

Rücktritt zu dritt

Die Rückabwicklung eines echten Vertrages zugunsten Dritter

Von Wiss. Mitarbeiter **Felix Bischof**, Wiss. Mitarbeiterin **Luise Reichert**, LL.M.oec., Halle-Wittenberg*

Bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter erwirbt eine außerhalb des Vertrages stehende Person eine Gläubigerstellung, ohne Vertragspartei des Grundgeschäfts zu werden. Dies birgt insbesondere dann rechtliche Probleme, wenn der Vertrag durch einen Rücktritt aufgelöst werden soll. Dieser Beitrag geht der Frage nach, welche Rolle dem Dritten im Rahmen der Rückabwicklung zukommt.

I. Problemaufriss

Das dem BGB zugrunde liegende Konzept des Schuldverhältnisses geht prinzipiell von zwei Parteien aus – dem Gläubiger und dem Schuldner. Gem. § 241 Abs. 1 S. 1 BGB ist nur der Gläubiger berechtigt, die Leistung vom Schuldner zu fordern. Dies wird umschrieben als „Relativität der Schuldverhältnisse“.

§ 328 Abs. 1 BGB durchbricht diesen Grundsatz, indem er den zwei Vertragsparteien gestattet, eine dritte Person dergestalt in ihr Schuldverhältnis einzubeziehen, dass dieser unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung vom Schuldner zu fordern.

Aus den Rücktrittsregeln des BGB, die für zweiseitige Verträge konzipiert sind, ergibt sich jedoch nicht, welchen Einfluss die Einbeziehung des Dritten nach § 328 Abs. 1 BGB auf den Rücktritt hat.

Beispiel A: Käufer K kauft beim Verkäufer V eine mangelhafte Sache und zahlt den Kaufpreis bar. K tritt nach erfolgloser Nachfristsetzung gem. §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB von dem Kaufvertrag zurück.

Beispiel A zeigt, wie sich die vertraglichen Pflichten von Gläubiger und Schuldner durch den Rücktritt vertauschen: Im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses müssen die erhaltenen Leistungen Zug um Zug zurückgewährt werden, d.h. nach § 346 Abs. 1 BGB kann sowohl K Eigentum und Besitz an dem Bargeld als auch V Eigentum und Besitz an der Kaufsache zurückverlangen. Wird ein Dritter in den Vertrag einbezogen, ist jedoch unklar, wie sich der Rücktritt vollzieht.

Beispiel B: K kauft die Sache bei V nicht für sich, sondern den Dritten D. K und V vereinbaren, dass D nach § 328 Abs. 1 BGB unmittelbar das Recht erhält, Übergabe und Übereignung der Kaufsache zu fordern. Die mangelhafte Sache wird direkt an D übergeben und übereignet.

Die dogmatische Eigenheit des echten Vertrages zugunsten Dritter wirft zunächst die Frage auf, wer überhaupt berechtigt ist, das Rücktrittsrecht nach §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB auszuüben. Weiter muss geklärt werden, in welchem Verhältnis die Rückabwicklung vollzogen wird und wer damit

das wirtschaftliche Risiko für den Untergang der Kaufsache zu tragen hat.

II. Dogmatische Grundlagen des echten Vertrages zugunsten Dritter

1. Forderungsrecht eines Dritten

Der echte Vertrag zugunsten Dritter ist kein eigener Vertragstyp.¹ Er beschreibt lediglich die inhaltliche Ausgestaltung von Verträgen in zweigliedriger Struktur, also einem beliebigen „Grundgeschäft“, dem eine „Fremdklausel“ anhängt.² Die „Fremdklausel“ (auch Drittbegünstigungsabrede) muss dabei den Dritten bestimmbar benennen und ihm ein eigenes Forderungsrecht erkennbar zusprechen.³

§ 328 Abs. 1 BGB ist vom sogenannten unechten Vertrag zugunsten Dritter abzugrenzen. Damit werden Vertragskonstruktionen bezeichnet, in denen der Schuldner zur Abkürzung des Leistungsweges an einen Dritten mit schuldbefreiender Wirkung leisten kann, ohne dass diesem Dritten ein eigenes Forderungsrecht zusteht.⁴ Ob es sich um einen echten Vertrag zugunsten Dritter handelt, ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln, § 328 Abs. 2 BGB.

2. Die Rechtsverhältnisse

Man unterscheidet drei Rechtsverhältnisse: Zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger⁵ besteht das Deckungsverhältnis, also ein Vertrag, der einem Dritten ein Forderungsrecht einräumt (das „Grundgeschäft“ mit „Fremdklausel“). Den rechtlichen Grund für die Zuwendung an den Dritten bildet das sogenannte Valutaverhältnis, das Schuldverhältnis zwischen Versprechensempfänger und Drittem. Das Valutaverhältnis kann vertraglicher Natur (z.B. eine Schenkung gem. § 516 BGB oder die Erteilung einer Zugangsberechtigung gem. § 159 VVG) aber auch gesetzlicher Natur sein (z.B. im Sinne des § 1601 BGB).

Das Verhältnis zwischen Versprechendem und Drittem bezeichnet man als Dritt- oder Vollzugsverhältnis.⁶ Der Dritte kann nach § 328 Abs. 1 BGB vollumfänglich Leistung fordern, ohne jedoch seinerseits zur Leistung verpflichtet zu sein. Zudem kann er die Annahme der Leistung nach § 333 BGB ausschlagen. Es kommt also gerade nicht zu einem gegenseitigen Vertrag mit dem Versprechenden, wohl aber zu

¹ BayObLG NJW-RR 2003, 4 (5); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 22. Aufl. 2018, Rn. 804.

² *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 212.

³ *Stadler*, in: *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 328 Rn. 12 ff.

⁴ *Looschelders*, Schuldrecht AT, 13. Aufl. 2015, § 51 Rn. 1127.

⁵ Terminologie nach §§ 331 ff. BGB.

⁶ *Gottwald*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 30; *Raab*, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, 1999, S. 29.

* Die Autoren sind Wiss. Mitarbeiter im Juristischen Bereich der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

einem vertragsähnlichen Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB.⁷ Der Dritte wird zudem nicht Vertragspartei des Grundgeschäfts.⁸

Im Beispiel B bildet der Vertrag zwischen K und V das Deckungsverhältnis. Sie haben im Rahmen des Kaufvertrages eine Drittbegünstigung des D verabredet. Die Übergabe und Übereignung der Kaufsache durch V (Versprechender) direkt an D erfolgt im Vollzugsverhältnis. Geht man davon aus, dass K (Versprechensempfänger) dem D die Kaufsache unentgeltlich zuwenden wollte, so bildet der Schenkungsvertrag im Sinne des § 516 BGB das Valutaverhältnis.

3. Duplizierung der Gläubigerstellung auf einen Dritten

Auch wenn der Dritte ein eigenes Forderungsrecht erwirbt, verliert der Versprechensempfänger seine Gläubigerstellung nicht. Nach § 335 BGB hat er gegenüber dem Versprechenden das Recht, die Leistung an den Dritten zu verlangen. Damit tritt der Dritte als zusätzlicher Gläubiger neben den Versprechensempfänger. Anders als bei einer Abtretung wird die Gläubigerstellung somit nicht von einer Person auf eine andere übertragen, sondern auf sie dupliziert. Da aber nur die Leistung an den Dritten den Versprechenden von seiner Schuld befreit, handelt es sich nicht um eine Gläubigermehrheit im Sinne des § 428 BGB.⁹

III. Ausübung des Rücktrittsrechts

Sind auf einer Seite eines Vertrages mehrere beteiligt, kann nach § 351 BGB das Rücktrittsrecht nur von allen gemeinsam ausgeübt werden. Diese Norm bezieht sich auf Gläubigermehrheiten im Sinne des § 428 BGB, aber nicht auf Konstellationen, in denen mehrere eigenständige Forderungsrechte nebeneinander bestehen.¹⁰ § 351 BGB ist also nicht anwendbar und auch sonst findet sich keine gesetzliche Regelung darüber, wem bei einem Vertrag zugunsten Dritter das Rücktrittsrecht zusteht.

1. Der Dritte als Ausübungsberechtigter

Einer Auffassung zufolge darf bei einem Vertrag zugunsten Dritter der Dritte Gestaltungsrechte, die das Deckungsverhältnis betreffen, selbst ausüben.¹¹ Als Inhaber des Primäranspruchs stünden ihm bei Leistungsstörungen alle Sekundär-

ansprüche zu. Ihm obliege daher die Entscheidung, ob der Kaufvertrag im Wege des Rücktritts aufgelöst werden solle.¹²

2. Kritik

Dagegen wird zu Recht eingewandt, dass der Dritte zwar ein Forderungsrecht erworben hat, aber selbst nicht Vertragspartei geworden ist.¹³ Zwischen Versprechendem und Drittem besteht gerade kein „gegenseitiger Vertrag“ (§ 323 Abs. 1 BGB) in Form eines Synallagmas.¹⁴

Ein eigenständiges Rücktrittsrecht des Dritten würde zudem den Versprechensempfänger in seiner Privatautonomie zu stark beschneiden.¹⁵ Zwar hat er freiwillig einen Vertrag geschlossen, der die Grundregel des § 241 Abs. 1 S. 1 BGB durchbricht, jedoch nur im Hinblick darauf, wer die Leistung fordern kann. Alle weiteren vertraglichen Rechte bleiben ihm erhalten, sofern sich aus der Vereinbarung im Deckungsverhältnis nichts anderes ergibt.¹⁶ Dem Dritten ein eigenes Rücktrittsrecht zuzusprechen überzeugt daher nicht.

3. Der Versprechensempfänger als Ausübungsberechtigter

Der überwiegende Teil der Literatur und die Rechtsprechung vertreten hingegen, dass der Versprechensempfänger Inhaber des Rücktrittsrechts sei, der wirksame Rücktritt aber die Zustimmung des Dritten erfordere, wenn die Leistung schon an diesen bewirkt worden oder zumindest sein Forderungsrecht unentziehbar geworden sei.¹⁷ Diese Einschränkung wird damit begründet, dass der Dritte nicht gegen seinen Willen zur Herausgabe des Leistungsgegenstandes verpflichtet werden könne.¹⁸ Die herrschende Meinung will also einen „Kompromiss“ zwischen den zwei Gläubigern erreichen, um sowohl die Interessen des Versprechensempfängers als auch des Dritten zu schützen.

Ob der Dritte durch den Rücktritt des Versprechensempfängers tatsächlich zur Rückgewähr des Geleisteten nach § 346 Abs. 1 BGB verpflichtet wird und damit schützenswert ist, ist aber umstritten.¹⁹ Zudem betrifft die Frage, ob die

⁷ BGH NJW 1953, 977; *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, Einf v § 328 Rn. 5; *Westermann/Bydlinski/Weber*, BGB – Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2013, § 15 Rn. 9.

⁸ BGH NJW 1970, 2157; BGH NJW 2005, 3778; *Looschelders* (Fn. 4), § 51 Rn. 1139; *Schulze*, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 9. Aufl. 2017, § 328 Rn. 3.

⁹ *Stadler* (Fn. 3), § 335 Rn. 2; *Gottwald* (Fn. 6), § 335 Rn. 1; *Grüneberg* (Fn. 7), § 335 Rn. 1.

¹⁰ *Gaier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 351 Rn. 1 m.w.N.

¹¹ *Gottwald* (Fn. 6), § 335 Rn. 19; *Hadding*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2010, § 328 Rn. 42.

¹² *Gottwald* (Fn. 6), § 335 Rn. 19.

¹³ *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 41. Aufl. 2017, § 32 Rn. 17; *Grüneberg* (Fn. 7), § 328 Rn. 5.

¹⁴ *Jagmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2015, § 335 Rn. 13. Für ein synallagmatisches Verhältnis zwischen Versprechendem und Drittem hingegen *Hadding* (Fn. 11), § 328 Rn. 42; *ders.*, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, 1993, S. 153 ff.

¹⁵ *Hornberger*, JA 2015, 7 (11); *Janoschek*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 46. Ed., Stand: 1.5.2018, § 328 Rn. 20; *Schulze* (Fn. 8), § 328 Rn. 11.

¹⁶ Vgl. *Jagmann* (Fn. 14), § 335 Rn. 13.

¹⁷ BGH NJW 1995, 2028 (2030); *Brox/Walker* (Fn. 13), § 32 Rn. 17; *Jagmann* (Fn. 14), § 335 Rn. 14; *Looschelders* (Fn. 4), § 51 Rn. 1141; *Schulze* (Fn. 8), § 328 Rn. 11; *Stadler* (Fn. 3), § 328 Rn. 17; *Westermann*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 328 Rn. 8.

¹⁸ *Bayer* (Fn. 2), S. 345; *Papanikolaou*, Schlechterfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter, 1977, S. 73 f.

¹⁹ Siehe sogleich unter IV.

Forderung des Dritten „unentziehbar“ geworden ist, das Valutaverhältnis. Tritt der Versprechensempfänger eigenmächtig vom Vertrag zurück, sodass der Dritte das Forderungsrecht verliert, kann dies unter Umständen eine Schadensersatzpflicht begründen. Jedenfalls bestehen die Folgen nur im Valutaverhältnis und es ist nicht ersichtlich, warum sie sich auf das Deckungsverhältnis erstrecken sollten.²⁰ Allein Versprechensempfänger und Versprechender bleiben „Herr(en) des Synallagmas“²¹. Es widerspricht dem Prinzip der Relativität der Schuldverhältnisse, das Rücktrittsrecht des Versprechensempfängers an die Zustimmung des Dritten zu binden. Auch im Gesetz findet sich dafür kein Anhaltspunkt.

Der Versprechensempfänger kann somit auch ohne die Zustimmung des Dritten vom Vertrag zurücktreten.²²

Beispiel C: Nachdem eine angemessene Frist zur Nacherfüllung verstrichen ist, will K zurücktreten und den Kaufpreis zurückfordern. D allerdings will die Kaufsache behalten, da ihn der Mangel nicht stört.

Nach der hier vertretenen Ansicht kann K auch gegen den Willen des D vom Vertrag zurücktreten. Zwar war der Anspruch des D auf Übergabe und Übereignung der Sache unentziehbar, denn der Formmangel des Schenkungsvertrages wurde gem. § 518 Abs. 2 BGB geheilt.²³ Auf seine Zustimmung kommt es jedoch nicht an, sodass und der Rücktritt wirksam ist.

Umgekehrt kann D selbst nicht zurücktreten, wenn K nicht zustimmt. Dem Dritten stehen lediglich Nacherfüllungsansprüche zu, denn diese folgen aus seinem ursprünglichen Recht auf mangelfreie Leistung²⁴ (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 328 Abs. 1 BGB) und wirken sich nicht auf das Deckungsverhältnis aus.²⁵ Setzt der Dritte dem Versprechenden eine Nacherfüllungsfrist, wird diese dem Versprechensempfänger im Rahmen seines Rücktritts zugerechnet.²⁶

IV. Rückgewähr- und Wertersatzpflicht

Der Rücktritt bewirkt, dass die Vertragspartner von ihrer Leistungspflicht befreit werden, sodass weder der Dritte noch der Versprechensempfänger die Leistung im Vollzugsverhältnis fordern können. Gleichzeitig entfällt der Anspruch des Versprechenden auf Kaufpreiszahlung im Deckungsverhältnis. Haben der Versprechende und der Versprechensempfänger

ger ihre Vertragspflichten bereits erfüllt, sind die empfangenen Leistungen nach § 346 Abs. 1 BGB zurückzugewähren. Welche Rolle der Dritte bei der Rückabwicklung des Vertrages spielt, ist ebenfalls umstritten.

Beispiel D: Obwohl K wirksam vom Vertrag zurückgetreten ist, will D die Kaufsache nicht zurückgeben (oder: kann sie nicht zurückgeben, weil sie von einem Unbekannten gestohlen wurde). An wen muss sich V halten?

Der Rückgewähranspruch des Versprechenden könnte sich gegen den Dritten²⁷, gegen den Versprechensempfänger²⁸, oder gegen beide²⁹ richten.

1. Der Dritte als Rückgewährschuldner

Für eine Rückgewährpflicht des Dritten spricht der Wortlaut von § 346 Abs. 1 BGB, wonach die „empfangenen Leistungen“ herauszugeben sind.³⁰ Die Leistung tatsächlich empfangen hat nur der Dritte, indem der Versprechende die Kaufsache direkt an ihn übergeben und übereignet hat.³¹

2. Kritik

Dagegen lässt sich einwenden, dass zwischen dem Dritten und dem Versprechenden kein vertragliches Synallagma besteht.³² Nur allein aus dem Umstand, dass dem Dritten ein Forderungsrecht eingeräumt wurde, ergibt sich nicht, dass dieser bei einem Rücktritt in die Rolle des Schuldners eintritt.³³ Der Dritte ist gerade nicht Teil eines gegenseitigen Vertrages im Sinne des § 320 BGB geworden, wie § 346 Abs. 1 BGB im Falle eines gesetzlichen Rücktritts nach § 323 Abs. 1 BGB voraussetzt.

Der Versprechende erfüllt seine vertraglichen Pflichten gegenüber dem Versprechensempfänger durch Leistung an den Dritten. Dabei wird gleichzeitig der Versprechensempfänger von seiner Leistungspflicht im Valutaverhältnis

²⁰ So auch Papanikolaou (Fn. 18), S. 73.

²¹ Hornberger, JA 2015, 7 (11).

²² So auch Hornberger, JA 2015, 7 (11); Janoschek (Fn. 15), § 328 Rn. 20; Klumpp, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2015, § 328 Rn. 80.

²³ Die Leistung wird bereits mit Abschluss des Vertrages im Deckungsverhältnis bewirkt, da der Dritte dadurch einen unmittelbaren Anspruch erhält, vgl. Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 518 Rn. 17.

²⁴ Vgl. Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 433 Rn. 51.

²⁵ Vgl. Janoschek (Fn. 15), § 328 Rn. 20 m.w.N.

²⁶ Jagmann (Fn. 14), § 355 Rn. 13; Stadler (Fn. 3), § 328 Rn. 16.

²⁷ So Dörner, Dynamische Relativität, 1985, S. 342; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1980, S. 500; Hadding (Fn. 11), § 334 Rn. 14; Lange, NJW 1965, 657 (659); Papanikolaou (Fn. 18), S. 74; Raab (Fn. 6), S. 527.

²⁸ So Bayer (Fn. 2), S. 345; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 300; Hassold, Leistung im Dreipersonenverhältnis, 1981, S. 303; Jousen, Schuldrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 1191; Schinkel, in: juris PraxisKommentar BGB, 8. Aufl. 2017, § 334 Rn. 7.

²⁹ So OLG Düsseldorf VersR 1970, 738 (739); Grüneberg (Fn. 7), § 334 Rn. 3; Janoschek (Fn. 15), § 334 Rn. 2; Preuß, in: Dauner-Lieb/Langen, Nomoskommentar zum BGB, 3. Aufl. 2016, § 334 Rn. 4.

³⁰ Raab (Fn. 6), S. 527.

³¹ Jagmann (Fn. 14), § 334 Rn. 30; Lange, NJW 1965, 657 (659).

³² Jousen (Fn. 28), Rn. 1191; Preuß (Fn. 29), § 334 Rn. 4; a.A. Hadding (Fn. 11), § 334 Rn. 14; ähnlich Lange, NJW 1965, 657 (659).

³³ So aber OLG Düsseldorf VersR 1970, 738, (739); Lange, NJW 1965, 657 (659); Preuß (Fn. 29), § 334 Rn. 4.

befreit, sodass auch er bei Übergabe und Übereignung der Kaufsache im weiteren Sinne etwas empfangen hat.³⁴ Daher ist es überzeugender, dass nur den Versprechensempfänger die Rückgewährpflicht nach § 346 Abs. 1 BGB trifft.

3. Der Versprechensempfänger als Rückgewährschuldner

Es stellt sich jedoch das Problem, dass der Versprechensempfänger seiner Rückgewährpflicht nach § 346 Abs. 1 BGB in der Regel nicht nachkommen kann, da der Dritte vertragsgemäß Eigentümer der Kaufsache geworden ist. Fehlendes Eigentum allein führt jedoch nicht zur Unmöglichkeit der Herausgabe.³⁵ Grundsätzlich muss der Rückgewährschuldner zunächst versuchen, die Sache zurückzuerwerben. Nur wenn der Eigentümer dies endgültig verweigert und damit feststeht, dass er die Sache nicht zurückgeben kann, kommt eine Wertersatzpflicht nach § 346 Abs. 2 BGB in Betracht.³⁶ Hier ist wiederum entscheidend, ob innerhalb des Valutaverhältnisses ein Rückforderungsrecht besteht, die Forderung dem Dritten also noch entziehbar ist. Hatte der Dritte dem Rücktritt zugestimmt, wie von der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre für die Wirksamkeit des Rücktritts gefordert wird,³⁷ kann er die Rückgewähr schon wegen der Einrede des *venire contra factum proprium* nicht verweigern.³⁸

Ist beides nicht der Fall und will der Dritte die Sache auch nicht freiwillig herausgeben, scheidet eine Rückgewähr in natura nach § 346 Abs. 1 BGB aus. Der Versprechende kann dann nur Wertersatz verlangen.

a) Wertersatzpflicht nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB

Eine Wertersatzpflicht nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB tritt ein, wenn der Rückgewährschuldner den empfangenen Gegenstand veräußert hat. Dies setzt eine wirksame dingliche Verfügung des Schuldners voraus.³⁹ Der Versprechensempfänger hat die Sache dem Dritten jedoch nicht selbst übereignet. Der Dritte erlangt die Leistung stattdessen unmittelbar vom Versprechenden; anders als beim unechten Vertrag zugunsten Dritter findet beim Versprechensempfänger gerade kein Durchgangserwerb statt.⁴⁰ Wenn der Rückgewährschuldner die Sache einem Dritten nach § 328 Abs. 1 BGB zugewendet hat, liegt also keine „Veräußerung“ im Sinne des § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB vor. Die Aufzählung des § 346 Abs. 2 BGB ist jedoch nicht abschließend. Daher tritt eine Wertersatzpflicht auch in anderen Fällen ein, in denen die Herausgabe in natura unmöglich ist.⁴¹ Eine Zuwendung

nach § 328 Abs. 1 BGB ist einer „Veräußerung“ gleichzustellen und der Versprechensempfänger schuldet somit Wertersatz nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB.

b) Ausschluss der Wertersatzpflicht nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB

Die Wertersatzpflicht entfällt nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB, wenn sich der zum Rücktritt berechtigende Mangel erst während der Verarbeitung oder Umgestaltung des Gegenstandes gezeigt hat. Dieser Ausschlussgrund bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf die zwei letzten Varianten von § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB. In der Literatur wird jedoch vertreten, ihn auch auf die „Veräußerung des Gegenstandes“ entsprechend anzuwenden.⁴² Dieser Vorschlag ist aus folgendem Grund nicht überzeugend.⁴³ Hat der Rückgewährschuldner die Sache weiterverschenkt oder unter Wert verkauft, erleidet er dadurch einen wirtschaftlichen Nachteil. Könnte er nach § 346 Abs. 1 BGB den vollen Kaufpreis zurückverlangen, ohne seinerseits zum Wertersatz verpflichtet zu sein, würde er diesen wirtschaftlichen Nachteil an den Gläubiger weitergeben.⁴⁴ Es ist aber nicht Ziel der vertraglichen Rückabwicklung, eine Partei besser zu stellen, als sie ohne den zum Rücktritt berechtigenden Umstand stünde. Dies gilt auch, wenn der Rückgewährschuldner die Sache nicht weiterveräußert, sondern von vornherein einem Dritten nach § 328 Abs. 1 BGB zugewendet hat. Der Versprechensempfänger kann sich somit nicht auf einen Ausschluss der Wertersatzpflicht analog § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB berufen.

c) Ausschluss der Wertersatzpflicht nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB

Ist die Rückgewähr der Kaufsache deswegen unmöglich, weil sie von einem Unbekannten gestohlen wurde oder sie in sonstiger Weise untergegangen ist, stellt sich die Frage, ob sich der Versprechensempfänger nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB dadurch entlasten kann, dass er bzw. der Dritte die eigenübliche Sorgfalt beachtet hat.⁴⁵ Der Wortlaut der Vorschrift spricht eindeutig dagegen: Nur wenn der Gegenstand „beim Berechtigten“ untergegangen ist, also bei demjenigen, dem das Rücktrittsrecht zusteht, kann die Wertersatzpflicht entfallen. Rücktrittsberechtigt ist bei einem Vertrag zugunsten Dritter nach der hier vertretenen Ansicht aber nur der Versprechensempfänger.⁴⁶ Der Rücktrittsberechtigte und die Person, bei der der Gegenstand untergegangen ist, sind somit nicht identisch, sodass die Voraussetzungen der Vorschrift nicht erfüllt sind.

³⁴ Hassold (Fn. 28), S. 303.

³⁵ Vgl. Schulze (Fn. 8), § 346 Rn. 14.

³⁶ Gaier (Fn. 10), § 346 Rn. 39; Grüneberg (Fn. 7), § 346 Rn. 8a; a.A. Benicke, ZGS 2002, 369.

³⁷ Siehe oben III. 3.

³⁸ Papanikolaou (Fn. 18), S. 73 f.

³⁹ Röthel, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 346 Rn. 9.

⁴⁰ So schon RGZ 71, 324 (325 f.); Gottwald (Fn. 6), § 328 Rn. 3, 10; Heilmann, NJW 1965, 1853 (1856 ff.), a.A. Hassold (Fn. 28), S. 265.

⁴¹ BGH NJW 2008, 2028 (2030); Gaier (Fn. 10), § 346 Rn. 37.

⁴² Röthel (Fn. 39), § 346 Rn. 21. Zum „Verbrauch des Gegenstandes“ vgl. Gaier (Fn. 10), § 346 Rn. 49 m.w.N.

⁴³ So auch Benicke, ZGS 2002, 369 (372); Kaiser, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2015, § 346 Rn. 178.

⁴⁴ Benicke, ZGS 2002, 369 (373).

⁴⁵ Ein Verschulden des Dritten würde dem Versprechensempfänger nach § 278 BGB zugerechnet werden, vgl. Grüneberg (Fn. 7), § 328 Rn. 7; Stadler (Fn. 3), § 328 Rn. 18.

⁴⁶ Siehe oben III. 3.

Einigen Stimmen in der Literatur zufolge bezieht sich die Sorgfaltspflicht des Berechtigten jedoch nicht nur auf den Untergang oder die Verschlechterung der Sache, sondern auf jeden Umstand, wodurch die Rückgewähr in natura unmöglich geworden ist. Mit anderen Worten soll § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB analog auf die Fallgruppen des § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB angewendet werden.⁴⁷ Demnach wäre zu fragen, ob der Rückgewährschuldner schon bei der Weiterveräußerung (bzw. hier bei der Zuwendung nach § 328 Abs. 1 BGB) die eigenübliche Sorgfalt beachtet hat.

Allerdings spricht gegen diese Analogie das bereits oben genannte Argument, dass der Käufer den wirtschaftlichen Nachteil auch nach dem Rücktritt weiterhin tragen soll.⁴⁸ Zudem ist nicht klar, wie der Sorgfaltsmaßstab der *diligentia quam in suis* auf die Weiterveräußerung anzuwenden sein soll, schließlich wird der Rückgewährschuldner dabei immer vorsätzlich gehandelt haben.⁴⁹

d) Zwischenergebnis

Es bleibt somit im Ergebnis dabei, dass der Versprechensempfänger zum Wertersatz (der durch den Mangelunwert entsprechend § 441 Abs. 3 BGB zu kürzen ist), Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises durch den Versprechenden, verpflichtet ist. Der Dritte kann, sofern noch vorhanden, die mangelhafte Sache behalten.

V. Fazit

Allein der Versprechensempfänger hat das Recht, den Rücktritt auszuüben, ist aber auch zur Rückgewähr der Kaufsache verpflichtet. Er trägt das wirtschaftliche Risiko für ihren Untergang und muss gegebenenfalls Wertersatz leisten. Für den Dritten ergeben sich keine weitergehenden Rechte oder Pflichten gegenüber dem Versprechenden. Er steht im Ergebnis so, als ob er die Kaufsache direkt vom Versprechensempfänger erworben hätte.

Insoweit erweist sich die Argumentation der herrschenden Meinung⁵⁰ als widersprüchlich: Es besteht keine Notwendigkeit, den Rücktritt des Versprechensempfängers an die Zustimmung des Dritten zu knüpfen, da dieser nicht zum Rückgewährschuldner nach § 346 Abs. 1 BGB wird. Ein Zustimmungsvorbehalt würde somit nicht den Interessen des Dritten dienen und den Versprechensempfänger ungerechtfertigt in seinen Gestaltungsrechten beschneiden.

Die Einbeziehung des Dritten nach § 328 Abs. 1 BGB hat im Ergebnis keinen Einfluss auf das Rücktrittsrecht und die Rückabwicklung des echten Vertrages zugunsten Dritter.

⁴⁷ Gaier (Fn. 10), § 346 Rn. 55; Röthel (Fn. 39), § 346 Rn. 26; a.A. Kaiser (Fn. 43), § 346 Rn. 210.

⁴⁸ Siehe oben IV. 3. b).

⁴⁹ Kaiser (Fn. 43), § 346 Rn. 210.

⁵⁰ Siehe oben III. 3.