

de.²⁰¹ Die Zweckmotivation, also der Zusammenhang von Organisationszweck des Verbandes und Mitgliedermotivation,²⁰² führt hier dazu, dass sich der Verband auf die Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Identität seiner Mitglieder berufen kann. Die Benachteiligung kann nicht nach § 20 Abs. 1 AGG gerechtfertigt werden. Die Erwägungen des Landgerichts gelten entsprechend. Die Prüfung zeigt, dass im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht die Mächtigkeit des Verbandes und das Aufnahmeinteresse irrelevant sind. Die ungerechtfertigte Benachteiligung als solche ist die sanktionierte Rechtsverletzung. Darin unterscheidet es sich von einem gleichbehandlungsrechtlich konzipierten Kontrahierungszwang. Dort indiziert die Ungleichbehandlung lediglich die festzustellende Freiheitsbeschränkung. Dieser unterschiedliche Ansatz rechtfertigt die in § 21 Abs. 3 AGG ausdrücklich vorgesehene Anspruchskonkurrenz zu § 826 BGB.²⁰³

VII. Gleichbehandlung von Gläubiger- und Schuldnermehrheiten

1. Teil- und Gesamtschuld

Agieren mehrere Personen im weitesten Sinne gemeinsam und haben sie keine (vollständige) Regelung ihres Verhältnisses getroffen, muss das Recht einen Maßstab bieten, wie die gegenseitigen Rechte und Pflichten innerhalb der Gruppe verteilt werden.¹ Das Gesetz sieht in diesen Fällen regelmäßig eine gleiche Berechtigung bzw. Verpflichtung vor. Darin wird traditionell eine Ausprägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gesehen.² Nach meiner Auffassung handelt es sich dagegen um Anwendungsfälle des *Gleichberechtigungsprinzips*.³ Das gilt insbesondere für die Teilschuld (§ 420 BGB).⁴ Das Schuldverhältnis zerfällt dabei in so viele „kleine“ Teile, wie es Personen auf der anderen Seite gibt. Die Regelung zeugt daher – anders als Götz Hueck meinte⁵ – nicht „von echter Gleichbehandlung“. § 420 BGB verpflichtet weder den Gläubiger, seine Teilschuldner gleich zu behandeln, noch den Schuldner, seine Teilgläubiger gleich zu behandeln. § 420 BGB ist vielmehr eine „Gleichverteilungsregel“⁶, die besagt, welcher Gläubiger was zu fordern und welcher Schuldner was zu leisten hat.

201 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 38; dazu näher unten § 6 IV 2 b) (1) aa).

202 Zum Begriff *Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, 37 ff.

203 Dazu *Wagner* in: MünchKomm-BGB, § 826 Rn. 136; *Spindler* in: Bamberger/Roth, BGB, § 826 Rn. 79.

1 Siehe den Überblick bei *Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern, 1984, 6 ff.

2 Näher *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 24 ff.

3 Zum Unterschied siehe oben § 5 II 1 b). Siehe auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 II 2 e) aa), der aus anderen Gründen eine Gleichbehandlungspflicht verneint.

4 *Looschelders* in: Staudinger, § 420 Rn. 27.

5 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 24.

6 *Medicus*, JuS 1980, 697, 698.

Dasselbe gilt für die Gesamtschuld. Im Außenverhältnis kann „der Gläubiger die Leistung *nach seinem Belieben* von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern“ (§ 421 S. 1 BGB). „Eine Befugnis des Gläubigers zur Auswahl unter den Schuldnern ist, wie sich aus § 421 BGB ergibt, für die Gesamtschuld typisch.“⁷ Der Gläubiger braucht grundsätzlich keine Rücksicht darauf zu nehmen, welcher von den jeweiligen Gesamtschuldnern etwa im Innenverhältnis zu den anderen ausgleichs- oder regresspflichtig ist.⁸ Nur unter besonderen Umständen ist die Ausübung des Wahlrechts rechtsmissbräuchlich.⁹ Das ist der Fall, wenn der Gläubiger sich nur deswegen an einen von mehreren Gesamtschuldnern hält und diesem das Regressrisiko aufbürdet, weil er aus missbilligenswerten Motiven die Absicht verfolgt, gerade diesen Schuldner zu belasten.¹⁰ Dem Wahlrecht des Gläubigers entspricht bei ihrem Spiegelbild, der Gesamtgläubigerschaft,¹¹ das Wahlrecht des Schuldners (§ 428 BGB).¹² Die mit der Auswahlfreiheit einhergehende „besondere Macht und Willkür der Gläubiger“¹³ der Gesamtschuldner war im 19. Jahrhundert nicht selbstverständlich.¹⁴ *Savigny* rechtfertigte die Gesamtschuld mit der „Sicherheit und Bequemlichkeit in der Rechtsverfolgung“¹⁵. Das findet sich in den Motiven beinahe wörtlich wieder¹⁶ und wird noch heute zur Erklärung der Gesamtschuld herangezogen.¹⁷ Weil „dem Gläubiger dadurch eine freiere Macht verliehen werden [soll] in der Verfolgung seiner Schuld“¹⁸, muss er folglich frei auswählen können, welcher Schuldner am besten zur Erfüllung geeignet ist. Die Auswahlfreiheit ist daher Teil der Privatautonomie des Gläubigers.¹⁹ Mit dieser Konzeption ist eine Gleichbehandlung im Ergebnis (!) unvereinbar. Der Gläubiger ist daher nach allgemeiner Ansicht nicht zur Gleichbehandlung der Gesamtschuldner verpflichtet. Ob er an die speziellen Diskriminierungsverbote gebunden ist, hängt von ihrem sachlichen Anwendungsbereich ab.²⁰

Im Innenverhältnis geht das Gesetz in § 426 Abs. 1 S. 1 BGB von der Regel aus, dass alle Gesamtschuldner „zu gleichen Anteilen“ ausgleichspflichtig sind. Damit folgt es früheren Regelwerken²¹ und steht in gemeineuropäischer Traditi-

7 BGHZ 137, 76, 84.

8 BGH NJW 1992, 1289; BGHZ 173, 1, Rn. 14.

9 BGH NJW 1992, 1289; BGHZ 173, 1, Rn. 15.

10 BGH NJW 1992, 1289; BGHZ 173, 1, Rn. 15; vgl. auch *Looschelders* in: Staudinger, § 421 Rn. 124 ff.; *Bydlinski* in: MünchKomm-BGB, § 421 Rn. 75.

11 *Ehmann* in: Erman, § 428 Rn. 1.

12 Näher *Looschelders* in: Staudinger, § 438 Rn. 10 f.

13 *Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1851, 216.

14 Dazu *Meier* in: HKK-BGB, §§ 420-432/I Rn. 8 ff.

15 *Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1851, 218.

16 *Motive*, Bd. II – Schuldrecht, 1896, 155 f.

17 Vgl. *Ehmann* in: Erman, Vor § 420 Rn. 13.

18 *Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1851, 217.

19 Siehe *Schünemann/Bethge*, JZ 2009, 448, 449.

20 Bejahend *Schünemann/Bethge*, JZ 2009, 448, 449 ff.

21 *Meier* in: HKK-BGB, §§ 420-432/I Rn. 124.

on.²² Rechtsdogmatisch als Anspruch ausgestaltet, ist § 426 Abs. 1 BGB funktionell betrachtet eine Vermutung.²³ Zum Ausgleich nach Kopfteilen kommt es allerdings nur, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist“ (§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB). Das wurde in der Praxis schon bald sehr weit verstanden.²⁴ Die gleiche Verteilung wird damit in der Praxis²⁵ zur Ausnahme.²⁶ In der Sache handelt es sich auch bei § 426 Abs. 1 S. 1 BGB nicht um einen Fall „echter Gleichbehandlung“.²⁷ Weil es sich um eine Teilschuld handelt, muss das Gesetz regeln, in welcher Höhe die einzelnen Mitschuldner verpflichtet sind. Es entscheidet sich im Zweifel für den Grundsatz der gleichen Verpflichtung. Der leistende Gesamtschuldner ist also nicht seinerseits zur Gleichbehandlung der anderen verpflichtet. Das Gesetz bestimmt lediglich den Inhalt (die Höhe) seines Ausgleichsanspruchs. § 426 Abs. 1 S. 2 BGB ist damit ein Anwendungsfall des Prinzips der gleichen Berechtigung bzw. gleichen Verpflichtung.

2. Erfüllung beschränkter Gattungsschulden

a) Regelungsproblem

Die soeben behandelten Formen der Schuldner- und Gläubigermehrheit setzen jeweils ein einheitliches Schuldverhältnis voraus, an dem auf einer oder beiden Seiten mehrere Personen beteiligt sind.²⁸ Schuldet beispielsweise ein Schuldner mehreren Gläubigern denselben Gegenstand aus unabhängig voneinander bestehenden Schuldverhältnissen, spricht man von einer Gläubigerkumulation.²⁹ Die §§ 420 ff BGB gelten nicht für solche unverbundenen Einzelschuldverhältnisse.³⁰ Die Erfüllung erfolgt grundsätzlich völlig unabhängig nebeneinander. Man kann vom „Grundsatz der isolierten Betrachtungsweise“ der jeweiligen Schuldverhältnisse sprechen.³¹ Weil der Schuldner in solchen Fällen nur einmal vollständig leisten kann, führt die Leistung an den Gläubiger A dazu, dass Gläubiger B leer ausgeht. Er ist insoweit auf die Sanktionsmöglichkeiten des Leistungsstö-

22 Vgl. die Nachweise bei *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 984 f.

23 Näher *Goette*, Gesamtschuldbegriff und Regreßproblem, 1974, 106 ff; *Meier* in: HKK-BGB, §§ 420-432/II Rn. 25; aA *Rütten*, Mehrheit von Gläubigern, 1989, 161.

24 Vgl. BGH NJW 1988, 133, 134; zur Entwicklung im 20. Jahrhundert siehe *Meier* in: HKK-BGB, §§ 420-432/I Rn. 136 ff; zu einzelnen „Fallgruppen“ siehe *Looschelders* in: Staudinger, § 426 Rn. 52 ff.

25 Zu fortbestehenden prozessualen Auswirkungen siehe BGH NJW 2001, 365, 366 mwN.

26 *Meier* in: HKK-BGB, §§ 420-432/I Rn. 136; *Grüneberg* in: Palandt, § 426 Rn. 8.

27 So aber *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 26.

28 Statt aller *Ehmann* in: Erman, Vor § 420 Rn. 13, § 432 Rn. 1.

29 *Looschelders* in: Staudinger, Vorbem zu §§ 420 ff Rn. 86; *Bydlinski* in: MünchKomm-BGB, Vor § 420 Rn. 9.

30 Näher *Rütten*, Mehrheit von Gläubigern, 1989, 33 ff.

31 *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 12 ff, 17.

rungsrechts angewiesen.³² Sein Leistungsinteresse wird lediglich schadensersatzrechtlich kompensiert. Nun kann es für den Gläubiger einen erheblichen Unterschied machen, ob er den geschuldeten Gegenstand oder stattdessen nur Geldersatz erhält.³³ Das Problem stellt sich aus seiner Sicht bei der Stückschuld und bei der beschränkten Gattungsschuld (Vorratsschuld). Bei der marktbezogenen Gattungsschuld tritt es nicht in gleicher Schärfe auf, weil der Gläubiger, der bei der Verteilung leer ausgegangen ist, sich am Markt eindecken und die dafür notwendigen Mehraufwendungen und Gewinneinbußen als Schadensersatz vom Schuldner zurückverlangen kann. In den verbleibenden Fällen muss man sich fragen, wie die Leistung unter den Gläubigern verteilt werden soll.

b) Gesetzliche Lösungsvarianten

Das Gesetz steht vor einem ähnlichen Problem bei der Auslobung (§§ 657 ff BGB): Es musste sich entscheiden, wem die versprochene Belohnung gebührt, wenn die Handlung von mehreren Personen selbstständig und unabhängig voneinander vorgenommen wurde. Es sieht dafür insgesamt vier Verteilungsmaßstäbe vor, die als generelle Regelung auch auf das Problem der eingeschränkt lieferbaren Schuld anwendbar sind.

(1) Prinzip der Selbstbestimmung

Der Auslobende kann sich die Entscheidung über die Zuteilung der Belohnung vorbehalten und den Gläubiger nach Vornahme der Handlung selbst bestimmen.³⁴ Dem entspricht es, wenn der Schuldner frei nach seinem Belieben entscheidet, wie er den Gegenstand verteilt.³⁵ Er kann ein berechtigtes Interesse daran haben, an G_1 zu leisten, weil G_1 im Unterschied zu G_2 ein langjähriger Kunde ist. Er *kann* sich aber auch – soweit möglich – zur gleichmäßigen Verteilung entschließen, wenn er G_2 als Kunden behalten möchte. Oder er entscheidet sich dafür, an den Gläubiger zu leisten, der die Leistung als erster verlangt.

(2) Prioritätsprinzip

Haben mehrere die Handlung vorgenommen, gebührt die Belohnung – vorbehaltlich einer abweichenden Bestimmung des Auslobenden³⁶ – demjenigen, der

32 *Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern, 1984, 137 f.

33 Vgl. *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 26; *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 143.

34 RGZ 167, 225, 234 f.; *Seiler* in: MünchKomm-BGB, § 657 Rn. 20; *Sprau* in: Palandt, § 659 Rn. 1.

35 So *Wolf*, JuS 1962, 101, 104; *Leßmann*, JA 1982, 280, 285; *Emmerich* in: MünchKomm-BGB, § 243 Rn. 17; *Schiemann* in: Staudinger, § 243 Rn. 20.

36 *Seiler* in: MünchKomm-BGB, § 659 Rn. 1.

die Handlung zuerst vorgenommen hat, § 659 Abs. 1 BGB. Überträgt man dies auf unseren Fall, *muss* der Schuldner an den Gläubiger leisten, der die Leistung als erster verlangt.³⁷ Damit wäre der schnellere Gläubiger privilegiert. Zugleich unterstützte man damit die schnelle Rechtsdurchsetzung.³⁸ Das Prioritätsprinzip gilt jedenfalls in der Einzelzwangsvollstreckung:³⁹ Klagen und vollstrecken die Gläubiger auf Übereignung und Herausgabe des Gegenstands, wird der Schuldner befreit, sobald der Gerichtsvollzieher für einen Gläubiger die Sache weggenommen hat; zugleich ist dieser Gläubiger damit Eigentümer geworden (§§ 883 Abs. 1, 894 Abs. 1, 897 ZPO).⁴⁰

(3) Ausgleichsprinzip

Ist die Handlung von mehreren gleichzeitig vorgenommen worden, ist die Belohnung nach Köpfen aufzuteilen, § 659 Abs. 1 S. 1 BGB. Voraussetzung ist die Teilbarkeit der Leistung (vgl. § 659 Abs. 2 BGB),⁴¹ was sich nach § 420 BGB bestimmt.⁴² In unserem Fall *muss* der Schuldner die Leistung folglich an alle Gläubiger gleichmäßig verteilen (*par condicio creditorum*).⁴³ Dafür spricht, dass alle leistungsinteressierten Gläubiger an der Verteilung des Gegenstands gleichmäßig partizipieren können. Die Verteilung nach Köpfen ist hier allerdings nicht der einzig sinnvolle Verteilungsmaßstab. Handelt es sich um eine beschränkte Gattungsschuld, kommt auch eine proportionale Verteilung anhand der Bestellquote in Betracht (*pro rata*). Das Ausgleichsprinzip ist auch flexibel genug, eine überproportionale Zuteilung an einen Gläubiger zu ermöglichen, soweit sich das auf zwingende sachliche Gründe stützen lässt.⁴⁴ Das Ausgleichsprinzip gilt spätestens bei der Gesamtvollstreckung in der Insolvenz.⁴⁵

37 So für die Gattungsschuld *Löwisch/Caspers* in: Staudinger, § 276 Rn. 21.

38 Vgl. *Neuner*, AcP 203 (2003), 46, 61 mwN.

39 Näher *Stürner*, ZZZ 99 (1986), 291, 322 ff; *Berger*, ZZZ 121 (2008), 407, 408 ff.

40 Zur „Kollision“ mehrerer Gläubigeraufträge beim Gerichtsvollzieher siehe *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 88 f, der in solchen Fällen zum Miteigentum und zur Bruchteilsgemeinschaft der Gläubiger gelangt.

41 So schon *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 42 f.

42 *Seiler* in: MünchKomm-BGB, § 659 Rn. 4.

43 Für die Gattungsschuld RGZ 84, 125, 128 ff; RGZ 100, 129, 137; RGZ 95, 264, 268; *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, 601 f; *Neuner*, AcP 203 (2003), 46, 57 f; *Dorn* in: HKK-BGB, § 243 Rn. 59 mN zum älteren Schrifttum; *Westermann* in: Erman, § 243 Rn. 12; *Schmidt-Kessel* in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 243 Rn. 9; *Grüneberg* in: Palandt, § 243 Rn. 3; *Berger* in: Jauernig, BGB, § 243 Rn. 8; differenzierend *Schmidt-Kessel* in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 243 Rn. 9; näher zum Ganzen *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, 159 ff.

44 Vgl. dazu das Beispiel bei *Westermann*, AcP 208 (2008), 141, 168 f, nach dem ein Gaslieferant kommunale Gasversorgungsunternehmen bevorzugt beliefern muss, weil diese aus technischen Gründen vermeiden müssen, dass es zu Leerräumen in den Versorgungsleitungen kommt.

45 Dazu oben § 5 V.

(4) Zufallsprinzip

Ist die Leistung nicht teilbar oder soll nur einer die Belohnung erhalten, entscheidet das Los, § 659 Abs. 2 S. 2 BGB. Danach *müsste* der Schuldner den Empfänger mit dem „dürftigen Behelf des Loses“⁴⁶ bestimmen.

(5) Stellungnahme

Die Entscheidung für eine dieser Möglichkeiten hängt wesentlich vom Gegenstand der Leistungspflicht – Stückschuld oder Gattungsschuld – ab. Bei der Stückschuld ist man sich einig, dass „ein Schuldner, der mehreren Gläubigern denselben Einzelgegenstand schuldet, den Gläubiger, dem er die nur einmal mögliche Leistung erbringen will, frei auszuwählen hat.“⁴⁷ Mit der Entscheidung, die Sache an einen Gläubiger zu übereignen, ist es dem Schuldner unmöglich geworden (§ 275 Abs. 1 BGB), die anderen Forderungen zu erfüllen. Aufgrund der konkurrierenden Situation der Gläubiger untereinander kann man in solchen Fällen regelmäßig ausschließen, dass der Schuldner nach Leistung an einen Gläubiger die Verfügungsmacht von diesem wieder zurückerlangen kann.⁴⁸ Keine Lösung wäre es, dem Verteilungsprinzip zu folgen und allen Gläubigern Miteigentumsanteile an dem Gegenstand zu übertragen,⁴⁹ weil man den Verteilungskonflikt perpetuierte und die Gläubiger in eine Bruchteilsgemeinschaft zwänge. Das Prioritätsprinzip, ernst genommen als Pflicht des Schuldners, an den zuerst fordernden Gläubiger einer fälligen Leistung liefern zu *müssen*, führt zum Wettlauf der Gläubiger.⁵⁰ Wie das Zufallsprinzip nimmt es keine Rücksicht auf die schutzwürdigen Belange des Schuldners. Solange es nicht zur Zwangsvollstreckung kommt, geht das Gesetz davon aus, dass der Schuldner wählen kann und muss, wer die Leistung und wer nur Schadensersatz erhält. Diese Wahlmöglichkeit ist ökonomisch gesehen effizient: Sie setzt einen Anreiz, den Gläubiger zu beliefern, dessen Schaden am höchsten wäre und sorgt damit gesamtwirtschaftlich für die beste Allokation des Gutes.⁵¹

c) Verteilungsgrundsätze bei der beschränkten Gattungsschuld

Das Problem ändert sich bei einer beschränkten Gattungsschuld, sobald der zu verteilende Vorrat die kontrahierte Nachfrage unterschreitet. Das lässt sich an-

⁴⁶ *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 43.

⁴⁷ *Wolf*, JuS 1962, 101, 104; vgl. auch *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 144.

⁴⁸ Zu dieser Voraussetzung bei § 275 Abs. 1 BGB vgl. statt vieler *Löwisch/Caspers* in: *Staudinger*, § 275 Rn. 69 f.

⁴⁹ So aber *Seiler* in: *MünchKomm-BGB*, § 659 Rn. 4 mwN.

⁵⁰ *Neuner*, AcP 203 (2003), 46, 57.

⁵¹ So in der Sache bereits *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 80.

hand der berühmten Entscheidung des Reichsgerichts zu *Wesche's zuckerreichste Elite* belegen:⁵²

Wesche verkaufte im Juni 1909 an die G₁ je 200 Zentner Zuckerrübensamen (Wesche's zuckerreichste Elite) für die Jahre 1910-12, lieferbar im Februar des Folgejahres. Im Sommer 1911 kam es aufgrund außerordentlicher Trockenheit zu einer Missernte. Anstatt der erwartbaren 4908 Zentner erntete Wesche nur 993,35 Zentner. Zu diesem Zeitpunkt waren bereits 2160 Zentner der erwarteten Ernte verkauft. Wesche teilte seinen, auf dem Markt sonst nicht erhältlichen, Vorrat pro rata unter seinen Abnehmern auf. Daher lieferte er der G₁ im Februar 1912 nur 92 Zentner.

(1.) Hat G₁ Anspruch auf Lieferung der restlichen 108 Zentner? (2.) Hat sie Anspruch auf Schadensersatz, wenn sie sich am Markt mit anderen Zuckerrübensamen eindeckt und dafür das Dreifache des in normalen Jahren üblichen Marktpreises zahlt? (3.) Angenommen, Wesche hätte die G₁ mit voller Quote beliefert, weil es seine langjährigste Abnehmerin ist. Wäre Wesche der G₂ um den Betrag schadensersatzpflichtig geworden, um den sich ihre Quote aufgrund der vollen Erfüllung an G₁ verringert hat? Das Reichsgericht verneinte in seiner Rechtsprechung die Fragen (1.) und (2.) ausdrücklich⁵³ und bejahte die Frage (3.).⁵⁴ Kurz skizziert und übertragen ins geltende Recht, ist diese Lösung auf folgenden Gedankengang gestützt:⁵⁵ G₁ hat keinen Anspruch auf Lieferung von 108 Zentnern Zuckerrübensamen „Elite“ aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB, weil der Anspruch in Höhe der Teillieferung nach § 362 Abs. 1 BGB erloschen und im Übrigen nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist. Der Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, Abs. 3 iVm § 283 BGB scheidet aus, weil Wesche die Pflichtverletzung (Nichtleistung aufgrund der Unmöglichkeit)⁵⁶ nicht zu vertreten hat, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Aufgrund ihres Charakters als Vorratsschuld hat Wesche kein Beschaffungsrisiko iSv § 276 Abs. 1 S. 1 BGB (§ 279 BGB aF) übernommen.⁵⁷ In der Abwandlung besteht der Schadensersatzanspruch der G₂, weil Wesche die teilweise Nichtleistung an sie zu vertreten hat. Indem er an G₁ voll leistete, hat er seine Leistungsmöglichkeit gegenüber G₂ vorsätzlich vermindert, obwohl er „für die Möglichkeit anteilmäßiger Befriedigung der Klägerin Fürsorge treffen“ musste.⁵⁸ Das Reichsgericht ging damit nicht nur von einem Recht des Schuldners aus, seine Gläubiger anteilmäßig zu befriedigen, sondern sah darin sogar eine Pflicht zur gleichen Behandlung.

52 RGZ 84, 125.

53 Der Schadensersatzanspruch wird verneint in RGZ 84, 125, 128 ff; der Anspruch auf volle Lieferung in RGZ 95, 264, 268 und RGZ 100, 129, 137.

54 RGZ 94, 17, 19.

55 Im Einzelnen näher, wenn auch noch vor der Schuldrechtsreform, Gsell, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, 169 ff.

56 Zu dieser Konzeption der Pflichtverletzung näher Ernst in: MünchKomm-BGB, § 283 Rn. 4 mwN.

57 RGZ 84, 125, 126.

58 RGZ 94, 17, 19.

Das ist so selbstverständlich nicht.⁵⁹ Bei der Stückschuld löst man das Problem, wie wir oben gesehen haben, ohnehin anders: Maßgeblich ist das Selbstbestimmungsrecht des Schuldners, ergänzt mit einer Kompensation der mit ihrem Erfüllungsbegehren leer ausgegangenen Gläubiger über das Schadensersatzrecht. Das erlaubt im Regelfall eine effiziente Lösung des Knappheitsproblems, weil man von einem rational handelnden Schuldner erwarten darf, dass er an den Gläubiger liefert, der bei Nichtlieferung den größten Schaden haben würde. So entscheidet man im Wesentlichen auch beim Vorliegen einer Gattungsschuld, soweit die Differenz zwischen Nachfrage und Angebot auf das Verhalten des Schuldners zurückzuführen ist.⁶⁰ Warum also die Abweichung beim „unverschuldet“ geschrumpften Vorrat?

Die Probleme beginnen bereits mit der Annahme der objektiven Unmöglichkeit. Ausgehend vom „Grundsatz der isolierten Betrachtungsweise“⁶¹ ist, wie das Reichsgericht später einräumte, „bei der Beantwortung der Frage, ob dem Verkäufer die Vertragserfüllung auch unter veränderten Verhältnissen zugemutet werden kann, regelmäßig nur sein Verhältnis zum einzelnen Käufer maßgebend“⁶². Im jeweiligen Schuldverhältnis bleibt die Leistung objektiv möglich; solange Wesche noch 200 Zentner lagernd hat, kann er die G_1 voll befriedigen.⁶³ Das Reichsgericht überwand die Isolierung und verknüpfte die an sich getrennten Schuldverhältnisse. Wenig glücklich war es, das mit einer „Interessengemeinschaft“ der Gläubiger zu begründen.⁶⁴ *Hans-Otto de Boor* wies schon früh nach, dass die Interessengemeinschaft erst aufgrund der Pflicht zur gleichmäßigen Verteilung gebildet werde und sie daher ihrerseits diese Pflicht nicht zu erklären vermag.⁶⁵ *Götz Hueck* verteidigte die Konzeption damit, dass es dem gemeinsamen Anliegen aller Gläubiger entspreche, ihrerseits nicht von einem schnelleren Gläubiger überholt zu werden und dann leer auszugehen.⁶⁶ Damit wird den Gläubigern ein Interesse unterstellt. Dem gleichen Vorwurf ist der Vorschlag *Friedmann Kainers* ausgesetzt, die Gläubiger in eine „Risikogemeinschaft für eine Pflicht zur

59 Zu einer vertieften Einzelkritik der Argumentation des Reichsgerichts siehe *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, 170 ff; ablehnend jüngst auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 II 2 d, der den Fall über den Wegfall der Geschäftsgrundlage lösen will. Er verschiebt damit das Problem, weil es bei der Verteilung des verbliebenen Vorrats als Frage der Gleichbehandlung wieder auftritt.

60 *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 146 f; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, 253; *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, 187 ff; aA *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 142 f.

61 *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 17.

62 RGZ 100, 129, 137.

63 Vgl. *Lemppenau*, Gattungsschuld und Beschaffungspflicht, 1972, 83; *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, 166; *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 II 2 d.

64 So aber RGZ 84, 125, 128.

65 *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 23; zustimmend *Wolf*, JuS 1962, 101, 104; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, 251; *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, 171 f.

66 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 141 f.

gleichmäßigen Anpassung der Leistungsansprüche“ zu stecken. Für den nicht vollständig befriedigten Käufer dürfte es überraschend sein zu hören, dass die Repartierung bei unverschuldetem Teiluntergang der Vorratsschuld ein „Ausfluss der vertraglichen Risikoverteilung“ ist.⁶⁷ Jedenfalls kann man die „Fortexistenz des Vorrats“ nicht ohne Verwerfungen mit dem Unmöglichkeitensrecht zur Geschäftsgrundlage jedes Vorratskaufs erklären.

Dem Reichsgericht ging es letztlich darum, eine gerechte Entscheidung zu fällen. Das zeigt die methodische Verankerung in § 242 BGB.⁶⁸ Berechtigt ist dann aber die Gegenfrage, warum das nur bei beschränkten Gattungsschulden gelten solle.⁶⁹ Wie zuerst *de Boor* und in jüngerer Zeit *Beate Gsell* und *Harm Peter Westermann* nachgewiesen haben, liegt das Problem tatsächlich in der streng durchgeführten isolierten Betrachtung der Einzelschuldverhältnisse:⁷⁰ Wer den Schuldner verpflichtet oder ihm erlaubt, die volle Bestellung des G_1 zu erfüllen, muss die Frage beantworten, warum der Schuldner den G_{2-x} nicht schadensersatzpflichtig ist, obwohl er die Unmöglichkeit in den Schuldverhältnissen dort vorsätzlich herbeigeführt hat. Wer dann glaubt, den Schuldner trotzdem von der Schadensersatzhaftung freistellen zu können,⁷¹ wechselt unausgesprochen Standpunkt und Betrachtungsweise:⁷² Im Schuldverhältnis zu G_1 geht man von der isolierten Betrachtungsweise aus. Man nimmt den Standpunkt des einzelnen Gläubigers ein und unterstellt, dass der Schuldner ausreichend Vorräte hat, um G_1 zu beliefern. Die Existenz der G_{2-x} spielt folgerichtig keine Rolle. Bei der Frage, ob die G_{2-x} schadensersatzberechtigt sind, stellt man auf den Standpunkt des Schuldners ab. Das Entscheidungsdilemma des Schuldners wird mit dem Nachfrageüberhang und der Angebotsknappheit begründet; beides setzt eine kumulative Betrachtung voraus. Folgerichtig ist dieser verdeckte Standpunktwechsel nicht. Will man die Haftung des Schuldners vermeiden, kommt man nicht umhin, bereits im Schuldverhältnis zu G_1 von einer kumulativen Betrachtungsweise auszugehen.⁷³ Die Dogmatik des Schuldrechts steht jedenfalls, wie *Harm Peter Westermann* jüngst nachgewiesen hat, einer Einbeziehung von Drittinteressen in das relative Schuldverhältnis nicht entgegen.⁷⁴ Dazu das Reichsgericht:

67 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 II 2 d.

68 RGZ 84, 125, 128; zustimmend etwa *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 24 f; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, 252; *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, 602.

69 Gestellt von *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 139 f.

70 *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 135 ff; *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, 176 ff; *Westermann*, AcP 208 (2008), 141, 169 f.

71 So z. Bsp. *Wolf*, JuS 1962, 101, 104; *Leßmann*, JA 1982, 280, 285; *Löwisch/Caspers* in: Staudinger, § 276 Rn. 21; *Schiemann* in: Staudinger, § 243 Rn. 20.

72 Grundlegend zur Relevanz des Standpunkts *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 138 ff.

73 Deutlich in diese Richtung *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, 176 f; *Westermann* in: Erman, § 243 Rn. 12; iE, wenn auch über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 II 2 d.

74 *Westermann*, AcP 208 (2008), 141, 146 f, 168 ff.

„War die Klägerin allein Käuferin des Samens, so trug sie die Gefahr allein, wenn die Ernte das von ihr gekaufte Maß nicht brachte; der Beklagte hatte für den Rest nicht aufzukommen, denn für diesen Rest war die Leistung aus der Gattung schlechterdings nicht möglich. Die Klägerin mußte sich aber sagen, daß sie alleinige Käuferin aus der Ernte 1911 nicht sein werde, daß neben ihr vielmehr weitere Abnehmer des Beklagten stehen würden, deren Rechte an sich nicht schlechter waren als die übrigen und mangels anderweitiger Abmachung nicht etwa dadurch bestimmt werden konnten, wer zuerst gekauft hatte oder künftig die Leistung fordern werde. [Der Verkäufer] konnte jetzt nicht mehr tun, als die gesamte Ernte der Gesamtheit seiner Gläubiger zur Verfügung zu stellen.“⁷⁵

Im Übrigen kann man die Wahlfreiheit des Schuldners mit einhergehender Befreiung auch von Schadensersatzpflichten nicht mit dem Hinweis auf die rechtfertigende⁷⁶ oder entschuldigende⁷⁷ Wirkung einer Pflichtenkollision erklären. Das Argument blendet die Tatsache aus, dass es mit der Verteilung *pro rata* eine gleich geeignete Möglichkeit gibt, die Kollision unter Berücksichtigung aller Gläubigerinteressen aufzulösen. Diese gibt es bei der Stückschuld dagegen nicht. Daraus erklärt sich der Unterschied. Dort trifft die Behauptung *Ernst Wolfs* zu: „Er kann diese Unmöglichkeit nicht vermeiden, sondern nur wählen, wen sie treffen soll.“⁷⁸ Beim unzureichenden Vorrat einer beschränkten Gattungsschuld kann er im Ausgangspunkt nicht nur wählen, an wen er leistet, er kann auch bestimmen, in welcher Höhe den einzelnen Gläubiger die Unmöglichkeit trifft. An diese *Verteilungsmacht* knüpft das Recht die Pflicht zur Gleichbehandlung. Der Schuldner entgeht den Sekundäransprüchen der anderen Gläubiger nur dann, wenn er sie gleich behandelt. Als distributive Instanz ist der Schuldner Adressat einer Gleichbehandlungspflicht.⁷⁹ Man kann darüber streiten, ob das Recht sicherstellen soll, dass die Gläubigerinteressen hier gleich berücksichtigt werden sollen. Man kann die Pflicht zur quotalen Verteilung aber nicht mit dem Hinweis ablehnen, das geltende Recht kenne – außerhalb des Wettbewerbsrechts – keine Pflicht zur Gleichbehandlung. Die seit 100 Jahren gefestigte Auffassung zur Gläubigerkonkurrenz bei unverschuldet verkleinerter Vorratsschuld belegt das Gegenteil.⁸⁰

75 RGZ 84, 125, 128.

76 *Schiemann* in: Staudinger, § 243 Rn. 20.

77 *Wolf*, JuS 1962, 101, 104; anders dagegen *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 II 2 d, der die gleiche Behandlung auf die vertragliche Risikoverteilung aufgrund einer „Risikogemeinschaft“ zurückführt.

78 *Wolf*, JuS 1962, 101, 104.

79 Vgl. *Neuner*, AcP 203 (2003), 46, 58.

80 Vgl. dazu jetzt auch *Emmerich* in: MünchKomm-BGB, § 243 Rn. 17.

3. Notbedarf des Schenkers bei gleichzeitig Beschenkten

Das Gesetz kennt weitere Situationen, in denen eine Person Partei mehrerer isolierter Schuldverhältnisse ist und sich aufgrund einer Güterknappheit in einer Position mit Verteilungsmacht wiederfindet.⁸¹

a) Gleichbehandlung bei der Rückforderung?

Dazu zählt der Rückforderungsanspruch des Schenkers nach § 528 BGB. Gibt es mehrere Beschenkte, enthält § 528 Abs. 2 BGB eine Rangordnung der Anspruchsschuldner: Der später Beschenkte ist zunächst in Anspruch zu nehmen, der früher Beschenkte nur, soweit der andere Beschenkte im konkreten Fall⁸² nicht leistungsfähig ist. Die Konkurrenz wird also mit dem Prioritätsgrundsatz (in seiner Ausprägung als Posterioritätsgrundsatz⁸³) aufgelöst. Das Gesetz hat sich damit entschieden, eine bestimmte Gerechtigkeitserwartung des früher Beschenkten zu schützen. Nachfolgende Schenkungen dürfen die Rechtsposition des früher Beschenkten nicht relativ verschlechtern: Er haftet nur insoweit, als wäre die nachfolgende Schenkung nicht erfolgt.⁸⁴ Jedes andere Verteilungsprinzip, von der Selbstbestimmung des Schenkers bis zur Haftung *pro rata*, würde dazu führen, dass er einen größeren Anteil tragen müsste.

Das Gesetz schweigt aber zum Fall der gleichzeitig⁸⁵ Beschenkten.⁸⁶ Damit stellt sich die Frage, welches der oben genannten Auswahlprinzipien (Selbstbestimmungsrecht des Anspruchsinhabers, Prioritätsprinzip, anteilige Haftung oder Zufallsprinzip)⁸⁷ hier anzuwenden ist. Das Prioritätsprinzip scheidet aus, weil das Regelungsproblem wegen der von § 528 Abs. 2 BGB vorausgesetzten Nicht-Gleichzeitigkeit überhaupt erst entsteht. Das Zufallsprinzip kann schon im Ansatzpunkt nicht gewährleisten, dass der dadurch ermittelte Schuldner zur effektiven Sicherung des angemessenen Unterhalts beitragen kann. Als Verteilungskriterium bleibt die anteilmäßige Verpflichtung. Sie ist das maßgeb-

81 Vgl. *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 41 ff; *Neuner*, AcP 203 (2003), 46, 58 f.

82 Str., vgl. dazu *Wimmer-Leonhardt* in: Staudinger, § 528 Rn. 33; *Koch* in: MünchKomm-BGB, § 528 Rn. 26 mwN. Auch bei § 2329 Abs. 3 BGB ist umstritten, ob der früher Beschenkte oder der Pflichtteilsberechtigte das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des später Beschenkten trägt, vgl. zum Streitstand *Olshausen* in: Staudinger, § 2329 Rn. 57; *Lange* in: MünchKomm-BGB, § 2329 Rn. 23.

83 Dazu *Neuner*, AcP 203 (2003), 46, 48.

84 *Heiter*, JR 1995, 313, 314.

85 Zum maßgeblichen Zeitpunkt vgl. BGHZ 137, 76, 80 f und *Heiter*, JR 1995, 313, 315 f; *Wimmer-Leonhardt* in: Staudinger, § 528 Rn. 35.

86 BGH NJW 1991, 1824, 1825.

87 Siehe oben § 5 VII 2 b).

liche Verteilungsprinzip im vergleichbaren Fall des § 2329 Abs. 3 BGB.⁸⁸ Der Bundesgerichtshof entschied zu § 528 BGB anders und verneinte eine anteilmäßige Verpflichtung zeitgleich Beschenkter.⁸⁹ Nach dem Normzweck des § 528 BGB werde die volle Herausgabepflicht nur beschränkt, wenn ein später Beschenkter leistungsfähig ist. Diese Situation könne es bei gleichzeitig Beschenkten nicht geben: Zwischen ihnen existiere kein Rangverhältnis; sie hafteten daher gleichrangig nebeneinander.⁹⁰ Im Ergebnis entschied sich der Bundesgerichtshof für den Vorrang der Interessen des Schenkers bzw. der Sozialhilfeträger, den Rückforderungsanspruch „sicher und bequem“ verfolgen zu können und gegen das Interesse der Beschenkten, nur anteilig nach außen haften zu müssen.⁹¹ Damit, so scheint es, bleibt es im Fall des § 528 Abs. 1 BGB beim Prinzip der Selbstbestimmung: der Anspruchsgläubiger wählt seinen Schuldner aus. Der Bundesgerichtshof verneint allerdings, dass der Gläubiger die Rangfolge – und damit die endgültige Haftung – unter den gleichzeitig Beschenkten bestimmen kann. Er verneinte bereits die Existenz des hier aufgeworfenen Regelungsproblems, weil er in dem Fall „bundesdeutscher Rechtswirklichkeit“⁹² von der Gesamtschuld der Beteiligten ausging:

Die Eltern schenkten dem S₁ ihr Hausgrundstück, wobei sie sich ein Wohnrecht auf Lebenszeit an der im Erdgeschoss gelegenen Wohnung vorbehielten. In dem Übertragungsvertrag verpflichtete sich S₁, an seinen Bruder S₂ zum Ausgleich innerhalb von sechs Wochen 80.000 DM zu zahlen, die dieser in der Folge von ihm erhielt. Nach Abwicklung der Schenkung wurden die Eltern pflegebedürftig. Weil die Pflegekosten mit ihrem Einkommen nicht gedeckt werden konnten, übernahm sie der zuständige Sozialhilfeträger. Dieser leitete den Erstattungsanspruch der Eltern aus § 528 Abs. 1 BGB gegen S₂ auf ihn über und machte diesen geltend. Er verzichtete darauf, gegen S₁ vorzugehen, weil er (rechtsirrig) glaubte, der Anspruch bestünde in diesem Verhältnis nicht. S₂ beehrte von S₁ Freistellung in Höhe der Hälfte des ihm gegenüber geltend gemachten Anspruchs aus § 426 Abs. 1 BGB.⁹³

Der Bundesgerichtshof bejahte den Anspruch.⁹⁴ Beide Söhne haften dem Schenker aus § 528 Abs. 1 BGB *gesamtschuldnerisch*. Die Gesamtschuld erlaubt dem Gläubiger die freie Auswahl nach § 421 BGB. Er muss die Gesamtschuldner gerade nicht gleich behandeln und zu gleichen Teilen in Anspruch nehmen.⁹⁵ Daher

88 Heiter, JR 1995, 313, 316; Riedel/Lenz in: Damrau, Erbrecht, § 2329 Rn. 19; Olshausen in: Staudinger, § 2329 Rn. 65; Lange in: MünchKomm-BGB, § 2329 Rn. 25; Mayer in: Bamberger/Roth, BGB, § 2329 Rn. 6; aA Schindler, Pflichtteilsberechtigter Erbe und pflichtteilsberechtigter Beschenkter, 2004, Rn. 944 ff.

89 BGH NJW 1991, 1824 f; kritisch dazu Heiter, JR 1995, 313, 316.

90 BGH NJW 1991, 1824, 1825, bestätigt BGHZ 137, 76, 85.

91 BGH NJW 1991, 1824, 1825.

92 Schmidt, JuS 1998, 370.

93 Zur Möglichkeit aus § 426 Abs. 1 BGB einen Freistellungsanspruch abzuleiten, siehe Gehrlein in: Bamberger/Roth, BGB, § 426 Rn. 3; Grüneberg in: Palandt, § 426 Rn. 5; kritisch zu dieser Entwicklung Meier in: HKK-BGB, §§ 420-432/I Rn. 160 ff mwN.

94 BGHZ 137, 76, 78 ff; vorher bereits Heiter, JR 1995, 313, 316.

95 BGHZ 137, 76, 84; siehe dazu oben § 5 VII 1.

konnte der Sozialhilfeträger als Forderungsinhaber den Anspruch in voller Höhe gegenüber S₂ durchsetzen. Die vom Gesetz in der Gesamtschuld erlaubte Ungleichbehandlung im Außenverhältnis⁹⁶ wird im Innenverhältnis mit dem Ausgleichsanspruch der Schuldner kompensiert:

„Die Befriedigung des gesamten Notbedarfs eines verarmten Schenkers durch einen von mehreren gleichzeitig Beschenkten tilgt auch die Verbindlichkeiten der übrigen im Verhältnis zum Schenker. Diese Befreiung der übrigen Schuldner von ihrer Verpflichtung verlangt nach der Interessenlage regelmäßig einen internen Ausgleich. Bei einer gemeinsamen Verpflichtung im Außenverhältnis erscheint es grundsätzlich nicht angemessen, daß einer der Schuldner die mit der Befriedigung des Gläubigers verbundenen wirtschaftlichen Einbußen im Ergebnis allein lediglich deshalb trägt, weil er als erster zur Zahlung herangezogen worden ist. Das gilt um so mehr, als diese Inanspruchnahme weitgehend vom Zufall und Belieben des Gläubigers abhängt.“⁹⁷

Dann ist es folgerichtig, dass die Entscheidung des Schenkers, wen er in Anspruch nimmt, nicht über die endgültige Verteilung der wirtschaftlichen Belastung bestimmt:

„Da das Gesetz die Entstehung des Rückgewähranspruchs nicht an eine Entscheidung des Schenkers, sondern an den objektiven Eintritt des Notbedarfs knüpft, kann ihm nicht überlassen bleiben, wer im Ergebnis die wirtschaftlichen Nachteile eines Notbedarfs tragen soll.“⁹⁸

An die Stelle einer möglichen, aber vom Bundesgerichtshof abgelehnten Gleichbehandlungspflicht des Rückforderungsgläubigers tritt eine Gleichverpflichtung der Beschenkten im Innenverhältnis.

b) Grenzen des Leistungsverweigerungsrechts

Das vom Bundesgerichtshof zu § 528 BGB entschiedene Problem begegnet uns fast identisch in § 519 BGB wieder. Nach § 519 Abs. 1 BGB kann der Schenker bei einer noch nicht vollzogenen Schenkung die Leistung verweigern, soweit ein Notbedarf besteht. Dabei handelt es sich um eine anspruchshemmende Einrede,⁹⁹ mit der das Gesetz ein soziales Schutzprinzip zugunsten des Schenkers¹⁰⁰ und der subsidiär einzustehenden Allgemeinheit über seine Pflicht zur Vertragstreue stellt. Hat er mehrere beschenkt, trifft § 519 Abs. 2 BGB eine mit § 528 Abs. 2 BGB übereinstimmende Regelung.

Ungelöst bleibt der Fall der gleichzeitigen Schenkungsversprechen verschiedener Leistungen an mehrere Gläubiger. Weil eine kumulative Gläubigerschaft vorliegt, tragen die §§ 420 ff BGB nichts zur Klärung bei. Es bleibt nur der Rückgriff

⁹⁶ Siehe § 5 VII 1.

⁹⁷ BGHZ 137, 76, 85.

⁹⁸ BGHZ 137, 76, 86.

⁹⁹ BGH NJW 2005, 3638.

¹⁰⁰ Dazu statt aller Wimmer-Leonhardt in: Staudinger, § 519 Rn. 1.

auf die schon diskutierten Verteilungsregeln.¹⁰¹ Aus den bereits genannten Gründen scheiden das Prioritäts- und Zufallsprinzip aus. Damit beschränkt sich die Wahl auf das Selbstbestimmungsrecht und damit die Wahlfreiheit des Schenkers¹⁰² oder eine Gleichbehandlungspflicht¹⁰³. Mit dem Notbedarf entsteht eine Mangellage, auf die der Schuldner mit der Einrede reagieren *kann*. Nach der in § 519 BGB getroffenen Wertung muss der Beschenkte als Gläubiger diese Beeinträchtigung seiner Rechtsposition hinnehmen. Das kann man dem G_1 gegenüber nur dann rechtfertigen, wenn ihm kein Sonderopfer im Vergleich zu G_2 aufgezungen wird. Nach dem Grundsatz der Privatautonomie steht es zwar im Belieben des Schenkers, wem er ihm gehörende Gegenstände zuwendet und ob dies überhaupt geschieht. Weil die Einrede aber nicht auf dem Willen des Schenkers, sondern ausschließlich darauf beruht, dass der Notbedarf objektiv entsteht, so der Bundesgerichtshof zu § 528 Abs. 2 BGB, „kann ihm nicht überlassen bleiben, wer im Ergebnis die wirtschaftlichen Nachteile eines Notbedarfs tragen soll.“¹⁰⁴ G_1 hat daher ein schutzwürdiges Interesse, dass S die zeitgleich vorgenommene Schenkung an G_2 innerhalb des Schuldverhältnisses S- G_1 berücksichtigt. S ist daher bei der Ausübung der Einrede an den Grundsatz der Gleichbehandlung gebunden. Er darf seine Leistung gegenüber G_1 grundsätzlich nur anteilmäßig verweigern. Im Übrigen ist die Einrede unwirksam erhoben, weil sie gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz als objektive Grenze der Rechtsmacht des Schenkers verstößt.

Beispiel: S verspricht dem G_1 Barmittel von 50.000 € und der G_2 im Wert von 25.000 €. Es stellt sich ein Notbedarf von 30.000 € heraus. Klagt G_1 auf Erfüllung und erhebt S dagegen Einrede aus § 519 Abs. 1 BGB, ist die Klage iHv 30.000 € begründet und wird im Übrigen als zur Zeit unbegründet abgewiesen. Klagt dagegen G_2 und erhebt S die Einrede, ist die Klage iHv 15.000 € begründet und wird im Übrigen als zur Zeit unbegründet abgewiesen.

VIII. Gleichberechtigung und Gleichbehandlung in der Erbfolge

Das Erbrecht kennt mit der gewillkürten und der gesetzlichen Erbfolge zwei grundsätzlich gleichrangige,¹ auf unterschiedlichen Geltungsgründen beruhende

¹⁰¹ Siehe oben § 5 VII 2 b).

¹⁰² So Herrmann in: Erman, § 519 Rn. 4; Mansel in: Jauernig, BGB, § 519 Rn. 1.

¹⁰³ So die wohl hM: Neuner, AcP 203 (2003), 46, 58 f; Wimmer-Leonhardt in: Staudinger, § 519 Rn. 23; Koch in: MünchKomm-BGB, § 519 Rn. 5; Gehrlein in: Bamberger/Roth, BGB, § 519 Rn. 4; Weidenkaff in: Palandt, § 519 Rn. 5.

¹⁰⁴ BGHZ 137, 76, 86.

¹ Herkömmlich wird ein „Vorrang“ der gewillkürten vor der gesetzlichen Erbfolge postuliert (vgl. Lange/Kuchinke, Erbrecht, 2001, 8, 227 f; Brox/Walker, Erbrecht, 2009, Rn. 44). Das ist missverständlich, weil beide Modi nebeneinander zur Verfügung stehen und sich lediglich anhand des Anknüpfungsgegenstandes (letztwillige Verfügung vorhanden/nicht vorhanden) unterscheiden; differenzierend auch Schmoeckl, Erbrecht 2009, § 12 Rn. 1 ff.