiste, dann sei rechtlich irrelevant, welche „causa remota" ihn dazu veranlasste: Krankheit, bloßer Unwillen oder eine andere Obligation.[326] Um von einer Beziehung mehrerer Forderungen aufeinander zu sprechen, fehle eine „Zusammentreffensbasis", hierfür genüge nicht „das blosse Gebundensein des freien Menschen". Daher treffe das Urteil der Motive zu, wonach das „Wesen der obligatorischen Willensherrschaft" eine echte Kollision ausschließe.[327] Er schlug vor, für Forderungen nur den Begriff „indirekte Kollision" zu verwenden.[328] Der indirekte Charakter der Kollision sei der Grund, warum eine rechtliche Regelung – anders als bei der direkten Kollision dinglicher Rechte – nicht erforderlich sei.[329] Es überrascht, dass *Wróblewski* auf einem Verhältnis zwischen den Gläubigern bestand, obwohl er die Ausübung der Forderung als ein Verhalten des Schuldners bestimmte, den er durchaus kollidierenden Befehlen ausgesetzt sah.

Weil keine Kollision vorliege, fasste *Wróblewski* die Lösung der Situation durch Prävention auch nicht als eine Entscheidung des Rechts auf. Er hielte es auch für „eine juristische Abnormität", wollte das Recht selbst den Krieg aller gegen alle ausrufen.[330] Erstaunlich leicht fand der Autor sich mit demselben Ergebnis dadurch ab, dass er es nicht unter seinen Begriff der Kollision subsumierte und die Situation als Nichtlösung kennzeichnete.

[326] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 97 und 98.
[327] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 100.
[328] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 121 (unter Ablehnung der von *Thibaut* vorgeschlagenen Wortbedeutung).
[329] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 122.
[330] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 98 f.

Nicht bloß so formal argumentierte *Wróblewski* zu den Fällen, die *Tuhr* in den Fokus gerückt hatte: wo die Erfüllung der einen Forderung den Schuldner auch gegenüber dem anderen Gläubiger befreit.[331] Wenn ein Verwahrer nur eine der anvertrauten Sache retten könne, möge eine Kollision im Sinne der indirekten vorliegen; die Unmöglichkeit sei „gerechtfertigt", wenn er die wertvollere rette. In allen anderen besprochenen Fällen sei die Nichterfüllung der zweiten Forderung keine zwingende Konsequenz der Erfüllung der ersten, weswegen keinerlei Kollision vorliege.[332] Dennoch befasst sich *Wróblewski* mit ihrer Lösung. Etwa bei der Lieferung aus der teilweise untergegangenen Warenmenge befreie in der Tat das positive Recht. Eigentlich stehe den verschiedenen Gläubigern hier nur eine einzige, gemeinsame Obligation zu.[333] Daher sei Teilung unter den Gläubigern angemessen. Bei unteilbaren Forderungsgegenständen müsse diese durch Wertregress zwischen den Gläubigern realisiert werden. Dieses Ergebnis schlug er auch für den römischen Fall der mehrfachen Haftung für Delikte eines Sklaven vor.[334] Hingegen seien die Fälle der adjektizischen Haftung unvergleichbar, weil dort der Herr zusätzlich zum Gewaltunterworfenen hafte.[335] So kommt er erstaunlicherweise in Fällen, die er noch nicht einmal als indirekte Kollisionen anerkennt, zu der gleichen Lösung, die er für die einzig „echte" Kollision vorsieht, nämlich für die dinglicher Rechte: Teilung unter den Rechtsinhabern.[336] Hier lässt sich erahnen, wie wenig die normlogischen Konstruktionen zur juristischen Falllösung beitrugen. Diese lag nicht im Fokus einer Arbeit, die sich die Entfaltung von Begriffsimplikationen vornahm.

bb) Wittkowsky – Kollision von Befehlen und Gewährungen

Anders als *Wroblewsky* wollte *Curt Wittkowsky* („Die Kollision der Rechte unter besonderer Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuches", 1911) nicht aus einem vorausgesetzten Begriff der Rechtskollision folgern, sondern nahm sich vor, einen solchen Begriff überhaupt zu bilden, und zwar nach teleologischen Gesichtspunkten. Aus dem Zweck der Rechtsordnung, der „Abgrenzung des rechtlichen Dürfens und Sollens der Rechtsgenossen", folge die Aufgabe, widersprüchliche Imperative zu heben.[337] Diese Aufgabe sollte sein

[331] *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 101 ff.
[332] Vgl. *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 102 f.
[333] Er wurde von *Boor* missverstanden, der meinte, *Wróblewski* lehne deswegen Kollision ab: Kollision von Forderungsrechten, 32 f., Fn. 36. Im Gegenteil sprach dieser Gedanke bei *Wróblewski* für Kollision, bloß sprach das Fehlen zwingender Kausalität von Leistung und Unmöglichkeit entscheidend dagegen.
[334] Wo die Römer wohl zum Wettlauf neigten; vgl. im ersten Kapitel bei Fn. 233.
[335] Der Gewaltunterworfene hafte jedenfalls natural.
[336] Vgl. *Wróblewski*, Zur Lehre von der Collision, 104 Fn. 3.
[337] *Wittkowsky*, Die Kollision der Rechte, 7–15, 13.

Kollisionsbegriff bewältigen. *Wittkowsky* schlug vor: „Kollision ist das Verhältnis mehrerer subjektiver Rechte einer Mehrheit von Personen, welche dergestalt zusammentreffen, dass die dieses Recht begründenden Imperative (sämtlich oder zum Teil) in gegenseitigem Widerspruch stehen".[338]

Auch bei *Wittkowsky* bildeten also „Imperative" des objektiven Rechts das subjektive.[339] Gegen *Thon* und *Wróblewski* billigte *Wittkowsky* aber der Erlaubnis selbständigen Charakter zu, für ihn gab es also erlaubende Imperative.[340] Damit präzisierte er: „Die Perplexität erfährt ihren genaueren Ausdruck darin, dass das einer Person auf Grund eines ihr gewährten subjektiven Rechts zugebilligte Dürfen oder Können mit dem ihr auf Grund des subjektiven Rechts eines anderen anbefohlenen Sollen oder Nichtsollen im inneren Widerspruch steht".[341]

Für absolute Rechte kam *Wittkowsky* zu einer Vielzahl von Kollisionsfällen. Jedes absolute Recht enthalte eine Gewährung an den Rechtsinhaber und eine Verpflichtung aller anderen Rechtssubjekte, nicht auf den Gegenstand des Rechts einzuwirken.[342] Bereits das Eigentum an zwei Nachbargrundstücken kollidiere miteinander, weil die Pflicht zur Rücksichtnahme der Nutzungsgewähr am eigenen Grundstück widerstreite. Auch bestehe stets eine Kollision zwischen dem Eigentum und anderen dinglichen Rechten an derselben Sache.[343]

Demgegenüber lehnte auch *Wittkowsky* im Anschluss an die Motive eine Kollision von Schuldverhältnissen ab. Denn auch das relative Recht bestehe nur aus zwei Imperativen: „dem an den Berechtigten gerichteten, der ein bestimmtes (Verlangen-)Dürfen und den an den Verpflichteten gerichteten, der ein (Handeln- oder Unterlassen-) Sollen bejaht".[344] Es beinhalte hingegen keinen Befehl, dass „alle Dritten sich jeglicher Störung des Verhältnisses zu enthalten hätten".[345] Ein solches Stören verpflichte nur ausnahmsweise zum Schadenersatz, wenn es aus besonderen Gründen unrechtmäßig sei. Gebe es kein Störungsverbot, dann „findet der Satz Anwendung, dass ein Dürfen mit einem

[338] *Wittkowsky*, Die Kollision der Rechte, 14 f.

[339] Zum subjektiven Recht werde „der auf ein bestimmtes Interesse gerichtete Wille" dadurch, dass das objektive Recht ihn zum Gegenstand von Imperativen mache: *Wittkowsky*, Die Kollision der Rechte, 17. Damit wurden *Windscheid*, *Jhering* und *Thon* einträchtig miteinander verbunden.

[340] *Wittkowsky*, Die Kollision der Rechte, 16–25, mit Abgrenzung des „Erlaubtseins" vom bloßen „Nichtverbotensein". Vgl. dagegen zu *Thon* oben bei Fn. 299, zu *Wróblewski* bei Fn. 308.

[341] *Wittkowsky*, Die Kollision der Rechte, 22. Diese Definition erfasst nicht das Verhältnis, das *Wittkowsky* später unter der Bezeichnung „Kollision der Pflichten" in Betracht zieht. Sie passt nur auf ein Zwei-Personen-Verhältnis.

[342] *Wittkowsky*, Die Kollision der Rechte, 33.

[343] *Wittkowsky*, Die Kollision der Rechte, 33–45.

[344] *Wittkowsky*, Die Kollision der Rechte, 45.

[345] *Wittkowsky*, Die Kollision der Rechte, 46.

anderen ohne das Medium des beiderseitigen korrelaten Nichtdürfens in Widerspruch nicht stehen kann".[346] Die Gläubiger sähen sich keinen widersprüchlichen Imperativen ausgesetzt, insofern scheide eine Kollision der Forderungsrechte aus. Anders liege es nur in einzelnen Fällen, in denen angeordnet ist, dass der der Schuldner nach einmaliger Zahlung frei werde. Hier kollidierten die gewährenden Imperative.[347] Der besondere Teil macht deutlich, dass *Wittkowsky* ausschließlich an gemeinschaftliche Forderungsrechte dachte.[348] Die von *Tuhr* diskutierten Fälle, in denen die Erfüllung einer Forderung den Schuldner von der selbständigen Forderung eines anderen Gläubigers befreit, übersah er.

Ähnlich wie *Wróblewski* unter dem Begriff der „indirekten Kollision" zog auch *Wittkowsky* die Forderungskollision noch unter einem anderen Gesichtspunkt in Betracht, der auch ihm als nachrangig erschien. *Wittkowsky* umschrieb, es könne sich, wenn auch nicht um eine „eigentliche Kollision der Rechte", so doch um eine „Kollision der Pflichten" handeln. Er bezog sich damit auf die von *Tuhr* und *Regelsberger* gewählte Begrifflichkeit. Die Frage ging darauf, ob sich statt der Gläubiger möglicherweise der Schuldner widersprüchlichen Imperativen ausgesetzt sieht. *Wrobleswki* hatte das ja für Einzelfälle – die absolute Fixschuld – angenommen. Anders *Wittkowsky*:

„Darin, dass der Schuldner dem A. leisten soll und zugleich dem B. dasselbe leisten soll, liegt an sich noch kein rechtlicher Widerspruch, mag auch eine faktische Unmöglichkeit, beiden zu leisten, gegeben sein. Ein rechtlicher Widerspruch liegt nur dann vor, wenn wir sagen: kraft des Rechts des A. ist der Schuldner diesem zu leisten verpflichtet; kraft des Rechts des B. ist er verpflichtet, die Leistung an den B. nicht unmöglich zu machen, daher dem A. nicht zu leisten, und ebenso umgekehrt".

Sonst entstehe „ein Kampf", also ein Verhältnis der Imperative, „erst durch den Eintritt eines äusseren Faktors, der tatsächlichen Unmöglichkeit beiden zu leisten".[349]

Diese Differenzierung ist schwer nachvollziehbar. Zunächst entsteht der Eindruck, *Wittkowsky* wolle sich – wie *Wróblewski* – auf einen formalen Standpunkt zurückziehen und nur einen rein logischen, ohne Heranziehung von Empirie feststellbaren Widerspruch als Kollision akzeptieren. Ob die eine Leistung dazu führt, dass die andere nicht erbracht wird, so hätte er argumentieren können, ist allein mit den Mitteln der Logik nicht ergründbar, sondern hängt von natürlichen und sozialen Verhältnissen ab. Ob der Schuldner die Kraft hat, den Leistungserfolg zweimal herbeizuführen, ist Tatsachenfrage.

[346] *Wittkowsky*, Die Kollision der Rechte, 50.
[347] *Wittkowsky*, Die Kollision der Rechte, 51. Nur die Gläubigermehrheit behandelte er im besonderen Teil.
[348] Das zeigt schon die Übersicht: *Wittkowsky*, Die Kollision der Rechte, 56 f.
[349] *Wittkowsky*, Die Kollision der Rechte, 47.

Diese Position erschiene schlüssig. Jedoch verließ *Wittkowsky* diesen Pfad, indem er als entscheidend untersuchte, ob das Schuldverhältnis einen Befehl enthält, die Leistung nicht unmöglich zu machen. Wieso sollte das Vorhandensein eines solchen Befehls den rein logischen Widerspruch kreieren? Denn auch, wenn jedes der Schuldverhältnisse dem Schuldner auferlegt, die jeweilige Leistung nicht unmöglich zu machen, bedarf es eines Urteils über Tatsachen, um zu ermitteln, ob die andere Leistung die eine unmöglich macht. In Wahrheit kann es *Wittkowski* also nicht darum gegangen sein, ob der Widerspruch schon logischer Art war oder ob zwei Befehle ihre wechselseitige Ausführung bloß tatsächlich ausschlossen; der Hinweis auf den „äusseren Faktor" führt in die Irre.

Nach *Wittkowskys* Auffassung enthielt die Forderung aber – anders als nach *Wróblewski*[350] – kein solches Verbot, die Unmöglichkeit der Leistung herbeizuführen. Dies schloss er daraus, dass der Ersatzleistungsanspruch, der dem Gläubiger regelmäßig zusteht, wenn die Leistung unmöglich geworden ist, noch immer der Obligation entspringt.[351] Es handele sich nicht um einen unabhängigen Schadenersatzanspruch, vielmehr habe sich nur der Inhalt der anfänglichen Verbindlichkeit geändert. Ein Schadenersatzanspruch würde auf der Verletzung eben eines Imperativs, die Leistung nicht unmöglich zu machen, beruhen. Liege kein Schadenersatzanspruch vor, dann gebe es offenbar auch keinen solchen Imperativ.[352] Dieser Schluss überzeugt kaum, weil doch das Verbot, sich die Leistung unmöglich zu machen, im Leistungsgebot implizit sein kann, ohne regelmäßig eine eigene Rechtsfolge zu haben.

Zusammenfassend sah auch *Wittkowsky* bei Forderungen keine „echte" Rechtskollision, weil die Gläubiger sich gegenseitig nichts gebieten, und auch keine Pflichtenkollision – von der unklar bleibt, welchen Stellenwert sie hätte –, weil dem Schuldner nicht verboten sei, die Leistung unmöglich zu machen, und die Unmöglichkeit einen rein „äusseren Faktor" darstelle, der keine Beziehung der Leistungsimperative zueinander zu knüpfen vermöge.

Dementsprechend begriff auch er den Wettlauf nicht als Rechtsprinzip, sondern sah darin „die bloße Tatsache des praevenire".[353] Wenn das Gesetz mitunter das Verhältnis mehrerer Forderungen regele – so bei mehreren Alimentationsberechtigten – gelte: Eine etwaige „Bevorzugung beruht auf speziellen Zweckmässigkeitserwägungen, resp. auf Forderungen des Rechtsgefühls, der Billigkeit, aber nicht auf dem Gedanken, dass ein rechtlicher Widerspruch die Regelung notwendig erfordere".[354] *Wittkowsky* schloss damit, dass das BGB ganz unterschiedliche Lösungen für die Rechtskollision gefunden habe – er

[350] Siehe oben bei Fn. 320.
[351] Dazu *Albers*, Perpetuatio obligationis, insb. mit den Hinweisen 6 f.
[352] *Wittkowsky*, Die Kollision der Rechte, 47 f.
[353] *Wittkowsky*, Die Kollision der Rechte, 48.
[354] *Wittkowsky*, Die Kollision der Rechte, 50 f.

sprach von der Aufhebung eines der Rechte, von Beschränkung der Ausübung, von „Rechtsgemeinschaft oder Ausübungsgemeinschaft". Gemeinsam sei den unterschiedlichen Mitteln jeweils „das Moment der Beschränkung einerseits und das Moment der Billigkeit andererseits". Vor allem aber eine die Auflösung der Kollisionen ihr Zweck, nämlich die „Hebung der in dem Verhältnis enthaltenen Perplexität, dem die Rechtsordnung zu dienen hat".[355]

Ob *Wittkowsky* ernsthaft eine zweckorientierte Methode für sich in Anspruch nehmen konnte, wenn er als Zweck die Widerspruchsfreiheit des juristischen Systems setzte, wird man bezweifeln. Dass eine auf solche Weise teleologische Begriffsbildung mehr bringt als eine Begriffsentfaltung, wie *Wróblewski* sie vornahm; ja worin überhaupt der prinzipielle Unterschied bestehen soll, erwies sich nicht.

c) Stellungnahme

Die normtheoretische Analyse der Forderungskollision trug zur Lösung der materiellrechtlichen Probleme nicht bei. Ins Verfahrensrecht, wo sich entscheiden muss, ob die Rechtsordnung eine der geschuldeten Verhaltensweisen wirklich erzwingt, drang dieser Ansatz kaum ein. *Tuhrs* Arbeit verdanken wir allerdings die von ihrem Ansatz unabhängige Erkenntnis, dass auch im modernen Recht sich ein Schuldner mitunter einem Gläubiger gegenüber darauf berufen kann, dass er auch einem anderen schuldete, und die Väter des BGB, die eine Regelung der Forderungskollision für entbehrlich hielten, daher von falschen Voraussetzungen ausgingen.

VI. Fazit

Aus dem gemeinrechtlichen Streit um die Kollision von Privilegien und besonderen Rechten abstrahierte *Thibaut* das Problem einer Kollision der Rechte im Allgemeinen.[356] *Stahl* arbeitete heraus, dass die Rechtsordnung ein harmonisches Ganzes sein musste, während die Rechte der Einzelnen einander widerstreiten konnten.[357] Die Diskussion fokussierte sich nun auf Kollisionen bei der Ausübung subjektiver Rechte, wobei manche nur bei gleichstarken Rechten von Kollision sprechen wollten.

In diesem Rahmen diskutierte man die Forderungskollision. Als hauptsächlicher Anwendungsfall erschien die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, die im Konkurs zur gleichmäßigen Verteilung unter Berücksichtigung der Konkursprivilegien führte. Dass auch beim liquiden Schuldner von Forderungs-

[355] *Wittkowsky*, Die Kollision der Rechte, 92.
[356] Zu *Thibaut* oben bei Fn. 2 und Fn. 15.
[357] Zu *Stahl* oben bei Fn. 20.

kollision die Rede sein konnte, bestritt ausdrücklich nur *Keller*.[358] Die übrigen Lehrbuchautoren erörterten als Forderungskollisionen vor allem die Konflikte des Typs „Leistung oder Ersatz", wie sie bei Doppelverpflichtung entstehen, und die römischen Quellen zu doppelten Dienstverpflichtungen,[359] zur beschränkten Haftung für Gewaltunterworfene[360] und zum Doppelvermächtnis.[361] Einig war man sich, dass erbrachte Leistungen nicht zurückgewährt werden mussten; ebensowenig wie regelmäßig bei der Insolvenz. Für den Fall, dass der Schuldner noch keinem Gläubiger geleistet hatte, leiteten aus den genannten Quellen einige ab, dass das Alter der Forderung,[362] die frühere Klageerhebung[363] oder ein früher erstrittenes Urteil[364] einen Vorzug gewähren sollten; andere wollten den Dingen ihren Lauf und erst die frühere Vollstreckung entscheiden lassen.[365] Die Verteilung forderten manche – neben dem Los – als Grundsatz der Rechtskollision überhaupt, doch nur wenige ausdrücklich mit Blick auf Forderungen außerhalb des Konkurses.[366]

Nur die letztgenannten Autoren brachten die Lösung der verschiedenen Forderungskollisionen einigermaßen in Gleichklang. Demgegenüber zogen schon im 19. Jahrhundert die meisten eine scharfe Trennlinie zwischen dem Konkurs und anderen Situationen der Forderungskollision, ohne eine Begründung dafür zu geben, warum ganz andere Mechanismen und Verteilungsregeln greifen sollten.

Insgesamt blieb die Auseinandersetzung oberflächlich.[367] Die Vorschläge der verschiedenen Autoren standen nebeneinander; ein Streit wurde darüber nicht ausgefochten. Vielfach war die Auseinandersetzung von Klaubereien um den Kollisionsbegriff geprägt. Es fällt auch auf, dass das Thema ausschließlich in Lehrbüchern abgehandelt wurde. Eine Monographie hätte vielleicht die praktischen Probleme besser erschlossen. Demgegenüber blieben die Lehrbücher stark durch das römische Material geprägt. Insbesondere die Kollisionen wegen nicht zu vertretender Leistungshindernisse, über die römische Zeug-

[358] Für *Kellers* Begriffsverständnis siehe oben bei Fn. 42.

[359] Zu D. 19,2,26 oben bei Fn. 47. Siehe außerdem zu Gesinde und Seeleuten oben unter IV.3.

[360] Zum Wettlauf beim Zugriff auf Sondervermögen und bei der Noxalhaftung oben bei Fn. 55 und 56.

[361] Zum Doppelvermächtnis oben bei Fn. 51.

[362] Siehe oben ab Fn. 47 (Alter der Forderung).

[363] Siehe oben ab Fn. 51 (frühere Klage).

[364] Siehe oben ab Fn. 55 (früheres Urteil).

[365] Zum Wettlauf bis in die Vollstreckung siehe oben bei Fn. 60.

[366] Zur Verteilung siehe oben ab Fn. 62.

[367] Noch *Bekker* urteilte mit Blick auf die Rechtskollision: „Wirkliche ausreichende Bearbeitung fehlt" (I § 24 74 Anm. a). Dem schloss sich *Wróblewski*, Collision, 5, an, der seinerseits über die Ausführungen in den allgemeinen Teilen der Pandektenlehrbücher zur Rechtskollision bemerkte: „Dass hierin eine wertvolle Bereicherung der Wissenschaft liege, kann schwerlich behauptet werden" (4).

nisse fehlten, wurde auch in den Lehrbüchern nicht systematisch angesprochen. Bemerkenswert ist, dass Rücksichtnahme auf die Freiheit des Einzelnen einige Autoren dazu bewog, von einer Koordination der widerstreitenden Rechte abzusehen und die Lösung des Konflikts dem Tatsächlichen vorzubehalten.[368] Hier klang die Argumentation der Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch bereits an.

Aus der heutigen, durch das Bürgerliche Gesetzbuch geprägten Perspektive kann aber überraschen und soll deswegen noch einmal betont werden, dass viele Autoren für kollidierende Forderungen außerhalb des Konkurses Kollisionsregeln aufstellten, indem sie bestimmte vor anderen bevorzugten – zum Beispiel ältere vor jüngeren – oder ihre Gleichbehandlung anordneten. Die praktische Frage, wie diese Lösung in einem Prozess zur Geltung gebracht werden sollte, den nur je ein Gläubiger gegen den Schuldner führte, warfen weder die Autoren auf, die außerhalb des Konkurses Vorrangkriterien anerkannten, noch diejenigen, die für gleichmäßige Verteilung eintraten. Wenn die frühere Klage oder das frühere Urteil entscheiden sollten, musste man dem Schuldner erlauben, sich gegen spätere Kläger durch den Hinweis auf den früheren zu verteidigen. Dasselbe galt, soweit man die Verteilung forderte. Einzelheiten dazu wären ebenso von Interesse gewesen wie die Frage, welche Folgen es haben sollte, wenn der Schuldner diese Verteidigung versäumte.

Nachdem bereits das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten für Rechtskollisionen im Zweifel gegenseitiges Nachgeben angeordnet, bei auf Gegenständen gerichteten Ansprüchen außerhalb des Konkurses aber die älteren bevorzugt hatte,[369] enthielten fast alle großen Kodifikationsprojekte des 19. Jahrhunderts Regeln zur Forderungskollision. Sie setzten außerhalb des Konkurses nicht auf Gleichbehandlung, aber auch nicht auf den Wettlauf in Erfüllung oder Vollstreckung, sondern auf Vorzugskriterien: Der Hessische und der Bayerische Entwurf stellten in erster Linie auf die frühere Klage, hilfsweise auf die ältere Forderung ab, und der Bayerische ganz hilfsweise noch auf das Los.[370] Das Sächsische Gesetzbuch entschied zwar bei der Rechtskollision im Allgemeinen für die Aufteilung, doch stellte bei Forderungen außerhalb des Konkurses auf das Alter ab. Hilfsweise sollte jeweils das Los entscheiden.[371] Der Dresdner Entwurf folgte dem Sächsischen Gesetzbuch hinsichtlich des Altersvorzugs, ließ allerdings bei gleichem Alter die frühere Klageerhebung entscheiden.[372]

Von diesen Vorbildern wichen die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich ab, denen das Konzept der Rechtskollision nicht

[368] Siehe oben bei Fn. 61.
[369] Zum ALR siehe oben unter III.1.
[370] Zum Hessischen Entwurf oben unter III.2, zum Bayerischen oben unter III.3.
[371] Zum Sächsischen BGB oben unter III.4.
[372] Zum Dresdner Entwurf oben unter III.5.

als tragfähig erschien. Selbst für dingliche Rechte gleichen Ranges wollten sie sich nicht auf eine allgemeine Norm festlegen.[373] Damit wandte die Kommission sich auch gegen den von *Gebhard* vorgeschlagenen Grundsatz, dass das Recht der tatsächlichen Entscheidung das Feld räumen solle.[374] Eher empfahl sie den Gerichten, analog zum späteren § 1024 BGB (über das Zusammentreffen mehrerer Nutzungsrechte) zwischen den kollidierenden Rechten nach Billigkeit zu vermitteln.[375]

Heinrich Dernburg beobachtete also 1902 richtig eine Tendenz bei der Behandlung von Rechtskollisionen:

„Sind die Rechte an sich von gleicher Kraft, so überwog nach römischem Recht der thatsächliche Zustand. Das heutige Recht sucht eine billige Ausgleichung herbeizuführen".[376]

Den Begriff der Forderungskollision hielten die Kommissionsmitglieder aber außerhalb des Konkurses für gegenstandslos. Die Durchsetzung der Erfüllung in Natur galt ihnen nicht als wesentlicher Bestandteil des Forderungsrechts. Für sie war selbstverständlich, dass das rein tatsächliche Zuvorkommen entscheiden sollte, welcher Gläubiger die Leistung in Natur erhält und wer in Geld abgefunden wird.[377] Eine Blockade in der Vollstreckung befürchtete die Kommission nicht.[378] Über Situationen, bei denen der Schuldner durch Erfüllung gegenüber dem einen Gläubiger auch gegenüber dem anderen frei wird, dachten die Redaktoren nicht nach. Der Grund wird gewesen sein, dass in den Lehrbüchern, soweit überhaupt Kollisionen außerhalb des Konkurses erörtert wurden, die antiquierten römischen Beispiele dominierten. Das moderne Recht hatte seine Schwierigkeiten mit der Noxalhaftung und der *actio de peculio*.[379]

---

[373] Zur Entscheidung der ersten Kommission gegen eine Regel oben bei Fn. 171.

[374] Zu *Gebhards* Auffasssung des Wettlaufs als natürliche Lösung der Rechtskollision oben bei Fn. 168.

[375] Siehe das Protokoll vom 24.9.1884 (oben nach Fn. 179).

[376] *Dernburg*, AT, § 44 II 2 (111). Er fuhr fort: „Das BGB wendet diesen Satz in einzelnen Fällen an […]. Da der Satz der Billigkeit und dem neueren Rechtsbewußtsein entspricht, so ist er auch in anderen Fällen analog anzuwenden". – Diese Tendenz bestätigt insbesondere die Neugestaltung der Erbenhaftung; dazu im vierten Kapitel unter IV.1.a). – Im politischen Klima der zwanziger und dreißiger Jahre sollte sich der Trend verstärken; seinen letzten Höhepunkt bildete die Ausweitung der Anfechtungstatbestände mit der Einführung der InsO (dazu im sechsten Kapitel unter III.1.a ab Fn. 31).

[377] Siehe die Ausführungen *Gebhards* (oben bei Fn. 152) und das Protokoll der Sitzung vom 22.2.1882 (oben ab Fn. 170).

[378] Erwogen wurde sie nicht von *Gebhard*, aber von der Kommission in der Sitzung vom 22.2.1882.

[379] Die Noxalhaftung galt nur noch für Tiere; siehe *Windscheid* II (7. Aufl.) § 457 Anm. 9. – Zur *actio de peculio* siehe schon *Savigny*, Obligationenrecht, § 56 (52): „Die Klage de peculio […] kann nicht mehr vorkommen. Sklaven haben wir nicht, und auch bei Kindern in väterlicher Gewalt hat das Peculium nicht mehr die Römische Bedeutung". Anders allerdings *Windscheid* II (7. Aufl.) § 484 mit Anm. 4.

Die Überlegungen zum Gefahrübergang bei der Sammelladung und zur Interessengemeinschaft, für die *Jhering* den Anstoß gegeben und die *Eck* zusammengebracht hatte, entgingen dem eiligen Blick des Redaktors *Gebhard*.[380] Die erste Kommission ging der Sache nicht auf den Grund, wozu beigetragen haben mag, dass auch ihrem Mitglied *Windscheid* das Thema nicht am Herzen lag: Er hatte die Rechtskollision in seinem Lehrbuch nur stiefmütterlich unter dem Gesichtspunkt behandelt, dass jeder sein Recht grundsätzlich ohne Rücksicht auf andere ausüben darf.[381] Der Beitrag *von Tuhrs* schließlich, der auf Kollisionen des Typs „Alles oder nichts" außerhalb des Konkurses hinwies und sich explizit gegen die Motive wandte,[382] kam zu spät, weil die zweite Kommission die Rechtskollision nicht erneut thematisierte. Bei einer historischen Auslegung des Gesetzes werden der beschränkte Gestaltungswille seiner Schöpfer auf dem Feld der Forderungskollision und die falschen Voraussetzungen, von denen sie ausgingen, immer mitbedacht werden müssen.

So scheiterte die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts daran, rechtzeitig eine brauchbare Lehre der Forderungskollision vorzulegen. Als Gründe hierfür lassen sich ausmachen: dass in den römischen Quellen keine Kollisionen vorkamen, die aus schuldrechtlichen Haftungsbegrenzungen resultieren, dass die Probleme des in Rom nicht verbreiteten Erfüllungszwangs nicht unter materiellrechtlichen Gesichtspunkten durchgearbeitet wurden, dass die Mitglieder der ersten Kommission des Bürgerlichen Gesetzbuchs der in diesem Punkt oberflächlichen Vorarbeit *Gebhards* folgten und sich, weil sie die weitergehenden Probleme übersahen, dessen Attitüde des *laissez-faire* zu Eigen machten, die gemünzt war auf die Konkurrenz um Naturalerfüllung durch Gläubiger, denen jedenfalls Ersatz in Geld zustand.

Die Materialien des Bürgerlichen Gesetzbuchs konservierten nur unvollkommen den Zwischenstand einer Diskussion, die auch in ihrer Gesamtheit das Thema noch nicht im erforderlichen Maße durchdrungen hatte. Noch mehr lastete auf der weiteren Debatte die Entscheidung gegen eine Normierung. Mangels gesetzlicher Anknüpfung fand weder die Rechts- noch die Forderungskollision in den neu entstehenden Kommentaren einen Platz,[383] die auch auf die wissenschaftliche Behandlung des Bürgerlichen Gesetzbuchs großen Einfluss gewannen. Beide begegneten allerdings noch für einige Zeit in den großen Lehrbüchern, die den Pandektenwerken nachgebildet wa-

[380] Zu *Eck* oben bei Fn. 228; zu *Gebhards* unachtsamen Umgang mit *Ecks* Schrift oben Fn. 129.

[381] Siehe oben bei Fn. 30 und 57.

[382] Für *Tuhrs* Widerlegung der Motive siehe oben bei Fn. 291.

[383] Jedenfalls weder bei Planck, noch bei Staudinger (3./4. Aufl.); auch nicht bei *Oertmann*.

ren.[384] Die Schriften von *Wróblewski* und *Wittkowsky* fachten keine allgemeine Debatte an, was wegen ihres besonderen, normtheoretischen Zuschnitts kaum verwundert. Auch *Hans Otto de Boor* gelang es mit seiner Monographie aus dem Jahr 1928 nicht, den Begriff zu etablieren – und das, obwohl einzelne Elemente seiner Arbeit bis heute beachtet werden.[385] Heute hat weder der Begriff der Rechtskollision einen Platz im Allgemeinen Teil,[386] noch – und das soll sich ändern – der der Forderungskollision eine Stelle im Schuldrecht.

[384] So bei *Crome* I, § 121 531 f.; *Dernburg*, AT, § 44 („Kollision der Rechte"); *Kohler*, AT, 170–172 („Zusammenstoß" von Rechten); *Matthieß*, Bürgerliches Recht I, § 66 („Die Ausübung und Kollision der Rechte"); *Tuhr*, AT, § 94; später noch *Leonhard*, Schuldrecht AT, § 23 („Kollision").

[385] Zu seinem Buch und zu den möglichen Gründen oben in der Einleitung (10, 13 f.).

[386] Allenfalls finden sich knappe Bemerkungen; so noch bei *Larenz*, AT, § 13 IV (242).

Drittes Kapitel

Wettkampf mit den Mitteln des Rechts

I. Einführung

Das Prinzip des Zuvorkommens (Präventionsprinzip) herrscht, wenn die Gläubiger miteinander um die Leistung wetteifern. Man spricht ohne Unterschied vom Wettlauf, Wettkampf oder Wettbewerb der Gläubiger.[1]

Die Motive des Bürgerlichen Gesetzbuchs riefen den „Wettbewerb um die Erfüllung" als Normalzustand unter konkurrierenden Gläubigern aus.[2] Dahinter stand die Auffassung, dass es der Rechtsordnung nicht zukommt, jeweils für sich begründete Forderungsrechte verschiedener Gläubiger dadurch zu relativieren, dass sie sie zueinander in Beziehung setzt.[3] Mit den römischen Juristen kann man den Umstand, dass ein Gläubiger anderen zuvorkommt, als Verdienst seiner Wachsamkeit auffassen (*ius civile vigilantibus scriptum*).[4] Vom Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs erscheint der Wettbewerb aber nicht als belohnende Zuweisung an den schnelleren Gläubiger, sondern als natürliche Konsequenz eines prinzipiell gebotenen *laissez faire*. Gleichwohl klingt der Topos, dass in der Schnelligkeit ein Verdienst liegt, schon in der Beschreibung als „Wettbewerb" an. Dieser Topos eignet sich zur rechtspolitischen Legitimation des Präventionsprinzips und taucht auch in den Debatten um seine Ausgestaltung immer wieder auf.

Tatsächlich handelt es sich beim Wettbewerb in gewisser Weise um den Normalzustand. Wettbewerb ist die Konsequenz einer isolierten Betrachtung der einzelnen Schuldverhältnisse.[5] Diese isolierte Betrachtung legt schon unser Verfahrensrecht nahe: Wie die Forderung stellt auch das Zivilverfahren eine bilaterale Beziehung zwischen Kläger und Beklagtem her und kann Drittinteressen nicht ohne weiteres berücksichtigen. Die isolierte Betrachtung trägt außerdem der Ungewissheit darüber Rechnung, ob sich eine drohende Kollisi-

---

[1] Zu den Ausdrücken und der üblichen Vermengung mit dem Prioritätsprinzip siehe bereits in der Einleitung Fn. 8.

[2] Siehe in der Einleitung bei Fn. 22.

[3] Siehe im zweiten Kapitel die theoretischen Ansätze von *Stahl* und *Kierulff* (bei Fn. 28 und Fn. 37) sowie die Positionen von *Windscheid* und *Bekker* (bei Fn. 30), die in den Äußerungen des Redaktors *Gebhard* (bei Fn. 165) und der Diskussion in der ersten Kommission (bei Fn. 170) anklingen.

[4] Zu D. 42,8,24 im ersten Kapitel bei Fn. 144.

[5] Siehe in der Einleitung bei Fn. 43.

onslage tatsächlich realisiert: Solange die Kollision nicht feststeht, solange sich die Verbindlichkeiten als niedriger oder weniger drängend erweisen können oder das Vermögen noch wachsen kann, wirtschaftet der Schuldner nach eigenem Ermessen weiter. Vielleicht geht ja alles gut aus. Die Abkehr vom Wettbewerb erfordert stets eine doppelte aktive Entscheidung der Rechtsordnung: dass sie die Kollision als feststehend behandeln will, und dass diese Kollision auf eine bestimmte, vom Wettbewerb abweichende Weise gehandhabt werden soll. Sind diese Entscheidungen nicht gefällt, bleibt jedem Gläubiger die Durchsetzung seiner Rechte überlassen.

Praktisch bedeutet Wettbewerb der Gläubiger meist freie Wahl des Schuldners. Denn sobald der Schuldner einen der Gläubiger sichert oder befriedigt, braucht dieser nicht mehr mit den anderen zu konkurrieren. Diese Wahl ist aber nur eine Folge des Wettlaufs, nicht Ausfluss eines vermeintlichen Wahlrechts.[6] Um Interessen des Schuldners geht es im Wettbewerb der Gläubiger nicht.

Auch wenn er als die natürliche Lösung von Kollisionen erscheint, kommt der Wettlauf nicht ohne die Rechtsordnung aus. Sie kann ihn nicht bloß beobachten, sondern muss ihn veranstalten. Wie das Recht den Wettlauf gestaltet, wird in diesem Kapitel dargestellt.

Die Rolle der Rechtsordnung zeigt sich schon, wenn der Schuldner zur Erfüllung verfügen muss und mehrere Verfügungen an konkurrierende Gläubiger eingeleitet hat: Dann entscheidet das verfügungsrechtliche Prioritätsprinzip darüber, welche voll wirkt und welcher Gläubiger also gewinnt.[7]

Noch deutlicher wird die gestaltende Funktion der Rechtsordnung, wenn der Schuldner nicht freiwillig leistet. Denn dann wird der Wettkampf mit den Mitteln – und daher auch nach den Regeln – des staatlichen Rechtsschutzes ausgetragen. Dadurch kann der Gläubiger vom Schuldner erstreiten, was der ihm schuldet. Doch noch bevor der Gläubiger Befriedigung erreicht hat, verschafft das Verfahren ihm mitunter eine dingliche Rechtsposition, mit der er sich gegenüber anderen Gläubigern durchsetzt.

Allerdings bewirkt die frühere Klageerhebung gegen den Schuldner, ja selbst dessen rechtskräftige Verurteilung im Verhältnis der Gläubiger noch nichts. Denn damit erringt der obsiegende Gläubiger weder die Leistung noch eine dingliche Sicherheit. Daher wird auch die Leistung an den anderen nicht dadurch rechtlich unmöglich, dass der eine Gläubiger klagt oder der Schuldner ihm rechtskräftig verurteilt wird.

---

[6] Dazu *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 10–12. – Dies wird mitunter verkannt. Siehe zur Debatte um einstweilige Verfügungen bei Doppelvermietung unten bei Fn. 272; zu einem „Wahlrecht" des Schuldners als vermeintliche Alternative zur Verteilungspflicht bei Gattungsschulden im vierten Kapitel bei Fn. 311.

[7] Entsprechend setzte sich im Sonderrecht für Gesinde und Seeleute der Gläubiger durch, in dessen Gewalt der Dienstbote oder Seemann zuerst eintrat; siehe im zweiten Kapitel bei Fn. 204.

Wenn das Schuldrecht ausnahmsweise an die frühere Klageerhebung oder ein zuerst erstrittenes rechtskräftigen Urteil einen Vorzug knüpft, geht es nicht mehr um ein Präventionsprinzip in dem hier angenommenen Sinn: Das Recht wartet dann nicht ab, wer die Leistung erringt, sondern teilt an denjenigen zu, der eine gewisse Marke schneller erreicht (modifizierter, verkürzter Wettlauf). So entschied früher unter Gesamtgläubigern die Klageerhebung, das ist seit 1900 anders.[8] Noch heute macht bei der begrenzten Erbenhaftung von mehreren Gläubigern eines unzulänglichen Nachlasses der das Rennen, der ein rechtskräftiges Urteil erwirkt; eine Analogie empfiehlt sich.[9]

Die Leistung erzwingen oder sich dinglich absichern kann der Gläubiger durch die Vollstreckung ordentlicher Titel und den Vollzug einstweiligen Rechtsschutzes. Wie genau man in verschiedenen Fällen gewinnt, darüber gibt es eine Reihe von Zweifelsfragen von grundsätzlicher Bedeutung. An allgemeine Grundsätzen mangelt es, schon weil ein Bewusstsein davon fehlt, dass die Entscheidung von Gläubigerkonflikten eine Aufgabe des Zivilverfahrens darstellt.

II. Frühere Verfügung (verfügungsrechtliche Priorität)

Der Wettlauf ist gewonnen, sofern sich ein Gläubiger für seine Forderung Befriedigung oder Sicherheit verschafft. Wer befriedigt ist, dessen Anspruch erlischt; seine Forderung kollidiert nicht länger mit anderen. Die Forderungen seiner Konkurrenten erlöschen, wenn der Schuldner nicht haftet, oder bestehen zwar fort, doch fehlen dem Schuldner die Mittel jedenfalls zur Erfüllung in Natur oder auch zur Ersatzbefriedigung.

Erfüllung und Sicherung erfordern häufig eine Verfügung. Ob ein Gläubiger den Wettlauf schon gewonnen hat, hängt dann von der Wirksamkeit der Verfügung ab. Verfügt der Schuldner mehrfach – etwa an mehrere seiner konkurrierenden Gläubiger –, so kommt zur Forderungskollision eine Kollision von Verfügungen hinzu. Darum gehört an den Beginn dieses Kapitels, das die Lösung von Forderungskollisionen durch den rechtlich gestalteten Wettlauf der Gläubiger beschreibt, eine kurze Auseinandersetzung mit Problemen des verfügungsrechtlichen Prioritätsprinzips.

Nach dem verfügungsrechtlichen Prioritätsprinzip wirken ältere Verfügung; jüngere Verfügungen wirken nur, soweit sie mit der älteren vereinbar sind.

Faktisch setzt sich allerdings die jüngere Verfügung durch, wenn der Empfänger vom Nichtberechtigten erwerben kann. Bei einer beweglichen Sache kommt es nach §§ 933, 934 Alt. 2 BGB darauf an, wem sie zuerst übergeben wird; das kann ebensogut der frühere wie der spätere Gläubiger sein. Das gilt auch, wenn ein mittelbarer Besitzer meh-

[8] Siehe ausdrücklich § 428 Satz 2 BGB; dazu im vierten Kapitel bei Fn. 96.
[9] Siehe im fünften Kapitel bei Fn. 2; zur Analogie dort III.5 (347).

reren durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übereignet: Bei der zweiten Übereignung ist er nicht mehr mittelbarer Besitzer, da er seinen Herausgabeanspruch schon abgetreten hat (§ 870 BGB); folglich erwirbt der zweite Empfänger nicht schon im Moment der Abtretung nach § 934 Alt. 1 BGB. Wohl aber erwirbt der zweite Empfänger, wenn er den Besitz von dem Dritten erlangt, nach § 934 Alt. 2 BGB (hierfür ist unerheblich, dass er einen Herausgabeanspruch nur vermeintlich erhalten hat).[10]

Auch das verfügungsrechtliche Prioritätsprinzip ist nicht selbstverständlich. Seine Rechtfertigung, die vor allem im Bereich der Kreditsicherheiten angegriffen wird, steht grundsätzlich zur Debatte. Bei Verfügungen, die erst in der Zukunft wirken sollen, verschwimmen die Konturen zur Verpflichtung; hier bestehen Zweifel über die Bedeutung und Tragweite der verfügungsrechtlichen Priorität. Nur auf diese Fragen wird im Folgenden eingegangen.

1. Legitimität

Jüngst hat *Jan Felix Hoffmann* Verfügungen und das sie regierende Prioritätsprinzip als Mechanismen des Verkehrsschutzes gedeutet, die erlauben, Güter mit Wirkung *erga omnes* anders zuzuordnen, als sie schuldrechtlich zugeordnet sind.[11]

Man wird dies nicht so zu verstehen haben, als ob das komplette Vermögensrecht sich schuldrechtlich beschreiben ließe: Im Zustand der Ruhe, wenn die Güter dort liegen, wo sie hingehören, sind darüber gar keine schuldrechtlichen Aussagen möglich.

Überhaupt darf die Verfügung, durch die man weggeben kann, was man hat, gegenüber dem verpflichtende Vertrag, durch den man sich für die Zukunft einer Haftung unterwerfen kann, sowohl historisch als auch konzeptionell das Primat beanspruchen.[12] Noch heute geht richtigerweise nicht jede Güterbewegung auf eine Verpflichtung zurück: Mit Zuwendungen können auch Handgeschäfte geschlossen werden, etwa eine Schenkung (§ 516 BGB; im Unterschied zum Schenkungsversprechen nach § 518 Abs. 1 BGB) oder ein Geschäft mit atypischer Abrede über den Behaltensgrund (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2).[13] Auch diese Abreden haben zwar schuldrechtlichen Charakter; Verpflichtungen sind es jedoch nicht.

In Situationen der Forderungskollision ordnet die Verfügung nur dann vom Gesollten abweichend zu, wenn diese Kollision schuldrechtlich nach einem

[10] RG, Urteil vom 11.11.1932, VII 235/32, RGZ 138, 265 (267); BGH, Urteil vom 21.4.1959, VIII ZR 148/58, NJW 1959, 1536 (1538).

[11] Dazu in der Einleitung bei Fn. 74.

[12] Für eine Spekulation zur historischen Entwicklung des Verpflichtungsgeschäfts *Albers*, in: Wortgebunden, 29–88 (37–52).

[13] Zu Weiterungen siehe in der Einleitung Fn. 102.

anderen Prinzip als dem Wettlauf der Gläubiger zu lösen gewesen wäre. In Betracht kommt vor allem, dass der älteren Forderung ein Vorzug gebührte oder alle Gläubiger gleich zu behandeln gewesen wären.[14] Wie sich später zeigen wird, haben aber diese beiden Grundsätze einen beschränkten Anwendungsbereich, abseits dessen auch der Wettlauf seine Berechtigung hat und die verfügungsrechtliche Priorität daher die gesollte, nicht nur eine aus Gründen des Verkehrsschutzes akzeptierte Vermögenszuordnung herstellt.

2. Kreditsicherheiten

Mit Hilfe des verfügungsrechtlichen Prioritätsprinzips können frühere Gläubiger ihre später hinzutretenden Konkurrenten ausstechen, indem sie sich eine dingliche Kreditsicherheit einräumen lassen. Deswegen stellt die insolvenzrechtliche Literatur die absolute Wirkung dinglicher Sicherheiten und die hierfür geltende verfügungsrechtliche Priorität in Frage, und zwar vom Standpunkt eines schuldrechtlichen Kollisionsprinzips, nämlich unter der Flagge der Gläubigergleichbehandlung.[15] Als Vereinbarung zu Lasten Dritter soll die Bestellung von Kreditsicherheiten nicht auf die Privatautonomie gestützt werden können, sondern einer besonderen Rechtfertigung bedürfen.[16]

Auch nach *Hoffmann* soll weder der Gedanke der Dinglichkeit noch der der Privatautonomie zur Rechtfertigung von Kreditsicherheiten genügen: „Bei einer funktionalen Betrachtungsweise sticht aber unmittelbar ins Auge, dass Kreditsicherheiten lediglich ein Vehikel zur bevorzugten Durchsetzung einer Geldforderung sind. In welchem Umfang eine solche Bevorzugung im Verhältnis zu den ungesicherten Gläubigern und zu konkurrierenden Sicherungsnehmern anzuerkennen ist, lässt sich nicht aus dem Gedanken der Dinglichkeit herleiten. […] Die Verteilungsordnung im Verhältnis zu Dritten steht grundsätzlich nicht zur Disposition des Schuldners und eines einzelnen Gläubigers".[17] *Hoffmann* folgert daraus, dass die Priorität die Rangordnung von Kreditsicherheiten nicht zwingend vorgeben soll. Eine Rechtfertigung von Kreditsicherheiten gegenüber der Gleichbehandlung der ungesicherten Gläubiger erklärt auch er letztlich für entbehrlich, gibt dafür allerdings die Begründung, dass Sicherheiten Gläubiger betreffen, die sich freiwillig in den Verteilungskonflikt hineinbegeben.[18] Diese Begründung stellt mich nicht zufrieden. So ließe sich nur begründen, diese Gläubiger schlechter zu stellen. Die übrigen Gläubiger haben nicht freiwillig die sich absichernden hinzuge-

[14] Zu *Hoffmanns* Ambivalenz in diesem Punkt siehe die Einleitung Fn. 83.

[15] Siehe nur die Darstellung der öffentlichen Diskussion bei *Serick*, in: Kölner FS KO (1977) 271–292 (271–274).

[16] Siehe nur *Brinkmann*, Kreditsicherheiten, 8–10, 20 f., 227–231, 235–258, 270 f. Dort findet man auch den prägnanten Ausspruch von *LoPucki*, Virginia Law Review 80 (1994) 1887–1965, 1899: „Security is an agreement between A and B that C take nothing".

[17] *Hoffmann* AcP 202 (2020) 377–410 (388 f.).

[18] *Hoffmann* AcP 220 (2020) 377 (389 f.); KTS 2021, 327–355 (328).

nommen. Als Rechtfertigung taugt, was *Hoffmann* selbst als Zweckmäßigkeitserwägung nachträgt: dass Sicherheiten Kredit vergünstigen oder überhaupt erst verfügbar machen; daran müssten sie sich dann aber messen lassen. Mit seiner Begründung müsste *Hoffmann* übrigens alle vertraglichen Gläubiger aus der Gleichbehandlung ausnehmen. In der Monographie formulierte *Hoffmann* etwas anders: Hier ging er von der Notwendigkeit einer Rechtfertigung der Kreditsicherheiten aus und wies lediglich darauf hin, dass schwierig festzustellen ist, ob und zu welchen Konditionen der Gläubiger ohne Sicherheit kreditiert hätte. Darum postulierte *Hoffmann*, dass der Sicherungsgeber das Vermögen des Schuldners gemehrt habe und sein Vertrauen zu schützen sei, doch liege es im Ermessen des Gesetzgebers, ob er die Möglichkeit der gesicherten Kreditierung einräume.[19]

So allgemein erscheint das verfehlt. Privatautonomie ist nicht nur Verpflichtungs-, sondern gerade Verfügungsfreiheit.[20] Der solvente Schuldner darf seine Aktiva weggeben. Er darf sie verschenken. Das gilt auch, wenn er sich durch besondere Vereinbarung trotz der Schenkung die Nutzung vorbehält. Warum soll er sie dann nicht zur Sicherung einsetzen dürfen, indem er sie belastet oder treuhänderisch überträgt? Vorgebracht wird, dass der Schuldner dadurch nur für den Fall der Insolvenz und damit allein zu Lasten Dritter verfüge. Doch die Verfügung mindert sein Vermögen. Selbst wenn ihm der Gebrauchsvorteil verbleibt, hat er den Verkehrswert seiner Gegenstände verloren, sobald er sie einmal verschenkt oder sicherungshalber hergegeben oder belastet hat: Er kann sie nun nicht mehr oder nur noch belastet verkaufen. Etwas anderes gilt nur, wenn er vom Sicherungsnehmer zur Veräußerung ermächtigt ist, wie es regelmäßig geschieht, wenn Warenbestände als Sicherheit dienen.[21] Hier verfügt der Schuldner wirklich nur über den Sicherungswert. Doch auch dies geschieht immerhin zu eigenen Lasten, weil er sich die Möglichkeit nimmt, den Gegenstand später als Sicherheit einzusetzen, um einen anderen Kredit zu erlangen. Dass das Verhalten des Schuldners auch und gerade für die Verteilung in der Insolvenz Folgen hat, ist nichts Ungewöhnliches. Wenn der Schuldner wirtschaftlich und redlich denkt, wird er nur tun, was sich lohnt, also Sicherheit nur geben, soweit es nötig ist, um Kredit zu erhalten.[22] Das Risiko aber, dass ein Schuldner unwirtschaftlich oder unredlich handelt, tragen seine Gläubiger stets, nicht nur, wenn er Sicherheiten bestellt. Den nötigen Schutz bietet das

[19] Etwas anders noch Gläubigergleichbehandlung, 299 f., 302.

[20] Auch daraus soll sich allerdings die Befugnis zur Bestellung dinglicher Kreditsicherheiten nicht ergeben: *Brinkmann*, Kreditsicherheiten, 252–254; *Hoffmann*, KTS 2021, 327 (332). Dazu sogleich Fn. 24.

[21] Beim Eigentumsvorbehalt sollte man allerdings trotzdem kein Rechtfertigungsbedürfnis sehen, weil die Ware dem Vermögen des Schuldners nie unbelastet angehört. Anders verhält es sich bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern.

[22] Dann ist die Sicherheit „haftungsrechtlich neutral" im Sinne von *Brinkmann*, Kreditsicherheiten, 259–271.

Anfechtungsrecht.[23] Es gibt keinen Grund, dem Schuldner zu verwehren, Verfügungen gerade zu dem Zweck vorzunehmen, um einen Kredit abzusichern.

Hingegen stellt *Moritz Brinkmann* die „haftungsrechtliche Zuweisung" der „vermögensrechtlichen Zuweisung" eines Gegenstandes gegenüber. Die Verfügungsfreiheit betreffe nur die vermögensrechtliche Zuweisung. Sie erlaube lediglich, auf die haftungsrechtliche Zuweisung eines Gegenstandes „mittelbaren Einflluss" zu nehmen, nämlich durch „gleichzeitige Veränderung der vermögensrechtlichen Zuweisung".[24] Meines Erachtens zieht *Brinkmann* auf unzulässige Weise die *causa* einer Verfügung in die Beurteilung ihrer Wirksamkeit mit hinein. Ob etwa eine Abtretung wirksam ist, hängt nicht davon ab, ob sie im Austausch gegen eine Gegenleistung, schenkweise, zur Erfüllung oder zur Absicherung einer anderen Verbindlichkeit erfolgt. Die Verfügung ist nicht funktional aufgespalten. Die Verfügungsfreiheit ermächtigt zur Verfügung, unabhängig von ihrer haftungsrechtlichen oder vermögensrechtlichen Funktion, die sich erst durch Vereinbarungen auf der schuldrechtlichen Ebene ergibt. Soweit die Rechtsordnung bestimmte beschränkte dingliche Rechte sogar als Sicherungsrechte ausgestaltet (etwa das Pfandrecht), dienen diese der Verfügungsfreiheit des Eigentümers unterstellten Rechte von vorneherein ausschließlich einer haftungsrechtlichen Zuweisung ihres Gegenstandes.

3. Vorausverfügungen

Eine andere Frage ist, wie sogenannte Vorausverfügungen behandelt werden müssen, also Verfügungen, die nicht sofort, sondern erst in der Zukunft wirken sollen – vor allem an Gegenständen, die noch gar nicht zum Vermögen des Verfügenden gehören. Hieran entzünden sich auch die Bedenken am Prioritätsprinzip bei Kreditsicherheiten am heftigsten: ob durch Vorausverfügung schon jetzt eine Sicherheit, die ihren Namen verdient, an Gegenständen bestellt werden kann, die zum Zeitpunkt der Vereinbarung noch gar nicht zum Vermögen des Sicherungsgebers gehören.

Jeder Vorausverfügung drohen in der Schwebezeit besonders vier Herausforderungen: Erstens, dass den Verfügende der Einsatz seines Vermögens reut und er deshalb ihren Effekt zu verhindern sucht, indem er widerruft oder nötige Mitwirkungshandlungen unterlässt. Zweitens, dass er den Gegenstand doppelt verwertet, indem er später noch einmal kollidierend an einen anderen verfügt. Dann kommt es darauf an, ob den ersten Empfänger seine Priorität schützt. Drittens, dass ein Gläubiger des Verfügenden in den Gegenstand voll-

[23] Ich ziehe also den von *Brinkmann*, Kreditsicherheiten, 270 f. verworfenen Umkehrschluss. Das Beispiel der Schenkung zeigt, dass selbst drastische Auswirkungen auf die Verteilung in einer späteren Insolvenz nur anfechtungsrechtliche Konsequenzen haben.

[24] *Brinkmann*, Kreditsicherheiten, 252–254. Dass *Brinkmann* immerhin soviel zulässt, erscheint sogar inkonsequent, wenn er davon ausgeht, dass das Recht, „den Gegenstand zu Befriedigungszwecken zu verwerten", nicht als Minus im Eigentum enthalten sei.

streckt. Auch hierbei stellt sich die Frage, ob das Prioritätsprinzip gilt. Viertens, dass der Verfügende in Insolvenz fällt. Denn was der Schuldner nach der Eröffnung verfügt, erklärt die Insolvenzordnung für unwirksam (§ 81 Abs. 1 Satz 1 InsO), und überhaupt – als Auffangtatbestand – jeden Rechtserwerb an Massegegenständen für unmöglich (§ 91 Abs. 1 InsO). Es stellt sich die Frage, ob dadurch vereitelt wird, was der Schuldner bereits im Voraus verfügt hat.

Problematisch ist bereits, wie die genannten Herausforderungen – Schutz vor Reue und kollidierenden Verfügungen und Schutz gegen Einzelvollstreckungsmaßnahmen und in der Insolvenz – zueinander stehen. Man könnte meinen, genau in dem Moment, ab dem der Verfügende seine Entscheidung gegenüber dem Empfänger nicht mehr rückgängig machen kann, verliere er auch die Kraft, an einen anderen zu verfügen, und just dies müsse auch der Moment sein, ab dem seinen Gläubigern der Zugriff auf den Gegenstand verwehrt bleibe. Doch dass Unwiderruflichkeit noch nicht Insolvenzfestigkeit bedeutet, zeigt schon § 878 Abs. 2 BGB: Selbst wenn eine Einigung im Sinne des § 873 BGB nach dessen Abs. 2 nicht mehr widerrufen werden kann, etwa wegen notarieller Beurkundung, verhindert eine Verfügungsbeschränkung wie die Insolvenz noch die Wirksamkeit der Verfügung, sofern nicht bereits der Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt worden ist (siehe auch § 91 InsO). Auch ein Schutz vor konkurrierenden Verfügungen tritt – wegen des grundbuchrechtlichen Prioritätsprinzips – erst mit der Antragstellung ein.

Schwieriger ist die Frage, ob der Schutz vor kollidierenden Verfügungen und vor Vollstreckungsmaßnahmen stets gleichzeitig eintreten. Die Literatur sieht hierin üblicherweise verschiedene Charakteristika der Dinglichkeit.[25] Zuletzt hat *Jan Felix Hoffmann* davor gewarnt, „die Zugriffskonkurrenz mehrerer Einzelrechtsnachfolger, diejenige mehrerer Sicherungsnehmer und diejenige eines Einzelrechtsnachfolgers bzw. Sicherungsnehmers mit den Insolvenzgläubigern über einen Kamm zu scheren".[26] Das Problem muss etwas näher behandelt werden, um klarzustellen, in welchem Verhältnis es zum Thema der Forderungskollision steht.

[25] *Canaris* in: FS Flume (1978) I 316–331 (373 f.), kennt drei solche „Wirkungen der Absolutheit": den „umfassende[n] Klageschutz", den „Verfügungs-, insbesondere den Sukzessionsschutz" und die „Konkurs- und Zwangsvollstreckungsfestigkeit". – Richtig wäre, die Zwangsvollstreckungsfestigkeit dem Verfügungsschutz zuzuordnen, weil sie sich stets aus diesem ergibt, aber nicht immer mit Insolvenzfestigkeit einhergeht. Dazu sogleich bei Fn. 28.

[26] *Hoffmann* KTS 2021, 327–354 (343). Er bringt zwei Beispiele für Sukzessionsschutz ohne Insolvenzschutz: Die Position des Mieters, der gegen Rechtsnachfolger des Vermieters, aber nicht in dessen Insolvenz geschützt ist, und die des Anwartschaftskäufers, der vor Zwischenverfügungen geschützt ist, aber nach altem Konkursrecht nicht ohne Zustimmung des Verwalters erfüllen konnte (330).

a) Allgemeiner Teil

Die Vorschriften des allgemeinen Teils des BGB markieren einige Eckpunkte: Eine bedingte Verfügung setzt sich nach § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen spätere Verfügungen durch. Das gilt nach Satz 2 auch für Zwischenverfügungen in der Zwangsvollstreckung, im Arrestverfahren oder durch einen Insolvenzverwalter. Daher gilt die bedingte Verfügung grundsätzlich als insolvenzfest. Gegenstände, die dem Verfügenden nicht gehören oder die noch gar nicht existieren, adressiert die Norm nicht.

Von mehreren Verfügungen eines Nichtberechtigten wird nach § 185 Abs. 2 Satz 2 BGB die frühere wirksam, wenn er den Gegenstand später erwirbt. Ob das auch gilt, wenn der Verfügende inzwischen in Insolvenz fiel, lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen. Rechtsprechung und herrschende Meinung verneinen das, nehmen also Verfügungssschutz bei einer Position an, die nicht insolvenzfest ist.

Mit Blick auf die Auflassung durch einen Nichtberechtigten entschied das Reichsgericht, dass sie nach § 185 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht „mit rückwirkender Kraft" wirksam werde. Im Fall einer doppelten Zession erklärte der Bundesgerichtshof die spätere Zession für wirkungslos, obgleich der erste Zessionar die Forderung während der Insolvenz freigab.[27]

Maßnahmen der Einzelzwangsvollstreckung behandelt die herrschende Meinung nicht wie die Insolvenz, sondern wie eine Zwischenverfügung: Auf sie soll § 185 Abs. 2 Satz 2 BGB entsprechend angewendet werden, sodass sie nur insoweit wirksam werden, wie sie sich mit früheren Verfügungen des Schuldners über den ihm zunächst nicht gehörenden Gegenstand vertragen.

Grundlegend ist die Entscheidung dafür, dass Pfändungen schuldnerfremder Gegenstände wenn auch nicht sofort, so doch bei späterem Erwerb durch den Schuldner *ex nunc* ein Pfandrecht erzeugen können. Im Ergebnis hat dies schon das Reichsgericht so entschieden. Der Bundesgerichtshof begründet das Ergebnis mit einer vom Reichsgericht noch abgelehnten Analogie zu § 185 Abs. 2 Satz 1 BGB. Bei der Forderungspfändung scheide eine Konvaleszenz allerdings aus, weil die Pfändung ins Leere geht.[28] Die herrschende Meinung wendet auch § 185 Abs. 2 Satz 2 BGB analog an, beurteilt also das Verhältnis konvaleszierender Pfändungen untereinander nach dem Prioritätsprinzip (während die Pfändungspfandrechte nach dem Reichsgericht ranggleich konvaleszieren). Nur selten ausgesprochen wird, dass sich die Pfändungen ebenfalls nach Priorität in konkurrierende rechtsgeschäftliche Verfügungen einreihen.[29] Dass die Vollstre-

[27] RG, Urteil vom 6.12.1916, V 268/16, RGZ 89, 152 (158); BGH, Beschluss vom 25.9.2003, IX ZR 213/03, NJW-RR 2004, 259. – Aus der Literatur siehe dafür, dass § 185 Abs. 2 BGB zwar Schutz vor konkurrierenden Verfügungen gewährt, aber fortdauernde Verfügungsbefugnis voraussetzt, etwa *Eckardt*, ZIP 1997, 957–967 (960 f.).

[28] RG, Urteil vom 31.1.1905, VII 321/04, RGZ 60, 70; die Begründung bei BGH, Urteil vom 5.7.1971, II ZR 176/68, BGHZ 56, 339 (348–352).

[29] Immerhin für konkurrierende Pfandrechte *K. Schmidt* ZZP 87 (1974) 316–331 (331).

ckungsmaßnahme das Wirksamwerden früherer Verfügungen nicht verhindert, lässt sich damit erklären, dass die Pfändung schuldnerfremder Gegenstände zunächst kein Verfügungsverbot bewirkt; der Schuldner ist also bei Konvaleszenz noch verfügungsbefugt.[30]

Auf Verfügungen über Gegenstände, die zur Zeit der Einigung noch nicht existieren, ist auch § 185 BGB nicht gemünzt.[31]

b) Immobiliarsachenrecht

Sichtet man die wichtigsten Verfügungen, so ergibt sich ein kleinteiliges Bild. Was für Immobilien gilt, wurde schon angesprochen: Verfügungen können grundsätzlich widerrufen werden, wenn die Einigung nicht notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder eingereicht wurde oder der Berechtigte dem anderen Teil eine Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat (§ 873 Abs. 2 BGB). Für Verfügungsschutz sorgt der Eintragungsantrag; erst dann ist der Empfänger auch vor Verfügungsbeschränkungen, insbesondere dem Insolvenzsverfahren geschützt (§§ 878 BGB, 91 InsO). Es gilt als Ausnahme, dass hier eine Verfügung wirkt, obwohl ihr Tatbestand vor Verfahrenseröffnung nicht voll verwirklicht wurde. Man erklärt die §§ 878 BGB, 91 InsO als Sondervorschriften, die den Erwerber vom Risiko des Grundbuchverfahrens entlasten sollen.[32] Besonderen, quasidinglichen Schutz gewährt außerdem die rechtsgeschäftliche Vormerkung.[33]

c) Übereignung

Bei der Übereignung (§§ 929–931 BGB) kann der Verfügende die Einigung nach Rechtsprechung und herrschender Meinung bis zur Übergabe (oder ihrem Surrogat) widerrufen.[34] Diese Auffasung lag schon dem ersten Entwurf des BGB zugrunde: „Vor der Uebergabe liegt […] ein bindender dinglicher

[30] Grundlegend hierfür *Fahland*, Verfügungsverbot, 95–102. Anders noch BGH, Urteil vom 22.2.1956, IV ZR 164/55, BGHZ 20, 88, wonach bei Pfändung der durch den Vorbehaltskäufer veräußerten Sache der Erwerber nach Zahlung der letzten Rate nur belastetes Eigentum erwerbe, falls Gegenstand der Veräußerung das Eigentum gewesen sei, das dem Vorbehaltskäufer noch nicht zustand, nicht eine Anwartschaft (die der BGH bei dieser Gelegenheit anerkannte).

[31] Doch siehe zur analogen Anwendung auf die Vorausabtretung künftiger Forderungen unten bei Fn. 55.

[32] Siehe etwa *Gerhardt* in: FS Greiner (2005) 32 f.

[33] Dazu unten bei Fn. 239.

[34] Das Reichsgericht hatte sogar angenommen, man könne wirksam von der Einigung abgehen, ohne dies dem anderen Teil gegenüber zu erklären: RG, Urteil vom 28.10.1913, VII 271/13, RGZ 83, 223 (Bonifatius-Fall); dazu etwa *Martinek/Röhrborn* JuS 1994, 473–479, 564–570.

Vertrag nicht vor".[35] Die Frage ist praktisch kaum relevant, weil der Veräußerer es ohnehin in der Hand hat, rein tatsächlich die Übergabe zu verhindern und so die Verfügung zu vereiteln. Es geht also nur um Fälle, in denen der Veräußerer zwar widerrufen hat, aber eine Übergabe noch stattfindet, die er veranlasst hat, etwa durch schlecht informierte Geheißpersonen. Dass der Empfänger den Verfügenden hier nicht bei seinem ursprünglichen Wort soll halten können, sondern den Widerruf respektieren, widerspricht der allgemeinen Verbindlichkeit von Verträgen. Interessen Dritter sind nicht betroffen, solange man die Frage des Verfügungsschutzes auf einem anderen Blatt stehen lässt. Prinzipielle Erwägungen sprechen daher für die Mindermeinung, den Widerruf der Einigung nicht zuzulassen.[36] Jedenfalls wird aber der Verfügende durch die bloße Einigung nicht zu einem Nichtberechtigten, und kann sich auch seiner Verfügungsbefugnis nicht entledigen (§ 137 BGB), sondern an Dritte wirksam zwischenverfügen. Der Empfänger genießt also vor der Übergabe oder ihrem Surrogat – das ist unstreitig – keinen Verfügungsschutz. Auch in Einzelzwangsvollstreckung und Insolvenz schützt den Empfänger die bloße Einigung nicht; anders als das Anwartschaftsrecht, das durch bedingte, im übrigen aber samt Übergabe abgeschlossene Übereignung entsteht (§ 107 Abs. 1 InsO).

d) Verarbeitungsklauseln

Die Verarbeitung stellt eine Form des originären Eigentumserwerbs dar. Doch die häufigen Vereinbarungen darüber, wer als Hersteller gelten soll, stehen jedenfalls in ihrer praktischen Bedeutung Verfügungen gleich: weil mit ihnen nach *Werner Flume* über die Wirkungen der Verarbeitung disponiert wird,[37] weil sie nach der Rechtsprechung als entscheidendes Indiz bestimmen, wer objektiv Hersteller ist,[38] oder weil es sich mit einer verbreiteten Lehre eigentlich um antizipierte Sicherungsübereignungen handelt.[39] Gegenstand dieser Vereinbarung ist die zukünftige, erst herzustellende Sache. Dass sie widerruflich ist, kann man jedenfalls auf Grundlage von *Flumes* Auffassung bezwei-

[35] Motive III 336 f. = Mugdan III 186 f. Nur mit Überlassung der Inhaberschaft sollte die Übereignung bindend angeboten werden können.

[36] *Heck*, Sachenrecht § 55 Nr. 7; *Wieling*, Sachenrecht § 1 III 2 b und c: Dass die Einigung des § 873 BGB nach dessen Abs. 2 BGB erst später verbindlich wird, diene dem Übereilungsschutz im Immobiliarsachenrecht. Zu § 956 Abs. 1 Satz 2 BGB sogleich Fn. 46. – Ebenso *Finkenauer* in: FS Schröder (2013) 21–50 (27 f.); *Klinck* in: BeckOGK (1.9.2024) § 929 BGB Rn. 58–60.

[37] *Flume* NJW 1950, 841–850 (843–845).

[38] Dass über den Hersteller „nach der Lebensanschauung zu entscheiden" ist, nämlich vom „Standpunkt eines objektiven mit den Verhältnissen vertrauten Beurteilers", hat der BGH erstmals gerade in einer Entscheidung zu einer Verarbeitungsklausel formuliert, um darzutun, dass es auf den Willen im Moment der Verarbeitung nicht ankommt: BGH, Urteil vom 3.3.1956, IV ZR 334/55, BGHZ 20, 159.

[39] Siehe etwa *Wieling,* Sachenrecht § 11 II 4 j.

feln.[40] Jedenfalls nach dieser Auffassung käme in Betracht, unter kollidierenden Verarbeitungsvereinbarungen das Alter entscheiden zu lassen.[41] Tatsächlich bemühen sich aber beim sog. „verlängerten Eigentumsvorbehalt" alle darum, kollidierende Klauseln zu koordinieren: In der Praxis geht die Verarbeitungsklausel regelmäßig mit der Ermächtigung zur Veräußerung des Produkts und der Vorausabtretung der dadurch erzielten Kaufpreisforderung einher. Wenn über die Kollision gestritten wird, sind die Produkte häufig schon verkauft. Das mag der Grund dafür sein, dass die Diskussion sich auf die kollidierenden Vorausabtretungen konzentriert. Das Kollisionsproblem soll daher gleich unter dem Gesichtspunkt der Vorausabtretung erörtert werden.

Wenig diskutiert wird die Wirkung der Verarbeitungsklausel in Zwangsvollstreckung und Insolvenz. Praktisch bleibt der Lieferant durch sein Eigentum am Material geschützt. Mit der Insolvenz erlischt zudem nach herrschender Meinung die Gestattung der Verarbeitung.[42] Um sich nicht haftbar zu machen, verarbeiten die Verwalter nicht ohne neue Vereinbarung mit den Lieferanten. Die bezweckte Sicherung erweist sich damit praktisch als insolvenzfest, auch wenn der Lieferant das Eigentum an den Produkten nicht mehr erwerben kann.[43]

e) Gestattung der Fruchtziehung

Zukünftige Gegenstände sind auch Früchte, die erst durch die spätere Trennung von ihrer Muttersache zu möglichen Gegenständen eigener Rechte werden. Die Gestattung der Fruchtziehung (§ 956 BGB) stellt konstruktiv eine Verfügung über künftige Gegenstände dar, wenn man mit der Übertragungstheorie darin eine besondere Form der Übereignung der Früchte sieht.[44] Nach

[40] Auch nach der Rechtsprechung genügt jedenfalls eine bloße Willensänderung nicht; siehe soeben Fn. 38. Nach *Flume* NJW 1950, 841–850 (844) setzt sich die Vereinbarung gegen einen späteren entgegenstehenden Willen des Verarbeiters durch. – Geht man hingegen mit der herrschenden Lehre von einer antizipierten Sicherungsübereignung aus, so ist diese selbst auf Basis der Auffassung *Wielings* zur Einigung (oben Fn. 36) insofern unverbindlich, als der Wille zur Besitzmittlung tatsächlich vorliegen muss; siehe *Wieling*, Sachenrecht, § 9 VII 4 b aa.

[41] Bei der antizipierten Übereignung lässt sich der Altersvorzug jedenfalls deswegen nicht durchsetzen, weil der Verfügende in der Entscheidung frei bleibt, für wen er besitzt (soeben Fn. 34).

[42] *Serick*, ZIP 1982, 507–519 (514); *Elz*, ZInsO 2000, 478–483 (481); näher *Schermaier* in: BeckOGK (1.9.2024), § 950 BGB Rn. 55.2.

[43] Dass der Lieferant auch ohne Vereinbarung mit dem Verwalter aufgrund der Klausel Eigentümer wird, meint *Hoffmann* KTS 2021, 327–355 (351–354); doch sei die Sicherheit durch § 91 InsO auf den Wert des gelieferten Stoffes beschränkt, weil sie nur insofern als „Sicherheitentausch" gerechtfertigt sei.

[44] So insbesondere RG, Urteil vom 4.12.1911, IV 179/11, RGZ 78, 35, im Anschluss an Motive III 368; offengelassen von BGH, Urteil vom 30.5.1958, V ZR 295/56, BGHZ 27, 360 (364 f.).

anderer Auffassung bilden allerdings nicht die Früchte, sondern ein schon jetzt bestehendes Fruchtziehungsrecht den Gegenstand der Verfügung, die dann meist als einseitiges Rechtsgeschäft konzipiert wird (Aneignungs- oder Erwerbstheorie).[45] Das Gesetz ordnet jedenfalls an, dass der Eigentümer die Gestattung nicht widerrufen kann, wenn sie geschuldet ist und er dem Begünstigten den Besitz an der Muttersache eingeräumt hat (§ 956 Abs. 1 Satz 2 BGB).[46] Ob der Empfänger ab diesem Zeitpunkt auch vor kollidierenden Verfügungen und Maßnahmen der Einzel- und Gesamtvollstreckung geschützt ist, ist teils unklar, teils umstritten. Solange der Empfänger die Muttersache besitzt, erwirbt er die Früchte mit der Trennung auch dann, wenn der Eigentümer zwischenzeitlich einem anderen den Erwerb gestattet hat.[47] Dies entspricht dem Schutz gegen Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen: Bei Grundstücken kann in die noch ungetrennten Früchte vollstreckt werden (§ 810 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Hierfür ist aber ein Titel gegen denjenigen erforderlich, der mit der Trennung Eigentum erwerben wird; der kann andernfalls Drittwiderspruchsklage erheben.[48] Hingegen erlischt die Gestattung richtigerweise mit der Veräußerung der Muttersache.[49] Ebenso verhindert die Vollstreckung

[45] Stark in diese Richtung BGH, Urteil vom 19.7.2005, X ZR 92/03, NJW-RR 2005, 1718 (1719), wonach das durch die Gestattung bewirkte Fruchtziehungsrecht (hier: Holzeinschlagsrecht) Gegenstand einer sofort vollzogenen Schenkung sein kann. Es ist nicht nachvollziehbar, warum der BGH meint, den „das Fruchtziehungsrecht betreffenden Streit zwischen Übertragungs- und Aneignungstheorie" nicht zu entscheiden, obgleich er die Gestattung als unabhängig von der Besitzergreifung abgeschlossene Verfügung einordnet. Hätte der BGH diese Formulierungen vermieden, hätte er das gleiche Urteil wie gewünscht ohne Streitentscheid fällen können, weil es nach seiner Auffassung für das Bewirken der Leistung im Sinne von § 518 Abs. 2 BGB nicht auf den Leistungserfolg ankommt.

[46] Nach *Heck*, Sachenrecht § 63 Nr. 5; *Wieling*, Sachenrecht § 11 III 5 a cc kann die geschuldete Gestattung – wie bei § 929 die Einigung, dazu soeben Fn. 36 – auch vor der Übergabe nicht widerrufen werden: Die zum Umkehrschluss einladende Formulierung beruhe auf dem irrigen Rechtsverständnis der ersten Kommission, das aber im Gesetz nicht verbindlich zum Ausdruck gekommen sei; darum sei der Umkehrschluss nicht zu ziehen.

[47] Auch unabhängig vom Besitz erwägt *Medicus* JuS 1967, 385–393 (392 mit Anm. 44), ob der Gestattende nicht „mit seiner ersten bindenden Gestattung die Berechtigung zu einer weiteren Gestattung verloren hat". In diesem Sinne wohl *Schulz*, in: FS Zitelmann (1923) 92 f.: „Stehen aber zwei nicht dingliche Anwartschaftsrechte gegen einander, so muß das jüngere dem älteren weichen".

[48] Unvollkommen ausgedrückt in § 810 Abs. 2 ZPO („Ein Gläubiger, der ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück hat […]"). Die heute herrschende Lehre (siehe etwa *Schermaier* in: BeckOGK (1.9.2024), § 956 BGB Rn. 35.1) geht zurück auf *Schulz*, in: FS Zitelmann (1923) 161; übereinstimmend etwa auch Noack Rpfleger 1969, 113–117 (114). – Anders *Stamm* DGVZ 2018, 25–33 (33), wonach dem Eigentümer die Drittwiderspruchsklage zustehen soll, wenn Früchte aufgrund eines Titels gegen seinen Pächter gepfändet werden.

[49] Wer hier die Gestattung fortwirken lässt, konzipiert das Fruchtziehungsrecht als beschränktes dingliches Recht; es handelt sich aber eher um eine Rechtsmacht, die beim neuen Eigentümer neu entsteht, sofern der nicht ausnahmsweise – etwa wegen § 986 Abs. 2 oder

in ein Grundstück den Erwerb seiner Früchte; eine Ausnahme gilt nur für Pächter (§ 21 Abs. 1 und 3, 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG, 135 BGB). Die Gestattung ermöglicht dem Empfänger also regelmäßig nicht, einer Zwangsvollstreckung in die Muttersache zu widersprechen. Handelt es sich allerdings um eine bewegliche Sache, die er besitzt, so darf sie gegen seinen Willen nicht gepfändet werden (§§ 766, 809 ZPO). Reger diskutiert wird über die Wirkung der Gestattung in der Insolvenz des Gestattenden: Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass sie jedenfalls dann keinen Effekt mehr hat, wenn dem Empfänger nicht vor Eröffnung der Besitz an der Muttersache eingeräumt wurde.[50] Während einige annehmen, dass die Gestattung mit der Überlassung insolvenzfest wird,[51] stellen andere darauf ab, ob der Insolvenzverwalter zur Gestattung verpflichtet bleibt, was – außer wenn er Erfüllung wählt – nur bei Miet- und Pachtverhältnissen der Fall ist (§§ 103 Abs. 1, 108 Abs. 1 InsO).[52] Die letztgenannte Auffassung überzeugt, weil nicht einzusehen ist, die Gesamtheit der Gläubiger des Gestattenden schlechter zu stellen als einen einzelnen seiner Gläubiger, der in das Grundstück vollstreckt.

f) Abtretung

Besonders kontrovers ist die Wirkung einer Vorausabtretung noch nicht entstandener Forderungen. Dass sie unter dem Bürgerlichen Gesetzbuch möglich ist, entschied das Reichsgericht 1903.[53] Damals regte sich auch Widerspruch, unter anderem weil man die Probleme kollidierender Vorausabtretungen

§ 1922 BGB – an die Gestattung des Voreigentümers gebunden ist: überzeugend *Schermaier* in: BeckOGK (1.9.2024), § 956 BGB Rn. 19, 19.1, im Gefolge von *Schulz*, in: FS Zitelmann (1923) 97–100.

[50] BGH, Urteil vom 30.5.1958, V ZR 295/56, BGHZ 27, 360 (367).

[51] So insbesondere *Medicus* JuS 1967, 385–393 (391 f.); *Denck* JZ 1981, 331–335 (335); *Wieling*, Sachenrecht § 11 III 5 b bb.

[52] So schon *Schulz* in: FS Zitelmann (1923) 91 f., 97–99; auf dessen Spuren *Schermaier* in: BeckOGK (1.9.2024), § 956 BGB Rn. 33.

[53] RG, Urteil vom 29.9.1903, VII 198/03, RGZ 55, 334 (unter Hinweis auf RG, Urteil vom 20.1.1891, III 231/90): „es ist aber weder mittelbar aus sonstigen Bestimmungen des Gesetzbuches, noch aus den Verhandlungen der Kommissionen und des Reichstages ein zwingender Grund zu entnehmen, der dazu nötigen würde, die Frage nunmehr anders zu entscheiden". – Zum Gemeinen Recht übereinstimmend *Windscheid* II § 335 mit Anm. 12, demzufolge „zukünftige Forderungen", also solche, „für welche noch nicht einmal der Grund gelegt ist", übertragen werden können, der aber einräumt, hierfür ließe sich „kein zwingener Beweis beibringen". Er beruft sich auf C. 8,16,9 (a. 528), wonach zukünftiges Vermögen (*res futura*) verpfändet werden kann. Weniger aussagekräftig sei C. 8,53,3 (a. 250), weil die *spes futurae actionis* keine echt zukünftige Forderung, sondern eine bedingte meinen könne. – Dass die Vorausabtretung „den am Schaffensprozess des BGB beteiligten Persönlichkeiten eine Selbstverständlichkeit war", zeigt *Eichel*, Künftige Forderungen, 349.

kommen sah.[54] Doch rasch setzte sich die Ansicht durch, dass die für Verfügungen eines Nichtberechtigten mit § 185 Abs. 2 Satz 2 BGB getroffene Wertung auch auf Verfügungen über nicht existente Gegenstände passe, weswegen diese unwiderruflich seien und die Priorität der Einigung unter ihnen entscheide.[55] Nur ein Teil der Literatur hält die Zession bis zur Entstehung ihres Objekts für widerruflich und lehnt auch einen Schutz gegen kollidierende Verfügungen ab, da der Tatbestand noch nicht vollständig vorliege und die erste Verfügung sich daher im Aufgeben der Verfügungsmacht erschöpfe, was nach § 137 BGB unwirksam sei.[56] Nach der herrschenen Meinung gilt das Prioritätsprinzip entsprechend auch für die Pfändung künftiger Forderungen, die jedenfalls dann für wirksam gehalten wird, „wenn schon eine Rechtsbeziehung zwischen Schuldner und Drittschuldner besteht, aus der die künftige Forderung nach ihrem Inhalt und der Person des Drittschuldners bestimmt werden kann".[57]

Rechtsprechung und herrschende Meinung mäßigen das Prioritätsprinzip, indem sie Globalzessionen für sittenwidrig erklären, wenn die Zessionarinnen – es geht in der Praxis um Banken – wussten, dass die Zedenten regelmäßig nur unter verlängertem Eigentumsvorbehalt Waren beschaffen konnten, dafür also spätere Lieferanten über die Globalzession täuschen mussten.[58] Mit dieser an der Oberfläche bleibenden Begründung setzt man jüngere Verfügungen letztlich deswegen über ältere,[59] um den Warenkredit gegenüber dem Geldkredit

[54] Siehe etwa *Eccius* DJZ 1904, 53–56 (56). Mit Blick auf die frühere Rechtslage merkte er an (54), dass die Abtretung sich noch nicht völlig von ihren römischrechtlichen Wurzeln gelöst hatte, dem Auftrag zur Einziehung der Forderung, der als schuldrechtliches Geschäft selbstverständlich auch zukünftige Forderungen zum Gegenstand gehabt haben könne. Bei der neuen, fest als Verfügung eingefassten Abtretung müsse es anders aussehen. – Weitere Nachweise zur Diskussion bei *Eichel*, Künftige Forderungen, 349 f.

[55] Dass mit § 185 Abs. 2 BGB „die Verfügung über ein Recht, das dem Verfügenden nicht zusteht" unvollständig geregelt sei und kein Grund bestehe, die Fälle anders zu behandeln, in denen „es überhaupt noch nicht existiert", meinte schon *Tuhr* DJZ 1904, 426 ff.; explizit zu kollidierende Vorausverfügungen sodann *Tuhr* AT § 9 Anm. 23; II/1 392. Dem pflichtet *Flume* NJW 1959, 913–922 (916) bei.

[56] Nach *Brinkmann* ist „die Einigung – und erst recht die Verfügung insgesamt – vor der Entstehung des Rechts noch nicht zu Stande gekommen" (Kreditsicherheiten, 163). Er zieht die Konsequenz aus der Analyse von *Häsemeyer* ZZP 111 (1998) 83–88 (83–86), dem es nur darum geht, dass in der Schwebezeit verhängte Verfügungsbeschränkungen wirken.

[57] BGH, Urteil vom 29.10.1969, VIII ZR 202/67, BGHZ 53, 29 (32). – Siehe zum Beispiel zur Pfändung von Lohnforderungen *Börker* NJW 1970, 1104–1107.

[58] Etwa BGH, Urteil vom 30.4.1959, VII ZR 19/58, BGHZ 30, 149; BGH, Urteil vom 9.11.1978, VII ZR 54/77, BGHZ 72, 308; BGH, Urteil vom 8.12.1998, XI ZR 302/97, NJW 1999, 940. – Im Ergebnis beruht dies auf *Flume* NJW 1950, 841–850 (841).

[59] *Erman*, Globalzession, 10, spricht von einer „groteske[n] Umkehrung des Prioritätsprinzips in sein vollständiges Gegenteil".

zu privilegieren.[60] Damit wird ein Anreiz dafür gesetzt, den Schuldner zu beliefern und so weiterhin in sein Unternehmen zu investieren.[61]

Gegenstimmen plädieren dafür, die Zessionare abweichend vom Prioritätsprinzip anteilig an den im Voraus zedierten Forderungen zu berechtigen. Anerkannt ist dies im Ergebnis für die Kollision verlängerter Eigentumsvorbehalte.

Nach der Rechtsprechungen können Klauseln, durch die sich Lieferanten die Ansprüche gegen Abnehmer in voller Höhe abtreten lassen, wegen Übersicherung unwirksam sein.[62] Die Branche hat darauf reagiert und ihre Klauseln angepasst. Eine Schwierigkeit bereitet, dass ein Miteigentumsanteil als Quote bestimmt werden muss, wohingegen der Anteil an einer Forderung auch als absoluter Betrag angegeben werden kann.[63] So kann die Verarbeitungsklausel auf den Anteil des Stoffwertes am Produktwert beschränkt werden,[64] während die Vorausabtretung mitunter auf den Wert der gelieferten Stoffe beschränkt wird.[65] Auf diese Weise erhält jeder Lieferant seinen Teil und steht sich dabei regelmäßig nicht schlechter als vor der Verarbeitung, weil das Produkt mindestens soviel wert sein und erlösen sollte wie seine Zutaten.[66] Beim verlängerten Eigentumsvorbehalt erscheint die Verteilungslösung besonders plausibel, weil eine gemeinsame Sicherung am Produkt an die Stelle einzelner Sicherheiten an den Rohstoffen tritt.

Manche wollen den Verteilungsgedanken nicht hierauf begrenzen, sondern bei Vorausabtretungen in unterschiedlicher Weise verallgemeinern. Die eine, prominent von *Walter Erman* und *Josef Esser* vertretene Auffassung schaut auf den Beitrag, den verschiedene Kreditgeber geleistet haben, damit die zedierte Forderung erwirtschaftet werden konnte – unabhängig davon, ob sie

[60] Dieses Motiv wird allerdings von der Rechtsprechung nicht zugegeben; siehe BGHZ 30, 149. Doch siehe zur Untauglichkeit anderer Erklärungsansätze zuletzt *Hoffmann* AcP 220 (2020) 377–410 (380 f., 396–398): „Ebenso ließe sich behaupten, der Warenkreditgeber dränge den Schuldner zum Vertragsbruch gegenüber der Bank" (381). Stattdessen müssten über die Rangordnung Zweckmäßigkeitserwägungen entscheiden, wobei etwa die „Anschaffungsfinanzierung" einen „Rangtopos" darstellen könne.

[61] Dies ist die typische Rechtfertigung auch für das schuldrechtliche Posterioritätsprinzip. Siehe in diesem Zusammenhang noch unten bei Fn. 140.

[62] So mit Blick auf Werklohnforderungen bereits RG, Urteil vom 6.4.1937, II 238/36, RGZ 155, 26; BGH, Urteil vom 16.12.1957, VII ZR 402/56, BGHZ 26, 178.

[63] BGH, Urteil vom 19.10.1966, VIII ZR 152/64, BGHZ 46, 117 (119): „Eine solche Aufteilung nach absolut bestimmten Wertteilen gibt es im deutschen Recht zwar für Forderungen, aber nicht für das Eigentum".

[64] So der Vorschlag von *Flume* NJW 1950, 841–850 (845); anerkannt in BGH, Urteil vom 19.10.1966, VIII ZR 152/64, BGHZ 46, 117. – Der BGH erwägt hier auch die Möglichkeit, dass sich ein Lieferant einen Anteil in Höhe der Summe von Stoff- und Verarbeitungswert am Produkt zuschreibt, und lässt die Frage offen, wie bei mehreren solcher Klauseln eine Kollision aufzulösen wäre.

[65] So im Sachverhalt von BGH, Urteil vom 23.10.1963, VIII ZR 150/62, NJW 1964, 149 („nur in Höhe des Wertes der Vorbehaltsware"). Auch dies entspricht dem Vorschlag von *Flume* NJW 1950, 841–850 (846–848); NJW 1959, 913–922 (918–920).

[66] So der Hinweis von *Flume* NJW 1950, 841–850 (847).

zuvor dinglich an Material gesichert waren. So soll den Banken nicht mehr das Verdikt der Sittenwidrigkeit drohen, sondern auch ihr Wertschöpfungsbeitrag quantifiziert und zu dem der Warenkreditgeber ins Verhältnis gesetzt werden.[67]

Die andere, von *Volker Beuthien* entwickelte Auffassung basiert auf einem grundsätzlichen Angriff gegen die Erstreckung des verfügungsrechtlichen Prioritätsprinzips auf die Vorausabtretung: Mit Priorität beschreibe man lediglich, dass eine vollendete Verfügung dem Verfügenden die Macht nehme, noch einmal anders zu verfügen. Um ein normatives Prinzip handele es sich nicht, vor allem nicht für noch nicht wirkende Verfügungen.[68] Wirkten Verfügungen gleichzeitig, so sei nur natürlich, ihren Effekt aufzuteilen. *Beuthien* zieht hier eine Parallele zur Forderungskollision, nämlich zur Verteilung beim Teiluntergang einer beschränkten Gattung und in der Insolvenz.[69] Ganz im Sinne dieser Parallele schlägt *Beuthien* vor, die Quotierung bei den kollidierenden Vorausabtretungen nach der Höhe der Forderungen vorzunehmen, die den konkurrierenden Verfügungsempfängern zustehen.[70]

Beuthien rechtfertigt dies zugleich kreditsicherungsrechtlich damit, dass allein eine Teilung nach der Höhe der jeweiligen Kredite das schuldnerische Unternehmen als „Wirtschaftseinheit" ernst nehme: Daher „sollte über die Sicherheitsaufteilung nicht entscheiden, was an Wert aus dem kreditierten Unternehmen wieder herauskommt, sondern, was als Kreditleistung hineingegeben worden ist".[71] Um auszugleichen, dass den Lieferanten nur die Erlöse aus den Produkten abgetreten werden, in denen ihr Material verarbeitet ist („Aufsplitterung des Warenkredits")[72], während die Banken von einer

[67] Für eine Verteilung zuerst *Erman*, Globalzession, 14: „Jeder kann rechtens als Minimum der Sicherung in Anspruch nehmen, was er an Wert in das Sicherungsobjekt hat einfließen lassen, so weit es noch darin enthalten ist, und jeder muß dem gemäß anständigerweise dem Konkurrenten ein gleiches Minimum koncedieren. […] Insoweit ist das Präventionsprinzip typisch der Situation nicht gewachsen, führt zu typisch ungerechten Ergebnissen und muß daher dem Prinzip der wertmäßigen Teilung weichen". Ähnlich sodann *Esser* JZ 1968, 281–285 (Abtretung an Lieferanten beschränkt sich auf den Wert der Stoffe, der Rest geht an die Banken); *Finger* JZ 1970, 642–645 (wie *Esser*).

[68] Die abweichende Regel des § 185 Abs. 2 Satz 2 BGB versteht *Beuthien* als Ausnahme für Verfügungen, die von den Parteien eigentlich als sofort wirksame über existierende Gegenstände vereinbart sind. Bei § 161 müsse die Unwirksamkeit von Zwischenverfügungen extra angeordnet werden, gerade weil eigentlich seine Verfügungsmacht behalte, wer für die Zukunft verfüge.

[69] *Beuthien* BB 1971, 375–381 (378 f.).

[70] *Beuthien* BB 1971, 375–381. – Etwa *Wacke* JA 1981, 94–98 (98) hat sich *Beuthien* angeschlossen.– Ein römisches Vorbild für diese Lösung bietet übrigens die „Konkurrenz" mehrerer Pfandrechte bei Ulpian 3 *disputationum* D. 20,4,7,1: *Si tibi quae habiturus sum obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisiero, putat Marcellus concurrere utrumque creditorem et in pignore: non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pigneratis empta non sit pignerata ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat* (dazu im ersten Kapitel Fn. 98).

[71] *Beuthien* BB 1971, 375–381 (377).

[72] *Beuthien* BB 1971, 375–381 (380).

Globalzession für die volle Höhe ihres Kredits profitieren, gewährt *Beuthien* den Geldkreditgebern an jeder Forderung nur einen Anteil, der dem Anteil des gesamten Geldkredits gegenüber dem gesamten Warenkredit entspricht.

Indem er den Verteilungsmechanismus der Insolvenz heranzieht, deutet *Beuthien* den verfügungsrechtlichen Konflikt stillschweigend in eine Forderungskollision um. Unter der Annahme, dass eine Verfügung über ein künftiges Recht zunächst noch gar keine Verfügung ist, sondern kaum mehr als ein Versprechen – und darauf läuft *Beuthiens* Argumentation hinaus –, kann das durchaus überzeugen.

Um über die Insolvenzbeständigkeit der Vorausabtretung zu entscheiden, hat sich in der Literatur die Unterscheidung zwischen „echten" und „unechten" Vorauszessionen[73] durchgesetzt. Als „unecht" versteht man eine Vorauszession, deren Gegenstand eine bedingte oder noch nicht fällige, aber in jeder anderen Hinsicht perfekte Forderung ist. Eine solche Zession wirke, auch wenn die Forderung erst in der Insolvenz des Zedenten unbedingt oder fällig wird. Hingegen könne die „echte" Vorauszession einer nicht einmal insoweit bestehenden Forderung in der Insolvenz nicht mehr wirken. In Literatur und Rechtsprechung finden sich aber unterschiedliche Begründungsansätze und auch im Einzelnen divergierende Lösungen.[74]

Für *Brinkmann* und *Eichel* folgt die Unwirksamkeit bei der „echten" Vorausabtretung – anders als für die herrschende Meinung – nicht aus dem Auffangtatbestand des § 91 Abs. 1 InsO, wonach „Rechte an den Gegenständen der Insolvenzmasse […] nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht wirksam erworben werden [können]", sondern schon aus § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO, wonach der Schuldner während des Verfahrens nicht wirksam verfügen kann. Für *Brinkmann* ergibt sich die Unwirksamkeit daraus, dass der Erwerbstatbestand erst zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen ist: Es klingt, als würde er eine Ausnahme von der Gleichbehandlung nur akzeptieren, wenn der Masse zu diesem Zeitpunkt neues Kapital zuflösse.[75] Für *Eichel* ist die Zession immer dann bestandsfest, wenn die Entstehung oder das Durchsetzbarwerden der zedierten Forderung nicht erfordert, dass der Schuldner oder der Verwalter dafür die Masse verwendet; darauf, dass der Zessionar schon eine gesicherte Position erhalten hat, kommt es ihm nicht an.[76]

[73] Diese Unterscheidung wird oft auf *Tuhr* DJZ 1904, 426–431 (428) zurückgeführt. Der bezieht sich zwar auf *Windscheids* Kategorie von Forderungen, für die „der Grund noch nicht gelegt ist" und deren Abtretbarkeit man bezweifeln könne (siehe oben Fn. 54), hält aber selbst die Unterschiede für nur „quantitativ".

[74] Siehe nur die Darstellung der herrschenden Meinung und Judikatur bei *Muthorst*, ZIP 2009, 1794–1801 (1798); *Brinkmann*, Kreditsicherheiten, 167–169; *Eichel*, Künftige Forderungen, 434–437. – Unsicherheit besteht insbesondere über aufschiebend befristete Forderungen, die die Rechtsprechung als echt zukünftige ansieht, was eine schwierige Abgrenzung zu bloß betagten Forderungen erfordert. Siehe etwa BGH, Urteil vom 25.4.2013, IX ZR 62/12, NJW 2013, 2429 (2432 f.); dazu treffend *Hoffmann* KTS 2021, 327–355 (343).

[75] *Brinkmann*, Kreditsicherheiten, 167, 500.

[76] *Eichel*, Künftige Forderungen, 458.

Wer unter verlängertem Eigentumsvorbehalt geliefert hat, also mit „echter" Vorausabtretung der künftigen Ansprüche gegen die Abnehmer, bleibt dadurch geschützt, dass nicht nur die Befugnis zur Verarbeitung,[77] sondern auch die Ermächtigung zur Veräußerung regelmäßig mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlöschen wird. Veräußert der Verwalter gleichwohl, kommt neben seiner Haftung auch eine Ersatzabsonderung analog § 48 InsO in Betracht.[78]

g) Übersicht

Damit steht zu den genannten Herausforderungen, denen Verfügungen über Gegenstände begegnen, die sich noch nicht im Vermögen des Schuldners befinden, das Folgende fest:

Erstens ist die Frage der Widerruflichkeit von der Frage eines Schutzes des Empfängers gegen andere Erwerber, Vollstreckungs- oder Insolvenzgläubiger zu trennen. Zwar scheidet ein Schutz gegen Dritte aus, wenn sogar der Verfügende widerrufen kann. Umgekehrt folgt aber aus Unwiderruflichkeit der Vorausverfügung weder ein Schutz gegen kollidierende Verfügungen noch gegen Vollstreckungsgläubiger oder in der Insolvenz.

Zweitens zeigt die Insolvenz als „Prüfstein der Dinglichkeit",[79] dass der Vorausverfügung etwas zur echten Verfügung fehlt. Wer nur im Voraus verfügt, hat nichts aus seinem gegenwärtigen Vermögen aufgegeben, sondern nur etwas von seinem erwarteten zukünftigen Vermögen. Das zukünftige Vermögen bildet den typischen Gegenstand von Verpflichtungen. Dass es da sein wird, ist das, woran ein Gläubiger glauben muss, weil der Schuldner es ihm jetzt noch nicht geben kann. Vorausverfügungen kommen in der Insolvenz nicht gegen das schuldrechtliche Verteilungsprinzip an, weil sie hier so behandelt werden wie bloße Verpflichtungen.

Drittens bleibt das Problem des Schutzes gegen kollidierende Verfügungen und Maßnahmen der Einzelzwangsvollstreckung. Es steht in der Mitte. Praxis und herrschende Meinung entkoppeln diesen Schutz jedenfalls in zwei Fallgruppen von der Insolvenzbeständigkeit: Kollidierende Verfügungen eines

---

[77] Siehe soeben bei Fn. 42.

[78] Bereits im Eröffnungsverfahren entspricht eine Veräußerung nur noch dann dem gewöhnlichen Geschäftsgang und ist deshalb noch von der Ermächtigung gedeckt, wenn der vorläufige Verwalter sicherstellt, dass der Erlös dem Zessionar zukommt, indem er ihn etwa auf ein zu dessen Gunsten eingerichtetes Treuhandkonto einzahlt. So jedenfalls BGH, Urteil vom 24.1.2019, IX ZR 110/117, NJW 2019, 1940. Dazu *Thole*, ZIP 2019, 552–559. – Zum Problem *Elz*, ZInsO 200, 478–483. – Für eine Rechtfertigung der Sicherheit an Forderung und Erlös durch den Gedanken des Sicherheitentauschs siehe *Hoffmann* KTS 2021, 327–355 (349).

[79] *Pflüger* AcP 79 (1892) 406–445 (424): „Der Konkurs ist der Prüfstein der Dinglichkeit". Siehe aber auch *Pflüger* AcP 83 (1894) 352–358, zur „Vollstreckungspfändung als Prüfstein der Dinglichkeit". Nach der heutigen Praxis fallen die beiden Prüfungen unterschiedlich aus.

Nichtberechtigten[80] und kollidierende Vorausabtretungen[81] sollen nach dem Prioritätsprinzip entschieden werden. Auch Maßnahmen der Einzelzwangsvollstreckung ordnen sich hier chronologisch ein. Hingegen bleiben diese Geschäfte wirkungslos, wenn der Verfügende den Gegenstand – über den er schon verfügt hat – erst in der Insolvenz erwirbt. Mit der älteren Verfügung hat der Verfügende also soviel weggegeben, dass er den Gegenstand keinem anderen mehr verschaffen kann, aber noch nicht soviel, dass die Gesamtheit seiner Gläubiger im Fall der Insolvenz den Verlust hinnehmen müsste. Der Verfügende hat beim Empfänger eine Erwartung begründet, die er nicht noch einmal einem anderen zukommen lassen kann, und die ihn daran hindert, den Gegenstand einem anderen zu übertragen, die sich aber nur realisiert, wenn er in dem Moment, wo er selbst den Gegenstand erwirbt, noch zu dieser Übertragung in der Lage ist.[82] Die Insolvenz nimmt dem Schuldner dieses sachenrechtliche „Können", um das Verteilungsverfahren zu schützen, mit dem diese besonders wichtige Forderungskollision aufgelöst werden soll.

Dass der Begünstigte einer späteren Vorausverfügung schlechter steht als die Gläubigergemeinschaft, kann man so deuten, dass die Rechtsordnung ihn auf Ersatzansprüche verweist: Meist wird der Verfügende ihm den Gegenstand und dafür regelmäßig Ersatz schulden, den er auch leisten kann, solange er solvent ist. Der frühere Begünstigte erhält den Gegenstand, der spätere immerhin Ersatz. Diese schuldrechtliche Aussicht auf den Ersatz lässt es erträglicher erscheinen, seine Interessen auf der Ebene der Verfügung ganz gegenüber denen des früheren Begünstigten zurücktreten zu lassen.[83] Entsprechend kann der enttäuschte Vollstreckungsgläubiger versuchen, in andere Vermögenswerte zu vollstrecken. In der Insolvenz fällt diese Aussicht für die übrigen (wenn auch nur schuldrechtlich) Interessierten weg, daher darf der (durch Vorausverfügung nicht wirklich dinglich) Begünstigte nicht auf seiner erworbenen Erwartung beharren. Dass angesichts der Aussicht auf Ersatz eine Verteilung nicht mehr geboten erscheint, ist ein Gedanke, der auch bei der Forderungskollision wiederholt begegnet. Im Fall der Vorausabtretung steht die gerade vorgeschlagene Rechtfertigung allerdings vor dem Problem, dass der zurückgesetzte Empfänger von seinem Unglück nichts erfahren wird, solange der Schuldner solvent ist; er also – wenn nicht das Anfechtungsrecht hilft – sei-

[80] Siehe oben bei Fn. 27.

[81] Siehe soeben bei Fn. 74.

[82] Negiert man ein solches gegenwärtiges Rechtsobjekt, über das nach dem Prioritätsprinzip verfügt werden kann, das aber noch keine insolvenzfeste Anwartschaft gewährt, so wird man dazu gelangen, mit *Beuthien* (oben bei Fn. 70) anzunehmen, dass im Moment des Erwerbs des Verfügungsgegenstands eine Art „Sicherungskonkurs" stattfinden muss.

[83] Treffend *Hoffmann* JJZ 2014, 163–201, wonach „von einem kodifizierten Sukzessionsschutz nicht ohen Weiteres auch auf eine Insolvenzfestigkeit geschlossen werden darf, kann der Sukzessionsschutz doch auf der Prämisse aufbauen, dass der leer ausgehende Gläubiger vom materiell solventen Schuldner Restitution verlangen kann" (169).

nen Ersatzanspruch für Nichtabtretung erst erheben kann, wenn es zu spät ist. Das gilt jedenfalls bei Sicherungsabtretung; tragen mag die Rechtfertigung bei Mehrfachvorausabtretung zu anderem Zweck, etwa beim echten Factoring.

III. Schnellere Vollstreckung eines ordentlichen Titels

Wenn der Schuldner keinem Gläubiger freiwillig erfüllt, entscheidet sich durch staatlichen Rechtsschutz, wer den Wettlauf gewinnt. In der Vollstreckung hängt alles vom Inhalt der Forderung ab. Am meisten Aufmerksamkeit erfährt der Konflikt um Geldforderungen, deren zwangsweise Durchsetzung nicht nur im Rechtsvergleich, sondern auch in der deutschen Praxis viel häufiger vorkommt als die Vollstreckung anderer Forderungen.[84] Bei der Vollstreckung anderer Forderungen geht es um die Durchsetzung der Naturalerfüllung (*specific performance*). Bei Geldforderungen steht mehr auf dem Spiel, weil der unterlegene Gläubiger alles verliert, wenn sich keine andere Haftungsmasse findet, während er statt eines auf Naturalerfüllung gerichteten Anspruchs mitunter noch Ersatz fordern kann.

Die Vollstreckung eines nur vorläufig vollstreckbaren Titels oder die Leistung oder Sicherung, die ein Schuldner zur Abwendung solcher Vollstreckung erbringt, stehen im Wettlauf um die beschränkten Mittel des Schuldners der Vollstreckung eines rechtskräftigen Titels gleich.[85] Dadurch werden Gläubiger zwar insofern nur vorläufig gesichert oder befriedigt, als der Titel noch einmal kontrolliert wird. Sie gelten aber sogar in der Insolvenz – sofern die Deckung nicht angefochten werden kann oder dem Rückschlag unterliegt[86] – als endgültig gesichert oder befriedigt und müssen sich nicht bei den Insolvenzgläubigern einreihen.[87]

1. Geldforderungen

Die Regeln des Wettlaufs unterscheiden danach, in welche Vermögenswerte der Gläubiger wegen der Geldforderung zu vollstrecken sucht.

---

[84] *Lando/Rose* IRLE 24 (2004) 473–487.

[85] Zur Frage, ob bei den Kollisionen wegen beschränkter Haftung anderes gilt, unten V.1.b).

[86] Was die Rechtsprechung allerdings bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen und Druckzahlungen erleichtert, dazu im sechsten Kapitel bei Fn. 33 und 35.

[87] RG, Urteil vom 13.2.1897, I 337/96, RGZ 39, 105 (108) (späterer Zwangsvergleich betrifft so befriedigten Gläubiger nicht); RG, Urteil vom 3.7.1914, III 41/14, RGZ 85, 214 (218–220) (gegenseitiger Vertrag ist erfüllt im Sinne von § 17 KO).

a) Vollstreckung in bewegliches Vermögen

Vom französischen Recht ging im 19. Jahrhundert der Trend aus, dem Gläubiger, der wegen Geldforderungen die Zwangsvollstreckung in bewegliches Vermögen betrieb, ein Vorrecht in der Vollstreckung nicht mehr zu gewähren. Beispielhaft sei die Begründung in den Motiven zum Entwurf der preußischen Konkursordnung von 1855:

„Jede Bevorzugung der creditores immissi ist erhebliche nachtheilige Wirkungen hervorzubringen geeignet, […]. Es wird dadurch ein Drängen der Gläubiger nach Exekutionsvollstreckungen und so gerade der Ruin des Schuldners häufig herbeigeführt, der sonst noch zu vermeiden gewesen wäre. Entfernte Gläubiger werden durch andere Gläubiger, welche sich alle möglichen Vortheile ihrer zufälligen Anwesenheit oder ihrer Bekanntschaft mit den Verhältnissen zu nutze machen, ohne ihr Verschulden benachtheiligt, wodurch der Kredit leiden muß. Durch die Beschlagnahme ganzer Waarenlager kann der größte Theil der Konkursmasse weggenommen werden, und auf der anderen Seite wird durch die Konkurrenz vieler einzelnen Beschlagnahmen das Verfahren zu sehr zersplittert. Alle dergleichen Nachtheile lassen sich durch eine Gleichstellung der Gläubiger abwenden; dieselbe ist im Interesse des Kredits dringend geboten; die Vigilanz eines Gläubigers ist für sich allein kein zureichender Grund, ihn vor anderen Gläubigern zu bevorzugen".[88]

Hingegen gewährte die Civilprozeßordnung – aus den schon in der Einleitung[89] abgedruckten Motiven – dem Vollstreckungsgläubiger ein Pfandrecht und ordnete ihm nach dem Zeitpunkt der Pfändung einen Rang zu (§ 709 CPO 1877 = § 804 ZPO). Der Entwurf setzte sich in der Reichstagskommission erst nach intensiven Debatten durch;[90] bis heute bleibt das Pfändungspfandrecht rechtspolitisch umstritten.[91]

In der Diskussion beriefen sich beide Seiten auf den neusten Stand der Rechtswissenschaft[92] und praktische Erfahrungen unter verschiedenen Jurisdiktionen.

---

[88] Begründung zu § 82 unter VI.1; zitiert nach *Goltdammer*, Konkurs-Ordnung, 216 f. – Mit der „Vigilanz" wird auf den Topos des römischen Rechts angespielt: *ius civile vigilantibus scriptum*; siehe im ersten Kapitel bei Fn. 144.

[89] Siehe oben in der Einleitung bei Fn. 11.

[90] Das Pfändungspfandrecht des Entwurfs zu streichen, beantragte in der Kommission bei der ersten Lesung (30. Sitzung vom 1.6.1875) der Abgeordnete Grimm, doch wurde es durch Gaupp, Bähr, von Amsberg, Reichensperger, Struckmann, Eysoldt und Gneist verteidigt (Protokolle 370–374, in: Hahn II, 825–828). Bei der zweiten Lesung stellte Lasker einen dem Grimm'schen entsprechenden Antrag (86. Sitzung vom 12.10.1875); beide sahen sich in der Diskussion außer von Amsberg, Reichensperger und Hagens nun auch Kurlbaum gegenüber (Protokolle 565–570, in: Hahn II, 987–991).

[91] Für die Kritik siehe vor allem *Puchelt* ZZP 3 (1881) 1–3; Entwurf ZPO 1931, 427–431; 520–523; *Schlosser* ZZP 97 (1984) 127–130 (möglicherweise verfassungswidrig; dagegen *Stürner* ZZP 99 [1986] 291–232 [326–328]; *Welbers*, Prioritätsprinzip; *Siebert*, Prioritätsprinzip); *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 439–495.

[92] So gegen das Pfandrecht Grimm (in: Hahn II, 825, 990 unter Verweis auf Windscheid); gegen die Gleichbehandlung Späterer von Amsberg (in: Hahn II, 826).

Württemberg habe unter der Abschaffung des Pfandes 1825 gelitten;[93] Preußen mit der Abschaffung schlechte Erfahrungen gemacht,[94] oder aber es seien „mit dem früheren Rechtszustande unendliche Schwierigkeiten verknüpft" gewesen und es habe sich die neuere Rechtslage „vollkommen bewährt";[95] die bayerische Landbevölkung sei dadurch verunsichert[96] oder es seien keine Missstände bekannt;[97] es stünden „die am Rhein gemachten Erfahrungen dem Prinzip der Gleichberechtigung aller Gläubiger entgegen";[98] Sachsen sei für das Pfand;[99] die Badischen Advokaten dagegen.[100]

Die Gegner des Pfandrechts wiesen darauf hin, dass im größten Teil Deutschlands zuletzt anderes Recht gegolten habe;[101] seine Befürworter plädierten dafür, es als gutes altes Recht wiederherzustellen und so jüngere Einflüsse abzuschütteln.[102] Seine Gegner meinten, dass die Sorge, von anderen Gläubigern überholt zu werden, die Bereitschaft zur Kreditvergabe schmälern werde.[103] Dem hielten Befürworter entgegen, diese Sorge „beseitige nur den ungesunden Kredit"; die Aussicht auf das Pfand ermutige vielmehr zur Kreditvergabe.[104] Die Gegner machten darauf aufmerksam, dass der Wettlauf um das Pfand auswärtige Gläubiger[105] ebenso benachteilige wie solche, die – anders als größere Handelshäuser – nicht in der Lage wären, sich durch Dritte über die Vermögenslage ihrer Schuldner unterrichtet zu halten.[106] In den Augen der Gegner nötige das Pfändungspfand die Gläubiger dazu, rücksichtslos die Einzelvollstreckung gegen den Schuldner zu betreiben, um sich den Rang zu sichern,[107] und aus Sorge vor anderen Pfändern vorschnell den Konkurs zu beantragen.[108] Die Befürworter wandten ein, immerhin müsse der gesicherte

[93] Gaupp, in: Hahn II, 826.
[94] von Amsberg, in: Hahn II, 826, 988; Kurlbaum, 990.
[95] Lasker, in: Hahn II, 987, 989.
[96] von Amsberg a.a.O.
[97] Hauser, in: Hahn II, 990.
[98] Reichensperger, in: Hahn II, 827, 988 f.
[99] Eysoldt, in: Hahn II, 827.
[100] Grimm, in: Hahn II, 990.
[101] Lasker, in: Hahn II, 987: „in sieben Achtel von Deutschland".
[102] So stellt Struckmann das Pfandrecht als „dem deutschen Volk nahe liegender Gedanke" dem „Einflusse des französischen Rechts" gegenüber (in: Hahn II, 827); für Gneist wird damit „ein Jahrhunderte lang befolgter einfacher und gesunder Satz des römischen Rechts wieder zur Geltung gebracht" (828).
[103] Grimm, in: Hahn II, 825.
[104] So bereits die Entwurfsbegründung (Einleitung Fn. 11) 423 (in: Hahn II, 449); in der Kommission von Amsberg, in: Hahn II, 826, 988.
[105] Grimm, in: Hahn II, 825; Lasker, in: Hahn II, 988. Dazu schon die Entwurfsbegründung (Einleitung Fn. 11) 422 (in: Hahn II, 449).
[106] Grimm, in: Hahn II, 825.
[107] Grimm, in: Hahn II, 825; 990 („Prämiirung der Hartherzigkeit"); Reichensperger, in: Hahn II, 827; Lasker, in: Hahn II, 987: „dies führe zu dem sehr bedenklichen Satz, daß es wünschenswerth sei, wenn Jeder seine fälligen Forderungen sofort einklage".
[108] Grimm, in: Hahn II, 826. Auf diese Besorgnis bezieht sich schon die Entwurfsbegründung (Einleitung Fn. 11) 422 (in: Hahn II, 449).

Gläubiger nicht auf rasche Verwertung drängen; daher „sei für den Schuldner wohlthätiger, dem Gläubiger mit der Pfändung bereits eine Garantie zu geben".[109] Mehr Konkurse werde es nicht mit, sondern ohne Pfandrecht geben, weil ein Gläubiger, der mit anderen zu teilen fürchten müsse, seine Pfändung übermäßig weit über das Vermögen des Schuldners erstrecken oder gleich Konkurs beantragen werde.[110]

Die Rechtfertigung des Pfands als Lohn der Wachsamkeit akzeptierten seine Gegner nicht, weil man es dafür „schon mit dem Moment der Klage beginnen lassen" müsste.[111] Denn der Schuldner könne „den Erlaß des Urtheils beschleunigen oder verzögern".[112] Auch verleite das Pfand den Schuldner dazu, favorisierten Gläubigern kollusiv zur Pfändung zu verhelfen, worüber dann im Konkurs vielfach gestritten werden müsse.[113]

Zum zentralen Argument der Befürworter, um das die Debatte in der zweiten Lesung kreiste, wurde das mit der Konkursordnung neu geregelte Anfechtungsrecht: Anders als das bisherige preußische Recht erlaubte es auch die Anfechtung von Vollstreckungsakten (§ 28 KO 1877 = § 35 KO 1898 = § 141 InsO) und sollte so gewährleisten, dass der Schuldner keinem Gläubiger unmittelbar vor dem Konkurs durch die Pfändung einen unbotmäßigen Vorteil verschaffte.[114] Hier allein sei der richtige Ansatzpunkt, um Ungleichbehandlungen zu verhindern.[115] Aus heutiger Sicht erstaunt, welchen Wert man den Anfechtungstatbeständen der Konkursordnung zumaß, obwohl sie, verglichen mit den heutigen der Insolvenzordnung, die in der Gesamtvollstreckung geltenden Verteilungsordnung viel schwächer schützten.[116]

---

[109] Bähr, in: Hahn II, 826.

[110] So bereits die Entwurfsbegründung (Einleitung Fn. 11) 423 (in: Hahn II, 449); in der Diskussion von Amsberg, in: Hahn II, 826; 989; 991; Reichensperger, in: Hahn II, 827; 988 f.

[111] Grimm, in: Hahn II, 825.

[112] Lasker, in: Hahn II, 989.

[113] Grimm, in: Hahn II, 826; Lasker, in: Hahn II, 987: Der Schuldner „habe es völlig in der Hand, dem einen Gläubiger gegenüber sich kontumaziren zu lassen, dem anderen Einwendungen entgegen zu stellen".

[114] „Alle etwaigen Bedenken würden dadurch beseitigt", meinte von Amsberg (in: Hahn II, 988; siehe schon 826); die „Hauptgefahr […] abgewendet", meinte Kurlbaum (in: Hahn II, 990). Hagens sah gegen die „Ungleichheit" im Pfändungswettlauf zwei Hilfsmittel: das Arrestpfand (dazu noch unter IV.1.a) und den Konkurs, der die Anfechtung bringt (in: Hahn II, 989 f.). Hierbei präsentierte Hagens die Rechtslage nach der Konkursordnung so, als könne jede Pfändung als inkongruente Deckung angefochten werden, wie *Foerste* in: FS Musielak (2004) 141–167 (157) beobachtet hat. In der Sache dazu *Albers* KTS 2022, 173–198 (194–197).

[115] Hagens (in: Hahn II, 989 f.) weist insbesondere darauf hin, dass der Verzicht auf ein Pfändungspfandrecht nicht gegen Ungleichbehandlung helfe, wenn der Schuldner nach der Pfändung an den Vollstreckungsgläubiger zahlt. Bereits in der ersten Lesung hatte von Amsberg darauf aufmerksam gemacht, dass der Schuldner auch vertraglich in betrügerischer Absicht ein Pfandrecht bestellen könne (in: Hahn II, 826).

[116] Siehe den Überblick im sechsten Kapitel unter III.1.a).

Die Ergebnisse des Wettlaufs werden dadurch verwässert, dass Gerichtsvollzieher alle denselben Schuldner betreffenden Aufträge, die bei ihnen bis zur Durchführung der Pfändung eingehen, nach ihrer Geschäftsanweisung[117] als gleichzeitig und damit gleichrangig zu behandeln haben:

§ 117 GVGA: „(1) Ein Gerichtsvollzieher, der vor Ausführung einer ihm aufgetragenen Pfändung von den anderen Gläubigern mit der Pfändung gegen denselben Schuldner beauftragt wird, muss alle Aufträge als gleichzeitige behandeln und deshalb die Pfändung für alle beteiligten Gläubiger zugleich bewirken. Auf die Reihenfolge, in der die Vollstreckungsaufträge an den Gerichtsvollzieher gelangt sind, kommt es nicht an, sofern nicht die Pfändung auf Grund eines früheren Auftrags schon vollzogen ist; denn der Eingang des Vollstreckungsauftrags für sich allein begründet kein Vorzugsrecht des Gläubigers vor anderen Gläubigern. […] (4) Die Versteigerung erfolgt für alle beteiligten Gläubiger. Der Erlös ist nach dem Verhältnis der beizutreibenden Forderungen zu verteilen, wenn er zur Deckung der Forderungen aller Gläubiger nicht ausreicht. […]".

Insoweit hat sich die Befürchtung bewahrheitet, dass ein Vollstreckungsbeamter darüber entscheidet, ob der Wettlauf gelingt – indem er nämlich bestimmt, wann er pfändet.[118]

So hatte Reichensperger die Sorge formuliert, „daß die wichtigsten materiellen Rechte von dem guten Willen eines Subalternbeamten, des Gerichtsvollziehers, abhängig seien, je nachdem dieser von den Pfändungsaufträgen mehrerer Gläubiger den einen oder den anderen früher ausführe", und angeregt, man solle anordnen, „daß die Reihenfolge der Eintragung in das Repertorium des Gerichtsvollziehers maßgebend sein solle".[119] Hingegen hatte Gaupp argumentiert, die Willkür sei ohne Pfandrecht viel größer, weil der Effekt der Pfändung dann davon abhinge, wie schnell der Gerichtsvollzieher die Versteigerung durchführe.[120] In der (ersten) Kommission für das Bürgerliche Gesetzbuch wurden dieselben Sorgen laut.[121]

Bei Forderungen entscheidet über den Wettlauf die Zustellung des vom Vollstreckungsgericht angeordneten Zahlungsverbots an den Drittschuldner (§ 829 Abs. 3 ZPO). Auch hier stellt der Gerichtsvollzieher mehrere ihm gleichzeitig vorliegende Beschlüsse gleichzeitig zu.[122] Will der Gläubiger nicht auf das Gericht warten, so kann er aufgrund seines Titels dem Drittschuldner durch den Gerichtsvollzieher ankündigen lassen, dass die Pfändung bevorsteht (Vorpfän-

[117] Als Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA) sind Verwaltungsvorschriften überschrieben, die aufgrund von § 154 GVG die Justizverwaltungen der einzelnen Bundesländer erlassen, die aber textlich miteinander übereinstimmen.

[118] Die Verpflichtung, Aufträge möglichst rasch auszuführen (§ 5 Abs. 1 Satz 1 GVGA), entfaltet jedenfalls bei Überlastung keine große Steuerungswirkung. – Dass stattdessen analog § 17 GBO die Reihenfolge des Eingangs entscheiden müsse, fordern – wie schon Reichensperger (Fn. 118) – etwa *Knoche/Biersack* NJW 2003, 476–481.

[119] Reichensperger in: Hahn II, 827, 988.

[120] Gaupp in: Hahn II, 826.

[121] Siehe im zweiten Kapitel bei Fn. 173.

[122] § 121 Abs. 1 GVGA.

dung), wodurch er sich ein vorrangiges Pfandrecht sichert, sofern binnen eines Monats die Pfändung tatsächlich erfolgt (§ 845 Abs. 2 ZPO).

b) Vollstreckung in Grundstücke

Streng durchgeführt ist der Wettlauf bei der Vollstreckung wegen Geld in Grundstücke; er entscheidet sich mit dem Beginn der Vollstreckung. Die Materie oblag ursprünglich der Landesgesetzgebung (§ 704 CPO 1877); mit dem BGB wurde sie reichsweit geregelt. Dabei wiederholte sich der Streit um das Pfändungspfandrecht.

Johow hatte die Auffassung vertreten, „daß der Gläubiger, welcher das Recht hat, auf dem Wege der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners die ihm geschuldete Leistung beizutreiben, auch das mindere Recht haben muß, eine Hypothek auf die zu diesem Vermögen gehörenden Grundstücke zu nehmen".[123] Daher hatte er für endgültig festgestellte Forderungen eine Verkehrshypothek, im Übrigen immerhin eine „einstweilige Eintragung" vorgesehen.[124] Die erste Kommission sprach nicht nur den Gläubigern rechtskräftig festgestellter, sondern überhaupt irgendwie titulierter Geldforderungen eine Hypothek zu; zwar keine Verkehrs-, aber eine Sicherungshypothek.[125] Man räumte ein, dass die Hypothek gegenüber der geschuldeten Zahlung kein minus, sondern ein aliud darstelle.[126] Der Grund, weswegen sie gewährt werden müsse, liege daher „lediglich in Rücksichten der Zweckmäßigkeit": Man sei im größten Teil des Reichs daran gewöhnt, und sie erlaube dem Gläubiger, den Schuldner zu schonen, nämlich nicht zu versteigern, und doch schon „volle dingliche Sicherheit für seine Forderung" zu erhalten.[127] Die zweite Kommission lehnte den Antrag, die Zwangshypothek zu streichen, nur mit denkbar knapper Mehrheit ab (neun gegen acht Stimmen).[128] Für die Gegner kam die Hypothek eben deshalb, weil sie zur Zahlung ein aliud darstellte, nicht als Zwangsvollstreckungsmaßnahme in Betracht. Wegen seines prozes-

[123] Johow, Begründung, 1585, in: Schubert; SachenR 2, 557.

[124] Nach § 373 des Teilentwurfs Sachenrecht: eine „Vormerkung".

[125] Auf Vorschlag von Planck in der 383. Sitzung vom 4.12.1884 (Jakobs/Schubert, SachenR I, 326 f.).

[126] Jakobs/Schubert, SachenR I, 327.

[127] Jakobs/Schubert, SachenR I, 327 f. – Hingegen gehe die Gewähr einer normalen Hypothek zu weit, gegen deren Erwerber der Schuldner sich nicht auf seine Einreden gegen die Forderung berufen kann (328). Umgekehrt sei eine Begrenzung auf bestimmte Titel nicht geboten, weil die Hypothek ein Mittel der Zwangsvollstreckung wie jedes andere sei und sie den Schuldner als Sicherungshypothek auch nicht gefährde (329 f.).

[128] In der 255. Sitzung; siehe Protokolle III 694–699 = Mugdan III 892–895. Den Antrag stellte Gebhard; vgl. Jakobs/Schubert, SachenR I, 346. Mit der Entscheidung für die Zwangshypothek erledigte sich auch der Antrag von Jacubezky, die Frage dem ZVG zu überlassen. Ob die Regelung immerhin im ZVG ihren Platz finden sollte, überließ man in der folgenden Sitzung der Redaktionskommission.

sualen Charakters sei das Pfändungspfandrecht nicht mit der Hypothek, allenfalls mit dem durch die Beschlagnahme geschaffenen, auf die Dauer des Verfahrens begrenzten Vorzugsrecht zu vergleichen.[129] In der Praxis werde die Hypothek etwa von Wucherern vielfach missbraucht, insbesondere wenn sie aufgrund eines Mahnverfahrens eingetragen werden könne, und habe zum Ruin vieler Landwirte beigetragen. Die Befürworter setzten sich durch, indem sie auf der funktionalen Parallele zum Pfändungspfandrecht bestanden[130] und die wohltuende Wirkung der Zwangshypothek mit Daten untermauerten[131]. Die Zwangshypothek (§ 867 ZPO) gehorcht dem sachenrechlichen, durch das Registerverfahren abgesicherten Pioritätsprinzip (§§ 17, 45 Abs. 1 GBO).

Aus den Erlösen von Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung werden unter mehreren Vollstreckungsgläubigern zunächst die befriedigt, für die früher beschlagnahmt wurde (§ 11 Abs. 2 ZVG). Auch hiergegen wurde mit der Begründung opponiert,[132] „daß es nicht gerechtfertigt erscheine, dem beitreibenden Gläubiger ein Vorzugsrecht vor den übrigen Gläubigern einzuräumen, wie auch die Konkursordnung keine Unterschiede zwischen den nicht privilegirten Gläubigern mache".[133] Für die Regelung gab der Präzedenzfall der Zwangshypothek den Ausschlag, womit einmal anerkannt war, dass der Gläubiger die vorzugsweise Befriedigung aus einem Grundstück durch Einzelvollstreckung erringen konnte.[134] Liegen dem Vollstreckungsgericht mehrere Anträge vor, ordnet es allerdings – wenn es sich an die Empfehlung der Literatur[135] hält – die Vollstreckung nicht in verschiedenen Beschlüssen in der Reihenfolge des Eingangs an, sondern zugleich in einem einzigen; sodass auch hier – wie

[129] Protokolle III 695 = Mugdan III 893.

[130] Protokolle III 697 f. = Mugdan III 894; mit der Erläuterung: „Bei der Zwangshypothek handele es sich nun darum, dem Gläubiger ein der Wirkung der Beschlagnahme entsprechendes Recht auf unbeschränkte Dauer zu gewähren".

[131] Insbesondere dem Hinweis, dass im rechtsrheinischen Hessen 58,1% der Zwangshypotheken wegen Zahlung, nur 32,9% wegen Zwangsveräußerung gelöscht wurden; Protokolle III 698 f. = Mugdan III 895.

[132] Siehe die in der 16. Reichtagskommission gestellten Anträge von Rembold (Nr. 4, B; Nr. 11) und Hofmann (Nr. 7, 4) (in: Jakobs/Schubert, SachenR IV, 1131–1133).

[133] Bericht der 16. Kommission vom 22.2.1897, in: Hahn V 109. Einige Details ergänzt ein Bericht des Vertreters der bayerischen Regierung Heller vom 20.1.1897 über die Sitzung, die am selben Tag stattgefunden hatte (in: Jakobs/Schubert, SachenR IV, 1144 f.).

[134] Siehe den Bericht von Heller, in: Jakobs/Schubert, SachenR IV, 1145. Konsequent sprach sich das Kommissionsmitglied Spahn in dieser Diskussion nicht nur gegen die Zwangshypothek aus, sondern äußerte auch Sympathie für die Abschaffung des Pfändungspfandrechts. Unter den 21 Kommissionsmitgliedern fanden aber die Anträge von Rembold, Hofmann und Spahn keinen weiteren Anhänger. – Mit demselben Argument hatte die Kommission bereits zuvor auf Kritik in den gutachterlichern Äußerungen geantwortet (die Kritik – insb. von Dernburg: Grundstücke könnten nicht „wie bewegliche Sachen verborgen und weggetragen werden" – a.a.O. 808, die Antwort 891).

[135] Nachweise bei *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 119 Anm. 121.

nach der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher bei beweglichem Vermögen – der Wettlauf vereitelt wird.

2. Vollstreckung in Vermögen wegen anderer Forderungen

Bei der Vollstreckung anderer Forderungen in das Vermögen entscheidet sich der Wettlauf erst dadurch, dass aus tatsächlichen Gründen nur einmal vollstreckt werden kann: Der Gerichtsvollzieher kann bewegliche Sachen nur einmal übergeben (§§ 883 Abs. 1, 884 ZPO), nur einen Gläubiger in den Besitz einer unbeweglichen Sache oder eines Schiffsbauwerks einsetzen (§ 885 Abs. 1 Satz 1 ZPO), und ein Dritter kann nur einmal herausgeben (§ 886 ZPO). Vor der Befriedigung ist kein Gläubiger gegen die anderen gesichert.

Konkurriert mit einem dieser Ansprüche ein Geldanspruch, so entscheidet der Wettlauf auch über das Verhältnis des anderen Gläubigers zum Geldgläubiger. Der Geldgläubiger wird aber bevorzugt: Ist ein Gerichtsvollzieher von einem Gläubiger mit der Wegnahme zum Zweck der Herausgabe, von einem anderen mit der Pfändung beauftragt, so hat er, wenn für die Pfändung keine anderen Gegenstände zur Verfügung stehen, die Sache zuerst zu pfänden und dann erst als belastete wegzunehmen.[136]

Ansprüche auf vertretbare Handlungen werden im Wege der Ersatzvornahme vollstreckt (§ 887 ZPO), laufen also auf Geldforderungen hinaus. Eigentlich wird hier die Erfüllung gar nicht erzwungen.[137] Zur Kollision kommt es nur in Gestalt der Insolvenz.

3. Kollidierende Verhaltensgebote

Der Entwurf der CPO bekannte sich zur Naturalexekution: Grundsätzlich sollte das geschuldete Verhalten selbst erzwungen werden. Den alten, zuletzt im Code civil verankerten Grundsatz, wonach Handlungspflichten sich im Falle der Nichterfüllung zu Geldverbindlichkeiten wandeln,[138] gab man auf:

„In dem Entwurf wird auch bei der Verpflichtung zu einer Handlung oder Unterlassung als Ziel der Zwangsvollstreckung die wirkliche Erfüllung festgehalten. Dem Schuldner soll nicht das Recht eingeräumt werden, durch Unterlassen der Erfüllung und noch mehr durch fortgesetztes positives Handeln gegen die Verpflichtung, den Gläubiger auf die Forderung des Interesse zu beschränken, welche wegen der Insol-

[136] § 127 Abs. 5 GVGA; dazu *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 119.

[137] Was bei Rechtsvereinheitlichung zu Problemen führen kann: *Albers*, ZEuP 2012, 687–704 (698–700).

[138] Art. 1142 Code civil 1804: „Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur". – Zur Geschichte siehe *Repgen*, Erfüllungszwang, und dazu *Schermaier* ZRG RA 115 (1998) 640–647.

venz des Schuldners oder wegen der Unschätzbarkeit des Gegenstandes vielleicht ganz illusorisch ist. Berücksichtigt ist nur daß ein Zwang gegen den Schuldner nicht stattfinden soll, wenn dasselbe Ziel auf anderem Wege zu erreichen bleibt; daß der Zwang gegen die Person des Schuldners nicht anwendbar ist, wenn die auszuführende Handlung noch mehr vorraussetzt, als den Willen des Schuldners; und daß endlich ein sicherer Erfolg des Zwanges nicht erwartet, der Zwang selbst daher nicht ohne Schranken angewandt werden darf".[139]

Die Staatsmacht erbietet sich dem Gläubiger bei unvertretbaren Handlungen und Unterlassungen, den Willen des Schuldners zu beugen und das geschuldete Verhalten tatsächlich zu erzwingen.

Damit entspricht gerade die Vollstreckung unvertretbarer Handlungen dem neuen Prinzip, wie *Matthias Weller* herausgearbeitet hat. Die Regelung hätte es daher verdient, so *Weller*, dem „äußeren System" des Zwangsvollstreckungsrechts als Grundsatz voranzustehen: „Jede Vollstreckung außerhalb des § 888 ZPO ist danach nichts anderes, als die Substitution der eigentlich geschuldeten Handlung durch hoheitliche Maßnahmen, die auf andere Weise das Gläubigerinteresse hinreichend befriedigen. Der Vollstreckungsrechtsgesetzgeber ordnete den Rechtsstoff hingegen entgegen seinem von ihm ganz explizit gemachten inneren System. Die Vollstreckung der geschuldeten Handlungen durch willensbeugenden Zwang erscheint dadurch fälschlicherweise als residuale Kategorie des Vollstreckungsrechts".[140] Die Unterlassungsvollstreckung genügt dem Prinzip schon deswegen nicht, weil das Ordnungsmittel erst verhängt wird, wenn der Schuldner die Pflicht schon verletzt hat.[141]

Bei dieser Form der Vollstreckung stellt sich das Problem kollidierender Forderungen mit besonderer Schärfe: Die Rechtsordnung mag den Schuldner insofern beim Wort nehmen, dass sie ihn – materiellrechtlich und im Erkenntnisverfahren – verschiedenen Gläubigern gegenüber zu unvereinbarem Handeln verbunden sieht, oder dem einen Gläubiger zum Handeln, dem anderen zum Unterlassen, aber der Staat darf ihn zu diesen sich ausschließenden Verhalten nicht zugleich zwingen wollen. Das Problem wird in der Literatur kaum erörtert.[142]

Um die richtigen Regeln dafür zu bestimmen, wie sich bei der auf unvertretbare Handlungen und Unterlassungen gerichteten Vollstreckung der Wettlauf

---

[139] Begründung (Einleitung Fn. 11), 442, in: Hahn II, 466.

[140] *Weller*, Persönliche Leistungen, 220. Dazu aber noch unten bei Fn. 178.

[141] Dazu sogleich Fn. 144.

[142] Ausführlich nur *Neufang*, Erfüllungszwang, 386–390, insb. 389 f. (Zitat unten bei Fn. 183). – Mehr Beachtung hat das Problem der Kollision einstweiliger Verfügungen gefunden (dazu unten IV.3). Zum einstweiligen Verbot der Überlassung bei Doppelvermietung (unten bei Fn. 270 und Fn. 286) siehe *Streyl*, NZM 2008, 878–879 (878 f.): „sinnloses Bestrafen, an dessen Ende es wieder der Vermieter ist, der nach seinem Gusto auswählt, gegenüber wem er erfüllt"; *Kohler* ZZP 123 (2010) 439–472 (445): „unlösbar konfligierende Verhaltensgebote". Mitunter wird das Kollisionsproblem dabei zu Unrecht als ein Spezifikum des einstweiligen Rechtsschutzes präsentiert (wohl auch bei *Weller*, Persönliche Leistungen, 660–667, 667).

der Gläubiger entscheidet, muss man sich zunächst im Allgemeinen vor Augen führen, welche Bedeutung es im Rahmen der §§ 888, 890 ZPO hat, wenn dem geschuldeten Verhalten – untechnisch gesprochen – ein Hindernis entgegensteht. Denn um ein solches handelt es sich bei der Forderung des anderen Gläubigers.

a) Zur Entwicklung der §§ 888, 890 ZPO

Der Wortlaut der Normen stammt im Kern noch aus 1877. Nach § 774 CPO war der Schuldner zu einer unvertretbaren Handlung durch „Geldstrafen" oder „Haft" „anzuhalten". Bei einer Pflicht zur Unterlassung oder Duldung stellte § 775 CPO hingegen auf einzelne Zuwiderhandlungen ab, für die der Schuldner „zu einer Geldstrafe" oder „zur Strafe der Haft" verurteilt werden müsse.

Aus der Entwurfsbegründung geht hervor, dass die Verfasser sich Handlungspflichten als einmal und zu beliebiger Zeit erfüllbar vorstellten, Unterlassungspflichten hingegen als andauernd. Daher konzipierten sie die Handlungsvollstreckung als in die Zukunft gerichteten Zwang und „überhaupt nicht Strafe", die Unterlassungsvollstreckung hingegen als Sanktion („Repression") für in der Vergangenheit liegende Zuwiderhandlungen.[143]

Es heißt in der Entwurfsbegründung: „Die Strafen haben jedoch für die beiden Hauptfälle, Handlungen und Unterlassungen, nach deren Natur eine sehr verschiedene Bedeutung. Die Verpflichtung, eine Handlung zu unterlassen, ist eine fortdauernde, und der Zwang kann nur als Repression durch Ausführung der angedrohten Strafe in jedem Falle des Zuwiderhandelns wirken; die Strafe kann daher in jedem einzelnen Falle das überhaupt zulässige Maß erreiche, sowie in jedem einzelnen Fall eine Interesseforderung begründet ist. Die Weigerung einer vorzunehmenden Handlung kann überhaupt nur einmal durch Zwang überwunden werden, so daß dieser in seiner Gesammtheit das zulässige Maß nicht übersteigen darf. Die Haft ist in diesem Fall überhaupt nicht Strafe, sondern direktes Zwangsmittel, steht als solches neben der Androhung und Festsetzung von Geldstrafen zur Wahl und wird, einmal angeordnet, ohne Weiteres bis zu der zulässigen Dauer fortgesetzt".[144]

In den Beratungen der Reichstagskommission hingegen wurde zwischen Handlungs- und Unterlassungsvollstreckung nicht unterschieden. Während einige Mitglieder beide Vorschriften zum Strafgesetzbuch in Bezug setzten,[145] betonten andere, hier seien „keine Strafen im kriminellen Sinne, sondern Zwangsmittel" angeordnet.[146]

---

[143] Diese Gegenüberstellung von nachholbaren Leistungen und kontinuierlichen Pflichten hat vor allem *Böhm*, Zwangsvollstreckung, 47–56, aufgegriffen und vorgeschlagen, den Mechanismus des § 890 ZPO auch zur Erzwingung von kontinuierlichen Handlungspflichten einzusetzen.

[144] Begründung (Einleitung Fn. 11), 444, in: Hahn II, 467.

[145] So in der 33. Sitzung Eysoldt, Struckmann und Bähr, in: Hahn II, 860–863.

[146] Siehe die Wortbeiträge von Schwarze und von Arnsberg, in: Hahn II, 860–863 (862).

Bei der Novellierung zur Anpassung an das BGB erhielten die Paragraphen ihre heutige Zählung; außerdem wurde die Vollstreckung bei Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens und zur Dienstleistung aufgrund eines Dienstvertrages ausgeschlossen (§ 888 Abs. 2 ZPO).[147] Übrigens bestand zu dieser Zeit im Gesinderecht der polizeiliche Zwang zur Rückkehr in das Dienstverhältnis noch fort.[148]

Im Rahmen der großen Strafrechtsreform ordnete der Gesetzgeber 1974 an, dass „Rechtsnachteile, die nicht bei Straftaten angedroht werden, nicht als Freiheitsstrafe, Haftstrafe, Ordnungsstrafe oder Geldstrafe bezeichnet werden" dürfen.[149] Nunmehr wird zu unvertretbaren Handlungen durch „Zwangsgeld" oder „Zwangshaft" angehalten. Wegen Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten wird der Schuldner zu „Ordnungsgeld" oder „Ordnungshaft" verurteilt. Es ging dabei um eine „Bereinigung des Sprachgebrauchs"; eine sachliche Änderung war nicht beabsichtigt.[150]

b) Erzwingung unvertretbarer Handlungen

Zwangsgeld und Zwangshaft stehen als Mittel zur Erzwingung unvertretbarer Handlungen nach § 888 ZPO nur zur Verfügung, wenn diese Handlungen ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängen. Die Begründung des Entwurfs weist darauf hin, dass die Maßnahmen andernfalls das gewünschte Ergebnis nicht erzwingen können. Sie seien daher aus demselben Grund unzulässig, aus dem auch die Schuldhaft als Mittel zur Durchsetzung von Geldforderungen abgeschafft worden sei.[151] Einem nackten Mann kann man nicht in die Tasche greifen.

Die Motive äußerten sogar, die Handlung hinge bereits dann nicht allein vom Willen des Schuldners ab, wenn der Schuldner überhaupt Geld aufwenden müsse, um sie vorzunehmen: „Sind Geldmittel erforderlich, so ist die Herbeischaffung derselben, wenn sie der Gläubiger nicht vorschießt, Gegenstand der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen".[152] Diese Auffassung hat sich nicht gehalten.[153] Das Kammergericht bemerkte bereits 1912 zutreffend: „Wenn aber der Schuldner die erforderlichen Geldmittel hat, so hängt doch auch ihre Aufwendung ausschließlich von seinem Willen ab und damit die ganze, auch diese Geldaufwendung mit umfassende Handlung. Es ist nicht

[147] Siehe für die Ehe die Begründung der Novelle, 185, in: Hahn VIII, 167 f., für den Dienstvertrag den Bericht der VI. Kommission des Reichstags, 218, in: Hahn VIII, 427.

[148] Dazu im zweiten Kapitel bei Fn. 193.

[149] Art. 5 des Gesetzes vom 2.3.1974, BGBl. I S. 469. Durch Art. 98 Nr. 15 EGStGB (a.a.O. S. 561) wurde § 890 ZPO geändert.

[150] BT-Drs. 7/550, S. 195 f. und 203. Dazu noch unten bei Fn 174.

[151] Begründung (Einleitung Fn. 11), 443, in: Hahn II, 466 (zu § 720 des Entwurfs). Die Begründung verweist auf das Gesetz über die Aufhebung der Schuldhaft vom 29.5.1868, Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes S. 237.

[152] Begründung (Einleitung Fn. 11), 443, in: Hahn II, 466. In diesem Sinne beiläufig auch RG, Beschluss vom 2.9.1884, III 131/84, RGZ 13, 339 (341).

[153] Zum Problem vor allem *Peters* in: GS Bruns (1980) 285–295.

abzusehen, weshalb diese Geldaufwendung anders zu beurteilen sein sollte, wie andere im Rahmen der geschuldeten Handlung liegende Anstrengungen und Leistungen des Schuldners".[154]

An diesem Kriterium – dass die Handlung nur vom Willen des Schuldners abhängen darf – wird seit jeher festgemacht, dass diese Zwangsmittel nicht eingesetzt werden, wenn der Schuldner nicht leisten kann.[155] Das gilt auch dann, wenn seine Unfähigkeit daher rührt, dass er nicht genug Geld hat.

Hierin liegt der richtige Kern der Äußerung der Motive. Wer sich das nötige Geld nicht beschaffen kann, kann auch nicht dazu gezwungen werden. Nach der Rechtsprechung findet kein Zwang statt, „wenn es neben dem Willen des Schuldners noch der Aufwendung von Geldmitteln bedarf, es sei denn, daß der Gläubiger sie vorschießt oder der Schuldner sie beweislich besitzt".[156] Richtigerweise dürfte aber die Darlegungs- und Beweislast für den „Ausnahmetatbestand", dass er „den geschuldeten Erfolg nicht bewerkstelligen kann", beim Schuldner liegen.[157]

Es soll wohl dasselbe Phänomen beschrieben werden, wenn mitunter formuliert wird, dass das Gericht auch im Verfahren über die Verhängung des Zwangsmittels den materiellrechtlichen Einwand der Unmöglichkeit prüfen müsse (ebenso wie den Einwand der Erfüllung).[158] Doch hier geht es nicht um die Unmöglichkeit des Privatrechts, die ein wertender Begriff ist und mit Erzwingbarkeit nicht gleichgesetzt werden darf. Bis zur Schuldrechtsreform von 2001 sprach das Gesetz aus, dass Unmöglichkeit den Schuldner nur befreit, wenn er sie nicht zu vertreten hat.[159] Die Schuldrechtsreform tendiert zwar naiv zu einem naturalistischen Unmöglichkeitsbegriff: Was naturgesetzlich irgend möglich ist, soll möglich und geschuldet bleiben,[160] was tatsächlich nicht

[154] KG, Beschluss vom 23.9.1912, XIV ZS, OLGRspr 25, 209.

[155] In jüngerer Zeit etwa BGH, Beschluss vom 23.9.2021, I ZB 20/21, NJW 2022, 292 Rn. 58: Ein Zwangsgeld darf gegen eine prozessunfähige natürliche Person nur deswegen festgesetzt werden, weil ein Bevollmächtigter die geschuldete Auskunft geben kann.

[156] Zitat von OLG Hamm, Beschluss vom 29.5.1957, 15 W 232/57, DGVZ 1958, 45 (46). Der Sache nach so schon das KG a.a.O. (Fn. 154); ebenso OLG München, Beschluss vom 30.5.1968, 8 W 918/68, NJW 1969, 436; KG, Beschluss vom 30.6.1972, 1 W 1386/71, NJW 1972, 2093 (2094).

[157] *Peters* in: GS Bruns (1980) 285–295 (294); ebenso *Gruber* in: MünchKommZPO (6. Aufl. 2020) § 888 Rn. 13 mit Überblick über die uneinheitliche Rechtsprechung.

[158] So etwa BAG, Beschluss vom 5.2.2020, 10 AZB 31/19, NZA 2020, 542 Rn. 17: Ein Arbeitgeber darf nicht zur unveränderten Wiederbeschäftigung gezwungen werden, wenn der Arbeitsplatz wegen Umstrukturierung weggefallen ist.

[159] § 275 Abs. 1 BGB 1900 lautete: „Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird". Zum Fortwirken der römischen Figur der *perpetuatio obligationis* im deutschen Recht auch über die Schuldrechtsreform hinaus siehe *Albers*, Perpetuatio, 1–6.

[160] Zur Kritik des Umgangs der Schuldrechtsreform mit dem Problem nachträglicher Leistungshindernisse siehe die Nachweise im vierten Kapitel bei Fn. 302.

geschehen kann, soll als unmöglich nie geschuldet werden. Gerade weil sie das zusätzliche Kriterium des Vertretenmüssens eliminierte, konnte sie aber die Möglichkeit nicht auf das tatsächliche Vermögen des Schuldners begrenzen: Was bei theoretisch denkbarem Aufwand möglich wäre, soll nach der geschuldet bleiben, jedenfalls darf im Ergebnis der Schuldner sich nicht wegen eines Mangels an Mitteln auf § 275 Abs. 1 BGB berufen können („Geld hat man zu haben"). Dass der Staat den Schuldner als seinen Bürger nur zu etwas zu zwingen versuchen darf, was diesem wirklich möglich ist, stellt demgegenüber ein eigenständiges Gebot des Verfahrensrechts dar.

Sofern die Handlung gegenwärtig möglich ist, will die herrschende Meinung für den Einsatz des Zwangsmittels nicht prüfen, ob der Schuldner sie bislang schuldhaft unterließ. Die Gegenauffassung weist darauf hin, das festgesetzte Zwangsmittel dürfe zum Beispiel nicht verhängt werden, wenn der Schuldner durch Krankheit an der Handlung gehindert gewesen sei. Dann fehle nämlich das Verschulden.[161] Das überzeugt. Hier geht es nicht – wie bei der Abhängigkeit nur vom Willen – darum, ob ein Zwangsmittel für die Zukunft überhaupt noch Beugewirkung entfalten kann. Zu diesem Zweck erscheint sein Einsatz nicht gerechtfertigt, nämlich erforderlich und verhältnismäßig, wenn der Schuldner in der Vergangenheit nicht den besonderen Anlass gegeben hat, dass er die geschuldete Handlung trotz Festsetzung weiterhin schuldhaft nicht vornahm.

Den Maßstab für Verschulden kann just die Möglichkeit des geschuldeten Verhaltens bilden: wenn man nämlich dem Schuldner ansinnt, die Handlung nur unterlassen zu haben, falls er nicht handeln konnte. Etwa konstatiert *Oliver Remien*, dass dem Schuldner immer Verschulden vorzuwerfen sei, wenn er die Anordnung nicht befolgt habe, obwohl es ihm möglich gewesen sei: „denn ihn trifft natürlich die Pflicht, der gerichtlichen Entscheidung nachzukommen".[162] Die streitige Frage ist dann bloß, ob es für die Verhängung von Zwangsmitteln allein darauf ankommt, dass die Handlung noch in Zukunft (im vollstreckungsrechtlichen Sinne) möglich ist, oder auch darauf, dass sie seit der Festsetzung (im vollstreckungsrechtlichen Sinne) möglich war.

Wie es bei der alleinigen Abhängigkeit der Handlung vom Willen um einen vollstreckungsrechtlichen Möglichkeitsbegriff geht, so steht hier ein spezifischer Verschuldensmaßstab in Rede: Es geht nicht darum, welche Sorgfalt der Gläubiger von seinem Schuldner erwarten darf, sondern darum, ob der Schuldner es wegen Ungehorsams verdient, dass der Staat im Interesse des Gläubigers die festgesetzten Zwangsmittel zur Beugung seines Willens tatsächlich anwendet.

[161] *Blomeyer* in: FS Heinitz (1972) 683–704 (696); zustimmend *Remien*, Zwangsgeld, 259.
[162] *Remien*, Zwangsgeld, 258–262 („wenn man von Irrtumsfragen einmal absieht").

Arwed Blomeyer legte den strafrechtlichen Verschuldensbegriff an,[163] der nach herrschender Meinung gerade bei Verstoß gegen ein Unterlassungsgebot die Verhängung von Ordnungsmitteln rechtfertigt.[164] Jedenfalls der objektive Maßstab des Zivilrechts schießt über den Beugezweck hinaus: Wirklich verhalten kann sich jeder nur nach seinen eigenen Fähigkeiten, auch wenn er beispielsweise bei der Rechnungslegung die Sorgfalt eines ordentlichen Buchhalters schuldet. Auch ein schuldhaftes Vorverhalten (*versari in re illicita*),[165] das dem Schuldner später den Gehorsam unmöglich gemacht hat, genügt nicht, um den Vorwurf des Ungehorsams zu begründen.

Außer den spezifisch vollstreckungsrechtlichen Grenzen des Zwanges – dass die Handlung nicht (mehr) allein vom Schuldnerwillen abhängt und er dem Handlungsgebot bislang schuldhaft nicht gehorchte – bleiben die materiellrechtlichen Grenzen der Schuld zu beachten: Wenn der Schuldner die Handlung vorübergehend nicht mehr schuldete oder dauerhaft nicht mehr schuldet, weil sich der Aufwand in für ihn nicht zu vertretender Weise erhöht hat, darf gegen ihn kein Zwangsmittel ergehen.[166] Über die Zwangsmittel des § 888 ZPO entscheidet das Prozessgericht des ersten Rechtszugs. Zweckmäßigerweise kann es die materiellrechtlichen Fragen mitentscheiden. Schließlich wäre auch für die eigentlich einschlägige Vollstreckungsgegenklage kein anderes Gericht berufen.

Sofern der Schuldner nicht mehr wie geschuldet handeln kann – etwa weil die richtige Zeit verstrichen oder ein erforderliches Dokument verbrannt ist –, droht ihm kein Zwangsmittel mehr, selbst wenn er die Gelegenheit zur Handlung schuldhaft versäumte oder vereitelte. Denn jetzt kann sein Wille nicht mehr gebeugt werden, um den Gläubiger zu befriedigen. Daher sind vollstreckbare Handlungen, die nur zu einem bestimmten Termin erbracht werden können (absolute Fixschulden), praktisch unvollstreckbar: Der Ungehorsam des Schuldners stellt sich hier erst zu einem Zeitpunkt heraus, zu dem die Verhängung eines Zwangsmittels keinen Zweck mehr hätte.

Theoretische Probleme bereiten Verpflichtungen zu andauernden Handlungen. Nach Auffassung von *Arwed Blomeyer* erweisen sie sich als undurchsetzbar: „Beim ersten Verstoß gegen die Handlungspflicht ist es für eine Bestrafung zu spät, und wegen der nächsten Handlung kann noch keine Strafe festgesetzt werden, schon weil die Pflicht noch nicht fällig ist".[167] Hingegen will *Wolfgang Böhm* wegen der vergangenen Zuwi-

[163] *Blomeyer* in: FS Heinitz (1972) 683–704 (693, 695 f.): „auch die ‚Haft' nach § 888 hat ein ‚strafrechtliches Element'" (696).

[164] Dazu sogleich bei Fn. 169.

[165] Dazu zivilrechtlich *Altmeppen*, in: FS Knütel (2009) 13–34; *Schmitz*, Versari; strafrechtlich *Joerden*, in: FS Stoecker (2021) 337–352.

[166] Diesen materiellrechtlichen Aspekt vermengt auch *Peters* in: GS Bruns (1980) 285–295 (293 f.) mit dem verfahrensrechtlichen.

[167] *Blomeyer*, in: FS Heinitz (1972) 683–704 (689).

derhandlung entsprechend § 890 ZPO ein Ordnungsmittel verhängen.[168] Die Praxis macht sich solche Gedanken schwerlich. Auch wenn die versäumte Handlung nicht mehr nachgeholt werden kann, wird man bei andauernden Pflichten die festgesetzten Zwangsmittel verhängen, um den Schuldner für die Zukunft zur Befolgung zu bewegen.

c) Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen

Beim Verstoß gegen Unterlassungstitel ergehen Ordnungsgeld oder Ordnungshaft nach § 890 ZPO. Anders als die Zwangsmittel des § 888 ZPO haben diese Ordnungsmittel nach herrschender Meinung einen Doppelcharakter: Sie sollen den Willen des Schuldners beugen, aber zugleich Sühne für das begangene Unrecht sein, als das der Verstoß gegen die Unterlassungspflicht aufgefasst wird. Aus dem Sühnecharakter folgert man, dass die Ordnungsmittel nur bei einem verschuldeten Verstoß verhängt werden dürfen.

Das Reichsgericht beschloss 1896: „Die Entscheidung […] erscheint in solchem Falle nicht als eine einfache civilprozessuale Vollstreckungsmaßregel, sondern als die Verurteilung zu einer wirklichen Strafe als einer Sühne für ein begangenes Unrecht". Das Gericht wies darauf hin, dass die Norm anders als die über die Vollstreckung unvertretbarer Handlungen formuliert war („Zuwiderhandlung", „Strafe der Haft" statt bloß „Haft")[169]. „Aus dieser Natur des in Frage stehenden Verfahrens muß die Folgerung abgeleitet werden, daß auf dasselbe, wenigstens bis zu einem gewissen Grade, die Grundsätze des Strafrechts anzuwenden seien. Inwieweit dies im einzelnen der Fall ist, braucht hier nicht erörtert zu werden; jedenfalls erscheint es geboten, die Regel anzuwenden, daß von einer Strafe da nicht die Rede sein kann, wo ein objektiv rechtsverletztender Vorgang niemandem zur subjektiven Verschuldung angerechnet werden kann".[170]

Das Verschuldenserfordernis gilt unter dem Grundgesetz als verfassungsrechtlich geboten *(nulla poena sine culpa)*.[171] Diese Auffassung entstand noch zum ursprünglichen Gesetzeswortlaut, der von Strafen sprach. Nach der großen Strafrechtsreform hielt das Bundesverfassungsgericht daran fest,[172] weil die Norm ausweislich der Begründung nicht inhaltlich geändert werden sollte.[173]

Man konnte die Reform insofern als Bestätigung der herrschenden Auffassung lesen, als sie die Ordnungsmittel den Zwangsmitteln gegenüberstellte und so einen Unter-

[168] *Böhm*, Zwangsvollstreckung, 52–64. Er grenzt zwischen § 888 und § 890 ZPO danach ab, ob ein einmaliges oder ein dauerndes Verhalten geschuldet wird (vgl. die Auffassung der Verfasser oben bei Fn. 144).

[169] Vgl. oben bei Fn. 143.

[170] So die herrschende Meinung seit RG, Beschluss vom 23.1.1896, VI 1/96, RGZ 36, 417 (418); siehe nur *Gruber* in: MünchKommZPO (6. Aufl. 2020) § 890 Rn. 21.

[171] BVerfG, Beschluss vom 25.10.1966, 2 BvR 506/63, BVerfGE 20, 323.

[172] BVerfG, Beschluss vom 14.7.1981, 1 BvR 575/80, BVerfGE 58, 159 (162 f.). Dabei ist es geblieben: BVerfG, Beschluss vom 9.5.2017, 2 BvR 335/17, NJW-RR 2017, 957.

[173] Siehe oben bei Fn. 150.

schied zwischen repressiven Maßnahmen und Beugemaßnahmen andeutete. Doch ist *Wilhelm Pastor* zuzugeben, dass der Reformgesetzgeber offenbar annahm, die Ordnungsmittel seien schon zuvor keine Strafen gewesen. Schließlich sollte die Reform alle Strafen außerhalb des Strafgesetzbuches als solche identifizieren.[174] Doch vielleicht qualifzierte der Reformgesetzgeber verfassungsrechtlich falsch und verschuldete so, dass man sich nun mit Attributen wie einem „strafrechtsähnlichen Charakter" behilft.

Die Charakterisierung als Sühne beschert den Ordnungsmaßnahmen einerseits das Erfordernis des Verschuldens, andererseits eine gewisse Unabhängigkeit vom Vollstreckungsziel: Sie werden verhängt, auch wenn der Schuldner unumkehrbar gehandelt hat, sein Wille also nicht mehr zum Unterlassen hin gebeugt werden kann.[175] Dies entspricht der Intention der Verfasser der CPO, die die damaligen „Strafen" als Reaktionen auf Verstöße gegen andauernde Unterlassungspflichten konzipiert hatten;[176] also als Reaktionen auf schon wegen Zeitablaufs irreversible Verfehlungen.

d) Folgerungen für den Wettlauf

Auch wenn die Zivilprozessordnung sich das Ziel auf die Fahnen schreibt, Vollstreckungsschuldner zur „wirklichen Erfüllung" ihrer Verbindlichkeiten zu zwingen:[177] Die beschriebenen Einschränkungen schwächen die auf ein Schuldnerverhalten gerichteten Behelfe so stark, dass man den willensbeugenden Zwang jedenfalls als Grundsatz der Vollstreckungspraxis nicht ansehen kann.[178] Das beeinträchtigt Gläubiger, wenn sie dem Schuldner allein gegenüberstehen. Wo eine Vollstreckung nicht in Betracht kommt, ist aber auch der Wettlauf um die Naturalleistung durch Vollstreckung nicht zu gewinnen.

Dienstgeber können die Verurteilung zur Leistung nicht nutzen, um einen Dienstnehmer zum Dienst für sich zu zwingen (§ 888 Abs. 3 ZPO);[179] sie können ihn dadurch auch am Dienst für den Gegner nicht hindern. Mehrere Gläubiger, die für denselben Zeitpunkt Ansprüche auf unvertretbare Leistungen des Schuldners haben, können ebenfalls nur abwarten, ob einer von ihnen in Natur befriedigt werden wird, oder keiner. In diesen Fällen bleibt es dem Schuldner überlassen, ob und wem er erfüllt. Dass die Gläubiger seiner Willkür ausgeliefert sind, ist dabei kein Problem der Forderungskollision. Der Schuldner hat in diesen Fällen auch gegenüber einem einzelnen Gläubiger faktisch die Wahl, ob er erfüllt oder sich dessen Schadenersatzverlangen aussetzt.

---

[174] *Pastor*, WRP 1981, 299–304.

[175] BayObLG, Beschluss vom 9.3.1995, 2Z BR 10/95, BayObLGZ 1995, 114; BGH, Beschluss vom 10.5.2017, XII ZB 62/17, NZFam 2017, 612 (Rn. 13); anders aber OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.5.1987, 2 W 4/87, NJW-RR 1988, 510 (im Anschluss an *Pastor*; siehe die vorige Fn.).

[176] Siehe oben bei Fn. 144.

[177] Zitat oben bei Fn. 139.

[178] Dies zu *Weller*, siehe oben bei Fn. 140.

[179] Zur Unvollstreckbarkeit von Ansprüchen auf Dienste aus einem Dienstvertrag oben bei Fn. 147.

Sind mehrere Handlungen, die konkurrierenden Gläubigern geschuldet werden, an sich nachholbar und daher erzwingbar, doch macht jede dieser Handlungen die anderen unmöglich, so läuft die Vollstreckung auf eine freie Entscheidung des Schuldners zwischen den geschuldeten Handlungen hinaus. Denn die unmöglich gewordenen werden nicht mehr erzwungen, selbst wenn der Schuldner sie sich schuldhaft unmöglich gemacht hat.

Die Unterlassungsvollstreckung ist im Vorteil, weil Ordnungsmittel auch verhängt werden, wenn der Vollstreckungszweck nicht mehr erreicht werden kann.[180] Vollstreckt ein Gläubiger auf eine Handlung, die nur zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgenommen werden kann, ein anderer Gläubiger auf deren Unterlassen, so ist der Schuldner folglich gut beraten, wenn er unterlässt: Dann hat er nichts zu befürchten. Handelt er, so riskiert er das Ordnungsmittel.

Richtigerweise wird man das Verschulden, das für die Verhängung des Ordnungsmittels vorliegen muss, nicht deswegen verneinen, weil der Schuldner den Handlungstitel befolgte. Für den Fall einer einstweiligen Unterlassungsverfügung sieht das OLG Frankfurt dies anders, demzufolge Verschulden fehlt „im Fall einer Handlung, die in Erfüllung einer vollstreckbar titulierten Forderung erfolgt".[181] Jedenfalls in dieser Allgemeinheit überzeugt das nicht, insbesondere nicht in der gerade geschilderten Konstellation, dass die Handlung nur zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgenommen werden kann: Der Handlungsgläubiger kann den Schuldner nicht zum Gehorsam zwingen, weil ein Zwangsmittel nicht nachträglich angewendet wird. Wieso soll seine Forderung dann die Position des Unterlassungsgläubigers schwächen? Das Ordnungsmittel, das als Anreiz zur Befolgung der Unterlassungspflicht konzipiert ist, käme damit zugleich dem konkurrierenden Handlungsgläubiger zugute, weil der Schuldner es auch durch Befolgung der Handlungspflicht vermeiden könnte. Beim OLG Frankfurt ging es allerdings um eine nachholbare Handlung; dazu sogleich.

Über das Verschulden im Sinne von § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB ist mit alledem ohnehin nichts gesagt: Dieses Verschulden entfällt gewiss nicht, wenn die Nichterfüllung dadurch verursacht ist, dass der Schuldner einen konkurrierenden Titel erfüllt.

Trotz aller Einschränkungen der Erzwingung von Handlungen und Unterlassungen kann man sich Situationen vorstellen, in denen es den Anschein hat, dass der Schuldner den Zwangs- und Ordnungsmaßnahmen nicht entkommen kann, mit denen ihm seine konkurrierenden Gläubiger drohen. Dazu gehören erstens die Fälle, in denen der Schuldner die Handlung zu einem beliebigen Zeitpunkt, aber nur einmal vornehmen soll, jedoch für den andern Gläubiger vorübergehend oder dauerhaft unterlassen. Der Vorteil scheint dann auf der Seite der Handlungsvollstreckung zu liegen, denn die Zwangsmittel können

[180] Dazu oben bei Fn. 175; auch zu den Gegenstimmen.

[181] OLG Frankfurt NJW-RR 2022, 1169 (1174), Rz. 45. Deswegen gewährt das Gericht bei Doppelvermietung einstweiligen Rechtsschutz in Form von Unterlassungsverfügungen; dazu unten Fn. 270.

bis zum Gehorsam wiederholt und gesteigert werden, das Ordnungsmittel droht nur einmal. Zweitens gehören dazu Kollisionen von mehreren Handlungs- oder von Handlungs- mit Unterlassungspflichten, die alle kontinuierliches Verhalten fordern. Hier droht der Schuldner zwischen stetig gesteigerten oder immerhin wiederholten Maßnahmen förmlich zerrieben zu werden.

Vor wenigen Jahren ging ein Fall durch die Instanzen, in dem eine Auskunfts- mit einer Schweigepflicht kollidierte.[182] Obgleich der Gesellschaftsvertrag sie zum Schweigen verpflichtete, schuldeten einzelne Gesellschafter Auskunft an eine unterbeteiligte Stiftung. Die Mitgesellschafter erwirkten einen Schiedsspruch, der die Weitergabe näher bezeichneter Informationen untersagte. Die Stiftung klagte gerichtlich auf Auskunft und Rechnungslegung und hatte erstinstanzlich Erfolg. Die Berufung wies das Oberlandesgericht Köln am selben Tag ab, an dem derselbe Senat den Schiedsspruch für vollstreckbar erklärte. Er war der Auffassung, dass die Gesellschafter informieren konnten, ohne gegen den Schiedsspruch zu verstoßen. Die Rechtsbeschwerde, mit der sie weiter gegen die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs vorgingen, wies der Bundesgerichtshof zurück: Es könne dahinstehen, ob es gegen den *ordre public* verstieße, einen Schiedsspruch zu vollstrecken, der eine unmögliche Leistung tituliere. Denn bei miteinander unvereinbaren Verträgen träte in dem einen Unmöglichkeit erst dann ein, wenn der andere erfüllt sei. Jedenfalls zur Zeit der Vollstreckbarerklärung sei das Unterlassen im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB noch möglich gewesen, weil die Gesellschafter noch keine Auskunft erteilt hatten.

Die isolierte Betrachtung der Forderungen wird in diesen Fällen ein Ende haben müssen. Nun könnte man dem Schuldner die Wahl lassen, welcher Verpflichtung er nachkommt. Doch dann machte die Kollision aus einer vollstreckbaren Forderung eine unvollstreckbare; die Position des Gläubigers würde gegenüber dem Schuldner geschwächt. Die Gläubiger sollen ihre Rechte aber gerade im Wettlauf miteinander gegen den Schuldner durchsetzen. Richtiger erscheint, irgendein Vorrangkriterium zu definieren; einen Moment, in dem sich der Wettlauf entscheidet. Diese Option hat *Paul Neufang* entwickelt:

„Damit der Erfüllungszwang nicht den Charakter einer bloßen Bestrafung für die Eingehung miteinander kollidierender Verträge annimmt, wird man den Schuldner letztlich aus diesem Dilemma befreien müssen, etwa indem man die Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht als nicht verschuldet ansieht, wenn sie unter dem Druck des § 888 ZPO erfolgte[,] oder indem man man gerade umgekehrt die Vornahme einer unvertretbaren Handlung, durch die der Schuldner sich den Sanktionen des § 890 ZPO aussetzen würde, als nicht ausschließlich von seinem Willen abhängig (§ 888 I ZPO) betrachtet. Zugunsten und zu Lasten welcher Pflicht ist aber so zu argumentieren? Will

[182] Auskunftsanspruch: LG Köln, Urteil vom 4.2.2015, 23 O 247/14, BeckRS 2015, 126082; OLG Köln, Urteil vom 30.12.2015, 19 U 96/15, BeckRS 2015, 126104. Vollstreckbarerklärung des untersagenden Schiedsspruchs: OLG Köln, Beschluss vom 30.12.2015, 19 Sch 27/14, BeckRS 2015, 123288; BGH, Beschluss vom 6.7.2017, I ZB 11/16, NZG 2018, 317.

man hier am Gedanken rein faktischer Prävention festhalten, so kommt man doch nicht umhin, einen für die Prävention maßgeblichen Zeitpunkt in irgendeiner Weise normativ zu bestimmen (Rechtskraft der Verurteilung, Androhung der Zwangsmaßnahme, Antrag des Gläubiger auf Erlaß einer Zwangsmaßnahme usw.), da er sich anders als bei Pflichten, die auf Verschaffung eines bestimmten Gegenstandes gerichtet sind, nicht automatisch aus der Natur der Sache (Eintritt der Unmöglichkeit) ergibt. Die damit aufgeworfenen Fragen scheinen in Literatur und Rechtsprechung bisher kaum Beachtung gefunden zu haben".[183]

Die konkurrierenden Forderungen müssen hier nicht aus materiellrechtlichen Erwägungen koordiniert werden, um die Interessen der Gläubiger gleichmäßig zu befriedigen, sondern aus vollstreckungsrechtlichen Erwägungen, um einen Sieg im Wettlauf überhaupt zu ermöglichen und den Schuldner vor sinnlosen Vollstreckungsmaßnahmen zu schützen. Es geht um Wettlauf, nicht um gleichmäßige Verteilung. Das sei besonders betont, weil unter bestimmten Umständen – nämlich bei vom Schuldner nicht zu vertretender Kollision – auch ein materiellrechtlicher Ausgleich unter den Gläubigern von Verhaltenspflichten vorkommt.[184] Als dogmatischen Anknüpfungspunkt für die hier zu erörternde, die vollstreckungsrechtliche Koordination identifiziert *Neufang*, dass man die zu erzwingende Handlung als nicht allein vom Schuldnerwillen abhängig und einen Verstoß gegen eine Unterlassungspflicht als nicht zu verschulden ansehen kann.

Wieweit muss nun ein Verhaltensgläubiger gekommen sein, damit man ihn als Sieger des Wettlaufs ansieht und seinem Gegner die Vollstreckung verweigert? Die Antwort wird sich daran orientieren müssen, wie der Wettlauf bei andersartigen Forderungen entschieden wird. Überall läuft die Ziellinie in der Vollstreckung: Keine Rolle spielen die Begründung der Forderung, Klageerhebung, Titel, Rechtskraft. Der Gläubiger gewinnt gegen seinen Konkurrenten, indem er den Schuldner zwingt, nicht zuvor. Mangels anderer Anknüpfungspunkte bietet sich also an, auf den Beginn der Vollstreckung abzustellen. Abgesehen sei an dieser Stelle noch davon, dass der Vollzug einstweiligen Rechtsschutzes bereits dieselbe, sogar weitergehende Zwangswirkung haben kann.[185] Bei der Handlungsvollstreckung sollte man die Festsetzung des Zwangsmittels als Marke ansehen, bei der Unterlassensvollstreckung die Androhung des Ordnungsmittels.[186] Falls bei der Handlungsvollstreckung ausnahmsweise angedroht wird, sollte man auf diesen Zeitpunkt abstellen.

---

[183] *Neufang*, Erfüllungszwang, 389 f.

[184] Dazu im vierten Kapitel bei Fn. 344. – In meinem Beitrag über völkerrechtliche Regimekollisionen (in: Imperium, 265–319) habe ich diese beiden Aspekte noch vermengt, weil ich an nicht zu vertretende Kollisionen nicht gedacht habe.

[185] Zum Wettlauf von Verhaltensgläubigern im einstweiligen Rechtssschutz siehe unten IV.3.

[186] Für einen Vergleich der Verfahren siehe *Remien*, Zwangsgeld, 14–18.

Ist zu Gunsten eines Gläubigers ein Zwangsmittel für eine Handlung festgesetzt – und zwar eines, das tatsächlich vollstreckt werden kann –[187], darf also zu Gunsten eines anderen Gläubigers kein Zwangsmittel mehr angewendet werden, um zu einer Handlung anzuhalten, deren Vornahme die vom schnelleren Gläubiger begehrte Handlung vereiteln würde. Die Handlung, die der langsamere Gläubiger begehrt, hängt jetzt – und erst jetzt – nicht mehr alleine vom Willen des Schuldners ab. Auch darf ab diesem Zeitpunkt kein Ordnungsmittel mehr verhängt werden, weil der Schuldner gehandelt hat, obgleich er einem langsameren Gläubiger Unterlassen schuldete: Er verstieß gegen diese Unterlassungspflicht nicht schuldhaft, weil man von ihm nicht erwarten konnte, die Festsetzung zu ignorieren. Das betrifft natürlich nur den Erfüllungszwang, also das Verschulden im vollstreckungsrechtlichen Sinne; das Verschulden, das für die Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung erforderlich ist, kann – und wird regelmäßig – gleichwohl vorliegen.

Entsprechend verhält es sich, wenn ein Unterlassungsgläubiger der Schnellere ist: Sobald er Ordnungsmittel hat androhen lassen, darf ein langsamerer Gläubiger keine Zwangsmittel mehr gebrauchen, um eine Handlung zu erzwingen, mit der sein Schuldner der Unterlassungspflicht zuwiderhandelte.

Der langsamere Gläubiger wird allerdings ein Zwangsmittel noch festsetzen, ein Ordnungsmittel androhen lassen dürfen – jedoch nur mit dem Vorbehalt, dass der Gehorsam gegenüber dem schnelleren Gläubiger vorgeht. Eine solche Festsetzung oder Androhung kann zweckmäßig sein, um den „Rang" gegenüber anderen, noch langsameren Gläubigern mit ebenfalls kollidierenden Verhaltensforderungen zu wahren.

Wenn man diesen Vorschlag annimmt, kann die Rechtsordnung dem Schuldner angeben, auf die Seite welchen Gläubigers sie sich für die Vollstreckung stellt. Aus dieser Hierarchisierung ergibt sich für den Schuldner eine klare Verhaltensanweisung. Es liegt dann nur an seinem Willen, entsprechend zu handeln (wenn ein Handlungsgläubiger schneller war) – oder es kann ihm als schuldhaft vorgeworfen werden (wenn ein Unterlassungsgläubiger schneller war).[188] Zwangs- oder Ordnungsmittel können daher ergehen, aber nur zugunsten des schnelleren Gläubigers.

Ein besonderes Problem stellt der (zunächst untechnisch) „Widerstreit" zwischen Unterlassensanordnungen dar. Eine Kollision in strengem Sinn ist zwischen Unterlassungen schwer vorstellbar: Wer allerlei zu unterlassen hat, tut einfach nichts.

Mitunter haben aber Unterlassensforderungen den Zweck, Handlungsforderungen abzusichern. Zwar vertrat das Reichsgericht die Auffassung, der Gläubiger könne dem

[187] Also nicht eines für eine Handlung, die nur zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgenommen werden kann, siehe oben bei Fn. 180.

[188] Anders OLG Frankfurt NJW-RR 2022, 1169 (1174, Rn. 45), wonach Verschulden „im Fall einer Handlung, die in Erfüllung einer vollstreckbar titulierten Forderung erfolgt, fehlt". Dazu oben Fn. 181.

Schuldner nicht verbieten, sich die Leistung unmöglich zu machen: Nicht jeder Leistungsanspruch verberge als „Kehrseite" einen solchen Unterlassensanspruch.[189] Doch die Rechtsprechung gewährt Handlungsgläubigern einstweiligen Rechtsschutz in Form von Unterlassensanordnungen[190] (die sich wohl am besten durch einen entsprechenden Anspruch der Gläubiger erklären lassen). Jedenfalls vertraglich können Unterlassungsansprüche zur Absicherung von Handlungsansprüchen begründet werden. Treffen mehrere solcher Unterlassensansprüche aufeinander, die der Absicherung kollidierender Handlungsansprüche dienen, so wird der Schuldner nicht zerrieben – er muss gar nichts tun –, aber die Gläubiger blockieren sich gegenseitig.

Um die Blockade aufzuheben, sollte man auch hier auf das Zuvorkommen abstellen und den Gläubiger mit der früheren Unterlassungsverfügung auch hinsichtlich seiner Handlungsforderung zum Sieger küren. Wer eine geschuldete Handlung vornimmt, nachdem der Gläubiger ihm durch Unterlassungsverfügung verboten hat, sie sich – sei es im Allgemeinen oder auf bestimmte Weise – unmöglich zu machen, gegen den darf kein Zwangs- oder Ordnugnsmittel ergehen, das auf einer Vollstreckungsmaßnahme eines anderen Gläubigers beruht, die der Unterlassungsverfügung nachfolgte.

4. Willenserklärungen

Eine geschuldete Willenserklärung gilt mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben (§ 894 ZPO). Damit steht der Zeitpunkt fest, zu dem sie Wirkungen entfalten kann, die für den Wettlauf mit anderen Gläubigern maßgeblich sind. Handelt es sich zum Beispiel um eine Verfügung, so kann ein anderer Gläubiger noch vereiteln, dass sie ihm gegenüber wirkt, indem er zuvor ein Veräußerungsverbot erwirkt.[191]

IV. Schnellerer Vollzug einstweiligen Rechtsschutzes

Auf den ordentlichen Titel und seine Vollstreckung zu setzten, wäre für konkurrierende Gläubiger aber häufig fatal, weil der Wettlauf schon im einstweiligen Rechtsschutz gewonnen werden kann. Dafür muss die Forderung nicht bewiesen, sondern nur glaubhaft gemacht werden (§§ 920 Abs. 2, 936 ZPO), und das Gericht entscheidet häufig ohne mündliche Verhandlung. Wer so vorgeht, kann also anderen Gläubigern regelmäßig zuvorkommen. Das Verfahren

[189] So die vereinigten Zivilsenate zur Frage nach einem Anspruch des Prinzipals, dass der Angestellte keinem anderen Dienste leiste: RG, Beschluss vom 24.1.1910, I 188/08, RGZ 72, 393. Siehe dazu die Kritik von *Weller*, Persönliche Leistungen, 339–343, 653 f. – Zur Frage, ob die Obligation dem Schuldner verbietet, sich die Leistung unmöglich zu machen, siehe die Positionen von *Wróblewski* und *Wittkowski* im zweiten Kapitel bei Fn. 320 und 350.

[190] Ob auch Anordnungen im einstweiligen Rechtsschutz den Wettlauf von Verhaltensgläubigern entscheiden, wird unten unter IV.3 erörtert.

[191] Dazu unten unter IV.2.b).

des einstweiligen Rechtsschutzes dient hier nicht nur der – geschweige denn einstweiligen – Rechtserkenntnis, vielmehr kreiert sein Abschluss erst den rechtlichen Vorrang, den es schützt.

Je nach Art der Forderung kommen allerdings unterschiedliche Behelfe in Betracht. Deren Voraussetzungen und Wirkungen unterscheiden sich in der Praxis so, dass darin unterschiedliche Wertungen zum Ausdruck kommen. So stellt die Rechtsprechung den Arrest einem Gläubiger nicht zur Verfügung, wenn er nur vorträgt, dass eine Forderungskollision drohe, die er für sich entscheiden möchte; die einstweilige Verfügung, die dem Gläubiger zu jenem Zweck gewährt wird, schützt ihn nur, solange der Schuldner solvent bleibt.

1. Geldforderungen und potenzielle Geldforderungen

Zur Sicherung von Geldforderungen oder dem hinter anderen Forderungen stehenden Interesse an Geldersatz dient der Arrest. Der – nur ausnahmsweise angeordnete – persönliche Arrest (§ 918 ZPO) verschafft dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber anderen Gläubigern keinen Vorsprung. Anders verhält es sich beim dinglichen Arrest (§ 917 ZPO).

a) Vollzug in bewegliches Vermögen

Der dingliche Arrest wird am beweglichen Vermögen durch Pfändung vollzogen, die ein Pfändungspfandrecht begründet (§ 930 ZPO); auch hier geht das ältere dem jüngeren vor. Sofern sie nicht der Anfechtung oder dem Rückschlag unterliegt, gewährt diese Sicherheit auch in der Insolvenz den Vorzug vor anderen Gläubigern. Über dieses Arrestpfand, das die CPO neu im deutschen Recht eingeführt hatte, war bei deren Redaktion noch heftiger diskutiert worden als über das Pfändungspfandrecht der ordentlichen Vollstreckung, und es bleibt bis heute kontrovers.[192]

Bei der ersten Lesung beschloss die Kommission in ihrer 34. Sitzung am 7.6.1875, ein Arrestpfand solle nicht entstehen, solange der Gläubiger kein vollstreckbares Urteil erlangt habe.[193] Sie folgte damit einem Antrag von Wolffson, den auch Grimm und Struckmann befürwortet hatten, nicht der Gegenrede von Bähr, Eysoldt, von Amsberg und Hagens. Bei dieser Entscheidung blieb die Kommission zunächst auch in der zweiten Lesung, nämlich in der 87. Sitzung vom 13.10.1875.[194] Struckmann beantragte, die Arrestpfändung solle zwar ein Pfandrecht erst bewirken, wenn die Hauptsache rechts-

[192] Das Arrestpfand wird bekämpft von *Puchelt* ZZP 3 (1881) 1–3; bei den Beratungen zum BGB (unten bei Fn. 220); durch den Entwurf ZPO 1931, 551–553, 557; *Schlosser* ZZP 97 (1984) 130–137 (verfassungswidrig); verteidigt von *Stürner* ZZP 99 (1986) 291–332.

[193] Protokolle 429–433, in: Hahn II, 872–876.

[194] Protokolle 583–588, in: Hahn II, 1001–1005.

kräftig gewonnen war, doch solle das Recht dem aus solchen Pfändungen vorgehen, die andere Gläubiger inzwischen aufgrund später erhobener Klage oder jüngerer Titel bewirken. Die Wiederherstellung der Regierungsvorlage beantragte Puttkammer, dem sich in der Diskussion von Amsberg, Hauser, Pfafferott und Hagens anschlossen. Lasker erachtete das Arrestpfand als Konsequenz des Pfändungspfands, wollte ihm aber keinesfalls Wirkung im Konkurs zusprechen. Kategorisch gegen das Arrestpfand sprach Reichensperger, und sämtliche Anträge wurden abgelehnt. Doch bei der Revision der zweiten Lesung wendete sich das Blatt (im zweiten Teil der 130. Sitzung vom 10.5.1876).[195] Auf Wunsch der Regierungen beschloss die Kommission mit 14 gegen 11 Stimmen, den Entwurf wiederherzustellen. Die entsprechenden Anträge von Thilo und Herz unterstützen Hagens, Pfafferott und Eysoldt gegen den andauernden Widerstand von Lasker.

Der Entwurf begründete das Arrestpfand damit, dass der Arrest die Zwangsvollstreckung sichern sollte, und verwies auf die Argumente für das Pfändungspfandrecht.[196] Nach den Gegnern sollte der Arrest nur den Schuldner an „willkürlichen Dispositionen" hindern, nicht andere Gläubiger an der Vollstreckung.[197] Es gehe nicht an, dem Arrestgläubiger „ein neues, ihm an sich nicht zustehendes Recht" zu verschaffen und so die Vollstreckung vorwegzunehmen;[198] zumal der geltend gemachte Anspruch im Arrestprozess nicht bewiesen, sondern nur glaubhaft gemacht werden muss, dies nicht zwingend mit Anhörung des anderen Teils.[199] Es sei nicht wünschenswert, dass alle Gläubiger sich um einen Arrest bemühten: Dann gewänne, wer zufällig einen Arrestgrund glaubhaft machen könne,[200] und entweder werde das Vermögen übermäßig mit Beschlag belegt und der Schuldner in Konkurs getrieben,[201] oder aber es werde „der ganze Arrest illusorisch", denn „der bedächtige Richter würde sich schwere Bedenken machen, ehe er überhaupt den Arrest verfüge".[202]

Für die Gegner führte das Arrestpfand per se zu ungerechtfertigten Bevorzugungen: Wenn ein Gläubiger seine Forderung dadurch gefährdet sehe, dass

[195] Protokolle 731–733, in: Hahn II, 1130 f.

[196] Begründung (Einleitung Fn. 11) 455 f., in: Hahn II, 477. Dass der Arrest den Zugriff des Arrestklägers sichern soll, meinte auch von Amsberg – der die Kritik der Gegner als „petitio principii" kennzeichnet (in: Hahn II, 874 f., 1003).

[197] Wolffson, in: Hahn II, 873; Grimm, in: Hahn II, 874; Struckmann, in: Hahn II, 874; Lasker, in: Hahn II, 1002, 1004: „Denn der Begriff des Arrestes sei Sicherung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner durch Beschränkung seines Dispositionsrechts, nicht aber gegen dritte Gläubiger"; Reichensperger, in: Hahn II, 1003.

[198] Wolffson, in: Hahn II, 873.

[199] Wolffson, in: Hahn II, 873; Struckmann, in: Hahn II, 874; Reichensperger in: Hahn II, 1003. – Der Anspruch muss nicht einmal fällig sein, sodass die Hauptsache noch gar keine Aussicht auf Erfolg hätte: Grimm, in: Hahn II, 874.

[200] Wolffson, in: Hahn II, 873; Lasker, in: Hahn II, 1130.

[201] Wolffson, in: Hahn II, 873 (der allerdings erwägt, wegen des Arrestbeschlags würde es „einer Konkursordnung überhaupt nicht mehr bedürfen"); Lasker, in: Hahn II, 1130.

[202] Wolffson, in: Hahn II, 873; Struckmann, in: Hahn II, 874.

ein anderer schon prozessiere und gewiss bald vollstrecke, könne er deswegen Arrest erwirken, habe aber vor diesem anderen keinen Vorrang vedient; mangels Arglist komme keine Anfechtung in Betracht.[203] So werde „die außergerichtliche Regulirung auf Grundlage gleichmäßiger Befriedigung aller Gläubiger noch mehr erschwert".[204] Demgegenüber sahen die Befürworter einen Vorteil darin, dass nicht Konkurs beantragen muss, wer sich durch Arrestpfand sichern kann.[205]

Die Befürworter des Arrestpfands wiesen außerdem darauf hin, dass die Pfändung durch Hinterlegung eines Geldbetrages abgewendet werden kann, an dem der Gläubiger gewiss ein Pfandrecht erhalte; es wäre eigentümlich, wenn seine Position bei diesem Ersatzbehelf stärker sei als bei Vollzug des Arrests.[206] Gebe es kein Pfand, könnten betrügerische Schuldner die Wirkungen des Arrests dadurch vereiteln, dass sie Mittelsmänner Scheinprozesse gewinnen und anschließend in die Sache vollstrecken ließen.[207] Der Arrestkläger habe das Pfandrecht verdient, damit er im Konkursfall nicht auf seinen Kosten sitzenbleibe, sonst würde er „lediglich für die anderen Gläubiger so zu sagen die Kastanien aus dem Feuer geholt haben".[208]

Den Befürwortern erschien der Vorrang beim Arrest eher verdient als beim ordentlichen Pfändungspfandrecht, weil der Wettlauf hier ganz in den Gläubigerhänden liege:

„Ferner werde, wenn das Exekutions-, aber nicht das Arrestpfandrecht Anerkennung erhalte, unter den Gläubigern eine nicht zu rechtfertigende Ungleichheit entstehen. Ob ein Gläubiger früher oder später eine Exekutionspfändung erlangen könne, hänge weniger von seiner Sorgfalt ab, als von Zufälligkeiten und von der Willkür des Schuldners. […] Diesen günstiger behandelten Gläubigern gegenüber gewähre den übrigen Gläubigern nur das Arrestpfand eine Ausgleichung."[209]

---

[203] Wolffson, in: Hahn II, 875. – Dass auch hier die Konkursordnung hinreichend schütze (durch das Anfechtungsrecht, die Einstellung anderer Vollstreckungsmaßnahmen, schnelle Verfahrenseröffnung), meinten Hagens, in: Hahn II, 876; 1005; Kurlbaum, in: Hahn II, 1130. – Dass das Arrestverfahren Kollusion erleichtert, schilderte Lasker, in: Hahn II, 1130 f.

[204] Lasker, in: Hahn II, 1130.

[205] Dazu führte Hagens aus: „Durch eine wirkungsvolle Sicherung der Einzelexektution werde die Konkursgesetzgebung gefördert. Sei die Lage des Schuldners noch derartig, daß Einzelexektutionen ausreichen, so werde durch deren Wirksamkeit die allgemeine Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung abgewendet, andernfalls aber zum Vortheil von Gläubigern und Schuldnern gezeitigt"; Hagens, in: Hahn II, 875, 1131; siehe auch Hauser, in: Hahn II, 1004; Pfafferott, in: Hahn II, 1004.

[206] von Amsberg, in: Hahn II, 875; Hagens, in: Hahn II, 875. – Die Gegenseite erklärte das Pfandrecht an der hinterlegten Summe als vertragliches Pfand (Wolffson, in: Hahn II, 875).

[207] Eysoldt, in: Hahn II, 874 (dies geschehe vielfach in Sachsen); 1131 („Ohne das Pfandrecht habe der Arrest nicht den mindesten praktischen Nutzen"); Kurlbaum, in: Hahn II, 1130.

[208] Pfafferott, in: Hahn II, 1131.

[209] Hagens, in: Hahn II, 876; 1131; Hauser in: Hahn II, 1003 f.

Diese Rechtfertigung des Arrestpfands als Ausgleich und notwendige Konsequenz des in der ordentlichen Vollstreckung gewährten Pfandes macht deutlich, dass der Arrest als Entscheidungsmittel für die Gläubigerkonkurrenz zur Verfügung stehen sollte.[210]

Den Materialien zum Arrestgrund ist über die Gläubigerkonkurrenz nichts zu entnehmen. Es heißt lediglich in der Begründung: „Der Entwurf hat es […] vermieden, die […] Voraussetzungen des dinglichen Arrests durch Beifügung von Beispielen […] zu spezialisiren, um der freien Beurtheilung des Gerichts keine Fesseln anzulegen".[211]

Hingegen lässt eine auf die ersten Jahre des Reichsgerichts zurückgehende Rechtsprechung gerade nicht als Arrestgrund genügen, dass andere Gläubiger um das unzulängliche Vermögen des Schuldners konkurrieren.[212] Damit wird die Entscheidung des Gesetzgebers für das Arrestpfand als Mittel des Gläubigerwettbewerbs[213] konterkariert: Die Gegner haben den Streit um das Arrestpfand de facto neu eröffnet und gewonnen. Das lässt sich leicht daran erkennen, dass die vorgetragenen Argumente dieselben sind, die schon den Gesetzgeber beschäftigten.

Nach dem Reichsgericht soll der Arrest dem Konkurs nicht vorgreifen und die Gleichbehandlung vereiteln; nur exekutionsreife Forderungen dürften im ordentlichen Verfahren einen Vorzug erringen.[214] Aus der Gesetzgebung bekannt ist auch die Befürchtung der herrschenden Lehre, die Gläubiger noch zahlungsfähiger Schuldner müssten durch ihre Arreste noch solvente Schuld-

[210] Wie hier *Hoefler*, Konkurrenz, 77–81 ff. – Zögerlich *Foerste* ZZP 106 (1993) 147: Mit den Zielen der Belohnung des Wachsamen unter Meidung der Zufälligkeiten des ordentlichen Verfahrens „wäre es ohne weiteres vereinbar, als Arrestgrund schon die Gläubigerkonkurrenz genügen zu lassen". Richtigerweise fordern diese Ziele das zwingend, wie die von *Foerste* nicht zitierten Hagens und Hauser (Fn. 209) ausführen. Anders als hier auch *Schilken* in: FS Leipold (2009) 166 f. – Zum Konnex zwischen Arrestgrund und Arrestwirkung siehe außerdem: (1) die Stellungnahme der Minderheit in der zweiten Kommission gegen die Arresthypothek mit der Begründung, das Gläubigerkonkurrenz keinen Arrestgrund bildet, unten bei Fn. 224 (dazu *Hoefler*, Konkurrenz, 82 f.); (2) den Entwurf ZPO 1931, 552, wonach der Arrest keinen Vorzug geben sollte, weil die Konkurrenz keinen Arrestgrund bildet (dazu *Hoefler*, Konkurrenz, 156); (3) ebenso *Schlosser* ZZP 97 (1984), 132 (dazu *Hoefler*, Konkurrenz, 154 f.).

[211] Begründung (Einleitung Fn. 11) 449, in: Hahn II, 421.

[212] RG, Urteil vom 25.2.1881, II 428/80, RGZ 3, 416; bestätigt vom BGH mit Urteil vom 19.10.1995, IX ZR 82/94, BGHZ 131, 95. – Wie die Rechtsprechung *Puchelt* ZZP 3 (1881) 1–11; *Buciek* NJW 1987, 1063–1064; *Henckel* JZ 1992, 645–656 (656); *Weiland*, Sicherung, 16–24; *Foerste*, ZZP 106 (1993) 143–157; *Schilken* in: FS Leipold (2009) 159–173. – Eine besondere Begründung gibt *Schwerdtner* NJW 1970, 222–226: Der Arrest setze voraus, dass der Schuldner den Schutz eines ordentlichen Verfahrens verwirkt habe.

[213] Soeben bei Fn. 210.

[214] RGZ 3, 416 (Fn. 212); dieses letzte Argument gibt den Ausschlag für *Schilken*, FS Leipold (2009) 172 f.

ner unnötig in die Insolvenz treiben.[215] Eine andere Praxis dehne das Insolvenzverfahren über seine gesetzlich vorgeschriebenen Gründe, es „würde jeder Überschuldungsfall zugleich zum Konkursfall".[216]

Die Gegenauffassung[217] macht geltend, dass außerhalb des verteilenden Verfahrens eine Gleichbehandlung der Gläubiger nicht anzustreben sei. Ohnehin sei eine klare Abgrenzung der Gläubigerkonkurrenz zu anerkannten Arrestgründen kaum möglich und dürfe daher nicht gefordert werden. Weil der Arrest nach dem Gesetz ein Vorzugsrecht gewähre, mithin tatsächlich die Wirkung habe, den Gläubigerwettlauf zu entscheiden, müsse man auch seinen Einsatz zu diesem Zweck erlauben. Hierauf repliziert die herrschende Meinung, das Vorzugsrecht des Arrestgläubigers lasse sich gerade dann, wenn die Konkurrenz nicht als Arrestgrund anerkannt wird, als Belohnung seiner Tüchtigkeit rechtfertigen: Denn ohne sein Eingreifen hätten dann alle Gläubiger auf weniger zugreifen können.[218]

b) Vollzug in Grundstücke

Wie der dingliche Arrest in unbewegliches Vermögen vollzogen werden konnte, war der Landesgesetzgebung vorbehalten (§ 811 CPO 1877). Bereits die erste Kommission des BGB entschied sich für die Arresthypothek (§ 932 ZPO).[219] Man ließ sich von der Erwägung leiten, der Arrest müsse in bewegliches und unbewegliches Vermögen „gleichen Grundsätzen" folgen. Er dürfe auch für Immobilien „dingliche Wirkung" beanspruchen, weil man das Arrestpfand-

[215] So werde nach *Puchelt* ZZP 3 (1881) 6 ein Gläubiger, der sich in Konkurrenz sieht, „die Arrestklage anstellen und den vielleicht nur in augenblicklicher Verlegenheit befindlichen Schuldner zu Grunde richten, indem dessen Kredit durch die Vollziehung des Arrestes zerstört würde".

[216] *Buciek* NJW 1987, 1063 (1064).

[217] *Immler* BlRPfl 34 (1887) 211–224; *Grunsky* NJW 1976, 553–554; *Hoefler*, Konkurrenz; *Berger* ZZP 121 (2008) 407–426 (421 f.); *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 49 Rn. 9.

[218] Vgl. auch das Argument von Pfafferott oben bei Fn. 208. – Von dieser Deutung des Arrestvorzugs als Belohnung eines Tätigwerdens für Alle lassen sich die Befürworter eines Arrestgrunds der Gläubigerkonkurrenz nicht überzeugen, weil die glaubhaft gemachte Gefährdung gar nicht wirklich vorliegen müsse und das Pfand nicht notwendig an den gefährdeten Gegenständen enstehe. Außerdem richtete sich seine Höhe nicht nach der Gefährdung der Gläubigergesamtheit, sondern nach der Forderung des Arrestgläubigers. – Vgl. *Foerste*, ZZP 106 (1993) 148 f.

[219] In der 384. Sitzung vom 8.12.1884, Jakobs/Schubert, SachenR I, 334 f. Die Ausgestaltung folgte einem Antrag von Kurlbaum. Johow hatte in § 375 seines Teilentwurfs eine „Vormerkung", in der Sitzung eine „einstweilige Eintragung" vorgeschlagen. – Nach dem Beitrag von *Nicklisch* AcP 169 (1969) 124–136 ist heute anerkannt, dass auch die Arresthypothek die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung erlaubt: BGH, Urteil vom 15.4.1997, IX ZR 112/96, NJW 1997, 3230 (3233). Der Gläubiger ist hierauf gegen Erwerber des Grundstücks angewiesen, und weil er dazu seine Forderung nicht nur glaubhaftmachen, sondern beweisen muss, hat der Schuldner keinen Nachteil.

recht als gegeben hinnahm – obgleich es „von mehreren Seiten als unzweckmäßig und ungerecht bekämpft" wurde, und „auf die großen Uebelstände hingewiesen, welche seine Anwendung in der Praxis ergeben habe".[220] Nachdem die zweite Kommission sich knapp für die Zwangshypothek entschieden hatte,[221] votierte sie deutlicher – mit zwölf gegen sechs Stimmen – für die Beibehaltung der Arresthypothek.[222] Die Gegner erkannten hierfür kein Präjudiz an: nicht in der Entscheidung für das Arrestpfand, weil wirtschaftlich wichtiger sei, dass Grund und Boden unverschuldet blieben, und nicht in der Entscheidung für die Zwangshypothek, weil zum Zwecke des Arrests ein Verfügungsverbot genüge, wie es auch mit der Zwangsverwaltung einhergehe: „denn der Arrest solle nicht die Lage des Gläubigers anderen Gläubigern gegenüber verbessern, sondern nur eine Verschlechterung seiner Lage hindern. Werde dem Arrestgläubiger ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung gegeben, so gehe man über den Arrestzweck hinaus und setze sich in Widerspruch mit dem sonst geltenden Satze, daß drohende Konkurrenz anderer Gläubiger und das Interesse, diesen in der Befriedigung zuvorzukommen, keinen Arrestgrund bilden".[223] Die Minderheit stellte hier den Konnex zwischen der Gläubigerkonkurrenz als Arrestgrund und dem Vorzugsrecht als Arrestwirkung her; einen Konnex, den die heutige Lehre leugnet, der aber auch in den Materialien der CPO hervorgetreten ist – wenngleich mit anderem Vorzeichen.[224] Die Mehrheit meinte, wie die Zwangshypothek „diene die Arresthypothek dazu, dem Gläubiger ein zuwartendes Verhalten zu ermöglichen". Auch die Zwangsverwaltung gehe mit einem Vorzugsrecht einher, falls ein anderer Gläubiger versteigern lasse; und es schone den Schuldner, wenn der Arrestgläubiger die Zwangsverwaltung nicht betreiben müsse. Hingegen stelle ein bloßes Verfügungsverbot den Schuldner nicht besser, aber den Gläubiger unnötig schlechter.[225]

2. Sicherung am Vermögen wegen anderer Forderungen

Wenn es nicht um eine Geldforderung geht und auch nicht darum, nur das finanzielle Interesse an der Erfüllung einer anderen Forderung zu sichern, son-

[220] Jakobs/Schubert, SachenR I, 334. Diese Gegenauffassung wollte nur ein Veräußerungsverbot zulassen.

[221] Siehe oben bei Fn. 128.

[222] In der 256. Sitzung, Protokolle III 700–703 = Mugdan III 896 f., dazu Jakobs/Schubert, SachenR I, 347 f. Gebhard hatte seinen gegen Zwangs- und Arresthypothek gleichermaßen gerichteten Antrag insoweit aufrechterhalten. – Auf Antrag von Jacubezky beschloss man, die Vorschriften über die Arresthypothek in die ZPO zu stellen.

[223] Protokolle III 701 f. = Mugdan III 896.

[224] Dazu oben bei Fn. 210. *Hoefler*, Konkurrenz, 82 f., hat auch diese Stelle gesehen.

[225] Protokolle III 702 = Mugdan III 897.

dern deren tatsächliche Erfüllung, so greift der Gläubiger zur einstweiligen Verfügung. Er kann eine Vormerkung erwirken, wenn er Anspruch auf ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht hat (§§ 935 ZPO, 885 Abs. 1 BGB). Ein Veräußerungsverbot (§§ 935 ZPO, 136 BGB) schützt vor der Verfügung an einen anderen Gläubiger. Im Übrigen kann das Gericht geeignete andere Anordnungen erlassen, um die Position des rechtssuchenden Gläubigers zu sichern (§ 938 ZPO).

a) Vormerkung

Wie die Gläubiger im einstweiligen Rechtsschutz um Naturalerfüllung konkurrieren können, regelt das BGB für den Bereich des Immobiliarsachenrechts mit der Vormerkung. Sie wird aufgrund einstweiliger Verfügung eingetragen, die ergeht, ohne dass der Gläubiger glaubhaft machen müsste, dass sein Recht (konkret) gefährdet ist (§ 885 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Die erste Kommission hatte sich noch dagegen entschieden, eine Vormerkung zur Sicherung obligatorischer Ansprüche zuzulassen.[226] Hingegen hatte der Sachenrechtsredaktor Reinhold *Johow* sogar eine allgemeine Vorschrift vorgesehen, wonach in gesetzlich bestimmten Fällen obligatorische Rechte mit der Wirkung im Grundbuch eingetragen werden können, dass sie gegen Sondernachfolger des Verpflichteten wirken.[227]

So hatte *Johow* etwa auch den Schutz eines Mieters gegen den Erwerber der Sache ermöglichen wollen.[228] Die Regel „Kauf bricht nicht Miete" sollte erst die zweite Kommission einführen, die so auf die laute Kritik an der gegenteiligen Regel des ersten Entwurfs reagierte.[229] Die Vorkommission, die sich über drei Sitzungen mit der Frage beschäftigte, protokollierte einführend: „Einverständniß bestand darüber, daß der Entwurf mit Rücksicht auf die, wenngleich theilweise übertriebenen, Angriffe der Kritik im Sinne eines weitergehenden Schutzes des Miethers einer Abänderung bedürfe, und daß mithin statt von dem Grundsatze „Kauf bricht Miehte" von dem entgegengesetzten Grundgedanken auszugehen sei".[230] Auch für die zweite Kommission stand zunächst im Raum, den Effekt von der Eintragung der Miete im Grundbuch abhängig zu machen. Doch man entschied anders[231] und schuf so den § 571 BGB 1900 (heute § 566).[232]

[226] Siehe das Protokoll der 311. Sitzung der ersten Kommission vom 7.4.1884, in: Jakobs/Schubert, SachenR I, 319–323.

[227] § 28 des Sachenrechtsentwurfs lautete: „(1) Die Eintragung persönlicher Rechte ist nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zulässig. (2) Die Eintragung sichert dem Recht in Ansehung des Grundstücks die Wirkung auch gegen die Sondernachfolger des Verpflichteten".

[228] *Johow*, Begründung, 263, in Schubert, SachenR I, 387.

[229] Zur Debatte *Repgen*, Soziale Aufgabe, 231–250.

[230] Protokoll der 69. Sitzung vom 15.3.1892, in: Jakobs/Schubert, SchuldR II, 590.

[231] In der 180. Sitzung der zweiten Kommission; siehe Jakobs/Schubert, SchuldR II, 607 und dazu Protokolle II 134–141 = Mugdan II 814–818.

[232] Zur Deutung dieses gesetzlich angeordneten Vertragsübergangs *Dörner*, Dynamische Relativität, 357–373.

Nach Auffassung der Kommission verletze der Vorschlag zur Vormerkung den Grundsatz, dass die Kenntnis konkurrierender Forderungen dem Erwerb eines Rechts nicht entgegensteht (weil ja die Eintragung der Forderung nicht mehr bewirken könne als ein Zurkenntnisbringen), und „verstoße gegen die von der neueren Gesetzgebung konsequent erstrebte Gleichstellung der Gläubiger im Konkurse, indem er für ein obligatorisches Recht […] einen Vorzug vor anderen Rechten begründen wolle". Ein Bedürfnis bestünde nicht, weil der Gläubiger sich vertraglich hätte absichern können und in gewissem Maße durch die Möglichkeit geschützt sei, durch einstweilige Verfügung ein Veräußerungsverbot oder durch Arrest für seine Ersatzforderung Sicherheit zu erwirken.[233] Die zweite Kommission entschied anders,[234] weil sie für die Vormerkung obligatorischer Ansprüche ein praktisches Bedürfnis sah: „Die Gründe, welche andererseits gegen die Vormerkung vorgebracht seien, hätten nur theoretische Bedeutung. Von dem ius ad rem sei nicht die Rede. Es sei gar nicht beabsichtigt, es in das BGB einzuführen. Vielmehr handele es sich lediglich darum, aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Gläubiger für seine persönlichen Forderungen einen durch die Grundbucheinrichtung ermöglichten Schutz zu gewähren".[235]

Der in der zweiten Kommission geäußerte Vorwurf, es werde ein *ius ad rem* eingeführt, pointiert die dogmatischen Einwände der ersten Kommission. Die Mehrheit der zweiten Kommission ließ außerdem den Umstand, dass bei Mobilien ein stärkerer Schutz praktisch nicht möglich ist,[236] nicht als Argument dagegen gelten, diesen Schutz bei Immobilien zu gewähren, wo er möglich ist.

Die Vormerkung gewährleistet die naturale Erfüllung der Forderung auch in der Insolvenz (§ 106 Abs. 1 Satz 1 InsO).[237] Bei der Redaktion des BGB wurde sich hierüber die zweite Kommission schnell einig; als einziges Argument ziehen die Protokolle die Parallele zum Arrestpfand: „Nachdem aber einmal dem durch Arrest erworbenen Pfandrechte Wirkung im Konkurse beigelegt sei, werde man der Vormerkung ein Gleiches nicht versagen können".[238]

---

[233] Jakobs/Schubert, SachenR I, 321 f. Weiterhin hatte man Bedenken dagegen, die Wirkungen der späteren Begründung des vorgemerkten Rechts auf den Zeitpunkt der Vormerkung zurückzubeziehen. Außerdem rechtfertigten die Möglichkeiten des Grundbuchs keine solchen Unterschiede zum Mobiliarsachenrecht. Zur einvernehmlichen Eintragung noch Fn. 239.

[234] In der 190. Sitzung, siehe Protokolle III 107–118 = Mugdan III 562–567 und dazu Jakobs/Schubert, SachenR I, 343–346. Man folgte damit Teilen der Kritik und den Bemerkungen des preußischen Justizministers.

[235] Protokolle III 114 = Mugdan III 565.

[236] Auch bereits in der ersten Kommission geäußert, Fn. 233.

[237] Zur Vormerkung in der Insolvenz siehe *Paulus*, Verfügungsverbot (im Vergleich mit der einstweiligen Verfügung. – Die Übernahme der Vorschrift in die Insolvenzordnung wurde nicht begründet; siehe BT-Drs. 12/2443, 146.

[238] Protokolle III 112 = Mugdan III 565. – Siehe auch Hahn VII, 239 für die Begründung von § 24 KO 1898: „Diese Regelung ergiebt sich aus dem Wesen der Vormerkung".

Man führte die Vormerkung in erster Linie als ein Sicherungsmittel ein, das sich der Gläubiger gegen den Willen des Schuldners verschaffen können sollte.

Erst die Arbeit der Kommissionen löst die Vormerkung gedanklich vom Widerspruch, der naturgemäß unabhängig vom Willen des Prätendenten eingetragen wird. Gegen die einvernehmliche Vormerkung bestanden schon in der ersten Kommission besondere Bedenken: „Dadurch sanktioniere man geradezu die rechtsgeschäftliche Unterbindung von Verfügungsbefugniß, sperre das Buch und entziehe den Gläubigern den Gegenstand der Befriedigung".[239] Noch in der zweiten argumentierte man dagegen, weil sie erlaube „einen ungesunden Zwischenzustand zu schaffen".[240]

Darum musste die zweite Kommission auch entscheiden, von welchen Voraussetzungen ihre Anordnung abhängig sein sollte. Weil der Schuldner das Grundstück veräußern oder belasten könne – und zwar wegen des Grundbuchs „zu jeder Zeit und ohne daß der Gläubiger davon vorher Kenntniß erlange" –, entschied man sich dagegen, einen besonderen Grund wie beim Arrest zu fordern:

„Den Nachweis einer weiteren besonderen Gefahr könne man dem Gläubiger nicht zumuthen, wenn man nicht das Recht auf die Vormerkung in den meisten Fällen illusorisch machen wolle. Die Gerichte seien mit der Zulassung von Arresten außerordentlich zurückhaltend, und namentlich werde in der Praxis die Bescheinigung, daß der Schuldner in Vermögensverfall gerathen sei, nicht als genügend angesehen, um den Arrest zu rechtfertigen. Weitere Umstände für die Gefährung des Rechtes ließen sich aber in den hier fraglichen Fällen eigentlich nie erbringen, da der Schuldner eine etwaige Absicht, den Gläubiger um sein Recht zu bringen, natürlich nicht öffentlich kund thun werde".[241]

Überträgt man diese Erwägung auf Mobilien, so muss man fragen, ob Gläubiger hier nicht zu schwache Sicherungsmittel haben – denn auch Mobilien können leicht vom Gläubiger unbemerkt an Dritte veräußert werden. Man kann hierin auch eine Kritik der Rechtsprechung lesen, die die Gläubigerkonkurrenz nicht als Arrestgrund anerkennt.[242]

Die Vormerkung schützt in der Weise, dass eine vormerkungswidrige Verfügung gegenüber dem Berechtigten unwirksam ist (§ 883 Abs. 2 BGB) und der Berechtigte vom Erwerber die Zustimmung zu der Grundbuchänderung verlangen kann, die erforderlich ist, um sein Recht zu verwirklichen (§ 888 Abs. 1 BGB). Man orientierte sich hierbei an den Wirkungen eines Veräußerungsverbots.[243]

[239] Jakobs/Schubert, SachenR I, 322.
[240] Protokolle III 115 = Mugdan III 566.
[241] Protokolle III 115 f. = Mugdan III 566.
[242] Siehe oben bei Fn. 212.
[243] Protokolle II 112 = Mugdan II 564 = Jakobs/Schubert, SachenR I, 346: „Einverständniß bestand darüber, daß die Vormerkung dingliche Wirkung in der Art eines Veräußerungsverbots haben müsse".

Auf eine dem § 888 BGB entsprechende Regel hatte die erste Kommission beim Veräußerungsverbot noch verzichtet, weil sie sie für überflüssig hielt.[244] Die zweite Kommission fügte den Paragraphen erst bei der zweiten Lesung des zweiten Entwurfs hinzu (in ihrer 260. Sitzung), um die Rechtslage klarzustellen: „Im Interesse der Praxis werde es sich aber allerdings empfehlen, eine Entscheidung im Gesetze zu geben, in welcher Weise der Gläubiger sein Recht gegen den eingetragenen Eigenthümer zur Durchführung zu bringen habe. In letzterer Hinsicht seien in der That in der Praxis Schwierigkeiten hervorgetreten und die bloße Verweisung auf eine sachgemäße Auslegung erscheine insoweit nicht als genügend. Den bisherigen Beschlüssen entspreche es, den Berichtigungsanspruch […] in dem Sinne zu erweitern, daß der Gläubiger vom eingetragenen Eigenthümer die grundbuchmäßige Zustimmung zur Realisirung seines Rechtes, dessen Verschaffung übrigens vom persönlichen Schuldner zu verlangen sei, fordern könne. Um Mißverständnisse abzuschneiden, werde man aber diesen Satz nicht nur für die Vormerkung, sondern überhaupt für jedes Veräußerungsverbot, soweit es ein im Grundbuche eingetragenes Recht betreffe, auszusprechen haben".[245]

Wolfgang Ernst hat allerdings vorgeschlagen, gegen die Wirkung der Vormerkung das Alter anderer Forderungen zur Geltung bringen, indem man einem bösgläubigen Zweitkäufer nach Treu und Glauben verwehrt, sich gegenüber einem früheren Käufer auf eine Vormerkung zu berufen.[246]

Ein besonderes Kollisionsproblem stellt sich, wenn mehrere gleichrangige Vormerkungen im Grundbuch stehen: Nach einer Auffassung setzt sich unter den Berechtigten der Wettlauf fort, sodass gewinnt, wer zuerst erhält, was ihm vorgemerkt ist; nach anderer Auffassung sollen die Vormerkungen sich wechselseitig beschränken, sodass die Berechtigten das Vorgemerkte unter sich teilen müssen.[247]

Gegen die Überlassung der Sache an einen Dritten zum Gebrauch aufgrund schuldrechtlicher Abrede schützt die Vormerkung nicht; obgleich der Vormerkungsberechtigte wegen der unter dem Namen „Kauf bricht nicht Miete" bekannten Regel (§ 566 BGB) hierdurch wie durch eine Verfügung betroffen sein kann.[248]

---

[244] Dazu unten Fn. 257.

[245] Protokolle III 746 = Mugdan III 570; vgl. Jakobs/Schubert, SachenR I, 350–353.

[246] *Ernst* in: FS Heldrich (2005) 113–142, 132. Siehe auch seine Position zum richterlichen Veräußerungsverbot (bei Fn. 266).

[247] Dass sich die Wirkungen neutralisieren, meinen *Holderbaum*, JZ 1965, 712 (715); *Wieling* JZ 1982, 839 (842); *Weiland*, Sicherung, 66–75; für Bruchteilseigentum hingegen *Lüdtke-Handjery*, DB 1974, 517 (519).

[248] RG, Urteil vom 22.12.1922, III 520/22, RGZ 106, 109 (111 f.); BGH, Urteil vom 3.3.1954, VI ZR 259/52, BGHZ 13, 1 (2–5), jeweils mit Angaben zu Gegenstimmen aus der älteren Literatur. Das überzeugt auch im Ergebnis, weil Mieter nicht ins Grundbuch sehen und es etwa bei einem verkauften Mehrfamilienhaus durchaus gewollt sein kann, dass der Verkäufer leerstehende Wohnungen wieder vermietet. – Siehe zum Problem noch im Rahmen der Frage, ob ein Gläubiger nach Art eines Veräußerungsverbots gegen Vermietung geschützt werden kann, unten bei Fn. 273.

b) Veräußerungsverbot

Forderungen, deren naturale Erfüllung der Schuldner dadurch zu vereiteln droht, dass er über ihren Gegenstand verfügt, kann der Gläubiger absichern, indem er durch einstweilige Verfügung die Veräußerung verbieten lässt (§§ 135, 136 BGB). Ein solcher Tenor beschränkt nicht das Dürfen, sondern das Können des Schuldners; er ordnet nicht an, ein bestimmtes Verhalten zu unterlassen, sondern beraubt es seiner Wirkungen.[249]

aa) Wirkungen

Anders als die Vormerkung bewirkt solch ein Verbot allerdings in der Insolvenz keine Aussonderung, sondern verliert im Verfahren seine Wirkung (§ 80 Abs. 2 InsO; ebenso schon § 13 KO 1898), sodass der Gegenstand, über den zu verfügen dem Schuldner verboten ist, zugunsten der Gesamtheit seiner Gläubiger verwertet wird. Die erste Kommission „nahm an, daß dieser Satz aus dem Prinzipe der Gleichbehandlung aller Gläubiger im Konkurse folge".[250] Man wollte vermeiden, das durch das Verbot geschützte persönliche Recht zu „verdinglichen".[251]

Immerhin sichert das Veräußerungsverbot den durch das Verbot Begünstigten dagegen, dass ein anderer Gläubiger ihm dadurch zuvorkommt, dass der Schuldner an ihn verfügt. Auch dagegen, dass der andere auf den Gegenstand im Wege der Einzelzwangsvollstreckung zugreift, wirkt der Schutz – und zwar auch bei Vollstreckung wegen einer Geldforderung (§ 772 ZPO).

Dagegen hatte eine Minderheit in der ersten Kommission opponiert: „Nicht im Zwecke des Veräußerungsverbotes liege es, den Gläubiger außer gegen die Willkür des Schuldners auch gegen die Folgen der Unzulänglichkeit des Vermögens desselben zu sichern und dem Gläubiger, wie bei dem Arreste im Sinne der Civilprozeßordnung für die Erfüllung seines Anspruches durch Schadensersatz in Gelde eine pfandrechtartige

[249] *Raape*, Veräußerungsverbot, 78–80.

[250] Siehe zu § 107 Abs. 3 E I, worauf die Regelung zurückgeht (§ 107 E I war der Vorläufer von §§ 135, 136 BGB); Jakobs/Schubert, AT I, 724; auch Motive I 215 = Mugdan I 471; übereinstimmend die Begründung des Vorschlags von § 13 KO 1898, in: Hahn VII, 236: Die Regelung „entspricht dem Wesen des Konkursverfahrens, das eine Gleichbehandlung aller Gläubiger fordert". – Für die Übernahme in die InsO gibt BT-Drs. 12/2443, 135 keine Begründung. – Mit Blick auf die Vormerkung (oben bei Fn. 237) hat *Paulus*, Verfügungsverbot, auch für dieses Sicherungsmittel eingefordert, es müsse in der Gesamtvollstreckung gegen die übrigen Gläubiger Bestand haben.

[251] Siehe Diskussion und Beschlüsse in der 313. Sitzung vom 18.4.1884, Jakobs/Schubert, AT I, 718–722, und der 316. Sitzung vom 25.4.1884, 722–726. Von anderer Seite war beantragt worden, der Verbotsbegünstigte solle seine gegen den Schuldner begründete Forderung gegen den Dritten erheben können und damit auch im Konkurs durchdringen (Antrag Nr. 3 in der 313. Sitzung, a.a.O. 719 f., mit der Erläuterung „gleich einem dinglichen Anspruche wirksam"). Siehe für die Gründe der Mehrheit auch die Argumentation der Minderheit zur Frage der Verwertung der verbotsbefangenen Sache durch Einzelgläubiger (Fn. 252).

Sicherheit und einen Vorzug vor andern persönlichen Gläubigern zu verschaffen". Die Mehrheit ließ sich von der Erwägung leiten, „daß die Rechtsänderung, welche auf Zwangsvollstreckung beruhe, derjenigen gleichzustellen sei, welche in einer rechtlichen Verfügung des Schuldners beruhe", und entschied, weil eine Verwertung unter Vorbehalt der Rechte des Begünstigten praktisch undurchführbar sei, „den Zwangsverkauf zu untersagen, so daß den übrigen Gläubigern nichts übrig bleibe, als die Eröffnung des Konkurses zu beantragen, ein Ausweg, der aber auch alle Bedenken erledige".[252]

Im Ergebnis wirkt das Veräußerungsverbot insoweit stärker als die Vormerkung, die der Zwangsversteigerung nicht entgegensteht (sondern nur ins Mindestgebot aufgenommen und im Zuschlag vorbehalten werden muss).[253] Der andere Gläubiger durchbricht den Schutz allerdings, wenn er in entsprechender Anwendung der Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten verbotsbefreit erwerben kann (§ 135 Abs. 2 BGB; übereinstimmend § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB).[254] Es ist kritisiert worden, dass demnach gerade und nur die Umstände, die den Rechtsschein der Berechtigung begründen, auch den Rechtsschein begründen sollen, dass kein Verfügungsverbot besteht: Hierüber besage etwa der Besitz in Wahrheit nichts, weswegen auch bei Forderungen gutgläubiger verbotswidriger Erwerb möglich sein sollte.[255]

Wie die Vormerkung bewirkt das Verbot eine relative Unwirksamkeit entgegenstehender Verfügungen.[256] Dass der durch das Verbot begünstigte Gläubiger seine Position gegen den verbotswidrigen Erwerber durchsetzen kann, stellt § 888 Abs. 2 BGB klar, soweit es um Rechte an Grundstücken oder Rechte an solchen Rechten geht.

Die erste Kommission hatte auf eine entsprechende Regel verzichtet, weil man sie für überflüssig hielt: Entweder werde schon die Anordnung der relativen Unwirksamkeit dahin ausgelegt werden können, dass der Geschützte vom Dritten verlangen könne, „dasjenige zu thun, was nach den Umständen seinerseits erforderlich sei, um das durch die unwirksame Veräußerung jener Einräumung bereitete Hinderniß zu beseitigen, z.B. die Sache herauszugeben oder die erforderliche Eintragung in das Grundbuch zu bewilligen"; oder aber man werde dem Geschützten erlauben, nach Abtretung durch sei-

[252] Jakobs/Schubert, AT I, 724 f.; daraus auch Motive I 215 f. = Mugdan I 471.

[253] Dazu *Neumann* JW 1902, 454 (457–459); *Kohler*, Verfügungsverbot, 182–199.

[254] Teils wird angenommen, dass das Verbot gegen Maßnahmen der Zwangsvollstreckung auch dann sichere, wenn sie von Gutgläubigen betrieben werden, weil hierbei ein gutgläubiger Erwerb ausscheide. Doch die Verfasser von § 135 BGB gingen noch vom rechtsgeschäftlichen Charakter vollstreckungsrechtlichen Erwerbs aus (*Paulus* in: FS Nipperdey [1965] 909–937 [920]); zu einer Differenzierung besteht kein Anlass (*Armbrüster* in: MünchKommBGB [9. Aufl. 2021], § 135 Rn. 51). Näher *Muthorst* in: BeckOGK (1.10.2024) § 135 BGB Rn. 232–235.

[255] *Paulus* in: FS Nipperdey (1965) 909–937 (913–916).

[256] Das Veräußerungsverbot gab der Vormerkung dafür sogar das Vorbild; siehe oben bei Fn. 243. Daher gilt mit *Neumann* JW 1902, 454 (455): „Durch eine Vormerkung kann häufig die negative Wirkung eines Veräußerungsverbots, durch ein Veräußerungsverbot aber niemals die positive Wirkung einer Vormerkung erlangt werden".

nen Schuldner die Ansprüche geltend machen, die dieser gegen den Dritten hätte, wenn die Veräußerung absolut unwirksam wäre.[257] Den § 888 Abs. 2 hat erst die zweite Kommission anlässlich der Vormerkung eingefügt, weil Zweifel aufgekommen waren, ob man des Problems durch „sachgemäße Auslegung" ohne einen solchen Hinweis Herr werden würde.[258]

Ein solcher Direktanspruch gegen den Erwerber setzt aber voraus, dass auch der Schuldner das Nötige tut, um dem Begünstigten das Geschuldete zu verschaffen.

Der Begünstigte erwirbt auch nach der dem § 888 BGB zugrundeliegenden Konstruktion durch Rechtsgeschäft gemäß § 873 Abs. 1 BGB von seinem Schuldner; der Anspruch gegen den Dritten richtet sich lediglich auf dessen grundbuchrechtlich erforderliche Mitwirkung. Dementsprechend lehnen Rechtsprechung und herrschende Meinung bei beweglichen Sachen einen unmittelbaren Anspruch gegen den Dritten etwa auf Übereignung ab.[259] Nach dem BGH bleibt dem Schuldner aufgrund der relativen Unwirksamkeit eine „Rechtsmacht, zur Erfüllung seiner Verpflichtung gegenüber dem Geschützten zu dessen Gunsten zu verfügen". Diese Rechtsmacht müsse der Schuldner dem Geschützten „übertragen", wofür genüge, wenn der Schuldner „zum Ausdruck bringt, daß dieser die Rechtsstellung haben solle, die ihm zustünde, wenn zu seinen Gunsten […] und nicht verbotswidrig zugunsten des bösgläubigen Dritten über die Sache verfügt worden wäre. Allein schon durch eine solche Erklärung erlangt der geschützte Gläubiger das Recht".[260] Die Literatur verlangt vielfach, dass der Schuldner regulär an den Geschützten verfügt. Teils wird angenommen, der Begünstigte könne wie bei § 888 BGB vom Dritten eine nötige Mitwirkungshandlung (etwa die Übergabe) einfordern,[261] bei der Übereignung aber meist, der Schuldner könne nach § 931 BGB durch Abtretung übereignen, weil ihm wegen der relativen Unwirksamkeit ein Herausgabeanspruch gegen den Dritten zustehe.[262] Schwerlich wird aber der Veräußerer selbst diesen Anspruch gegen den Dritten erheben dürfen, wenn ihn das Geschäft reut.

Das Verbot bewirkt nach herrschender Meinung auch, dass ein später erwirktes Veräußerungsverbot gegenüber einem früher erwirkten relativ unwirksam ist: Das Verbot wird wie eine Verfügung behandelt (§§ 135, 136 BGB analog). Als Folge sieht man an, dass der Adressat noch immer absolut wirksam an den durch das frühere Verbot begünstigten Gläubiger verfügen kann.[263]

---

[257] Jakobs/Schubert, AT I, 720 f.

[258] Oben bei Fn. 245.

[259] Anders allerdings *Mayer-Maly* JZ 1991, 40 f.

[260] BGH, Urteil vom 7.6.1990, IX ZR 237/89, BGHZ 111, 364 = JZ 1991, 40.

[261] *Dernburg*, AT, § 124 II 4 (370 f.); *Raape*, Veräußerungsverbot, 59 f.; *Beer*, Die relative Unwirksamkeit, 173 f.; 177 f.

[262] Der Anspruch aus § 985 BGB schon nach *Planck* in: Planck (1. und 2. Aufl. 1898), § 135 Nr. 2, nun nach *Kohler* in: Staudinger (2021), § 135 Rn. 137–144; nach *Kohler* zudem ein Rückgewähranspruch wegen Unmöglichkeit der eigenen Leistung). – Für eine Übereignung nach § 931 BGB durch bloße Einigung *Muthorst* in: BeckOGK (1.10.2024), § 135 BGB Rn. 184.

[263] Siehe den BGH unten bei Fn. 267; *Muthorst* JJZ 2012, 127–144 (143 f.). – Anders *Wieling*, JZ 1982, 839–842 (842): „Verfügungsverbote haben keinen Rang." Andernfalls werde

bb) Anwendbarkeit

Die in der Debatte um den Doppelverkauf herrschende Meinung erlaubt jedem Gläubiger, ein solches Verbot zu erwirken,[264] wenn er dartun kann, dass sein Schuldner einem anderen zu leisten droht: Die Gläubigerkonkurrenz gilt also, obgleich sie keinen Arrestgrund bilden soll, als hinreichender Verfügungsgrund. Dem stellt sich *Hans Wieling* mit der Begründung entgegen: „Es geht nicht an, daß das Gericht dem Verkäufer die Entscheidung abnimmt und bestimmt, welchen Vertrag er zu erfüllen und welchen er zu brechen habe".[265] Einen gewissen Altersvorzug realisiert *Wolfgang Ernst* dadurch, dass er zu Gunsten eines späteren Käufers kein Verbot der Veräußerung an einen früheren erlassen will, wenn der spätere beim Kauf von dem früheren wusste.[266]

cc) Kollidierende Anfechtungsansprüche

Der BGH hat über das Veräußerungsverbot als Waffe der Gläubigerkonkurrenz bisher nur anlässlich von konkurrierenden Anfechtungsansprüchen einzelner Gläubiger entschieden. Hierbei ist er der zum Doppelverkauf herrschenden Meinung gefolgt, indem er einstweilige Veräußerungsverbote zugelassen und auf ihr Verhältnis die §§ 135, 136 BGB angewendet hat.[267] Die Entscheidung begegnet zwei Bedenken: Erstens geht aus dem Urteil nicht hervor, worauf die Gläubiger ihre Anfechtung stützen. Der hier mit aller Härte des einstweiligen Rechtsschutzes ausgetragene Wettkampf illustriert, dass die Anfechtung durch Einzelgläubiger nicht gerechtfertigt ist, wenn sie sich ledig-

---

das *ius ad rem* durch die Hintertür wieder eingeführt. Dagegen *Kohler* JZ 1983, 586–592; *Wielings* Replik JZ 1983, 592 f.; *Kohlers* Duplik in Verfügungsverbot, 393 f. Wie *Wieling* insofern *Weiland*, Sicherung konkurrierender Sachleistungsansprüche, 151 f. (allerdings mit anderer Auffassung zur Rechtsfolge, dazu Fn. 265).

[264] *Kohler* JZ 1983, 591; *Muthorst* JJZ 2012, 127–144 (129; siehe auch zur Doppelvermietung 137: „Priorität des Vollstreckungszugriffs" statt „Priorität der Erfüllungsansprüche").

[265] *Wieling* JZ 1982, 842. Insofern argumentiert er auf Basis der herrschenden Meinung zur Wirkung des Verbots. Nach seiner Auffassung soll die Anordnung deswegen unterbleiben, weil ein Verbot nutzlos ist, da es unter mehreren Verboten zu einem Patt kommt (siehe soeben bei Fn. 263). *Weiland* (soeben Fn. 263) befürwortet die Anordnung, weil das Verbot immerhin gegen Dritte wirke.

[266] *Ernst* in: FS Heldrich (2005) 113–142, 131. Sofern ein Verbot ergeht, soll solch ein Käufer sich darauf nicht berufen dürfen. – *Ernst* geht davon aus, dass das Verbot sich auf die Veräußerung an einen bestimmten Käufer beschränkt, wenn nicht „der Verkäufer die Bereitschaft erkennen lässt, die Sache an jeden beliebigen Interessenten zu veräußern" (128 mit Fn. 81). Ein Verbot zum Schutz gegen spätere Käufer müsste auch ein Käufer erwirken können, der von einem früheren Konkurrenten weiß. Denn eine Vormerkung, deren Wirkung sich nicht auf bestimmte Erwerber beschränken lässt, gewährt *Ernst* auch dem Bösgläubigen und verwehrt ihm nur, sich darauf gegen dem früheren Gläubiger, von dem er wusste, zu berufen (siehe oben bei Fn. 246).

[267] BGH, Urteil vom 14.06.2007, BGHZ 162, 370 = NJW 2008, 376 (zu konkurrierenden Anfechtungsansprüchen).

lich darauf stützt, dass Schuldner und Begünstigter durch die angegriffene Rechtshandlung abweichend von der *par condicio* verteilen, die nur das Insolvenzverfahren durchsetzen will.[268] Zweitens ist das richtige Mittel zur Sicherung von Anfechtungsansprüchen nicht die auf die Naturalerfüllung von Leistungsansprüchen angepasste einstweilige Verfügung, sondern der finanzielle Interessen wirksamer wahrende Arrest.[269]

dd) Doppelvermietung

Anders als die Literatur zum Doppelverkauf entscheidet die Rechtsprechung zur Doppelvermietung: Bevor die Räume übergeben wurden, erfährt ein Mieter, dass der Vermieter sie ein weiteres Mal vermietet hat, und begehrt, diesem die Übergabe an den anderen Mieter durch einstweilige Verfügung zu verbieten. Die meisten Oberlandesgerichte verweigern eine solche Verfügung. Das begründen sie hauptsächlich damit, dem Vermieter stehe es aufgrund der Privatautonomie bis zur Zwangsvollstreckung frei, welchem seiner Gläubiger er leiste. Teilweise wird auch angeführt, dass ein Instrumentarium fehle, um ein Übergabeverbot wirksam durchzusetzen, weil die Besitzüberlassung nicht den §§ 135 f. BGB unterliege.[270]

Die Literatur ist über die Zulässigkeit von Überlassungsverboten bei Doppelvermietung geteilter Auffassung.[271] Jedenfalls verfängt der Hinweis auf die

[268] Dazu *Albers* KTS 2022, 173–198.

[269] Überzeugend *Gaul* in: FS K. Schmidt (2009) 425–455.

[270] LG München I, Beschluss vom 16.5.1991, 14 T 8943/91, WuM 1991, 577 (weil die Verfügung nicht in Rechte Dritter eingreifen darf); OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.8.1996, 17 W 22/96, NJW-RR 1997, 77 (das konsequent mit *Wieling* auch für den Doppelverkauf keine Veräußerungsverbote erlassen will); OLG Brandenburg, Beschluss vom 6.8.1997, 3 U 72/97, MDR 1998, 98 (mit dem ergänzenden Argument, der Mieter hätte sich eine Dienstbarkeit eintragen lassen können); OLG Schleswig, Urteil vom 12.7.2000, 4 U 76/00, MDR 2000, 1428; OLG Hamm, Urteil vom 15.10.2003, 30 U 131/03, NJW-RR 2004, 521 („relative unwirksame Besitzüberlassung […] findet im BGB keine Stütze und ist auch denkgesetzlich problematisch", daher kein wirksamer Schutz möglich); KG, Beschluss vom 25.1.2007, 8 W 7/07, NZM 2007, 518; OLG Koblenz, Urteil vom 25.10.2007, 5 U 1148/07, NZM 2008, 248; LG Hamburg, Beschluss vom 10.1.2008, 334 O 259/07, BeckRS 2008, 19789; OLG Celle, Beschluss vom 29.9.2008, 2 W 199/08, NJOZ 2009, 265. – Hingegen hat das OLG Frankfurt, Beschluss vom 21.2.2022, 2 W 42/21, NJW-RR 2022, 1169, ein Verbot erlassen, das es aber nur durch Ordnungsmittel geschützt sieht (dazu unten bei Fn. 285), nicht durch §§ 135 f. BGB. Das OLG Düsseldorf, Urteil vom 4.10.1990, 10 U 93/90, NJW-RR 1991, 137, hat dem Vermieter sogar per einstweiliger Verfügung aufgegeben, an den Erstmieter zu übergeben; dazu noch unten bei Fn. 282.

[271] Für ein einstweiliges Verbot mit den Wirkungen von §§ 135, 136 BGB sind *Wichert* ZMR 1997, 16–19; *Katzenstein* ZZP 116 (2003) 459–495; *Kohler* NZM 2008, 545–558; ZZP 123 (2010) 439–472; *Muthorst* JJZ 2012, 127–144. Nur zugunsten des früheren Mieters soll ein solches Verbot ergehen nach *Derleder/Pellegrino* NZM 1998, 550–557 (555–557) (um kollidierende Verfügungen zu vermeiden; es soll aber von jedem vorbehaltlos abgeschlossenen Vertrag vermutet werden, dass es der erste ist). – Für ein nach § 890 ZPO vollziehbares

Privatautonomie nicht: Wegen seiner vertraglichen Verpflichtung steht es dem Schuldner gegenüber keinem seiner Gläubiger mehr frei, ob er leistet oder nicht.[272] Problematisch ist, ob dem Mieter nach dem Muster des Veräußerungsverbots eine Handhabe gegen seinen Konkurrenten an die Hand gegeben werden kann. Die §§ 135 f. BGB greifen nicht, weil die Vermietung keine Verfügung über die Mietsache darstellt.[273] Es wird aber vorgeschlagen, auf ein Verbot der Besitzeinräumung die §§ 135 f. BGB analog anzuwenden.

Bei verbotswidriger Überlassung wäre der berechtigte Besitz des Konkurrenten gegenüber dem durch das Verbot Begünstigten relativ unwirksam, sodass er vom Vermieter die Besitzüberlassung an sich selbst und vom Konkurrenten die nötige Mitwirkung verlangen könnte.

Wie für die Abwicklung der relativen Unwirksamkeit nach §§ 135 f. BGB überhaupt[274] werden auch für die einer relativ unwirksamen Besitzüberlassung verschiedene Mechanismen vorgeschlagen. *Jürgen Kohler* gewährt dem Vermieter wegen Unmöglichkeit seiner eigenen Leistung Rückgewähransprüche gegen den Empfänger der Sache; diese Ansprüche müsse er an den Begünstigten abtreten.[275] *Muthorst* schlägt vor, dass „dem geschützten Gläubiger durch bloße Einigung das Recht zum Besitz im Sinne von § 986 Abs. 2 BGB übertragen wird, so dass er den unmittelbaren Besitz beim Konkurrenten kondizieren kann".[276]

Dabei stellt sich das wenig diskutierte Problem, ob für den berechtigten Besitz auch § 135 Abs. 2 BGB zum Einsatz kommen kann, wonach die Vorschriften zum Erwerb vom Nichtberechtigten entsprechend angewendet werden, um den vom Verbot betroffenen Dritten zu schützen. Meist ist wohl an eine analoge Anwendung der §§ 932 ff., 892 Abs. 1 Satz 2 BGB gedacht, sodass dem Mieter bei beweglichen Sachen grobe Fahrlässigkeit oder Abhandenkommen

---

Verbot ohne die Wirkung der §§ 135 f. BGB (dazu unten bei Fn. 285) noch *Kohler*, Verfügungsverbot, 334; *Kluth/Grün* NJZ 2002, 473–479. – Jedenfalls im Ergebnis mit der Rechtsprechung votieren gegen ein Überlassungsverbot *Ulrici* ZMR 2002, 881–885 (weil §§ 135 f. BGB nicht anwendbar und eine Kollisionsnorm für mehrere Verbote fehle); *Hinz* NZM 2005, 841–858 (843–845); *Streyl* NZM 2008, 878–879; *Armbrüster/Mangold* ZMR 2020, 545–550.

[272] Richtig *Kohler*, NZM 2008, 545 (549); *Muthorst* JJZ 2012, 127–144 (137 f.). Siehe im Allgemeinen oben bei Fn. 6. – Nicht überzeugend OLG Hamm NJW-RR 2004, 521: „Schützenswert ist auch in dieser Situation nicht der Vermieter, sondern seine Privatautonomie. Diese gilt auch und gerade in der sog. Zwickmühle, und zwar bis zur Grenze des kollusiven oder sonstwie sittenwidrigen Verhaltens".

[273] Darum schützt auch die Vormerkung nicht davor, dass der Schuldner das Grundstück vermietet, auf das sich der vormerkungsgesicherte Anspruch bezieht (RGZ 106, 109 und BGHZ 13, 1; dazu oben bei Fn. 248). Zur Gegenmeinung neigt allerdings *Kohler* NZM 2008, 545–558 (554); ZZP 123 (2010) 439–472 (448 Anm. 37, 460 f. mit Anm. 82), der darum erst recht die auch hier vertretene Ansicht befürwortet, dass auf das Verbot der Besitzüberlassung die §§ 135 f. BGB analog angewendet werden können.

[274] Oben Fn. 259.

[275] NZM 2008, 545–558 (556); ZZP 123 (2010) 439–472 (458 f.).

[276] *Muthorst* JJZ 2012, 127–144 (142).

beim Begünstigten, bei Liegenschaften aber nur Kenntnis des Überlassungsverbots schaden würde, da ein solches Verbot nicht im Grundbuch eingetragen werden kann.[277]

Hingegen schlägt *Kohler* eine Analogie zu § 407 BGB vor, weil es um den „Schutz einer aus dem Mietvertrag herrührenden Forderung durch gerichtlich untersagte Leistung" gehe.[278] Das erscheint unpassend, weil es in § 407 um den Schutz von Schuldnern geht, die darauf vertrauen, dass ihr Ansprechpartner über die gegen sie gerichtete Forderung verfügen kann; bei § 135 Abs. 2 BGB hingegen um den Schutz von Gläubigern, die darauf vertrauen, dass ihr Schuldner über den Gegenstand der Forderung (nicht über die Forderung selbst!) verfügen kann. An die Vorschriften zur Zession wäre zu denken, wenn es darum ginge, dass – etwa bei drohendem Doppelverkauf einer Forderung – die Veräußerung der Forderung durch einstweilige Verfügung untersagt würde. Dann wäre zum Schutz des Schuldners § 408 Abs. 1 BGB anzuwenden, wenn er an denjenigen zahlte, dem verbotswidrig abgetreten wurde (denn auch im Fall der gepfändeten Forderung wendet die Rechtsprechung § 407 BGB auf die Zahlung des Drittschuldners an den Vollstreckungsschuldner an)[279]. Aber ein Schutz des Scheinzessionars käme auch dort nicht in Betracht; der müsste vielmehr die erhaltene Zahlung nach § 816 Abs. 2 BGB herausgeben.

Für den gutgläubigen Erwerb des berechtigten Besitzes an beweglichen Sachen ergeben sich diese Kriterien richtigerweise aus § 1007 Abs. 1 und 2 BGB: Indem der § 1007 BGB anordnet, wann Rechtsschutz gewährt wird, regelt er implizit die Voraussetzungen für den Erwerb und Verlust des geschützten Rechts; nämlich des Ersitzungsbesitzes und der „durch § 1007 verdinglichten Besitzrechte der Fremdbesitzer" (*Wieling*).[280] Um ein solches Besitzrecht, nämlich des Mieters, geht es hier.

Im Ergebnis erscheint vorzugswürdig, ein Besitzüberlassungsverbots analog §§ 135 f. BGB anzuerkennen und im Fall der Doppelvermietung zu erlassen. Wo Forderungskollisionen sich im Wettlauf der Gläubiger entscheiden sollen, ist einstweiliger Rechtsschutz geboten, und der Mechanismus des Veräußerungsverbots passt auch auf den berechtigten Besitz.

---

[277] Skeptisch *Hinz* NZM 2005, 845: „Indes wäre ein gutgläubiger Erwerb des Mietbesitzes nicht nur eine dem BGB gänzlich fremde Konstruktion, er wäre auch denklogisch kaum fassbar". Für den eigentlichen Anwendungsbereich des § 135 weist *Paulus* in: FS Nipperdey (1965) 909–937 (916) darauf hin, dass bei Liegenschaften der gute Glauben nur hinsichtlich eintragbarer Verbote geschützt wird. – Der „Wertung des § 932 BGB" entnimmt *Muthorst* in: BeckOGK (1.10.2024), § 136 BGB Rn. 20.2 das Erfordernis, „dass der konkurrierende Mieter bei der Besitzüberlassung nicht in gutem Glauben ist". Ganz offen *Katzenstein* ZZP 116 (2003) 459–495 (469).

[278] *Kohler* ZZP 123 (2010) 439–472 (444, 457 Anm. 72).

[279] Ständige Rechtsprechung seit RG, Urteil vom 21.12.1915, III 189/15, RGZ 87, 412 (414–418); zustimmend *Flume*, Rechtsgeschäft, § 17 6 d) (360).

[280] *Wieling*, Sachenrecht I, § 12 X 2 b; § 13 I 4 a; § 13 II 2.

3. Verfügungen anderen Inhalts

Wenn der eilrechtssuchende Gläubiger keine drohende Verfügung entkräften will und auch eine analoge Anwendung der §§ 135 f. BGB nicht in Betracht kommt, so begehrt er, dem Schuldner einstweilen ein bestimmtes Verhalten aufzugeben. Solche Verfügungen können mit Zwangs- und Ordnungsmaßnahmen durchgesetzt werden.

Zur Vollstreckung im Hauptsacheverfahren wurde oben ausgeführt, dass eine Kollision von Zwangs- und Ordnungsmitteln vermieden werden muss. Ich habe vorgeschlagen, dass die Festsetzung eines Zwangsmittels und die Androhung eines Ordnungsmittels gegenläufigen Zwangs- und Ordnungsmaßnahmen entgegensteht.[281] Dieselbe Wirkung sollten diese Maßnahmen auch dann haben, wenn sie dem Vollzug einstweiligen Rechtsschutzes dienen. Denn das Problem kollidierender Anordnungen stellt sich hier in gleicher Weise.

Man wird erwägen, die den einstweiligen Rechtsschutz vollziehenden Zwangs- und Ordnungsmittel stets hinter denen zur Vollstreckung eines ordentlichen Titels zurücktreten zu lassen. Aber dafür gibt es keinen Grund. Zwar soll die einstweilige Verfügung die Hauptsache nicht vorwegnehmen. Doch dieser Satz betrifft das Verhältnis zwischen Antragsteller und Antragsgegner, also zwischen Gläubiger und Schuldner, nicht das Verhältnis konkurrierender Gäubiger. Deren Wettlauf entscheidet der einstweilige Rechtsschutz mindestens häufig – so durch Arrest, Vormerkung oder Verfügungsverbot –, man wird sogar sagen können: typischerweise; und dies geschieht nie bloß vorläufig.

Dass gegenüber dem Schuldner die Hauptsache nicht vorweggenommen werden soll, hat allerdings Auswirkung darauf, welche Verfügungen überhaupt in Betracht kommen. Sich wie geschuldet zu verhalten, darf das Gericht dem Antragsgegner nur unter den engen Voraussetzungen einer Leistungsverfügung aufgeben. Bei Dauerschulden wird das Gericht eher zu der Anordnung neigen, dass der Antragsgegner sich jedenfalls bis auf weiteres konform verhält (was man als bloße Regelungsverfügung nach § 940 ZPO ansehen kann).

Fordern mehrere Gläubiger kollidierende Handlungen, die nicht an einen Zeitpunkt gebunden sind, so wird das um Eilrechtsschutz angerufene Gericht, wenn es die Hauptsache nicht vorwegnehmen will,[282] lediglich die Erfüllung an den anderen verbieten, also ein Unterlassen anordnen.[283] Obgleich derartige Unterlassungsanordnungen sich nicht eigentlich widersprechen – der Schuldner kann alles zugleich unterlassen –, setzt sich nach der oben entwickelten

[281] Dazu oben bei Fn. 186.

[282] Ohne Bemühen darum OLG Düsseldorf NJW-RR 1991, 137 (zur Doppelvermietung) (siehe oben Fn. 270).

[283] Nach der Sicht des Reichsgericht, wonach der Schuldner nicht schuldet, sich die Leistungsfähigkeit zu erhalten, geht die einstweilige Anordnung dann weiter als die Forderung des Gläubigers: oben Fn. 189.

Auffassung die frühere durch und verhilft damit auch der durch sie geschützten Handlungsforderung zum Sieg im Wettlauf.[284]

Eine solche Unterlassensanordnung wird auch als Lösung für die Doppelvermietung in Betracht gezogen (Verbot der Übergabe an den anderen).[285] Wer die Analogie zu §§ 135 f. BGB für möglich hält, muss die bloße Beschränkung des Dürfens als weniger zweckmäßig zurückweisen: Sie hilft dem Begünstigten nicht, wenn der Vermieter sich über das Verbot hinwegsetzt.[286]

Einen festen Platz hat das einstweilige Verbot im öffentlichen Dienstrecht: Konkurrieren mehrere Bewerber um eine Stelle, nimmt die Rechtsprechung an, dass ein Anspruch, im Bewerbungsverfahren berücksichtigt zu werden, mit Besetzung der Stelle erlischt, weil dies nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Dies hat das Bundesverfassungsgericht nur unter der Voraussetzung für verfassungsgemäß erklärt, dass ein zurückgesetzter Bewerber einstweiligen Schutz erwirken kann, um vollendete Tatsachen abzuwenden.[287] Dazu ordnen die Gerichte gegenüber dem Dienstherren einstweilig an, die Stelle nicht zu besetzen. Verstößt der Dienstherr hiergegen, so kann er sich „nach den in § 162 Abs. 2 BGB sowie in den §§ 135, 136 BGB zum Ausdruck kommenden, auch im öffentlichen Recht geltenden allgemeinen Rechtsgedanken" nicht auf die Besetzung berufen, sondern muss notfalls eine weitere Planstelle schaffen.[288] In diesen Fällen entscheidet allerdings das einstweilige Verbot keinen Wettlauf konkurrierender Gläubiger, weil von den Bewerbern zwar alle – übereinstimmend und ohne Kollision – auf ein faires Verfahren, aber nur der Beste Anspruch auf die Stelle hat: Nicht mehrere Forderungen kollidieren, sondern eine ist berechtigt, die andere nicht.[289]

V. Zur Überholung bei Kollisionen wegen beschränkter Haftung

Was bisher über den Sieg durch Zwangsvollstreckung und den Vollzug einstweiligen Rechtsschutzes ausgeführt wurde, bedarf der Einschränkung. Ohne weiteres gilt es nur, wenn die Gläubiger gerade um die Gegenstände miteinander konkurrieren, auf die der Schnellere zugegriffen hat, und es sich um eine Kollision wegen beschränkter Mittel handelt. Problematisch sind die Fälle der Kollision wegen beschränkter Haftung.

---

[284] Dazu oben im Text nach Fn. 189.

[285] Siehe die von *Kohler* früher und die von *Kluth/Grün* eingenommene Position (Fn. 271), die sich das OLG Frankfurt NJW-RR 2022, 1169 zu eigen gemacht hat (siehe oben Fn. 270).

[286] *Muthorst* JJZ 2012, 127–144 (140): „Mit der Unterlassungsverfügung würde der Gläubiger also Verhinderungsmacht statt Sicherungsmacht erhalten, zugleich mehr und weniger, als ihm zusteht"; in der Sache ebenso *Kohler* ZZP 123 (2010) 439–472 (445). Hingewiesen wird auch auf das Problem kollidierender Unterlassungsverfügungen; siehe oben Fn. 142.

[287] BVerfG, Beschluss vom 24.9.2002, 2 BvR 857/02, DVBl 2002, 1633.

[288] BVerwG, Urteil vom 21.8.2003, 2 C 14/02, BVerwGE 118, 370 (375); BAG, Urteil vom 18.9.2007, 9 AZR 672/06, BAGE 124, 80 (87).

[289] Darum geht der Vergleich von *Kohler* ZZP 123 (2010) 439–472 (451 f.) an der Sache vorbei.

1. Durch Erfüllung

Zu bedenken ist, ob die Grundlage einer siegreich errungenen Sicherheit oder vorläufigen Befriedigung wieder entfallen kann, wenn ein anderer Gläubiger befriedigt wird.

a) Bei betragsmäßig begrenzter Haftung

So verhält es sich insbesondere, wenn der Schuldner seinen Gläubigern nur bis zur Höhe eines gewissen Betrages haftet. Das Muster hierfür bietet die Haftung des Kommanditisten.[290]

aa) Sicherung

Dann nützt es dem Gläubiger nichts, wenn er sich an Gegenständen des Schuldnervermögens für seine Forderung eine Sicherheit verschafft hat. Noch immer kann der Schuldner den Haftungsbetrag dadurch erschöpfen, dass er an andere Gläubiger leistet. Dann kann die Forderung nicht mehr durchgesetzt werden, und der Verwertung der Sicherheit steht jedenfalls eine Einrede entgegen. Ebenso kann ein anderer Gläubiger dem vermeintlich gesicherten die Beute entreißen, indem er die Erfüllung im Wege der Zwangsvollstreckung erzwingt.

bb) Vorläufige Befriedigung

Problematisch ist, welche Bedeutung für den Wettlauf um eine Haftsumme die vorläufige Befriedigung hat, die ein Gläubiger erlangt, wenn er aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel vollstreckt oder der Schuldner leistet, um die Vollstreckung abzuwehren.[291] Nach einer Auffassung kann der Schuldner sogar dieser Befriedigung „wieder den Boden entziehen, indem er an einen anderen Gläubiger leistet und dadurch seine beschränkte Haftung ausschöpft". Denn durch die vorläufige Vollstreckung oder eine Abwehrleistung werde der Klaganspruch noch nicht erfüllt. „Mit anderen Worten: erst wenn der Vollstreckungstitel des klagenden Gläubigers rechtskräftig geworden ist, kann er sich sicher sein den Vollstreckungserlös auch behalten zu dürfen".[292] Doch daraus, das Rechtsprechung und herrschende Lehre in diesen Fällen die Klagforderung materiellrechtlich nicht als erfüllt ansehen,[293] wird man diese Folgerung

[290] Dazu im fünften Kapitel unter III.2.a).

[291] Zur Wirkung der vorläufigen Befriedigung bei Kollisionen wegen begrenzter Mittel siehe oben bei Fn. 85.

[292] *Gattringer* NZG 2023, 443–454 (451).

[293] RG, Urteil vom 28.5.1906, VI 547/05, RGZ 63, 330 (332); BGH, Urteil vom 19.1.1983, VIII ZR 315/81, BGHZ 86, 267; *Blomeyer* JR 1979, 490–492; *Braun* AcP 184 (1984) 152–177; *Krüger* NJW 1990, 1208–1213; dagegen *Czub* ZZP 102 (1989) 273–287 (auflösend bedingte Erfüllung).

nicht ziehen dürfen. Dass Vollstreckungsmaßnahmen materiellrechtlich die Erfüllung bewirken, muss auch bei der Vollstreckung rechtskräftiger Titel mühevoll konstruiert werden.[294] Die Frage ist pragmatisch von den prozessualen und materiellrechtlichen Folgen her zu entscheiden. Außer um das Problem der Verzugszinsen geht es bei der vorläufigen Vollstreckung vor allem darum, dem Schuldner in der Rechtsmittelinstanz alle Verteidigungsmittel gegen die Klagforderung zu erhalten: Der Schuldner soll zum Beispiel eine Aufrechnungsmöglichkeit, er soll überhaupt seinen Rechtsstreit nicht deswegen verlieren, weil der Gläubiger vorläufig vollstrecken durfte. Die Vollstreckung ist vorläufig, damit die Berechtigung der Klagforderung noch geprüft werden kann. Sie ist nicht vorläufig, um einem anderen Gläubiger zu erlauben, den vorläufig befriedigten zu überholen. Es ist nicht einzusehen, warum er das Erlangte wieder herausgeben soll, nur damit es ein anderer Gläubiger erhält. Zu erinnern ist daran, dass der Wettlauf dem Schuldner zwar faktisch die Wahl lässt, an den Gläubiger seines Beliebens zu leisten, dies aber einen bloßen Reflex der Nichteinmischung durch das Recht darstellt:[295] Der Schuldner hat kein Recht auf die Wahl, das ihm etwa in der Rechtsmittelinstanz erhalten bleiben müsste.

Wenn der Schuldner hingegen Sicherheit leistet, um die Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren Titels abzuwenden, so wird diese Sicherheit wie eine durch Vollstreckung erworbene Sicherheit zu behandeln sein. Sie schützt also nicht bei späterer Erschöpfung des Haftsumme.

b) Bei gegenständlich begrenzter Haftung

Bei Kollisionen wegen gegenständlich begrenzter Haftung dürfte es in der Konsequenz der gegenständlichen Haftungsbegrenzung liegen, dass einem Gläubiger, der sich an einem der Gegenstände des haftenden Vermögens gesichert hat, diese Position von konkurrierenden Gläubigern nicht mehr entzogen werden kann. Das gilt erst recht bei vorläufiger Befriedigung aus dem haftenden Vermögen. Denn die Haftung des Schuldners ist in diesen Fällen nur insoweit beschränkt, als die Gläubiger auf sein übriges Vermögen nicht zugreifen dürfen; auf das haftende Vermögen hingegen dürfen sie zugreifen wie bei unbeschränkter Haftung. Es fehlt hier aber an Anschauungsmaterial.

Sofern der Schuldner einen Gläubiger aus seinem nicht haftenden Vermögen befriedigt, kann er sich dafür an dem haftenden Vermögen schadlos halten. Dieses reduziert sich rechnerisch im Moment der Befriedigung; der langsamere Gläubiger hat auch dann schon verloren.[296] Dasselbe gilt, wenn der

[294] Dazu *Schünemann* JZ 1985, 49–57.

[295] Siehe oben bei Fn. 3 und Fn. 6.

[296] Siehe beisielhaft zum Vorzug des Erben beim Wettlauf um den Nachlass im vierten Kapitel bei Fn. 172.

Schuldner zur Abwendung der Zwangsvollstreckung vorläufig leistet und diese Leistung freiwillig aus seinem Eigenvermögen bestreitet. Befriedigt sich der Gläubiger aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel zwangsweise am Eigenvermögen des Schuldners, weil der Schuldner es unterlässt, dagegen vorzugehen, wird man das wie eine Leistung aus dem Eigenvermögen behandeln.

Wendet der Schuldner die Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren Titels durch Sicherheitsleistung ab, so wird diese Sicherheit wieder wie eine durch Vollstreckung errungene Sicherheit zu behandeln sein. Dann macht es einen Unterschied, ob der Schuldner aus dem haftenden Vermögen oder mit anderen Mitteln Sicherheit leistete; nur im ersten Fall schützt die Sicherheit gegen den Verbrauch des Vermögens für andere Gläubiger. Die übliche Sicherheitsleistung durch Bürgschaft eines Kreditinstituts (§ 108 Abs. 1 Satz 2 ZPO) belastet den Schuldner persönlich, nicht das haftende Vermögen; sie sichert den Gläubiger also nicht gegen Überholung.

2. Durch rechtskräftiges Urteil

Für die beschränkte Erbenhaftung hat der Gesetzgeber in den Wettkampf der Gläubiger eingegriffen, nämlich an Stelle des reinen Wettlaufs eine Zuteilung an den angeordnet, der zuerst ein rechtskräftiges Urteil erlangt (§§ 1973 Abs. 2 Satz 3, 1991 Abs. 3 BGB). Diese Zuteilung soll sich bei der Dürftigkeitseinrede auch gegen Gläubiger durchsetzen, die eine Sicherung erzwungen haben (§ 1990 Abs. 2 BGB); darunter sind aber richtigerweise nur Sicherungen an Gegenständen außerhalb des Haftungsvermögens und solche Sicherungen gemeint, die ein anderer Gläubiger erst erwirbt, nachdem die Forderung des einen in Rechtskraft erwachsen ist.[297] Erst recht ist ein Gläubiger sicher, der in die haftenden Gegenstände vorläufig vollstreckt hat oder dem zur Abwehr solcher Vollstreckung daraus geleistet wurde. Dasselbe gilt bei der analogen Anwendung der §§ 1973 Abs. 2 Satz 3, 1991 Abs. 3 BGB auf andere Konstellationen beschränkter Haftung.[298]

VI. Fazit

In der heutigen Praxis gestaltet sich der Wettlauf der Gläubiger also wie folgt:

Bei den Kollisionen wegen beschränkter Mittel gilt:

Ein Gläubiger, dem der Schuldner erfüllt, scheidet aus der Gruppe der Konkurrenten aus. Was seine Forderung angeht, ist die Kollision damit beendet. Das Schicksal des Schuldners und seines Vermögens berührt ihn nur noch in

[297] Dazu im fünften Kapitel bei Fn. 10.
[298] Dazu im fünften Kapitel bei Fn. 89.

den Grenzen der Insolvenzanfechtung. Leistet der Schuldner per Verfügung, so ergibt sich der geschilderte Effekt daraus, dass diese absolut oder dinglich wirkt[299] und sich auf die Forderung als Rechtsgrund stützen kann. Durch Verfügungen kann dem Gläubiger auch eine Sicherheit verschafft werden, die ihm wenn nicht die Naturalleistung, so jedenfalls die Befriedigung seines Leistungsinteresses in Geld garantiert.[300] Verfügungen wirken in der Reihenfolge ihres Abschlusses, also spätere nur, soweit sie nicht mit früheren kollidieren (verfügungsrechtliches Prioritätsprinzip). Dies gilt auch für Maßnahmen der Einzelzwangsvollstreckung.

Vorausverfügungen über Gegenstände, die noch nicht zum Vermögen des Verfügenden gehören, genießen allenfalls eingeschränkte dingliche Wirkung: Wo der Empfänger gegen kollidierende Zwischenverfügungen geschützt wird, braucht er auch die Einzelzwangsvollstreckung gegen den Verfügenden nicht zu fürchten,[301] doch bleibt sein Erwerb davon abhängig, dass der Verfügende nicht zuvor in Insolvenz fällt. So verhält es sich nach herrschender Meinung bei Verfügungen eines Nichtberechtigten über einen existierenden Gegenstand[302] ebenso wie bei der Vorausabtretung.[303] Vorausverfügungen werden insoweit nicht als Verfügungen, sondern wie bloße Verpflichtungen behandelt und den Regeln der Forderungskollision unterworfen.[304]

Erfüllt der Schuldner nicht freiwillig, müssen die Gläubiger die Leistung mit den Mitteln des Verfahrens erringen. Dabei hat das Recht im allgemeinen keine Ziellinie definiert, nach deren Erreichen ein Gläubiger den Vorrang beanspruchen könnte. Zu einem solchen verkürzten Wettlauf – nämlich bis zum rechtskräftigen Urteil – kommt es allerdings bei Kollisionen wegen beschränker Haftung;[305] wegen des Eingriffs in das freie Spiel der Kräfte kann man ihn auch umgekehrt als beschränkte Form der Zuweisung begreifen. Grundsätzlich kommt es darauf an, dass der Gläubiger dem Schuldner entreißt, was er von ihm will – so bei der Erzwingung der Herausgabe oder eines bestimmten Verhaltens. Bei der Vollstreckung von Geldforderungen erwirkt der Gläubiger schon vor der Befriedigung eine dingliche Sicherheit, die er später kommenden Gläubigern entgegenhalten kann.[306] Um bei der tatsächlichen Erzwingung von andauernden Verhaltenspflichten zu vermeiden, dass der Schuldner zwi-

[299] Zur Legitimität von Verfügungen oben ab Fn. 11.

[300] Zur Legitimität des Einsatzes von Verfügungen zum Zweck der Kreditsicherung oben bei Fn. 20.

[301] Der Schutz gegen Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen verhält sich wie der Schutz gegen Verfügungen, nicht wie der Schutz gegen das Insolvenzverfahren. Siehe oben Fn. 25, bei Fn. 28 sowie zur Vorausabtretung Fn. 57.

[302] Oben bei Fn. 27.

[303] Oben bei Fn. 55 und Fn. 74.

[304] Siehe am Ende der Übersicht unter II.3.g).

[305] Dazu im fünften Kapitel unter II.

[306] Dazu oben unter 1.

schen Zwangs- und Ordnungsmaßnahmen zerrieben wird, oder zwischen beiden, dürfen solche Mittel nicht mehr vollzogen werden, nachdem ein anderer Gläubiger eine gegenläufige Vollstreckung eingeleitet hat.[307]

Mit der Vollstreckung eines nur vorläufig vollstreckbaren Titels kann ein Gläubiger den Kampf um die beschränkten Mittel des Schuldners ebenso wie mit der Vollstreckung eines rechtskräftigen Titels gewinnen. Er gewinnt auch dann, wenn der Schuldner ihm zur Abwehr vorläufiger Vollstreckung leistet oder Sicherheit erbringt.[308]

Auf die Vollstreckung kommt es aber nur an, wenn ein Gläubiger seinen Anspruch nicht schon im einstweiligen Rechtsschutz gegen Dritte absichern kann.

Wer eine Geldforderung durchsetzen will, wird nach gegenwärtiger Praxis im einstweiligen Rechtsschutz nicht damit gehört, dass ihm andere Gläubiger zuvorzukommen drohen.[309] Kann er aber aus anderen Gründen einen dinglichen Arrest erwirken – etwa, weil er glaubhaft macht, dass der Schuldner Vermögenswerte beiseiteschafft oder ins Ausland flieht –, so erlangt der Gläubiger mit Arrestpfand (§§ 930 f. ZPO) und Arresthypothek (§ 932 ZPO) eine Sicherheit, die ihm auch in der Insolvenz bevorzugte Befriedigung verheißt. Sonst muss er den ordentlichen Titel abwarten, durch dessen Vollstreckung er mit Pfändungspfand (§ 804 ZPO) und Zwangshypothek (§ 867 ZPO) ebenso ein Vorrecht erlangt wie mit der Beschlagnahme für Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung (§ 11 Abs. 2 ZVG). Wenn allerdings bei Gerichtsvollzieher oder Gericht mehrere Anträge auf Pfändung oder Beschlagnahme zugleich vorliegen, werden sie ohne Rücksicht auf ihren Eingang gleichzeitig umgesetzt, sodass die Gläubiger denselben Rang erringen; diese Praxis ist abzulehnen.[310]

Wer eine Forderung durchsetzen will, deren naturale Erfüllung durch eine Verfügung vereitelt werden könnte, dem werden die Gerichte als einstweilige Verfügung (§ 935 ZPO) ein Veräußerungsverbot (§§ 135 f. BGB) gewähren, wenn er glaubhaft macht, dass der Schuldner an einen anderen Gläubiger zu leisten droht. Das lassen jedenfalls eine Entscheidung des BGH zu konkurrierenden Anfechtungsansprüchen[311] und die herrschende Lehre zum Doppelverkauf[312] vermuten. Demnach spielt es keine Rolle, welcher Gläubiger die ältere Forderung hat. Das Verbot setzt sich gegen spätere Zwangsvollstreckungsmaßnahmen durch, weil ein Recht an dem Gegenstand nur noch rechtsgeschäftlich nach den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb vom

[307] Dazu oben unter III.3 (bei Fn. 184).
[308] Siehe oben unter III bei Fn. 87.
[309] Siehe oben bei Fn. 212.
[310] Siehe oben bei Fn. 117, 122 und 135.
[311] Siehe oben bei Fn. 267.
[312] Siehe oben bei Fn. 264.

Nichtberechtigten so erworben werden kann, dass der Erwerb auch dem Verbotsbegünstigten gegenüber wirksam ist.[313] Auch spätere Verfügungsverbote zugunsten anderer Gläubiger sind gegenüber dem durch das erste Verbot Begünstigten relativ unwirksam. Einstweilen setzt der Verbotsbegünstigte sich auch gegen Geldgläubiger durch; ihm steht gegen deren Vollstreckungsversuche die Drittwiderspruchsklage zu (§ 772 ZPO).[314] Kommt es aber zum Insolvenzverfahren, so verliert das Verbot jeden Effekt (§ 80 Abs. 2 InsO).[315] Im Normalfall – denn das Insolvenzverfahren gibt für die Fälle der materiellen Insolvenz an, was der Gesetzgeber anstrebt und was praktisch meistens geschieht – schützt also das Veräußerungsverbot das Interesse an Naturalerfüllung nur gegenüber dem Interesse anderer Gläubiger an der Naturalerfüllung, nicht gegenüber den Vermögensinteressen anderer Gläubiger.

Bei anderen Forderungen kommen einstweilige Verfügungen anderen Inhalts in Betracht, um den Schuldner davon abzuhalten, an andere Gläubiger zu erfüllen (§ 938 ZPO). In den Entscheidungen zur Doppelvermietung lehnen die Instanzgerichte aber nicht nur eine analoge Anwendung der §§ 135 f. BGB auf die Besitzüberlassung ab, sondern erklären überhaupt, dem Schuldner die Wahl überlassen zu wollen, welche von mehreren kollidierenden Forderungen er erfüllt.[316]

Ein besonderes Instrument des Gläubigerschutzes und damit auch des Gläubigerwettlaufs stellt der Gesetzgeber im Immobiliarsachenrecht mit der Vormerkung zur Verfügung. Wer einen Anspruch auf ein Recht an einem Grundstück oder auf ein Recht an einem solchen Recht glaubhaft machen kann, kann ohne jeden konkreten Verfügungsgrund durch einstweilige Verfügung eine Vormerkung erwirken (§ 885 Abs. 1 BGB),[317] die sogar in der Insolvenz die naturale Erfüllung seiner Forderung sicherstellt (§ 106 InsO).[318]

Die geschilderte Praxis beurteilt für die verschiedenen Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes unterschiedlich, ob die drohende Forderungskollision einen hinreichenden Grund darstellt, um einstweiligen Rechtsschutz zu begehren, und inwieweit der einstweilige Rechtsschutz die Konkurrenz der Gläubiger entscheidet. Soweit die Gläubigerkonkurrenz aus dem Kreis der Rechtschutzgründe ausgeschlossen wird (beim Arrest und der Verfügung, die sich nicht auf ein Veräußerungsverbot richtet), erscheint dies ungerechtfertigt. Es ist nicht einzusehen, warum ein Gläubiger sich gegen eine Gefährdung seines Anspruchs nur deswegen nicht soll schützen dürfen, weil die Gefahr darin besteht, dass sich andere Gläubiger Deckung verschaffen. Dafür bräuchte es

[313] Siehe oben bei Fn. 254.
[314] Siehe oben bei Fn. 252.
[315] Siehe oben bei Fn. 250.
[316] Siehe oben bei Fn. 270.
[317] Siehe oben bei Fn. 241.
[318] Siehe oben bei Fn. 237.

einen besonderen Grund. Angeboten wird hierfür eigentlich nur das Postulat, der einstweilige Rechtsschutz solle nicht dazu dienen, den Gläubigerwettlauf zu entscheiden.[319] Man muss dies wohl deuten als einen Ausdruck des Misstrauens gegenüber dem Wettlauf.[320]

Dieses Misstrauen gegen den Wettlauf zeigt sich deutlicher in einem anderen Kontext: Für die Zwecke der Insolvenzanfechtung gelten Deckungen, die sich ein Gläubiger durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen verschafft hat, nach Rechtsprechung und herrschender Meinungen als inkongruent, werden also behandelt wie solche, die der Gläubiger nicht so oder nicht zu dieser Zeit beanspruchen durfte. In diesem Zusammenhang äußert der Bundesgerichtshof, es sei der Gläubigerwettlauf „nur so lange hinzunehmen", wie für alle Gläubiger Aussucht auf Befriedigung bestehe, hingegen solle in der Krise „eine Ungleichbehandlung der Gläubiger aber nicht mehr durch staatliche Machtmittel erzwungen werden".[321] Dahinter lässt sich der Gedanke erkennen, dass das Recht nicht von einzelnen Gläubigern „instrumentalisiert" werden solle, um sich gegenüber anderen einen Vorteil zu verschaffen und die Gleichbehandlung zu vermeiden.[322] Über die Voraussetzungen einer Anfechtbarkeit im Nachhinein mag man streiten, dass aber mit Rücksicht auf eine etwaige spätere Verfahrenseröffnung in der Krise etwa die Durchführung von Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen vom Vollstreckungsgericht verweigert werden dürfte oder müsste, wird auch der Bundesgerichtshof kaum vertreten.

Doch aus den eingangs zitierten Motiven geht hervor, dass es gerade zu den Aufgaben des Zivilverfahrens gehört, Gläubigerkonflikte außerhalb der Insolvenz nach dem Prinzip des Wettlaufs zu entscheiden.[323] Das Misstrauen ist unberechtigt. Soweit die Rechtsordnung statt des Wettlaufs verteilen möchte, gelingt ihr das im Insolvenzverfahren auch dann, wenn zuvor ein Vorzug begründet wurde, mit den Mitteln des Rückschlags oder der Anfechtung.[324] Ob und wann ein Insolvenzverfahren durchgeführt wird, steht aber noch nicht fest, wenn der einzelne Gläubiger um Sicherung seiner Forderung nachsucht. Nur falls es später wirklich zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens kommt, wird dadurch die Gleichbehandlung nachträglich zum Maßstab. Bis dahin muss es beim Wettlauf bleiben. Das von einem Gläubiger zur Rechtsdurchsetzung angerufene Gericht kann nicht von sich aus ein Insolvenzverfahren eröffnen und so die Gleichbehandlung einläuten; dann darf es auch nicht von

[319] Oder umgekehrt: nur exekutionsreife Forderungen dürften einen Vorrang erringen, dazu oben bei Fn. 214.

[320] Mit anderer Intention so auch *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 120–123, der in dieser Tendenz der Rechtsprechung sein Misstrauen gestützt sieht.

[321] Siehe BGH, Urteil vom 9.9.1997, IX ZR 14/97, BGHZ 136, 309 (juris Rn. 11, 13). Skeptisch *Albers* KTS 2022, 173–198 (194–197).

[322] In diesem Sinne hat sich *Moritz Brinkmann* mir gegenüber geäußert, dem ich für den Hinweis auf die Parallele danke.

[323] Siehe in der Einleitung bei Fn. 11 und Fn. 22.

[324] Zu Rückschlag und Anfechtung im sechsten Kapitel unter III.1.a).

sich aus den Wettlauf beenden oder sich ihm verweigern, sondern muss sich dafür hergeben. Die Alternative zum Wettlauf ist die Zuteilung, nicht die Verweigerung staatlichen Rechtsschutzes.

Als Ziellinie für den Wettlauf markieren die einstweilige Verfügung und die Vormerkung den Erfolg im einstweiligen Rechtsschutz. Das erscheint durchaus geeignet, weil dieser Erfolg mehr als der ordentliche Titel von der Schnelligkeit des Gläubigers und weniger von der Mitwirkung durch Gericht und Schuldner abhängt.[325] Darum wurde im Gesetzgebungsverfahren das Arrestpfand als notwendiges Korrelat des Pfändungspfandrechts befürwortet.[326] Dass Gläubiger begünstigt werden, deren Ansprüche leicht glaubhaft zu machen sind,[327] lässt sich durchaus rechtfertigen. Etwa dient ja auch das Urkundenverfahren (§§ 592–605a ZPO) dazu, in gewisser Hinsicht liquide Ansprüche schnell zur Vollstreckung zu bringen.

Indem das Reichsgericht die Gläubigerkonkurrenz als Arrestgrund abgelehnt hat, hat es nichts anderes getan, als die Entscheidung des Gesetzgebers für ein Arrestpfand zu unterlaufen und sich für den Fall der Forderungskollision auf die Seite seiner Gegner zu schlagen;[328] dieser Weg ist aufzugeben.

Entsprechend ist die drohende Leistung an einen anderen Gläubiger auch bei solchen Forderungen als Verfügungsgrund anzuerkennen, deren Konflikt nicht durch Veräußerungsverbot entschieden werden kann, weil sie nicht durch Verfügung erfüllt werden. Um ein Patt mehrerer Gläubiger zu vermeiden, muss der frühere Vollzug dem Vollzug gegenläufiger Verfügungen eines anderen Gläubigers entgegenstehen; er muss sich auch gegen spätere Verfügungen zur Vollstreckung eines ordentlichen Titels durchsetzen.[329]

Die generelle Anerkennung als Verfügungs- und Arrestgrund wirft die Frage auf, ob die Gläubigerkonkurrenz auch einen hinreichenden Grund darstellt, um gegen den Schuldner Selbsthilfe zu üben. Dafür fordert § 229 BGB die Gefahr, „dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde". Man deutet dies regelmäßig unter Verweis auf die Anforderungen der §§ 917, 918, 935 ZPO. Soweit die Literatur die Selbsthilfe nicht als Vollstreckung kraft eigener Kompetenz auffasst, sondern als Notgeschäftsführung, bei der der Gläubiger für den abwesenden Staat auftritt,[330] erscheint besonders naheliegend, die Voraussetzungen der Selbsthilfe an die des einstweiligen Rechtsschutzes anzugleichen. Man wird aber wohl davor zurückschrecken, den Wettkampf abseits des Rechtswegs auf das Feld der privaten Durchsetzung

[325] Siehe die Argumentation von Hagens und Hauser im Gesetzgebungsverfahren (oben bei Fn. 209).

[326] Wie oben bei Fn. 210 dargestellt.

[327] Wie im Gesetzgebungsverfahren gegen das Arrestpfand vorgebracht wurde; dazu oben bei Fn. 200.

[328] Dazu oben bei Fn. 213.

[329] Dazu oben IV.3.

[330] Zu diesen beiden Perspektiven mit dem Vorschlag eines gespaltenen Anwendungsbereichs des § 229 *Klingbeil*, Selbsthilferechte, 249 ff.

zu erstrecken: Die Vorstellung mag noch angehen, dass ein Gläubiger die Sache wegnehmen könnte, um zu verhindern, dass der Schuldner sie einem anderen Gläubiger übergibt. Aber dann müsste man auch erlauben, die Sache wegzunehmen, um einem vom Konkurrenten angestrengten Arrest zuvorzukommen. Das wird man keinesfalls wollen: Die Selbsthilfe soll das Fehlen staatlichen Rechtsschutzes kompensieren, nicht den Rechtsschutz bekämpfen, der einem anderen zuteil wird.

Hinzunehmen ist hingegen, dass das Naturalerfüllungsinteresse durch einstweilige Verfügung nicht für die Insolvenz und damit grundsätzlich nicht gegen kollidierende Geldgläubiger abgesichert werden kann. Das Recht bevorzugt Interessen, soweit es sie in Geld misst, gegenüber Naturalerfüllungsinteressen, die darüber hinausgehen – also in Geld nicht abbildbar sind oder nach rechtlichen Maßstäben nicht abgebildet werden. In der Insolvenz wird das Interesse, statt Geldersatz die Leistung in Natur zu erhalten, rücksichtslos enttäuscht (§ 45 Satz 1 InsO). In diesem Punkt überzeugt daher auch die Geschäftsanweisung der Gerichtsvollzieher, wonach Pfändungen der Wegnahme einer Sache vorgehen.[331] Der Gläubiger einer auf einen anderen Gegenstand gerichteten Forderung steht deswegen nicht schlechter als der einer Geldforderung. Denn um den in seiner Forderung latenten Ersatzanspruch zu sichern, bietet auch ihm nicht die einstweilige Verfügung, sondern der Arrest die richtige Handhabe. Nach der hier vertretenen Auffassung steht er etwa dem Käufer eines Kraftwagens stets zu Gebote, wenn er befürchten muss, dass der Schuldner nach Übergabe an einen anderen Käufer nicht vermögend genug sein wird, um ihm Ersatz zu zahlen. Wenn der Käufer wünscht, kann er natürlich zusätzlich mittels einstweiliger Verfügung die Naturalerfüllung immerhin bis zur Grenze der Insolvenz absichern. Das Ersatzinteresse nicht zugleich im Veräußerungsverbot, sondern mit dem Arrest gesondert zu sichern, ist auch zweckmäßig, weil es nicht auf den Gegenstand gelegt werden muss, in dem die Naturalerfüllungsinteressen kollidieren. Einer Sicherheit an dem doppelt verkauften Wagen wird der Käufer vielfach eine Arresthypothek an einer Immobilie des Verkäufers vorziehen, die rein tatsächlich nicht beiseite geschafft werden kann und bei der auch kein gutgläubiger lastenfreier Erwerb droht.

Die Vormerkung lässt sich nur als Ausnahme erklären. An geringere Voraussetzungen als an das Veräußerungsverbot – es muss kein Verfügungsgrund glaubhaft gemacht werden – knüpft die Rechtsordnung stärkere Effekte. Mit dem BGB wurde entschieden, dass der vormerkungsgesicherte Anspruch auch im Konkurs natural erfüllt werden soll. Die Gründe[332] sind nachvollziehbar: Der typischerweise hohe Wert von Grundstücken schafft für die Inhaber von

[331] § 127 Abs. 5 GVGA, siehe oben Fn. 136.

[332] Siehe die Erwägungen für den Verzicht auf einen Verfügungsgrund bei Fn. 241. Sie tragen auch die Wirkung im Konkurs, während der Vergleich zum Arrestpfand (bei Fn. 238) zu wünschen übrig lässt, da der Blick ebensogut aufs Veräußerungsverbot hätte gerichtet werden können, bei dem das Gegenteil zu beobachten war.

Forderungen, die sich auf Grundstücke beziehen, ein hohes Verlustrisiko.[333] Das Grundstück bietet für das Interesse des Gläubigers wegen seiner Unbeweglichkeit und der Publizität des Grundbuchs auch die beste Sicherheit; der Gläubiger hätte keinen Anlass, einen anderen Gegenstand auszuwählen, wie er es beim Arrest kann. Schließlich besteht bei Grundstücken typischerweise ein besonderes Interesse an der Naturalerfüllung. Dieses Interesse gewichtet die Rechtsordnung hier ausnahmsweise höher und erlaubt seine Sicherung auch gegen Geldforderungen.

Soweit der einstweilige Rechtsschutz nicht reicht, kommt es darauf an, wer dem anderen bei der Vollstreckung zuvorkommt. Inkonsequent relativiert wird der Wettlauf hier dadurch, dass in der Praxis gleichzeitig vorliegende Vollstreckungsanträge gleichzeitig behandelt werden, auch wenn sie zu unterschiedlichen Zeitpunkten eingegangen sind. Richtigerweise sollte hier wie bei § 17 GBO der Eingang den Wettlauf entscheiden.[334]

Jeder Wettlauf wegen beschränkter Mittel, diesen Vorbehalt muss man machen, bleibt insofern vorläufig, als der Sieg durch ein baldiges Insolvenzverfahren über das haftende Vermögen des Schuldners zunichte gemacht werden kann.[335] Dies gilt insbesondere für die im einstweiligen Rechtsschutz erstrittenen Sicherheiten, da der Gläubiger mit dem Arrest- oder Verfügungsgrund seine eigene Bösgläubigkeit hinsichtlich der Kollision dargetan hat.

Die Kollisionen wegen begrenzter Haftung erfordern einige zusätzliche Bemerkungen. Bei betragsmäßig begrenzter Haftung nützt das Erringen einer Sicherheit dem Gläubiger nichts, weil der Haftbetrag noch immer durch Erfüllung anderer Forderungen ausgeschöpft werden kann. Vorläufige Befriedigungen hingegen, also solche, die durch Vollstreckung eines vorläufigen Titels oder die Leistung zur Abwehr einer solchen Vollstreckung erlangt wurden, stehen im Wettlauf endgültigen Befriedigungen gleich, weil das Rechtsmittel – so die hier vertretene Auffassung – nicht den Zweck hat, den Gläubigerwettlauf zu verlängern.[336]

Bei gegenständlich begrenzter Haftung sollte Sicherheit an den haftenden Gegenständen zum Sieg im Wettlauf genügen, Sicherheit an anderen Vermögensgegenständen hingegen nicht. Der Gläubiger darf daher auf Sicherheitsleistung aus dem haftenden Vermögen bestehen. Ermöglicht der Schuldner

[333] Dieses Risiko tritt typischerweise bei jedem Grundstücksgeschäft auf, bei dem die Beteiligten die Fälligkeit der Gegenleistung an die Vormerkung knüpfen, weil wegen der Beteiligung des Grundbuchamtes nicht Zug um Zug abgewickelt werden kann. Daher ist für den Grundstücksverkehr notwendig, dass die rechtsgeschäftlich bestellte Vormerkung wie beschrieben wirkt. Der Begründung bedarf, warum die auf einstweilige Verfügung zurückgehende Vormerkung mit derselben Wirkung versehen wurde.

[334] Der oben Fn. 118 zitierten Auffassung ist zuzustimmen.

[335] Dazu näher im sechsten Kapitel unter III.1.a).

[336] Siehe oben unter V.1.a).

dem Gläubiger, sich aus nicht haftendem Vermögen vorläufig zu befriedigen, so sollte er auch damit den Wettlauf gewinnen.[337]

Wenn bei Kollisionen wegen beschränkter Haftung das rechtskräftige Urteil der Befriedigung gleichsteht – wie es in §§ 1973 Abs. 2 Satz 3, 1991 Abs. 3 BGB angeordnet ist[338] –, setzt sich eine Sicherheit gleichwohl durch, sofern sie vor Eintritt der Rechtskraft errungen wurde.[339]

[337] Siehe oben unter V.1.b).

[338] Die analog auf alle Kollisionen wegen beschränkter Haftung ausgedehnt werden können, siehe im fünften Kapitel unter II.5.

[339] Siehe oben unter V.2.

Viertes Kapitel

Zuweisung durch das Recht

I. Einführung

Während im letzten Kapitel dargestellt wurde, *wie* der freie Wettkampf der Gläubiger abläuft, soll dieses Kapitel aufzeigen, *wann* die Rechtsordnung es *nicht* dazu kommen lässt, sondern die Forderungskollision nach eigenen Kriterien auflöst. Das setzt immer die Feststellung voraus, dass eine Kollision tatsächlich vorliegt: Dem Wettlauf wird ein Ende gesetzt, weil man erstens dem Schuldner nicht mehr zutraut, dass es am Ende für alle Gläubiger gut ausgeht, und es zweitens nicht ihrer Schnelligkeit oder der Begünstigung durch den Schuldner überlassen will, wer befriedigt wird.

Einleitend wurde bereits hervorgehoben, dass man über das Ob der Zuweisung nicht unabhängig von dem Wie entscheiden kann.[1] Eine Zuweisung kann nur gerecht sein, soweit sie sich auch in einem praktikablen Verfahren umsetzen lässt. Jede Zuweisung bringt Aufwand und Haftungsrisiken mit sich. Kann die Kollision nicht zweckmäßig festgestellt oder kann nicht zweckmäßig zugewiesen werden, muss es beim Wettlauf bleiben.

Für jede Zuweisung kommen drei verschiedene Vorgehensweisen in Betracht: (1) Der Schuldner ermittelt selbst, welche Anteile auf welchen Gläubiger entfallen. Die Kollision wird im Rahmen der einzelnen Forderungsbeziehungen und prozessual zwischen den verschiedenen Gläubigern und dem Schuldner abgewickelt.[2] (2) Ein Dritter ist für die Zuteilung zuständig; etwa ein bestellter Verwalter oder ein Gericht. Dieser Dritte kann neben der Zuteilung andere Aufgaben haben: die Ermittlung des zu verteilenden Vermögens, die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners, die Liquidierung. All das leistet der Insolvenzverwalter, während der Sachwalter des Fonds zur Beschränkung der Haftung für Seeforderungen diesen lediglich zu verteilen hat. (3) Die Gläubiger machen die Verteilung unter sich aus. Ein Modell bietet das Verfahren bei Hinterlegung der Leistung. Nach dem Wortlaut von § 372 BGB erscheint eine Hinterlegung in Fällen der Forderungskollision allerdings nicht als statthaft: Weder säumt ein Gläubiger mit der Annahme (Satz 1), noch hindert ein in der Person eines Gläubigers liegender Grund die Leistung (Satz 2 Alt. 1). Auch eine „Ungewissheit über die Person des Gläubigers" (Satz 2 Alt 2) besteht nicht: Es geht nicht um die Inhaberschaft an einer

[1] Siehe in der Einleitung unter III am Ende (mit Blick auf die gleichmäßige Verteilung).

[2] Zu den Problemen, die das insbesondere dann bereitet, wenn der Schuldner bei der Zuteilung einen Fehler macht, siehe das sechste Kapitel.

einzigen Forderung,[3] sondern es ist „nur zu gewiß, daß zwei vollberechtigte Ansprüche vorhanden sind“ (*De Boor*).[4] Allenfalls hängen die Ansprüche in ihrer Höhe voneinander ab.[5] Man kann allerdings eine Analogie in Betracht ziehen.[6] Eine andere Form der Verlagerung des Konflikts zwischen die Gläubiger stellt es dar, wenn zunächst ein Gläubiger voll befriedigt wird und die anderen ihre Ansprüche dann gegen ihn geltend machen müssen.[7]

Ich will nicht versuchen, alle Vorrangregeln des deutschen Rechts oder auch nur alle Topoi zu erörtern, auf die zurückgegriffen wird, um in konkreten Konstellationen eine Rangordnung unter bestimmten Forderungen zu begründen.[8] So soll die Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs nicht näher untersucht, sondern sie kann vorausgesetzt werden.[9] Nicht diskutiert werden auch Privilegien für die Wertverfolgung[10] oder den Ersatz werterhöhender Verwendungen.[11] Es sollen vielmehr nur Kriterien betrachtet werden, die als generelle Prinzipien jeder Forderungskollision in Betracht kämen, um zu klären, wann und warum sie angewendet werden: ein Vorrang der älteren (II) oder der jüngeren Forderung (III), die gleichmäßige Befriedigung aller Forderungen (Verteilung im engeren Sinne) (IV) sowie das Losverfahren (V). Dabei behalte ich einige problematische Fälle, in denen Sonderformen des Gläubigerwettkampfs stattfinden, dem fünften Kapitel vor.

II. Vorrang der älteren Forderung (Priorität)

Die Stellung eines früheren Gläubigers ist tatsächlich günstiger: Er hat einen Vorsprung und die Gelegenheit, sich abzusichern oder die Leistung zu erwirken, bevor ein späterer Konkurrent überhaupt hinzutritt und den Wettkampf aufnimmt. Dabei kommt ihm das verfügungsrechtliche Prioritätsprinzip zu

[3] Treffend *Wagner* in: MünchKommBGB (9. Aufl. 2024) § 10 ProdHaftG Rn. 9.

[4] *De Boor*, Kollision, 92 (hier allerdings mit Blick auf die Kollision einer Forderung mit einem dinglichen Anspruch; dazu in der Einleitung bei Fn. 95).

[5] *Fischinger*, Haftungshöchstsummen, 54–56.

[6] Dazu zur Gefährdungshaftung unten bei Fn. 236 und im Fazit bei Fn. 381.

[7] Zu solchen Mechanismen im fünften Kapitel unter II.

[8] Zur Rechtfertigung eines Vorrangs siehe nun insbesondere *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 273–383 (für Forderungen im Allgemeinen), sowie *Hoffmann* AcP 220 (2020) 377–410 (für Kreditsicherheiten). Grundsätzlich für Konkursvorrechte *Mokal* Camb.L.J. 60 (2001) 581–621; hingegen grundsätzlich dagegen („zu verurteilen“), doch mit einer „Ausnahme“ für Arbeitnehmer (von deren Leistung alle Gläubiger profitiert hätten) *Gassert-Schumacher*, Privilegien, 342.

[9] Für eine Annäherung von der Seite des Tatbestandes der Unentgeltlichkeit, aber eine teleologische, *Fischer*, Unentgeltlichkeit.

[10] Grundlegend *Wilburg*, JBl 71 (1949) 29–33.

[11] Dazu *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 382 f. (für ein allgemeines Insolvenzprivilegium ablehnend), und *Hoffmann* AcP 220 (2020) 394 f. (den Gedanken als Topos für die Rangordnung von Kreditsicherheiten anerkennend).

Gute.[12] Rechtlich hingegen macht in der Regel keinen Unterschied, ob eine Forderung schon längere Zeit oder erst seit Kurzem besteht: Auf das Alter kommt es bei der Kollision nicht an. Dass dies bei dinglichen Rechten anders ist,[13] kann man als wesentlichen Unterschied von Schuld- und Sachenrecht ansehen.[14]

Im Fall der Insolvenz war es schon immer so. Für den Fall hingegen, dass mehrere Gläubiger von einem solventen Schuldner eine Leistung forderten, die dieser ihrer Natur nach nur einmal erbringen konnte, hatten das Sächsische BGB und der Dresdner Entwurf die Leistung dem früheren Gläubiger zugesprochen.[15] Vor allem gegen eine solche Lösung positionierten sich die Redaktoren des BGB, als sie sich gegen eine Normierung der Forderungskollision entschieden.[16] Die Ausnahmen im Gesinderecht und im Recht der Seeleute erklärten sich aus den dort bestehenden besonderen Gewaltverhältnissen; sie gelten heute nicht mehr.[17] Länger gehalten hat sich die Haftung für das Verleiten fremder Gesellen, Gehilfen und Lehrlinge nach der Gewerbeordnung.[18]

Dass die ältere Forderung in der Regel keinen Vorzug genießt, bedeutet praktisch, dass ein Schuldner die Leistung gegenüber späteren Gläubigern nicht mit dem Hinweis darauf verweigern darf, er müsse andere Gläubiger vorziehen, weil sie ältere Rechte hätten.[19]

In einer besonderen Konstellation hat der BGH einem Schuldner aber genau das gestattet. Es ging um Ansprüche aus der Registrierung eines Domainnamens bei der Vergabestelle DENIC. Nachdem Unbekannte gegenüber der DENIC einen Providerwechsel vorgetäuscht hatten, ließ der neue Provider die Domain gewinn.de in der Datenbank der DENIC auf einen anderen Inhaber eintragen. In einem Verfahren verklagte der frühere Inhaber den jetzt Eingetragenen auf Zustimmung zu seiner Wiedereintragung. Nach dem ersten Senat komme ein Anspruch wegen Eingriffs „in die Stellung des Forderungsinhabers als solche" in Betracht, jedoch nur, wenn die Forderung gegen die DENIC tatsächlich noch dem Kläger zustehe; außerdem nach den Grundsätzen der Eingriffskondiktion nicht, wenn der Bereicherungsgegenstand von einem Dritten geleistet wurde.[20] *Jan Felix Hoffmann* hat dargestellt, dass der BGH das Problem mit die-

[12] Siehe dazu im dritten Kapitel unter II.1.

[13] Siehe etwa *Wacke* JA 1981, 94–98 (96), der mit Pfandrechten vergleicht und hervorhebt: „Keine Rangordnung besteht hingegen unter kollidierenden Forderungsrechten. Unter mehreren Ansprüchen auf dieselbe Sache gilt daher kein Altersvorzug" (auch zu Ausnahmen). Wie andere (Einleitung Fn. 8) bezeichnet auch *Wacke* Wettlauf und Altersvorzug gleichermaßen als Priorität.

[14] Siehe im zweiten Kapitel bei Fn. 46.

[15] Siehe zum Sächsischen BGB im zweiten Kapitel III.4, zum Dresdner Entwurf im zweiten Kapitel III.5.

[16] Zu den Ausführungen im Vorentwurf Gebhards siehe im zweiten Kapitel bei Fn. 151.

[17] Siehe dazu im zweiten Kapitel bei Fn. 197.

[18] Siehe dazu im zweiten Kapitel bei Fn. 206.

[19] Die Notbedarfseinrede des Schenkers (§ 519 Abs. 2 BGB) bildet eine Ausnahme; dazu sogleich unter 2.

[20] BGH, Urteil vom 18.1.2012, I ZR 187/10, BGHZ 192, 203 – gewinn.de.

ser Entscheidung als Prätendentenstreit um eine einzige Forderung auffasst. Mit Recht hat er daran erinnert, dass die Subsidiarität der Eingriffskondiktion in solchen Fällen nicht gilt.[21] In einem anderen Verfahren verklagte der frühere Domaininhaber die DENIC selbst darauf, ihn wieder als Inhaber in die Datenbank einzutragen. Der siebte Senat beurteilte den Sachverhalt als Kollision mehrerer Forderungen. Die Revision hatte vorgetragen, es sei der DENIC unzumutbar, wenn sie abwechselnd von beiden Gläubigern in Anspruch genommen werden könnte. Der siebte Senat sah sich durch §§ 275 Abs. 2 und 3 BGB veranlasst, jedenfalls auf Einrede der Beklagten hin „den Konflikt unter angemessener Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten" im Wege der Abwägung zu lösen. Da Domains nach dem Prioritätsprinzip registriert würden, falle die Abwägung im Verhältnis zum früheren Gläubiger zu Lasten der Schuldner, im Verhältnis zum späteren Gläubiger zu ihren Gunsten aus.[22] Wiederum mit Recht sieht *Hoffmann* hier eine „verschleierte Rechtsfortbildung" der Domainforderung zu einer teilweise verabsolutierten Rechtsposition.[23] Als Beitrag zur Debatte um die Forderungskollision kann man die Ausführungen des Senats kaum würdigen, der auch selbst diese Debatte nicht zur Kenntnis nimmt. In der Sache erscheint indiskutabel, zwischen kollidierenden Forderungen von Fall zu Fall eine Rangordnung durch Abwägung der konkreten Interessen aller Beteiligten herstellen zu wollen, ohne sich dabei von allgemeinen Gesichtspunkten leiten zu lassen. Das höhere Alter gilt in unserem Schuldrecht im allgemeinen nicht als solcher Gesichtspunkt.

Das Gesetz zieht die ältere Forderung der jüngeren nur in einzelnen Konstellationen vor. Ein näherer Blick offenbart, dass es bei diesen Regeln schwerpunktmäßig darum geht, den Schuldner vor mehrfacher Inanspruchnahme zu schützen. Das Gesetz stellt klar, dass er nur einmal leisten muss, und gestaltet dies aus bestimmten Gründen so, dass er auf die ältere Forderung zu leisten hat. So verhält es sich bei der Auslegungsregel für die Auslobung und früher beim Frachtvertrag (1.); ebenso verhält es sich bei der Notbedarfseinrede des Schenkers (2.). Weitergehend und mit anderer Schutzrichtung berufen sich Rechtsprechung und Literatur mitunter auf den Topos der Priorität: Dann geht es um den Schutz des früheren Gläubigers. Gegen einen bösgläubigen späteren Gläubiger soll er sich durchsetzen können, selbst wenn ihm der Schuldner wegen Nichterfüllung haftete (3.).

Bei Lieferansprüchen aus Kaufvertrag plädiert *Ralf Michaels* für einen weitgehenden Vorrang des früheren Gläubigers. Einem Käufer stehe die Drittwiderspruchsklage zu: Spätestens durch die Klage erfahre der Pfändungsgläubiger vom Verkauf und dürfe nun nicht mehr verwerten.[24] Käufer auch in der Insolvenz des Verkäufers – und mithin gegen allerlei andere Gläubiger – zu schützen, schlägt *Michaels* immerhin *de lege ferenda* vor: Ihm erscheint „plausibel", ihnen ein Aussonderungsrecht zu gewähren.[25]

[21] *Hoffmann* JJZ 2014, 163–201 (180).
[22] BGH, Urteil vom 25.10.2012, VII ZR 146/11, BGHZ 195, 195 – Providerwechselauftrag.
[23] *Hoffmann* JJZ 2014, 163–201 (199 und passim).
[24] *Michaels*, Sachzuordnung, 411 f.
[25] *Michaels*, Sachzuordnung, 421.

1. Gesetzliche Auslegungsregeln

Dass der Schuldner nur an den leisten muss, der zuerst die Bedingungen erfüllt hat, um die Leistung von ihm fordern zu können, gilt bei der Auslobung, wenn die ausgelobte Handlung von mehreren vorgenommen wurde. Derselbe Altersvorzug begegnete früher bei der Beförderung aufgegebener Fracht. Vor allem findet er sich in Gestalt der Notbedarfseinrede im Schenkungsrecht.

a) Auslobung bei mehrfacher Vornahme

Haben mehrere die ausgelobte Handlung vorgenommen, so erhält nur derjenige die Belohnung, der sie zuerst vorgenommen hat (§ 659 Abs. 1 BGB). Man sieht dies traditionell als Regelung einer Forderungskollision an; so auch die weiteren Anordnungen, wonach die Belohnung bei gleichzeitiger Vornahme aufgeteilt oder zugelost werden soll (§ 659 Abs. 2 BGB), bei gemeinsamer Vornahme hingegen aufgeteilt (§ 660 BGB).[26]

Allerdings deuten diese dispositiven Regeln den Willen des Auslobenden aus.[27] Er bestimmt, unter welchen Bedingungen ein Anspruch auf Belohnung bestehen soll. Daher steht gar nicht das Verhältnis mehrerer an sich begründeter Forderungen in Rede. Ob man trotzdem von der Regelung einer Forderungskollision sprechen sollte, erscheint zweifelhaft. Zwar kann eine solche Regelung durchaus darin bestehen, einer der konkurrierenden Forderungen die Wirksamkeit abzusprechen – wenn ihr Zweck darin besteht, die Kollision zu vermeiden. Hier steht aber eine Kollision gar nicht zur Debatte, weil der Auslobende ersichtlich nur einmal belohnen will – was ihm als Herren des gesamten Geschäfts ohne weiteres zusteht. Es geht darum, überhaupt zu definieren, wofür genau die Belohnung versprochen wird: Weil der Auslobende die Sache lieber schnell als langsam erledigt haben will, regelmäßig für die früheste Vornahme der Handlung, nicht für die letzte.

Meldet sich der später Handelnde zuerst, wird der Auslobende häufig an ihn leisten. Vielfach werden die Auslobungsbedingungen ergeben, dass ihn das

---

[26] Dazu nur knapp im Rahmen der gleichmäßigen Verteilung bei Fn. 155 und des Losverfahrens bei Fn. 370.

[27] Dass es um nichts anderes geht, zeigen zu § 583 E I deutlich die Motive II 523 = Mugdan II 292 f.: Die erste Kommission ließ sich bei der Entscheidung, ob eine Auslobung wirksam ist, auch wenn die Handlung mehrfach vorgenommen werden kann, davon leiten, ob sie „ernstlich gemeint gewesen" sei. Nur den zuerst Handelnden zu belohnen, erachtete man als „dem muthmaßlichen Willen des Auslobenden entsprechend"; bei gleichzeitiger Vornahme trotz Teilbarkeit zu losen, werde „der Intention des Auslobenden nicht gerecht". Von einer „Auslegungsregel" spricht auch *Knütel* FS Kreft (2004) 6 = Ausg. Schr. 220. – Deutlich um Auslegungsregeln handelt es sich bei den §§ 2090, 2157 BGB, wonach anteilige Erbeinsetzungen oder Vermächtnisse, die in Summe hundert Prozent übersteigen, verhältnismäßig gekürzt werden, dazu unten im Rahmen der gleichmäßigen Verteilung knapp bei Fn. 155.

befreit.[28] Andernfalls leistet er auf eine Nichtschuld und bleibt der Forderung des früher Handelnden ausgesetzt.

b) Frachtverträge

Eine ähnliche Ausdeutung der Bedingungen, zu denen die eigene Leistung erbracht werden soll, enthielt für die Beförderung von Fracht auf der Eisenbahn der § 453 Abs. 3 HGB in der Fassung von 1900: „Die Beförderung der Güter findet in der Reihenfolge statt, in welcher sie zur Beförderung angenommen worden sind, sofern nicht zwingende Gründe des Eisenbahnbetriebs oder das öffentliche Interesse eine Ausnahme rechtfertigen."[29] Dadurch sollte ausgeschlossen werden, dass die Eisenbahnen einzelne Absender „in der Beförderungszeit" bevorzugten;[30] den Hintergrund bildete das Beförderungsmonopol.[31] Zugleich war klargestellt, dass nur die früheren Absender von der Eisenbahn die Beförderung mit dem nächsten Zug verlangen konnten, die Eisenbahn also den späteren wegen der Verzögerung des Transports auch nicht haftete. Die Annahme zur Beförderung erfolgte sozusagen unter dem Vorbehalt, dass zuvor angenommene Fracht zunächst transportiert werden würde. Da bei der vereinbarten Beförderung – anders als bei der einseitig gestalteten Auslobung – auch mehrere Ansprüche auf sofortigen Transport denkbar gewesen wären, hat die Regel eine haftungsbegrenzende Funktion. Die damit verbundene Entscheidung, wem die Eisenbahn für sofortigen Transport haftet, lässt sich daher als Regelung einer Kollision der Beförderungsansprüche ansprechen.

[28] Ist etwa für den Finder und Überbringer eines bestimmten Kronkorkens ein Gewinn ausgelobt, kann der Korken als Inhabermarke (§ 807 BGB) anzusehen sein; siehe *Albers* NJW 2017, 2380–2383 (2381 f.).

[29] Unwesentlich geändert durch Gesetz zur Änderung des Handelsgesetzbuchs vom 4.9.1938 (RGBl. S. 1149); weggefallen im Zuge der Privatisierung der Bahn zum 1. Januar 1994 gem. Art. 6 Abs. 42 des Gesetzes vom 27.12.1993 (BGBl. I S. 2378). Eine Parallelregelung enthielt die Eisenbahn-Verkehrsordnung (zur Geschichte und zum Verhältnis der Regeln *Staub*, HGB II (6./7. Aufl. 1900) § 453 Anm. 1–4); sie wurde insoweit durch Art. 3 des Transportrechtsreformgesetzes vom 25.6.1998 (BGBl I S. 1588) aufgehoben. – Nachwievor sind durch Abkommmen Höchstfristen für die internationale Beförderung vorgesehen, die subsidiär zur Parteivereinbarung gelten und die Haftung der Eisenbahn bestimmen; früher zusätzlich zu der Kollisionsregel. Siehe ursprünglich Art. 14 des Internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14.10.1890, RGBl. 1892, Nr. 39), nun Art. 16 der Einheitlichen Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Gütern (CIM) (Anhang B zum Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr [COTIF] vom 9.5.1980, BGBl. 1985 II 144, 224, in der Fassung vom 3.6.1999, siehe BGBl. 2002 II 2140, 2231).

[30] *Staub*, HGB II (6./7. Aufl. 1900) § 453 Anm. 14: „Begünstigungen der einzelnen Absender in der Beförderungszeit sind ausgeschlossen". Eine Begünstigung beim Tarif war zulässig.

[31] Das betont auch *Boor*, Kollision, 115 f. *Wacke* JA 1981, 94–98 (95) zieht eine Linie von den Zwangsmühlen des Mittelalters („Wer zuerst kommt, mahlt zuerst") bis zu modernen Monopolen. Er berücksichtigt auch eine Parallelregelung für die Vermittlung von Ferngesprächen in § 36 Abs. 5 Satz 3 der Fernmeldeordnung vom 5.5.1971 (BGBl. I S. 541).

2. Schenkungsversprechen

Wer ein wirksames Schenkungsversprechen abgegeben hat, kann die Erfüllung verweigern, wenn sie seinen eigenen Unterhalt oder die Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten gefährdete (§ 519 Abs. 1 BGB). Im Fall des Notbedarfs gehen früher Beschenkte den späteren vor: Wer Schenkungsversprechen abgegeben hat, die er nicht alle ohne Not erfüllen kann, darf zunächst nur die Erfüllung der jüngeren Versprechen verweigern (§ 519 Abs. 2 BGB).

Der erste Entwurf hatte auf die Notbedarfseinrede noch verzichtet.[32] Die Einrede, nicht aber der Altersvorzug hatte im römischen Recht ein Vorbild.[33] Zur Begründung des Vorrangs der älteren Forderung verweisen die Protokolle der zweiten Kommission[34] auf die Regel, dass Pflichtteilsberechtigte, wenn der Erbe zur Ergänzung nicht verpflichtet ist, ältere Geschenke nur zurückfordern können, wenn sie gegen später Beschenkte (wegen deren Entreicherung) keine Ansprüche haben. Der dem § 2329 Abs. 3 BGB entsprechende § 2015 E I war so begründet:

„Wie der eingesetzte Erbe als der später Begünstigte dem Beschenkten in der Haftung vorgeht, so geht auch der später Beschenkte dem früher Beschenkten vor. Hinzutritt, daß dem Erblasser nicht wohl die Möglichkeit eröffnet werden kann, eine von ihm gemachte Schenkung dadurch der Entkräftung auszusetzen, daß er eine weitere Schenkung macht".[35]

Derselbe Vorrang der älteren vor der jüngeren zeigt sich im Fall vollzogener Schenkungen bei der Rückforderung wegen Verarmung. Sie hatte erst die Reichtagskommission eingeführt.[36] Der früher Beschenkte haftet nur, soweit der später Beschenkte nicht verpflichtet ist (§ 528 Abs. 2 BGB).

Den Fall, dass der Bedürftige mehrere Schenkungsversprechen gleichzeitig abgegeben hat, regelt das Gesetz nicht.[37]

Die gesetzliche Anordnung für den Fall des Notbedarfs und der Verarmung lässt auf eine prinzipielle Rangordnung unter mehreren Forderungen aus Schenkungsversprechen schließen, die nicht nur in den ausdrücklich geregelten Fällen Beachtung verlangt.

Einen solchen zeitlichen Rang kennt auch das österreichische Recht: Gerät der Geschenkgeber in Dürftigkeit, kann er (im Vergleich zum deutschen Recht: nur) die Zin-

[32] Motive II 29 = Mugdan II 165 zu § 445 E I.

[33] Siehe zum Wettlauf mehrerer Schenkungsgläubiger gegenüber dem *beneficium competentiae* des Schenkers im ersten Kapitel bei Fn. 265.

[34] Protokolle II 22 = Mugdan II 747.

[35] Motive V 467 = Mugdan V 249.

[36] Mugdan II 1279; Jakobs/Schubert, SchuldR II 400–402.

[37] Richtigerweise steht dem Versprechende die Einrede gegenüber den Begünstigten anteilig zu. Dazu im Rahmen des Verteilungsgrundsatzes unten bei Fn. 290.

sen des geschenkten Betrages als Rente zurückfordern; hierbei muss er sich zunächst an spätere Empfänger halten (§ 947 Satz 2 ABGB). Auch wenn er durch Schenkungen seine Unterhaltspflichten verkürzt, kann der Berechtigte zunächst den später Beschenkten in Anspruch nehmen (§ 950 Satz 3 ABGB). Auch zur Sicherung von Pflichtteilsansprüchen wurden nach dem ABGB ursprünglich zunächst spätere Geschenknehmer herangezogen (§§ 951–952 ABGB a.F.). Die Erbrechtsnovelle 2015 ordnete stattdessen die gleichmäßige Haftung aller Geschenknehmer an (§ 789 Abs. 2 ABGB). Die Erläuterungen der Regierungsvorlage begründen dies damit, dass „die zeitliche Reihenfolge von Schenkungen zu Lebzeiten oft zufällig ist", und verweisen zudem auf das Gutachten von *Rudolf Welser* zum 17. Österreichischen Juristentag.[38] Dort heißt es: „Diese Bestimmung, welche davon ausgeht, dass immer nur der spätere Geschenkempfänger der verkürzende Teil ist, findet sich zwar in vielen Rechtsordnungen, entspricht aber nicht mehr unserem Rechtsempfinden. Die zeitliche Reihenfolge der Schenkungen ist oft zufällig. Es wäre auch eine unzutreffende Vermutung, dass ein Erblasser gerade mit den späteren Schenkungen die Verkürzung im Pflichtteil beabsichtigt".[39] Der Zusammenhang mit den §§ 947 Satz 2, 950 Satz 3 ABGB wird damit zerrissen.

a) Grundlage des Altersvorzugs

De Boor erklärte den Altersvorzug bei der Schenkung als „Anwendung des Grundsatzes nemo liberalis nisi liberatus".[40] Doch dieses Sprichwort weist allgemein auf die Schwäche der Schenkung gegenüber Schulden des Schenkers, daneben wohl auch besonders auf die Schwäche des unentgeltlichen Rechtstitels gegenüber dem entgeltlichen.[41] Über eine zeitliche Ordnung mehrerer freigebiger Geschäfte lässt sich ihm nicht ohne weiteres etwas entnehmen.[42]

Am besten lässt sich der Altersvorzug verstehen, wenn man auch die Notbedarfseinrede und die Rückforderung als Konsequenz eines stillschweigenden Vorbehalts auffasst: Das Geschenk soll nur unter der Voraussetzung versprochen sein, dass der Versprechende zur Erfüllung in der Lage ist. Das Vermögen zur Schenkung kann schon bei Abgabe des Versprechens fehlen oder erst später entfallen. Zwar wird es grundsätzlich auch durch Verbindlichkeiten gemindert, die der Versprechende erst später eingeht; doch auf Belastungen, die durch spätere Schenkungsversprechen entsanden sind, kann die Einrede nicht gestützt werden. Das lässt sich wie folgt erklären: Jeder Empfänger nimmt

[38] 688 der Beilagen, XXV. Geschäftsperiode – Regierungsvorlage – Erläuterungen, S. 36. – Zu den Problemen der anteiligen Rückforderung siehe (anhand des Grenzfalls der Schenkung auf den Todesfall) *Holzner* in FS Schauer (2022) 237–246, der ein „Außerstreitverfahren" unter Beteiligung aller Plichtteilsberechtigten und Beschenkten vorschlägt.

[39] *Welser*, Reform, 142 f.

[40] *De Boor*, Kollision, 127. Übersetzung: „Freigiebig sein kann nur, wer selbst [von Schulden] befreit ist".

[41] In diesen Kontext stellt es *Wacke* in: FS Seiler (1999) 325–369 (359–362).

[42] Nichts dazu denn auch bei *Wacke* a.a.O.; siehe aber für seine Position im sechsten Kapitel Fn. 17.

die gegenwärtige Vermögenslage des Versprechenden als Grundlage des Versprechens hin, einschließlich der bisher unentgeltlich eingegangenen Verbindlichkeiten. Hinnehmen muss er auch, dass der Versprechende weiter lebt und wirtschaftet, über Vermögenswerte verfügt und neue Verbindlichkeiten eingeht. Nicht hinnehmen muss er hingegen, dass seine Erwartung dadurch beeinträchtigt wird, dass der Schuldner zukünftig weitere Schenkungen macht. Sonst hätte der Schuldner eine Macht, die einer Befugnis zum Widerruf des Versprechens zugunsten anderer Begünstigter gleichkäme.[43] Jeder Beschenkte kann immerhin erwarten, dass der Schenker ihm nicht spätere Schenkungen entgegenhält.

Der Rangrücktritt späterer Gläubiger bei Schenkungsversprechen resultiert also aus der besonderen Haftungsbeschränkung, die der Schuldner dieser Versprechen genießt. Auf andere, insbesondere entgeltliche Verhältnisse ist dieser Vorrang der älteren Forderung nicht übertragbar: Wer für eine Leistung bezahlt, muss sich den Vorbhalt, der Schuldner wolle nur leisten, soweit nach Leistung an frühere Gläubiger noch etwas übrigbleibe, nicht gefallen lassen.

b) Teilbare und unteilbare Geschenke

Das Kriterium des Alters nimmt auf den Wert eines Geschenks ebensowenig Rücksicht wie darauf, ob es teilbar oder unteilbar ist. Der Schenker hat sich mit dem später Beschenkten auseinanderzusetzen und kann ihm gegenüber nur einbehalten oder von ihm zurückfordern, soviel sein Notbedarf oder seine Verarmung erfordern.

Bei der Rückforderung wegen Verarmung ist für unteilbare Geschenke vorgesehen, dass der Beschenkte das Verlangen abwenden kann, indem er dem Schenker den erforderlichen Unterhalt zahlt (§ 528 Abs. 1 Satz 2 BGB). Diskutiert wird, ob auch der Versprechensempfänger sich auf diese Weise gegen die Notbedarfseinrede verteidigen darf. Überwiegend wird eine solche Analogie aber abgelehnt, weil die Befugnis dem besonderen Interesse daran Rechnung trage, eine bereits realiter erhaltene Schenkung behalten zu dürfen.[44]

Zwar genießt dieses Interesse in der Tat größeren Schutz als das Vertrauen des Empfängers eines Schenkungsversprechens, wie die nur die Rückforderung einschränkenden Sonderregeln des § 529 BGB zeigen. Aber Grund genug, den Schenker beim Wort zu nehmen, bietet das Vertrauen des Versprechensempfängers allemal. Er sollte die Einrede abwenden können, wenn er das Versprochene in Natur erhalten will. Fraglich ist nur, ob es dazu – wie nach vollzogener Schenkung – genügt, wenn er eine Rentenzah-

[43] Gewährte man dem Schuldner, durch ein späteres Versprechen auf das frühere Einfluss zu nehmen, müsste man allerdings immer noch fragen, ob er nicht die mehreren Versprechensempfänger immerhin zu gleichen Anteilen befriedigen müsste.

[44] *Chiusi* in: Staudinger (2021), § 519 Rn. 11; *Harke* in: BeckOGK (1.10.2024), § 519 BGB Rn. 14; *Koch* in: MünchKommBGB (9. Aufl. 2023), § 519 Rn. 3.

lung anbietet, oder ob er den zur Deckung des Notbedarfs erforderlichen Kapitalbetrag als Einmalzahlung erbringen muss. Schließlich ist zu erwägen, ob auch in dem Fall, dass der Empfänger die Einrede nicht abwendet, der Wert des Gegenstands ihm insofern zu Gute kommen sollte, als der Versprechende dessen zur Deckung seines Notbedarfs nicht bedarf. Es bietet sich wohl an, auf das Problem die Rechtsprechung zu übertragen, die ergangen ist zur Kürzung von Vermächtnissen und Auflagen zu Gunsten von Erben, die Pflichtteile bedienen müssen (§§ 2318, 2322 BGB). Danach kann der Vermächtnisnehmer entscheiden, ob er Erfüllung des Vermächtnisses verlangt und dem Erben dessen überschießenden Wert erstattet, oder er sich vom Erben wertmäßig abfinden lässt (was der Erbe seinerseits durch Leistung des vollen Vermächtnisses abwenden kann).[45]

c) Relevanz bei nicht zu vertretenden Leistungshindernissen

Dass Schenkungsversprechen unter dem Vorbehalt anderer Schulden stehen, aber nicht unter dem Vorbehalt späterer Schenkungen und Schenkungsversprechen, verlangt als Grundsatz auch dann Beachtung, wenn der Erfüllung andere Hindernisse begegnen als der Vermögensverfall. Hat jemand aufgrund eines unverschuldeten Versehens[46] eine Sache mehreren versprochen, oder hat er aus einer Gattung versprochen, die teilweise untergeht, so muss auch hier der spätere Gläubiger das Nachsehen haben. Die besondere Wertung des Schenkungsrechts überlagert das Prinzip gleichmäßiger Verteilung, das in solchen Fällen für andere Forderungen gilt.[47]

Anders liegen die Dinge, wenn der Schenker das Hindernis zu vertreten hat. Der Haftung für die Nichterfüllung eines Schenkungsversprechens kann der Schuldner sich durch Berufung auf eine frühere Schenkung nicht entziehen. Weil der Schuldner haftet, bleibt es unter den Schenkungsgläubigern – wie auch sonst bei Kollisionen „Leistung oder Ersatz" – beim Wettlauf um die Naturalleistung. Den Maßstab für die Haftung gegenüber dem Zurückgesetzten bildet nach dem allgemeinen Grundsatz des § 521 BGB die grobe Fahrlässigkeit.

d) Relevanz in Insolvenz und bei Anfechtung

Der durch das bürgerliche Recht angeordnete Vorrang des früheren Schenkungsversprechens gebietet Beachtung in der Insolvenz. Hier geht das Insolvenzrecht fehl.

Für die ursprüngliche Konkursordnung von 1871 hatte sich das Problem noch nicht gestellt, weil danach „Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todeswegen" im Konkursverfahren

[45] BGH, Urteil vom 21.12.1955, IV ZR 105/55, BGHZ 19, 309.
[46] Zu solchen Fällen unter IV.4.b) bb).
[47] Dazu unten unter IV.4.c) cc).

nicht geltend gemacht werden konnten (§ 56 Nr. 4 KO 1871). Die auf das BGB abgestimmte Konkursordnung änderte das zwar nicht für das regluäre Konkursverfahren (§ 63 Nr. 4 KO 1898), aber für den jetzt umfassender besonders geregelten Nachlasskonkurs: Nach § 226 Nr. 3 KO 1898 sollten „die Verbindlichkeiten aus einer Freigebigkeit des Erblassers unter Lebenden" vor denen gegenüber Pflichtteilsberechtigten und aus Vermächtnissen und Auflagen befriedigt werden, mehrere – gemäß dem allgemeinen Grundsatz für Gleichrangige – „nach dem Verhältniß ihrer Beträge". Auf den erst mit der Notbedarfseinrede durch die zweite Kommission eingeführten Altersvorzug wurde das nicht abgestimmt. Der Gesetzgeber der Insolvenzordnung wollte auch im Regelinsolvenzverfahren dem Fall Rechnung tragen, das ausnahmsweise alle übrigen Gläubiger aus der Masse befriedigt werden können, und übertrug die Vorschrift aus dem Nachlasskonkurs, ohne die angeordnete Verteilung inhaltlich zu prüfen (siehe nun § 39 Abs. 1 Nr. 4 InsO; zu Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnissen und Auflagen § 327 Abs. 1 InsO).[48]

Die im einleitenden Satz angeordnete gleichmäßige Verteilung passt auf die Verbindlichkeiten der übrigen Ränge, aber nicht auf Verbindlichkeiten aus Schenkungsversprechen. Bei Zusammenschau mit den Vorschriften über Notbedarf und Verarmung gebietet eine systematische Auslegung, dass diese Verbindlichkeiten nicht verhältnismäßig, sondern solche aus früheren Versprechen vor denen aus späteren befriedigt werden. Praktisch relevant ist das nicht, weil selbst für die vorrangigen Gläubiger nie genug Masse vorhanden ist.

Für die Gläubigeranfechtung außerhalb der Insolvenz ergibt sich, dass nur ein früherer Schenkungsgläubiger die Schenkung an den späteren als unentgeltliche Leistung (§ 4 Abs. 1 AnfG) anfechten kann;[49] richtigerweise wird man aber auch damit die Einschränkungen einer Rückforderung wegen Verarmung nicht umgehen dürfen. Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen durch Gläubiger entgeltlich begründeter Forderungen oder den Insolvenzverwalter (§ 4 AnfG, § 134 InsO) wird durch das Prioritätsprinzip hingegen nicht eingeschränkt; der in Anspruch genommene muss sich beim später Beschenkten erholen.

3. Schutz gegen bösgläubige Neugläubiger

In den bisher angesprochenen Fällen resultiert das Prioritätsprinzip daraus, dass die Haftung des Schuldners auf bestimmte Weise beschränkt wird (nämlich auf Haftung gegenüber dem früheren Gläubiger). Einen anderen Charak-

[48] BT-Drs. 12/2443, S. 123.

[49] Zutreffend *Tuhr* AT § 94 III (577). Hingegen wähnt *Koziol*, Gläubigeranfechtung, 25, alle unentgeltlichen Erwerber auf einer Stufe und spricht deswegen dem Schenkungsgläubiger schlechthin eine Anfechtung gegen Beschenkte ab.

ter hat die Priorität, wenn sie als Topos dient, der die Position des früheren Gläubigers stärken soll.

Rechtsprechung und Literatur begründen so Ansprüche des früheren Gläubigers gegen den späteren, der ihm dadurch zuvorgekommen ist, dass er die Leistung vom Schuldner erhalten hat. Ist der Schuldner insolvent oder haftet er für die Kollision und die Leistung an den späteren nicht, so kann der frühere nur durch einen Anspruch gegen den späteren Gläubiger überhaupt sein Leistungsinteresse wahren. Zusätzlich gibt ein solcher Anspruch ihm eine Chance darauf, in Natur zu erhalten, was er begehrt; sich also nicht mit Geldersatz abfinden zu müssen. Dann stäche die schuldrechtliche Priorität die verfügungsrechtliche und machte rückgängig, was das Sachenrecht im Wege des Wettbewerbs über die Kollision entschieden hat.

In Betracht gezogen werden solche Ansprüche, wenn der spätere Gläubiger von der Kollision wusste, schon als er kontrahierte. Für diesen Fall hatten die Redaktoren des BGB erwogen, dem früheren einen deliktischen Anspruch zu gewähren. Dabei hatten sie sich mit dem im Gemeinen Recht diskutierten *ius ad rem* auseinandergesetzt, sich aber letztlich dagegen entschieden. Doch in der Rechtsprechung zur Haftung wegen sittenwidriger Verleitung zum Vertragsbruch lebt dieses Recht wieder auf.

a) Entscheidung gegen das ius ad rem

Noch heute stehen wir in der Tradition des sogenannten Rechts zur Sache (*ius ad rem*).[50] Nach diesem vor allem im Kontext des Doppelverkaufs[51] diskutierten Institut des älteren Gemeinen Rechts knüpft das Verpflichtungsgeschäft eine Beziehung des Gläubigers zur Sache, die sich gegenüber jüngeren Gläubigern immerhin dann durchsetzt, wenn diese davon wissen.

Im römischen Recht spielte der Doppelverkauf vor allem im Kontext des Schutzes des Ersitzungsbesitzers (durch die *actio Publiciana*) eine Rolle.[52] Den Gesichtspunkt der Sachzuordnung durch Vertrag eröffnete die mittelalterliche Rechtswissenschaft.[53] Im 19. Jahrhundert konzentrierte man sich auf die römische Regel, wonach bereits mit Abschluss des Kaufvertrags die Preisgefahr auf den Käufer überging. Daraus schien zu folgen, dass ein Doppelverkäufer nach Untergang der Sache von beiden Käufern Bezahlung verlangen durfte. Dass er dieser Konsequenz in der Praxis begegnete und davor

[50] Zur Geschichte des *ius ad rem* siehe *Ziebarth*, Realexecution; *Kindel*, Recht an der Sache; *Heymann* in: FS Gierke (1911) 1167–1185; *Landau* in: Proceedings 3 (1971) 81–102; *Wesener* in: FS Niederländer (1991), 194–213; *Dondorp* TR 59 (1991) 285–318 sowie *Dondorp* in: Proceedings 9 (1997) 553–574.; *Michaels*, Sachzuordnung, 61–200.

[51] Zum Doppelverkauf siehe den Überblick von *Ernst* in: Kaufen nach römischem Recht, 83–103.

[52] *Apathy*, ZRG RA 99 (1982) 158–187; *Thielmann* ZRG RA 111 (1994) 197–241.

[53] Dazu *Sella-Geusen*, Doppelverkauf.

zurückscheute, inszenierte *Jhering* als Erlebnis, das ihn von einem Weg abgebracht habe, den er später als Begriffsjurisprudenz geißelte.[54]

An diese ältere Diskussion knüpfte *Rudolf von Jhering* an, als er dafür plädierte, den Anwendungsbereich der Gläubigeranfechtung (*actio Pauliana*) so auszudehnen, dass jeder frühere Gläubiger daraus gegen einen ihn wissentlich überholenden Erwerber klagen können sollte, um sein Interesse an Naturalerfüllung durchzusetzen:

„Der Dritte, welcher eine Sache kauft, die ich nur durch eine act. in personam mir verschaffen oder wieder verschaffen kann, weiß, daß damit mein Anspruch auf die Sache (wenn auch nicht ökonomisch dem Geldwerth nach, so doch real) vereitelt wird; seine Handlung fällt für die unbefangene Rechtsauffassung ganz unter denselben Gesichtspunkt, wie die Handlungsweise dessen, der die Sache wissentlich von einem zum Bankerott stehenden Manne kauft oder geschenkt erhält, hier wie dort ist es ein ‚gestum in fraudem creditoris'. […] Nach allen Anzeichen übrigens, die in dieser Richtung vorliegen, bin ich überzeugt, daß das, was ich hier bloß als eine mögliche, denkbare Rechtsgestaltung hingestellt habe, nämlich die Ausdehnung der in personam actio auf den bösgläubigen Erwerber des Obligationenobjects in [ergänze: nicht, G.A.] zu langer Zeit geltendes Recht sein dürfte".[55]

Natürlich beschäftigte das *ius ad rem* auch die Redaktoren des BGB.[56]

Als Verfasser des Teilentwurfs Sachenrecht warf *Johow* die Frage auf, ob persönliche Verpflichtungen des „Vorgängers oder Rechtsurhebers" den Erwerb eines dinglichen Rechts hindern. Dazu analysierte er die Regelungen des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten,[57] die er als Verwirklichung eines *ius ad rem* kennzeichnete: „Sie hängen zusammen mit der Ausdehnung, welche das Landrecht dem Begriff der Schlechtgläubigkeit gegeben hat. Es soll moralisch verwerflich und deshalb rechtlich zu mißbilligen sein, wenn Jemand von der Erwerbung eines Rechts an einer Sache nicht zurücksteht, wiewohl er weiß, daß einem Dritten bereits ein persönlicher Anspruch auf die Erwerbung derselben Sache eingeräumt worden ist". *Johow* sah in dem *ius ad rem* also nicht eine Erstreckung der obligatorischen Wirkung auf Dritte, sondern das Mittel, um die relative Berechtigung vor einer Verletzung zu schützen. Auch das hielt er aber nicht für angebracht: „Der Veräußerer kann sehr gute (durchaus nicht unmoralische) Gründe haben, welche ihn bestimmen, das erste Geschäft nicht zu erfüllen, und der Er-

[54] *Jhering* JherJB 3 (1859) 449–488; dazu *Jhering*, Scherz und Ernst, 338 f. mit Anm. 1. – Dass *Jhering* mit der Begriffsjuristerei ein Zerrbild entwarf, hat die rechtshistorische Forschung lange erkannt (was sich jenseits rechtshistorischer Kreise allerdings noch nicht verbreitet hat). Siehe *Falk*, Windscheid, 10–15, 51–72; *Haferkamp*, Puchta, 26–46, 461 f. – Zu *Jherings* Deutung von Paulus D. 18,4,21 siehe *Pennitz* GROM 35 (2018) 145–158 (147–151).

[55] *Jhering* JherJB 10 (1871) 145–354, 330 und 331. Dies steht in dem Artikel über Reflexwirkungen rechtlicher Tatsachen, mit dem Jhering auch das Nachdenken über Interessengemeinschaften begann (dazu im zweiten Kapitel bei Fn. 219). Bekräftigend *Jhering*, Scherz und Ernst, 343 mit Anm. 1.

[56] Siehe zu *Gebhards* Vorlage für den AT bereits im zweiten Kapitel bei Fn. 138; zu *Johows* Vorlage für das Sachenrecht im zweiten Kapitel bei Fn. 140.

[57] Siehe dazu im zweiten Kapitel bei Fn. 84.

werber kann recht wohl der Meinung sein, daß der zur Sache Berechtigte von der Erwerbung des dinglichen Rechts absieht, weil er die übernommene Gegenleistung nicht zu erfüllen im Stande ist, oder an der Erfüllung der gegen ihn eingegangenen Verbindlichkeit kein Interesse mehr hat". Weil nicht jeder in Kenntnis des ersten geschlossene Zweitvertrag in bösem Glauben geschlossen werde, könne man kein allgemeines Recht zur Sache anerkennen.[58] Nach dieser Klarstellung, dass eine spätere Verfügung nicht wegen einer früheren Verpflichtung unwirksam sein können soll, erwog *Johow* erst in einem zweiten Schritt, dem früheren Gläubiger gegen den späteren Erwerber einen schuldrechtlicher Anspruch zu gewähren. Das scheitere aber daran, „daß obligatorische Rechtsgeschäfte regelmäßig nur die dabei unmittelbar Betheiligten verbinden und daß die Kenntniß eines Dritten von einem solchen Geschäfte kein Moment darstellt, welches eine Ausnahme von dieser Regel begründete".[59]

Die Geltung dieses Grundsatzes sollte nach *Johow* übrigens für Verfügungen nach Rechtshängigkeit des Anspruchs „außer Zweifel gestellt werden".[60] Der Redaktor fürchtete nämlich ein Missverständnis der Paragraphen der CPO, wonach bei Veräußerung der im Streit befangenen Sache das Urteil auch gegen den nicht durch guten Glauben geschützten Einzelrechtsnachfolger wirkt.[61] Daher schlug er als § 27 des Sachenrechts vor: „Ein Anspruch auf Eintragungsbewilligung, der durch ein Rechtsgeschäft begründet ist, wirkt nicht gegen die Sondernachfolger des Verpflichteten, selbst wenn die Nachfolge erst während der Rechtshängigkeit des Anspruches eingetreten ist." Später entschied die erste Kommission, von der Norm abzusehen, weil das BGB keine Auslegungsregeln für die CPO enthalten sollte.[62] *Johow* beschrieb seinen Vorschlag als „eine Anwendung des Satzes, daß dingliche Rechte mit Ansprüchen aus Rechtsgeschäften nicht kollidiren können".[63] So stellte er einen Bezug zur Lehre von der Rechtskollision her.

Dass der Sachenrechtsentwurf ein *ius ad rem* ablehnte, begrüßte der Redaktor für den Allgemeinen Teil. *Gebhard* umschrieb in seiner Einleitung die Wirkung des *ius ad rem* so: „Eine ältere gemeinrechtliche Doktrin gewährte dem Gläubiger, welchem ein Forderungsrecht auf Uebertragung des Eigenthums an einer bestimmten Sache zusteht, einen Anspruch auf deren Herausgabe gegen diejenigen Dritten, welche die Sache in Kenntniß des Bestehens eines solchen älteren Forderungsrechts erwarben". Jedoch sei römisches Recht, „daß das Forderungsrecht die Willenssphäre Dritter auch nicht in negativer Weise berühre". Zwar wirke jedes Recht in dem Sinn notwendig gegenüber Außenstehenden, dass es nicht nur für die Parteien bestehe, sondern seine Existenz „für Dritte nicht minder wahr" sei. Weitergehende Außenwirkung der Art, „daß es eine

[58] *Johow*, Begründung, 258, in: Schubert, SachenR I, 382. Außerdem, so schob er hinterher, habe es im Gemeinen Recht keine Stütze und sich auch in der neueren Gesetzgebung nicht durchgesetzt (383).

[59] *Johow*, Begründung, 259, in: Schubert, SachenR I, 383. Ausnahmen erkannte er an; siehe zur Geschichte der Vormerkung im dritten Kapitel bei Fn. 228.

[60] *Johow*, Begründung, 261, in: Schubert, SachenR I, 385.

[61] Es geht um §§ 236, 238 CPO, die dem heutigen § 325 Abs. 1 und 2 entsprechen. Zum richtigen Verständnis *Fervers*, Bindung Dritter.

[62] Jakobs/Schubert, SachenR I, 225 f.

[63] *Johow*, Begründung, 258, in: Schubert, SachenR I, 382. – Er wich danach insbesondere auch von der Position des Sächsischen BGB ab, wonach dem späteren Käufer seine Bösgläubigkeit hinsichtlich des früheren Kaufs schadete (dazu auch im zweiten Kapitel bei Fn. 101).

Willensunterworfenheit aller demselben Gegenüberstehenden erzeugt", müsse aber eben nicht jedem Recht zukommen. Daraus folgerte *Gebhard*: „Handlungen Dritter, welche die Realisirung eines Forderungsrechts unmöglich machen, sind nicht um deswillen, weil sie diesen Erfolg haben, Rechtsverletzungen".[64]

Die Kommissionen schlossen sich der Stellungnahme der Redaktoren gegen ein *ius ad rem* an. Es liegt nahe, dass diese Entscheidung darin wurzelte, wie die Gesetzesverfasser den freien Wettbewerb bewerteten.[65]

Noch heute folgen wir den Gesetzesverfassern, indem wir auch bei vorsätzlicher Vereitelung einer Forderung keinen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB gewähren.[66]

b) Sittenwidrige Verleitung zum Vertragsbruch

Den früheren Gläubiger schützt aber, dass das Verhalten des überholenden Konkurrenten unter Umständen als sittenwidrig erscheint. Wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung kann ihm ein Anspruch aus § 826 BGB zustehen.[67] Unter Konkurrenten kommt auch ein Ersatzanspruch wegen unlauteren Wettbewerbs in Betracht;[68] dabei geht es vor allem um das Verleiten von Arbeitnehmern und Kunden.[69]

Bis zur Novelle des Jahres 2004 forderte das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb hierfür ebenfalls einen Verstoß gegen die guten Sitten,[70] weswegen die wettbewerbs-

[64] *Gebhard*, Das subjektive Recht, 9 f., in Schubert, AT 1, 319 f.

[65] Diese „Spekulation" hat letztens *Thomas Ackermann* so formuliert: „Die gesetzgeberische Entscheidung ist vor diesem Hintergrund womöglich keine bloße Technizität, sondern Ausdruck einer Sicht auf den Wettbewerb, die sich im 19. Jahrhundert mit der rechtlichen Anerkennung der Gewerbefreiheit und dem Aufkommen der liberalen Marktwirtschaft im Vergleich zur Epoche des usus modernus und der naturrechtlichen Kodifikationen gewandelt hat"; *Ackermann*, ZfPW 2018, 27–56 (32). Allerdings kam auch das ABGB schon ohne *ius ad rem* aus.

[66] Für eine Anknüpfung an § 823 Abs. 1 BGB aber *Koziol*, Beeinträchtigung, 135–140, 161–163, 185–188; *Löwisch*, Deliktsschutz, 134–140. Unter anderen Aspekten befürwortet auch *Becker* AcP 196 (1996) 439–490 einen deliktischen Schutz der Erfüllungserwartung. – Die genannten Autoren gehen über die etablierte Auffassung hinaus, wonach die Norm immerhin die Inhaberschaft an der Forderung schützt: *Canaris* in: FS Steffen (1995), 85–99 (offen hinsichtlich eines Schutzes gegen Verleitung zum Vertragsbruch: 97); *Picker*, in: FS Canaris (2007), 1001–1035. Gegen jeden Schutz der Forderung nach § 823 Abs. 1 hingegen etwa *Medicus* in: FS Steffen (1995), 333–345.

[67] So – mit unterschiedlichen Kriterien für die Schwelle der Sittenwidrigkeit – *Oertmann*, in: FS Dernburg (1900), 63–89 (85 ff.); *Eulau*, Verleitung, 146 f.; *Hein*, Verleitung, 69, 131 ff.; *Kraßer*, Schutz, 332 f.; *Ackermann*, ZfPW 2018, 27–56.

[68] Dazu etwa *Scherer*, WRP 2009, 518–525; *Sosnitza*, WRP 2009, 373–378; *Ackermann*, ZfPW 2018, 27–56.

[69] Dazu bereits *Kohler*, Unlauterer Wettbewerb, 274 f., mit historischen Beispielen.

[70] § 1 UWG 1909: „Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden".

rechtliche und die bürgerlichrechtliche Rechtsprechung aus derselben Quelle fließen. Bis zur Novelle von 2015 wurde der Vertragsbruch am Kriterium der wettbewerbsschädlichen Unlauterkeit aus § 3 UWG bemessen.[71] Nach Auflösung der Generalklausel geht es heute darum, ob ein Mittbewerber „gezielt behindert" wird (§ 4 Nr. 4 UWG).

Die Rechtsprechung reicht in doppelter Hinsicht über die Tradition des *ius ad rem* hinaus: Erstens geht es nicht nur um Sachen, sondern um Leistungen jeder Art, und zweitens kann trotz der üblichen Rede von der Verleitung zum Vertragsbruch die Verleitung zur Nichterfüllung anderer Forderungen nach denselben Kriterien bewertet werden.[72]

Der nach § 826 BGB geschuldete Ersatz besteht darin, dass der Schädiger dem Geschädigten die vom Schuldner erhaltene Leistung überlässt (§ 249 Abs. 1 BGB).

Demgegenüber hatte der sechste Zivilsenat des Reichsgerichts in einem Urteil vom 23. Januar 1922 über den Doppelverkauf von Einrichtungsgegenständen allenfalls einen in Geld zu beziffernden Vermögensschaden für ersatzfähig erklärt.[73] Allerdings war auch der Tatbestand des § 826 BGB nicht festgestellt, weil 1.) der spätere Käufer geglaubt haben mochte, aufgrund früherer Verabredungen ein besseres Recht zu haben, zudem 2.) die Idee, sich gegenüber dem Erstkäufer auf das Eigentum eines Dritten zu berufen, möglicherweise nicht von ihm stammte, und 3.) für den Entschluss zum Zweitverkauf kausal nur war, dass der spätere Käufer weitere Gegenstände mitzukaufen bereit war.

Nach Auflösung des sechsten Senats konnte der zweite ohne Anrufung des großen Senats anders entscheiden und tat dies am 25. Januar 1924 in einem Urteil über den Doppelverkauf von Nähmaschinen: Bei der Naturalrestitution sei nicht nur die frühere Sachlage zu betrachten, sondern die herzustellen, die ohne das schädigende Ereignis eingetreten wäre; dann wäre aber an den Kläger übereignet und übergeben worden.[74]

Auch zu den Voraussetzungen der Haftung stammen die Leitentscheidungen vom Reichsgericht: Sittenwidrig war nach dem fünften Senat, einen Auflassungsanspruch in „komplottmäßigem Zusammenwirken" zu vereiteln,[75] nach

[71] § 3 UWG 2004: „Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, sind unzulässig". Dies wurde im UWG 2008 zu § 3 Abs. 1.

[72] Siehe zur Vereitelung eines Vermächtnisses BGH, Urteil vom 1.4.1992, IV ZR 332/90, NJW 1992, 2152.

[73] RG, Urteil vom 23.1.1922, VI 481/21, RGZ 103, 419.

[74] RG, Urteil vom 25.1.1924, II 286/23, RGZ 108, 58. Dem folgte RG SeuffA 79, Nr. 218 (unten Fn. 79). – Siehe im Übrigen schon RG, Urteil vom 17.2.1906, V 241/1905, Gruchot 50 (1906) 971 (dort unter dem „17. Februar 1896").

[75] RG, Urteil vom 9.12.1905, V 216/05, RGZ 62, 137: Der Kauf eines Grundstücks durch Angehörige der Frau, die ihren kaufrechtlichen Anspruch auf das Familiengut wegen Gütergemeinschaft an den Ehemann verloren hatte, von dem sie sich nun trennte, schädigt diesen sittenwidrig.

dem siebten Senat aber nicht, Aktien in dem bloßen Bewusstsein als Sicherheit entgegenzunehmen, dass sie an jemand anderen verkauft worden waren.[76]

Als der fünfte Senat sich später mit einem „bewußte[n] Zusammenwirken zur Umgehung und Schädigung fremder Rechte" begnügte, war im Fall ein dingliches Vorkaufsrechts durch Tausch umgangen worden;[77] das Zusammenwirken beschränkte sich also keineswegs auf die bewusste Mitwirkung am Vertragsbruch. Derselbe Senat verschliff allerdings seine Kriterien, wenn er später formulierte, regelmäßg liege Sittenwidrigkeit im „planmäßigen Zusammenwirken […] zur Vereitelung der älteren Rechte des ersten Käufers".[78] In diesem Fall eines Doppelverkaufs eines Grundstücks wog der Senat die Beweggründe der Käufer gegeneinander und tadelte den Zweitkäufer im Ergebnis nicht, weil er als Pächter sich vor der Kündigung durch den auf Inflation spekulierenden und ihm feindlich gesonnenen Erstkäufer schützen und so seinen Lebensunterhalt sichern wollte. Den Maßstab übernahm der Senat in einem anderen Fall des Doppelverkaufs eines Grundstücks, doch standen bei dieser Entscheidung die Rechtsfolgen im Vordergrund.[79]

Wesentliche Entscheidungen traf das Reichsgericht auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts.[80] Dass ein Wirt pachtvertragswidrig fremdes Bier beziehen wollte – der also zum Vertragsbruch schon bereit war –, durfte eine Brauerei nach dem sechsten Senat „im wirtschaftlichen Kampfe" ausnutzen.[81]

Über die Abwerbung von Mitarbeitern entschied derselbe Senat, dass nicht schon darin ein Verstoß gegen die guten Sitten liege, „daß die Beklagten absichtlich auf einen Vertragsbruch […] hingewirkt haben".[82] Dass § 125 GewO für die Verleitung fremder Gesellen oder Gehilfen Haftung anordnete, die Geltung dieser Norm aber für Gehilfen und Lehrlinge in Handelsgeschäften ausdrücklich ausgenommen war (§ 154 Abs. 1 GewO),[83] zeige schon, dass

[76] So – mit ausdrücklicher Abgrenzung gegen RGZ 62, 137 – RG, Urteil vom 30.10.1913, VII 185/13, RGZ 83, 237: Eine Schwester hatte Aktien von ihrem Bruder erst gekauft und sie ihm dann ohne Wissen ihres Mannes wieder überlassen, damit er sie als Sicherheit verwenden könne. Dass der Sicherungsnehmer von dem Unwissen des Mannes wusste, machte sein Handeln nicht sittenwidrig.

[77] RG, Urteil vom 1.7.1916, V 140/16, RGZ 88, 361 (366).

[78] RG, Urteil vom 18.5.1925, V 189/24, SeuffA 79, Nr. 139 (229).

[79] RG, Urteil vom 29.6.1925, V 255/24, SeuffA 79, Nr. 218 (357). Das Gericht entschied zur Naturalrestitution (dazu oben Fn. 74), auch führte es aus, dass mit der Haftung wegen sittenwidriger Schädigung nicht die Unwirksamkeit des Zweitverkaufs nach § 138 BGB einhergeht, dieser Kaufvertrag vielmehr das Innenverhältnis der Schädiger regiert.

[80] Zum Zusammenhang der unlauteren mit der sittenwidrigen Verleitung eben bei Fn. 68. – Der folgende Überblick orientiert sich an *Kraßer*, Schutz, 220–233.

[81] RG, Urteil vom 25.11.1911, VI 66/11, RGZ 78, 14 (18): Die Bierbelieferung ist selbst dann keine sittenwidrige Schädigung des Verpächters, wenn der kaufende Wirt kein Vermögen hat, sodass der Verpächter sich bei ihm wegen der an die andere Brauerei zu leistenden Strafe nicht erholen kann.

[82] RG, Urteil vom 31.5.1906, VI 386/05, JW 1906, 465 Nr. 23 (466).

[83] Siehe im zweiten Kapitel bei Fn. 208.

Haftung nicht den allgemeinen Grundsatz darstellen könne. Habe der Dritte den bisherigen Arbeitgeber verleumdet, so schade selbst das jedenfalls nicht, wenn es die Entscheidung zum Vertragsbruch nicht verursacht habe. Nach dem zweiten Senat hingegen verstieß als „zielbewußtes, planmäßiges Hinwirken auf den Vertragsbruch" gegen die guten Sitten und das Wettbewerbsrecht, einen fremden Handlungsgehilfen durch Freistellung von der Vertragsstrafe dazu zu überreden, sein Konkurrenzverbot zu verletzen.[84]

Ob darin ein Widerspruch zum Urteil des sechsten Senats lag, meinte der zweite nicht klären zu müssen, weil er aufgrund des UWG entschied, das im Fall des sechsten noch nicht gegolten hatte.[85] Der sechste sah den Widerspruch und verteidigte seinen Standpunkt in einem obiter dictum für die Verleitung im Allgemeinen und die Abwerbefälle im Besonderen, bei denen „die Wahrung der persönlichen Freiheit" des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sei.[86]

Das Reichsgericht setzte die bürgerlichrechtlichen und die wettbewerbsrechtlichen Verleitungsfälle regelmäßig in Zusammenhang. Keinen Unterschied machte etwa der sechste Senat, als er in seinem Urteil vom 27. April 1931 die Rechtsprechung zusammenfasste.[87] Nach seiner Auffassung verstieß der Käufer eines Grundstücks gegen die guten Sitten, wenn er die Bedenken der Verkäuferin, unter Bruch des Erstverkaufs auf die besseren Konditionen einzugehen, dadurch zerstreute, dass er „Gewährleistung gegenüber allen Regreßansprüchen" zusagte.

In der Begründung diagnostizierte der sechste Senat, die reichsgerichtliche Rechtsprechung schwanke dazwischen, jede Verleitung für sittenwidrig zu erklären (so angeblich der zweite und fünfte Senat) oder hierfür besondere Umstände zu fordern (so der frühere sechste Senat); die Frage müsse aber nicht entschieden werden, da im Fall jedenfalls solche Umstände vorlägen. Mir erscheint der Gegensatz überzeichnet. Die für die erste Position zitierten Entscheidungen forderten, soweit sie die Sittenwidrigkeit bejahen, hierfür das „komplottmäßige Zusammenwirken" (fünfter Senat)[88] oder – auch auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts – immerhin das „zielbewußt[e], planmäßig[e] Hinwirken auf den Vertragsbruch" (zweiter Senat)[89]. Das Sittenwidrigkeitsurteil kann schon im Ausdruck „verleiten" liegen, was nicht nur über „ausnutzen" und „sich beteiligen" hinausgeht, sondern auch über bloßes „hinwirken auf" hinausgehen kann.

[84] RG, Urteil vom 10.12.1912, II 333/12, RGZ 81, 87 (91). Dass das Konkurrenzverbot nicht durchsetzbar war, sondern ein Verstoß lediglich die Verpflichtung zur Zahlung einer Strafe nach sich zog, hatte für das Berufungsgericht, nicht aber für das Reichsgericht eine andere Beurteilung gerechtfertigt.

[85] RGZ 81, 87 (92).

[86] RG, Urteil vom 3.4.1913, VI 569/12, JW 1913, 866 (Nr. 11) (867). Zur Kontroverse der Senate *Kraßer*, Schutz, 220–223.

[87] RG, Urteil vom 27.4.1931, VI 566/30, JW 1931, 2238 (Nr. 10).

[88] RGZ 62, 137 (oben Fn. 75).

[89] RGZ 81, 87 (91) (oben Fn. 84).

Dass nach der Rechtsprechung *de facto* böser Glaube hinsichtlich der früheren Verpflichtung dem Erwerber schade und mithin das *ius ad rem* fortbestehe, weil alle abweichenden Beteuerungen nur *obiter dicta* seien,[90] erscheint mir unzutreffend.

Die Grenzen der Verleitenshaftung erodierten allerdings bald, und zwar auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts. In der Sache „4711" urteilte der zweite Senat im Jahr 1935 gegen einen Berliner Parfümeriegroßhändler, der sich unter Eingriff in das Vertriebssystem des Kölner Markenherstellers dessen Produkte zum Weiterverkauf beschafft hatte:

„Die Teilnahme an dem Vertragsbruch eines Abnehmers der Klägerin und seine Ausnutzung durch den Beklagten würden somit allein für sich nach den oben wiedergegebenen, in Fällen des Preisschleuderns bei Markenartikeln ausgesprochenen Grundsätzen der Rechtsprechung des erkennenden Senats nicht ausreichen, um das Geschäftsgebaren des Beklagten als unlauter […] anzusehen. Aber diese Beurteilung ließe sich nicht in Einklang bringen mit den vom erkennenden Senat in seiner Rechtsprechung immer stärker betonten strengen Anforderungen an die Lauterkeit und Anständigkeit im geschäftlichen Wettbewerb. […] Das zu Wettbewerbszwecken geschehene bewußte Hinwirken eines Dritten darauf, daß jemand vertragsbrüchig wird, d.h. die Verleitung eines anderen zum Wortbruch behufs Förderung des eigenen oder eines fremden Wettbewerbs, verstößt aber schon allein für sich betrachtet gegen die Grundsätze des unlauteren Wettbewerbs […]. Nach den Anschauungen des anständigen Durchschnittskaufmanns kann ein solches Mittel […] nicht mehr der Wahrung berechtigter Belange […] dienen, ist vielmehr wettbewerbsfremd. An sich bedarf es für die Annahme der Sittenwidrigkeit der Verleitung zum Vertragsbruch zu Wettbewerbszwecken auch nicht des vom Berufungsgerichts weiter festgestellten planmäßigen Handelns des Beklagten".[91]

Verleiten bedeutet hier nicht mehr als bewusstes Hinwirken, und auch dem steht die ausnutzende Teilnahme gleich. Als Grundlage gelten die „Anschauungen des anständigen Durchschnittskaufmanns". Später wies das Reichsgericht daneben auf das „gesunde Volksempfinden".[92]

Der erste Senat des Bundesgerichtshofs stellte der unlauteren Verleitung die „bloße Ausnutzung" wieder als lauter gegenüber, pflichtete dem zweiten Senat des Reichsgerichts aber darin bei, dass es auf planmäßiges Handeln nicht ankomme, sondern das „bewußte, zu Wettbewerbszwecken erfolgende Hinwirken" ausreiche: Schon dies widerspreche „in der Regel den Anschauungen eines anständigen Durchschnittsgewerbetreibenden" (nun wieder ohne „Volks-

[90] Es ist die Lesart von *Brandt*, Eigentumserwerb, 156–160. Ihm folgt *Michaels* und behauptet dasselbe für die Rechtsprechung des BGH; siehe unten Fn. 111.

[91] RG, Urteil vom 11.10.1935, II 198/35, RGZ 148, 364 – „4711".

[92] RG, Urteil vom 2.11.1938, II 70/38, GRUR 1939, 562 (566): „die vom Standpunkt gesunden Volksempfindens und anständiger Kaufleute mißbilligte Handlungsweise" stellt unlauteres Verleiten dar, auch wenn sie den Entschluss des „Verleiteten" gar nicht beeinflusste (auffällig anders RG JW 1906, 465; oben nach Fn. 82).

empfinden“).[93] Bald konsolidierte der Gerichtshof seine Position: Ein Eingriff in ein Vertriebssystem sei regelmäßig sittenwidrig, wenn der Dritte einen Abnehmer zum Vertragsbruch verleite; das bloße Ausnutzen eines solchen Vertragsbruchs hingegen nur, wenn zusätzliche Umstände hinzuträten (Preisunterbietung, Schleichbezug). Wenn das Vertriebssystem lückenlos sei, spreche für solche Umstände aber ein Beweis des ersten Anscheins.[94] Erst im Jahr 1999 ist der Gerichtshof hiervon wieder abgerückt und hat die Beteiligten auf die vertraglichen Vereinbarungen verwiesen.[95]

Auch im übrigen lockerte der Bundesgerichtshof die Haftungsmaßstäbe wieder und kehrte so zur Linie zurück, die das Reichsgericht in seinen Anfangsjahren verfolgt hatte.

In den fünfziger Jahren entschied der Gerichtshof noch, dass Sittenwidrigkeit umso näher liege, je stärker die verletzte Beziehung durch eine besondere Treuebindung geprägt sei. Darum haftete die Bank, die sich sicherungshalber eine Forderung hatte abtreten lassen, von der sie wusste, dass diese Mittel einem Innengesellschafter als Gewinnbeteiligung hätten ausgeschüttet werden müssen.[96] Der Gerichtshof urteilte: „Die Verleitung zum Vertragsbruch, die in der Person des Vertragsbrüchigen einen schweren Verstoß gegen eine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht enthält und die bezweckt, die mit den gesellschaftlichen Beiträgen erstellten und erarbeiteten Vermögenswerte den übrigen Gesellschaftern zu entziehen, muß bei einer Innengesellschaft als eine sittenwidrige Schadenszufügung im Sinne des § 826 BGGB angesehen werden.“

Nach diesen Grundsätzen hätte nahegelegen, vierzig Jahre später im folgenden Fall die Haftung zu bejahen: Jemand ließ sich nach der Wende die Rechte abtreten, die einem anderen wegen der Enteignung eines Grundstücks durch die DDR zustanden, obwohl er wusste, dass der Zedent dieses Grundstück treuhänderisch für einen im Westen ansässigen Treugeber verwaltet hatte. Doch nach dem Bundesgerichtshof begründete diese Kenntnis alleine noch keine Sittenwidrigkeit.[97]

Beim Abwerben von Mitarbeitern zeigt sich diese Rückkehr besonders deutlich. Während der sechste Senat des Reichsgerichts im Jahr 1906 aus der beschränkten Geltung von § 125 GewO geschlossen hatte, im Handelsverkehr sei das bewusste Abwerben erlaubt,[98] sah sich der Bundesgerichtshof im Jahr

[93] BGH, Urteil vom 17.2.1956, I ZR 57/54, GRUR 1956, 273 – Drahtverschluss.

[94] Insbesondere BGH, Urteil vom 14.6.1963, KZR 5/62, GRUR 1964, 154 – Trockenrasierer II.

[95] BGH, Beschluss vom 15.7.1999, I ZR 130/96, GRUR 1999, 1113 – Außenseiteranspruch. Die vertragliche Ausgestaltung des Vertriebssystems war inzwischen nicht mehr nur bei Lückenlosigkeit des Systems verbindlich.

[96] BGH, Urteil vom 24.2.1954, II ZR 3/53, BGHZ 12, 308 (316–321) (320). Auf dieser Linie bleibt BGH, Urteil vom 15.10.2013, VI ZR 124/12, NJW 2014, 1380; hier hatte die Beklagte allerdings fahrlässig verkannt, dass die ihr verpfändeten Mittel einem geschlossenen Immobilienfonds gehörten, und haftete daher nicht.

[97] BGH, Urteil vom 19.9.1995, VI ZR 377/94, JZ 1996, 416.

[98] Oben bei Fn. 82.

2007 durch die Abschaffung der Norm in seiner Auffassung bestärkt, dass es generell zulässig sei.[99]

In seiner einzigen Entscheidung zum Doppelverkauf betonte der Bundesgerichtshof im Jahr 1981, dass Verträge „grundsätzlich […] den außenstehenden Dritten nicht dazu [verpflichten], im Konfliktsfall die eigenen Interessen denen der Vertragspartner nachzusetzen". Zugleich evozierte der Gerichtshof zwar ein Erfordernis der „‚Loyalität' im Rechtsverkehr, insbesondere gegenüber dem Grundsatz ‚pacata sunt servanda'", und bezeichnete den späteren Vertrag als „Intervention zur Rechtsordnung", ja unter Umständen als „Widerspruch zur Rechtsordnung".[100] Machte der Gerichtshof unter der Hand aus der Forderung ein für spätere Vertragspartner beachtliches Element des objektiven Rechts? Zitate der Entscheidung übergehen oft den entscheidenden Umstand, dass im Fall die öffentliche Hand als Zweitkäuferin einen Privaten ausboten wollte. Die Bundesbahn hatte ein Grundstück gekauft, dass bereits an die Kläger verkauft war, die es als Ersatz für ein von ihnen an die Bundesstraßenverwaltung verkauftes Grundstück bewirtschaften wollten. In diesem Fall ergab sich die Sittenwidrigkeit schon aus der Freistellung von Ersatzansprüchen: Die öffentliche Hand treffe eine Pflicht zur „maßvolleren Interessenverfolgung", wobei der Eindruck vermieden werden müsse, „als seien die Kläger bei der Transaktion letztlich von der öffentlichen Hand hereingelegt worden".

Eine Verknüpfung von Sittenwidrigkeit mit bloßer Kenntnis begegnet im Kreditsicherungsrecht bei der Globalzession: Sie soll sittenwidrig sein, wenn in der Branche verlängerte Eigentumsvorbehalte üblich sind, mit denen sie kollidiert.[101] Außer den Verfügungen kollidieren hier auch Verpflichtungen, die Sicherheit zu stellen. In diesen Fällen macht man den Banken kaum mehr zum Vorwurf als das Wissen um diese Kollision. Doch werden hier spätere Gläubiger (und Verfügungsempfänger) (die Lieferanten) vor früheren (den Banken) geschützt. Die Begründung erscheint als vorgeschoben, um ein Privileg des Warenkreditgebers vor dem Geldkreditgeber zu verdecken.[102]

Nach der gegenwärtigen Rechtsprechung schadet dem Dritten also nicht schon das bloße Wissen, dass sein künftiger Vertragspartner, um ihm zu erfüllen, eine andere Forderung verletzen muss. Jedenfalls das Verleiten zum Forderungsbruch wird verlangt, wofür allerdings nach heute üblichem Verständnis das bewusste Hinwirken genügt; meist werden darüber hinaus weitere, erschwerende Momente gefordert. Weitergehend spricht eine Strömung in der Literatur dem früheren Gläubiger Rechte gegen einen späteren Vertragspart-

[99] BGH, Urteil vom 11.1.2007, I ZR 96/04, BGHZ 171, 73 – Außendienstmitarbeiter. Dazu *Sosnitza* WRP 2009, 373–378 (373 f.). – Aus der Zwischenzeit ziehe zum Problem *Janert*, Doppelarbeitsverhältnis; *Neumann-Duesberg*, DB 1971, 382–389.

[100] BGH, Urteil vom 2.6.1981, VI ZR 28/80, NJW 1981, 2184 (2186).

[101] Siehe zu Vorausverfügungen unter dem Gesichtspunkt der verfügungsrechtlichen Priorität im dritten Kapitel unter II.3 (bei Fn. 61).

[102] Unter diesem Gesichtspunkt noch unten bei Fn. 140.

ner kategorisch ab.[103] Als Tendenz in der Literatur gilt jedenfalls, dass die Haftung für Verleitung zum Vertragsbruch eingeschränkt werden soll, was mit dem Wiedererstarken des „Wettbewerbsgedanke[ns]" erklärt worden ist.[104]

Im Hintergrund wirkt wohl auch die Lehre vom effizienten Vertragsbruch (*efficient breach*). Weil es volkswirtschaftlich wünschenswert sei, wenn derjenige Güter erlange, dem sie am meisten wert seien, soll nach dieser Lehre das Recht einen Schuldner nicht daran hindern, seinen Gläubiger zugunsten eines mehr bietenden zu enttäuschen, solange er das Erfüllungsinteresse erstattet. Man hat mit dem *efficient breach* nicht nur gegen die Haftung für Verleitung zum Vertragsbruch, sondern auch gegen die Durchsetzung von Vertragsstrafen,[105] gegen gerichtlichen Erfüllungszwang und gegen die Abschöpfung eines rechtsgeschäftlichen *commodum* beim Schuldner[106] argumentiert.[107] Leitmotiv ist der Ausspruch von *Oliver Wendell Holmes*: „The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, – and nothing else".[108] So einfach ist der ökonomische Vergleich der verschiedenen Regelungsmodelle aber nicht: Wenn man den Vertragsbruch unterbindet, kann der neue Interessent die Leistung ja dem Gläubiger abkaufen. Dass er das gewünschte Ziel erreicht, könnten nur die dabei entstehenden Transaktionskosten verhindern – etwa eine Prämie, die der Schuldner verlangt, um den Kontakt zu seinem Vertragspartner herzustellen. Umgekehrt steht nicht fest, ob der Vertragsbruch überhaupt optimal verteilt: Nur weil der ursprüngliche Gläubiger einen günstigen Preis ausgehandelt hat, muss sein Interesse nicht geringer sein als das des späteren Interessenten. Um zu ermitteln, wer am meisten zu zahlen bereit ist, sind Nachverhandlungen nötig, die ebenfalls Transaktionskosten verursachen. Auch wird die Interesseforderung des enttäuschten Gläubigers selten ohne kostspieligen Streit abgehen. Die Aussicht hierauf ist geeignet, das Vertrauen in die Institution Vertrag zu untergraben und Parteien von Geschäften abzuhalten, die wirtschaftlich sein könnten. Wer will diese Effekte quantifizieren und gegeneinander wägen?[109] Und wer wollte das Recht nach dem Ergebnis einer solchen Abschätzung ausrichten?[110]

---

[103] *Köhler* in: FS Canaris (2007), 591–603; *Sosnitza*, WRP 2009, 373, 375 ff. – Einen neuen Deliktstatbestand hält *Vygen*, Verleitung, 126 f., 158 ff. für erforderlich.

[104] *Ackermann*, ZfPR 2018, 27–56 (32).

[105] In diesem Kontext wurde der Ausdruck geprägt: *Goetz/Scott*, Columbia Law Review 77 (1977) 554–594.

[106] So für das deutsche Recht *Au*, commodum.

[107] Das ist etwa der Tenor bei *Posner*, Economic Analysis, §§ 4.10–4.16. Dort findet man weitere Nachweise.

[108] *Holmes*, Harvard Law Review 10 (1897) 457–478 (462). Er verweist hierbei auch auf einen Ausspruch von Lord Coke, wonach der Aussteller eines *covenant* die Wahl haben wolle (und solle), ob er Ersatz leiste oder erfülle.

[109] Für diese Kritik an der Lehre vom effizienten Vertragsbruch stütze ich mich auf *Kronman*, University of Chicago Law Review 45 (1977–1978) 351–382 (353 f. Anm. 12); *Macneil*, Virginia Law Review 68 (1982) 947–969; *Ulen*, Michigan Law Review 83 (1984) 341–403; *Friedmann*, The Journal of Legal Studies 18 (1989) 1–24; *Nodoushani*, Rechtstheorie 37 (2006) 467–488.

[110] Für eine Fundamentalpolemik gegen die ökonomische Analyse siehe in der Einleitung bei Fn. 49.

c) Schutz schon bei Kenntnis?

Einzelne Autoren gehen über die Rechtsprechung hinaus und wollen Gläubiger gegen spätere Konkurrenten stets schützen, wenn die bei Begründung ihrer Forderung um den nötigen Bruch der früheren wussten. An die Tradition des *ius ad rem* knüpft ausdrücklich *Ralf Michaels* an. Wegen Verletzung der relativen Sachzuordnung will er den bewussten Zweitkäufer nach § 826 BGB haften lassen.[111] Wer wissentlich später gekauft hat, soll außerdem keine einstweilige Verfügung erwirken dürfen und, falls er gleichwohl eine erlangt hat, der Übereignung an den früheren Käufer zustimmen müssen.[112] Ein Gläubiger könne einstweiligen Rechtsschutz nur mit der Begründung begehren, dass sein Vorrecht gefährdet sei – nicht also ein späterer gegen einen früheren.[113] Die Regeln des Wettlaufs wären dann zu Gunsten des früheren Gläubigers modifiziert, während nach der herrschenden Auffassung frühere und spätere Gläubiger den Wettlauf unter gleichen Bedingungen starten.

Dass die Sache dem Gläubiger durch die Forderung bereits mit gewissen Drittwirkungen zugeordnet ist, ist ein Gedanke, den bereits *Karl Zierbarth* mit dem Hinweis darauf zu plausibilisieren versuche, dass der moderne Staat ihm Zwangsmittel gegen den Schuldner zur Verfügung stellt, um sie sich tatsächlich zu verschaffen.[114] Doch die Verbindung zwischen Erfüllungszwang und Drittwirkung ist nur zufällig.[115] *Inter partes* ist die Sache schon zugeordnet, wenn der Gläubiger das Erfüllungsinteresse verlangen kann, wie es ihm auch die Römer zugestanden und das *Common law* zugesteht. Umgekehrt erlaubten die Römer dem Eigentümer, seine Sache bei jedermann einzuklagen, obwohl sie auch im Sachenrecht keinen Erfüllungszwang kannten, sondern den Besitzer nur auf den Wert der Sache verurteilten.[116]

---

[111] *Michaels*, Sachzuordnung, 383 f., 388. Das entspreche schon der bisherigen Praxis (vgl. oben Fn. 90 die Auffassung *Brandts* zur Rechtsprechung des RG).

[112] *Michaels*, Sachzuordnung, 340 f. So werde dann die „gegenseitige Paralysierung" der Verfügungen aufgehoben, die er als zweckmäßigen Zwischenschritt ansieht.

[113] Mit dieser Begründung verwehrt auch *Wolfang Ernst* späteren Käufern, die beim Kauf vom früheren Verkauf wussten, sich durch einstweilige Verfügung und Vormerkung gegen frühere zu sichern: *Ernst* in: FS Heldrich (2005) 113–142 (124, 131 f.). Dazu im dritten Kapitel bei Fn. 246 und Fn. 266.

[114] *Zierbarth*, Realexecution. Dazu im zweiten Kapitel bei Fn. 13.

[115] Ebenso für das amerikanische Recht *Neufang*, Erfüllungszwang, 406: „In den USA historisch überkommen (und nicht sachlogisch vorgegeben) ist […] auch die Verknüpfung des Erfüllungszwangs mit dinglichen Vorstellungen, die vor allem beim Kauf dazu führen kann, daß die Verfügbarkeit von Erfüllungszwang die Rechtsstellung Dritter berührt" (näher 235–237). – Für das deutsche Recht formuliert *Ackermann*, ZfPW 2018, 27–56 (49 f.) „Zweifel" an einer „Unterwerfung des jeweiligen Schuldners unter einen vom Gläubiger geltend zu machenden Erfüllungszwang als Ausdruck des Satzes ‚pacta sunt servanda'" (gegen *Weller* und *Riehm*) und lehnt jedenfalls als „nicht zu billigende begriffsjuristische Verselbständigung" ab, hieraus Folgerungen für die Rechtsstellung Dritter zu ziehen.

[116] Die genannte Auffassung dürfte mit einer gewissen Überbewertung der Bedeutung der *specific performance* im Schuldverhältnis zusammenhängen. Zu diesem Trend auch im zweiten Kapitel bei Fn. 13. – Zur Geldverurteilung in Rom oben 25 f.

Für eine weitergehende Haftung hat *Ansgar Ohly* die Rechtsvergleichung ins Feld geführt.[117] Im englischen Präzedenzfall *Lumley v Gye* hatte der *Court of Queen's Bench* den Betreiber eines Opernhauses für das Abwerben einer Sängerin haftbar gemacht.[118] Zur Begründung hatte die Mehrheit ältere Entscheidungen zum Gesinderecht verallgemeinert.[119] Das ist deswegen bemerkenswert, weil das Gesinderecht statusrechtlich gefärbt war und das Gesinde der Herrschaft quasi dinglich zuordnete. Hieraus ergab sich ein besonderer Schutz gegen Dritte.[120] Vielleicht hat dieser Ausgangsfall die englische Rechtsprechung auf ein falsches Gleis gesetzt. Der Draft Common Frame of Reference jedenfalls enthält zwar eine Vorschrift zum Ersatz von Schäden, die durch „Verleitung zur Nichterfüllung" entstanden sind (*Loss upon inducement of non-performance of obligation*).[121] Durch die Beschränkung auf „inducement" und den Ausschluss bei Verfolgung berechtigter Interessen lässt diese Formulierung aber ähnlichen Erwägungen Raum, wie sie auch die deutsche Rechtsprechung kennzeichnen.[122] Allerdings ist das englische Vertragsrecht mit der naturrechtlichen Tradition eng verwoben, die zum Altersvorzug tendiert.[123] Das zeigt sich etwa, wenn *specific performance* nach *equity* deswegen nicht angeordnet werden soll, weil damit der Bruch einer älteren Verpflichtung befohlen würde.[124]

Noch heute begegnet das *ius ad rem* im spanischen Recht: Der Código Civil von 1889 kehrte zum Traditionserfordernis zurück, behielt aber aus dem französischen Recht die Regelung des Doppelverkaufs bei, wonach der Eigentumserwerb Gutgläubigkeit bei Übergabe voraussetzt (Art. 1141 Code Civil 1804; Art. 1473 Abs. 1 Código Civil). Diese Gutgäubigkeit bezieht sich in Frankreich, wo das Konsensprinzip gilt, auf das Eigentum; unter dem Traditionsprinzip muss sie sich auf die frühere obligatorische Berechtigung beziehen.[125]

---

[117] *Ohly* ZEuP 2021, 1017–1032; siehe auch *Ohly* in: FS Spellenberg (2010), 617–629.

[118] *Lumley v Gye* (1853) 2 El. & Bl. 216. Dementsprechend konstatierte Lord Coleridge am Ende seines abweichenden Votums: „That the law with regard to seduction of servants from their masters' employ, in breach of their contract, is an exception, the origin of which is known, and that that exception does not reach the case of a theatrical performer" (268 f.).

[119] Darauf weist auch *Ohly* hin.

[120] Vgl. zum deutschen Recht im zweiten Kapitel IV.3. Die in *Lumley v Gye* verneinte Frage, ob der Dienst bereits angetreten sein muss, damit Ersatzansprüche gegen den Dritten entstehen, bejahte das deutsche Recht.

[121] VI.–2:211 DCFR: "Without prejudice to the other provisions of this Section, loss caused to a person as a result of another's inducement of the non-performance of an obligation by a third person is legally relevant damage only if: (a) the obligation was owed to the person sustaining the loss; and (b) the person inducing the non-performance: (i) intended the third person to fail to perform the obligation; and (ii) did not act in legitimate protection of the inducing person's own interest".

[122] Im Kommentar zum DCFR wird die Vorschrift allerdings sehr weit aufgefasst. Zum „legitimate interest" heißt es dort zwar: „A person is not bound to allow a fortuitous legal opportunity to go to waste, solely because by grasping it detriment would be caused to a third party", doch wird dazu als Beispiel nur gebracht, dass der spätere Gläubiger erst nach Begründung seiner Forderung von dem früheren Konkurrenten erfährt (3383 f.).

[123] Zu dieser Tradition siehe in der Einleitung bei Fn. 33.

[124] *Lauterpacht* LQR 52 (1936) 494–529 (515–517); dazu *Albers*, in: Imperium, 265–319 (280 mit Anm. 71, 286).

[125] Dazu *Rodríguez-Rosado*, Abstraktionsprinzip, 45–49.

4. Ergebnis

Der Altersvorzug folgt im geltenden Recht vereinzelt aus besonderen Haftungsbeschränkungen: Der Auslobende muss nur an den zuerst Handelnden leisten; der Frachtführer musste nach früherem Recht nur das frühere Gut schnellstmöglich befördern. Die Leistungsversprechen weden als in diesem Sinne eingeschränkt aufgefasst.

Ähnlich verhält es sich im Schenkungsrecht, das im besonderen Maße durch den Vorzug des früher Beschenkten charakterisiert ist. Dieser Vorzug folgt aus der besonderen Privilegierung des Schenkers: Der Empfänger trägt neben dem Risiko sogar fahrlässig herbeigeführter Hindernisse daran, den konkreten Gegenstand zu leisten, auch das Risiko, dass das Vermögen für die Schenkung nicht ausreicht. Nach herrschender Meinung gilt dies sogar, wenn der Schenker sein Vermögen grob fahrlässig verschleudert.[126] Diese Haftungsbegrenzung lässt sich als ein stillschweigend vom Schenker gemachter Vorbehalt deuten, den der Beschenkte ebenso stillschweigend akzeptiert. Hierzu gehört auch, dass jeder Beschenkte sich ältere Schenkungen entgegenhalten lassen muss. Gehörte aber auch das Risiko späterer Schenkungen dazu, so wäre die Verbindlichkeit von Schenkungsversprechen und Schenkung weitgehend ausgehöhlt: Ein Schenker, dem für sich selbst nicht genug bleibt, könnte seine Zuwendung nach Belieben zu anderen Empfängern umsteuern.[127]

Schließlich erfordert dieser Vorrang über die enge gesetzliche Anordnung hinaus Beachtung: Bei mehreren Schenkungsversprechen, die sich auf eine Gattung beziehen, sollte, wenn die Gattung nicht für alle Beschenkten ausreicht, das frühere Versprechen den Vorrang haben.[128] Auch im Insolvenzverfahren sollten mehrere Forderungen aus Schenkungsversprechen nicht verhältnismäßig, sondern nach ihrem Alter befriedigt werden. Eine Schenkungsanfechtung sollte dem früheren Empfänger eines Schenkungsversprechens gegen einen später Beschenkten zustehen.[129]

Ein allgemeines Prioritätsprinzip hingegen, also eines, das jenseits von Schenkungen gälte, kennt unser Schuldrecht nicht. Das zeigt sich gerade im Kontrast zur Notbedarfseinrede beim Schenkungsversprechen. Im Allgemeinen darf der Schuldner die Erfüllung an einen späteren Gläubiger nicht unter Hinweis auf einen früheren verweigern, selbst wenn er Ersatzzahlung anbietet.[130] Anders als hier für Schenkungsversprechen vorgeschlagen, verleiht ihr höheres Alter einer Forderung im Allgemeinen auch keinen Vorzug in der Insolvenz.[131]

---

[126] Dazu noch im fünften Kapitel bei Fn. 17.
[127] Dazu oben 2.a).
[128] Dazu oben 2.c).
[129] Dazu oben 2.d).
[130] Oben bei Fn. 19.
[131] Anders de lege ferenda *Michaels*, siehe oben bei Fn. 25.

Im Wettlauf hat die ältere Forderung zwar einen faktischen Vorsprung, genießt aber kein Vorrecht. Der später hinzugekommene Gläubiger kann den früheren überholen, indem er schneller Arrest oder einstweilige Verfügung erwirkt.[132]

Dementsprechend kann ein Dritter zwar haften, wenn er eine bestehende Forderung durch eigene Geschäfte mit dem Schuldner sittenwidrig vereitelt. Dass er um den anderen Gläubiger weiß und dessen Enttäuschung in Kauf nimmt, begründet aber heute im allgemeinen noch keine Sittenwidrigkeit.[133] Erforderlich ist vielmehr, dass das neue Geschäft auf besonders verwerfliche Weise zustandekommt. Dass es um die Art und Weise des Geschäftsabschlusses, nicht um einen Vorzug der älteren Forderung geht, zeigt auch folgende Überlegung: Wer seine Forderung „gutgläubig" begründet hat, bevor er von einer älteren Forderung erfährt, dem wird man keinesfalls Sittenwidrigkeit vorwerfen, wenn er nun in Kenntnis der älteren Forderung seine jüngere mit harten Bandagen durchzusetzen sucht.[134]

Es mag sein, dass heute noch zutrifft, was *de Boor* für seine Zeit vermutete: dass laienhafter Rechtsüberzeugung am ehesten ein Vorrang der älteren Forderung entspricht, und der Vorwurf: „Aber mir haben Sie zuerst versprochen!".[135] Dass der frühere nicht besser behandelt wird, erscheint dennoch richtig, weil er sich dem späteren angleicht, indem er Gläubiger bleibt. Wer glaubt, vertraut auf das, was kommt. Er will seinen Teil nicht an der Gegenwart, sondern an der Zukunft. Wer Kredit gibt, setzt auf das Vermögen seines Schuldners, nämlich dessen *fortune* oder Schicksal, darauf, was er zukünftig vermag. Mit dem Kredit soll der Schuldner wirtschaften, vom Erfolg hängt die Rückzahlung ab. Daher kann sich morgen nicht auf Priorität berufen, wer heute seine Forderung nicht liquidiert; er ist wieder aus der Schlange herausgetreten und kommt gemeinsam mit späteren Gläubigern neu an den Schuldner heran. Forderungen unterschiedlichen Alters treffen sich in der Gegenwart, auf die sie zielen, um dort ihren Effekt gleichzeitig zu entfalten.[136]

---

[132] Für die Gegenauffassung siehe oben bei Fn. 113.

[133] Dazu oben 3.b).

[134] Überzeugend *Löwisch*, Deliktsschutz, 113. Den Punkt sieht auch *Michaels*, Sachzuordnung, 376; doch urteilt er bei der Drittwiderspruchsklage anders (siehe oben Fn. 24).

[135] *De Boor*, Kollision, 142.

[136] Daher erscheint mir die Behauptung unzutreffend, der Privatautonomie entspreche an sich ein schuldrechtliches Prioritätsprinzip, von dem die Rechtsordnung nur zum Schutz des Verkehrs abgehe. So aber *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 31 f. (im Rahmen seines Angriffs gegen die Überhöhung des verfügungsrechtlichen Prioritätsprinzips); doch dazu schon oben in der Einleitung bei Fn. 78.

III. Vorrang der jüngeren Forderung (Posteriorität)

Als Prinzip der Forderungskollision könnte man statt des Altersvorzugs umgekehrt einen Vorzug jüngerer Forderungen vor älteren in Betracht ziehen (Posterioritätsprinzip).[137] Schon der römische Jurist Ulpian schrieb, dass manchmal der Spätere vor dem Früheren Vorrang genießt.[138]

In der Praxis wird sich häufig einen Vorrang ausbedingen wollen, wer Kredit geben soll, nachdem anderer Kredit verbraucht wurde. Die früheren Investitionen sind verloren, wenn nicht weiter investiert wird. In solchen Situationen werden frühere Gläubiger bereit sein, in einen Vorrang der späteren einzuwilligen. Das begegnet bei der Sanierung von Unternehmen, wo regelmäßig Rangvereinbarungen (siehe § 39 Abs. 2 InsO) getroffen werden. Einen gesetzlichen Vorrang des Restrukturierungsfinanzierers kennt das deutsche Recht bislang nicht.[139] Man kann allerdings in diesen Kontext stellen, dass der Insolvenzverwalter und die, mit denen er für die Masse Geschäfte gemacht hat, als (neue) Massegläubiger vor den (früheren) Insolvenzgläubigern befriedigt werden (§§ 53–55 InsO).

Man kann denselben Gedanken auch in der Rechtsprechung zur sittenwidrigen Globalzession am Werk sehen: Der frühere Gläubiger, der sich Vorrang verschaffen will, wird mit Nachrang bestraft, damit später noch ein Anreiz für Warenlieferungen besteht.[140]

Übrigens kommen ähnliche Mechanismen nicht nur bei Kredit, sondern auch bei der Überlassung von Eigenkapital zum Tragen: Wer etwa Wagniskapital für junge Unternehmen zur Verfügung stellt, lässt sich häufig einen Vorrang bei der Verteilung des Ergebnisses (§ 29 Abs. 3 Satz 2 GmbHG) einräumen. Bei mehreren aufeinanderfolgenden Finanzierungsrunden verlangt jede Vorrang vor den früheren.[141]

---

[137] Dazu *Wacke* JR 1981, 94–98 (97 f.).

[138] Ulpian 3 *disputationum* D. 20,4,5: *Interdum posterior potior est priori …*; dazu im ersten Kapitel bei Fn. 95. Es geht um Aufwendungen zum Erhalt der haftenden Sache, und der Kontext ist schon hier die Reparatur eines Schiffes.

[139] Den Spielraum hierfür eröffnet Art. 17 Abs. 4 der Richtlinie (EU) 2019/1023 über Restrukturierung und Insolvenz: „Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass Geber von neuen Finanzierungen oder Zwischenfinanzierungen Anspruch darauf haben, in späteren Insolvenzverfahren Zahlungen vorrangig gegenüber anderen Gläubigern zu erhalten, die anderenfalls höher- oder gleichrangige Forderungen hätten"; nicht ausgenutzt in § 89 des Gesetzes über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG). Ich danke Moritz Brinkmann für den Hinweis auf diese Normen.

[140] Siehe im dritten Kapitel bei Fn. 61.

[141] Zu Finanzierungsrunden und Gewinnverteilung bei Wagniskapital einführend *Tamcke/Adolph/Zantopp/Muñoz* JA 2022, 1019–1026 (1025). Man spricht bei solchen Klauseln, die bei privaten Beteiligungen (Private Equity) üblich sind, vom „Liquidations-Wasserfall", weil nur der übrige Teil der Erträge den Investoren der nächsten Stufe zufällt. Mehr dazu aus der Praxis bei *Zätsch* in: Venture Capital.

Um eben diesen Anreiz dafür zu schaffen, in Lagen weiter zu investieren, in denen die bisherigen Investitionen gefährdet sind, ordnet das Gesetz vereinzelt ausdrücklich einen Vorrang der jüngeren Forderung an. Unter denjenigen Pfandrechten, die durch die Versendung oder Beförderung des Gutes entstehen, geht das spätere dem früheren vor (§ 442 Abs. 1 HGB). Den Grund sieht die Literatur darin, dass das Gut an Wert gewinne, je näher es dem Empfänger komme.[142] Entscheidend dürfte sein, dass die Aufwendungen der bisher am Transport beteiligten Personen ihren Erfolg verfehlen, wenn das Gut nicht noch das letzte Stück bis zum Empfänger zurücklegt.

Aus demselben Grund begegnet das Posterioritätsprinzip im Seehandelsrecht und dem Recht der Binnenschiffahrt. Unter dem HGB von 1897 gingen die Forderungen der Schiffsgläubiger, die eine spätere Reise betrafen, den eine frühere Reise betreffenden regelmäßig vor; bei Forderungen wegen derselben Reise mitunter die frühere Forderung der späteren.[143] Noch heute besteht ein Pfandrecht, das älteren Pfandrechten vorgeht, für Lotsengelder, Bergelohn, Beiträge zur Großen Haverei und für Forderungen wegen der Beseitigung des Wracks.[144]

Mit Ausnahme der Forderungen wegen Wrackbeseitigung unterliegen die genannten Forderungen keiner Haftungsbeschränkung. Daher nehmen sie auch am schifffahrtsrechtlichen Verteilungsverfahren[145] nicht teil.

Als Prinzip für alle Forderungen wird man die Posteriorität nicht auffassen können. Der Vorzug der jüngeren Forderung hängt in den normierten Einzelfällen von abstrahierten Annahmen über die Situation ab; insbesondere darüber, dass die früheren Investitionen verloren zu gehen drohen und ihren Nutzen in der Gegenwart verloren haben, während die spätere die Rettung bringen kann. Das lässt sich nicht verallgemeinern. Letztlich ist es dieselbe Erwägung, die gegen einen Vorzug für ältere Forderungen streitet, die auch dagegen spricht, jüngere im Allgemeinen besser zu stellen: Der frühere Gläubiger lässt seinen Kredit bis in die Gegenwart stehen und ermöglicht so dem Schuldner, damit weiter zu wirtschaften. Sein Beitrag wiegt nicht schwerer, aber auch nicht geringer als der eines neuen Kreditgebers.

---

[142] *Staub*, HGB II (6./7. Aufl. 1900), § 443 Anm. 5; *Koller*, Transportrecht, § 443 HGB Rn. 1. Unter diesem Gesichtspunkt auch *Wacke* JA 1981, 94–98 (97 f.) „Wertverbessungsprinzip"; *Hoffmann* AcP 220 (2020) 377–410 (394) („Werterhöhung").

[143] Den §§ 767 Abs. 1 und 2, 769 Abs. 2 HGB 1897 entsprachen bereits Art. 771 Abs. 1 und 2, 773 Abs. 2 ADHGB. Die Materialien weisen zur Begründung auf „das Prinzip der versio in rem" hin (Protokolle ADHGB, 2847); das ist wieder der Gedanke der Werterhöhung.

[144] Siehe für die Seefahrt §§ 603 Abs. 2, 604 Abs. 3 in Verbindung mit § 596 Abs. 1 Nr. 4 HGB (Bergelohn, Sondervergütung und Bergungskosten; Beitrag zur Großen Haverei; Forderungen wegen Beseitigung des Wracks); für die Binnenschifffahrt § 108 Abs. 2 in Verbindung mit § 102 Nr. 3 Binnenschiffahrtsgesetz (Lotsengelder sowie Bergelohn oder Sondervergütung einschließlich Bergungskosten; Beiträge zur Großen Haverei).

[145] Dazu sogleich unter IV.1.c).

IV. Gleichmäßige Verteilung

Wo das Recht es nicht beim Wettlauf belässt, sondern zuweist, stellt die gleichmäßige Verteilung für diese Zuweisung den Normalfall dar. Das ergibt sich ohne Weiteres aus dem grundlegenden Gebot der Gleichbehandlung durch das Recht.[146] Eine allgemeine Gleichbehandlungspflicht für Private[147] soll damit gerade nicht postuliert sein: Den Normalfall bilden der Wettkampf der Gläubiger und die Willkür des Schuldners; doch wo das Recht der Freiheit ein Ende setzt, da wird es an deren Platz regelmäßig die Gleichheit stellen müssen. Die Konstruktion einer wechselseitigen Ausgleichshaftung der Gläubiger (*Häsemeyer*)[148] steigert in meinen Augen die intuitive Plausibilität der gleichmäßigen Verteilung nicht. Privilegien einzelner Gläubigergruppen sollen hier kein Thema sein.[149]

Eingangs wurde als Hypothese aufgestellt, dass die Rechtsordnung bei Kollisionen des Typs „Alles oder nichts" eine Ablösung des Wettlaufs durch die verhältnismäßige Befriedigung aller Gläubiger anstrebt.[150] In Rechnung stellen muss man dabei den engen Zusammenhang der gleichmäßigen Verteilung mit der Durchführung eines geeigneten Verteilungsverfahrens.[151] Der Schuldner eignet sich schlecht als Verteiler, wenn er ohnehin haftet oder für Fehler nicht aufkommen kann, weil er insolvent ist. Die Verteilung durch den Schuldner oder einen Dritten birgt besondere Mühen und Risiken, wenn sie den Kreis der Gläubiger nicht abschließend bestimmen können und Streitigkeiten mit jedem Gläubiger einzeln ausfechten müssen.[152] Vielfach erfordert die Verteilung ein besonders geregeltes öffentliches Verfahren, in dem die Ansprüche aller Gläubiger verbindlich und unter Zurückstellung der Unbeteiligten geklärt werden. Wenn kein Verteilungsverfahren in Betracht kommt, kommt auch die gleichmäßige Verteilung nicht als Kollisionsprinzip in Betracht; dann bleibt es beim Wettlauf.

Das in Theorie und Praxis am tiefsten durchdrungene Verfahren gleichmäßiger Verteilung kommt im Fall der Insolvenz zur Anwendung. Die Kollision bleibt in der Schwebe, solange das Verfahren nicht eröffnet ist; noch besteht

---

[146] Siehe die Literatur in der Einleitung bei Fn. 5; insb. *Knütel* FS Kreft (2004) 3–18 = Ausg. Schr. 217–232.

[147] Dazu im Kontext der Lehre von der Interessengemeinschaft kurz im zweiten Kapitel bei Fn. 279; siehe aber auch zur Verteilung bei Leistungshindernissen im vorliegenden Kapitel bei Fn. 313.

[148] *Häsemeyer* KTS 1982, 507–575. Um leistungsfähig zu sein, müsste die Konstruktion von den Situationen der Insolvenz, für die *Häsemeyer* sie entwickelt hat, auf die übrigen Situationen der Forderungskollision erweitert werden.

[149] Dazu oben in der Einführung in das vierte Kapitel (unter I.) bei Fn. 8.

[150] In der Einleitung am Ende von III.

[151] Siehe dazu auch oben in der Einführung in das vierte Kapitel (unter I.).

[152] Das haben schon die Römer erkannt. Siehe im Fazit des erstens Kapitels bei Fn. 352.

die Hoffnung, dass alles gut ausgeht. Auch bei Insolvenzreife ist der Schuldner nicht zur Stellung eines Insolvenzantrags oder zur insolvenzmäßigen Befriedigung seiner Gläubiger verpflichtet.[153] Falls ein Verfahren eröffnet wird, wird damit aber die Kollision festgestellt und unabwendbar, die gleichmäßige Befriedigung wird im Nachhinein zum Maßstab für Deckungen in der Krise erklärt und setzt sich durch, soweit der Rückschlag gegen Sicherungsmaßnahmen (§ 88 InsO) und die besondere Insolvenzanfechtung (§§ 130–132 InsO) reichen.[154]

Vorab seien zwei Fälle erwähnt, in denen gleichmäßig verteilt wird, weil das Gesetz annimt, dass der Erklärende es so wollte: bei der Auslobung, wenn mehrere gleichzeitig gehandelt haben (§§ 659 Abs. 2, 660 BGB),[155] und bei testamentarischen Bestimmungen, die mehr oder weniger zusprechen, als vorhanden ist (§§ 2089, 2090, 2092 Abs. 2, 2157 BGB). Diese Fälle bedürfen keiner näheren Erörterung.

1. Von Sondervermögen

Das Bemühen um die gleichmäßige Verteilung zeigt sich deutlich bei unzureichenden Sondervermögen. Das Insolvenzverfahren, das das gesamte Vermögen einer Person ergreift, dient als Vorbild, um auch Sondervermögen in einem öffentlichen Verfahren unter den Gläubigern aufzuteilen. Das BGB von 1900 hat den Erben, der seine Haftung begrenzen will, zum Nachlasskonkurs (heute: Nachlassinsolvenz) gezwungen und so die gleichmäßige Befriedigung der Nachlassgläubiger sichergestellt (a). Auch für das Gesamtgut, das im ehelichen Güterstand der Gütergemeinschaft entsteht, wurde im Laufe der Zeit ein Insolvenzverfahren zur Verfügung gestellt, soweit es sich zur gleichmäßigen Befriedigung seiner Gläubiger als notwendig erwies (b). Ein besonderes Verfahren ermöglich seit jeher die Verteilung unter mehreren Schiffsgläubigern. Mehrere gundlegende Reformen der sie betreffenden Haftungsbegrenzung haben das Prinzip der gleichmäßigen Befriedigung unberührt gelassen (c).

[153] Bei Rechtsträgern, für die keine natürliche Person unbegrenzt haftet und bei denen nicht nur die Zahlungsunfähigkeit (§§ 17 f. InsO), sondern auch die Überschuldung einen Insolvenzgrund darstellt (§ 19 InsO), müssen allerdings die Mitglieder der Vertretungsorgane den Antrag stellen (§ 15a InsO), und sie dürfen an einzelne Gläubiger nur noch Zahlungen veranlassen, sofern dies mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar ist (§ 15b InsO); sonst machen sie sich nicht nur haftbar, sondern auch strafbar.

[154] Dazu im Rahmen der Korrektur von Fehlzuteilungen im sechsten Kapitel unter III.1.

[155] Oben bei Fn. 26.

a) Nachlass

Das Gemeine Recht hatte dem Erben im Rahmen des *beneficium inventarii* erlaubt, die Gläubiger bis zur Erschöpfung des Nachlasses in beliebiger Reihenfolge zu befriedigen.[156] Sie selbst konnten allerdings mit dem Nachlasskonkurs stattdessen die Verteilung erwirken.[157]

Dass ein solcher Gläubigerwettlauf im Erbrecht unbillig sei, hatte der Redaktor *von Schmitt* in seinem Vorentwurf ausführlich begründet: Der Tod stelle eine Zäsur dar, die der Zahlungseinstellung gleichkomme, weil der Erblasser nun keine neuen Mittel mehr erwerben könne. Die gebotene Wachsamkeit der Gläubiger erstrecke sich nicht auf das Leben des Schuldners, und sofern der Erbe selbst Nachlassgläubiger sei, werde er ungerecht bevorzugt („immer der nächste an der Kasse"). Schließlich müssten auch die Konkursprivilegien zur Geltung kommen.[158] Seitdem ist der Wettlauf um den Nachlass überwunden, es herrscht der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung der Nachlassgläubiger.

aa) Grundsatz

Die erste Kommission wollte dem Erben für den Fall, dass es zum Nachlasskonkurs nicht kam, die Beschränkung seiner Haftung nur noch in der Weise erlauben, dass er selbst nach Konkursgrundsätzen zu verteilen hatte. Mit einer Abzugseinrede sollte der Inventarerbe verweigern können, einem Gläubiger mehr als dessen Quote zu zahlen.[159] Doch die zweite Kommission strich die Abzugseinrede, weil die nötigen Berechnungen und Auseinandersetzungen den Erben überforderten:

„Der Entwurf muthe dem Erben damit, daß er ihm zur Pflicht macht, die Gläubiger nach konkursmäßigen Grundsätzen zu befriedigen, eine Aufgabe zu, welcher der Erbe in der Regel nicht gewachsen sein werde. So viel Rechtskenntniß wie zur Erfüllung dieser Aufgabe nothwendig sei, könne man nicht voraussetzen. Auch würde man dem Er-

[156] Zum *beneficium inventarii* Justinians im ersten Kapitel bei Fn. 73.

[157] So jedenfalls nach der Konkursordnung von 1877; siehe deren §§ 202–206 und dazu die Motive, 440 und 452–456, in: Hahn IV, 389 und 399–402.

[158] v. *Schmitt*, Begründung des Entwurfs, 1011, in: Schubert, ErbR II, 267. Die erste Kommisison nahm in ihren Beratungen hierauf Bezug, um das vorgeschlagene Prinzip aufrecht zu erhalten, vgl. die Protokolle der 658. Sitzung vom 25.4.1887, Jakobs/Schubert, ErbR I, 317, und der 667. Sitzung vom 16.5.1887, a.a.O. 393. – Wenn der Erbe versehentlich zuviel gezahlt habe, weil er den Umfang des Nachlasses verkannt und deswegen die Einrede gar nicht oder in zu geringer Höhe erhoben habe, sollte ihm nach allgemeinen Grundsätzen die *condictio indebiti* zustehen; vgl. das Protokoll der 668. Sitzung vom 18.5.1887, a.a.O. 403 f.

[159] § 2133 E I; vgl. §§ 366 Nr. 3, 379 des Vorentwurfs (in Schubert, ErbR I, 78 und 82). Zur Nachlassabwicklung im Vorentwurf *J.P. Schmidt*, Itinera, 459–468; zum Standpunkt der ersten Kommission 468–473.

ben der Gefahr eines Prozesses mit jedem Gläubiger preisgeben und es könnte in jedem der Prozesse über die Höhe des Schuldenstandes und der Theilungsmasse gestritten werden".[160]

Bei der gleichmäßigen Verteilung wollte man aber im Grundsatz bleiben. Daher muss der Erbe heute, wenn er den Nachlass überschuldet vorfindet und seine Haftung beschränken will, das Insolvenzverfahren beantragen, in dem der Verwalter verteilt (§§ 1975 ff. BGB, 315 ff. InsO). Nur einstweilen kann er die Dreimonatseinrede und die Einrede des Aufgebotsverfahrens erheben (§§ 2014, 2015 BGB) oder die Nachlassverwaltung beantragen (§ 1981 Abs. 1 BGB). Wenn der Nachlassverwalter die Überschuldung feststellt, muss er seinerseits Nachlassinsolvenz beantragen (§§ 1985 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit 1980 BGB).

So garantiert die Rechtsordnung die Verteilung des Nachlasses unter den Nachlassgläubigern und schützt sie vor den Eigengläubigern des Erben. Umgekehrt werden die Eigengläubiger eines Erben im Grundsatz nicht vor dem Zugriff durch Nachlassgläubiger geschützt: Jeder kann Erbschaften annehmen, die höher verschuldet sind als er selber, ohne dass seine Gläubiger dies verhindern könnten. Die herrschende Meinung hält allerdings den Insolvenzverwalter des Erben für berechtigt und verpflichtet, im Interesse der Eigengläubiger die Sonderung eines höher überschuldeten Nachlasses herbeizuführen. Doch der Gesetzgeber hat die Sonderung der Massen bewusst nur den Nachlassgläubigern zugestanden,[161] wie *Philipp Scholz* überzeugend dargetan hat. *Scholz* sieht darin allerdings wohl zu Unrecht eine „Privilegierung der Nachlassgläubiger gegenüber den Eigengläubigern", die nicht zu rechtfertigen sei.[162] In ihren persönlichen Entscheidungen bleiben Schuldner grundsätzlich frei; den wirtschaftlichen Folgen dieser Entscheidungen sind die Gläubiger ausgesetzt. Geschützt werden sie nur durch das Eigeninteresse des Schuldners an seiner Vermögenslage. Das Eigeninteresse endet aber mit dem Tod; dann benötigen die Gläubiger rechtlichen Schutz. Darum werden Gläubiger vor dem Vererben so geschützt wie vor dem Verschenken, nicht aber vor dem Erben so wie vor der rechtsgeschäftlichen Übernahme von Schulden.

bb) Ausnahme: Reste des gemeinrechtlichen Wettlaufs

Nur ausnahmsweise kommt es heute in zwei Fällen noch zu einer (modizierten) Form des Wettlaufs der Nachlassgläubiger.

Erstens muss der Erbe sich um Verbindlichkeiten keine Gedanken machen, von denen er trotz Aufgebots oder dem Verstreichen eines längeren Zeitraums nichts erfährt: Die Gläubiger, die im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen werden oder sich erst fünf Jahre nach dem Tod melden (Verschweigung), laufen um die Wette: Jeder von ihnen kann den Erben belangen, solange der Nachlass

[160] In der 394. Sitzung; Protokolle V 800 = Mugdan V 455. – Über die Entscheidungen der zweiten Kommission zur Nachlassabwicklung *J.P. Schmidt*, Itinera, 472–480.

[161] Ebenso schon das römische Recht, siehe im ersten Kapitel unter 2.c und d.

[162] *Scholz* KTS 2022, 1–33 (33).

reicht (§§ 1973 f. BGB). Dasselbe gilt, wenn ein Gläubiger Ansprüche erhebt, nachdem eine Nachlassinsolvenz bereits durchgeführt wurde (Erschöpfungseinrede, § 1989 BGB). Tauchen hingegen nach Abschluss des Insolvenzverfahrens erhebliche neue Nachlassgegenstände auf, kann eine Nachtragsverteilung durchgeführt werden;[163] sie anzuregen, ist der Erbe entsprechend § 1980 BGB verpflichtet.[164]

Zweitens muss der Erbe die Masse dann nicht gleichmäßig verteilen, wenn sie für die Kosten eines Insolvenzverfahrens nicht genügt (Dürftigkeit, §§ 1990 f. BGB).[165] Nicht anders als der lebendig in Insolvenz verfallene Schuldner[166] darf auch der Erbe dann die Gläubiger in beliebiger Reihenfolge befriedigen. Die Gründe sind aber verschieden: Eine Verteilung durch den lebendigen Schuldner kommt vor allem deswegen nicht in Betracht, weil ein Abweichen von der Verteilungsordnung für ihn keine über die schon bestehende Haftung hinausgehenden Konsequenzen hätte. Dem Erben hingegen will man eine Verteilung – und eine Haftung für Fehler – nicht zumuten.[167]

Hinsichtlich der Haftung mit der Restmasse nach abgeschlossenem Nachlasskonkurs heißt es schon in den Motiven des ersten Entwurfs: „Nach den allgemeinen Grundsätzen liegt dem Schuldner nicht ob, in der Befriedigung seiner Gläubiger eine bestimmte Rangordnung oder Reihenfolge zu beobachten. […] Würde dem Erben auferlegt, eine gewisse Rangordnung oder Reihenfolge zu beobachten, so würde eine Art nachträglichen Konkurses herbeigeführt. Streitigkeiten, ob der Erbe nach Maßgabe der vorgeschriebenen Reihenfolge befriedigt habe, könnten nicht ausbleiben".[168]

Das Gesetz erlaubt ein Missverständnis, weil es für den Fall der Dürftigkeit auf die Vorschriften verweist, die Haftung und Ersatzansprüche des Erben im Fall späterer Nachlassverwaltung regeln (§§ 1991 Abs. 1, 1978, 1979 BGB). Nach § 1979 BGB kann der Erbe den Nachlassgläubigern die volle Befriedigung eines anderen Gläubigers nur anrechnen, wenn er annehmen durfte, der Nachlass reiche zur Befriedigung aller Gläubiger aus.[169] Dem könnte man entnehmen wollen, dass der Erbe den Nachlass auch bei

[163] Siehe zum Beispiel BGH, Beschluss vom 18.12.2014, IX ZB 50/13, NZI 2015, 180.

[164] Überzeugend *Küpper* in: MünchKommBGB (9. Aufl. 2022), § 1989 Rn. 5 mit Anm. 6.

[165] Dies entschied erstmals die von der zweiten Kommission eingesetzte Subkommission für das Inventarrecht in ihrer ersten Sitzung vom 24.9.1894; vgl. Jakobs/Schubert, ErbR I, 497; siehe im Übrigen Fn. 160.

[166] Dazu in der Einleitung bei Fn. 15.

[167] Es gibt auch keinen Anhalt dafür, dass der Erbe die Gläubiger in der Reihenfolge zu befriedigen hat, wie sie sich melden. Hingegen meinen *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 49 Anm. 196, „daß er bei freiwilliger Auslieferung des Nachlasses die Gläubiger so zu berücksichtigen hat, wie sie sich zeitlich melden, und nicht nach Willkür".

[168] So schon zu § 2118 Satz 3 E I die Motive V 640 = Mugdan V 344. Hier werden die Gründe ausgeschrieben, die im Protokoll der 663. Sitzung vom 7.5.1887 genannt (Jakobs/Schubert ErbR I 357 f.) und im Protokoll der 666. Sitzung vom 13.5.1887 in Bezug genommen werden (Jakobs/Schubert ErbR I 370; zu dem genannten Paragraphen siehe 375 Anm. 31).

[169] Siehe dazu noch im Kontext der Haftung des Erben für Fehlverteilungen im sechsten Kapitel unter II.

Dürftigkeit gleichmäßig verteilen muss. Angesichts der Entstehungsgeschichte ist das unannehmbar. Allenfalls haftet der Erbe, wenn er getilgt hat, bevor der Nachlass dürftig war, sofern er damit zur Dürftigkeit beigetragen hat,[170] oder für die Verkürzung rechtskräftig titulierter Forderungen (durch Befriedigung entgegen § 1991 Abs. 3 BGB) und die fehlerhafte Befriedigung von Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen (entgegen § 1991 Abs. 4 BGB).[171]

Gerade weil der Erbe keine besondere Reihenfolge bei der Befriedigung der Gläubiger zu wahren hat, darf er sich selbst wegen eigener Forderungen gegen den Nachlass zuerst befriedigen; er geht auch Gläubigern vor, die einen rechtskräftigen Titel erworben haben.[172]

Der Wettlauf ist insofern modifziert, als ein Gläubiger ihn dadurch gewinnt, dass er gegen den Schuldner ein rechtskräftiges Urteil erringt. Denn das wirkt nach dem Gesetz gegenüberden anderen Gläubigern wie eine Befriedigung (§§ 1973 Abs. 2 Satz 3, 1991 Abs. 3 BGB). Darum sollte man statt vom (reinen) Wettlauf hier von einer Zuweisung an den schnellsten Gläubiger reden. Auf diesen besonderen Mechnismus ist zurückzukommen, zumal er vom Gesetz in verschiedenen anderen Situationen beschränkter Haftung für anwendbar erklärt wird.[173]

cc) Rückausnahme: Nachrangige Verbindlichkeiten

Bei der Dürftigkeitseinrede ebenso wie gegenüber ausgeschlossenen und verschwiegenen Gläubigern stehen allerdings Verbindlickeiten aus Pflichtteilen, Vermächtnissen und Auflagen im Rang zurück. Das ergibt sich für die Dürftigkeitseinrede aus § 1991 Abs. 4 BGB in Verbindung mit § 327 Abs. 1 InsO. Für die ausgeschlossenen und verschwiegenen Gläubiger gilt der Vorrang nur, wenn der Erbe die nachrangige Forderung noch nicht befriedigt hat: §§ 1973 Abs. 1 Satz 2, 1974 Abs. 2 BGB. Diese Abstufung muss der Erbe wahren. Insofern wird verteilt. Zudem muss der Erbe in der Regel die Verbindlichkeiten verhältnismäßig bedienen, die aus Pflichtteilen, Vermächtnissen und Auflagen erwachsen (§§ 1991 Abs. 4, 1992 BGB).[174]

---

[170] So wohl *Herzog* in: BeckOGK (1.10.2024), § 1991 BGB Rn. 19 f.

[171] *Ritgen* in: Planck (1. und 2. Aufl. 1902) § 1991 Nr. 1 e (zieht nur einen Verstoß gegen § 1991 Abs. 4 in Betracht); *Küpper* in: MünchKommBGB (9. Aufl. 2022), § 1991 Rn. 2–4 (zieht einen Verstoß gegen Abs. 3 oder 4 in Betracht).

[172] Ständige Rechtsprechung seit RG, Urteil vom 16.12.1913, VII 385/13, Warneyer 7 (1914) Nr. 213 = Recht 1914 Nr. 471. – Dieses Vorrecht des Erben hatte den Redaktor *Schmitt* dagegen eingenommen, es beim Wettlauf als allgemeinen Grundsatz der Erbenhaftung zu belassen: siehe oben bei Fn. 158.

[173] Dazu im fünften Kapitel unter II.

[174] Das deckt sich mit der Verteilung des Risikos von Notbedarf und Verarmung unter mehrere Empfänger von Schenkungsversprechen: Zwar hat der frühere den Vorzug; wurden sie aber gleichzeitig begünstigt, so haben sie die Last nach richtiger Auffassung im Verhältnis der Höhe ihrer Schenkungen zu tragen. Dazu gleich unter 3.b). Die erbrechtlich Bedachten werden gleichzeitig, nämlich mit dem Tod aus der Erbschaft begünstigt.

Weil der Pflichtteil sich aus dem Saldo des Nachlasses beim Erbfall berechnet, besteht überhaupt kein Pflichtteilsanspruch, wenn der Nachlass von Anfang an überschuldet ist; der Nachrang des Pflichtteilsanspruchs ist also nur von Bedeutung, wenn der Wert des Nachlasses nachträglich sinkt.[175] Etwas anderes gilt aber, wenn die Überschuldung durch Forderungen aus Vermächtnissen und Auflagen zustandekommt. Denn die bleiben bei der Berechnung des Pflichtteils außer Betracht. Sie werden ihrerseits allerdings regelmäßig gekürzt, wenn ein Pflichtteil beansprucht wird, weil vermutet wird, dass der Erbe und die Begünstigten die Last des Pflichtteils gemeinsam tragen sollen (§§ 2318, 2322 BGB).

Das Gesetz regelt dies wie folgt: Ausgeschlossenen und verschwiegenen Gläubigern haftet der Erbe nur nach Bereicherungsgrundsätzen für das aus der Erbschaft verbliebene, aber selbst sie hat er vor den genannten Gläubigern zu befriedigen (§§ 1973 Abs. 1 Satz 2, 1974 Abs. 2 BGB).[176] Wenn der Nachlass für die Verfahrenskosten nicht hinreicht (dürftiger Nachlass)[177], darf der Erbe zwar die übrigen Forderungen nach Belieben befriedigen, doch die genannten Forderungen erst danach. Sie muss er anteilig so bedienen, wie sie in der Gesamtvollstreckung befriedigt würden (§ 1991 Abs. 4 BGB). Sie sind daher verhältnismäßig zu decken, wenn der Erblasser nicht für Vermächtnisse oder Auflagen einen besonderen Rang angeordnet hat (§§ 2189 BGB, 327 Abs. 2 Satz 2 InsO). Hinsichtlich dieser Forderungen „könne dem Erben die konkursmäßige Befriedigung sehr wohl zugemuthet werden und würde es auch der Gerechtigkeit zu sehr widerstreiten, wollte man dem Erben bezüglich ihrer freie Hand belassen".[178] Dass man dem Erben die Verteilung hier – anders als bei der beschränkten Haftung überhaupt[179] – zumuten könne, meinte man vermutlich deswegen, weil ihm die testamentarischen Verfügungen häufig bekannt sein werden. Ohne überhaupt etwas unternehmen zu müssen, um seine Haftung zu beschränken, kann der Erbe die durch Vermächtnisse und Auflagen Bedachten auf diese Weise befriedigen, wenn der Nachlass nur dafür nicht ausreicht, wohl aber für die übrigen Schulden (§ 1992 BGB).[180]

---

[175] Siehe noch im sechsten Kapitel bei Fn. 55 zu den Folgen für eine Rückforderung.

[176] Zur Nachlassabwicklung durch den Erben bei Gläubigerausschluss *J.P. Schmidt*, Itinera, 510–516.

[177] Zur Abwicklung des dürftigen Nachlasses durch den Erben *J.P. Schmidt*, Itinera, 496–508.

[178] Aus der 394. Sitzung der zweiten Kommission; Protokolle V 801 = Mugdan V 455. Dazu auch *J.P. Schmidt*, Itinera, 474 f.

[179] Zur Abkehr vom ersten Entwurf oben bei Fn. 160.

[180] Siehe den Beschluss der Subkommission Inventarrecht in ihrer 2. Sitzung vom 25.9.1894, Jakobs/Schubert, ErbR I, 550 f. Siehe auch die Denkschrift, 389 = Mugdan V, 854: „In einem solchen Fall darf angenommen werden, daß der Erblasser, wenn er diese Gefahr vorausgesehen hätte, die Vermächtnisse und Auflagen in geeigneter Weise gekürzt hätte". – Zur Abwicklung des überbeschwerten Nachlasses durch den Erben *J.P. Schmidt*, Itinera, 508–510; siehe auch *Hennig*, Lex Falcidia, 115–126.

b) Eheliches Gesamtgut

Leben Ehegatten in Gütergemeinschaft, so wird das Gesamtgut, wenn es den Gläubigern, denen es haftet, nicht genügt, unter ihnen in der Regel gleichmäßig verteilt. Welche Gläubiger konkurrieren, hängt davon ab, wer das Gesamtgut verwaltet: Für die persönlichen Verbindlichkeiten eines Gatten haftet das Gesamtgut in der Regel nur unter bestimmten Voraussetzungen; doch für die persönlichen Verbindlichkeiten eines alleine verwaltenden Gatten haftet es uneingeschränkt. Im Gegenzug haftet der oder haften die verwaltenden Gatten persönlich für alle Verbindlichkeiten mit, die auf dem Gesamtgut lasten (§§ 1437, 1459 BGB). Diese Grundsätze galten schon für das BGB von 1900, als der Ehemann das Gesamtgut stets alleine verwaltete (§§ 1443, 1459 BGB 1900).

Verwaltet einer der Gatten das Gesamtgut alleine, stehen die Gläubiger des Gesamtguts also seinen persönlichen Gläubigern gleich: Beiden Gruppen haftet das Gesamtgut und das Eigenvermögen des verwaltenden Gatten (Sondergut, Vorbehaltsgut). Ein besonderes Insolvenzverfahren über das Gesamtgut findet dann nicht statt. Vielmehr werden in der Insolvenz des verwaltenden Gatten alle Gläubiger gleichmäßig aus der Masse befriedigt, die aus dem Gesamtgut und dem Eigenvermögen besteht (§ 2 Abs. 1 KO 1898; § 37 Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO). Hingegen kann es ein Insolvenzverfahren über das Eigenvermögen eines nicht verwaltenden Gatten geben, das seine Privatgläubiger gleichmäßig unter sich aufteilen. Hiervon wird das Gesamtgut nicht berührt (§ 2 Abs. 2 KO 1898; § 37 Abs. 1 Satz 3 InsO).

Setzt der überlebende Ehegatte die Gütergemeinschaft mit den gemeinsamen Abkömmlingen fort, so steht er wie der allein verwaltende Gatte (§ 1487 Abs. 1 BGB). Gleichwohl kannte schon das Güterrecht von 1900 den Konkurs der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 2 Abs. 3, 236 KO 1898; heute §§ 37 Abs. 3, 332 InsO). Es handelt sich um eine Sonderform des Nachlasskonkurses.

Verwalten die Gatten das Gesamtgut gemeinsam, so steht es beiden Gatten und ihren Gläubigern gleich nahe. Damit stellt sich die Frage nach einem gesonderten Insolvenzverfahren über das Gesamtgut, um seine gleichmäßige Verteilung unter die Gesamtgutsgläubiger sicherzustellen. Daher setzte sich schon zum BGB 1900 die Literaturmeinung durch, dass bei beendeter, aber noch nicht auseinandergesetzter Gemeinschaft – schon damals wurde die Gemeinschaft in dieser Phase von beiden Gatten gemeinsam verwaltet (§ 1472 Abs. 1 BGB) – über das Gesamtgut ein Sonderkonkurs durchgeführt werden konnte.[181]

[181] *Jaeger*, Konkursordnung (6./7. Aufl. 1931), § 2 Anm. 22–26.

Mit dem Gleichberechtigungsgesetz[182] wurde die Möglichkeit der gemeinsamen Verwaltung des Gesamtguts und zugleich ein Sonderkonkurs über gemeinsam verwaltetes Gesamtgut eingeführt (§§ 236a–c KO 1957; §§ 333, 334 InsO).[183] Konkurs oder Insolvenz über das Vermögen eines der gemeinsam verwaltenden Gatten berühren das Gesamtgut nicht (§ 2 Abs. 2 KO 1957; § 37 Abs. 1 InsO). Voraussetzung für einen Konkurs über das Gesamtgut war, dass das Eigenvermögen der Ehegatten erschöpft war; diese Voraussetzung ist mit der Insolvenzordnung weggefallen.

Ein Konkurs über die in Auseinandersetzung befindliche Gütergemeinschaft wurde nicht normiert. Doch die Literatur sah ihre Forderung nach einer Analogie bestätigt, weil „das Gesetz jetzt bei gemeinschaftlicher Verwaltung die Interessen der Gesamtgutsgläubiger an einer Vorzugsbefriedigung aus dem Gesamtgut durch Zulassung des Sonderkonkurses über das Gesamtgut der bestehenden Gütergemeinschaft anerkannt hat".[184] Auch bei Erlass der Insolvenzordnung blieb der Gesetzgeber in dieser Frage untätig.[185] *Peter Windel* will die Regeln über die Insolvenz der gemeinsam verwalteten Gütergemeinschaft auf die in Auseinandersetzung befindliche sogar wörtlich anwenden.[186] Andere rufen nach dem Gesetzgeber.[187]

c) Seevermögen und hinterlegte Haftsumme

Das Seerecht beschränkt die Haftung der Schiffseigner und führt so eine Konkurrenz der Seegläubiger herbei. Unter ihnen gilt eine bestimmte Rangordnung, in der insbesondere der Vorrang jüngerer Forderungen früher eine große Rolle spielte.[188] Gleichrangige Schiffsgläubiger werden jedoch verhältnismäßig befriedigt; sie laufen nicht um die Wette.

Nach dem Handelsgesetzbuch von 1897, das insoweit dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch folgte, oblag die Verteilung dem Reeder. Er haftete den Schiffsgläubigern gegenständlich begrenzt nur mit dem „Seevermögen".[189] Zur Durchsetzung der Haftung gewährte das Gesetz ihnen ein gesetzliches Pfandrecht an Schiff und Fracht (§ 755 HGB 1897). Soweit der Reeder dem Seevermögen Mittel entzog, haftete er persönlich, aber summenmäßig beschränkt auf den entzogenen Wert (§§ 771 Abs. 4 und 5, 773 HGB 1897).

---

[182] Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts vom 18.6.1957, BGBl. I, S. 609.

[183] Dazu *Schuler*, NJW 1958, 1609–1613.

[184] *Weber* in Jaeger, KO (8. Aufl. 1972) § 236a-c Rn. 9.

[185] Trotz des Vorschlags in § 13 Abs. 3 des Regierungsentwurfs (BT-Drs. 12/2443; Begründung S. 113); dagegen Rechtsausschuss BT-Drs. 12/7302, S. 143, 194: „kann, wie im geltenden Recht, der Rechtsprechung überlassen bleiben".

[186] *Windel* in Jaeger, InsO § 333 Rn. 6.

[187] *Holzer* NZI 2016, 713–717.

[188] Dazu oben bei Fn. 144.

[189] Darstellung nach *de Boor*, Kollision, 51–55.

Bei Verteilungsfehlern genoss der Reeder ein Privileg: Er haftete für die Missachtung vorrangiger Schiffsgläubiger nur bei Vorsatz (§ 772 HGB 1897).

Im Zuge der internationalen Entwicklung wurde die Haftung für Seeforderungen mit dem Seerechtsänderungsgesetz von 1972[190] grundlegend novelliert. Unter anderem wurde der Geltungsbereich der Haftungsbeschränkung neu gezogen und auf den Ersatz außervertraglicher Schäden fokussiert, an denen den Reeder selbst kein Verschulden trifft. Für vom Kapitän rechtsgeschäftlich begründete Forderungen haftet der Reeder seitdem ohne Begrenzung.[191] Vor allem konstruierte das Gesetz die Haftungsbegrenzung neu und nahm die Verteilung dem Reeder aus der Hand. Er haftet seitdem grundsätzlich persönlich für die Seeforderungen, kann die Haftung aber begrenzen, indem er gerichtlich eine Haftungssumme hinterlegt. Die Höhe richtet sich nicht nach dem konkreten Wert des Schiffs, sondern ist pauschal nach der Schiffsgröße bestimmt. Ob Schiff und Fracht untergegangen sind, spielt keine Rolle. Im Ergebnis kommt das einer betragsmäßig begrenzten Haftung gleich. Der Gesetzgeber konstruiert aber eine unbeschränkte persönliche Haftung, die sich durch die Hinterlegung in eine gegenständlich auf die hinterlegte Summe begrenzte wandelt.[192] Genauer gesagt ist sie auf die Forderung gegen die Hinterlegungsstelle begrenzt. In einem dem Konkursverfahren nachgebildeten Verfahren können die Schiffsgläubiger ihre Ansprüche anmelden, die von einem Sachwalter geprüft und gerichtlich festgestellt werden, bevor die Haftsumme auf die Seeforderungen verteilt wird.

Der Gesetzgeber verzichtete zunächst darauf, dem Reeder eine Begrenzung seiner Haftung auch außerhalb des Verteilungsverfahrens zu erlauben. Dazu bewog die Überlegung, „daß der Reeder sich auf eine Beschränkung seiner Haftung erst dann berufen können soll, wenn er die Beträge seiner Mindesthaftung wirklich zur Verfügung der Gläubiger gestellt hat".[193]

Anders urteilte der Gesetzgeber des zweiten Seerechtsänderungsgesetzes von 1986.[194] Das Gesetz privilegiert den Reeder, indem es ihm noch bei einfa-

[190] Gesetz zur Änderung des Handelsgesetzbuchs und anderer Gesetze (Seerechtsänderungsgesetz); vom 21.6.1972, BGBl. I, S. 966; siehe dazu den Regierungsentwurf BT-Drs. VI/2225. Es dient der Umsetzung des Brüsseler Übereinkommens vom 10.10.1957 über die Beschränkung der Haftung der Eigentümer von Seeschiffen; siehe das Zustimmungsgesetz vom 21.6.1972, BGBl. II, S. 653, und dazu den Entwurf mit Denkschrift: BT-Drs. VI/2224. Auf dieser Basis erging das Gesetz über das Verfahren bei der Einzahlung und Verteilung der Haftungssumme zur Beschränkung der Reederhaftung (Seerechtliche Verteilungsordnung) vom 21.6.1972, BT-Drs. I, S. 953, dazu der Entwurf: BT-Drs. VI/2226.

[191] Dazu BT-Drs. VI/2224, 33 f.; BT-Drs. VI/2225, 23.

[192] BT-Drs. VI/2224, 33.

[193] BT-Drs. VI/2225, 18.

[194] Gesetz zur Änderung des Handelsgesetzbuchs und anderer Gesetze (Zweites Seerechtsänderungsgesetz) vom 25.7.1986, BGBl. I, S. 1120; siehe dazu den Entwurf BT-Drs. 10/3852. Es diente der Umsetzung des Übereinkommens vom 19.11.1976 über die Beschränkung der Haftung für Seeforderungen, siehe das Zustimmungsgesetz vom 23.7.1986,

cher Fahrlässigkeit erlaubt, seine Haftung zu beschränken.[195] Um den Beteiligten zu erleichtern, die Haftung unter sich abzuwickeln, soll der Reeder sie auch ohne Errichtung eines Fonds betragsmäßig begrenzen können (§ 487e Abs. 2 Satz 1 HGB 1998; § 617 Abs. 2 Satz 1 HGB). Er kann dies einredeweise geltend machen.[196] Das erkennende Gericht kann diese Beschränkung aber unberücksichtigt lassen, wenn sonst „die Erledigung des Rechtsstreits wegen Ungewissheit über Grund oder Betrag der weiteren Ansprüche nach der freien Überzeugung des Gerichts nicht unwesentlich erschwert wäre" (§ 305a ZPO). Hier trägt der Gesetzgeber den Problemen Rechnung, die die Aufteilung einer Haftsumme unter eine Mehrzahl von Gläubigern im bipolaren Zivilprozess bereiten kann.[197] Sieht das Gericht solche Schwierigkeiten, so ergeht das Urteil unter dem Vorbehalt, dass der Beklagte die Begrenzung geltend machen kann, indem er den Fonds errichtet (§ 305a Abs. 2 ZPO). Nur redaktionelle Änderungen brachte die Reform des Seehandelsrechts im Jahr 2013.[198]

Das Binnenschifffahrtsrecht hat die seerechtliche Entwicklung verzögert nachvollzogen. Die im Gesetz aus dem Jahr 1895[199] vorgesehene rein dingliche Haftung des Schiffseigners (§ 4) wurde erst im Jahr 1998 umfassend[200] durch eine persönliche, aber summenmäßig beschränkbare Haftung ersetzt.[201] Seitdem enthält die früher „seerechtliche" Verteilungsordnung als „schiffahrtsrechtliche" gleichermaßen Vorschriften für See- und Binnenschifffahrt.[202] Bei den Grundzügen blieb es auch nach den Änderungen im Jahr 2016.[203]

BGBl. II, S. 787, und dazu den Entwurf mit Denkschrift: BT-Drs. 10/3553. Auf dieser Basis erging eine neue Seerechtliche Verteilungsordnung vom 25.7.1986, BGBl. I, S. 1130, siehe dazu den Entwurf: BT-Drs. 10/3853.

[195] Zum Wegfall der Beschränkbarkeit erst bei „qualifiziertem Verschulden" BT-Drs. 10/3553, 25 f.

[196] BT-Drs. 10/3852, 21.

[197] BT-Drs. 10/3852, 36. Die Entwurfsbegründung referiert hier aus BGHZ 36, 38; dazu unten in Fn. 231.

[198] Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts vom 20.4.2013, BGBl. I, 831; siehe den Entwurf, BT-Drs. 17/1039, 135 f.

[199] Gesetz, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt vom 15.6.1895, RGBl. S. 301.

[200] Für Personenschäden von Reisenden hatte bereits das zweite Seerechtsänderungsgesetz eine summenmäßig beschränkte, persönliche Haftung eingeführt; dazu BT-Drs. 13/8446, 16.

[201] Durch Gesetz zur Änderung der Haftungsbeschränkung in der Binnenschiffahrt vom 25.8.1998, BGBl. I, S. 2489; siehe den Entwurf BT-Drs. 13/8446. Es diente der Umsetzung des Straßburger Übereinkommens vom 4.11.1988 über die Beschränkung der Haftung in der Binnenschiffahrt, siehe das Zustimmungsgesetz vom 6.8.1998, BGBl. II, S. 1643 und dazu den Entwurf BT-Drs. 13/8220.

[202] Siehe die Neufassung durch Gesetz über das Verfahren bei der Errichtung und Verteilung eines Fonds zur Beschränkung der Haftung in der See- und Binnenschiffahrt (Schiffahrtsrechtliche Verteilungsordnung – SVertO) vom 23.3.1999, BGBl. I, S. 530. Zur Regelungstechnik BT-Drs. 13/8446, 39 f.

[203] Durch Zweites Gesetz zur Änderung der Haftungsbeschränkung in der Binnenschifffahrt vom 5.7.2016, BGBl. I, 1578, mit Entwurfs BT-Drs. 18/7821. Es diente der Umsetzung des (zweiten) Straßburger Übereinkommens vom 27.9.2012, siehe das Zustimmungsgesetz vom 27.6.2016, BGBl. II, 738, mit Entwurf BT-Drs. 18/7822.

2. Bei Haftungshöchstsummen

Wurden mehrere durch ein Ereignis geschädigt und ist die Haftung hierfür auf eine gewisse Summe begrenzt, so steht diese Summe den Geschädigten anteilig im Verhältnis ihrer Schäden zu.

Damit greift dieselbe Wertung wie bei der seerechtlichen Haftungsbegrenzung. Hier war die Haftung aber früher als gegenständlich auf das Seevermögen begrenzt konzipiert;[204] heute ist sie als unbegrenzte persönliche Haftung gedacht, die begrenzt werden kann, und zwar in erster Linie gegenständlich auf die hinterlegte Haftsumme.[205] Alternativ kann in der Tat seit dem zweiten Seerechtsänderungsgesetz mit der seerechtlichen Verteilungseinrede eine summenmäßige Begrenzung herbeigeführt werden.[206]

Das zeigt sich bei der Gefährdungshaftung (a) und der Haftpflichtversicherung (b). Entsprechendes muss gelten, wenn jemand wegen einer Vertragsverletzung von Dritten bis zu einer vertragliche vereinbarten Grenze in Anspruch genommen werden kann (c).

a) Gefährdungshaftung

Wer verschuldensunabhängig für eine Gefahrenquelle haftet, die er erlaubterweise unterhält (Gefährdungshaftung),[207] der haftet heute in der Regel nur bis zu einem bestimmten Betrag. Das soll dem Schädiger erleichtern, sich zu versichern. Reicht der Höchstbetrag nicht für alle Geschädigte aus, „so verringern sich die einzelnen Entschädigungen in dem Verhältnis, in welchem ihr Gesamtbetrag zu dem Höchstbetrag steht".[208]

aa) Zur Geschichte der Kürzungsregeln

Das Reichshaftpflichtgesetz von 1871 hatte noch unbegrenzte Haftung angeordnet;[209] insbesondere für die Betreiber von Eisenbahnen. Eine betragsmäßige Begrenzung enthielt erstmals das Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahr-

[204] Siehe oben bei Fn. 189.
[205] Siehe oben bei Fn. 192.
[206] Siehe oben bei Fn. 196.
[207] Zur Abkehr vom Verschuldenserfordernis *Esser*, Gefährdungshaftung; *Ogorek*, Gefährdungshaftung; *Jansen*, Haftungsrecht, 376–385.
[208] § 12 Abs. 2 Straßenverkehrsgesetz (StVG; sogleich Fn. 210). Vgl. außerdem nur § 37 Abs. 3 und 4 Luftverkehrsgesetz (sogleich Fn. 216); § 10 Abs. 2 Haftpflichtgesetz (sogleich Fn. 219 und 209) (nur für Schäden an beweglichen Sachen); § 10 Abs. 2 Produkthaftungsgesetz (sogleich Fn. 220).
[209] Gesetz, betreffend die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken etc. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen vom 7.7.1871, RGBl. S. 207; dazu *Ogorek*, Gefährdungshaftung, 98–123; *Schubert* ZRG GA 100 (1983) 238–256.

zeugen von 1909; zugleich wurde die verhältnismäßige Aufteilung auf mehrere Geschädigte angeordnet.[210] Höchstbetrag und Kürzungregel stammten aus dem Gegenentwurf vom 24. Oktober 1908,[211] der als durch die Interessen der Automobillobby beeinflusst galt.

Halter sollten danach überhaupt nur bedingt verschuldensunabhängig haften. Die Begründung strich Unterschiede zwischen Automobilhaltern und Eisenbahnunternehmen heraus: „Die Monopolstellung, welche die Eisenbahnunternehmungen innehaben, der große Umfang ihrer Betriebe und ihre regelmäßig sehr bedeutende Kapitalkraft lassen es als keine unbillige Anforderung erscheinen, daß sie für den Schaden, den ihr Betrieb verursacht, unbedingt und ohne Einschränkung eintreten". Das Automobil hingegen sei nicht mehr nur „Luxusfahrzeug", sondern werde „zu einem allgemeinen Beförderungsmittel […], das den Erwerbszwecken weiterer Kreise dient". Diese dürfe man nicht überfordern. Außerdem komme es – anders als bei Eisenbahnen – mit Automobilen ohnehin nur bei Verschulden zu Unfällen.[212] Nötiges Korrelat der selbst in diesem Entwurf vorgesehenen objektiven Haftung für Fehler des Fahrzeugs seien die Haftungshöchstbeträge: „Denn nur die feste Begrenung der Ersatzpflicht verschafft den Automobilhaltern die Möglichkeit, sich gegen die verschärfte Haftung ohne unverhältnismäßige Kosten zu versichern".[213]

Für die Verteilungsregel fehlt leider jede Begründung.[214] Später wies man in der Reichstagskommission auf das Problem hin, dass ein Schaden sich erst nach abgeschlossener Verteilung zeigen könne. Die Regierung erwiderte:

„Die besondere Regelung des Falles einer nachträglichen Neuverteilung, der wohl äußerst selten vorkommen werde, habe man, um eine störende Kasuistik zu vermeiden, unterlassen und geglaubt, die Entscheidung der Judikatur um so eher anheimstellen zu dürfen, als ähnliche Fälle nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch vorkommen könnten. Es seien zwei Lösungen möglich, entweder man erkläre den Halter für zahlungspflichtig und überlasse es ihm, von den übrigen Beschädigten das zuviel Gezahlte zurückzufordern, oder man verweise die Anspruchsberechtigten auf eine gegenseitige Auseinandersetzung".[215]

Man ging damals davon aus, dass bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug selten mehrere Außenstehende verletzt würden; gegenüber Insassen galt die Haftpflicht nicht.

---

[210] Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3.5.1909, RGBl. S. 437 (§ 12).

[211] Reichstagsprotokolle, 12. Legislaturperiode 1907–1909, Aktenstück Nr. 988 (5593–5603), § 6.

[212] Begründung des Gegenentwurfs (Fn. 211), 5596 f.

[213] Begründung des Gegenentwurfs (Fn. 211), 5597. Eine ähnliche Zweckbestimmung gibt *Kirchner*, § 12 Anm. 1.

[214] In der Begründung des Gegenentwurfs (Fn. 211) hieß es lediglich: „wird klargestellt, daß […] ohne weiteres eine verhältnismäßige Verringerung jedes einzelnen Anspruchs eintritt" (5600).

[215] Bericht der 29. Reichstagskommission, Aktenstück Nr. 1250 (7579–7641) (zur Diskussion der Höchstgrenze 7589–7592; Zitat 7591).

Das Lufverkehrsgesetz von 1922[216] orientierte sich an der Haftung für Kraftfahrzeuge und enthielt ebenfalls eine Haftungshöchstgrenze und die Kürzungsregel. Die Höchstgrenze rechtfertigte der Entwurf wieder mit der Versicherbarkeit: „Die wirtschaftliche Sicherung des Durchschnitts der Schadenersatzansprüche ist so wertvoll, daß dagegen die Möglichkeit eines seltenen Deckungsausfalls in Kauf genommen werden kann". Eine Begründung der Kürzungsregel fehlt auch hier.[217]

Diesen Beispielen folgend, beschränkte man 1923 auch die Haftung der Eisenbahnen für Personenschäden: „Angesichts des Verfalls der deutschen Währung und der finanziellen Lage der deutschen Eisenbahnen, deren Einnahmen aus allgemeinwirtschaftlichen Gründen nicht im Verhältnis zur Geldentwertung gesteigert werden konnten […]". Die Beschränkung bezog sich aber nur auf jeden einzelnen Geschädigten: „Mit Rücksicht darauf, daß bei einem Eisenbahnunfall die Zahl der Verletzten regelmäßig eine größere sein wird, wäre es nicht vertretbar, für alle sich aus einem solchen Unfall ergebenden Ersatzansprüche eine gemeinsame Höchstgrenze festzusetzen".[218] Ein gemeinsamer Haftungshöchstbetrag für Schäden an mehreren Sachen – wie heute in § 10 Haftpflichtgesetz generell vorgesehen – wurde ins Haftpflichtgesetz erst 1943 und zunächst nur für die neugeschaffene Haftung für Anlagen zur Fortleitung oder Abgabe von Elektrizität eingefügt; er enthielt die Kürzungsregel.[219]

Das Produkthaftungsgesetz von 1989[220] machte von der durch die Produkthaftungsrichtline vorgesehenen Möglichkeit der Haftungsbegrenzung Gebrauch. Der Regierungsentwurf begründete das damit, dass eine solche Begrenzung bei der Gefährdungshaftung „deutscher Rechtstradition" entspreche.[221] Über die Verteilung unter mehrere Geschädigte gab die Richtlinie nichts vor. Mit dem später Gesetz gewordenen § 10 Abs. 2 folgte der Entwurf auch hier den bestehenden Vorbildern, bei denen sich „Anwendungsschwierigkeiten nicht ergeben" hätten.[222] In seiner Stellungnahme kritisierte der Bundesrat die Kürzungsregel als „nicht praktikabel": Jahrelang könnten aufgrund desselben

[216] Luftverkehrsgesetz vom 1.8.1922, RBGl. I, Seite 681. Die Kürzungsregel stand in § 23 Abs. 2. – Das Gesetz enthielt in § 29 die erste Verpflichtung zum Abschluss einer Versicherung.

[217] Entwurf vom 8.7.1921, Reichstagsprotokolle, Wahlperiode 1920, Aktenstück Nr. 2504, S. 2467–2475 (2474). Der hier hervorgehobenen Sicherung der Durchsetzung der Ersatzansprüche diente vor allem die Versicherungspflicht; dazu die Begründung S. 2475 (zu § 25 des Entwurfs).

[218] Entwurf vom 2.7.1923, Reichstagsprotokolle, Wahlperiode 1920, Aktenstück Nr. 6029, S. 7303. Der Entwurf mündete in das Gesetz vom 8.7.1923, RGBl. I S. 615.

[219] Durch Gesetz zur Änderung des Reichshaftpflichtgesetzes vom 24.8.1943, RGBl. I, S. 489 f. Die Begrenzung erfolge „in ähnlicher Weise, wie dies neuerdings regelmäßig in den Sondergesetzen, die eine Haftung ohne Verschulden bestimmen […] geschehen ist"; so die Begründung, DJ 1943, 430 f. (431).

[220] Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte vom 15.12.1989, BGBl. I S. 2198. Das Gesetz diente der Umsetzung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte.

[221] BT-Drs. 11/2447, 24.

[222] BT-Drs. 11/2447, 24 (mit besonderem Hinweis auf § 88 Abs. 2 Arzneimittelgesetz).

Produktfehlers neue Schäden hinzukommen, was die Regulierung verzögern müsse. Die Gerichte würden derweil mit Feststellungsklagen überlastet. Stattdessen schlug der Bundesrat vor, die Kürzungsregel zu streichen:

„Schäden sind danach in der Reihenfolge ihrer Anmeldung bis zum Erreichen der Höchstgrenze voll zu regulieren. Später Geschädigte erhalten dagegen keinen Schadensersatz mehr, was aber vertretbar ist, weil jedenfalls nach Bekanntwerden der ersten Schadensfälle die Verschuldenshaftung nach § 823 BGB unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer Rückrufpflicht eingreift".[223]

Die Bundesregierung widersprach dem Vorschlag wieder mit Hinweis darauf, dass das Haftpflichtgesetz und das Arzneimittelgesetz ähnliche Fragen aufwerfe, aber „auf der Grundlage der erwähnten Kürzungsregeln Probleme nicht bekanntgeworden" seien.[224]

Verteilungsregeln begegnen im Übrigen auch, wo die Rechtsordnung berücksichtigt, dass der Ersatz den Schädiger überfordert. Das Atomgesetz[225] kennt keinen Höchstbetrag, sieht aber für die „zur Erfüllung der Schadensersatzverpflichtungen zur Verfügung stehenden Mittel" ein besonderes, im Einzelfall gesetzlich oder durch Rechtsverordnung zu gestaltendes Verfahren vor.[226] Auch zur Begrenzung der (noch streitigen) Haftung des andernfalls überforderten Herstellers diente das Gesetz über die Errichtung einer Stiftung „Hilfswerk für behinderte Kinder".[227] Der Stiftungsbetrag wird unter die Kinder verteilt, die „in Verbindung" damit Schäden erlitten, dass ihre Mütter während der Schwangerschaft thalidomidhaltige Präparate einnahmen.[228]

bb) Praktische Schwierigkeiten

Die Kürzungsregeln haben nach allgemeiner Auffasung zur Folge, „daß die Forderungen von vornherein nur in der beschränkten Höhe entstehen".[229] Das sagt sich einfach, gestaltet sich aber schwierig.

Nach Unglücksfällen wird selbst dann häufig gestritten, wenn nur eine einzige Ersatzforderung festzustellen und zu beziffern ist. Die Kürzungsregel macht die Höhe der zwischen Geschädigtem und Schädiger bestehenden For-

[223] BT-Drs. 11/2447, 29. Kritisch dazu *Fischinger*, Haftungshöchstsummen, 76 f. (mit dem richtigen Hinweis, dass die Lösung jedenfalls nicht über das Produkthaftungsrecht hinaus verallgemeinerbar wäre).

[224] BT-Drs. 11/2447, 30.

[225] Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) vom 23.12.1959, BGBl. I, S. 814.

[226] Siehe § 35 Atomgesetz.

[227] Gesetz vom 17. Dezember 1971, BGBl. I S. 2018; BGBl. 1972 I, S. 2045.

[228] Dazu *Derleder/Winter*, DuR 1976, 260–304.

[229] *de Boor*, Kollision, 118. Siehe bereits das Zitat aus der Begründung des Gegenentwurfs zum Kraftfahrzeuggesetz soeben in Fn. 214. Aus der heutigen Literatur etwa *Fischinger*, Haftungshöchstsummen, 4 f., 9 f., 42 Anm. 91. – Anders allerdings *Gierke*, Deutsches Privatrecht III, § 174 III 1 b (36 f.): „beschränkte persönliche Haftung". – Vergleiche zum Problem der Zurückforderung von Überzahlungen noch unten im sechsten Kapitel unter III.

derung von dem Bestehen und der Höhe aller anderen aufgrund desselben Ereignisses gegen den Schädiger gerichteten Forderungen abhängig. Das stellt für unseren bipolar gestalteten Zivilprozess eine Herausforderung dar.[230]

Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, dass die Kürzungsregel bei Leistungsklagen in jedem einzelnen Verfahren „eine – eine besondere Beweisaufnahme erfordernde – Entscheidung über die in den […] Parallelprozessen von anderen Versicherungsträgern und bei dem Unfall Verletzten geltend gemachten Ansprüche erforderlich macht. Eine solche Entscheidung aber würde für die Parallelprozesse selbst in keiner Weise bindend sein, so daß die Möglichkeit widersprechender Entscheidungen begründet würde". Darum erlaubt der Gerichtshof, die Ersatzpflicht zunächst in bestimmter Höhe, aber vorbehaltlich einer Kürzung wegen der kollidierenden Forderungen festzustellen: „Wenn mit der beantragten Feststellung der Streit der Parteien auch noch nicht endgültig beendet ist, so ist er doch durch Entscheidung über den Umfang der übergegangenen Ansprüche der Erledigung weitgehend nahegebracht, und es bleibt lediglich die Frage der Reduzierung dieser Ansprüche […] offen, eine Frage, die sich nach Abschluß der Parallelprozesse voraussichtlich ohne besondere Schwierigkeiten und ohne Führung weiterer Prozesse lösen lassen wird".[231]

Das Problem wird noch dadurch verschärft, dass nicht einmal der Kreis der Geschädigten von Anfang an feststehen muss. Wenn Geschädigte bereits Leistungsurteile erwirkt haben, steht die Rechtskraft einer Korrektur entgegen, die nicht wegen nachträglicher Ereignisse erforderlich wird, sondern weil das Gericht seiner Entscheidung einen unzutreffenden Sachverhalt zugrundegelegt hat. Das gilt schon dann, wenn der Grund für die Neuberechnung objektiv bereits vor Schluss der letzten mündlichen Verhandlung vorlag (§ 767 Abs. 2 ZPO), mag er auch allen Beteiligten unbekannt gewesen sein.[232]

Zu bedenken ist auch, dass der Schaden sich bei Geschädigten im Laufe der Zeit überraschend entwickeln kann. Selbst wenn alle Gerichte nur wahren Sachverhalt zugrundelegten, bestünde also ein großes Risiko, dass die Ersatzquote zu unterschiedlichen Zeitpunkten unterschiedlich ermittelt wird.

Um Fehlverteilungen zu vermeiden, wird vorgeschlagen, der Schuldner könne mit Blick auf spätere Forderungen einen Teil des Höchstbetrages zurückstellen,[233] oder alle Ansprüche dürften erst erhoben werden, wenn der Gesamtschaden sichtbar geworden wäre.[234] Erwogen wird auch eine Hinterle-

[230] Siehe vor allem *Fischinger*, Haftungshöchstsummen, 5–7 und *passim*.

[231] BGH, Urteil vom 9.10.1961, III ZR 118/60, BGHZ 36, 38 (41) (zu § 12 Abs. 2 StVG). – Hierauf verweist die Gesetzesbegründung zum zweiten Seerechtsänderungsgesetz (BT-Drs. 10/3852, 36); siehe oben bei Fn. 197.

[232] Dazu *Fischinger*, Haftungshöchstsummen, 21–47.

[233] So etwa *Wagner* in: MünchKommBGB (9. Aufl. 2024), § 10 ProdHaftG Rn. 9; *Oechsler* in: Staudinger (2021) § 10 ProdHG Rn. 13. Dazu *Fischinger*, Haftungshöchstsummen, 56–58.

[234] Dazu *Fischinger*, Haftungshöchstsummen, 56–58.

gung des Höchstbetrages;[235] doch erscheint „nicht angängig […], auf diese Weise den Streit um die Aufteilung der Summe in das Innenverhältnis der Geschädigten zu verlagern".[236]

Der verklagte Schädiger hat allerdings die Möglichkeit, anderen Geschädigten den Streit zu verkünden und so divergierende Entscheidungen zu vermeiden. Die Voraussetzungen von § 72 Abs. 1 ZPO dürften vorliegen,[237] nämlich in der zweiten Variante, dass der Schädiger „für den Fall des ih[m] ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits […] den Anspruch eines Dritten besorgt". Für den Fall, dass das Gericht dem klagenden Geschädigten zu wenig abzieht, befürchtet der Schädiger, von den übrigen Geschädigten insgesamt über den Höchstbetrag in Anspruch genommen zu werden. Diese Ansprüche bestehen zwar nicht wegen des Unterliegens, sondern sie werden trotz des Unterliegens in einer Höhe erhoben werden, die sie nur haben, soweit der Schädiger dem ersten Geschädigten zu Unrecht unterlag. Aber einen solchen Fall schließen Wortlaut und Sinn von § 72 Abs. 1 ZPO mit ein. Das zeigt auch die Regelung des Gläubigerstreits in § 75 ZPO, die davon ausgeht, dass ein Beklagter den Streit einem Dritten verkünden kann, der Gläubiger der Klageforderung zu sein behauptet: Falls der Dritte wirklich Gläubiger ist, haftet der Schuldner auch ihm von Anfang an und nicht erst, falls er gegen den Kläger zu Unrecht verlieren sollte. Die Streitverkündung gegenüber einer Vielzahl von Geschädigten ist allerdings unpraktisch. Sind Geschädigte noch unbekannt, kann ihnen ohnehin nichts verkündet werden.

Dass die genannten Schwierigkeiten nicht dazu führen, von der gleichen Verteilung abzuweichen, bezeugt, welche Bedeutung das Prinzip in unserer Rechtsordnung hat. Mit den Haftungshöchstsummen im Ergebnis anders zu verfahren, fordert niemand ernstlich.

Bei der Produkthaftung konnte der Bundesrat den Wettlauf nur vorschlagen, weil er annahm, Beobachtungspflichten verhinderten, dass der Schaden über die Grenze steigen könne, ohne dass der Hersteller haftete.[238] Die Analyse der Kürzungsregeln als dysfunktional durch *Philipp Fischinger* richtet sich weniger gegen die Zuteilung der Haftungssumme durch gleichmäßige Kürzung als vielmehr gegen die Haftungsbegrenzung überhaupt: Ihm dienen die Verteilungsschwierigkeiten als Argument dafür, staatlichen Ersatz für die über die Haftungsgrenzen hinausgehenden Schäden zu fordern. Schäden, deren Verursachung Gefährdungshaftung auslöst, sollen so stets in voller Höhe ersetzt werden.[239]

---

[235] Dafür *Oechsler* in: Staudinger (2021) § 10 ProdHG Rn. 13; für das österreichische Recht *Lobnik*, Gläubigergleichbehandlung, 83.

[236] *Wagner* in: MünchKommBGB (9. Aufl. 2024), § 10 ProdHG Rn. 9. Siehe dazu oben bei Fn. 6 und unten bei Fn. 381.

[237] Anders *Fischinger*, Haftungshöchstsummen, 52 f.

[238] Wie von *Fischinger* konstatiert, siehe oben Fn. 223.

[239] Dass die Allgemeinheit gerade bei der Gefährdungshaftung einspringen soll – und nicht etwa im Bereich der Verschuldenshaftung den Geschädigten vom Insolvenzrisiko des

Vielfach gefordert wird hingegen die Einführung eines institutionalisierten Verteilungsverfahrens. Die Frage berührt sich mit dem Problem, welche Verfahren zur Behandlung von massenhaft eingetretenen, gleichartigen Schäden geschaffen werden sollen.[240] Man will die Gerichte von einer Vielzahl spezieller, aber unter sich ähnlicher Parallelprozesse entlasten und das Ungleichgewicht ausgleichen, das zwischen dem Schädiger und den einzelnen Geschädigten dadurch entsteht, dass sie am einzelnen Prozess ein relativ geringes Interesse haben und dafür relativ viel Aufwand betreiben müssen.[241] Dabei geht es aber meist um zunächst unbegrenzte deliktische Haftung. Ein Verteilungsproblem stellt sich, wenn die Verfahren so ausgestaltet werden, dass eine durch Vergleich oder Urteil bestimmte Summe auf alle Geschädigten aufgeteilt werden muss.

b) Haftpflichtversicherung und andere Fälle der Haftung für Dritte

Bei Haftpflichtversicherungen hat der Versicherer mehrere Ansprüche gegen den Versicherungsnehmer, wenn sie die Versicherungssumme übersteigen, grundsätzlich ebenfalls verhältnismäßig zu befriedigen (§ 109 Satz 1 VVG).[242] Es kann dabei um Ansprüche mehrerer Geschädigter gehen, aber auch um die Ansprüche mehrerer Rechtsnachfolger eines Geschädigten, insbesondere verschiedener Sozialleistungsträger, die wegen der an den Geschädigten erbrachten Leistungen aus abgetretenem Recht regressieren.[243] Vor allem in Österreich spricht man treffend vom Deckungskonkurs. Verteilt der Versicherer anders, so kann er sich gegenüber den Geschädigten nicht darauf berufen, seiner Freistellungsverpflichtung gegenüber dem Schädiger nachgekommen zu sein (§ 108 Abs. 1 VVG; Umkehrschluss auf § 109 Satz 2 VVG). Darauf kommt es an, wenn der Geschädigte aus abgetretenem Recht gegen den Versicherer vorgeht oder seinen Ersatzanspruch direkt gegen den Versicherer geltend machen kann (§§ 115 Abs. 1, 117 VVG): Dann muss dieser sich behandeln lassen, als sei die Versicherungssumme nicht erschöpft. Bei Pflichtversicherungen ist die Verteilung modifiziert: Ansprüche privater Geschädigter, die nicht anderweitig abgesichert sind, kommen vor den Regressansprüchen von Versicherungen und Sozialversicherungsträgern; unter den Privaten gehen Personenschäden den Sachschäden vor (§ 118 Abs. 1 VVG).

Schädigers befreien –, erklärt *Fischinger* damit, dass die Gefährdungshaftung an Handlungen anknüpfe, die „um ihres (mittelbaren) Nutzens für die Allgemeinheit" willen erlaubt sind (Haftungshöchstsummen, 102).

[240] Siehe dazu nur die Gutachten, Referate und Beschlüsse des 62. Deutschen Juristentages (DJT) 1998 in Bremen zu Massenschäden und die des 72. DJT 2018 in Leipzig zu Sammelklagen.

[241] Dazu jetzt auch *Albers*, JZ 2024, 251–270.

[242] Zu diesem Verteilungsverfahren *Küppersbusch* in: FS Müller (2009) 65–78; *Konradi* VersR 2009, 321–327; *Schultheiß* VersR 2016, 497–504.

[243] Beachte dazu § 116 SGB X, insbesondere Abs. 2 und 4.

Die grundsätzlich gleichmäßige Befriedigung der Geschädigten aus der Versicherungssumme ist dadurch sichergestellt, dass andere Gläubiger nicht auf den Freistellungsanspruch des Schädigers gegen den Versicherer zugreifen können. Der Schädiger kann nicht darüber verfügen (§ 108 Abs. 1 VVG), und in der Insolvenz des Schädigers können die Geschädigten abgesonderte Befriedigung daraus verlangen (§ 110 VVG) sowie – bei allen Pflichtversicherungen – direkt gegen den Versicherer vorgehen (§ 115 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VVG).[244]

aa) Zur Geschichte der Verteilungspflicht

Dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG) von 1908[245] war eine Verpflichtung des Haftpflichtversicherers zur anteiligen Befriedigung der Geschädigten noch fremd. Sie wurde 1939 mit dem Gesetz über die Einführung der Pflichtversicherung begründet.[246] Es erging ausweislich der Präambel[247], um „den Schutz der Verkehrsopfer wirksamer zu gestalten". Die amtliche Begründung beginnt mit dem Satz: „Die fortschreitende Motorisierung erfordert nach dem Willen des Führers einen erweiterten Schutz der Verkehrsopfer".[248]

Mit der Einführung der Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter[249] verband man weitere Änderungen des Haftpflichtversicherungsrechts. Das Recht des Geschädigten zur abgesonderten Befriedigung im Konkurs[250] wurde um die allgemeine Verfügungsbeschränkung ergänzt (§ 156 Abs. 1 VVG 1939)[251]. In diesen Kontext setzte man die Verteilungspflicht mit der Regelung zur Befreiung des gutgläubigen Versicherers (§ 156 Abs. 3 VVG 1939). Ausländische Vorbilder hierfür gab es,[252] die in der Gesetzesbegründung aber nicht erwähnt wurden. Dort hieß es:

---

[244] Funktional vergleichbare Regeln zum Schutz der Geschädigten in der Insolvenz finden sich auch in anderen Rechtsordnungen; siehe *Brinkmann* in: Mass Torts, 245–262, Rn. 15/33–15/40.

[245] Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30.5.1908, RGBl. S. 263.

[246] Gesetz über die Einführung der Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter und zur Änderung des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen sowie des Gesetzes über den Versicherungsvertrag vom 7.11.1939, RGBl. I, 2223.

[247] Zu Gesetzespräambeln siehe *Fögen*, Lied vom Gesetz, 3–23 („Das Lied vor dem Gesetz").

[248] DJ 1939, 1771–1775 (1771) = *Fromm*, Versicherungsvertrag, 83–94 (83).

[249] Einen Überblick zur Geschichte der Pflichtversicherung gibt *v. Bar*, AcP 181 (1981) 289–327 (314–322). Die erste Versicherungspflicht enthielt das Luftverkehrsgesetz (siehe oben Fn. 216 und 217).

[250] Das Absonderungsrecht war schon mit dem ursprünglichen VVG eingeführt worden. Zur Bedeutung *v. Bar*, AcP 181 (1981) 289–327 (306–308): „Die Haftpflichtversicherung begann […], in den Dienst der Unfallopfer gestellt zu werden".

[251] Zu deren Bedeutung *v. Bar*, AcP 181 (1981) 289–327 (308–311). – Man ließ sich dabei vom österreichischen Recht leiten, das dem Geschädigten ein Pfandrecht zusprach; vgl. *Fromm*, Versicherungsvertrag, § 156 Abs. 1 (223 f.).

[252] *Prölß*, VVG (3. Aufl. 1941), § 156 n.F. Nr. 5, nennt Art. 49 eines schweizerischen Motorfahrzeuggesetzes und § 15 eines schwedischen Gesetzes über die Kraftfahrzeugversicherung.

„Das Gesetz lehnt das Prioritätsprinzip ab, weil dieses dem sozialen Gedanken der Haftpflichtversicherung widerspricht. Demgemäß sind mehrere Geschädigte anteilsmäßig zu befriedigen, sofern ihre Ansprüche die Versicherungssumme übersteigen. Die Auszahlung der Versicherungssumme hat im Interesse der Geschädigten beschleunigt zu erfolgen. Dabei muß eine Hinterlegung durch den Versicherer möglichst vermieden werden. Ein Dritter kann daher nach dem Gesetz nachträglich nur dann an den Versicherer herantreten, wenn dieser ihn bei einer vorausgegangenen Zahlung, durch die die Versicherungssumme erschöpft ist, in nicht entschuldbarer Weise unberücksichtigt gelassen hat. Dies gilt auch im Fall der Erhöhung eines bereits früher geltendgemachten Anspruchs. In Anlehnung an die Entscheidung des Reichsgerichts vom 25. Oktober 1938 […][253] hat der Versicherer nicht jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Er hat vielmehr nur die Sorgfalt zu beobachten, die unter den Umständen des besonderen Falles von einem vernünftigen und praktischen Versicherer verlangt und angewendet wird. Demnach darf der Versicherer insbesondere auf das Interesse der ihm rechtzeitig bekannt gewordenen Geschädigten an alsbaldiger Befriedigung ihrer Ansprüche Rücksicht nehmen".[254]

Die Berufung auf den „sozialen Gedanken der Haftpflichtversicherung" zeigt, wie sich die Einführung der Verteilungspflicht in ein größeres Phänomen fügt: Mit dem Lauf des zwanzigsten Jahrhunderts lässt sich die Haftpflichtversicherung immer weniger bloß als entgeltliche Übernahme von Risiken des Versicherungsnehmers durch den Versicherer beschreiben. Mehr und mehr berücksichtigt das Versicherungsrecht die Interessen der Geschädigten unabhängig von denen des Versicherungsnehmers.[255]

In diesem Kontext steht die Verteilungspflicht weiterhin. Das Europäische Übereinkommen über die obligatorische Haftpflichtversicherung für Kraftfahrzeuge aus dem Jahr 1959 erforderte einen Direktanspruch des Geschädigten gegen den Versicherer und übernahm hierfür die Teilungsregel ebenso wie die Vorschrift zum Schutz des gutgläubigen Versicherers.[256] Dieser Direktanspruch wurde in Deutschland 1965 eingeführt.[257]

Mit der Reform des VVG aus dem Jahr 2007[258] wurde ein Direktanspruch in weiteren Fällen gewährt (§ 115 VVG). Nach dem Regierungsentwurf hatte er

[253] RG, Urteil vom 25.10.1938, VII 75/38, RGZ 158, 284. In der Entscheidung geht es aber um einen „entschuldbaren" Irrtum des Versicherungsnehmers (nämlich darüber, ob der Fahrzeugführer einen Führerschein hat).

[254] DJ 1939, 1771–1775 (1773) = *Fromm*, Versicherungsvertrag, 83–94 (87 f.).

[255] Zu diesem Vorgang *v. Bar*, AcP 181 (1981) 289–327 (mit der Schlussfolgerung, das Haftungsrecht müsse nicht mehr vom Versicherungsrecht unabhängig gedacht werdern).

[256] Anhang I, Art. 6 des Europäischen Übereinkommen vom 20.4.1959 über die obligatorische Haftpflichtversicherung für Kraftfahrzeuge; im deutschen Recht verbindlich aufgrund des Gesetzes zu dem Europäischen Übereinkommen vom 20.4.1959 über die obligatorische Haftpflichtversicherung für Kraftfahrzeuge vom 1.4.1965, BGBl. II, S. 281.

[257] Durch Gesetz zur Änderung von Vorschriften über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter vom 5.4.1965, BGBl. I, S. 213 (in § 3 Nr. 1 Pflichtversicherungsgesetz); siehe dazu die Begründung in BT-Drs. IV/2252.

[258] Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 23.11.2007, BGBl. I, S. 2631.

ursprünglich für alle Pflichtversicherungen eingeführt werden sollen, um den Geschädigten „einen verhandlungs- und zahlungsbereiten, weitgehend insolvenzsicheren Schuldner zu sichern".[259] Die gleiche Reform brachte schließlich die Vorrangregel des § 118 Abs. 1 VVG: „Um den mit der Einführung der Versicherungspflicht verfolgten Zweck der Sicherung der Schadensersatzforderung des geschädigten Dritten zu erreichen, erscheint es notwendig, anderweitig nicht abgesicherten Individualansprüchen der Geschädigten einen Vorrang insbesondere vor öffentlichen Ersatzansprüchen einzuräumen".[260]

bb) Praktische Schwierigkeiten

Die Verteilungspflicht bei der Haftpflichtversicherung bringt dieselben praktischen Probleme mit sich wie die Kürzungsregeln bei der Gefährdungshaftung. Die „Last der Verteilung"[261] trägt der Versicherer.

Wo kein Direktanspruch besteht, ist der Haftpflichtversicherer für die Geschädigten ein Drittschuldner, auf den sie zugreifen können, indem sie den Freistellungsanspruch des Schädigers pfänden und sich überweisen lassen. Falls dies zugunsten aller Geschädigter geschehen sein sollte, kommt in Betracht, den Freistellungsanspruch einem Geldanspruch gleichzustellen und dem Versicherer eine Hinterlegung nach § 853 ZPO zu erlauben, auf die eine Verteilung nach §§ 872–882 ZPO folgte.[262] Die herrschende Meinung lehnt auch dies allerdings mit der Begründung ab, dass die Verteilung den Versicherer treffen soll.[263] Auf die Direktansprüche hätte dieses Vorgehen ohnehin keinen Einfluss.

Vor besondere Probleme stellt die Verzahnung von haftungsrechtlicher und deckungsrechtlicher Verteilungspflicht: Denn während die Verpflichtung zur Verteilung bei allen Haftpflichtversicherungen gilt, besteht bei der Gefährdungshaftung mit Höchstbetrag bereits im Haftungsverhältnis eine Verteilungspflicht.[264] Die Regeln für die Verteilung sollten einander entsprechen. Dazu müssen die Regelungen im Versicherungsvertragsgesetz mitunter auf das Haftungsverhältnis durchschlagen: Erstens muss auch der versicherte Halter eines Kraftfahrzeugs von seiner Haftung freiwerden, wenn der Versicherer

[259] BT-Drucksache 16/3945, 50, 88 f. Hiervon sind offenbar die Regierungsfraktionen der großen Koalition selbst wieder abgekommen, siehe den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5862, 96 (Kritik durch Bündnis 90/Die Grünen). Mit der Beschränkung auf die Insolvenz oder Unauffindbarkeit des Schädigers sollte der Anspruch „auf die unter Verbraucherschutzgesichtspunkten wesentlichen Problembereiche zurückgeführt werden" (99).

[260] BT-Drucksache 16/3945, 90.

[261] *Sieg*, Ausstrahlungen, 173 f.

[262] *Prölß* (3. Aufl. 1941), § 156 n.F. VVG Nr. 7; *Thees/Hagemann* (2. Aufl. 1958), § 156 VVG Nr. 12 d.

[263] Grundlegend *Sieg*, Ausstrahlungen, 180 f. – Für eine Hinterlegung *de lege ferenda* hingegen *Schultheiß* VersR 206, 497–504 (503, 504).

[264] Dazu soeben a.

die in § 118 Abs. 1 VVG vorgesehene Rangfolge wahrt – obgleich der Haftungshöchstbetrag, gäbe es keine Versicherung, nach § 12 Abs. 2 StVG möglicherweise anders verteilt worden wäre.[265] Daher muss die Rangfolge aus dem Deckungsverhältnis auch im Haftungsverhältnis gelten, selbst wenn der Anspruch gegen den Schädiger geltend gemacht wird. Zweitens muss auch der Schädiger wegen Erschöpfung des Haftungshöchstbetrags freiwerden, wenn der Versicherer sich auf die gutgläubige Erschöpfung der Versicherungssumme nach §§ 109 Satz 2, 118 Abs. 2 VVG berufen kann – obgleich die Geschädigten nicht gleichmäßig befriedigt wurden und im StVG eine Vorschrift zum Gutglaubensschutz fehlt.[266] Diesen Vorschlägen wird man entgegenhalten, dass sie sowohl das herkömmliche Trennungsprinzip zu verletzen scheinen, wonach Haftungs- und Deckungsverhältnis nicht vermengt werden dürfen, als auch den von *Mark Makowsky* eingeführten Gedanken eines Vorrangs des Haftungsrechts.[267] Aber der Gesetzgeber kann bei den genannten Regeln nicht ernstlich nur das Deckungsverhältnis haben gestalten wollen; andernfalls verfehlte die Haftpflichtversicherung ihre ursprüngliche Funktion, das Vermögen des Schädigers zu schützen. Die Regelungen sind als auch haftungsrechtliche zu verstehen.

Eine ganz andere Frage ist die Verteilung der Gesamtdeckungssumme einer für mehrer Schädiger gemeinsam bestehenden Haftpflichtversicherung. Solche Policen sind nicht zweckmäßig, weil sie den einzelnen Begünstigten kaum Sicherheit geben. Trotzdem waren sie bei den von Unternehmen für ihre Führungskräfte abgeschlossenen Haftpflichtversicherungen (D&O-Versicherungen) üblich. *Christian Armbrüster* schlägt vor, die Summe in der Reihenfolge des Eintritts der Versicherungsfälle auszuschöpfen und bei gleichzeitig eintretendem Versicherungsfall nach Köpfen zu verteilen.[268] Eher dürften die konkurrierenden Freistellungsansprüche der Schädiger gleichmäßig zu befriedigen sein. Das wird dadurch erleichtert, dass der Geschädigte, von dessen Ansprüchen freigestellt werden muss, immer dieselbe Person ist, nämlich das Unternehmen als Versicherungsnehmer ist.

cc) Andere Fälle der Haftung für Dritte

Reiseveranstalter müssen für den Fall ihrer Insolvenz sicherstellen, dass Reisende zurückbefördert werden und Vorauszahlungen für noch nicht erbrachte Leistungen zurückerhalten; doch kann der Kundengeldabsicherer seine Inanspruchnahme auf 110 Millionen Euro pro Geschäftsjahr mit der Wirkung be-

[265] Das Ergebnis kann auch dadurch erzielt werden, dass man den Gleichklang mit den Vorschriften sicherstellt, die die Legalzession mit einer Rangordnung verbinden (§ 116 Abs. 2 und 4 SGB X).

[266] Dazu im sechsten Kapitel bei Fn. 8.

[267] *Makowski*, Einfluss von Versicherungsschutz, 169–174.

[268] *Armbrüster* VersR 2014, 1–8.

grenzen, dass die Ansprüche verhältnismäßig gekürzt werden (§ 651r Abs. 3 Satz 4 BGB).[269]

Für die Anlegerentschädigung nach dem österreichischen Wertpapieraufsichtsgesetz von 1996 hat der OGH allerdings entschieden, dass ein unzureichender Haftungsfonds nicht quotenmäßig aufzuteilen sei, sondern das „Prioritätsprinzip" gelte, „wonach diejenigen, die exekutiv zuerst auf ein beschränktes Vermögen greifen, voll befriedigt werden". Eine Analogie zu haftungs- und versicherungsrechtlichen Verteilungsanordnungen lehnte der Gerichtshof mit folgender Begründung ab: „Die genannten Normen betrefen durchwegs (punktuelle) Unfallereignisse (Haftpflichtfälle) typischerweise mit einem rasch überschaubaren Kreis von wenigen Geschädigten, deren Ansprüche zumindest im Groben bald abschätzbar sind. Bei der Anlegerentschädigung gibt es regelmäßig eine zunächst kaum überschaubare Vielzahl von Geschädigten, die aus keinem Unfallereignis, sondern einer Insolvenz resultieren".[270] Damit weist der Gerichtshof auf praktische Probleme der gleichmäßigen Befriedigung hin, die auch nach der hier vertretenen Auffassung eine solche Lösung rechtfertigen können, wenn kein zweckmäßiges Verteilungsverfahren durchführbar ist.

Die Funktion von Haftpflichtversicherungen lässt sich – ebenso wie die Kundengeldabsicherung – als betragsmäßig begrenzte Haftung für Dritte umschreiben. Es gibt andere Fälle der betragsmäßig begrenzten Haftung für Dritte, in denen die Gläubiger prima facie um die Wette laufen. Zu diesen Fällen werde ich im fünften Kapitel die These entwickeln, dass der Wettlauf gegenüber dem Mithaftenden vorläufig bleibt und die Vorstufe zu einer gleichmäßigen Verteilung unter den Gläubigern des primär Haftenden darstellt. Das Modell hierfür bietet die Haftung des Kommanditisten. Demgegenüber sollen sich aus der Haftpflichtversicherungssumme gar nicht alle Gläubiger des Schädigers gleichmäßig befriedigen, sondern nur die Geschädigten. Daher gibt die Rechtsordnung nicht erst dem Geschädigten oder seinem Insolvenzverwalter, sondern schon dem Versicherer die gleichmäßige Befriedigung auf.

c) Vertragshaftung gegenüber Dritten

Verträge begründen besondere Haftungsbeziehungen, für die kraft Vereinbarung oder Gesetz besondere Haftungsgrenzen gelten können. Sind mehrere aus dem Vertrag als Gesamtgläubiger berechtigt, so laufen sie im Verhältnis zum Schuldner ungehemmt um dessen Haftung um die Wette, schulden sich aber im Innenverhältnis gleichmäßigen Ausgleich.[271] Die Tätigkeit aufgrund Vertrages kann aber auch Haftung gegenüber Dritten auslösen, die einen Schaden erleiden, weil sie sich darauf verlassen dürfen, dass der Schuldner seinem

[269] Dazu *Fischinger*, Haftungshöchstsummen, 60–64.
[270] OGH, 4.4.2013, 2 Ob 171/12d.
[271] Siehe zu Gesamtgläubigern im fünften Kapitel unter III.1.

Gläubiger gegenüber korrekt leistet. Dann stellt sich die Frage, welche Bedeutung die Haftungsgrenze für die Haftung gegenüber den Dritten hat. Es kann zur Konkurrenz um diese Haftungssumme kommen.

Dabei geht es zum einen um Fälle, in denen sich die Dritten körperlich in den Einflussbereich des Schuldners begeben – in die Nähe der von ihm gesteuerten Maschine oder in die gemieteten Räume. Zum anderen kommen die Situationen der Haftung für professionelle Stellungnahmen in Betracht (Expertenhaftung, Gutachterhaftung). Wenn man solche Haftung gegenüber Dritten vertraglich konstruiert und von der Haftung gegenüber dem Vertragspartner als dem hauptsächlichen Gläubiger ableitet, wird man nicht umhinkommen, die Haftung insgesamt auf die vertraglich vereinbarte Summe begrenzt zu sehen[272] und dem Vertragspartner beim Zugriff den Vorrang einzuräumen (argumentum ex § 334 BGB).

Nimmt man hingegen eine eigenständige Erklärungshaftung oder eine gesetzliche Haftung gegenüber den Dritten an, so muss hierauf die für den Vertragspartner geltende Begrenzung der Haftung keinen Einfluss haben: Der Schuldner wird den Dritten unbegrenzt haften, wenn es nicht gelingt, eine Begrenzung besonders zu begründen – durch stillschweigende Vereinbarung, Begrenzung des Rechtscheins oder analoge Anwendung der gesetzlichen Grenze.[273] Auf die Haftung gegenüber dem Vertragspartner wird auch eine eigenständige Haftung gegenüber Dritten keinen Einfluss haben können: Die vertragliche Haftung wird nicht dadurch erschöpft, dass der Schuldner sich daneben – begrenzt oder unbegrenzt – auch Dritten haftbar macht.

Für die Haftung der Abschlussprüfer nach österreichischem Recht hat *Walter Doralt* gefolgert, dass sie sich durch die Dritthaftung verdoppelt, also die gesetzlich vorgesehene Haftungssumme für die gesetzlich vorgesehenen Gläubiger und die Dritten je einmal zur Verfügung stehen müsse.[274]

Soweit mehrere Dritte um eine Haftungssumme konkurrieren, sollten die bei den Tatbeständen der Gefährdungshaftung geltenden Regelungen zur gleichmäßigen Verteilung der Höchstsummen unter ihnen grundsätzlich analog angewendet werden.

Diskutiert wurde in den letzten Jahren vor allem über Abschlussprüfer: Deren Haftung für verschuldete Fehler ist begrenzt.[275] Dieses ungewöhnliches Privileg war einst eingeführt worden, um den Aufbau des neuen Berufsstands zu fördern, als man die Gesell-

[272] So obiter zur Haftung von Wirtschaftsprüfern aus Vertrag mit Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter auch BGH, Urteil vom 19.4.2012, III ZR 224/10, NZG 2012, 711 (713; Rn. 19).

[273] Zu verschiedenen Ansätzen etwa *Canaris* ZHR 163 (1999) 206–245; *Koch* WM 2005, 1208–1216.

[274] *Doralt*, Haftung, Rn. 351–362.

[275] In Deutschland nach § 323 Abs. 2 HGB, in Österreich nach § 275 Abs. 2 UGB.

schaften zur Prüfung ihres Jahresabschlusses verpflichtete.[276] Nach *Philipp S. Fischinger* soll dieses Privileg wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz als grundgesetzwidrig unwirksam sein.[277] Der Bundesgerichtshof hat in einem Urteil aus dem Jahr 1998[278] erklärt, neben der gesetzlichen Haftung gegenüber der Gesellschaft und verbundenen Unternehmen (§ 323 Abs. 1 Satz 3 HGB) komme gegenüber Dritten eine Haftung nur – aber immerhin – aus Auskunftsvertrag und Vertrag mit Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter in Betracht. *Claus-Wilhelm Canaris* hat angemerkt, dass im Fall besonderer Auskunft an einen Dritten die Haftungsgrenze nicht gelten dürfe, die sich aus der Verpflichtung des Prüfers rechtfertige, das Testat zu erteilen.[279]

In Österreich ist anerkannt, dass der Haftungshöchstbetrag auch die Dritthaftung begrenzt. Die Debatte darüber, wie er aufzuteilen ist, ist dort weiter vorangeschritten.[280] Der OGH hat im Jahr 2017 einem Abschlussprüfer verwehrt, Drittgeschädigte nur in Höhe einer Quote zu entschädigen, weil für die Befriedigung aus einem beschränkten Vermögen grundsätzlich das Prioritätsprinzip gelte. Dabei nimmt der Gerichtshof zahlreiche andere Fälle der Forderungskollision vergleichend in den Blick. Einer Verteilung steht vor allem die praktische Schwierigkeit entgegen, im bipolaren Zivilprozess für eine ungewisse Vielzahl von Betroffenen Quoten zu bilden.[281] Ob die geprüfte Gesellschaft mit ihren Ersatzforderungen gegenüber den um die Wette laufenden Drittgeschädigten Vorrang genießt, wie die Literatur überwiegend annimmt,[282] hat der OGH zunächst offengelassen. Dass jedenfalls das Gegenteil nicht entschieden ist, hat er gegen Ende des Jahres 2021 noch einmal klargestellt;[283] im Juni 2023 schließlich im Sinne der herrschenden Lehre entschieden.[284]

3. Unter Forderungen, die vom Vermögen abhängen

Unterhaltsforderungen und Forderungen aus Schenkungsversprechen hängen davon ab, dass der Schuldner zu leisten vermag. Bei beiden kommt es unter mehreren an sich gleichrangigen Gläubigern zur gleichmäßigen Verteilung.

---

[276] Geschichtlicher Überblick bei *Doralt*, Haftung, Rn. 30–60.

[277] *Fischinger*, Haftungsbeschränkung, 86.

[278] BGH, Urteil vom 2.4.1998, III ZR 245/96, BGHZ 138, 257 = JZ 1998, 1013; dazu *Ebke* JZ 1998, 991–997; *Grunewald* ZGR 1999, 583–600; *Canaris* ZHR 163 (1999) 206–245.

[279] *Canaris* ZHR 163 (1999), 206–245 (207 f., 233 f.).

[280] Siehe nur *Doralt*, Haftung, Rn. 241–249, 351–362; *Baumgartner/Torggler/Torggler*, in: FS Koppensteiner (2016) 19–37; nun *Lobnik*, Gläubigergleichbehandlung, 99–152 (dazu bereits in der Einleitung bei Fn. 89).

[281] OGH 29.6.2017, 8 Ob 94/16f, RdW 2017, 819. Der Gerichtshof bedenkt die Verteilungsregeln bei Gefährdungshaftung und im Versicherungsrecht, die Haftung bei der Vermögensübernahme und der Unternehmensspaltung (zur österreichischen Lage noch im fünften Kapitel bei Fn. 52 und Fn. 136), sowie die Anlegerentschädigung aus einem begrenzten Haftungsfonds (dazu oben bei Fn. 270).

[282] Vgl. nur *Baumgartner/Torggler/Torggler*, in: FS Koppensteiner (2016) 19–37 (24–26; 33).

[283] OGH 22.12.2021, 3 Ob 194/21g, RdW 2022, 258.

[284] OGH 21.6.2023, 3 Ob 58/23k (Rn. 22).

a) Gleichrangige Unterhaltsforderungen

Besonders geordnet wird die Aufteilung des Vorhandenen für das Unterhaltsrecht. Gegenüber anderen Forderungen treten Unterhaltsansprüche insofern zurück, als ihnen die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten „bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen" eine Grenze setzt (§ 1603 BGB). Einmal entstanden, genießen sie aber Vorzüge:[285] Wenn bestimmte Unterhaltspflichten bestehen, erhöht sich die Grenze des pfändungsfreien Einkommens um Pauschalbeträge (§§ 850c Abs. 2 ZPO, 36 Abs. 1, 89 Abs. 2 Satz 2 InsO). Unterhaltspflichten schmälern also die Menge dessen, was anderen Gläubigern als Preis im Wettlauf oder zur Verteilung in der Insolvenz zur Verfügung steht. Diesen Teil des Einkommens können Unterhaltsgläubiger pfänden (§ 850d Abs. 1 ZPO). Sie dürfen hierauf vollstrecken, obwohl ein Insolvenzverfahren läuft (§ 89 Abs. 2 Satz 2 InsO).[286] Auch befreit die Restschuldbefreiung nicht von einer Unterhaltsforderung, die der Schuldner vorsätzlich pflichtwidrig nicht gezahlt hat (§ 302 Nr. 1 InsO).

Was das Verhältnis mehrerer auf Unterhalt gerichteter Forderungen gegen einen Schuldner angeht – die kollidieren, wenn der Verpflichtete nicht genügend Mittel hat, sie alle zu bedienen –, so gibt das BGB für sie eine Rangordnung vor (§ 1609 BGB). Unterhaltsgläubiger, die auf derselben Stufe stehen, muss der Schuldner verhältnismäßig befriedigen. Dies hatten schon die Motive als selbstverständlich angesehen.[287] Diese Verteilungsordnung überlagert den Wettlauf in der Zwangsvollstreckung: Der nur zu Gunsten von Unterhaltsberechtigten pfändbare Teil des Einkommens wird – unabhängig vom Zeitpunkt der Pfändung – nach der Ordnung der Unterhaltsgläubiger verteilt (§ 850d Abs. 2 ZPO).[288]

b) Gleichzeitige Schenkungsversprechen

Eine gleichmäßige Verteilung unter mehreren unentgeltlich Begünstigten kommt auch bei der Notbedarfseinrede des Schenkers in Betracht. Nach dem Gesetz steht ihm diese Einrede zunächst gegen den Gläubiger zu, den er später bedacht hat (§ 519 Abs 2 BGB).[289] Offen lässt das Gesetz, was gilt, wenn meh-

[285] Siehe auch den Überblick bei BGH, Urteil vom 12.9.2019, IX ZR 264/18, NZI 2019, 851, Rn. 31–33.

[286] Nach Eröffnung auflaufende Unterhaltsansprüche nehmen ohnehin nicht am Verfahren teil (§ 40 InsO).

[287] Motive I 277, dazu in der Einleitung bei Fn. 25. – Siehe im Übrigen BGH, Urteil vom 13.4.1988, IVb ZR 34/87, BGHZ 104, 158 (162 f.: „Bedarfsbeträge […] verhältnismäßig herabzusetzen"); *Martiny*, Unterhaltsrang I, 421. – Siehe auch § 850d Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 ZPO am Ende.

[288] Nachträgliche Anordnung des Gleichrangs etwa bei BAG, Urteil vom 6.2.1991, 4 AZR 419/90, NJW 1991, 1774.

[289] Dazu oben im Rahmen des Prioritätsprinzips bei Fn. 32.

reren zugleich versprochen wurde. Darf der Schenker wählen, welches Versprechen er erfüllt, oder kann er gegenüber allen die Einrede anteilig geltend machen?[290] Den umgekehrten Fall der Rückforderung wegen Verarmung hat die Rechtsprechung entschieden: Mehrere gleichzeitig Beschenkte sind Gesamtschuldner des Rückgewähranspruchs nach § 528 Abs. 1 BGB. Der Schenker kann frei entscheiden, wen er in Anspruch nimmt, doch haben die Beschenkten im Innenverhältnis den Ausfall verhältnismäßig aufzuteilen.[291]

Im Ergebnis erscheint richtig, dass sowohl im Fall der Einrede wie im Fall der Rückforderung die gleichzeitig Beschenkten den Ausfall im Verhältnis des Werts ihrer Schenkungen zu tragen haben. Sonst gäbe der nachträgliche Vermögensverfall dem Schenker ein Reurecht, er könnte nun noch einmal entscheiden, welche Schenkung er will und welche nicht. Die Beschenkten könnten sich nicht auf die Schenkung oder das Schenkungsversprechen verlassen, sondern wären auf das andauernde Wohlwollen des Schenkers angewiesen, dessen Entzug ihnen aber nach dem Gesetz nur bei grobem Undank schaden soll.

Den direkten Weg zu diesem Ergebnis geht man, indem man dem Schenker gegen die kollidierenden Schenkungsversprechen, sofern die Gegenstände teilbar sind, nur eine je anteilige Einrede gibt. Bei der Rückforderung wegen Verarmung hat der Schenker ein schutzwürdiges Interesse daran, zunächst einem Beschenkten den vollen Betrag abzuziehen, um sich die Durchsetzung gegen andere zu ersparen; dieser Gesichtspunkt spielt hier keine Rolle.

Auch wenn dem einen Geld, dem anderen ein unteilbarer Gegenstand, zum Beispiel ein Grundstück versprochen wurde, lässt sich die Verteilung auf diese Weise durchführen. Auf das Wahlrecht des Schenkers bei der Rückforderung hat die Natur des Gegenstands nach der Rechtsprechung keinen Einfluss; die Ausgleichspflicht der Beschenkten untereinander bemisst sich nach dem Wert.[292] Die Notbedarfseinrede muss sich auf die ganze Leistung beziehen, doch darf der Versprechensempfänger nach den oben entwickelten Prinzipien[293] entscheiden, ob er die Einrede abwendet, indem er den Notbedarf auszahlt; dies muss hier dann nur anteilig geschehen. Andernfalls muss der Versprechende ihm den Wert des Gegenstands abzüglich des anteiligen Notbedarfs leisten.

---

[290] Für ein nur anteiliges Verweigerungsrecht besonders *Heiter* JR 1995, 313 (316); *Neuner* AcP 203 (2003) 46 (58 f.); *Grünberger*, Personale Gleichheit, 503.

[291] BGH, Urteil vom 13.2.1991, IV ZR 108/90, NJW 1991, 1824; BGH, Urteil vom 28.10.1997, X ZR 157/96, BGHZ 137, 76; dazu *Grünberger*, Personale Gleichheit, 500–502. – Für beliebige Auswahl schon *Greiff* in: Planck (1. und 2. Aufl. 1900), § 528 Nr. 5. Hingegen wollte *Heiter* JR 1995, 313–319 dem Schenker von vorneherein gegen jeden nur ein anteiliges Rückforderungsrecht zusprechen.

[292] BGHZ 137, 76.

[293] Oben bei Fn. 45.

4. Bei Leistungshindernissen

Ein Schuldner, der einem nicht zu vertretenden Leistungshindernis begegnet, hat seine Gläubiger gleichmäßig zu befriedigen. In diesem Sinne entscheiden die Gerichte, wenn die beschränkte Gattung zum Teil untergegangen ist, aus der der Schuldner seine teilbare Leistung zu erbringen hat, und deswegen nicht mehr für alle Gläubiger ausreicht. So setzte sich schon das Reichsgericht mutig über die Äußerung der Motive hinweg, die Forderungskollision müsse sich natürlich im Wettkampf entscheiden. Der Grundsatz – den die Gerichte so nicht ausgesprochen haben – verdient über die Fallgruppe des Teiluntergangs hinaus Anerkennung.

a) Die Zuckerrübensamenentscheidung

Seine Gäubiger verhältnismäßig zu befriedigen, gab das Reichsgericht erstmals 1914 in der Zuckerrübensamenentscheidung[294] einem Schuldner auf, der sich darauf berief, dass die Gattung, aus der er Lieferung schuldete, ohne sein Verschulden teilweise untergegangen war.

Der Beklagte hatte zwei Jahre zuvor Zuckerrübensamen aus seiner Ernte des Jahres 1911 verkauft. Wegen unvorhersehbarer Dürre erntete er nur ein Fünftel des Durchschnitts. Daraufhin lieferte er jedem Käufer 46% der Bestellung. Einer klagte auf Schadenersatz: Der Beklagte hätte ihn voll befriedigen können, wenn er dafür anderen Gläubigern weniger hätte zukommen lassen. Daher verurteilte ihn das OLG Naumburg.[295] Das Reichsgericht wies die Klage ab. Der Schuldner sei berechtigt gewesen sei, eine über den Anteil hinausgehende Leistung zu verweigern. Denn wenn ein einziger Gläubiger die ganze Ernte gekauft hätte, hätte die Missernte als nicht zu vertretene Teilunmöglichkeit den Schuldner teilweise befreit. Bei mehreren Käufern dürfe er nicht schlechter stehen. Diese befänden sich ersichtlich in einer „Interessengemeinschaft". Verlangten sie vom Schuldner mehr als ihren Anteil, so verstießen sie gegen Treu und Glauben, weil sie ihn Ersatzansprüchen der anderen aussetzten.

Die weitere Rechtsprechung folgte[296] und präzisierte: Der Schuldner kann sich nicht darauf berufen, verteilen zu müssen, wenn er das Risiko der Beschaffung

[294] RG, Urteil vom 3.2.1914, II 625/13, RGZ 84, 125.

[295] Über das Urteil berichtet *Schreiber* LZ 1914, Sp. 167–170, der bereits Verteilung vorschlägt (zustimmend *Heuer* LZ 1914, Sp. 370–372). Dass es sich um die vom RG aufgehobene Entscheidung handelt, bestätigt *Schreiber*, Das Recht 1914 Sp. 295. Wie das RG hingegen – ebenfalls über Zuckerrüben von 1911 – OLG Naumburg, Urteil vom 22.11.1913, OLGRspr 28, 65.

[296] OLG Hamburg, Urteil vom 20.1.1916, OLGRspr 32, 314; OLG Hamburg, 10.2.1916, Bf VI 416/15, Das Recht 1916 Nr. 654 (betreffend Gefahrübergang bei Sammeltransport, *obiter dictum*); OLG Dresden, Urteil vom 29.3.1916, 7 O 185/15, SächsA 11 (1916) 242 (244); OLG Stuttgart, 4.5.1916, U 48/16, Das Recht 1916, Sp. 401 Nr. 756 (Verteilungspflicht); OLG Dresden, Urteil vom 18.5.1916, 5 O 167/15, SächsA 11 (1916) 320; OLG Posen, Urteil vom 6.6.1917, U 42/17, PoMSchr 1917, 57 (Verteilungspflicht); OLG Karlsruhe,

trägt[297] oder fahrlässig kontrahiert hat, obwohl sie schwierig zu werden drohte.[298] Wenn der Schuldner sich für das Leistungshindernis gegenüber einzelnen Gläubigern freigezeichnet hat, stehen sie im Rang zurück, sodass er ihnen gegenüber nicht haftet, aber anderen gegenüber auch für ihren Anteil.[299] Unter mehreren solchen Gläubigern ist wiederum zu verteilen.[300]

aa) Haftungsbegrenzung

Mit Recht akzeptiert die Literatur bis heute einmütig, dass ein Schuldner für eine eigentlich nicht zu vertretene Dürre nicht alleine deswegen haften kann, weil er mehr als einen Gläubiger hat. Man darf ein Vertretenmüssen nicht daraus herleiten, dass er einzelne Gläubiger hätte voll beliefern können.[301] Der Fall illustriert die Schwäche einer Doktrin der Leistungsstörungen, die sich einerseits am Verschuldensprinzip orientiert, andererseits aber die Verantwortlichkeit des Schuldners danach bemessen will, ob eine Leistung in Natur im naturalistischen Sinn möglich ist, anstatt zu fragen, welchen Einsatz er zur Erbringung der Leistung schuldet.[302] Zugleich belegt der Fall, dass ein Schuldner

Urteil vom 30.1.1918, OLGRspr 38, 58 (nach Treu und Glauben durfte der eigene Bedarf vorrangig befriedigt werden); RG, Urteil vom 24.9.1918, III 145/18, RGZ 94, 17 (Verteilungspflicht; Anspruch auf Anteil, obwohl Abruf verzögert); RG, Urteil vom 23.10.1918, I 90/18, Das Recht 1918, Sp. 65 Nr. 90 (soweit der eigene Bedarf durch den Krieg besonders erhöht ist, ist dies nicht abziehbar); RG, Urteil vom 27.10.1918, I 90/18, Holdheim 27 (1918) 189; RG, Urteil vom 15.4.1919, II 435/18, RGZ 95, 264; RG, Urteil vom 21.3.1921, VI 522/20, JW 1922, 158 = Das Recht 1921, Sp. 359 Nr. 2347. – Anders als das Reichsgericht OLG Dresden, Urteil vom 19.10.1916, JW 1917, 978 f.: Die Mehlverkäuferin durfte in der Reihenfolge der Abrufe befriedigen; die Verteilung sei zu aufwändig.

[297] Wie bei unbegrenzten Gattungsschulden in der Regel (§ 279 BGB 1900): OLG Stuttgart 13.4.1916, II U 402/15, Das Recht 1916, Sp. 350 f. Nr. 583.

[298] RG, Urteil vom 26.5.1916, II 75/16, Holdheim 25 (1916) 247; RG, Urteil vom 10.11.1916, II 273/16, Das Recht 1917, Sp. 30 Nr. 35.

[299] So zu „Kriegsklauseln" OLG Hamburg, 14.3.1917, Bf IV 184/16, Das Recht 1917, Sp. 267 Nr. 530; RG, Urteil vom 13.11.1917, II 246/17, RGZ 91, 332 (auch wenn durch die anteilige Belieferung die Versorgung der Bevölkerung mit Petroleum sichergestellt werden soll).

[300] RG, Urteil vom 26.1.1918, I 262/14, Warneyer 1918, Nr. 46 (71); OLG Augsburg, Urteil vom 10.3.1919, L 25/1916, JW 1919, 736.

[301] *Huber*, Leistungsstörungen I § 24 IV 3: „Da feststeht, daß der Schuldner die Unmöglichkeit, A und B gleichzeitig vollständig und rechtzeitig zu beliefern, nicht zu vertreten hat, kann die Frage nur sein, ob er nach Belieben verfahren darf oder Bindungen unterliegt". – Einen Rückgriff auf die Geschäftsgrundlage hält allerdings *Kainer* NJW 2021, 816–820 für nötig (zur Lieferung knappen Impfstoffs; dazu noch Fn. 335).

[302] Die herrschende, von *Canaris* JZ 2004, 214–225 verteidigte Ansicht geht auf *Mommsen*, Unmöglichkeit, zurück. Dagegen verdient die Attacke Beistand, die auf Basis von *Hartmann*, Obligation, und *Jakobs*, Unmöglichkeit, geführt wurde von *Picker*, JZ 2003, 1035–1048, *Picker* in: FS Konzen (2006) 687–717, *Picker* in: Zehn Jahre, 1–53 (30 f., 38–45); *Lobinger*, Grenzen; *Schermaier*, in: GS Mayer-Maly (2011) 409–422. Ich habe das näher ausgeführt in: Causa contractus, 573–635 (588–609).

sich mitunter gegen eine Forderung eben doch dadurch verteidigen kann, dass er sich auf eine konkurrierende beruft. Die Motive hatten jede solche Beziehung kategorisch abgelehnt.[303] Wie bei den Zuckerrübensamen ist stets zu entscheiden, wenn die Haftung des Schuldners auf eine bestimmte Menge begrenzt ist, aus der mehrere Gläubiger ihre Leistung zu fordern haben. Eine solche Haftungsbegrenzung muss nicht von Anfang an bestehen, sie kann sich noch bei der Abwicklung der Forderung daraus ergeben, dass die Gefahr hinsichtlich einer begrenzten Menge auf mehrere Gläubiger übergeht – bei der Schickschuld oder dem Annahmeverzug. Besonders brisant sind die Fälle, wenn – anders als im Zuckerrübensamenfall – zugleich die Gegenleistungsgefahr übergeht (wie beim Versendungskauf nach § 447 BGB oder im Annahmeverzug nach § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB), also die Gläubiger bezahlen müssen, auch sofern sie die Ware nicht erhalten.[304]

Soweit der Schuldner, weil er die Kollision nicht zu vertreten hat, für die Nichtleistung nicht einstehen muss, kommt er auch nicht in Verzug (§ 286 Abs. 4 BGB). Das verkennt *de Boor*, der meint, bei nicht zu vertretenden Kollisionen müsse grundsätzlich die isolierte Betrachtung aufrecht erhalten bleiben, aber der Gläubiger gewinnen, der den Schuldner zuerst in Verzug setzte.[305]

bb) Pflicht zur Gleichbehandlung

Die Pflicht zur Verteilung hingegen hat nicht nur Zustimmung,[306] sondern auch Widerspruch gefunden.[307] Etwa sah *Ernst Rabel* „Grundlagen unseres

---

[303] Siehe das Zitat aus Motive I 276 f. in der Einleitung bei Fn. 22. Zur historischen Einordnung dieses Fehlurteils siehe das zweite Kapitel.

[304] Zu diesen Fällen *Ernst* in: GS Knobbe-Keuk (1997) 49 (97–102); zu den dabei virulenten Fragen des Gefahrbegriffs *Schermaier* in: GS Eckert (2008) 759–789.

[305] *de Boor*, Kollision, 84–87; referiert schon in der Einleitung bei Fn. 62. „Im Großverkehr" nimmt er gleichwohl eine Verteilungspflicht an, die aus einer Verkehrssitte folge: *Boor*, Kollision, 140–143.

[306] *de Boor* (vgl. vorige Fn.); *Würdinger*, Interessengemeinschaften, 75–79 (sofern den Gläubigern Ersatzbeschaffung nicht zumutbar); *Wüst*, Interessengemeinschaft, 98–106; *Hueck*, Gleichmäßige Behandlung, 138–145 (wegen Interessengemeinschaft); *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 251 f. (wegen der in jedem einzelnen Verhältnis nötigen gegenseitigen Rücksichtnahme); *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit, 159–193 (weil das Verschuldensprinzip die isolierte Betrachtung sticht und Kürzung den geringstmöglichen Eingriff in jede Forderung darstellt); *Lemppenau*, Gattungsschuld, 81–83 (weil § 279 BGB a.F. auf die Vorratsschuld nicht anzuwenden sei); *Huber*, Leistungsstörungen I § 24 IV 3 (zur Begründung Anm. 116: „Mehr, als daß der Schuldner das tun muß, was Treu und Glauben in einem solchen Fall gebieten […], läßt sich vernünftigerweise zu dem Fall nicht sagen"); *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 388–396 (weil die Gleichbehandlung das gerechte Prinzip zur Lösung von Verteilungskonflikten darstellt).

[307] *Rabel*, JW 1922, 158; ihm beipflichtend *Nußbaum*, Das neue Wirtschaftsrecht, 34 Fn. 5. Ebenso zuvor schon *Krückmann*, LZ 1918, Sp. 1309; *Krückmann* JW 1919, 736 f.; anders noch *Krückmann* LZ 1915 Sp. 95 (101 f.). – *Kluckhohn*, Das Recht 1914, 263, meint

Schuldrechts“ angegriffen. Er rügte die praktische Konsequenz, dass der Verkäufer gezwungen sei, seinen Abnehmern sämtliche Lieferbeziehungen und dadurch eigene und fremde Betriebsgeheimnisse offenzulegen: „Dazu versteht sich kein Kaufmann gern“. Keine Pflicht, nur ein Recht zur Verteilung sollte daher der Schuldner haben.

Gemeint haben wird *Rabel* mit dieser Redeweise, dass die Abnehmer um die Ware wetteifern: Der Schuldner kann faktisch entscheiden, wem er erfüllt, solange er von keinem Gläubiger zur Erfüllung gezwungen wird. Er wird frei, wenn er irgendwelchen seiner Gläubiger das ihm Mögliche bis zu dem Zeitpunkt geleistet hat, auf den es für die Entscheidung über die Ansprüche anderer Gläubiger ankommt.[308] So zu lesen ist wohl auch das spätere Plädoyer von *Ernst Wolf* für eine dem Schuldner „rechtlich zustehende Entscheidungsfreiheit“.[309]

Eher fern liegt der Gedanke, der Schuldner dürfe sich weigern, wenigstens den verteilungsgerechten Anteil einer bei ihm vorhandenen Menge an einen Gläubiger herauszugeben, der ihn deswegen in Anspruch nimmt – etwa mit dem Vortrag, die gesamte Menge sei für einen anderen Gläubiger bestimmt. Das intendiert aber *Michael Stürner* mit seinem Postulat eines aus der „Erfüllungshoheit des Schuldners“ fließenden „Wahlrechts“. Er will „unerwünschte Anreize in Richtung eines Gläubigerwettlaufs“ vermeiden und die Befreiung gegenüber den übrigen Gläubigern mit der „Ausübung“ dieses Wahlrechts eintreten lassen.[310] Doch die Alternative zur gleichmäßigen Verteilung ist der Wettlauf der Gläubiger, nicht ein Wahlrecht des Schuldners.[311] Ihm eine solche Befugnis einzuräumen, gibt die Kollision keinen Anlass: Sie soll ja nicht dem Schuldner nützen. Isoliert betrachtet schuldet er jedem Gläubiger die Leistung. Eine Beschränkung der Forderung mag mit Rücksicht auf andere Gläubiger – als anteilige Kürzung – geboten sein, mit Rücksicht auf den Schuldner ist sie nicht zu rechtfertigen. Auch der überschuldete Schuldner, bei dem ein Insolvenzverfahren mangels Masse nicht in Betracht kommt, kann schließlich keinem seiner Gläubiger entgegenhalten, er wolle das Wenige, was er habe, lieber an einen anderen zahlen.

Mit Recht hat das Reichsgericht den Schuldner als zur Verteilung verpflichtet angesehen. Die isolierte Betrachtung ist schon damit erweitert, dass er sich überhaupt auf die kollidierenden Verpflichtungen berufen darf, und das von der Gegenansicht befürwortete „Recht zur Verteilung“ kompromittierte den Grundsatz nicht weniger, sondern mehr: Durch die nur verhältnismäßige Be-

zwar, dass „sich dem Züchter […] kein Vorwurf daraus machen [läßt], wenn er einen Abnehmer voll befriedigte“, stimmt aber dem vom RG aufgehobenen Urteil des OLG Naumburg zu, das den Züchter wegen der Verteilung verurteilt hatte. – Zum Schutz der Gläubiger vor Willkür genüge bei entgeltlichen Verträgen nach *Würdinger* (oben im zweiten Kapitel bei Fn. 253) der Entfall der Gegenleistung.

[308] Das ist die Lösung von *Riehm* in: BeckOGK (1.8.2023), § 275 Rn. 61.1 und 61.2.

[309] *Wolf* JuS 1962, 101 (104); denn erst die Leistung an einen anderen Gläubiger soll – durch Unmöglichkeit – befreien.

[310] *Stürner* JA 2018, 789 (791). Ähnlich *Beurskens* in: BeckOGK (1.8.2024), § 243 Rn. 52–55.

[311] Siehe in der Einführung des dritten Kapitels bei Fn. 6.

trachtung wird jede einzelne Forderung so weit unabhängig von den anderen aufrechterhalten, wie dies angesichts der im Ganzen beschränkten Haftung möglich ist. In dieser Weise wenigstens den Rest jeder Forderung vor den Folgen der Kollision zu bewahren, darf jeder Gläubiger von seinem Schuldner verlangen.[312] Weil er es jedem seiner Gläubiger schuldet, ihn nicht mehr zu enttäuschen als andere, kann man in diesem Fall von einer Gleichbehandlungspflicht sprechen.[313]

Dass die Verteilung geboten ist, kann man mit Händen greifen, wenn auch die Gegenleistungsgefahr auf die Schuldner übergegangen ist.[314] Es wäre unerträglich, dürfte der Schuldner aussuchen, welcher Gläubiger zahlen muss, ohne dafür beliefert zu werden.[315] Vielmehr muss er alle für ihre volle Zahlung wenigstens verhältnismäßig befriedigen.

Mit der grundsätzlichen Entscheidung für eine Verteilungspflicht ist nicht entschieden, dass sie auch in jedem Einzelfall besteht. Muss in der Situation schnell gehandelt werden, etwa weil Ware zu verderben droht, erfordert die geschuldete Sorgfalt vielleicht gerade nicht eine umständliche Verteilung, sondern zum Beispiel die rasche Vornahme der einfachsten Lieferung.[316]

cc) Interesse an Teilleistungen

Mancher Gläubiger mag allerdings an einer Teilleistung kein Interesse haben. Dann darf er ihre Annahme verweigern (§ 323 Abs. 5 Satz 1 BGB). Was dieser Gläubiger nicht erhält, muss der Schuldner unter die anderen verteilen. Daher wird er vor Beginn der Verteilung bei allen Gläubigern anfragen, ob es eine Lieferquote gibt, bei deren Unterschreitung sie vom Vertrag zurücktreten wollen. Nach Treu und Glauben dürfte den Gläubigern verwehrt sein, wegen

---

[312] Überzeugend *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit, 178: „Jede einzelne Forderung darf also nur so wenig wie möglich durch Rücksichtnahme auf Rechte anderer beschnitten werden. […] Bei keiner anderen Handlungsalternative wären also die einzelnen Ansprüche wenigstens in Höhe der anteiligen Quote am Rest vor einer Berücksichtigung paralleler Rechte sicher".

[313] Auf ein allgemeines Prinzip berufen sich hingegen *Hueck*, Gleichmäßige Behandlung, 138–145; *Vogel*, Repartierungsrecht, 186–192; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 499: „An diese Verteilungsmacht knüpft das Recht die Pflicht zur Gleichbehandlung. […] Als distributive Instanz ist der Schuldner Adressat einer Gleichbehandlungspflicht" (unter Rückgriff auf *Neuner* AcP 203 [2003] 46 [58] und die Habilitationsschrift von *Kainer*, siehe von diesem nun NJW 2021, 816). Vgl. oben 277.

[314] Dazu soeben Fn. 304.

[315] Hier nimmt auch *de Boor*, Kollision, 131 f., eine Verteilungspflicht unabhängig von Handelsbrauch an, weil der Konflikt durch das Gesetz selbst geschaffen werde. Auf Willkür des Verkäufers läuft allerdings die Ansicht von *Jhering* hinaus (dazu im zweiten Kapitel bei Fn. 215). – Auch VIII.–2:305 DCFR ordnet in den Fällen des „Transfer of goods forming part of a bulk" die Verteilung an; dazu noch unten im sechsten Kapitel bei Fn. 87.

[316] Für ein Beispiel zu kollidierenden Forderungen auf Gebrauchsüberlassung unten bei Fn. 347.

der ganzen Leistung zurückzutreten, wenn sie auf eine solche Anfrage hin nicht kundtun, dass sie an einer Teilleistung kein Interesse haben.[317] Beginnend mit den Gläubigern, die die höchsten Quoten genannt haben, kann der Schuldner sodann die als zurückgetreten ausscheiden, die bei Verteilung nach dem Verhältnis ihrer Bestellungen nicht zu mindestens der gewünschten Quote beliefert werden können.

Für die erhaltenen Teilleistungen müssen die Gläubiger ihre Gegenleistung erbringen, die sich entsprechend mindert (§§ 326 Abs. 1 Satz 1, 441 Abs. 3 BGB).

dd) Stellvertretendes commodum

Erlangt der Schuldner aufgrund des Umstands, der die Kollision herbeiführte, einen Ersatz oder Ersatzanspruch für den nicht zu erbringenden Teil der Leistung, so können die Gläubiger anteilig Herausgabe verlangen. Denn § 285 BGB ist lediglich Ausdruck eines bereicherungsrechtlichen Prinzips. Über den Wortlaut der Norm hinaus muss ein Herausgabeanspruch auch bestehen, wenn der Schuldner frei wird, weil sich die Leistung erschwert;[318] so verhält es sich bei der Kollision. Das gilt auch für Gattungsschulden, sofern der Schuldner für einen Teil der Gattung Ersatz erlangt, der einem Gläubiger zugeordnet werden kann.

Daher muss man unterscheiden: Erhält der Schuldner für den gesamten untergegangenen Part der Gattung Ersatz, so kommt es nicht darauf, dass einem Gläubiger noch kein bestimmter Teil zustand: Irgendein Teil stand ihm jedenfalls zu, und für jeden Teil gibt es den gleichen Anteil am Ersatz. War zum Beispiel ein Vorrat versichert, so entfällt auf jeden Gläubiger ein Teil der Versicherungssumme in dem Verhältnis, in dem sein Lieferanspruch zum Gesamtvorrat stand.

Verteilt der Schuldner das Vorhandene anspruchsgemäß, so erhält kein Gläubiger eine Lieferung, die einem anderen zugestanden hätte. Darum kann keiner den von einem Konkurrenten gezahlten Preis als rechtsgeschäftliches *commodum* verlangen. Auch wenn der Schuldner an einen Gläubiger mehr als die ihm zustehende Quote leistet, kann ein übergangener Gläubiger das rechtsgeschäftliche *commodum* nur verlangen, sofern feststeht, dass die Zuviellieferung gerade auf seine Kosten erfolgte, also Gegenstände einem anderen geliefert wurden, die gerade ihm hätten geliefert werden sollen. Das ist nur der Fall, soweit die gesamte Restmenge, selbst wenn sie gänzlich an den An-

[317] Diese Rechtsfolge schlägt *Ernst* in: MünchKommBGB (9. Aufl. 2022), § 323 Rn. 213, für den Fall vor, dass der Gläubiger eine Frist für eine Restleistung setzt, ohne kundzutun, bei deren Ausbleiben auch das schon Erhaltene zurückggeben zu wollen.

[318] *Hartmann*, commodum, 135.

spruchsteller geleistet würde, nicht dazu genügte, ihn mit der geschuldeten Quote zu beliefern.

Fordert man für das Bestehen des Anspruchs nicht, dass die geleisteten Gegenstände gerade dem Anspruchsteller zugeordnet waren, sondern gewährt ihn immer, wenn überquotal geleistet wurde,[319] kommt man damit nicht um jedes Zuordnugsproblem herum: Auf Rechtsfolgenseite muss man bestimmen, was vom *commodum* welchem der konkurrierenden Gläubigern zusteht. Konsequent wird man es nach der Höhe der Lieferansprüche unter ihnen aufteilen.

b) Nur bei nicht zu vertretender Kollision

Nach der Rechtsprechung darf und muss der Schuldner nur verteilen, wenn er die Kollision nicht zu vertreten hat.[320] Hieran ist festzuhalten. Damit kommt es für die Behandlung der Forderungskollision entscheidend darauf an, wann der Schuldner sie vertreten muss. Einen Sonderfall bilden Situationen, in denen der Schuldner nur einem Teil der konkurrierenden Gläubiger für Nichterfüllung haftet (einseitig zu vertretendes Hindernis).

aa) Gegen eine Verallgemeinerung

Autoren, die der Verteilungspflicht zustimmen, fordern nicht selten – von der Rechtsprechung abweichend –, der Schuldner sei auch dann zur verhältnismäßigen Befriedigung verpflichtet, wenn er seinen Gläubigern für die teilweise Nichterfüllung hafte. Begründet wird das damit, dass die Obligation sich auf Erfüllung in Natur richtet, an der alle Gläubiger ein Interesse haben, das der geschuldete Geldersatz nicht immer kompensiert. Man will die Gleichbehandlungspflicht für den Primäranspruch nicht weniger gelten lassen, nur weil er durch einen Ersatzanspruch bewehrt ist.[321] Die seltener ausgesprochene Kehrseite ist, dass man dem Schuldner dann zugestehen müsste, jedem Gläubigern einen Teil der Naturalleistung zu verweigern, und das wegen eines Leistungshindernisses, das er selbst zu vertreten hat.

Gegen diese Auffassung ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber des BGB die Forderungskollision gerade in diesen Fällen, in denen ein Gläubiger vom Schuldner die Leistung, ein anderer Ersatz erhalten kann, dem Wettlauf überlassen wollte.[322] Für eine Unterscheidung danach, ob der Gläubiger Er-

[319] So wohl *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 393, 398.

[320] Siehe oben bei Fn. 297, 298 und 299.

[321] In diesem Sinne *Hueck*, Gleichmäßige Behandlung, 142 f.; *Wüst*, Interessengemeinschaft, 103–106 (wenn Geldausgleich im konkreten Fall voraussichtlich nicht genügt); *Vogel*, Repartierungsrecht, 247–249. – Ohne weiteres gleichgestellt werden die Fälle bei *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 400 f.

[322] Siehe Motive I 276 f., zitiert in der Einleitung bei Fn. 22. – Dass die Motive Wettlauf und Ersatzpflicht zusammendenken, beobachtet auch *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit, 176 Fn. 336, 181.

satz erhält, gibt es gute Gründe: In einer Situation, in der der Schuldner ohnehin haftet, lässt sich eine Verteilungspflicht praktisch kaum durchsetzen, weil dem Schuldner kein zusätzlicher Nachteil droht, wenn er gegen diese Pflicht verstößt.[323] Außerdem werden Gläubiger nicht selten mit dem vollen Ersatz besser bedient sein als mit anteiliger Leistung plus anteiligem Ersatz. Jedenfalls – und das ist die Hauptsache – lohnt der mit der Verteilung für alle Beteiligten verbundene Aufwand nicht, wenn nur der Nachteil verhältnismäßig aufgeteilt werden soll, der darin liegt, Geldersatz statt der Naturalleistung zu erhalten. Daher sollte man die Entscheidung des Gesetzgebers respektieren und für zu vertretende Leistungshindernisse beim Wettlauf bleiben.

Dass in Geld bemessener Schadenersatz mitunter nicht hinreicht, um den Geschädigten zu entschädigen, ist ein Problem des Schadensrechts, das nur dort adressiert werden kann. Nicht nur sieht die Rechtsordnung den Ersatz im Allgemeinen als kompensatorisch an. Konkret bei der Forderungskollision erklärten die Gesetzesverfasser den Unterschied zwischen der Leistung und dem Ersatz für irrelevant.

Dass Verstöße gegen völkerrechtliche Abkommen nur schlecht in Geld kompensiert werden können, habe ich allerdings zum Anlass für den Vorschlag genommen, die Frage zum Gegenstand eines Verteilungsprozesses zu machen, welchem mehrerer kollidierender Regime ein Staat gehorchen und welches er in Geld abfinden soll.[324] Dabei spielt auch eine Rolle, dass völkerrechtliche Ersatzforderungen nur schwer durchgesetzt werden können. Vor allem ist das Völkerrecht nicht an die Intentionen der BGB-Gesetzgeber gebunden.

Prozesspraktisch bedeutet das, dass der Schuldner sich gegen den Leistungsanspruch eines seiner Gläubiger nicht alleine dadurch teilweise verteidigen kann, dass er vorträgt, er könne aus seinem Vorrat die Gesamtheit seiner Gläubiger nicht voll, sondern nur quotal befriedigen. Er muss vortragen, dass er dieses Unvermögen nicht zu vertreten hat. Die Lage ist also nicht anders als unter dem alten § 275 Abs. 1 BGB (sogenannte *perpetuatio obligationis*).[325] Kann der Schuldner sich nicht freisprechen, soll der Gläubiger ruhig einstweiligen Rechtsschutz erwirken, Titel und Vollstreckung erstreiten: Er läuft mit den übrigen Gläubigern um den verbliebenen Vorrat um die Wette, die langsameren müssen sich mit Ersatz zufriedengeben.

bb) Vertretenmüssen bei anfänglichen und nachträglichen Kollisionen

Ob der Schuldner die Kollision zu vertreten hat, bemisst sich nach den Grundsätzen, die für Leistungshindernisse jeder Art gelten: Wenn nichts an-

[323] *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit, 190.
[324] *Albers*, in: Imperium, 265–319 (301).
[325] Normtext und Hinweise oben bei Fn. 159.

deres bestimmt ist, inbesondere keine Garantie übernommen wurde, haftet der Schuldner grundsätzlich für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB). Bei Verträgen ist näher ausbuchstabiert, was dies für anfängliche Leistungshindernisse bedeutet: Der Schuldner haftet nicht, wenn er das Hindernis nicht kannte und diese Unkenntnis nicht zu vertreten hat (§ 311a Abs. 2 Satz 2 BGB).

Ich halte die gesonderte Ersatznorm für überflüssig.[326] Der in den §§ 280–283 BGB – allerdings sinnwidrig – verwendete Ausdruck der Pflicht soll nicht eine ex ante formulierbare Verhaltenserwartung bezeichnen, sondern ein Kriterium dafür, ex post einen Erfolg zuzurechnen. In diesem Sinne kann man auch die „Pflicht" aus einem Vertrag verletzen, der noch gar nicht geschlossen wurde.

Das BGB 1900 hatte unterschieden: Während nachträgliches Unvermögen den Schuldner befreite, wenn er es nicht aus besonderen Gründen zu vertreten hatte (§ 275 Abs. 2 BGB), berührte anfängliches Unvermögen seine Verpflichtung nicht. Dem lag der Gedanke zugrunde, dass der Schuldner seine Leistungsfähigkeit bei Vertragsschluss stillschweigend garantierte.[327] Dasselbe Ergebnis wird man heute häufig durch Auslegung erreichen können.

Wenn beispielsweise eine Fluggesellschaft regelmäßig Flüge überbucht, weil sie damit rechnen kann, dass ein Teil der Passagiere nicht erscheint,[328] und dann unerwartet viele Passagiere Erfüllung begehren, wird man es der Gesellschaft verwehren, sich auf das durch die Überbuchung bewusst eingegangene Risiko zu berufen und das Vertretenmüssen bejahen. Verteilungsfragen stellen sich nicht; hierbei wäre auch die Unteilbarkeit der Sitze ein Problem.

Nach wie vor gibt es Fälle nicht zu vertretender Kollisionen. Seit der Schuldrechtsmodernisierung verlangt das Gesetz zwar vom Schuldner grundsätzlich die Überwindung von Leistungshindernissen (Umkehrschluss aus § 275 Abs. 2 BGB).[329] Es nimmt dabei augenscheinlich an, der Schuldner garantiere regelmäßig, alles Mögliche zu tun, um die Leistung zu erbringen – im Widerspruch zum Verschuldensprinzip aus § 276 Abs. 1 BGB.[330] Selbst wenn man im konkreten Fall eine solche Garantie zugrundelegt, wird man aufgrund des Arguments des Reichsgerichts nicht umhinkommen, jedenfalls die Forderungskollision wie eine Unmöglichkeit der Leistung zu behandeln: Es kann keinen Unterschied machen, ob der Schuldner eine große Menge an einen verkauft oder kleine Mengen an viele.[331]

---

[326] Siehe *Albers*, in: Il diritto privato tedesco, 128.

[327] *Huber*, Leistungsstörungen I § 22 II; II § 59 III; kurz dazu auch *Albers*, in: Causa contractus, 573–635 (593 mit Fn. 94).

[328] Zu Überbuchungen von Flügen als Problem der Forderungskollision siehe *Kopp*, Kollision, 57 f.

[329] Dazu die oben in Fn. 302 angegebene Diskussion.

[330] *Albers*, in: Causa contractus, 573–635 (604 f.).

[331] Oben bei Fn. 294.

Das Missverhältnis zwischen Leistungsfähigkeit und Leistungsverpflichtung, das die Kollision ausmacht, kann nicht nur durch eine unerwartet geringe Fähigkeit hervorgerufen werden, sondern auch durch eine unerwartet hohe Verpflichtung; zum Beispiel, wenn ein Stellvertreter und der Prinzipal oder mehrere Stellvertreter unabhängig voneinander Verpflichtungen begründen, die in Summe die Leistungsfähigkeit überseteigen. Häufig, aber nicht zwingend wird man dem Prinzipal eine fahrlässige Organisation vorwerfen können. Desungeachtet wollte *Erwin Riezler* dessen Haftung bejahen: „Die in den Verhältnissen des Schuldners begründete Möglichkeit der Doppelhandlung ist schon an und für sich immer ein Umstand, den der Schuldner ‚zu vertreten' hat".[332] Dass diese „Abkehr vom Verschuldungsprinzip" einer Tendenz entspreche, „jedem die im eigenen Gefahrenkeis entstandenen Schäden aufzubürden", lobte *de Boor*. Immerhin für die gewilkürte Stellvertretung war ihm die Lösung jedenfalls rechtspolitisch sympathisch, auch wenn ihm der volle Ersatz des Erfüllungsinteresses etwas weit ging.[333] Man wird über die großzügigen Prinzipien der Wissenszurechnung heute häufig dazu gelangen, dass die Handelnden von dem anderen Vertragsschluss hätten wissen müssen oder sich der Prinzipal jedenfalls so behandeln lassen muss. Im Grundsatz sollte aber die Haftung auf die Erfüllung auch in diesen Konstellationen vom Verschulden abhängig bleiben.

cc) Einseitig zu vertretende Hindernisse

Es kann vorkommen, dass der Schuldner die Kollision nur gegenüber einem Teil der Gläubiger zu vertreten hat. Das kann sich schon daraus ergeben, dass der Schuldner seine Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gewissem Umfang garantieren mag, während ihn nachträglich auftretende Hindernisse regelmäßig befreien.[334] Vor allem kann der Schuldner mit mehreren Gläubigern einen unterschiedlicher Haftungsmaßstab vereinbart oder er kann gegenüber einzelnen Gläubigern die Haftung für bestimmte Risiken ausgeschlossen haben.[335] Der Gläubiger, gegenüber dem der Schuldner die Kollision vertreten muss, kann ihn auf die ganze Leistung in Anspruch nehmen. Dem Gläubiger, gegenüber dem der Schuldner sie nicht zu vertreten hat, darf er sie als Leistungshindernis entgegenhalten.

[332] *Riezler* befasste sich mit dem Thema in einem Aufsatz über „Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen"; AcP 98 (1906) 372–419 (407; außerdem 401, 417 f.).

[333] *De Boor*, Kollision, 81–84.

[334] Dazu soeben Fn. 327.

[335] Nach dem Vortrag des Herstellers verhielt es sich so im Fall des Doppelverkaufs von Impfstoff an das Vereinigte Königreich und die Europäische Union; dazu *Kainer* NJW 2021, 816–820. – Zu Kriegsklauseln oben Fn. 299.

c) Auch bei anderen Forderungen

Bislang hat die Rechtsprechung den Grundsatz der Zuckerrübensamenentscheidung nur auf Forderungen angewendet, die auf Lieferung aus einer restlos teilbaren Gattung gerichtet waren. Doch auch für andere Leistungsinhalte kommt die gleichmäßige Verteilung als Lösung in Betracht.

aa) Unteilbare Gegenstände

Einzelne Autoren vertreten, dass auch bei einer aus unteilbaren Stücken zusammengesetzten Gattung eine verhältnismäßige Beschränkung der Gläubigerrechte eintreten kann.[336] Auch in solchen Fällen kann jedenfalls die Haftung begrenzt sein. Man nehme an, aus dem Nachlass eines Künstlers werden die letzten zehn Exemplare eines Werks (Drucke, Schallplatten) verkauft; doch fünf verbrennen vor der Übergabe. Eine verhältnismäßige Befriedigung könnte dann erfordern, dass mehreren Käufern Miteigentum an einzelnen Stücken eingeräumt werden muss.

Wer etwas für sich haben will, dem ist, wenn er es stattdessen mit einem anderem gemeinsam haben soll, häufig wenig geholfen. Mehrere wollen einen Gegenstand häufig unterschiedlich verwenden oder verwerten. Jedenfalls verursacht die Abstimmung Aufwand, der den Nutzen aufzufressen droht. Daher vermeidet das Recht, Unbeteiligte in eine Gemeinschaft zu zwingen.[337] Zumindest wird niemand gegen seinen Willen gezwungen, in einer Gemeinschaft zu bleiben; stets kann er deren Aufhebung verlangen. Das dekretierten schon die Kaiser Diokletian und Maximian 294 nach Christus.[338] Wohl deswegen geht die Lehre mit Stillschweigen davon aus, dass eine Gefahrteilung zwischen den Gläubigern nur bei teilbaren Leistungen in Betracht kommt.

Doch man muss die Alternativen wägen! Nach dem, was der BGB-Gesetzgeber als normal angesehen hat, müssten die Gläubiger um die Wette laufen, sodass meist der Schuldner entscheiden könnte, wer die Leistung erhält. Als Kriterium für die Zuteilung an einen Gläubiger käme das Alter der Forderung in Betracht; oder man könnte das Los entscheiden lassen. Ein Vorbild hierfür

[336] Dafür beim unverschuldeten Doppelverkauf *Ernst*, in: FS Heldrich (2005) 139 (siehe aber unten bei Fn. 341) und bei allen „gegenständlich begrenzten Verteilungskonflikten" unabhängig vom Vertretenmüssen *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 400 f. – Dagegen *De Boor*, Kollision, 136 f.: „müssen die Fälle naturgemäß ausscheiden, in denen eine Teilung nicht möglich ist, weil die Bruchteile unter die Einheit der Ware herabsinken würden"; *Vogel*, Repartierungsrecht, 161 f. – Für eine Entscheidung nach Treu und Glauben *Huber*, Leistungsstörungen I § 24 IV 3 (603): normalerweise werde zunächst die früher fällige Forderung, bei gleicher Fälligkeit zunächst die ältere zu erfüllen sein.

[337] Siehe schon Ulpian D. 12,6,24,4: *nemo enim invitus compellitur ad communionem*; dazu und zu dem in der folgenden Fn. genannten Text *Schermaier* ZRG RA 110 (1993) 124–183 (172–175).

[338] C. 3,37,5: *in communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri.*

gibt die in § 659 Abs. 2 Satz 2 BGB enthaltene Auslegungsregel[339], wonach bei Auslobungen, wenn mehrere die Handlung zugleich vorgenommen haben, die Belohnung unter ihnen verlost wird, wenn sie nicht geteilt werden kann oder soll.

Ein Grund dafür, statt der Gläubiger dem Schuldner Gefahr aufzubürden, ist die Unteilbarkeit der Leistungsgegenstände jedenfalls nicht. Das gilt auch für die Preisgefahr. Bei der Preisgefahr sticht zugleich das Bedürfnis besonders ins Auge, sie auf die Gläubiger gleichmäßig zu verteilen. Bei entsprechender Fallgestaltung – die Hälfte der Schallplatten ist beim vereinbarten Sammeltransport auf dem Weg zu den Käufern untergegangen – würde sonst der Wettlauf entscheiden, wer zahlen muss, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten. Faktisch käme es auf die Gunst des Schuldners an, oder die des Fahrers.[340]

Bei der Preisgefahr sieht *Wolfgang Ernst* die Lage anders: „Wird Ware geschuldet, die der Verkäufer nicht in untrennbarer Vermischung oder Vermengung vorrätig hält, sondern in individuellen Stücken, so kann auf das Erfordernis der Individualisierung nicht verzichtet werden; eine anteilige Gefahrtragung des in Annahmeverzug geratenen Käufers an einer Mehrzahl vertragsgemäßer Stücke kommt hier nicht in Betracht. Die Bildung einer Quote verlangt eine kontinuierlich teilbare Ware".[341] Dies ist erstaunlich, weil *Ernst* beim unverschuldeten Doppelverkauf eines Einzelgegenstandes überzeugend dafür plädiert, den Verkäufer zur Einräumung von Mitberechtigung verpflichtet zu sehen.[342] Die Gemeinschaft ist genauso lästig, doch ist das Bedürfnis danach geringer, wenn es nur um die Leistungs-, nicht auch um die Preisgefahr geht.

Demgegenüber erscheint es doch vorzugswürdig, die Gläubiger in die Gemeinschaft zu drängen. Wer daran nicht teilhaben möchte, mag vom Vertrag zurücktreten. Wenn er kein schlechtes Geschäft gemacht hatte – was angesichts der nachträglichen Verknappung des Gutes nicht wahrscheinlich ist –, steht er sich besser, wenn er die Leistung in Gemeinschaft mit den übrigen Gläubigern annimmt, anteilig bezahlt und alsbald Auflösung der Gemeinschaft(en) fordert (§ 749 Abs. 1 BGB). Die Mitberechtigten können sich darüber verständigen, wie sie sich auseinandersetzen wollen; hier mögen sie auch das Los in Betracht ziehen. Beim gesetzlich vorgesehenen Verkauf nach Art eines Pfandes (§§ 753 Abs. 1 Satz 1, 1233–1240 BGB) kommt immerhin der objektive Wert der Leistung den Käufern verhältnismäßig zu Gute; wer an der Erfüllung ein größeres Interesse hat, mag mitsteigern (§ 1239 BGB).[343]

Die Verteilung der unteilbaren Leistung kann so erfolgen, dass an jedem Gegenstand eine große Gemeinschaft aller Käufer gebildet wird (zu zehnt haben sie fünf Platten)

[339] Siehe oben bei Fn. 155.
[340] Man denke an die Bemerkung *Thöls* gegen *Jhering* (im zweiten Kapitel bei Fn. 218).
[341] *Ernst* in: GS Knobbe-Keuk (1997) 97 (102).
[342] *Ernst* in: FS Heldrich (2005) 139 f.
[343] Ebenso *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 400 f.

oder Gemeinschaften mit einer möglichst geringen Zahl von Beteiligten (je zwei Käufer haben gemeinsam eine Platte). Das zweite Modell drängt sich auf, wenn die Quoten zufällig in ganze Stücke aufgehen (fünf Käufer haben je zwei Platten gekauft; dann kann jeder eine Platte erhalten). Die umständliche Bildung von Kleingruppen – wer akzeptiert wen als Partner? – wird man dem Schuldner gleichwohl nicht zumuten. Mag die große Gemeinschaft sich in kleine auseinandersetzen.

Die Weigerung von Gläubigern, eine Leistung als Teil einer Gemeinschaft entgegenzunehmen, kann dazu führen, dass die übriggebliebenen das nicht mehr müssen. Geht es zum Beispiel um einen einzigen Gegenstand und lehnt einer der beiden Gläubiger ab, Miteigentümer zu werden, so muss der Schuldner das Alleineigentum, mit dem auch der eine zufrieden gewesen wäre, dem anderen verschaffen. Das Ergebnis ist akzeptabel: Nur wer bereit ist, eine Gemeinschaft hinzunehmen, wird an der Verteilung beteiligt.

Das gilt wohl auch, wenn beide Gläubiger sich mit nichts anderem als Alleineigentum begnügen wollen. Man könnte auf die Idee kommen, der Schuldner müsse dann ein Los befragen, weil er nur so sein Bestes gibt, um die Gläubiger gleich zu behandeln, sich also jedem gegenüber gleich sorgfältig verhält. Doch das werden die Gläubiger ihm nicht abverlangen können: Ihnen war es lieber, die Leistung nicht zu erhalten, als sie in Gemeinschaft mit ihren Mitgläubigern zu haben; sie schreckten vor der gleichberechtigten Auseinandersetzung mit den übrigen zurück. Dann dürfen sie auch ihren Schuldner nicht damit belasten.

bb) Unvereinbare Verhaltenspflichten

Schwierig gestaltet sich die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger, wenn sie nicht um Gegenstände konkurrieren – an den ihnen im Kollisionsfall Anteile übertragen werden können –, sondern vom Schuldner Verhaltensweisen verlangen, die miteinander unvereinbar sind. Wieder geht es nur um den Fall, dass der Schuldner es nicht zu vertreten hat, nicht alle Gläubiger befriedigen zu können. Sonst bleibt es beim Wettkampf, dem allenfalls nach den oben dargelegten Grundsätzen[344] eine Ziellinie zu ziehen ist, damit der Schuldner nicht zwischen den Vollstreckungsbemühungen der Gläubiger zerrieben wird.

Bei vertretbaren Handlungen kommt es zur Kollision nicht, wenn der Schuldner notfalls fremde Arbeitskraft auf dem Markt zu beschaffen hat. Muss er hingegen die Leistung nur persönlich oder mit eigenen Mitteln oder Personal erbringen, so kann ihn ein nicht zu vertretendes Hindernis außer Stand setzten, all seine Gläubiger zu befriedigen.

Hierunter fällt auch auch die Verpflichtung zur Überlassung eines Gegenstandes auf Zeit: Wer mit zwei Limousinen eine Autovermietung betreibt, kann nicht beide für den Abend geschlossenen Mietverträge erfüllen, wenn in

[344] Im dritten Kapitel bei Fn. 184.

einem Unfall eine ohne sein Verschulden zerstört wird. Die englische Rechtsprechung kennt ähnliche Beispiele aus der Schifffahrt.

Es geht meist um Charterverträge, die zwischen Mietrecht und Werkrecht oszillieren. Die Entscheidungen betreffen das Problem der *self-induced frustration*: Obwohl von den zur Erfüllung in Frage kommenden Schiffen eines beschlagnahmt wurde, eine Lizenz fehlte oder eines unterging, durften die Charterer sich nicht auf *frustration* berufen. Die Begründung schwankt: Mal halten die Richter den Schuldnern vor, dass es ihre Entscheidung war, gerade den Vertrag mit dem Kläger zu brechen – und nicht den mit einem der konkurrierenden Gläubiger. Mal weisen sie darauf hin, dass das Risiko übermäßiger Verpflichtungen zur Schuldnersphäre gehört.[345]

Für das deutsche Recht sollte feststehen, dass es dem Schuldner auch bei unvereinbaren Verhaltenspflichten einen Weg bieten muss, um ohne Haftung durch die von ihm nicht zu vertretende Kollision zu manövrieren. Das Ergebnis einer gleichmäßigen Verteilung lässt sich hier nur so vorstellen, dass die Gläubiger gemeinsam entscheiden, was der Schuldner tun oder unterlassen soll. Dies kann man wie eine Gemeinschaft am Wahlrecht auseinandersetzen, die im Verhältnis des Werts der geschuldeten Verhaltensweisen zu denken ist. Im Ergebnis muss derjenige, dem mehr daran liegt, dem anderen die Wahl abkaufen. Erst auf gemeinsame Anforderung aller Gläubiger darf und muss der Schuldner dann handeln.[346]

Mit Blick auf die Schuldverhältnisse im weiteren Sinne wird man die Einräumung der Mitentscheidungsbefugnis nicht als teilweise Erfüllung ansehen, die den Schuldner gegenüber jedem Gläubiger zum geminderten Erhalt der Gegenleistung berechtigte. Vielmehr wird man die Wahl eines gewissen Verhaltens nicht bloß als Entscheidung für die darauf gerichteten Forderungen anzusehen haben, sondern als Entscheidung für die diesbezüglichen Schuldverhältnisse im weiteren Sinne: Der von beiden Gläubigern gemeinsam gewählte Vertrag wird vom Schuldner und dem daran beteiligten Gläubiger erfüllt, vom anderen Vertrag tritt der daran beteiligte Gläubiger zurück. Mögen die Gläubiger die Frage der Gegenleistung bei ihrer Auseinandersetzung mitberücksichtigen. Alles andere verkomplizierte die Abwicklung unnötig.

Weil die Wahl nicht nur die Forderung betrifft, sondern das ganze Schuldverhältnis, lässt sich das erforderliche Verhältnis nicht als gemeinsame Inhaberschaft an einer Wahlforderung mit Wahlrecht der Gläubigerseite beschreiben. Es ist eher eine gemein-

[345] Siehe aus jüngerer Zeit vor allem *J. Lauritzen A.S. v. Wijsmuller B.V. (The Super Servant Two)*, QB (Com. Ct.) (1989) 1 Lloyd's Rep. 148, (Court of Appeal) (1990) 1 Lloyd's Rep. 1. Zu allem *Schmidt-Kessel*, Standards, 142–152, dem ich für den Hinweis auf diese Fälle danke.

[346] Hingegen schlägt *Zachmann*, Kollision, 70 f., eine Aufteilung der Zeit des Schuldners im Verhältnis der Dauer der verschiedenen geschuldeten Verhaltensweisen vor (siehe in der Einleitung Fn. 72). Das überzeugt weniger und passt nur für Sonderfälle.

same Entscheidung darüber, auf welcher Erfüllung bestanden und in welchem Vertrag zurückgetreten wird.

Solch ein umständliches Verfahren erscheint bei alltäglichen Geschäften geradezu lächerlich. Es dürfte gleichwohl die richtige Lösung sein, die ihren praktischen Wert hat, wenn es um viel geht: Ob die eine oder die andere Ölplattform transportiert wird, mag die Abstimmung unter den Gläubigern lohnen. Im Regelfall erledigen sich die Probleme dadurch, dass Gläubiger erklären werden, an einer solchen Abstimmung mit ihren Konkurrenten kein Interesse zu haben und lieber zurücktreten zu wollen. Dann entscheidet nach den oben entwickelten Grundsätzen der Gläubiger, der als einziger zur Kooperation bereit war, oder der Schuldner, wenn niemand sich abstimmen wollte. Wenn für eine Abstimmung keine Zeit ist, weil schnell gehandelt werden muss, wie vielleicht im Beispiel der Mietlimousinen, kann der zurückgesetzte Gläubiger dem Schuldner deswegen ohnehin keinen Vorwurf machen.[347]

Nach diesen Grundsätzen sind auch die Pflichtenkonflikte der Verwahrer[348] zu entscheiden: Kaum einem Verwahrer wird gelingen, gleichmäßig Gegenstände aller Einlagerer zu retten. Vielfach wird aber der geschuldeten Sorgfalt schon mehr als genügen, wer überhaupt irgendetwas dem Feuer oder den Fluten entzieht. Das Rettungshandeln seinen Gläubigern zuzuordnen, wird man vom Verwahrer nicht verlangen können. Wenn er doch einmal einem Einlagerer für eine unterbliebene Rettung haften sollte, kann dem Vewahrer deswegen gegen den Bevorzugten ein Anspruch auf Aufwendungsersatz zustehen (§ 693 BGB).

cc) Nicht bei Forderungen aus Schenkungsversprechen

Eine Ausnahme gilt bei kollidierenden Forderungen aus Schenkungsversprechen: Im Fall einer nicht zu vertretenden Leistungsstörung muss der Schuldner hier nicht verteilen, sondern die ältere Forderung vorziehen. Das ergibt sich aus der bei der Notbedarfseinrede getroffenen Wertung (§ 519 Abs. 2 BGB).[349]

5. Ergebnis

Wenn die Haftung des Schuldners auf ein Sondervermögen begrenzt ist, stellt die Rechtsordnung zu diesem Zweck regelmäßig besondere Verteilungsverfahren bereit. Dies zeigt sich vor allem im Erbrecht:[350] Nur soweit eine Nachlassinsolvenz nicht in Betracht kommt, bleibt es bei dem – allerdings modifizierten – Wettkampf, dem das gemeine Recht die Nachlassgläubiger ausgesetzt

[347] Siehe oben bei Fn. 316.
[348] Dazu in der Einleitung bei Fn. 100.
[349] Dazu oben bei Fn. 47.
[350] Dazu oben unter 1.a).

hatte.[351] Unter den nachrangigen Verbindlickeiten aus Pflichtteilen, Vermächtnissen und Auflagen hat der Erbe wiederum gleichmäßig zu verteilen.[352] Eine Sonderinsolvenz findet auch über das eheliche Gesamtgut statt;[353] für die Haftung des Reeders gibt es ein eigenes Verfahren.[354] Es gibt allerdings auch andere Fälle, in denen die herrschende Meinung eine Sonderinsolvenz nicht durchführen will.[355]

Ist Haftung auf einen bestimmten Betrag beschränkt, so wird das Fehlen von Verteilungsverfahren vielfacht beklagt. Trotz des Aufwands und Haftungsrisikos, mit dem dies den Schuldner belastet, verpflichtet die Rechtsordnung ihn regelmäßig zur gleichmäßigen Verteilung. Das zeigt sich bei den Höchstbeträgen der Gefährdungshaftung[356] und im Deckungskonkurs der Haftpflichtversicherung;[357] richtigerweise muss für beschränkte Vertragshaftung gegenüber Dritten dasselbe gelten.[358] Wiederum gibt es allerdings Ausnahmen, in denen scheinbar der Wettlauf herrscht.[359]

Auch bei gleichrangigen Unterhaltsforderungen und gleichzeitigen Schenkungsversprechen werden, wenn der Schuldner zur Leistung an alle nicht in der Lage ist, die Gläubiger gleichmäßig befriedigt.[360]

In dieses Bild passt die Zuckerrübensamen-Entscheidung des Reichsgerichts, wonach bei zufälligem Teiluntergang einer Menge, auf die sich die Forderungen mehrerer Gläubiger bezogen, der Schuldner das Verbliebene anteilig zu verteilen hat.[361] Verallgemeinert hat grundsätzlich jeder Schuldner, dem ein von ihm nicht zu vertretendes Hindernis verwehrt, all seine Gläubiger zu befriedigen, deren Forderungen zu gleichen Teilen zu erfüllen. Was die Rechtsprechung nur für Gattungsschulden in Fällen entschieden hat, bei denen der Leistungsgegenstand kontinuierlich teilbar war, sollte ebenso bei individuellen Leistungsgegenständen und Stückschulden gelten.[362] Hat der Schuldner hingegen das Leistungshindernis zu vertreten, kommt es nicht zur Verteilung, weil die Gläubiger, denen der Schuldner nicht in Natur erfüllt, dann durch Ersatzansprüche hinreichend kompensiert werden.[363]

Der weite Anwendungsbereich der gleichmäßigen Verteilung zeigt, dass der Wettlauf nicht als das allgemeine Prinzip für die Behandlung von Forderungs-

[351] Dazu oben unter 1.a) bb).
[352] Dazu oben unter 1.a) cc).
[353] Dazu oben unter 1.b).
[354] Dazu oben unter 1.c).
[355] Dazu im fünften Kapitel unter II.2–4.
[356] Dazu oben unter 2.a).
[357] Dazu oben unter 2.b).
[358] Dazu oben unter 2.c).
[359] Dazu im fünften Kapitel unter III.
[360] Dazu oben unter 3).
[361] Dazu oben unter 4.a).
[362] Dazu oben unter 4.c).
[363] Dazu oben unter 4.b).

kollisionen gelten kann. Selbst wenn man die Insolvenz beiseitelässt, ist bei Kollisionen des Typs „Alles oder nichts" das Prinzip eher die gleichmäßige Verteilung.[364]

V. Losverfahren

Der Zufall kann Rechtsprinzip sein.[365] Das Los begegnet als juristisches Verfahren nicht erst im römischen Recht.[366] Seit Alters her tritt es bei unteilbaren Gegenständen an die Stelle der gleichmäßigen Aufteilung. Das bezeugt etwa[367] ein Vers des Psalters, der aus dem Evangelium bekannt ist:

„Sie verteilen unter sich meine Kleider und werfen das Los um mein Gewand".[368]

Thomas Hobbes ordnete das Losprinzip sogar dem Zuvorkommen über, indem er die Erstgeburt und die frühere Okkupation als Entscheidungen eines „natürlichen Loses" (*natural lot*) präsentierte:

„But some things there be, that can neither be divided nor enjoyed in common. Then, The Law of Nature, which prescribeth Equity, requireth, That the Entire Right; or else, (making the use alternate,) the First Possession, be determined by Lot. For equal distribution, is of the Law of Nature; and other means of equal distribution cannot be imagined. Of Lots there be two sorts, Arbitrary, and Naturall. Arbitrary, is that which is agreed on by the Competitors: Naturall is either Primogeniture, (which the Greek calls kleronomia, which signifies, Given by Lot), or First Seizure. And therefore those

[364] Das Prinzip passt meines Erachtens auch auf zwei weitere Fällen auf dem Gebiet der Bereicherungshaftung: wenn ein einheitlicher Vorteil durch Eingriff in das Vermögen mehrerer erlangt wurde, und bei der der Verpflichtung eines Beschenkten zur Pflichtteilsergänzung (§ 2329 BGB), wenn es mehrere Berechtigte gibt. Diese Fälle hat *de Boor*, Kollision, 123–126, angesprochen. *De Boor* geht vom Wettlauf aus, doch denkt er vor allem an den Fall, dass der Schuldner nicht um alle Forderungen weiß. Er will wohl wegen § 819 BGB die Forderung bevorzugen, von der der Schuldner zuerst erfährt; ein für mich nicht einsichtiger Gedanke. Bei gleichzeitiger Kunde soll der Schuldner gleichmäßig befriedigen. Ich gehe generell von der Verpflichtung zur gleichmäßigen Befriedigung aus, komme aber für den Fall, dass der Schuldner an einen Bereicherungsgläubiger zu einem Zeitpunkt leistet, zu dem beide nichts von der konkurrierenden Kondiktion wissen, letztlich zum gleichen Ergebnis (siehe im sechsten Kapitel bei Fn. 139).

[365] So der Titel der Abhandlung von *Depenheuer* JZ 1993, 171–180; siehe dort insb. 176 f. Vgl. im Übrigen *Erler* in: HRG s.v. Los, losen; *Helbig/Hoff*, in: Zugänge zu Recht und Religionen.

[366] Ulpian 2 (*disputationum*) D. 5,1,14 (zur Verteilung der Parteirollen); Gaius 7 (*ad edictum provincialis*) D. 10,2,5 (zur Zuteilung von Schuldurkunden an einen der Erben des Gläubigers); Ulpian 5 (*fideicommissorum*) D. 40,5,24,17 (Auswahl des freizulassenden Sklaven); C. 6,43,3,pr.–1 (a. 531; Ausübung eines Wahlrechts durch mehrere Erben); alles angeblich byzantinisch nach *Biscardi*, Il dogma della collisione, 161–169.

[367] Das Los spielte aber bereits in den mittelassyrischen Gesetzestexten eine Rolle; siehe *Krenz*, Nachlaßteilung, 25–33.

[368] Psalter 22,19.

things which cannot be enjoyed in common, nor divided, ought to be adjudged to the First Possessor; and in some cases to the First-Borne, as acquired by Lot".[369]

Im BGB begegnet das Los in einer Auslegungsregel für Auslobungen als Kriterium dafür, wem von mehreren, die die Handlung gleichzeitig vorgenommen haben, die Belohnung zukommen soll, wenn sie unteilbar ist (§ 659 Abs. 2 Satz 2 BGB).[370] Bei der Auseinandersetzung von Gemeinschaften durch Teilung in Natur entscheidet das Los darüber, wer welches von mehreren gleichen Teilen erhält (§§ 752 Satz 2, 2042 Abs. 2 BGB).

In der Debatte über die Rechtskollision war das Los als subsidiäres Kriterium anerkannt.[371] Zur Entscheidung gerade der Forderungskollision beriefen es der Bayrische Entwurf (§ 143 Abs. 2) und das Sächsische BGB (§ 764 Satz 2 am Ende) – jeweils subsidiär für den Fall, dass andere Kriterien nicht griffen oder die Aufteilung nicht in Betracht kam.[372]

Ob noch heute die gleichmäßige Verteilung bei unteilbaren Gegenständen „durch den dürftigen Behelf des Loses ergänzt werden" muss (*de Boor*),[373] wurde oben bei der Kollision wegen nicht zu vertretender Leistungshindernisse erörtert.[374]

VI. Fazit

Zur Ordnung des Befundes hilft die Unterscheidung danach, ob die Gläubiger um ihr Leistungsinteresse konkurrieren (Kollision „Alles oder nichts") oder nur um die Naturalerfüllung, weil ein zurückstehender Gläubiger vom Schuldner immerhin Geldersatz erhält (Kollision „Leistung oder Ersatz").

In den Fällen der Kollision „Leistung oder Ersatz" bleibt es beim Wettlauf. So verhält es sich bei den Kollisionen wegen zu vertretender Leistungshindernisse. Eine Verteilung könnte nur vom Schuldner durchgeführt werden, der zu Sorgfalt aber nicht wirkungsvoll angehalten werden kann, weil er für die Nichterfüllung ohnehin haftet. Vielfach wird den Gläubigern ohnehin eher an vollem Ersatz als an teilweisem Ersatz und teilweiser Leistung gelegen sein. Zudem waren es just die Lehrbuchfälle der Doppelverpflichtung, die den Autoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs bei ihrer Entscheidung vorschwebten, Forderungskollisionen nicht zu regeln, weil es sie angesichts der Verpflichtung zum Ersatz gar nicht gäbe.[375] Diese Entscheidung für die Äquivalenz des Geld-

[369] *Hobbes*, Leviathan, chapter 15 (78).
[370] Zu den vorrangigen Auslegungsregeln oben bei Fn. 27.
[371] Siehe nur zu *Thibaut* im zweiten Kapitel bei Fn. 19, zu *Kierulff* und seinen Gefolgsmännern bei Fn. 37.
[372] Siehe im zweiten Kapitel unter III.3 und 4.
[373] *De Boor*, Kollision, 43.
[374] Siehe oben unter IV.4.c) aa) und bb).
[375] Dazu schon in der Einleitung bei Fn. 22, näher im zweiten Kapitel unter IV.

ersatzes verdient jedenfalls soviel Respekt, dass man nicht um einer Differenz zwischen Naturalleistung und Geldersatz willen eine aufwändige Verteilung veranstalten lässt.

Bei den Kollisionsfällen des Typs „Alles oder nichts" strebt die Rechtsordnung im Grundsatz nach der Verteilung. Schon die Existenz des Insolvenzverfahrens beweist das.

Besondere hoheitliche Verfahren stellt das Recht für die Nachlassinsolvenz, die Insolvenz des Gesamtguts und in Form des schifffahrtrechtlichen Verteilungsverfahrens zur Verfügung. Wo ein Insolvenzverfahren zwar bereitsteht, aber im Einzelfall mangels Masse nicht in Betracht kommt, bleibt es hingegen regelmäßig beim Wettlauf.

Wie die Verteilung und der Wettlauf der Gläubiger im BGB ausbalanciert ist, zeigen die Grundzüge der Erbenhaftung: Während nach dem gemeinrechtlichen *beneficium inventarii* die Gläubiger um die Wette liefen, strebt das moderne deutsche Recht ihre verhältnismäßige Befriedigung an; auch der Erbe soll seine eigenen Forderungen nicht vorab aus dem Nachlass befriedigen dürfen.[376] Anders als noch der erste Entwurf will man dem Erben aber grundsätzlich die Verteilung nicht zumuten.[377] Das materielle Prinzip der Verteilung greift also grundsätzlich nur, wenn genügend Mittel für ein Insolvenzverfahren zur Verfügung stehen, sonst bleibt es beim Wettlauf.[378] Eine Rückausnahme vom Wettlauf ist angeordnet, wenn nur Verbindlichkeiten aus Pflichtteilen, Vermächtnissen und Auflagen offenbleiben; unter diesen Gläubigern muss der Erbe selbst verteilen. Dem liegt augescheinlich die Annahme zugrunde, um solche Gläubiger müsse der Erbe wissen, sodass die Verteilung kein Problem bereite;[379] unbekannte Verfügungen sind dabei nicht berücksichtigt.

Wo kein hoheitliches Verteilungsverfahren besteht, zögert die Rechtsordnung nicht, dem Schuldner die Verteilung zuzumuten. Es geht hier um Kollisionen wegen beschränkter Haftung: Deren Erweiterung droht dem Schuldner bei Verteilungsfehlern. Auch wenn er die Kollision nicht zu vertreten hat (sonst haftete er unbeschränkt), bürdet man dem Schuldner die Verteilung mit ihren Mühen und Haftungsrisiken auf.[380] Der Grund dürfte darin zu sehen sein, dass die Kollision eher aus seiner Sphäre stammt als aus der Sphäre der Gläubiger.

---

[376] Siehe die durchschlagende Argumentation des Redaktors des Vorentwurfs oben bei Fn. 158.

[377] Siehe bei Fn. 160.

[378] Treffend *J.P. Schmidt*, Itinera, 502 f.: „Von diesem Ziel [der insolvenzmäßigen Befriedigung der Nachlassgläubiger] wird aus Rücksicht auf die fehlende Kenntnis und Erfahrung des Erben dort eine beschränkte Ausnahme gemacht, wo die Einsetzung eines professionellen Abwicklers mangels Masse nicht in Betracht kommt".

[379] Siehe oben bei Fn. 178.

[380] Diese werden allerdings in einzelnen Sonderregeln über die Haftung für Verteilungsfehler anerkannt (§ 1979 BGB; §§ 109 Satz 2, 118 Abs. 2 VVG); dazu im sechsten Kapitel unter II.

Das erklärt auch, warum keine Analogie zur Hinterlegung wegen „Ungewissheit über die Person des Gläubigers" (§ 372 BGB)[381] gezogen wird und gezogen werden sollte: Zwar erscheint die Unsicherheit des Schuldners darüber, wie er sich verhalten muss, um eine Haftung zu vermeiden, bei der Forderungskollision genauso drückend wie beim Prätendentenstreit. Doch im Allgemeinen dürfte unbillig sein, Aufwand und Risiko der Zuteilung den Gläubigern zuzuschieben: Auch wenn der Schuldner nicht haftet, steht er der Kollision näher. Er steht zu jedem Gläubiger in einer Beziehung, die Gläubiger untereinander hingegen nicht.

Dem Prinzip folgend, verlangt das Recht vom Schuldner nicht nur beim Unterhalt[382] und gleichzeitigen Schenkungsversprechen[383] die Verteilung unter den Gläubigern, sondern auch bei den Haftungshöchstsummen[384] und bei nicht zu vertretenden Leistungshindernissen.[385]

Maßstab der Verteilung ist grundsätzlich die gleichmäßige, anteilige Befriedigung. Nur ausnahmsweise kommt es stattdessen auf andere Gesichtspunkte an. Erörtert wurde das Alter der Forderung: Während Forderungen jeden Alters normalerweise gleichviel gelten, weil der Kredit sich in der Gegenwart begegnet, haben unter konkurrierenden Schenkungsversprechen die älteren den Vorrang. Denn solche Forderungen stehen stillschweigend unter dem Vorbehalt, dass sich die Vermögenslage des Schuldners nicht so verschlechtert, dass er zur Erfüllung nicht mehr in der Lage ist. Damit schenkweise begründete Forderungen verbindlich bleiben, darf der Schuldner sich zu ihrer Entkräftung immerhin nicht auf spätere Schenkungsversprechen stützen, um einen Notbedarf oder eine Verarmung zu begründen, und die späteren Gläubiger müssen gegenüber den früheren das Nachsehen haben (§§ 519 Abs. 2, 528 Abs. 2 BGB).[386] Umgekehrt genießt unter mehreren Forderungen, die der Werterhaltung oder Wertschöpfung dienen, mitunter die jüngere den Vorzug, um einen Anreiz für weitere Investitionen zu schaffen.[387]

Der bisherige Befund kann allerdings nur ein vorläufiger sein. Problematische Fälle, in denen diesem Befund zuwider der Wettlauf zu herrschen scheint, wo er nicht hingehört, werden erst im folgenden Kapitel erörtert.

Die Lösung der Forderungskollision im Wege der Zuweisung durch die Rechtsordnung – soviel sei abschließend festgehalten – führt dazu, dass der Schuldner sich gegenüber Gläubigern, denen die Leistung nicht in Gänze zu-

[381] Siehe in der Einführung dieses Kapitels bei Fn. 6 und zur Gefährdungshaftung bei Fn. 236.
[382] Zur Verteilung im Unterhaltsrecht oben unter IV.3.a).
[383] Zur Verteilung bei gleichzeitigen Schenkungsversprechen oben unter IV.3.b).
[384] Zur Verteilung bei den Haftungshöchstbeträgen oben unter IV.2.
[385] Zur Verteilung bei nicht zu vertretenden Leistungshindernissen oben unter IV.4.
[386] Siehe oben unter II.2.
[387] Dazu oben unter III.

gewiesen ist, dadurch verteidigen kann, dass er sich auf die Kollision, also die konkurrierenden Forderungen anderer Gläubiger beruft. Diese Berufung auf die Kollision hat verschiedene Gesichter.

Solange ein hoheitliches Verteilungsverfahren stattfindet, dürfen die Gläubiger ihre Ansprüche nur auf diesem Wege verfolgen (§§ 87 InsO; 8 Abs. 2 Satz 1 Schiffahrtsrechtliche Verteilungsordnung). Außerhalb eines Verteilungsverfahrens kann sich der Schuldner mit der Kollision verteidigen, wenn seine Haftung beschränkt ist. Das geschieht in zweifacher Weise: Erstens kann der Schuldner vortragen, dass seine Haftung ganz oder zum Teil bereits erschöpft ist, weil er andere Gläubiger befriedigt hat („Verteidigung der bereits erschöpften Haftung"). Diese Form der Verteidigung steht ihm auch zu Gebote, wenn die Gläubiger um die beschränkte Haftung um die Wette laufen. Nur bei Zuweisung durch das Recht kann der Schuldner sich auch darauf berufen, die Leistung ganz oder zum Teil nicht erbringen zu können, weil er sie für andere Gläubiger zurückhalten muss. Er verhindert dann, dass seine Haftung ausgeschöpft wird, damit für die Konkurrenten noch etwas übrig ist („Verteidigung der nicht zu erschöpfenden Haftung"). Soweit der Schuldner die Erschöpfung seiner Haftung durch Berufung auf die Kollision verhindern kann, schuldet er den Konkurrenten regelmäßig, dies auch zu tun, sodass er ihnen über die Haftungsgrenze hinaus haftet, wenn er es unterlässt, sich gegen den Schnelleren in dieser Weise zu verteidigen.[388]

Thema dieses Kapitels war, wann das Recht die Kollision durch Zuweisung löst und welche Kriterien die Zuweisung bestimmen. Wie die für die Zuteilung erforderliche Verteidigung des Schuldners jeweils konstruiert werden muss, stand nicht im Fokus. Bei der „Verteidigung der bereits erschöpften Haftung" beruft der Schuldner sich einfach auf die Haftungsgrenze, die unterschiedlicher Natur sein kann. Mal mag sie als dauernde Hemmung oder als Vernichtung des Anspruchs bewirken, dass der Gläubiger schon kein Urteil erstreiten kann; mal nur einen Vorbehalt im Titel, der die Vollstreckung beschränkt. Besonderer Prüfung bedarf, ob die „Verteidigung der nicht zu erschöpfenden Haftung" jeweils denselben Charakter hat: Wenn die Haftungsgrenze nicht gerade mit Blick auf die Zuteilung der Haftung unter mehreren konkurrierenden Gläubigern konzipiert ist, ist ihr vielleicht gar nichts darüber zu entnehmen, wie der Schuldner sich davor schützen kann, seine Haftung zuweisungswidrig auszuschöpfen. Dies wird näher zu betrachten sein, wenn es darum geht, ob der Schuldner zurückfordern kann, was er einem Gläubiger über das dem Zugewiesene hinaus zugeteilt hat.[389] Denn vor allem bei der Rückforderung wird der Charakter der Verteidigung durch Berufung auf die Kollision praktisch relevant.

[388] Siehe dazu im sechsten Kapitel unter II.
[389] Siehe dazu im sechsten Kapitel unter III.

Fünftes Kapitel

Problematische Fälle

I. Einführung

Dieses Kapitel erörtert zwei Gruppen von Fällen, die den vorläufigen Befund des vorherigen Kapitels in Zweifel ziehen, weil ein Wettkampf stattfindet, wo mit Verteilung zu rechnen wäre. Zunächst geht es um Situationen, in denen nach dem Modell der Erbenhaftung bei dürftigem Nachlass ein modifizierter Wettlauf angeordnet ist, bei dem das erste rechtskräftige Urteil den Vorrang hat. Danach geht es um Situationen, in denen ein vorläufiger Wettlauf durch Ausgleichsansprüche gegen den obsiegenden Gläubiger nachträglich korrigiert wird.

II. Vorrang des ersten rechtskräftigen Urteils (modifizierter Wettkampf)

Ein eigentümliches Zuteilungskriterium legt die Rechtsordnung an, wenn sie die Kollision zugunsten des Gläubigers entscheidet, der zuerst ein rechtskräftiges Urteil erstreitet. Praktisch findet dann ein Wettlauf, der Form nach aber findet eine Zuweisung statt: Der Schnellere gewinnt nicht deswegen, weil er sich die Leistung verschafft hat, sondern weil die Rechtsordnung entscheidet, dass sie ihm ab einem gewissen Punkt zusteht. Anders als den Erwerb eines dinglichen Rechts in der Vollstreckung kann der Schuldner diese Zuweisung missachten; sie muss umgesetzt werden, um das Ergebnis herbeizuführen.

Die Situationen, in denen die Rechtsordnung diesen modifizierten Wettlauf anordnet, gehen auf einen einzigen Fall zurück: die beschränkte Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten, soweit keine Nachlassinsolvenz durchgeführt wird (§§ 1973 f., 1989, 1990 f. BGB). Auf andere Fälle wurden sie dadurch erstreckt, dass das Gesetz auf die Dürftigkeitseinrede (§§ 1990 f. BGB) verweist. So verhielt es sich bei der vor etwa fünfundzwanzig Jahren abgeschafften Haftung des Vermögensübernehmers (§ 419 BGB 1900); so verhält es sich noch immer bei der Haftung der Ehegatten nach Auflösung des Gesamtguts (§ 1480 BGB); und so verhält es sich seit etwa fünfundzwanzig Jahren bei der Haftung des Erwachsenen für Verbindlichkeiten, die seine Eltern für ihn eingegangen sind (§ 1629a BGB).

Für den hier eingenommenen Standpunkt werfen diese Vorschriften eine doppelte Frage auf: Warum wird die Haftungsmasse nicht gleichmäßig auf alle Gläubiger aufgeteilt, obwohl doch eine Kollision des Typs „Alles oder nichts" vorliegt? Und wenn der schnellere Gläubiger gewinnen soll: Warum verhindert der Gesetzgeber dann einerseits den Sieg durch Sicherung im einstweiligen Rechtsschutz und bricht andererseits den Wettlauf beim rechtskräftigen Urteil ab, anstatt den Gläubigern bei der Durchsetzung ihrer Forderungen freie Hand zu lassen?

1. Ausnahmesituationen der Erbenhaftung

Dass der Wettlauf auf dem Gebiet der Erbenhaftung auch in seiner modifizierten Form heutzutage die Ausnahme bildet, wurde ausgeführt: Wie die Gläubiger eines Lebenden werden auch die eines Toten in der Regel anteilig befriedigt. Etwas anderes gilt nur gegenüber ausgeschlossenen und verschwiegenen Gläubigern sowie wenn der Nachlass für die Durchführung eines Insolvenzverfahrens nicht genügend hergibt.[1] Die Modifikation, die der Wettlauf hier erfährt, muss zunächst näher beschrieben werden (a).

Sodann ist auf besondere Haftungskonstellationen einzugehen, in denen der Nachlass erst einem, dann einem anderen gehört. Dann nimmt auch die Konkurrenz der Nachlassgläubiger besondere Gestalt an (b, c). Während auf den ersten Blick der (modifizierte) Wettlauf ein weiteres Feld beherrscht; gebietet auf den zweiten Blick auch hier die Nachlassinsolvenz.

a) Modifikation des Wettlaufs

Der Wettlauf, der zwischen ausgeschlossenen und verschwiegenen Gläubigern sowie bei Dürftigkeit stattfindet, ist im Gesetz nicht angeordnet. Er wird aber in der Vorschrift vorausgesetzt, die ihn modifiziert: der Regel, wonach gewinnt, wer zuerst entweder die Leistung selbst oder ein rechtskräftiges Urteil erlangt. Denn eine solche Verurteilung soll für die konkurrierenden Gläubiger wirken, als sei der Kläger befriedigt (§§ 1973 Abs. 2 Satz 3, 1991 Abs. 3 BGB).

Für den Fall der ausgeschlossenen Gläubiger hatte dies auf Antrag von *Planck* bereits die erste Kommission beschlossen, damit „der zur Befriedigung eines Gläubigers rechtskräftig verurtheilte Erbe gegenüber diesem Gläubiger nicht mehr einwenden könne, daß er den Überschuß ganz oder zum Theil zur Befriedigung eines anderen Gläubigers verwendet habe". Zugleich wollte man damit als Folge der Verurteilung beschreiben, „daß der Erbe den übrigen

[1] Siehe im vierten Kapitel unter IV.1.a) bb) (280–282).

Gläubigern nur noch soviel schuldet, als der Ueberschuß nach Abzug des Betrages, zu dessen Bezahlung derselbe verurtheilt ist, beträgt".[2]

Daher gibt es keinen Grund für die Annahme, die §§ 1973 Abs. 2 Satz 3, 1991 Abs. 3 BGB begründeten keine Pflicht, sondern lediglich ein Recht des Erben, die rechtskräftig titulierte Forderung vorzuziehen[3].

Um die Wirkung dieser Vorschriften richtig einzuschätzen, muss man sich klar werden, wie der Erbe seine Haftungsbeschränkung prozessual geltend macht. Regelmäßig wird er im Erkenntnisverfahren trotzdem verurteilt. Er kann sich die eventuelle Beschränkbarkeit im Titel vorbehalten lassen (§ 780 Abs. 1 ZPO), um später gegen den Umfang des Titels oder dessen Vollstreckung in Gegenstände seines Eigenvermögens vorgehen zu können (§ 785 ZPO).[4] Steht aber für das Prozessgericht schon fest, dass der Nachlass erschöpft und die Haftung des Erben begrenzt ist, so muss es nicht bei dem Vorbehalt bleiben, sondern kann nach seinem Ermessen die Klage auch abweisen.[5] Die gesetzliche Ziellinie für den Wettlauf hat zur Folge, dass der Nachlass erschöpft ist, wenn konkurrierende Forderungen in entsprechender Höhe rechtskräftig tituliert sind (und nicht erst nach ihrer Befriedigung). Der Erbe kann also einer weiteren Verurteilung entgehen – aber nur, falls das erkennende Gericht sich entscheidet, den Umfang der Haftung selbst zu prüfen. Andernfalls muss er gegen den später rechtskräftig gewordenen Titel Vollstreckungsabwehrklage erheben (§§ 785, 767 ZPO).

Wie verhält sich der angeordnete Vorrang rechtskräftig ausgeurteilter Forderungen zu Sicherungen, die andere Gläubiger durch einstweiligen Rechtsschutz erringen? Bei der Dürftigkeitseinrede ordnet das Gesetz an, dass solche nach dem Erbfall erworbenen Positionen nicht das Recht des Erben ausschließen, seine Haftung zu beschränken (§ 1990 Abs. 2 BGB). Damit will es den Erben in erster Linie davor schützen, dass Nachlassgläubiger auf sein Eigenvermögen zugreifen. Das wäre ihnen bei Nachlassverwaltung und Insolvenz

---

[2] Nach dem bei Jakobs/Schubert, ErbR I, 480 abgedruckten Protokoll. Hingegen war *Kurlbaum* davon ausgegangen, dass der Erbe eine mehrfache Verurteilung nicht verhindern könne, und hatte ihm die Wahl lassen wollen, welches Urteil er erfüllt.

[3] So aber *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 49 VIII 4 a; *Dobler* in: Staudinger (2020), § 1991 Rn. 17; mit Blick auf den Verweis in § 1629a BGB auch *K. Schmidt* in: FS Derleder (2005) 601–624 (615). Offengelassen hat die Frage *J.P. Schmidt*, Itinera, 503 mit Anm. 1048.

[4] Grundlegend zur verfahrensrechtlichen Durchsetzung der Haftungsbeschränkungen des Erben *K. Schmidt* JR 1989, 45–48.

[5] Zuletzt BGH, Urteil vom 21.10.2020, VIII ZR 261/18, NJW 2021, 701, Rn. 19. Rechtsprechung und herrschende Meinung stellen es in das Ermessen des Erkenntnisrichters, über den Vorbehalt hinaus über die Haftungsbeschränkung zu entscheiden; siehe *K. Schmidt* JR 1989, 45–48 (46). Gegen eine solche Befugnis *Fischinger*, Haftungsbeschränkung, 211–214 (weil neue Erbschaftsgegenstände auftauchen können und Haftungsfragen nicht ins Erkenntnisverfahren gehörten); *Stamm* LMK 2021, 437148; für eine Pflicht zur Entscheidung in den Fällen der Einreden wegen Dürftigkeit, Ausschluss und Verschweigung *Boehmer*, Erbfolge, 174 f. und 182 f.

verwehrt (§ 784 Abs. 1 ZPO); es soll dem Erben nicht schaden, dass diese Verfahren nicht durchgeführt werden können.[6] Erst auf den zweiten Blick wird deutlich,[7] dass die Vorschrift auch etwas für Sicherungen bedeutet, die Nachlassgläubiger am Nachlass erwirkt haben: Auch diese Sicherungen drohen, die Haftung des Erben auszuweiten, sofern sie den Ersatz seiner eigenen Aufwendungen aus dem Nachlass gefährden oder der Durchsetzung nachrangiger Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen dienen (§ 1991 Abs. 4 BGB). Jedenfalls insoweit kann der Erbe den Sicherungen die Beschränkung seiner Haftung entgegenhalten; dies gegenüber den nachrangigen Gläubigern auch zu tun, schuldet er den vorrangigen.

Unklar ist, ob der Erbe den gesicherten Gläubigern auch entgegenhalten kann und muss, wenn andere Gläubiger einen rechtskräftigen Titel erstritten haben – ob also die rechtskräftig titulierten Gläubiger gegenüber den gesicherten einen Vorrang genießen. Die Literatur bejaht das mitunter beiläufig,[8] erörtert die Frage aber nur vereinzelt explizit – mit unterschiedlichem Ergebnis.[9] Richtigerweise sollten sich ältere Sicherheiten gegen eine später in Rechtskraft erwachsene Forderung durchsetzen: Die Haftungsbegrenzung soll trotz der erstrittenen Sicherheiten dem Erben zu Gute kommen; kein Anlass besteht, den bislang ungesicherten Nachlassgläubigern auf die Sprünge zu helfen. Weil die Gläubiger gerade um die Nachlassgegenstände miteinander konkurrieren, ist der Wettlauf mit der dinglichen Sicherheit an Nachlassgegenständen entschieden. Sobald aber ein Gläubiger ein rechtskräftiges Urteil erstritten hat, geht seine Forderung nach der Wertung der §§ 1990 Abs. 2, 1991 Abs. 3 BGB später erwirkten Sicherheiten anderer Gläubiger vor.

Dass eine entsprechende Regel für den Wettlauf der ausgeschlossenen und verschwiegenen Gläubiger in § 1973 BGB fehlt, liegt daran, dass solche Gläubiger keine Gelegenheiten hatten, vor Entstehung der Einrede Sicherheiten am Eigenvermögen des Erben zu erringen.

---

[6] *Ritgen* in: Planck (1. und 2. Aufl. 1902), § 1990 Anm. b.

[7] So auch für *Ritgen* (soben Fn. 6) erst mit der ersten Überarbeitung in: Planck (3. Aufl. 1908).

[8] *Dobler* in: Staudinger (2020), § 1990 Rn. 27: Der Erbe kann gegen Vollstreckungsmaßnahmen vorgehen, wenn und „weil der vollstreckende Gläubiger im Hinblick auf § 1991 Abs. 3 oder 4 Befriedigung erst nach anderen Gläubigern verlangen kann".

[9] Für Vorrang des rechtskräftigen Urteils *Riesenfeld*, Erbenhaftung II 243: „War also das […] Pfandrecht auf Grund eines bloß vorläufig vollstreckbaren Urteils erlangt, so kann bezw. muß der Erbe es hinter das Recht desjenigen Gläubigers evtl durch Klage zurückdrängen, der nach Erlangung des Rechts ein rechtskräftiges Urteil gegen den Erben erwirkt und zwar, auch wenn der betr. Urteilsgläubiger seinerseits noch nicht vollstreckt hat"; bei Berufung des Schuldners auf das Urteil (siehe oben Fn. 3) ebenso *K. Schmidt* in: FS Derleder (2005) 601–624 (615 f.); für Vorrang der Sicherung hingegen *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 49 VIII 8a Anm. 215: „sollte diesen Vorrang [des § 1991 Abs. 3, G.A.] wenigstens vor Titeln von Nachlaßgläubigern zurücktreten lassen, die zu einer Sicherung in der Vollstreckung geführt haben".

Auch ein Nachlassgläubiger, der einen vorläufig vollstreckbaren Titel vollstreckt oder die Leistung zur Abwehr der Vollstreckung empfangen hat, muss nicht hinter die später in Rechtskraft erwachsene Forderung eines anderen Gläubigers zurücktreten.[10]

b) Haftung des Vorerben

Nach dem Nacherbfall haftet in erster Linie der Nacherbe für die Nachlassverbindlichkeiten, der Vorerbe wird grundsätzlich frei.[11] Er haftet den Nachlassgläubigern erstens, soweit der Nacherbe nicht haftet (§ 2145 Abs. 1 Satz 1 BGB), also vor allem dann, wenn der Nacherbe sich erfolgreich auf seine Haftungsbegrenzung berufen hat. Zweitens haftet er neben dem Nacherben für Nachlassverbindlichkeiten, die im Innenverhältnis ihm alleine zur Last fallen (§ 2145 Abs. 1 Satz 2 BGB) – wenn die Gläubiger ihn direkt in Anspruch nehmen, spart sich der Nacherbe den Regress. In beiden Fällen ist die Haftung gegenständlich auf das beschränkt, was dem Vorerben von der Erbschaft noch immer gebührt (§ 2145 Abs. 2 Satz 1 BGB). Dabei geht es vor allem um Nutzungen. Auf diese Haftung finden die Vorschriften über die Dürftigkeitseinrede entsprechende Anwendung (§§ 2145 Abs. 2 Satz 2, 1990, 1991 BGB). Das heißt auch, dass der Vorerbe den Nachlassgläubigern haftet, sofern ihm bei sorgfältiger Verwaltung mehr gebührt hätte oder er das ihm Gebührende vergeudet hat (§§ 2145 Abs. 2 Satz 2, 1991 Abs. 1, 1978 Abs. 1 BGB). Weil dieser Teil des Nachlasses nicht dem Nacherben gebührt, stehen ihm deswegen keine Ansprüche gegen den Vorerben zu. Die Direkthaftung des Vorerben gegenüber den Nachlassgläubigern lässt sich also strikt von der Haftung des Vorerben gegenüber dem Nacherben unterscheiden, die eintreten kann, wenn der Vorerbe den diesem gebührenden Bestand des Nachlasses verkürzt hat.[12]

Der Vorerbe kann aber auch den dem Nacherben gebührenden Bestand des Nachlasses in einer Weise verringern, die er zwar gegenüber dem Nacherben nicht vertreten muss, wohl aber gegenüber den Nachlassgläubigern. Denn gegenüber dem Nacherben hat er nur für eigenübliche Sorgfalt (§ 2131 BGB) oder Schädigungsabsicht (§ 2138 Abs. 2 BGB) einzustehen. Die Verantwortung gegenüber den Gläubigern für seinen Umgang mit dem gesamten Nachlass, also auch dem ihm selbst nicht gebührenden Teil, muss ihn treffen, wenn über den beim Nacherben befindlichen Nachlass die Verwaltung oder Insol-

[10] Vergleiche im dritten Kapitel bei Fn. 297.

[11] Wenn er bereits zuvor unbeschränkt haftete, besteht diese Haftung allerdings fort. Dass sogar die unbeschränkte Haftung des Vorerben erlischt, wenn der Nacherbe unbeschränkt haftet, vertrat im Anschluss an Motive V 127 = Mugdan V 66 jedoch *Ritgen* in: Planck (1. und 2. Aufl. 1902), § 2145 Nr. 2 a; dagegen überzeugend *Strohal*, Erbrecht, § 83 II mit Anm. 8; *Avenarius* in: Staudinger (2019) § 2145 Rn. 2 am Ende.

[12] *Avenarius* in: Staudinger (2019) § 2145 Rn. 2 und 7.

venz eröffnet wird oder der Nacherbe sich auf Dürftigkeit des Nachlasses beruft (§§ 1978 Abs. 1, 1991 Abs. 1 BGB). Diese Ersatzansprüche gehören zum Nachlass (§ 1978 Abs. 2 BGB) und werden daher ausschließlich vom Verwalter geltend gemacht (vgl. auch § 92 InsO); insoweit kommt es zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger.[13] Genügt der Nachlass auch bei Einberechnung dieser Ansprüche nicht, um die Verfahrenskosten zu decken, so ist er dürftig. Dann bleiben die Ansprüche bei den Nachlassgläubigern. Sie wetteifern also mit ihren Ersatzansprüchen gegen den Vorerben nach §§ 1990, 1991 BGB um den Betrag, für den er einzustehen hat,[14] und gleichzeit nach denselben Normen mit den Nachlassverbindlichkeiten gegen den Nacherben um den verbliebenen Nachlass.

Wenn es zur Nachlassverwaltung oder Nachlassinsolvenz kommt, erscheint aber unzweckmäßig, die Haftung des Vorerben in unterschiedlichen Beziehungen abzuwicklen, je nachdem, ob er den Bestand des Nachlasses geschädigt hat (dann Abwicklung über den beim Nacherben befindlichen Nachlass) oder ob ihm noch etwas daraus gebührt oder bei richtiger Verwaltung gebührt hätte (dann Direktansprüche der Gläubiger).[15] Es fehlt auch ein Grund dafür, bei dem einen Anspruch alle Gläubiger anteilig zu befriedigen, sie aber bei dem anderen – in modifizierter Weise – um die Wette laufen zu lassen.

Richtigerweise sollte daher der Verwalter all die Ansprüche der Gläubiger gegen den Vorerben an sich ziehen, die gegenständlich auf das ihm aus dem Nachlass Gebührende oder betragsmäßig auf die Summe begrenzt sind, um die ihm zu wenig aus dem Nachlass Gebührendes verblieben ist. Das Muster hierfür bietet die Geltendmachung der Gläubigeranfechtung und Kommanditistenhaftung durch den Insolvenzverwalter (§§ 16–18 AnfG; 171 Abs. 2 HGB). Was ein Gläubiger vor Eröffnung der Nachlassinsolvenz vom Vorerben eingezogen hat, sollte – nach denselben Vorbildern – der Anfechtung unterliegen.[16]

Insgesamt bliebe dann der modifzierte Wettlauf um die Haftung des Vorerben nur für den Fall der Dürftigkeit des Nachlasses angeordnet; ansonsten bleibt es bei der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger.

Um die Nachlassgläubiger mit ihren Ansprüche gegen den Vorerben gleichmäßig zu befriedigen, könnte man stattdessen das diesem Gebührende als Sondervermögen zum

[13] Hingegen meint *Ritgen* in: Planck (1. und 2. Aufl. 1902), § 2145 Nr. 5, der Vorerbe könne mit befreiender Wirkung ebenso an den Nacherben wie an dessen Nachlassverwalter oder Nachlasskonkursverwalter wie auch an einen einzelnen Gläubiger leisten.

[14] Die gegenständlich begrenzte Haftung ist dann zu einer summenmäßig begrenzten geworden.

[15] Unbefriedigend erscheint auch der Gedanke von *Ritgen* in: Planck (1. und 2. Aufl. 1902), § 2145 Nr. 4, bei Nachlassverwaltung oder Nachlassinsolvenz „dürfte sich der Vorerbe von seiner Haftung auch dadurch befreien können", dass er an den Verwalter leistet.

[16] Dazu unten III.2.b) bb).

Gegenstand eines eigenen Sonderinsolvenzverfahrens machen. Dies schlug *Emil Meischeider* vor, der zum Verweis auf die Dürftigkeitseinrede bemerkte: „Die Vorschrift scheint also zu unterstellen, daß dasjenige, was nach dem Eintritte der Nacherbfolge dem Vorerben von der Erbschaft gebührt, eine den Kosten einer Nachlaßvenvaltung ober eines Nachlaßkonkurses entsprechenben Masse nicht darstellen würde, und daher ohne weiteres den Gedanken abzuweisen, zum Zwecke der Verteilung dessen, was dem Vorerben von der Erbschaft gebührt, die Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses eintreten zu lassen. Die Sache kann aber so liegen, daß dem Vorerben bedeutende Einkünfte aus einer längeren Erbschaftsverwaltung gebühren, daß die Erbschaftsverwaltung mit großen Schwierigkeiten, Streitereien und Kosten verbunden gewesen ist, und daß nach dem Eintritte der Nacherbfolge die vom Gesetze vorgesehene Herausgabe des Nachlasses zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers oder der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung dem Rechtsbedürfnisse nicht entsprechen würde, während der Fall in Wahrheit so liegt, daß die Einleitung des Konkurses das zweckentsprechendste Mittel zuerst zur Feststellung dessen, was dem Vorerben aus der Erbschaft gebührt, dann zur Verteilung dessen, was ihm gebührt, unter die Nachlaßgläubiger, denen der Vorerbe noch nach dem Eintritte der Nacherbfolge haftet, sein würde".[17] *Meischeider* wollte den Verweis auf die §§ 1990, 1991 BGB dahin deuten, dass nur um die Wette gelaufen werden soll, wenn die beim Vorerben verbliebene Masse für ein Konkursverfahren nicht reicht. Der Vorschlag verfolgte das richtige Ziel, verkannte aber den subsidiären Charakter der Haftung des Vorerben: Soweit der Vorerbe nur haftet, weil es beim Nacherben nicht genug zu holen gibt, muss die Verteilung beim Nacherben selbst ansetzen. Unzutreffend erscheint hingegen das pauschale Urteil des Planck'schen Kommentars, „der K.O. ist ein Konkursverfahren über eine solche besondere Vermögensmasse unbekannt".[18]

c) Haftung beim Erbteilkauf

Der Rolle des Vorerben ähnelt prima facie die des Erben, der die Erbschaft verkauft. Anders als den Vorerben entlässt das Gesetz den Erbschaftsverkäufer allerdings nicht aus der Rolle des Erben, er bleibt in der Haftung. Der Käufer haftet daneben ebenfalls in den Grenzen des Nachlasses. Das entspricht dem Topos, dass die Haftung dem Vermögen folgt. Man regelte dies im BGB indessen nicht dadurch, dass man die frühere Haftung des Vermögensübernehmers nach dem alten § 419 BGB – dazu sogleich – für anwendbar erklärte. Stattdessen stellte man den Käufer haftungsmäßig einem Erben gleich; insbesondere auch hinsichtlich der Nachlassinsolvenz (§§ 2382, 2383 BGB, § 330 Abs. 1 InsO = §§ 232 Abs. 1, 233 KO 1898). Der verkaufende Erbe haftet, ohne noch Zugriff auf den Nachlass zu haben. Er muss sich vom Käufer freistellen lassen oder – und so kommt es wieder zur gleichmäßigen Befriedigung

[17] *Meischeider*, Verfügungen, 302.

[18] *Ritgen* in: Planck (1. und 2. Aufl. 1902), § 2145 Nr. 4, der beiläufig auch bei den anderen Verweisen auf die §§ 1990, 1991, insb. bei § 419 BGB einen Sonderkonkurs ausschließt.

der Gläubiger – Nachlassinsolvenz beantragen (§ 330 Abs. 2 InsO = §§ 232 Abs. 2, 233 KO 1898).[19]

Beim Verkauf eines Erbteils steht den Miterben ein Vorkaufsrecht zu. Dadurch gerät die Haftung in die Schwebe, weil der Erbteilkäufer schon ab Abschluss des Kaufvertrags für die Nachlassverbindlichkeiten haftet (§§ 2382, 2383 BGB). Wenn ein Miterbe das Vorkaufsrecht ausübt und der Käufer ihm daraufhin den Anteil überträgt, wird der Käufer von der erbenartigen Haftung wieder frei. Die Haftung besteht aber fort, soweit der Käufer in der Zwischenzeit den Nachlassgläubigern für Verwaltungsfehler verantwortlich geworden ist (§§ 2036, 2037 BGB). Hierauf sollen nach dem Gesetz wiederum die Vorschriften über die Dürftigkeitseinrede entsprechend angewendet werden (§ 2036 Abs. 1 Satz 2 am Ende).

Diese Anordnung erstaunt, weil der Käufer nach Herausgabe an den Vorkaufsberechtigten nichts mehr aus dem Nachlass hat, womit er haften könnte, und für seine Verwaltungsfehler ohnehin unbegrenzt haften muss.[20] Für *Heinrich Siber* handelte es sich daher um „ein berüchtigtes Qualstück der Auslegung (crux interpretum)".[21]

Er schlug vor, die begrenzte Haftung des nicht zum Zuge gekommenen Käufers auf „die ihm für die Zeit zwischen Verkauf und Ausübung des Vorkaufsrechts gebührenden und noch vorhandenen Früchte" zu beziehen. So zieht er die Parallele zur Haftung des Vorerben für die ihm verbleibenden Nutzungen. Dass die Gläubiger um diese Früchte nach den §§ 1990, 1991 um die Wette liefen, also keine Verteilung stattfinde, sei eine der „Geringfügigkeit des Gegenstandes entsprechende Behandlung dieser Haftung".[22]

Mit der herrschenden Meinung wird man den Sinn des Verweises in der Klarstellung zu sehen haben, dass der Käufer auch dann haftet, wenn keine Nachlassverwaltung oder Nachlassinsolvenz stattfindet. Das besagt nämlich § 1991 Abs. 1, der mit den Rechtsfolgen der §§ 1978, 1979 insbesondere den § 1978 Abs. 1 BGB für anwendbar erklärt. Fraglich ist aber, wer die Haftung gegen den Käufer geltend machen kann.

Die Ersatzansprüche gehören zum Nachlass (§ 1978 Abs. 2 BGB). Wenn ein Verfahren stattfindet, kann sie daher nur der Verwalter erheben (vgl. auch § 92 InsO). Genügt der Nachlass zur Begleichung der Schulden oder umgekehrt nicht einmal für die Verfahrenskosten, so findet kein Verfahren statt. Dann stehen die Ersatzansprüche den Miterben zu.[23] Dabei belässt es eine Minder-

[19] Dazu *Strohal*, Erbrecht, § 98, insb. Anm. 2; *Crome* V, § 737.

[20] *Siber*, Nachlaßschulden, 135: „Daß auf diese unbeschränkte Haftung […] die Beschränkungseinrede […] entsprechende Anwendung finden soll, ist barer Unsinn" (auch 133 Anm. 1).

[21] *Siber*, Nachlaßschulden, 133.

[22] *Siber*, Nachlaßschulden, 134 f.

[23] *Rißmann/Szalai* in: BeckOGK (1.8.2024), § 2036 Rn. 11.

meinung aus der Literatur. Die Nachlassgläubiger können die Ersatzansprüche bei den Miterben pfänden und sich überweisen lassen; für die Haftung der Miterben gelten bei Dürftigkeit die §§ 1990, 1991 BGB.[24] Die wohl herrschende Meinung entnimmt dem Verweis in § 2036 Abs. 1 Satz 2 BGB hingegen, dass die Nachlassgläubiger bei Dürftigkeit des Nachlasses direkt gegen den Käufer vorgehen können; in diesem Verhältnis sollen die §§ 1990, 1991 BGB gelten.[25]

Aufhorchen lässt an der herrschenden Meinung, dass das Gesetz auf den Mechanismus zur Abwicklung einer gegenständlich begrenzten Haftung verwiesen haben soll, um eine betragsmäßig begrenzte Haftung abzuwickeln: Denn der Erbteilkäufer haftet der Gesamtheit der Nachlassgläubiger nicht mit bestimmten Gegenständen, sondern bis zu Höhe der Ersatzforderung, die der Nachlass gegen ihn hat. Dass die Gesetzesverfasser so frei konstruierten, ist unwahrscheinlich.[26]

Auch in der Sache verdient die Mindermeinung Zustimmung: Ansprechpartner der Nachlassgläubiger sind allein die Erben. Ob der Erbteilkäufer dem Nachlass haftet, sollte hingegen zwischen ihm und den Erben geklärt werden. Dies geschieht bei solventem Nachlass ohnehin; ebenso bei Durchführung eines Nachlassinsolvenzverfahrens (dann zwischen dem Erbteilkäufer und dem Verwalter). Die Dürftigkeit sollte hieran nichts ändern. Sonst müsste zwischen den Nachlassgläubigern und dem Erbteilkäufer erörtert werden, ob der Nachlass dürftig ist und ob darüber ein Verfahren stattfindet. Manche Gläubiger würden beim Nachlass, andere beim Erbteilkäufer ihr Glück versuchen. Geordneter ist die Abwicklung über den Nachlass.

Nach der zutreffenden Mindermeinung erweitert der Verweis in § 2036 Abs. 1 Satz 2 den Anwendungsbereich der §§ 1990, 1991 BGB nicht. Der modifizierte Wettlauf spielt sich nur bei Dürftigkeit des Nachlasses und allein im Verhältnis zwischen Nachlassgläubigern und Erben ab. Der Anspruch des Nachlasses gegen den Erbteilskäufer ist nur einer der Gegenstände, um die die Gläubiger konkurrieren.

---

[24] *Strohal*, Erbrecht § 92 III 1 Anm. 9: „daß die Miterben bei Dürftigkeit […] die Führung der Zwangsvollstreckung in die im Interesse der Gläubiger zum Nachlaß gehörenden Ansprüche gegen den Käufer nach Maßgabe des § 1991 zu dulden bezw. zuzulassen […] haben". Dem folgt *Crome* V, § 738 mit Anm. 91: „auf Grund eines gegen die Erben erlangten vollstreckbaren Titels […] die genannten (nach § 1978 Abs. 2 BGB) zum Nachlaß gehörenden Forderungen pfänden und sich überweisen zu lassen".

[25] *Ritgen* in: Planck (1. und 2. Aufl. 1902), § 2036 Nr. 1: „stellt klar […] auch außerhalb einer amtlichen Nachlaßliquidation von einem einzelnen Gläubiger geltend gemacht werden können"; *Löhnig* in: Staudinger (2020), § 2023 Rn. 8; *Rißmann/Szalai* in: BeckOGK (1.8.2024), § 2036 Rn. 12.

[26] Den Gesetzanwender muss das nicht davon abhalten, für die betragsmäßig begrenzte Haftung eine Analogie zur gegenständlich begrenzten zu ziehen (dazu unten bei Fn. 87): Dann geht es nicht darum, einen geäußerten Willen zu verstehen, sondern ihn in seinen praktischen Konsequenzen weiterzudenken.

Die herrschende Meinung hingegen erweitert den modifizierten Wettlauf auf die postulierten Direktansprüche gegen den Erbteilkäufer, die deswegen kollidieren, weil er den Nachlassgläubigern insgesamt nur bis zur Höhe der dem Nachlass gegen ihn zustehenden Ersatzforderung haftet. Auch die herrschende Meinung sieht aber den modifizierten Wettlauf durch § 2036 Abs. 1 Satz 2 BGB nur für den Fall des dürftigen Nachlasses angeordnet. Im übrigen bleibt es unstreitig bei der anteiligen Verteilung im Rahmen der Nachlassinsolvenz.

2. Vermögensübernahme (§ 419 BGB 1900)

Bei der Erbenhaftung ordnete das BGB den modifzierten Wettlauf für die Ausnahmefälle an, in denen es keine Verteilung im Wege der Erbschaftsinsolvenz vorschrieb. Durch einen Verweis (§ 419 Abs. 2 BGB 1900) machte es diese subsidiäre Lösung in einer anderen Konstellation zum Regelfall: bei der beschränkten Haftung des Vermögensübernehmers.

Wer durch Vertrag das Vermögen eines anderen übernahm, haftete dessen Gläubigern nach § 419 Abs. 1 BGB 1900 neben dem ursprünglichen Schuldner. Die Regel hatte einen Vorläufer im Schenkungsrecht: Wer ein Vermögen geschenkt erhielt, sollte mit den Aktiva die Passiva übernehmen. Das diente ebenso dem Schutz des Schenkers wie dem seiner Gläubiger. Der Dresdner Entwurf ordnete darüber in Art. 509 an: „Hat der Beschenkte […] das geschenkte Vermögen in Empfang genommen, ohne daß die zur Zahlung der Schulden des Schenkers erforerlichen Mittel abgezogen worden sind, so haftet er […] neben dem Schenker für diese Schulden, soweit das zur Zeit der Schenkung vorhandene Vermögen reicht und, wenn er darüber ein öffentlich beglaubigtes Verzeichniß nicht hat aufnehmen lassen, oder wenn er sich bei der Aufnahme des letzteren einer Unredlichkeit schuldig gemacht hat, auch mit seinem eigenen Vermögen". In der ersten Kommission wurden Bedenken laut: „zur Wahrung der Rechte der Gläubiger reichten die Vorschriften über das pactum in favorem tertii, über die Schuldübernahme und die Erfüllungsübernahme, über die Zessibilität der Forderungsrechte und über die actio Pauliana, namentlich seit die letztere durch die Reichsgesetzgebung beträchtlich erweitert sei, vollkommen aus". Doch die Mehrheit sah ein praktisches Bedürfnis dafür, den Gläubigern – in Abkehr vom römischen Recht – einen Anspruch zu geben, der von keinen einschränkenden Voraussetzungen abhängig ist, sondern direkt aus der Übernahme des Vermögens folgt. Daher votierte sie zudem dafür, die Regel über das Schenkungsrecht hinaus auf alle Fälle der Universalsukzession in das Vermögen zu erstrecken.[27] So war nach *Gierke* „[i]n dieser Bestimmung […] die deutschrechtliche Anschauung, daß die Schulden Passivbestandteile des Vermögens sind und ihm daher von Rechts wegen folgen, zu vollem Durchbruch gelangt".[28]

[27] Geäußert in der 184. Sitzung vom 7.3.1883, Jakobs/Schubert, SchuldR I, 879–882 (Zitat 881).

[28] *Gierke*, in: FS Martitz (1911), 3–80 (61–65; 61).

Nach dem ersten Entwurf sollte die Haftung auf den Wert des Vermögens beschränkt sein. Mit einem Inventar wollte man den Empfänger – anders als der Dresdner Entwurf – nicht belasten.[29] In den Motiven heißt es darüber hinaus: „Zu verhältnismäßiger Befriedigung der Gläubiger ist der Uebernehmer nicht verpflichtet".[30] Hiervon findet sich in den edierten Materialien keine Spur: Man hatte anscheinend nicht darüber beraten, wie die Forderungskollision gelöst werden sollte, die man durch die Haftungsbeschränkung schuf.

In der zweiten Kommission wurde das Problem der Forderungskollision kurz angesprochen, aber im Rahmen einer anderen Fragestellung:

„Wenn die übernommenen Schulden den Wert des übernommenen Vermögens überstiegen, so frage sich, ob der Uebernehmer die Gläubiger nach der Reihenfolge, in der sie sich meldeten [Hinweis auf die Motive], oder verhältnißmäßig zu befreidigen habe. Ersteres wäre ungerecht, Letzteres würde die Anwendung der konkursrechtlichen Vorschriften über die Rangordnung der Gläubiger erforderlich machen; jedenfalls bedürfe die Frage der Entscheidung".[31]

Das Problem der Aufteilung der Summe spreche dafür, die Haftung nicht – wie nach dem ersten Entwurf vorgesehen – auf den Wert des Vermögens zu begrenzen (Haftung *pro viribus*), sondern auf die konkreten Vermögensgegenstände (Haftung *cum viribus*). Das Zugriffsrecht der Gläubiger gestalte sich dann nach dem Muster der *actio Pauliana*. Nicht ausgeführt wird, dass die Gläubiger auch bei der Anfechtung miteinander um die Wette laufen, bis das Anfechtungsrecht in die Hand des Konkursverwalters (heute: Insolvenzverwalter) gelangt.[32] Die Kommission verfolgte den Gegensatz zwischen Wettlauf und gleichmäßiger Verteilung nicht weiter, sondern blieb auf den zwischen Haftung *pro viribus* und *cum viribus* fokussiert. Man müsse hier ebenso entscheiden wie beim Inventarrecht des Erben. Als man viel später beschlossen hatte, die Erbenhaftung als Haftung mit den Gegenständen des Nachlasses auszugestalten, setzte man ohne Umschweife nach, dass die Haftung des Vermögensübernehmers diesem Modell folgen solle. Wie der Erbe den Nachlass, so müsse der Übernehmer das Vermögen verwalten; die Beschränkung der Haftung müsse er geltendmachen wie der Erbe.[33]

Der Verweis auf das Erbrecht wirkt überhastet. Denn die Treue zum Modell ist eine scheinbare. Unter dem BGB werden die Nachlassgläubiger – wie dargestellt – grundsätzlich gleichmäßig befriedigt, und zwar im Wege der Gesamtvollstreckung (Nachlasskonkurs, Nachlassinsolvenz). Nur ausnahms-

[29] Dazu aus der Beratung Jakobs/Schubert, SchuldR I, 882: „positive, durch ein praktisches Bedürfnis nicht gebotene und den Beschenkten erheblich gefährdende Bestimmung".

[30] Motive II 152 = Mugdan II 84.

[31] In der 59. Sitzung; Protokolle I 428 f. = Mugdan II 601.

[32] Siehe schon in der Einleitung bei Fn. 14.

[33] Beschlossen in der 395. Sitzung; Protokolle V 828 = Mugdan II 602.

weise kommt es zum (modifizierten) Wettlauf. Mit der Haftung des Erben bei dürftigem Nachlass ist gerade die Ausnahme in Bezug genommen worden. Dadurch wurde eine Spannung hergestellt, die selten bemerkt wurde, aber die Sichtweisen auf die Haftung des Übernehmers entscheidend beeinflusst haben dürfte: So lässt sich erklären, wie hierüber ganz unterschiedliche Auffassungen entstehen konnten, deren Gegensatz niemals ausgetragen wurde, bevor der Gesetzgeber den Haftungstatbestand strich.

Der vordergründigen Absicht des Gesetzgebers entsprach, die Übernahme wie den dürftigen Nachlass zu behandeln, also den Übernehmer nicht mit einer Verteilungspflicht zu belasten und auch keinen Sonderkonkurs durchzuführen. So wurde die Vorschrift auch meist verstanden.[34] Das Reichsgericht betonte, dass eine „konkursmäßige Befriedigung nicht vorgesehen" sei; hieraus folgte insbesondere, dass der Übernehmer seine eigenen Forderungen selbst dann vorab aus dem Vermögen befriedigen durfte, wenn er um dessen Unzulänglichkeit wusste.[35]

Mit Blick auf die entsprechende Lage des Erben konnte sich aber auch die Meinung herausbilden, der Vermögensübernehmer dürfe die Gläubiger nur solange einzeln befriedigen, bis die Überschuldung des Vermögens offenbar wurde. Das schien sich zudem aus der Verweiskette über § 1991 Abs. 1 auf § 1979 BGB zu ergeben (also auf die Vorschrift darüber, wann der Erbe den Nachlassgläubigern die volle Befriedigung eines einzelnen in Rechnung stellen darf).[36] Skepsis gegenüber dem Wettlauf als Rechtsfolge gab auch der Bundesgerichtshof zu erkennen, der eine Anwendung des § 419 BGB im öffentlichen Recht unter anderem mit der Begründung ablehnte, der Staat als Schuldner dürfe es sich nicht erlauben, seine Gläubiger um die Wette laufen zu lassen.[37] Um das Vermögen unter die Gläubiger zu verteilen, wurde vereinzelt

[34] Deutlich etwa *Gierke*, in: FS Martitz (1911), 33–80 (64 Fn. 1): „Eine Verteilungspflicht hat er nicht; er kann, da nur die Haftung, nicht die Schuld beschränkt ist, die zuerst kommenden Gläubiger voll befriedigen".

[35] RG, Urteil vom 16.12.1913, VII 385/13, Warneyer 7 (1914) Nr. 213 = Recht 1914 Nr. 471 (siehe schon im vierten Kapitel bei Fn. 172 zum Parallelproblem beim dürftigen Nachlass); RG, Urteil vom 20.6.1932, VI 67/32, RGZ 137, 50 (56).

[36] *Crome* II, § 205 367: „Die später kommenden Gläubiger erhalten auf diesem Wege nur, was noch übrig ist, es sei denn, daß der Uebernehmer nach den Umständen erkennen konnte, daß das Vermögen zur Berichtigung sämmtlicher Schulden nicht ausreicht (arg. §§ 1979, 1991 Abs. 1 BGB). In diesem Fall würde er sich durch die Bevorzugung einzelner Gläubiger verantwortlich machen." Dazu Anm. 29: „Denjenigen Gläubiger, die sich gleichzeitig melden, wird das vorhandene Vermögen gemeinschaftlich zum Zwecke der Zwangsbefriedigung herausgegeben. […]". – *Planck* in: Planck (1. und 2. Aufl. 1900), § 419 Nr. 2 referiert den § 1979 BGB, ohne zu erläutern, wie er im Kontext der Vermögensübernahme anzuwenden ist.

[37] Zur Nachfolge in das Vermögen von Preußen BGH, Urteil vom 31.1.1955, II ZR 234/53, BGHZ 16, 184: „Die Anwendung des Rechtsgedankens des § 419 BGB verbietet sich auch, weil diese Vorschrift, die die Haftung der [sic!] Vermögensübernehmers nur mit dem

die Durchführung eines Sonderkonkurses nach dem Vorbild des Nachlasskonkurses vorgeschlagen.[38]

Der Sonderkonkurs dürfte in der Tat die Lösung sein, für die der Gesetzgeber von 1900 votiert hätte, wenn er die Parallele zur Erbenhaftung zu Ende gedacht hätte. Wie dem Erben hätte er dem Übernehmer vorgeschrieben, im Regelfall die Gläubiger des übernommenen Vermögens gleichmäßig zu befriedigen; nur bei Dürftigkeit, Ausschluss und Verschweigung wäre es zum Wettlauf gekommen. Hierfür spricht auch, wie der Gesetzgeber den Erbschaftskäufer stellt: Obgleich der Verkäufer weiter haftet, muss der Käufer wie ein Erbe für die volle Befriedigung der Gläubiger Sorge tragen oder Nachlasskonkurs anmelden (heute Nachlassinsolvenz).

In der zweiten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts wurde die Frage nach dem materiellrechtlichen Maßstab für die Lösung der Kollision nicht gestellt. Man verwies das Problem ins Zwangsvollstreckungsrecht. Nach einer Entscheidung des Reichsgerichts durfte der Übernehmer, sobald die Überschuldung erkannt war, nicht mehr erfüllend an einen Gläubiger leisten, sondern musste die Zwangsvollstreckung abwarten. Durch die Verwertung werde „eine einwandfreie Grundlage dafür geschaffen, welcher Bestand des Vermögens der Befriedigung eines Gläubigers zugrundezulegen ist".[39] Insbesondere sei der Übernehmer nicht befugt, stattdessen den angenommenen Wert der Gegenstände auszuzahlen.[40]

Die zweite Kommission hatte streitig entschieden, im Verhältnis zwischen dem Erben und seinen Gläubigern sollte „nicht das immer ungewisse Ergebniß einer Schätzung, sondern das Ergebniß der Verwerthung der Gegenstände in der Zwangsvollstreckung maßgeben" sein.[41] Hingegen hieß es zur Erbenhaftung bei Planck: „Die Unterschei-

---

Bestande des übernommenen Vermögens kennt, einen Wettlauf um die Befriedigungsobjekte ermöglicht und ein solcher Wettlauf für einen Staat, der Vermögen eines aufgelösten Staates übernommen hat, nicht tragbar ist". (187).

[38] Das meint wohl schon *Crome* (soeben Fn. 36) Anm. 30: „Vielmehr hat er dann eventuell die Eröffnung des Konkurses zu beantragen. […]". Explizit für Sonderkonkurs *Bendix* JW 1930, 1097; dem folgen mit *Franz Mentzel* noch *Kuhn/Uhlenbruck*, KO (11. Aufl. 1994), § 1 Rn. 8; *obiter* erwägt dasselbe BGHZ 16, 184 (soeben Fn. 37): „Denkbar ist allerdings im Falle des § 419 BGB ein Sonderkonkurs über das übernommene Vermögen" (187). – Dagegen OLG Celle, Beschluss vom 7.2.1930, 4 IV W 36/30, JW 1930, Nr. 40, das allerdings einen Konkurs in das gesamte Vermögen des Übernehmers und die anschließene Aussonderung des nichthaftenden Eigenvermögens für möglich hält. – Ausführlich hat sich *Bartsch* KTS 1958, 33–38 (36 f.) gegen einen Sonderkonkurs ausgesprochen. Er sah keinen Weg, bei auf Duldung der Zwangsvollstreckung gerichteten Ansprüchen Zahlungsunfähigkeit anzunehmen. Außerdem passe die gleichmäßige Verteilung nicht auf Sicherungseigentum, dessen Bestellung mitunter als Vermögensübernahme gewertet wurde.

[39] RG, Urteil vom 20.6.1932, VI 67/32, RGZ 137, 50 (55). Zur Vermeidung von Kosten könne der Schuldner sich der sofortigen Vollstreckung unterwerfen (53).

[40] RGZ 137, 50 (55). Zustimmend BGH, Urteil vom 14.7.1959, VIII ZR 187/58, BGHZ 30, 268 (270).

[41] Protokolle V 772 f. = Mugdan V 452.

dung zwischen Berichtigung durch Erfüllung und Berichtigung gemäß § 1990 ist, soweit es sich um das Interesse der übrigen Gläubiger handelt, grundlos. Die unmittelbare Erfüllung einer Verbindlichkeit durch den Erben wird sogar dem Interesse der anderen Gläubiger in der Regel mehr entsprechen, als das Verfahren nach § 1990, bei welchem das Ergebnis des zwangsweisen Verkaufs oft ein ungünstiges sein wird und auf jeden Fall zu der für die Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Summe die Vollstreckungskosten hinzutreten".[42]

Die Literatur stellte fortan den Gegensatz her zwischen der freihändigen Befriedigung, die dem Übernehmer erlaubt sei, bis er die Überschuldung erkannte, und dem bloßen Dulden der Zwangsvollstreckung, das anschließend geboten sei, um sich den anderen Gläubigern nicht haftbar zu machen. Ob das Regime sich zu diesem Zeitpunkt nicht nur hinsichtlich der Form der Befriedigung (bloße Vollstreckungsduldung statt Erfüllung), sondern auch hinsichtlich des Prinzips der Entscheidung der Kollision änderte (Verteilung statt Wettlauf?), blieb dabei offen, weil die Frage nicht angesprochen wurde, ob statt einer Einzelzwangsvollstreckung eine Gesamtvollstreckung in Gestalt eines Sonderkonkurses in Betracht kam.

Etwa heißt es im Handbuch des Schuldrechts: „Aus der […] Verwalteraufgabe folgt die Berechtigung des Übernehmers, die Gläubiger aus dem übernommenen Vermögen freiwillig zu befriedigen. Voraussetzung für die Legitimität eines solchen Vorgehens ist die Annahme, daß das Vermögen für die Gläubiger ausreichend sei. Wenn der Übernehmer die Leistungsfähigkeit des Vermögens vorwerfbar falsch einschätzt, so macht er sich ersatzpflichtig, was eine unbeschränkte Forderung auslöst. Bei einem nicht als zureichend [richtig wohl: als nicht zureichend, G.A.] erkannten Vermögen ist eine private Befriedigung nicht zulässig; dies deshalb, weil ein privates Konkursverfahren die Kräfte eines Verwalters überfordern müßte. Die zulässige Abwicklung ist nunmehr ausschließlich die Zwangsvollstreckung, bei der allein die Gläubiger Ausmaß und Schnelligkeit des Zugriffs bestimmen".[43] Hier ist Konkurs immerhin angesprochen; aber können die Gläubiger nun Sonderkonkurs beantragen oder nicht?

Bei der dürftigen Erbschaft zieht niemand in Betracht, der Befriedigungsform der Zwangsvollstreckung die Herrschaft über die Kollision zuzusprechen. Hier sieht man bei anderen Verwertungsformen nur das Risiko einer fehlerhaften Bewertung, für die der Erbe möglicherweise haftet. Wo dieses Risiko nicht besteht, nämlich bei Geldforderungen, besteht Einigkeit, dass der Erbe einzelne Gläubiger voll befriedigen darf.[44]

Die aufgezeigten Schwierigkeiten der Haftungsbegrenzung haben offenbar nicht zu praktischen Problemen geführt. Abgeschafft wurde der § 419 BGB, weil der Grundsatz der Übernehmerhaftung jedenfalls im Bereich entgeltlicher Übernahmen nicht mehr überzeugte.

---

[42] *Ritgen* in: Planck (1. und 2. Aufl. 1902), § 1991 Nr. 1 e.

[43] *Nörr/Scheyhing* (*Scheyhing*), Sukzessionen, § 29 VI (355). Weniger tief, aber ebenso unklar *Kaduk* in: Staudinger (12. Aufl. 1994), § 419 Rn. 129.

[44] *Dobner* in: Staudinger (2020), § 1990 Rn. 30.

Die Rechtsprechung hatte den Anwendungsbereich von § 419 Abs. 1 BGB 1900 auf Geschäfte ausgedehnt, die wirtschaftlich den Großteil des Vermögens erfassten, soweit der andere Teil dies erkannte.[45] Das provozierte Kritik, die sich auch gegen das Gesetz selbst wandte: Es hebele die Prinzipien der Gläubigeranfechtung aus. Bei zum Marktwert abgeschlossenen Austauschgeschäften hafte der Erwerber zu Unrecht; die den Gläubigern haftende Masse werde grundlos verdoppelt.[46] Mit Einführung der Insolvenzordnung wurde die Haftung des Vermögensübernehmers aus dem BGB gestrichen: Sie sei angesichts des verschärften Anfechtungsrechts überflüssig und könne Sanierungsbemühungen vereiteln.[47]

In Österreich wurde mit der dritten Teilnovelle des ABGB, also im Jahr 1916, in dessen § 1409 ebenfalls eine Haftung des Vermögensübernehmers eingeführt. Regierungsvorlage und Herrenhaus wollten die Regel noch dispositiv ausgestalten; unter anderem deswegen, weil andernfalls eine Beschränkung der Haftung erforderlich sei, die – wie das deutsche Beispiel zeige – schwierige Folgerungen mit sich bringe.[48] Die Kaiserliche Verordnung hielt eine zwingende Regel für praktisch geboten. Sie bezog sie aber erstens nach dem Vorbild Ungarns nur auf solche Verbindlichkeiten, die der Erwerber kannte oder kennen musste. Zweitens sollte die Haftung den Wert des Vermögens nicht übersteigen, um nicht von Übernahmen abzuschrecken und die Gläubiger durch Übernahmen nicht besserzustellen. Warum man sich im Gegensatz zum deutschen Recht für eine Haftung *pro viribus* entschied, wird nicht thematisiert.[49] In § 1409 Abs. 1 Satz 2 ABGB heißt es nun vom Übernehmer: „Er wird aber von der Haftung insoweit frei, als er an solchen Schulden schon so viel berichtigt hat, wie der Wert des übernommenen Vermögens oder Unternehmens beträgt". Offenbar verstand man die Vorschrift zunächst im Sinne eines reinen Wettkampfs, bei dem die Rechtsordnung dem Geschehen seinen Lauf lässt. Die dem Übernehmer dadurch reflexhaft gebotene Gelegenheit, die Gläubiger in willkürlicher Reihenfolge zu befriedigen,[50] beschrieb man mitunter beinahe als ein ihm zukommendes Recht.[51] Inzwischen liest die Rechtsprechung die Vorschrift im Gegenteil

[45] Nachweise etwa bei *Schricker* JZ 1970, 265–273 (266–268).

[46] So mit unterschiedlichen Nuancen und Lösungsvorschlägen *Koziol*, Beeinträchtigung, 91–100 (96 f.); *Schricker* JZ 1970, 265–273; *Wilburg*, in: FS Larenz (1973), 661–671; *Eisemann* AcP 176 (1976) 487–517; *K. Schmidt* ZIP 1989, 1025–1029 (der § 419 BGB nur abschaffen wollte, wenn Unternehmenskäufer künftig unabhängig von einer Firmenfortführung hafteten; dagegen *Canaris*, ZIP 1989, 1161–1167); *Koziol*, Gläubigeranfechtung, 107–109.

[47] BT-Drs. 12/2443, S. 77, 82, 94, 157 zum späteren Art. 33 Nr. 16 EGInsO vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2911).

[48] *Schey*, Bericht, 300–302 = Dritte Teilnovelle, 422–424.

[49] Begründung zur Kaiserlichen Verordnung, in: Dritte Teilnovelle, 50–53.

[50] Zum Charakter dieses „Wahlrechts" siehe im dritten Kapitel bei Fn. 3 und Fn. 6.

[51] OGH, 11.5.1926, Ob III 327/26, SZ 8 Nr. 150: „Es wird im einzelnen Fall Sache des Übernehmers sein, zu beurteilen, welche Schulden er zweckmäßigerweise abzutragen hat, um dem Unternehmen zu dienen und im Rahmen seiner Haftung eine günstige Entwicklung des Unternehmens zu fördern, aus dessen Erträgnissen ja bei normalem Betriebe alle Schulden getilgt werden sollen" (389); OGH, 1.3.1966, 8 Ob 35/66, JBl 1966, 523 (524): „Er kann bestimmen, in welcher Reihenfolge er die zum übernommenen Vermögen gehörigen Schulden berichtigt". – Mehrdeutig *Klang* JBl 1948, 437–448, der zu einer Pflicht zur gleichmäßigen Befriedigung abgrenzend ausführt: „Er kann sie daher in der Reihenfolge befriedigen, in der sie Befriedigung in Anspruch nehmen; hat er Schulden in einer Höhe bezahlt, die dem Werte der übernommenen Aktiven gleichkommt, so ist er von jeder weiteren Haftung frei" (443).

als Zuweisung an den schnellsten Gläubiger: Der Übernehmer hat die Gläubiger „nicht nach freiem Ermessen, sondern ‚nach dem Zuvorkommen' zu befriedigen, also in der zeitlichen Reihenfolge, in der sie ihre Ansprüche geltend gemacht haben".[52] Als zuvorgekommen gilt „Derjenige, dessen Forderung früher zahlbar ist – sei es durch Mahnung, Präsentation eines Wertpapiers oder Eintritt des Termins. Sonst kommt es darauf auf, wer die Zahlung zuerst verlangt".[53] Dem muss der Übernehmer leisten, sonst haftet er ihm auch über die Haftungsgrenze hinaus. Die Regel gilt bis heute.

Lukas Lobnik hat die Entwicklung vom Wahlrecht des Schuldners hin zu einer Zuweisung an den schnellsten Gläubiger auch abseits der Vermögensübernahme beobachtet und als generelle Veränderung dessen beschrieben, was er als „Prioritätsprinzip"[54] bezeichnet. Mit anderen Autoren, die sich auf § 1409 ABGB beziehen, begrüßt er die Veränderung, weil sie „Willkür des Schuldners bei der Befriedigung der Gläubiger" vorbeugt.[55] Die österreichische Rechtsprechung und Literatur hat sich offenbar vorgenommen, was in Deutschland das Gesetz selbst sich (mit den §§ 1990, 1991 BGB) zum Ziel setzte: Den Wettkampf zur Vermeidung von Willkür zu modifzieren; ihn mit anderen Worten durch eine Zuteilung an den Schnelleren zu ersetzen. Während das BGB nur einen Tropfen auf den heißen Stein gab, indem es auf das erste rechtskräftige Urteil abstellte, gehen die österreichischen Gerichte weiter und schauen auf die frühere Geltendmachung der Forderung.

Auf dem wichtigen Feld des Umwandlungsrechts besteht die Haftung für übernommenes Vermögen auch in Deutschland fort.[56] Zunächst stellten sich dabei aber keine besonderen Kollisionsfragen, weil die Haftung nicht begrenzt war. Erst im Jahr 2023 wurde bei der Spaltung die Mithaftung derjenigen Beteiligten, denen die Verbindlichkeit nicht zugewiesen ist, limitiert (eine problematische Entscheidung). Die Begrenzung bezieht sich auf einen gewissen Betrag; nicht wie bei der Erbenhaftung und der alten Haftung des Vermögensübernehmers auf ein gewisses Sondervermögen. Auf die §§ 1990, 1991 BGB wird nicht verwiesen. Daher ist erst an anderer Stelle darauf zurückzukommen.[57]

3. Haftung nach Aufteilung des Gesamtguts (§ 1480 BGB)

Wenn die Ehegatten sich nach Beendigung der Gütergemeinschaft etwas aus dem Gesamtgut zuteilen, bevor sie alle Gesamtgutsverbindlichkeiten berich-

[52] OGH, 1.12.1999, 9 Ob 254/99i. Es sei dies ganz herrschende Meinung, die in der vorigen Fn. zitierten Entscheidungen „vereinzelt geblieben und überholt".

[53] OGH, 23.1.2001, 7 Ob 274/00w.

[54] Zur Terminologie siehe oben in der Einleitung bei Fn. 8.

[55] *Lobnik*, Gläubigergleichbehandlung, 58.

[56] Zum Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht siehe vor allem *K. Schmidt*, ZGR 1993, 366–395; *Petersen*, Gläubigerschutz; *J.W. Flume*, Vermögenstransfer, 183–203.

[57] Unten im Rahmen des Regresses bei gegenständlich begrenzter Mithaftung (unter III.2.a) cc)).

tigt haben, so haftet der Empfänger für diese Verbindlichkeit persönlich als Gesamtschuldner mit, auch wenn sie eigentlich nur den anderen Ehegatten trifft. Die Haftung ist aber auf die zugeteilten Gegenstände begrenzt; und zwar nach Maßgabe der §§ 1990, 1991 BGB (§ 1480 BGB).[58] Daher heißt es etwa im Planck'schen Kommentar: „Der Ehegatte darf die Gesammtgutsgläubiger aus den zugetheilten Gegenständen befriedigen, wie sie sich melden […] Es kommt nur darauf an, daß für die Verbindlichkeit Befriedigung aus dem Gesammtgute verlangt werden kann".[59]

Seit aber die Literatur einen Sonderkonkurs über die beendete, aber noch nicht auseinandergesetzte Gütergemeinschaft bejaht,[60] kann auch in diesen Fällen die Gleichbehandlung der Gläubiger sichergestellt werden.[61]

Dasselbe gilt bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1498 BGB); hier jedoch mit der Besonderheit, dass ein vom Gläubiger in Anspruch genommener Abkömmling bei den übrigen nur je anteilig Regress nehmen kann und deren Haftung sich wiederum nach den §§ 1990, 1991 BGB auf die zugeteilten Gegenstände beschränkt (§ 1504 BGB). Allerdings ist die Gesamtvollstreckung über die fortgesetzte Gütergemeinschaft seit jeher zulässig (§§ 2 Abs. 3, 236 KO 1898; heute §§ 37 Abs. 3, 332 InsO); dabei werden die Gläubiger gleichmäßig befriedigt.

4. Erwachsenenhaftung (§ 1629a Abs. 1 BGB)

Auf ein weiteres Gebiet wurde das Modell der erbrechtlichen Dürftigkeitseinrede erstreckt, noch nachdem durch die Abschaffung der Haftung für Vermögensübernahme (§ 419 BGB 1900) sein Anwendungsbereich stark verkleinert worden war. Seit 1999 begrenzt der neue § 1629a BGB die Haftung für bestimmte als Minderjährige erworbene Verbindlichkeiten, die aus der elterlichen Vertretung herrühren.[62] Die Beschränkung bezieht sich gegenständlich auf den Bestand des Vermögens bei Eintritt der Volljährigkeit; für ihre Umsetzung wird auf die erbrechtlichen Vorschriften verwiesen (§§ 1629a Abs. 1 Satz 2, 1990, 1991 BGB).

---

[58] Der Mechanismus ähnelt der Haftung bei der Spaltung, die allerdings betragsmäßig auf das „Nettoaktivvermögen" begrenzt ist: dazu unten III.2.a) cc).

[59] *Unzner* in: Planck (1. und 2. Aufl. 1900), § 1480 Nr. 5. Auf den ersten Blick ähnlich *Crome* IV § 594 3 bei Anm. 87, aber mit dem Zusatz: „Außer soweit die Bevorzugung Einzelner gegen die Grundsätze ordnungsgemäßer Verwaltung verstößt", und dem Verweis auf die oben Fn. 36 zitierte Stelle.

[60] Dazu im vierten Kapitel bei Fn. 181.

[61] Zum Problem der Anfechtung von Deckungen, die einzelne Gläubiger von den Gatten erlangt haben, gleich unter III.2.b) cc).

[62] Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger vom 25. 8.1998, BGBl. I Nr. 58, S. 2487.

Das Bundesverfassungsgericht hatte als mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht unvereinbar angesehen, dass Kinder wegen der Vertretung durch ihre Eltern überschuldet aus der Minderjährigkeit treten können.[63] Die Entscheidung bezog sich auf einen Fall, in dem Eltern gemeinsam mit minderjährigen Kindern ein ererbtes Handelsgeschäft in ungeteilter Erbengemeinschaft fortgesetzt hatten; hierfür hatten sie – anders als zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrags – keine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts benötigt. Die Begründung wies aber über den Sachverhalt hinaus. Anstatt die elterliche Vertretungsmacht einzuschränken, entschied der Gesetzgeber sich für diese Form der Haftungsbeschränkung.

Wegweisend war das Plädoyer von *Manfred Wolf*, auch bei der elterlichen Vertretungsmacht müsse eine „Gleichschaltung von Verwaltungsbefugnis und Haftungsgrundlage" obwalten: Wie der Insolvenzverwalter nur die Insolvenzmasse, so könnten die Eltern nur das Vermögen des Minderjährigen binden, nicht den Neuerwerb des Volljährigen.[64] Dass dies die Gläubiger über Gebühr benachteilige, wurde sogleich eingewendet: Die Begrenzung des möglichen Verlusts auf das vorhandene und bis zur Volljährigkeit zu erwerbende Vermögen störe bei Geschäften des Kindes mit Dritten das Gleichgewicht von Chance und Risiko: Für das (vertretene) Kind ist ein Anreiz geschaffen, riskante Geschäfte abzuschließen und so auf Kosten der Gläubiger zu spekulieren. Die Sonderung des als Minderjähriger erworbenen Vermögens erfordere, dass hierüber bei Überschuldung ein Konkursverfahren angestrengt werden könne und müsse, dass die Eltern gegenüber den Gläubigern hafteten und der volljährig Gewordene ihnen zur ordnungsgemäßgen Verwaltung verpflichtet werde.[65] Nur in diesem letzten Punkt nahm der Gesetzgeber die Kritik auf: Mit dem Verweis auf die §§ 1990, 1991 BGB legte er dem frisch Volljährigen gegenüber seinen Gläubigern die Verwaltungspflichten auf, die einen Erben treffen.[66] Zugleich entschied er, wie die Haftungsbegrenzung geltend zu machen ist.[67] Auch die weitere Diskussion fokussierte auf die Frage, wie die Interessen der Gläubigergemeinschaft mit den Interessen von Eltern und Kind zu balancieren seien, und die praktischen Schwierigkeiten der Handhabung mehrerer Vermögensmassen in den Händen des Volljährigen.

Das Problem der Verteilung unter den Gläubigern blieb in der Debatte unterbeleuchtet. Dabei war recht früh die Möglichkeit eines „Volljährigkeitsinsolvenzverfahrens" eingeführt worden. Doch den Proponenten ging es wiederum vor allem um die Sicherung der Masse und die geordnete Abwicklung, allenfalls am Rande auch um die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger.[68] Diesen Aspekt betonte erst *Barbara Dauner-Lieb* in ihrer Kritik des Regierungsentwurfs:

---

[63] BVerfG, Beschluss vom 13.5.1986, 1 BvR 1542/84, BVerfGE 72, 155.

[64] *Wolf*, AcP 187 (1987) 319–342 (330–333).

[65] *Reuter*, AcP 192 (1992) 108–152 (133–136).

[66] Siehe die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 13/5624, 9 f., 13.

[67] Hingegen hatte *Wolf* eine gesetzliche Begrenzung vorgeschwebt, die – nach dem Muster von § 780 Abs. 2 ZPO – nicht im Urteil hätte vorbehalten werden müssen.

[68] *Laum/Dylla-Krebs* in: FS Vieregge (1995) 513–545 (540–542); später *Schwartze* in: FS Pieper (1998), 527–550.

„Die Düftigkeitseinrede wird aus ihrem teleologischen Kontext gerissen. Im Wege der isolierten (Rechtsfolgen-)Verweisung auf die §§ 1990, 1991 BGB wird auf eine amtliche Liquidation des bei Volljährigkeit vorhandenen Vermögens generell verzichtet, also auch für die Fälle, in denen es nicht dürftig ist, die Kosten eines solchen Verfahrens also ohne weiteres abdecken würde. Dies führt vor allem dann zu gravierenden Nachteilen für die Altgläubiger, wenn das haftende Sondervermögen nicht zur Befriedigung aller Betroffenen ausreicht, weil der volljährig Gewordene überschuldet ist, also genau das Problem vorliegt, das das MHbeG lösen soll. Da eine amtliche Abwicklung entsprechend § 1975 BGB nicht vorgesehen ist, scheidet eine anteilige, gleichmäßige Befriedigung von vornherein aus".[69]

Nicht einmal die Diagnose konnte sich durchsetzen.[70] Nur vereinzelt wird Bedauern laut, dass der Gesetzgeber nicht auf das gesamte erbrechtliche Regime verwiesen, also auch die Regeln über Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenz einbezogen und so die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger sichergestellt hat.[71]

Selbst *Karsten Schmidt* spart in seiner Kritik des Gesetzes das Thema aus.[72] Er fokussiert auf die Konstruktion der Haftungsbegrenzung als gegenständliche auf das Volljährigkeitsvermögen: Diese Konstruktion habe der Gesetzgeber nur aus Unverstand intendiert. Den rechtspolitischen Absichten entspreche besser eine betragsmäßige Begrenzung auf den Wert dieses Vermögens bei Eintritt der Volljährigkeit. *Schmidt* geht es vor allem darum, im Vermögen des Erwachsenen keine Sondermasse unterscheiden zu müssen, die der im Interesse der Altgläubiger zu verwalten hat, während ständig neue Umstände auf sie einwirken und schwierige Abrechnungen erfordern. *Schmidt* schlägt vor, die Vorschrit in denkendem Gehorsam im Sinne einer betragsmäßigen Grenze zu interpretieren. Dabei übergeht *Schmidt* einen zentralen Grund, den die Gesetzgeber von 1900 für eine gegenständlich begrenzte Haftung ins Feld geführt haben:[73] Die Vermögensgegenstände stehen so auf Gefahr der Gläubiger, während nach der Lösung von *Schmidt* der Erwachsene das Risiko trägt, dass sie nach seinem 18. Geburtstag untergehen.

---

[69] *Dauner-Lieb*, ZIP 1996, 1818–1824.

[70] Bereits *Habersack/Schneider*, FamRZ 1997, 649–656, reduzieren die Frage eines amtlichen Verfahrens wieder auf das Problem der Verwaltung der Masse und der Haftung des Verwalters.

[71] *Muscheler* WM 1998, 2271–2288.

[72] *K. Schmidt* in: FS Derleder (2005) 601–624 (aber 614 mit Fn. 55).

[73] Zur Haftung des Vermögensübernehmers wurde erwogen (zum Kontext oben bei Fn. 31): „Ungerecht erweise sich die Haftung pro viribus sowohl den Gläubigern gegenüber, weil diese Anspruch auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners, nicht nur auf Befriedigung bis zur Höhe einer immerhin ungenauen Taxe haben und kein Grund bestehe, dem Uebernehmer den Vortheil einer nach dem Vertragsschluß eingetretenen Wertherhöhung zuzuwenden, als auch gegenüber dem Uebernehmer; diesem müsse gestattet sein, werthvolle aber nicht leicht verkäufliche Vermögensstücke, wie Juwelen, Kunstwerke, den Gläubigern zum Zwecke ihrer Befriedigung herauszugeben, und es dürfe ihm der Nachtheil einer nach dem Vertragsschluß eingetretenen Werthminderung nicht aufgebürdet werden" (Protokolle I 429 = Mugdan II 601).

So hat sich der Fehler wiederholt, den der Gesetzgeber von 1900 bei der Haftung des Vermögensübernehmers begangen hat: Die Heranziehung des Ausnahmebehelfs der Erbenhaftung zum regelmäßigen Gebrauch in einer anderen Konstellation beschränkter Haftung übergeht gedankenlos das Prinzip der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger. Richtigerweise sollte der Erwachsene seine Haftung wie der Erbe regelmäßig durch ein Insolvenzverfahren beschränken müssen und nur ausnahmsweise, insbesondere bei Dürftigkeit, selbst nach Belieben verteilen dürfen. Die Rechtsordnung muss hierfür ein Vollstreckungsverfahren nach dem Muster der Nachlassinsolvenz anbieten.[74]

Unbedingt abzulehnen ist die mehrfach vertretene Auffassung, der Erwachsene habe die Gläubiger in der Reihenfolge zu befriedigen, wie sie sich melden.[75] Diese Auffassung resultiert aus der Übernahme einer Mindermeinung zu §§ 1990, 1991 BGB, die in Geschichte und System dieser Vorschriften keine Stütze hat.[76] Hätte nicht das frühere rechtskräftige Urteil, sondern das frühere „Melden" als Ziellinie dienen sollen, hätte man das in § 1991 Abs. 3 BGB hineingeschrieben.

5. Ergebnis

Es waren zwei Fragen zu beantworten: Warum das Gesetz in diesen Fällen keine gleichmäßige Verteilung anordnet, und warum es den Wettlauf modifiziert.

Dass ein Wettlauf an die Stelle der gleichmäßigen Verteilung tritt, bereitet im Grundfall der Erbenhaftung keine Probleme: Ausgeschlossene und verschwiegene Gläubiger (§§ 1973 Abs. 2 Satz 3, 1974 BGB) können nicht verlangen, dass bei ihrer Befriedigung Umstände gemacht werden. Ein dürftiger Nachlass (§ 1991 Abs. 3 BGB) kann die Verteilung durch einen Dritten nicht bezahlen, dem Erben ist die Verteilung nach der Entscheidung des Gesetzgebers[77] nicht zuzumuten.

In der Akademie für Deutsches Recht hatte allerdings *Heinrich Siber* als unbillig angegriffen, dass um die Wette gelaufen wird.[78] Er hatte auf die Zuckerrübensamenentscheidung[79] hingewiesen und bemerkt: „Die neuere Praxis hat sich bei der Kollision von Forderungen im allgemeinen dazu bekannt, daß neben der auf ‚alles oder nichts' abgestellten

[74] Einen entsprechenden Reformvorschlag unterbreitet jetzt *Bächle*, Aufgabe des Insolvenzrechts, 195–226.

[75] *Muscheler* WM 1998, 2271–2288 (2287 Fn. 130); *Coester* in: Staudinger (2020), § 1629a Rn. 60; *K. Schmidt* in: FS Derleder (2005) 601–624 (614).

[76] *Lange/Kuchinke* § 49 Anm. 196; siehe dazu im vierten Kapitel Fn. 167.

[77] Dazu im vierten Kapitel bei Fn. 160, 168.

[78] *Siber*, Nachlaßschulden, 61–63, 72.

[79] Dazu schon in der Einleitung bei Fn. 30.

alleinigen Maßgeblichkeit der Gnade des Schuldners und der Ellbogenkraft des Gläubigers auch vermittelnde Lösungen möglich sind". Der § 1976 Abs. 3 seines Entwurfs lautete: „Andere eigene und fremde Forderungen an den Nachlaß hat er [der Erbe, G.A.] nach billigem Ermessen ganz oder teilweise zu berichtigen; er darf kleinere Schulden aus dem täglichen Leben des Erblassers vor anderen bevorzugen. Seine Verantwortung dafür beschränkt sich auf vorsätzliche und grob fahrlässige Verstöße gegen die Billigkeit".

Die subsidiäre Haftung des Vorerben hinsichtlich des ihm aus dem Nachlass Gebührenden (§§ 2145 Abs. 2 Satz 2, 1990, 1991 BGB) sollten die Gläubiger richtigerweise ebenfalls nur bei Dürftigkeit des Nachlasses direkt und im (modifzierten) Wettlauf miteinander geltend machen können. Kommt es zu Verwaltung oder Insolvenz des beim Nacherben liegenden Nachlasses, sollte hingegen – diese Auslegung habe ich hier vorgeschlagen – die subsidiäre Haftung des Vorerben allein durch den Verwalter geltend gemacht werden können; so werden die Gläubiger gleichmäßig befriedigt.

Nach Ausübung des Vorkaufsrechts durch einen Miterben haftet der Erbteilkäufer für schlechte Verwaltung (§§ 2036 Abs. 1 Satz 2, 1990, 1991; insbesondere §§ 1991 Abs. 1, 1978 BGB). Diese Ansprüche macht bei Nachlassverwaltung oder Nachlassinsolvenz der Verwalter geltend. Zum (modifizierten) Wettlauf kommt es wieder nur bei dürftigem Nachlass. Ob die Ansprüche auch in diesem Fall den Miterben zustehen und von den Nachlassgläubigern dort gepfändet werden müssen, wie die Mindermeinung zutreffend ausführt, oder ob die Gläubiger sie direkt gegen den Käufer geltend machen können, wie die herrschende Meinung vertritt, ist für unsere Frage nicht entscheidend.

Bei der Vermögensübernahme nahm das Gesetz den (modifizierten) Wettlauf der Dürftigkeitseinrede in Bezug, als handele es sich nicht um eine Ausnahme, sondern die Regel der Erbenhaftung. Den Intentionen der Gesetzesverfasser und dem System des Gesetzes dürfte entsprochen haben, das übernommene Vermögen als tauglichen Gegenstand eines Sonderkonkurses anzusehen. Mit der Abschaffung der Haftung des Vermögensübernehmers hat sich die Frage erledigt.

Die Forderungen der Gesamtgutgläubiger gegen den Gatten, dem nach Beendigung der Gütergemeinschaft etwas daraus zugeteilt wurde (§§ 1480 Satz 2, 1990, 1991 BGB), können in der Insolvenz des Gesamtguts – das nach Auflösung der Gemeinschaft stets gemeinsam verwaltet wird – gleichmäßig daraus befriedigt werden. Die Insolvenz der fortgesetzten Gütergemeinschaft stellt die Gleichbehandlung auch hinsichtlich der Forderungen gegen die Abkömmlinge und in deren Regress sicher (§§ 1498 und 1504, jeweils in Verbindung mit §§ 1990, 1991 BGB).

Bei der beschränkten Haftung des Erwachsenen hat der Gesetzgeber den Fehler wiederholt, der 1900 bei der Vermögensübernahme begangen wurde, und auf den Ausnahmefall der Dürftigkeitseinrede verwiesen (§§ 1629a Abs. 1 Satz 2, 1990, 1991 BGB). Systemkonform sollte – nach dem wohlverstandenen

Muster der Erbenhaftung – die Gleichbehandlung der Gläubiger angestrebt und dazu ein Insolvenzverfahren über das beim Eintritt in die Volljährigkeit vorhandene Vermögen ermöglicht werden, sofern es zur Finanzierung eines solchen Verfahrens hinreicht.

Warum aber weicht das Gesetz von der Norm des Wettlaufs ab, der Entscheidung in der Vollstreckung, und teilt den Sieg dem zu, der zuerst ein rechtskräftiges Urteil erstreitet? Überlegungen dazu finden sich nur zur Erbenhaftung, auf die anderen Fälle wurde das Modell gedankenlos übertragen. *Heinrich Siber* hat die Lösung als inkonsequent getadelt: „ein Vorzug des Zuvorkommenden, der nur ein Notbehelf und kein Erfordernis der Billigkeit ist, müßte dem gebühren, der zuerst vollstrecken läßt oder zuerst klagt".[80]

Die Äußerungen in der ersten Kommission lassen erkennen, dass die Regel den rechtskräftig titulierten Gläubiger vor willkürlicher Zurücksetzung schützen sollte.[81] Nach den Motiven würde „der Böswilligkeit des Erben ein zu großer Spielraum gewährt, wenn er selbst dann noch durch seine Willkür den Erfolg des Urtheiles vermeiden könnte, indem er nunmehr einen anderen Gläubiger befriedigte".[82] Der Schutz ist schwach, weil dem Erben bis zum Eintritt der Rechtskraft für Willkür reichlich Zeit bleibt.

Objektiv schützt die Regelung in gewissem Maß auch den Erben: Sie kann verhindern, dass mehrere Titel gegen ihn ergehen. Das setzt aber voraus, dass das Gericht die Haftungsbeschränkung nicht nur im verurteilenden Tenor vorbehält, sondern feststellt, dass der Nachlass erschöpft ist, und die Klage deswegen abweist. Damit erspart es dem Erben den Aufwand, den Titel beseitigen zu müssen, und bewahrt ihn vor dem Risiko mehrfacher Vollstreckung.[83] Wegen des Mehraufwands für das erkennende Gericht wird es aber selten sein Ermessen[84] in diesem Sinne ausüben.

Zugleich ist der Schutz nicht dringend erforderlich, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung den Gläubigern ermöglicht, den Wettkampf im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes für sich zu entscheiden, indem sie Sicherheiten an den ihnen haftenden Gegenständen erringen.[85]

Der Erklärung bedarf, dass die Gläubiger gerade hier, nicht aber in anderen Fällen des Wettlaufs vor Willkür nach Erstreiten eines rechtskräftigen Urteils geschützt werden sollen. Ein besonderes Bedürfnis besteht, weil eine Kollision des Typs „Alles oder nichts" vorliegt: Der Gläubiger, für den die Erbmasse nicht mehr reicht, hat keinerlei Aussicht mehr auf Befriedigung. In sol-

[80] *Siber*, Nachlaßschulden, 61.

[81] Siehe zu den Materialien oben bei Fn. 2.

[82] Zu § 2118 E I (dazu im vierten Kapitel Fn. 168); Motive V 641 = Mugdan V 344. Das Wesentliche getroffen sieht damit *de Boor*, Kollision, 63.

[83] Gegen *de Boor*, Kollision, 63: „Ein Schutz des Erben hätte nur für vorbehaltslose Urteile Sinn gehabt".

[84] Dazu oben bei Fn. 5.

[85] Dazu oben unter I.a und im dritten Kapitel unter V.1.b).

chen Situationen schreitet das Recht regelmäßig zur gleichmäßigen Verteilung, in diesem Fall schützt es immerhin auf den letzten Metern vor Willkür und Erpressung. Möglich ist das, weil es nicht um eine Kollision wegen begrenzter Mittel geht, sondern der Erbe in der Lage ist, Ersatz zu leisten, wenn er die Haftungsmasse nicht dem Gläubiger zukommen lässt, der das frühere rechtskräftige Urteil erstritten hat.

Das wirft die Frage auf, ob die Regel der §§ 1973 Abs. 2 Satz 3, 1991 Abs. 3 BGB auf andere Kollisionen des Typs „Alles oder nichts", die sich aus beschränkter Haftung ergeben, analog angewendet werden sollte.[86] Eine so weitreichende Analogie um eines so geringen praktischen Erfolges willen zu ziehen – nur nach dem rechtskräftigen Urteil keine Willkür mehr! –, heißt zwar mit Kanonen auf Spatzen schießen. Aber die Kanonen stehen nun einmal parat. Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs wollte die Nachlassgläubiger vor Willkür auf der letzten Strecke schützen und hat diesen Schutz auf verschiedene Situationen begrenzter Haftung ausgedehnt. Wenn er in anderen Situationen beschränkter Haftung den Wettkampf um „Alles oder nichts" nicht abgemildert hat, ohne sich bewusst dagegen entschieden zu haben, so ist diese Regelungslücke durch entsprechende Anwendung der §§ 1973 Abs. 2 Satz 3, 1991 Abs. 3 BGB zu schließen. Gemacht sind diese Vorschriften für gegenständliche Haftungsbeschränkungen, nicht für betragsmäßige.[87] Doch der Unterschied zwischen diesen Beschränkungsformen rechtfertigt nicht, die Gläubiger bei betragsmäßiger Begrenzung größerer Willkür auszusetzen. Sie bedürfen des Schutzes nach Erringen eines rechtskräftigen Urteils vielmehr noch dringender, weil sie nicht die Möglichkeit haben, ihre Ansprüche zuvor im Wege einstweiligen Rechtsschutzes effektiv abzusichern.[88] Die Analogie sollte also auch für betragsmäßige Haftungsbegrenzungen gezogen werden.[89]

III. Zuteilung durch Rückgriff gegen den Schnelleren (provisorischer Wettkampf)

Manche Konstellationen, in denen prima facie reiner Wettlauf herrscht, gehören auf den zweiten Blick zum Feld der gleichmäßigen Befriedigung: Der Schuldner wird zwar durch die Leistung an einen beliebigen Gläubiger frei, doch muss der obsiegende Gläubiger erstatten, was er über seine Quote hinaus erhalten hat.

---

[86] Eine analoge Anwendung auf Fälle bloßer Haftungskollision – die er von den Fällen echter Forderungskollision unterscheidet – fordert *de Boor*, Kollision, 69 f. (siehe in der Einleitung Fn. 59).

[87] Der Gesetzgeber machte einen Unterschied; was oben bei Fn. 26 zu beachten war.

[88] Dazu im dritten Kapitel unter V.1.

[89] Zu den Auswirkungen im dritten Kapitel unter V.3.

Hierbei sind zwei ganz unterschiedliche Fallgruppen zu bedenken.

Zum einen erlangen bei Gesamtforderungen die einzelnen Mitgesamtgläubiger ihren Anteil von dem, an den der Schuldner geleistet hat (§ 430 BGB).

Zum anderen kann bei der Kommanditistenhaftung und der Gläubigeranfechtung ein Insolvenzverwalter, der die Ansprüche der Gläubiger gegen einen Dritten geltend zu machen befugt ist, welcher nur begrenzt für den Hauptschuldner mithaftet (nach §§ 171 Abs. 2 HGB, 16–18 AnfG), auch Deckungen anfechten, die dieser Dritte vor Beginn des Verfahrens erbracht hat (§ 16 Abs. 2 AnfG). Ich schlage vor, dieses Modell zu verallgemeinern.

1. Unter Gesamtgläubigern

Das Gesetz ordnet an, dass der Schuldner auch dann noch an einen Gesamtgläubiger seiner Wahl leisten und sich so gegenüber allen befreien kann, wenn ein anderer bereits Leistungsklage erhoben hat (§ 428 Satz 2 BGB). Es findet also ein Wettlauf statt, den die Klageerhebung nicht entscheidet. Der Schuldner muss die mehrfache Verurteilung hinnehmen und sich, nachdem er einem Gesamtgläubiger erfüllt hat, gegenüber dem anderen der Vollstreckungsabwehrklage bedienen.

Die Funktion der Gesamtgläubigerschaft[90] bestimmt die Literatur meist mit dem Schutz des Schuldners, der ohne Sorge über das Verhältnis der Gläubiger untereinander gegenüber jedem mit befreiender Wirkung gegenüber allen erfüllen kann. Hingegen wird mit Recht betont, dass die Gesamtgläubiger, so sie in einem gemeinsamen Lager stehen, sich die Einziehung erleichtern. Zudem erhöhen sie ihre Prozesschancen auf Kosten des Schuldners: Wenn der Schuldner die Höhe der Forderung bestreitet, hat er mit Rechtskraft gegen einen Gläubiger seine Sache noch nicht endgültig gewonnen.[91] Man konstruiert die Gesamtgläubigerschaft nicht als gemeinsame Berechtigung mehrerer Gläubiger an derselben Forderung, sondern als ein Nebeneinander mehrerer Forderungen.[92] Auch wenn die Forderungen von vorneherein dadurch verbunden oder „syn-

[90] Zur Gesamtgläubigerschaft siehe im Kontext der Forderungskollision *de Boor*, Kollision, 95–112; *Wüst*, Interessengemeinschaft, 75–78; *Zachmann*, Kollision,16 f.; allgemein vor allem *Rütten*, Mehrheit, 145–240; *Meier* AcP 205 (2005) 858–904. Im Fokus der jüngeren Debatte steht die Frage, wie sich die Gläubigermehrheit zur gemeinschaftlichen Inhaberschaft einer Forderung verhält; dazu *K. Schmidt* in: FS Hadding (2004), 1093–1116 und *Hadding* in: FS Canaris (2007), 379–402.

[91] *de Boor*, Kollision, 95–112, der den Grund für die Gesamtgläubigerschaft im Verhältnis der Gläubiger untereinander sieht und die Forderungen an dieses Verhältnis koppeln möchte (sodass etwa jeder Ehegatte als Gesamtgläubiger dem Schuldner die Leistung an den anderen verbieten kann, wenn die Ehe geschieden ist).

[92] Für das geltende Recht *Rütten*, Mehrheit, 154–158; weitere Nachweise bei *Meier* AcP 205 (2005) 868 Anm. 37–39. Im Gemeinen Recht war die Frage umstritten.

chronisiert" sind, dass jedenfalls die Erfüllung für alle Schuldner (und Gläubiger) wirkt,[93] kann man daher von Forderungskollision sprechen.[94]

Die ausdrückliche Vorschrift erstaunt, weil ja auch im Allgemeinen erst Erfüllung und Vollstreckung den Sieger markieren sollen.[95] Man hielt sie für nötig, weil das Gesetz sich hier vom römischen Recht abwendet, wonach die Forderung auch für andere Gesamtgläubiger konsumiert war, wenn einer Klage erhob.[96]

Der Wettlauf ist nach dem BGB aber ein nur äußerlicher, sein Ergebnis bloß vorläufig: Das Gesetz stellt – wieder in Abkehr vom römischen Recht – die Gesamtgläubiger in ein Verhältnis, kraft dessen sie das Erhaltene in der Regel gleichmäßig unter sich aufzuteilen haben (§ 430 BGB).[97] Insofern kann das Institut der Gesamtgläubigerschaft im Ergebnis für die gleichmäßige Verteilung in Anspruch genommen werden; für eine Verteilung allerdings, die die Gläubiger unter sich auszumachen haben, wobei sie das Insolvenzrisiko des Zuvorgekommenen tragen.

In der Gerichtspraxis begegnet die Gesamtforderung kaum. Als ihre Hauptanwendung gilt das „Oder-Konto" von Ehegatten, bei dem die Bank allerdings nur an den Gatten zu zahlen hat, der sie (zuerst) dazu auffordert.[98] Man nimmt an, dass Ehegatten auch bei den mit Schlüsselgewalt (§ 1357 Abs. 1 Satz 2 BGB) begründeten Forderungen Gesamtgläubiger sind.[99] Das BGB ordnet die Gesamtgläubigerschaft ausdrücklich nur für einen einzigen, eher exotischen Fall an: Wenn der mit einem Vermächtnis Belastete oder ein Dritter bestimmen soll, wer von mehreren Bedachten es erhält, und die Bestimmung ausfällt, werden die alternativ Bedachten zu Gesamtgläubigern (§ 2151 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB). In Abkehr von § 430 BGB soll dabei aber derjenige, der die Leis-

[93] *Rütten*, Mehrheit, 185. Ob auch die Erfülungssurrogate, ist umstritten, siehe unten bei Fn. 103.

[94] *de Boor*, Kollision, 95: „Daß die Gesamtforderung einen Fall der Forderungskollision darstellt, bedarf keiner Begründung"; zustimmend *Rütten*, Mehrheit, 184–186: „Auch die gewollte Kollision ist Kollision" (185). – Anders für das römische Recht *Biscardi*, siehe im ersten Kapitel bei Fn. 287; für das moderne *Zachmann*, Kollision, 17 (wegen des Ausgleichs nur im Innenverhältnis).

[95] Siehe schon das Zitat aus den Motiven in der Einleitung bei Fn. 22.

[96] Dazu im ersten Kapitel bei Fn. 288. – Nur in diesem Sinne spricht *Meier AcP* 205 (2005) 868–827, davon dass im BGB „das Präventionsprinzip vollständig abgeschafft wurde".

[97] Damit ist nicht nur eine Vermutung dafür ausgesprochen, dass ein Ausgleichverhältnis besteht. Überzeugende Deutung der Materialien durch *Rütten*, Mehrheit, 159–162.

[98] Diese abweichende Regelung des Wettlaufs entstammt den AGB der Kreditinstitute (Beispiele schon bei *de Boor*, Kollision, 97 f. Anm. 132). Sie gilt inzwischen als Charakteristikum jenes Kontotyps; so – ohne Hinweis auf AGB – KG Urteil vom 3.11.1975, 12 U 1269/75, NJW 1976, 807; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.04.1982, 18 W 11/82, FamRZ 1982, 607; OLG Dresden, Urteil vom 21.2.2001, 18 U 1948/00, WM 2001, 1148. Man spricht von einer „gesamtgläubigerähnlichen Gemeinschaftsstellung". Dazu *K. Schmidt* in: FS Hadding (2004) 1098 f.

[99] *Rütten*, Mehrheit, 240–248.

tung erhält, im Zweifel nicht zum Ausgleich verpflichtet sein (Satz 3).[100] Vielfach dürfte ein Ausgleichsanspruch den Willen des Erblassers treffen, denn der wollte dem Belasteten keine Macht einräumen, die Begünstigung einem der Kandidten exklusiv zukommen zu lassen. Mehrere Sozialversicherungsträger, die wegen auf sie übergegangener Ansprüche gegen den Schädiger regressieren, hat der BGH zu Gesamtgläubigern erklärt, damit der Schädiger als Schuldner sich nicht mit dem für ihn wenig transparenten Innenverhältnis auseinandersetzen muss.[101] Dies ist inzwischen in § 117 SGB X normiert. Die Rechtsprechung hat weitere Fälle entdeckt.[102]

Uneins ist man über die Befugnis der einzelnen Gesamtgläubiger, zu Lasten der übrigen zu verfügen. Anhalt gibt die gesetzliche Anordnung, wonach jeder Gläubiger die Forderung auch mit Wirkung für die anderen Gläubiger erlassen kann (durch Verweis von § 429 Abs. 3 Satz 1 auf § 423 BGB). Während darin teils das Proprium der Gesamtforderung gesehen wird,[103] ermöglicht die Rechtsprechung einen Erlass mit Gesamtwirkung nur noch insoweit, wie der Erlassende im Innenverhältnis der Gesamtgläubiger über die Forderung verfügen darf.[104] Dadurch trägt sie den Ausgleich unter den Gläubigern ins Außenverhältnis; der Vorteil des Schuldners, sich hiermit nicht auseinandersetzen zu müssen, geht verloren. Das Gesetz selbst ist insoweit inkonsequent, als es etwa die Abtretung zu Lasten anderer Gesamtgläubiger nicht erlaubt (§ 429 Abs. 3 Satz 2 BGB); sodass „die vermögensrechtliche Zuordnung des wirtschaftlichen Werts der Gesamtforderung" insgesamt unklar bleibt.[105] Weil das moderne Recht zudem – anders als das Gemeine – die Möglichkeit kennt, andere zur Einziehung und Verfügung über eine Forderung zu ermächtigen, ist die Gesamtforderung als überflüssig deklariert worden.[106]

---

[100] Dazu vor allem *de Boor*, Kollision, 105–107, der vom Gesetz abweichend – wie auch sonst bei zufälliger Forderungskollision, nicht aber bei der normalen Gesamtforderung, die er durch Interessengleichlauf der Gläubiger gekennzeichnet sieht – den Gläubiger bevorzugen will, der den Schuldner zuerst in Verzug setzt.

[101] BGH, Urteil vom 27.6.1958, VI ZR 98/57, BGHZ 28, 68; zustimmend *Medicus* JuS 1980, 697–704 (701). – Hingegen stehen der Geschädigte und sein Kaskoversicherer als Legalzessionar dem Schädiger als Teilgläubiger gegenüber: BGH, Urteil vom 18.1.1966, VI ZR 147/64, BGHZ 44, 382; siehe dazu jetzt § 116 SGB X.

[102] Zur Gesamtgläubigerschaft der Mitbürgen, bei denen der in Anspruch genommene Bürge regressiert, siehe RG, Urteil vom 4.4.1927, IV 608/26, RGZ 117, 1 (5).

[103] *Rütten*, Mehrheit, 182 f., 196–198.

[104] BayObLG, Beschluss vom 21.5.1975, 2 Z 29/75, MDR 1975, 1018; BGH, Urteil vom 4.3.1986, VI ZR 234/84, NJW 1986, 1861. Anerkannt bleibt damit eine „sogenannte eingeschränkte Gesamtwirkung" von Vergleich und Erlass: Soweit der Vertragspartner im Innenverhältnis berechtigt ist, darf auch der andere Gesamtgläubiger den nachgelassenen Betrag nicht mehr einziehen. Zu dieser Figur schon BGH, Urteil vom 11.7.1963, II ZR 29/61, BGHZ 40, 108; aus der Literatur grundlegend *Wacke* AcP 170 (1970) 42–75.

[105] *Meier* AcP 205 (2005) 864–867, 903 f.

[106] *Meier* AcP 205 (2005) 904: „Die Gesamtforderung wird nicht gebraucht".

2. Durch den Insolvenzverwalter eines Hauptschuldners

Wer für die Verbindlichkeiten eines anderen gegenüber dessen Gläubigern mithaftet, kann vor der Frage stehen, ob er diese Gläubiger verhältnismäßig befriedigen muss.

Ist die Mithaftung unbegrenzt, so kommt es zur Forderungskollision überhaupt nur, wenn die Mittel des Mithaftenden erschöpft sind. Dann fällt er in die Insolvenz. Sein Insolvenzverwalter wird alle gegen ihn gerichteten Forderungen gleichmäßig bedienen. Er wird also insbesondere alle Gläubiger des primär Haftenden gleich behandeln, ohne dass die Ansprüche zu diesem Zweck über dessen Insolvenzverwalter abgewickelt werden müssten. Dass nach § 93 InsO die persönliche Haftung eines Gesellschafters in der Insolvenz der Gesellschaft nur vom Verwalter geltend gemacht werden kann, wäre also zur Gläubigergleichbehandlung nicht erforderlich: Die würde auch in der Insolvenz des Gesellschafters gewahrt. Allerdings müsste jeder einzelne Gesellschaftsgläubiger seine Forderung auch in der Insolvenz des Gesellschafters anmelden. Weil die Gleichbehandlung jedenfalls keine entscheidende Rolle spielt, überzeugt der Vorschlag von *Moritz Brinkmann*, Zweck des § 93 sei, die Sanierung der Gesellschaft zu erleichtern, indem man die Entscheidung über die Geltendmachung der Ansprüche dort bündelt, wo auch über die Sanierung entschieden wird.[107]

Das Problem stellt sich, wenn die Mithaftung betragsmäßig oder gegenständlich begrenzt ist. Soweit vom primären Schuldner nichts zu holen ist, handelt es sich für die Gläubiger um einen Konflikt des Typs „Alles oder nichts", wobei die Rechtsordnung nach der hier vertretenen Hypothese eine gleichmäßige Befriedigung anstreben sollte. Auf den ersten Blick passt hierzu die Regelung des Deckungskonkurses bei der Haftpflichtversicherung.[108] Diese Regelung lässt sich aber nicht leicht verallgemeinern. Denn die Versicherung trägt die „Last der Verteilung" auch im Verhältnis zum primären Schuldner, weil sie sich mit dem Versicherungsvertrag zur Regulierung verpflichtet hat. In anderen Konstellationen wäre Mithaftenden ein Verteilen schwerlich zumutbar. Mitunter können zudem nicht nur einige Gläubiger des primären Schuldners – wie bei der Versicherung die Geschädigten –, sondern alle seine Gläubiger auf den Mithaftenden zugreifen. Am einfachsten können sie gleichbehandelt werden, indem man die Mithaftung über das Insolvenzverfahren des primären Schuldners abwickelt, ohne den Mithaftenden damit zu belasten. Das gilt bei summenmäßig beschränkter Haftung ebenso wie bei gegenständlich begrenzter.

a) Summenmäßig begrenzte Mithaftung

Als Muster für die Fälle summenmäßig begrenzter Haftung bietet sich die Haftung des Kommanditisten an.

---

[107] *Brinkmann*, §§ 92, 93 InsO, 96–171.

[108] Dazu im vierten Kapitel unter IV.2.b).

aa) Kommanditistenhaftung als Muster

Bis zur Höhe seiner noch nicht erbrachten Einlage haftet der Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern. Um diese Haftung laufen die Gesellschaftsgläubiger um die Wette. Der Wettlauf ist nach herrschender Meinung ein reiner, also nicht verkürzt: Selbst nach der Verurteilung zugunsten eines Gläubigers soll der Kommanditist noch an einen anderen zahlen können.[109] Richtigerweise dürften die §§ 1973 Abs. 2 Satz 3, 1991 Abs. 3 BGB entsprechend anzuwenden sein.[110]

Der Wettlauf dauert an, bis das Insolvenzverfahren über die Gesellschaft eröffnet ist. Noch kurz zuvor darf der Kommanditist zahlen, an wen er will; er wird dadurch von der Haftung gegenüber allen Gläubigern frei. Gegen den Anspruch auf Erbringung der Einlage, den die Gesellschaft gegen ihn hat, darf der Kommanditist seine Aufwendungen in Höhe des Nennwerts der getilgten Forderung während des Insolvenzverfahrens aufrechnen, obgleich diese Forderung gegen die beinahe insolvente KG wirtschaftlich weniger wert war.[111]

In der Insolvenz kann nur der Verwalter die Haftung für die Gläubiger geltend machen (§ 171 Abs. 2 HGB). Damit sind der Anspruch auf die Zahlung der Haftsumme und das auf die Haftung zu Leistende haftungsrechtlich der Masse zugeordnet. Deswegen kann die vorherige Tilgung vom Verwalter gegenüber dem Gläubiger angefochten werden, wenn die Voraussetzungen vorliegen.[112] Das folgt auch aus einer Analogie zu § 16 Abs. 2 AnfG, wonach der Insolvenzanfechtung unterliegt, was ein Gläubiger zuvor durch Einzelanfechtung erlangt hat.

Der ganze Ablauf überzeugt, weil er den Kommanditisten davon entlastet, sich über die Verhältnisse der Gesellschaft Gedanken machen zu müssen, aber doch die gleichmäßige Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger weitgehend sicherstellt. Die Auseinandersetzung wird dahin verlegt, wohin sie gehört: in

[109] *Staub*, HGB I (6./7. Aufl. 1900) § 171 Anm. 13; *K. Schmidt*, in: MünchKommHGB (4. Aufl. 2019), §§ 171, 172 Rn. 52.

[110] Nach dem oben unter II.5 (bei Fn. 86) entwickelten Grundsatz. Ein Konflikt „Alles oder nichts" liegt immerhin vor, wenn der Rückgriff über die Insolvenz der KG scheitert. – Auf das rechtskräftige Urteil abstellen wollte schon *Schilling* in Staub, HGB (4. Aufl. 1987), § 171 Rn. 14 (erstes rechtskräftiges Urteil gewinnt; keine Begründung). Daran angelehnt, aber anders *Thiessen* in Staub, HGB (5. Aufl. 2015), § 171 Rn. 116–123: Er erlaubt eine befreiende Leistung an jeden Gläubiger mit einem rechtskräftigen Urteil. Ihm geht es nicht um eine Entscheidung des Wettlaufs, sondern nur darum, den Kommanditisten vor Zahlung auf unsichere Forderung zu schützen.

[111] *K. Schmidt*, in: MünchKommHGB (4. Aufl. 2019), §§ 171, 172 Rn. 52; BGH, Urteil vom 25.7.2017, II ZR 122/16, NJW 2017, 3232 (mit Anm. *Altmeppen*, 3198–3201, der erläutert, dass es im Innenverhältnis nur auf den Nennwert ankommt).

[112] *K. Schmidt*, Einlage und Haftung, 138 f.; *Häsemeyer* ZHR 149 (1985) 42–75 (57); *Henckel* in Jaeger, KO (9. Aufl. 1990) § 29 Rn. 176; *Schmitz-Justen*, Haftung des Kommanditisten, 202–219.

das Verhältnis zwischen dem befriedigten Gläubiger und dem Insolvenzverwalter, der für die übrigen Gläubiger auftritt.

Darum bietet sich die Kommanditistenhaftung als Modell an. Wenn jemand für alle Verbindlichkeiten eines anderen summenmäßig begrenzt mithaftet, sodass er nicht gleichmäßig verteilen kann oder ihm das nicht zuzumuten ist, laufen die Gläubiger um seine Haftung um die Wette. In der Insolvenz des primären Schuldners kann nur der Verwalter diese Ansprüche geltend machen (§ 171 Abs. 2 HGB analog). Was ein Gläubiger von dem Mithaftenden erhalten hat, unterliegt der Anfechtung, als habe er es vom primären Schuldner erhalten.

bb) Globalsicherheiten gegenüber allen Gläubigern

Jemand mag global den Beitritt zu allen Verbindlichkeiten eines Hauptschuldners gegenüber all seinen Gläubigern erklärt haben, doch insgesamt auf einen Höchstbetrag begrenzt.[113] Haben die Gläubiger den Beitritt angenommen, kommen entsprechende Sicherheiten zustande.

Dann sollte der Sicherungsgeber – wie der Kommanditist – die Gläubiger in beliebiger Reihenfolge befriedigen könne, bis die Summe erschöpft ist. In der Insolvenz des Hauptschuldners hingegen sollte analog § 171 Abs. 2 HGB (mit Blick auch auf §§ 16–18 AnfG) allein der Insolvenzverwalter die Haftung des Sicherungsgebers geltendmachen können, um den Betrag unter allen Gläubiger gleichmäßig zu verteilen. Frühere Tilgungen sollte der Verwalter anfechten können, als hätte der Hauptschuldner sie erbracht (§ 16 Abs. 2 AnfG analog).

cc) Sekundärhaftung bei der Spaltung

Eine neue Konstellation begrenzter Mithaftung entstand im Jahr 2023 durch das Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie.[114] Aufgrund einer europäischen Vorgabe haftet nun ein beteiligter Rechtsträger (Mithaftender) für die einem anderen zugewiesenen Verbindlichkeiten (Hauptschuldner) nur noch bis zum Wert des ihm zugewiesenen „Nettoaktivvermögens";[115] eine für

[113] Eine solche Begrenzung fehlt typischerweise bei der (harten) Patronatserklärung. Ohne solche Grenze ist aber für die Gleichbehandlung der Gläubiger in der Insolvenz des Hauptschuldners gesorgt; darum habe ich keine Einwände dagegen, dass Brinkmann, §§ 92, 93 InsO, 190–192, eine Analogie für die Außenhaftung bei an die Allgemeinheit gerichteten Patronatserklärungen (dazu *Koch*, Patronatserklärung, 533–606) ablehnt.

[114] Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Gesetze vom 22.2.2023, BGBl. I, Nr. 51. Bei der Umwandlungsrichtlinie handelt es sich um die Richtlinie (EU) 2019/2121 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen.

[115] § 133 Abs. 3 Satz 2 UmwG; § 160j Abs. 2 Satz 2 Umwandlungsrichtlinie.

Gläubiger wenig erfreuliche und schwerlich überzeugende Entscheidung. Jetzt stellt sich hier ein Problem der Kollision wegen beschränkter Haftung.[116]

Zuvor warf das Umwandlungsrecht keine besonderen Probleme der Forderungskollision auf: Weil alle Beteiligten unbegrenzthafteten, ging es um nichts anderes als Insolvenz.

Das Umwandlungsgesetz von 1956[117] regelte die Übertragung des Vermögens einer Kapitalgesellschaft auf eine Personengesellschaft oder einen Gesellschafter. Hierbei gingen auch die Schulden mit über (§ 5 UmwG 1956). Den Gläubigern gewährte das Gesetz einen Anspruch auf Sicherheitsleistung (§ 7 UmwG 1956). Der Übernehmer musste das übernommene Vermögen sechs Monate lang getrennt verwalten (§ 8 UmwG 1956). Während dieser Zeit sollte hierüber ein Sonderkonkurs zulässig sein.[118] Eine solche Verpflichtung zur zeitweise getrennten Verwaltung kannte das Umwandlungsgesetz von 1994[119] nicht mehr. Es schrieb für alle Fälle der Verschmelzung, bei der das gesamte Vermögen eines Rechtsträgers einschließlich der Verbindlichkeiten auf einen neuen Rechtsträger übergeht (§ 20 Nr. 1 UmwG), eine Sicherheitsleistung nur noch vor, wenn Gläubiger glaubhaft machen konnten, gefährdet zu werden (§ 22 UmwG 1994). Wie einzelne Vorgängervorschriften (insb. § 349 AktG 1965[120]) ordnete es eine Haftung von Verwaltungsorganen gegenüber Gläubigern für durch die Übernahme verursachte Schäden an (§§ 25–27 UmwG 1994).

Das Umwandlungsgesetz von 1994 regelte erstmals auch die Spaltung (§§ 123–173 UmwG). Im Spaltungs- und Übernahmevertrag können die beteiligten Rechtsträger festlegen, wer welche Vermögenswerte und Verbindlichkeiten übernimmt (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Zusätzlich haften alle übrigen an der Spaltung beteiligten Rechtsträger gesamtschuldnerisch mit (§ 133 Abs. 1 UmwG). Die Haftung des Hauptschuldners erscheint als logische Konsequenz einer Verfügung über Schuldverhältnisse im Wege der Universalsukzession, die Mithaftung der anderen Beteiligten als notwendiges Korrektiv zum Schutz der Gläubigerinteressen.[121]

Diese Mithaftung und die Haftung für im Vertrag „vergessene" Verbindlichkeiten hatte der Diskussionsentwurf aus dem Jahr 1988 auf „die übergegangenen Vermögensgegenstände" beschränken wollen, um dem Gedanken Rechnung zu tragen, „daß ein Gläubiger keinen Anspruch auf Vergrößerung der ihm zur Verfügung stehenden Haftungsmasse hat".[122] Hier klang § 419 BGB mit,[123] dessen Abschaffung kürzlich ins Auge gefasst worden war. *Karsten Schmidt* hatte geraten, eine Begrenzung nicht für

[116] Etwas ausführlicher dazu *Albers*, ZIP 2024, 2849–2853.

[117] Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Genossenschaften vom 12.11.1956 (BGBl. I, S. 844).

[118] *Henckel* in Jaeger, KO (9. Aufl. 1977) § 1 Rn. 152.

[119] Umwandlungsgesetz vom 28.10.1994 (BGBl. I S. 3210; 1995 I S. 428).

[120] Aktiengesetz vom 6.9.1965, BGBl. I S. 1089.

[121] Siehe *J. W. Flume*, Vermögenstransfer, 183–203, auch mit Blick auf den akzessorischen Charakter der Mithaftung.

[122] Siehe §§ 145 Abs. 3 Satz 2, 146 Abs. 1 Satz 2 in: Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts. Text und Begründung, Bundesanzeiger, Jahrgang 40, Nr. 214a; dazu die Begründung (130, 132).

[123] *K. Schmidt* ZGR 1990, 580–606 (603 f.): „Der Leser fühlt sich hier lebhaft an § 419 BGB erinnert".

Fälle der Unternehmensnachfolge und allenfalls betragsmäßig vorzusehen. Die gegenständliche Beschränkung bereite schon bei der Erbenhaftung Probleme, noch viel mehr bei einem lebenden Unternehmen.[124] Das Gesetz verzichtete auf jede Begrenzung des Umfangs der Haftung für „vergessene" und für anderen zugewiesene Verbindlichkeiten. So wollte man den Gefahren einer strategischen Zuweisung von Verbindlichkeiten begegnen und „die volle Parallele zur Verschmelzung" herstellen, wo der Übernehmer als Gesamtrechtsnachfolger voll haftet.[125]

Unter dem „Nettoaktivvermögen" soll der Betrag zu verstehen sein, um den die empfangenen Aktiva die empfangenen Passiva übersteigen.[126] Wie eine Konkurrenz mehrerer Gläubiger um diese Haftungshöchstsumme aufzulösen ist, ist noch nicht ausdiskutiert. Die Autoren gehen bislang davon aus, dass die Gläubiger um die Wette laufen; Einzelheiten sind ungeklärt.

Etwa befürchtet ein Autorenpaar ein „Windhundrennen" nach ungewissen Regeln: „Unklar ist, wie dieses „first come, first served"-Prinzip umgesetzt werden soll. Kommt es auf die Anspruchsgeltendmachung gegenüber der haftenden Gesellschaft, die Rechtshängigkeit oder den tatsächlichen Auszahlungszeitpunkt an? Je nach vertretener Auffassung könnte die haftende Gesellschaft einzelne Gläubiger bevorzugen".[127] *Volker Gattringer* hält das Rennen für richtig, weil der mithaftende Übernehmer die Aufteilung nicht leisten könne. Er empfiehlt, sich an der Kommanditistenhaftung zu orientieren: Es soll ein echter Wettlauf durchgeführt werden, den ein Gläubiger erst durch Vollstreckung eines rechtskräftigen Titels für sich entscheidet. In der Insolvenz soll de lege ferenda wie bei §§ 93 InsO, 171 Abs. 2 HGB nur der Verwalter die Ansprüche geltendmachen können.[128]

Richtig ist, dass der mithaftende Übernehmer schwerlich verteilen kann. Richtig ist aber auch, dass die Gläubiger verhältnismäßig befriedigt werden sollten. Die Lösung bietet wieder das Modell der Kommanditistenhaftung: In der Insolvenz desjenigen Rechtsträgers, dem die Verbindlichkeiten zugewiesen wurden, kann analog § 171 Abs. 2 HGB (mit Blick auch auf §§ 16–18 AnfG) allein der Verwalter die sekundäre Haftung der anderen Beteiligten geltend machen; was ein Gläubiger von diesen bereits erlangt hat, unterliegt der Anfechtung (§ 16 Abs. 2 AnfG analog).

---

[124] *K. Schmidt* ZGR 1990, 580–606 (604): „Vor dieser Regelungstechnik ist zu warnen". – Siehe auch seine Position zur Erwachsenenhaftung, oben unter II.4 bei Fn. 72.

[125] So die Begründung des Regierungsentwurfs, BR-Drs. 75/94, 121, 122.

[126] *Bungert/Strothotte*, BB 2022, 1411–1422 (1418); *Gattringer*, NZG 2023, 443–454 (443–450). – Vgl. schon den Vorschlag von *K. Schmidt*, ZGR 1990, 580–606 (604): „Die Haftung beschränkt sich auf den auf das übernehmende Unternehmen entfallenden Überschuß der Aktivseite auf die Passivseite der Schlußbilanz des übertragenden Unternehmens". – Das entspricht dem österreichischen Recht, siehe die Legaldefinition in § 15 Abs. 1 SpaltG.

[127] *Bungert/Strothotte*, Die grenzüberschreitende Spaltung nach dem Referentenentwurf des UmRUG, BB 2022, 1411–1422 (1417 f.).

[128] *Gattringer*, NZG 2023, 443–454 (451), mit Hinweis auch auf OLG Linz 20.12.2006, 6 R 208/06k (Nr. 1.2).

Als die Haftung aus § 133 Abs. 1 UmwG noch nicht betragsmäßig begrenzt war, hatte der Bundesgerichtshof zwar eine analoge Anwendung von § 93 InsO entschieden abgelehnt. Diese Regel für die persönlich haftenden Gesellschafter dürfe „nicht auf beliebige andere Fälle gesamtschuldnerischer Haftung übertragen werden".[129] Diese Entscheidung besagt aber für die heutige Rechtslage nichts.[130] Früher hafteten die übernehmenden Rechtsträger unbeschränkt mit; in ihrer Insolvenz wurden die Gläubiger gleichmäßig befriedigt. Heute ist die Mithaftung betragsmäßig begrenzt, dadurch erst wird die gleichmäßige Verteilung zum ungelösten Problem. Für die Analogie kommt nicht mehr § 93 InsO, sondern allein § 171 Abs. 2 HGB in Betracht.

Bei der früheren Haftung des Vermögensübernehmers konnte man eine ähnliche Abwicklung wie heute bei § 133 Abs. 3 Satz 2 UmwG erwägen. Ich bevorzuge allerdings die Auffassung, dass über das übernommene Vermögen ein Sonderkonkurs durchgeführt werden konnte, der die gleichmäßige Befriedigung seiner Gläubiger sicherstellte.[131] Alternativ erreicht man die gleichmäßige Befriedigung, wenn – wie von *Helmut Koziol* vorgeschlagen – im Konkurs des Veräußerers nur der Verwalter für dessen Gläubiger die Haftung aus § 419 BGB 1900 geltend machen konnte.[132] Man mochte dann dem Verwalter des Vermögens des Veräußerers auch die Befugnis zusprechen, Deckungen anzufechten, die einzelne Gläubiger des Veräußerers vom Erwerber erhalten haben.

In Österreich enthielt das zum 1.7.1996 in Kraft getretene Spaltungsgesetz[133] von Anfang an eine betragsmäßige Begrenzung der Sekundärhaftung auf das Nettoaktivvermögen. Daher hat *Susanne Kalss* überzeugend entwickelt, dass die Haftung der sonstigen Beteiligten im Konkurs des Hauptschuldners nur noch durch dessen Verwalter geltend gemacht werden kann. Sie hat hierzu insbesondere auf *Koziols* Auffassung zur Haftung des Vermögensübernehmers und die Kommanditistenhaftung verwiesen.[134] Gegen die Analogie zur Kommanditistenhaftung hat *Brigitta Jud* eingewendet, deren Geltendmachung durch den Verwalter beruhe darauf, dass diese Haftung regelmäßig der Einlageverpflichtung des Kommanditisten entspreche, die ohnehin gegenüber der

[129] BGH, Beschluss vom 20.6.2013, IX ZR 221/12, NZG 2013, 1072 (1073).

[130] Das verkennt *Gattringer*, NZG 2023, 451.

[131] Siehe oben bei Fn. 38.

[132] So für das österreichische Recht *Koziol*, Gläubigeranfechtung, 111 f., zur Vermeidung der von *Bartsch* KTS 1958, 33–38 (38) für das deutsche Recht behaupteten Resultate. Ohne die Frage zu problematisieren und *Koziols* Standpunkt zur Kenntnis zu nehmen, hat der OGH einem Gläubiger die Geltendmachung seines Anspruchs trotz Konkurses des Veräußerers erlaubt (OGH, 13.9.2001, 8 Ob 51/01k, JBl 2002, 256; dazu OLG Linz, 20.12.2006, 6 R 208/06k, Nr. 4.4.1). – Im Kontext der Debatte um die Mithaftung nach Spaltung hat sich *Jud* NZ 2003, 161–171 (164–168) gegen *Koziols* Standpunkt ausgesprochen, dafür hingegen das OLG Linz a.a.O. Nr. 4.4.1–4.4.4.

[133] Bundesgesetz über die Spaltung von Kapitalgesellschaften (SpaltG), BGBl. Nr. 304/1996.

[134] *Kalss* wbl 2003, 49–59 (52).

Hauptschuldnerin bestehe: „Bei der Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gläubigern geht es also materiell um eine Forderung der Gesellschaft".[135] Tragend ist aber richtigerweise der Gedanke, dass die Gläubiger gleichbehandelt werden, die Anspruch auf die Mithaftung erheben können. Dies hat das OLG Linz hervorgehoben, das sich *Kalss* angeschlossen und ausdrücklich die Analogie zu § 171 Abs. 2 HGB mit dem Ergebnis gezogen hat, „dass während des Konkursverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft, der die Verbindlichkeit zugeordnet wurde, der Masseverwalter die den Gläubigern aus § 15 Abs. 1 SpaltG zustehenden Rechte ausübt".[136] Wenn es sich auch nicht um Forderungen der Hauptschuldnerin handelt, sind damit die Ansprüche gegen die übrigen Beteiligten doch haftungsrechtlich iher Konkursmasse zugeordnet – ebenso wie der gegen die Kommanditisten gerichtete Anspruch auf die Zahlung der Haftsumme haftungsrechtlich der Konkursmasse der KG.[137] Daraus sollte auch die entsprechende Konsequenz gezogen werden für die Anfechtung von Befriedigungen, die Gläubiger von den Mithaftenden erlangt haben, bevor der Konkurs über den Hauptschuldner eröffnet wurde.[138]

Ein Unterschied zur Kommanditistenhaftung besteht allerdings darin, dass nicht allen Gläubigern des Primärschuldners ein Teil der Mithaftung zusteht, sondern nur denen, deren Verbindlichkeiten noch von vor der Spaltung herrühren. Daher muss der Verwalter eine Sondermasse bilden.

Komplexer wird die Verteilung, wenn nach der Spaltung mehrere Übernehmer in Insolvenz fallen, denen jeweils Verbindlichkeiten zugewiesen wurden. Dann konkurrieren – bei analoger Anwendung von § 171 Abs. 2 HGB – die Insolvenzverwalter gegeneinander mit den Ansprüchen der Gläubiger der ihnen zugewiesenen Altverbindlichkeiten um die beschränkte Mithaftung weiterer, solventer Beteiligter. Grundsätzlich stehen nach der Spaltung die Insolvenzmassen mehrerer Übernehmer in keiner Sonderverbindung, auch nicht mit Blick auf Altgläubiger des übertragende Rechtsträgers. Von diesem Grundsatz sollte man hier aber abweichen. Denn die Ansprüche auf Mithaftung, die die Verwalter der insolventen Übernehmer zugunsten der Gläubiger der diesen Übernehmern zugewiesenen Altverbindlichkeiten jeweils gebündelt geltendmachen, rühren gerade aus der Spaltung her und dienen dem Zweck, Nachteile auszugleichen, die aus der Aufspaltung der ursprünglich gemeinsamen Haftungsmasse herrühren. Daher sollten die Verwalter diese Ansprüche gemeinsam zugunsten all ihrer Altgläubiger einziehen, um die Gesamthaftungssumme unter ihnen gleichmäßig zu verteilen.

---

[135] *Jud* NZ 2003, 161–171 (163).

[136] OLG Linz 20.12.2006, 6 R 208/06k, Nr. 4.2.1; Zitat Nr. 5.

[137] Dazu oben bei Fn. 112. Die Zuordnung ist eben nur haftungsrechtlich und bezieht sich nur auf die Masse in der Gesamtvollstreckung; um eine Forderung der Kommanditgesellschaft handelt es sich nicht.

[138] Diese Dimension übersieht *Lobnik*, Gläubigergleichbehandlung, 94–96, der die Mithaftung nach Spaltung uneingeschränkt für den Vorzug des schnelleren Gläubigers in Anspruch nimmt.

b) Gegenständlich begrenzte Mithaftung

Ist die Mithaftung nicht betragsmäßig, sondern gegenständlich begrenzt, ergibt sich daraus für die Abwägung der Interessen der Gläubiger untereinander und gegenüber dem Mithaftenden nichts anderes. Als Muster hierfür kann die Gläubigeranfechtung dienen.

aa) Gläubigeranfechtung als Muster

Haben mehrere Gläubiger gegen denselben Schuldner einen vollstreckbaren Titel und deswegen jeder gegen denselben Dritten, der etwas vom Schuldner erlangt hat, Anspruch darauf, dass er ihnen das Erlangte zur Befriedigung zur Verfügung stellt, so laufen sie mit der Zwangsvollstreckung gegen den Dritten untereinander um die Wette.[139] Richtigerweise sollte der Wettlauf dadurch immerhin geringfügig abgemildert werden, dass einen Vorrang beanspruchen kann, wer gegen den Dritten zuerst ein rechtskräftiges Urteil erlangt (§§ 1973 Abs. 2 Satz 3, 1991 Abs. 3 analog).[140]

Diesem Wettlauf setzt das Insolvenzverfahren ein Ende, wo das Anfechtungsrecht auf den Verwalter übergeht (§§ 16–18 AnfG; 129–147 InsO). Hat einer der Anfechtungsgläubiger bereits zuvor von dem Dritten Sicherung oder Befriedigung erlangt, so kann der Insolvenzverwalter dies anfechten, als habe der Gläubiger diese Deckung vom Schuldner selbst erlangt (§ 16 Abs. 2 AnfG in Verbindung mit § 130 InsO).

Es verhält sich also bei der gegenständlich auf das Erlangte begrenzten Haftung des Anfechtungsgegners wie bei der betragsmäßig begrenzten Haftung des Kommanditisten.

bb) Haftung des Vorerben

Der Vorerbe haftet in den Grenzen dessen, was ihm aus dem Nachlass zusteht, den Nachlassgläubigern, soweit der Nacherbe nicht haftet oder die Verbind-

[139] Siehe in der Einleitung bei Fn. 14.

[140] Entsprechend dem Vorschlag von *de Boor* (siehe in der Einleitung Fn. 14 und Fn. 59); dazu oben unter II.5 bei Fn. 86. Eine planwidrige Lücke mag nach den Vorstellungen von 1879 nicht bestanden haben, wohl aber nach denen von 1898. – Im Ergebnis trifft sich das mit der Auffassung von *Jaeger*, Gläubigeranfechtung (1. Aufl.) § 7 Anm. 39: „der Rückgewährschuldner, der zum Zwecke der Vereitelung des Anfechtungserfolges statt an den siegreichen Kläger an einen Konkurrenten leistet, handelt wider Treu und Glauben", dem sich *von Tuhr* angeschlossen hat: „wenn der Gegner das Recht eines Gläubigers, der ein rechtskräftiges Urteil erstritten hat, dadurch vereitelt, daß er einen anderen Gläubiger befriedigt, welcher sich die Mühe der Klage nicht gemacht hat" (AT § 94 III, 577 f.). Anders aber *Jaeger*, Gläubigeranfechtung (2. Aufl.) § 7 Anm. 41 f.: Das Problem sei über Haftung nach § 287 oder §§ 292, 989 BGB zu lösen. Zu welchem Ergebnis das bei Verzug oder Rechtshängigkeit zugunsten mehrerer Gläubiger führen soll, wird nicht klar.

lichkeit im Innenverhältnis den Vorerben trifft (§ 2145 Abs. 1 BGB).[141] Der Vorerbe haftet in diesen Fällen für den unbegrenzt und in erster Linie haftenden Nacherben in *gegenständlich* begrenztem Umfang mit. Soweit der Vorerbe den Gläubigern gegenüber zu verantworten hat, dass ihm zu wenig aus dem Nachlass verblieben ist, haftet er ihnen auf Ersatz (§§ 2145 Abs. 2 Satz 2, 1991 Abs. 1, 1978 Abs. 1 BGB) und insofern für den in erster Linie haftenden Erben *betragsmäßig* begrenzt mit. Diese Ansprüche sollte in der Nachlassinsolvenz nur noch der Verwalter geltend machen (§§ 16–18 AnfG, 171 Abs. 2 HGB analog). Deckungen, die ein Gläubiger zuvor vom Vorerben erlangt hat, sollte der Verwalter wie vom Nacherben erlangte Deckungen anfechten können (§ 16 Abs. 2 AnfG analog in Verbindung mit § 130 InsO).[142]

So erlangt man einen Gleichlauf zu den Ansprüchen wegen Verringerung der Nacherbschaft: Ohnehin stehen dem Nacherben solche Ansprüche zu, wenn der Vorerbe die eigenübliche Sorgfalt nicht gewahrt hatte (§ 2131 BGB); bei der unbeschränkten Vorerbschaft immerhin, wenn er Schädigungsabsicht hatte (§ 2138 Abs. 2 BGB). Den Nachlassgläubigern haftet der Vorerbe auch insofern für jede Fahrlässigkeit (§ 1978 Abs. 1 BGB); diese Ansprüche gehören zum Nachlass und werden in der Nachlassinsolvenz ausschließlich vom Verwalter geltend gemacht (§§ 1978 Abs. 2 BGB, 92 InsO).

cc) Sekundärhaftung nach Auflösung der Gütergemeinschaft

Nach § 334 Abs. 1 InsO kann im Verfahren über die gemeinsam verwaltete Gütergemeinschaft nur der Verwalter die persönliche Haftung der Gatten für die Gesamtgutsverbindlichkeiten geltend machen.

Im Kern ihres Anwendungsbereichs ist diese Regelung zur Gleichbehandlung der Gesamtgutgläubiger nicht erforderlich. Denn bei gemeinsam verwalteter Gütergemeinschaft haften die Ehegatten für Gesamtgutsverbindlichkeiten voll persönlich.[143] Sind sie liquide, sind die Gesamtgutgläubiger nicht gefährdet, andernfalls würden auch die über ihre Eigenvermögen zu eröffnenden Insolvenzverfahren für die gleichmäßige Verteilung unter den Gesamtgutgläubigern sorgen. Der § 334 Abs. 1 InsO gleicht insoweit der entsprechenden Regelung zur Geltendmachung der Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter in § 93 InsO;[144] nach dem Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung hatte die Regel im selben Paragraphen stehen sollen.[145] Rechtshandlungen, durch die ein Gläubiger von einem Gatten wegen dessen persönlicher Haftung Deckung erlangt hat, kann daher nur ein etwaiger Insolvenzverwalter seines

[141] Siehe oben unter II.1.b).
[142] So schon kurz oben bei Fn. 16.
[143] Zur Haftungsverfassung der Gütergemeinschaft im vierten Kapitel unter IV.1.c).
[144] Siehe dazu oben bei Fn. 107 und Fn. 129.
[145] In § 105 des Regierungsentwurfs; vgl. BT-Drs. 12/2443, S. 25, 139 f.; dagegen der Bericht des Rechtsausschusses mit § 378b BT-Drs. 12/7302, S. 143, 194.

Eigenvermögens anfechten. Läuft kein solches Verfahren, kann der Verwalter des Gesamtguts für die Gläubiger lediglich nach dem Anfechtungsgesetz gegen solche Rechtshandlungen vorgehen.[146]

Anders verhält es sich aber in dem Sonderfall, dass ein Ehegatte für eine Gesamtgutsverbindlichkeit persönlich, aber nur begrenzt mit den Gegenständen mithaftet, die er nach deren Beendigung aus dem Gesamtgut erhalten hat (§ 1480 BGB).[147] Um diesen Betrag laufen die Gläubiger des Gesamtguts zunächst um die Wette. In der Insolvenz des Gesamtguts werden bei unbefangener Lesart auch diese Forderungen von § 334 Abs. 1 InsO erfasst. Alternativ kann man eine exklusive Befugnis des Verwalters zu ihrer Einziehung auch durch eine Analogie zu §§ 16–18 AnfG begründen (mit Blick auch auf § 171 Abs. 2 HGB). Erforderlich ist eine Analogie jedenfalls für das Insolvenzverfahren über das Gesamtgut einer (beendeten) fortgesetzten Gütergemeinschaft: § 1498 BGB verweist auf § 1480 BGB, doch fehlt in § 332 InsO eine dem § 334 InsO entsprechende Norm. Deckungen, die ein Gesamtgutsgläubiger zuvor vom beschränkt persönlich mithaftenden Gatten erlangt hat, sollte der Verwalter analog § 16 Abs. 2 AnfG in Verbindung mit § 130 InsO anfechten können.

3. Ergebnis

Gesamtgläubiger laufen um die Wette (§ 428 BGB), sind sich aber im Zweifel zum Ausgleich zu gleichen Teilen verpflichtet (§ 430 BGB).[148]

Um begrenzte Mithaftung laufen die Gläubiger des primär haftenden Vermögens zunächst um die Wette. Wie in allen Fällen begrenzter Haftung ist dieser Wettlauf lediglich insoweit abgemildert, dass der Mithaftende auf die zuerst rechtskräftig ausgeurteilte Forderung leisten muss (§§ 1973 Abs. 2 Satz 3, 1991 Abs. 3 BGB analog).[149] Sobald aber über das primär haftende Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, kann nur noch der Verwalter die beschränkte Mithaftung geltend machen (§§ 16–18 AnfG, 171 Abs. 2 HGB analog). Hatte ein Gläubiger bereits Deckung vom Mithaftenden erlangt, unterliegt sie wie eine vom Hauptschuldner erlangte Deckung der Insolvenzanfech-

[146] Zutreffend *Brinkmann*, §§ 92, 93 InsO, 136 f., 174–177; *Windel* in Jaeger, InsO, § 334 Rn. 6: Von der gegenteiligen herrschenden Lehre „wird übersehen, dass die Erweiterung der Anfechtungsbefugnisse durch die Tatbestände der §§ 130–132 auf die Herstellung der Gläubigergleichbehandlung in Bezug auf ein bestimmtes Haftungsvermögen abzielt, während § 334 I die Haftung des Ehegatten – als Träger eines Drittvermögens – realisiert"; *Schmitz-Justen*, Haftung des Kommanditisten, 224 f.

[147] Zu dieser Mithaftung oben unter II.3.

[148] Dazu oben unter III.1.

[149] Dazu oben unter II.5 am Ende.

tung (§ 16 Abs. 1 AnfG analog).[150] So wird der Betrag oder werden die Gegenstände, mit dem oder mit denen der Mithaftende für den Hauptschuldner einsteht, unter dessen Gläubigern immerhin insoweit gleichmäßig verteilt, wie die Mittel seines Insolvenzverfahrens dies ermöglichen.

IV. Fazit

Nach der Durchsicht der problematischen Fälle bewährt sich das im dritten und vierten Kapitel entwickelte Modell in seinen Grundzügen, wenn man bereit ist, den status quo behutsam weiterzudenken und maßvoll zu korrigieren.

Dass die Rechtsordnung bei Kollisionen des Typs „Alles oder nichts" eine Zuteilung unter den Gläubigern nach dem Kriterium der verhältnismäßigen Befriedigung anstrebt, diese These lässt sich mit zwei Vorbehalten aufrechterhalten: Erstens muss man mitunter entgegen der herrschenden Meinung und der vordergründigen gesetzgeberischen Intention eine Sonderinsolvenz anerkennen. Das betrifft Fälle, in denen der Gesetzgeber aus dem System der Erbenhaftung, das eigentlich auf gleichmäßige Befriedigung im Rahmen der Nachlassinsolvenz abzielt, mit § 1991 Abs. 3 BGB eine Regel über den ausnahmsweise stattfindenden Wettlauf in Bezug genommen hat (so früher bei der Vermögensübernahme, § 419 BGB 1900,[151] und jetzt bei der Erwachsenenhaftung, § 1629a BGB)[152]. Zweitens muss man sich damit zufriedengeben, dass die gleichmäßige Befriedigung mitunter zurückgestellt wird, sodass der Schuldner durch Leistung an einen der wetteifernden Gläubiger frei wird, der Begünstige aber auf Ausgleich haften kann (provisorischer Wettkampf). Das gilt beim Wettlauf der Gesamtgläubiger.[153] Ähnlich verhält es sich nach der hier vertretenen Auffassung regelmäßig, wenn jemand in beschränktem Umfang für einen Hauptschuldner mithaftet: Die Gläubiger des Hauptschuldners laufen zwar einstweilen um diese Haftung um die Wette; der Mithaftende soll sich um die Konkurrenz der Gläubiger des Hauptschuldners keine Gedanken machen müssen. In der Insolvenz des Hauptschuldners ist jedoch nur noch der Verwalter zur Geltendmachung befugt (§§ 16–18 AnfG, 171 Abs. 2 HGB analog); was ein Gläubiger zuvor vom Mithaftenden als Deckung erlangt hat, unterliegt der Anfechtung durch den Verwalter, als sei es vom Hauptschuldner erlangt worden (§ 16 Abs. 2 AnfG analog).[154]

Der Wettlauf – bei dem es bleibt, solange eine Kollision nicht festgestellt wurde oder wenn eine Verteilung nicht durchgeführt werden kann, insbeson-

[150] Dazu oben unter III.2.
[151] Dazu oben unter II.2.
[152] Dazu oben unter II.4.
[153] Zum Regress unter Gesamtgläubigern siehe oben unter III.1.
[154] Siehe oben unter III.2.

dere weil die Kosten eines Verfahrens nicht gedeckt sind – ist richtigerweise in allen Fällen, in denen die Gläubiger wegen beschränkter Haftung um „Alles oder nichts" wetteifern, durch eine beschränkte Zuteilung analog §§ 1973 Abs. 2 Satz 3 BGB, 1991 Abs. 3 BGB abzumildern (modifizierter Wettkampf): Ein Gläubiger, der ein rechtskräftiges Urteil errungen hat, soll jetzt nicht mehr hinter einem bis dahin langsameren zurückstehen müssen; immerhin soweit wird er vor Willkür des Schuldners geschützt.[155]

[155] Dazu oben unter II.5 am Ende.

Sechstes Kapitel

Korrektur von Fehlzuteilungen

I. Einführung

Wenn der Schuldner nicht nach seinem Belieben dem drängendsten Gläubiger leisten soll, sondern eine rechtliche Zuweisung beachten, kann er dabei Fehler machen. Dies gilt nicht nur, wenn er seine Gläubiger gleichmäßig nach dem Verhältnis ihrer Forderungen zu befriedigen hat, sondern auch, wenn er nach gewissen Kriterien zwischen ihnen entscheiden muss. Besonders anfällig ist allerdings die gleichmäßige Verteilung. Nur der reine Wettkampf kennt solche Schwierigkeiten nicht, weil dabei eben gewinnt, wer ihn gewinnt.

Die praktischen Fragen, die durch eine Fehlzuteilung aufgeworfen werden, sollen hier zusammenhängend dargestellt werden, und zwar geordnet nach den relevanten Anspruchsbeziehungen. Im Verhältnis unbefriedigter Gläubiger zum Schuldner stellt sich die Frage, ob er sich gegen sie verteidigen kann, indem er vorbringt, schon an Konkurrenten geleistet zu haben. Im Verhältnis des Schuldners zu befriedigten Gläubigern stellt sich die Frage, ob er (oder an seiner Stelle der Insolvenzverwalter) eine übermäßige Leistung zurückfordern kann. Im Verhältnis zwischen einem übergangenen und einem befriedigten Gläubiger schließlich steht ein direkter Ausgleichsanspruch zur Debatte.

Dass über diese Ansprüche in allen Fällen der Forderungskollision gleich zu entscheiden ist, darf hierbei nicht vorausgesetzt werden. Für unterschiedliche Lösungen sollten aber sachliche Gründe bestehen.

Mit Blick auf die Situation der materiellen Insolvenz bedarf die hier gewählte Ausdrucksweise der Klarstellung: Weil der Schuldner nicht zur gleichmäßigen Befriedigung verpflichtet ist,[1] begeht er *ex ante* betrachtet keinen Fehler, wenn er noch nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit Gläubiger ungleichmäßig befriedigt. Sofern es zur Verfahrenseröffnung kommt, wird an die Deckungen aber der Maßstab der insolvenzmäßigen Befriedigung angelegt. Die vorzugsweise Befriedigung einzelner Gläubiger wird damit *ex post* als Fehlzuteilung qualifiziert. Darin liegt keine Bewertung als treuwidrig, pflicht-

[1] Siehe oben im vierten Kapitel bei Fn. 153 (auf Gleichbehandlung verpflichtet sind nur die Mitglieder der Vertretungsorgane von Schuldnern, für die keine natürliche Person unbeschränkt haftet).

verletzend oder rechtswidrig. Insofern kommt zwar keine Haftung des Schuldners, wohl aber eine Rückforderung durch den Verwalter für die Masse oder durch andere Gläubiger in Betracht.

II. Haftung des Schuldners

Die Frage nach der Haftung des Schuldners für Fehlzuteilung stellt sich nicht, wenn ein Konflikt des Typs „Leistung oder Ersatz" vorliegt. Dann haftet der Schuldner den zurückgestellten Gläubigern ohnehin. Bei einem Konflikt des Typs „Alles oder nichts" steht eine Haftung für Verteilungsfehler ebenfalls nicht in Rede, wenn der Konflikt daher rührt, dass der Schuldner zu wenig Vermögen hat. Weil er für fehlerhafte Verteilung seiner beschränkten Mittel nicht über diese Mittel hinaus haften könnte, bestellt die Rechtsordnung in solchen Fällen einen externen Verwalter oder belässt es beim Wettlauf der Gläubiger – so ist der zahlungsunfähige Schuldner zur insolvenzmäßigen Befriedigung seiner Gläubiger nicht verpflichtet.[2] Vielmehr stellt sich die Frage bei den Konflikten des Typs „Alles oder nichts", die dadurch entstehen, dass der Schuldner nur begrenzt haftet.

Bei der Haftung des Schuldners für Fehlzuteilung geht es also darum, ob sich ein Schuldner gegenüber einem Gläubiger auf eine Haftungsbeschränkung berufen kann, obgleich er die Mittel, die er einzusetzen hatte, nicht korrekt unter den darum konkurrierenden Gläubigern zugeteilt hat. Anlasten kann der Zurückgesetzte dem Schuldner nicht nur, wenn er von sich aus zu viel an Konkurrenten geleistet hat, sondern auch, wenn er sich nicht mit den Mitteln des Zivilverfahrens gegen eine zwangsweise Inanspruchnahme zur Wehr gesetzt und sich nicht zur Verteidigung auf die Kollision berufen hat.[3]

Man kann die Frage in zweifacher Weise fassen: Entweder geht man davon aus, dass die kollidierenden Forderungen das Recht eines Gläubigers nur beschneiden, soweit die Rechtsordnung das Geschuldete den Konkurrenten zuweist, und erwägt, ob der Schuldner ausnahmsweise durch Befriedigung eines in diesem Sinne Nichtberechtigten befreit wurde. Oder man betont, dass der Schuldner nur gewisse Mittel einzusetzen hat, und sieht ihn regelmäßig als befreit an, wenn er sich beim Erschöpfen der Mittel nicht haftbar gemacht hat. Auch in diesem Fall trifft allerdings die Darlegungs- und Beweislast den Schuldner (§ 282 BGB 1900; § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Daher können die gegensätzlichen Ausgangspunkte praktisch auf dasselbe hinauslaufen, wenn man auch das Freiwerden unter dem Gesichtspunkt der Gutgläubigkeit nur davon

[2] Siehe soeben bei Fn. 1.

[3] Zur Verteidigung durch Berufung auf die Kollision vgl. schon knapp am Ende des Fazits des vierten Kapitels; mehr gleich im Kontext der Rückforderung.

abhängig macht, dass der Schuldner die übermäßige Befriedigung des Konkurrenten nach den im jeweiligen Verhältnis geltenden Maßstab nicht zu vertreten hat (§ 276 BGB).

1. Gesetzlich geregelte und zweifelsfreie Fälle

Gesetzliche Regelungen in diesem Sinne finden sich auf zwei ganz verschiedenen Gebieten: bei der Erbenhaftung und dem Deckungskonkurs in der Haftpflichtversicherung.

Für die Erbenhaftung regelt das Gesetz in § 1979 BGB, dass die übergangenen Gläubiger die Berichtigung einer Nachlassverbindlichkeit „als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen [müssen], wenn der Erbe den Umständen nach annehmen durfte, dass der Nachlass zur Berichtigung aller Nachlassverbindlichkeiten ausreiche". Falls der Erbe aus Mitteln der Erbschaft leistete, haftet er in diesem Fall nicht; leistete er aus eigenen Mitteln, kann er Aufwendungsersatz verlangen (§ 1978 Abs. 3 BGB: nach dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag).[4] Musste der Erbe hingegen mit der Unzulänglichkeit rechnen, hat er den übergangenen Gläubigern dafür einzustehen. Diese Ersatzansprüche gelten als zum Nachlass gehörend (§ 1978 Abs. 2 BGB).

Obwohl er nicht wie geschuldet verteilt hat, kann der Versicherer die Erschöpfung der Versicherungssumme nicht nur dem Versicherungsnehmer entgegenhalten, sondern auch einem Geschädigten, der ihn aus abgetretenem Recht oder mit dem Direktanspruch (§ 115 Abs. 1 Satz 1 VVG) in Anspruch nimmt, falls der Versicherer bei der Verteilung „mit der Geltendmachung dieses Anspruchs nicht gerechnet hat und auch nicht rechnen musste" (§§ 109 Satz 2, 118 Abs. 2 VVG).[5]

Wenn ein Schuldner wegen eines nicht zu vertretenden Leistungshindernisses nicht all seine Gläubiger voll befriedigen konnte, gilt im Ergebnis dasselbe: Hat er nicht wie geschuldet verteilt, so beruht die Nichtleistung nur zum Teil auf dem ursprünglichen Hindernis, das die Kollision erst herbeiführte. Zum Teil beruht sie auf der Fehlverteilung. Insofern wird der Schuldner nur frei, wenn er auch den Verteilungsfehler nicht zu vertreten hat. Er haftet den zu-

[4] *Ritgen* in: Planck (1. und 2. Aufl. 1902), § 1979 Nr. 1. Mit dem Anspruch auf Aufwendungsersatz ist der Erbe in der Nachlassinsolvenz Massegläubiger nach § 324 Abs. 1 Nr. 1 InsO (§ 224 Nr. 1 KO 1898).

[5] Dazu *Fischinger*, Haftungshöchstsummen, 19–21, der sich gegen eine Analogie ausspricht. Nach ihm unterscheidet sich die Interessenlage bei der Haftpflichtversicherung erheblich von anderen Höchstsummenverteilungen, weil die Gläubiger noch auf den Schädiger als „originärer Schuldner" zurückgreifen können. Doch bei der Erbenhaftung, wo dieselbe Wertung greift (siehe im Text), ist das nicht der Fall.

rückgestellten Gläubigern nach den im jeweiligen Schuldverhältnis geltenden Grundsätzen.[6]

2. Erschöpfung von Haftungshöchstbeträgen

Abgesehen von der Vorschrift zum Schutz des gutgläubigen Haftpflichtversicherers fehlen gesetzliche Regeln darüber, was gilt, wenn Haftungshöchstsummen falsch auf Geschädigte aufgeteilt wurden. Dazu kommt es vor allem, wenn Schäden zunächst unbemerkt bleiben oder sich unerwartet entwickeln, sodass neue Behandlungskosten anfallen oder eine Rente höher neu zu berechnen ist. Man geht davon aus, dass das Risiko solcher Fehler den Schuldner trifft; ein Ergebnis, das mit Recht als unbefriedigend beklagt wird.[7]

Hierbei ist zu unterscheiden, ob der Schuldner haftpflichtversichert ist. Wenn eine Haftpflichtversicherung für den Schädiger reguliert hat und sich die Versicherung auf die gutgläubige Erschöpfung der Versicherungssumme berufen kann (§§ 109 Satz 2, 118 Abs. 2 VVG), wird man richtigerweise auch den Schädiger als befreit ansehen, wenn die Versicherungssumme die Haftungshöchstsumme mindestens erreicht.[8]

Sonst müsste der Schuldner im Außenverhältnis über die Höchstsumme hinaus haften. Auf diesem Schaden bliebe er sitzen, weil der Versicherer sich auf Erschöpfung der Versicherungssumme berufen darf. Dabei war es der Versicherer, der – wenn auch unverschuldet – den Fehler gemacht hat. Er war für die Regulierung zuständig. Die Funktion der Haftpflichtversicherung, das Risiko vom Schädiger auf den Versicherer abzuwälzen, würde verfehlt; die haftungsbegrenzende Wirkung der Höchstbeträge würde unterlaufen. Stattdessen muss man die §§ 109 Satz 2, 118 Abs. 2 VVG als Regelungen verstehen, die das Risiko von Verteilungsfehlern im Verhältnis zwischen Versicherer und Geschädigten den Geschädigten zuweisen: Er muss sich an den insolventen Schädiger halten, sofern der unbegrenzt haftet, oder steht ganz ohne Gegenüber da, wenn der Schädiger nur begrenzt haftet und mit der Versicherungssumme auch die Haftung erschöpft ist. Sollte allerdings der Schädiger bösgläubig gewesen sein und es unterlassen haben, dem Versicherer das Ereignis, die Geschädigten und die Schäden korrekt mitzuteilen, so wird er sich auf die Erschöpfung der Versicherungssumme nicht berufen können (Gedanke des § 166 Abs. 2 BGB).

Aber der Schädiger ist auch schutzbedürftig, wenn er nicht haftpflichtversichert ist. Der Bundesgerichtshof hat erwogen, ihn wie einen Schuldner nach Abtretung zu schützen:

---

[6] Vgl. dazu die Entscheidungen zur Verteilungspflicht, die im vierten Kapitel in Fn. 296 aufgeführt sind. Über die bei der Verteilung zu übende Sorgfalt siehe im Übrigen *de Boor*, Kollision 142–150; *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit, 183–187.

[7] *Fischinger*, Haftungshöchstsummen, 21, 71–73.

[8] Dazu schon knapp im vierten Kapitel bei Fn. 266; dort auch zum Verstoß gegen das Trennungsprinzip oder *Makowskys* Prinzip des Vorrangs des Haftungsrechts.

„Soweit allerdings der Verpflichtete zur Zeit der Zahlung noch nicht wissen konnte, ob und wie sich die bei der anteilsmäßigen Verteilung des Haftungshöchstbetrags zu berücksichtigende Rente in Zukunft erhöhen würde, könnte es zu Überzahlungen von Kapitalbeträgen kommen. Zu wessen Lasten diese Überzahlungen gehen, […] wird in Anlehnung an die im Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellten allgemeinen Grundsätze über die Wirkung und die Rechtsfolgen bei Zahlungen nach einem Forderungsübergang gelöst werden können".[9]

Dann würde der Schädiger mit Erschöpfung der Höchstsumme frei, falls er nicht wusste, dass er einem anderen Gläubiger etwas oder mehr hätte zuteilen müssen (§ 407 Abs. 1 BGB analog). Solcher Gutglaubensschutz geht zu weit. Der Vergleich mit der Abtretung hinkt.[10] Die Abtretung widerfährt dem Schuldner auf Betreiben des Zessionars. Der Zessionar hat jede Möglichkeit, den Schuldner sogar im Voraus darüber zu informieren. Darum trägt der Zessionar allein das Risiko einer uninformierten Leistung des Schuldners. Hingegen hat der Geschädigte nicht unter Kontrolle, dass sein Schuldner ihn selbst neben anderen unbemerkt oder mehr als gedacht geschädigt hat und den anderen Ersatz leistet. Nur in bestimmten Fällen hätte der Geschädigte den Schädiger von der Leistung an andere abbringen können, indem er sich früher meldete oder auf den wahren Umfang des Schadens hinwies. Darum erscheint es nicht gerechtfertigt, das Risiko einer uninformierten Leistung des Schädigers selbst bei Fahrlässigkeit dem übergangenen Geschädigten zuzuweisen.

In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall[11] ging es allerdings gar nicht um mehrere Geschädigte, sondern um die Verteilung unter der Geschädigten und ihren Sozialversicherungsträgern, auf die ihre Ansprüche zum Teil übergegangen waren. Die Vorrangregeln aus § 116 Abs. 2 und 4 SGB X enthielt § 1542 Reichsversicherungsordnung noch nicht.[12] War zuviel an die Geschädigte gezahlt, so konnte § 407 Abs. 1 BGB direkt angewandt werden. War zuviel an einen Rechtsnachfolger gezahlt, kam allenfalls § 409 Abs. 1 Satz 1 BGB in Betracht.

Hat der Schädiger jedoch sorgfältig verteilt, sollte er sich auf die Erschöpfung des Höchstbetrags berufen können (wobei die dogmatische Konstruktion dieses praktischen Ergebnisses zunächst offen bleibt)[13]. Das folgt aus einer Analogie zu den Vorschriften bei der Erbenhaftung (§ 1979 BGB) und zum Deckungskonkurs (§§ 109 Satz 2, 118 Abs. 2 VVG) sowie der Rechtslage bei kollisionsverursachenden Leistungshindernissen (§ 276 Abs. 1 BGB).

---

[9] BGH, Urteil vom 16.12.1968, III ZR 179/67, BGHZ 51, 226 (234 f.).

[10] Ähnlich *Fischinger*, Haftungshöchstsummen, 15–21.

[11] BGHZ 51, 226.

[12] Die Begründung zum Gesetzesentwurf vom 13.1.1981, BT-Drs. 9/95, 27 f., bezieht sich allerdings auf „das allgemein anerkannte Befriedigungsvorrecht des Geschädigten oder seiner Hinterbliebenen", das lediglich festgeschrieben werden solle.

[13] Dazu erst im Fazit (unter V).

Dass der Gesetzgeber zu den Kürzungsregelungen keine entsprechenden Vorschriften hinzugeschrieben hat, bedeutet keine Entscheidung gegen dieses Modell:[14] Mit der Sonderfrage einer Befreiung trotz Fehlverteilung befassen sich diese Gesetze nicht. Sie orientieren sich am Vorbild des § 12 Abs. 2 StVG, der aus einer Zeit stammt, als weder die Zuckerrübensamenentscheidung getroffen war noch das Vorbild des Deckungskonkurses kodifiziert.[15]

3. Notbedarfseinrede des Schenkers

Im Schenkungsrecht stellt sich die Frage nach der Haftung des in Not geratenen Schuldners, wenn er von mehreren wirksamen Schenkungsversprechen ein späteres erfüllt und sich dann gegenüber der Forderung aus dem früheren auf Notbedarf beruft. Er hat dann den in § 519 Abs. 2 BGB normierten Altersvorzug[16] verletzt. Ebenso zu werten ist der Fall, dass jemand nach Abgabe eines Schenkungsversprechens einem Dritten eine Handschenkung macht und sich nun gegenüber dem Versprechensempfänger auf Notbedarf beruft.

Die herrschende Meinung nimmt an, ein späteres Versprechen bildet, wenn der Schuldner es bereits vollzogen habe, kein Hindernis mehr dafür, gegenüber einem früheren Versprechen die Notbedarfseinrede zu erheben. Denn der Gläubiger sei nie davor geschützt, dass der Schuldner sein Vermögen verprasse. Allenfalls bei Vorsatz des Schuldners, den früheren Schenkungsgläubiger zu enttäuschen, soll anderes gelten.[17] So entspricht die heutige Rechtslage dem römischen Spruch, wonach unter mehreren, die einen Vorteil für sich beanspruchen, besser steht, wer die Sache besitzt.[18]

Die herrschende Meinung zieht nicht in Betracht, den Schuldner dem Versprechensempfänger dafür einstehen zu lassen, wenn er wegen späterer Schen-

---

[14] Hingegen lehnt *Fischinger*, Haftungshöchstsummen, 20, eine planwidrige Regelungslücke ab. Außerdem zieht er für die Analogie nur die Regelungen der Haftpflichtversicherung in Betracht.

[15] Zur Geschichte der Gefährdungshaftungstatbestände oben im vierten Kapitel bei Fn. 210; zur Geschichte des Deckungskonkurses bei Fn. 246.

[16] Dazu im vierten Kapitel unter II.2.

[17] Siehe einerseits *Greiff* in: Planck (1. und 2. Aufl. 1900), § 519 Nr. 2 (keine „Verpflichtung zur Geltendmachung der Einrede"); auf dieser Linie noch *Harke* in: BeckOGK (1.10.2024), § 519 BGB Rn. 17; andererseits *Dernburg* SchuldR BT, § 208 III 5 a („nur, wenn er so verfuhr, um diesen zu schmälern"); *Tuhr* AT § 94 III (577: „wissentlich"); auf dieser Linie noch *Koch* in: MünchKommBGB (9. Aufl. 2023), § 519 Rn. 5 („nur bei Arglist"). – Dass es nach der herrschenden Lehre beim Wettlauf bleibt, kennzeichnet *Wacke* in: FS Knütel (2009) 1351 Anm. 144 als gesetzeswidrige Rückkehr zur sachlich richtigen römischen Lösung bei der Haftungsbeschränkung auf das Vermögen (zu der im vierten Kapitel Fn. 32). Der Wettlauf sei „sachlich richtiger als die nicht durchzuhaltende Prioritätsregel" (1352 Anm. 146).

[18] D. 50,17,126,2 (Ulpian 50 *ad edictum*): *Cum de lucro duorum quaeratur, melior est causa possidentis.*

kungen in Notbedarf verfallen ist. Voraussetzung wäre grobe Fahrlässigkeit (§ 521 BGB), Konsequenz, dass der Schuldner sich insoweit nicht auf Notbedarf berufen dürfte.

Man liest, dass es für die Notbedarfseinrede nicht darauf ankomme, wie der Notbedarf entstanden sei; auch nicht auf ein Verschulden des Schuldners. Denn die Rückforderung wegen Verarmung ist bei grober Fahrlässigkeit ausdrücklich ausgeschlossen (§ 529 Abs. 1 BGB), dies erlaube einen Umkehrschluss.[19]

Schon im Allgemeinen erscheint dieser Umkehrschluss nicht selbstverständlich: Dass der Schuldner haftet, wenn er grob fahrlässig die Nichterfüllung des Schenkungsversprechens herbeiführt, ergab sich schon aus § 521 BGB. Das musste der Gesetzgeber im Rahmen der Notbedarfseinrede nicht wiederholen. Nach Erfüllung des Schenkungsversprechens schuldete der Schenker dem Empfänger hingegen nach allgemeinen Grundsätzen – jedenfalls nach der Vorstellung des BGB 1900 – keine Sorgfalt mehr. Daher musste die Auswirkung seines Verschuldens auf den Rückforderungsanspruch gesondert angeordnet werden. Ein Umkehrschluss erscheint nicht am Platz. Allerdings war in der zweiten Kommission vorgeschlagen worden, die Notbedarfseinrede auch auf den Ersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu erstrecken. Die Mehrheit lehnte das ab. Nach den Protokollen „wurde bemerkt, man könne diese Ausdehnung, die praktisch kaum von Bedeutung sein werde, der Rechtsprechung im Wege der Analogie überlassen".[20] Auch wenn man zögern muss, hierin eine Festlegung der Mehrheit für diese Analogie zu sehen, zeigt das Indiz an, dass grobe Fahrlässigkeit der Notbedarfseinrede nicht entgegensteht. Gleichwohl spricht die Gesetzgebungsgeschichte entscheidend für die herrschende Meinung. Im Gesetzgebungsverfahren nahm man immer wieder auf das gemeinrechtliche *beneficium competentiae* Bezug. Und im gemeinen Recht stand fest, dass es dem Schuldner nur schadete, wenn er sein Vermögen arglistig gemindert hatte.[21]

Unser Fall, in dem der Schuldner gerade deswegen in Notbedarf gerät, weil er weitere Schenkungen macht, liegt aber besonders. Wie dargestellt, enttäuscht ein Verprassen qua Schenkung das frühere Schenkungsversprechen auf besondere Weise und stellt kein Risiko dar, dass der Versprechensempfänger hinnehmen muss.[22] Wer Handschenkungen vornimmt oder Schenkungsversprechen vollzieht, muss ein Mindestmaß an Rücksicht gegenüber früheren Schenkungsverpflichtungen nehmen. Sonst hätte der Vorrang, der dem älteren Versprechensempfänger durch § 519 Abs. 2 BGB zugesprochen wird, keinen praktischen Wert. Richtigerweise kann der Schuldner sich also nicht auf Notbedarf

[19] So auch BGH, Urteil vom 19.12.2000, X ZR 146/99, NJW 2001, 1207 (1208) (nicht entscheidungstragend).

[20] Protokolle II 22 = Mugdan II 747.

[21] Nur diesen Fall bringt auch *Windscheid* II (7. Aufl.) § 268 Anm. 4, unter Verweis insbesondere auf den im ersten Kapitel bei Fn. 284 besprochenen Text Ulpians, der das *beneficium competentiae* im Gesellschaftsrecht behandelt.

[22] Dazu im vierten Kapitel bei Fn. 43.

berufen, soweit er sein Vermögen grob fahrlässig durch weitere Schenkungen oder dadurch erschöpft hat, dass er sich gegenüber späteren Schenkungsversprechen nicht auf Notbedarf berufen hat.[23]

Ebenso ist ihm die Berufung auf Notbedarf verwehrt, soweit er es bei gleichzeitigen Schenkungsversprechen[24] grob fahrlässig unterlassen hat, sich anteilig auf Notbedarf zu berufen.

4. Ergebnis

Ein Schuldner kann sich darauf berufen,[25] seine Haftung durch die Befriedigung kollidierender Forderungen erschöpft zu haben, obgleich er nicht wie geboten zugeteilt hat, wenn er diesen Fehler nach den im jeweiligen Schuldverhältnis geltenden Maßstab nicht zu vertreten hat. Dieser Grundsatz ist in §§ 1979 BGB, 109 Satz 2, 118 Abs. 2 VVG niedergelegt. Er gilt außerdem bei der durch nicht zu vertretende Leistungshindernisse herbeigeführten Kollision (§ 276 Abs. 1 BGB). Richtigerweise ist er auf die Erschöpfung von Haftungshöchstbeträgen zu übertragen. Weiterhin sollte ihm auch die Notbedarfseinrede des Schenkers gehorchen, bei der Altersvorzug statt gleichmäßiger Verteilung herrscht. Es handelt sich augenscheinlich um einen allgemeinen Grundsatz der Haftung bei Forderungskollision.[26]

Falls der Schuldner allerdings von einem bevorzugten Gläubiger dessen übermäßige Befriedigung zurückfordern kann, muss er diesen Anspruch einem benachteiligten Gläubiger herausgeben (§ 285 Abs. 1 BGB). Dies gilt auch und gerade, wenn der Schuldner diesem Gläubiger nicht haftet. Haftet er, so kommt ihm eine eventuelle Rückforderung selbst zugute, weil er das Zurückgeforderte entweder behält oder es jedenfalls seine Haftung verringert (§ 285 Abs. 2 BGB).

---

[23] *Schollmeyer*, Schuldverhältnisse, 53: „Der Schenker darf aber ferner dem früher klagenden jüngeren Gläubiger gegenüber die Einrede des Notbedarfs wegen Vorhandenseins älterer Schenkungsschulden nicht versäumen. Sonst verliert er dem früheren Gläubiger gegenüber die Rechtswohltat insoweit, als er sie dem jüngeren gegenüber versäumte"; *Oertmann*, § 519 Anm. 6 a: „da dessen Recht nach Abs. 2 eben ‚vorgeht' und durch die Unterlassung des Schenkers nicht geschmälert werden kann […]. [Sonst] wäre das dem ersten Schenknehmer in Abs. 2 gewährte Vorrecht fast ganz inhaltlos, dem Belieben des Schenkers preisgegeben".

[24] Dazu im vierten Kapitel unter IV.3.b).

[25] Zur dogmatischen Konstruktion dieser Verteidigung siehe im Fazit (unter V).

[26] Der Grundsatz dürfte auch auf das Unterhaltsrecht passen, wo allerdings § 1613 BGB die Haftung des Schuldners für die Vergangenheit erheblich einschränkt.

III. Rückforderung durch den Schuldner

Ob eine einheitliche Antwort auf die Frage möglich ist, unter welchen Umständen der Schuldner von einem der konkurrierenden Gläubiger eine übermäßige Befriedigung zurückfordern kann, kann man bezweifeln.

Folgt die Kollision aus der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, kann der Schuldner selbst nichts zurückfordern. Ob der Gläubiger eine überquotale Deckung zur Masse zurückgewähren muss, regelt die Insolvenzordnung. Bei Kollisionen wegen begrenzter Haftung hingegen hängt es auch von der Art der Haftungsbegrenzung ab, ob ein Gläubiger eine übermäßige Befriedigung behalten darf. Verschiedene hier undifferenziert als Haftungsbegrenzung bezeichnete Institute sind unterschiedlich konzipiert: als Einwendung oder Einrede, als Einschränkung auch von Schuld oder nur von Haftung.[27] Mit diesen Konzeptionen sind unterschiedliche Annahmen darüber verbunden, ob Befriedigungen zurückgefordert werden können, die trotz der Haftungsbegrenzung über sie hinausgehend erlangt wurden.[28]

Man muss unterscheiden zwischen der „Verteidigung der bereits erschöpften Haftung“ und der „Verteidigung der nicht zu erschöpfenden Haftung“.[29]

Hat der Schuldner einen Gläubiger befriedigt, obwohl seine Haftung gegenüber der Gesamtheit der Gläubiger bereits durch die Befriedigung anderer Gläubiger erschöpft war, so hat er die „Verteidigung der bereits erschöpften Haftung“ versäumt. Man wird dies kaum anders behandeln können, als wenn er von vorneherein nur einen Gläubiger gehabt und diesen Gläubiger über die Haftung hinaus befriedigt hätte. Der Schuldner hat über seine Haftung hinaus geleistet. Wenn die Haftungsbeschränkung so stark ist, dass sie bei Zuvielleistung eine Rückforderung erlaubt – man könnte sagen: wenn nicht nur die Haftung, sondern auch die Schuld beschränkt ist –, wird sie die Rückforderung auch in diesem Fall erlauben.

Wurde hingegen durch die Befriedigung die Gesamthaftung noch nicht überschritten, sondern lediglich dem Bevorzugten von dem der Gläubigergesamtheit gebührenden Betrag oder Vermögen mehr zugeteilt, als ihm zugewiesen war, hat der Schuldner die „Verteidigung der nicht zu erschöpfenden Haftung“ versäumt. Dieses Verteidigungsmittel ergibt sich nicht immer direkt aus der Haftungsbeschränkung, sondern es muss mitunter erst begründet werden, indem man die Prinzipien der Forderungskollision auf die Situation der Haf-

[27] Siehe die Klarstellung in der Einleitung bei Fn. 2.

[28] Dass der Schuldner bei jeder Haftungsbeschränkung eine darüber hinausgehende Befriedigung kondizieren könne, meinte allerdings *Siber*, der die Naturalobligation im geltenden Recht zurüchzudrängen und Schuld und Haftung in Einklang zu bringen suchte (zur rechnerisch begrenzten Haftung *Siber*, Rechtsszwang, 186; zur gegenständlich beschränkten 231–233).

[29] Siehe zu diesen Begriffen am Ende des Fazits des vierten Kapitels.

tungsbeschränkung anwendet: Die Haftung soll nicht ungezügelt verbraucht werden. Weil die „Verteidigung der nicht zu erschöpfenden Haftung" insofern von der „Verteidigung der bereits erschöpften Haftung" abgeleitet ist, kann sie höchstens denselben Effekt haben. Mit anderen Worten: Dass Forderungen wegen der Haftungsbegrenzung kollidieren, wird diese Forderungen maximal ebenso stark schwächen, wie es das Erreichen der Haftungsbegrenzung würde; vielleicht schwächt es sie aber auch weniger. Wenn eine über die Haftungsgrenze hinausgehende Leistung zurückgefordert werden könnte, kann trotzdem eine Leistung, die nur über den Anteil hinausgeht, der einem Gläubiger aus der Haftung zusteht, möglicherweise nicht zurückgefordert werden.

Weil hier die konkurrierenden Forderungen noch nicht befriedigt wurden, geht es bei der „Verteidigung der nicht zu erschöpfenden Haftung" im eigentlichen Sinne um die Berufung auf die Kollision. Eine Antwort auf die Frage der Rückforderung kann man hier entweder bei der einzelnen Haftungsgrenze suchen, oder man sucht nach einem Prinzip für alle Forderungskollisionen. Entweder erzielt man eine größere Harmonie in der Behandlung aller Fälle übermäßiger Befriedigung, die mit einer bestimmten Haftungsgrenze zusammenhängen, oder aller Fälle, in denen Haftungsgrenzen beliebiger Art gerade deswegen ausgeschöpft zu werden drohen, weil mehrere Gläubiger um die Haftung konkurrieren. Im Gegenzug muss man entweder in Kauf nehmen, dass Fälle, in denen verschiedene Haftungsgrenzen durch kollidierende Forderungen erschöpft zu werden drohen, unterschiedlich behandelt werden; oder man muss in Kauf nehmen, dass Fälle, in denen ein einzelner Gläubiger die Haftung des Schuldners überzieht, anders behandelt werden als Fälle, in denen mehrere Gläubiger sie gemeinsam zu überziehen drohen.

Soweit man versucht, die Kollisionsfälle einheitlich zu behandeln, bietet es sich an, sich an der Korrektur von Deckungen im Vorfeld des Insolvenzverfahrens und Fehlzuteilungen durch den Verwalter zu orientieren: Die Insolvenz ist die praktisch wichtigste und dogmatisch am gründlichsten aufbereitete Konstellation der Kollision.

1. Bei materieller Insolvenz

Die Rechtsordnung strebt mit Eintritt der materiellen Insolvenz die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger an, auch wenn die Zeit bis zur Verfahrenseröffnung zunächst noch dem Wettlauf gehört. Die in dieser Zeit erworbenen Deckungen werden im anschließenden Verfahren vielfach korrigiert und der Gläubigergesamtheit wieder zugeführt (a). Teilt der Insolvenzverwalter falsch zu, erlaubt man ihm sogar eine Kondiktion (b). Nicht zurückgefordert werden kann, was ein Gläubiger über das ihm nach Insolvenzplan oder Restschuldbefreiung zustehende hinaus erhält (c).

a) Rückschlag und Insolvenzanfechtung

Der Wettbewerb der Gläubiger um die beschränkten Mittel des Schuldners steht immer unter dem Vorbehalt baldiger Insolvenzeröffnung.[30]

Im Vergleich mit dem Gemeinen Recht hatte bereits die Konkursordnung von 1877 die Reichweite der verteilenden Gesamtvollstreckung ausgedehnt, indem sie eine besondere Konkursanfechtung vorsah, die beim Schuldner keine Schädigungsabsicht und beim Gegner keine Kenntnis davon erforderte: Es genügte Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags, alternativ Inkongruenz der Deckung (§ 23 KO 1877 = § 30 KO 1898).[31] So wirkte die Konkursordnung an der Verwandlung der römischen *actio Pauliana*[32] zur modernen Insolvenzanfechtung mit, bei der gegenüber dem deliktischen Vorsatz der Beteiligten mehr und mehr der objektive Umstand der Kollision in den Vordergrund rückte.

Als im Jahr 1999 das Anfechtungsrecht der Insolvenzordnung in Kraft trat, erreichte die Gesamtvollstreckung neue Dimensionen.

Sicherungen und Befriedigungen, die ein Gläubiger zu der Zeit und in der Art und Weise vereinnahmt hat, wie sie ihm geschuldet waren (kongruente Deckungen), konnte ein Konkursverwalter immerhin dann anfechten, wenn der Gläubiger wusste, dass der Schuldner zu diesem Zeitpunkt bereits die Zahlungen eingestellt hatte oder Konkursantrag gestellt war (§ 23 Nr. 1 Halbs. 2 KO 1877 = § 30 Nr. 1 Halbs. 2 KO 1898). Heute werden durch Zwangsvollstreckung im letzten Monat vor Antragstellung erlangte Sicherungen[33] mit der Verfahrenseröffnung unwirksam (Rückschlag, § 88 InsO). Kongruente Deckungen, die bis zu drei Monate vor dem Eröffnungsantrag erfolgten, können angefochten werden, wenn der Schuldner schon zahlungsunfähig war und der Gläubiger dies wusste (§ 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO).

Sicherungen und Befriedigungen, die ein Gläubiger nicht zu dieser Zeit oder in dieser Weise beanspruchen durfte (inkongruente Deckungen) konnten nach der Konkursordnung angefochten werden, wenn sie in den letzten zehn Tagen vor Zahlungseinstellung erfolgten, außer wenn der Gläubiger hiervon oder von einer Begünstigungsabsicht nichts wusste (§ 23 Nr. 2 KO 1877 = § 30 Nr. 2 KO 1898). Demgegenüber unterliegen heute inkongruente Deckungen aus dem letzten Monat vor Antragstellung ohne weiteres der Anfechtung (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO), aus den letzten drei Monaten dann, wenn der Schuldner

[30] *Fragistas*, Präventionsprinzip, 27–30; *Becker*, First in time, 33 f.; *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 117, 123–159.

[31] Siehe dazu die Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung, 94–110, 117–130, in: Hahn IV, 108–122, 127–137. – Zur Unzulässigkeit der Anfechtung von Vollstreckungsakten im preußischen Recht im dritten Kapitel bei Fn. 114.

[32] Siehe im ersten Kapitel unter II.4.

[33] Nicht allerdings Befriedigungen, dazu *Albers* KTS 2022, 173–198 (181 mit Anm. 44).

bereits zahlungsunfähig war – selbst wenn der Gläubiger dies nicht wusste – (§ 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO), oder wenn dem Gläubiger bekannt war, dass die Handlung die Insolvenzgläubiger benachteiligte (§ 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO).[34]

Rechtsprechung und herrschende Meinung sehen jede durch Zwangsvollstreckung erlangte Deckung als inkongruent an.[35] Für die Kenntnis der Benachteiligung genügt, wenn der vollstreckende Gläubiger weiß, „dass der Schuldner wegen seiner finanziell beengten Lage in absehbarer Zeit nicht mehr fähig ist, sämtliche Insolvenzgläubiger zu befriedigen“[36] – also das Wissen um die bloße „Quotenverkürzung“.[37] Wer bewusst gegen einen anderen Gläubiger mit den Mitteln der Einzelzwangsvollstreckung um die Wette gelaufen ist, hat diese Kenntnis.[38] Für das Quartal vor der Antragstellung und die seitdem verstrichene Zeit annulliert demnach die Insolvenzeröffnung den durch Einzelzwangsvollstreckung ausgetragenen Gläubigerwettkampf.

Was der Gläubiger nicht durch Zwangsvollstreckung, sondern durch eine Rechtshandlung des Schuldners erlangt hat, hat er nach der gegenwärtigen Praxis noch weniger sicher: Denn die lässt es für eine vorsätzliche Benachteiligung genügen, wenn der Schuldner einen Gläubiger vor einem anderen bevorzugen will, und setzt den, der sich bewusst bevorzugen ließ, bis zu vier Jahre der Vorsatzanfechtung aus (§§ 133 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 und 3 InsO; § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 und 3 AnfG).[39] Dies ist abzulehnen, weil die Vorsatzanfechtung (früher: Absichtsanfechtung) einen allgemeinen Anfechtungstatbestand darstellt, der außerhalb des Verfahrens Einzelgläubigern zu Gebote steht. Es ist nicht zu rechtfertigen, dass ein im Rennen abgehängter Gläubiger dem Sieger seinen Vorrang unter Berufung auf eine Ungleichbehandlung soll abjagen können, um seinerseits in ganz ähnlicher Weise einen ungleichen Vorzug nicht nur vor diesem, sondern auch vor allen übrigen Gläubigern zu beanspruchen. Daher sind kongruente Deckungen mit der Vorsatzanfechtung in der Regel

[34] Für diese Kenntnis gelten Beweiserleichterungen (§ 131 Abs. 1 InsO).

[35] Skeptisch *Albers* KTS 2022, 173–198 (194–197) (mit Darstellung der Kontroverse).

[36] BGH, Urteil vom 18.12.2003, IX ZR 199/02, BGHZ 157, 242 (250).

[37] Dafür auch *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.64.

[38] Mit Recht sehen die Gerichte für die Kenntnis der Benachteiligung bereits in der Kenntnis der Inkongruenz ein „erhebliches Beweisanzeichen“, falls der Gläubiger immerhin wusste, dass die finanzielle Lage des Schuldners angespannt war. Diese Formel wendet der BGH auch an, wenn sich die Inkongruenz daraus ergibt, dass der Gläubiger sich zur Durchsetzung seiner Forderung der Mittel der Zwangsvollstreckung bedient. In dem in BGHZ 157, 242 entschiedenen Fall bestehen kaum Zweifel: Der Gläubiger hatte die Zahlung durch Drohung mit dem Insolvenzantrag erwirkt; er wird gewusst haben, dass der Schuldner nicht alle Gläubiger bezahlen kann.

[39] BGH, Urteil vom 27.5.2003, IX ZR 169/02, BGHZ 155, 75; BGH, Urteil vom 17.7.2003, IX ZR 272/02, NJW 2003, 3560. – Bis zur Reform von 2017 drohten sogar zehn Jahre. Zum Problem eines Umkehrschlusses aus den neuen Absätzen 2 und 3 siehe *Albers*, KTS 2022, 173–198 (191 f.).

nur anfechtbar, wenn es dem Schuldner gerade auf die Schädigung des oder der zurückgestellten Gläubiger ankam.[40]

Will man dem Insolvenzrecht einen Hinweis für die Rückforderung bei Fehlzuteilungen in anderen Kollisionslagen ablauschen, so ist die Anfechtung kongruenter Deckungen (§ 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO) von besonderem Interesse. Sie hängt von der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit ab. Für die Übertragung der Wertung auf andere Sachverhalte stellt sich die Frage, was das entscheidende Moment dieser Kenntnis ist. Kommt es auf die bloße Kenntnis der Krise an, also das Wissen, dass die Zuteilung erforderlich werden kann, oder darauf, dass der Empfänger weiß, dass durch seine Deckung andere Gläubiger benachteiligt werden, weil sie über das hinausgeht, was ihm zuzuteilen wäre? Eine Besonderheit der Insolvenz gegenüber anderen Forderungskollisionen ist, dass der Schuldner für die Zuteilung unter seine Gläubiger nicht zuständig ist, sondern hierfür ein Insolvenzverwalter bestellt wird. Mit der Kenntnis des durch den Schuldner befriedigten Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit geht also stets die Kenntnis einher, gerade nicht im Rahmen des Verfahrens befriedigt zu werden, das die Rechtsordnung für diesen Fall vorgesehen hat, um die Interessen aller Konkurrenten zu koordinieren. Bei der Übertragung der Wertung des Anfechtungstatbestandes auf andere Kollisionen ist dieser Aspekt entscheidend: Ein Gläubiger muss die kongruente Deckung nur dann wieder herausgeben, wenn er wusste, dass er sie nicht im Rahmen des für diese Kollision vorgesehenen Verfahrens erhalten hat. Wo also der Schuldner selbst für die Zuteilung unter dem Gläubigern zuständig ist, genügt es nicht, wenn der Empfänger bloß weiß, dass der Schuldner sich in einer Krise kollidierender Forderungen befindet, weil seine Haftung nicht zur Befriedigung aller Gläubiger genügt. Er muss darüber hinaus wissen, dass die Verteilung nicht korrekt durchgeführt wird. Hierfür kommt regelmäßig nur das Wissen in Betracht, dass er mehr erhält, als ihm im Verhältnis zu anderen Gläubigern zusteht. Das hat er vor allem, wenn er weiß, dass andere Gläubiger bei der Zuteilung an ihn nicht berücksichtigt werden.

b) Fehlerhafte Verteilung im Verfahren

Alternativ könnte man ein Vorbild darin sehen, wie Fehlzuteilungen durch den Insolvenzverwalter behandelt werden. Wenn ein Gläubiger Einwendungen gegen das Schlussverzeichnis versäumt, stehen ihm keine Ansprüche gegen den Verwalter oder die übrigen Gläubiger zu.[41] Anders verhält es sich nach herrschender Meinung, wenn der Verwalter ihn bei der Verteilung entgegen dem Verzeichnis übergeht. Hat der Verwalter irrtümlich eine Insolvenzforde-

[40] Ausführlich KTS 2022, 173–198.

[41] BGH, Urteil vom 17.5.1984, VII ZR 333/83, BGHZ 91, 198 = JZ 1984, 1025 (mit Anm. *Weber*).

rung als Masseforderung erfüllt, kann er nach der Rechtsprechung schon seit dem Reichsgericht kondizieren.[42] Dem wird nur vereinzelt entgegengesetzt, die in voller Höhe bestehende Forderung verhindere als Rechtsgrund die Kondiktion.[43]

Wie passt das zu der gerade herausgearbeiteten Wertung, dass ein Gläubiger eine kongruente Deckung nur herausgeben muss, wenn er um eine Irregularität der Zuteilung weiß? Dass man dem Verwalter die Kondiktion gestattet, berücksichtigt seine Sonderstellung als Außenseiter zur Masse und zur Haftung des Schuldners. Man mag das Ergebnis damit begründen, dass der Verwalter nicht auf die Forderung, sondern auf ein anteiliges Beschlagsrecht der einzelnen Gläubiger an der Masse leistet.[44] Letztlich handelt es sich um ein Privileg, das dem Insolvenzverwalter ermöglicht, sich vor Haftung gegenüber den zurückgesetzten Gläubigern zu schützen, indem er Überzahlungen zur Masse zurückholt.

c) Insolvenzplan und Restschuldbefreiung

Wird die Haftung des Schuldners durch einen Insolvenzplan oder durch Restschuldbefreiung begrenzt, so muss ein Gläubiger nichts zurückgewähren, wenn er dennoch über diese Begrenzung hinaus befriedigt wird (§§ 254 Abs. 3, 301 Abs. 3 InsO). Seine Forderung bleibt als Naturalobligation erhalten.[45] Dass dürfte sich dadurch erklären, dass hierbei an eine Befriedigung auf Kosten des Schuldners gedacht ist: Erhält ein Gläubiger mehr, bleibt weniger für den Schuldner übrig. Die übrigen Gläubiger haben schon erhalten oder erhalten noch, was sie auch ohne die Überzahlung zu gewärtigen gehabt hätten. Denn der Schuldner, der ihnen ja zunächst unbegrenzt haftete, wird ihnen gegenüber durch die Überzahlung nicht frei. Es geht insofern gar nicht um eine Kollision von Gläubigerinteressen.

2. Bei beschränkter Erbenhaftung

Ob der Erbe kondizieren kann, der Nachlassgläubiger befriedigt hat, obwohl er sich auf seine Haftungsbegrenzung hätte berufen können, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

---

[42] RG, Urteil vom 13.3.1889, V 343/88, RGZ 23, 54 (60–63); OLG Brandenburg, Urteil vom 6.12.2001, 12 U 59/01, NZI 2002, 107 = WuB VI B § 57 KO 1.02 (mit Anm. *Mohrbutter*); BGH, Urteil vom 9.3.2023, IX ZR 91/22, NZI 2023, 494 (495, Rz. 19).

[43] LG Stuttgart, Urteil vom 25.1.1985, 9 O 286/84, ZIP 1985, 1518.

[44] Siehe zur Position von *Henckel* noch unten bei der Erörterung etwaiger Ausgleichsansprüche unter den Gläubigern selbst (bei Fn. 125).

[45] BT-Drs. 12/2443, 194 („unvollkommene Verbindlichkeiten" nach Restschuldbefreiung); 213 („Naturalobligationen" beim Insolvenzplan; § 301 des Entwurfs); *Schulze*, Naturalobligation, 536–539.

a) Grundsätzliches

In der Diskussion wird nicht genügend unterschieden: Entweder hatte der Erbe den Nachlass bereits ausgeschöpft. Er hätte sich nach Befriedigung der Schnelleren auf Verschweigung oder Ausschluss (§§ 1973 f.) berufen müssen, auf Dürftigkeit (§ 1990) oder auf Erschöpfung nach Ende eines Insolvenzverfahrens (§ 1989 BGB). Dann hat er eine „Verteidigung der bereits erschöpften Haftung" versäumt. Oder aber er hätte den Nachlass zurückhalten müssen, damit andere Gläubiger daraus befriedigt werden können. Dann hat er eine „Verteidigung der nicht zu erschöpfenden Haftung" versäumt. Davon gibt es wieder zwei Varianten: Entweder hat der Erben einen gleichberechtigten Gläubiger bevorzugt, indem er versäumte, Nachlassverwaltung oder Nachlassinsolvenz zu beantragen und sich darauf zu berufen (§ 1975 BGB). Oder der Erbe hat nachrangige Verbindlichkeiten aus Pflichtteilen, Vermächtnissen und Auflagen vorgezogen oder übermäßig befriedigt (entgegen §§ 1973 Abs. 1 Satz 2, 1974 Abs. 2, 1991 Abs. 4, 1992 BGB in Verbindung mit § 327 Abs. 1 InsO).

Die heute wohl herrschende Meinung bejaht in jedem Fall einen Anspruch aus § 813 BGB.[46] Die prinzipielle Gegenauffassung kennzeichnet Erbschaftsschulden als Forderungen ohne volle Haftung, bei denen die Leistung zwar nicht beansprucht, aber eine einmal erbrachte Leistung nicht zurückgefordert werden kann.[47]

Von der herrschenden Meinung ausgehend, halten einige Autoren den Anspruch dann für ausgeschlossen, wenn der Erbe die Leistung anderen Nachlassgläubigern in Rechnung stellen kann.[48] Das kommt nur bei unterlassener „Verteidigung der nicht zu erschöpfenden Haftung" in Betracht, wenn diese anderen Gläubiger später noch auftreten. Dem § 1979 BGB, wonach die Gläubiger eine dem Erben nicht vorwerfbare Leistung gegen sich gelten lassen müssen, entnehmen diese Autoren offenbar die Aussage, dass der Empfänger diese Leistung soll behalten dürfen.[49] Der Erbe soll also nur kondizieren kön-

[46] OLG Stuttgart, Urteil vom 29.6.1989, 7 U 293/88, NJW-RR 1989, 1283 (*obiter*; zum Kern der Entscheidung unten bei Fn. 55); *Heimann-Troisen* in RGRK (12. Aufl. 1989), § 813 Rn. 4 (zurückhaltend); *Dobler* in: Staudinger (2020) § 1973 Rn. 56, § 1990 Rn. 40; *Fischinger*, Haftungsbeschränkung, 208–211; *J.P. Schmidt*, Itinera, 500 f.

[47] *von Tuhr* AT § 4 (114); *Mansfeld* in RGRK (3. Aufl. 1921), § 812 Anm. 3; *de Boor*, Kollision, 48–50 mit Anm. 57, 62 f.; *Roth*, Einrede, 63–69; auch *Löwisch* NJW 1999, 1002 f. (1003).

[48] *Ritgen* in: Planck (1. und 2. Aufl. 1902) plädiert in § 1991 Nr. 5 ohne Begründung für eine Kondiktion nur, „sofern [der Erbe] nicht durch § 1979 gedeckt ist". Ebenso noch *Lehmann* in: Staudinger (11. Aufl. 1954) § 1991 Rn 14: wenn „die Nachlaßgläubiger diese Befriedigung nicht nach § 1979 als wirksam gelten lassen müssen".

[49] Nur so kann ich mir diese von ihren Vertretern nicht begründete Position erklären. Der Gedanke stammt von *de Boor*, Kollision 49 f. Fn. 57. Er hält seine Geltung bei Leistung aus dem Nachlass für gesichert und argumentiert, bei Leistung aus dem Eigenvermögen dürfe das Ergebnis kein anderes sein. Im Ergebnis schließt *de Boor* allerdings die Rückforderung auch in den Fällen aus, in denen der Schuldner die Fehlleistung zu vertreten hat.

nen, wenn er nicht leisten durfte und eine Kondiktion daher seinem Eigenvermögen zugute kommt.

Durfte der Erbe leisten (§ 1979 BGB), so fiele eine Kondiktion als Surrogat des Geleisteten direkt in den Nachlass oder wäre gegen Aufwendungsersatz (§ 1978 Abs. 3 BGB) abzutreten (je nachdem, ob die Leistung aus dem Nachlass oder aus des Erbens eigenen Vermögen stammte). Durfte er nicht leisten, so muss er dafür gegenüber den Nachlassgläubigern einstehen und kondizierte auf eigene Rechnung. Nur in diesem Fall hat er an der Kondiktion ein eigenes Interesse. Gewährt man dem Erben eine Kondiktion – sei es auf eigene Rechnung oder für den Nachlass – so muss sie in dem Fall, dass der Erbe nachrangige Gläubiger vorgezogen hat, mit dem dann bestehenden Anfechtungsanspruch der zurückgesetzten Gläubiger (§§ 5 AnfG, 322 InsO)[50] nach Art einer Gesamtforderung verbunden sein, sodass der bevorzugte Gläubiger gegenüber allen frei wird, wenn er an den Erben oder den Insolvenzverwalter zurückleistet oder einem zurückgesetzten Gläubiger den Zugriff gewährt.

b) Bevorzugte Befriedigung eines Gleichrangigen

Die herrschende Meinung beruft sich für die Kondiktion auf die Motive zum Bereicherungsrecht, wo die Inventareinrede des ersten Entwurfs als Beispiel einer zur Rückforderung berechtigenden dauerhaften Einrede genannt wird.[51] Dabei wird verkannt, dass die zweite Kommission die Erbenhaftung von Grund auf neu als gegenständlich beschränkte Haftung konzipiert hat.[52]

Dass dies mit einer neuen Vorstellung von der Rückforderung einherging, zeigt sich daran, dass man einen gesonderten Tatbestand einführte, der es dem Erben oder dem Nachlassinsolvenzverwalter erlaubte, die Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen, Vermächtnissen und Auflagen wie unentgeltliche Verfügungen anzufechten (§ 5 AnfG = § 3a AnfG 1898; § 322 InsO = § 222 KO 1898). Es wurden also nur die nachrangigen Gläubiger der Rückforderung ausgesetzt. Als Grund hierfür lassen die Protokolle erkennen, dass man die Empfänger dieser unentgeltlichen Zuwendungen des Erblassers für weniger schutzwürdig hielt als Gläubiger, die vor Eröffnung des Nachlasskonkurses vom Erben befriedigt wurden und unter denen kein solcher Ausgleich möglich sei.[53] Das lässt erkennen, dass insbesondere auch für den Insolvenzverwalter eine Rückforderung nur nach den übrigen Anfechtungstatbeständen in Frage kommen sollte. Dem Erben selbst eine Kondiktion zu gewähren, ließe sich damit nicht vereinbaren.

---

[50] Dazu sogleich bei Fn. 53.

[51] Motive II 832 Anm. 2 = Mugdan II 465 (vgl. dazu im vierten Kapitel Fn. 158). Siehe insbesondere *Fischinger*, Haftungsbeschränkung, 209.

[52] Richtig *Roth*, Einrede, 64 Anm. 23. – Zur Neugestaltung der Erbenhaftung durch die zweite Kommission *J.P. Schmidt*, Itinera, 468–480; zur Abschaffung der Abzugseinrede auch oben im vierten Kapitel bei Fn. 160.

[53] Siehe unten – zu Direktansprüchen unter den Gläubigern – das Zitat bei Fn. 115.

Jedenfalls angesichts zurückgestellter Konkurrenten, also bei unterlassener „Verteidigung der nicht zu erschöpfenden Haftung", sollten Gläubiger entgeltlich begründeter Forderungen offenbar Vertrauensschutz genießen, wie er ihnen auch sonst gegenüber der Anfechtung zukommt. Die Gesetzesverfasser sahen diese Begrenzung der Erbenhaftung um der Kollision willen als Begrenzung wirklich nur der Haftung und nicht auch der Schuld an. Es überzeugt daher, eine Rückforderung nur unter den Bedingungen zuzulassen, unter denen eine Insolvenzanfechtung möglich wäre.

Dieselben Grundsätze gelten, wenn der Schuldner unter Verstoß gegen den in §§ 1973 Abs. 2 Satz 3, 1991 Abs. 3 BGB angeordneten Vorrang einen anderen Gläubiger befriedigt als den, der zuerst ein rechtskräftiges Urteil erlangt hat.

Weil eine Mehrzahl von Gläubigern nicht nur ausnahmsweise vorkommt, sondern wohl bei Erschöpfung der beschränkten Erbenhaftung die Regel bildet, erscheint im übrigen auch naheliegend, dieses Resultat auf die unterlassene „Verteidigung der erschöpften Haftung" und damit auf die Überschreitung der Haftungsgrenze zu übertragen.

c) Bevorzugte Befriedigung eines Nachrangigen

Anders steht es um eine Rückforderung nach bevorzugender Befriedigung von nachrangigen Verbindlichkeiten aus Pflichtteilen, Vermächtnissen und Auflagen. Zunächst sind einige Sonderfälle abzuschichten.

Wenn der Erbe auf einen vermeintlichen Pflichtteilsanspruch gezahlt hat, der Nachlass aber schon im Zeitpunkt des Todes überschuldet war, kann er kondizieren, weil dann ein Pflichtteilsanspruch gar nicht bestand[54] und er folglich auf eine Nichtschuld gezahlt hat.[55]

Hingegen scheidet zu Gunsten ausgeschlossener und verschwiegener Forderungen eine Kondiktion aus, weil solche Forderungen denen aus Pflichtteil, Vermächtnis und Auflage nur vorgehen, soweit der Erbe diese nicht schon befriedigt hat, wenn jene geltend gemacht werden (§§ 1973 Abs. 1 Satz 2, 1974 Abs. 2 BGB).

Das Gegenteil gilt auch hier im Fall eines nur scheinbaren Pflichtteilsanspruchs: Man wird die Einschränkung der §§ 1973 Abs. 1 Satz 2, 1974 Abs. 2 BGB wohl so zu verstehen haben, dass sie sich nur auf wirkliche, nicht auf vermeintliche Pflichtteilsrechte bezieht; also für Pflichtteile nur zum Tragen kommt, wenn die Erbschaft ursprünglich nicht überfordert war, aber nachträglich gemindert und der Pflichtteil bedient wurde, bevor eine ausgeschlossene oder verschwiegene Forderung geltend gemacht wurde.

---

[54] Siehe im vierten Kapitel Fn. 175.

[55] Auch nach *de Boor*, 63, fehlt in diesem Fall nicht nur die Haftung, sondern auch die Schuld. Richtig daher OLG Stuttgart, NJW-RR 1989, 1283.

Außerdem scheidet eine Kondiktion aus, wenn ein erst nach der Befriedigung des nachrangigen Gläubigers eintretendes Ereignis – der Blitz schlägt ein – dazu führt, dass der Nachlass für die vorrangigen nicht reicht: Im Zeitpunkt der Leistung bestand dann keine Einrede, wie sie der Anspruch aus § 813 BGB erfordert.[56] In einem solchen Fall ist der Rechtsgrund der Leistung auch nicht nachträglich weggefallen (§§ 813, 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB). Eine erst nach der Leistung begründete Einrede kann keine Kondiktion auslösen.[57]

Was die übrigen Situationen einer bevorzugten Befriedigung nachrangiger Verbindlichkeiten angeht, so zog das Reichsgericht eine Kondiktion nur für den Fall *obiter* in Betracht, dass der Erbe nicht leisten durfte und eine Kondiktion daher seinem Eigenvermögen zugute käme.

Das Reichsgericht wies die Klage eines übergangenen Gläubigers gegen bevorzugte Vermächtnisnehmer ab: „Hat der Erbe […] trotz Überschuldung des Nachlasses infolge von Vermächtnissen die Verbindlichkeit aus einem Vermächtnisse mit Mitteln des Nachlasses erfüllt, ohne zuvor die der vorgehenden Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse zu decken, so mögen diese Gläubiger berechtigt sein, gegen den Erben so vorzugehen, wie wenn er an den Vermächtnisnehmer aus dem Nachlasse nichts geleistet hätte, auch mag dem Erben, wenn er in Unkenntnis der Überschuldung des Nachlasses geleistet hatte, gegen den Vermächtnisnehmer ein Rückforderungsrecht gemäß § 813 BGB zustehen [Hinweis auf Planck; soeben Fn. 48]. Aber zwischen dem Vermächtnisnehmer und den anderen Nachlaßgläubigern sind dadurch, daß der Erbe den ersteren vor den letzteren befriedigt hat, keine rechtlichen Beziehungen begründet worden […]“.[58]

Bei der Befriedigung nachrangiger Gläubiger erklärt sich die Beschränkung der Kondiktion auf den Fall, in dem der Erbe nicht leisten durfte, meines Erachtens wie folgt: Rein praktisch bedürfte in der Nachlassinsolvenz der Verwalter der Anfechtung (§ 322 InsO) nicht, wenn er für die Masse auch kondizieren könnte. Die Anfechtung

[56] OLG Stuttgart, NJW-RR 1989, 1283 (*obiter*).

[57] Zur Frage, ob die Einrede sogar schon vor der Leistung erhoben worden sein musste, siehe *Thomale* AcP 212 (2012) 920–970, 947–949: Die Kondiktion kann nur geltend gemacht werden, wenn die Einrede erhoben wurde, doch liegt die Erhebung jedenfalls in der Inanspruchnahme aus der Kondiktion und wirkt auf den Zeitpunkt der Leistung zurück. – Dass die Einrede dem Schuldner bereits zum Leistungszeitpunkt als dauernde (und nicht nur vorübergehende) zur Verfügung stand, fordert RG, Urteil vom 7.10.1907, IV ZR 67/07, SächsArch 1908, 226 (Einrede, dass der stillschweigende Vorbehalt einer Schenkung nicht erfüllt ist). Demgegenüber will *Heimann-Troisen* in RGRK (12. Aufl. 1989), § 813 Rn. 3, auch spätere Ereignisse berücksichtigen, wenn „die im Zeitpunkt der Leistung gegebenen Verhältnisse bereits die wesentliche Grundlage der Einrede bilden, bei denen es aber noch des Hinzutretens weiterer, im Ansatz schon vorhandener Umstände bedarf, um sie zur peremptorischen zu verdichten“. Siehe auch zur Notbedarfseinrede unten Fn. 73.

[58] RG, Urteil vom 13.6.1908, V 471/08, JW 1908, 487 f. Die Einschränkung der Kondiktion auf den zunächst erwähnten Fall, dass die Nachlassgläubiger in voller Höhe gegen den Erben vorgehen dürfen, weil dieser nicht leisten durfte, geht aus der Formulierung nicht hervor, ergibt sich aber aus dem Verweis auf Planck. – Der damalige § 3a AnfG (heute § 5) wird nicht erwähnt, was überrascht, auch wenn es wohl an einem Titel und dem Vollstreckungsversuch gegen den Erben fehlte.

durch einen einzelnen Gläubiger setzt voraus, dass eine – auf den Nachlass beschränkte – Zwangsvollstreckung gegen den Erben gescheitert ist oder aussichtslos erscheint (§ 2 AnfG),[59] was nicht der Fall wäre, sofern sie auf den erwogenen Bereicherungsanspruch gerichtet werden könnte. Die Insolvenzanfechtung wäre also stets überflüssig und die Gläubigeranfechtung häufig ausgeschlossen, wenn der erwogene Bereicherungsanspruch dem Nachlass zustünde, also nach dem oben festgestellten dann, wenn der Erbe leisten durfte, sodass er den Gläubigern dafür nicht einstehen muss und die Rückforderung ihr Problem ist.

Richtigerweise muss man zunächst konstatieren, dass der Gesetzgeber den begünstigten Nachrangigen nur für vier Jahre dem neugeschaffenen Anfechtungsrecht der zurückgesetzten Gläubiger aussetzen wollte.[60] Daran, dass ihm eine Kondiktion durch den Erben drohen könne, die nach der damaligen Regel erst in dreißig Jahren verjährte, dachte man offenbar gar nicht. Diese Sichtweise wird sich aus der Auffassung ergeben haben, die Beschränkung der Haftung des Erben habe keinen Einfluss auf sein Schulden und die Forderungen der Erbschaftsgläubiger blieben als Behaltensgrund unbeschränkt.

Doch für die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilen, Vermächtnissen und Auflagen überzeugt das im Ergebnis nicht. Wenn diese Gläubiger das Empfangene zugunsten anderer Erbschaftsgläubiger herausgeben müssen – und das hat der Gesetzgeber mit Einführung des Anfechtungstatbestands entschieden –, dann entspricht es dem System der Nachlassverwaltung eher, den Erben mit der Rückabwicklung zu betrauen. Auch wenn er nicht haftet, ist ihm immerhin die Abtretung eines Bereicherungsanspruchs zuzumuten. Haftet er oder kann die Leistung den übrigen Gläubigern nicht anrechnen, so würde seine Rolle als Verwalter des Nachlasses überspannt, wenn der Leistungsempfänger ihn an einer Forderung als Behaltensgrund festhalten dürfte, die nicht hätte erfüllt werden müssen.

Der Empfänger muss vor einem Bereicherungsanspruch auch nicht abgeschirmt werden. Ob der nachrangige Gläubiger das Empfangene behalten kann, sollte nicht davon abhängen, ob die Zurückgesetzten den Erben in Anspruch nehmen können und ob sie sich dafür oder für die Anfechtung entscheiden. Dass der Erbe mit der Leistung die den übrigen Gläubigern geschuldete Sorgfalt verletzte (§§ 1978 Abs. 3, 683 Satz 1, 670 und 1979 BGB), ist kein Grund, ihm die Rückforderung zu verwehren; es wäre aber auch widersinnig, ihm gerade deswegen die Kondiktion zu gewähren.[61]

---

[59] Dazu *Jaeger*, Gläubigeranfechtung (2. Aufl.) § 2 Anm. 26, § 3a Anm. 2. Er fordert allerdings Zwangsvollstreckung in das Gesamtvermögen des Erben, sofern der unbeschränkt haftet (§ 2013 Abs. 1 BGB; wie das der Fall ist, wenn er ein aufgegebenes Inventar nicht rechtzeitig oder absichtlich falsch erstellt: §§ 1994 Abs. 1 Satz 2, 2005 Abs. 1 BGB).

[60] Siehe unten bei Fn. 115.

[61] Wie *Ritgen* in: Planck fordert (oben Fn. 48).

Wesentlich dafür, dass die nachrangigen Gläubiger in den hier erörterten Fällen das Empfangene nicht behalten dürfen, ist der Umstand, dass sie unentgeltlich erworben haben.[62] Für eine Rückforderung durch die übergangenen Gläubiger ließe sich auch der Gedanke der §§ 816 Abs. 1 Satz 2 und 822 BGB ins Feld führen. Die hier vorgeschlagene Lösung lässt sich also nicht auf die Korrektur von anderen Fehlverteilungen übertragen, bei denen die Gläubiger ihre Forderungen nicht unentgeltlich erworben haben.

Problematisch ist allerdings, dass die Verfasser des BGB die bevorzugten Gläubiger nicht der langen Verjährungsfrist der Kondiktion aussetzen wollten, sondern nur der vierjährigen Anfechtung. Insofern sollte man die Kondiktion auch dann als verjährt ansehen, wenn die Frist für die Anfechtung verstrichen wäre.

Ein Unterschied zwischen den Fristen besteht fort. Die Schuldrechtsmodernisierung hatte den Begriff eines „erbrechtlichen Anspruchs" eingeführt.[63] „[F]amilien- und erbrechtliche Ansprüche" sollten gemäß § 197 Nr. 2 BGB 2002 in der alten Regelfrist von dreißig Jahren verjähren. Man hatte erwogen, dass „sich die maßgeblichen Verhältnisse mitunter erst lange Zeit nach der Anspruchsentstehung klären lassen (z.B. im Erbrecht infolge späten Auffindens eines Testaments)".[64] Diese Rechtslage warf die Frage auf, ob ein Bereicherungsanspruch wegen Überzahlung an einen Nachlassgläubiger aus werten den Gesichtspunkten[65] als „erbrechtlicher Anspruch" qualifiziert werden konnte. Bald schuf man aber die Sonderverjährung für erbrechtliche Ansprüche ab,[66] weil sie sich „neben der neuen Regelverjährung nicht bewährt" und unerwünschte „Wertungsunterschiede" offenbart habe.[67] Seit dem 1.1.2010 unterfallen diese Ansprüche wieder der Regelverjährung, die nunmehr mit dem dritten Jahr ab Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis der sie begründenden Umstände endet, spätestens aber nach zehn Jahren. Doch wurde für manche Ansprüche zugleich eine neue kenntnisunabhängige Höchstfrist eingeführt. Dies hat man wieder damit begründet, dass „sich die erbrechtlich relevanten Sachverhalte mitunter erst lange Zeit nach dem Erbfall klären lassen".[68] Spätestens wiederum nach dreißig Jahren sollen Ansprüche verjähren, die „auf einem Erbfall beruhen oder deren Durchsetzung die Kenntnis einer Verfügung von Todes wegen voraussetzt" (§ 199 Abs. 3a BGB). Hierunter fallen auch bereicherungsrechtliche Rückforderungen von Zahlungen auf unerkannt aufgehobene letztwillige Verfügungen.[69]

---

[62] Siehe das Zitat aus Protokolle V, 832 unten bei Fn. 115.

[63] Zum Begriff *Baldus* ErbR 2010, 106–108.

[64] BT-Drs. 14/6040, S. 106.

[65] Für eine teleologische Bestimmung des erbrechtlichen Anspruchs hat sich vor allem *Gerhard Otte* ausgesprochen; siehe im Rückblick ZGS 2010, 157–164 (158 f.).

[66] Durch Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24.9.2009 (BGBl. I, 3142).

[67] BT-Drs. 16/8954, S. 10.

[68] BT-Drs. 16/8954, S. 14.

[69] Überzeugend *Otte* ZGS 2010, 157–164 (162 f.); zustimmend *Küpper* ZEV 2010, 397–400 (400 mit Anm. 25).

3. Bei Notbedarf des Schenkers

Ob der Schenkungsschuldner ein Geschenk vom später Beschenkten zurückfordern kann, um ein früheres Versprechen zu erfüllen oder sich wegen der Haftung aus einem früheren Versprechen zu erholen, ist eine Frage, die die herrschende Meinung ausblendet, weil sie das Prioritätsprinzip des § 519 Abs. 2 BGB nur auf die Phase bezieht, in der Forderungen aus Schenkungsversprechen sich unerfüllt gegenüberstehen.[70]

Wer ein Schenkungsversprechen abgegeben hat und leistet, obwohl er sich auf Notbedarf hätte berufen können, kann das Geschenk nach herrschender Meinung nicht nach § 813 BGB zurückfordern, weil der Notbedarf keine dauernde Einrede darstellt.[71] Diese Situation liegt insbesondere auch vor, wenn der Notbedarf dadurch entstanden ist, dass der Schuldner zunächst vorrangige (§ 519 Abs. 2 BGB) ältere Schenkungsversprechen erfüllt hatte; er hat dann gegenüber dem jüngeren Versprechen die „Verteidigung der bereits erschöpften Haftung" versäumt.

Wie aber, wenn der Schenker das jüngere Versprechen zu einem Zeitpunkt erfüllt, als er das vorrangige ältere Versprechen noch nicht erfüllt hat? Dann versäumt er die „Verteidigung der nicht zu erschöpfenden Haftung". Das Verteidigungsmittel kann nicht stärker wirken als die „Verteidigung der bereits erschöpften Haftung", von der es abgeleitet ist.[72] Hier wird man also eine Kondiktion erst recht verneinen.

Beides überzeugt im Ergebnis, weil das Gesetz die Rückforderung wegen Verarmung besonders regelt (§§ 528 f. BGB), deren Voraussetzungen nicht durch eine Kondiktion umgangen werden sollten (und die bei Annahme einer Kondiktion jedenfalls darauf übertragen werden müssten). Denn die Kriterien der Rückforderung wegen Verarumung sind strenger als die der Notbedarfseinrede: Es genügt nicht jede Unterhaltspflicht des Schenkers, und seine grobe Fahrlässigkeit schließt die Rückforderung ebenso aus wie Notbedarf des Beschenkten.

Zwar kommt § 813 BGB ohnehin nicht in Betracht, wenn der Schenker erst nach Vollzug des späteren Versprechens verarmt, denn dann bestand die Einrede im Leistungszeitpunkt noch nicht.[73] Insofern hat § 528 BGB einen besonderen Anwendungsbereich. Doch es gibt keinen Grund dafür, in diesem Bereich besonders strenge Kriterien an die Rückforderung anzulegen: Dass der Notbedarf erst nach dem Vollzug aufkam, erhöht nicht das schutzwürdige Vertrauen des Empfängers, die Schenkung behalten zu dürfen.

---

[70] Siehe oben bei Fn. 17.

[71] Angewendet auf das vorliegende Problem etwa bei *Oertmann*, § 519 Anm. 6 a.

[72] Siehe den einführenden Text oben zu Beginn von III.

[73] Nur bei Leistung bestehende Einreden begründen den § 813 BGB; siehe oben bei Fn. 57.

Jedenfalls unter den Voraussetzungen der Verarmung kann der Schuldner ein Geschenk zurückfordern. Das Prioritätsprinzip des Schenkungsrechts[74] erfordert, in die Berechnung der für den eigenen Unterhalt nötigen Mittel einfließen zu lassen, was der Schuldner aus Schenkungsversprechen schuldet, die abgegeben wurden, bevor die Schenkung vollzogen wurde, deren Rückforderung in Rede steht. Die früheren Versprechen können also einen Rückforderungsanspruch des Schuldners gegen den später Beschenkten begründen. Den Notbedarf müssen sich die früheren Versprechensempfänger jedenfalls nur entgegenhalten lassen, wenn ihnen dieser Anspruch abgetreten wird.[75] Dieselbe Lösung ergibt sich dann ohne weiteres, wenn der Versprechende später nicht ein konkurrierendes Versprechen abgegeben, sondern eine Handschenkung gemacht hat.

Dass Beschenkte bei der Rückforderung besonderen Vertrauensschutz genießen, mag überraschen. Geschützt werden sie aber nur gegen den verarmten Schuldner und andere – frühere und damit vorrangige – Schenkungsgläubiger. Hat der Schuldner Schenkungsgläubiger hingegen vor Gläubigern befriedigt, deren Forderungen nicht unentgeltlich begründet wurden, so können diese übergangenen Gläubiger ihren Vorrang nach den Vorschriften über die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen durchsetzen (§ 4 AnfG, § 134 InsO); hierbei gelten keine Einschränkungen wie bei der Rückforderung wegen Verarmung.

4. Bei nicht zu vertretenden Leistungshindernissen

Auch bei nicht zu vertretenden Leistungshindernissen stellt sich die Frage, ob der bevorzugte Gläubiger behalten darf, was er über die ihm zukommende Quote hinaus erhalten hat – etwa im Fall des Teiluntergangs der Gattung, aus der zu leisten war. Das ist umstritten.

Auszunehmen sind die Fälle, in denen ein Gläubiger bereits vor dem Unglück aus dem Vorrat beliefert wurde. Was er dabei erhalten hat, darf er behalten[76] – wie schon der glückliche Befrachter des Saufeius.[77] Auf einen eventuellen Rest seiner Forderung, mit dem er an der Verteilung teilnimmt, muss er sich das zuvor Erhaltene nicht anrechnen lassen. Denn eine teilbare Forderung steht einer Mehrzahl von Forderungen gleich, und der Gläubiger darf keinen Nachteil davon haben, dass er früher noch eine andere, inzwischen erloschene Forderung hatte.

[74] Zur Herleitung als allgemeines Prinzip siehe im vierten Kapitel unter 2.

[75] Der Abtretbarkeit steht jedenfalls hier nicht entgegen, dass der Rückforderungsanspruch den Unterhalt sicherstellen soll. Den gewährleistet diese Abtretung gerade, indem sie dem Schenker ermöglicht, sich mit der Notbedarfseinrede gegen die Forderung des Versprechensempfängers zu schützen.

[76] *de Boor*, Kollision, 150; *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit, 186.

[77] Siehe im ersten Kapitel unter V.3.

Es geht um den Fall, dass der Schuldner geleistet hat, obwohl er die Leistung bereits verweigern durfte. In Betracht kommt eine Kondiktion aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 oder § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB.[78] Gegen die Rückforderung und Umverteilung bestehen im Ergebnis Bedenken. Dass sie für alle Beteiligten erheblichen Aufwand verursacht, wird hinzunehmen bereit sein, wer überhaupt die Verteilung für richtig hält. Man will aber dem Gläubiger nicht zumuten, nachträglich wieder herausgeben zu müssen, was er auf seine – bei isolierter Betrachtung vollwertige – Forderung erhalten hat.[79]

Die Behandlung der Frage leidet darunter, dass seit dem 19. Jahrhundert große Uneinigkeit darüber herrscht, wie die „Befreiung" des Schuldners aufgrund von Leistungshindernissen im deutschen Recht zu konstruieren ist. Die Schuldrechtsmodernisierung von 2001 hat das Wasser zusätzlich getrübt.[80] Außerdem ist das Problem der Rückforderung einer trotz befreienden Hindernisses erbrachten Leistung wenig praktisch: Wer taucht schon, obwohl er nicht müsste, nach dem in den See gefallenen Ring und übergibt ihn pflichtschuldig, um ihn anschließend zurückzufordern? Wer deckt sich als Vorratsschuldner, nachdem ihm sein Lager abgebrannt ist, zu hohen Kosten auf dem Markt ein und liefert, um die Lieferung dann zurückzufordern? Dieser Fall gäbe das Modell für die „Verteidigung der bereits erschöpften Haftung", von der sich die „Verteidigung der nicht zu erschöpfenden Haftung" ableiten ließe.

Das Reichsgericht stützte die Einrede des Samenverkäufers auf Treu und Glauben (§ 242 BGB). Insofern lohnt für die Frage der Rückforderung ein Vergleich mit der ebenfalls auf § 242 gestützten *dolo agit*-Einrede: Als jemand sich auf diese Einrede nicht berufen, sondern eine Leistung erbracht hatte, obwohl er sie sogleich hätte zurückfordern können, hatte das Reichsgericht eine Kondiktion zugelassen.[81]

Hingegen sieht *Jan Felix Hoffmann* den Schuldner durch die Kollision als wegen Unmöglichkeit befreit an: Leiste der Schuldner trotzdem, so entfalle die Unmöglichkeit wieder und hinterlasse die erfüllte Forderung als Rechtsgrund.[82]

Einen anderen Anknüpfungspunkt gibt heute das Verweigerungsrecht für den Fall, dass der Gläubiger an der Leistung nur ein unverhältnismäßig geringes Interesse hat (§ 275 Abs. 2 BGB). Dieses besondere Schikaneverbot sehen

[78] Für eine Kondiktion aus § 813 BGB siehe nur *de Boor*, Kollision, 149 f. Für § 812 hingegen *Hueck*, Gleichmäßige Behandlung, 286.

[79] *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit, 185 f.

[80] Siehe im vierten Kapitel bei Fn. 302.

[81] So für eine Kondiktion aus der Konkursmasse (als Masseforderung) nach Herausgabe an den Verwalter trotz Bestehens einer *dolo agit*-Einrede (wegen einer Insolvenzforderung) Urteil vom 8.11.1909, IV 18/09, RGZ 72, 192.

[82] *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 392 Fn. 28.

viele als die maßgebliche Äußerung des Gesetzgebers zur Regelung des Problems der Leistungserschwerung. Zu dieser Einrede – wie auch zu der aus § 275 Abs. 3 BGB wegen der subjektiven Erschwerung einer persönlich zu erbringenden Leistung – herrscht die Auffassung, dass ein Schuldner, der geleistet hat, ohne zu wissen, dass sie ihm zu Gebote stand, die Leistung gleichwohl nicht zurückfordern kann.[83]

Demgegenüber meint *Chris Thomale*, bei § 275 Abs. 2 und 3 BGB entfalle nicht nur der Anspruch, sondern auch die Forderung. Schließlich gehe nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB auch die Gegenleistungspflicht unter.[84] Weil *Thomale* die Erhebung der Einrede für § 813 BGB auf den Zeitpunkt der Leistung zurückwirken lässt,[85] müsste er die Kondiktion der mit überobligatorischer Schwierigkeit erbrachten Leistung bejahen. Man wird aber vom anderen Ende denken müssen: Sofern die bereits erbrachte Leistung mangels Kondiktion beim Empfänger bleibt, muss er sie auch bezahlen, bleibt also die Gegenleistungspflicht bestehen.

Weil eine Rückforderung nach Leistung trotz befreiender Leistungshindernisse praktisch jenseits von Fällen der Forderungskollision nicht vorkommt und über ihre Anforderungen keine Klarheit besteht, erscheint richtig, sich für die Frage der Rückforderung im Fall der Forderungskollision an den anderen Fällen der Forderungskollision zu orientieren. Als Grundfall dient hier die Deckung bei materieller Insolvenz: Was der zahlungsunfähige Schuldner vor Verfahrenseröffnung zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten leistet, bewirkt die Erfüllung und ist nicht kondizierbar, sondern unterliegt nur der Anfechtung. Was ein gutgläubiger Gläubiger als kongruente Deckung erlangt, muss er auch auf die Anfechtung hin nicht herausgeben. Dementsprechend sollte auch hier eine Rückforderung durch den Schuldner grundsätzlich ausgeschlossen bleiben. Man kann dazu § 813 BGB mit Blick auf die Wertungen des Anfechtungsrechts in der Situation der Forderungskollision teleologisch reduzieren.

Auf die Verbindung der „gegenständlich begrenzten Verteilungskonflikte" mit der Materie der Insolvenzanfechtung hat *Jan Felix Hoffmann* nachdrücklich hingeweisen.[86] Allerdings scheidet für *Hoffmann* eine Kondiktion aus, und eine analoge Anwendung der Anfechtungstatbestände lehnt er aus Respekt vor dem Schweigen des Gesetzgebers ab: Eine Korrektur sei nicht zwingend erforderlich, weil der Bestand der Fehlverteilung sich als Verkehrsschutz erklären lasse. Mir erscheint hier die Latte für die Analogie zu hoch gelegt.

---

[83] *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch, Rn. 322: analog §§ 813 Abs. 1 Satz 2, 214 Abs. 2 BGB; *Ekenga/Kuntz* in Soergel (Band 3/2, Mai 2014): bei anderen Einreden gibt es „besondere Wertungsgesichtspunkte […], die den Leistungsempfänger weniger schutzwürdig erscheinen lassen"; *Schwab* in: MünchKommBGB (9. Aufl. 2024), § 813 Rn. 7: wie die Erhebung der Einrede habe auch die Leistung trotz Einrede rechtsgestaltende Wirkung.

[84] *Thomale* AcP 212 (2012) 920–970 (934 f.).

[85] Siehe oben Fn. 57.

[86] *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 391–393.

Anders liegen die Dinge, wenn der befriedigte Gläubiger wusste, dass er bevorzugt wurde, oder seine Forderung aus einer *causa lucrativa* herrührte. In Anlehnung an die Vorschriften zur Insolvenzanfechtung darf der Befriedigte dann die Leistung nicht behalten; der Schuldner schlüpft in die Rolle des Verwalters. Konstruktiv kann das durch § 813 BGB realisiert werden, dessen Anwendung in diesen Fällen dann nicht eingeschränkt werden muss.

Ein ähnliches Ergebnis erreicht der Draft Common Frame of Reference beim „Transfer of goods forming part of a bulk" (VIII.–2:305): Jedem Empfänger steht ein ideeller Teil der Ladung zu, erhält er mehr, so wird er nur Eigentümer, wenn er nicht wusste und zu wissen von ihm auch nicht erwartet werden konnte, dass andere Empfänger dadurch benachteiligt zu werden drohen (VIII.–2:306 Abs. 2).[87] Nach dem Kommentar soll dann auch eine Rückforderung nach Delikts- oder Bereicherungsrecht ausscheiden.[88]

Konkurrieren mehrere Schenkungsgläubiger miteinander und hat der Schuldner nach einem nicht zu vertretenden Leistungshindernis entgegen dem schenkungsrechtlichen Prioritätsprinzip einem späteren Versprechensempfänger zuviel zugeteilt,[89] so ist nach den Grundsätzen der Anfechtung unentgeltlicher Leistung eine bereicherungsrechtliche Rückforderung nicht ausgeschlossen.

5. Bei Begrenzung der einzelnen Forderung

In manchen Konstellationen entnimmt man dem Gesetz nicht nur die Entscheidung, die zugunsten der Gläubigergesamtheit bestehende Haftung zu begrenzen, oder weitergehend, diese Last unter den Gläubigern zuzuteilen, sondern darüber hinaus auch die Entscheidung, dass zu diesem Zweck die Forderung einzelner Gläubiger beschnitten sein soll. Das hat Konsequenzen für die Rückforderung.

a) Bei Gefährdungshaftung

Die Kürzungsregeln der Gefährdungshaftung (wie § 12 Abs. 2 StVG) versteht die ganz herrschende Lehre als Begrenzung der Forderung selbst, sodass jedem einzelnen Geschädigten von Anfang an nur der gekürzte Betrag geschuldet sein soll.[90] Damit verbindet man die Vorstellung, dass der Schuldner bei Überzahlung kondizieren kann,[91] wenn die Leistung nicht etwa durch ein rechtskräftiges (falsches) Leistungsurteil angeordnet war.

---

[87] Auf die Parallele hat *Hoffmann*, Gläubigergleichbehandlung, 391 f. hingewiesen.
[88] DCFR, 4817.
[89] Siehe im vierten Kapitel unter IV.4.c) cc).
[90] Siehe oben im vierten Kapitel bei Fn. 229.
[91] *de Boor*, Kollision, 119 (zu § 12 StVG). – Für das österreichische Recht übereinstimmend *Lobnik*, Gläubigergleichbehandlung, 83 (zu §§ 15, 16 EKHG).

b) Bei der Haftpflichtversicherung

Bei der Verteilungspflicht des Haftpflichtversicherers ist die Lage komplexer. Besteht kein Direktanspruch, so leistet der Versicherer wegen des durch die Verteilungspflicht bestimmten Freistellungsanspruchs des Schädiger auf den im Haftungsverhältnis bestehenden Anspruch des Geschädigten. Totz der konkurrierenden Geschädigten besteht bei vertraglicher oder deliktischer Haftung der Anspruch jedes einzelnen Geschädigten in voller Höhe. Dann scheidet eine Rückforderung durch den Versicherer aus.[92] Ob es daran etwas ändert, wenn der Versicherer unter Vorbehalt geleistet hat,[93] erscheint zweifelhaft.

Regelmäßig dient ein Vorbehalt der Klarstellung, dass kein Anerkenntnis vorliegt, und verhindert die Wirkung des § 814 BGB. Weitergehend kann ein Vorbehalt bewirken, dass bei einer späteren Rückforderung den Empfänger die Beweislast für das Bestehen seiner Forderung trifft. Es stellt sich die Frage, ob bei der Zahlung durch einen Dritten (den Versicherer) nicht das Bestehen der Forderung im Valutaverhältnis (also im Haftungsverhältnis) trotz des Vorbehalts genügt, oder ob der Versicherer wegen des Vorbehalts eine Rückforderung mit dem Deckungsverhältnis (Versicherungsverhältnis) begründen kann. Bei Zahlung auf eine bestehende Schuld einen Rückforderungsanspruch erst begründen, kann ein Vorbehalt eigentlich nicht.[94]

Wenn der Anspruch aus Gefährdungshaftung resultiert, kann aber auch er selbst wegen der konkurrierenden Geschädigten gekürzt sein.[95] Dann hat der Versicherer überzahlt und kann, weil dies auf seiner eigenen Prüfung und Entscheidung beruht, richtigerweise selbst kondizieren.[96]

Wenn dem Geschädigten gegen den Versicherer ein Direktanspruch zusteht (§ 115 VVG), wird der Versicherer auf diesen Anspruch zahlen. Weil die Höhe

[92] *Sieg*, Ausstrahlungen, 217; *Johannsen* in: Bruck/Möller, VVG (8. Aufl. 1970), Anm. B 100. – Anders noch *Prölß* (3. Aufl. 1941), § 156 n.F. VVG Nr. 7 und Nr. 11; *Thees/Hagemann* (2. Aufl. 1958), § 156 VVG Nr. 9 (255).

[93] So die versicherungsrechtliche Literatur: *Johannsen* in: Bruck/Möller, VVG (8. Aufl. 1970), Anm. B 100; *Küppersbusch* in: FS Müller (2009) 65–78 (74, 76 f.: empfiehlt jedenfalls den Vorbehalt); *Lück* in: Prölss/Martin (31. Aufl. 2021) § 109 VVG Rn. 13; dort auch *Klimke*, § 118 VVG Rn. 13.

[94] Zu den Wirkungen einer Leistung unter Vorbehalt allgemein etwa BGH, Urteil vom 14.10.2021, VII ZR 242/20, NJW 2022, 947 (Rn. 19–20); aus der Literatur *Seibert* JR 1983, 491–494.

[95] Das wird in der hier verwerteten Literatur nicht berücksichtigt.

[96] Eine Kondiktion des Haftpflichtversicherers bejaht nach Zahlung an einen gänzlich Nichtberechtigten (angeblicher Zessionar) BGH, Urteil vom 28.11.1990, XII ZR 130/89, BGHZ 113, 62. Zustimmend *Martinek* JZ 1991, 395–400, NJW 1992, 3141–3143; *Jakobs* NJW 1992, 2524–2529. Hingegen soll nach *Canaris* NJW 1992, 868–873, NJW 1992, 3143–3145 die Kondiktion dem Schädiger zustehen, für den die Versicherung gezahlt habe. – Für unsere Fälle kommt *Sieg*, Ausstrahlungen, 217, wohl zum selben Ergebnis: Er gewährt dem Versicherer eine Kondiktion gegen den Geschädigten, wenn Haftungs- und Deckungsverhältnis mangelhaft sind, und ordnet die Verteilungspflicht als gewöhnliches Problem des Deckungsverhältnisses ein.

dieses Anspruchs durch die Verteilungspflicht bestimmt ist, liegt nahe, dem Versicherer in diesem Fall bei Überzahlung die Leistungskondiktion gegen den Geschädigten zuzusprechen.[97]

c) Unterhalt

Eine Rückforderung von Unterhalt kommt wegen konkurrierender Berechtigter nur in Betracht, sofern die Unterhalt für die Vergangenheit fordern können (§ 1613 BGB). Wird der Schuldner dadurch über seine unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit hinaus strapaziert, so haben andere Berechtigte anteilig zu viel erhalten. Nach herrschender Auffassung kann der Unterhaltspflichtige sich – in den Grenzen des § 814 BGB – mit der *condictio indebiti* erholen.[98] Den Grund mag man auch hier darin sehen, dass die Unterhaltsforderung schon in ihrer Entstehung an die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen gekoppelt ist, also auch als Behaltensgrund nur in der Höhe entsteht, die dem Berechtigten im Verhältnis zu anderen Berechtigten zusteht.

6. Ergebnis

Soweit bei der Rückforderung von Fehlzuteilungen ein Gleichklang unter den verschiedenen Fällen der Forderungskollision anzustreben ist, bietet für Rückforderungen durch den Schuldner die Insolvenzanfechtung das Muster. Weil einerseits jeder der kollidierenden Gläubiger eigentlich – bei isolierter Betrachtung – die ganze Leistung vom Schuldner fordern dürfte, verdient sein Vertrauen darauf, das einmal Empfangene behalten zu dürfen, größeren Schutz als das eines nur scheinbaren Gläubigers. Weil andererseits der Schuldner für die Zuteilung zuständig ist, stehen ihm die dem Schutz der Zuweisungsordnung dienenden Anfechtungstatbestände zur Verfügung.

Der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit, die für die Rückforderung kongruenter Deckung nach § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO entscheidend ist, entspricht nicht die bloße Kenntnis der Kollisionslage. Vielmehr muss der Gläubiger wissen, dass seine Befriedigung irregulär und zuteilungswidrig ist – dass versteht sich nämlich bei der Insolvenz von selbst, wenn der Schuldner trotz Zahlungsunfähigkeit eine Deckung verschafft. Wo der Schuldner für die Zuteilung zuständig ist, ist regelmäßig erforderlich, dass der Gläubiger bewusst mehr in Empfang nimmt, als ihm zuzuteilen wäre.[99]

---

[97] Dass der Direktanspruch einen Unterschied machen könnte, wird in der hier verwerteten Literatur nicht in Betracht gezogen.

[98] *Mutschler* in RGRK (12. Aufl.), § 1609 Rn. 10; *Martiny*, Unterhaltsrang II, 1061 in Verbindung mit 780–783.

[99] Siehe oben unter 1.a).

Hingegen bietet die Rückforderung von Fehlzuteilungen durch den Insolvenzverwalter keinen geeigneten Vergleichspunkt. Dass man hier die Kondiktion zulässt, hängt mit seiner Rolle als Verwalter fremden Vermögens zusammen, der leistet, um die Gläubiger entsprechend der insolvenzrechtlichen Verteilungsordnung zu befriedigen.[100]

Die Orientierung an der Insolvenzanfechtung schließt bei der beschränkten Erbenhaftung[101] und nicht zu vertretenden Leistungshindernissen[102] eine Rückforderung regelmäßig aus, wenn der Empfänger nicht seine Bevorzugung erkennt. Diese Orientierung erlaubt eine Rückforderung aber bei übermäßigen Leistungen an die nachrangigen Erbschaftsgläubiger aus Vermächtnissen, Auflagen und Pflichtteilen[103] sowie an die Gläubiger unentgeltlich begründeter Forderungen.[104] Wer ein späteres Schenkungsversprechen statt eines früheren erfüllt, als er sich auf Notbedarf hätte berufen können, kann seine Leistung nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der Verarmung zurückfordern.[105]

Mitunter regelt das Gesetz neben einer Haftungsgrenze für die Gläubigergesamtheit auch, dass die Forderungen der einzelnen Gläubiger anteilig gekürzt werden, um diese Grenze nicht zu überschreiten. So verhält es sich bei den Haftungshöchstsummen und bei Unterhaltspflichten. Zahlt der Schuldner auf diese gekürzten Forderungen zuviel, so kann er kondizieren.[106]

IV. Direktansprüche unter den Gläubigern

Einen Direktanspruch des übergangenen Gläubigers gegen den Bevorzugten kennt die europäische Tradition in Gestalt der Gläubigeranfechtung (*actio Pauliana*). In Rom hatte dieser Rechtsbehelf allerdings nur bei Insolvenz des Schuldners dagegen geholfen, dass der Schuldner die Masse schmälerte, während das Verfahren schon lief.[107] Später gewann die Klage Bedeutung außerhalb des Konkurses. Baldus de Ubaldis wollte sie sogar dem Gläubiger gewähren, der beim Doppelverkauf übergangen worden war.[108] Richtigerweise dürfte das beim zu vertretenden Doppelverkauf schon deswegen ausscheiden, weil hier der Wettlauf regiert, keine Zuteilung durch den Schuldner.[109] Überhaupt

[100] Siehe oben unter 1.b).
[101] Oben unter 2.a) und b).
[102] Oben unter 4.
[103] Oben unter 2.c).
[104] Oben unter 4 am Ende.
[105] Oben unter 3.
[106] Siehe oben unter 5.
[107] Siehe im ersten Kapitel unter II.4.
[108] Dazu *Albers*, in: Imperium, 265–319 (300).
[109] Siehe im vierten Kapitel unter IV.4.b).

ist zu beachten, dass die Anfechtung kongruenter Deckungen durch einzelne Gläubiger nach der hier vertretenen Auffassung nur in engen Grenzen zulässig ist, nämlich bei der Deckung unentgeltlich begründeter Forderungen und bei Schädigungsabsicht.[110]

1. Unter Nachlassgläubigern

Dass die Gläubigeranfechtung den richtigen Rahmen für die Frage nach einem Ausgleichsanspruch unter den konkurrierenden Gläubigern bildet, meinten auch die Väter des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die einen neuen Tatbestand ins Anfechtungsgesetz einfügten, um Fehlverteilungen bei der beschränkten Erbenhaftung auszugleichen.

Das Verhältnis der übergangenen gegenüber den befriedigten Gläubigern ordnet § 5 AnfG (§ 3a AnfG 1898) ausdrücklich: Ein Nachlassgläubiger kann gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmer oder Auflagenbegünstigten anfechten, der auf seine Kosten besser gestellt wurde, als er in der Gesamtvollstreckung worden wäre. Wenn der Anfechtende keinen besseren, sondern denselben Rang hat wie sein Gegner, so kann er nicht die ganze Leistung beanspruchen, sondern sie wird nach dem Verhältnis der Forderungen unter beiden aufgeteilt.[111] Die Anfechtung unterliegt denselben Kriterien wie die von unentgeltlichen Leistungen; sie ist also unabhängig von Motiven und Kenntnissen für vier Jahre seit der Leistung möglich. In der Nachlassinsolvenz kann auch der Verwalter solche Leistungen anfechten (§ 322 InsO = § 222 KO 1898).

Dieses mit dem BGB geschaffene Anfechtungsrecht sollte die übergangenen Gläubiger in erster Linie dann schadlos halten, wenn der Erbe für die Tilgung nicht einstehen muss, sondern sie abrechnen kann. Auf diesen Fall sollte es aber nicht begrenzt bleiben, vielmehr auch dann helfen, wenn ein Vorgehen gegen den Erben tatsächliche Schwierigkeiten bereitet:

„Von praktischer Bedeutung ist dieses Anfechtungsrecht namentlich in dem Falle, daß die Nachlaßgläubiger nach § 1979 BGB die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen müssen. Aber auch dann, wenn der Erbe wegen Berichtigung einer Verbindlichkeit den Nachlaßgläubigern verantwortlich ist, bleibt das Anfechtungsrecht nicht ohne Werth, da die Geltendmachung der aus der Verantwortlichkeit des Erben sich ergebenden Ansprüche leicht mit Weite-

[110] Zu den allgemeinen Anfechtungstatbeständen siehe oben im Kontext der Insolvenzanfechtung (unter III.1.a)).

[111] Das ergibt sich aus Sinn und Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Nach Protokolle V 832 (zitiert sogleich Fn. 115) handelt es sich um eine „Ausgleichspflicht". Hierauf weist *Jaeger*, Gläubigeranfechtung (2. Aufl.), § 3a Anm. 8, hin, der eine Beispielrechnung bringt.

rungen verbunden ist und bei Zahlungsunfähigkeit des Erben überhaupt nicht zum Ziele führt".[112]

Die zweite Kommission hielt es grundsätzlich für unvertretbar, befriedigten Gläubigern das Erlangte wieder zu entziehen, nur weil sich später die Notwendigkeit der Verteilung herausstellte. Nach dem Vorbild des gemeinen Rechts[113] mutete sie es aber den Vermächtnisnehmern, Auflagenempfängern und Pflichtteilsberechtigten zu, weil die unentgeltlich aus dem Nachlass empfangen haben. Doch sollte die Umverteilung nicht dreißig Jahre lang möglich sein – damals die ordentliche Verjährungsfrist –, sondern vier Jahre wie auch sonst bei der Anfechtung unentgeltlicher Zuwendungen:

„Eine allgemeine Ausgleichungspflicht lasse sich unter den vor der Eröffnung des Konkursverfahrens befriedigten Nachlaßgläubigern nicht einführen, wohl aber müsse eine solche den Vermächtnißnehmern, Auflagenempfängern und Pflichttheilsberechtigten obliegen. Es würde jedoch zu weit gehen, wenn man den besser berechtigten Gläubigern einen nur der ordentlichen Verjährung […] unterworfenen Ausgleichungsanspruch […][114] gebe. Wer durch die Ausführung einer freigebigen Anordnung des Erblassers etwas erlangt habe, dürfe nicht länger der Gefahr ausgesetzt sein, das Erlangte an die besser berechtigten Gläubiger herausgeben zu müssen, als derjenige, welchem der Erbe etwas aus dem Nachlasse geschenkt habe".[115]

Dieser Direktanspruch der Nachlassgläubiger entspricht dem Direktanspruch anderer konkurrierender Gläubiger, dem nach Anfechtungsgesetz auch andere unentgeltlich Begünstigte ausgesetzt sind (§ 4 AnfG = § 3 Abs. 1 Nr. 3 AnfG 1898).

2. Unter Geschädigten

Heute nimmt die herrschende Lehre an, dass Fehlzuteilungen durch den Haftpflichtversicherer keine bereicherungsrechtlichen Ausgleichsansprüche unter den Gläubigern begründen.[116]

---

[112] Begründung von § 222 KO 1898 in Hahn VII, 253. Auf denselben Erwägungen beruht § 3a AnfG 1898; siehe Hahn VII, 263. – Haftet der Erbe den Nachlassgläubigern, so ergibt sich ein Konkurrenzverhältnis: „Soweit die Anfechtung Erfolg hat, wird der ersatzpflichtige Erbe dem befriedigten Gläubiger gegenüber befreit. Soweit andrerseits der Erbe aus seinem Eigenvermögen Ersatz leistet, entfällt mit der Gläubigerbenachteiligung die Anfechtbarkeit" (*Jaeger*, Gläubigeranfechtung, 2. Aufl., § 3a Anm. 2).

[113] Vergleiche im zweiten Kapitel bei Fn. 44.

[114] Hier verweisen die Protokolle auf entsprechende Forderungen von Munk und Bähr, in: Gutachten BGB V 189 und 206.

[115] Protokolle V, 832 (396. Sitzung; zu KO und AnfG).

[116] *Littbarski* in: MünchKommVVG (2. Aufl. 2017) § 109 Rn. 49; *Brand* in: MünchKommVVG (2. Aufl. 2017) § 118 Rn. 43; *Lücke* in: Prölss/Martin (31. Aufl. 2021) § 109 VVG Rn. 14; *Klimke* in: Prölss/Martin (31. Aufl. 2021) § 18 VVG Rn. 13.

Hingegen gewährte die frühe Literatur zum Deckungskonkurs den übergangenen Geschädigten Direktansprüche immerhin auf Rückzahlung an den Versicherer. Die sollten sich daraus ergeben, dass die Erfüllung des Freistellungsanspruchs ihnen gegenüber relativ unwirksam war.[117] Doch der Freistellungsanspruch steht dem Versicherungsnehmer zu; scheitert seine Erfüllung, folgt daraus keine Kondiktion beim befriedigten Geschädigten. Einer Kondiktion steht bereits entgegen, dass der Begünstigte durch eine Leistung des Versicherers erworben hat. Geleistet wurde nicht auf den Freistellungsanspruch, sondern auf den Haftungsanspruch gegen den Versicherungsnehmer oder – seit dessen Einführung in den entsprechenden Fällen – auf den Direktanspruch gegen die Versicherung.

Nach einer Auffassung soll sich ein direkter Zahlungsanspruch aus einer Analogie zu § 816 Abs. 2 BGB ergeben, wenn der Versicherer sich gegenüber dem benachteiligten Geschädigten auf seinen guten Glauben berufen kann.[118] Wenn keine Direktansprüche der Geschädigten gegen den Versicherer bestehen, erlischt durch die Erschöpfung der Versicherungssumme zugunsten des einen Geschädigten gar kein Anspruch des anderen. Die Leistung ist nur insofern gegenüber dem Benachteiligten wirksam, als der Geschädigte jetzt keinen Anspruch mehr darauf hat, von dem Anspruch des Benachteiligten freigestellt zu werden. Näher liegt die Anwendung, wenn den Geschädigten Direktansprüche gegen den Versicher zustehen: Dann erlischt der Direktanspruch eines Benachteiligten mit der Befriedigung des Bevorzugten, dem ein Direktanspruch in dieser Höhe nicht zustand. Wie bei § 816 Abs. 2 BGB bedingt jedenfalls die übermäßige Befriedigung des einen die Enttäuschung des anderen. Bei § 816 Abs. 2 BGB richtet sich der Anspruch jedoch gegen einen Begünstigten, der die Leistung gerade als vermeintlicher Inhaber der dem anderen zustehenden Forderung erhält. Bei der Haftpflichtversicherung führt die Übererfüllung eines bestehenden Anspruchs dazu, dass ein anderer nicht durchgesetzt werden kann.

Richtig erscheint, bei der Abwicklung entlang der Leistungsbeziehungen zu bleiben. Wenn der Versicherer kondizieren kann, wird er das Rückerlangte nachverteilen, sofern er nicht dem übergangenen Geschädigten ohnehin haftet. Kondizieren kann der Versicherer nach der hier vertretenen Auffassung immerhin, wenn er über das im Haftungsverhältnis geschuldete oder über einen gekürzten Direktanspruch hinaus gezahlt hat.[119] Weil die Zahlung kondiziert wird, „wirkt" sie dann auch nicht im Sinne der postulierten Analogie zu § 816 Abs. 2 BGB gegen den übergangenen Geschädigten. Hat der Versicherer

[117] *Prölß* (3. Aufl. 1941), § 156 n.F. VVG Nr. 3, 7 und 11; *Thees/Hagemann* (2. Aufl. 1958), § 156 VVG Nr. 9 (255).

[118] *Johannsen* in: Bruck/Möller (8. Aufl. 1970), Anm. B 101 („wegen der sozialen Zweckbindung der Haftpflichtversicherungsforderung").

[119] Siehe oben unter III.5.b).

hingegen nicht auf einen Direktanspruch, sondern auf die im Haftungsverhältnis uneingeschränkt bestehende Forderung gezahlt, so kann der Gläubiger dieser Forderung beim besten Willen nicht einem Nichtberechtigten im Sinne des § 816 Abs. 2 BGB gleichgestellt werden. Dieser Gläubiger profitiert davon, dass der Versicherer ihn durch Drittzahlung befriedigt, weil er einem Irrtum über den Inhalt des Freistellungsanspruchs seines Versicherungsnehmers unterliegt. Aus einer Rechtsposition des übergangenen Geschädigten bereichert er sich hingegen nicht.

Karl Sieg hat aufgezeigt, dass die gleichmäßige Verteilung durch den Versicherer im Bürgerlichen Gesetzbuch einen Verwandten hat, und auf die Ähnlichkeit mit der Verteilung unter mehreren nachrangigen Erbschaftsgläubigern nach § 1991 Abs. 4 BGB[120] hingeweisen. Ein Ausgleich unter den Gläubigern komme in beiden Regelungskomplexen nur nach den Vorschriften über die Gläubigeranfechtung in Betracht.[121] Bestätigt sah er das durch den eigenen Anfechtungstatbestand, der für die konkurrierenden Nachlassgläubiger eingeführt worden war (§ 3a AnfG 1898 = § 5 AnfG).[122] In den Fällen des Deckungskonkurses scheidet eine Gläubigeranfechtung regelmäßig schon deswegen aus, weil der Versicherer weder vorsätzlich zur Schädigung des übergangenen Gläubigers noch unentgeltlich an den befriedigten Gläubiger leistet.

Bei den Höchstbeträgen der Gefährdungshaftung kann der Schädiger eine Zuvielleistung stets kondizieren.[123] Den Geschädigten untereinander außerhalb der Leistungsbeziehungen eine Kondiktion zu gewähren, besteht dann kein Anlass. Selbst wenn man – wie hier vorgeschlagen – den Schädiger bei nicht zu vertretener Fehlzuteilung durch sich oder seinen Haftpflichtversicherer[124] als haftfrei ansieht, kann der übergangene Geschädigte die Kondiktion kondizieren.

3. Nach beendetem Insolvenzverfahren

Mit dem Ende des Insolvenzverfahrens löst der Wettlauf die Zuteilung wieder ab. Weil niemand zur Zuteilung berufen ist, kann auch niemand mehr wegen Rechtshandlungen, die sich vor Verfahrensbeginn zugetragen haben, die Insolvenzanfechtung erheben. Die Gläubigeranfechtung steht den früheren Insolvenzgläubigern wieder zu Gebote (§ 18 AnfG). Werden Anfechtungsansprüche offenbar, die ein Insolvenzverwalter erheben könnte, kann dies allerdings Anlass für eine Nachtragsverteilung (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO) geben.

---

[120] Dazu im vierten Kapitel unter IV.1.a) cc).
[121] *Sieg*, Ausstrahlungen, 181 f.
[122] Dazu soeben unter 1.
[123] Siehe oben unter III.5.a).
[124] Oben unter II.2.

Darin liegt auch der Schlüssel zur Beantwortung der streitigen Frage, ob nach Verfahrensende ein durch den Verwalter benachteiligter Gläubiger, der etwa trotz Aufnahme ins Verzeichnis bei der Verteilung übergangen wurde, bei den bevorzugten Gläubigern kondizieren kann. Bejaht wurde dies im Hinblick darauf, dass Rechtsgrund einer Befriedigung aus der Masse nicht die Forderung, sondern nur das anteilige Beschlagsrecht sein könne (*Wolfram Henckel*)[125] oder dass den Gläubigern untereinander ein Ausgleichsanspruch zustehe, der überhaupt die Grundlage des Konkursverfahrens bilde (*Ludwig Häsemeyer*).[126]

Hingegen hält *Friedrich Weber* eine solche Kondiktion wegen des Vorrangs der Leistungsbeziehungen für ausgeschlossen.[127] Entschieden gegen Direktkondiktionen der Gläubiger dürfte der von *Peter Mohrbutter* skizzierte Gesichtspunkt sprechen:

„Die im Konkurs geltende Befriedigungsrangfolge erhält ihre Berechtigung aus dem gerichtsförmigen Verfahren einer geordneten Abwicklung des Schuldnervermögens auf der Grundlage des Gleichbehandlungsgebotes. Rangfolge und Gleichbehandlungsgrundsatz verlieren mit Verfahrensende ihre erforderliche Rechtsgrundlage. Für eine 30jährige ‚Fortsetzung' des abgeschlossenen Konkurses unter den Gläubigern mit den anderen Mitteln wechselseitig zu erhebender Bereicherungsansprüche ist damit kein Raum. Die Möglichkeit des Konkursverwalters, Verteilungsfehler im Verfahren mit Hilfe der auf die konkursmäßigen Verteilungsgrundsätze gestützten Kondiktion ausgleichen zu können, stellt sich damit als eine ‚konkursspezifische Befugnis' dar, die ihre Rechtfertigung ausschließlich für den Konkurs letztlich aus dem nur für diesen geltenden Grundsatz der par conditio creditorum gewinnt".[128]

Ohne Gesamtvollstreckung keine Verteilung, also auch keine ausgleichenden Bereicherungsansprüche. Sofern der Verwalter für die Masse kondizieren konnte, kommt allerdings eine Nachtragsverteilung in Betracht (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO).[129]

---

[125] *Henckel* in: FS Weber (1975) 237–252 (243–245): „Denn hinsichtlich der Masse hatten sie nur ein Recht, nach Maßgabe des ordnungsgemäßen Verteilungsplanes berücksichtigt zu werden" (245).

[126] *Häsemeyer*, Insolvenzrecht 7.65. Zur seiner Ausgleichshaftung der Konkursgläubiger KTS 1982, 507–575 (528 f.)).

[127] *Weber* JZ 1984, 1027 (1028) meint, „daß Bereicherungsansprüche zwischen einzelnen Konkursgläubigern wegen Zuvielleistung des Konkursverwalters an den einen auf Kosten des anderen aufgrund des bereicherungsrechtlichen Subsidiaritätsgrundsatzes *niemals* [im Original kursiv, G.A.] entstehen können".

[128] *Mohrbutter*, Ausgleich von Verteilungsfehlern, 119 f. (120).

[129] Erwogen von *Häsemeyer* Rn. 7.65, Anm. 353.

4. In anderen Fällen

Auch benachteiligte Unterhaltsberechtigte können nicht von bevorzugten kondizieren.[130] Der Vorschlag, § 816 Abs. 2 BGB analog anzuwenden,[131] überzeugt auch hier nicht: Es gibt keinen Grund, nicht entlang der Leistungsbeziehungen abzuwickeln. Keinen Direktanspruch zu gewähren, entspricht auch hier den Grundsätzen der Gläubigeranfechtung, weil Unterhaltsleistungen nicht als unentgeltlich gelten, da mit ihnen der gesetzliche Anspruch erfüllt wird;[132] darüber ließe sich streiten.

Bei nicht zu vertretenden Leistungshindernissen werden Direktansprüche der Gläubiger untereinander ebenfalls zu recht abgelehnt. Anders verhält es sich, wenn der Schuldner den Gläubiger einer unentgeltlichen Forderung vorgezogen hat: War der Zurückgesetzte Gläubiger einer entgeltlichen Forderung, stehen die Wertungen der Gläubigeranfechtung einem Direktanspruch gegen den Begünstigten nicht entgegen (§ 4 AnfG). Vielmehr spricht auch die Wertung der §§ 816 Abs. 1 Satz 2 und 822 BGB[133] dafür. Dasselbe gilt, wenn der Schuldner angesichts einer nicht zu vertretenden Leistungsstörung einen früheren Schenkungsgläubiger gegenüber einem späteren zurückgesetzt hat.[134] War der Schuldner hingegen lediglich in Notbedarf geraten und hat fälschlicherweise sein späteres statt seines früheren Schenkungsversprechens erfüllt, dürfen die Voraussetzungen einer Rückforderung wegen Verarmung nicht umgangen werden.[135]

5. Ergebnis

Ein Direktanspruch von benachteiligten gegen bevorzugte Gläubiger widerspricht der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung entlang der Leistungsbeziehungen. Sie kommt nur unter den Voraussetzungen der allgemeinen Gläubigeranfechtung in Betracht. Die sind vor allem dann erfüllt, wenn der Gläubiger einer unentgeltlich begründeten Forderung befriedigt wurde.[136] Für die Rückforderung der kongruenten Deckung einer entgeltlich begründeten Forderung genügt hingegen weder Kenntnis des Gläubigers von der Krise

[130] *Martiny*, Unterhaltsrang II, 1061–1064.

[131] *Dölle*, Familienrecht II, § 86 VI (17).

[132] Beiläufig in anderem Kontext *Fischer*, Unentgeltlichkeit, 295. – Vgl. zur Anfechtung von Unterhaltszahlungen etwa BGH, Urteil vom 12.9.2019, IX ZR 264/18, NZI 2019, 851.

[133] Zu § 822 BGB als Ausdruck einer allgemeinen Wertung und dem Nebeneinander mit dem Anfechtungsrecht siehe *Knütel* NJW 1989, 2504–2508.

[134] Siehe oben im vierten Kapitel unter IV.4.c) cc); vgl. auch zur Rückforderung durch den Schuldner oben unter III.4 am Ende.

[135] Siehe oben unter III.3.

[136] Zu nachrangigen Nachlassforderungen siehe oben unter 1, zu Einzelheiten bei der Konkurrenz mehrerer unentgeltlich begründeter Forderungen soeben unter 4 am Ende.

noch das Bewusstsein, gegenüber anderen Gläubigern bevorzugt zu werden. Vielmehr muss der Empfänger wissen, dass es dem Schuldner gerade darauf ankommt, dem zurückgesetzten Gläubiger zu schaden.[137]

V. Fazit

Unterscheidet man die verschiedenen möglichen Anspruchsbeziehungen, so treten die Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei der Behandlung von Fehlzuteilungen in den unterschiedlichen Konstellationen der Forderungskollision hervor.

Ob ein übergangener Gläubiger noch etwas vom Schuldner verlangen kann, konnte auf das allgemeine Problem seiner Haftung zurückgeführt werden: Bei der Kollision wegen beschränkter Mittel, wo der Schuldner ohnehin haftet, befreit ihn eine Fehlzuteilung natürlich nicht. Bei der Kollision wegen beschränkter Haftung kann er sich auf die Erschöpfung der Haftung berufen, sofern er den Fehler gegenüber dem jeweiligen Gläubiger nicht zu vertreten hat (§ 276 BGB; §§ 1978 Abs. 3 BGB, 109 Satz 2, 118 Abs. 2 VVG analog).

Was die Rückforderung durch den Schuldner oder einen zurückgesetzten Gläubiger anbelagt, so wurde hier für eine Orientierung am Anfechtungsrecht plädiert. Bei den Kollisionen wegen beschränkter Haftung übernimmt der Schuldner die Zuteilung, die in der Insolvenz dem Verwalter zukommt. Daher richten sich seine Rückforderungen nach dem Vorbild der Insolvenzanfechtung. Bei kongruenten Deckungen kommt es darauf an, dass der Empfänger weiß, dass der Schuldner sich in der Krise befindet und die Deckung deswegen irregulär ist (weil sie nicht dem Maßstab entspricht, den die Rechtsordnung durch ein späteres Insolvenzverfahren anlegen wird). Wenn der Schuldner selbst für die Zuteilung zuständig ist, besteht dafür nämlich – anders als bei der Insolvenz – kein Anhalt. Daher wird in der Regel erforderlich sein, dass der Gläubiger weiß, dass er zuviel erhält.

Der Direktanspruch eines benachteiligten gegen einen bevorzugten Gläubiger orientiert sich am Recht der Gläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz. Demnach kommt eine Rückforderung nur in Betracht, wenn der Schuldner eine unentgeltlich begründete Forderung vorgezogen oder mit dem Empfänger in der Absicht zusammengewirkt hat, den andern Gläubiger zu benachteiligen.[138]

Ob ein bevorzugter Gläubiger das Erlangte behalten darf, hängt demnach insbesondere nicht davon ab, ob der Schuldner einem übergangenen Gläubi-

[137] Siehe oben unter III.1.a). – Zur Frage, wann schon die Begründung der konkurrierenden Forderung gegen die guten Sitten verstößt, siehe bei der Erörterung der Verleitung zum Vertragsbruch im Kontext des Prioritätsprinzips im vierten Kapitel unter II.3.

[138] Zur Einschränkung der Vorsatzanfechtung von Deckungen siehe oben bei Fn. 40.

ger haftet oder nicht: Danach richtet sich nur, in wessen Interesse zurückgefordert wird. Eine Rückforderung durch den Schuldner wird entweder an übergangene Gläubiger durchgereicht oder entlastet ihn von seiner Haftung, eine Rückforderung durch den übergangenen Gläubiger selbst lässt ihm zukommen, was ihm gebührt, oder wird seiner Forderung gegen den Schuldner angerechnet.

Die hier vorgeschlagene Lösung zeigt, dass die Rechtsordnung, wenn sie bei Forderungskollisionen eine Zuteilung durch den Schuldner anordnet, hinsichtlich des Risikos einer Fehlzuteilung seine Interessen und die der bevorzugten Gläubiger weitgehend berücksichtigen kann: Er haftet nur bei einem zu vertretendem Fehler; sie sind einer Rückforderung nur unter den Voraussetzungen des Anfechtungsrechts ausgesetzt. Wissen die Beteiligten schuldlos nichts von der Kollision, weil ihnen die konkurrierenden Forderungen unbekannt sind, wird die Fehlzuteilung häufig Bestand haben und der vergessene Gläubiger leer ausgehen. Die tatsächlich nicht durchgeführte Verteilung kommt praktisch zu keinem anderen Ergebnis als der Wettlauf. Unter dem Gesichtspunkt der Haftung für Fehlzuteilungen spricht also nichts dagegen, in den Fällen einer Kollision des Typs „Alles oder nichts" die gleichmäßige Verteilung durch den Schuldner als den Grundsatz anzusehen.[139]

Nicht entschieden wurde, wie ein Rückforderungsanspruch in jedem einzelnen Fall konstruiert werden muss. In Betracht kommen für eine Rückforderung durch den Schuldner insbesondere Bereicherungsansprüche nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 oder § 813 BGB oder Ansprüche, die direkt auf eine Analogie zu den Bestimmungen über die Insolvenzanfechtung gestützt werden. Für einen Direktanspruch übergangener Gläubiger kommt bereicherungsrechtlich außerdem eine Analogie zu § 816 Abs. 2 BGB in Betracht, im Anfechtungsrecht müsste die Analogie nicht zur Insolvenzordnung, sondern zum Anfechtungsgesetz gezogen werden. Entscheidend ist, dass im Ergebnis die anfechtungsrechtlichen Wertungen berücksichtigt werden.

Die Konstruktionsfrage wurde offengelassen, weil auch die Frage nicht einheitlich beantwortet werden konnte, wie einzuordnen ist, wenn der Schuldner sich gegenüber einem seiner Gläubiger auf die Kollision beruft. Jedenfalls bei der „Verteidigung der bereits erschöpften Haftung" handelt es sich um nichts anderes als um die Verteidigung durch Berufung auf die jeweilige Haftungsgrenze; diese Haftungsgrenzen sind aber ganz unterschiedlicher Natur. Die „Verteidigung der nicht zu erschöpfenden Haftung" ergibt sich teils ebenfalls direkt aus der Begrenzung der Haftung, wenn diese auf jeden einzelnen Gläubiger bezogen ist. Teils ergibt sich die Verteidigung erst dadurch, dass man die Prinzipien der Forderungskollision auf die durch die Haftungsgrenze gegebene Situation anwendet. Auch dann leitet die Verteidigung sich aber auch von

[139] Siehe dazu im vierten Kapitel bei Fn. 364.

der Haftungsgrenze ab. Die Kollision kann daher nicht stärker, sie kann aber schwächer wirken als das Erreichen der allen Gläubigern zusammen gezogenen Grenze.

Wertungsgleichklang mit dem Anfechtungsgesetz muss auch bei der Ausgestaltung des Rückforderungsanspruchs angestrebt werden. Dies dürfte umso leichter fallen, als die Forderungskollisionen abseits der Insolvenz aufgezeigt haben, dass die Funktion der Anfechtung dort vom Bereicherungsrecht übernommen werden kann. Dass die Rechtsfolgen der Anfechtung den Folgen eines Bereicherungsanspruchs mindestens verwandt sind, haben intensive Diskussionen um das Wesen des Anfechtungsrechts in Erinnerung gerufen.[140] Vielleicht kann die Beschäftigung mit der Forderungskollision auch einen Beitrag dazu leisten, die Gläubigeranfechtung noch stärker aus der Perspektive des Bereicherungsausgleichs zu konstruieren. Denn das Bemühen der Zivilrechtswissenschaft muss heute mehr den je darauf gerichtet sein, die immer zerstreuteren Einzelheiten wieder und wieder in einen Zusammenhang zu bringen.

[140] Für einen Überblick siehe etwa *Thole*, Gläubigerschutz, 525–544. Die klassische bereicherungsrechtliche Deutung des Anfechtungsrechts stammt von *Schulz* AcP 105 (1909), 1–488 (227–279). Demgegenüber baut der neuere bereicherungsrechtliche Ansatz von *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung, auf der Entwicklung einer spezifisch haftungsrechtlichen Perspektive durch *Paulus* AcP 155 (1956) 277–374 auf. Für eine Kritik daran siehe *Wacke*, ZZP 83 (1970) 418–435. Vielfach wird immerhin ein bereicherungsrechtlicher Charakter des Sekundäranspruchs akzeptiert, den der Gläubiger hat, wenn das Erlangte nicht zur Verfügung gestellt oder herausgegeben werden kann; so *Koziol*, Gläubigeranfechtung, 42–65; hierzu fügt sich auch *Eckardt* in: FS Gerhardt (2004) 145–190. Nahegelgt wird das durch den mit der Insolvenzordnung eingefügten Verweis auf „die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Bereicherung, bei der dem Empfänger der Mangel des rechtlichen Grundes bekannt ist" (§ 11 Abs. 1 Satz 2 AnfG, § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO).

Ergebnisse

Eine Forderungskollision liegt vor, wenn ein Schuldner, weil er mehreren Forderungen ausgesetzt ist, nicht alle diese Forderungen befriedigen kann oder muss (Kollision wegen beschränkter Mittel und Kollision wegen beschränkter Haftung). Bei einer Kollision „Alles oder nichts" drohen zurückgesetzte Gläubiger leer auszugehen, bei einer Kollision „Leistung oder Ersatz" konkurrieren sie um Naturalerfüllung; zurückgesetzte erhalten immerhin Geldersatz.

Zum Material des römischen Rechts (erstes Kapitel):[1]

Die römischen Juristen hatten für die Forderungskollision keinen Begriff. In Fällen, die wir so bezeichnen würden, lässt sich allerdings beobachten, dass sie immer wieder ähnliche Argumente vorbrachten; teils in denselben Worten.

Dass das Vermögen des Schuldners bei Insolvenz unter seinen Gläubigern verteilt werden muss, galt im klassischen Recht nur, wenn die Vollstreckung durchgeführt wurde (die grundsätzlich Gesamtvollstreckung war). Das Verfahren stellte die Gleichheit der Gläubiger erst her (*par condicio creditorum facta*), die bis zur Eröffnung frei um die Befriedigung konkurrieren durften (*ius civile vigilantibus scriptum*).

Auch in Fällen der Kollision wegen beschränkter Haftung setzte das römische Recht auf den Wettlauf (*melior condicio occupantis*). Einen Schutz dagegen, dass der Haftende andere bevorzugte, gab es nicht. Nur wenn ein Hausangehöriger ein Handelsgewerbe mit seinem Sondergut betrieb und der Hausvater dessen Überschuldung erkannte, musste er das Vorhandene verteilen.

Wie das Risiko nicht zu vertretender Leistungshindernisse auf mehrere Gläubiger fällt, wird in den Quellen nicht explizit behandelt.

Zum Scheitern im 19. Jahrhundert (zweites Kapitel):[2]

Einen Begriff der Forderungskollision entwickelte die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts im Rahmen der Diskussion um die Kollision subjekti-

[1] Siehe das Fazit des ersten Kapitels, S. 100–104.
[2] Siehe das Fazit des zweiten Kapitels, S. 171–176.

ver Rechte (die erwachsen war aus der Diskussion um die Kollision von Privilegien).

Die Lösungen unterschieden sich stark: An die naturrechtliche Tradition und die gemeinrechtlichen Quellen anknüpfend, forderten manche bei Forderungskollisionen außerhalb des Konkurses einen Vorrang der älteren Forderung, der früheren Klageerhebung oder des früheren Urteils; andere forderten bei gleicher Stärke der Rechte für Rechtskollisionen überhaupt die gleichmäßige Verteilung oder den Wettkampf der Berechtigten, in den einzugreifen der Rechtsordnung jede Rechtfertigung fehle. Die Diskussion litt an einem Streit um Begriffe und an der Prägung durch das römische Material, das in diesem Fall den Blick auf antiquierte Konstellationen richtete und praktisch wichtige Fragen aussparte.

In Abkehr von anderen Gesetzen und Entwürfen entschied die erste Kommission, in das Bürgerliche Gesetzbuch keine Regeln zur Rechtskollision aufzunehmen. Man neigte allerdings dazu, mehreren Berechtigten gegenseitige Rücksichtnahme abzuverlangen (§ 1024 BGB). Doch Forderungskollisionen sollte es nicht geben können: Hier verband sich die Wertung, Geldersatz als äquivalent zur Naturalleistung anzuerkennen, mit dem Irrtum, es gäbe außerhalb des Konkurses keine Situation, wo der zurückstehende Gläubiger nicht wenigstens Ersatz erhielte. Daher entschied die Kommission, es regelmäßig beim Wettkampf der Gläubiger zu belassen.

Die Entscheidungen der Kommission gegen eine Regelung der Forderungskollision und die Äußerungen der Motive haben mit dazu geführt, dass die deutsche Zivilrechtslehre bis heute darauf verzichtet, für diese große Gruppe einander ähnelnder Fälle gemeinsame Prinzipien herauszuarbeiten.

Zum Wettkampf mit den Mitteln des Rechts (drittes Kapitel):[3]

Wenn sich die Forderungskollision im Wettkampf der Gläubiger entscheidet, geht es dabei nicht um eine belohnende Zuweisung an den schnellsten Gläubiger, sondern um Zurückhaltung des Rechts, das keine Entscheidung zwischen den konkurrierenden Gläubigern fällen, sondern es dem freien Spiel der Kräfte überlassen will, wer sich gegen den Schuldner durchsetzt.

Faktisch kann dadurch der Schuldner willkürlich bestimmen, einen Gläubiger zum Sieger zu küren, indem er freiwillig erfüllt. Andernfalls gewinnt, wer als erster Sicherung oder Befriedigung erstreitet.

Diesen Wettkampf zu orchestrieren, ist eine Aufgabe des Zivilverfahrens. Er kann aufgrund rechtskräftigen Urteils gewonnen werden, aber auch aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren Titels oder im Wege einstweiligen Rechts-

[3] Siehe das Fazit des dritten Kapitels, S. 239–247.

schutzes. Nach dem Muster der Vormerkung (§ 885 Abs. 1 Satz 2 BGB) sollte die Gläubigerkonkurrenz allgemein als Verfügungsgrund, darüber hinaus sollte sie auch als Arrestgrund anerkannt werden. Es gibt keinen Grund, den Gläubigern ein Mittel zum Schutz gegeneinander zu verwehren, das ihnen zum Schutz gegen andere Risiken zur Verfügung steht. So können die einzelnen Gläubiger zwar auch gegen ein Insolvenzverfahren vorsorgen – für das Interesse gerade an Naturalerfüllung allerdings nur mit der Vormerkung (§§ 80 Abs. 2, 106 Abs. 1 Satz 1 InsO) –; doch ist die Gleichbehandlung durch Rückschlag und Anfechtung sichergestellt, falls alsbald ein Verfahren durchgeführt wird (andernfalls ist sie nicht geboten).

Bei Forderungen, die auf unvereinbare Verhaltensweisen gerichtet sind, können Fälle vorkommen, in denen der Konflikt der Gläubiger sich nicht ohne weiteres auflöst, sondern der Schuldner zwischen Zwangs- und Ordnungsmitteln zerrieben würde. Um das zu vermeiden, dürfen keine gegenläufigen Zwangs- oder Ordnungsmaßnahmen mehr ergehen, sobald ein Gläubiger die Vollstreckung eingeleitet hat.

Bei Kollisionen wegen beschränkter Haftung gelten Besonderheiten: Bei betragsmäßig begrenzter Haftung verschafft eine Sicherheit noch keinen Vorrang, bei gegenständlich begrenzter Haftung nur eine Sicherheit an den haftenden Gegenständen. In Abkehr vom reinen Wettlauf gilt bei Kollisionen wegen beschränkter Haftung ein Vorrang des rechtskräftigen Urteils.

Zur Zuweisung durch das Recht (viertes Kapitel):[4]

Bei Kollisionen des Typs „Leistung oder Ersatz", bei denen der zurückstehende Gläubiger vom Schuldner Ersatz fordern kann, bleibt es regelmäßig beim Wettlauf.

Bei Kollisionen des Typs „Alles oder nichts", bei denen der Schuldner nicht genügend hat oder nicht hinreichend haftet, neigt die Rechtsordnung hingegen dazu, die Leistung unter den Gläubigern zuzuweisen. Zuweisung bedeutet regelmäßig gleichmäßige Verteilung; das Modell bildet die Insolvenz.

Ein Altersvorzug zeigt sich nur ausnahmsweise bei Forderungen aus Schenkungsversprechen (§§ 519 Abs. 2, 528 Abs. 2 BGB); umgekehrt gibt es vereinzelt auch einen Vorzug jüngerer Forderungen. Grundsätzlich begegnen sich die Gläubiger in der Gegenwart gleichberechtigt.

Für die Verteilung stellt die Rechtsordnung in einer Gruppe von Fällen besondere Verfahren bereit (InsO, SVertO). Wenn das Verfahren nicht durchgeführt werden kann, etwa weil die Mittel die Kosten nicht decken, belässt sie die Gläubiger dann ausnahmsweise im Wettkampf.

[4] Siehe das Fazit des vierten Kapitels, S. 321–324.

In der anderen Gruppe von Fällen bürdet die Rechtsordnung die Zuteilung dem Schuldner auf (Beispiele: § 12 Abs. 2 StVG; § 118 Abs. 1 VVG; nicht zu vertretende Leistungsstörungen wie in der „Zuckerrübensamenentscheidung"). Dabei handelt es sich ausschließlich um Kollisionen wegen beschränkter Haftung; hier hat der Schuldner noch Vermögen, mit dem er für Fehler haften kann.

In das Verhältnis der Gläubiger untereinander verschiebt die Rechtsordnung die Auseinandersetzung hingegen in der Regel nicht; insbesondere darf der Schuldner nicht hinterlegen.

Zu problematischen Fällen (fünftes Kapitel):[5]

Den bei der Erbenhaftung ausnahmsweise stattfindenden Wettlauf modifiziert das Gesetz, indem es anordnet, dass ein früheres rechtskräftiges Urteil der Befriedigung eines Gläubigers gleichsteht (§§ 1973 Abs. 2 Satz 3, 1989, 1991 Abs. 3 BGB).

So will es den Prozesssieger immerhin auf den letzten Metern vor Willkür des Schuldners schützen. Die Wirkung ist gering; gleichwohl ist die Regel analog auf alle Fälle von Kollisionen wegen beschränkter Haftung auszudehnen, in denen die Gläubiger um die Wette laufen (insbesondere auch auf die Gläubigeranfechtung).

Bei einer Reihe von Kollisionen laufen die Gläubiger um die Wette, wo nach dem bisher Gesagten eine Zuweisung zu erwarten wäre. Gesamtgläubiger gleichen das Erhaltene im Innenverhältnis aus (§§ 428, 430 BGB). Bei Kollisionen wegen beschränkter Haftung verweist das Gesetz mitunter auf die Dürftigkeitseinrede des Erben. Damit löst der Gesetzgeber den dort ausnahmsweise stattfindenden Wettlauf aus dem System der Erbenhaftung heraus, das insgesamt auf gleichmäßige Befriedigung ausgerichtet ist. In einigen dieser Fälle sollte der Schuldner nach dem Muster der Erbenhaftung verpflichtet und ihm ermöglicht werden, zur Begrenzung seiner Haftung ein Insolvenzverfahren anzustrengen (etwa bei der Erwachsenenhaftung nach § 1629a BGB).

Bei einem vorläufigen Wettlauf kann es hingegen in Fällen bleiben, in denen der Schuldner nicht der eigentliche Ansprechpartner der Gläubiger ist, sondern den Gläubigern eines Hauptschuldners lediglich beschränkt mithaftet: Wenn der Hauptschuldner solvent ist, werden ohnehin alle Gläubiger voll befriedigt. Auch die Informationen darüber, wie andernfalls zu verteilen ist, liegen beim Hauptschuldner. Darum wird in diesen Fällen nur verteilt, wenn ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Hauptschuldners stattfindet: Dann kann der Verwalter und nur noch er die Ansprüche der Gläubiger gegen den Mithaftenden geltend machen (§§ 16–18 AnfG, 172 Abs. 2 HGB analog). Hat

[5] Siehe das Fazit des fünften Kapitels, S. 361 f.

der Mithaftende bereits einem Gläubiger Deckung verschafft, kann der Verwalter anfechten (§ 16 Abs. 2 AnfG analog). So verhält es sich etwa bei der Spaltung mit der Sekundärhaftung der übrigen Beteiligten für die Verbindlichkeiten, die einem anderen zugewiesen wurden (§ 133 Abs. 3 Satz 2 UmwG).

Zur Korrektur von Fehlzuteilungen (sechstes Kapitel):[6]

Teilt der beschränkt haftende Schuldner falsch zu, so wird er von seiner Haftung gleichwohl frei, wenn er den Fehler nach den gegenüber dem jeweiligen Gläubiger geltenden Maßstab nicht zu vertreten hat (§ 276 BGB; §§ 1978 Abs. 3 BGB, 109 Satz 2, 118 Abs. 2 VVG analog). In diesem Fall kann der benachteiligte Gläubiger lediglich Abtretung einer etwaigen Rückforderung gegen bevorzugte Gläubiger verlangen. Haftet der Schuldner, so kommt ihm eine etwaige Rückforderung selbst zugute.

Hat der Schuldner seine Haftung durch korrekte Zuteilung oder durch nicht zu vertretende Fehlzuteilung an konkurrierende Gläubiger erschöpft und dann fälschlich noch einen weiteren Gläubiger befriedigt, so hat er die „Verteidigung der bereits erschöpften Haftung" versäumt. Über die Rückforderung von diesem weiteren Gläubiger entscheiden dieselben Grundsätze, die auch unabhängig von einer Kollision gelten, wenn einem Gläubiger über die jeweilige Haftungsgrenze hinaus geleistet wurde.

Hat der Schuldner hingegen seine Haftung bloß *weiter* ausgeschöpft, obgleich etwas für die Konkurrenz zurückzuhalten gewesen wäre, so hat er „Verteidigung der nicht zu erschöpfenden Haftung" versäumt. Hier kann die Rückforderung ausgeschlossen sein, auch wenn sie bei Überschreiten der jeweiligen Haftungsgrenze möglich wäre. Denn dass die „Verteidigung der nicht zu erschöpfenden Haftung" zur Gebote stand, kann höchstens genauso stark wirken wie die Verfügbarkeit der „Verteidigung der bereits erschöpften Haftung", von der sie abgeleitet ist. Es kann aber auch schwächer wirken, sodass die Forderung als Behaltensgrund bleibt, obwohl das Überschreiten der Haftunsgrenze den Behaltensgrund entfallen ließe. Für eine schwächere Wirkung dieser Verteidigung, also gegen eine Rückforderung spricht, dass bei der materiellen Insolvenz als dem Grundfall der Forderungskollision eine Befriedigung durch den Schuldner, die im Licht eines später eröffneten Insolvenzverfahrens als überquotal erscheint, nicht etwa ohne weiteres kondiziert werden kann, sondern nur nach den Kriterien der Insolvenzanfechtung zurückgefordert. Die Insolvenzanfechtung sollte als Richtschnur dienen. Auch bei anderen Kollisionen sollte der Schuldner, der die „Verteidigung der nicht zu erschöpfenden Haftung" versäumt hat, eine kongruente Deckung im Zweifel

[6] Siehe das Fazit des sechsten Kapitels, S. 397–399.

nur zurückfordern können, wenn der Gläubiger wusste, dass er auf Kosten anderer bevorzugt wurde.

Unentgeltliche Leistungen hingegen können grundsätzlich ohne weiteres zurückgefordert werden; bei der Rückforderung wegen Notbedarfs genießt der Beschenkte aber den besonderen Schutz der Rückforderung wegen Verarmung.

Manche Konstellationen sind (leider) abweichend geregelt. Bei den Haftungshöchstbeträgen etwa beschneiden die Kürzungsregeln die Forderungen jedes einzelnen Gläubigers, nicht nur die der Gläubigergesamtheit; hier kann jede Überzahlung kondiziert werden (was unpraktisch ist).

Ein Direktanspruch steht einem übergangenen gegenüber einem bevorzugten Gläubiger nur nach den Kriterien der Anfechtung durch einzelne Gläubiger zu, also unter den Voraussetzungen der Tatbestände des Anfechtungsgesetzes. Der Empfänger muss unentgeltlich erworben oder vorsätzlich an der Benachteiligung anderer Gläubiger mitgewirkt haben, wofür bei kongruenten Deckungen richtigerweise Schädigungsabsicht des Schuldners zu fordern ist.

Literaturverzeichnis

Ackermann, Thomas: Die Beteiligung an fremdem Vertragsbruch als Delikt. Zum Drittschutz vertraglicher Beziehungen nach dem BGB und dem UWG, ZfPW 2018, 27–56.

Ahcin, Christian: Zur Entstehung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen von 1863/65, Frankfurt am Main 1996.

Albers, Gregor: Die Erzwingung der Erfüllung nach dem CESL im Vergleich mit dem deutschen Recht, ZEuP 2012, 687–704.

ders.: Völkerrechtliche Regimekollisionen, Doppelverpflichtung und Konkurs: auf der Suche nach einem ius commune, in: Emanuela Calore, Roberta Marini (Hrsg.), Imperium, Staat, Civitas. Ein kritischer Beitrag zum postmodernen Konzept der Macht/Imperium, Stato, Civitas. Contributo critico alla concezione postmoderna del potere, Villa Vigoni 19–21 marzo 2013, Stuttgart 2015, 265–319.

ders.: Aufteilung von Preisen bei Gewinnspielen. Fünf Freunde und ein Kronkorken, NJW 2017, 2380–2383.

ders.: Zum Versprechen als Verpflichtungsgrund in der Spätantike: Urkundenpraxis, Kirchenlehrer und der westgotische Gaius, ZRG RA 135 (2018) 334–363.

ders.: Perpetuatio obligationis. Leistungspflicht trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht, Wien/Köln/Weimar 2019.

ders.: Personal Sacrifices for Public Health? Doubts on Interfering with Liberty to Protect Life, in: Werner Gephart (Hrsg.), In the Realm of Corona Normativities. A Momentary Snapshot of a Dynamic Discourse, Frankfurt am Main 2020, 479–485.

ders.: Versprechen und Vertrag in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleich, in: Gregor Albers, Joachim Harst, Katharina Kaesling (Hrsg.), Wortgebunden. Zur Verbindlichkeit von Versprechen in Recht und Literatur, Frankfurt am Main 2021, 29–88.

ders.: Der Einfluss unerwarteter Ereignisse auf den Vertrag nach deutschem Recht, in: Gregor Albers, Francesco Paolo Patti, Dorothée Perrouin-Verbe (Hrsg.), Causa Contractus. Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens/Alla ricerca delle condizioni di efficacia della volontà contrattuale/À la recherche des conditions de l'efficacité de la volonté contractuelle, Tübingen 2022, 573–635.

ders.: Deckungen zur Gläubigerbenachteiligung? Die nötige Ausrichtung der Anfechtung wegen Vorsatzes an der durch einzelne Gläubiger, KTS 2022, 173–198.

ders.: Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung, in: Carlo Granelli, Salvatore Patti, Pietro Sirena (Hrsg.), Il diritto privato tedesco vent'anni dopo la Schuldrechtsmodernisierung: un modello per i giuristi europei?, Turin 2023, 113–134.

ders.: Kampf ums Recht? Massenverfahren und Rechtsverwirklichung im Lichte der neusten Gesetzgebung, JZ 2024, 261–270.

ders.: Zur Gläubigerkonkurrenz um die begrenzte Mithaftung nach Spaltung, ZIP 2024, 2849–2853.

Altmeppen, Holger: Versari in re illicita, in: Holger Altmeppen, Ingo Reichard, Martin Josef Schermaier in Verbindung mit Wolfgang Ernst, Ulrich Manthe, Reinhard Zimmerman (Hrsg.), Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2009, 13–34.

Ángelos Soza, Maria: Procedimiento concursal. La posición jurídica del bonorum emptor, Madrid 2008.

Ankum, Johan Albert: De geschiedenis der „actio Pauliana", Zwolle 1962.

Apathy, Peter: Die actio Publiciana beim Doppelverkauf vom Nichteigentümer, ZRG RA 99 (1982) 158–187.

Armbrüster, Christian: Verteilung nicht ausreichender Versicherungssummen in D&O-Innenhaftungsfällen, VersR 2014, 1–8.

ders./Max Mangold: Ansprüche des nicht-besitzenden Mieters bei Doppelvermietung, ZMR 2020, 545–550.

Arndts, Ludwig: Lehrbuch der Pandekten, München 1852.

Arnold, Stefan: Vertrag und Verteilung. Die Bedeutung der iustitia distributiva im Vertragsrecht, Tübingen 2014.

Au, Saskia: Das commodum ex negotiatione beim Doppelverkauf. Eine juristische und ökonomische Analyse, Aachen 2003.

Auer, Marietta: Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, Tübingen 2005.

Avenarius, Martin: Struktur und Zwang im Schuldverhältnis. Zur funktionellen Bedeutung von § 241 S. 1 BGB, JR 1996, 492–496.

Bächle, Silvan: Die Beschränkung der Haftung volljährig Gewordener als Aufgabe des Insolvenzrechts. Vorschlag für eine Reform der InsO, Göttingen 2020.

Baldus, Christian: Der „erbrechtliche Anspruch": mortuus, redivivus, sempiternus? Zu System und Analogie nach der Erbrechtsreform von 2009, ErbR 2010, 106–108.

Bar, Christian von: Das „Trennungprinzip" [recte: „Trennungsprinzip", G.A.] und die Geschichte des Wandels der Haftpflichtversicherung, AcP 181 (1981) 289–327.

Bartsch, Helmut: Zur Haftung aus Vermögensübernahme, KTS 1958, 33–38.

Bastineller, Gebhard Christian: De eo quod iustum est in privilegiorum collisione (Diss. Wittenberg 1727).

Baumgartner, Andreas/Hellwig Torggler/Ulrich Torggler: Zur Haftungsbegrenzung bei der der „Dritthaftung" des Abschlussprüfers, in: Friedrich Harrer, Friedrich Rüfer, Georg Schima (Hrsg.), Die GmbH. Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner zum 80. Geburtstag, Wien 2016, 19–37.

Becker, Christoph: Schutz von Forderungen durch das Deliktsrecht?, AcP 196 (1996) 439–490.

Becker, Colin: First in time, first in right. Das Prioritätsprinzip im deutschen und US-amerikanischen Zwangsvollstreckungsrecht, Berlin 2000.

BeckOGK: Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz, Christoph Reymann (Gesamtherausgeber), beck-online Großkommentar zum Zivilrecht.

Beer, Hubert: Die relative Unwirksamkeit. Eine Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Interessen- und Wertungsjurisprudenz, Berlin 1975.

Behrends, Okko: Der Zwölftafelprozeß, Göttingen 1974.

Behrends, Okko/Rolf Knütel/Berthold Kupisch/Hans Hermann Seiler (Begr.), Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung (in Klammern steht der Verfasser der Vorübersetzung)

– Band 2, Digesten 1–10, Heidelberg 1995.

– Band 3, Digesten 11–20, Heidelberg 1999.
– Band 5, Digesten 28–34, hgg. von Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Thomas Rüfner, Hans Hermann Seiler, Heidelberg 2012.

Bekker, Ernst Immanuel: Die Aktionen des römischen Privatrechts. Erster Band: Ius civile, Berlin 1871.

ders.: System des heutigen Pandektenrechts, Erster Band, Weimar 1886.

Bendix: Anmerkung zu OLG Celle, Beschluss vom 7.2.1930, 4 IV W 36/30, JW 1930, Nr. 40, 1096–1097.

Benke, József: Gläubigerschutz mittels Schenkungsverbots im Stadtrecht von Gortyn, RIDA 67/68 (2020/2021) 9–44.

Benke, Nikolaus: Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der „locatio conductio irregularis", ZRG RA 104 (1987) 156–237.

Berger, Christian: Haftungsrechtliche Verteilungsprinzipien an der Schnittstelle von Einzelzwangsvollstreckung und Insolvenz, ZZP 121 (2008) 407–426.

Bethmann-Hollweg, Moritz August von: Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Zweiter Band: Der römische Civilprozeß. 2. Formulae, Bonn 1865.

Beuthien, Volker: Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalabtretung. Teilung statt Erwerbsvorrang bei Kreditsicherung aus künftigem Vermögen, BB 1971, 375–381.

Binding, Karl: Rezension zu: Thon, Rechtnorm und subjektives Recht, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 21 (1879) 542–582.

Biscardi, Arnaldo: Il dogma della collisione alla luce del diritto romano, Città di Castello 1935.

ders.: Ancora in tema di collisione, SDHI 4 (1938) 484–508.

Blomeyer, Arwed: Unterlassungsanspruch, Unterlassungstitel und die Bestrafung nach § 890 ZPO, in: Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972, hrsg. von Hans Lüttger in Verbindung mit Hermann Blei und Peter Hanau, Berlin 1972, 683–704.

ders.: Vorläufig vollstreckbares Urteil: Wird der Klageanspruch durch die Vollstreckung oder ihre Abwendung erfüllt?, JR 1979, 490–492.

Böcking, Eduard: Institutionen. Ein Lehrbuch des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtsystems. Nebst Einleitung in das Studium des römischen Rechts. Erster Band. Die Einleitung und die Lehre von den Voraussetzungen der Privatrechte, Bonn 1843.

Bodura, Ernest C.: ‚Windscheid steht Paulus in nichts nach, und ist dabei für uns viel mehr wert als jener'. Zum Umgang Stanisław Wróblewski's mit der Pandektistik, TR 91 (2023) 233–270.

Boehmer, Gustav: Erbfolge und Erbenhaftung, Halle 1927.

Böhm, Wolfgang: Die Zwangsvollstreckung nach § 890 ZPO. Eine dogmatische Untersuchung, Berlin 1971.

Börker, Rudolf: Sicherungsabtretung und Pfändung derselben Lohnforderung zugunsten verschiedener Gläubiger, NJW 1970, 1104–1107.

Bornemann, Wilhelm: Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts. Erster Band, enthaltend die geschichtliche Einleitung, die Fundamentallehren des Preußischen Rechts und die Lehre vom Besitz, 2. Aufl. Berlin 1842.

Brandt, Hans: Eigentumserwerb und Austauschgeschäft. Der abstrakte dingliche Ver-

trag und das System des deutschen Umsatzrechts im Lichte der Rechtswirklichkeit, Leipzig 1940.
Braukmann, Michael: Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft, Göttingen 2008.
Braun, Johann: Erfüllung, Verzugsbereinigung und Verzugszinsen bei Abwehrleistung und vorläufiger Vollstreckung, AcP 184 (1984) 152–177.
Bremkamp, Till: Causa. Der Zweck als Grundpfeiler des Privatrechts, Berlin 2008.
Brinkmann, Moritz: Die Bedeutung der §§ 92, 93 InsO für den Umfang der Insolvenz- und Sanierungsmasse, Köln 2001.
ders.: Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen. Eine materiell-, insolvenz- und kollisionsrechtliche Studie des Rechts der Mobiliarsicherheiten vor dem Hintergrund internationaler und europäischer Entwicklungen, Tübingen 2011.
ders.: Mass Tort Related Insolvency Proceedings: Choice of Jurisdiction, Treatment and Discharge of Tort Claims, in: Willem H. van Boom, Gerhard Wagner (Hrsg.), Mass Torts in Europe. Cases and Reflections, Berlin/Boston 2014, 245–262.
Brox, Hans/Wolf-Dietrich Walker: Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., München 2012.
Bruck, Ernst (Begr.)/*Hans Möller*: Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluß des Versicherungsvermittlerrechts, Vierter Band: Allgemeine Haftpflichtversicherung, Berlin 1970.
Brünneck, Wilhelm von: Ueber den Ursprung des sogenannten jus ad rem, ein Beitrag zur Geschichte dieses Dogma, Berlin 1869.
Buciek, Klaus: Gläubigerkonkurrenz als Arrestgrund?, NJW 1987, 1063–1064.
Bungert, Hartwin/Christian Strothotte: Die grenzüberschreitende Spaltung nach dem Referentenentwurf des UmRUG, BB 2022, 1411–1422.
Bürge, Alfons: Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens, ZRG RA 104 (1987) 465–559.
ders.: Rezension zu: Di Porto, Impresa collettiva e ‚schiavo manager', ZRG RA 105 (1988) 856–856.
ders.: Occupantis melior est condicio, ZRG RA 106 (1989) 248–291.
ders.: Der Witz im antiken Seefrachtvertrag. Beobachtungen zur Vertragspraxis im antiken Mittelmeerraum, Index 22 (1994) 389–407.
ders.: Lo schiavo (in)dipendente e il suo patrimonio, in: Alessandro Corbino, Michel Humbert, Giovanni Negri (Hrsg.), Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana, Pavia 2010, 369–391.
Canaris, Claus-Wilhelm: Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag 12. September 1978. In Gemeinschaft mit Kurt Ballerstedt und F.A. Mann hrsg. von Horst Heinrich Jakobs, Brigitte Knobbe-Keuk, Eduard Picker, Jan Wilhelm, Köln 1978, Band 1, 371–427.
ders.: Rechtspolitische Konsequenzen aus der geplanten Abschaffung von § 419 BGB für § 25 HGB, ZIP 1989, 1161–1167.
ders.: Der Bereicherungsausgleich bei Zahlung des Haftpflichtversicherers an einen Scheingläubiger, NJW 1992, 868–873.
ders.: Noch einmal: Die Rückkehr der Praxis zur Regelanwendung und der Beruf der Theorie im Recht der Leistungsstörungen, NJW 1992, 3143–3145.
ders.: Der Schutz obligatorischer Forderungen nach § 823 Abs. 1 BGB, in: Erwin Deutsch, Ernst Klingmüller, Hans Josef Kullmann (Hrsg.), Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995. Der Schadensersatz und seine Deckung, Berlin/New York 1995, 85–99.

ders.: Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten, ZHR 163 (1999) 206–245.
ders.: Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung", AcP 200 (2000) 273–364.
ders.: Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 2 BGB beim Stückkauf, JZ 2004, 214–225.
Cardilli, Riccardo: L'obbligazione di „praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.), Mailand 1995.
ders.: Sul problema della nascita delle obbligazioni onorarie, AUPA 61 (2018), 9–34.
Cerami, Pietro: Sulle tracce delle „venditio ob tributorum cessationem facta", Labeo 41 (1995) 111–117.
Chiusi, Tiziana: Contributo allo studio dell'editto „De tributoria actione", Rom 1993.
dies.: Die actio de in rem verso im römischen Recht, München 2001.
dies.: Zum Zusammenspiel von Haftung und Organisation im römischen Handelsverkehr, ZRG RA 124 (2007) 94–112.
dies.: Bereicherung und actio de in rem verso. Bemerkungen zu einem alten und neuen Problem, in: Holger Altmeppen, Ingo Reichard, Martin Josef Schermaier in Verbindung mit Wolfgang Ernst, Ulrich Manthe, Reinhard Zimmerman (Hrsg.), Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2009, 197–211.
Coing, Helmut: Zur Geschichte des Begriffs „subjektives Recht", in: Helmut Coing, Frederick H. Lawson, Kurt Grönfors, Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, Frankfurt am Main/Berlin 1959, 7–23 (hier zitiert nach Helmut Coing, Zur Geschichte des Privatrechtssystems, Frankfurt am Main 1962, 29–55).
Crawford, M.H.: Roman Statutes, zwei Bände, London 1996.
Crome, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts
– Erster Band. Einleitung und Allgemeiner Theil, Tübingen/Leipzig 1900.
– Zweiter Band. Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen/Leipzig 1902.
– Vierter Band. Immaterialgüterrechte. Familienrecht, Tübingen 1908.
– Fünfter Band. Erbrecht, Tübingen 1912.
Czub, Hans-Joachim: Die schuldtilgende Wirkung der Beitreibung aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel, ZZP 102 (1989) 273–287.
Daalder, Elsemieke Stephanie: De rechtspraakverzamelingen van Julius Paulus: recht en rechtvaardigheid in de rechterlijke uitspraken van keizer Septimius Severus, Leiden 2018.
Dauner-Lieb, Barbara: Der Entwurf zur Beschränkung der Minderjährigenhaftung – ein Fremdkörper im Haftungssystem des Unternehmensrecht?, ZIP 1996, 1818–1824.
DCFR: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, hrsg. von Christian von Bar und Eric Clive, München 2009.
de Boor, Hans Otto: Die Kollision von Forderungsrechten, Berlin 1928.
ders.: Vertrag und Unrecht, Berlin 1936.
Dedek, Helge: A Particle of Freedom: Natural Law Thought and the Kantian Theory of Transfer by Contract, Can. J. L. & Jurisprudence 25 (2012) 313–346.
Denck, Johannes: Gestattung des Fruchterwerbs und Konkurs des Gestattenden, JZ 1981, 331–336.
Depenheuer, Otto: Zufall als Rechtsprinzip? Der Losentscheid im Rechtsstaat, JZ 1993, 171–180.

Derleder, Peter/Gerd Winter: Die Entschädigung für Contergan, DuR 1976, 260–304.
ders./Mario Pellegrino: Die Anbahnung des Mietverhältnisses, NZM 1998, 550–557.
Dernburg, Heinrich: Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Erster Band, Leipzig 1860.
ders.: Pandekten. Erster Band, Berlin 1884 (7. Aufl., unter Mitwirkung von Johannes Biermann, Berlin 1902).
ders.: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens
– Erster Band. Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, Halle 1902.
– Zweiter Band. Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. Zweite Abteilung: Einzelne Obligationen, erste und zweite Aufl., Halle 1901.
Di Porto, Andrea: Impresa collettiva e schiavo ‚manager' in Roma antica (II sec. a.C.–II sec. d.C.), Mailand 1984.
Diestelkamp, Bernhard: Die Lehre von Schuld und Haftung, in: Helmut Coing, Walter Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Band VI, Zur Verselbständigung des Vermögens gegenüber der Person im Privatrecht, Frankfurt am Main 1976, 21–51.
Dölle, Hans: Familienrecht. Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen, 2 Bände, Karlsruhe 1964 und 1965.
Dörner, Heinrich: Dynamische Relativität, München 1985.
Dondorp, Harry: Ius ad rem als Recht, Einsetzung in ein Amt zu verlangen, TR 59 (1991) 285–318.
ders.: Zum Begriff des Ius ad rem bei Innocenz IV, in: Peter Landau, Jörg Müller (Hrsg.), Proceedings oft the Ninth International Congress of Medieval Canon Law, Munich, 13–19 July 1992, Vatikanstadt 1997, 553–574.
Donellus, Hugo: Opera Omnia. Commentarium die iure civili, Tomus Primus. Cum notis Osualdi Hilligeri, Luca 1762.
Doralt, Walter: Haftung der Abschlussprüfer, Wien 2005.
Ebke, Werner F.: Abschlußprüfer, Bestätigungsvermerk und Drittschutz, JZ 1998, 991–997.
Eccius, Max Ernst: Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen, DJZ 1904, 53–56.
Eck, Ernst: Die sogenannten doppelseitigen Klagen des Römischen und gemeinen Deutschen Rechts, Berlin 1870.
Eckardt, Diederich: Vorausverfügung und Sequestration. Eine Besprechung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 20. März 1997, ZIP 1997, 957–967.
Eckardt, Diederich: Haftungsrechtliche Restitution des Erlangten oder Ersatz des Interesses? Zum Umfang der Anfechtungsansprüche unter Berücksichtigung von § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, in: Festschrift für Walter Gerhardt, hrsg. von Eberhard Schilken, Gerhart Kreft, Gerhard Wagner, Diederich Eckardt, Köln 2004, 145–190.
Ehmann, Horst: Zu den Arten der Rechtsgründe von Leistungen und Leistungsversprechen. Von der causa-Lehre zur Zwecklehre, in: Gregor Albers, Francesco Paolo Patti, Dorothée Perrouin-Verbe (Hrsg.), Causa Contractus. Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens/Alla ricerca delle condizioni di efficacia della volontà contrattuale/À la recherche des conditions de l'efficacité de la volonté contractuelle, Tübingen 2022, 755–869.
Eichel, Florian: Künftige Forderungen, Tübingen 2014.
Eisemann, Hans: Die Haftung aus Vermögensübernahme. Bundesrepublik, Frankreich, England, Schweiz und Österreich, AcP 176 (1976) 487–517.

Elz, Dirk: Verarbeitungsklauseln in der Insolvenz des Vorbehaltskäufers – Aussonderung oder Absonderung?, ZInsO 2000, 478–483.

Enneccerus, Ludwig: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.

– Erster Band, erste Abteilung: Einleitung, Allgemeiner Teil, 6.–8. Aufl. Marburg 1911.

– Erster Band, zweite Abteilung: Recht der Schuldverhältnisse und Register, 6.–8. Aufl. Marburg 1912.

Erman, Walter: Die Globalzession in ihrem Verhältnis zum verlängerten Eigentumsvorbehalt, Karlsruhe 1960.

Ernst, Wolfgang: Die Konkretisierung in der Lehre vom Gattungskauf, in: Wolfgang Schön im Zusammenwirken mit Werner Flume und Horst Heinrich Jakobs, Eduard Picker, Jan Wilhelm (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, 49–110.

ders.: Gattungskauf und Lieferungskauf im römischen Recht, ZRG RA 114 (1997) 272–344.

ders.: Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskaufs, ZEuP 1999, 583–641.

ders.: Doppelverkauf. Ein Panorama, in: Stephan Lorenz, Alexander Trunk, Horst Eidenmüller, Christiane Wendehorst, Johannes Adolff (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005, 113–142.

ders.: Der zweifache Verkauf derselben Sache – Betrachtungen zu einem Rechtsproblem in seiner europäischen Überlieferung, in: Eva Jakab/Wolfgang Ernst (Hrsg.), Kaufen nach Römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen, Berlin 2008, 83–103.

ders.: Die Zahlung fälliger Schuld als Fall der paulianischen Anfechtung in Geschichte und Gegenwart, SJZ 2010, 389–395, 417–425.

Esser, Josef: Globalzession und verlängerter Eigentumsvorbehalt. Beitragsmöglichkeiten von Lehre und Rechtsprechung zu sinnvoller privatautonomer Gestaltung, JZ 1968, 281–285.

ders.: Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung. Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrecht, 2. Aufl. München 1969.

Eulau, Peter H.: Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnutzung fremden Vertragsbruchs. Die Belangbarkeit des Dritten durch den Gläubiger bei Verleitung des Schuldners zum Vertragsbruch und Ausnutzung fremden Vertragsbruchs, Zürich 1976.

Exner, Adolf: Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht, Wien 1867.

Fahland, Monika: Das Verfügungsverbot nach §§ 135, 136 BGB in der Zwangsvollstreckung und seine Beziehung zu den anderen Pfändungsfolgen, Berlin 1976.

Falk, Ulrich: Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz, Frankfurt am Main 1989.

ders.: Die Konkursübel. Forschungsfragen zur Geschichte des Konkursverfahrens in Deutschland, ZRG GA 131 (2014) 266–324.

Fervers, Matthias: Die Bindung Dritter an Prozessergebnisse. Eine Neubestimmung der subjektiven Rechtskraftwirkungen und sonstiger Drittbindungen, Tübingen 2022.

Finger, Peter: Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession, JZ 1970, 642–645.

Finkenauer, Thomas: Freilassung durch Nachlaßübernahme – zur *addictio bonorum*

libertatis causa, in: Thomas Finkenauer (Hrsg.), Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, 19–57.

ders.: Die Rechtsetzung Mark Aurels zur Sklaverei, Stuttgart 2010.

ders.: Duo rei – Neues von der Gesamtobligation?, ZRG RA 130 (2013) 164–202.

ders.: Die Redaktion des zweiten Entwurfs eines BGB und die historische Auslegung, in: Arndt Kiehnle (Hrsg.), Festschrift für Jan Schröder zum 70. Geburtstag am 28. Mai 2013, Tübingen 2013, 21–50.

ders.: Das *pactum ut minus solvatur* und die *maior pars* im klassischen Recht, TR 85 (2017) 115–140.

Fiori, Roberto: La definizione della locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica, Neapel 1999.

Fischer, Michael: Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, Köln 2002.

Fischinger, Philipp S.: Kürzungsregelungen bei Haftungshöchstgrenzen. Eine kritische Analyse de lege lata und de lege ferenda, Tübingen 2012.

ders.: Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, Tübingen 2015.

Flach, Dieter: Das Zwölftafelgesetz (in Zusammenarbeit mit Andreas Flach), Darmstadt 2004.

Fleckner, Andreas: Antike Kapitalvereinigungen. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft, Köln/Weimar/Wien 2010.

Flume, Johannes W.: Vermögenstransfer und Haftung, Berlin 2008.

Flume, Werner: Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt, NJW 1950, 841–850.

ders.: Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, in: Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag, dargebracht von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu Göttingen, Göttingen 1953, 103–176; auch abgedruckt in: Werner Flume, Gesammelte Schriften, hrsg. von Horst Heinrich Jakobs, Brigitte Knobbe-Keuk, Eduard Picker, Jan Wilhelm, Köln 1988, Band 1, 247–304; sowie in Werner Flume, Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, hrsg. von Wolfgang Ernst, Tübingen 2003, 27–91.

ders.: Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehalts, NJW 1959, 913–922.

ders.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, Berlin/Heidelberg/New York 1979.

Foerste, Ulrich: Vollstreckungsvorsprung durch einstweiligen Rechtsschutz, ZZP 106 (1993) 143–157.

ders.: Zwangsvollstreckung und Insolvenzanfechtung – ein Prüfstein subjektiver Auslegung, in: Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag, hrsg. von Christian Heinrich, München 2004, 141–167.

Fögen, Marie Theres: Das Lied vom Gesetz, München 2007.

Forschner, Benedikt: Das Schiff des Saufeius. Anmerkungen zu D. 19.2.31, forum historiae iuris, Artikel vom 8. November 2011, https://forhistiur.net/2011–11-forschner/?l=de (zuletzt abgerufen am 3.10.2024).

Forster, Wolfgang: Konkurs als Verfahren. Francisco Salgado de Somoza in der Geschichte des Insolvenzrechts, Köln/Weimar/Wien 2009.

Förster, Franz: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts. Erster Band, 3. Aufl. Berlin 1873.

Fragistas, Charalampos Nikolaou: Das Präventionsprinzip in der Zwangsvollstreckung, Mannheim Berlin Leipzig 1931.

Friedmann, Daniel: The Efficient Breach Fallacy, The Journal of Legal Studies 18 (1989) 1–24.

Fromm, G. E.: Gesetz über den Versicherungsvertrag nebst den Allgemeinen Versicherungsbedingungen. Mit Erläuterungen der gesetzlichen Vorschriften und Sachregister, Berlin 1941.

Gassert-Schumacher, Heike: Privilegien in der Insolvenz, Frankfurt am Main 2002.

Gattringer, Volker: Die rätselhafte Begrenzung der Nachhaftung auf das Nettoaktivvermögen bei der Spaltung, NZG 2023, 443–454.

Gaul, Hans Friedhelm: Rangfolge und Rangsicherung unter Befriedigung suchenden konkurrierenden Anfechtungsgläubigern, in: Georg Bitter, Marcus Lutter, Hans-Joachim Priester, Wolfgang Schön, Peter Ulmer (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, 425–455.

Gerhardt, Walter: Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, Göttingen 1969.

ders.: Zum maßgeblichen Zeitpunkt bei mehraktigem Rechtserwerb. Eine Vision vom Gleichklang in §§ 91 Abs. 2, 140 Abs. 2, 147 und 88 InsO, in: Horst Piepenburg (Hrsg.), Festschrift für Günter Greiner zum 70. Geburtstag am 19. März 2005, Köln Berlin München 2005, 31–40.

Gernhuber, Joachim: Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989.

Gierke, Otto von: Schuldnachfolge und Haftung, insbesondere kraft Vermögensübernahme, in: Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 24. Juli 1911, Berlin 1911, 33–80.

ders.: Die Wurzeln des Dienstvertrages, in: Festschrift für Heinrich Brunner zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 8. April 1914 überreicht von der Juristenfakultät der Universität Berlin, München/Leipzig 1914, 37–68.

Gildemeister, Jochim: Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht, Göttingen 1986.

Gimenez-Candela, Teresa: El regimen pretorio subsidiario de la acción noxal, Pamplona 1981.

Giuffrè, Vincenzo: La spoliazione spontanea, in: *ders*., Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni, Neapel 1997, 79–104.

ders.: ‚Fuori dal novero dei vivi, esiliato anche fra i morti', in: *ders*., Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni, Neapel 1997, 39–78.

Glosse: D. Iustiniani Imperatoris Opus Prudentum, Responsa Caesarumque, Rescripta complectens, Junta, Venedig
- Digestum Vetus, sev Pandectarum Iuris Civilis Tomus Primus, 1606
- Infortiatum sev Pandectarum Iuris Civilis Tomus Secundus, 1606
- Digestum Novum sev Pandectarum Iuris Civilis Tomus Tertius, 1598

Glück, Christian Friedrich: Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar.
- Erster Theil, 2. Aufl. Erlangen 1797.
- Zweyter Theil, 2. Aufl. Erlangen 1800.

Goetz, Charles J./Robert E. Scott: Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach, Columbia Law Review 77 (1977) 554–594.

Goldmann, Ludwig: Zur Frage der Verletzbarkeit obligatorischer Rechte durch Dritte, Gruchot 54 (1910) 56–68.

Goldschmidt, Levin: Lex Rhodia und Agermanament. Der Schiffsrath. Studie zur Ge-

schichte und Dogmatik des Europäischen Seerechts, ZHR 35 (1889) 37–90, 321–397.

Goltdammer, Theodor: Kommentar und vollständige Materialien zur Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 und zu dem Gesetze betreffend die Befugnis der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses vom 9. Mai 1855, 2. Aufl. Berlin 1858.

Göschen, Joh. Friedr. Luw.: Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, aus dessen hinterlassenen Papieren hrsg. von Albrecht Erxleben
– Erster Band. Einleitung und allgemeiner Theil, Göttingen 1838.
– Zweiter Band. Zweite Abtheilung. Obligationenrecht, Göttingen 1839.

Grevesmühl, Götz: Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischen Recht, Göttingen 2003.

Grosso, Giuseppe: Rezension zu Biscardi, Il dogma della collisione, SDHI 2 (1936) 401–406.

Gröschler, Peter: Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich, Berlin 2002.

ders.: Die Eigentumszuordnung beim Werkvertrag – ein Vergleich, in: Wolfgang Ernst, Eva Jakab (Hrsg.), Usus Antiquus Juris Romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung, Berlin/Heidelberg 2005, 59–76.

ders.: Considerazioni sulla funzione della responsabilità nossale in diritto romano, in: Carmela Russo Ruggeri (Hrsg.), Studi in onore di Antonio Metro, Mailand 2010, Band 3, 195–222.

ders.: Rezension zu Albers, Perpetuatio obligationis, ZRG RA 140 (2023) 361–385.

Grünberger, Michael: Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, Baden-Baden 2013.

Gründler, Carl August: System des preussischen Rechts, mit Hinsicht des in Deutschland geltenden gemeinen Rechts. Erster Theil, der die allgemeine Grundsaetze des preussischen Privatrechts enthaelt, Bayreuth 1797.

Grunewald, Barbara: Die Haftung des Abschlußprüfers gegenüber Dritten, ZGR 1999, 583–600.

Grunsky, Wolfgang: Konkurrenz anderer Gläubiger als Arrestgrund, NJW 1976, 553–554.

Gsell, Beate: Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht: Die Haftung des Gattungsverkäufers beim Eintritt nachträglicher Erfüllungshindernisse, Bielefeld 1998.

Guarino, Antonio: Notazioni romanistiche VI–VII, Annali Catania IV (1949/50), 196–214.

ders.: La condanna nei limiti del possibile. Corso di diritto romano, Neapel 1975.

Günther, Sven: „Vectigalia nervos esse rei publicae". Die indirekten Steuern in der Römischen Kaiserzeit von Augustus bis Diokletian, Wiesbaden 2008.

Habermas, Jürgen: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 5. Aufl. Frankfurt am Main 2014, 477–493.

Habersack, Mathias/Patrick Schneider: Haftungsbeschränkung zugunsten Minderjähriger – aber wie? Überlegungen zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger, FamRZ 1997, 649–656.

Hackl, Karl: Rezension zu: Kroppenberg, Insolvenz, ZRG RA 122 (2005) 333–347.

Hadding, Walther: Zur Abgrenzung von Gläubigermehrheiten und Bruchteilsgemeinschaft an einer Forderung, in: Andreas Heldrich, Ingo Koller, Jürgen Prölss, Katja Langenbucher, Hans Christoph Grigoleit, Johannes Hager, Felix Christopher Hey,

Jörg Neuner, Jens Petersen, Reinhard Singer (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, 379–402.

Haferkamp, Hans-Peter: Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz", Frankfurt am Main 2004.

ders.: Die Historische Rechtsschule, Frankfurt am Main 2018.

Haferkamp, Hans-Peter/Tilman Repgen: „Wie pandektistisch war die Pandektistik"? – Einleitung, in: Hans-Peter Haferkamp, Tilman Repgen (Hrsg.), Wie pandektistisch war die Pandektistik? Symposion aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015, Tübingen 2017, 1–16.

Hägerström, Axel: Recht, Pflicht und bindende Kraft des Vertrags nach römischer und naturrechtlicher Anschauung, Uppsala 1965.

Hahn, Carl (Hrsg.): Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen

– Zweiter Band. Materialien zur Civilprozeßordnung (Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877), Erste und zweite Abtheilung, 2. Aufl. hrsg. von Eduard Stegemann, Berlin 1881, Neudruck Aalen 1983.

– Vierter Band. Materialien zur Konkursordnung (Die gesammten Materialien zur Konkursordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, sowie zu dem Gesetze, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, vom 21. Juli 1879), Berlin 1881, Neudruck Aalen 1983.

– Fünfter Band (fortgesetzt von Benno Mugdan). Materialien zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung und zur Grundbuchordnung, Berlin 1898, Neudruck Aalen 1983.

– Siebenter Band (fortgesetzt von Benno Mugdan). Materialien zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit. Materialien zum Gesetz, betr. Aenderungen der Konkursordnung nebst Einführungsgesetz, Berlin 1898, Neudruck Aalen 1983.

– Achter Band (fortgesetzt von Benno Mugdan). Materialien zum Gesetz betr. Aenderungen der Civilprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozeßordnung, Berlin 1898

Hartmann, Felix: Der Anspruch auf das stellvertretende commodum, Tübingen 2007.

Hartmann, Gustav: Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau, Erlangen 1875.

Hattenhauer, Christian/Frank L. Schäfer (Hrsg.): Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (www.saechsisches-bgb.de) (zuletzt abgerufen am 1.11.2024; Editition allerdings vorübergehend unzugänglich).

Häsemeyer, Ludwig: Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 507–575.

ders.: Kommanditistenhaftung und Insolvenzrecht, ZHR 149 (1985) 42–75.

ders.: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.3.1997 – IX ZR 71/96, KTS 1998, 77–88.

ders.: Insolvenzrecht, 4. Aufl. Köln München 2007.

Haubner, David: Der Seewurf. Studien zur lex Rhodia de iactu, München 2021.

Heepe, Moritz: Römische Strafgerechtigkeit. Eine rechtsphilosophische Spurensuche in Aulus Gellius' „Noctes Atticae", ZRG RA 136 (2019) 271–295.

Hein, Wolfgang: Die Verleitung zum Vertragsbruch nach bürgerlichem Recht, Breslau 1906.

Heiter, Norbert: Rückgewährhaftung mehrerer Beschenkter nach § 528 Abs. 2, JR 1985, 313–319.

Helbig, Jan-Luca/Jonas Maria Hoff: Losverfahren zwischen Recht und Religion. Juristische und theologische Perspektiven auf eine fragile Verbindungsstelle, in: Dieter Krimphove, Markus Brodthage (Hrsg.), Zugänge zu Recht und Religionen. Interdisziplinäre Sondierung eines weiten Forschungsfeldes, Baden-Baden 2024, 59–84.

Heldrich, K.: Rezension zu: Biscardi, Il dogma della collisione, ZRG RA 58 (1938) 418–424.

Henckel, Wolfram: Wert und Unwert juristischer Konstruktion im Konkursrecht, in: Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag, hrsg. von Erhard Bökelmann, Wolfram Henckel, Günther Jahr, Berlin/New York 1975, 237–252.

Henckel, Wolfram: Stein-Jonas – ein Großkommentar zur Zivilprozeßordnung, JZ 1992, JZ 1992, 645–656.

Henke, Horst-Eberhard: Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses. Wie relativ ist eigentlich das Band zwischen Gläubiger und Schuldner?, Berlin 1989.

Hennig, Michael: Die lex Falcidia und das Erbrecht des BGB. Eine kritische Würdigung der Entscheidung des historischen Gesetzgebers, das Rechtsinstitut der falcidischen Quart aufzugeben, Berlin 1999.

Herber, Rolf: Seehandelsrecht. Systematische Darstellung, 2. Aufl. Berlin/Boston 2016.

Herrmann, Andreas: Bereicherungsverbot und Gewalthaberhaftung. Zu den Klagen in id quod pervenit sowie in quantum locupletior factus est, Köln 2024.

Hertius, Johann Nikolaus: De collisione legum (Diss. Gießen 1688, Johann Theoderich Hieronymus Thomae), in: Commentationum atque opusculorum volumen primum de selectis et rarioribus ex jurisprudentia universalis, publica, feudalis et romana, nec non historia germanice argumentis, tomi tres, Frankfurt am Main 1716.

Heuer: Unmöglichkeit der Leistung, LZ 1914, Sp. 370–372.

Heumann, Hermann Gottlieb/Emil Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 10. Aufl. Graz 1958 (unveränderter Nachdruck der 9. Aufl. Jena 1907).

Heymann, Ernst: Zur Geschichte des jus ad rem, in: Festschrift Otto Gierke zum siebzigsten Geburtstag dargebracht von Schülern, Freunden und Verehrern, Weimar 1911, 1167–1185.

Hiersemenzel, Christian Eduard: Vergleichende Uebersicht des heutigen Römischen und Preußischen gemeinen Privatrechts, Erster Theil, Berlin 1852.

Hinz, Werner: Im Überblick: Einstweiliger Rechtsschutz im Mietprozess, NZM 2005, 841–858.

HKK: Matthias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
– Band I: Allgemeiner Teil, §§ 1–240, Tübingen 2003.
– Band II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 1. Teilband: vor § 241–§ 304, Tübingen 2007.

HLL: Klaus Sallmann (Hrsg.), Handbuch der lateinischen Literatur der Antike, Bd. 4: Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur 117 bis 284 n. Chr., München 1997.

Hobbes, Thomas: Leviathan or The Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civil, London 1651.

Hoefler, Hilmar: Die drohende Konkurrenz anderer Gläubiger als Arrestgrund, Nürnberg 1991.

Hoffmann, Jan Felix: Zession und Rechtszuweisung, Tübingen 2012.

ders.: Dogmatik und Rechtsfortbildung am Beispiel der Domain „gewinn.de“ zwischen Prätendentenstreit und Forderungskollision, in: Daniel Effer-Uhe, Adam Sagan,

Christian Deckenbrock, Clemens Höpfner, Matthias Kilian, Alexander Morell, Angie Schneider, Bernd Scholl, Daniel Ulber (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2014. Richterliche Rechtsfortbildung und kodifiziertes Richterrecht. Kölner Tagung, 10.–13. September 2014, Stuttgart u.a. 2016, 163–201.

ders.: Prioritätsprinzip und Gläubigergleichbehandlung, Tübingen 2016.

ders.: Rezension zu: Kopp, Die Kollision vertraglicher Forderungen, JZ 2020, 356–357.

ders.: Rangordnung und Rechtsfortbildung im Kreditsicherungsrecht. Zur Kollision von Kreditsicherheiten, AcP 220 (2020) 377–410.

ders.: Contract Law Theory and The Concept of 'Ownership', ERCL 2021, 142–156.

ders.: Zur funktionalen Begrenzung künftiger Kreditsicherheiten mittels § 91 Abs. 1 InsO, KTS 2021, 327–355.

Holderbaum, Klaus: Zulässigkeit und Wirkungen ranggleicher Auflassungsvormerkungen, JZ 1965, 712–716.

Holmes, Oliver Wendell: The Path of the Law, Harvard Law Review 10 (1897) 457–478.

Holzer, Johannes: Das Insolvenzverfahren über das gemeinsam verwaltete Gesamtgut einer beendeten Gütergemeinschaft, NZI 2016, 713–717.

Holzner, Christian: Gedanken zur Schenkung auf den Todesfall nach dem ErbRÄG 2015, in: Astrid Deixler-Hübner, Andreas Kletečka, Georg Schima (Hrsg.), Festschrift Martin Schauer, Wien 2022, 237–246.

HRG: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, hrsg. von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, mitbegründet von Wolfgang Stammler, Band 3: List–Protonotar, Berlin 1984.

HRP: Handbuch des Römischen Privatrechts, hrsg. von Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek, Thomas Rüfner, drei Bände, Tübingen 2023.

Huber, Ulrich: Leistungsstörungen.

– Band 1. Die allgemeinen Grundlagen. Der Tatbestand des Schuldnerverzugs. Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände, Tübingen 1999.

– Band 2. Die Folgen des Schuldnerverzugs. Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, Tübingen 1999.

Hueck, Götz: Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München und Berlin 1958.

Hufeland, Gottlieb: Ueber Veränderungen der Rechte durch das Zusammenkommen mehrerer Rechte und Verbindlichkeiten. Zur Erläuterung der §. 293 bis 243 meines Lehrbuchs, in: Ueber den eigenthümlichen Geist des Römischen Rechts im Allgemeinen und im Einzelnen mit Vergleichungen neuer Gesetzgebungen. Eine Reihe von Abhandlungen, welche zugleich als erläuterndes Handbuch über die ungewöhnlichen Darstellungen in dem Lehrbuch des Gemeinen Civilrechts dienen können, Zweyter Theil, Zweyte Abtheilung, Giesen 1817 (7. Abhandlung).

Immler: Bildet die drohende Konkurrenz anderer Gläubiger einen Arrestgrund?, BlRPfl 34 (1887) 211–224.

Isola, Lisa: Überlegungen zur Litiskreszenz bei der actio ex testamento, ZRG RA 137 (2020) 70–135.

Jaeger, Ernst: Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses auf der Grundlage des Gesetzes vom 21. Juli 1879, Berlin 1905.

ders.: Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, 6. und 7. Aufl. Berlin/Leipzig 1931.

ders.: Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens. Erläuterungen des Anfechtungsgesetzes mit systematischer Einführung, 2. Aufl. Berlin 1938.

ders. (Begr.), Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen
– 8. Aufl., zweiter Band, zweiter Halbband: §§ 208–244, Berlin/New York 1973 (daraus Lieferung 6, §§ 214–244, Oktober 1972).
– 9. Aufl.: §§ 1–42, Berlin/New York 1997 (daraus 1. Lieferung §§ 1–9, Februar 1977; 4. Lieferung §§ 29–42, Dezember 1990).

ders. (Begr.): Insolvenzordnung. Großkommentar, hrsg. von Wolfram Henckel und Walter Gerhardt, Achter Band, §§ 286–334, Berlin/Boston 2020.

Jakab, Éva: Vertragsformulare im Imperium Romanum, ZRG RA 123 (2006) 71–101.

Jakobs, Horst Heinrich: Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn 1969.

ders.: Die Rückkehr der Praxis zur Regelanwendung und der Beruf der Theorie im Recht der Leistungskondiktion, NJW 1992, 2524–2529.

Jakobs, Horst Heinrich/Werner Schubert (Hrsg.): Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen
– Allgemeiner Teil, 2. Teilband, Berlin New York 1985.
– Recht der Schuldverhältnisse I (§§ 241–432), Berlin New York 1978.
– Recht der Schuldverhältnisse II (§§ 433–651), Berlin New York 1980.
– Recht der Schuldverhältnisse III (§§ 652–853), Berlin New York 1983.
– Sachenrecht I (§§ 854–1017), Berlin New York 1985.
– Sachenrecht II (§§ 1018–1296), Berlin New York 1991.
– Sachenrecht IV (Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung), Berlin New York 1983.

Janert, Wolf-Rüdiger: Das vertragswidrige Doppelarbeitsverhältnis, Dissertation Göttingen 1969.

Jansen, Nils: Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, Tübingen 2003.

Jhering, Rudolf von: Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontracte (I). Ueber den Sinn des Satzes: Der Käufer trägt die Gefahr, mit besonderer Beziehung auf den Fall des mehrfachen Verkaufs, JherJB 3 (1859) 449–488.

ders.: Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontracte (II). Beim Verkauf generisch bestimmter Gegenstände geht die Gefahr nicht mit der Ausscheidung, sondern mit dem Momente über, wo der Verkäufer seinerseits Alles gethan hat, was ihm contractlich oblag, JherJB 4 (1861) 366–438.

ders.: Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen, JherJB 10 (1871) 145–354.

ders.: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Dritter Theil. Erste Abtheilung, Leipzig 1888.

ders.: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum. Vierte mit Zusätzen versehene Aufl., Leipzig 1891.

Joergen, Jan C.: Versari in re illicita. Zu Fernwirkungen einer alten Rechtsfigur im Strafrecht, in: Roland Kipke, Nele Röttger, Johanna Wagner, Almut Kristine v. Wedelstaedt (Hrsg.), Zusammendenken. Festschrift Für Ralf Stoecker, Wiesbaden 2021, 337–352.

Jolowicz, H.F./Barry Nicholas: Historical Introduction to the Study of Roman Law, 3. Aufl. Cambridge 1972.

Jud, Brigitta: Haftung nach § 15 Abs 1 SpaltG im Konkurs der Hauptschuldnerin, NZ 2003, 161–171.

Kainer, Friedemann: Knapper Impfstoff und privatrechtliche Gleichbehandlungspflichten, NJW 2021, 816–820.

Kalss, Susanne: Ausgewählte Fragen der Haftung der sonstigen Gesellschaften gem § 15 SpaltG, wbl 2003, 49–59.

Kant, Immanuel: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, in: Kants Werke, Akademie-Textausgabe. Band VI: Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft. Die Metaphysik der Sitten, Berlin 1968, 203–372.

Karlowa, Otto: Römische Rechtsgeschichte. Zweiter Band: Privatrecht und Civilprozess. Strafrecht und Strafprozess, Leipzig 1901.

Kaser, Max: Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen, ZRG RA 73 (1956), 220–278.

ders.: Das römische Privatrecht.

– Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht, 2. Aufl. München 1971.

– Zweiter Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen, 2. Aufl. München 1975.

ders.: Das römische Zivilprozeßrecht, München 1966.

ders./Karl Hackl: Das römische Zivilprozeßrecht, bearbeitet von Karl Hackl, 2. Aufl. München 1996.

ders./Rolf Knütel/Sebastian Lohsse: Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch, 22. Aufl. München 2021.

Katzenstein, Matthias: Einstweilige Verfügung bei Doppelvermietung, ZZP 116 (2003) 459–490.

Keller, D. Friedr. Ludwig von: Pandekten. Vorlesungen, aus dem Nachlasse des Verfassers hrsg. von Emil Friedberg, Leipzig 1861.

Kierulff, J. F.: Theorie des Gemeinen Civilrechts, Erster Band, Altona 1839.

Kindel, W.: Das Recht an der Sache. Kritische Bemerkungen zum dritten Buche des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Breslau 1889.

Kirchner, Rudolf: Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister, 3. Aufl. 1915.

Kirschenbaum, Aaron: Sons, Slaves and Freedmen in Roman Commerce, Jerusalem 1987.

Klami, Hannu Tapani: „Mutua magis videtur quam deposita". Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen, Helsinki 1969.

Klang, Heinrich: § 1409 ABGB in der Rechtsübung, JBl 1948, 437–448.

Klausberger, Philipp: Versum autem sic accipimus, ut duret versum? Bemerkungen zur actio de in rem verso zwischen Geschäftsführung und Bereicherung, RIDA 56 (2009), 75–90.

ders.: Versionshaftung trotz Verlust? Nochmals zu D. 15.3.17pr., RIDA 61 (2014), 217–227.

Klinck, Fabian: Zum Nachweis der Benachteiligungsabsicht bei fraudatorischen Freilassungen – Im Zweifel gegen die Freiheit!, in: Thomas Finkenauer (Hrsg.), Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, 83–108.

ders.: Die Grundlagen der besonderen Insolvenzanfechtung. Gläubiger- und Vertrauensschutz im Übergang vom Prioritäts- zum Gleichbehandlungsgrundsatz, Berlin/Boston 2011.

ders.: Die vorklassische Personalvollstreckung wegen Darlehensschulden nach der lex Poetelia, ZRG RA 130 (2013) 393–404.

Klingbeil, Stefan: Die Not- und Selbsthilferechte. Eine dogmatische Rekonstruktion, Tübingen 2017.

Klingenberg, Georg: Die venditio ob tributorum cessationem facta, ZRG RA 109 (1992) 350–410.

Kluckhohn: Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung, Das Recht 1914, Sp. 263 f.

Kluth, Peter/Anselm Grün: Mieterrechte bei Doppelvermietung, NZM 2002, 473–479.

Knoche, Joachim P./Cornelia Biersack: Das zwangsvollstreckungsrechtliche Prioritätsprinzip und seine Vereitelung in der Praxis, NJW 2003, 476–481.

Knütel, Rolf: § 822 BGB und die Schwächen des unentgeltlichen Erwerbs, NJW 1989, 2504–2508.

ders.: Zum Pflichtenkonflikt des Verwahrers, in: Jean-François Gerkens, Hansjörg Peter, Peter Trenk-Hinterberger, Roger Vigneron (Hrsg.), Mélanges Fritz Sturm offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire, Liège 1999, Band 1, 239–265, auch abgedruckt in: Rolf Knütel, Ausgewählte Schriften, hrsg. von Holger Altmeppen, Sebastian Lohsse, Ingo Reichard, Martin Schermaier, Heidelberg 2021, 1049–1075.

ders.: Verteilungsgerechtigkeit, in: Hans Haarmeyer, Heribert Hirte, Hans-Peter Kirchhof, Friedrich Graf von Westphalen (Hrsg.), Verschuldung, Haftung, Vollstreckung, Insolvenz. Festschrift für Gerhart Kreft zum 65. Geburtstag, Recklinghausen 2004, 3–18, auch abgedruckt in: Rolf Knütel, Ausgewählte Schriften, hrsg. von Holger Altmeppen, Sebastian Lohsse, Ingo Reichard, Martin Schermaier, Heidelberg 2021, 217–232.

Koch, Christian Friedrich: Das Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach Preußischem Rechte, mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen, historisch-dogmatisch dargestellt. Erster Band, Breslau 1836.

Koch, Jens: Die Patronatserklärung, Tübingen 2005.

ders.: Haftungsbeschränkungen bei der Abgabe von Third Party Legal Opinions, WM 2005, 1208–1216.

Koehler, Tanja: Der Gleichbehandlungsgrundsatz bei Aktienemissionen, Berlin 2006.

Kohler, Josef: Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigenthum, vom Miteigenthum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht, JherJB 18 (1880) 129–478.

ders.: Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, Würzburg 1883.

ders.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, Berlin 1906.

ders.: Der unlautere Wettbewerb. Darstellung des Wettbewerbsrechts, Berlin/Leipzig 1914.

Kohler, Jürgen: Das Verfügungsverbot lebt – Stellungnahme zu Hans Wieling, Jus ad rem durch einstweilige Verfügung?, JZ 1982, 839 ff. –, JZ 1983, 586–592.

ders.: Das Verfügungsverbot gemäß § 938 Abs. 2 ZPO im Liegenschaftsrecht, Köln u.a. 1984.

ders.: Doppelvermietung – ein Glücksspiel für den Mieter?, NZM 2008, 545–558.

ders.: Einstweilig verfügtes Gebrauchsüberlassungsverbot, insbesondere bei Doppelvermietung – Besitzerwerbsschutz in Analogie zu §§ 135, 136 BGB, ZZP 123 (2010), 439–472.

Köhler, Helmut: Die „Beteiligung" an fremdem Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung?, in: Andreas Heldrich, Ingo Koller, Jürgen Prölss, Katja Langenbucher, Hans Christoph Grigoleit, Johannes Hager, Felix Christopher Hey, Jörg Neuner, Jens Pe-

tersen, Reinhard Singer (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, 591–603.

Koller, Ingo: Transportrecht. Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft, 9. Aufl. München 2016.

Konradi, Jerom: Das Kürzungs- und Verteilungsverfahren gem. §§ 155, 156 Abs. 3 VVG a.F. bzw. § 109 VVG. Probleme bei voraussichtlicher Deckungssummenüberschreitung und deren Lösung, VersR 2009, 321–327.

Kopp, Matthias: Die Kollision vertraglicher Forderungen. Zu einer Bevorzugungspflicht als Ausnahme vom Präventionsgrundsatz, Baden-Baden 2017.

Kowalski, Klaus: Das Vertragsverständnis des Hugo Grotius. Zwischen Gerechtigkeit, Treue und Rechtsübertragung, Köln 2022.

Koziol, Helmut: Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, Wien 1967.

Kraßer, Rudolf: Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter, Köln u.a. 1971.

Krenz, Uwe: Modelle der Nachlaßteilung. Eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Untersuchung, Heidelberg 1994.

Kronman, Anthony T.: Specific Performance, University of Chicago Law Review 45 (1977–1978) 351–382.

Kroppenberg, Inge: Die Insolvenz im klassischen römischen Recht. Tatbestände und Wirkungen außerhalb des Konursverfahrens, Köln/Weimar/Wien 2001.

Krückmann: Der Zuckerrübensamenprozess und die herrschende Unmöglichkeitslehre, LZ 1915, Sp. 95–104.

ders.: Die stillschweigende und die ausdrückliche Kriegsklausel, LZ 1918, Sp. 1310–1321.

ders.: Anmerkung zu OLG Augsburg, Urteil vom 10.3.1919, L. 25/1916, JW 1919, 736–737.

Krüger, Wolfgang: Die Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung im Spannungsfeld zwischen materiellem und formellem Recht, NJW 1990, 1208–1213.

Küpper, Wolfgang: Die Verjährungshöchstfrist für erbrechtliche Ansprüche nach § 199 Abs. 3a BGB, ZEV 2010, 397–400.

Küppersbusch, Gerhard: Das Kürzungs- und Verteilungsverfahren bei Überschreitung der Versicherungssumme in der Haftpflichtversicherung. Durch den BGH geklärte und noch offene Rechtsfragen. Praktische Umsetzungsschwierigkeiten, in: Neminem laedere. Aspekte des Haftungsrechts, Festschrift für Gerda Müller zum 65. Geburtstag am 26. Juni 2009, hrsg. von Hans-Peter Greiner, Norbert Gross, Kay Nehm, Andreas Spickhoff, Köln 2009, 65–78.

Kuhn, Georg/Wilhelm Uhlenbruck: Konkursordnung, fortgeführt seit der 9. Aufl. von Wilhelm Uhlenbruck, unter Mitarbeit von Hans-Jochem Lüer, 11. Aufl. München 1994.

Kupisch, Berthold: Die Versionsklage. Ihre Entwicklung von der gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Heidelberg 1965.

Landau, Peter: Zum Ursprung des ‚ius ad rem' in der Kanonistik, in: Stephan Kuttner (Hrsg.), Proceedings oft the Third International Congress of Medieval Canon Law, Strasbourg, 3–6 September 1968, Vatikanstadt 1971, 81–102.

Landmann, Robert (Begr.)/*Gustav Rohmer*: Gewerbeordnung. Kommentar, neubearbeitet von Erich Eyermann und Ludwig Fröhler, zweiter Band, 11. Aufl. München/Berlin 1956.

Lando, Henrik/Caspar Rose: On the enforcement of specific performance in Civil Law countries, IRLE 24 (2004) 473–487.
Landwehr, Götz: Das Seerecht der Hanse (1365–1614). Vom Schiffordnungsrecht zum Seehandelsrecht, Hamburg 2003.
Lange, Heinrich/Kurt Kuchinke: Erbrecht. Ein Lehrbuch, 5. Aufl. München 2001.
Larenz, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967.
Laum, Dieter/Corinna Dylla-Krebs: Der Minderjährige mit beschränkter Haftung? Zum Entwurf eines Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetzes (MHbeG), in: Festschrift für Ralf Vieregge zum 70. Geburtstag am 6. November 1995, hrsg. von Jürgen F. Baur, Rainer Jacobs, Manfred Lieb, Peter-Christian Müller-Graff, Berlin New York 1995, 513–545.
Lauterpacht, Hersch: Contracts to Break a Contract, LQR 52 (1936) 494–529.
Leibniz, Gottfried Wilhelm: Dissertatio inauguralis de casibus perplexis in jure, Leipzig 1666, zitiert nach: Alberto Artosi, Bernardo Pieri, Giovanni Sartor (Hrsg.), Leibniz: Logico-Philosophical Puzzles in the Law. Philosophical Questions and Perplexing Cases in the Law, Dordrecht 2013.
Lemppenau, Joachim: Gattungsschuld und Beschaffungspflicht. Kritisches zu § 279 BGB, Berlin 1972.
Lenel, Otto: Die Anfechtung von Rechtshandlungen im klassischen römischen Recht, in: Festschrift zu August Sigmund Schultzes siebenzigstem Geburtstag gewidmet von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Kaiser-Wilhelms-Universität in Straßburg, Leipzig 1903, 1–23.
ders.: Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl. Leipzig 1927.
Leonhard, Franz: Allgemeines Schuldrecht des BGB. Erster Band des Schuldrechts, München und Leipzig 1929.
Levy, Ernst: Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht
– Erster Band, Berlin 1918.
– Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen, Weimar 1962.
Lieb, Thorsten: Privileg und Verwaltungsakt. Handlungsformen der öffentlichen Gewalt im 18. und 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 2004
Liebs, Detlef: Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe, Göttingen 1972.
ders.: Ist unter den römischen Juristen mit einem zweiten Caecilius zu rechnen?, ZRG RA 107 (1990) 371 f.
Lindner, Dominikus: Die Lehre vom Privileg nach Gratian und den Glossatoren des Corpus iuris canonici, Regensburg 1917.
Lobinger, Thomas: Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten. Zugleich ein Beitrag zu Korrekturbedürftigkeit der §§ 275, 311a, 313 BGB n. F., Tübingen 2004.
Lobnik, Lukas: Gläubigergleichbehandlung außerhalb der Insolvenz. Zugleich ein Beitrag zur Dritthaftung des Abschlussprüfers, Wien 2022.
Lohsse, Sebastian: Ius adcrescendi. Die Anwachsung im römischen Vermächtnisrecht, Köln/Weimar/Wien 2008.
LoPucki, Lynn M.: The Unsecured Creditor's Bargain, Virginia Law Review 80 (1994) 1887–1965.
Lorenz, Stephan/Thomas Riehm: Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002.
Löwisch, Manfred: Der Deliktsschutz relativer Rechte, Berlin 1970.

Lüdtke-Handjery, Christian: Ranggleiche Auflassungsvormerkungen, DB 1974, 517–520.
Macneil, Ian R.: Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky, Virginia Law Review 68 (1982) 947–969.
Makowsky, Mark: Der Einfluss von Versicherungsschutz auf die außervertragliche Haftung. Ein Plädoyer für die Ablösung des Trennungsprinzips durch das Prioritätsprinzip, Karlsruhe 2013.
Marrone, Matteo: Note di diritto romano sul c.d. beneficium competentiae, AUPA 36 (1976) 5–47.
Martinek, Michael: Der Bereicherungsausgleich bei veranlaßter Drittleistung auf fremde nichtbestehende Schuld, JZ 1991, 395–400.
ders.: Noch einmal: Die Rückkehr der Praxis zur Regelanwendung und der Beruf der Theorie im Recht der Leistungskondiktion, NJW 1992, 3141–3143.
ders./Stefan Röhrborn: Der legendäre Bonifatius-Fall – Nachlese zu einer reichsgerichtlichen Fehlentscheidung, JuS 1994, 473–479, 564–570.
Martiny, Dieter: Unterhaltsrang und -rückgriff. Mehrpersonenverhältnisse und Rückgriffsansprüche im Unterhaltsrecht Deutschlands, Österreichs, der Schweiz, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika, 2 Bände, Tübingen 2000.
Matthieß, Bernhard: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band: Die allgemeinen Lehren und das Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Aufl. Berlin 1900.
Mayer-Maly, Theo: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 7.6.1990, IX ZR 237/89, JZ 1991, 40 f.
Medicus, Dieter: Kreditsicherung durch Verfügung über künftiges Recht, JuS 1967, 385–393.
ders.: Mehrheit von Gläubigern, JuS 1980, 697–704.
ders.: Die Forderung als „sonstiges Recht" nach § 823 Abs. 1 BGB?, in: Erwin Deutsch, Ernst Klingmüller, Hans Josef Kullmann (Hrsg.), Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995. Der Schadensersatz und seine Deckung, Berlin/New York 1995, 333–345.
Meier, Sonja: Die Gesamtgläubigerschaft – ein unbekanntes, weil überflüssiges Wesen?, AcP 205 (2005) 858–904.
Meischeider, Emil: Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Leipzig 1900.
Menger, Anton: Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 3. Aufl. Tübingen 1904.
Michaels, Ralf: Sachzuordnung durch Kaufvertrag. Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht, Berlin 2002.
Mitteis, Ludwig: Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs, Leipzig 1891.
Mohnhaupt, Heinz: Untersuchungen im Verhältnis Privileg und Kodifikation im 18. und 19. Jahrhundert, Ius Commune 5 (1975) 71–121.
ders.: Erteilung und Widerruf von Privilegien nach der gemeinrechtlichen Lehre vom 16. bis 19. Jahrhundert, in: Barbara Dölemeyer, Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), Das Privileg im europäischen Vergleich, Band 1, Frankfurt am Main 1997, 93–121.
Mohrbutter, Peter: Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, Köln 1998.
ders.: Irrtümliche Bezahlung einer Konkursforderung als Masseschuld, WuB VI B. § 57 KO 1.02.

Mokal, Rizwaan Jameel: Priority as Pathology: The Pari Passu Myth, Camb.L.J. 60 (2001) 581–621.

Mommsen, Friedrich: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig 1853.

Mugdan: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, hrsg. und bearbeitet von Benno Mugdan, fünf Bände, Berlin 1899.

Mühlenbruch, C. F.: Lehrbuch des Pandekten-Rechts, nach der dritten Aufl. der Doctrina Pandectarum deutsch bearbeitet. Erster Theil, Halle 1835.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg
- Band 1, §§ 1–240, 9. Aufl. München 2021.
- Band 3, §§ 311–432, 9. Aufl. München 2022.
- Band 4/2, §§ 481–534, 9. Aufl. München 2023.
- Band 7, §§ 705–853, Produkthaftungsgesetz, 9. Aufl. München 2024.
- Band 11, §§ 1922–2385, 9. Aufl. München 2022.

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. von Karsten Schmidt, Band 3, §§ 161–237, 4. Aufl. München 2019.

Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, hrsg. von Theo Langheid und Manfred Wandt, Band 2: §§ 100–216, 2. Aufl. München 2017.

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, hrsg. von Wolfgang Krüger und Thomas Rauscher, Band 2: §§ 355–945b, 6. Aufl. München 2020.

Muscheler, Karlheinz: Haftungsbeschränkung zugunsten Minderjähriger (1629a BGB), WM 1998, 2271–2288.

Muthorst, Olaf: Bedingt, befristet, betagt – Sonderfälle der Forderung im Spiegel des Insolvenzrechts, ZIP 2009, 1794–1801.

ders.: Macht durch Verdinglichung – zum Gläubigerwettlauf bei Doppelverpflichtung, in: Matti Hauer, Lena Rudkowski, Paul Gooren, Melanie Lahr, Jana Oestreich, Moritz Renner, Sabine Schmidt, Alexander Schreiber (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2012. Macht im Zivilrecht. Berliner Tagung, 5.–8. September 2012, Stuttgart u.a. 2013, 127–144.

Nehlsen-von Stryk, Karin: Grenzen des Rechtszwangs: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung, AcP 193 (1993) 529–555.

Neufang, Paul: Erfüllungszwang als „remedy" bei Nichterfüllung. Eine Untersuchung zu Voraussetzungen und Grenzen der zwangsweisen Durchsetzung vertragsgemäßen Verhaltens im US-amerikanischen Recht im Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland, Baden-Baden 1998.

Neumann, Johannes: Vormerkung und Veräußerungsverbot, JW 31 (1902), 454–459.

Neumann-Duesberg, Horst: Das vertragswidrige Doppelarbeitsverhältnis, DB 1971, 382–389.

Neuner, Jörg: Der Prioritätsgrundsatz im Privatrecht, AcP 203 (2003) 46–78.

Nicklisch, Fritz: Wesen und Wirkung der Arresthypothek, AcP 169 (1969) 124–136.

Noack, Wilhelm: Die Pfändung von Früchten auf Grundstücken, Rpfleger 1969, 113–117.

Nodoushani, Manuel: Zur Theorie des effizienten Vertragsbruchs der ökonomischen Analyse des Rechts, Rechtstheorie 37 (2006) 467–488.

Nörr, Knut Wolfgang/Robert Scheyhing: Sukzessionen. Zession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme, Schuldbeitritt, Tübingen 1983.

Nußbaum, Arthur: Das neue deutsche Wirtschaftsrecht. Eine systematische Übersicht

über die Entwicklung des Privatrechts und der benachbarten Rechtsgebiete seit Ausbruch des Weltkriegs. Zweite, völlig umgearbeitete Aufl., Berlin 1922.

Oertmann, Paul: Der Schadenersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten, in: Festgabe für Heinrich Dernburg zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 4. April 1900, überreicht von der Juristenfakultät der Universität Berlin, Berlin 1900, 63–89.

ders.: Bürgerliches Gesetzbuch
– Erstes Buch, Allgemeiner Teil. Zweite vollständig umgearbeitete Aufl. des Kommentars von Karl Gareis, Berlin 1908.
– Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse. Erste Abteilung, 5. Aufl. Berlin 1928.
– Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse. Zweite Abteilung, 5. Aufl. Berlin 1929.

Ogorek, Regina: Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert, Köln/Wien 1975.

Ohly, Ansgar: Die Verleitung zum Vertragsbruch im englischen und deutschen Recht: Zukunfts- oder Auslaufmodell?, in: Jörg Bernreuther, Robert Freitag, Stefan Leible, Harald Sippel, Ulrike Wanitzek (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Spellenberg zum 70. Geburtstag, München 2010, 617–629.

ders.: „Lawyers rarely give unequivocal advice" – die Verleitung zum Vertragsbruch im englischen und deutschen Recht bei Unsicherheit über die Rechtslage, ZEuP 2021, 1017–1032.

Oppermann, Rainer: Die Kollision der Vindikation mit schuldrechtlichen Besitzübertragungsansprüchen, Berlin 2003.

d'Ors, Álvaro: El interdicto fraudatorio en el derecho romano clasico, Rom Madrid 1974.

Otte, Gerhard: Die Verjährung erbrechtlicher Ansprüche, ZGS 2010, 157–164.

Pakter, Walter: The mystery of cessio bonorum, Index 22 (1994) 323–342.

Pappenheim, Max: Handbuch des Seerechts, Band 2: Sachen des Seerechts. Schuldverhältnisse des Seerechts I, Leipzig 1906.

Pastor, Wilhelm L.: Der neue Strafcharakter wettbewerblicher Unterlassungsvollstreckung, WRP 1981, 299–304.

Paulus, Christoph: Richterliches Verfügungsverbot und Vormerkung im Konkurs. Ein Beitrag zur Systematik der Vorzugsrechte, Berlin 1981.

Paulus, Gotthard: Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung, AcP 155 (1956) 277–374.

ders.: Schranken des Gläubigerschutzes aus relativer Unwirksamkeit, in: Rolf Dietz, Heinz Hübner (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965, Band 1, München/Berlin 1965, 909–937.

Pennitz, Martin: Noxalhaftung und Eigenverantwortung bei den Delikten bedingt freigelassener Sklaven, in: Holger Altmeppen, Ingo Reichard, Martin Josef Schermaier in Verbindung mit Wolfgang Ernst, Ulrich Manthe, Reinhard Zimmerman (Hrsg.), Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2009, 855–872.

ders.: Ein „Irrthum und die Möglichkeit, ihn selbst öffentlich zurückzunehmen" – Jherings Lösungsansatz zu Paul. D. 18.4.21 (Gefahrtragung beim Doppelverkauf), GROM 35 (2018) 145–158.

Peters, Egbert: Restriktive Auslegung des § 888 ZPO?, in: Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, hrsg. von Johannes Baltzer, Gottfried Baumgärtel, Egbert Peters und Helmut Pieper, München 1980, 285–295.

Petersen, Jens: Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, München 2001.

Pflüger, H. H.: Ueber das Wesen der Dinglichkeit, AcP 79 (1892) 406–445.

ders.: Die Vollstreckungspfändung als Prüfstein der Dinglichkeit, AcP 83 (1894) 352–358.

Picker, Eduard: Schuldrechtsreform und Privatautonomie, JZ 2003, 1035–1048.

ders.: Die Mehrleistungspflicht bei nicht zu vertretender Leistungserschwerung nach Allgemeinem Schuldrecht und Kaufrecht, in: Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, hrsg. von Barbara Dauner-Lieb, Peter Hommelhoff, Matthias Jacobs, Dagmar Kaiser, Christoph Weber, Tübingen 2006, 687–717.

ders.: Der deliktische Schutz der Forderung als Beispiel für das Zusammenspiel von Rechtszuweisung und Rechtsschutz, in: Andreas Heldrich, Ingo Koller, Jürgen Prölss, Katja Langenbucher, Hans Christoph Grigoleit, Johannes Hager, Felix Christopher Hey, Jörg Neuner, Jens Petersen, Reinhard Singer (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, 1001–1035.

ders.: Befreiung von der Primärleistungspflicht bei Leistungserschwerung, in: Markus Artz, Beate Gsell, Stephan Lorenz (Hrsg.), Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, Tübingen 2014, 1–53.

Pierson, Thomas: Das Gesinde und die Herausbildung moderner Privatrechtsprinzipien, Frankfurt am Main 2016.

Planck, Gottlieb: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz erläutert von Dr. G. Planck
- Erster Band, Einleitung und Allgemeiner Theil, 2. Aufl. Berlin 1898.
- Zweiter Band, Schuldrecht, 1. und 2. Aufl. Berlin 1900.
- Vierter Band, Familienrecht, 1. und 2. Aufl. Berlin 1901.
- Fünfter Band, Erbrecht, 1. und 2. Aufl. Berlin 1902; 3. Aufl. Berlin 1908.

Posner, Richard A.: Economic Analysis of Law, 9. Aufl. New York 2014.

Potz, Richard: Zur kanonistischen Privilegientheorie, in: Barbara Dölemeyer, Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), Das Privileg im europäischen Vergleich, Band 1, Frankfurt am Main 1997, 13–67.

Prölß, Erich R.: Versicherungsvertragsgesetz, 3. Aufl. München/Berlin 1941.

Prölss/Martin: Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen, Vertriebsrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen, begründet von Erich R. Prölss und fortgeführt von Jürgen Prölss, Anton Martin und anderen, 31. Aufl. München 2021.

Puchelt: Drei Fragen aus dem Arrest- und Konkursrechte, ZZP 3 (1881) 1–11.

Puchta, Georg Friedrich: Cursus der Institutionen. Zweiter Band, Leipzig 1842.

Purpura, Gianfranco: Il χειρέμβολον e il caso di Saufeio: responsabilità e documentazione nel trasporto marittimo romano, AUPA 57 (2014) 127–152.

Raape, Leo: Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1908.

Rabe, Dieter: Seehandelsrecht. Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen, 4. Aufl. München 2000.

Rabel, Ernst: Anmerkung zu RG, Urteil vom 21.3.1921; 522/20 VI., JW 1922, 158.

RAC: Reallexikon für Antike und Christentum. Band 29: Rhetorik–Schweiß, hrsg. von Christian Hornung, Stuttgart 2019.

Rainer, Johannes Michael: Rezension zu: Silveira Marchi, Do „Pactum ut minus solvatur", ZRG RA 115 (1998) 738–740.

RE: Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, hrsg. von Georg Wissowa, Band III,2: Campanus ager–Claudius, Stuttgart 1899.

Reggi, Roberto: Ricerche intorno al beneficium inventarii, Mailand 1967.

Regelsberger, Ferdinand: Pandekten. Erster Band, Leipzig 1893.

Reichert, Mike: Pflichten und Pflichtenkonflikte bei einer Verwahrung im römischen Recht im Wandel der Anschauungen, Baden-Baden 2022.
Remien, Oliver: Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld. Vergleich – Vereinheitlichung – Kollisionsrecht, Tübingen 1992.
Renner, Moritz/Torsten Kindt: Wirtschaftsrecht und Politische Ökonomie, JZ 2023, 313–320.
Repgen, Tilman: Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft, Paderborn u.a. 1994.
ders.: Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts, Tübingen 2001.
Reuter, Dieter: Elterliche Sorge und Verfassungsrecht, AcP 192 (1992) 108–152.
Riehl: Das System des Deutschen Gläubigeranfechtungsrechts: Kritische Studien, Gruchot 53 (1909) 161–228 und 497–554.
Riehm, Thomas: Der Grundsatz der Naturalerfüllung, Tübingen 2015.
ders.: Rechtsgrund – Pflicht – Anspruch. Zur Dogmatik des Schuldverhältnisses, in: Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert. Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, hrsg. von seinen Schülerinnen und Schülern Marietta Auer, Hans Christoph Grigoleit, Johannes Hager, Carsten Herresthal, Felix Hey, Ingo Koller, Katja Langenbucher, Jörg Neuner, Jens Petersen, Thomas Riehm, Reinhard Singer, Berlin/Boston 2017, 345–369.
Riesenfeld, S.: Die Erbenhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, zweiter Band: Das Inventar und die Mittel der Haftungsbeschränkung, Berlin 1916.
Riezler, Erwin: Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen, AcP 98 (1906) 372–419.
Rinteln, W.: Kurze Versuche zur Erklärung einiger Dunkelheiten im Allgemeinen Land-Recht, Kamptz'sche Jahrbücher 30 (1827) 89–130.
Rodríguez-Rosado, Bruno: Abstraktionsprinzip und redlicher Erwerb als Mittel zum Schutze des Rechtsverkehrs, Frankfurt am Main 2009.
Rohlfs, Stephan: Die Rechtsfolgen der beschränkten Erbenhaftung für die Gläubiger des Erblassers im antiken und mittelalterlichen römischen Recht (Diss. Hamburg) 2002.
Roth, Hans-Jörg: Alfeni Digesta. Eine spätrepublikanische Juristenschrift, Berlin 1999.
Roth, Herbert: Die Einrede des Bürgerlichen Rechts, München 1988.
Rütten, Wilhelm: Mehrheit von Gläubigern, Tübigen 1989.
Savigny, Friedrich Carl von: System des heutigen römischen Rechts, erster Band, Berlin 1840.
Scarano Ussani, Vincenzo: Le Forme del Privilegio. Beneficia e privilegia tra Cesare e gli Antonini, Neapel 1992.
Schäfer, Karsten: Das Problem der verhältnismäßigen Befriedigung ausserhalb des Konkurses, Dissertation Frankfurt am Main 1923 (Schreibmaschine mit handschriftlichen Korrekturen; Exemplar der UB Frankfurt).
Schanbacher, Dietmar: Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht, Berlin 1987.
ders.: Zur Bedeutung interdisziplinärer Erkenntnisse in der Rechtslehre Afrikans, in: Jan Dirk Harke (Hrsg.), Africani quaestiones, Berlin/Heidelberg 2011, 89–101.
Scherer, Ingrid: Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP, WRP 2009, 518–525.
Schermaier, Martin Josef: Teilvindikation oder Teilungsklage? Auf der Suche nach dem klassischen Vermischungsrecht, ZRG RA 110 (1993) 124–183.

ders.: Rezension zu: Repgen, Erfüllungszwang, ZRG RA 115 (1998) 640–647.
ders.: Impossibilium nulla obligatio. Vorverständnis, Begriff und Gegenstand der Unmöglichkeit der Leistung im römischen Recht, AUPA 51 (2006) 241–268.
ders.: Die „Konkretisierung" bei der Gattungsschuld. Eine Episode aus der deutschen Begriffsjurisprudenz, in: Andreas Hoyer, Hans Hattenhauer, Rudolf Meyer-Pritzl, Werner Schubert (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jörn Eckert, Baden-Baden 2008, 759–789.
ders.: Was schuldet der Schuldner? Die „Pflicht zur Anstrengung" im modernisierten Schuldrecht, in: Friedrich Harrer, Heinrich Honsell, Peter Mader (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag, Wien 2011, 409–422.
Schey, Josef von: Bericht über den Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Änderung und Ergänzung von Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, im Auftrag des Subkomitees der Kommission für Justizgegenstände, Wien 1912 (Beilage Nr. 78 zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, XXI. Session); auch abgedruckt in: Dritte Teilnovelle, 123–433.
Schilken, Eberhard: Gläubigerkonkurrenz als Anfechtungsgrund?, in: Rolf Stürner, Hiroyuki Matsumoto, Wolfgang Lüke und Masahisa Deguchi (Hrsg.), Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, Tübingen 2009, 159–173.
Schlosser, Peter: Vollstreckungsrechtliches Prioritätsprinzip und verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz, ZZP 97 (1984) 121–138.
Schmidt, Jan Peter: Itinera hereditatis. Strukturen der Nachlassabwicklung in historisch-vergleichender Perspektive, Tübingen 2022.
Schmidt, Jürgen: „Actio". „Anspruch". „Forderung", in: Michael Martinek, Jürgen Schmidt, Elmar Wadle (Hrsg.), Vestiga Iuris: Festschrift für Günter Jahr zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1993, 401–417.
Schmidt, Karsten: Zur Anwendung des § 185 BGB in der Mobiliarvollstreckung, ZZP 87 (1974) 316–331.
ders.: Einlage und Haftung des Kommanditisten, Köln 1977.
ders.: Zum Prozessrecht der beschränkten Erbenhaftung, JR 1989, 45–48.
ders.: Was wird aus der Haftung nach § 419 BGB? Zugleich ein Aufruf zur Besinnung auf das Modell der Haftungskontinuität bei § 25 HGB, ZIP 1989, 1025–1029.
ders.: Gesetzliche Gestaltung und dogmatisches Konzept eines neuen Umwandlungsgesetzes. Überlegungen zur legislatorischen Praxis und Theorie, ZGR 1990, 580–606.
ders.: Gläubigerschutz bei Umstrukturierungen. Zum Referentenentwurf eines Umwandlungsgesetztes, ZGR 1993, 366–395.
ders.: Das Gemeinschaftskonto: Rechtsgemeinschaft am Rechtsverhältnis. – Eine rechtsdogmatische Skizze zu den §§ 421, 427, 428, 432, 705 und 741 BGB –, in: Franz Häuser, Horst Hammen, Joachim Hennrichs, Anja Steinbeck, Ulf R. Siebel, Reinhard Welter (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, Berlin 2004, 1093–1116.
ders.: § 1629a BGB oder: über den Umgang mit einer rechtstechnisch misslungenen Vorschrift. Von der gegenständlichen zur summenmäßigen Haftungsbegrenzung, in: Wolf-Rüdiger Bub, Rolf Knieper, Rainer Metz, Gerd Winter (Hrsg.), Zivilrecht im Sozialstaat. Festschrift für Peter Derleder, Baden-Baden 2005, 601–624.
Schmidt, Richard: Prioritätsprinzip oder Ausgleichsprinzip, in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 60. Geburtstag, hrsg. von der Kölner rechtswissenschaftlichen Fakultät, Berlin 1937, 319–342.

Schmidt-Kessel, Martin: Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht. Limits of Frustration, Baden-Baden 2003.
Schmieder, Philipp: Duo rei. Gesamtobligationen im römischen Recht, Berlin 2007.
Schmidt-Ott, Justus: Pauli Quaestiones. Eigenart und Textgeschichte einer spätklassischen Juristenschrift, Berlin 1993.
Schmitz, Hanna Luisa: Versari in re illicita: Rückgriff auf die Rechtsfigur einer Erfolgshaftung aufgrund unerlaubten Verhaltens im Vertragsrecht?, Dortmund 2020.
Schmitz-Justen, Thomas: Die Haftung des Kommanditisten in der Insolvenz der Gesellschaft, Köln 2023.
Schollmeyer, Friedrich: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche, 2. Aufl. Berlin 1904.
Scholz, Philipp: Nachlass- und Eigengläubigerschutz in der Erbeninsolvenz de lege lata und de lege lata ferenda, KTS 2022, 1–34.
Schreiber, Otto: Unmöglichkeit der Leistung, LZ 1914, Sp. 167–170.
ders.: Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung, Das Recht 1914, Sp. 295 f.
Schricker, Gerhard: Probleme der Haftung aus Vermögensübernahme (§ 419 BGB), JZ 1970, 265–273.
Schröder, Rainer: Das Gesinde war immer frech und unverschämt. Gesinde und Gesinderecht vornehmlich im 18. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1992.
Schubert, Werner: Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB. Einführung, Biographien, Materialien, Berlin New York 1978.
ders.: Rezension zu: Vormbaum, Politik und Gesinderecht, ZRG GA 98 (1981) 439–442.
ders.: Das Reichshaftpflichtgesetz im Bundesrat (1866–1871), ZRG GA 100 (1983) 238–256.
ders.: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, hrsg. von Werner Schubert
– Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Verfasser: Albert Gebhard, Karl Ege/Karl Kurlbaum, Reinhold Johow und Gottlieb Planck, Berlin 1986.
– Allgemeiner Teil, Teil 1 und 2, Verf.: Albert Gebhard (Berlin 1881), Berlin 1981.
– Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, Verf.: Franz Philipp von Kübel (Berlin 1882), Berlin 1980.
– Recht der Schuldverhältnisse, Teil 3, Verf.: Franz Philipp von Kübel und Hilfsarbeiter, Berlin 1980.
– Sachenrecht, Teil 1 und 2, Verf.: Reinhold Johow (Berlin 1880), Berlin 1982.
– Erbrecht, Teil 1 und 2, Verf.: Gottfried von Schmitt (Berlin 1879), Berlin 1984.
ders.: Entstehung und Quellen der Civilprozeßordnung von 1877, zwei Bände, Frankfurt am Main 1987.
Schünemann, Wolfgang: Befriedigung durch Zwangsvollstreckung, JZ 1985, 49–57.
Schulte-Nölke, Hans: Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Frankfurt 1995.
Schultheiß, Tilman: Das Verteilungsverfahren nach § 109 VVG in der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung, VersR 2016, 497–504.
Schulz, Fritz: System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909), 1–488.
ders.: Zwischenverfügungen bei Veräußerungen und Verpfändungen wesentlicher Sachbestandteile, in: Bonner Festgabe für Ernst Zitelmann zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum, München/Leipzig 1923, 81–165.
ders.: Classical Roman Law, Oxford 1951.

Schulze, Götz: Die Naturalobligation. Rechtsfigur und Instrument des Rechtsverkehrs einst und heute – zugleich Grundlegung einer zivilrechtlichen Forderungslehre, Tübingen 2008.

Schwartze, Andreas: Die Minderjährigen-Insolvenz. Eine Alternative zu § 1629a Abs. 1 BGB-E für den Schutz von Kindern vor Verpflichtungen durch ihre gesetzlichen Vertreter, in: Festschrift für Helmut Pieper: Recht – Rechtstatsachen – Technik, hrsg. von Peter Salje, Hamburg 1998, 527–550.

Schwennicke, Andreas: Die Entstehung der Einleitung des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, Frankfurt am Main 1993.

Schweppe, Albrecht: Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung. Vierte, über das Doppelte vermehrte, und als Handbuch bearbeitete Ausgabe.
– Erster Band. Einleitung und allgemeiner Theil, Göttingen 1828.
– Dritter Band. Obligationenrecht. Nach des Verfassers Tode fortgesetzt von Wilhelm Mejer, Göttingen 1831.

Schwerdtner, Peter: Zur Dogmatik des Arrestprozesses, NJW 1970, 222–226.

Segura, Serge: La cessio bonorum. Etude comparée de droit romain et de droit suisse, Zürich 2005.

Seibert, Ulrich: Leistung unter Vorbehalt, JZ 1983, 491–494.

Seiler, Hans Hermann: Rezension zu Roberto Reggi, Ricerche intorno al beneficium inventarii, ZRG RA 85 (1968) 540–546.

Selb, Walter: Rezension zu Gimenez-Candela, El regimen pretorio subsidiario de la acción noxal, ZRG RA 100 (1983) 682–689.

Sella-Geusen, Sylvia: Doppelverkauf. Zur Rechtsstellung des ersten Käufers im gelehrten Recht des Mittelalters, Berlin 1999.

Serick, Rolf: Die Profilierung der Mobiliarsicherheiten von heute im Konkursrecht von gestern, in: Einhundert Jahre Konkursordnung 1877–1977. Festschrift des Arbeitskreises für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. Köln zum einhundertjährigen Bestehen der Konkursordnung vom 10. Februar 1877, hrsg. von Wilhelm Uhlenbruch, Bernd Klasmeyer, Bruno M. Kübler, Köln u.a. 1977, 271–292.

ders.: Verarbeitungsklauseln im Wirkungskreis des Konkursverfahrens, ZIP 1982, 507–519.

Siber, Heinrich: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, Tübingen 1907.

ders.: Haftung für Nachlaßschulden nach geltendem und künftigem Recht (mit einem Gesetzesentwurf), Berlin/Leipzig 1937.

Siebenhaar, Eduard: Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen und zu der damit in Verbindung stehenden Publicationsverordnung vom 2. Januar 1863, Zweiter Band, Das Recht der Forderungen, bearbeitet von Kar Magnus Pöschmann, Leipzig 1865.

Siebert, Peter: Das Prioritätsprinzip in der Einzelzwangsvollstreckung, Göttingen 1988.

Sieg, Karl: Ausstrahlungen der Haftpflichtversicherung. Geschichtliche, materiellrechtliche und prozessuale Studien zur Stellung des Drittgeschädigten, Hamburg 1952.

Sieyès, Emmanuel-Joseph: Essai sur les privilèges, ohne Ortsangabe, 1788.

Silveira Marchi, Eduardo C.: Concurso de Credores e pactum ut minus solvatur, Lecce 1997.

Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand: Das practische gemeine Civilrecht

– Erster Band: Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht, Leipzig 1844.
– Zweiter Band: Das Obligationenrecht, Leipzig 1847.
ders.: Anleitung zum Studium des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen, Leipzig 1864.
Sirks, Boudewijn: Noxa caput sequitur, TR 81 (2013) 81–108.
Soergel, Hans-Theodor (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl., Band 3/2, §§ 243–304, hrsg. von Jens Ekkenga, Stuttgart 2014.
Solazzi, Siro: Il concorso dei creditori nel diritto romano, Band 2, Napoli 1938.
Sosnitza, Olaf: Verleiten zum Vertragsbruch – Berechtigte Fallgruppe oder alter Zopf?, WRP 2009, 373–378.
Stagl, Jakob Fortunat: Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts, Wien/Köln/Weimar 2009.
ders.: La "Lis de dotibus socrus et nurus" e il potere del "favor dotis" (Quint. decl. 360), Index 40 (2012) 326–341.
ders.: Durch Rede zum Recht am Beispiel von Quint. decl. 360, Journal on European History of Law 4 (2013) 2–9.
Stahl, Friedrich Julius: Ueber die Collision und den Vorzug des Besonderen vor dem Allgemeinen im Recht, Würzburg 1826.
Stamm, Jürgen: Die Pfändung und Verwertung ungetrennter Früchte durch den Gerichtsvollzieher, ein verfassungswidriges Relikt im Zeitalter der Zwangsverwaltung landwirtschaftlicher Grundstücke, DGVZ 2018, 25–33.
ders.: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.10.2020 – VIII ZR 261/18, LMK 2021, 437148.
Staub, Hermann: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. und 7. Aufl.
– Erster Band, enthaltend Buch 1 und Buch 2, Berlin 1900.
– Zweiter Band, enthaltend Buch 3, Berlin 1900.
Staub, Hermann (Begr.): Handelsgesetzbuch. Großkommentar
– 4. Aufl. hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris, Wolfgang Schilling, Peter Ulmer: Zweiter Band, §§ 105–237, Berlin 2004 (darin: §§ 161–177a, 9. Lieferung Oktober 1987).
– 5. Aufl. hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris, Mathias Habersack, Carsten Schäfer: Vierter Band, §§ 161–237, Berlin/Boston 2015.
Staudinger, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 3./4. Aufl.
– Allgemeiner Teil, München 1907.
– Recht der Schuldverhältnisse, I. Teil, München 1908.
ders. (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Aufl., §§ 1922–2196, hrsg. von Gustav Boehmer, Berlin 1954.
ders. (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., §§ 398–432, hrsg. von Manfred Löwisch, Berlin 1994.
ders. (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
– §§ 134–138; ProstG, hrsg. von Volker Rieble, Berlin 2021.
– §§ 516–534, hrsg. von Sebastian Herrler, Berlin 2021.
– §§ 826–829; ProdHaftG, hrsg. von Johannes Hager, Berlin 2022.
– §§ 1626–1633; RKEG, hrsg. von Michael Coester, Berlin 2020.
– §§ 1967–2063, hrsg. von Christian Baldus, Berlin 2020.
– §§ 2064–2196, hrsg. von Gerhard Otte, Berlin 2019.

Steiner, Anja: Die römischen Solidarobligationen. Eine Neubesichtigung unter aktionenrechtlichen Aspekten, München 2009.
Streyl, Elmar: Doppelvermietung – Eine Erwiderung auf Kohler, NZM 2008, 878–879.
Strohal, Emil: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, zweiter Band, 3. Aufl. Berlin 1904.
Stryk, Samuel: De jure privilegiati contra privilegiatum (Diss. Frankfurt (Oder) 1684, Johann Adolph Matthesius), Halle 1744.
Stürner, Michael: Zur Repartierungspflicht bei (beschränkten) Gattungsschulden, Jura 2018, 789–792.
Stürner, Rolf: Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZP 99 (1986) 291–332.
Stutz, Ulrich: Rezension zu: Lindner, Die Lehre vom Privileg, ZRG KA 8 (1918) 253–256.
Tamcke, Christoph/Daniel Adolph/Mirco Zantopp/Jan Claudio Muñoz: Zwischen Löwen und Gorillas – Wie funktioniert Venture Capital?, JA 2022, 1019–1026.
Thees, Hans/Heinz Hagemann: Das Recht der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung. Kommentar zum Pflichtversicherungsgesetz mit Nebenbestimmungen, 2. Aufl. neubearbeitet und ergänzt von Rudolf Fleischmann und Manfred Deiters, Berlin 1958.
Thibaut, Anton Friedrich Justus: System des Pandekten-Rechts. Erster Band, Jena 1805.
ders.: Ueber die Collision besonderer Rechte und Privilegien, in: ders., Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechts, zweyter Band, 2. Aufl. Jena 1817, vierzehnte Abhandlung, 242–251.
Thielmann, Georg: Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte – D. 19,1,31,2 und D. 6,2,9,4 –, ZRG RA 111 (1994) 197–241.
Thole, Christoph: Die tatbestandlichen Wertungen der Gläubigeranfechtung, ZZP 121 (2008) 67–93.
ders.: Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht. Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente in der Unternehmensinsolvenz, Tübingen 2010.
ders.: Die Ersatzabsonderung bei Einziehung sicherungszedierter Kundenforderungen und beim verlängerten Eigentumsvorbehalt, ZIP 2019, 552–559.
Thomale, Chris: Die Einrede als materielles Gestaltungsrecht, AcP 212 (2012) 920–970.
Thon, August: Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878 (Neudruck Aalen 1964).
Tuhr, Andreas von: Der Nothstand im Civilrecht, Heidelberg 1888.
ders.: Verfügung über künftige Forderungen, DJZ 1904, 426–431.
ders.: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts
– Erster Band, Berlin 1910.
– Zweiter Band. Zweite Hälfte, Berlin 1918.
Ulen, Thomas S.: The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies, Michigan Law Review 83 (1984) 341–403.
Ulrici, Bernhard: Einstweiliges Überlassungsverbot bei Doppelvermietung, ZMR 2002, 881–885.
Unger, Joseph: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Erster Band, Leipzig 1856.
Unger, Oliver: Actio Funeraria. Prinzip und Fall der verbotswidrigen Geschäftsführung ohne Auftrag, Tübingen 2018.
Unterholzner, Karl August Dominik: Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung, hrsg. von Philipp Eduard Huschke. Erster Band, Leipzig 1840.

Valett, Carl Julius Meno: Ausführliches Lehrbuch des praktischen Pandecten-Rechtes insbesondere für akademische Vorlesungen. Erster Band, Leipzig 1828.
Valiño, Emilio: La ‚actio tributoria', SDHI 33 (1967) 103–128.
Van Hoof, Vincent: The Priority of Acquisition Secured Creditors in Classical Roman Law, ZRG RA 139 (2022) 192–213.
Voci, Pasquale: Diritto ereditario romano, Volume secondo: Parte speciale, seconda edizione rifatta, Mailand 1963.
Vogel, Thies: Die Rechtsfigur des Repartierungsrechts, Hamburg 2008.
Völkl, Artur: Insolvenz ohne Vollstreckungsverfahren im klassischen Rom, in: Martin Josef Schermaier, Zoltán Végh, Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1993, 355–368.
Vormbaum, Thomas: Politik und Gesinderecht im 19. Jahrhundert (vornehmlich in Preußen 1810–1918), Berlin 1980.
Vygen, Hendrik: Die Verleitung zum Vertragsbruch im anglo-amerikanischen und deutschen Recht, Diss. Bonn 1971.
Wächter, Carl Georg: Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts. Zweiter Band. Allgemeine Lehren, Stuttgart 1842.
ders.: Pandekten, herausgegeben durch O. v. Wächter.
– Band I, Allgemeiner Theil, Leipzig 1880.
– Band II, Besonderer Theil, Leipzig 1881.
Wacke, Andreas: Zur Geschichte und Dogmatik der Gläubigeranfechtung, ZZP 83 (1970) 418–435.
ders.: Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner. Zur Befreiung Mithaftender beim Regreßverlust durch Gläubigerhandeln (Mit einem Vorschlag anläßlich des Referentenentwurfs zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom Januar 1967), AcP 170 (1970) 42–75.
ders.: Wer zuerst kommt, mahlt zuerst – Prior tempore potior iure, in: JA 1981, 94–98.
ders.: Europäische Spruchweisheiten über das Schenken und ihr Wert als rechtshistorisches Argument, in: Reinhard Zimmermann, Rolf Knütel, Jens Peter Meincke (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik. Hans Hermann Seiler zum 24. Dezember 1999, Heidelberg 1999, 325–369.
ders.: D. 19,2,26 und die Kunst des Übersetzens, OIR 11 (2006), 191–199.
ders.: „Niemand kann zwei Herren dienen" – Vom Sklaven- und Gesinderecht zur Teilzeitarbeit, in: Stephan Buchholz, Heiner Lück (Hrsg.), Worte des Rechts – Wörter zur Rechts-Geschichte. Festschrift für Dieter Werkmüller zum 70. Geburtstag, Berlin 2007, 399–414.
ders.: Zum Schulden-Abzug bei der Verurteilung in das Erschwingliche (in id quod facere potest) und vom Vorteil des Eherkommenden im Zivilprozess (melior est condicio occupantis), in: Holger Altmeppen, Ingo Reichard, Martin Josef Schermaier in Verbindung mit Wolfgang Ernst, Ulrich Manthe, Reinhard Zimmerman (Hrsg.), Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2009, 1325–1359.
ders.: Zur Einrede des Notbedarfs (ne egat) bei Schenkungsversprechen und im Dotalrecht, in: Carmela Russo Ruggeri (Hrsg.), Studi in onore di Antonio Metro, Mailand 2010, Band VI, 447–479.
Wagner, Gerhard: Rudolph von Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen, AcP 193 (1993) 319–347.
Wagner, Herbert: Primipilatshaftung, ZRG RA 90 (1973) 171–183.

ders.: Die Entwicklung der Legalhypotheken am Schuldnervermögen im römischen Recht (bis zur Zeit Diokletians), Köln/Wien 1974.
Waldstein, Wolfgang: Operae libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven, Stuttgart 1986.
Walter, Tom: Die Funktionen der actio depositi, Berlin 2012.
Weber, Hansjörg: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17.5.1984, JZ 1984, 1027 f.
Weber, Max: Werner Gephart, Siegfried Hermes (Hrsg.), Max Weber-Gesamtausgabe, Band I/22–3, Rechtssoziologie, Tübingen 2010.
Weichmann, Dirk: Die separatio bonorum im klassischen römischen Recht, Pfaffenweiler 1992.
Weiland, Thomas: Die Sicherung konkurrierender Sachleistungsansprüche im Wege einstweiliger Verfügung durch Vormerkung und Verfügungsverbot, Bielefeld 1992.
Welbers, Hartwig: Vollstreckungsrechtliches Prioritätsprinzip und verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz, Bonn 1991.
Weller, Marc-Philippe: Die Vertragstreue. Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue, Tübingen 2009.
Weller, Matthias: Persönliche Leistungen, Tübingen 2012.
Welser, Rudolf: Die Reform des österreichischen Erbrechts, Verhandlungen des siebzehnten österreichischen Juristentages, Band II/2, Wien 2009.
Wening-Ingenheim, J.N. von: Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, nach Heise's Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechtes zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen.
– Erster Band, München 1822.
– Zweiter Band, München 1823.
Wesener, Gunter: Dingliche und persönliche Sachenrechte – iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung, in: Erik Jayme, Adolf Laufs, Karlheinz Misera, Gert Reinhart, Rolf Serick (Hrsg.), Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991, Heidelberg 1991, 194–213.
ders.: Beschränkungen der Erbenhaftung im römischen Recht: separatio bonorum und beneficium inventarii, in: Martin Josef Schermaier, Zoltán Végh, Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1993, 401–416.
Wichert, Joachim: Einstweilige Verfügung bei Doppelvermietung – zugleich Besprechung des Urteils des OLG Frankfurt vom 28.8.1997 – 17 W 22/96, ZMR 1997, 16–19.
Wieling, Hans: Jus ad rem durch einstweilige Verfügung?
– JZ 1982, 839–842.
– Schlußwort, JZ 1983, 592 f.
ders.: Privilegium exigendi, TR 56 (1988) 279–298.
ders.: Privilegium fisci, praediatura und Protopraxie, ZRG RA 106 (1989) 404–433.
ders.: Sachenrecht. Band 1: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, 2. Aufl. Berlin/Heidelberg 2006.
Wientzek, Johann Siegfried: Commentatio iuridica de verso sensu L. 11. §. 6. et 7. et L. 12. FF. DE MIN. iuncto examine regulae: privilegiatus contra privilegiatum non utitur iure suo, Wratislawa 1778.
Wilburg, Walter: Gläubigerordnung und Wertverfolgung, JBl 71 (1949) 29–33.
ders.: Abschied von § 419 BGB, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, hrsg. von Gotthard Paulus, Uwe Diederichsen, Claus-Wilhelm Canaris, München 1973, 661–671.

Willems, Constantin: Ius civile vigilantibus scriptum est. Ein römischrechtlicher „Grundsatz" als „Grundlage des modernen Rechts"?, RIDA 60 (2013) 341–368.
Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts.
– Erster Band, Düsseldorf 1862 (4. Aufl. Düsseldorf 1875; 5. Aufl. Stuttgart 1879; 6. Aufl. Frankfurt am Main 1887, 7. Aufl. Frankfurt am Main 1891).
– Zweiter Band, 7. Aufl. Frankfurt am Main 1891.
– Dritter Band, 7. Aufl. Frankfurt am Main 1891.
Winkel, Laurens: Specific Performance in Roman law, in: Jan Hallebeek/Harry Dondorp (eds.), The Right to Specific Performance. The Historical Development, Antwerpen 2010, 9–20.
Wittkowsky, Curt: Die Kollision der Rechte unter besonderer Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Königsberg in Preußen 1911.
Woeß, Friedrich v.: Personalexekution und cessio bonorum im römischen Reichsrecht, ZRG RA 43 (1922) 485–529.
Wolf, Ernst: Anleitung zum Lösen zivilrechtlicher Fälle, JuS 1962, 101–105.
Wolf, Joseph Georg: Das Stigma ignominia, ZRG RA126 (2009), 55–113.
Wolf, Manfred: Vermögensschutz für Minderjährige und handelsrechtliche Haftungsgrundsätze, AcP 187 (1987) 319–342.
Wróblewski, Stanislaus: Zur Lehre von der Collision der Privatrechte, Wien 1894.
Wubbe, Felix: Rezension zu: Wagner, Generalverpfändung, ZRG RA 98 (1974) 429–437.
ders.: Ius vigilantibus scriptum, in: Felix B.J. Wubbe, Ius vigilantibus scriptum. Ausgewählte Schriften/Œuvres choisies, hrsg. von Pascal Pichonnaz, Fribourg 2003, 475–493.
Würdinger, Hans: Theorie der schlichten Interessengemeinschaften, Stuttgart 1934.
Wüst, Günther: Die Interessengemeinschaft ein Ordnungsprinzip des Privatrechts, Berlin 1958.
Zachmann, Nico: Die Kollision von Forderungsrechten, Basel 1976.
Zambotto, Isabella: Nexum. Struttura e funzione di un vincolo giuridico, Napoli 2021.
Zätsch, Jörg: Wasserfall – Die vertragliche Regelung von Liquidationspräferenzen, in: Tim Drygala, Gerhard Wächter (Hrsg.), Venture Capital, Beteiligungsverträge und „Unterkomplexitätsprobleme". Beiträge der 3. Leipziger Konferenz „Mergers & Acquisitions" am 19. und 20.5.2017 in Leipzig, München 2018, 103–116.
Ziebarth, Karl: Die Realexecution und die Obligation. Mit besonderer Rücksicht auf die Miethe erörtert nach römischem und deutschem Recht in Vergleich mit dem preußischen, Halle 1866.
Zimmermann, Reinhard: The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996.
Zoz de Biasio, Maria Gabriella: I rimedi contro gli atti in frode ai legittimari in diritto romano, Mailand 1978.
Zweigert, Konrad/Hein Kötz: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. Tübingen 1996.

Quellenregister

Hochgestellte Verweiszahlen beziehen sich auf Fußnoten.

I. Antike Quellen

1. Vorjustinianische Quellen

a. Altes Testament

Psalter 22,19 320[368]

b. Römische Gesetze

Zwölf Tafeln
Tab. 3,6 28–31, 29[19]

Codex Theodosianus (C. Th.)
3,30,1 44[87]
4,20,1 37[61]

Leges novellae (Nov. Th.)
11,3 44[88]

c. Juristenschriften

Gaius
2,154 34[46], 36[55], 38[64]
2,155 33[40], 33 f.[45], 38[65]
2,158–160 38[63]
2,162 38[63]
2,205 91[300], 98[324]
2,215 92[301]
3,78–81 32 f.[39]
3,78 35[50], 37[63]
3,79 37[63]
3,180 27[10]
3,199 32[35]
4,9 99[327]
4,26–29 25[3]
4,35 32[37]
4,45–47 26[7]
4,47 26[8]
4,48 26[4]
4,72 71[204], 73[216], 74[221]
4,72a–4,74a 67[194]
4,74a 67[194], 72 f.[214]
4,77 75[228]

Pauli Sententiae (PS)
1,21,15 47[101]
5,12,10 49[111]

(Pseudo)-Ulpian
Liber singularis regularum 24,13 91 f.[300]

Theophilus
3,12 pr. 33[40]
4,6,6 53[133]
4,7,3 73[216]

d. Schriften anderer Autoren

Cassius Dio
4,17,8 29[14], 30[25], 101[340]

Cicero
Pro Flacco 48 36[56]
Pro Quinctio 49 f. 34[46]
Pro Quinctio 50 33[41]

Gellius
5,13 9[35]
5,13,6 9[36]
20,1 29
20,1,19 29[17]
20,1,39–41 29[18]
20,1,49 29[19]
20,1,51 31[34]

Livius
8,28 31[31]

Quinitilian
Declamationes 360 85[279]
Institutiones 3,6,83–84 29[14]

Seneca
De beneficiis 4,39,2 33[40]
De beneficiis 7,16,3 36[55]

Tertulian
Apologeticum 4,9 29[14]

Varro
De lingua Latina 7, 105 31[31]

e. Dokumente

Inschriften
Lex Iulia Municipalis 34[46]
Stadtrecht von Gortyn (X, 20–25) 52[128]

Urkunden
Fragm. Argent. rectum IA (FIRA II 310 f.) 32[36], 82[261], 85[282]
Fragmentum de iure fisci (FIRA II 628), § 5 44[89]
P. Ryl. 75 36[56]

2. Justinianische Quellen

a. Institutiones

Inst. 1,6,1 38[64]
Inst. 1,6,3 36[58]
Inst. 2,19,6 40[73]
Inst. 3,11 pr.–2 38[63]
Inst. 3,12 pr. 34 f.[48]
Inst. 3,13 pr. 8[34]
Inst. 3,27,7 99[327]
Inst. 4,6,6 53[131], 53[133]
Inst. 4,6,40 35[52]
Inst. 4,7 59[158], 64[180]
Inst. 4,7,3 71[204]
Inst. 4,8 75[225]

b. Digesta

D. 2,9,1,1 75[229], 77
D. 2,9,2 pr. 76[230], 77[235], 77[237]
D. 2,9,2,1 78[243]
D. 2,14,7,17 38[66]
D. 2,14,7,19 39[68]
D. 2,14,8 39[69]
D. 2,14,9 39[69]
D. 2,14,10 pr. 38 f.[67], 39[70], 48[103], 49[111]
D. 2,14,49 81[254]
D. 3,2,1 34[46]
D. 3,3,32 93[303]
D. 3,5,9,1 66[188]
D. 3,5,13 58[153]
D. 3,5,21 66[188]
D. 4,3,6 33[45]
D. 5,1,14 320[366]
D. 9,4 75[225]
D. 9,4,2 75[226]
D. 9,4,3 75[226]
D. 9,4,11 77[239]
D. 9,4,12 78[242]
D. 9,4,14 pr. 76[233], 100[335], 116[56], 134[143]
D. 9,4,16 78[243], 79[247]
D. 9,4,20 76[232]
D. 9,4,21 pr. 78[243]
D. 9,4,21,2 78[243]
D. 9,4,24 pr. 78[244]
D. 9,4,24,1 78[244]
D. 9,4,25 78[245]
D. 9,4,26 pr. 78[246]
D. 9,4,26,2 78[242]
D. 9,4,26,4 79[247]
D. 9,4,28 77[239]
D. 9,4,39 pr. 77 f.[242], 78[243 f.]
D. 9,4,39,2 78[245]
D. 9,4,39,4 79[247]
D. 10,2,5 320[366]
D. 11,3,1,5 63 f.[176]
D. 11,3,2 64[176]
D. 11,7,14,1 47[101], 50[115]
D. 11,7,45 47[101]
D. 11,7,46,2 47[100]
D. 12,1,25 48[105]
D. 12,6,24,4 314[337]
D. 13,6,5,15 94[312]
D. 14,1,1,20 71[203]
D. 14,1,6 pr. 71[203]
D. 14,2 97[320]
D. 14,2,5 pr. 98[321]
D. 14,3,11,7 71[203]
D. 14,4 71[204]
D. 14,4,1 pr. 60[165], 71[203 f.], 73[216]
D. 14,4,1,2 71[203]
D. 14,4,1,3 70 f.[203]
D. 14,4,5,2 58[153]
D. 14,4,5,4 73[216]
D. 14,4,5,5 71[204]
D. 14,4,5,6 73[216]
D. 14,4,5,7 60[165]
D. 14,4,5,8 74[222]
D. 14,4,5,15 71[207], 73[216]
D. 14,4,5,18 73[216]
D. 14,4,5,19 71[204], 72[209], 73[218], 74[221]

D. 14,4,6 71[205]
D. 14,4,7 pr. 72[209]
D. 14,4,7,1 72[211], 103[352]
D. 14,4,7,2 73[217], 74[223]
D. 14,4,9,1 72[213]
D. 14,4,11 73[214]
D. 14,4,12 73[216], 74[219]
D. 14,5,2 pr. 80[251]
D. 14,5,3 83[267], 84[268]
D. 14,5,5 pr. 83[262]
D. 15,1 59[158]
D. 15,1,1,3 58[153]
D. 15,1,5,4 59[159 f.]
D. 15,1,9,2 59[159 f.], 60[166], 71[208]
D. 15,1,9,3 59[159 f.]
D. 15,1,9,4 60[160], 60 f.[166], 64[177], 71[208]
D. 15,1,10 60[162], 77[236], 100[335], 103[358], 116[55], 134[143]
D. 15,1,11 pr. 59[159]
D. 15,1,21 pr. 63[175], 64[179]
D. 15,1,27 pr. 58[153]
D. 15,1,47,2 80[249]
D. 15,1,52 pr. 44[86], 61[167]
D. 15,1,52,1 61[167], 62[171], 102[345]
D. 15,2 59[158]
D. 15,3 64[180]
D. 15,3,1,1 68[197]
D. 15,3,1,2 67[193], 68[196], 70[202]
D. 15,3,3,2 65[182]
D. 15,3,3,7 65[187]
D. 15,3,3,8 65[187]
D. 15,3,3,10 66[189]
D. 15,3,4 66[189], 66[190], 134[143]
D. 15,3,5,3 65[181]
D. 15,3,6 64 f.[181]
D. 15,3,10,6 65[186], 69[199], 69 f.[201]
D. 15,3,10,7 68[198]
D. 15,3,10,8 68[198]
D. 15,3,16 68[198]
D. 15,3,17 pr. 65[187], 66[188]
D. 15,3,18 67[192]
D. 15,3,19 69[200]
D. 16,3,1,39 20[96]
D. 16,3,7,2 47 f.[102]
D. 16,3,7,3 48[102], 49[108]
D. 16,3,8 48[102], 51[120]
D. 16,3,31,1 20[96]
D. 17,1,58,1 39[68], 39 f.[70]
D. 17,2,31 94[312]
D. 17,2,52,10 48[105]
D. 17,2,63 pr. 86[284]
D. 17,2,63,3 81[256], 84[270], 84[272]
D. 17,2,63,4 80[249], 81[256], 84[272], 84[275]
D. 17,2,63,5 81[256], 84[272], 84[276]
D. 17,2,63,7 86[284], 369[21]
D. 17,2,68,1 86[284]
D. 18,4,21 261[54]
D. 19,2,26 93–95, 101[339], 103[354], 106[5], 113[40], 114, 125[100], 144, 161, 171[359]
D. 19,2,31 96–98, 160, 384[77]
D. 20,2,1 43[84]
D. 20,4,5 46[95], 275[138]
D. 20,4,6 46[95]
D. 20,4,7 pr. 44[85], 46[96]
D. 20,4,7,1 47[98], 193[70]
D. 20,4,8 47[98]
D. 20,4,12 pr. 43[82]
D. 20,4,21 45[91]
D. 20,4,21 pr. 47[98]
D. 22,1,38 pr. 53[133]
D. 22,1,38,4 53[133], 54[134]
D. 23,3,33 80[252]
D. 23,3,74 49[112]
D. 24,3,12 85[280]
D. 24,3,14,1 81[254]
D. 24,3,17,2 83[262]
D. 24,3,18 pr. 85[280]
D. 24,3,18,1 80[250], 86[284]
D. 24,3,22,13 62[169 f.]
D. 24,3,53 81[256], 82[260]
D. 24,3,54 81[256], 83[263], 84[268]
D. 25,2,21,6 80[250]
D. 26,7,11 44[85], 49[112], 62[170]
D. 27,9,3 pr. 43 f.[85]
D. 27,10,5 34[47]
D. 28,5,43 109[18]
D. 29,5,3,4 161[296]
D. 30,8,1 89[290]
D. 30,33 92[300], 99[325], 115
D. 30,71,3–4 99[326 f.]
D. 31,16 89[291]
D. 31,17,1 90[296]
D. 31,24 90[297]
D. 31,67,7 91[297 f.]
D. 31,77,4 91[297]
D. 32,11,21 89[292]
D. 32,94 90 f.[297]
D. 33,2,14 92[301]
D. 36,1,18,6 91[297]
D. 38,1,23,1 95[315], 161[296]
D. 39,5,12 80[252], 83[263]
D. 39,5,33 pr. 82[262]

D. 39,6,17 113[44]
D. 40,4,54,1 38[66], 40[71]
D. 40,5,24,17 320[366]
D. 40,7,21,1 90[295]
D. 42,1 79[248]
D. 42,1,6 pr. 80[250], 81[255]
D. 42,1,16–25 79[248], 81[256]
D. 42,1,16 52[123], 80[250]
D. 42,1,17 80[250]
D. 42,1,18 80[250], 81[255]
D. 42,1,19 83[263]
D. 42,1,19 pr. 82[260], 84[269]
D. 42,1,19,1 79[248], 81[256], 82[260], 83[265]
D. 42,1,20 80[250]
D. 42,1,25 52[123]
D. 42,1,30 79[248], 80[252]
D. 42,1,41 79[248]
D. 42,1,41,2 82[262]
D. 42,1,49 79[248], 81[256], 83[263], 84[268]
D. 42,1,50 79[248], 83[263]
D. 42,1,51 79[248]
D. 42,1,51 pr. 34[45]
D. 42,1,52 79[248], 80[250]
D. 42,1,61 32[36]
D. 42,3,1 48[105]
D. 42,3,4 pr. 35[52], 80[253]
D. 42,3,4,1 35[52]
D. 42,3,6 35[52]
D. 42,3,7 33 f.[45]
D. 42,4,7,10–11 34[47]
D. 42,5 47[99]
D. 42,5,6 pr. 34[47], 56[145]
D. 42,5,6,1 56[145]
D. 42,5,6,2 56[145], 57[147]
D. 42,5,16–39 47[99]
D. 42,5,16 33[43]
D. 42,5,17 pr. 47[100]
D. 42,5,17,1 49[112]
D. 42,5,19,1 50[113]
D. 42,5,24,1 48[105]
D. 42,5,26 46[95]
D. 42,5,31 41[76]
D. 42,5,32 49[108], 94[311], 104[361], 106[5], 109[14]
D. 42,5,34 46[95], 47[98], 49[111]
D. 42,6 (Vulgata) 47
D. 42,6 41[76]
D. 42,6,1 pr. 41[76]
D. 42,6,1,1 41[76]
D. 42,6,1,2 58[150]
D. 42,6,1,9 41[78]
D. 42,6,1,17 42[77]
D. 42,6,3,2 42[77]
D. 42,6,5 42[77]
D. 42,7,5 33[42]
D. 42,8,1 pr. 53[131]
D. 42,8,6 pr.–5 54[136]
D. 42,8,6,6 55[142]
D. 42,8,6,7 42[80], 55[143], 71[206], 101[341], 104[360], 113[43]
D. 42,8,6,10 54[138]
D. 42,8,6,11 54[137]
D. 42,8,6,12 54[139]
D. 42,8,6,13 54[137]
D. 42,8,10 pr. 53[132]
D. 42,8,10,2 54[141]
D. 42,8,10,16 55[143]
D. 42,8,23 38[66], 40[71]
D. 42,8,24 3[13], 55 f.[144], 57[147], 57[148], 104[359], 177[4]
D. 42,8,25,3 57[148]
D. 42,8,25,7 33[45]
D. 45,1,9 88 f.[290]
D. 45,2,2 88[288]
D. 45,2,16 88[289]
D. 46,1,5 88[288]
D. 46,2,29 49[112]
D. 46,2,31,1 88[288]
D. 46,3,96 pr. 56[146]
D. 47,12,3,9 93[304]
D. 49,14,6 45 f.[91]
D. 49,14,28 47[98]
D. 49,14,37 49[111]
D. 49,14,46,3 45[91]
D. 49,14,47 pr. 44 f.[89]
D. 50,17,28 80[252]
D. 50,17,126,2 368[18]
D. 50,17,173 pr. 79[248]
D. 50,17,173,3 77[239]
D. 50,17,185 27[11]

c. Codex

C. 2,11,11 35[53]
C. 3,37,5 314[338]
C. 3,41 75[225]
C. 4,26 59[158], 64[180]
C. 4,46,1 45[90], 47[97]
C. 4,53 44[86]
C. 5,12,30 46[93]
C. 5,13,1 46[93]
C. 5,37,20 44[87]
C. 5,41 44[86]
C. 6,30,22 40 f., 113[44]
C. 6,38,4 89[290], 89 f.[293]

C. 6,38,4,1b 90[294]
C. 6,43,3,pr.–1 320[366]
C. 6,51,11 160[294]
C. 6,51,11b–11c 92[302]
C. 7,2,15 38[63]
C. 7,8,6 43[85]
C. 7,71 37
C. 7,71,1 35[49]
C. 7,71,4 pr. 37[60]
C. 7,71,7 42[79]
C. 7,71,8 pr. 35[49], 37[62]
C. 7,71,8 3–6 37[62]
C. 7,72,6 35[48], 42[80], 50[114]
C. 7,72,10 35[48]
C. 7,73,1 45[89]
C. 7,73,2 46[93]
C. 7,73,6 45[91]
C. 7,74,1 49[112], 85[280]
C. 7,75,6 34[45]
C. 8,14,1 45[90]
C. 8,14,2 45[91]
C. 8,16,9 190[53]
C. 8,17,3 43[82]
C. 8,17,9 48[103], 50[114]
C. 8,17,12,7 85[279]
C. 8,40,28,2 88[288]
C. 8,44,23 45[91]
C. 8,53,3 190[53]

II. Neuere Gesetze und Entwürfe (mit Materialien)

1. Deutsche Gesetze

Aktiengesetz

§ 349 AktG 1965 354

Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch

Art. 771 Abs. 1 und 2, 773 Abs. 2 ADHGB 275[143]
Protokolle ADHGB, 2847 275[143]

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten

Einleitung, § 70 118 f.
Einleitung, § 75 120
Einleitung, §§ 95–98 105[2], 118–120, 122, 173
I 10 §§ 18–23 120–122
I 10 § 25 121
I 18 §§ 458–461 120[85]
I 19 §§ 4–6 121
I 21 §§ 358–360 120[85]
II 5 § 27 143

Anfechtungsgesetz

§ 2 381
§ 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 und 3 374
§ 3 Abs. 1 Nr. 3 AnfG 1898 392
§ 3a AnfG 1898 378, 380[58], 381[59], 391, 394
§ 4 259, 384, 392, 396
§ 4 Abs. 1 259
§ 5 378, 380[58], 391, 394
§ 11 Abs. 1 Satz 2 399[140]
§§ 16–18 330, 353, 355, 358, 360 f., 404
§ 16 Abs. 1 361
§ 16 Abs. 2 352, 353, 355, 358, 361, 405
§ 18 394
Begründung, S. 22, in: Hahn IV, 744 4[14], 135[155]
Begründung für § 3a AnfG 1898, in: Hahn VII, 263 392[112]

Atomgesetz

Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren 291
§ 35 291[226]

Aufhebung der Schuldhaft

Gesetz über die Aufhebung der Schuldhaft vom 29.5.1868 207[151]

Aufruf des Rates der Volksbeauftragten

Nr. 8 144[193]

Arzneimittelgesetz

§ 88 Abs. 2 290[222]

Bayerischer Entwurf

Art. 143–144 115[52], 123 f., 134, 173
Art. 143 Abs. 2 321
Motive des Bayerischen Entwurfs 124[94]

Binnenschiffahrtsgesetz

Gesetz, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt vom 15.6.1895 287[199]
§ 102 Nr. 3 276[144]
§ 108 Abs. 2 276[144]
Gesetz zur Änderung der Haftungsbeschränkung in der Binnenschiffahrt vom 25.8.1998 287[201]
Zweites Gesetz zur Änderung der Haftungsbeschränkung in der Binnenschifffahrt vom 5.7.2016 287[203]

Bundesratsdrucksachen

BR-Drs. 75/94, 121, 122 355[125]

Bundestagsdrucksachen

BT-Drs. IV/2252 296[257]
BT-Drs. VI/2224 286[190], 286[192]
BT-Drs. VI/2225 286[190], 286[193]
BT-Drs. VI/22256 286[190]
BT-Drs. 7/550, S. 195 f. und 203 207[150]
BT-Drs. 9/95, 27 f. 367[12]
BT-Drs. 10/3553 287[194]
BT-Drs. 10/3852 286[194], 287[196], 287[197]
BT-Drs. 10/3853 287[194], 287[195]
BT-Drs. 11/2447 290 f.
BT-Drs. 12/2443, S. 25 359[145]
BT-Drs. 12/2443, S. 77, 82, 94 339[47]
BT-Drs. 12/2443, S. 113 285[185]
BT-Drs. 12/2443, S. 123 259[48]
BT-Drs. 12/2443, S. 139 f. 359[145]
BT-Drs. 12/2443, S. 146 225[237], 228[250]
BT-Drs. 12/2443, S. 157 339[47]
BT-Drs. 12/2443, S. 194 376[45]
BT-Drs. 12/2443, S. 213 376[45]
BT-Drs. 12/7302, S. 143, 194 285[185], 359[145]
BT-Drs. 13/5624 342[66]
BT-Drs. 13/8220 287[201]
BT-Drs. 13/8446 287[200–202]
BT-Drs. 16/3945, S. 50, 88 f. 297[259]
BT-Drs. 16/3945, S. 90 297[260]
BT-Drs. 16/8954, S. 10 382[67–68]
BT-Drs. 17/1039, S. 135 f. 287[198]
BT-Drs. 18/7821 287[203]
BT-Drs. 18/7822 287[203]

Bürgerliches Gesetzbuch

Gesetz

§ 135 190, 228–236, 241 f.
§ 136 224, 228, 230–236, 241 f.
§ 137 187, 191
§ 138 11[50]
§ 161 185, 193[68]
§ 162 Abs. 2 236
§ 166 Abs. 2 366
§ 185 185 f., 191, 193[68]
§ 197 Nr. 2 382
§ 199 Abs. 3a 382
§ 214 Abs. 2 386[83]
§ 229 244 f.
§ 242 11[50], 161[296], 314[336], 385
§ 249 264
§ 275 Abs. 1 BGB 1900 208[159], 311
§ 275 Abs. 2 BGB 1900 312
§ 275 BGB 2002 27, 209
§ 275 Abs. 2 BGB 2002 252, 312, 385 f.
§ 275 Abs. 3 BGB 2002 252, 386
§ 276 365, 367, 370, 397, 405
§ 276 Abs. 1 Satz 1 213, 312
§ 276 Abs. 2 312
§ 279 BGB 1900 305[297]
§§ 280–283 312
§ 280 Abs. 1 Satz 2 364
§ 282 BGB 1900 364
§ 285 309, 370
§ 286 Abs. 4 306
§ 287 358[140]

§ 292 358[140]
§ 311a Abs. 2 Satz 2 312
§ 323 BGB 1900 154[252], 208[159]
§ 323 Abs. 5 Satz 1 308
§ 326 154[252]
§ 326 Abs. 1 Satz 1 309, 386
§ 326 Abs. 2 Satz 1 306
§ 334 300
§ 372 249 f., 323
§ 407 234
§ 407 Abs. 1 367
§ 408 Abs. 1 234
§ 409 Abs. 1 Satz 1 367
§ 419 BGB 1900 325, 331, 334–340, 354 f., 361
§ 423 350
§ 428 6[21], 360, 404
§ 428 Satz 2 179[8], 348 f.
§ 429 Abs. 3 350
§ 430 88, 348–350, 360, 404
§ 441 Abs. 3 309
§ 447 306
§ 516 21, 180
§ 518 21, 180, 189[45]
§ 519 Abs. 1 255
§ 519 Abs. 2 251[19], 255, 302, 318, 323, 368 f., 370[23], 383, 403
§ 521 258, 369
§§ 528–529 383
§ 528 Abs. 1 303
§ 528 Abs. 1 Satz 2 257
§ 528 Abs. 2 255, 323, 403
§ 529 257
§ 566 224, 227
§ 571 BGB 1900 224
§ 651r Abs. 3 Satz 4 299
§ 659 Abs. 1 253
§ 659 Abs. 2 253, 278
§ 659 Abs. 2 Satz 2 315, 321
§ 660 253, 278
§ 670 381
§ 683 Satz 1 381
§ 693 318
§§ 745–746 6[24]
§ 749 Abs. 1 315
§ 752 Abs. 2 321
§ 753 Abs. 1 Satz 1 315
§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 385, 398
§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 380
§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 180
§ 813 377, 380, 383, 385–387, 398
§ 813 Abs. 1 Satz 2 386[83]
§ 814 388 f.
§ 816 Abs. 1 Satz 2 382, 396
§ 816 Abs. 2 234, 393–396, 398
§ 819 320[364]
§ 822 382, 396
§ 823 263, 291
§ 826 264, 268, 271
§ 866 6[24]
§ 870 180
§ 873 Abs. 1 230
§ 873 Abs. 2 184, 186, 187[36], 230
§ 878 184, 186
§ 883 Abs. 2 226
§ 885 Abs. 1 224, 242, 403
§ 888 226 f., 229 f.
§ 892 Abs. 1 Satz 2 229, 233
§§ 929–931 186 f., 189[46]
§ 931 230
§§ 932 ff. 233
§ 933 179
§ 934 Alt. 1 180
§ 934 Alt. 2 179 f.
§ 956 187[36], 188–190
§ 985 230[262]
§ 986 Abs. 2 189 f.[49], 233
§ 989 358[140]
§ 1007 Abs. 1 und 2 234
§ 1024 140, 174, 402
§ 1060 140[179]
§ 1090 140[179]
§§ 1233–1240 315
§ 1357 Abs. 1 Satz 2 349
§ 1437 284
§ 1443 BGB 1900 284
§ 1459 284
§ 1472 Abs. 1 284
§ 1480 325, 340 f., 345, 360
§ 1487 Abs. 1 284
§ 1498 341, 345, 360
§ 1504 341, 345
§ 1603 302
§ 1609 6[25], 302
§ 1613 370[26], 389
§ 1629a 325, 341–344, 345 f., 361, 404
§ 1922 189 f.[49]
§§ 1973–1974 6[23], 281, 325, 377

§ 1973 328
§ 1973 Abs. 1 Satz 2 282 f., 377, 379
§ 1973 Abs. 2 Satz 3 239, 247, 282, 326 f., 343, 347, 352, 358, 360, 362, 379, 404
§ 1974 343
§ 1974 Abs. 2 282 f., 377, 379
§§ 1975–1988 280
§ 1975 343, 377
§ 1978 281, 332, 345, 381
§ 1978 Abs. 1 329 f., 359
§ 1978 Abs. 2 330, 332, 333[24], 359, 365
§ 1978 Abs. 3 365, 377, 381, 397, 405
§ 1979 281, 322[380], 332, 336, 365, 367, 370, 377 f., 381, 391
§ 1980 280 f.
§ 1981 Abs. 1 280
§ 1985 Abs. 2 Satz 2 280
§ 1989 281, 325, 377, 404
§§ 1990–1991 6[23], 281, 325, 329–347
§ 1990 338, 377
§ 1990 Abs. 2 239, 326, 328
§ 1991 Abs. 1 281, 329 f., 332, 336, 345, 359
§ 1991 Abs. 3 239, 247, 282, 326–328, 343, 347, 352, 358, 360–362, 379, 404
§ 1991 Abs. 4 282 f., 328, 377, 394
§ 1992 282 f., 377
§ 1994 Abs. 1 Satz 2 381[59]
§ 2005 Abs. 1 381[59]
§ 2013 381[59]
§ 2014 280
§ 2015 280
§ 2036 332
§ 2036 Abs. 1 Satz 2 332–334, 345
§ 2037 332
§ 2042 Abs. 2 321
§ 2089 278
§ 2090 253[27], 278
§ 2092 Abs. 2 278
§ 2131 329, 359
§ 2138 Abs. 2 329, 359
§ 2145 329 f.–331
§ 2145 Abs. 1 359
§ 2145 Abs. 2 Satz 2 345, 358 f.
§ 2151 Abs. 3 Satz 1 und 2 349
§ 2157 253[27], 278
§ 2189 283
§ 2318 258, 283
§ 2322 258, 283
§ 2329 320[364]
§ 2329 Abs. 3255
§ 2382 331 f.
§ 2383 331 f.

Vorkommission
Gutachten vom 15.4.1874 141 f.[181]

Arbeit der (ersten) Kommission
Protokoll der Sitzung vom 22.9.1874 142[182]
Protokoll der Sitzung vom 28.9.1874 128
Bericht des Vorsitzenden vom 30.12.1880 136
Protokoll der Sitzung vom 22.2.1882 138 f., 174[377], 174[378]
Protokoll der Sitzung vom 7.3.1883 334[27], 335[29]
Protokoll der Sitzung vom 6.6.1883 142[184]
Protokoll der Sitzung vom 14.12.1883 140[176]
Protokoll der Sitzung vom 19.12.1883 139 f.[176]
Protokoll der Sitzung vom 7.4.1884 224–226
Protokoll der Sitzung vom 18.4.1884 228[251]
Protokoll der Sitzung vom 25.4.1884 228[251], 228 f.
Protokoll der Sitzung vom 24.9.1884 139–141, 174[375]
Protokoll der Sitzung vom 4.12.1884 202
Protokoll der Sitzung vom 8.12.1884 222 f.
Protokoll der Sitzung vom 25.4.1887 279[158]
Protokoll der Sitzung vom 7.5.1887 281[168]
Protokoll der Sitzung vom 13.5.1887 281[168]
Protokoll der Sitzung vom 16.5.1887 279[158]

Protokoll der Sitzung vom 18.5.1887 279[158]
Protokoll der Sitzung vom 26.3.1888 142[185], 143[189]
Redaktion des Kommissionsentwurfs (Jakobs/Schubert ErbR I, 480) 327[2]

Vorlagen der Redaktoren
Allgemeiner Teil
§ 42 130
§ 198 129–137, 138
Sachenrecht
§ 27 262
§ 28 224[227]
§ 241 131 f., 140
§ 258 132[131]
§ 373 202[124]
§ 375 222[219]
Erbrecht
§§ 366 Nr. 3, 379 279
Einführungsgesetz
§ 101 142 f.

E I
§ 107 E I 228[250]
§ 323 E I 6[21]
§ 445 E I 255[32]
§ 583 E I 253
§ 765 E I 6[24]
§ 772 E I 6[24]
§ 817 E I 6[24]
§ 973 E I 140
§ 986 E I 140[179]
§ 1048 E I 140[179]
§ 1483 Abs. 2 E I 6[25]
§ 2015 E I 255
§ 2118 E I 6[23], 281[168], 346[82]
§ 2127 Abs. 3 E I 6[23]
§ 2133 E I 279[159]

Motive
Motive I 215 = Mugdan I 471 228[250], 229[252]
Motive I 276 5[19]
Motive I 276 f. 5 f., 134 f., 306[303], 310[322], 349[95]
Motive I 277 302[287]
Motive II 29 = Mugdan II 165 255[32]
Motive II 152 = Mugdan II 84 335[30]
Motive II 523 = Mugdan II 292 f. 253[27]
Motive II 832 Anm. 2 = Mugdan II 465 378[51]
Motive III 336 f. = Mugdan III 186 f. 186 f.[35]
Motive III 368 188[44]
Motive V 127 = Mugdan V 66 329[11]
Motive V 467 = Mugdan V 249 255[35]
Motive V 640 = Mugdan V 344 281[168]
Motive V 641 = Mugdan V 344 326[82]

Vorkommission im Reichsjustizamt
Protokoll der 69. Sitzung vom 15.3.1892 224[230]

Protokolle (der zweiten Kommission)
Protokolle I 428 f. = Mugdan II 601 335[31]
Protokolle I 429 = Mugdan II 601 343[73]
Protokolle II 22 = Mugdan II 747 255[34], 369[20]
Protokolle II 54 = Mugdan II 767 21[102]
Protokolle II 134–141 = Mugdan II 814–818 224[231]
Protokolle III 107–118 = Mugdan III 562–567 225 f.
Protokolle III 321 = Mugdan III 737 140[178]
Protokolle III 387 = Mugdan III 745 140[179]
Protokolle III 437 = Mugdan III 780 140[179]
Protokolle III 694–699 = Mugdan III 892–895 202[128], 203
Protokolle III 700–703 = Mugdan III 896 f. 223
Protokolle III 746 = Mugdan III 570 227
Protokolle V 772 f. = Mugdan V 452 337[41]
Protokolle V 800 = Mugdan V 455 279 f.
Protokolle V 801 = Mugdan V 455 283[178]
Protokolle V 828 = Mugdan II 602 335[33]
Protokolle V 832 382[62], 391[111], 392

Subkommission für das Inventarrecht
Sitzung vom 24.9.1894 281[165]

Sitzung vom 25.9.1894 283[180]

Reichstagskommissionen
Kommissionsdrucksache Nr. 50, Ziff. 11 143 f.
6. Kommission 207[147]
12. Kommission 255[36]
16. Kommission 203

Denkschrift
Denkschrift, 389 = Mugdan V 854 283[180]

Dresdner Entwurf
Art. 318–319 115[53], 126–128, 134, 173
Art. 320 126[104]
Art. 509 334
Protocolle 126–128

Einführungsgesetz zum BGB
Art. 95 Abs. 1 und 2 143[189]
Art. 95 Abs. 3 143[190]

Einführungsgesetz zum StGB
Art. 98 Nr. 15 EGStGB 207[149]

Einführungsgesetz zur InsO
Art. 33 Nr. 16 EGInsO 339[47]

Eisenbahn
Eisenbahn-Verkehrsordnung 254[29]
Gesetz zur Neuordnung des Eisenbahnwesens vom 27.12.1993 254[29]
Transportrechtsreformgesetz vom 25.6.1998 254[29]

Erbrecht
Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24.9.2009 382[66]

Fernemeldewesen
Fernmeldeordnung vom 5.5.1971, § 36 Abs. 5 Satz 3 254[31]

Gerichtsverfassungsgesetz
§ 154 201[117]

Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher
§ 5 Abs. 1 Satz 1 201[118]
§ 117 201
§ 121 201[122]
§ 127 Abs. 5 204, 245

Gewerbeordnung
§ 125 GewO 1878 147
§ 125 GewO 1891 147[209], 265, 268 f.
§ 127g GewO 1897 147[207]
§ 133 Abs. 2 GewO 1878 147[207]
§ 154 Abs. 1 GewO 265
Änderung durch Gesetz vom 24.8.2002 148[213]

Gleichberechtigungsgesetz
Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts 285

GmbH-Gesetz
§ 29 Abs. 3 Satz 2 275

Grundbuchordnung
§ 17 201[118], 203, 246
§ 45 Abs. 1 203

Haftpflichtgesetz
§ 10 Abs. 1 290[219]
§ 10 Abs. 2 288[208]
Gesetz, betreffend die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken etc. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen vom 7.7.1871 288[209]
Änderung durch Gesetz vom 8.7.1923 290[218]
Gesetz zur Änderung des Reichshaftpflichtgesetzes vom 24.8.1943 290[219]

Handelsgesetzbuch
§ 171 Abs. 2 330, 352, 353, 355–357, 359–361, 404
§ 323 Abs. 1 Satz 3 301
§ 323 Abs. 2 300[275]
§ 442 Abs. 1 276

§ 453 Abs. 3 HGB 1900 254
§ 596 Abs. 1 Nr. 4 276[144]
§ 603 Abs. 2 276[144]
§ 604 Abs. 3 276[144]
§ 755 HGB 1897 285
§ 771 Abs. 4 und 5 285
§ 772 HGB 1897 286
§ 773 HGB 1897 285
§ 767 Abs. 1 276[143]
§ 767 Abs. 2 276[143], 292
§ 769 Abs. 2 HGB 1897 276[143]
Gesetz zur Änderung des Handelsgesetzbuchs vom 4.9.1938 254[29]

Handwerksordnung

§§ 21–29 148

Hessischer Entwurf

Art. 220 123[91]
Art. 258–260 115[52], 122 f., 134, 173
Motive des Hessischen Entwurfs 122 f.

Hilfswerk für behinderte Kinder

Gesetz vom 17. Dezember 1971 291

Insolvenzordnung

§ 15a 278[153]
§ 15b 278[153]
§§ 17–18 278[153]
§ 19 278[153]
§ 26 4[15]
§ 36 Abs. 1 302
§ 37 Abs. 1 285
§ 37 Abs. 1 Satz 1 und 2 284
§ 37 Abs. 1 Satz 3 284
§ 37 Abs. 3 284, 341
§ 39 Abs. 1 Nr. 4 259
§ 39 Abs. 2 275
§ 40 302[286]
§ 45 Satz 1 245
§ 48 195
§§ 53–55 275
§ 80 Abs. 2 228, 242, 403
§ 81 Abs. 1 Satz 1 184, 194
§ 87 324
§ 88 17, 278, 373
§ 89 Abs. 2 Satz 2 302
§ 91 184, 186, 188[43], 194
§ 92 330, 332, 359
§ 93 351, 355 f., 359
§ 103 Abs. 1 190
§ 106 Abs. 1 225, 242, 403
§ 107 187
§ 108 Abs. 1 190
§§ 129–147 358
§§ 130–132 17, 278
§ 130 358
§ 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 373, 375, 389
§ 131 Abs. 1 374[34]
§ 131 Abs. 1 Nr. 1 373
§ 131 Abs. 1 Nr. 2 374
§ 131 Abs. 1 Nr. 3 374
§ 133 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2–3 374
§ 134 259, 384
§ 141 200
§ 143 Abs. 1 Satz 2 399[140]
§ 203 Abs. 1 Nr. 3 394 f.
§ 207 4[16]
§ 254 Abs. 3 376
§ 301 Abs. 3 376
§ 302 Nr. 1 302
§§ 315 ff. 280
§ 322 378, 380, 391
§ 324 Abs. 1 Nr. 1 365
§ 327 Abs. 1 259, 282, 377
§ 327 Abs. 2 Satz 2 283
§ 330 Abs. 1 331
§ 330 Abs. 2 332
§ 332 284, 341, 360
§ 333 285
§ 334 285, 359 f.
Regierungsentwurf § 13 Abs. 3 285[185]

Konkursordnung

§ 2 Abs. 1 KO 1898 284
§ 2 Abs. 2 KO 1898 284
§ 2 Abs. 3 KO 1898 284, 341
§ 13 KO 1898 228
§ 17 KO 1898 197[87]
§ 23 KO 1877 373
§ 23 Nr. 1 Halbsatz 2 KO 1877 373
§ 23 Nr. 2 KO 1877 373
§ 24 KO 1898 225[238]
§ 28 KO 1877 200
§ 30 KO 1898 373
§ 30 Nr. 1 Halbsatz 2 KO 1898 373

§ 30 Nr. 2 KO 1898 373
§ 35 KO 1898 200
§ 56 Nr. 4 KO 1871 258 f.
§ 63 Nr. 4 KO 1898 259
§§ 202–206 KO 1877 279[157]
§ 222 KO 1898 378, 391
§ 224 Nr. 1 KO 1898 365
§ 226 Nr. 3 KO 1898 259
§ 232 Abs. 1 KO 1898 331
§ 232 Abs. 2 KO 1898 332
§ 233 KO 1898 331 f.
§ 236 KO 1898 284, 341
§§ 236a-c KO 1957 285
Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung, 14, in: Hahn IV, 44 2[6], 118[72]
Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung, 94–110, 117–130, in: Hahn IV, 108–122, 127–137 373[31]
Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung, 440 und 452–456, in: Hahn IV, 389 und 399–402 279[157]
Begründung des Vorschlags von § 13 KO 1898, in: Hahn VII, 236 228[250]
Begründung des Vorschlags von § 24 KO 1898, in: Hahn VII, 239 225[238]
Begründung des Vorschlags von § 222 KO 1898 in Hahn VII, 253 391 f.

Kraftfahrzeuggesetz

Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3.5.1909, § 12 288 f.
Gegenentwurf mit Begründung 289, 291[229]
Bericht der 29. Reichstagskommission 289

Luftverkehrsgesetz

Luftverkehrsgesetz vom 1.8.1922, § 23 Abs. 2 290[216]
Luftverkehrsgesetz vom 1.8.1922, § 29 290[216]
§ 37 Abs. 3 und 4 288[208], 290

Minderjährigenhaftung

Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger vom 25.8.1998 341[62]

Pflichtversicherungsgesetz

Gesetz über die Einführung der Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter und zur Änderung des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen sowie des Gesetzes über den Versicherungsvertrag vom 7.11.1939 295[246]
Gesetz zur Änderung von Vorschriften über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter vom 5.4.1965 296[257]
§ 3 Nr. 1 Pflichtversicherungsgesetz 296[257]

Preußischer Entwurf

Erster Teil, §§ 95–111 122[87]

Preußische Gesindeordnung

§ 27 143[188]

Preußische Konkursordnung

Begründung zu § 82 des Entwurfs 198[88]

Produkthaftungsgesetz

§ 10 Abs. 2 250[3], 288[208], 290 f., 292[233], 293[235], 293[236]

Reichsversicherungsordnung

§ 1542 367

Sächsisches BGB

§ 130 124
§§ 764–766 114[48], 124–126, 127[113], 134, 173
§ 764 Satz 2 am Ende 321
§§ 2331–2332 126[103]
Entwurf § 111 f. 124[96]
Entwurf Ortloff §§ 98–101 124[98]
Protokoll der Revisions-Kommission 125
Motive des Entwurfs von 1860 125[101]

Schifffahrtsrecht

Gesetz über das Verfahren bei der Errichtung und Verteilung eines Fonds zur Be-

schränkung der Haftung in der See- und Binnenschiffahrt 287[202], 403
§ 8 Abs. 2 Satz 1 Schiffahrtsrechtliche Verteilungsordnung 324

Seemannsordnung/Seemannsgesetz/ Seearbeitsgesetz

Seemannsordnung von 1872, § 26 6[27], 134, 144
Seemannsordnung von 1902, § 30 144[196]
Seemannsgesetz von 1957 145
Seearbeitsgesetz von 2013 145[197]

Seerecht

Seerechtliche Verteilungsordnung vom 21.6.1972 286[190]
Seerechtliche Verteilungsordnung vom 25.7.1986 287[194]
Seerechtsänderungsgesetz vom 21.6.1972 286[190]
Zweites Seerechtsänderungsgesetz vom 25.7.1986 286[194], 287[200], 288[206], 292[231]
Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts vom 20.4.2013 287[198]

Sozialgesetzbuch X

§ 116 SGB X 294[243], 298[265], 350[101], 367
§ 117 SGB X 350

StaRUG

Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen, § 89 275[139]

Strafgesetzbuch

Gesetz vom 2.3.1974, BGBl. I S. 469, Art. 5 207[149]

Straßenverkehrsgesetz

§ 12 Abs. 2 StVG 288[208], 289[210], 292[231], 298, 368, 387, 404

Umwandlungsgesetz

§ 5 UmwG 1956 354
§ 7 UmwG 1956 354
§ 8 UmwG 1956 354
§ 20 Nr. 1 354
§ 22 UmwG 1994 354
§§ 25–27 UmwG 1994 354
§§ 123–173 354
§ 131 Abs. 1 Nr. 1 354
§ 133 Abs. 1 354
§ 133 Abs. 3 Satz 2 353–356, 405
Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Genossenschaften vom 12.11.1956 354[117]
Umwandlungsgesetz vom 28.10.1994 354[119]
Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts. Text und Begründung, in: Bundesanzeiger, Jahrgang 40, Nr. 214a, §§ 145 Abs. 3 Satz 2, 146 Abs. 1 Satz 2 354[122]
Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Gesetze vom 22.2.2023 353[114]

UWG – Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

§ 1 UWG 1909 263[70]
§ 3 UWG 2004 264[71]
§ 3 Abs. 1 UWG 2008 264[71]
§ 4 Nr. 4 264[71]

Versicherungsvertragsgesetz

Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30.5.1908 295
§ 108 Abs. 1 294 f.
§ 109 Satz 1 294, 393
§ 109 Satz 2 294, 298, 322[380], 365–367, 370, 397, 405
§ 110 295
§ 115 Abs. 1 294, 296, 365, 388
§ 115 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 295
§ 117 294
§ 118 Abs. 1 294, 297 f., 404
§ 118 Abs. 2 298, 322[380], 365–367, 370, 397, 405
§ 156 Abs. 1 VVG 1939 295
§ 156 Abs. 3 VVG 1939 295, 297[262]
Begründung der Verteilungspflicht 296[254]

Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 23.11.2007 296[258]

Zivilprozessordnung/Civilprozeßordnung

Gesetz
§ 72 Abs. 1 293
§ 75 293
§ 108 Abs. 1 Satz 2 239
§ 236 CPO 262[61]
§ 238 CPO 262[61]
§ 325 262[61]
§§ 592–605a ZPO 244
§ 704 CPO 1877 202
§ 709 CPO 1877 198
§ 766 190
§ 767 327
§ 771 252
§ 772 228, 242
§ 774 CPO 1877 206
§ 775 CPO 1877 206
§ 780 326
§ 780 Abs. 2 342[67]
§ 784 328
§ 785 326
§ 804 198, 241
§ 809 190
§ 810 Abs. 1 Satz 1 189
§ 810 Abs. 2 189[48]
§ 811 CPO 1877 222
§ 828 Abs. 3 201
§ 845 Abs. 2 202
§ 850c Abs. 2 302
§ 850d Abs. 1 302
§ 850d Abs. 2 302
§ 853 297
§ 867 202 f., 241
§§ 872–882 297
§ 883 204
§ 884 204
§ 885 Abs. 1 Satz 1 204
§ 886 204
§ 887 204
§ 888 205, 206–211, 212, 214
§ 890 206 f., 211 f., 214, 232 f.[271]
§ 894 217
§ 917 218, 244
§ 918 218, 244
§ 920 Abs. 2 217
§ 930 218, 241
§ 931 241
§ 932 222, 241
§ 935 224, 241, 244
§ 936 217
§ 938 224, 242
§ 940 235

Entwurfsbegründung
Begründung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung, 422, in: Hahn II, 449 3[11], 198, 199[108]
Begründung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung, 423, in: Hahn II, 449 200[110]
Begründung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung, 442, in: Hahn II, 466 204 f.
Begründung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung, 443, in: Hahn II, 466 207
Begründung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung, 444, in: Hahn II, 467 206
Begründung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung, 449, in: Hahn II, 421 221
Begründung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung, 455 f., in: Hahn II, 477 219[196]

Reichstagskommission
Reichstagskommission, Protokoll der 30. Sitzung vom 1.6.1875 198–202
Reichstagskommission, Protokoll der 33. Sitzung vom 4.6.1875 206
Reichstagskommission, Protokoll der 34. Sitzung vom 7.6.1875 218–222
Reichstagskommission, Protokoll der 86. Sitzung vom 12.10.1875 198–202
Reichstagskommission, Protokoll der 87. Sitzung vom 13.10.1875 218–222
Reichstagskommission, Protokoll der 130. Sitzung vom 10.5.1876 219–222

Begründung des Änderungsentwurfs
Begründung des Entwurfs des Gesetzes betreffend Änderungen der Civilprozeßordnung, 185, in: Hahn VIII, 167 f. 207[147]

Entwurf 1931
Entwurf ZPO 1931, 400 f. 12[54]
Entwurf ZPO 1931, 427–432 12[54], 198[91]
Entwurf ZPO 1931, 429 12[53]
Entwurf ZPO 1931, 430 151[232]
Entwurf ZPO 1931, 551–553 218[192]
Entwurf ZPO 1931, 552 221[210]
Entwurf ZPO 1931, 557 218[192]

ZVG – Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung
§ 11 Abs. 2 203, 241
§ 21 Abs. 1 und 3 190
§ 23 Abs. 1 Satz 1 190
Zwangshypothek 202[128]

2. Österreichische Gesetze

ABGB
§ 13 118
§ 789 Abs. 2 256
§ 947 Satz 2 256
§ 950 Satz 3 256
§§ 951–952 ABGB a.F. 256
§ 1042 65[184]
§ 1409 339 f.
Dritte Teilnovelle 339
Erbrechtsnovelle 2015 256

Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz (EKHG)
§§ 15, 16 387[91]

Josephinisches Gesetzbuch
§ 17 118

Spaltungsgesetz (SpaltG)
§ 15 Abs. 1 355[126], 356 f.

Unternehmensgesetzbuch (UGB)
§ 275 Abs. 2 300[275]

Wertpapieraufsichtsgesetz
Anlegerentschädigung 299

3. Andere nationale Gesetze

Code civil
Art. 1141 Code Civil 1804 272
Art. 1142 Code civil 1804 204[138]
Livre III, titre xviii, insb. art. 2095 117 f.

Code des procédures civiles d'exécution
Code des procédures civiles d'exécution 3[10]

Código Civil
Art. 1473 Abs. 1 272

Constitution française du 3 septembre 1791
préambule 106 f.[6], 118[71]

Schweizerisches Motorfahrzeuggesetz
Art. 49 295[252]

Schwedisches Gesetz über die Kraftfahrzeugversicherung
§ 15 295[252]

Uniform Commercial Code
UCC 18[85]

4. Gemeineuropäische und internationale Gesetze

Kanonisches Recht
Concordia discordantium canonum, pars secunda, causa xxv 106[5]

Völkerrechtliche Übereinkommen
Convention on the International Sale of Goods 18[85]
Einheitliche Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Gütern (CIM), Art. 16 254[29]

Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr, Art. 14 254[29]
Übereinkommen über die Beschränkung der Haftung der Eigentümer von Seeschiffen 286[190]
Übereinkommen über die Beschränkung der Haftung für Seeforderungen 286[194]
Übereinkommen vom 4.11.1988 über die Beschränkung der Haftung in der Binnenschiffahrt 287[201]
Übereinkommen vom 27.9.2012 über die Beschränkung der Haftung in der Binnenschiffahrt 287[203]
Übereinkommen über die obligatorische Haftpflichtversicherung für Kraftfahrzeuge, Anhang I, Art. 6 296[256]

Europäische Richtlinien

Richtlinie 85/374/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte 290[220]
Richtlinie (EU) 2019/1023 über Restrukturierung und Insolvenz, Art. 17 Abs. 4 275[139]
Richtlinie (EU) 2019/2121 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, § 160j Abs. 2 Satz 2 353[114], 353[115]

Draft Common Frame of Reference (DCFR)

VI.–2:211 272
VIII.–2:305 308[315], 387
VIII.–2:306 Abs. 2 387

III. Gerichtsentscheidungen

1. Deutsche Gerichte

Bayerisches Oberstes Landesgericht

BayObLG, Beschluss vom 21.5.1975, 2 Z 29/75, MDR 1975, 1018: 350[104]
BayObLG, Beschluss vom 9.3.1995, 2 Z BR 10/95, BayObLGZ 1995, 114: 212[175]

Bundesarbeitsgericht

BAG, Urteil vom 6.2.1991, 4 AZR 419/90, NJW 1991, 1774: 302[288]
BAG, Urteil vom 18.9.2007, 9 AZR 672/06, BAGE 124, 80: 236[288]
BAG, Beschluss vom 5.2.2020, 10 AZB 31/19, NZA 2020, 542: 208[158]

Bundesgerichtshof

BGH, Urteil vom 24.2.1954, II ZR 3/53, BGHZ 12, 308: 268[96]
BGH, Urteil vom 3.3.1954, VI ZR 259/52, BGHZ 13, 1: 227[248], 233[273]
BGH, Urteil vom 31.1.1955, II ZR 234/53, BGHZ 16, 184: 336 f.[37], 337[38]
BGH, Urteil vom 21.12.1955, IV ZR 105/55, BGHZ 19, 309: 258[45]
BGH, Urteil vom 17.2.1956, I ZR 57/54, GRUR 1956, 273: 267 f.
BGH, Urteil vom 22.2.1956, IV ZR 164/55, BGHZ 20, 88: 186[30]
BGH, Urteil vom 3.3.1956, IV ZR 334/55, BGHZ 20, 159: 186[38]
BGH, Urteil vom 16.12.1957, VII ZR 402/56, BGHZ 26, 178: 192[62]
BGH, Urteil vom 30.5.1958, V ZR 295/56, BGHZ 27, 360: 188[44], 190[50]
BGH, Urteil vom 27.6.1958, VI ZR 98/57, BGHZ 28, 68: 350[101]
BGH, Urteil vom 21.4.1959, VIII ZR 148/58, NJW 1959, 1536: 180[10]
BGH, Urteil vom 30.4.1959, VII ZR 19/58, BGHZ 30, 149: 191[58], 192[60]
BGH, Urteil vom 14.7.1959, VIII ZR 187/58, BGHZ 30, 268: 337[40]
BGH, Urteil vom 9.10.1961, III ZR 118/60, BGHZ 36, 38: 287[197], 292[231]

BGH, Urteil vom 14.6.1963, KZR 5/62, GRUR 1964, 154: 268[94]
BGH, Urteil vom 11.7.1963, II ZR 29/61, BGHZ 40, 108: 350[104]
BGH, Urteil vom 23.10.1963, VIII ZR 150/62, NJW 1964, 149: 192[65]
BGH, Urteil vom 18.1.1966, VI ZR 147/64, BGHZ 44, 382: 350[101]
BGH, Urteil vom 19.10.1966, VIII ZR 152/64, BGHZ 46, 117: 192[63–64]
BGH, Urteil vom 16.12.1968, III ZR 179/67, BGHZ 51, 226: 367[9], 367[11]
BGH, Urteil vom 29.10.1969, VIII ZR 202/67, BGHZ 53, 29: 191[57]
BGH, Urteil vom 5.7.1971, II ZR 176/68, BGHZ 56, 339: 185[28]
BGH, Urteil vom 9.11.1978, VII ZR 54/77, BGHZ 72, 308: 191[58]
BGH, Urteil vom 14.2.1979, VIII ZR 284/78, BGHZ 73, 317: 20[98]
BGH, Urteil vom 2.6.1981, VI ZR 28/80, NJW 1981, 2184: 269[100]
BGH, Urteil vom 19.1.1983, VIII ZR 315/81, BGHZ 86, 267: 237[293]
BGH, Urteil vom 17.5.1984, VII ZR 333/83, BGHZ 91, 198: 375[41]
BGH, Urteil vom 4.3.1986, VI ZR 234/84, NJW 1986, 1861: 350[104]
BGH, Urteil vom 13.4.1988, IVb ZR 34/87, BGHZ 104, 158: 302[287]
BGH, Urteil vom 7.6.1990, IX ZR 237/89, BGHZ 111, 364: 230[260]
BGH, Urteil vom 28.11.1990, XII ZR 130/89, BGHZ 113, 62: 388[96]
BGH, Urteil vom 13.2.1991, IV ZR 108/90, NJW 1991, 1824: 303[291]
BGH, Urteil vom 1.4.1992, IV ZR 332/90, NJW 1992, 2152: 264[72]
BGH, Urteil vom 19.9.1995, VI ZR 377/94, JZ 1996, 416: 268[97]
BGH, Urteil vom 15.4.1997, IX ZR 112/96, NJW 1997, 3230: 222[219]
BGH, Urteil vom 9.9.1997, IX ZR 14/97, BGHZ 136, 309: 243[321]
BGH, Urteil vom 28.10.1997, X ZR 157/96, BGHZ 137, 76: 303[291 f.]
BGH, Urteil vom 2.4.1998, III ZR 245/96, BGHZ 138, 257: 301[278]
BGH, Urteil vom 8.12.1998, XI ZR 302/97, NJW 1999, 940: 191[58]
BGH, Beschluss vom 15.7.1999, I ZR 130/96, GRUR 1999, 1113: 268[95]
BGH, Urteil vom 19.12.2000, X ZR 146/99, NJW 2001, 1207: 369[19]
BGH, Urteil vom 27.5.2003, IX ZR 169/02, BGHZ 155, 75: 374[39]
BGH, Urteil vom 17.7.2003, IX ZR 272/02, NJW 2003, 3560: 374[39]
BGH, Beschluss vom 25.9.2003, IX ZR 213/03, NJW-RR 2004, 259: 185[27]
BGH, Urteil vom 18.12.2003, IX ZR 199/02, BGHZ 157, 242: 374[36], 374[38]
BGH, Urteil vom 19.7.2005, X ZR 92/03, NJW-RR 2005, 1718: 189[45]
BGH, Urteil vom 11.1.2007, I ZR 96/04, BGHZ 171, 73: 269[99]
BGH, Urteil vom 14.06.2007, BGHZ 162, 370: 230[263], 231 f.
BGH, Urteil vom 18.1.2012, I ZR 187/10, BGHZ 192, 203: 251 f.
BGH, Urteil vom 19.4.2012, III ZR 224/10, NZG 2012, 711: 300[272]
BGH, Urteil vom 25.10.2012, VII ZR 146/11, BGHZ 195, 195: 11[51], 252
BGH, Urteil vom 25.4.2013, IX ZR 62/12, NJW 2013, 2429: 194[74]
BGH, Beschluss vom 20.6.2013, IX ZR 221/12, NZG 2013, 1072: 356[129]
BGH, Urteil vom 15.10.2013, VI ZR 124/12, NJW 2014, 1380: 268[96]
BGH, Beschluss vom 18.12.2014, IX ZB 50/13, NZI 2015, 180: 281[163]
BGH, Beschluss vom 10.5.2017, XII ZB 62/17, NZFam 2017, 612: 212[175]
BGH, Beschluss vom 6.7.2017, I ZB 11/16, NZG 2018, 317: 7[31], 214[182]
BGH, Urteil vom 25.7.2017, II ZR 122/16, NJW 2017, 3232: 352[111]
BGH, Urteil vom 24.1.2019, IX ZR 110/117, NJW 2019, 1940: 195[78], 296[132]
BGH, Urteil vom 12.9.2019, IX ZR 264/18, NZI 2019, 851: 302[285]
BGH, Urteil vom 21.10.2020, VIII ZR 261/18, NJW 2021, 701: 327[5]
BGH, Beschluss vom 23.9.2021, I ZB 20/21, NJW 2022, 292: 208[155]
BGH, Urteil vom 14.10.2021, VII ZR 242/20, NJW 2022, 947: 388[94]
BGH, Urteil vom 9.3.2023, IX ZR 91/22, NZI 2023, 494: 376[42]

Bundesverfassungsgericht

BVerfG, Beschluss vom 25.10.1966, 2 BvR 506/63, BVerfGE 20, 323: 211[171]

BVerfG, Beschluss vom 14.7.1981, 1 BvR 575/80, BVerfGE 58, 159: 211[172]
BVerfG, Beschluss vom 13.5.1986, 1 BvR 1542/84, BVerfGE 72, 155: 342[63]
BVerfG, Beschluss vom 24.9.2002, 2 BvR 857/02, DVBl 2002, 1633: 236[287]
BVerfG, Beschluss vom 9.5.2017, 2 BvR 335/17, NJW-RR 2017, 957: 211[172]

Bundesverwaltungsgericht

BVerwG, Urteil vom 21.8.2003, 2 C 14/02, BVerwGE 118, 370: 236[288]

Landgerichte

LG Stuttgart, Urteil vom 25.1.1985, 9 O 286/84, ZIP 1985, 1518: 376[43]
LG München I, Beschluss vom 16.5.1991, 14 T 8943/91, WuM 1991, 577: 232[270]
LG Hamburg, Beschluss vom 10.1.2008, 334 O 259/07, BeckRS 2008, 19789: 232[270]
LG Köln, Urteil vom 4.2.2015, 23 O 247/14, BeckRS 2015, 126082: 214[182]

Oberlandesgerichte

KG, Beschluss vom 23.9.1912, XIV ZS, OLGRspr 25, 209: 207 f.154, 208[156]
OLG Naumburg, Urteil vom 22.11.1913, OLGRspr 28, 65: 304[295]
OLG Naumburg bei Schreiber LZ 1914, Sp. 167–170: 304[295]
OLG Hamburg, Urteil vom 20.1.1916, OLGRspr 32, 314: 304[296]
OLG Hamburg, 10.2.1916, Bf VI 416/15, Das Recht 1916 Nr. 654: 304[296]
OLG Dresden, Urteil vom 29.3.1916, 7 O 185/15, SächsA 11 (1916) 242: 304[296]
OLG Stuttgart 13.4.1916, II U 402/15, Das Recht 1916, Sp. 350 f. Nr. 583: 305[297]
OLG Stuttgart, 4.5.1916, U 48/16, Das Recht 1916, Sp. 401 Nr. 756: 304[296]
OLG Dresden, Urteil vom 18.5.1916, 5 O 167/15, SächsA 11 (1916) 320: 304[296]
OLG Dresden, Urteil vom 19.10.1916, JW 1917, 978 f.: 305[296]
OLG Hamburg, 14.3.1917, Bf IV 184/16, Das Recht 1917, Sp. 267 Nr. 530: 305[299]
OLG Posen, Urteil vom 6.6.1917, U 42/17, PoMSchr 1917, 57: 304[296]
OLG Karlsruhe, Urteil vom 30.1.1918, OLGRspr 38, 58: 304 f.[296]
OLG Augsburg, Urteil vom 10.3.1919, L 25/1916, JW 1919, 736: 305[300]
OLG Celle, Beschluss vom 7.2.1930, 4 IV W 36/30, JW 1930, Nr. 40: 337[38]
OLG Hamm, Beschluss vom 29.5.1957, 15 W 232/57, DGVZ 1958, 45: 208[156]
OLG München, Beschluss vom 30.5.1968, 8 W 918/68, NJW 1969, 436: 208[156]
KG, Beschluss vom 30.6.1972, 1 W 1386/71, NJW 1972, 2093: 208[156]
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.5.1987, 2 W 4/87, NJW-RR 1988, 510: 212[175]
OLG Stuttgart, Urteil vom 29.6.1989, 7 U 293/88, NJW-RR 1989, 1283: 377[46], 379[55], 380[56]
OLG Düsseldorf, Urteil vom 4.10.1990, 10 U 93/90, NJW-RR 1991, 137: 232[270], 235[282]
OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.8.1996, 17 W 22/96, NJW-RR 1997, 77: 232[270]
OLG Brandenburg, Beschluss vom 6.8.1997, 3 U 72/97, MDR 1998, 98: 232[270]
OLG Schleswig, Urteil vom 12.7.2000, 4 U 76/00, MDR 2000, 1428: 232[270]
OLG Brandenburg, Urteil vom 6.12.2001, 12 U 59/01, NZI 2002, 107: 376[42]
OLG Hamm, Urteil vom 15.10.2003, 30 U 131/03, NJW-RR 2004, 521: 232[270], 233[272]
KG, Beschluss vom 25.1.2007, 8 W 7/07, NZM 2007, 518: 232[270]
OLG Koblenz, Urteil vom 25.10.2007, 5 U 1148/07, NZM 2008, 248: 232[270]
OLG Celle, Beschluss vom 29.9.2008, 2 W 199/08, NJOZ 2009, 265: 232[270]
OLG Köln, Urteil vom 30.12.2015, 19 U 96/15, BeckRS 2015, 126104: 214[182]
OLG Köln, Beschluss vom 30.12.2015, 19 Sch 27/14, BeckRS 2015, 123288: 214[182]
OLG Frankfurt, Beschluss vom 21.2.2022, 2 W 42/21, NJW-RR 2022, 1169: 213[181], 216[188], 232[270], 236[285]

Preußisches Oberverwaltungsgericht

Preußisches OVG, 10.3.1908, I A 84/07, OVGE 52, 275: 144[194]

Preußisches OVG, 9.7.1909, Polizei 1909, 174: 144[194]

Reichsgericht

RG, Urteil vom 25.2.1881, II 428/80, RGZ 3, 416: 221 f.
RG, Beschluss vom 2.9.1884, III 131/84, RGZ 13, 339: 207[152]
RG, Urteil vom 13.3.1889, V 343/88, RGZ 23, 54: 376[42]
RG, Urteil vom 20.1.1891, III 231/90: 190[53]
RG, Beschluss vom 23.1.1896, VI 1/96, RGZ 36, 417: 211[170]
RG, Urteil vom 13.2.1897, I 337/96, RGZ 39, 105: 197[87]
RG, Urteil vom 29.9.1903, VII 198/03, RGZ 55, 334: 190[53]
RG, Urteil vom 31.1.1905, VII 321/04, RGZ 60, 70: 185[28]
RG, Urteil vom 31.5.1906, VI 386/05, JW 1906, 465 Nr. 23: 265[82], 267[92], 268[98]
RG, Urteil vom 9.12.1905, V 216/05, RGZ 62, 137: 264[75], 266[88]
RG, Urteil vom 17.2.1906, V 241/1905, Gruchot 50 (1906) 971: 264[74]
RG, Urteil vom 28.5.1906, VI 547/05, RGZ 63, 330: 237[293]
RG, Urteil vom 13.6.1908, V 471/08, JW 1908, 487 f.: 380[58]
RG, Urteil vom 7.10.1907, IV ZR 67/07, SächsArch 1908, 226: 380[57]
RG, Urteil vom 8.11.1909, IV 18/09, RGZ 72, 192: 385[81]
RG, Beschluss vom 24.1.1910, I 188/08, RGZ 72, 393: 165[320], 217[189], 235[283]
RG, Urteil vom 4.12.1911, IV 179/11, RGZ 78, 35: 188[44]
RG, Urteil vom 10.12.1912, II 333/12, RGZ 81, 87: 266[84], 266[89]
RG, Urteil vom 3.4.1913, VI 569/12, JW 1913, 866 (Nr. 11): 266[86]
RG, Urteil vom 28.10.1913, VII 271/13, RGZ 83, 223: 186[34]
RG, Urteil vom 16.12.1913, VII 385/13, Warneyer 7 (1914) Nr. 213 = Recht 1914 Nr. 471: 282[172], 336[35]
RG, Urteil vom 3.2.1914, II 625/13, RGZ 84, 125: 7, 10, 28, 149, 151, 153, 157, *304 f.*, 306, 314, 319, 344, 368, 404
RG, Urteil vom 3.7.1914, III 41/14, RGZ 85, 214: 197[87]
RG, Urteil vom 21.12.1915, III 189/15, RGZ 87, 412: 234[279]
RG, Urteil vom 26.5.1916, II 75/16, Holdheim 25 (1916) 247: 305[298]
RG, Urteil vom 10.11.1916, II 273/16, Das Recht 1917, Sp. 30 Nr. 35: 305[298]
RG, Urteil vom 6.12.1916, V 268/16, RGZ 89, 152: 185[27]
RG, Urteil vom 13.11.1917, II 246/17, RGZ 91, 332: 305[299]
RG, Urteil vom 26.1.1918, I 262/14, Warneyer 1918, Nr. 46: 305[300]
RG, Urteil vom 24.9.1918, III 145/18, RGZ 94, 17: 305[296]
RG, Urteil vom 23.10.1918, I 90/18, Das Recht 1918, Sp. 65 Nr. 90: 305[296]
RG, Urteil vom 27.10.1918, I 90/18, Holdheim 27 (1918) 189: 305[296]
RG, Urteil vom 15.4.1919, II 435/18, RGZ 95, 264: 305[296]
RG, Urteil vom 21.3.1921, VI 522/20, JW 1922, 158 = Das Recht 1921, Sp. 359 Nr. 2347: 305[296]
RG, Urteil vom 23.1.1922, VI 481/21, RGZ 103, 419: 264[73]
RG, Urteil vom 22.12.1922, III 520/22, RGZ 106, 109: 227[248], 233[273]
RG, Urteil vom 25.1.1924, II 286/23, RGZ 108, 58: 264[74]
RG, Urteil vom 7.10.1924, VII 678/23, JW 1925, 472: 20[97]
RG, Urteil vom 4.4.1927, IV 608/26, RGZ 117, 1: 350[102]
RG, Urteil vom 27.4.1931, VI 566/30, JW 1931, 2238: 266[87]
RG, Urteil vom 20.6.1932, VI 67/32, RGZ 137, 50: 336[35], 337[39], 337[40]
RG, Urteil vom 11.11.1932, VII 235/32, RGZ 138, 265: 180[10]
RG, Urteil vom 11.10.1935, II 198/35, RGZ 148, 364: 267
RG, Urteil vom 6.4.1937, II 238/36, RGZ 155, 26: 192[62]
RG, Urteil vom 25.10.1938, VII 75/38, RGZ 158, 284: 296[253]
RG, Urteil vom 2.11.1938, II 70/38, GRUR 1939, 562: 267[92]

2. Österreichische Gerichte

OLG Linz, 20.12.2006, 6 R 208/06k: 355[128], 356 f.
OGH, 11.5.1926, Ob III 327/26, SZ 8 Nr. 150: 339[51]
OGH, 1.3.1966, 8 Ob 35/66, JBl 1966, 523: 339[51]
OGH, 1.12.1999, 9 Ob 254/99i: 340[52]
OGH, 23.1.2001, 7 Ob 274/00w: 340[53]
OGH, 13.9.2001, 8 Ob 51/01k, JBl 2002, 256: 356[132]
OGH, 4.4.2013, 2 Ob 171/12d: 299
OGH, 29.6.2017, 8 Ob 94/16f, RdW 2017, 819: 301
OGH, 22.12.2021, 3 Ob 194/21g, RdW 2022, 258: 301[283]
OGH, 21.6.2023, 3 Ob 58/23k: 301[284]

3. Andere

Lumley v Gye (1853) 2 El. & Bl. 216: 272
J. Lauritzen A.S. v. Wijsmuller B.V. (The Super Servant Two), QB (Com. Ct.) (1989) 1 Lloyd's Rep. 148, (Court of Appeal) (1990) 1 Lloyd's Rep. 1: 317[345]

Sachregister

Hauptfundstellen sind kursiv gesetzt; hochgestellte Zahlen beziehen sich auf Fußnoten.

4711 (Kölnisch Wasser) 267

Abschlussprüfer 300 f.
Abtretung
– beim verlängerten Eigentumsvorbehalt 188
– durch einen Gesamtgläubiger 350
– mehrfache A. des Herausgabeanspruchs 180
– Priorität bei Vorausabtretung 190–195, 196 f., 240
– des Rückforderungsanspruchs
–– im Allgemeinen 405
–– des Erben 381
–– des Schenkers 384
– Schuldnerschutz nach Abtretung als Modell 366 f.
– nach verbotswidriger Verfügung 229 f.
– Wirksamkeit unabhängig von causa 183
Abzugseinrede 279 f., 378
actiones
– *de in rem verso* 54, *64–70*, 100, 134[143]
– *de peculio* 49[112], 54, *59–64*, 66[189], 67–70, 72–74, 77, 80[249], 81[256], 82, 84, 88, 99[330], 100 f., 102, 116, 134[143], 174
– *Calvisiana* 53 f.
– *Fabiana* 53 f.
– *Pauliana* *52–58*, 63, 102, 125[101], 261, 334 f., 373, 390 f.
– *Publiciana* 234, 260
– *tributoria* 62 f., 70–75, 102 f.
Akademie für Deutsches Recht 344 f.
Aktienemission 21, 117
Akzessorietät der Mithaftung nach Spaltung 354[121]
Allgemeines Persönlichkeitsrecht 342
Altersvorzug siehe Prioritätsprinzip
Anerkenntnis 388
Annahmeverzug 306, 315
Aneignungstheorie (Fruchtziehung) 189
Anfechtung
– Konkurrenz zwischen Anfechtungsansprüchen 231 f.
– Rechtsnatur der Gläubigeranfechtung 399
– von Deckungen im Allgemeinen 373–375, 390 f., 396 f.
– von Vollstreckungsmaßnahmen 15 f., 200, 243, 374
Anglo-amerikanisches Recht siehe *Common law*
Anlegerentschädigung 299, 301[281]
Anwartschaft
– des Vorbehaltskäufers 184[26], 186[30], 187
– bei Gestattung der Fruchtziehung 189[47]
– bei Vorausverfügungen siehe dort
Antoninus Pius 38, 39 f.[70], 62[170], 90
Apotheke 147
Arrest
– Arrestgrund der Gläubigerkonkurrenz 218, *221 f.*, 223, 226, 231, 235, 241, *242–244*, 246, 274
– Arresthypothek 222 f.
– Arrestpfandrecht 4, 21, 200[114], *218–222*, 225, 228, 235, 241, 244, 246
– persönlicher Arrest 218
– Sicherung von Anfechtungsansprüchen 232
– Verfügungen im Arrestverfahren 185
– Verhältnis zur Vormerkung 225
Assyrische Gesetze 320[367]
Aufgebotsverfahren 280
Aufwendungen
– Ersatz 48[102], 150, 157, 276, 352
siehe auch *actio de in rem verso* und Verwendungen
– wegen Befriedigung einzelner Gläubiger 318, 328, 352, 365, 378

Ausgleichshaftung der Gläubiger 277, 395[126]
Auskunft
– Auskunftspflicht eines Prozessunfähigen 208[155]
– Haftung bei Auskunft 301
– Kollision mit Schweigepflicht 7, *214*
Auslobung 130, 252, *253 f.*, *278*, *315*, 321
Auster 162
Automobillobby 289

Baden 199
Bankier siehe *nummularius*
Bayern
– Bayerische Landbevölkerung 199
– Bayerischer Entwurf 115[52], *123 f.*, 127, 134, 173, 321
– Vertreter der bayerischen Regierung 203[133 f.]
Befriedigung, freihändige 338
Begriffsjurisprudenz 261
beneficium competentiae 27, 32[36], 34[45], 35, 51, 52[123], 76[233], *79–87*, 100, 255[33], 369
beneficium inventarii 40, 101, 279, 322
Bereicherungsansprüche, kollidierende 320[364]
Bergelohn 276
Besitzrecht des Fremdbesitzers 234
Besitzüberlassung siehe Doppelvermietung
Beweis
– einzelner Umstände
–– der Benachteiligungsabsicht 374
–– der hypothekarisch gesicherten Forderung 222[219]
–– der nötigen Mittel beim Zwang 208
–– sittenwidriger Umstände 268
–– des Vertretenmüssens bei Verteilungsfehlern 364
–– bei Zahlung unter Vorbehalt
– in Parallelprozessen 292
– Unbeweislichkeit keine Rechtskollision 130
– Vorteil der schnellen Beweisbarkeit 60, 127
Bier 265
Bipolarität des Zivilverfahrens 287, 292, 301
Bonifatius-Verein 186[34]
Bösgläubigkeit eines Gläubigers, Kriterien für die 375, 397
Buchhalter, ordentlicher 210

Cabrio in Murmansk 305[302]
Caracalla 43, 44[86], 45, 46, 49[112], 62[170]
causa lucrativa siehe unentgeltlich begründete Forderung
cessio bonorum 31[33], 35–37, 39[69], 42, 79[248], 80[253], 113
Charterverträge 317
cognitor 92 f.
Common law 270–272, 317
condemnatio pecuniaria siehe Geldverurteilung
Contergan 291
culpa post contractum finitum 369
cum viribus siehe Haftungsbegrenzung
curator 33[42], 34[47], 44[86 f.], 62[170], 93[303]
curator bonorum 53

D&O-Versicherung 298
Deckungskonkurs *294–298*, 319, 351, 365, 367 f., *388 f.*, *393 f.*
deliktische Generalklausel 163 f.
DENIC 11[51], 251 f.
depositum irregulare 98[322], 154[250]
Deutscher Juristentag
– 62. DJT 294[240]
– 72. DJT 294[240]
Dienstbarkeiten
– bei Doppelvermietung 232[270]
– gleichrangige 129, 131 f., 137, 139–141
Direktanspruch unter den Gläubigern 390–397
Direktanspruch gegen die Haftpflichtversicherung 294–296, 365, 388
Doppelverpflichtung
– im Allgemeinen 17, 92[301], 154, 172, *321 f.*
– Doppelarbeitsverhältnis 268 f.[99] siehe auch Gesinderecht
– Doppelverkauf 16, 116[57], 120, 156, 231, 232[270], 234, 241, *260–263*, 264 f., *269*, *272*, 313[335], 314[336], 315, 390
– Doppelvermächtnis 26[5], *98 f.*, 115, 172
– Doppelvermietung 178[6], 205[142], 213[181], 231[264], *232–234*, 235[282], 236, 242
– Flüge 312
dos siehe Mitgift
Dreimonatseinrede 280
Dritthaftung 300 f.
Dulden der Zwangsvollstreckung 222[219], 337 f.
Duldungen, Erzwingung von 206, 211 f. siehe auch Unterlassungen
duo rei promittendi 87 f.
Durchschnittskaufmann, anständiger 267

Dürftigkeit des Geschenkgebers siehe Verarmung
Dürftigkeit des Nachlasses
– Wettlauf statt Verteilung 281–283, 330, 332
– Modifikation des Wettlaufs
–– beschränkte Erbenhaftung 239, 326–329
–– Übertragung auf andere Fälle 329–347
– Rückforderung durch den Erben 377

effizienter Vertragsbruch 11[49], 270
Eigengläubiger des Erben 41 f., 280
Eigentumsvorbehalt
– Anwartschaft des Vorbehaltskäufers siehe da
– verlängerter 182, 188, 191–195, 269
Einrede, dauernde 324, 377, 380, 383, 385–387
Eisenbahn 254, 288–290
Englisches Recht siehe *Common law*
Erbenhaftung 37–42, 174[376], *278–283*, 322, *325–334*, 335, 337 f., 340, 344–347, 355, 361 f., 365, 367, 370, 376–382, 390, 391 f., 394, 397
Erbrechtlicher Anspruch 382
Erbteilskauf 331–334, 345
Erfüllungszwang 10, *26*, *107 f.*, 115[51], 146, 175, *204–217*, *270 f.*
Erklärungshaftung 300
Erlass durch einen Gesamtgläubiger 350
Ersetzungsbefugnis 159
Erstgeburt 130, 320
Erwachsenenhaftung 1, 325, 341–346, 361
Erwerbstheorie (Fruchtziehung) 189
Expertenhaftung 300

Factoring 197
Ferngespräche 254[31]
Flüge, überbuchte 312
Forderungskollision siehe Kollision von Forderungen
Frachtverträge 252, 254, 273
Freigelassener 38, 78, 80, *95 f.*
freihändige Befriedigung 338
Freistellungsanspruch
– als Grundlage der *actio de in rem verso* 65
– des Schädigers gegen den Haftpflichtversicherer 294 f., 297 f., 388, 392–394
– sittenwidrige Verleitung wegen Freistellung 266, 269
Freizeichnung 305, 313

Frucht der Wachsamkeit siehe Wachsamkeit
Früchte
– und *actio Pauliana* 54[134]
– nach Ausübung des Vorkaufsrechts durch Miterben 332
– Gestattung der Ziehung *188–190*

Gattungsschuld
– Beschaffungsrisiko bei Gattungsschulden 305[297]
– besondere Kollisionsprinzipien bei Gattungsschulden 15, 117, 134
– Gattungskauf in Rom 103[355]
– Schenkungsversprechen aus einer Gattung 258, 273, 318
– Teiluntergang 13 f., 16 f., 28, 87, 96–98, 103 f., 107[9], 141, 154, 156, 160, 178[6], 193, 258, 304–316, 319, 384–387
– Vorrat siehe Teiluntergang
Gefahr
– Gefährdung des Unterhalts siehe Notbedarf
– Gefährdung der Vollstreckung siehe Arrest, Verfügung
– Gefährdung der Verwirklichung siehe Selbsthilfe
– Gefahrgemeinschaft 18, 107[9], 135, 152[234], 152[234], 154[253], 314 f.
– Gegenleistungsgefahr/Preisgefahr 149–151, 160, 260 f., 306, 308, 315
– bei gegenständlich begrenzter Haftung 343
– Übergang bei der Sammelladung 13, 149–151, 160, 175, 304[296], 306
– Verwahrung siehe dort
Gefährdungshaftung 1, 250[6], *288–294*, 297, 300, 301[281], 319, 323[381], 368[15], *387 f.*, 394
Gegenständlich begrenzte Haftung siehe Haftungsbegrenzung
Gegenständlich begrenzter Verteilungskonflikt 16, 314[336]
Geldforderungen
– besondere Kollisionsprinzipien 117, 338
– Judikatsschuld 27
– Vollstreckung 197–204, 207, 218–223, 228, 240 f., 245 f.
Geldkredit und Warenkredit 191 f., 269, 275
Geldverurteilung 9, 25 f., 58, 112 f., 271 siehe auch Erfüllungszwang

Gerichtsvollzieher 139, 201, 203 f., 241, 245
Gesamtforderung 6[21], 87–93, 103, 117[63], 156[265], 348–350, 378
Gesamtgut 278, 284 f., 319, 340 f., 360
Gesamtschuld 87 f., 156[265], 303, 341, 354, 356
Gesamtvergleich 38 f.
Gesinde 6, 141–148, 172[359], 178[7], 207, 251, 272
Gläubigerkonkurrenz 2
Gläubigerverzug siehe Annahmeverzug
Gleichbehandlung
– gleichmäßige Verteilung bei Forderungskollisionen 277–324 und passim
– im Privatrecht im Allgemeinen 158, 277, 308
Globalsicherheit mit Höchstbetrag 353
Globalzession 191–194, 269, 275
siehe auch Vorausabtretung
Große Haverei 151–154, 156[265], 276
Grotius, Hugo 8[33]
Gutachterhaftung 300
Gütergemeinschaft siehe Gesamtgut
Gutgläubiger Erwerb 229, 234, 241 f., 245, 272
Gutgläubigkeit eines Gläubigers siehe Bösgläubigkeit

Haftpflichtversicherung
– Deckungskonkurs siehe dort
– Geschichte 295–297
– Kondiktion nach Leistung an den Geschädigten 388, 393
Haftungsbegrenzung
– gegenständlich (*cum viribus*) 1 f., 58, *238 f.*, 246 f., 285–287, 329 f., 333, 340[57], 341, 343, 347, 351, 358–361, 371[28], 378, 386
– betragsmäßig/rechnerisch/summenmäßig (*pro viribus*) 1 f., *237 f.*, 246, 285–287, 288 f., 299, 330, 333, 341[58], 343, 347, 351–357, 358 f.
Haftungskollision im Unterschied zur Forderungskollision 13 f., 19, 347[86], 379[55]
siehe auch Schuld und Haftung
haftungsrechtlich
– abweichende Zuweisung 5[18], 183, 352, 357, 399[140]
– neutral 182[22]
– im Versicherungsrecht (Gegensatz: deckungsrechtlich) 297 f.
Halter von KFZ 289, 295–297
Handlungen
– andauernde 206, 210–212, 219
– unvertretbare 204–217, 235
– vertretbare 204, 316
Hessen
– hessischer Entwurf 115[52], 122–125, 127 f., 134, 173
– Zwangshypotheken im rechtsrheinischen H. 203[131]
Hilfswerk für behinderte Kinder 291
Hinterlegung
– Abwendung der Pfändung 220
– bei Forderungskollision 249 f., 296 f., 323
– Seerecht 286, 288
– Verwahrung
siehe dort
Hobbes, Thomas 8[33], 320 f.

impossibilium nulla obligatio 27
siehe auch *perpetuatio obligationis* und Unmöglichkeit
Impfstoff 305[301], 313[335]
Individualisierung 149, 315
Infamie 31, 34 f., 38
in integrum restitutio 53
Insolvenzanfechtung 4[14], 15–17, 240, 243, 259, 278, 352, 360, 363 f., *372–375*, 379, 381, 386 f., 389 f., 391[110], 394, 397 f.
siehe Anfechtung
Insolvenzplan 372, 376
Insolvenzverwalter
– Geltendmachung von Ersatzansprüchen des Nachlasses 330, 332 f., 345,
– Gestattung der Fruchtziehung 190
– privilegierte Befriedigung 275
– Rolle bei der Verteilung *249*, 280, 299, 364, 397
siehe auch Verteilungsverfahren
– Rückforderung
–– Geltendmachung der Gläubigeranfechtung 330, 335, 348, 351–362, 378, 380, 391
–– Insolvenzanfechtung
siehe dort
–– Verteilungsfehler im Verfahren 375 f., 390, 395
– Verarbeitung und Veräußerung 188, 195
– vorläufiger 195[78]
interdictum fraudatorium 53, 56[146]
Interessengemeinschaft 1[3], 149–158, 175, 261[55], 304, 306[306]
Inventareinrede siehe Abzugseinrede

isolierte Betrachtungsweise 10–12, 14[70], 23, 151, 155 f., 158, 177, 214, 306 f., 385, 389
ius ad rem 120 f., 133, 147, 225, 231, 260–264, 267, 271 f.
ius civile vigilantibus scriptum 3, 56, 104[359], 177, 198
siehe Wachsamkeit

Jhering, Rudolf von 137[169], *148–151*, 152[235], 157, 160, 163, 168[339], 175, *260 f.*, 308[315], 315[340]

Kant, Immanuel 7 f.
Kauf bricht (nicht) Miete 132 f., 224, 227
Kelsen, Hans 8[33], 162
Kollision von Forderungen
– Definition 1, 19–21
– Differenzierungen 1, 17 f.
– Geschichte des Begriffs 105–176
Kollision von Privilegien und besonderen Rechten (Privilegienkollision) 105–107, 108 f., 109[20], 117 f., 119, 122, 171
Kollision von Rechten (Rechtskollision) 5, 25[1 f.], *105–112*, 118–120, 122–124, *128–133*, 137–141, 158, *161–176*, 262, 321
Kommanditistenhaftung 237, 299, 330, 348, 351–358, 361
König
– Privilegien und ALR 119
– Bayern, Preußen, Sachsen, Vereinigtes Königreich siehe dort
Konkurrentenklage im öffentlichen Dienst 236
Konkurrenzverbot 266
Konkursverwalter siehe Insolvenzverwalter
Konsensprinzip (Übereignung) 272
Konvaleszenz 185 f.
Kraftfahrzeuge siehe Automobillobby, Halter
Kreditsicherheiten 43, 51, 180–183, 250
siehe auch Geldkredit und Warenkredit
Kriegsklauseln 305, 313
Kundengeldabsicherer 298 f.
Kurzarbeit 18[85]
Kürzung von Vermächtnissen und Auflagen 253[27], 258

Landesgesetzgebung 126, 128, 141–143, 202, 222
Legat siehe Vermächtnis
Lehrlinge 147 f., 251, 265 f.
leges
– *lex Aelia Sentia* 52 f.
– *lex Aquilia* 98[322]
– *lex bonorum vendendorum* 51[119]
– *lex Iulia de bonis cedendis* 31, 35
– *lex Iulia Municipalis* 34[46]
– *lex Poetelia* 31, 32[38]
– *lex Rhodia de iactu* 97, 150, 152 f.
Leistungshindernisse 27 f., 158[279], 172 f., 208[160], 258, 273, 277[147], 304–321, 323, 367, 370, 384–387, 390, 396
Leistung unter Vorbehalt 388
libertus siehe Freigelassener
Lieferungstheorie 149
Liquidationswasserfall 275[141]
Litiskreszenz 99, 103[357]
Losverfahren 5, 23, 109, 112, 120[83], 124 f., 127, 131[130], 134, 138, 172 f., 250, 314–316, *320 f.*
Loyalität im Rechtsverkehr 269
Luftverkehr 288[208], 290, 295[249]

Massearmut 4, 17, 307, 322
siehe auch Dürftigkeit und Verfahrenskosten
Mark Aurel 38, 43, 45[91], 48
Marmor 45[91]
Materialisierung des Privatrechts 10
Mehl 305[296]
melior est causa possidentis 368[18]
melior est condicio occupantis 60, 82
siehe im Übrigen Wettkampf
merx 62 f., 71[203], 102, 104
Mietlimousine 316–318
Mitgift 46, 49, 50[112], 62, 80, 85, 106[5]
Mithaftung nach Spaltung siehe Spaltung
Moratorium 37
Motive als Quelle 6[28]
Mühle siehe Zwangsmühle
Mündel siehe Tutor

Nachbarliche Interessengemeinschaft 155
Nachlasskonkurs/-insolvenz 4, 259, 278–281, 284, 318, 322, 325 f., 330–334, 335, 337, 343–345, 359, 361, 365[4], 377 f., 380, 391
Nachlassverwaltung *280*, 281, 327, 330, 332, 343, 345, 377, 381
Nachtragsverteilung 281, 394 f.
Nähmaschinen 264
nationalsozialistisches Recht 153, 267, 295, 344 f.

Naturalerfüllung siehe Erfüllungszwang
Naturalleistung siehe Erfüllungszwang
Naturalobligation 20, 65, 69[200], 70, 371[28], 376
nemo liberalis nisi liberatus 256
Nennwert 352
Nettoaktivvermögen 1, 341[58], 353, 355 f.
Normentheorie 158, 162
siehe Pflichtenkollision
Notbedarf
– *beneficium competentiae* 79[248], 83[265]
– Einrede und Altersvorzug 251[19], 252 f., *255–259*, 273, 282[174], 302 f., 318, 323, 368–370, 380[57], 383 f., 390
– Unterhaltszahlung zur Abwendung der Einrede 257
Notstand 158–161
Noxalhaftung 59, 67[191], 75–79, 99[330], 100, 116[56], 125, 127[108], 134[143], 160, 172[360], 174
nummularius 47 f., 49[108]

Ochsen 68[198]
Oder-Konto 349
Ökonomische Analyse des Rechts 10 f., 12[56], 18, 261, 270
Ölplattform 317 f.
Opernhaus 272
Ordnungsmittel siehe Unterlassungen
ordre public 214
Österreichisches Recht
– Abschlussprüfer 300 f.
– Deckungskonkurs 294
– deliktische Generalklausel 163
– Forderungskollision im Allgemeinen 19, 23, *118*, 130, 299, 301, 340
– Gefährdungshaftung 387[91]
– Haftpflichtversicherung, Pfandrecht des Geschädigten 295[251]
– Hinterlegung 293[235]
– Nachhaftung bei Spaltung 355[126], 356 f.
– Rangfolge von Schenkungen 255 f.
– Vermögensübernahme 339
– Wertpapieraufsicht 299 f.
overconfidence bias 36[58]

par condicio creditorum siehe Gleichbehandlung
Patron 38[65], 80–85, 87, 93, *95 f.*, 161[296]
Patronatserklärung 353[113]
peculium castrense 26[3], 42
periculum est emptoris 149
siehe Gefahr
perpetuatio obligationis 170, *208*[159], 311
Petroleum 305[299]
Pfändungspfandrecht 3, 6, 21, 185, *198–203*, 218–220, 241, 244
Pflichtenkollision 7 f., 158–171
Pflichtenkonflikt des Verwahrers siehe Verwahrung
Pflichtenperspektive auf subjektive Rechte siehe Pflichtenkollision
Pflichtteil
– Kürzung von Vermächtnissen und Auflagen 258
– Pflichtteilsergänzung 255 f., 320[364]
– Verbindlichkeit aus Pflichtteilsrechten 259, 282 f., 319, 322, 328, 377–381, 390–392
Pflichtverletzung, Kritik am Begriff 312
Pflichtversicherung 294–297
Polnischer Papinian 163[304]
Posterioritätsprinzip 15[78], 144[195], 192[61], 275 f.
Präambel 295
Prätendentenstreit 130, 137, 252, 323
Präventionsprinzip siehe Wettlauf
Preisgefahr siehe Gefahr
Preußen
– Allgemeines Landrecht 105[2], 118–122, 124, 130, 132[135], 173, 261
– Anfechtung 200, 373[31]
– Entwurf von 1842 122
– Gesindeordnung 143[188]
– Justizministerium 225[234]
– Oberverwaltungsgericht 144
– Pfändungspfand 3, 198 f.
– Vermögensnachfolge 336 f.[37]
– Viehseuchen 152[234]
Prioritätsprinzip
– bei Verfügungen siehe dort
– grundbuchrechtlich 184
– Vorrang des schnelleren Gläubigers siehe Präventionsprinzip
– Vorrang der älteren Forderung (Altersvorzug)
–– im Allgemeinen 2, 5, 15 f., 94[311], 114 f., 120[83], 123, 125, 127, 134, 138, 141–148, 173, 181, 250–252, 272, *273 f.*
–– Auslegung 94, 103, 115, 252–254, 273, 315, 321[370]
–– bei Schenkungen 255–259, 273, 318, 323, 368–370, 383 f., 396
–– *ius ad rem* siehe dort
Privilegien
– Insolvenzprivilegien (*privilegia exigendi*) 43[84], 48, 105, *250*

– Privilegienkollision siehe Kollision
– Rangprivilegien bei Pfandrechten 43, 46–50, 250[8]
procurator 45[91], 57[148], 65[182], 66[188], 93[303]
Produkthaftung 288[208], 290 f., 293
pro viribus siehe Haftungsbegrenzung

Quotenverkürzung 374

Rat der Volksbeauftragten 144
Recht
– absolutes und relatives 10[45], 19 f., 157 f., 162[303], 163 f., 168, 181, 184, 224[232], 252, 261, 271
– subjektives 9 f.
siehe Kollision von Rechten
Rechtskollision siehe Kollision von Rechten
Reflex des Wettlaufs 238, 339
Reflexwirkungen 137[169], 149–151, 157, 261[55]
Regress
– des Abkömmlings bei Gütergemeinschaft 341, 345
– unter den konkurrierenden Gläubigern 167
siehe modifizierter Wettkampf
– des Nacherben 329
– von Versicherungen 294, 350
Reise eines Schiffs 276
Reiseveranstalter 298
Repartierungspflicht oder -recht 18, 304–308
siehe auch Reflex des Wettlaufs
res futura 190[53]
Restschuldbefreiung 302, 372, 376
Restrukturierungsfinanzierung 275
Rückforderung
– durch den Schuldner 283[175], 291[229], 324, 364[3], 370, *371–390*, 396[134], *397–399*
– wegen Verarmung siehe dort
Rückschlag 17, 218, 243, 278, *373*

Sachwalter 65, 249, 286
Sammeldepot 154[250]
Sammelladung 154, 156 f.
siehe im Übrigen Gefahr
Sammellager 154[250]
Sammelsendung siehe Sammelladung
Sängerin 272
Sanierung 40, 275, 339, 351
Saufeius 28[13], 87, *96–98*, 103, 160, 384
Savigny, Friedrich Carl von 9, 174[379]
Schätzung in Geld
– des eigenen Interesses als Druckmittel 99
– Geldverurteilung
siehe dort
– unschätzbare Gegenstände 205
– oder Versteigerung 337 f.
Schenkung
– Nachrang siehe unentgeltlich begründete Forderung
– Notbedarf siehe dort
– Prioritätsprinzip siehe dort
– Verarmung siehe dort
Schickschuld 306
siehe auch Gefahr
Schiff des Saufeius siehe Saufeius
Schifffahrtsrechtliche Verteilung 5, 285–287, 324
Schlüsselgewalt 349
Schlussverzeichnis 375
Schwebezeit 72, 277, 332
siehe im Übrigen Vorausverfügungen
Schuldrechtsreform 19[94], 208 f., 305
Schuld und Haftung 1, 371[28]
siehe auch Haftungskollision
Schweigepflicht 214
Seeleute 6, 134, *144–147*, 173[359], 178[7], 251
Seenot
– *lex Rhodia de iactu* siehe dort
– Rettungslohn 156[265]
Seevermögen 288
siehe im Übrigen schifffahrtsrechtliche Verteilung
Selbsthilfe 244 f.
Senatsbeschlüsse *(senatusconsulta)*
– Insolvenz von Personen senatorischen Ranges 34[47]
– Pfandrecht bei Wiederaufbau eines Gebäudes 43[84]
– *Silanianum* 161[296]
separatio bonorum 38[65], 41 f., 58[150],
Seuche 150, 152[234]
Sicherungskonkurs 196[82]
Sicherungsübereignung
– antizipierte 187 f.
– Warenlager 182[21]
Sklaven im ersten Kapitel sowie 109[18], 160, 161[296], 167, *174*[379], 320[366]
Sondergut siehe Gesamtgut
Sonderinsolvenz/-konkurs 4 f., 284 f., 319, 330 f., 336–338, 341, 345, 354, 356, 361
Spaltung 1, 301[281], 340, 341[58], 353–357
specific performance siehe Erfüllungszwang

spes futurae actionis 190[53]
stellvertretendes *commodum* 270, 309 f.
Stellvertreter, konkurrierende Verpflichtung durch 313
Streitverkündung 293
Steuerpächter 44
Strafe für die Nichterfüllung
– Leugnen 99
– Vertragsstrafe 265[81], 266, 270
– Zwangsmittel 205[142], 206 f., 210–212
– Zwölf Tafeln 30
Strafrechtsreform, große 207, 211

Teilbarkeit siehe Unteilbarkeit
Teilleistung, Interesse an 18, 308 f.
Theodosius 37[61], 44[88]
Traditionsprinzip (Übereignung) 272
Trennungsprinzip (Haftpflichtversicherung) 298, 366[8]
Treuepflicht, gesellschaftsrechtliche 268
Tutor 9, 43 f., 49 f., 55–57, 61 f., 89 f. [293], 102

Überbuchung von Flügen 312
Übersicherung 192
Überzeichnung bei Wertpapieremissionen 21, 117
Umwandlungsrecht 340, 353 f.
Unentgeltlich begründete Forderung 57[147], 257, 382, 384, 387, 390–392, 396
Ungarn 339
Unlauterer Wettbewerb 263 f., 266 f., 270
Unmöglichkeit der Leistung 27, 123, 166 f., 169 f., 208, 214 f., 230[262], 233, 304 f., 307[309], 312, 385
(Un)teilbarkeit 14, 16, 23, 109, 167, 253[27], 257 f., 303 f., 312, 314–318, 320 f., 384
Unterhalt
– Abwendung der Rückforderung wegen Verarmung 257 f.
– Notbedarf bei der Schenkung siehe dort
– konkurrierende Unterhaltsforderungen
–– Direktansprüche 396
–– Rang und Verteilung 6, 301 f., 319, 323, 370[26]
–– Rückforderung 389 f.
Unterlassungen, Erzwingung von 7, 205, 207, 210, *211 f.*, 212–217, 232[270], 235, 241
Unternehmensspaltung siehe Spaltung
Unvollkommene Verbindlichkeit siehe Naturalobligation

Valentinian 37[61], 44[88]
venditio bonorum 32–38, 41[76], 52[123], 80[253]
Venture Capital 275
Verarmung
– Rückforderung 255–257, 259, 303, 369, 383 f., 396
– Unterhaltszahlung zur Abwendung 257
Verarbeitungsklausel 189 f., 192
Veräußerungsverbot 139[172], 217, 223[230], *224–227*, *228–234*, 241 f., 244 f.
Vereinigtes Königreich 313[335]
Verfahrenskosten *17*
siehe auch Dürftigkeit und Massearmut
Verfügung
– einstweilige V.
–– bei Doppelvermietung 178[6], 232–234
–– Gläubigerkonkurrenz als Verfügungsgrund 231, 242–246, 271, 274
–– Veräußerungsverbot 218, 225, 228–231, 241, 245
–– Verfügungen anderen Inhalts 235 f., 241
–– Vormerkung 225, 242, 246[333]
– verfügungsrechtliches Prioritätsprinzip 15 f., 178, *179–197*, 240, 250, 260, 269[101], 274[136]
– Verfügungsverbot siehe Veräußerungsverbot
– Vorausverfügung 15[77], 183–197, 240, 269[101]
vergessene Verbindlichkeiten 354 f.
Verhaltenspflichten, unvereinbare siehe Handlungen, Pflichtenkollision
Verleitung zum Vertragsbruch 141–148
Vermächtnis
– Doppelvermächtnis siehe dort
– Gesamtgläubigerschaft bei Ausfall der Bestimmung 349 f.
– Kürzung wenn Summe über 100 % 253[27]
– Kürzung zugunsten von Pflichtteilen 258
– *legatum sinendi modo* 92
– Nachrang 40 f., 113, 259, *282 f.*, 319, 322, 328, 377–381, 390–392
– Verleitung zur Nichterfüllung 264[72]
Vermieterpfandrecht 47[101]
Vermögensübernahme 301[281], 325, 331, *334–340*, 341, 343[73], 344 f., 356, 361
Verschmelzung 353[114], 354 f.
Versicherbarkeit 289
Versicherungspflicht siehe Pflichtversicherung
Versteigerung 35, 86, 201–203, 223, 229, 241

Verteidigung der bereits erschöpften Haftung *324*, 371 f., 377, 379, 383, 385, *398 f.*
Verteidigung der nicht zu erschöpfenden Haftung *ibidem*
Verteilung, Last der 297, 316, 322 f., 336, 351
siehe auch Verfahrenskosten
Verteilungspflicht oder -recht? 304–308
siehe auch Reflex des Wettlaufs
Verteilungsverfahren, hoheitliches
– im Allgemeinen 5, 322–324
siehe auch Verfahrenskosten
– Insolvenzverfahren siehe Insolvenzverwalter
– schifffahrtsrechtliche Verteilung siehe dort
– Sonderinsolvenz siehe dort
– Volljährigkeitsinsolvenzverfahren siehe dort
Vertretenmüssen
– der Kollision 311–313
– der Fehlzuteilung 364–370
Vertriebssystem 267 f.
Verurteilung in *id quod facere potest* siehe *beneficium competentiae*
Verwahrung
– Klageformeln 26[8]
– von Münzen siehe *nummularius*
– Pflichtenkonflikt des Verwahrers 20, 161, 167, *318*
Verwendungen 46[95], 250, 275[138]
Verzug 13 f., 238, 306, 350[100], 358[140], siehe im Übrigen Annahmeverzug
Volksempfinden, gesundes 267
Volljährigkeitsinsolvenzverfahren 342, 344, 346
Vorausabtretung 186[31], 188, 190–197, 240
siehe auch Globalzession
Vorbehalt
– des Eigentums siehe Eigentumsvorbehalt
– der Erbenhaftung 327, 346
– der Erwachsenenhaftung 342
– der Kürzung wegen kollidierender Forderungen 292
– der Landesgesetzgebung siehe dort
– Leistung unter V. 388
– Notbedarf und Altersvorzug siehe dort
– seerechtliche Haftung 287
– im Zuschlag 229
Vorbehaltsgut siehe Gesamtgut
Vorerbe 329–332, 345, 358 f.
Vormerkung 186, 202[124], 222[219], 224–230, 231[266], 233[273], 235, 242, 244–246, 262[59], 271[39]
Vormund siehe Tutor
Vormundschaftsgericht 342
Vorrang des Haftungsrechts 298, 366[8]
Vorratsschuld siehe Gattung, Teiluntergang

Wachsamkeit 3 f., 56, 57[148], 64, 127, 136, 177, 200, 221[210], 279
siehe auch *ius vigilantibus scriptum*
Wagniskapital 275
Wahlrecht der Gläubigergemeinschaft 317 f.
Wahlrecht des Schuldners, scheinbares siehe Reflex des Wettlaufs
Warenkredit siehe Geldkredit
Wertverfolgung 250
Wer zuerst kommt, mahlt zuerst 254[31]
siehe Wettkampf
Wettkampf (Wettbewerb, Wettlauf) der Gläubiger
– im Allgemeinen 177–247 und passim
– modifizierter Wettkampf (Vorrang des ersten rechtskräftigen Urteils) 325–350
– provisorischer Wettkampf (Rückgriff gegen den Schnelleren) 351–361
Willkürliche Bevorzugung 13 f., 57[147], 149, 201, 212, 219 f., 228, 277, 281[167], 307[307], 308[315], 339 f., 346 f., 362
Willkürlich kollidierende Anweisungen 95[315], 96[316]
Wrackbeseitigung 276
Württemberg 199

Zahlungseinstellung 22 f., 220[205], 279, 373
Zuckerrübensamenentscheidung 7, 10, 28, 149, 151, 153, 157, *304 f.*, 306, 314, 319, 344, 368, 404
Zuvorkommen siehe Wettlauf
Zuweisung an den Schnelleren 177, 282, 339 f.
Zwangsmittel siehe Handlungen, unvertretbare
Zwangsmühle 254[31]
Zweckgemeinschaft 153[245]
siehe auch Interessengemeinschaft
Zwickmühle 233[272]
Zwillingsgeburt 130
siehe auch Erstgeburt
Zwölftafelgesetz 28–31, 101