

# Die Tilgungsbestimmung – Das unbekannte Wesen

Von Stud. iur. **Sönke Engelke**, Stud. iur. **Constantin Luft**, Münster\*

*Die Tilgungsbestimmung gilt oftmals als eher exotische (Rand-)Erscheinung des deutschen Zivilrechts. Dabei haftet ihr zu Unrecht der Stallgeruch dogmatischer Argumentationen am berüchtigten „Hochreck“ an. Vielmehr lässt sich auf ihrer Basis ein einheitliches und systematisches Verständnis des Begriffs der Leistung im Erfüllungs- und Bereicherungsrecht erlernen. Nicht zuletzt schärft die Auseinandersetzung auch die Konturen der für das BGB essentiellen Rechtsgeschäftslehre. Dieser Beitrag soll die dogmatische Bedeutung der Tilgungsbestimmung im Privatrecht überblicksartig beleuchten und damit gleichzeitig Argumentationsmaterial für die Falllösung vermitteln.*

## I. Bedeutung und Rechtsnatur der Tilgungsbestimmung

Ein beliebtes Beispiel, um ganz zu Beginn des Jurastudiums die schnöde Lebensrealität mit dem „Kunstprodukt“<sup>1</sup> Recht zu konfrontieren, spielt beim Bäcker: Kunde K kauft bei Bäcker B Brötchen.

Unter dem Brennglas der deutschen Zivilrechtsdogmatik hat K dabei gerade drei verschiedene Verträge geschlossen: (1.) Einen obligatorischen (Schuld-)Vertrag, der den K verpflichtet, den vereinbarten Preis zu bezahlen und die Brötchen abzunehmen sowie den B verpflichtet, die Brötchen an K zu übergeben und zu übereignen; (2.) Einen dinglichen (Verfügungs-)Vertrag, der für die Übereignung der Brötchen an K nötig ist; und schließlich (3.) einen weiteren dinglichen (Verfügungs-)Vertrag, den die Übereignung der Scheine und Münzen an B erfordert. Dieser Umstand ist Ausdruck des Trennungsprinzips.

In einem zweiten Schritt kann jeder dieser Verträge (1.–3.) als (zweiseitiges) Rechtsgeschäft (§§ 104 ff. BGB) an einem rechtlichen Fehler leiden und infolgedessen etwa nichtig oder anfechtbar sein. Die Fehler sind dabei für jeden Vertrag einzeln und isoliert zu begutachten. Sie schlagen insbesondere nicht auf einen der anderen Verträge durch. Dieser Umstand ist Ausdruck des Abstraktionsprinzips.

Das hat bislang noch nichts mit der Tilgungsbestimmung zu tun. Wer die Funktion und Struktur der Tilgungsbestimmung überblickt, wird das Bäckerbeispiel allerdings mit anderen Augen sehen: Ein solch alltäglicher Vorgang kann nämlich nicht nur drei (1.–3.), sondern gleich fünf (!) verschiedene Rechtsverhältnisse beinhalten, auf welche die Regeln der Rechtsgeschäftslehre (§§ 104 ff. BGB) isoliert anwendbar sind.

Um das zu verdeutlichen, muss das Beispiel leicht abgewandelt werden: Aus irgendwelchen unerfindlichen Gründen meinen K und B mit „Brötchen“ den morgendlichen Espresso für K. B stellt also den Espresso auf die Theke und K legt ein paar Münzen daneben. Rechtlich bleibt alles wie gehabt. Es

handelt sich bei den „Brötchen“ um eine unbeachtliche falscha demonstratio. Zwischen K und B sind weiterhin die Verträge (1.–3.) geschlossen – natürlich mit dem Unterschied, dass nun nicht die Brötchen, sondern der Espresso (a) geschuldet und (b) übereignet wird.

Für den objektiven Betrachter haben beide Fälle jedoch fast nichts miteinander gemeinsam. Das liegt daran, dass dieser in der Abwandlung des Bäckerfalls die Verknüpfung zwischen dem schuldrechtlichen Pflichtenprogramm (Vertrag 1.) und dem erfüllungstauglichen Verfügungsrechtsgeschäft (Vertrag 2.) nicht mehr herstellen kann. Niemand würde nämlich davon ausgehen, dass eine „Abrede“ über den Kauf von Brötchen und ein auf die Theke gestellter Espresso (rechtlich) irgendetwas miteinander zu tun haben. Diese Abweichung illustriert einen entscheidenden Umstand: Es ist keinesfalls selbstverständlich, welches Verpflichtungsrechtsgeschäft mit welchem Verfügungsrechtsgeschäft zu Erfüllungszwecken (§§ 362 ff. BGB) verknüpft ist!

### 1. Das unbekannte Wesen

In diese Leerstelle schlüpft dogmatisch das Konstrukt der Tilgungsbestimmung. Diese ist nichts anderes als die konstruktive Scharnierstelle zwischen Verfügungsrechtsgeschäft und Verpflichtungsrechtsgeschäft. In der Abwandlung des Bäckerbeispiels verknüpft die Tilgungsbestimmung etwa den Vertrag (1.) mit dem Vertrag (2.).

Die Tilgungsbestimmung ist also eine einseitige Bestimmung des (potentiellen) Schuldners darüber, auf welche Schuld er leisten möchte (vgl. § 366 Abs. 1, 367 Abs. 2 BGB). Man könnte sie auch als voluntative Leistungszuordnung oder „Zuordnungsbestimmung“<sup>2</sup> bezeichnen. Ein häufig in Falllösungen kursierendes Beispiel ist eine Person, die gegenüber einer Bank Darlehensschuldnerin (§§ 488 ff. BGB) ist und ihr Grundstück (vgl. §§ 94, 96, 873 BGB) zur Sicherung des Darlehens mit einer Grundschuld (§§ 1191, 1192 BGB) belastet hat. Zahlt die Person nun, kann sie im Grundsatz entweder auf die Darlehensverbindlichkeit (§§ 488 Abs. 1 S. 2, 491, 362 Abs. 1 BGB) oder auf die Grundschuld (§§ 1192 Abs. 1, 1142, 1143 bzw. §§ 1168, 1170 BGB analog) leisten.<sup>3</sup> Für welche Möglichkeit sie sich entscheidet, hängt von ihrer Tilgungsbestimmung ab.

Damit lässt sich auch rekonstruieren, warum in Varianten des Bäckerbeispiels unter dem dogmatischen Mikroskop potentiell bis zu fünf (!) Rechtsgeschäfte enthalten sind: Zu den Verträgen 1.–3. können sich nämlich noch zwei Tilgungsbestimmungen gesellen – eine, welche den Vertrag (1.) mit dem Vertrag (2.) verknüpft und eine, welche die Scharnierstelle zwischen dem Vertrag (1.) und dem Vertrag (3.) ist.

\* Die Verf. sind Studenten der Rechtswissenschaft an der Universität Münster. Sie danken *Lukas Bronowicz*, *Daniel Heymann*, *Mario Meier* und *Niclas Kreisch* für wertvolle Anmerkungen und Hinweise.

<sup>1</sup> *Kuch*, Die Autorität des Rechts, 2015, S. 265.

<sup>2</sup> So der Titel bei *Beck*, Die Zuordnungsbestimmung im Rahmen der Leistung, 2008.

<sup>3</sup> Freilich kann sie auch sowohl auf die Darlehensverbindlichkeit als auch auf die Grundschuld leisten („doppelte Tilgungsbestimmung“).

Das setzt natürlich voraus, dass die Tilgungsbestimmung ein Rechtsgeschäft im Sinne des BGB ist.

## 2. Willenserklärung oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung?

Die Rechtsnatur der Tilgungsbestimmung wird kontrovers diskutiert. Das Meinungsspektrum lässt sich nur vor dem Hintergrund der „Lehre vom Rechtsgeschäft“ verstehen. Diese Lehre ist charakteristisch für das hohe Abstraktionsniveau und den Systemgedanken im allgemeinen Teil des BGB. Sie wurde historisch in einer Blütezeit der Zivilrechtsdogmatik konturiert – der Pandektistik des 19. Jahrhunderts.<sup>4</sup>

Zentral für diese Lehre sind drei Rechtsbegriffe: Das Rechtsgeschäft, die Willenserklärung sowie die rechtsgeschäftsähnliche Handlung. Ein Rechtsgeschäft besteht dabei aus einer oder mehreren Willenserklärungen, die allein oder mit anderen Tatbestandsmerkmalen eine Rechtsfolge herbeiführen.<sup>5</sup> Die Willenserklärung ist eine Willensäußerung, welche auf den Eintritt einer privatrechtlichen Rechtsfolge gerichtet ist.<sup>6</sup> Die Rechtsfolge tritt ein, weil eine gewollt ist. Dagegen ist jede Willensäußerung, an welche die Rechtsordnung Rechtsfolgen unabhängig davon knüpft, ob eine Rechtsfolge vom Äußernden gewollt ist, eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung.<sup>7</sup> Die Rechtsfolge tritt hier kraft Gesetzes (*ipso iure*) ein.

Die Tilgungsbestimmung ist also dann ein (einseitiges) Rechtsgeschäft, wenn sie eine Willenserklärung ist. Dies bestimmt sich danach, ob ihre Rechtsfolge eine gewillkürte ist oder lediglich *ipso iure* eintritt. Ein Wille muss in der Traditionslinie der *Kantischen* Rechts- und Moralphilosophie stets auf etwas „gerichtet“ sein.<sup>8</sup> *Savigny* hat diese theoretischen Vorgaben in seine Dogmatik von der Willenserklärung übernommen<sup>9</sup>: Diese ist eben auf das Bewirken einer Rechtsfolge gerichtet. Und die Tilgungsbestimmung ist darauf angelegt, die eigene Leistung einer Verbindlichkeit zuzuordnen. Es ist also sehr plausibel, die Tilgungsbestimmung als Willenserklärung und Rechtsgeschäft einzuordnen.

Andererseits kann man die Leistungszuordnungswirkung der Bestimmung auch als eine rein gesetzliche Rechtsfolge ansehen, die nicht schon deshalb eintritt, weil sie gewollt ist.<sup>10</sup> In diesem Fall handelte es sich um eine rechtsgeschäfts-

ähnliche Erklärung. Es ist allerdings nicht überzeugend, diese Ansicht mit der Abstraktheit von Verfügungen zu begründen.<sup>11</sup> Ist die Tilgungsbestimmung ein Rechtsgeschäft, bildet dieses nämlich im Zweifel keine Geschäftseinheit (§ 139 BGB) mit dem korrespondierenden Erfüllungsrechtsgeschäft – eine etwaige Nichtigkeit schlägt damit nicht auf das jeweils andere Rechtsgeschäft durch und das Abstraktionsprinzip bleibt unberührt.<sup>12</sup>

Insgesamt spricht wohl Überwiegendes dafür, den „rechtlichen Kommunikationsakt“<sup>13</sup> der Tilgungsbestimmung, welcher Strukturähnlichkeiten mit Gestaltungserklärungen aufweist<sup>14</sup>, als Willenserklärung zu klassifizieren.

Ergebnisrelevant ist die Kontroverse ohnehin nicht. Ist die Tilgungsbestimmung ein Rechtsgeschäft, gelten die §§ 104 ff. BGB unmittelbar. Ist sie lediglich eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, sind die §§ 104 ff. BGB analog anwendbar. Es steht also fest, dass sich die rechtliche Beurteilung von Tilgungsbestimmungen nach den Regeln der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre richtet. Das Regelungsregime der §§ 104 ff. BGB gibt damit in allen Anwendungskontexten der Tilgungsbestimmung die maßgeblichen privatrechtlichen Wertungen für die Falllösung vor („Wertungsjurisprudenz“<sup>15</sup>).

## II. Die Leistung im Erfüllungsrecht

Das erste große Anwendungsfeld der Tilgungsbestimmung ist das Erfüllungsrecht (§§ 362 ff. BGB). § 362 Abs. 1 BGB spricht davon, dass eine Leistung bewirkt werden muss. § 366 Abs. 1 BGB bestimmt für die (Sonder-)Konstellation mehrerer Schuldverhältnisse mit gleichartigen Leistungspflichten, dass der Schuldner die Schuld tilgt, die er bei der Leistung bestimmt (= Tilgungsbestimmung).

Die Frage nach der dogmatischen Konstruktion solcher Leistungsbewirkungen (§ 362 Abs. 1 BGB) hat seit jeher unterschiedlichste Erfüllungslehren hervorgebracht, die um die Frage kreisen, ob der Erfüllungstatbestand subjektive Elemente enthält.<sup>16</sup>

### 1. Lehre(n) vom Erfüllungsvertrag

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts wollte man noch lediglich konsensuale Lösungen zulassen. Die Erfüllung solle ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, präziser einen (Erfüllungs-)Verfügungsvertrag, beinhalten, in dem die Aufhebung des Schuld-

<sup>4</sup> Dazu knapp *Stagl*, ZEuP 2007, 37 (37 ff.). Die Tilgungsbestimmung ist dagegen bereits aus dem antiken römischen Recht bekannt, wo sie primär im Kontext von Teilleistungen diskutiert wurde, *Repgen*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2007, §§ 362–371 Rn. 18; ausführlich *Avenarius*, AcP 203 (2003), 511 (519 ff.).

<sup>5</sup> *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2001, Rn. 395 ff.

<sup>6</sup> *Bork* (Fn. 5), Rn. 566.

<sup>7</sup> *Bork* (Fn. 5), Rn. 412.

<sup>8</sup> Vgl. etwa *Kant*, AA VI, Die Metaphysik der Sitten, 1797, S. 213.

<sup>9</sup> Dazu überblicksartig *Gündüz/Hildt*, Jura 2020, 2 (5).

<sup>10</sup> Etwa *Fetzer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 362 Rn. 14. Ein eindeutiges Beispiel für eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung wäre die Mahnung im allgemeinen Schuldrecht (§ 286 Abs. 1 S. 1 BGB).

<sup>11</sup> *Chattopadhyay*, ZJS 2010, 148 (149).

<sup>12</sup> *Chattopadhyay*, ZJS 2010, 148 (149).

<sup>13</sup> *Thomale*, Leistung als Freiheit, Erfüllungsautonomie im Bereicherungsrecht, 2012, S. 20.

<sup>14</sup> *Thomale* (Fn. 13), S. 20 f.

<sup>15</sup> Zu dieser Strömung der Methodenlehre *Haferkamp*, AcP 214 (2014), 60 (67 ff., 85 ff.).

<sup>16</sup> Nachgezeichnet wird die Entwicklung der Dogmatik unter dem Regime des BGB bei *Repgen* (Fn. 4), §§ 362–371 Rn. 53 ff.; monographisch etwa *Beckhaus*, Die Rechtsnatur der Erfüllung, 2012 und *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994; aus der Ausbildungsliteratur *Muscheler/Bloch*, JuS 2000, 729 (731 ff.).

verhältnisses vereinbart sei.<sup>17</sup> Solch ein Modell lässt sich jedoch kaum damit vereinbaren, dass § 366 Abs. 1 BGB explizit eine einseitige Bestimmung des Schuldners voraussetzt. Mittlerweile geht man deswegen nicht mehr von einer vertraglichen Natur des Erfüllungstatbestandes aus.

### 2. Lehre(n) von der finalen Leistungsbewirkung

Man kann der Erfüllung allerdings zumindest einen rechtsgeschäftlichen<sup>18</sup> (oder rechtsgeschäftsähnlichen) Charakter beimessen, sofern man als subjektives (Zweck-)Element stets eine Tilgungsbestimmung verlangt.<sup>19</sup> Diese Vorstellung lag auch einem Teilentwurf für das BGB zugrunde.<sup>20</sup> Bei jeder Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB muss dann neben einen unspezifischen Realakt die voluntative Leistungszuordnung treten (sog. „zweigliedriger Erfüllungstatbestand“). Stellt irgendjemand einen ominösen Kasten Bier vor die Haustür unseres oben erwähnten Kunden K, kann dies ganz unterschiedlich gemeint sein: als Streich, als Präsent, als Versehen etc. Als unzweideutige Erfüllung eines Auftrages (§§ 662 ff. BGB) darf es in dieser Perspektive aber nur gelten, sofern gegenüber dem K eine Bestimmung des Beauftragten, den Bierkasten im Zuge des Auftragsgeschäft leisten zu wollen (vgl. § 366 Abs. 1 BGB), durch Zugang (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB) wirksam wird.

Auch diese Strömung hat im Übrigen zur Folge, dass es sich bei der Erfüllung um eine Verfügung handelt (oder die Regelungen über Verfügungen jedenfalls analog für die Erfüllung gelten).<sup>21</sup> Denn eine Verfügung ist jedes Rechtsgeschäft (!), das unmittelbar zur Veräußerung, Aufgabe, Belastung oder Inhaltsänderung eines Rechts führt.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> So z.B. noch *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl. 1906, § 343.

<sup>18</sup> Teilweise wird abweichend davon ausgegangen, dass die Lehren von der finalen Leistungsbewirkung auf Ansätze beschränkt seien, welche die Tilgungsbestimmung nicht als Willenserklärung einordnen, *Reppen* (Fn. 4), §§ 362–371 Rn. 61. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum die Diskussion zur Rechtsnatur der Tilgungsbestimmung nicht unabhängig von der Kontroverse in Bezug auf die Erfüllungslehren geführt werden kann, vgl. *Chattopadhyay*, ZJS 2010, 148 (149). Allenfalls aus Klarstellungsgründen kommt darum die Rede von der „Lehre vom einseitigen Erfüllungsgeschäft“ oder Ähnliches in Betracht, vgl. *Beckhaus* (Fn. 16), S. 385.

<sup>19</sup> Etwa *Thomale* (Fn. 13), S. 18.

<sup>20</sup> v. *Kübel*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil I: Allgemeiner Teil, 1980, S. 1014.

<sup>21</sup> Dies kann wiederum dogmatische Kollateralschäden nach sich ziehen. Eine denkbare Problematik besteht beispielsweise in der Frage, inwieweit § 137 BGB mit vertraglichen Tilgungsvereinbarungen kollidiert, dazu ausführlich *Chattopadhyay*, ZJS 2010, 148 (148).

<sup>22</sup> Z.B. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 26. Aufl. 2017, Rn. 25.

### 3. Lehre(n) von der realen Leistungsbewirkung

Schließlich wird heutzutage mehrheitlich die Position eingenommen, dass die Erfüllung ein rein tatsächlicher Akt sei. Insbesondere der Wortlaut des § 362 Abs. 1 BGB („bewirkt“) lege eine realaktische Natur der Erfüllung nahe. Der Leistungserfolg muss lediglich objektiv eintreten (oder eben „bewirkt werden“). Eine zusätzliche Tilgungsbestimmung des Schuldners hält man für überflüssig. In den meisten Fällen – so z.B. auch in unserer Ausgangskonstellation beim Bäcker – sei nämlich ohnehin eindeutig, auf welche Verbindlichkeit mit einer Erfüllungshandlung geleistet werden sollte.<sup>23</sup> Nur dort, wo eine solche Verknüpfung einmal ausnahmsweise nicht klar ersichtlich ist, müsse neben den Realakt noch eine Tilgungsbestimmung treten.<sup>24</sup>

Es ist deswegen hochgradig missverständlich, wenn die dogmatische These logisch als eine Aussage des Inhalts „es ist notwendigerweise der Fall, dass bei der Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB keine Tilgungsbestimmung im Spiel ist“ verstanden wird. Analytisch präzise müssten die Lehren von der realen Leistungsbewirkung vielmehr folgendermaßen definiert werden: „Es ist nicht notwendigerweise der Fall, dass bei der Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB eine Tilgungsbestimmung im Spiel ist.“

Letztlich können einzig die Lehre(n) von der realen Leistungsbewirkung die Erfüllung nicht als Verfügung klassifizieren, da es sich bei ihr nicht um ein Rechtsgeschäft, sondern um einen bloßen Realakt handelt.

### 4. Privatautonomie als Erfüllungsautonomie

Die Überzeugungskraft einer dogmatischen Erfüllungslehre sollte sich jedoch nicht nach der Anzahl ihrer Vertreter, sondern danach richten, inwieweit diese sich in das System der Strukturprinzipien der Privatrechtsordnung eingliedern lässt.<sup>25</sup> Die realen Lehren stehen allesamt vor dem Problem, dass ihre Binnenarchitektur nicht spannungsfrei ist. Sie müssen nämlich erklären, warum und nach welchen Kriterien zwar im Regelfall keine Tilgungsbestimmung vonnöten ist, in Einzelkonstellationen jedoch schon.<sup>26</sup>

Zudem wird das gesamte BGB vom Fundamentalgrundsatz der Privatautonomie strukturiert. Diese lässt sich nach einer einflussreichen Definition von *Werner Flume* als „das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen“<sup>27</sup> auffassen. Im Erfüllungsrecht manifestiert sie sich in Wendungen wie der „Schuldnerfreiheit“<sup>28</sup>, der „Leistung als Freiheit“ oder der „Erfüllungs-

<sup>23</sup> Vgl. *Olzen*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2016, Vorbemerkungen zu §§ 362 ff. Rn. 10, § 362 Rn. 24.

<sup>24</sup> *Olzen* (Fn. 23), § 362 Rn. 24.

<sup>25</sup> *Beckhaus* (Fn. 16), S. 92 f.; vgl. *Reppen* (Fn. 4), §§ 362–371 Rn. 70.

<sup>26</sup> Ähnlich *Reppen* (Fn. 4), §§ 362–371 Rn. 71; *Thomale* spricht in diesem Kontext sogar von einer „inneren Widersprüchlichkeit“, *Thomale* (Fn. 13), S. 12 f.

<sup>27</sup> *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, S. 1.

<sup>28</sup> *Reppen* (Fn. 4), §§ 362–371 Rn. 1, 2.

autonomie<sup>29</sup>. Die erfüllungsrechtliche Freiheit der Rechtssubjekte wird in diesem Sinne besser von den finalen Lehren rekonstruiert. Die damit adressierten Tilgungsbestimmungen bei Erfüllungsvorgängen sind auch nicht lebensfern konstruiert, sondern erfolgen regelmäßig konkludent.<sup>30</sup>

Daneben können die finalen Lehren auch komplikationsfrei auf solche Paragraphen des BGB angewendet werden, bei denen die Schuld in Fällen der Heilung formnichtiger Geschäfte überhaupt erst mit der Erfüllung entsteht (z.B. §§ 311b Abs. 1 S. 2, 518 Abs. 2, 766 S. 3 BGB).<sup>31</sup> Ist die Erfüllung lediglich ein Realakt, wird hingegen nicht klar, wie die Leistung objektiv „bewirkt“ werden kann, wenn doch erst mit diesem Bewirken überhaupt feststeht, welchen Inhalt die Leistungspflicht hat.<sup>32</sup>

Insgesamt erscheint es damit als sehr plausibel, dass jede Leistung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB eine (zumindest konkludente) Tilgungsbestimmung (vgl. § 366 Abs. 1 BGB) verlangt.

### III. Die Leistung im Bereicherungsrecht

Neben inhaltlichen Strukturprinzipien (wie der Privatautonomie) kennt das BGB auch methodische Strukturprinzipien. Als Kodifikation soll es insbesondere ein rechtliches System<sup>33</sup> bilden, dogmatisch als Instanziierung einer „Einheit der Rechtsordnung“<sup>34</sup> zu lesen sein und rechtsphilosophisch einem kohärentistischen integrity-Ideal<sup>35</sup> gerecht werden. Dies gelingt am besten, wenn Rechtsbegriffe im BGB einheitlich ausgelegt werden.

Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, dass die „Leistung“ im Erfüllungsrecht dieselbe wie im Bereicherungsrecht ist („Identitätsthese“<sup>36</sup>). Dieser identische zivilrechtliche Leistungsbegriff lässt sich ebenfalls unter Zuhilfenahme der Tilgungsbestimmung entfalten.

#### 1. *Condictio indebiti*

Unter einer Leistung im Sinne von § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB (*condictio indebiti*) versteht man traditionell eine bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.<sup>37</sup> Diese Definition erschließt sich um einiges leichter, wenn man das Merkmal „zweckgerichtet“ als Platzhalter für eine wirksam gesetzte Tilgungsbestimmung auffasst. Die Til-

gungsbestimmung ist mit anderen Worten die „zentrale Voraussetzung des Leistungsbegriffs“<sup>38</sup>.

Ist die Tilgungsbestimmung nun nichtig oder infolge Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen<sup>39</sup> (§ 142 Abs. 1 BGB), kann folglich niemals die *condictio indebiti* einschlägig sein. Es liegt in solchen Fällen nämlich schon keine Leistung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB vor.

Besonders deutlich werden die Konsequenzen eines so verstandenen Leistungsbegriffs, sofern Kondiktionsansprüche gegen eine beschränkt geschäftsfähige Person (§§ 2, 106 BGB) geltend gemacht werden. Gegenüber einem Minderjährigen kann mangels Zugang der – nicht rechtlich lediglich vorteilhaften (§ 107 BGB) – Tilgungsbestimmung (§ 131 Abs. 1 BGB)<sup>40</sup> keine Leistung im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB erfolgen. Die *condictio indebiti* gegen eine beschränkt geschäftsfähige Person ist aufgrund rechtsgeschäftlicher Wertungen unmöglich.<sup>41</sup> Dem Gläubiger des potentiellen Bereicherungsanspruchs verbleibt lediglich die allgemeine Nichtleistungskondition des § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB.<sup>42</sup>

#### 2. *Mehrpersonenverhältnisse*

Auch die mitunter verworrenen bereicherungsrechtlichen Mehrpersonenverhältnisse sind in Kenntnis der Funktion der Tilgungsbestimmung leichter zu durchdringen. Die Tilgungsbestimmung fungiert hier als Wertungsreserve, indem sich auf ihrer Basis vertraute rechtsgeschäftliche (§§ 104 ff. BGB) Argumente und Lösungsansätze im Bereicherungsrecht fruchtbar machen lassen.

##### a) *Vorrang der Leistungsbeziehung*

Der grundsätzliche Vorrang der Leistungsbeziehung (*argumentum e contrario* aus den §§ 816 Abs. 2, 822 BGB) erscheint aus einer solchen Perspektive z.B. als konstruktiv fragwürdig. Das Dogma, wonach die Nichtleistungskondition in Dreiecksbeziehungen stets durch eine wirksame Leistungsbeziehung gesperrt ist, entspricht schließlich einem „(cupierten) Vertrag zulasten Dritter“<sup>43</sup>: Allein durch seinen (einseitigen) rechtsgeschäftlichen Willen kann der Schuldner in Form einer wirksamen Tilgungsbestimmung über den Kondiktionsanspruch eines Dritten disponieren.

Weiterhin lässt sich nun zwanglos begründen, warum jedenfalls in Fällen einer angefochtenen Tilgungsbestimmung kein Vorrang der Leistungsbeziehung anzuerkennen ist. Es liegt erneut keine „Leistung“ (§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB) vor, die irgendeine Sperrwirkung begründen könnte.

Auch die Parteien des Leistungsverhältnisses werden anhand der Tilgungsbestimmung nach allgemeinen rechtsgeschäftlichen Regeln bestimmt. Maßgeblich ist also der objektive Empfängerhorizont des Leistungsempfängers (§§ 133,

<sup>29</sup> So im Titel bei *Thomale* (Fn. 13).

<sup>30</sup> *Thomale* (Fn. 13), S. 15.

<sup>31</sup> *Thomale* (Fn. 13), S. 12.

<sup>32</sup> *Thomale* (Fn. 13), S. 8, 12; dasselbe gilt im Übrigen für Naturalobligationen (wie die §§ 656 Abs. 1, 762 Abs. 1, 2 BGB), dazu *Beck* (Fn. 2), S. 326 f.

<sup>33</sup> Etwa *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969.

<sup>34</sup> Dazu *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995.

<sup>35</sup> *Dworkin*, Law's empire, 1998, S. 176 ff.

<sup>36</sup> *Thomale* (Fn. 13), S. 212; ebenso *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 55 und ausführlich *Beck* (Fn. 2), S. 328 ff.

<sup>37</sup> *Medicus/Petersen* (Fn. 22), Rn. 666.

<sup>38</sup> *Grigoleit/Auer*, Schuldrecht III, Bereicherungsrecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 25.

<sup>39</sup> Dazu unter IV.2.

<sup>40</sup> Dazu näher unter IV. 1.

<sup>41</sup> *Beck* (Fn. 2), S. 282.

<sup>42</sup> *Beck* (Fn. 2), S. 283.

<sup>43</sup> *Thomale/Zimmermann*, AcP 217 (2017), 246 (284).

157 BGB).<sup>44</sup> Dabei ist § 157 BGB streng genommen analog auf die einseitige Tilgungsbestimmung anzuwenden, weil diese trotz ihres rechtsgeschäftlichen Charakters gerade kein Vertrag ist.

#### b) Die (Mängel der) Anweisung

In den häufig dargestellten Anweisungsfällen (vgl. § 783 BGB) wird der Vorrang der Leistungsbeziehung nur bei gewissen Mängeln der Anweisung durchbrochen. Häufig unterscheidet man mit allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen danach, ob (1) die Anweisung dem Anweisenden zurechenbar ist und (2) der Leistungsempfänger ihre Fehlerhaftigkeit analog § 173 BGB weder kannte noch kennen musste.<sup>45</sup>

Das wirkt auf den ersten Blick schwierig und etwas gekünstelt. Vergewenigt man sich jedoch, dass der Angewiesene gegenüber dem Leistungsempfänger als Bote (vgl. § 120 BGB) einer scheinbaren Tilgungsbestimmung des Anweisenden auftritt, ist die Lösung nachvollziehbar.<sup>46</sup> Der Angewiesene wird wertungsmäßig als Bote ohne Botenmacht behandelt und das rechtliche Schicksal der (Rechtsscheins-) Tilgungsbestimmung an den vertretungsrechtlichen (Rechtsscheins-)Vorgaben der §§ 170 ff. BGB gemessen. Liegen die Voraussetzung einer Zurechnung kraft Rechtsscheins nicht vor, ist keine wirksame Tilgungsbestimmung des Anweisenden gesetzt. Dann handelt es sich auch um keine bereicherungsrechtliche Leistung und der Vorrang der Leistungsbeziehung ist gegenstandslos.

Genauso muss nach rechtsgeschäftlichen Grundsätzen eine Nichtleistungskondition erlaubt werden, sofern der Anweisende geschäftsunfähig (§ 104 BGB) ist. In diesem Fall kann ebenfalls keinerlei Leistung vorliegen (§ 105 Abs. 1 BGB) und für einen Vorrang der Leistungsbeziehung bleibt kein Platz.

#### c) Drittleistungen

Sehr schnell sichtbar wird die Schlüsselrolle der Tilgungsbestimmung letztlich bei Drittleistungen. Eine Leistungsbewirkung durch Dritte wird im allgemeinen Schuldrecht von den §§ 267 Abs. 1 S. 1, 362 Abs. 1 BGB ermöglicht. Hier ist zur Klarstellung, wer auf wessen Schuld leisten möchte, stets eine Fremdtilgungsbestimmung (vgl. § 366 Abs. 1 BGB) des Drittleistenden erforderlich.<sup>47</sup>

Im Bereicherungsrecht bereiten Drittleistungen erhebliche Probleme, die zumeist unter dem Stichwort eines sog. Putativschuldners erörtert werden, der auf eine vermeintliche eigene Schuld leistet. Üblicherweise glaubt der Putativschuldner in solchen Fällen, sein Hund habe zugebissen und ersetzt dem Verletzten den entstehenden Schaden, obwohl in Wahrheit der Hund eines Dritten den Schadenersatzanspruch ausgelöst hat.<sup>48</sup> Der Putativschuldner hat natürlich keinen Fremdtilgungswillen und leistet somit im Ausgangspunkt gerade

nicht auf die Schuld des Dritten (s. §§ 267 Abs. 1 S. 1, 362 Abs. 1, 366 Abs. 1 BGB). In solchen Konstellationen kann manchmal gleichwohl eine Rückgriffskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB) gegen diesen Dritten vorteilhaft sein – etwa, weil der Verletzte, welcher Schuldner einer *condictio indebiti* ist, insolvent wird. Dazu muss der Putativschuldner allerdings zuvor zur Tilgung einer fremden Schuld an den Dritten geleistet haben, was eine Fremdtilgungsbestimmung voraussetzt; andernfalls ist die erstrebte Rückgriffskondition nämlich durch die Leistungsbeziehung zwischen Putativschuldner und Verletztem gesperrt.

Das gewünschte Resultat kann der Putativschuldner also nur erreichen, sofern er seine vormalige Tilgungsbestimmung mit Wirkung *ex tunc* nachträglich in eine Drittleistungstilgungsbestimmung im Rahmen des § 267 Abs. 1 S. 1 BGB ändern kann. Solche nachträglichen Änderungen der Tilgungsbestimmung begegnen jedoch ernsthaften Bedenken: neben der resultierenden Rechtsunsicherheit könnte sich der Putativschuldner durch eine solche Umwandlung einer möglichen Insolvenz des ersten Konditionsschuldners entziehen, was auf eine gewillkürte Selbstprivilegierung gegenüber anderen Insolvenzgläubigern hinausläufe.<sup>49</sup> Andererseits kann unterstützend auf den Rechtsgedanken der einigermaßen abseitigen Vorschrift des § 2022 BGB hingewiesen werden: § 2022 Abs. 2, 3 BGB gewährt dem redlichen Erbschaftsbesitzer, der auf Nachlassverbindlichkeiten leistet, faktisch ein Wahlrecht hinsichtlich der Richtung seiner Tilgungsbestimmung.<sup>50</sup>

Egal, wie man sich an dieser Stelle entscheidet: dogmatischer Dreh- und Angelpunkt jeder Argumentation ist die Tilgungsbestimmung.

### IV. Einzelprobleme und Tilgungsbestimmungen

Schließlich ist die Tilgungsbestimmung auch in anderen ausbildungsrelevanten Materien argumentativ verwertbar.<sup>51</sup> Wie üblich, transportiert sie dabei die Wertungen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre (§§ 104 ff. BGB).

#### 1. Beschränkte Geschäftsfähigkeit und Erfüllung

Ausgehend von den vorzugswürdigen Lehren der finalen Leistungsbewirkung können die häufig diskutierten Probleme rund um die Erfüllung durch und gegenüber beschränkt geschäftsfähigen Personen (§§ 2, 106 BGB) ausnahmslos mit dem Gesetz gelöst werden.

Die zentrale Vorschrift für die Erfüllung einer Schuld gegenüber einem nicht voll geschäftsfähigen Gläubiger ist dann § 131 BGB. Gemäß § 131 Abs. 1, 2 S. 1 BGB entfaltet eine gegenüber einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person abgegebene Willenserklärung erst dann ihre Wirkung, wenn sie auch dem gesetzlichen Vertreter zugegangen ist.

<sup>49</sup> Grigoleit/Auer (Fn. 38), Rn. 119, 387.

<sup>50</sup> Grigoleit/Auer (Fn. 38), Rn. 119, 386.

<sup>51</sup> Die im Kontext der Tilgungsbestimmung häufiger angesprochenen „Leistungen unter Vorbehalt“ sowie die „Vorausleistungen“ (dazu Schulz-Merkel/Meier, JA 2016, 333 [335 f.]) sind nicht besonders ausbildungsrelevant und werden deshalb außer Acht gelassen.

<sup>44</sup> Grigoleit/Auer (Fn. 38), Rn. 453, 525.

<sup>45</sup> Grigoleit/Auer (Fn. 38), Rn. 435 f.

<sup>46</sup> Grigoleit/Auer (Fn. 38), Rn. 436.

<sup>47</sup> Beck (Fn. 2), S. 502; Grigoleit/Auer (Fn. 38), Rn. 119, 384.

<sup>48</sup> So bei Medicus/Petersen (Fn. 22), Rn. 948.

Wie bereits dargestellt, liegt der Erfüllung ein zweigliedriger Tatbestand zugrunde. Neben der objektiven „Bewirkung“ der Leistung bedarf es nämlich zusätzlich der Tilgungsbestimmung (= Willenserklärung) als subjektives Element. Dies hat zur Folge, dass gegenüber einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person ohne Beteiligung des gesetzlichen Vertreters (§§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 S. 1 BGB) auch keine Erfüllung eintreten kann.

Lediglich der objektive Teil des Tatbestandes kann alleine gegenüber dem beschränkt geschäftsfähigen Empfänger erfolgen. Die Tilgungsbestimmung muss hingegen dem gesetzlichen Vertreter nach § 131 Abs. 1, 2 S. 1 BGB zugehen. Die Ausnahme des § 131 Abs. 2 S. 2 BGB für rechtlich nicht nachteilige Erklärungen im Sinne des § 107 BGB findet dabei keine Anwendung. Die wirksame Tilgungsbestimmung führt zum Erlöschen des Anspruchs (§ 362 Abs. 1 BGB) und ist daher aus Sicht des Empfängers rechtlich nachteilig.<sup>52</sup>

Der umgekehrte Fall hat die Erfüllung durch einen beschränkt geschäftsfähigen Schuldner zum Gegenstand. Dabei will dieser seine Schuld gegenüber dem Gläubiger eigenständig erfüllen.

Auch hier ist maßgeblich, ob durch die Tilgungsbestimmung ein rechtlicher Nachteil entsteht. Nach § 107 BGB bedarf es dann ebenfalls der vorherigen Zustimmung (Einwilligung nach § 183 BGB) des gesetzlichen Vertreters.

Durch die Erfüllung der eigenen Schuld erlischt der Anspruch des Gläubigers gemäß § 362 Abs. 1 BGB. Der Schuldner wird von seiner Schuld befreit und erlangt dadurch einen rechtlichen Vorteil.<sup>53</sup> Daher führt die Tilgungsbestimmung hier nicht zu einem rechtlichen Nachteil und bedarf aufgrund des § 107 BGB nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.<sup>54</sup> Andernfalls würde eine nachträgliche Zustimmung (Genehmigung nach § 184 Abs. 1 BGB) nichts an der Unwirksamkeit der (einseitigen) Tilgungsbestimmung ändern, § 111 S. 1 BGB.

Insgesamt werden die Lehren der finalen Leistungsbewirkung dahingehend gestützt, dass im Gesetz bereits alle notwendigen Mechanismen verankert sind, die für einen effektiven Schutz beschränkt geschäftsfähiger Personen erforderlich sind. Daher ist die mehrheitlich gebrauchte „Lehre von der Empfangszuständigkeit“ als gesetzefern und überflüssig abzulehnen.<sup>55</sup>

## 2. Anfechtungsgründe und Anfechtungsfolgen

Als Rechtsgeschäft kann die Tilgungsbestimmung selbstverständlich auch infolge einer Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen sein, § 142 Abs. 1 BGB. Die Vorschriften der §§ 119 ff. BGB sind, ungeachtet einiger skeptischer

Stimmen<sup>56</sup>, anwendbar.<sup>57</sup> Dies wird umso klarer, wenn man sich vor Augen führt, dass sowohl die Anfechtungsvorschriften als auch die Lehren von der finalen Leistungsbewirkung primär dem Autonomieschutz der Rechtssubjekte dienen.

Dennoch wirft die Tilgungsbestimmung im Anfechtungsregime des BGB vor allem zwei Probleme auf, die strikt voneinander zu trennen sind: Es ist erstens zu klären, welche Irrtumskonstellationen (§§ 119 ff. BGB) überhaupt als Anfechtungsgründe in Betracht kommen und zweitens sind die Rechtsfolgen darzulegen, welche eine erfolgreiche Anfechtung für die Tilgung auslöst.

Zunächst ist ein Inhalts- oder Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1 Var. 1, 2 BGB bezüglich der Tilgungsbestimmung etwa möglich, sofern der Schuldner seine Leistung einer Forderung B zuordnet, obwohl er eine Forderung A tilgen möchte. Der Tilgungswille des Erfüllenden wird verfehlt, indem er sich irrtümlicherweise auf eine Forderung bezieht, die er nicht tilgen möchte.<sup>58</sup> Dasselbe gilt im Grundsatz, wenn der Zuwendende objektiv (§§ 133, 157 BGB analog) als Drittleistender (§ 267 BGB) erscheint, obwohl er die Tilgungsbestimmung nur als Stellvertreter (§§ 164 ff. BGB) oder Bote (vgl. § 120 BGB) überbringen will. Allerdings wird die Anfechtung in solchen Fällen regelmäßig nach dem Offenkundigkeitsprinzip ausgeschlossen sein<sup>59</sup> – der Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, kommt dann nicht in Betracht, § 164 Abs. 2 BGB.

Auch in dem vertrackten bereicherungsrechtlichen Fall des Putativschuldners, dessen Hund vermeintlich zugebissen hatte,<sup>60</sup> könnte man auf den ersten Blick einen Inhaltsirrtum (§ 119 Abs. 1 Var. 1 BGB) annehmen. Dem steht jedoch nach allgemeinen Regeln entgegen, dass es sich bei dessen fälschlicher Annahme, es bestehe eine eigene Verbindlichkeit, um ein bloßes Motiv für die Tilgung handelt (= unbeachtlicher Motivirrtum).<sup>61</sup> Der Putativschuldner hat sich gerade nicht über den Inhalt der Willenserklärung geirrt, sondern erklärt, was er erklären wollte: „die Tilgung einer Schuld“<sup>62</sup>. Aus diesem Ergebnis ließe sich im Übrigen ein starkes Argument gegen die Möglichkeit einer nachträglichen Änderung der Tilgungsbestimmung gewinnen: Über die kraft ihrer fein austarierten Wertungen punktgenau auf Rechtsgeschäfte (wie die Tilgungsbestimmung) zugeschnittenen Lossagungsregeln der §§ 119 ff. BGB hinaus soll nämlich im Grundsatz kein universales „Reurecht“<sup>63</sup> gewährt werden.<sup>64</sup>

Weiterhin kann freilich jede Tilgungsbestimmung angefochten werden, zu der ihr Urheber durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, § 123 Abs. 1 BGB.

<sup>52</sup> Beck (Fn. 2), S. 282; Beckhaus (Fn. 16), S. 387; Thomale (Fn. 13), S. 53.

<sup>53</sup> Thomale (Fn. 13), S. 42; Beck (Fn. 2), S. 304.

<sup>54</sup> Dies könnte in Sondersituationen argumentativ angreifbar sein, etwa dann, wenn dem Anspruch des Gläubigers (evtl. sogar peremptorische) Einreden des beschränkt Geschäftsfähigen entgegenstehen. Ähnlich Beckhaus (Fn. 16), S. 386.

<sup>55</sup> Thomale (Fn. 13), S. 48 ff.

<sup>56</sup> Dazu Thomale (Fn. 13), S. 28.

<sup>57</sup> Grigoleit/Auer (Fn. 38), Rn. 455.

<sup>58</sup> Thomale (Fn. 13), S. 30.

<sup>59</sup> Thomale (Fn. 13), S. 31.

<sup>60</sup> Siehe unter III. 2. c.

<sup>61</sup> Schulz-Merkel/Meier, JA 2016, 333 (337).

<sup>62</sup> Schulz-Merkel/Meier, JA 2016, 333 (337).

<sup>63</sup> Ausführlich Lobinger, AcP 195 (1995), 274 ff.

<sup>64</sup> Ähnlich Schulz-Merkel/Meier, JA 2016, 333 (336).

Viel schwieriger zu beantworten ist hingegen die Frage, ob Eigenschaftsirrümer gemäß § 119 Abs. 2 BGB vorstellbar sind. Da das Merkmal „Sache“ in § 119 Abs. 2 BGB untechnisch ( $\neq$  § 90 BGB) gebraucht wird und auch unkörperliche Gegenstände erfasst<sup>65</sup>, kann die Erfüllung einer Forderung in dieser Hinsicht unter den Tatbestand fallen. Zudem lassen sich z.B. sowohl die Existenz wie die fehlende Durchsetzbarkeit einer solchen Forderung als auch ein falsches Erfüllungsmittel (sog. melius/aliud-Lieferung) als verkehrswesentliche Eigenschaften im Sinne des § 119 Abs. 2 auffassen.<sup>66</sup> Dennoch muss deutlich prinzipieller gefragt werden, ob man sich jemals über irgendwelche Eigenschaften irren kann, wenn man eine Tilgungsbestimmung setzt. Im Bereich der traditionellen Problematik der Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts nach § 119 Abs. 2 BGB sprechen gute Gründe dafür, dass sich der Verfügende rechtlich keinerlei Gedanken über Eigenschaften macht und folglich auch nicht über diese irren kann.<sup>67</sup> Der Inhalt der Tilgungsbestimmung besteht nun lediglich darin, auf eine Verbindlichkeit zu leisten. Eigenschaften dieser Verbindlichkeit kommen in einer so verstandenen Vorstellungswelt nicht vor, sondern werden in der Regel durch das Kausalgeschäft festgelegt. Diese Erkenntnis harmoniert auch damit, dass die Erfüllung als Verfügung begriffen wird.<sup>68</sup>

Es ist demnach sehr gut vertretbar, dass jeder Eigenschaftsirrhum bei Tilgungsbestimmungen ein Kategorienfehler und der Anfechtungsgrund nach § 119 Abs. 2 darum nicht denkbar ist.

In einem letzten Schritt sind die Rechtsfolgen einer erfolgreichen Anfechtung alles andere als leicht auszumachen. Nach § 142 Abs. 1 BGB ist die irrtümlich abgegebene Tilgungsbestimmung als von Anfang an (ex tunc) nichtig anzusehen. Das Resultat ist eine „Zuordnungslücke“<sup>69</sup> zwischen Zuwendung und Schuld, welche drei verschiedene Lösungsmechanismen eröffnet: Man kann dem Schuldner (1) mit ex tunc Wirkung die eigentlich gewollte Tilgungsbestimmung zugestehen, (2) die gesetzliche Tilgungsreihenfolge des § 366 Abs. 2 BGB eingreifen lassen, oder (3) eine Nachholung der gewollten Bestimmung ex nunc gewähren.<sup>70</sup>

### 3. Teilleistungen und Tilgungsreihenfolge

Vergleichsweise wenig bedeutend ist die Anrechnung von Teilleistungen (vgl. §§ 266, 281 Abs. 1 S. 2, 323 Abs. 5 S. 1 BGB) auf mehrere Forderungen beim (vermeintlichen) Fehlen einer Tilgungsbestimmung, wie sie § 366 Abs. 2 BGB vorsieht. Der Gesetzestext legt dabei folgende Tilgungsreihenfolge fest: Fälligkeit, Sicherheit, Lästigkeit, Alter.<sup>71</sup>

<sup>65</sup> Singer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 119 Rn. 95.

<sup>66</sup> Thomale (Fn. 13), S. 34 ff.

<sup>67</sup> Dazu ausführlich die Studie von Grigoleit, AcP 199 (1999), 479 ff.

<sup>68</sup> Dazu Chattopadhyay, ZJS 2010, 148 (149 f.) und oben unter II.

<sup>69</sup> Ehricke, JZ 1999, 1075 (1080).

<sup>70</sup> Ehricke, JZ 1999, 1075 (1076 ff.).

<sup>71</sup> Dazu Avenarius, AcP 203 (2003), 511 (511).

Ergibt sich hieraus keine Privilegierung, wird als Auffanglösung jede Schuld verhältnismäßig getilgt, § 366 Abs. 2 Var. 5 BGB.

Aus dem Blickwinkel der finalen Erfüllungslehren verwundert § 366 Abs. 2 BGB freilich. Er scheint nämlich nahezu legen, dass ein Bewirken der geschuldeten Leistung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB in einigen Fällen auch gänzlich ohne eine Tilgungsbestimmung des Schuldners möglich ist. Dieser Schluss ist jedoch keinesfalls zwingend. Man kann § 366 Abs. 2 BGB nämlich konstruktiv statt als bloß ergänzendes dispositives Gesetzesrecht auch als unterstellende Auslegungsregel verstehen.<sup>72</sup> In diesem Fall müsste das Merkmal „keine Bestimmung“ (§ 366 Abs. 2 BGB) systematisch als „keine ausdrückliche Bestimmung“ gelesen werden.<sup>73</sup> Diese Lesart harmoniert auch mit der vielerorts vertretenen These, wonach die Vorschrift lediglich den vernünftigen Parteiwillen des Schuldners verkörpert.<sup>74</sup>

### 4. Hinterlegung und Nichtleistungskondition

Für den (eher seltenen) Fall, dass eine Klausur den Einstieg über die Hinterlegungsvorschriften (§§ 372 ff. BGB) des allgemeinen Schuldrechts vorsieht, kann ein Grundverständnis der Tilgungsbestimmung ebenfalls hilfreich sein. Im Normalfall werden sich zwei Gläubiger darüber streiten, wem die Zuwendung des Schuldners zusteht, welche dieser bei der Hinterlegungsstelle (§ 374 Abs. 1 BGB) aus Ungewissheit über die Person des Gläubigers (§ 372 S. 2 Var. 2 BGB) für diese beiden hinterlegt hat und durch den Ausschluss der Rücknahme damit von seiner Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit ist, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den (richtigen) Gläubiger geleistet hätte, § 378 BGB (sog. „Prätendentenstreit“).

Hier muss der wahre Gläubiger eine Nichtleistungskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB) gegen den anderen Hinterlegungsbeteiligten geltend machen, um die ihm zustehende Zuwendung erfolgreich zu verlangen. Der nur scheinbar Anspruchsberechtigte hat nämlich eine sog. hinterlegungsrechtliche „Sperrposition“<sup>75</sup> erlangt: In NRW folgt dies etwa aus § 22 Abs. 3 Nr. 1 HintG NRW, wonach jeder Hinterlegungsbeteiligte die Empfangsberechtigung eines Gläubigers anerkennen muss („Konsensprinzip“).

Man könnte allerdings auf die Idee kommen, dass eine solche Nichtleistungskondition an einer vorrangigen Leistungsbeziehung scheitert. Schließlich hat der Schuldner im Zuge der Hinterlegung doch „geleistet“. Dieser intuitive Einwand wird jedoch sofort entkräftet, wenn man sich vor Augen führt, dass der Hinterlegende dezidiert keine Leistungszuordnungsbestimmung (vgl. § 366 Abs. 1 BGB) gesetzt hat – er hat sich bewusst für die Hinterlegung entschieden, um nicht selbst wählen zu müssen, auf wessen (vermeintliche) Forderung er leistet (vgl. § 372 S. 2 Var. 2 BGB). Mangels

<sup>72</sup> So z.B. Beckhaus (Fn. 16), S. 388 und Thomale (Fn. 13), S. 7.

<sup>73</sup> Thomale (Fn. 13), S. 7. Freilich kann eine Auslegungsregel gleichzeitig dispositives Gesetzesrecht sein.

<sup>74</sup> Überblick bei Avenarius, AcP 203 (2003), 511 (512 ff.).

<sup>75</sup> Vgl. Olzen (Fn. 23), § 378 Rn. 26.

Tilgungsbestimmung existiert also wiederum keinerlei vorrangige Leistungsbeziehung.

#### 5. Kaufrecht und Rügeobliegenheit

Schließlich befindet sich ein weiteres bedeutsames Spielfeld der Tilgungsbestimmung im Mängelgewährleistungsrecht des Kaufvertrags. Nach den §§ 434 ff. BGB stehen dem Käufer bei mangelhafter Lieferung verschiedene Gewährleistungsrechte zur Verfügung. Da neben der Lieferung einer anderen Sache (§ 434 Abs. 3 Var. 1 BGB) gemäß § 434 Abs. 3 Var. 2 BGB auch die Lieferung einer zu geringen Menge als Mangel zu bewerten ist, kann die Abgrenzung zwischen einer unzulässigen Teilleistung nach § 266 BGB und einem Mangel nach § 434 Abs. 3 Var. 2 BGB Probleme bereiten. Lösungsmöglichkeiten ergeben sich wiederum unter Zuhilfenahme der Tilgungsbestimmung.<sup>76</sup>

Das Vorliegen eines solchen Mangels erfordert nämlich im Gegensatz zur Teilleistung (§ 266 BGB) subjektiv den Willen des Schuldners, mit der Lieferung seine eingegangene Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger vollständig zu erfüllen.<sup>77</sup> Dieser Wille wird nach außen (§§ 133, 157 BGB analog) vermittelt einer Tilgungsbestimmung (vgl. § 366 Abs. 1 BGB) entsprechenden Inhalts zum Ausdruck gebracht. Durch die Tilgungsbestimmung wird also der Weg in das Mängelgewährleistungsrecht bereitet und der Anwendungsbereich des allgemeinen Schuldrechts (§§ 241 ff. BGB) verlassen.

Dies hat unmittelbare Folgen für die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des § 377 HGB: Immer dann, wenn die Tilgungsbestimmung des Verkäufers aus dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB analog) eine Teilleistung nahelegt, zu der dieser nicht berechtigt ist (§ 266 BGB), liegt kein Mangel vor und dem Käufer kann niemals eine handelsrechtliche Rügeobliegenheit auferlegt werden.<sup>78</sup> Ergibt sich in Fällen von aliud-Lieferungen oder Quantitätsabweichungen anhand der Tilgungsbestimmung hingegen, dass der Verkäufer mit der Zuwendung vollständig erfüllen wollte, leistet er mangelhaft (§ 434 Abs. 3 BGB) und der Käufer muss dies dem Verkäufer bei einem beiderseitigen Handelsgeschäft (§§ 343 Abs. 1, 345 HGB) unverzüglich anzeigen (§ 377 Abs. 1 HGB), um nicht die Genehmigungsfiktion<sup>79</sup> des § 377 Abs. 2, 3 HGB auszulösen.<sup>80</sup> Eine solche Tilgungsbestimmung kann der Verkäufer freilich seinerseits anfechten, sofern dafür ein tauglicher Grund (§§ 119 ff. BGB)<sup>81</sup> ersichtlich ist.<sup>82</sup>

<sup>76</sup> Beckhaus (Fn. 16), S. 392.

<sup>77</sup> Matusche-Beckmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, § 434 BGB Rn. 144, 154.

<sup>78</sup> Lieder/Hohmann, Jura 2017, 1136 (1141).

<sup>79</sup> Es ist methodisch ebenfalls gut vertretbar, von einer unwiderleglichen Vermutung auszugehen, was an dieser Stelle jedoch nicht weiter interessieren soll.

<sup>80</sup> Vgl. Lieder/Hohmann, Jura 2017, 1136 (1141).

<sup>81</sup> Dazu oben unter IV.2.

<sup>82</sup> Vgl. Lieder/Hohmann, Jura 2017, 1136 (1146 f.).

#### V. Zusammenfassung in Thesenform

1. Die Tilgungsbestimmung fungiert als „Bindeglied“<sup>83</sup> zwischen Zuwendung und Verbindlichkeit des Schuldners. Sie übernimmt eine Zuordnungsfunktion.

2. Es ist dogmatisch überzeugend, dass eine Leistung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB stets eine Tilgungsbestimmung (vgl. § 366 Abs. 1 BGB) erfordert (sog. Lehren von der finalen Leistungsbewirkung).

3. Der Leistungsbegriff des § 362 Abs. 1 BGB entspricht dem des § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB. In dieser Hinsicht besteht ein Gleichlauf von Erfüllungs- und Bereicherungsrecht.

4. In allen Anwendungskontexten der Tilgungsbestimmungen dominieren die vertrauten Vorschriften und Wertungen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre (§§ 104 ff. BGB).

5. Die Tilgungsbestimmung kann damit als ein didaktischer Schlüssel für das systematische Verständnis des Leistungsbegriffs im BGB dienen. Dazu muss man sich an einigen Stellen der herrschenden Meinung widersetzen, wird aber mit Wissen um wiederkehrende Strukturen und Argumentationsmuster im Privatrecht belohnt, was zur Reduzierung des Lernstoffs beiträgt.<sup>84</sup>

<sup>83</sup> Schulz, NZI 2014, 1025 (1026).

<sup>84</sup> Vgl. Kuhn, Jura 2013, 975 (975). Mit Bezug zur Tilgungsbestimmung vgl. auch Grigoleit, in: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag, 2009, S. 125 („Verständlichkeit der Rechtsfindung verbessern und Fehlerquellen der Rechtsanwendung verschließen“).