

# Zur Wirkung von Tilgungsabreden

Von cand. iur. **Robi Chattopadhyay**, Tübingen

*Der Beitrag beschäftigt sich mit den Folgen einer Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger, der Schuldner dürfe nur auf eine bestimmte von mehreren Schulden zahlen. Zentral ist die Frage, ob die Erfüllung eine Verfügung des Schuldners über den Anspruch darstellt, und damit auch, welche Rolle § 137 S. 1 BGB spielt. Der Autor wendet sich gegen die herrschende Meinung, die solche Abreden über die Tilgungsrichtung ohne weiteres zulässt. Der Beitrag betrifft Grundlagenfragen, die in beiden Staatsexamina eine Rolle spielen und sich in einer Klausur mit einer Reihe weiterer Problemstellungen gut kombinieren lassen.*

## I. Einführung

Hat ein Gläubiger mehrere Ansprüche gegen denselben Schuldner, die sich auf gleichartige Leistungen richten, so kann der Schuldner nach § 366 BGB einseitig bestimmen, welche Schuld durch eine Leistung getilgt wird. Häufig wird jedoch zwischen den Parteien vereinbart, dass der Schuldner nur auf eine bestimmte Schuld leisten wird. Dazu folgender Beispielfall:

E ist gleichzeitig persönlicher Schuldner einer Darlehensrückzahlungspflicht und Eigentümer eines Grundstücks, das mit einer Grundschuld belastet wurde, welche diese Forderung sichert. In dem Sicherungsvertrag mit der Bank wurde vereinbart, dass E mit seinen Ratenzahlungen nur auf das Darlehen leistet, die Grundschuld solle von ihnen unberührt bleiben und erst nach vollständiger Rückzahlung des Darlehens auf E übertragen werden. E überweist der Bank eine Rate mit dem Verwendungszweck „Rückzahlung Darlehen und Grundschuld“. Wurde die Grundschuld in Höhe der Rate getilgt?

Hier sind mehrere Konstellationen denkbar und im Grunde auch rechtlich möglich: Erstens könnte E nur das Darlehen getilgt haben. Das ist für die Bank die vorteilhafteste Variante, da ihr die bestellte Sicherheit in voller Höhe erhalten bleibt. Zweitens könnte E nur die Grundschuld getilgt haben. Dies hätte jedoch für ihn den Nachteil, dass die Darlehensrückzahlungspflicht bestehen bleibt. Am günstigsten für ihn ist es daher, er tilgt beides zugleich. Dass dies möglich ist, ist anerkannt.<sup>1</sup> I.d.R. wird auch davon auszugehen sein, dass genau dies Inhalt der Tilgungsbestimmung ist, wenn nichts anderes vereinbart ist und der Schuldner-Eigentümer keinen weiteren Verwendungszweck bei der Zahlung angibt.<sup>2</sup> Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, welche Wirkungen eine solche Tilgungsabrede hat.

Im Folgenden wird das Beispiel von Grundschuld und gesicherter Darlehensforderung nur der praktischen Häufigkeit wegen herangezogen. Auf die Besonderheiten der Grundschuld, die Qualifikation der Realverbindlichkeit und die Folgen ihrer Tilgung wird hier nicht eingegangen. Jedenfalls ist § 366 BGB (analog) auf die Tilgung von Grundschulden

anwendbar<sup>3</sup>, weshalb sich hier dieselben Fragen nach den Auswirkungen einer Tilgungsabrede stellen.

## II. Die Rechtsnatur der Erfüllung und der Tilgungsbestimmung

Um sich der Frage nach der Wirkung einer Tilgungsvereinbarung zu nähern, soll zunächst geklärt werden, welche rechtlichen Abläufe der Erfüllung und der einseitigen Tilgungsbestimmung zu Grunde liegen.

### 1. Der Ablauf der Erfüllung

Zu der Frage, was genau passiert, wenn eine Verbindlichkeit erfüllt werden soll, wurden die unterschiedlichsten Theorien vertreten. Generell lassen sie sich in zwei Gruppen einteilen, von Mischformen und vermittelnden Ansichten abgesehen: In vertragliche Theorien und Theorien einer finalen oder realen, d.h. jedoch zumindest einseitigen Leistungsbewirkung.

In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurden überwiegend die vertraglichen Erfüllungstheorien vertreten. Nach ihnen bedarf es zum Erlöschen der Leistung eines Vertrages zwischen Schuldner und Gläubiger, der auf die Aufhebung des Schuldverhältnisses gerichtet ist<sup>4</sup>. Ein wenig differenzierender wurde einerseits vertreten, ein Vertrag über die Tilgungsrichtung sei immer dann erforderlich, wenn zur Erfüllung ein Vertrag nötig sei – wie etwa in Fällen, in denen die Übereignung einer Sache geschuldet ist<sup>5</sup>, oder andererseits, dass Schuldner und Gläubiger eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung über den Zweck der Leistung treffen<sup>6</sup>. Diesen Theorien wurde vorwiegend entgegengehalten, dass § 366 BGB eine einseitige Leistungszweckbestimmung vorsehe, auf die der Gläubiger keinen Einfluss zu nehmen brauche.<sup>7</sup>

Daher wurden später vermehrt Ansätze vertreten, die die Erfüllung als einseitigen Akt verstehen. So ersetzt die Theorie der finalen Leistungsbewirkung die Zweckvereinbarung durch eine einseitige Tilgungsbestimmung.<sup>8</sup> Hiergegen wurde jedoch eingewandt, § 366 Abs. 2 BGB belege, dass es einer solchen Bestimmung gerade nicht bedürfe, da sie in diesem Falle durch die gesetzliche Tilgungsreihenfolge ersetzt werde. Auf dieser Grundlage etablierte sich die heute herrschende Theorie der realen Leistungsbewirkung.<sup>9</sup> Nach ihr ist im

<sup>3</sup> BGH NJW-RR 1989, 1036; *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994, § 7 I. 2. d) (S. 139); *Wilhelm*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 1827.

<sup>4</sup> v. *Tuhr*, AT des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 2, Teilband 2, 1918, Nachdruck 1957, § 72 (S. 82 f.).

<sup>5</sup> *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958, § 60 II. 3. (S. 253).

<sup>6</sup> Lehre vom Realvertrag, vgl. *Ehmann*, NJW 1969, 1833.

<sup>7</sup> *Schulze*, in: *Nomos Handkommentar zum BGB*, 6. Aufl. 2009, § 362 Rn. 7.

<sup>8</sup> *Gernhuber* (Fn. 3), § 5 II. 8. (S. 110 ff.).

<sup>9</sup> BGH NJW 1991, 1294 (1295); *Westermann/Buck-Heeb*, in: *Erman*, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 362 Rn. 3 ff.; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I AT/1, 8. Aufl.

<sup>1</sup> BGHZ 105, 154 (157) = NJW 1988, 2730; *Grüneberg*, in: *Palandt*, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 362 Rn. 7.

<sup>2</sup> Siehe die Nachweise bei BGH NJW 1988, 2730 unter II. 1. a).

Regelfall, wenn eine nicht-rechtsgeschäftliche Leistungshandlung geschuldet und aus den Umständen eindeutig ersichtlich ist, welche Schuld getilgt werden soll, lediglich die faktische Bewirkung der Leistung durch den Schuldner erforderlich. Ein abweichender Tilgungswille sei zu erklären. Warum allerdings die nicht-rechtsgeschäftliche Leistungspflicht der Regelfall sein solle und was aus dieser Aussage zu schließen ist, bleibt unklar.<sup>10</sup> Die für das Auffinden einer allgemein tauglichen Lösung interessanten Fragen stellen sich doch meist abseits des Alltäglichen.

## 2. Die Tilgungsbestimmung

Auch über die Rechtsnatur der Tilgungsbestimmung herrscht ein Streit, der hauptsächlich die Frage betrifft, ob sie rechtsgeschäftlicher oder nur rechtsgeschäftsähnlicher Natur ist.<sup>11</sup> Er wird unabhängig von dem über die Rechtsnatur der Erfüllung geführt. Innerhalb einer Erfüllungstheorie wird teils ein rechtsgeschäftlicher, teils ein rechtsgeschäftsähnlicher Charakter der Tilgungsbestimmung angenommen.<sup>12</sup>

Geht man davon aus, dass nicht die Tilgungsbestimmung (mit der Leistung) den Anspruch zum Erlöschen bringt, sondern dass diese Folge *ipso iure* – als gesetzliche Folge der bestimmten Leistung – eintritt, so wird man von einem rechtsgeschäftsähnlichen Charakter der Tilgungsbestimmung ausgehen müssen.<sup>13</sup> Denn eine Willenserklärung ist auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet; tritt die Folge kraft Gesetzes ein, so kann es sich nicht um eine Willenserklärung handeln. Auch wurde gegen einen rechtsgeschäftlichen Charakter eingewandt, dass es zu untragbaren, den Grundsatz der Abstraktheit von Verfügungen durchbrechenden Ergebnissen führen würde, müsste man bei der Nichtigkeit der Bestimmung durch den Schuldner nach § 139 BGB auch von der Nichtigkeit der Verfügung, die die Erfüllung bewirkt, ausgehen.<sup>14</sup> Dieser Einwand erscheint jedoch nicht zwingend, da sich dieses Problem genauso auch bei der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts stellt. Hier wird jedoch überwiegend angenommen, dass die pauschale Annahme einer Geschäftseinheit zwischen Kausal- und Verfügungsgeschäft

gegen das Abstraktionsprinzip verstößt.<sup>15</sup> Die Rechtsprechung lässt sie zwar im Grundsatz zu, bindet sie aber an eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Parteien.<sup>16</sup> Ebenso ist bei der Verknüpfung von Tilgungsbestimmung und Verfügungsgeschäft Vorsicht geboten: Die Verfügung ist nur Mittel zum Zweck der Erfüllung des Anspruchs. Die Auswirkungen der Nichtigkeit der Tilgungsbestimmung sollten nur in § 362 BGB gesucht werden, der insofern *lex specialis* zu § 139 BGB ist: Bei Nichtigkeit der Verfügung ist die Erfüllung mangels Leistungsbewirkung unwirksam (siehe sogleich). Die Unwirksamkeit der Tilgungsbestimmung lässt die Wirksamkeit der Verfügung jedoch unberührt, sie ist bloßes Motiv<sup>17</sup> für die Verfügung und sollte nicht nach § 139 BGB mit ihr verknüpft werden.

Die Theorie der realen Leistungsbewirkung wird dort inkonsequent, wo sie es zulässt, dass die Erfüllung nicht eintritt, wenn zwar geschuldete und erbrachte Leistung übereinstimmen, der Schuldner jedoch eine abweichende Tilgungsbestimmung getroffen hat. Sie meint zwar, es handle sich bei der Erfüllung um einen Realakt, doch wenn die Rechtsfolgen kraft Gesetzes eintreten, dürfte sich die Erfüllungswirkung nicht durch den Willen verhindern lassen<sup>18</sup>, so wie man auch nicht verhindern kann, dass man gemäß §§ 946 ff. BGB Eigentümer einer Sache wird<sup>19</sup>.

Löst man sich aber von der Prämisse, dass das Erlöschen gesetzliche Folge ist, so ist die Tilgungsbestimmung Willenserklärung: die „Erfüllungswirkung tritt ein, weil sie vom Schuldner gewollt ist“<sup>20</sup>. Er verfolgt diese Wirkung bewusst.<sup>21</sup> Der rechtsgeschäftliche Ansatz ist daher überzeugender.

## 3. Erfüllung als Verfügung des Schuldners über den Anspruch

Nach der geläufigen Definition<sup>22</sup> ist eine Verfügung die rechtsgeschäftliche, unmittelbare Einwirkung auf ein bestehendes Recht, ausdrücklich auch eine „Rechtsminderung“<sup>23</sup>. Es kommt die Übertragung, Aufhebung, Belastung und Inhaltsänderung in Betracht.<sup>24</sup> In den Beispielen der Literatur wird stets auf Verfügungen des Rechtsinhabers Bezug genommen. So verfügt der Übertragende, der Aufhebende, der Belastende, der Inhaltsändernde. Dass es jedoch nur in der Person des Rechtsinhabers eine Verfügung sei, das wird nur

2000, § 17 II. (S. 277 ff.); Larenz, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, § 18 I. 5. (S. 238); Medicus, Schuldrecht I, 18. Aufl. 2008, § 23 IV. 3. (Rn. 276); Olzen, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, Vor §§ 362 ff. Rn 14; und bereits 1929 Leonhard, Das Schuldrecht des BGB, Band 1, § 301 (S. 585-587).

<sup>10</sup> Vgl. auch die Ausführungen bei Repgen, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II/2, 2007, §§ 362-371 Rn. 71: Die Lösung der Regelfälle bereitet meist keine Probleme.

<sup>11</sup> Soweit ersichtlich, vertritt niemand, dass sie einen reinen Realakt darstellt, eine Wissenserklärung sozusagen.

<sup>12</sup> Vgl. die Nachweise bei Muscheler/Bloch, JuS 2000, 729 (733).

<sup>13</sup> Wenzel, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 366 Rn. 9: „nur benennende Funktion und nicht auf einen Rechterfolg gerichtet“.

<sup>14</sup> Zeiß, JZ 1963, 7 (9 f.).

<sup>15</sup> Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 5 Rn. 55-57.

<sup>16</sup> BGH NJW 1991, 917 (918): „ausnahmsweise“.

<sup>17</sup> Zeiß, JZ 1963, 7 (9 f.).

<sup>18</sup> Kerwer, in: Juris Praxiskommentar zum BGB, 4. Aufl. 2008, § 362 Rn. 24.

<sup>19</sup> Vgl. statt aller Wiegand, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, Vor §§ 946 ff. Rn. 3.

<sup>20</sup> Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 812 Rn. 49.

<sup>21</sup> Rother, AcP 169 (1969), 1 (30).

<sup>22</sup> Baur/Stürner (Fn. 15), § 5 Rn. 1; Kohler, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 892 Rn. 25; Esser/Schmidt (Fn. 9), § 17 II. 2. (S. 280).

<sup>23</sup> Brox/Walker, AT BGB, 33. Aufl. 2009, § 5 Rn. 104.

<sup>24</sup> Baur/Stürner (Fn. 15), § 5 Rn. 1.

anhand des Beispiels der Übereignung einer Sache belegt: Nur der Veräußerer verfüge, nicht der Erwerber<sup>25</sup>, was ja auch zutrifft. Löst man sich von der Prämisse, dass die Erfüllung eines Anspruchs keine Verfügung über ihn sein könne, so ergibt sich Folgendes: Stellt man darauf ab, wem jeweils welche Einwirkungsbefugnis auf das Recht zusteht, so muss man wohl den Schuldner und nicht den Gläubiger als Berechtigten ansehen, den Anspruch durch Erfüllung zum Erlöschen zu bringen. Ist die Erfüllung eine Verfügung, so ist der Schuldner (oder jeder Dritte, dem die Rechtsordnung die Befugnis einräumt, eine Schuld zu begleichen, vgl. insbesondere §§ 267, 268, 1142 BGB) insoweit der Berechtigte: Alleine kann der Gläubiger die Forderung gar nicht zum Erlöschen bringen, ein einseitiger Verzicht auf Ansprüche ist im deutschen Recht nicht vorgesehen.<sup>26</sup>

Versteht man die Tilgungsbestimmung als Willenserklärung, so fällt es leichter, die Erfüllung als Verfügung über den Anspruch aufzufassen. Durch sie wird ein bestehendes Recht zum Erlöschen gebracht, darauf ist die Tilgungsbestimmung gerichtet. Die Tilgungsbestimmung richtet die Erlöschungswirkung auf eine *bestimmte* Schuld.<sup>27</sup> Insoweit kann die Erfüllung unter die obige Definition subsumiert werden: Sie ist die rechtsgeschäftliche Aufhebung eines bestehenden Rechtes; fraglich ist allenfalls, ob die Wirkung auch *unmittelbar* eintritt. „Durch vollständige Bewirkung der dem Schuldner obliegenden Leistung erlischt das Schuldverhältnis ipso jure [sic]“<sup>28</sup>, heißt es zwar in den Motiven. Daraus könnte man herleiten, dass der historische Gesetzgeber nicht davon ausging, dass die Erfüllung ein Rechtsgeschäft sei, da das Rechtsgeschäft die Rechtswirkungen unmittelbar kraft Willens desjenigen herbeiführt, der es vornimmt. Aus den weiteren Ausführungen in den Motiven wird jedoch ersichtlich, dass dieser Schluss verfrüht wäre<sup>29</sup>: „Den [...] Streit, ob und inwieweit die Erfüllung (stets) ein Rechtsgeschäft bzw. ein Vertrag sei, zu entscheiden, ist nicht die Aufgabe des Gesetzes, auch nicht durch ein Bedürfnis der Rechtssicherheit geboten.“<sup>30</sup> Die Unmittelbarkeit der Rechtseinwirkung kann daher nicht zwingend mit dem Hinweis verneint werden, die Rechtsfolgen träten nicht kraft Willens, sondern kraft Gesetzes ein, da § 362 Abs. 1 BGB die Rechtsfolge anordne.

Ebenso kann man das Erlöschen nämlich als willensgetragen auffassen, wie auch eine bewegliche Sache durch Einigsein und Übergabe kraft Willens der Beteiligten den Eigentümer wechselt und nicht deshalb, weil § 929 S. 1 BGB es anordnet. Die Annahme, das Gesetz stelle dem Schuldner

in § 362 Abs. 1 BGB lediglich eine Handlungsmöglichkeit zur Verfügung, ist nicht systemwidrig. In der Literatur wird zuweilen ebenfalls eine Parallele zu anderen Verfügungen gezogen. So führt *Repgen* in seiner Stellungnahme zu den Erfüllungstheorien aus: „Stillschweigende Erklärungen sind für unsere Rechtsordnung ein ganz alltägliches Phänomen. Die meisten dinglichen Verfügungen geschehen in dieser Form.“<sup>31</sup> Ganz ausdrücklich – allerdings in einem zum hier vertretenen Ansatz gegenteiligen Sinn – wurde die Erfüllung, genauer: die Erklärung über die Annahme zum Zwecke der Erfüllung, als Verfügung des Gläubigers über die Forderung angesehen.<sup>32</sup> Dies ergebe sich schon aus § 362 Abs. 2 BGB, der auf § 185 BGB verweist, sowie aus einem Vergleich der §§ 1812 und 1813 BGB.<sup>33</sup> Nach dieser Ansicht verfügt der Gläubiger also mit der (konkludent erklärten) Annahme der Leistung über die Forderung. Diese Ansicht findet ihre Rechtfertigung hauptsächlich im Schutz der Geschäftsunfähigen und in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten. Denn durch das Erfordernis einer Willenserklärung des Gläubigers sind die §§ 104 ff. BGB direkt anwendbar, so dass der Minderjährige ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter eine Forderung nicht verlieren könnte.<sup>34</sup> Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass man andere, einfachere Möglichkeiten („Empfangszuständigkeit“) gefunden hat, Minderjährige vor dem Verlust des Anspruchs zu bewahren. Die besseren Argumente sprechen also dafür, die Erfüllung als Verfügung des Schuldners aufzufassen.

Nun bringt jedoch nicht die Tilgungsbestimmung alleine den Anspruch zum Erlöschen. Vielmehr bedarf es freilich noch der Leistungsbewirkung. Damit könnte man auch bei der Erfüllung von einer zweiaktigen Verfügung sprechen<sup>35</sup>: Wie die Übereignung durch Einigsein und Übergabe erfolgt, so bedarf es für die Erfüllung der Leistung und der Tilgungsbestimmung.

*Damit ergibt sich:* Die Erfüllung besteht aus der Zuwendung des Geschuldeten plus der Leistungszweckbestimmung. Sie ist eine Verfügung über die Forderung. Verfügender ist, wer die Leistung auf diese Weise zweckgerichtet erbringt. Die Leistungszweckbestimmung ist Willenserklärung, auf das Erlöschen einer bestimmten Schuld gerichtet.

<sup>25</sup> *Rüthers/Stadler*, AT des BGB, 16. Aufl. 2009, § 16 Rn. 10.

<sup>26</sup> RGZ 72, 168 (171); 110, 409 (418); 114, 155 (158); *Rieble*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2005, § 397 Rn. 1 ff.; *Schlüter*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2007, § 397 Rn. 1.

<sup>27</sup> *Kerwer* (Fn. 18), § 362 Rn. 25; *Reuter/Martinek*, Unge-rechtfertigte Bereicherung, 1983, § 4 II. 2. a) (S. 89); a.A. *Muscheler/Bloch*, JuS 2000, 729 (733).

<sup>28</sup> Motive II, S. 81.

<sup>29</sup> Vgl. auch *Gernhuber* (Fn. 3), § 5 II. 1. (S. 103 f.).

<sup>30</sup> Motive II, S. 81.

<sup>31</sup> *Repgen* (Fn. 10), §§ 362-371 Rn. 72; damit lässt sich freilich nicht unterstellen, *Repgen* fasse die Erfüllung als Verfügung über die Forderung auf.

<sup>32</sup> *Enneccerus/Lehmann* (Fn. 5), § 60 II. 3. (S. 253). Bestritten bspw. durch *Esser/Schmidt* (Fn. 9), § 17 II. 2. (S. 280): Es liege keine rechtsgeschäftliche Einwirkung (gemeint ist „des Gläubigers“) auf ein bestehendes Recht vor.

<sup>33</sup> *Enneccerus/Lehmann* (Fn. 5), S. 253 Fn. 10.

<sup>34</sup> *Enneccerus/Lehmann* (Fn. 5), S. 253 Fn. 10.

<sup>35</sup> Auch *Ehmann*, NJW 1969, 1833 nimmt einen zweigliedrigen Erfüllungstatbestand an: Zuwendung des Geschuldeten plus Einigung über den Erfüllungszweck. Er folgt der Lehre vom Realvertrag. Ebenfalls in diesem Sinne vergleicht *Weitnauer*, Die Leistung, in: *Festschrift v. Caemmerer*, 1978, S. 255 (266) die Erfüllung ihrer Struktur nach mit der Hand-schenkung nach § 516 BGB als Zuwendung plus Einigung über die Unentgeltlichkeit.

Daraus folgt auch, dass Geschäftsunfähige keine Erfüllung herbeiführen können. Ihre Zuwendung ist nach § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB kondizierbar, wenn sie nicht bereits vindiziert werden kann. Gegen diesen Anspruch kann der Gläubiger dem gesetzlichen Vertreter gegenüber (§ 131 Abs. 1 BGB) seinen Anspruch auf die Leistung aufrechnen, umgekehrt steht die Aufrechnungsbefugnis auch dem Vertreter zu. Beschränkt Geschäftsfähige können selbst erfüllen, soweit sie dadurch keinen rechtlichen Nachteil erleiden, etwa wenn sie einen Realakt schulden wie die Reparatur einer beschädigten Sache oder die Herausgabe etwas ungerechtfertigt Erlangten, soweit keine Übereignung erforderlich ist. Ein Nachteil kann sich beispielsweise aus dem Verlust des Eigentums an einer Sache oder einer Aufrechnungslage ergeben. In diesem Fall kann auch der beschränkt Geschäftsfähige nicht erfüllen, die Zuwendung ist kondizierbar.

### III Konsequenzen für die Wirkung von Tilgungsabreden

#### 1. Die Positionen

Dass eine Abrede über die Tilgungsreihenfolge zulässig und auch für den Schuldner bindend sei, wird ganz überwiegend angenommen<sup>36</sup>. Davon ging auch der historische Gesetzgeber aus, als er ausführte:

„Es versteht sich von selbst, daß, wenn Gläubiger und Schuldner ein Uebereinkommen über die Abrechnung der Leistung auf die mehreren Schuldposten getroffen haben, hierdurch das einseitige Bestimmungsrecht des Schuldners ausgeschlossen wird. Abgesehen hiervon aber geräth der Gläubiger, welcher die Bestimmung des Schuldners bei im Uebrigen obligationsgemäßer Leistung desselben zurückweist, zweifellos in Ansehung derjenigen Forderung, auf welche Schuldner leisten zu wollen erklärte, in Annahmeverzug.“<sup>37</sup>

Demgegenüber sieht *Gernhuber*<sup>38</sup> eine solche Tilgungsvereinbarung kritisch: Zwar setze § 366 BGB (selbstverständlich) in dem Sinne dispositives Recht, dass der Schuldner überhaupt eine Tilgungsbestimmung vornehmen könne, doch schließen Verträge über eine bestimmte Tilgungsreihenfolge oder die Übertragung der Tilgungsbestimmungsbefugnis auf Gläubiger oder Dritte nicht das einseitige Bestimmungsrecht aus. Vielmehr sei Folge einer vertragswidrigen Bestimmung durch den Schuldner ein Recht des Gläubigers, die Annahme zu verweigern ohne in Gläubigerverzug zu geraten, sowie ggf. ein Anspruch auf Schadensersatz. Nach dieser Ansicht schlägt also ein vertragswidriges Verhalten des Schuldners nicht auf die Wirksamkeit der Tilgungsbestimmung durch.

Eine genaue Begründung hierfür bleibt *Gernhuber* jedoch schuldig.<sup>39</sup>

Ähnliches bemerkt *Epp*<sup>40</sup>, der jedoch die Möglichkeit, vereinbarungswidrig zu erfüllen, mit Urteilen belegt, die nicht die einschlägige Problematik behandeln<sup>41</sup>: In dem dem ersten Urteil<sup>42</sup> zu Grunde liegenden Fall ging es nicht darum, dass die Klägerin eine *vorherige* Tilgungsvereinbarung mit der Beklagten abgeschlossen hatte, sondern der BGH wandte sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, es sei nicht erwiesen, dass die Parteien überhaupt Einvernehmen erzielt hatten. Das Ergebnis entspricht der h.M.: Existiert keine Vereinbarung, bedarf es keines Einvernehmens bei der Tilgung. Im zweiten Urteil<sup>43</sup> geht der BGH zwar wirklich davon aus, dass der Schuldner entgegen einer Abrede, nur auf die gesicherte Forderung zu leisten, berechtigt sei, auch auf das dingliche sichernde Recht zu zahlen. Das Gericht bezieht sich dabei jedoch nur auf den Zeitpunkt, in dem der Gläubiger bereits die Zwangsvollstreckung betreibt.<sup>44</sup>

Schließlich ist noch eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1976<sup>45</sup> hervorzuheben: Eine Bank hatte ein Bauprojekt finanziert, das in (inzwischen veräußerte) Eigentumswohnungen aufgeteilt worden war. Die durch den vorherigen Eigentümer bestellte Grundschuld hatte sich somit in eine Gesamtgrundschuld an allen Eigentumswohnungen gewandelt. Zwischen der Bank und dem vorherigen Eigentümer war eine Tilgungsvereinbarung abgeschlossen worden, nach der Zahlungen nur auf die persönliche Forderung angerechnet werden sollten. Die Erwerber zahlten (ohne eine Erklärung über die Tilgungsrichtung) sowohl vor als auch nach Eigentumserwerb an die Bank. Eigentlich hatte das Gericht hier nur zu klären, was Inhalt einer Tilgungsbestimmung der jetzigen Eigentümer war, ob also die Vereinbarung zwischen dem vorherigen Eigentümer und der Bank für die Auslegung heranzuziehen sei (vom Gericht bejaht). Gleichwohl meinte es – für die Entscheidung unerheblich –, eine Tilgungsvereinbarung hindere den Zahlenden nicht daran, eine vereinbarungswidrige Tilgungsbestimmung zu treffen.<sup>46</sup> Dass dieser Ansatz jedoch nicht weiter verfolgt wurde, zeigen die späteren Entscheidungen<sup>47</sup>, welche von einer Bindungswirkung der Tilgungsvereinbarung ausgehen.

<sup>36</sup> RGZ 66, 54 (58 f.); 105, 29 (31); BGH NJW 1984, 2404 (2405); NJW-RR 1995, 1257; *Olzen* (Fn. 9), § 366 Rn. 48; *Wenzel* (Fn. 13), § 366 Rn. 7; *H. P. Westermann/P. Buck-Heeb* (Fn. 9), § 366 Rn. 1; *Stürner*, in: *Jauernig, Kommentar zum BGB*, 13. Aufl. 2009, § 366 Rn. 4; *Grüneberg* (Fn. 1), § 362 Rn. 7.

<sup>37</sup> Motive II, S. 86 zu §§ 267, 268 BGB.

<sup>38</sup> *Gernhuber* (Fn. 3), § 7 I. 5. (S. 142).

<sup>39</sup> *Gernhuber* (Fn. 3), § 7 I. 5. (S. 142): „Es geht nicht an, den Schuldner mit einer Rechtsfolge zu belasten, die er erklärtermaßen gerade nicht wollte (mag er sich damit auch vertragswidrig verhalten).“

<sup>40</sup> *Epp*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski* (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, 3. Aufl. 2007, Rn. 438.

<sup>41</sup> Vgl. *Epp* (Fn. 40), Rn. 438 Fn. 958.

<sup>42</sup> BGH WM 1989, 1208.

<sup>43</sup> BGH WM 1987, 202.

<sup>44</sup> Das Gericht bezieht sich ausdrücklich auf die vorangegangene Entscheidung BGH NJW 1986, 2108, siehe dort S. 2112 unter II. 2.

<sup>45</sup> BGH NJW 1976, 2132.

<sup>46</sup> Obiter dictum bei BGH NJW 1976, 2132 (2133).

<sup>47</sup> BGH NJW 1984, 2404 (2405); NJW-RR 1995, 1257.

## 2. Konsequenzen der Einordnung der Erfüllung als Verfügung in Bezug auf § 137 S. 1 BGB

Nach dem hier vertretenen Ansatz ist zu untersuchen, ob sich die Richtigkeit der von *Gernhuber* vertretenen Auffassung aus dem Verstoß einer solchen Tilgungsvereinbarung gegen § 137 S. 1 BGB ergibt. Das kommt freilich nur in Betracht, wenn man den Verfügungscharakter der Erfüllung bejaht.

### a) Der Zweck des § 137 S. 1 BGB

Ob eine Tilgungsvereinbarung gegen § 137 S. 1 BGB verstößt, hängt (auch) davon ab, welche Zwecke durch die Norm verfolgt werden. Heute werden die persönliche Freiheit<sup>48</sup> und der freie Güterverkehr, also die Verhinderung von *res extra commercium*<sup>49</sup>, zum Teil als Hauptzweck des § 137 BGB angesehen, zum Teil mehr als Reflexwirkungen, wenn auch erwünschte. Der Gesetzgeber hatte demgegenüber den Gläubigerschutz in der Zwangsvollstreckung<sup>50</sup> und die Sicherung des *numerus clausus* der dinglichen Rechte im Sinn<sup>51</sup>. Diese letzten beiden Schutzrichtungen scheinen heute nahezu allgemein anerkannt.

Stellt man auf den Schutz der persönlichen Freiheit des Rechtsinhabers ab, so steht § 137 S. 1 BGB in der Tat einer Vereinbarung über die Tilgungsbefugnis des Schuldners entgegen. In dem zu Beginn genannten Beispiel wäre auch zu erwägen, ob die Grundsuld deshalb zur *res extra commercium* würde, weil sie nicht mehr „erfüllbar“ ist, also nicht mehr durch Zahlung zur Umwandlung in eine Eigentümergrundsuld gebracht werden kann. Doch das ist nicht die Schutzrichtung: Es steht der Schutz des Rechtsverkehrs, also der Geschäftsverkehr mit Dritten im Vordergrund.<sup>52</sup> Der Umstand, dass der Schuldner den dinglichen Anspruch nicht erfüllen kann, macht die Grundsuld nicht zu einer unveräußerlichen Sache.

Doch auch nach dem Leitbild der Sicherung des *numerus clausus* der güterzuordnenden Rechte ergibt sich ein Konflikt: Dadurch, dass der Schuldner einer Einwirkungsmöglichkeit beraubt wird, würde der objektive Gehalt der Möglichkeiten, mit einer Forderung zu verfahren, vermindert und damit geändert. In diesem Schutzzweck wird ein allgemeines

Prinzip des deutschen Privatrechts gesehen<sup>53</sup>, das nicht aufgeweicht werden sollte<sup>54</sup>.

Der Zweck des Gläubigerschutzes wird freilich nicht vereitelt: Die Gläubiger des Gläubigers der Forderung (= Schuldners in der Zwangsvollstreckung) können nach wie vor auf sie zugreifen. § 851 ZPO verhindert nur einen Zugriff auf unveräußerliche Rechte. Die Gläubiger des Schuldners haben ohnehin kein Interesse an einer anderen Schuld.

Es stehen also zwei Schutzzwecke des § 137 S. 1 BGB – davon ein allgemein anerkannter und auch vom historischen Gesetzgeber beabsichtigter – einer Tilgungsabrede entgegen. Damit wäre § 137 S. 1 BGB wirklich einschlägig.

### b) Geltung des § 137 S. 1 BGB für Forderungen

Andererseits ist zu erwägen, ob es das deutsche Privatrecht nicht generell erlaubt, die Verfügungsbefugnis über eine Forderung zu beschränken. Immerhin lässt § 399 Fall 2 BGB zu, dass eine Forderung unveräußerlich ist, wenn die Parteien es so wollen.<sup>55</sup> Nur ausnahmsweise, etwa in den Fällen des § 405 Fall 2 BGB, ist eine Veräußerung gleichwohl möglich.<sup>56</sup> Auch kann an Forderungen, deren Abtretung kraft Vereinbarung ausgeschlossen wurde, nach § 1069 Abs. 2 BGB weder ein Nießbrauch<sup>57</sup> noch nach § 1274 Abs. 2 BGB ein Pfandrecht bestellt werden. Es ist im BGB also möglich, sowohl die Übertragbarkeit als auch die Belastbarkeit einer Forderung rechtsgeschäftlich auszuschließen. Daraus könnte gefolgert werden, dass es generell erlaubt ist, die Verfügungsbefugnis über eine Forderung mit dinglicher Wirkung zu beschränken oder gar aufzuheben.

Im internationalen Vergleich überwiegen die Rechtsordnungen, die einen Abtretungsausschluss nicht zulassen.<sup>58</sup> Das zeigt, dass die deutsche Regelung schon im Fall des § 399 Fall 2 BGB keineswegs zwingend geboten ist. Zudem decken die §§ 399, 1069 und 1274 BGB zwar zwei wichtige Anwendungsfälle, die wohl häufigsten Verfügungen, ab – aber eben dennoch nur einen Teil der denkbaren. In Betracht kommen nämlich neben der Übertragung und der Belastung noch die Aufhebung und die Inhaltsänderung. Auch wenn Ausnahmenvorschriften nicht per se analogiefeindlich sind, so ist hier dennoch kein Grund ersichtlich, warum die Möglichkeit der

<sup>48</sup> *Hefermehl*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 1978, § 137 Rn. 1 (abw. aber 12./13. Aufl.); *Raible*, Vertragliche Beschränkungen der Übertragung von Rechten, 1969, S. 77 f.; *H. Schlosser*, NJW 1970, 681 (683 f.); *Weitmayer*, in: Festschrift Weber, 1975, S. 429 (431, 434).

<sup>49</sup> BGHZ 56, 275 (278 f.); *Wenzel* (Fn. 13), § 137 Rn. 4. *Müller-Freienfels*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S. 130 sieht darin gar den alleinigen Zweck.

<sup>50</sup> Mot. III S. 77; aus § 851 ZPO ergebe nunmehr sich, dass ein Recht zur insoweit es übertragbar ist, der Zwangsvollstreckung unterworfen ist, vgl. *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, 2. Aufl. 1998, § 3 III. 1. (S. 25); *Kohler*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2003, § 137 Rn. 11, mit weiteren umfangreichen Nachweisen zu diesem Schutzzweck.

<sup>51</sup> Prot. III S. 256 f.

<sup>52</sup> *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 135 Rn. 4.

<sup>53</sup> *Canaris*, in: Festschrift Flume I, 1978, S. 371 (419 f.).

<sup>54</sup> *Canaris* (Fn. 53), S. 371 (419 f.); *Armbrüster* (Fn. 52), § 135 Rn. 5.

<sup>55</sup> Der Streit, ob § 399 Fall 2 BGB *lex specialis* zu § 137 S. 1 BGB ist oder ob § 399 BGB eine der § 137 vorgeschaltete „Inhaltsbestimmung“ der Forderung darstellt, hat für das hier diskutierte Problem, keine Relevanz. Vgl. zum Ganzen *Busche*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, § 399 Rn. 52 sowie *Blaum*, Das Abtretungsverbot nach § 399 2. Alt. BGB und seine Auswirkungen auf den Rechtsverkehr, 1983.

<sup>56</sup> Zu § 354a HGB siehe sogleich.

<sup>57</sup> Ist ausdrücklich nur die Veräußerung nach § 399 Fall 2 BGB ausgeschlossen, so dient § 1069 BGB nur als materielle Auslegungsregel, *Pohlmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 1069 Rn. 15.

<sup>58</sup> *Eidenmüller*, AcP 204 (2004), 457 (464 ff.).

Verfügungsbeschränkung auf die Inhaltsänderung oder die Aufhebung ausgedehnt werden sollte.

Selbst wenn man diesen Schluss ablehnt, könnte hier jedenfalls aus dem Rechtsgedanken des § 354a HGB für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften zu folgern sein, dass hier keine dem § 399 Fall 2 BGB vergleichbare Interessenlage zu Grunde liegt. Denn wenn schon ein Abtretungsausschluss unerheblich ist, könnte dies ja auch für die Tilgungsabrede gelten.

Nach § 354a HGB ist bei Geldforderungen, die aus beiderseitigen Handelsgeschäften rühren, eine Abtretung trotz eines Ausschlusses nach § 399 Fall 2 BGB wirksam. Die meisten Fälle, in denen eine Tilgungsvereinbarung geschlossen wird, werden mehrere Geldforderungen betreffen. Die Anwendbarkeit des § 354a HGB auf den Ausgangsfall ist zwar schon dem Grunde nach fraglich: Der Grundschuldgläubiger kann den Zahlungsanspruch (auf die Grundschuld) gar nicht isoliert abtreten, sondern nur die Grundschuld im Ganzen.<sup>59</sup> Der Anspruch entsteht dann in der Person des Inhabers der Grundschuld neu, ähnlich wie der aus § 985 BGB. Hier geht es aber nicht um die Übertragung, sondern um die Aufhebung. § 354a HGB ist somit ohnehin, wenn überhaupt, lediglich analog heranzuziehen.

Zudem müsste es sich bei der Realverbindlichkeit ebenfalls um eine Geldforderung handeln. Der Inhaber der Grundschuld hat im Grunde nur einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus §§ 1191, 1147 BGB. Dass der Schuldner-Eigentümer durch Zahlung „auf die Grundschuld“<sup>60</sup> bewirken kann, dass diese abgelöst wird und auf ihn übergeht, ist im Ergebnis jedoch unstreitig anerkannt<sup>61</sup>. Wenn nun aber der Anspruch durch Geldzahlung abgewendet werden kann, mehr noch, er durch Geldzahlung untergeht, so muss der Duldungsanspruch auch als Geldforderung i.S.d. § 354a HGB angesehen werden. Hinzu kommt, dass BGH und Schrifttum den § 366 BGB auf das Nebeneinander von Darlehensforderung und Grundschuld anwenden, obwohl dieser Verpflichtungen zu „gleichartigen Leistungen“ fordert.<sup>62</sup>

§ 354a HGB ist nur anwendbar, wenn die Forderung, über die verfügt wird, durch ein beidseitiges Handelsgeschäft begründet worden ist. Sowohl Sicherungsgeber als auch Sicherungsnehmer müssen also Kaufleute sein und auch in dieser Eigenschaft handeln, § 343 Abs. 1 HGB. Dies wird dann der Fall sein, wenn etwa ein Kaufmann die Grundschuld am Firmengrundstück zur Sicherung eines Darlehens für das Unternehmen bestellt. Die vielen Fälle, in denen eine Privat-

person eine Grundschuld zur Sicherung des Darlehens bestellt, das das Eigenheim finanziert hat, scheiden hier aus.

Dies alles sind jedoch nur Hilfsbegründungen: Eine generelle Möglichkeit der Beschränkung der Verfügungsbefugnis über Forderungen kennt das bürgerliche Recht nicht. Somit bliebe es dabei, dass Tilgungsvereinbarungen – als Verbot gegenüber dem Schuldner verstanden, den Anspruch zu erfüllen – gegen § 137 S. 1 BGB verstießen und somit nichtig wären.

### c) Die Tilgungsvereinbarung als antizipierte Tilgungsbestimmung

Etwas anderes könnte sich daraus ergeben, dass man in der Tilgungsvereinbarung bereits die Tilgungsbestimmung selbst sehen könnte.

Es ist nämlich zu erwägen, ob nicht bereits im Abschluss einer Tilgungsvereinbarung eine (antizipierte) Verfügung über die Forderung zu sehen ist. Dies soll durch eine Parallele zur antizipierten Sicherungszession veranschaulicht werden: Eine solche könnte deswegen gegen § 137 S. 1 BGB verstoßen, weil mit ihr dem Schuldner die Möglichkeit genommen wird, anderweitig über die Forderung zu verfügen. Das ist jedoch deswegen nicht der Fall, weil sie kein Verfügungsverbot, sondern bereits die Verfügung selbst ist (von § 399 Fall 2 BGB einmal abgesehen; der Vergleich ist ebenso mit einer antizipierten Sicherungsübereignung nach §§ 929, 930 BGB möglich). Mit Abschluss des Zessionsvertrages sind die Voraussetzungen erfüllt, ist die Abtretung also wirksam; bei Entstehen der Forderung entfaltet sie dann ihre Wirkung. Genauso könnte in der Tilgungsvereinbarung bereits die Verfügung zu sehen sein. Eine Verfügung ist aber denknotwendig kein Verfügungsverbot.<sup>63</sup>

Fasst man jedoch die Erfüllung als zweiaktige Verfügung auf (Leistungsbewirkung plus Tilgungsbestimmung), so wird man nicht umhin kommen, es auch bei dieser Verfügung zuzulassen, dass der Verfügende seine Willenserklärung bis zum Abschluss des Verfügungstatbestandes frei widerrufen kann. Bei einer Übereignung nach § 929 S. 1 BGB müssen sich Veräußerer und Erwerber noch im Zeitpunkt der Übergabe über den Eigentumswechsel einig sein. Davor kann jeder Teil seine Erklärung frei und grundlos widerrufen.<sup>64</sup> Behält sich der Schuldner nur insgeheim vor, die Verfügung nicht zu wollen, so ist dies nach § 116 S. 1 BGB unbeachtlich.

Etwas anderes wird für die Sicherungszession angenommen: Hat der Schuldner über eine künftige Forderung ver-

<sup>59</sup> Vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, Rn. 445.

<sup>60</sup> Die Formulierung findet sich häufig, vgl. etwa BGH NJW 1976, 2340 (2341); *Epp* (Fn. 40), Rn. 437.

<sup>61</sup> *Westermann/Eickmann*, Sachenrecht, 7. Aufl. 1998, § 117 III. (S. 821); RGZ 78, 60 (67 f.): §§ 1142 f. BGB analog; *Wilhelm* (Fn. 2), Rn. 1826; § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 156 (S. 647 Fn. 11): §§ 1168, 1170 BGB analog.

<sup>62</sup> BGH NJW-RR 1987, 1350 (1351); w.N. oben bei Fn 3.

<sup>63</sup> So wird es von der h.M. in Rechtsprechung und Literatur sogar für möglich gehalten, unter der auflösenden Bedingung der Weiterveräußerung über eine Sache zu verfügen. Diese Konstellation kommt einem faktischen Verfügungsverbot für den Erwerber gleich. Vgl. die Nachweise bei *Armbrüster* (Fn. 54), § 137 Rn. 15.

<sup>64</sup> BGH NJW 1978, 696; 1979, 213 (214); *Baur/Stürner* (Fn. 15), § 51 Rn. 11; *Oechsler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 929 Rn. 41; a.A. *Westermann/Westermann*, Sachenrecht, 7. Aufl. 1998, § 38 4. (S. 280).

fügt, so ist er an die Abtretung gebunden; ein späterer Widerruf ist nicht möglich<sup>65</sup>, eine anderweitige Verfügung einer Ansicht nach mangels Verfügungsbefugnis unwirksam<sup>66</sup>. Dem ist zuzustimmen: Die Abtretung einer Forderung bedarf nur eines einzelnen Aktes. Mit Abschluss des (antizipierten) Abtretungsvertrages ist der Erwerbstatbestand vollendet, der Erwerber wird Inhaber einer Anwartschaft.<sup>67</sup> Damit entsteht auch keine systematische Diskrepanz zu § 929 S. 1 BGB, bei dem der Erwerbstatbestand eben noch nicht mit Abschluss des dinglichen Einigungsvertrages vollendet ist. Fasst man die Erfüllung jedoch, wie oben vorgeschlagen, als zweiaktige Verfügung auf, so muss man auch hier annehmen, dass der Schuldner die Tilgungsbestimmung vor Erbringung der Leistung frei widerrufen kann.

Legt man die Tilgungsvereinbarung in diesem Sinne aus, so kann sie zwar nicht gegen § 137 S. 1 BGB verstoßen. Doch bleibt es dabei: Der Schuldner ist nicht auf die Tilgung einer bestimmten Schuld beschränkt, ob man in der Tilgungsvereinbarung die Tilgungsbestimmung selbst sieht oder eine dinglich wirkende Abrede darüber.

### 3. Umdeutung nach § 140 BGB

Da die weit überwiegende Meinung im Schrifttum und auch die Rechtsprechung davon ausgehen, dass eine Tilgungsvereinbarung mit „dinglicher Wirkung“ zulässig sei, ist auch anzunehmen, dass genau diese Folge von den Beteiligten gewünscht ist. Insbesondere Banken, die solche Klauseln verwenden, werden die höchstrichterliche Rechtsprechung im Blick haben und eine dingliche Wirkung beabsichtigen. Damit stellt sich die Frage, wie eine solche Vereinbarung nach § 140 BGB umgedeutet werden kann. Regelmäßig wird davon auszugehen sein, dass die Beteiligten wenigstens vereinbaren wollten, dass der Schuldner nur eine bestimmte von mehreren Forderungen tilgen darf, § 137 S. 2 BGB. Eine solche Vereinbarung kann faktisch wohl dieselben Wirkungen wie ein Verfügungsverbot entfalten: Der Schuldner wird abwägen müssen, ob er es riskieren soll, sich schadensersatzpflichtig zu machen. Die Folgen einer Vereinbarung i.S.d. § 137 S. 2 BGB wären im Ergebnis dieselben wie sie sich *Gernhuber*<sup>68</sup> vorstellt: Der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, ohne dabei in Annahmeverzug zu geraten, und Schadensersatz verlangen.

<sup>65</sup> *Busche* (Fn. 35), § 398 Rn. 71; *Roth*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 398 Rn. 79; *Grüneberg* (Fn. 1), § 398 Rn. 11.

<sup>66</sup> *Roth* (Fn. 65), § 398 Rn. 79. *Busche* (Fn. 35), § 398 Rn. 75 differenziert danach, ob die zukünftige Forderung auf noch unsicherer Rechtsgrundlage steht – etwa ein Vertrag, der noch geschlossen werden muss. Ist dies der Fall, so trete nur ein Durchgangserwerb ein mit der Folge, dass eine zwischenzeitliche Verfügung wirksam sei. Darauf, ob die Zwischenverfügung nach § 161 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sein könnte, geht *Busche* jedoch nicht ein.

<sup>67</sup> Vgl. die Nachweise bei *Busche* (Fn. 35), § 398 Rn. 74.

<sup>68</sup> *Gernhuber* (Fn. 3), § 7 I. 5. (S. 142).

### IV. Zusammenfassung

Da die Erfüllung eine Verfügung über einen Anspruch durch den Schuldner darstellt, steht § 137 S. 1 BGB einer Vereinbarung entgegen, die eben dies mit dinglicher Wirkung verhindern will. Gleichwohl ist der Schuldner verpflichtet, auf eine bestimmte Forderung zu leisten. Daher kann der Gläubiger die Leistung ablehnen und ggf. Schadensersatz verlangen. Im Ausgangsfall ist die Leistung auf die Grundsuld nur dann unwirksam, wenn die Bank sie zurückweist.