

Allgemeines Schuldrecht

Brox / Walker

50. Auflage 2026
ISBN 978-3-406-84471-3
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

So kann der Finder eines entlaufenen Hundes gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Fütterungskosten (§ 970) geltend machen.

Hat der Herausgabepflichtige jedoch den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung (zB Diebstahl) erlangt, so entspricht es nicht der Billigkeit, wenn er wegen eines Gegenstands ein Leistungsverweigerungsrecht hätte (§ 273 Abs. 2 aE).

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht setzt keine Konnexität voraus (§ 369 HGB).⁵

3. Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts

Das Zurückbehaltungsrecht kann **vertraglich** oder **durch Gesetz** 7 ausgeschlossen sein (§ 273 Abs. 1: „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt“).

Beispiel für gesetzlichen Ausschluss: Dem Bevollmächtigten steht nach Erlöschen der Vollmacht kein Zurückbehaltungsrecht an der Vollmachtsurkunde zu (§ 175); damit soll ein Missbrauch der Urkunde verhindert werden.

In AGB kann das Zurückbehaltungsrecht des Vertragspartners weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden (vgl. § 309 Nr. 2b).

Ferner kann die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts gegen Treu und Glauben verstoßen.⁶

Beispiel: Der Schuldner eines Herausgabeanspruchs beruft sich auf einen Aufwendungsersatzanspruch, den er erst durch die unberechtigte Herausgabe verweigerung erlangt hat.⁷ Dagegen reicht es für einen Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts durch einen Käufer nicht aus, wenn die Kaufsache lediglich geringfügige Mängel hat. Der Käufer kann vielmehr die Abnahme der Kaufsache bis zur Behebung des Mangels verweigern.⁸

Sofern die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts einen der Aufrechnung gleichkommenden Erfolg hat, ist sie dann ausgeschlossen, wenn die Aufrechnung unzulässig wäre⁹ (zB § 394, → § 16 Rn. 16).

⁵ *Brox/Henssler* HandelsR Rn. 323.

⁶ BGHZ 92, 194.

⁷ BGH NJW 2004, 3484.

⁸ BGH ZIP 2016, 2420 Rn. 32.

⁹ BGH NJW 1987, 3254 (3255).

- 9 Da das Zurückbehaltungsrecht einen Sicherungszweck verfolgt, kann der Gläubiger die Ausübung des Rechts durch Sicherheitsleistung abwenden (§ 273 Abs. 3 S. 1), wobei das Gesetz eine Bürgschaft nicht als genügende Sicherheit ansieht (§ 273 Abs. 3 S. 2). Über § 273 Abs. 3 S. 1 hinaus muss das Zurückbehaltungsrecht entsprechend seinem Sinn (Sicherungszweck) überall dort ausgeschlossen sein, wo die Gegenforderung des Schuldners schon gesichert ist (zB durch Hypothek).

4. Wirkungen

- 10 Das Zurückbehaltungsrecht gibt dem Schuldner nur eine aufschiebende **Einrede** (§ 274 Abs. 1), nicht wie das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ein Befriedigungsrecht (§ 371 HGB)¹⁰.

Der Richter darf das Zurückbehaltungsrecht also nur dann berücksichtigen, wenn der Schuldner sich ausdrücklich oder zumindest konkludent¹¹ darauf beruft (§ 274 Abs. 1: Geltendmachung). Im **Fall a** muss der Schuldner gegenüber dem Klageanspruch auf Herausgabe des Bildes vorbringen, er habe aus dem Auftrag noch 20 EUR zu bekommen, weshalb er das Bild zurückbehalte. Macht er die Einrede nicht geltend, so wird er ohne Einschränkung zur Herausgabe des Bildes verurteilt, selbst wenn sich aus dem Vorbringen des Klägers ergibt, dass dieser noch 20 EUR schuldet.

- 11 Erhebt der Schuldner im Prozess die Einrede, so führt das nicht zur Abweisung der Klage, sondern nur zur „**Zug-um-Zug**“-Verurteilung (§ 274 Abs. 1).

Im **Fall a** lautet das Urteil: „Der Beklagte wird verurteilt, das Bild ... an den Kläger herauszugeben Zug um Zug gegen Zahlung von 20 EUR ...“ Aus diesem Urteil kann der Gläubiger vollstrecken, wenn er dem Schuldner gleichzeitig die 20 EUR anbietet. Ist der Schuldner mit der Annahme des Geldes im Verzug (§§ 293 ff.), entfällt sein Recht auf Zug-um-Zug-Leistung (§ 274 Abs. 2; vgl. auch §§ 726 Abs. 2, 756 ZPO)¹².

II. Einrede des nicht erfüllten Vertrags

- 12 Für den gegenseitigen Vertrag (→ § 3 Rn. 2) enthält das Gesetz in §§ 320–322 ein besonderes Leistungsverweigerungsrecht. Wegen der

¹⁰ Brox/Henssler HandelsR Rn. 331.

¹¹ BGH NJW-RR 2022, 802 Rn. 11.

¹² Brox/Walker ZwangsVollstrR § 10 Rn. 18 ff.

engen Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung soll gewährleistet sein, dass kein Vertragspartner die Leistung erbringen muss, ohne gleichzeitig die Gegenleistung zu erhalten. Dadurch soll dem Schuldner der Anspruch auf die Gegenleistung gesichert und Druck auf den Gläubiger zur vertragsgemäßen Leistung ausgeübt werden.¹³ Der wesentliche Unterschied zum Zurückbehaltungsrecht des § 273 besteht darin, dass hier der Gläubiger nicht berechtigt ist, das Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners durch Sicherheitsleistung abzuwenden (§ 320 Abs. 1 S. 3).

1. Voraussetzungen

a) Gegenseitiger Vertrag. Es muss ein gegenseitiger Vertrag bestehen (§ 320 Abs. 1 S. 1). Fehlt es bereits daran (zB Auftrag; **Fall a**), sind nicht §§ 320 ff., möglicherweise ist aber § 273 anwendbar.

b) Leistungen im Gegenseitigkeitsverhältnis. Die geschuldeten Leistungen müssen im Gegenseitigkeitsverhältnis zueinander stehen (§ 320 Abs. 1 S. 1). Das ist nur dann gegeben, wenn nach dem Parteiwillen die Leistung des einen das Entgelt für die Gegenleistung des anderen sein soll (synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung; **Fall d**).

Beispiel: Der Mietvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag. Im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen die Pflicht zur Gebrauchsüberlassung und die zur Mietzahlung, nicht aber etwa die Pflicht zum Ersatz von Aufwendungen und die zur Rückgabe der Mietsache am Ende der Mietzeit.

c) Fälligkeit der Gegenforderung. Die Gegenforderung muss fällig sein; ihre Verjährung schließt dagegen das Recht des Schuldners nicht aus (vgl. → Rn. 4).

Ist die Gegenforderung schon teilweise erfüllt worden, so kann der Schuldner wegen des noch ausstehenden Teils regelmäßig seine Leistung in vollem Umfang zurückhalten (arg. E § 320 Abs. 2; **Fall e**).

¹³ BGH NJW-RR 2022, 808 Rn. 18; ZIP 2016, 2420 Rn. 23.

2. Ausschluss

- 16 **a) Vorleistungspflicht des Schuldners.** Bei Vorleistungspflicht des Schuldners ist dessen Recht aus § 320 ausgeschlossen (§ 320 Abs. 1 S. 1 aE).

Eine solche Pflicht kann vereinbart sein (zB beim Ratenzahlungskauf, bei Klauseln wie „zahlbar nach Erhalt der Ware“, „Kasse gegen Faktura“). Damit hat der Vorleistungspflichtige auf die Einrede nach § 320 verzichtet. Das Gesetz geht bei einigen Vertragstypen von der Vorleistungspflicht eines Vertragspartners aus (zB Vermieter, § 579; Dienstpflichtiger, § 614; Werkunternehmer, § 641).

Der Vorleistungspflichtige muss jedoch dann geschützt werden, wenn nach Vertragsschluss erkennbar wird, dass sein Gegenanspruch durch die mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. Die Vorschrift des § 321 sichert ihn dadurch, dass sie ihm trotz seiner Vorleistungspflicht ein Leistungsverweigerungsrecht gibt, bis die Gegenleistung bewirkt oder für sie Sicherheit (auch durch Bürgschaft) geleistet wird.

Für das Leistungsverweigerungsrecht reicht es aus, wenn die Gefährdung des Gegenanspruchs auf einem lediglich vorübergehenden Leistungshindernis auf Seiten des Vorleistungsberechtigten beruht.¹⁴ Das folgt aus § 321 Abs. 2. Danach hat der Vorleistungspflichtige ein Rücktrittsrecht, wenn der andere Teil nicht innerhalb einer angemessenen Frist die geschuldete Gegenleistung erbringt oder Sicherheit leistet. Daran ändert sich nichts, wenn der andere Teil nach Ablauf der Frist wieder leistungsfähig wird.

- 17 **b) Treu und Glauben.** Die Gegenleistung kann dann nicht verweigert werden, wenn die Verweigerung gegen Treu und Glauben verstieße. Das kommt bei verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils der Leistung (§ 320 Abs. 2) in Betracht. § 320 Abs. 2 regelt einen Ausnahmefall. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Schuldner (zB der Käufer als Schuldner des Kaufpreises) sich wegen verhältnismäßiger Geringwertigkeit (des Mangels an der Kaufsache) nach Treu und Glauben nicht auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags berufen kann, trägt der Gläubiger (der Verkäufer als Gläubiger der Kaufpreisforderung).¹⁵ Ferner kann derjenige Schuldner sich nicht auf § 320 berufen, der zum Ausdruck bringt, dass er selbst nicht am Vertrag festhalten will. § 320 hat nämlich die

¹⁴ BGH NJW 2010, 1272 (1274); krit. dazu *Kaiser* NJW 2010, 1254.

¹⁵ BGH NJW-RR 2022, 808 Rn. 30.

Funktion, die geschuldete Gegenleistung zu erzwingen. Die Vorschrift setzt deshalb voraus, dass derjenige, der sich auf sie beruft, seinerseits erfüllungsbereit ist.¹⁶ Aber auch dann, wenn ein Vertragspartner die Leistung des anderen endgültig ablehnt, scheidet § 320 aus. Bei berechtigter Ablehnung muss er vielmehr eine endgültige Regelung des Vertragsverhältnisses herbeiführen, indem er etwa wegen einer Pflichtverletzung vom Vertrag zurücktritt oder Schadensersatz statt der Leistung verlangt.

In AGB kann das Recht des Vertragspartners des Verwenders aus § 320 nicht wirksam ausgeschlossen oder eingeschränkt werden (§ 309 Nr. 2 Buchst. a).

3. Wirkungen

a) **Im Prozess.** Nur wenn der Schuldner sich im Prozess auf das 18 Leistungsverweigerungsrecht beruft, darf und muss der Richter es berücksichtigen. Das Gesetz hat nämlich das Recht aus § 320 als **Einrede** ausgestaltet. Wird sie erhoben, führt sie zur Verurteilung Zug um Zug (§ 322 Abs. 1). Vgl. die Regelung beim Zurückbehaltungsrecht (→ Rn. 11); für die Zwangsvollstreckung verweist § 322 Abs. 3 auf § 274 Abs. 2.

Im **Fall d** kommt es darauf an, ob K beweisen kann, dass er den Kaufpreis schon gezahlt hat. Gelingt ihm der Beweis (zB durch Quittung), wird V zur Übereignung verurteilt. Gelingt er ihm nicht, erfolgt Zug-um-Zug-Verurteilung.

Bei Vorleistungspflicht eines Vertragspartners kann dieser, sofern 19 der andere Teil im Annahmeverzug (§§ 293 ff.) ist, auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen (§ 322 Abs. 2)¹⁷. Die Vollstreckung aus dem Urteil erfolgt hier ebenfalls nach § 274 Abs. 2; denn § 322 Abs. 3 gilt auch für § 322 Abs. 2.

b) **Materiell-rechtlich.** Materiell-rechtlich kommt der Schuldner 20 solange nicht in Schuldnerverzug (§§ 286 ff.; → § 23 Rn. 9 ff.), wie das Leistungsverweigerungsrecht besteht; der Schuldner braucht es also nicht geltend zu machen.¹⁸ Das folgert man mit Recht aus der engen

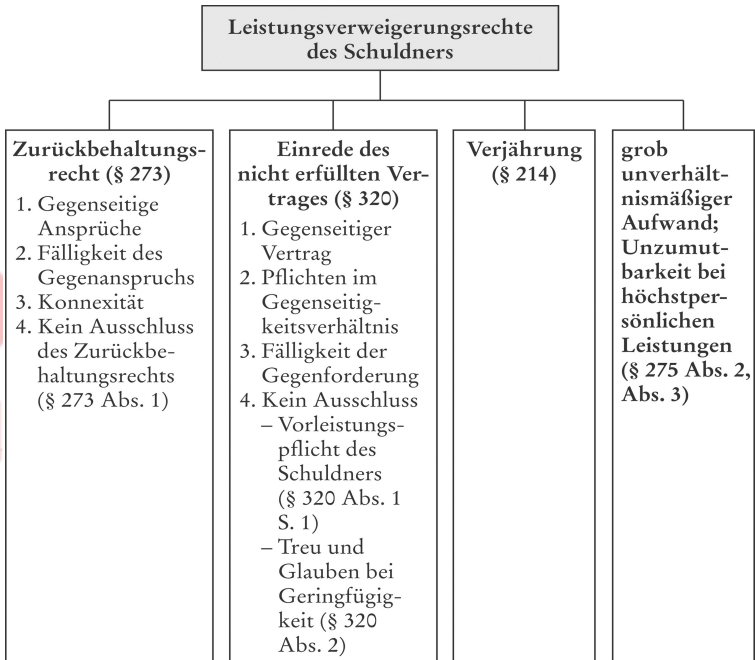
¹⁶ BGH ZIP 2013, 1729 (1730).

¹⁷ Vgl. dazu BGH ZIP 2002, 576.

¹⁸ **HM**; vgl. BGH NJW-RR 2003, 1318; *Looschelders* SchuldR AT § 15 Rn. 2; *Grüneberg/Grüneberg* BGB § 320 Rn. 12.

Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung. Dem steht auch nicht entgegen, dass das Gesetz aus prozessualen Gründen im Rechtsstreit das Erheben der Einrede verlangt. Verzug tritt also erst ein, wenn der Gläubiger mahnt (→ § 23 Rn. 9 ff.) und dabei zur Erbringung der eigenen Leistung bereit und imstande ist.¹⁹

§ 273 setzt dagegen ein Geltendmachen zur Vermeidung des Schuldnerverzugs voraus; denn nur so wird der Gläubiger in die Lage versetzt, das Recht durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Diese Möglichkeit hat er bei der Einrede nach § 320 nicht (§ 320 Abs. 1 S. 3).



¹⁹ RGZ 126, 280; vgl. auch BGH NJW 1966, 200.

III. Vom 1.4.2020 bis 30.6.2020: Pandemiebedingtes Leistungsverweigerungsrecht des Verbrauchers bei wesentlichen Dauerschuldverhältnissen

Ein zeitlich befristetes Leistungsverweigerungsrecht wurde aus Anlass der COVID-19-Pandemie zum 1.4.2020 durch das „Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“²⁰ in Art. 240 § 1 EGBGB eingefügt. Danach hatten Verbraucher, deren Haushaltseinkommen wegen der Pandemie verringert oder weggebrochen war und die deshalb ihren Zahlungspflichten nicht mehr nachkommen konnten, vom 1. April bis zum 30. Juni 2020 bei bestimmten, für eine angemessene Daseinsvorsorge unverzichtbaren Dauerschuldverhältnissen ein Leistungsverweigerungsrecht. Dieser Zeitraum ist zwar längst abgelaufen. Aber dieses besondere Leistungsverweigerungsrecht soll trotzdem kurz erwähnt werden, weil bei einer erneuten Pandemie in der Zukunft jederzeit wieder Bedarf nach einem solchen Leistungsverweigerungsrecht entstehen könnte. 21

1. Voraussetzungen

Durch ein solches Leistungsverweigerungsrecht wird in die grundrechtlich geschützten Rechte und Freiheiten, wie etwa die aus Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitete Vertragsfreiheit, eingegriffen. Außerdem wird durch ein Leistungsverweigerungsrecht wegen Zahlungsunfähigkeit der sonst im Schuldrecht geltende Grundsatz „Geld hat man zu haben“ (→ § 8 Rn. 9, § 22 Rn. 8) durchbrochen. Deshalb konnte das Leistungsverweigerungsrecht nicht schrankenlos gewährt werden. Es war an folgende Voraussetzungen geknüpft: 22

Das Leistungsverweigerungsrecht stand grundsätzlich nur Verbrauchern (und unter bestimmten Voraussetzungen auch Kleinstunternehmern; Art. 240 § 1 Abs. 2 EGBGB) zu.

Es bestand nicht bei allen Verbraucherverträgen, sondern nur bei wesentlichen Dauerschuldverhältnissen. Das sind gem. Art. 240 § 1 Abs. 1 S. 3 EGBGB solche, die zur Eindeckung mit Leistungen der angemessenen Daseinsvorsorge erforderlich sind. Damit sind Verträge über die Lieferung von Strom und Gas, über Telekommunikationsdienste sowie (soweit zivilrechtlich geregelt) Verträge über die Wasserver- und -entsorgung gemeint.²¹

Der Verbraucher war nur dann zur Leistungsverweigerung berechtigt, wenn er die Leistung nicht ohne Gefährdung des angemessenen Lebensunterhalts für sich und seine Familie erbringen konnte. Dieses Leistungshindernis musste

²⁰ Gesetz vom 27.3.2020, BGBl. I 569.

²¹ BT-Drs. 19/18110, 33.

auf Umständen beruhen, die gerade auf die Ausbreitung der Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) zurückzuführen waren.

Das Leistungsverweigerungsrecht war ausgeschlossen, wenn seine Ausübung für den Gläubiger unzumutbar war (Art. 240 § 1 Abs. 3 S. 1 EGBGB). Das war aber nur bei Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlage des Erwerbsbetriebs des Gläubigers anzunehmen. In einem solchen Fall stand dem Schuldner das Recht zur Kündigung zu (Art. 240 § 1 Abs. 3 S. 3 EGBGB). Dadurch sollte dieser die Möglichkeit haben, sich von seinen Vertragspflichten zu lösen.

2. Ausübung

- 23 Das Leistungsverweigerungsrecht musste vom Schuldner einredeweise geltend gemacht werden. Er musste sich also ausdrücklich auf das Leistungsverweigerungsrecht berufen und grundsätzlich auch belegen, dass er gerade wegen der COVID-19-Pandemie nicht leisten konnte. Das war insbesondere von Bedeutung, wenn der Gläubiger die Kausalität zwischen der fehlenden Leistungsmöglichkeit und der COVID-19-Pandemie angezweifelt hat.²²

3. Rechtsfolgen

- 24 Die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts führte dazu, dass der Gläubiger seinen Anspruch für den davon betroffenen Zeitraum nicht durchsetzen konnte. Eine Vollstreckung der vereinbarten Leistung war ausgeschlossen. Gleichzeitig wurde durch das Leistungsverweigerungsrecht verhindert, dass durch die Nichtleistung Sekundäransprüche (zB gem. § 286 Abs. 1 wegen Verzugs, gem. § 281 Abs. 1 auf Schadensersatz statt der Leistung) oder ein Rücktrittsrecht des Gläubigers gem. § 323 Abs. 1 entstanden.

²² BT-Drs. 19/18110, 34.