Claudia Bannier

Die schuldrechtlichen und wechselrechtlichen Haftungsprobleme bei der Forfaitierung von Exportforderungen

Zugleich ein Beitrag zu den historischen und teleologischen Grundlagen der Wechselstrenge

Juristische Reihe TENEA / www.jurawelt.com Bd. 103

Claudia Bannier Die Haftungsprobleme bei der Forfaitierung von Exportforderungen

103

Juristische Reihe TENEA / www.jurawelt.com

TENEA

Seit den 60er Jahren des vorigen Jahrhunderts hat die Forfaitierung als Instrument der Exportfinanzierung zunehmend an Bedeutung gewonnen und sich im Wirtschaftsleben der Bundesrepublik Deutschland in Korrelation zu einer expandierenden Außenwirtschaft mit Erfolg durchgesetzt. Ihrem Wesen nach handelt es sich um einen Rechtskauf, bei dem einzelne, künftig fällig werdende Forderungen aus Exportgeschäften, zumeist über hohe Beträge und mehrjährige Laufzeiten, Vertragsgegenstand sind. Bereits seit ihrer Einführung leidet die Forfaitierung punktuell an rechtlicher Instabilität. Ursächlich dafür war zu Zeiten des Geltungsbereichs des alten Schuldrechts weniger ihre Rechtsnatur, sondern konkret bei der Wechselforfaitierung eher der Vertragsgegenstand, da auf der wechselrechtlichen Ebene mit vertraglichen Abreden unter den Parteien des Forfaitierungsvertrages eine Rechtslage geschaffen wurde, die das Wechselrecht so nicht zur Verfügung stellt. Mit der Schuldrechtsmodernisierung zum 01. Januar 2002 und der Einführung des Prinzips der verschuldensabhängigen Haftung im Rahmen eines einheitlichen Haftungskonzepts kam für die Forfaitierungspraxis ein weiterer Unsicherheitsfaktor hinzu. Die Untersuchung arbeitet eine für beide Vertragsparteien akzeptable und die erforderliche Rechtssicherheit schaffende Lösung beider Problempunkte heraus. Diese besteht in dem Nachweis der Fortgeltung des Garantieprinzips als Ausnahmetatbestand für den Rechtskauf auf schuldrechtlicher Ebene und in der Herleitung eines nach dem WG wirksamen Urkundenvermerks zur Vermeidung des wechselrechtlichen Rückgriffs auf den Wechselaussteller unter besonderer Würdigung der historischen und teleologischen Grundlagen der Wechselstrenge.

Claudia Bannier, studierte von 1994 bis 1999 Rechtswissenschaften an der Universität Potsdam. Den juristischen Vorbereitungsdienst am Brandenburgischen Oberlandesgericht absolvierte sie von 1999 bis 2001. Danach arbeitete sie als Rechtsanwältin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Verwaltungsrecht, Verwaltungsprozessrecht und Umweltrecht der Universität Potsdam. Seit 2004 ist sie Regierungsrätin in der Finanzverwaltung des Landes Berlin.

TENEA

ISBN 3-86504-145-0 30 €

TENEA

Juristische Reihe TENEA / www.jurawelt.com Bd. 103

Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit […]

Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly.* Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

Claudia Bannier

Die schuldrechtlichen und wechselrechtlichen Haftungsprobleme bei der Forfaitierung von Exportforderungen

Zugleich ein Beitrag zu den historischen und teleologischen Grundlagen der Wechselstrenge

TENEA

Claudia Bannier

Die schuldrechtlichen und wechselrechtlichen Haftungsprobleme bei der Forfaitierung von Exportforderungen

Zugleich ein Beitrag zu den historischen und teleologischen Grundlagen der Wechselstrenge

(Juristische Reihe TENEA/www.jurawelt.com; Bd. 103)

Zugleich Universität Potsdam
Dissertation 2005

Gedruckt auf holzfreiem, säurefreiem, alterungsbeständigem Papier

© TENEA Verlag für Medien
Berlin 2005
Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.
Digitaldruck und Bindung:
DDZ GmbH · 12103 Berlin
Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München
TENEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin
Printed in Germany 2005

ISBN 3-86504-145-0

Vorwort

Die Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam im Sommersemester 2005 als Dissertation angenommen.

Herzlich danken möchte ich meinem akademischen Lehrer Herrn Univ.-Prof. Dr. Jürgen Oechsler, der die Arbeit engagiert betreute und unterstützte. Dank sage ich auch Herrn Univ.-Prof. Dr. Tobias Lettl für die Erstellung des Zweitgutachtens.
Besonderer Dank gilt Herrn HD Dr. Jochen Bley, der mich als seine wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Potsdam ausschlaggebend zum Gelingen dieser Arbeit förderte und unterstützte.
Gleichfalls großer Dank gebühren Frau Rechtsanwältin Dr. Karin Wagner für ihre hilfreichen Diskussionen und kritischen Anmerkungen und meinen Eltern. Sie trugen durch ihr unmittelbares Mitwirken und ihr Verständnis erheblichen Anteil am Erfolg dieser Arbeit.

Potsdam im Oktober 2005 Claudia Bannier

Meinen Eltern

Dr. Erich und Ingrid Bannier

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung und Problemdarstellung 1
B. Die verschuldensunabhängige Veritätshaftung des Forfaitisten 5
I. Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf die Forfaitierung von Forderungen 5
1. Einleitung 5
2. Das Mängelhaftungsrecht im Rechtskauf nach der gegenwärtigen Rechtslage 6
a) Allgemeines 6
b) Die Regelung der Verität einer Forderung 7
c) Allgemeines Leistungsstörungsrecht oder Mängelhaftungsrecht nach § 437 BGB ? 9
d) Zusammenfassung 11
3. Die Folgen aus der Aufgabe des § 437 BGB a.F. für den Rechtskauf 11
a) Die Konsequenzen in objektiver Hinsicht - Wirksamkeit des Vertrages trotz Unmöglichkeit 12
aa) Der Normzweck des § 437 BGB a.F. im Hinblick auf § 306 BGB a.F. 12
bb) Der Regelungsgehalt des § 311a Abs. 1 BGB im Hinblick auf die anfängliche Unmöglichkeit 16
cc) Zusammenfassung 19
b) Konsequenzen in subjektiver Hinsicht - von der Garantiehaftung zur Verschuldenshaftung? 20
aa) Die Regelung des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB 20
bb) Die Problemlage der verschuldensabhängigen Haftung für die Forfaitierung 20
cc) Zusammenfassung 22
4. Die Auslegung des § 276 Abs. 1 S. 1 i. V. mit § 311a Abs. 2 S. 2 BGB 22
a) Auslegungsziel 22
b) Die Kritik an der neuen Verschuldensregelung für anfängliche Leistungshindernisse 23
c) Die Auslegung nach dem Wortlaut 24

d) Systematische Auslegung 25
aa) Das Argument des beherrschenden Verschuldensprinzips..... 25
bb) Die Unterscheidung zwischen nachträglicher und anfänglicher Unmöglichkeit – nur ein überkommenes, für ein modernes Vertragsrecht unbrauchbares Kriterium oder Ausdruck unterschiedlicher Sorgfaltsanforderungen 27
cc) Dogmatischer Bruch zwischen Verschuldenshaftung und Schadensersatzpflicht auf das positive Interesse als Rechtsfolge 29
dd) Zusammenfassung..... 31
e) Auslegung nach der Entstehungsgeschichte..... 31
aa) Der Regelungsgegenstand des § 437 BGB a.F. hinsichtlich einer verschuldensunabhängigen Haftung für anfängliches Unvermögen im Rechtskauf 32
bb) Die Haftung für anfängliches Unvermögen nach den Grundsätzen der Garantiehaftung nach alter Rechtslage..... 32
cc) Die Regierungsbegründung zu § 311a Abs. 2 S. 2 BGB..... 34
dd) Zusammenfassung..... 36
f) Teleologische Auslegung..... 36
aa) Die Sachgerechtigkeit der Verschuldenshaftung für anfängliche Unmöglichkeit im Rechtskauf 36
bb) Der Normzweck des Tatbestandsmerkmals „Inhalt des Schuldverhältnisses“ des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB und die teleologische Extension des Tatbestands..... 37
cc) Effektivität des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB ohne Garantiehaftung für das Veritätsrisiko..... 40
dd) Normgerechtigkeit und die Vermeidung von Wertungswidersprüchen 40
ee) Wertungswiderspruch zum Irrtumsrecht 42
ff) Konformität mit europarechtlichen Vorschriften. 43
gg) Zusammenfassung..... 45
g) Ergebnis 46
5. Anwendung des Ergebnisses auf die Rechtsmängelhaftung nach § 437 Nr. 3 i.V.m. § 311a BGB 47
6. Konsequenzen für die Forfaitierungspraxis 47
II. Die Rechtsmängelhaftung beim Kauf von Wechselforderungen..... 49

1. Einleitung 49
2. Rechts- oder Sachmängelhaftung beim Kaufvertrag über Wechselforderungen....50
a) Der Mangel in der verbrieften Wechselforderung....50
b) Der Mangel in der Wechselurkunde....50
aa) Die sogenannten „reinen“ Substanzmängel....51
bb) Die Mangelhaftigkeit der für den Bestand der Wechselforderung konstitutiven Wechselbestandteile....52
(1) Das Argument des Vorrangs der verbrieften Forderung....53
(2) Kein Rückschluss vom Mangel in der Sachsubstanz auf dessen Erkennbarkeit 54
(3) Schutzbedürftigkeit des Wechselkäufers auch im Hinblick auf wechselrechtliche Haftungsgrundsätze 55
(4) Risikozuweisung aus Gründen der Beweislast 56
(5) Der Vergleich zu Banknoten 56
3. Ergebnis....57
4. Die Vereinbarung einer Garantiehaftung bei der Veräußerung von Wechselforderungen....58
C. Die Übertragung der Haftungsverhältnisse des Forfaitierungsvertrages auf wechselrechtliche Rückgriffsansprüche....59
I. Einleitung....59
II. Die der Verität und der Bonität zuzuordnenden Haftungstatbestände bei Wechselforderungen....61
1. Die Indossantenhaftung nach Art. 15 WG 62
2. Die Ausstellerhaftung nach Art. 9 WG 63
III. Die Haftungsausschlussvarianten unter dem Gesichtspunkt der wechselrechtlichen Einwendungslehre 67
1. Die Einwendungslehre im Allgemeinen 67
2. Urkundliche Einwendung aus urkundlichem Vermerk....69
3. Die gegenwärtig praktizierte Haftungsfreistellung über die persönlichen Einwendungen....69
4. Die konkludente Haftungsfreistellung bei Weitergabe der Wechsel im Rahmen einer Anschlussforfaitierung nach der Rechtsprechung des BGH....73
5. Nichturkundlicher Gültigkeitseinwand aus Erlass der Ausstellerhaftung durch Verfügungsvertrag zugunsten Dritter? ...75

a) Die Auffassung der Rechtsprechung 77
b) Die Auffassung der Literatur 78
c) Stellungnahme..... 79
6. Gültigkeitseinwand aus dem urkundlichen Vermerk „à-forfait“ im Zusammenwirken mit den Grundsätzen des Handelsbrauchs . 81
a) Wesen und Wirkungen eines Handelsbrauchs und Abgrenzung zu den weiteren handelsrechtlichen Instituten..... 82
b) Das Bestehen eines Handelsbrauchs in dem Vertragstyp Forfaitierung 84
c) Rechtsfolgen aus dem Vorliegen eines Handelsbrauchs bei einer Wechselforfaitierung..... 87
d) Entstehung eines Gültigkeitseinwandes aus der Wirkung des Handelsbrauchs..... 88
e) Zusammenfassung..... 90
f) Vereinbarkeit des Vermerkes „à-forfait“ mit dem Haftungsausschlussverbot nach Art. 9 Abs. 2 HS 2 WG 90
g) Vereinbarkeit des Vermerkes „à-forfait“ mit dem Grundsatz der Wechselstrenge..... 91
aa) Vereinbarkeit mit der Bedingungsfeindlichkeit der Wechselverpflichtungen 93
bb) Vereinbarkeit mit der strengen Förmlichkeit der Wechselurkunde - Umgehung der Auslegungsgrenze?..... 94
(1) Herkunft und Entwicklung des Grundsatzes der Wechselstrenge..... 95
(a) Der strikte Geltungsanspruch der Wechselstrenge nach der Lehre vom rigor cambialis als wesenbestimmendes Merkmal des Wechsels 96
(aa) § 107 des Jüngsten Reichsabschieds von 1654 als Ausgangspunkt der Lehre vom rigor cambialis..... 97
(bb) Zum Verfahren der parata executio - dem besonderen Exekutivprozess 99
(cc) Zusammenfassung..... 103
(dd) Das Scheitern des rigor cambialis als Erkennungsmerkmal des Wechsels infolge fehlender Allgemeingültigkeit und Einheitlichkeit seines Verfahrens und seiner Sanktionen in Wechselsachen 104

(b) Der Formalismus der Wechselstrenge, insbesondere das Erfordernis der Wechselklausel entstammen als heutiges Regelungs- und Sicherungsinstrument für die Umlauffähigkeit des Wechsels nicht dem Wechselverkehr, sondern der Lehre vom rigor cambialis 107

(aa) Die ursprüngliche Formfreiheit der Wechselforderung....107

(bb) Das Erfordernis einer bloßen Ortsverschiedenheit aufgrund des kirchlichen Zinsverbots.....108

(cc) Der Einfluss der Lehre vom rigor cambialis auf die Entwicklung der Wechselklausel zum Formerfordernis ..108

(dd) Konsequenzen aus der Einführung einer Übertragbarkeit des Wechsels durch Indossament und der spätere Wegfall der Personalexekution.....111

(ee) Zusammenfassung 113

(c) Der Ursprung des Wechsels im kaufmännischen Rechtsverkehr 113

(d) Zusammenfassung und Stellungnahme 116

(2) Die Möglichkeit einer Eingrenzung des Grundsatzes der formellen Wechselstrenge vor dem Hintergrund der Eigenschaft des Wechselgesetzes als internationales Einheitsrecht 119

(3) Durchbrechung des Grundsatzes der Wechselstrenge am Beispiel des Garantieindossaments 122

(a) Einleitung.....122

(b) Keine Unterbrechung des Legitimationszusammenhangs durch Blankoindossierung außerhalb der Reihe.....124

(c) Erforderlichkeit der Legitimation des Garantieindossanten.....126

(d) Die Trennung zwischen der Garantiefunktion und der Transportfunktion 127

(aa) Die Schutzrichtung der formellen Wechselstrenge beim Garantieindossament.....128

(bb) Die Durchbrechung der formellen Wechselstrenge zugunsten der Fortführung des Legitimations-zusammenhangs der Indossamentenkette.....129

(4) Die Zulässigkeit des Vermerkes „à-forfait“ unter einem neuen Verständnis vom Grundsatz der Wechselstrenge.....131

(a) Die Auslegung von Wechselerklärungen nach dem Grundsatz der Wechselstrenge 131

(b) Was verlangt der Handels- und Wirtschaftsverkehr? 133

(c) Berechtigung des strikten Geltungsanspruchs der formellen Wechselstrenge im Rahmen der Auslegung von Wechselerklärungen bei Forfaitierungsverträgen. 134

(d) Geeignetheit und Erforderlichkeit des Vermerkes „à-forfait“ für einen sicheren und endgültigen Schutz des Exporteurs als Wechselaussteller vor Rückgriffsansprüchen nachfolgender Wechselinhaber ... 135

(e) Die Vereinbarkeit des Vermerkes „à-forfait“ mit den Auslegungsgrundsätzen für Wechselerklärungen unter einer angemessenen Reduzierung des Geltungsanspruchs der Wechselstrenge im Hinblick auf die Bedürfnisse des Handelsverkehrs. 137

(aa) Gründe der Rechtsprechung und herrschenden Lehre für die enge objektive Auslegung bei Wechselerklärungen .. 137

(bb) Die Argumentation der Gegenauffassung für eine subjektive Auslegung der Wechselerklärung 139

(cc) Stellungnahme und Konsequenzen für die Forfaitierung 140

(dd) Vergleich zur Problematik der Zulässigkeit des Garantieindossaments. 146

(ee) Die Auslegung bei formbedürftigen Wechselerklärungen - sogenannte Andeutungstheorie 147

(ff) Eindeutigkeit und Klarheit der Urkunde 148

(f) Keine Verletzung von Rangverhältnissen zwischen zwingendem Wechselrecht und Handelsrecht 148

(g) Der Vermerk „à-forfait“ und die formelle Wechselstrenge verfolgen dasselbe Ziel. 150

h) Ergebnis 151

D. Ergebnis der Untersuchung und Aussichten für die Forfaitierungspraxis 153

A. Einführung und Problemdarstellung

Seit den 60er Jahren des vorigen Jahrhunderts hat die Forfaitierung als Instrument zur Finanzierung des Exports von Waren zunehmend an Bedeutung gewonnen und sich im Wirtschaftsleben der Bundesrepublik Deutschland in Korrelation zu einer expandierenden Außenwirtschaft mit Erfolg durchgesetzt. Die Forfaitierung ist aus dem heutigen Exportfinanzierungsmarkt nicht mehr wegzudenken.[1]

Ihrem Wesen nach handelt es sich um einen Rechtskauf, was heute allgemein anerkannt ist.[2] Von Forfaitierung wird regelmäßig dann gesprochen, wenn einzelne, künftig fällig werdende Forderungen vornehmlich aus Exportgeschäften angekauft werden und dabei der Forderungskäufer (Forfaiteur) - als solcher treten zumeist Banken oder spezielle Forfaitierungsinstitute auf - das Risiko der Uneinbringlichkeit der Forderung trägt. Ein entsprechender Rückgriff auf den Forderungsverkäufer (Forfaitist bzw. Exporteur) kommt schuldrechtlich infolge der Rechtsnatur als Rechtskauf nicht in Betracht; wechselrechtlich wird insoweit auf den dort möglichen Rückgriff ausdrücklich verzichtet.[3] Die Bezeichnung

---

1 *Deuber*, Rechtliche Aspekte der Forfaitierung, Einleitung, 1. Kap., II. (S. 6); *Gmür*, Jahrbuch für Betriebswirte 1983, 235 (235 f.); *Guild/Harris*, Forfaitierung, 1.1. (S. 13, 16); *Häusermann*, Finanzierungsgeschäfte im Dienste der mittelfristigen Exportfinanzierung, S. 15; *Martinek/Oechsler* in: Bankrechts-Handbuch, § 103, Rdnr. 3, (S. 3256); *Kissner* in: Ostwesthandel, S. 423; *Schwanfelder*, Exportgeschäfte - ihre Risikoabsicherung und Finanzierung, S. 176; *Unger*, Außenhandelsfinanzierung, S. 47; *Friedrichs*, Exportfinanzierung durch Forfaitierung, S. 38.

2 *Martinek/Oechsler* in: Bankrechts-Handbuch, § 103, Rdnr. 14 ff. m.w.N.; *Hopt/Mülbert* in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 607 ff, Rdnr. 696; *Walter* in: Handbuch des Schuldrechts, Bd. 6, § 12 II. 6. b) (S. 562 f.); *Stauder*, WM 1968, 562 (564 ff.); Entgegenstehende, von einem Darlehensvertrag ausgehende Ansichten dürften inzwischen als nicht mehr vertreten bezeichnet werden können, so jedoch noch *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rdnr. 1584; *Helm*, WM 1968, 930 (933 f.).

3 *Martinek*, Moderne Vertragstypen, § 9, 7. (S. 241); *Köhler* in: Staudinger, BGB, Vorbm. zu §§ 433 ff., Rdnr. 38 ; *Hopt/Mülbert* in: Staudinger, BGB, Vorbm. zu § 607, Rdnr. 693 f.; *Finger*, BB 1969, 765 (765, 768); *Guild/Harris*, Forfaitierung, 1.1. (S. 13), 2. (S. 25 ff.); *Knote/Rubach*, Die Forfaitierung, S. 9 ff.; *Schütze*, Kollisionsrechtliche Probleme der Forfaiterung von Exportforderungen, WM 1979, 962 (962); *Schultz-Meister*, AWD 1972, 230 (230); *Graf v. Westphalen*, Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, XVI. 1. a) (S. 483); *ders.*, RIW 1977, 80 (81); *Graf v. Bernstorff*, RIW 1987,889 (891); *Gmür* in: Hagenmüller/Sommer, Factoring-Handbuch, S. 207 f.; *Friedrichs*, Exportfinanzierung durch Forfaitierung, 12 ff; *Harries*, RIW 1973, 1 (5 f.); *Häusermann*, Forfaitierungsgeschäfte im Dienste der mittelfristigen Exportfinanzierung, S. 11 ff.; *Kissner*, Die Bank 1981, 25 ff, 56 ff.; *Schütze* in: Münchener Vertragshandbuch, II. 6, (S. 288); zur Abgrenzung zum Factoring vgl. *Bette*, Das Factoringgeschäft in Deutschland, S. 14 ff.

dieses regresslosen Ankaufs künftig fällig werdender Forderungen stammt aus der französischen Bezeichnung „à-forfait“. Übersetzt bedeutet „à-forfait“ „in Bausch und Bogen“ und im kommerziellen Sprachgebrauch (§ 346 HGB) „gegen Festpreis mit allen Chancen und Risiken“, verkürzt „ohne Regress“.[4] Alle diese Bezeichnungen haben unabhängig von gesetzlichen Regelungen den Verzicht des Forderungserwerbers auf Rückgriffsansprüche wegen fehlender Bonität des Schuldners oder sonstiger mangelnder Durchsetzungsmöglichkeit, abgesehen vom rechtlichen Bestand der Forderung, zum Inhalt.

Gegenstände der Forfaitierung sind sowohl die primären Kaufpreisforderungen aus den Exportgeschäften (auch als Grundforderungen oder Buchforderungen bezeichnet) als auch Wechselforderungen, die zur Sicherung und Mobilisierung der Grundforderungen begründet werden, und Akkreditivforderungen, wenn die Abwicklung von Exportgeschäften unter Einschaltung von Banken im Rahmen des Akkreditivgeschäfts erfolgt. Auf die Forfaitierung von Akkreditivforderungen soll im Rahmen dieser Ausführungen indes nicht weiter eingegangen werden, da diese selbst bereits sehr gut gegen etwaige Risiken abgesichert sind und im Fordergrund der nachfolgenden Betrachtungen die Problematik schuldrechtlicher und wechselrechtlicher Risiken steht.

Von nur geringer Bedeutung ist des Weiteren die Forfaitierung künftiger Forderungen. Um eine künftige Forderung handelt es sich dann, wenn diese bestimmbar ist, es aber noch an einem verbindlichen Vertragsabschluss zwischen Importeur und Exporteur mangelt. Eine Forfaitierung zu einem solch frühen Zeitpunkt kann in Betracht gezogen werden, wenn der Exporteur sich für ihn günstige Marktverhältnisse sichern will, was ihm eine verlässliche Kalkulation seines Exportgeschäfts ermöglicht, oder er bereits in der sogenannten Vorlaufzeit dringend Kapital benötigt, etwa zur Herstellung des Vertragsgegenstandes. Da jedoch die Frage eines tatsächlich zustande kommenden Exportgeschäfts im Zeitpunkt der Erörterung einer Forfaitierung noch nicht hinreichend gesichert ist und auch andere Unwägbarkeiten, wie die mangelnde Prüfbarkeit der Bonität des in Aussicht stehenden Importeurs, im Raume stehen oder aber Sicherheiten oder Auszahlungsgarantien der Hausbank des Importeurs noch nicht verfügbar sind, ist die Forfaitierung einer künftigen Forderung mit erheblichen Risiken wirtschaftlicher und rechtlicher Art behaftet und daher regelmäßig nicht angezeigt. Den Bedürfnissen des Exporteurs nach einer sicheren Kalkulationsgrund-

---

[4] *Martinek/Oechsler* in: Bankrechts-Handbuch, § 103, Rdnr. 2; *Hakenberg* in: Ebenroth/Boujong/Joost, BankRV, Rdnr. V 35 (S. 2120); *Häusermann*, Forfaitierungsgeschäfte im Dienste der mittelfristigen Exportfinanzierung, S. 11; *Guild/Harris*, Forfaitierung, 1.1. (S. 13); *Graf v. Westphalen*, Rechtsprobleme bei der Exportfinanzierung, XVI. 1. a) (S. 483); *Köhler* in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 433 ff., Rdnr. 38.

lage wird in der Praxis mittels einer sogenannten Festofferte Genüge getan, die eine verbindliche Forfaitierungszusage zu weitgehend festgelegten Bedingungen auf kurze Zeit ist. Für den Exporteur (Forfaitisten) besteht keine Verpflichtung, von der Zusage Gebrauch zu machen; er kann sie als Option verfallen lassen.[5] Die Zwischenfinanzierung des Exporteurs in der Vorlaufzeit erfolgt regelmäßig durch normale Bankkredite, die bei Zustandekommen der Forfaitierung unmittelbar durch den Forfaitierungserlös abgelöst werden können.[6]

Wesensmerkmal der Forfaitierung ist der fehlende Rückgriffsanspruch des Forfaiteurs gegen den Forfaitisten wegen Uneinbringlichkeit der Forderung infolge fehlender Bonität des Forderungsschuldners. Damit geht die Frage einher, wie sich das Haftungsrisiko bei diesem Schuldverhältnis auf die Vertragsparteien verteilt. Die hiermit angesprochene Risikoverteilung zwischen Forderungskäufer und Forderungsverkäufer orientierte sich in der Vergangenheit an der Regelung des bis zum 31.12.2001 geltenden § 437 BGB a.F. Mit der Schuldrechtsmodernisierung vom 02.01.2002 ist diese Norm jedoch ersatzlos weggefallen.

Gegenstand der Untersuchung ist zunächst, von welchen Normen der Rechtskauf nunmehr erfasst ist, welche Abweichungen in objektiver und subjektiver Hinsicht von der früheren Regelung eingetreten sind und insbesondere, welcher subjektive Maßstab bezüglich der Einstandspflicht des Forderungsverkäufers anzulegen ist. Die zu diesem Punkt zu behandelnden Fragen bewegen sich im Bereich der anfänglichen Unmöglichkeit, bzw. nach der alten Schuldrechtsdogmatik des anfänglichen Unvermögens. Problematisch ist hierbei der Umstand, dass der Gesetzgeber ein einheitliches Haftungskonzept für alle Fälle von Pflichtverletzungen, damit auch von Unmöglichkeitstatbeständen, eingeführt hat, welches grundsätzlich vom Verschuldensprinzip unter Aufgabe des Garantieprinzips ausgeht.

Für die Forfaitierungspraxis wirkt sich die Verschuldenshaftung allerdings verheerend aus, handelt es sich doch gerade bei dieser Vertragsart um ein Geschäft, welches einzelne Forderungen über Beträge ab ca. 500.000 EUR und Laufzeiten von einem bis zu fünf Jahren -vereinzelt auch noch darüber hinaus- zum Gegenstand hat.[7] Es ist zu prüfen, ob eine Auslegung des § 276 Abs. 1 S. 1

---

5 *Häusermann*, Forfaitierungsgeschäfte im Dienste der mittelfristigen Exportfinanzierung, S. 164; *Kissner* in: Ostwesthandel für die 70er Jahre, S. 431 f.

6 *Kissner* in: Ostwesthandel für die 70er Jahre, S. 433.

7 Globel Trade Finance, Broschüre zur Exportfinanzierung der Deutschen Bank, Kapitel 3, S. 14; Die Forfaitierung, Broschüre der HypoVereinsbank zum Außenhandel, S. 11.; vgl. auch *Martinek*, Moderne Vertragstypen, § 9, 7. (S. 242); *Eichwald/Pehle* in: Geld-, Bank und Börsenwesen, S. 812 f.; vgl. auch *Kissner* in: Ostwesthandel für die

i. V. m. § 311a Abs. 2 S. 2 BGB eine Ausnahme von der grundsätzlichen verschuldensabhängigen Haftung für den Forderungs- bzw. Rechtskauf zulässt.

Des Weiteren wird im Rahmen der Forfaitierung von Wechselforderungen die Frage der dortigen Haftungsverteilung zu klären sein. Fest steht, dass die Haftungsverteilung auf der wechselrechtlichen Ebene dieselbe ist, wie auf der schuldrechtlichen, folglich der Exporteur (Forfaitist) für den rechtlichen Bestand der Wechselforderung haftet, nicht aber für die Zahlungsfähigkeit des Wechselschuldners. In letzter liegt auf der Wechselrechtsebene gerade ein Hauptproblem bei der Forfaitierung von gezogenen Wechseln. Der Exporteur, der eigentlich für die Bonität des Schuldners nicht haftet, hat als Aussteller nach Wechselrecht (Art. 9 Abs.2 WG) zwingend für die Bezahlung des Wechsels durch den Akzeptanten (Importeur) einzustehen. Jeder Vermerk, der diese Haftung ausschließt, gilt als nicht geschrieben. Gegenwärtig behelfen sich die Vertragsparteien des Forfaitierungsvertrages und alle nachfolgenden Wechselerwerber mittels schuldrechtlicher Regressverzichtserklärungen hinsichtlich der Ausstellerhaftung. Dies beruht jedoch auf dem Wohlverhalten aller Wechselerwerber.

Es wird untersucht, welche Lösungsmöglichkeiten es für einen relativ verlässlichen Schutz des Wechselausstellers gibt, die gegenüber der wechselrechtlichen Einwendungslehre von Bestand sind.

70er Jahre, S. 429: der darauf hinweist, dass dringend auf eine erstklassige à forfait-Adresse aus Sicherheitsgründen zu achten ist; *ders.*, Forfaitierung, Leasing, Factoring im Auslandsgeschäft, S. 22.

B. Die verschuldensunabhängige Veritätshaftung des Forfaitisten

I. Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf die Forfaitierung von Forderungen

1. Einleitung

Vor der Schuldrechtsmodernisierung orientierte sich der Forderungskauf im Rahmen der Forfaitierung an der vom Gesetzgeber vorgegebenen dispositiven Regelung des § 437 BGB a.F. Hiernach hatte der Verkäufer einer Forderung für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des sonstigen Rechts (die Verität) im Zeitpunkt des Vertragsschlusses einzustehen. Für den Fall des Verkaufs einer erst künftig entstehenden Forderung oder Rechts wurde lediglich diskutiert, ob die Veritätshaftung auf den Zeitpunkt der Entstehung des Rechts auszudehnen ist, was überwiegend bejaht wurde.[8]

Die wirtschaftliche Einbringlichkeit der Forderung, also die Bonität, war nach der alten Rechtslage hingegen ein Umstand, welcher der Risikosphäre des Käufers zuzuordnen war. Entsprechend der Zielrichtung der Forfaitierung als eine Finanzierungsart für den Forderungsverkäufer (Exporteur), die ihn vom Risiko der Einbringlichkeit der Forderung entlastete und ihm endgültige Verfügungsmöglichkeit über den Erlös aus der Forfaitierung der Forderung ermöglichte, war die Norm des § 437 BGB a.F. ihrem Regelungsgehalt nach charakteristisch für diese Vertragsart.[9]

Obwohl § 437 BGB a.F. auf den ersten Blick als Haftungsverteilungsnorm verstanden werden könnte, war er jedoch im Hinblick auf die Systematik des Leistungsstörungsrechts nach alter Rechtslage auch eine Spezialregelung am Scheitelpunkt zwischen Vertragsnichtigkeit wegen anfänglicher Unmöglichkeit und Schadensersatzhaftung wegen Nichterfüllung des Vertrages im Bereich des Rechtskaufs. § 437 BGB a.F. dehnte den Bereich der Haftung des Verkäufers auf Vertragserfüllung unter Zurückdrängung des Anwendungsbereiches des § 306 BGB a.F. aus. Wo grundsätzlich wegen anfänglicher objektiver Unmöglichkeit ein Vertrag gem. § 306 BGB a.F. nichtig gewesen wäre, bürdete § 437 BGB a.F. dem Verkäufer eines Rechts oder einer Forderung eine verschuldensunabhängige Haftung auf Vertragserfüllung auf. Vertragsnichtigkeit

---

8 *Graf v. Westphalen*, WM 2001, 1837 (1838); *Westermann* in: MünchKomm, BGB, § 437, Rdnr. 8; a.A. *Grunewald* in: Erman, BGB, § 437, Rdnr. 9; *Köhler* in: Staudinger, BGB, § 437, Rdnr. 7.

9 *Hopt/Mülbert* in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 607 ff., Rdnr. 694.

sollte nur dann eintreten, wenn der Entstehung der Forderung oder des Rechts von vornherein rechtliche Gründe entgegenstanden. In solchen Fällen war davon auszugehen, dass hier nicht nur niemand den Vertrag erfüllen kann. Ausschlaggebend war vielmehr der Umstand, dass niemand auf Erfüllung eines solchen Vertrages vertrauen konnte, weil der Rechtsverkehr von ihm Kenntnis der fehlenden Entstehbarkeit erwartete. Anders stellte sich die Lage dar, wenn der Rechts- oder Forderungsentstehung tatsächliche Gründe oder Rechtsgründe, die von einem Dritten behebbar sind, entgegen standen. In diesem Fall war die Veritätshaftung des Rechtsverkäufers einschlägig; insoweit wurde § 306 von § 437 BGB a.F. verdrängt.[10]

Der Verkäufer hatte nach § 437 BGB a.F. garantiemäßig durch Rechtsfolgenverweis gemäß § 440 BGB a.F. auf die §§ 325, 326 BGB a.F. zu haften.[11] Insgesamt traf den Verkäufer einer Forderung oder eines Rechts damit im Unterschied zum Sachkauf eine sehr scharfe Haftung.[12] Die unterschiedlichen Begründungen für die Garantiehaftung des Rechtsverkäufers für seine anfängliche Leistungsfähigkeit werden im Folgenden dezidiert dargestellt.[13] Zugleich werden die Änderungen in der gegenwärtigen neuen Rechtslage im Bereich des Leistungsstörungsrechts hinsichtlich der Besonderheiten für die Forfaitierungspraxis beleuchtet. Vornehmlich geht es um die Frage, ob es berechtigt war, die frühere Garantiehaftung bei anfänglicher Unmöglichkeit im Bereich des Rechtskaufs aufzugeben, und ob die neue Rechtslage eine abweichende Auslegung mit der Folge zulässt, dass für den Rechtkauf unmittelbar aus dem Gesetz eine garantiemäßige Haftung für die ordnungsgemäße Vertragserfüllung folgt.

2. Das Mängelhaftungsrecht im Rechtskauf nach der gegenwärtigen Rechtslage

a) Allgemeines

Die Schuldrechtsreform hat im Bereich des Leistungsstörungsrechts zu umfassenden Änderungen geführt. Die althergebrachte klassische Einteilung der

---

10 RGZ 86, 210 (213); 90, 240 (244); *Westermann* in: MünchKomm, BGB, § 437, Rdnr. 1; *Walter* in: Handbuch des Schuldrechts, § 4 I 3. (S. 108); a.A. *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, § 91 5. (S. 286).

11 *Köhler* in: Staudinger, BGB, §§ 440, Rdnr. 20; *Westermann* in: MünchKomm, BGB, § 437, Rdnr. 1.

12 *Huber* in: Handbuch des Schuldrechts, Band 9/1, Leistungsstörungen, § 22 II. (S. 530 ff.), § 23 I. 4. (S. 556 f.).

13 Vgl. unten Punkt B. 4. e) aa), bb).

Leistungsstörungen ist beibehalten worden, welche weiterhin zwischen Unmöglichkeit der Leistung, Verzögerung der Leistung und Schlechtleistung differenziert. Entgegen vieler Befürchtungen ist die Kategorie der Unmöglichkeit nach wie vor von zentraler Bedeutung für das allgemeine Leistungsstörungsrecht.[14] Schon früher wurden dem Tatbestand der Unmöglichkeit zwei Funktionen zugewiesen, nämlich zum einen die der Befreiung von der Primärleistungspflicht, zum anderen die der Grundlage für Sekundäransprüche (Umwandlungsfunktion).[15] § 275 BGB hat nunmehr sogar in seiner Befreiungsfunktion eine stärkere Bedeutung erhalten, in dem die Norm jetzt alle Formen der Unmöglichkeit erfasst: die objektive und die subjektive, die anfängliche und die nachträgliche, die nicht zu vertretende und die zu vertretende, sowie die vollständige und die teilweise Unmöglichkeit. Geht es um die frühere Umwandlungsfunktion der Unmöglichkeitskategorie, so finden sich hier die Unterschiede der einzelnen Unmöglichkeitsarten in jeweils eigenen Regelungen wieder. Diese eigenen Regelungen bezüglich der Folgen aus der Leistungsbefreiung waren nicht zuletzt dem Charakteristikum der jeweiligen Unmöglichkeitskategorie und dem gerechten Interessenausgleich geschuldet.

Für den Rechtskauf hat sich mit dem neuen Schuldrecht eine Änderung in der Gesetzessystematik hinsichtlich der Anwendbarkeit von Normen des Sachkaufs ergeben. Der den Rechtskauf prägende § 437 BGB a.F. ist weggefallen. Nunmehr ist in § 453 Abs. 1 BGB die entsprechende Anwendbarkeit aller Sachkaufnormen auf den Rechtskauf angeordnet worden, soweit diese nicht Spezifika des Sachkaufes derart regeln, dass sie auf Rechte ihrer Natur nach nicht anwendbar sind. Bedeutsam ist dieser Umstand für die Mangelhaftigkeit des Rechts bzw. Unmöglichkeit seiner Verschaffung. Während für den Sachkauf das Sonderrecht der §§ 459 ff. BGB a.F. galt, war für die einstige Gewährleistung im Rechtskauf § 437 BGB a.F. die Zentralnorm. Im Unterschied zum Sachkauf sah das Gewährleistungsrecht im Rechtskauf keine spezifizierten Gewährleistungsansprüche vor. Vielmehr stand hier die Frage des Erfüllungsvermögens hinsichtlich des zu verschaffenden Rechts im Mittelpunkt. Welche Anforderungen hieran zu stellen waren und was die Rechtsfolge für den Fall der Unmöglichkeit war, legte § 437 BGB a.F. ausdrücklich fest.

b) Die Regelung der Verität einer Forderung

Nunmehr gilt ein einheitliches Mängelhaftungsrecht für alle Kaufgegenstände, gleichgültig ob Sache oder Recht. Es hat seine Eigenständigkeit im Sachkauf

---

14 *Kindl*, WM 2002, 1313 (1315).

15 *Wagner*, JZ 1998, 482 (486); *Heinrichs* in: Palandt, BGB, (60. Aufl.), Vorbem. zu § 275, Rdnr. 3.

verloren und ist in das Gesamtgebilde Leistungsstörungsrecht eingebunden.[16] Anknüpfungspunkt für das Mängelhaftungsrecht ist das Vorliegen eines Mangels, wobei der Rechtsmangel näher in § 435 BGB definiert ist. Entsprechend für die Anwendung auf den Rechtskauf umformuliert, definiert sich der Rechtsmangel danach so, dass ein Recht frei von Rechtsmängeln ist, wenn Dritte in Bezug auf das Recht keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Im Wesentlichen führt § 435 BGB den früheren § 434 BGB a.F. fort. Die Regelung der Einstandspflichten des Rechtsverkäufers erschöpft sich jedoch nunmehr in dieser Norm. Mit der Aufhebung des § 437 BGB a.F. ist die gesetzliche Regelung der Risikoverteilung zwischen der Verität und der Bonität einer Forderung entfallen und in keiner eigenständigen Norm, auch nicht ausdrücklich in § 435 S. 1 BGB, wieder aufgegriffen worden.[17] Es ist jedoch zu Recht davon auszugehen, dass § 435 S. 1 BGB den rechtlichen Bestand einer Forderung oder eines Rechts entsprechend §§ 437, 434 BGB a.F. mitregeln soll. Eine Änderung des objektiven Pflichtenkreises des Rechtsverkäufers war mit der Schuldrechtsmodernisierung nicht beabsichtigt. Das zeigt sich bereits daran, dass andere Normen wie die des Bilanzrechts und des Kreditwesengesetzes, die mit der Risikoverteilung zwischen Verität und Bonität im Zusammenhang stehen, nicht geändert worden sind. Wollte man nunmehr das Bonitätsrisiko beim Forderungsverkäufer verbleiben lassen, so wäre dies aber erforderlich gewesen. Zutreffend wurde in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass die Übernahme der Bonitätshaftung zu einer Entlastung der Bilanz des Forderungsverkäufers führt, mithin die veräußerte Forderung aus der Aktiva der Bilanz ausscheidet. Diese Bilanzierung wäre unrichtig, ginge das Bonitätsrisiko mit Forderungsveräußerung nicht auf den Käufer über.[18]

Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass der Verkäufer eines Rechts nach wie vor im Rahmen des § 435 BGB dafür Sorge zu tragen hat, dass das verkaufte Recht besteht und frei von Rechten Dritter ist. Das Bonitätsrisiko geht hingegen auf den Forderungskäufer über. § 435 S. 1 BGB führt hiernach das frühere Kriterium des rechtlichen Bestandes des Rechts, also die sogenannte Verität der Forderung, fort.[19]

---

16 *V. Wilmowsky*, JuS Beil. 1/2002, S. 18.

17 *Graf v. Westphalen*, WM 2001, 1837 (1841).

18 *Brink*, WM 2003, 1355 (1357); *Kohl*, FLF 2003, 80 (84); den Regelungsgehalt des § 435 BGB noch bezweifelnd: *Graf v. Westphalen*, WM 2001, 1837 (1841).

19 *Oechsler*, Schuldrecht, Besonderer Teil Vertragsrecht, § 2, Rdnr. 132 (S. 85); auch *Brink*, WM 2003, 1355 (1357); *Kohl*, FLF 2003, 80 (84).

c) Allgemeines Leistungsstörungsrecht oder Mängelhaftungsrecht nach § 437 BGB ?

Fraglich erscheint sodann, nach welcher Rechtsnorm nunmehr der Forderungskäufer Rechtsfolgen aus einer nicht vertragsgerechten oder gar ausgebliebenen Vertragserfüllung beanspruchen kann.

Nach der alten Rechtslage drehte sich die Frage der Veritätshaftung um das Einstehenmüssen für anfängliche Unmöglichkeit. Im Unterschied hierzu ist zwar das neue Mängelhaftungsrecht grundsätzlich in das allgemeine Leistungsstörungsrecht mit seinem Rückverweis eingebunden, und wegen § 453 BGB gilt insoweit für Rechte und Forderungen nichts anderes. Es ist jedoch für die Frage der Anwendbarkeit des § 437 BGB oder des § 311a BGB entscheidend, ob das vertraglich vereinbarte Recht verschaffbar ist. Ist die Übertragung der vertraglich geschuldeten Forderung oder des Rechts nicht möglich, so sind die Regelungen des Unmöglichkeitsrechts unmittelbar und nicht erst über den Rückverweis in § 437 Nr. 3 BGB anzuwenden.[20] Dabei stellt sich die Frage, unter welchen Umständen eine Forderung übertragbar ist bzw. ob überhaupt eine Übertragung bei Mangelhaftigkeit in für die Anwendung des speziellen Mängelhaftungsrechts relevanter Weise erfolgen kann.

Zunächst ist zu beachten, dass die Forfaitierung regelmäßig einen Spezieskauf darstellt, denn im Unterschied zum echten Factoring, bei dem ganze Reihen von Forderungen angekauft werden, handelt es sich bei der Forfaitierung stets um den Ankauf einer genau bestimmten Forderung. Nicht jede Forderung aus Exportgeschäften eignet sich für den regresslosen Forderungskauf.[21] Bereits daraus folgt, dass bei Nichtbestehen der Forderung Unmöglichkeit mangels Ersatzbeschaffung vorliegt. Fraglich ist aber, wie es sich verhält, wenn lediglich ein Recht eines Dritten an der vertraglichen Forderung besteht. Das ist allein mit der Regelungsweite des § 435 BGB im Hinblick auf die Haftung des Forderungsverkäufers für die Verität der Forderung zu beantworten. Aus der Feststellung, dass § 435 BGB auch den rechtlichen Bestand einer Forderung regelt und dem Verkäufer einer Forderung die Haftung hierfür auferlegt, folgt zugleich, dass der Forderungsverkäufer dafür einzustehen hat, dass die Forderung frei von Rechten Dritter ist. Besteht ein Recht eines Dritten an der zu übertragenden Forderung, so wird eine Übertrag in erfüllungstauglicher Weise nicht möglich sein. Ist beispielsweise die zu übertragende Forderung durch einen Dritten gepfändet worden, so ist diese Forderung schlicht nicht erfüllungstauglich und kommt daher

---

[20] *Haas* in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, 5. Kap. II. 4. Rdnr. 266 (S. 227); *Putzo* in: Palandt, BGB, (63. Aufl.), § 437, Rdnr. 48.

[21] Vgl oben Punkt A.

für eine Übertragung nicht in Betracht. Der Käufer kann mit einer Forderung nichts anfangen, über die er infolge Pfändung nicht verfügen kann (wenn er sie überhaupt noch wegen einer Überweisung an den Pfandrechtsgläubiger zu erhalten vermag). Selbiges gilt beispielsweise bei einem entgegenstehenden Recht aus der Mängelhaftung für die der Kaufpreisforderung gegenüberstehenden Lieferung des Exportgutes. Steht der Kaufpreisforderung ein Minderungsanspruch aus § 437 Nr. 3 BGB als in diesem Rahmen allein denkbaren Fall entgegen, so erweist sich die Forderung für die Forfaitierung gänzlich als erfüllungsuntauglich.

Bei Forderungen besteht mithin keine dem Sachkauf im Hinblick auf eine mangelhafte Erfüllung vergleichbare Lage. Ein Recht eines Dritten wird sich regelmäßig als ein Umstand der Unmöglichkeit auswirken, denn die Verschaffung der Forderung in dem nach § 435 BGB vorgesehenen Zustand ist bereits anfänglich unmöglich. Damit liegt auch bei Bestehen eines Rechts eines Dritten ein Fall der anfänglichen Unmöglichkeit vor, so dass § 311 a BGB und nicht § 437 BGB berufen ist. Ein Fall der anfänglichen Unmöglichkeit wird vor allem aufgrund der regelmäßig sehr genauen Beschreibung der Forderung und deren Umfangs innerhalb des Forfaitierungsvertrages vorliegen. Der Speziescharakter der Forderung in Verbindung mit dem konkreten Vertragsversprechen, die Forderung sei frei von Rechten Dritter, führt bei vertragswidrigem Zustand der Forderung zur anfänglichen Unmöglichkeit. Gleichfalls ist das allgemeine Leistungsstörungsrecht unmittelbar berufen, wenn künftige Forderungen forfaitiert werden, denn hier ist die Übertragung mithin der Rechtserwerb erst mit der Entstehung des Rechts vollendet. Es kommt für die Anwendung des Mängelhaftungsrechts also auf den Entstehungszeitpunkt der künftigen Forderung an.[22] Praktisch werden diese Fälle jedoch im Rahmen der Forfaitierung kaum vorkommen, denn die Ungewissheit, ob die Forderung künftig wirklich entstehen wird, ist für den regresslosen Ankauf ungeeignet.[23] Gerade der Umstand, dass die Abtretung einer künftigen Forderung erst dann wirksam wird, wenn die Forderung entsteht, kann sich im Falle der Insolvenz des Exporteurs für den Forfaiteur verheerend auswirken.[24] Ihm stünde dann in-

---

22 BGHZ 88, 205 (206); BGH NJW 1995, 1668 (1671); *Heinrichts* in: Palandt, BGB, (60. Aufl.) § 398, Rdnr. 11; *Putzo* in: Palandt, BGB, (63. Aufl.), § 453, Rdnr. 29.

23 *Deuber*, Rechtliche Aspekte der Forfaitierung, 5. Kap., II. (S. 81 f.); *Graf v. Westphalen*, RIW/AWD 1977, 80 (82).

24 *Deuber*, Rechtliche Aspekte der Forfaitierung, 5. Kap., II. (S. 82).

folge Nichtleistung lediglich ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zu. Künftige Forderungen werden daher in der Praxis kaum forfaitiert.[25]

d) Zusammenfassung

Im Ergebnis ist festzustellen, dass zwar die dem Rechtskauf eigenen Regelungen, namentlich § 437 BGB a.F. mit der gegenwärtigen neuen Rechtslage weggefallen und die vorwiegend auf den Sachkauf ausgerichteten Regelungen über § 453 Abs. 1 BGB auf den Rechtskauf entsprechend anzuwenden sind. Das grundsätzliche Prinzip der Verteilung der Einstandpflichten für die Bonität und Verität unter den Parteien eines Forderungskaufs ist jedoch beibehalten worden. § 435 BGB führt insoweit die Regelung des § 434 und des § 437 BGB a.F. fort. Aufgrund der Besonderheiten aus der Natur einer Forderung und im Hinblick auf die Forfaitierung liegt auch bei einem bloßen, an der Forderung bestehenden Rechts eines Dritten anfängliche Unmöglichkeit vor. § 311a BGB ist mithin unmittelbar und nicht über die Mängelhaftungsregelung des § 437 Nr. 3 BGB anzuwenden. Der für die Spezialnormen der Mängelhaftung erforderliche Übergang der Forderung wird mangels Erfüllungstauglichkeit regelmäßig nicht erfolgen können. Im Übrigen dürfte das unbedingte Verlangen, Sekundäransprüche des Forderungskäufers über das Mängelhaftungsrecht nach § 437 BGB mittels Rückverweis auf die §§ 280, 311a BGB zu begründen, auf einen bloßen Formalismus hinaus laufen. Ist eine Nacherfüllung oder Minderung offensichtlich nicht möglich, so macht es keinen Sinn, den Käufer erst auf diese Möglichkeiten zu verweisen, bevor er unmittelbar Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann.[26]

3. Die Folgen aus der Aufgabe des § 437 BGB a.F. für den Rechtskauf

Mit der Aufgabe der Regelung des § 437 BGB a.F. erscheint der von dieser Norm zuvor geregelte Rechtskauf auf den ersten Blick in seinen Details nunmehr als ungeregelt. Nach dem neuen Schuldrecht gibt es keine den Regelungsgehalt des § 437 BGB a.F. ausdrücklich aufnehmende Norm. Es drängt sich daher der Eindruck auf, dass es mehr denn je den Vertragsparteien überlassen bleibt, den Rechtskauf in allen Einzelheiten selbst zu regeln, insbesondere was

---

[25] *Deuber*, Rechtliche Aspekte der Forfaitierung, 5. Kap., II. (S. 81 f.); *Graf v. Westphalen*, RIW/AWD 1977, 80 (82).

[26] *Haas* in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, 5. Kap. II. 4. Rdnr. 267 (S. 227).

die Voraussetzungen für Ansprüche aufgrund von Nichterfüllung in Folge Unmöglichkeit betrifft und welche Rechtsfolgen hieraus greifen.[27]

Als geklärt ist die Regelungsfrage der Bonitäts- und Veritätshaftung anzusehen. Insoweit führt § 435 Abs. 1 BGB die Haftungsverteilung nach der alten Regelung der §§ 434, 437 BGB a.F. unter den Parteien des Forderungskaufs fort, wie unter Punkt 2. b) zuvor dargestellt wurde. Fraglich ist aber, ob nunmehr die Zurückdrängung der Nichtigkeitsfolge bei anfänglicher Unmöglichkeit (§ 306 BGB a.F.) und die Garantiehaftung nach dem früheren § 437 BGB a.F. ungeregelt sind bzw. was hierfür gesetzlich vorgesehen ist.

a) Die Konsequenzen in objektiver Hinsicht - Wirksamkeit des Vertrages trotz Unmöglichkeit

aa) Der Normzweck des § 437 BGB a.F. im Hinblick auf § 306 BGB a.F.

Bei näherer Betrachtung des Regelungszwecks des § 437 BGB a.F. im Hinblick auf die Regelung des § 306 BGB a.F. wird deutlich, dass § 437 BGB a.F. die Haftung des Verkäufers einer Forderung oder eines sonstigen Rechts für den rechtlichen Bestand anordnete und damit zunächst eine Haftungsbandbreite festschrieb. § 437 BGB a.F. trug dem früheren Regelungssystem Rechnung, welches zwischen anfänglicher Unmöglichkeit und anfänglichem Unvermögen differenzierte und beide Unmöglichkeitskategorien grundsätzlich unterschiedlich regelte. Während der Verkäufer einer Sache oder eines Rechts grundsätzlich garantiemäßig für sein anfängliches Unvermögen einzustehen hatte, schadete anfängliche Unmöglichkeit dem Verkäufer beim Sachkauf in sofern nicht, als dass seine Leistungsverpflichtung wegen § 306 BGB a.F. nie wirksam entstanden und ein entsprechender Vertrag nichtig war. Rechtsfolge dieser Nichtigkeitsanordnung des § 306 BGB a.F. war die Haftung des Verkäufers allenfalls auf das negative Interesse gem. § 307 BGB a.F. Die Regelung des § 306 BGB a.F. brachte jedoch dort Probleme, wo sich die Eigentümlichkeit von Rechten im Unterschied zu Sachen besonders auswirkte. Es wurde eine gesonderte Regelung als erforderlich angesehen, um der Besonderheit der fehlenden Verkörperung von Rechten Rechnung zu tragen. Das war namentlich dann der Fall, wenn es um die Einstandspflicht einer der Vertragsparteien für den Umstand ging, dass das verkaufte Recht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nie entstanden, wieder erloschen oder mit einer Einrede behaftet und aus diesem Grund nicht durchsetzbar war, oder das Recht nicht den Inhalt und Umfang aufwies, wie im Kauf-

---

[27] So *Graf v. Westphalen*, WM 2001, 1837 (1841 f.).

vertrag vereinbart.[28] Die Kontrahenten eines Sachkaufes, so die Ausführungen in der Literatur, könnten nachsehen und sich vergewissern, ob der Vertragsgegenstand existiert und von welcher Beschaffenheit er ist. Bei Forderungen oder sonstigen Rechten fehle es an der Körperlichkeit, sodass eine Gewissheit verschaffende Nachschau nicht erfolgen könne. Es sei dem Käufer nicht möglich, sich selbst von der Existenz und der Beschaffenheit des Rechts zu überzeugen. Er sei mithin auf die Redlichkeit seines Verkäufers angewiesen und müsse darauf vertrauen, dass die Behauptung des Verkäufers richtig ist und das Recht oder die Forderung entsprechend seines Leistungsversprechens besteht.[29] Nicht zuletzt wurde § 437 BGB a.F. in der Rechtsprechung und teilweise in der Literatur sogar als Vertrauenstatbestand bezeichnet: § 437 BGB a.F. bezwecke den gesteigerten Schutz des Käufervertrauens.[30] Zudem sei es dem Verkäufer im allgemeinen besser möglich, sich über den Bestand des Rechts zu informieren, also das Bestandsrisiko leichter zu beherrschen.[31] Man ging davon aus, dass eine für Sachen und Rechte einheitliche Regelung im Bereich der anfänglichen Leistungsmöglichkeit zu einem Ungleichgewicht führt, würden dieselben Rechtsfolgen sowohl für den Sach- als auch den Rechtskauf im Hinblick auf die Vertragsnichtigkeit gelten. Der Verkäufer der Forderung oder des Rechts hatte hier einen gewissen "Risiko-Vorteil" auch in den Rechtsfolgen gegenüber seinem Vertragspartner. Irrte sich der Verkäufer hinsichtlich des Bestehens des nicht fassbaren Kaufgegenstandes, so hatte er lediglich für die Folgen seines Irrtums, gerichtet auf das negative Interesse bzw. Vertrauensinteresse seines Vertragspartners, gem. § 307 BGB a.F. einstehen müssen. Diese Rechtsfolge ergab sich daraus, dass das Erfüllungsinteresse nur dort gewährt werden kann, wo ursprünglich Erfüllungsansprüche bestanden.[32] Wegen der angeordneten

---

28 *Putzo* in: Palandt, BGB, (60. Aufl.) § 437, Rdnr. 7; *Köhler* in: Staudinger, BGB, § 437, Rdnr. 10 ff.

29 *Grunewald* in: Erman, BGB, § 437, Rdnr. 1; *Esser/Weyers*, Schuldrecht, II/1 § 4 IV 2. (S. 25); *Vollkommer* in: Jauernig, BGB, (9. Aufl.) § 437, Rdnr. 1; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, II/1 § 45 I. (S. 160); *Westermann* in: MünchKomm, BGB, § 437, Rdnr. 1; *Köhler* in: Staudinger, BGB, § 437, Rdnr. 4, § 440, Rdnr. 25; *Koller*, Risikozurechnung, S. 104 ff.

30 BGH NJW 1970, 556 (557); *Esser/Weyers*, Schuldrecht, II/1 § 4 IV. 2. (S. 25); *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, II/1, § 45 I. (S. 160 f.); a.A. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, § 33 III. (S. 423 f), der eine Vertrauenshaftung im engeren Sinne ablehnt, sondern von einer bloßen rechtsgeschäftlichen Bindung zwischen den Vertragspartnern ausgeht. Die Haftung aus § 437 BGB a.F. ergebe sich allein aus dem in freier Selbstbestimmung abgegebenen Leistungsversprechen.

31 *Köhler* in: Staudinger, BGB, § 437, Rdnr. 4.

32 *Fikentscher*, Schuldrecht, § 43 II 4., Rdnr. 326.

Vertragsnichtigkeit war das nach § 306 BGB a.F. nicht der Fall. § 307 BGB a.F. begrenzte den Ersatz des negativen Interesses maximal auf die Höhe des fiktiven positiven Interesses. Der Geschädigte wurde hiernach so gestellt, wie er stünde, wenn er sich nicht mit dem Schädiger in Vertragsverhandlungen eingelassen hätte, aber nicht besser, als er stünde, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Der Käufer der Forderung oder des Rechts hatte sich aber möglicherweise auf die Vertragsdurchführung eingerichtet und das ihm mit dem Leistungsversprechen des Verkäufers angebotene Vertrauen redlicherweise in Anspruch genommen und wegen der Vertragsnichtigkeit einen nicht vom Verkäufer zu ersetzenden Schaden erlitten, auf dem er "sitzen" blieb. Dieser kann beispielsweise in einem Gewinn aus einer Weiterveräußerung bestehen, den er wegen Ausbleibens der Leistung nicht erzielte oder gar in der eigenen Schadensersatzpflicht, weil er wegen des Ausbleibens der Leistung selbst seinem Gläubiger gegenüber nicht leisten konnte. Gelänge dem beweispflichtigen Käufer[33] der Nachweis der anfänglichen Unmöglichkeit der vertraglichen Leistung und der Kenntnis oder des Kennenmüssens des Unmöglichkeitsgrundes des Verkäufers nach § 307 BGB a.F. nicht, so würde der Käufer sogar leer ausgehen.

Nach damaliger Auffassung trug § 437 BGB a.F. dem Ungleichgewicht als eine Art Spezialvorschrift für den Rechtskauf Rechnung. In diesem Kontext war § 437 BGB a.F. als eine den Anwendungsbereich des § 306 BGB a.F. stark einschränkende Norm für den Bereich der anfänglichen Unmöglichkeit zu verstehen.[34] Ungeachtet dessen, dass die Willenserklärung des Verkäufers auf eine objektiv nicht erbringbare Leistung gerichtet war, eröffnete dies nicht ohne weiteres den Anwendungsbereich des § 306 BGB a.F mit der Folge der Nichtigkeit des Schuldverhältnisses. Im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit des Rechtskäufers in seinem Vertrauen auf die vertragliche Leistungserbringung sollte § 306 BGB a.F. nur dann zum Zuge kommen, wenn das Recht oder die Forderung aus rechtlichen Gründen nicht entstehen konnte.[35] Dann sei der Käufer nämlich weniger schutzbedürftig, weil es ihm selbst ersichtlich war, dass ein Vertrag über den nicht entstehbaren Kaufgegenstand nicht zustande kommen konnte. Der Käufer habe sich selbst Gewissheit durch Reflektion des rechtlich

---

33 *Wolf* in: Soergel, BGB, § 307, Rdnr. 10; *Löwisch* in: Staudinger, BGB, § 307, Rdnr. 17 m.w.N.

34 *Mugdan*, Motive und Protokolle zu § 437 BGB, S. 69, 575; *Enneccerus-Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, § 106 3. I. 4. (S. 412); *Westermann* in: MünchKomm, BGB, § 437, Rdnr. 1; *Köhler* in: Staudinger, BGB, § 437, Rdnr. 1; *Graf v. Westphalen*, WM 2001, 1837 (1842); *Grunewald* in: Erman, BGB, § 437, Rdnr. 1.

35 *Graf v. Westphalen*, WM 2001, 1837 (1838); *Köhler* in: Staudinger, BGB, § 437, Rdnr. 1; *Westermann* in: MünchKomm, BGB, § 437, Rdnr. 1.

Möglichen verschaffen können und sei nicht auf die Angaben des Verkäufers angewiesen gewesen; so zum Beispiel bei der Veräußerung eines "höchstpersönlichen Rechts". Ein Vertrauenstatbestand, wie er dem § 437 BGB a.F. zugrunde liegt, fehle auch bei Nichtübertragbarkeit des Rechts von Gesetzes wegen oder nach dem Inhalt der Leistung (§ 399 1. Alt. BGB a.F.). Dem Schutz des § 437 BGB a.F. bedürfe es dann nicht. Es bleibe dann ebenfalls bei der grundsätzlichen Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 306 BGB a.F.[36] Läge der Grund des anfänglichen Leistungshindernisses für das Nichtbestehen des Kaufgegenstandes in tatsächlichen Gründen, oder beruhe die Nichtübertragbarkeit auf einem privatvertraglichen Abtretungsverbot (§ 399 2. Fall BGB a.F.), so solle dieser Fall dem anfänglichen Unvermögen gleich behandelt werden, also die Rechtsfolge der §§ 440, 325, 326 BGB a.F. auslösen.[37]

Nach einer weiteren, früher von der Rechtsprechung und teilweise auch von der Literatur vertretenen Auffassung folgt die Anordnung der Leistungspflicht des Verkäufers nach § 437 BGB a. F. unter Verdrängung des § 306 BGB a. F. aus einer dem Leistungsversprechen des Verkäufers innewohnenden „stillschweigenden Garantie".[38]

Auch nach einer dritten Auffassung,[39] nach der das Spannungsverhältnis zwischen § 306 und § 437 BGB a.F. nur eine naturgesetzliche oder eine Folge der Rechtsordnung ist, ergab sich zunächst nichts anderes: Hiernach fände die Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 306 BGB a.F. darin seine Begründung, dass die Norm geradezu auf solche Fälle abzielt, in denen die versprochene Leistung bereits naturgesetzlich oder aus Gründen der Rechtsordnung unmöglich ist. § 306 BGB a.F. habe dort keine Berechtigung, wo das zu verkaufende Recht grundsätzlich bzw. nach der Rechtsordnung in seinem Bestand möglich ist, jedoch lediglich im konkreten Fall nicht besteht. Die Haftung des Verkäufers ergebe sich aus dem Gedanken, dass der Schuldner für das im Vertragsschluss gegebene Wort einstehen muss. Darüber hinaus gehende Begründungen und Rechtfertigungen, wie die des „Risikovorteils" oder der konkludenten Über-

---

36 *Köhler* in: Staudinger, BGB, § 437, Rdnr. 7; *Walter* in: Handbuch des Schuldrechts, § 4 I, (S. 108 f.); *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, II/1, § 45 I, (S. 161); *Huber* in: Soergel, BGB, § 437, Rdnr. 3, 19, 31; *Westermann* in: MünchKomm, BGB, § 437, Rdnr. 8; *Grunewald* in: Erman, BGB, § 437, Rdnr. 1.

37 BGH NJW 1970, 556 (557).

38 RGZ 68, 292 (293); 73, 210 (211); OLG München NJW 1971, 1807 (1808); *Enneccerus-Lehmann*, § 106, I. 4. (S. 412).

39 *Huber* in: Soergel, BGB, § 437, Rdnr. 1, 2 m.w.N.; *Wolf* in: Soergel, BGB, § 306, Rdnr. 7

nahme einer Garantie durch den Verkäufer für den Bestand des Rechts bei Kaufvertragsschluss, bedürfe es nicht. Die Haftung beruhe schlicht darauf, dass durch den Kaufvertrag die Verpflichtung des Verkäufers zur Leistung des Rechts vereinbart wird.[40] Es gäbe in diesen Fällen keinen Grund dafür, ihn hieran nicht festzuhalten. Anders wäre es nur dann, könne das zu verkaufende Recht nach der Rechtsordnung überhaupt nicht existieren, denn dann treffe es nicht zu, dass der Verkäufer eine grundsätzlich erfüllbare Pflicht übernommen hat.[41]

Die unterschiedlichen Begründungen zu § 437 BGB a.F. lassen sich im Ergebnis auf einen Punkt reduzieren: Durch § 437 BGB a.F. wurden Fälle der sonst objektiven Unmöglichkeit zu solchen des anfänglichen Unvermögens umbewertet bzw. als solche behandelt.[42] § 437 BGB a.F. durchbrach ganz zu Recht, und dies war weit herrschende Meinung,[43] den Grundsatz *impossibilium nulla obligatio est*.[44]

bb) Der Regelungsgehalt des § 311a Abs. 1 BGB im Hinblick auf die anfängliche Unmöglichkeit

Mit der Schuldrechtsmodernisierung entschied sich der Gesetzgeber nicht nur dazu, sämtliche Fälle der Unmöglichkeit gleich zu behandeln, sondern auch die Vertragsnichtigkeit bei anfänglich objektiver Unmöglichkeit aufzugeben. § 275 BGB befreit den Schuldner zwar von der Pflicht zu einer ihm oder auch niemandem möglichen Leistung; der Gläubiger kann die unmögliche Leistung auch nicht (mehr) verlangen. Dies soll aber im Unterschied zur früheren Rechtslage die Wirksamkeit des Vertrages bei anfänglicher Unmöglichkeit unberührt lassen, was § 311a Abs. 1 BGB ausdrücklich anordnet. In der Gesetzes-

---

40 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 46 f.

41 *Huber* in: Soergel, BGB, § 437, Rdnr. 2, 3; noch anders *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, § 91, 4. Kap. 5. (S. 286), der eine Unterscheidung des zu verkaufenden Rechts nach grundsätzlich nach der Rechtsordnung nicht existenzfähigen Rechten ablehnt und daher auch diese als von § 437 BGB a.F. erfasst sieht, mit der Folge, dass § 306 BGB a.F. im Rechtskauf keine Anwendung findet.

42 *Huber* in: Handbuch des Schuldrechts, Leistungsstörungen, § 23 I 4. (S. 556 f.).

43 *Huber* in: Handbuch des Schuldrechts, Leistungsstörungen, § 4 I 1. (S. 98); *Mommsen*, Die Unmöglichkeit der Leistung, § 14, (S. 134 f.); *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, § 315, (S. 289 ff.); *Köhler* in: Staudinger, BGB, § 437, Rdnr. 1-4, vgl. auch die dortigen Nachweise.

44 D 50, 17, 185 (Celsus): „Impossibilium nulla obligatio est“.

begründung zu § 311a Abs. 1 BGB führte die Bundesregierung aus,[45] die vormals die anfängliche Unmöglichkeit regelnden Vorschriften der §§ 306 bis 308 BGB a.F. seien zuvor schon allgemein als unsachgemäß angesehen worden. Dies gelte sowohl im Hinblick auf die Nichtigkeitsfolge, als auch in Bezug auf die Begrenzung des Ersatzanspruchs auf das negative Interesse. Eine Gleichstellung der anfänglichen Unmöglichkeit mit dem anfänglichen Unvermögen sei daher von Vorteil. Im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung wurde § 306 BGB a.F. daher auch aufgehoben.

Zugleich bestimmt nunmehr § 311a Abs. 1 BGB, dass der Wirksamkeit eines Vertrages nicht entgegen steht, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt. Damit ist der Gesetzgeber zumindest in seiner Zielrichtung, einen einmal geschlossenen Vertrag nicht schon wegen Unmöglichkeit der Leistung für nichtig zu erklären, der schon in frühen Jahren des BGB geäußerten Kritik (mehr oder weniger bewusst) nachgegangen. Bereits im Jahr 1907 wies *Rabel*[46] darauf hin, es sei wenig überzeugend, das gesamte Schuldverhältnis allein wegen Unmöglichkeit der Leistung als unwirksam zu erklären. Der Grundsatz *impossibilium nulla obligatio est*, der eigentlich nur in § 306 BGB seine treffende Bedeutung habe,[47] sei zu Unrecht auch auf das anfängliche Unvermögen übertragen worden, so dass folglich, wenn der Schuldner nicht leisten kann, dessen Leistungspflicht auch bei Unvermögen geleugnet werde (Erlöschen der Leistungspflicht): Das Forderungsrecht an einer Leistung könne nicht bestehen, es könne nicht entstehen und es könne nicht fortbestehen. Das ist nach *Rabel* jedoch zu kurz gegriffen und missachte die Rechtsfolgen hieraus.[48] Dass wegen Unmöglichkeit der Leistungserbringung nicht zwingend zugleich die Leistungsverpflichtung wegfällt, ergäbe sich bereits aus dem Gesetz für die verschuldete nachträgliche Unmöglichkeit, sofern man bereit ist, § 275 BGB a.F. vollständig zu erfassen, also ohne den Wortlaut dieser Norm um das Verschulden zu redu-

---

45 Regierungsbegründung des Gesetztes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I 3138), BT-Drucks. 14/6040 S. 164 rechte Spalte; vgl. auch Beck'sche Gesetzesdokumentationen, Schuldrechtsreform 2002, S. 726 f.

46 *Rabel*, FS f. E. I. Bekker, S. 171 (177 f.).

47 Gemeint sind die unter § 306 BGB a.F. fallenden Vertragsgegenstände, die auch nach dem neuen Schuldrecht kein wirksames Leistungsversprechen zustande kommen lassen, wie völlig sinnlose, nach dem natürlichen Verstand nicht erbringbare Leistungen. *Rabel* ging sogar noch einschränkender davon aus, dass nur Aberglaube und Borniertheit mangels Begründung von Verkehrsinteressen die einzigen wahren Fälle sind, in denen § 306 BGB a.F. seine Berechtigung hat, (FS f. E. I. Becker, S. 171 (227).

48 *Rabel*, FS f. E. I. Bekker, S. 171 (174 f.).

zieren.[49] In gleicher Weise ließe auch § 437 BGB a.F. bei anfänglichem Unvermögen den Vertrag unberührt.[50] Schließlich bedeute die Obligation nur ein Soll und nicht ein Müssen. Mit Nichten folge hieraus, dass man die Leistung nicht schuldig sein kann. Die Vertragsvereinbarung könne rein logisch betrachtet als Band zwischen den Parteien existieren. So sei man sich schon im gemeinen Recht ziemlich einig gewesen, dass der Vertrag trotz Unmöglichkeit der Leistung fortbestehen könne, sofern nur an die Stelle der ursprünglichen Leistung deren Geldäquivalent tritt (gleichsam als umgewandelter Erfüllungsanspruch).[51]

Nach *Rabel* habe es sogar bereits früher des § 306 BGB a.F. nicht bedurft. Für die anfänglichen Leistungshindernisse handele es sich regelmäßig um einen Irrtum einer der Vertragsparteien, dessen Rechtsfolgen durchaus über § 119 BGB zu regeln wären. Denn es sei geradezu selbstverständlich, dass derjenige, der sich bindet, zuvor seine Fähigkeiten prüfen müsse, ob er dem Gläubiger den versprochenen Erfolg zu erbringen vermag. Die übrigen Fälle von aussichtslosen Verträgen, die einen völlig unsinnigen Vertragsgegenstand zum Zwecke haben, seien auch über andere Normen, nicht zuletzt über § 134 BGB lösbar und bedürften keiner eigenen Norm.[52] *Rabel* ist in diesem rein objektiven Zusammenhang beizupflichten, dass in der Tat anfängliche Leistungshindernisse die Nichtigkeit des Vertrages nicht stets erfordern. Dies gilt umso mehr, als es in Konsequenz des Leistungshindernisses um Schadensersatz in Form des Geldersatzes geht. Es stellt sich dann nämlich die Frage, woher der Schadensersatzanspruch eigentlich kommt, wenn seine Grundlage wegfällt. Augenscheinlich wird das namentlich in den Fällen, in welchen dem Schuldner die unbedingte Einstandspflicht für anfängliche Unmöglichkeit auferlegt werden soll, wie im Bereich des Rechtskaufs oder in den Fällen der Garantieübernahme. In Konsequenz hieraus und dem Bedürfnis, Verträge trotz anfänglicher Leistungshindernisse weiterhin wirksam zu behalten, schränkte die Praxis selbst den Anwendungsbereich des § 306 BGB a.F. mehr und mehr ein, sei es durch entsprechende Garantieerklärungen oder auch durch Zuordnung von Fällen der objektiven Unmöglichkeit zur Gruppe des anfänglichen Unvermögens.[53] Aufgrund

---

49 *Rabel*, FS f. E. I. Bekker, S. 171 (174): betrachtete die Reduzierung des § 275 BGB a.F. um das Vertretenmüssen für die Leistungsbefreiung als eine folgenschwere Fehlinterpretation dieser Norm.

50 *Rabel*, FS f. E.I. Bekker, S 171 (177).

51 *Rabel*, FS f. E. I. Bekker, S. 171 (177).

52 *Rabel*, FS f. E. I. Bekker, S. 171 (227).

53 Vgl. hierzu *Grunewald*, JZ 2001, 433 (434) mit weiteren Nachweisen und Beispielen aus der Rechtsprechung für die restriktive Anwendung des § 306 BGB a.F. in den

der nunmehr durch § 311a Abs. 1 BGB ausdrücklich angeordneten Wirksamkeit des Schuldverhältnisses auch im Bereich der anfänglichen Unmöglichkeit, bedarf es konsequenter Weise der Abgrenzung zwischen anfänglicher Unmöglichkeit und anfänglichem Unvermögen nicht mehr. Da die Befreiungswirkung für das gesamte Schuldverhältnis im Gegensatz zur alten Rechtslage insofern nicht mehr schädlich ist, als aus ihm zumindest Sekundäransprüche auf Geldentschädigung auf das Vertragesinteresse folgen, steht einer einheitlichen Norm für beide anfänglichen Leistungshindernisse im Sinne einer einheitlichen Unmöglichkeit nichts mehr entgegen. Hieraus folgt, dass es der Ausnahmebeurteilung des besonderen Kaufgegenstandes in Form einer Forderung oder sonstigen Rechts jedenfalls hinsichtlich der Vertragsnichtigkeit und der Rechtsfolge Schadensersatz auf das positive Interesse nicht mehr bedarf. Gerade hinsichtlich des Ersatzes des Vertragsinteresses macht § 311a Abs. 1 BGB deutlich, dass der Satz *impossibilium nulla obligatio est* einer interessengerechten Rechtsfolge nicht im Wege steht, sondern dass - dogmatisch nunmehr auch im Einklang mit der früheren Forderung *Rabels* - Anknüpfungspunkt allein die Nichterfüllung eines wirksamen Leistungsversprechens ist, während die Leistungsverpflichtung ipso iure wegfällt.[54]

cc) Zusammenfassung

In objektiver Hinsicht ist mit der Aufhebung des § 306 BGB a.F. und die ausdrückliche Anordnung der Vertragswirksamkeit ungeachtet des Wegfalls der Leistungsverpflichtung in Folge Unmöglichkeit der Leistung in § 311a Abs. 1 BGB ein Hauptproblempunkt im Bereich des Rechtskaufs weggefallen. Der früher dieses Problem zugunsten des Rechtskäufers lösende § 437 BGB a.F. ist überflüssig geworden. In rein objektiver Hinsicht wurden die anfängliche Unmöglichkeit und das anfängliches Unvermögen gleichgeschaltet.

Zugleich ist für das anfängliche Unvermögen generell das dogmatische Problem beseitigt worden, wie sich das grundsätzlich befürwortete Bestehenbleiben des Erfüllungsanspruchs trotz Unvermögens der Leistungserbringung zur Begründung von Sekundäransprüchen verhält. Hier ging man nämlich ohne weiteres vom Primäranspruch zum Sekundäranspruch über, lediglich unter dem Hinweis,

---

Bereichen des Mietrechts, Werkvertragsrechts, Kaufvertragsrechts, des urheberechtlichen Nutzungsvertrages und des Dienstvertragsrechts.

54 *Rabel*, FS f. E. I. Bekker, S. 171 (178).

die Rechtsordnung könne niemanden zu einer Leistung verpflichten, deren Erbringung nicht möglich ist.[55]

b) Konsequenzen in subjektiver Hinsicht - von der Garantiehaftung zur Verschuldenshaftung?

Während sich der ersatzlose Wegfall des § 437 BGB a.F. in objektiver Hinsicht kaum ausgewirkt hat, weil sein Regelungsgehalt teilweise von § 435 BGB aufgenommen wurde und teilweise infolge der Systemänderung des jetzt geltenden neuen allgemeinen Schuldrechts als Sonderregelung des Rechtskaufs nicht mehr erforderlich ist, verhält es sich in subjektiver Hinsicht ganz anders. Es geht um das Erfordernis eines Verschuldens des Verkäufers für die Unmöglichkeit seiner Leistungserbringung als Voraussetzung für Schadensersatz statt der Leistung. Es stellt sich die Frage, ob im Bereich des Rechtskaufs die einst unbezweifelte Garantiehaftung des Forderungsverkäufers nach § 437 BGB a.F. aufgegeben wurde und ausnahmslos auch diese Haftung dem alles umspannenden Verschuldensprinzip zuzuordnen ist.

aa) Die Regelung des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB

Nachdem die Spezialregelung für den Rechtskauf aufgegeben wurde und in objektiver Hinsicht grundsätzlich eine gesetzestechnische Unterscheidung zwischen Sachen und Rechten nicht mehr erfolgt, ist vor allem für den Forderungskauf die Frage nach den subjektiven Haftungsvoraussetzungen programmiert, sieht doch der im Bereich der anfänglichen Unmöglichkeit einschlägige § 311a Abs. 2 S. 2 BGB grundsätzlich eine verschuldensabhängige Haftung vor, wenn auch in Form der Beweislastumkehr. Hiernach trifft den Verkäufer lediglich dann eine Schadens- und Aufwandsersatzpflicht, wenn er das Leistungshindernis bei Vertragsschluss entweder kannte, oder seine Unkenntnis zu vertreten hat.

bb) Die Problemlage der verschuldensabhängigen Haftung für die Forfaitierung

Für die Forfaitierung ist eine verschuldensabhängige Haftung unter Umständen nicht akzeptabel. Die Risiken für den Forfaiteur, die mit der fehlenden Körperlichkeit der forfaitierten Forderung und demzufolge mit fehlender Prüfbarkeit

---

[55] Vgl. die Darstellung bei *Wagner*, JZ 1998, 482 (483 f, 490 f.); *Emmerich* in: MünchKomm, BGB, (Bd. 2), Vor § 275, Rdnr. 11 ff.; *Löwisch* in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu § 275, Rdnr. 3, § 306, Rdnr. 45 ff; *Wolf* in: Soergel, BGB, § 306, Rdnr. 26 f.

einer ordnungsgemäßen Erfüllung einhergehen, wurden von der gesetzlich angeordneten Garantiehaftung des Verkäufers in § 437 BGB a.F. aufgefangen. Die Risikolage zwischen beiden Vertragsparteien im Forderungskauf im Allgemeinen, sowie bei der Forfaitierung im Besonderen, war ausgewogen. Das grundsätzliche Verschuldenserfordernis nach § 311a Abs. 2 S. 2 BGB belastet den Forfaiteur nunmehr jedoch mit einem unerträglichen Vertragsrisiko. Auch wenn § 311a Abs. 2 S. 2 BGB dem Verkäufer (Exporteur) die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich seines fehlenden Verschuldens auferlegt, so verbleibt doch bei dem Käufer (Forfaiteur) ein gewisses Prozessrisiko, das er bei einer reinen Garantiehaftung entsprechend der alten Rechtslage nicht zu tragen hätte. Es sind durchaus Fälle denkbar, bei denen der Exporteur als Forderungsverkäufer frei von Schuld handelt, indem er von der Mangelhaftigkeit seiner Forderung nichts weiß. Ein solcher Fall kann schon bei den Sachmängelhaftungsansprüchen des Importeurs gegen den Exporteur vorliegen. Nach dem gewöhnlichen Gang der Dinge ist wohl nicht davon auszugehen, dass der Exporteur regelmäßig mit der Mangelhaftigkeit seiner Leistung an den Importeur rechnen muss. Es dürfte wohl eher anzunehmen sein, dass der Exporteur umfassend dafür Sorge trägt, dass seine Lieferung frei von Mängeln ist. Gleichwohl kann aber auch die sorgfältigste Qualitätskontrolle nicht alle verborgenen Mängel mit absoluter Sicherheit ausschließen.[56] Jedoch erscheint auch die Auffassung nicht als unhaltbar, zumindest wegen der bloßen Möglichkeit einer mangelhaften Lieferung des Exporteurs und daraus resultierender Mängelhaftungsansprüche des Importeurs, regelmäßig auf die fahrlässige Nichtkenntnis des Exporteurs hinsichtlich eines entgegenstehenden Rechts an der Forderung zu schließen.

Ein Fall völlig schuldloser Unkenntnis des Exporteurs vom nicht vertragsgerechten Bestehen der Forderung dürfte jedoch in den Fällen des Bestehens einer Aufrechnungslage vorliegen: Es ist möglich, dass der Importeur von einem Gläubiger des Exporteurs eine aufrechenbare Forderung abgetreten erhalten hat, wovon der Exporteur nichts wusste und der Importeur nunmehr die Aufrechnung gegenüber dem Exporteur erklärt. Die Aufrechnung wirkt dann nicht vom Zeitpunkt der Erklärung der Aufrechnung an, sondern vom Zeitpunkt des aufrechenbaren Gegenüberstehens der beiden Forderungen, also rückwirkend, möglicherweise sogar zurück auf den Zeitpunkt der Entstehung der später an die Bank forfaitierten Forderung aus dem Exportgeschäft. Infolgedessen konnte der Ex-

---

[56] Hierauf wies *Brink*, WM 2003, 1355 (1358) hin, indem er völlig zutreffend ausführte, dass im Regelfall der Verkäufer den Käufer seiner Waren mit der Lieferung mangelhafter Waren ebenso wenig belästigen will, wie er den Erwerber der hieraus resultierenden Forderung um deren Rechtsbestand bringen will.

porteur bereits vor dem Zeitpunkt der Forfaitierung die vertragliche Leistung nicht mehr erbringen, ohne hiervon Kenntnis haben zu können.[57]

In diesen Fällen fehlenden Verschuldens des Verkäufers wird der Forfaiteur (Bank) nach § 311a Abs. 2 S. 2 BGB mit einem Risiko belastet, welches zweifelsohne nicht aus seinem Herrschafts- und Risikobereich stammt. Mit dem Wegfall des § 437 BGB a.F. ist daher zu vorderst klärungsbedürftig, ob das mit dem neuen Haftungskonzept eingeführte Verschuldensprinzip ausnahmslos auch für den Rechtskauf gilt und die hierfür zuvor geltende Garantiehaftung nunmehr ein Relikt der Geschichte geworden ist.

cc) Zusammenfassung

Mit dem Wegfall des § 437 BGB a.F. ist eine ausdrückliche Anordnung der Garantiehaftung des Forderungsverkäufers für sein anfängliches Leistungsvermögen ersatzlos entfallen. Der in diesem Bereich berufene § 311a Abs. 2 S. 2 BGB gibt dem Forderungskäufer einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung nur unter der Voraussetzung der positiven Kenntnis oder zumindest der fahrlässigen Unkenntnis des Forderungsverkäufers im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Die entsprechende Anwendung des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB auf den Rechtskauf führt im Rahmen der Forfaitierung zu einem Ungleichgewicht in der Risikoverteilung zwischen Exporteur und Forfaiteur. Das zeigt sich an ohne weiteres auftretenden Fällen, in denen das Prozessrisiko für den Forfaiteur unbeherrschbar wird. Im Bereich des Forderungskaufs ist die verschuldensabhängige Haftung nicht akzeptabel. Es ist daher zu analysieren, ob das modernisierte Schuldrecht im Rahmen der Auslegung des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB und des durch Verweis in Bezug genommenen § 276 Abs. 1 BGB als konkrete Regelungen des Verschuldens eine Ausnahme vom Grundsatz der Verschuldenshaftung für die Fälle anfänglicher Unmöglichkeit beim Forderungskauf zulässt.

4. Die Auslegung des § 276 Abs. 1 S. 1 i. V. mit § 311a Abs. 2 S. 2 BGB

a) Auslegungsziel

Die zuvor zur Begründung einer Garantiehaftung für anfängliches Unvermögen im Rechtskauf von der herrschenden Meinung herangezogene fehlende Körperlichkeit von Forderungen und Rechten hat sich nach der Schuldrechtsmodernisierung als Argument für eine Sonderbehandlung des Rechtskaufs nicht erledigt. Vielmehr ist die fehlende Überzeugungsmöglichkeit des Forderungskäufers von

---

[57] Auf die Möglichkeit des Entstehens einer Aufrechnungslage aufgrund von Gegengeschäften verweist auch *Brink*, WM 2003, 1355 (1358).

der Ordnungsmäßigkeit des Kaufgegenstandes und damit sein besonderes Schutzbedürfnis auch nach der Aufhebung des § 437 BGB a.F. und der Einführung des § 311a BGB weiterhin von Relevanz. In der Gesetzesbegründung ist nicht dazu Stellung genommen worden, ob man der Schutzbedürftigkeit des Forderungskäufers noch Bedeutung beimisst.[58] Will man an der besonderen Schutzbedürftigkeit des Forderungskäufers auch gegenwärtig noch festhalten, so lässt sie sich nur über eine Auslegung der §§ 311a Abs. 2 S. 2, 276 Abs. 1 S. 1 BGB mit dem Ergebnis einer konkludenten Garantieerklärung für das Veritätsrisiko berücksichtigen, welche aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses folgt.[59]

b) Die Kritik an der neuen Verschuldensregelung für anfängliche Leistungshindernisse

Das soeben dargestellte Auslegungsziel steht im Einklang mit einer Vielzahl von Forderungen aus der Literatur, die Besonderheiten des Rechtskaufs im Bereich der anfänglichen Unmöglichkeit nicht außer Acht zu lassen. Das Gesetzgebungsvorhaben einer Schuldrechtsmodernisierung fand in dieser Richtung hinsichtlich der generellen Aufgabe der Garantiehaftung für anfängliches Unvermögen schon früh umfangreiche Kritik.[60] Die verschuldensabhängige Haftung stifte mehr Verwirrung und Rechtsunsicherheit, als sie für Klarheit sorge. Sie bedeute einen Rückschritt auf eine längst überwundene Stufe der Rechtsent-

---

58 Regierungsbegründung zum Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040, S. 165 f. Auch die Begründung des Rechtsausschusses nach seiner Beratung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung enthält zur Schutzbedürftigkeit des Rechtskäufers nach der früheren Dogmatik keine Aussagen. Sie hält § 437 BGB a.F. allgemein nicht für zweckmäßig und verweist im Übrigen auf die Möglichkeit des Rechtskäufers, auf eine besondere Garantieerklärung des Rechtsverkäufers zu bestehen, BT-Drucks. 14/7052, S. 198.

59 Vgl. auch *Oechsler*, Schuldrecht, Besonderer Teil Vertragsrecht, § 2, 2., Rdnr. 402; so auch *Zimmer*, NJW 2002, 1 (3, 11); *Schultz* in: Westermann, Das Schuldrecht 2002, S. 76 f.

60 *Oechsler*, Schuldrecht, Besonderer Teil Vertragsrecht, § 2, 2., Rdnr. 402; *Ernst*, JZ 1994, 801 (809); *ders*. ZRP 2001, 1 (11); *Huber* in: Ernst/Zimmermann, S 87 f.; *Knütel*, NJW 2001, 2519 (2519 ff); *Zimmermann*, JZ 2001, 171 (177, 180); *Dauner-Lieb*, JZ 2001, 8 (18); *Altmeppen*, DB 2001, 1399 (1399 ff.); dazu *Canaris*, DB 2001, 1815 (1815 ff.); hiergegen *Altmeppen*, DB 2001, 1821 (1822 ff.); *Magnus* in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 67 (79); *Wieser*, NJW 2001, 121 (124); *Brüggemeier*, JZ 2000, 529 (536); hiergegen die Neuregelungen des Leistungsstörungsrechts verteidigend: *Canaris*, ZRP 2001, 329 (331 f.); *Lorenz*, JZ 2001, 742 (744); *Medicus* in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, 3. Kap. IV 3. Rdnr. 70 f. (S. 97); *Schellhammer*, MDR 2002, 485 (487).

wicklung und sei geradezu reaktionär.[61] Der Gläubiger wisse bei Vertragsschluss nicht mehr woran er ist. Weil die Garantiehaftung für die persönliche Leistungsfähigkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die sachgerechtere Lösung sei, wäre unter der Geltung des Verschuldensprinzips die Rechtspraxis letztlich dazu gezwungen, auf gekünstelte Verschuldensfiktionen oder auf fiktive vertragliche Garantieübernahmen zurück zu greifen.[62] Die Begründungsversuche, den schuldhaft bei Vertragsschluss handelnden Schuldner auf das positive Interesse trotz Nichtbestehens der Leistungspflicht haften zu lassen, liefen auf einen dogmatischen Bruch hinaus und seien wertungsmäßig nicht nachvollziehbar, denn letztlich widersprächen sich Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen.[63]

c) Die Auslegung nach dem Wortlaut

Der Wortlaut des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB ist allgemein gehalten und verweist in seiner Formulierung: *„...wenn der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat.“* auf die Regelungen des § 276 BGB. Aus ihm geht unmittelbar keine Einschränkung dieser Regelung auf den Rechtkauf hervor. Etwas anderes könnte sich mittelbar infolge der Bezugnahme der Verschuldensregelung durch die Worte *„nicht zu vertreten hat“* ergeben. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB lässt ausdrücklich neben der Verschuldenshaftung auch die Garantiehaftung zu, indem er die Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit als Grundsatz anführt. Danach gilt dieser „grundsätzliche“ Haftungsmaßstab nur dann, *„...wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist“*.

Auf die Bezugnahme des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB als Möglichkeit, die Garantiehaftung im Einzelfall zur Anwendung zu bringen, verwies auch die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung[64] zu den Bedenken des Bundesrates[65] bezüglich einer fehlenden Nachfolgeregelung des § 437 BGB a.F.

---

61 *Huber* in: Handbuch des Schuldrechts, Bd. I § 22 III, S. 538 f.

62 *Ernst*, JZ 1994, 801 (809).

63 *Altmeppen*, Der Betrieb 2001, 1399 (1401 f.); *ders*., Der Betrieb 2001, 1821 (1823); *Knütel*, NJW 2001, 2519 (2519 f); so bereits schon *Oertmann*, AcP 140 (1935), 129 (146).

64 Gegenäußerung der Bundesregierung, Anlage 3 zu BT-Drucks. 14/6857, S. 54, (rechte Spalte).

Im Weiteren ist daher zu analysieren, ob die offenbar nicht für obsolet gehaltene besondere Schutzbedürftigkeit des Forderungskäufers dazu führt, den Rechtskauf als eine Fallgruppe anzusehen, die generell eine strengere Haftung in Form der Garantiehaftung mit sich bringt. Der Wortlaut des § 276 Abs. 1 S. 1 lässt jedenfalls die Annahme des Rechtskaufs als eine Fallgruppe zu, bei der der Rechtsverkäufer mit Vertragsschluss eine Garantie für seine anfängliche Leistungsbereitschaft übernimmt.[66] Insoweit darf der Wortlaut des § 276 Abs. 1 BGB als nicht abschließend, sondern vielmehr als eine Aufzählung von Regelbeispielen verstanden werden, sodass weitere Fälle, bei denen eine Haftungsverschärfung vorzunehmen ist, durch Auslegung zu ermitteln sind.[67]

d) Systematische Auslegung

Bevor eine mögliche Einbindung des Rechtskaufs als Fallgruppe einer regelmäßigen verschuldensunabhängigen Haftung im Rahmen des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB detailliert untersucht werden kann, ist zunächst zu klären, ob eine Bejahung einer solchen generellen verschuldensunabhängigen Haftung mit der Systematik des Leistungsstörungs- und Schadensersatzrechts nach der neuen Konzeption des allgemeinen Schuldrechts zu vereinbaren ist. Will man den Rechtskauf als einen Spezialfall behandeln, bei dem regelmäßig für anfängliches Unvermögen garantiemäßig zu haften ist, so muss das neue, grundsätzlich vom Verschulden ausgehende System des allgemeinen Schuldrechts einen derartigen Ausnahmetatbestand zulassen. Seine Zulässigkeit kann sich dabei sowohl aus rechtspolitischen, als auch aus systematischen Gesichtspunkten ergeben. Die Frage nach der inneren Systematik schärft dabei zunächst den Blick auf die Haftungsprinzipien des BGB.

aa) Das Argument des beherrschenden Verschuldensprinzips

Gegen die Befürwortung einer generellen Garantiehaftung für anfängliche Unmöglichkeit beim Rechtskauf könnte der Umstand sprechen, dass im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung davon ausgegangen wurde, dass das BGB vom

---

65 Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 2 zu BT-Drucks. 14/6857, S. 17, 18.

66 A.A. mit der Erklärung des Bedauerns hierüber, dass allein aus der Natur des Rechtsgeschäfts eine strengere Haftung nicht folgen dürfte, was insbesondere die Ausdehnung auf die Bestandsgarantie von Forderungen nicht zulasse: *Brink*, WM 2003, 1355 (1359).

67 *Westermann* in: Erman, BGB, (11. Aufl.), § 311a, Rdnr. 17.

Verschuldensprinzip beherrscht wird[68] und dieses Prinzip mit den Neuregelungen im allgemeinen Schuldrecht und auch im Mängelhaftungsrecht insoweit lediglich nachgezeichnet wurde. Käme man zu einem solchen Schluss, würde sich eine generelle Fallgruppe der Garantiehaftung nicht in das Verschuldensprinzip einfügen.

Bereits nach der früheren Rechtslage war jedoch fraglich, ob von einem grundsätzlichen, das BGB beherrschenden Verschuldensprinzip auszugehen ist. So sollte nach dem früheren Gesetzeswillen der Schuldner für anfängliches Unvermögen generell, also ohne Verschulden haften.[69]

Dem wurde wiederum entgegen gehalten, dass der Gesetzeswille keine unüberwindbare Barriere sei. Insoweit stünde entgegen, dass das Gesetz die Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatz stets von schuldhaftem Verhalten abhängig mache und es diesen Grundsatz nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen verließe. Dies sei nur dann der Fall gewesen, wenn sich herausstellte, dass der Grundsatz der Verschuldenshaftung zu keiner befriedigenden Lösung führte.[70]

Dagegen wurde zu Recht eingewandt, das BGB beruhe auf einer Kombination von Garantie- und Verschuldensprinzip. Beide Haftungsprinzipien würden sich wechselseitig beschränken und ergänzen. Während das Verschuldensprinzip für den Verzug und die nachträgliche Unmöglichkeit gälte, sei das Garantieprinzip grundsätzlich für die sonstigen Vertragsverletzungen, so auch für das anfängliche Unvermögen einschlägig gewesen. Mitnichten sei das Verschuldensprinzip die Regel und das Garantieprinzip die Ausnahme und demzufolge sein Geltungsanspruch besonders begründungsbedürftig.[71]

Die Beherrschung des BGB durch beide Haftungsprinzipien zeigt sich in verschiedenen Konstellationen. Während die Verschuldenshaftung beispielsweise bei der positiven Forderungsverletzung verlangt wird, gilt grundsätzlich die Garantiehaftung für bestimmte Leistungsversprechen, wie das der Geldschuld, der

---

68 Ein vorherrschendes Verschuldensprinzip bejahend: BT-Drucks. 14/6040 S. 166; *Canaris* in: Schulze/Schulte-Nölke, 43 (57); *ders.*, Der Betrieb 2001, 1815 (1819); auch *Magnus* in: Schulze/Schulte-Nölke, 67 (73 f.).

69 *Gudian*, NJW 1971, 1239 (1240) mit Verweis auf die Motive II, S. 45.

70 *Gudian*, NJW 1971, 1239 (1240 f.).

71 *Huber* in: Handbuch des Schuldrechts, Bd. I § 2 II 2 c), (S. 32), § 22 I 2. (S. 525 f.); *Gernhuber*, Bürgerliches Recht, § 31 III 4 a, (S. 291).“Die (landläufige)Behauptung einer auch nur grundsätzlichen Geltung des Schulprinzips ist jedoch irrig“.

Gattungsschuld im Allgemeinen oder der beruflichen und fachlichen Fähigkeit bei Versprechen einer Dienst- oder Werkleistung. Diese Leistungsversprechen durchbrechen sogar den viel zitierten Grundsatz „Kein Verzug ohne Verschulden“. Hieran ist deutlich erkennbar, dass beide Prinzipien sich gegenseitig eingrenzen. So wie im Bereich der Verschuldenshaftung Elemente des Garantieprinzips enthalten sind, funktioniert das System auch umgekehrt. Sogar bei dem Grad des Verschuldens nach § 276 BGB erlangt das Garantieprinzip im Begriff der Fahrlässigkeit mittelbar Geltung, indem der Maßstab der Sorgfaltspflicht objektiv bestimmt ist bzw. sich nach dem richtet, was allein nach dem Vertrag vorausgesetzt werden kann. Nicht zuletzt ist auch die Beweislastumkehr für die Verschuldensvoraussetzung eine Folge des Einflusses des Garantieprinzips im Bereich des Verschuldensprinzips,[72] denn über die Verschuldensvermutung ist die Verschuldenshaftung praktisch der Garantiehaftung angenähert.[73] So wurde die in § 282 BGB a.F. angeordnete Beweislastumkehr für die Kausalität zwischen Verschulden und Unmöglichkeit der Leistung und schließlich auch die Ausdehnung dieser Beweislastverteilung auf das Vertretenmüssen über den Wortlaut der Norm hinaus damit begründet, dass sich gerade die Ursachen der Unmöglichkeit regelmäßig in der Sphäre des Schuldners befinden, in die der Gläubiger keinen Einblick hat.[74]

Von einem schon früher das BGB beherrschenden Verschuldensprinzip kann damit nicht gesprochen werden. Das Argument der bloßen Fortschreibung des Verschuldensprinzips geht daher fehl. Die strikte Aufgabe des Garantieprinzips und die ausnahmslose Hinwendung zum Verschuldensprinzip im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung missachtet die althergebrachte Kombination des BGB von beiden Prinzipien.

bb) Die Unterscheidung zwischen nachträglicher und anfänglicher Unmöglichkeit – nur ein überkommenes, für ein modernes Vertragsrecht unbrauchbares Kriterium oder Ausdruck unterschiedlicher Sorgfaltsanforderungen

Ein weiteres Indiz dafür, dass sich die verschuldensunabhängige Haftung für anfängliche Unmöglichkeit zumindest für den Rechtskauf durchaus in das System des Leistungsstörungsrechts einfügt, zeigt sich an der früheren unver-

---

72 So *Huber* in: Handbuch des Schuldrechts, Bd. I, § 22 I 3. (S. 527 f.); so auch *Magnus*, Schulze/Schulte-Nölke, 67 (74).

73 *Huber* in: Handbuch des Schuldrechts, Bd. I, § 22 I 3. (S. 528).

74 *Strieder* in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 282, Rdnr. 2, 3.

zichtbaren Unterscheidung zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit.

Die Aufgabe dieser Differenzierung hielt die Gesetzesbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ohne weiteres für erforderlich und ratsam, weil es oft vom Zufall abhinge, zu welchem Zeitpunkt der Kaufgegenstand untergegangen ist und deshalb die Leistungsverpflichtung unmöglich wurde und dieser Zeitpunkt oftmals schwer beweisbar sei.[75]

Die mit § 311a BGB eingeführte Vereinheitlichung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit lässt jedoch diejenigen wesentlichen Unterschiede in den Interessenlagen der Vertragsparteien außer Acht, die gerade nach alter Rechtslage für die unterschiedliche Behandlung der anfänglichen und der nachträglichen Leistungshindernisse maßgeblich waren und auch gegenwärtig in derselben Weise bestehen. So hat der Käufer vor Vertragsschluss keine oder nur eine sehr eingeschränkte Möglichkeit, sich von der Leistungsfähigkeit seines Verkäufers zu überzeugen. Vielmehr muss er sich darauf verlassen können, dass der Verkäufer ihm nur das verspricht, was er zu leisten auch im Stande ist. Hinsichtlich der Umstände nach Vertragsschluss hat der Käufer die Möglichkeit, über eine entsprechende Vertragsgestaltung auf einen möglichst kurzen Zeitraum bis zur Übergabe des Kaufgegenstandes hinzuwirken. Er ist nicht dazu gezwungen, sich auf längere Lieferzeiten einzulassen und das Risiko eines unverschuldeten Unmöglichkeitseintritts zu tragen. Dies gilt für den zeitlichen Abschnitt vor Vertragsschluss nicht, denn sämtliche Bemühungen in diesem Zeitabschnitt werden auf Seiten des Käufers rechtlich nicht erfasst. Er hat regelmäßig auch keine Möglichkeit, durch sein Verhalten auf die Leistungsfähigkeit des Verkäufers hinzuwirken. Im Gegensatz dazu hat die Verschuldenshaftung bezüglich des Unmöglichkeitseintritts im Zeitraum nach Vertragsschluss ihren Sinn. Anders als bei Leistungshindernissen vor Vertragsschluss gelangt dem Käufer die Risikolage nach Vertragsschluss zu Bewusstsein. Aus Gründen geringerer Schutzbedürftigkeit des Käufers für nachträgliche Leistungshindernisse ist hier die strenge Garantiehaftung des Schuldners nicht angezeigt.[76] Dem ist die frühere Rechtslage gerecht geworden, indem anfängliche Leistungshindernisses des Schuldners allgemein dem Garantieprinzip unterwiesen waren, während die nachträglichen Leistungshindernisses vom Verschuldensprinzip beherrscht wurden.

---

75 Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/6040, S. 164.

76 So auch *Oertmann*, AcP 140 (1935), 129 (148); *Huber* in: Ernst/Zimmerann, S. 55.

Es handelt sich nicht um „irgendwelche“ zeitlichen Aspekte, sondern um eine klare Unterscheidung zwischen Vertrauensgrundlagen, auf denen Geschäfte getätigt werden, und um Risikozuweisungen nach den Sphären der Vertragsparteien. Daher ist es unzutreffend zu behaupten, es mache keinen Unterschied, ob der Leistungsgegenstand kurz vor oder kurz nach Vertragsschluss unterginge.[77]

cc) Dogmatischer Bruch zwischen Verschuldenshaftung und Schadensersatzpflicht auf das positive Interesse als Rechtsfolge

Anfängliche Zweifel an der dogmatischen Einfügung des Garantieprinzips im Rahmen der Haftung für anfängliche Unmöglichkeit lösen sich schließlich mit Blick auf die Stimmigkeit zwischen Haftungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen auf.

Das Verschuldensprinzip nach § 311a Abs. 2 S. 2 BGB bringt in dogmatischer Hinsicht in den Fällen der anfänglichen Unmöglichkeit einen Bruch mit der Gesetzessystematik mit sich. Der Gesetzgeber erkannte zutreffend, dass sich aus der Art der Pflichtverletzung bei der anfänglichen Unmöglichkeit kein Schadensersatzanspruch auf das positive Interesse ergeben kann. Die Gesetzesbegründung wies darauf hin, dass sich das Pflichtenprogramm des Schuldners vor Vertragsschluss anders gestaltet, als nach Vertragsschluss.[78] Demzufolge kann es sich bei einem schuldhaften Verhalten des Schuldners vor Vertragsschluss stets nur um die Verletzung von Informations- oder Vergewisserungspflichten handeln, also ein Verschulden bei Vertragsverhandlungen. Eine solche Art der Pflichtverletzung zieht ganz unstreitig jedoch nur einen Schadensersatzanspruch auf das negative Interesse nach sich.[79] Dessen ungeachtet ordnet § 311a Abs. 2 S. 2 BGB ausdrücklich den Ersatz des positiven Interesses, nämlich Schadensersatz statt der Leistung an. Eine solche Rechtsfolge ist aufgrund einer Haftung für Verschulden im Rahmen der anfänglichen Unmöglichkeit nicht zu erzielen. Selbiges gilt für den Rückgriff auf die Nichterfüllung des an

---

77 I.E. so auch *Huber* in: Handbuch des Schuldrechts, Bd. I § 4 IV 3, (S. 123).

78 Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/6040, S. 165; vgl. auch *Ernst*, JZ 1994, 801 (808).

79 *Altmeppen*, DB 2001, 1399 (1400 ff.); *ders.*, DB 2001, 1821 (1823); *Knütel*, NJW 2001, 2519 (2520); *Zimmer*, NJW 2002, 1 (7 f.); *Schwarze*, Jura 2002, 73 (80 f.); zur Problematik des Anknüpfungspunktes des Verschuldens auch *Lorenz*, NJW 2002, 2497 (2500 f.); *v. Wilmowsky*, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 1 (12 f,); a.A. *Canaris* in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 43 (56 ff); *ders.*, JZ 2001, 499 (507); *ders.*, erwidernd auf Altmeppen, DB 2001, 1815 (1818 f.) allerdings meint er, der Anknüpfungspunkt des Ersatzes des positiven Interesses bestehe in der Nichterfüllung des wirksamen Leistungsversprechens.

sich wirksam abgegebenen Leistungsversprechens, wenn man annimmt, dass eine Differenzierung zwischen Leistungsversprechen und Leistungsverpflichtung möglich ist, denn letztere wird durch § 275 Abs. 1 BGB ausdrücklich als nie entstanden erklärt.

§ 311a Abs. 2 S. 2 BGB ordnet eine Rechtsfolge an, die der Gesetzessystematik widerspricht. Unter anderem war das schon in frühen Jahren des BGB eine Argumentation, die gegen das Verschuldensprinzip bei der Haftung für anfängliches Unvermögen sprach.[80] Die bereits dort aufgetretenen Erklärungsschwierigkeiten, auf welches Verhalten sich eigentlich das Verschulden beim anfänglichen Unvermögen beziehen soll, werden jedenfalls unter Anordnung der Wirksamkeit des Vertrags (§ 311a Abs. 1 BGB) zwar ohne Leistungsverpflichtung, dafür aber mit wirksamen Leistungsversprechen, nicht gelöst. Dieser Ansatz erklärt nämlich nicht, wie das Verschulden auf den Leistungsgegenstand bezogen werden kann. Insoweit führt die Gesetzesbegründung zutreffend aus, dass die Verletzung einer, auf den Leistungsgegenstand bezogenen Pflicht, der wesentliche Unterschied in dem Anknüpfungspunkt für das maßgebliche Verschulden nach Vertragsschluss ist.[81] Wenn aber eine Leistungsverpflichtung nach § 275 Abs. 1 BGB nie entstanden ist, kann die für einen Schadensersatz auf das positive Interesse maßgebliche Pflicht überhaupt nicht verletzt werden. Genau genommen hat es hiernach Pflichten bezüglich des Leistungsgegenstandes nie geben.[82] Nicht unproblematisch dürfte daher auch die Begründung der verschuldensabhängigen Haftung auf das positive Interesse im Hinblick auf die Beschreibung des „wirksamen Leistungsversprechens“ im Rahmen des § 311a BGB sein. Will man das erklärte Ziel eines einheitlichen Haftungskonzepts sowohl für die anfängliche, als auch für die nachträgliche Unmöglichkeit herbeiführen, so muss der Anknüpfungspunkt für die jeweilige Pflichtverletzung derselbe sein. Ist bei der nachträglichen Unmöglichkeit die Nichterfüllung eines Leistungsanspruchs die maßgebliche Voraussetzung für Schadensersatz statt der Leistung, so muss mit dieser die Nichtverfüllung eines bloßen Leistungsversprechens bei der anfänglichen Unmöglichkeit in der Weise deckungsgleich sein, dass beide Nichterfüllungen dieselbe Rechtsfolge nach sich ziehen können. Das ist jedoch dogmatisch nicht begründbar.

---

80 *Oertmann*, AcP 140 (1935), 129 (145, 146).

81 Regierungsbegründung, BT-Drucks 14/6040, S. 165.

82 Vgl. *Altmeppen*, Der Betrieb 2001, 1399 (1400 f.) und 1821 (1823); den Regierungsentwurf verteidigend *Canaris*, Der Betrieb 2001, 1815 (1818 f.).

dd) Zusammenfassung

Die systematische Auslegung steht einer Befürwortung der verschuldensunabhängigen Haftung für anfängliches Unvermögen beim Rechtskauf im Rahmen einer Fallgruppe des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB nicht entgegen. Sie passt sich ohne Weiteres in die Systematik des Leistungsstörungs- und Schadensersatzrechts nach der neuen Konzeption des allgemeinen Schuldrechts ein. Die in § 311a Abs. 2 S. 2 BGB vorgesehene generelle verschuldensabhängige Haftung lässt sich dagegen nicht ohne Schwierigkeiten in das Haftungssystem einordnen; sie ist mit den Grundprinzipien des BGB nicht bedenkenlos vereinbar und läuft auf einen Systembruch hinaus. Von einem das BGB beherrschenden Verschuldensprinzip, von dem nur in notwendigen Einzelfällen für eine „gerechte“ Entscheidung eine Ausnahme in Form der Geltung des Garantieprinzips zu treffen ist, kann nicht gesprochen werden.

Die Unterscheidung in anfängliche und nachträgliche Leistungshindernisses ist nicht nur systemnotwendig, sondern trägt nicht zuletzt völlig unterschiedlichen Interessenlagen und Risikosituationen der Vertragsparteien Rechnung. Mit der Verschuldenshaftung für anfängliches Unvermögen lässt sich keine Schadensersatzpflicht auf das positive Interesse begründen. Die schuldhafte Verletzung von Pflichten im vorvertraglichen Bereich entspricht der Rechtsfigur des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen. Die vormalige culpa in contrahendo, nunmehr in § 311 Abs. 2 BGB geregelt, gewährt dem Geschädigten im Regelfall jedoch nur das negative Interesse. Allein die Zuhilfenahme des anfänglichen Leistungsversprechens, führt zu keiner Schadensersatzpflicht auf das Erfüllungsinteresse, denn das schuldhafte Verletzen eines Leistungsversprechens ist mit der schuldhaften Nichterfüllung eines Leistungsanspruchs nicht gleichzusetzen. Auch wenn § 311a Abs. 1 BGB anordnet, dass die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung die Wirksamkeit des Vertrages nicht berührt, so ist doch der eigentliche Leistungsanspruch, auf den es für den Ersatz des positiven Interesses ankommt, zu keiner Zeit entstanden. Anknüpfungspunkt für den Ersatz des positiven Interesses kann hiernach nur eine Garantiehaftung für die Fähigkeit zur Leistung des Kaufgegenstandes sein. Die Befürwortung einer generellen Garantiehaftung für den Rechtskauf im Wege der Bildung einer Fallgruppe, bei der mit Vertragsschluss aufgrund des Inhalts des Schuldverhältnisses grundsätzlich von einer Garantieerklärung über die persönliche Leistungsfähigkeit auszugehen ist, ist systemkonform. Aus systematischen Auslegungsaspekten steht einer solchen Annahme nichts entgegen.

e) Auslegung nach der Entstehungsgeschichte

Bei der Frage, ob für den Rechtskauf generell eine Garantiehaftung für anfängliche Unmöglichkeit im Zusammenhang der §§ 311a Abs. 2 S. 2, 276 Abs. 1 S. 1 BGB gesehen werden kann, sind auch die

Entstehungsgeschichte, insbesondere die des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB und die hierzu geführten Diskussionen zu berücksichtigen. Einzubeziehen ist hierbei die Vorgängerregelung des § 437 BGB a.F. und die Beantwortung der Frage, ob deren Regelungsgegenstand in diesem Zusammenhang weggefallen oder aus sonstigen Gründen nicht mehr regelungsbedürftig ist.

aa) Der Regelungsgegenstand des § 437 BGB a.F. hinsichtlich einer verschuldensunabhängigen Haftung für anfängliches Unvermögen im Rechtskauf

Es ist bereits ausgeführt worden, dass § 437 BGB a.F. für den Rechtskauf nicht nur als eine Ausnahmeregelung zu § 306 BGB a.F. die Gültigkeit des Vertrages,[83] sondern zugleich die unbedingte Einstandspflicht des Schuldners für den rechtlichen Bestand des Rechts anordnete, indem der Verkäufer stets seine Fähigkeit der Rechtsverschaffung an den Gläubiger zu vertreten hatte. Es stand außer Zweifel, dass für den Fall anfänglichen Unvermögens für den Forderungs- bzw. Rechtskauf eine gesetzliche Garantiehaftung unmittelbar aus § 437 BGB a.F. folgte, § 440 BGB a.F. lediglich den Haftungsumfang regelte und die Anwendung der §§ 320 ff. BGB a.F. in Form der Rechtsfolgenverweisung anordnete.[84] Eines Rückgriffs auf die allg. Regelungen für anfängliche Leistungshindernisse bedurfte es für den Rechtskauf nach alter Rechtslage nicht.

bb) Die Haftung für anfängliches Unvermögen nach den Grundsätzen der Garantiehaftung nach alter Rechtslage

Aber auch ohne Vorhandensein der ausdrücklichen Haftungsanordnung des § 437 BGB a.F. ergab sich für den Rechtskauf bereits aus den allgemeinen Grundsätzen der Garantiehaftung eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht des Verkäufers für sein anfängliches Leistungsvermögen.[85] Die für eine verschuldensunabhängige Haftung für anfängliches Unvermögen vorherrschende Auffassung wurde jedoch unter Heranziehung des

---

83 Vgl. oben Punkt B 3. a).

84 BGHZ 8, 222 (234); so bereits *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, § 91, 5. (S. 286); *Huber* in: Handbuch des Schuldrechts, Band I, § 23 I 4. (S. 557); *ders.* in: Soergel, BGB, § 437, Rdnr. 4;. *Köhler* in: Staudinger, BGB, § 437, Rdnr. 31; *Grunewald* in: Erman, BGB, § 434, Rdnr. 11; *Medicus*, Bürgerliches Recht, (18. Aufl.), § 14 I, 1. a, (S. 203, Rdnr. 282); a. A. *Gudian*, NJW 1971, 1239 (1240), der § 440 als Rechtsgrundverweis auffasst, wonach im Rahmen der Prüfung der Tatbestandvoraussetzungen der §§ 323 ff. BGB a.F. auch die Frage des Verschuldens zu prüfen wäre.

85 *Huber* in: Handbuch des Schuldrechts, Bd. I, §23 I 4, (S. 556).

§ 440 Abs. 1 BGB a.F. in Form der Rechtsfolgenverweisung unterschiedlich begründet: Eine objektiv-rechtliche Argumentation verstand die Garantiehaftung als allgemeines Prinzip aus punktuellen Sonderregelungen des besonderen Schuldrechts wie bspw. den §§ 437, 440, 538 Abs. 1, 541 BGB a.F., welches aus dem System des Gesetzes folge.[86] Nach subjektivem Erklärungsansatz hingegen wurde davon ausgegangen, dass dem Leistungsversprechen des Schuldners bei Vertragsschluss zugleich ein unbedingter Einstandswille für sein anfängliches Leistungsvermögen innewohnt. Der Schuldner garantiere mit seinem Leistungsversprechen sein persönliches Leistungsvermögen. Hieraus ergebe sich, dass der Schuldner für die Abwesenheit persönlicher Leistungshindernisse verschuldensunabhängig einzustehen habe.[87] Dies folge aber auch unmittelbar aus dem Gesetz in Form des argumentum e contrario zu §§ 275, 306 BGB a.F.[88] Gleichwohl beschränkten einige Vertreter der herrschenden Lehre diese subjektiv begründete Garantiehaftung dahingehend, dass eine Leistungspflicht nur für die Zulänglichkeiten des eigenen Geschäftskreises des Schuldners bestehe.[89]

---

86 *Oertmann*, AcP 140 (1935), 129 (147 ff.); *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 423 f.; *Ennecceruss-Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, § 29 II 2, (S. 127 f); Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 8 II, (S 101 f); *Huber* in: Ernst/Zimmermann, S 55; *ders*., ZRP 2000, 2137 (2142).

87 RGZ 69, 35 (357); BGHZ 11, 16 (21 f); BGHZ 110, 196 (200); RGZ 73, 210 (270 f.); BGHZ 8, 222 (231); BGH NJW 1960, 720 (720); 1972, 1702 (1703); NJW 1988, 2878 (2878); OLG München NJW 1971, 1807 (1808); *Ballerstedt*, 1. FS f. Nipperdey (1955), S. 261 (270 f.); *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, S. 136 f.; *Fikentscher*, Schuldrecht, § 43 III. Rdnr. 330 (S. 225); *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rdnr. 285; *ders.*, Schuldrecht I, § 33 IV. 3. Rdnr. 384. (S. 186); *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, § 3 II. (S. 211 f.); *Nastelski*, JuS 1962, 289 (298); *Altmeppen*, Der Betrieb 2001, 1399 (1401).

88 *Oertmann*, AcP 140 (1935), S. 129 (146); *Huber* in: Handbuch des Schuldrechts, § 22 II. (S. 531 f.).

89 So weisen *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, S. 136 f, *Oertmann*, AcP 140 (1935), S. 129 (148); *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, I, § 8 II. (S. 102 f.) und nicht zuletzt *Medicus*, Bürgerliches Recht, (18. Auf.) Rdnr. 285; *ders.*, Schuldrecht I, Rdnr. 384. darauf hin, dass es zu weit ginge, dem Schuldner eine schrankenlose Gewährleistungspflicht für sein Leistungsvermögen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aufzuerlegen, wenn es ihm schlechterdings nicht möglich ist, von externen Geschehnissen Kenntnis zu erlangen. So auch BGH MDR 1963, 404 (404), der die Einstandspflicht für ein aus dem Verantwortungsbereich der Beklagten stammenden Hindernisses bejahte, aufgrund dessen die Beklagte zur Produktion des Vertragsgegenstandes außer Stande war. Freilich birgt diese Beschränkung der Einstandpflicht eine gewisse Annäherung an die Verschuldenshaftung in sich, worauf *Wagner*, JZ 1998, 482 (492) zutreffend hinweist.

Schon damals bekräftigte allerdings auch eine Mindermeinung unter Hinweis auf die gesetzlichen Regelungen der Rechtsfolgen der nachträglichen Unmöglichkeit gemäß der §§ 275 Abs. 2, 280, 325 BGB a.F., dass es nahe läge, die Einstandpflicht des Schuldners auch für anfängliches Unvermögen als verschuldensabhängig zu begreifen und damit Schadensersatz für anfängliche Leistungshindernisses im Sinne einer einheitlichen Haftungsverfassung nur unter der Voraussetzung des Vertretenmüssens zu gewähren.[90] Unter Anwendung dieser Vorschriften würde der Schuldner für anfängliche Leistungshindernisse, für die ihm kein Sorgfaltsverstoß vorzuwerfen ist, von der Leistungsverpflichtung wegen § 275 BGB a.F. frei werden. Er verlöre zwar analog § 323 BGB a.F. den Anspruch auf die Gegenleistung, müsse aber dem Gläubiger nicht entsprechend § 325 BGB a.F. vollen Schadensersatz leisten.[91]

Im Ergebnis setzte sich jedoch die Auffassung durch, dass der Käufer vor Vertragsschluss deutlich schutzbedürftiger ist, als zu irgendeinem anderen Zeitpunkt und seine Schutzbedürftigkeit unter Umständen auch zu Lasten des Verkäufers geht.

Die Garantiehaftung für anfängliches Unvermögen war hiernach weitestgehend unbestritten.

cc) Die Regierungsbegründung zu § 311a Abs. 2 S. 2 BGB

Zur Aufgabe der verschuldensunabhängigen Haftung für anfängliches Unvermögen führte die Gesetzesbegründung[92] aus, die Verschuldenshaftung nach § 311a Abs. 2 S. 2 BGB sei nicht zuletzt aus dem Ziel der Angleichung der anfänglichen mit der nachträglichen Unmöglichkeit erforderlich. Das Garantieprinzip für das anfängliche Unvermögen habe zudem „schon früher zu Ergebnissen geführt, die unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten keinesfalls zu überzeugen vermochten, während sich das Verschuldensprinzip sowohl durch höhere rechtsethische Überzeugungskraft, als auch durch größere Flexibilität auszeichnet“. Zur Verdeutlichung wird auf den Fall des Abhandenkommens des Kaufgegenstandes verwiesen. So sei nicht einzusehen, warum der Verkäufer eines abhanden gekommenen Kunstwerkes auch dann auf das positive Interesse haften

---

90 *Esser/Schmidt,* Schuldrecht, I/2, AT, § 22 III. (S. 11); *Evans-v.Krbek*, AcP 177 (1977), 35 (49 f.); *Gudian*, NJW 1971, 1239 (1240 ff.); *Westermann* in: MünchKomm, BGB, § 440, Rdnr. 8; so wohl auch *Grunewald*, JZ 2001, 433 (435).

91 *Wagner*, JZ 1998, 482 (492).

92 Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/6040, S. 165, 166.; vgl. auch Beck’sche Gesetzesdokumentationen, Schuldrechtsreform 2002, S. 723 ff.

soll, wenn für ihn das Abhandenkommen schlechterdings nicht erkennbar war. Die Verschuldensvermutung in § 311a Abs. 2 S. 2 BGB entspräche schließlich auch dem allgemeinen Prinzip, nachdem bei Schadensersatzansprüchen aus Schuldverhältnissen grundsätzlich vermutet wird, dass der Schuldner den Grund für die aus seinem Bereich stammende Störung zu vertreten hat.

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen die anfänglichen Leistungshindernisse im Einklang mit den Regelungen der nachträglichen Leistungshindernisse auch dem Verschuldensprinzip unterfallen. Ob Ausnahmen hiervon möglich sind, lässt sich nur aus der Regelungsabsicht des Gesetzgebers schließen. Ausdrücklich wird zu der Zulässigkeit von Ausnahmen von der Verschuldenshaftung für bestimmte Vertragsarten nichts gesagt.

Die Gesetzesbegründung führt im Rahmen der Begründung zur Aufhebung des § 437 BGB a.F. lediglich aus, die Verpflichtung des Verkäufers zur Rechtsverschaffung an den Käufer folge bereits aus § 453 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 433 Abs. 1 S. 1 BGB. Es bestünde kein Grund, die Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Pflicht abweichend von den Normen des Leistungsstörungsrechts, die sonst für den Kaufvertrag gelten, zu regeln.[93] Es fehlt an einer Stellungnahme dazu, ob der spezifischen Eigenschaft des Kaufgegenstandes weiterhin Bedeutung zukommt oder ob man hieraus nun nicht mehr ein besonderes Schutzbedürfnis des Rechtskäufers zu erkennen vermag. Zumindest erschien es dem Gesetzgeber selbst nicht unmöglich, eine Garantiehaftung des Rechtsverkäufers für seine anfängliche Leistungsfähigkeit anzunehmen: Im Gesetzgebungsverfahren wurde der Bundestag durch den Bundesrat im Rahmen seiner Stellungnahme auf eine mögliche Unklarheit hinsichtlich des Rechtskaufes hingewiesen. Seiner Auffassung nach ließe sich eine verschuldensunabhängige Haftung beim Rechtskauf nicht mit dem Wortlaut des § 311a BGB vereinbaren. Die Haftung solle vielmehr dem § 280 BGB mit seinem Verweis auf § 276 BGB unterwiesen werden. Daraufhin räumte der Gesetzgeber sogar selbst die Möglichkeit einer Garantiehaftung im Bereich des Rechtskauf für das anfängliche Leistungsvermögen ein und machte auf den Verweis in § 311a Abs. 2 S. 2 BGB auf § 276 BGB aufmerksam.[94]

---

93 Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/6040 S. 202.

94 Gegenäußerung der Bundesregierung in Anlage 3 zu BT-Drucks. 14/6857, S. 54, (rechte Spalte).

dd) Zusammenfassung

Die vorgeschichtliche Regelung der anfänglichen Unmöglichkeit für den Rechtskauf spricht für die Fortgeltung der Garantiehaftung im Rechtskauf. Insofern war § 437 BGB a.F. unabhängig von seinem Regelungsgehalt als Ausnahmevorschrift zu § 306 BGB a.F. eindeutig.

Die Gesetzesbegründung zu § 311a Abs. 2 BGB verlangt grundsätzlich die Anwendung des Verschuldensprinzips auch auf die anfängliche Unmöglichkeit. Sie geht in keiner Weise auf die Besonderheiten des Rechtskaufes ein. Ihr ist die Zulässigkeit einer Ausnahme für den Rechtskauf ebenso wenig entnehmbar wie dem Willen des Gesetzgebers. Nicht erkennbar ist insbesondere, ob der Umstand der besonderen Schutzbedürftigkeit des Rechtskäufers für obsolet gehalten wird. Der gesetzgeberische Wille kommt bezüglich des Rechtskaufes nicht mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck. Die Entstehungsgeschichte gibt daher keinen verlässlichen Anhaltspunkt für die Auslegung hinsichtlich des oben beschriebenen Auslegungsziels. Es bleibt vielmehr die Möglichkeit offen, den Rechtskauf als eine typische Fallgestaltung zu begreifen, bei der eine Ausnahme vom Verschuldensprinzip angezeigt ist.

f) Teleologische Auslegung

Im Rahmen der vorhergehenden Ausführungen ist bereits festgestellt worden, dass der Gesetzeszweck auf Gleichschaltung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit und Unvermögen gerichtet ist und die Haftung für Schadensersatz statt der Leistung auf die gemeinsame Voraussetzung eines schuldhaften Verhaltens stellen will. Der Gesetzeszweck ist jedoch nicht ohne Rücksichtnahme auf mögliche Wertungswidersprüche und Verstöße gegen normübergreifende rechtsethische Prinzipien verfolgbar. Darüber hinaus sind auch Sachgerechtigkeit, Effektivität und Praktikabilität der zu untersuchenden Norm zu berücksichtigen. Inwieweit die Anwendung des Verschuldensprinzips in § 311a Abs. 2 S. 2 BGB dem speziell für den Rechtskauf gerecht wird, soll im Wege der teleologischen Auslegung im Zusammenhang mit § 276 Abs. 1 S. 1 BGB untersucht und das diesen Kriterien am weitesten Rechnung tragende Auslegungsergebnis ermittelt werden.

aa) Die Sachgerechtigkeit der Verschuldenshaftung für anfängliche Unmöglichkeit im Rechtskauf

Die Eigentümlichkeiten des Rechtskaufs haben in subjektiver Hinsicht auch unter der neuen Regelung des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB in nichts eingebüßt. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei der Neuregelung des Schuldrechts eine möglichst weitreichende Normgerechtigkeit im Auge hatte. Die eingeführte

generelle Verschuldenshaftung entfernt ihn jedoch von diesem Ziel, wenn er die allgemein gehaltene Regelung des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB auf den Rechtskauf anwenden will, ohne sie inhaltlich auf die Eigentümlichkeiten des Rechtskaufs anzupassen. Normgerechtigkeit kann nur dann erreicht werden, wenn zwei wesentlich unterschiedliche Sachverhalte nicht willkürlich gleich behandelt werden. Den wesensmäßigen Abweichungen des Rechtskaufs vom Sachkauf muss zur Erreichung einer möglichst hohen Normgerechtigkeit Rechnung getragen werden. Das oben dargestellte Auslegungsziel ist eine denkbare Variante hierzu. Der Vertragsgegenstand Recht bzw. Forderung wird bei seiner Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB „Inhalt des Schuldverhältnisses“ stärker in den Mittelpunkt gerückt und erlangt wieder diejenige Bedeutung, die ihm in der früheren Regelung des § 437 BGB a.F. zuteil ward. Die typische Interessenlage an einem verstärkten Schutzbedürfnis des Rechtskäufers wegen der fehlenden Möglichkeit, den Kaufgegenstand sinnlich wahr nehmen zu können, ist unmittelbarer Anknüpfungspunkt für ein Wesensmerkmal, das den Inhalt des Schuldverhältnisses charakterisiert und ihn von anderen Schuldverhältnissen, insbesondre vom Sachkauf, unterscheiden lässt.[95]

bb) Der Normzweck des Tatbestandsmerkmals „Inhalt des Schuldverhältnisses“ des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB und die teleologische Extension des Tatbestands

Fraglich ist jedoch, ob sich der Rechtskauf überhaupt unter das Tatbestandsmerkmal „Inhalt des Schuldverhältnisses“ im Hinblick auf den angestrebten Regelungszweck mit der Folge subsumieren lässt, dass aus ihm eine Garantiehaftung des Käufers für die Leistung des Kaufgegenstandes zu entnehmen ist. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB sieht als Grundregelung des Verschuldens Haftungsverschärfungen vor, die aus unterschiedlichen Umständen angezeigt sind. So kann eine strengere Haftung nicht nur aus einer „anderen Bestimmung“, sondern auch aus dem „sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses“ zu entnehmen sein. Nach der Gesetzesbegründung soll der Rechtsanwender neben den ausdrücklichen „Bestimmungen“ (durch Gesetz oder Rechtsgeschäft) auch auf (gewisse) Umstände hingewiesen werden, die im Einzelfall für einen abweichenden Haftungsmaßstab sprechen können.[96] Eine Haftungsverschärfung kann daher aus der

---

95 Hierauf wies bereits *Canaris* hin, in: Beck’sche Gesetzesdokumentationen, Schuldrechtsreform 2002, Einführung, B. I. 1. d), (S. XIV); so auch bereits *Schlechtriem*, ZEuP 1993, 217 (229).

96 Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/6040, S. 131.

Art der Schuld, aber auch aus der „Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos“ folgen.[97]

Der Gesetzesbegründung ist jedoch zu entnehmen, dass mit der Art der Schuld in erster Linie die frühere Geldschuld gemeint ist. Es ist der allgemein anerkannte Grundsatz angesprochen worden, nach dem der Schuldner für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat und sich gegenüber einem Geldanspruch nicht auf Unmöglichkeit berufen kann.[98] Die „Übernahme eines Beschaffungsrisiko“ hat die frühere Regelung des § 279 BGB a.F. zum Gegenstand, nach welcher der Schuldner einer Gattungsschuld regelmäßig für die Beschaffung des versprochenen Leistungsgegenstandes einzustehen hat. Zu beachten ist aber, dass die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nicht nur an die frühere Gattungsschuld anknüpft,[99] sondern nunmehr auch der Schuldner einer Stückschuld ein Beschaffungsrisiko übernehmen kann. Die Fälle einer solchen Risikoübernahme können also vielgestaltiger als die der reinen Gattungsschuld sein.[100]

Die Folge einer Haftungsverschärfung aus der „Übernahme einer Garantie“ soll an die frühere Eigenschaftszusicherung bei Kauf, Miete, Werkvertrag und ähnlichen, sich auf eine Sache beziehenden Verträgen anknüpfen.[101] Beachtenswert ist dabei, dass die Garantiehaftung für eine zugesicherte Eigenschaft dann zu bejahen war, wenn der unbedingte Wille zum Einstehen für das Vorhandensein der vertraglichen Eigenschaft beim Verkäufer in irgendeiner Weise erkennbar war. Nach wie vor ist dann von einer entsprechenden Garantieübernahme auszugehen. Entgegen der Gesetzesbegründung ist dieser Gedanke jedoch nicht notwendiger Weise nur auf Verträge über Sachen zu beschränken. Vielmehr kann dieser Gesichtspunkt auch auf Verträge über Rechte und Forderungen übertragen werden. Die Garantie im Sinne des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB kann auch

---

97 *Heinrichs* in: Palandt, BGB, (63. Aufl.), § 276, Rdnr. 27.

98 Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/6040, S. 132; *Heinrichs* in: Palandt, BGB, (63. Aufl), § 276, Rdnr. 28; *Medicus* in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, 3. Kapitel, (S. 131), Rdnr. 235.

99 So jedoch *Brink*, WM 2003, 1355 (1359).

100 Regierungsbegründung, BT Drucks. 14/6040, S. 132, die auf die Verallgemeinerung hinweist, zugleich aber zum Ausdruck bringt, es würde auf eine entsprechende vertragliche Vereinbarung verwiesen werden; *Heinrichs* in: Palandt, BGB, (63. Aufl.), § 276, Rdnr. 29a.

101 Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/6040, S. 132; *Heinrichs* in: Palandt, BGB, (63. Auf.), § 276, Rdnr. 29; *Medicus* in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, 3. Kapitel, (S. 131), Rdnr. 235.

stillschweigend übernommen werden.[102] Verknüpft man die Ausnahmetatbestände des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB „Art der Schuld“ und „Übernahme einer Garantie“ miteinander, so ergibt sich insbesondere beim Forderungskauf die berechtigte Annahme einer konkludenten Übernahme der Garantie für den rechtlichen Bestand der Forderung. Auch wenn die Gesetzesbegründung bei der Art der Schuld eigentlich die Geldschuld vor Augen hatte, so bezweckt sie im engeren Sinne, dass der Schuldner sich nicht auf Unvermögen berufen können soll. Diese Argumentation legte schon das RG der früheren Regelung des § 437 BGB a.F. bei, indem es von einer stillschweigenden Garantie des Verkäufers ausging.[103] Wie oben bereits dargestellt wurde, beruhte die gesetzgeberische Entscheidung, dem Forderungsverkäufer das Veritätsrisiko aufzubürden und sich nicht auf Unvermögen berufen zu können, auf Risikoverteilungsgründen, namentlich auf der besonderen Schutzbedürftigkeit des Käufervertrauens beim Forderungskauf. Dieser Grund für die Befürwortung einer Garantiehaftung ist mit der Befürwortung der Garantiehaftung für das Bestehen einer Eigenschaftszusicherung vergleichbar. Der Käufer einer Sache soll sich unbedingt darauf verlassen können, dass die Sache die versprochene Eigenschaft im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aufweist.[104] Der Gedanke fehlender Nachprüfbarkeit und eines daraus resultierenden Schutzinteresses hinsichtlich des Käufervertrauens besteht auch in dieser Fallgestaltung. Die Fälle des Forderungskaufs und der Eigenschaftszusicherung sind insoweit vergleichbar. Damit ist auch beim Rechtskauf, speziell beim Forderungskauf, von einer diesem Rechtsgeschäft innewohnenden stillschweigenden Garantieübernahme für das Veritätsrisiko durch den Verkäufer auszugehen.[105]

Dieses Ergebnis wird auch durch den allgemeinen Erklärungsansatz zur Garantiehaftung für anfängliches Unvermögen gestützt, wonach der Verkäufer einer Forderung oder eines Rechts mit seinem Vertragsangebot zugleich erklärt, unbedingt für sein Leistungsvermögen einstehen zu wollen.[106] Auch wenn der gesetzgeberische Wille bei der Formulierung des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB die Einbeziehung des Rechtskaufs als typische Fallgruppe, bei der von einer Garantiehaftung auszugehen ist, nicht im Blick hatte, ist dies jedoch aus

---

102 So *Heinrichs* in: Palandt, BGB, (63. Auf.), § 276, Rdnr. 29.

103 RGZ 68, 292 (293); 73, 210 (211).

104 *Faust* in: Huber/Faust, 3. Teil, B. III. 2. c), Rdnr. 20, (S. 76 f.).

105 Vgl. hierzu *Oechsler*, Schuldrecht Besonderer Teil Vertragsrecht, § 2, (S. 224) Rdnr. 402.

106 So *Zimmer*, NJW 2002, 1 (3); *ders*. in: Ernst/Zimmermann, S. 191 (194).

Gründen der Zweckmäßigkeit und Normgerechtigkeit angezeigt und durch teleologische Extension des § 276 Abs. 1 S.1 BGB zu erreichen.

cc) Effektivität des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB ohne Garantiehaftung für das Veritätsrisiko

Die Verschuldenshaftung für den rechtlichen Bestand der Forderung ist in der Praxis unpraktikabel und überaus problematisch. Vor allem aber für die Forfaitierungspraxis ist die mit der Aufhebung des § 437 BGB a.F. einhergehende Rechtsunsicherheit ein haltloser Zustand. Unter der Anwendung des Verschuldensprinzips nach § 311a Abs. 2 S. 2 BGB auf die Forfaitierung sind die Vertragsparteien geradezu gezwungen, diese Norm zu umgehen, in dem sie nicht nur die vertragliche Forderung detailliert beschreiben, sondern auch eine unbedingte Einstandspflicht des Exporteurs für sein anfängliches Leistungsvermögen durch eine Garantieerklärung vertraglich begründen. Den vertraglichen Vereinbarungen kommt demzufolge mehr Bedeutung denn je zu. In der Rechtsanwendung wird künftig (vor allem im Bereich der Forfaitierung von Forderungen) der § 311a Abs. 2 S. 2 BGB in seinem wortlautgetreuen Verständnis nicht mehr herangezogen werden.[107] Der gesetzgeberische Wille nach einer gerechten Regelung für die Fälle der anfänglichen Unmöglichkeit wird verfehlt. Nur wenn der Forderungskauf als eine Fallgruppe des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB unter die Geltung des Garantieprinzips gestellt wird, kann § 311a Abs. 2 S. 2 BGB auch für diese Vertragsart einen umfassenderen praktischen Gebrauch erlangen.

dd) Normgerechtigkeit und die Vermeidung von Wertungswidersprüchen

Die Aufgabe des Garantieprinzips für anfängliches Unvermögen wurde vor allem mit Gerechtigkeitserwägungen begründet. Danach sei das Garantieprinzip rechtsethisch wenig überzeugend und die Rechtsfolgen unter Umständen geradezu „brutal“ und „überschießend“.[108] In diesem Zusammenhang wurde in der Vergangenheit die verschuldensunabhängige Haftung besonders in der Fallgestaltung als ungerecht kritisiert, in welcher dem Verkäufer die Leistung schon anfänglich unmöglich wurde, weil ihm der Vertragsgegenstand vor Vertragsschluss durch einen Dritten entwendet worden war, wovon beide Vertragsparteien nichts wussten.

---

107 *Graf v. Westphalen*, WM 2001, 1837 (1841 f.); so auch *Zimmer* in: Ernst/Zimmermann, S. 191 (194); letztlich so auch *Ernst*, JZ 1994, 801 (809); *ders.* in: MünchKomm, BGB, § 311a, Rdnr. 57.

108 *Canaris* in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 43 (64).

Die nicht nach Verschulden fragende Einstandpflicht des Verkäufers würde, so die Kritiker, den Käufer zu unrecht privilegieren, hatte dieser doch ebenso wenig Kenntnis von dem schon vor Vertragsschluss überraschend eingetretenen Leistungshindernis wie sein Vertragspartner.

Die elementare Unterscheidung zwischen anfänglichen und nachträglichen Leistungshindernissen ist jedoch im Hinblick auf die Kombination von Garantie- und Verschuldensprinzip nicht schon deshalb in Frage zu stellen, weil es gelegentlich Hindernisse gibt, die von beiden Parteien unbemerkt, praktisch sogar gleichzeitig mit der Abgabe des Versprechens eintreten können.[109] Im Ergebnis kann auch hierin kein Grund für eine Abweichung vom Garantieprinzip für anfängliches Unvermögen liegen. Denn maßgeblich für die Begründung der Garantiehaftung können nicht ausschließlich rechtspolitische Erwägungen sein.

Wird die unbedingte Einstandspflicht des Schuldners für sein anfängliches Leistungsvermögen aus dem argumentum e contrario zu §§ 275, 306 BGB a.F. begründet, so bleibt kein Raum für die Frage des Verschuldens.

Auch wer mit der Begründung der Garantiehaftung durch ein dem Leistungsversprechen innewohnendes Garantieversprechen nicht konform geht und die objektive Begründung der Garantiehaftung für anfängliches Unvermögen bevorzugt, nach der allein die objektive Tatsache relevant ist, dass der Schuldner aufgrund eines in seinem Herrschaftsbereich liegenden Hemmnisses seine Leistung nicht erbringen kann, wird zu keinem anderen Ergebnis kommen und die Haftung des Verkäufers auch in diesem Fall des unbemerkten Entwendens des Kaufgegenstandes vor Vertragsschluss nicht als ungerecht bewerten können.

Es kann letztlich nicht allein auf die Frage ankommen, ob der Gläubiger in dieser Fallgestaltung unverhältnismäßig privilegiert ist, wenn beide Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht wussten, dass der Kaufgegenstand gerade zuvor gestohlen wurde.

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes wird allein aus der Sicht des Schuldners argumentiert und die Sicht des Gläubigers gänzlich außer Acht gelassen. Demzufolge verstieß auch in diesem Fall das Garantieprinzip nicht gegen Normgerechtigkeitserwägungen. Liegt ein derart atypischer Fall vor, in dem ein gerechtes Ergebnis über die Garantiehaftung des Schuldners nicht mehr zu erreichen ist, besteht die Möglichkeit des

---

109 So anschaulich *Huber* in: Handbuch des Schuldrechts, Bd. I, § 22 I 4. (S. 528 f).

Rückgriffs auf das in § 313 BGB geregelte Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.[110]

ee) Wertungswiderspruch zum Irrtumsrecht

Das Verschuldensprinzip in der Regelung des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB führt zu einem Wertungswiderspruch zum Irrtumsrecht.[111] In diesem Zusammenhang sei auf die eingangs dargestellte Problematik Bezug genommen, nach der dem Schuldner erweislich kein Verschulden an seiner Nichtkenntnis vom anfänglichen Leistungshindernis vorzuwerfen ist[112]: Nach § 311a Abs. 2 S. 2 BGB entfällt ein Schadensersatzanspruch vollständig – der Gläubiger geht leer aus. Diese Rechtsfolge wäre unter der Anwendung des Irrtumsrechts nicht eingetreten. Der Schuldner irrt sich eigentlich über seine Leistungsfähigkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in rechtsrelevanter Weise.[113] Aufgrund dieses Irrtums wird das Vertrauen des Käufers in das Bestehen des Lieferanspruchs enttäuscht. Aus der Irrtumslehre folgt, dass unabhängig von einem Verschulden an der Entstehung des Irrtums das Schuldverhältnis zwar ex tunc entfällt, jedoch das enttäuschte Vertrauen des Anfechtungsgegners im Rahmen des Schadensersatzes auf das negative Interesse ausgeglichen wird. Nach § 122 Abs. 1 BGB hat der Anfechtende den Schaden seines Vertragspartners zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, dass er auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts vertraut hat und auch vertrauen durfte.

Die Diskrepanz zu § 311a Abs. 2 S. 2 BGB wird in zweifacher Hinsicht deutlich: Bei dem Irrtum des Schuldners über seine Leistungsfähigkeit liegt eigentlich nur ein unbeachtlicher Motivirrtum vor, der ihn nach der Irrtumslehre von der Leistungsverpflichtung nicht befreien würde.[114] Der Schuldner, der sich zu einer unmöglichen Leistung verpflichtet, hat sich weder darüber geirrt, dass er eine leistungsbegründende Willenerklärung abgegeben hat, noch über den Inhalt seiner Erklärung. Ebenso wenig hat er sich über eine verkehrswesentliche Eigenschaft geirrt, denn der Irrtum über sein Leistungsvermögen ist lediglich ein

---

110 So auch *Heinrichs* in: Palandt, BGB,(60. Aufl.), § 119, Rdnr. 30.

111 Vgl. *Canaris* in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 43 (64); *ders.*, JZ 2001, 499 (507 f.); *Knüttel*, NJW 2001, 2519 (2520); *v. Wilmowsky*, JuS 2002, Beil. zu Heft 1/2002 S. 13; *Schwarze*, Jura 2002, 73 (81).

112 Siehe unter Punkt I. 3. b) bb).

113 *Canaris* in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 43 (58, 62).

114 *Canaris* in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 43 (62); *Heinrichs* in: Palandt, BGB, (60. Auf.), § 119, Rdnr. 29.

Beweggrund. Er hatte sich natürlich zu einer unmöglichen Leistung nicht verpflichten wollen. Wird nun unterstellt, dass eine Anfechtung gleichwohl möglich gewesen wäre, so folgt aus § 122 BGB eine Schadensersatzpflicht auf das negative Interesse, die von § 311a Abs. 2 S. 2 BGB als Rechtsfolge nicht vorgesehen ist. Gründe, die diese unterschiedlichen Rechtsfolgen erzwingen könnten, sind jedoch nicht ersichtlich. Um den hier offensichtlichen Wertungswiderspruch aufzuheben und eine einheitliche Lösung zu erreichen, ist das enttäuschte Vertrauen des Käufers in das Bestehen des Lieferanspruchs dem enttäuschten Vertrauen des Anfechtungsgegners gleichzustellen und § 122 BGB insoweit analog anzuwenden,[115] so dass der Gläubiger wenigstens das negative Interesse ersetzt bekommt. Aus Gerechtigkeitserwägungen ist nämlich in keiner Weise nachvollziehbar, warum der Gläubiger nach dem Regelungsinhalt des § 311a Abs. 2 BGB schlechter stehen soll, als wenn er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut, sich selbst vermögensmäßig auf die Vertragsdurchführung eingerichtet hat und dies auch durfte.

ff) Konformität mit europarechtlichen Vorschriften.

Die Schuldrechtsmodernisierung wurde vor allem aus Gründen der Umsetzung europarechtlicher Richtlinien (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie[116], Zahlungsverzugsrichtlinie[117], E-Commerce-Richtlinie[118]) in Angriff genommen. Im Rahmen der sogenannten „großen Lösung“ wurde zugleich mit der umfassenden Neugestaltung des Schuldrechts eine möglichst weitreichende Rechtsvereinheitlichung bzw. Anpassung an die internationalen Regelungen angestrebt.[119] Damit rücken die vergleichbaren europarechtlichen und internationalen Regelungen verstärkt in den Blickpunkt. Im Rahmen der teleologischen Auslegung ist demzufolge auch zu prüfen, ob das hier angestrebte Auslegungsziel zu Wertungswidersprüchen mit den einschlägigen Regelungen der „Principles of

---

115 Hierauf hinweisend *Oechsler*, Schuldrecht § 2, (S. 225) Rdnr. 402; *Canaris* in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 43 (64); *ders.*, JZ 2001, 499 (507 f.); *Kindl*, WM 2002, 1313 (1318); a.A. *Faust* in: Huber/Faust, 7. Kapitel, II. (S. 220), Rdnr. 38.

116 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vom 25. Mai 1999, Richtlinie 1999/44/EG, Abl. EG 1999, Nr. L 171, S. 12.

117 Zahlungsverzugsrichtlinie, Richtlinie 2000/35/EG, Abl. EG 2000, Nr. L 200, S. 35.

118 E-Commerce-Richtlinie, Richtlinie 2000/31/EG, Abl. EG 2000, Nr. L 178, S. 1.

119 *Ernst/Gsell*, ZIP 2000, 1410 ff; *Rolland* in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, 1. Kap. B., C., (S. 3, 4); *Huber*, ZIP 2000, 2137 (2137); *Huber* in: Huber/Faust, Einführung, A. Rdnr. 1 ff (S. 1, 2); *Schlechtriem*, ZeuP 1993, 217 f.; *Zimmermann*, JZ 1995, 477 (477).

European Contract Law“ von 2000, der „ Unidroit Principles of International Commercial Contracts“ von 1994 bzw. der CISG führt.

In der modernen Rechtsentwicklung der internationalen und europäischen Regelungen des Leistungsstörungsrechts befindet sich das Verschuldensprinzip auf dem Rückzug. Während sich die neuen Regelungen des Schuldrechts verstärkt dem Verschuldensprinzip zuwenden, knüpfen sowohl die Principles of European Contract Law in den Artt. 9:501, 8:108 und die Unidroit-Principles in Art. 7.4.1., als auch bereits zuvor das Wiener UN-Kaufrecht in Art. 79 I an eine Garantiehaftung für den eigenen Geschäftskreis an. Dabei gelten diese Regelungen grundsätzlich sowohl für die anfängliche objektive, als auch für die anfängliche subjektive Unmöglichkeit.[120] Ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers ist danach nur dann ausgeschlossen, wenn die Nichterfüllung auf einem außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegenden Hinderungsgrund beruht und vom Schuldner vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund in Betracht zu ziehen oder ihn oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden.[121]. Zwar sehen die Regelungen Anfechtungs- und Entlastungsmöglichkeiten des Schuldners vor.[122] Sie fußen aber gleichwohl auf dem Garantieprinzip. Zudem sind die engen Entlastungsmöglichkeiten nicht mit dem dem BGB innewohnenden Zurechnungskriterium des Verschuldens nach § 276 BGB vergleichbar. Obwohl die Verschuldensvermutung des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB einer Entlastungsmöglichkeit sehr nahe kommt, ist die frühere eingeschränkte Garantiehaftung für anfängliches Unvermögen, (Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäftskreis) diejenige, die den europäischen und internationalen Vertragsregelwerken am weitesten entspricht. Sie ist daher im Interesse der Rechtsvereinheitlichung gegenüber der Verschuldensvermutung vorzuziehen.[123] Das Auslegungsziel, den Rechts- bzw. Forderungskauf als einen Fall regelmäßiger Garantiehaftung des Verkäufers im Rahmen des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB zu erfassen, geht mit dem Vorschlag zur Rechtsvereinheitlichung konform, nach welchem die Formulierung des § 276 BGB „der Praxis viel Spielraum für die Kalibrierung der Verantwortung des Schuldners, wie Risikoübernahmen oder Erfolgsversprechen,“ lässt, „die aufgrund Auslegung vertraglicher Abreden angenommen oder aus der Natur des Schuldverhältnisses, nicht zuletzt auch aus dem Typus eines bestimmten Vertrages, gewonnen

---

120 Vgl. *Grunewald*, JZ 2001, 433 (435).

121 Vgl. *Zimmermann*, JZ 1995, 477 (481 f.); *Schlechtriem*, ZEuP 1993, 217 (228).

122 *Huber* in: Ernst/Zimmermann, S. 129 (130), der jedoch meint, die Entlastungsmöglichkeit bezöge sich nur auf nachträgliche Leistungshindernisse.

123 A.A. *Grunewald*, JZ 2001, 433 (434).

werden“.[124] Hierdurch kann eine zufrieden stellende Annäherung an den internationalen Regelungsstandart erreicht werden.

gg) Zusammenfassung

Eine möglichst weitreichende Normgerechtigkeit lässt sich für die anfängliche Unmöglichkeit beim Forderungs- bzw. Rechtskauf nur über dessen Subsumtion als Fallgruppe unter die Tatbestandsmerkmale des § 276 Abs.1 S. 1 BGB erreichen. Das besondere Schutzbedürfnis des Forderungs- bzw. Rechtskäufers erlangt über das Merkmal „Inhalt des Schuldverhältnisses“ wieder seine berechtigte hohe Bedeutung, wie nach dem früheren § 437 BGB a.F Eine Subsumtion des Rechtskaufs unter dieses Tatbestandsmerkmal ist auch möglich. Selbst wenn mit der „Art der Schuld“ in erster Linie die Geldschuld gemeint ist, die „Übernahme eines Beschaffungsrisikos“ die frühere Regelung des § 279 BGB a.F. für Gattungsschulden im Blick hat und die „Übernahme einer Garantie“ vornehmlich an die frühere Eigenschaftszusicherung anknüpft, so beinhalten alle drei Bereiche Gesichtspunkte für eine Haftungsverschärfung, die auch beim Rechtskauf vorhanden sind und dort ebenfalls eine Haftungsverschärfung im Sinne einer Garantiehaftung rechtfertigen. Die einzelnen Fälle sind ihrem Wesen nach hinreichend vergleichbar. Die Annahme einer konkludenten Übernahme einer Garantie für die Verität einer Forderung bzw. eines Rechts liegt nahe und ist aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Normgerechtigkeit erforderlich. Der § 276 Abs. 1 S. 1 BGB ist insoweit teleologisch zu extensieren.

§ 311a Abs. 2 S. 2 BGB wird bei einer wortlautgetreuen Geltung mit seinem Verschuldensprinzips im Bereich des Forderungskaufs, namentlich bei der Forfaitierung, nicht angewendet werden. Vielmehr wird sich die Forfaitierungspraxis mittels gesondert vereinbarter Garantiehaftung des Forderungsverkäufers eigene rechtssichere Regelungen schaffen. Das Ziel einer hohen Normeffektivität lässt sich für § 311a BGB im Bereich des Forderungs- und Rechtskaufs nur über die Bejahung einer verschuldensunabhängigen Haftung über § 276 Abs. 1 S. 1 BGB erreichen.

Gegen die verschuldensunabhängige Haftung spricht vor allem nicht der Fall der beiderseitig unbekannten Unmöglichkeit vor Vertragsschluss. Hier besteht in besonderen Härtefällen die Möglichkeit der Aufhebung der vertraglichen Beziehungen im Wege des Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder über den Grundsatz von Treu und Glauben.

---

124 *Schlechtriem*, ZEuP 1993, 217 (229).

Das Verschuldensprinzip in § 311a Abs. 2 S. 2 BGB führt zudem zu einem Wertungswiderspruch zum Irrtumsrecht, welches dem Anfechtungsgegner zumindest Schadensersatz im Umfang des negativen Interesses ohne Rücksicht auf ein Verschulden gewährt. Die Einordnung des Forderungs- bzw. Rechtskaufs als eine Fallgestaltung regelmäßiger Haftungsverschärfung in Form der Garantiehaftung im Rahmen des § 276 BGB steht schließlich auch mit den europarechtlichen und internationalen Regelungen im Einklang.

g) Ergebnis

Im Wege der Auslegung des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. § 311a Abs. 2 S. 2 BGB kann das angestrebte Ausleglegungsziel der Absicherung des Forderungs- und Rechtskäufers infolge einer ihm zuzubilligenden höheren Schutzbedürftigkeit im Rahmen der Veritätshaftung durch eine Garantiehaftung des Forderungs- und Rechtsverkäufers erreicht werden. Die bereits im Gesetzgebungsverfahren geäußerte Kritik an der Aufhebung der strikten verschuldensunabhängigen Haftung im Bereich des anfänglichen Unvermögens war berechtigt. Die Gründe, auf denen die Kritik im Wesentlichen beruht, führen letztlich zur Unterstützung des Auslegungsziels.

Die Wortlautauslegung der §§ 311a Abs. 2 S. 2 und 276 Abs. 1 S. 1 BGB weist auf eine Verknüpfung beider Normen hin, die zu einer Haftungsverschärfung über § 276 Abs. 1 S. 1 BGB in Form der Garantiehaftung für die Fälle des Forderungs- bzw. Rechtskaufs führt.

Der Befürwortung einer Garantiehaftung stehen auch systematische Gründe nicht entgegen. Das gilt insbesondere für den Einklang zwischen Pflichtverletzung auf der Tatbestandsseite und Schadensersatz auf das positive Interesse auf der Rechtsfolgenseite von § 311a BGB. Für die Anwendung des Garantieprinzips auf die Fälle anfänglicher Unmöglichkeit im Forderungs- bzw. Rechtskauf spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB, der den Regelungsgehalt des früheren § 437 BGB a.F. ohne die Möglichkeit der Haftungsverschärfung nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB nicht auffangen würde.

Die teleologische Auslegung führt zu einer Extension des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Forderungs- bzw. Rechtskauf ist hiernach als Fallgruppe unter das Tatbestandsmerkmal „Inhalt des Schuldverhältnisses“ zu subsumieren. Mit seiner auf Vertragsschluss über eine Forderung oder ein Recht gerichteten Willenserklärung erklärt der Verkäufer zugleich konkludent die Übernahme einer Garantie für das Veritätsrisiko. Das resultiert aus der besonderen Art des Vertragsgegenstandes, die im Tatbestandsmerkmal des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB „Inhalts des Schuldverhältnisses“ Berücksichtigung findet. Aus der daraus gewonnenen Haftungsverschärfung für diese Vertragsart erlangt

§ 311a BGB insgesamt eine zufrieden stellende Normgerechtigkeit und eine umfassende Normeffektivität.

5. Anwendung des Ergebnisses auf die Rechtsmängelhaftung nach § 437 Nr. 3 i.V.m. § 311a BGB

Aus Gründen der Vollständigkeit sei an dieser Stelle erwähnt, dass das zuvor ermittelte Auslegungsergebnis auch für den Fall der Ableitung von Schadensersatz statt der Leistung über die Norm des § 437 Nr. 3 BGB anzuwenden ist. Dieser Weg wäre zu beschreiten, wenn der erforderliche Gefahrübergang zumindest fingiert wird, obwohl er tatsächlich infolge des Nichtbestehens oder aufgrund der Beschaffenheit der Forderung bzw. des Rechts nicht möglich ist.[125] Da das Kaufrecht selbst unmittelbar keinen Schadensersatzanspruch regelt, sondern lediglich auf die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts verweist, gilt für den dann wiederum berufenen § 311a BGB nichts anderes, so dass auch hier den Forderungs- bzw. Rechtsverkäufer die verschuldensunabhängige Einstandspflicht für die Verität infolge anfänglicher Leistungshindernisse trifft.

6. Konsequenzen für die Forfaitierungspraxis

Nach der Auslegung von § 276 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. § 311a Abs. 2 S. 2 BGB gilt die Veritätshaftung entsprechend der Vorgängerregelung des § 437 BGB a.F. fort. Danach hat der Verkäufer einer Forderung weiterhin garantiemäßig für den rechtlichen Bestand der Forderung einzustehen. Sollte sich nach Vertragsschluss herausstellen, dass die forfaitierte Forderung bereits anfänglich, also im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, nicht bestanden hat, gleich, ob nie entstanden oder rückwirkend wieder weggefallen, so haftet der Exporteur als Forderungsverkäufer (Forfaitist) verschuldensunabhängig auf das positive Interesse in Form des Schadensersatzes statt der Leistung. Zu einer generellen Garantiehaftung des Forderungsverkäufers entsprechend der alten Regelung des § 437 BGB a.F. in Form einer typisierten Ausnahme von der Verschuldenshaftung ist höchstrichterlich allerdings noch nicht Stellung genommen worden. Hinsichtlich etwaiger Lösungsmöglichkeiten von Vertragsstörungen durch anfängliche Unmöglichkeit wird daher empfohlen, den „sichersten Weg“ zu beschreiten und, wie in der Praxis üblich, die Garantiehaftung des Exporteurs (Forfaitisten) für den rechtlichen Bestand der vertragsgegenständlichen Forderung im Vertragszeitpunkt im Forfaitierungsvertrag ausdrücklich zu regeln. Damit würde der Exporteur nach § 311a BGB unmittelbar aus seiner ausdrücklichen Garantieerklärung gemäß § 276 Abs. 1 S. 1 BGB haften.

---

125 Vgl. *Putzo* in: Palandt, BGB, (63. Aufl.) § 437, Rdnr. 32 f.

Die mit der Forfaitierung von Exportforderungen vornehmlich befassten Kreditinstitute oder Forfaitierungsgesellschaften machen regelmäßig von formularmäßigen Vertragsregelungen Gebrauch, um eine gewisse Standardisierung zu erreichen, die mit leichteren Kontroll- und Optimierungsmöglichkeiten einhergeht.

Die Formulierung einer Garantieerklärung des Forfaitisten gegenüber dem Forfaiteur in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Forfaiteurs ist nach den dargestellten Überlegungen zulässig.[126] Die Garantiehaftung ist nämlich dem Forfaitisten nicht nur zumutbar, sondern aus Gründen der gleichmäßigen Risikoverteilung auch geboten. Entscheidend ist aber, dass eine solche vertragliche Haftungsverschärfung sogar dem Grundgedanken des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB entspricht, weil die dort aufgenommene Verweisung auf § 276 BGB Abs. 1 S. 1 BGB die Vertragsparteien gerade dazu ermächtigt, eine schärfere als die gesetzlich vorgesehene verschuldensabhängige Haftung zu vereinbaren. In der Literatur und Forfaitierungspraxis wird im Wesentlichen eine Klausel folgenden Inhalts verwendet. Sie kann derzeit als üblich bezeichnet werden:

> *„Der Forfaitist steht dem Forfaiteur verschuldensunabhängig dafür ein, dass die angekaufte Forderung rechtsbeständig ist und bis zu ihrer vollständigen Erfüllung fortbesteht, dass insbesondere die der angekauften Forderung zugrundeliegende(n) Lieferung(en) vertragsgemäß erbracht wurde(n), die angekaufte Forderung frei von jeglichen Einreden, Einwendungen oder Aufrechnungsmöglichkeiten ist, die angekaufte Forderung nebst Sicherheiten uneingeschränkt abtretbar bzw. übertragbar ist und keine Rechte Dritter an der angekauften Forderung und den Sicherheiten bestehen und nicht begründet werden, diese nicht gepfändet, noch an Dritte übertragen oder verpfändet ist oder wird.“*[127]

---

[126] Hierzu ausführlich *Schubel*, JZ 2001, 1113 (114).

[127] Die einzelnen Formulierungen solcher Klauseln sind gegenwärtig in Umfang und Reichweite unter den Banken in Deutschland noch unterschiedlich, so nach den Auskünften über entsprechende Beobachtungen der Deutschen Bank vom Januar 2004. Die exemplarisch angeführte Klausel wird im Wesentlichen von diesem Kreditinstitut in den Vertragsgestaltungen verwendet; gleiches gilt für die Vertragsgestaltung der Forfaitierungsverträge der Commerzbank. Vgl. grundsätzlich auch die Formulierungsvorschläge bei *Schütze* in: Münchener Vertragshandbuch, II. 6. (S. 283 ff.).

II. Die Rechtsmängelhaftung beim Kauf von Wechselforderungen

1. Einleitung

Im Rahmen der Forfaitierung von Exportforderungen kommt dem Erwerb von Wechselforderungen besondere Bedeutung zu.[128] Sie werden neben der Grundforderung begründet und dienen zum einen ihrer Sicherung, zum anderen aber auch zu ihrer Mobilisierung. Wechselforderungen sind aufgrund ihrer wertpapiermäßigen Verkörperung wesentlich leichter übertragbar als Grundforderungen. Sie dienen dem Forfaiteur zu seiner Refinanzierung durch Weiterforfaitierung oder -diskontierung an Dritte. Wie bei Forderungen kann aber der Verkauf eines Wechsels problematisch werden, wenn Leistungshindernisse auftreten. Die Eigenart der Wechselforderung, nämlich ihre Verkörperung in einem Wertpapier im Unterschied zur normalen Grundforderung, gab nach altem Recht zu der Frage Anlass, nach welcher gesetzlichen Regelung sich Sekundäransprüche zu richten haben, insbesondere, welche Rechtsfolgen ein Mangel in der Wechselurkunde nach sich zieht bzw. wie ein solcher Mangel zu behandeln ist. Bedeutung erlangte die Beantwortung dieser Frage nach alter Rechtslage umso mehr, als die Rechtsfolgen von Sach- und Rechtskauf jeweils ausgesprochen verschieden waren. Während selbst bei kleinster Abweichung der Leistung vom vertraglichen Inhalt im Rechtskauf eine Nichterfüllung vorlag und die Verjährung etwaiger Schadensersatzansprüche 30 Jahre betrug, konnte sich die kurze Verjährung des § 477 BGB a.F. im früheren Sachmängelgewährleistungsrecht von 6 Monaten als sehr verheerend auswirken.[129]

Nach neuer Rechtslage ist insoweit eine Erleichterung eingetreten, als nunmehr Sach- und Rechtskauf in § 311a Abs. 2 BGB grundsätzlich eine einheitliche Regelung finden, mithin beide Kaufarten dieselben Rechtsfolgen nach sich ziehen. Völlig unbeachtlich ist die dogmatische Einordnung als Sach- oder Rechtskauf indes nicht, kommt es doch hinsichtlich der Voraussetzungen einer Haftung des Verkäufers für anfängliche Unmöglichkeit seiner Leistung zunächst grundsätzlich auf das Verschulden an. Wo die Verschuldenshaftung im Sachkauf nachvollziehbar erscheint, ist dies im Rechtskauf mitnichten der Fall wie zuvor bereits dargestellt wurde. Es ist also auch nach der neuen Rechtslage zu untersuchen, wieweit der Verkauf einer Wechselforderung dem Sach- oder dem

---

128 Vgl. *Martinek/Oechsler* in: Bankrechts-Handbuch, § 103, Rdnr. 20.

129 So beispielsweise RGZ 108, 279 ff; 316 ff; BGH NJW 1976, 1888; *Walter* in: Handbuch des Schuldrechts, Bd. 6, § 4 II, (S. 110); *Graf v. Westphalen*, WM 2001, 1837 (1839).

Rechtskauf zugeordnet werden kann, insbesondere, ob auch hier eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht angemessen ist.

2. Rechts- oder Sachmängelhaftung beim Kaufvertrag über Wechselforderungen

Zu beachten ist zunächst, dass es sich bei der vorliegenden Haftungsfrage nicht um Ansprüche aus dem Wechsel, die Haftung als Wechselnehmer (Art. 15 Abs. 2 WG) oder gar als Aussteller (Art. 9 WG) geht. Diese rein wechselrechtlichen Ansprüche stehen neben den Rechten und Pflichten aus dem Kaufvertrag und berühren weder die gegenseitigen kaufvertraglichen Erfüllungsansprüche (allenfalls bei einer Leistung erfüllungshalber), noch die Sekundäransprüche infolge von Pflichtverletzungen, namentlich Schadensersatz statt der Leistung für anfängliche Leistungshindernisse.

a) Der Mangel in der verbrieften Wechselforderung

Der Kauf einer Wechselforderung ist zunächst grundsätzlich ein Rechtskauf, denn auch hier geht es um die Haftung für den rechtlichen Bestand der in dem Wechsel verbrieften Forderung.[130] Als solche „reinen“ Rechtsmängel sind u.a. die Behaftung der Wechselforderung mit Einwendungen zu benennen, die von Art. 17 WG nicht ausgeschlossen sind oder sonstige Umstände, die trotz äußerlich einwandfreier Urkunde das verbriefte Recht nicht entstehen lassen oder unwirksam machen.[131] Auch eine staatlich angeordnete Zahlungssperre für ein bestimmtes Wertpapier lässt dieses an sich unberührt und hindert lediglich die Geltendmachung des verbrieften Rechts.[132] Hierfür hat der Schuldner gemäß § 311a Abs. 2 i.V.m. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB einzustehen.

b) Der Mangel in der Wechselurkunde

Als fraglich könnte jedoch die Einordnung des Kaufs einer Wechselforderung erscheinen, wenn nicht die Wechselforderung selbst mangelhaft ist, sondern ein Mangel in dem das Recht verbriefenden Papier vorliegt. Der Verkäufer einer Wechselforderung ist verpflichtet, dem Käufer das im Papier verkörperte Recht in der wertpapierrechtlich vorgesehenen Form zu verschaffen. Die Besonderheit

---

130 Vgl. nur *Martinek/Oechsler* in: Bankrechts-Handbuch, § 103, Rdnr. 6; *Huber* in: Soergel, BGB, § 437, Rdnr. 32; *Köhler* in: Staudinger, BGB, § 437, Rdnr. 41.

131 *Westermann* in: MünchKomm, BGB, § 437, Rdnr. 14; *Schütze* in: Münchener Vertragshandbuch, II.6. (S. 286).

132 RGZ 109, 295 (297 f.).

der Verbriefung der Forderung in einem Wechsel, also einem Wertpapier im engeren Sinne,[133] lässt eine Zuordnung zum Sachkauf als naheliegend erscheinen.[134] Dementsprechend könnte die Verkörperung der Wechselforderung zu der Erkenntnis führen, dass möglicherweise die ratio legis des früheren § 437 Abs. 1 BGB a.F., die für den Rechtskauf auch weiterhin von Bedeutung ist, hier nicht greift. Der Käufer einer Wechselforderung kann sich durchaus von der körperlichen Unversehrtheit und Vollständigkeit des Wechsels überzeugen, wenn er das Papier in Besitz nimmt. Es besteht zunächst der Eindruck, er wäre darüber hinaus nicht auf die Angaben seines Verkäufers angewiesen und eines besonderen Schutzes nicht bedürftig.[135] In der Vergangenheit wurde bisweilen angenommen, aufgrund der „Doppelnatur" des Wertpapiers lägen sowohl ein Sach- als auch ein Rechtskauf vor.[136] Die eigentliche Zuordnung richte sich danach, ob der festgestellte Mangel als Rechts- oder als Sachmangel zu qualifizieren ist.[137] Zur Klärung dieser Zuordnungsfrage ist eine detaillierte Betrachtung der im Papier liegenden Mängel erforderlich.

aa) Die sogenannten „reinen" Substanzmängel

Unproblematisch und in der Vergangenheit auch unstreitig liegt ein Sachmangel vor, wenn er ausschließlich in der Urkunde liegt und sich auch nur auf ihre physische Beschaffenheit beschränkt. Es handelt sich dabei um einen Mangel, der den Bestand des verbrieften Rechts völlig unberührt lässt und allenfalls Unsicherheiten im Umgang mit dem Recht mit sich bringt, weil beispielsweise Wechselbeteiligte nicht mit hinreichender Klarheit zu erkennen sind. Das kann infolge der Beschädigung der Urkunde, sei es durch Verschmutzung oder Abriss von unwesentlichen Teilen oder auch durch Korrekturen und Rasuren eingetre-

---

133 *Baumbach/Hefermehl*, WG, WPR, Rdnr. 10.

134 RGZ 109, 295(297); DR 1944, 485; *Köhler* in: Staudinger, BGB, § 437, Rdnr. 41; *Huber* in: Soergel, BGB, § 437, Rdnr. 35; *Putzo* in: Palandt, BGB, (60. Aufl.) § 437, Rdnr. 11 ff, (63. Aufl.) § 453, Rdnr. 24, 26; *Vollkommer* in: Jauernig, BGB,(9. Auf.), § 437, Rdnr. 8; *Berger* in: Jauernig, BGB, (10. Aufl.) § 453, Rdnr. 17.

135 so schon Zweifel äußernd RGZ 108, 279 (280 f.); *Köhler* in: Staudinger, BGB, § 437, Rdnr. 43; *Westermann* in: MünchKomm, BGB, § 437, Rdnr. 14; vgl. dazu auch die Ausführungen bei *Grunewald*, Die Grenzziehung zwischen der Rechts- und Sachmängelhaftung beim Kauf, S. 117.

136 RGZ 59, 240 (241); 108, 316 (317); 109, 295 (297); *Putzo* in Palandt, BGB, § 437, Rdnr. 11; *Vollkommer* in: Jauernig, BGB, (9. Aufl.), § 437, Rdnr. 8.

137 RGZ 59, 240 (241); *Köhler* in: Staudinger, BGB, § 437, Rdnr. 41.

ten sein.[138] Dies gilt allerdings nur, soweit die Beschädigungen nicht zur Ungültigkeit des Wechsels führen. Die Durchsetzbarkeit der Wechselforderung ist nur erschwert, jedoch noch möglich. Unterstützung findet diese Auffassung in § 798 BGB. Danach kann der Inhaber bei Beschädigung der Urkunde die Ausstellung einer Ersatzurkunde verlangen, wenn sie aufgrund der Beschädigung oder Verunstaltung zwar zum Umlauf nicht mehr geeignet ist, jedoch das in ihr verbriefte Recht insoweit noch verkörpert, als dass ihr wesentlicher Inhalt und ihre Unterscheidungsmerkmale noch mit Sicherheit erkennbar sind. Hier wird deutlich, dass der Bestand des verbrieften Rechts durch äußerliche Beschädigungen der Urkunde nicht betroffen ist. Vor diesem Hintergrund wird teilweise sogar das Vorliegen eines Mangels überhaupt abgelehnt, weil die bloße Beschädigung des papierenen Rechtsträgers, ohne das Recht selbst zu beeinträchtigen, mangels Relevanz schon nicht als Mangel bezeichnet werden könne.[139]

bb) Die Mangelhaftigkeit der für den Bestand der Wechselforderung konstitutiven Wechselbestandteile

Problematisch ist aber nach wie vor die rechtliche Zuordnung derjenigen Mängel, die in den konstitutiven Bestandteilen der Urkunde liegen und daher mit dem rechtlichen Bestand der Wechselforderung zusammen hängen. Sie beeinträchtigen die Wechselforderung, indem diese nicht oder nicht in dem vertraglichen Umfang geltend gemacht oder weiterübertragen werden kann, weil die Beschaffenheit der Urkunde dem entgegensteht. Solche Mängel wurden überwiegend als Rechtsmängel behandelt und § 437 BGB a.F. zugeordnet. Es handelt sich dabei beispielsweise um Fälschungen von Unterschriften auf dem Papier, die Ungültigkeit von Unterschriften aus sonstigen Gründen, die nachträgliche Verfälschung des Textes und um das Nichtvorliegen sonstiger konstitutiver Formerfordernisse.[140]

---

138 RGZ 59, 240 (241); 109, 295 (297); *Huber* in: Soergel, BGB, § 437, Rdnr. 35; *Walter* in: Handbuch des Schuldrechts, Bd. 6, § 4 II 2. b), (S. 115); *Huber*, ZGR 1972, 395 (395).

139 So *Grunewald*, Die Grenzziehung zwischen Rechts- und Sachmängel beim Kauf, S. 117.

140 RGZ 59, 240 (242); *Grunewald* in: Erman, BGB, § 437, Rdnr. 11; *Köhler* in: Staudinger, BGB, § 437, Rdnr. 43; *Huber* in: Soergel, BGB, § 437, Rdnr. 34; *Esser/Weyers*, Schuldrecht, II/1, § 4 IV, (S. 27); *Baumbach/Hefermehl*, WG, Art. 1, Art. 2, Rdnr. 1.

Die Begründungen für die Zuordnung zum Rechtskauf waren jedoch unterschiedlich.[141] Hilfreich war nach altem Recht der Verweis auf § 437 Abs. 2 BGB a.F., weil dort der Bezug zu Abs. 1 in der Weise hergestellt war, dass der Verkäufer eines Wertpapiers „auch“ dafür einzustehen hatte, dass das Papier nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten worden ist. Mit dem Wegfall dieser Norm entfällt dieses Argument. Es kann allenfalls noch zu einem Indiz für den historischen Gesetzgeberwillen dienen.

(1) Das Argument des Vorrangs der verbrieften Forderung

Von Bedeutung für die Zuordnung zum Sach- oder Rechtskauf ist der Umstand, dass das verbriefte Recht beim Ankauf einer Wechselforderung im Vordergrund steht. Zutreffend ist insoweit, dass die Urkunde nur Mittel zur Inhaberschaft an der Forderung ist. Die Funktion des Papiers beschränkt sich auf eine Art „Vermittlerrolle“ und Träger des Rechts.[142] Der darin zum Ausdruck kommende Vorrang der Forderung gegenüber dem Papier spricht für die Zuordnung zum Rechtskauf.

Wenn auch dem Begründungsansatz im Ergebnis zuzustimmen ist, so vermag er jedoch noch nicht zu erklären, wie es sich mit der ratio legis des Rechtskaufs verhält, wenn es zum Erwerb der Wechselforderung nicht ganz unwesentlich auch auf die Wechselurkunde als ihr Träger ankommt. Allein der Umstand, dass sich der Rechtsverkehr bei Rechtsgeschäften über verbriefe Rechte vornehmlich auf das Recht konzentriert, genügt noch nicht, um eine eindeutige Zuordnung zum Rechtskauf zu treffen. Zugegebenermaßen achten die Wechselkäufer in der Praxis zweifellos darauf, dass die konstitutiven Merkmale des Wechsels jedenfalls äußerlich einwandfrei sind. Streitig werden im Geschäftsverkehr jedoch weniger die Offensichtlichkeiten sein.

---

141 Aufgrund des sehr umfangreichen Meinungsspektrums werden die Ausführungen nur auf einzelne vertretene Auffassungen beschränkt. Insoweit sei auf die umfassenden Darstellungen bei *Grunewald*, Die Grenzziehung zwischen der Rechts- und Sachmängelhaftung beim Kauf, S. 116 f. verwiesen.

142 *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, II/1 § 45 I, (S. 162); *Esser/Weyers*, Schuldrecht, II/1 § 4 IV 3, (S. 27); *Berger* in: Jauernig, BGB, (10. Aufl.), § 453, Rdnr. 17; *Putzo* in: Palandt, BGB, (63. Aufl.), § 453, Rdnr. 27; *Huber* in: Soergel, BGB, § 437, Rdnr. 34; *Köhler* in: Staudinger, BGB, § 437, Rdnr. 43; *Westermann* in: MünchKomm, BGB, § 437, Rdnr. 14.

(2) Kein Rückschluss vom Mangel in der Sachsubstanz auf dessen Erkennbarkeit

Liegen Unterschriftsfälschungen vor, so handelt es sich um Mängel im Papier. Die Behandlung solcher, eigentlich in der Substanz liegenden Mängel als Rechtsmängel erscheint gleichwohl als angebracht. Denn regelmäßig ist ohne besondere Kenntnisse gerade solchen Urkundenfälschungen nicht anzusehen, dass die betroffene Wechselerklärung nicht von demjenigen stammt, der aus der Unterschrift hervorgeht. Vor diesem Hintergrund ist durchaus die Frage berechtigt, ob es verhältnismäßig ist, dem Wechselerwerber das Risiko einer späteren Nichteinlösung zuzumuten, weil beispielsweise der aus dem Wechsel hervorgehende Akzeptant den Wechsel tatsächlich nicht angenommen hat, oder ein Rückgriff auf einen vorhergehenden Indossanten nicht möglich ist, weil er in Wirklichkeit nie Inhaber der Wechselrechte war oder aber das Garantieindossament von ihm nicht gezeichnet worden ist.

Die Zuordnung solcher Mängel zum Rechtskauf geht mit der Rechtsprechung[143] konform, die Mängel in rechtlichen Beziehungen zu einer Sache nur dann als typische Sachmängel qualifiziert, wenn sie ihren Grund in der Beschaffenheit der Sache selbst haben.

Zwar hat die Echtheit von Unterschriften auf dem Wechseldokument auch in der Sachsubstanz ihren Grund, dies jedoch nicht ausschließlich und eher vernachlässigbar. Der Begründungsansatz der Rechtsprechung und auch der Literatur stellt in Form eines Interessenausgleichs zwischen Verkäufer und Käufer auf die Erkennbarkeit der Mängel ab: Von der Ordnungsmäßigkeit der Kaufsache könne sich der Käufer selbst hinreichend überzeugen, wenn er die Kaufsache in Besitz nimmt. Rechtsmängel lägen dann vor, wenn sich Mängel eben nicht allein aus der Beschaffenheit der Sache ersehen lassen, sondern es auf die Vorgeschichte ankommt, von der der Käufer regelmäßig keine Kenntnis hat.[144] Zu beachten ist aber die Erkennbarkeit von Mängeln im Papier mehr noch im Hinblick auf den Wegfall der Haftung des Verkäufers nach § 422 BGB. Sie ist nach § 422 Abs. 1 S. 2 BGB Anknüpfungspunkt für grob fahrlässige Nichtkenntnis. Die Frage nach dem Vorliegen eines Rechtsmangels stellt sich dann bereits nicht.

---

143 so ansatzweise zunächst RGZ 59, 240 (241 f); 108, 279 (280 f.); das Abgrenzungskriterium der Erkennbarkeit des Mangels von *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, § 85 (S. 263), § 87 (S. 270) übernehmend BGH NJW 1976, 1888.

144 BGH NJW 1976, 1888; so im wesentlichen unter Zuziehung der Erkennbarkeit des konkreten Mangels und der Berücksichtigung des Informationsvorsprungs des Verkäufers gegenüber dem Käufer: *Grunewald*, Die Grenzziehung zwischen Rechts-

Bei der Unterschriftsfälschung fehlt es oftmals an der äußerlichen Erkennbarkeit des Mangels, weshalb die Vorgeschichte des Papiers nicht ganz unbeachtlich ist. Das hier bestehende Risiko kann eher der Verantwortungssphäre des Wechselverkäufers zugeordnet werden. Auch hier muss sich der Wechselkäufer auf die vertragsgemäße Erfüllung durch seinen Verkäufer verlassen können. Das gebietet schon die Sicherheit des Rechtsverkehrs. Wo zum Umlauf bestimmte Rechte Kaufgegenstand sind, haben Rechtsunsicherheiten keinen Raum, sie stehen der Verkehrsfähigkeit des Wechsels entgegen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass es sich hier nur um solche „versteckten" Mängel in der Wechselurkunde handelt, die sich aus Rechtsscheinsgesichtspunkten nicht überwinden lassen und daher auf die Wirksamkeit der Wechselforderung durchschlagen.

(3) Schutzbedürftigkeit des Wechselkäufers auch im Hinblick auf wechselrechtliche Haftungsgrundsätze

Die Zuweisung von Mängeln in der Wechselurkunde in Form der Fälschung von wesentlichen Unterschriften, wie beispielsweise des Akzeptes zur Risikosphäre des Wechselverkäufers, erscheint um so überzeugender, führt man sich folgende Konsequenzen vor Augen: Bei der Fälschung von Unterschriften auf dem Wechseldokument handelt es sich um einen sogenannten absoluten (oder auch dinglichen) Gültigkeitseinwand, der jedem Inhaber entgegen gesetzt werden kann. Der Namensträger, dessen Unterschrift auf einem Wechseldokument gefälscht wurde, haftet grundsätzlich nicht aus dem Wechsel. Eine Haftung besteht auch nicht gegenüber gutgläubigen weiteren Wechselerwerbern. Das Wechselrecht schützt das Vertrauen in die Echtheit der Wechselerklärungen grundsätzlich nicht.[145] Der Namensträger kann sogar vom jeweiligen Inhaber des Wechsels die Streichung der gefälschten Unterschrift verlangen, denn die Fälschung beeinträchtigt ihn in seinem Persönlichkeitsrecht (§§1004, 823 Abs.1 BGB).[146] Eine Haftung besteht auch nicht aus sonstigen Rechtsscheinstatbeständen, denn der Namensträger hat den Rechtsschein nicht in zurechenbarer Weise gesetzt.[147] Hieraus wird ganz deutlich erkennbar, welchem Risiko der Wechselkäufer ausgesetzt ist, wenn derartige Mängel in der Wechselurkunde bestehen. Er wird durch das Wechselrecht nicht besonders geschützt. Einen Vorteil aus seiner

---

und Sachmängelhaftung beim Kauf, S. 27 f; nur als Indiz anerkennend: *Huber* in Soergel, BGB, § 434, Rdnr. 28.

145 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Art. 17, Rdnr. 38; *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 9 II 3b (S. 112) (sog. Zurechenbarkeitseinwendung); *Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere, § 26, II., 1. a), (S. 241).

146 *Lieseke*, WM 1969, 2 (4).

147 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Art. 7, Rndr. 5, Art. 17, Rdnr. 38; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, § 22, (S. 243).

Stellung als Wechselinhaber erlangt er insoweit nicht. Demzufolge ist er aus mängelhaftungsrechtlicher Sicht wie ein Inhaber einer gewöhnlichen unverbrieften Forderung nach Rechtskaufgrundsätzen zu behandeln.

(4) Risikozuweisung aus Gründen der Beweislast

Die Schutzbedürftigkeit des Wechselkäufers ergibt sich auch aus Gründen der Beweislastverteilung. Will er die Wechselforderung gegen den Wechselbezogenen gelten machen, so hat er die anspruchsbegründenden Voraussetzungen seines wechselrechtlichen Anspruchs darzulegen und zu beweisen. Wird ihm von dem jeweiligen in Anspruch genommenen Wechselverpflichteten entgegen gehalten, die Unterschrift stamme nicht von ihm und er sei deshalb auch nicht aus dem Wechsel verpflichtet, so obliegt es dem Wechselinhaber, die Behauptung einer Unterschriftsfälschung mittels Echtheitsbeweises zu entkräften, denn die Beweislast für die Echtheit trägt diejenige Partei, die sich als Beweisführer auf die Urkunde beruft und die Echtheit der Unterschrift behauptet.[148] Das Wechseldokument kommt ihm dabei nicht zu Hilfe, denn es verbreitet keinen Rechtsschein hinsichtlich der Echtheit seiner Wechselerklärungen. Das Fälschungsrisiko geht grundsätzlich zu Lasten des Wechselerwerbers, wenn es sich nicht gerade um nachträgliche Verfälschungen, zum Beispiel der Wechselsumme, handelt, für die der Zeichner ein vermeidbares Verfälschungsrisiko gesetzt hat, oder auf sonstige Weise für den gegen ihn sprechenden Rechtsschein ursächlich war.[149]

(5) Der Vergleich zu Banknoten

Für die Behandlung des Ankaufs von Wechselforderungen als Rechtskauf spricht auch ein Vergleich zu Banknoten. Heute ist allgemein anerkannt, dass es sich bei diesen ausschließlich um Sachkauf handelt. Dafür spricht schon die allgemeine Verkehrsanschauung, die die Banknote als Sache versteht.[150] Darüber hinaus liegt, und das ist der wesentliche Punkt, der Unterschied zwischen Wechselurkunde und Banknote darin, dass in letzterer kein Recht verbrieft ist und keine Deckungs- und Einlösepflicht besteht. Die Banknote ist nicht Träger des darin verkörperten Rechts, sondern als gesetzliches Zahlungsmittel selbst un-

---

148 *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO, § 440, Rdnr. 1. *Schreiber* in: MünchKomm, ZPO, § 439, Rdnr. 3, § 440, Rdnr. 1, 2; *Reichold* in: Thomas/Putzo, ZPO, § 440, Rdnr. 1; BGH NJW 1995, 1683 (1683).

149 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Art. 17, Rdnr. 38; Art. 69, Rdnr. 7; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, § 22, (S. 243) m.w.N.

150 RGZ 108, 279 (280 f).

mittelbarer Wertträger. Die Frage, ob das Papier oder das Recht im Vordergrund steht, stellt sich nicht.[151]

3. Ergebnis

Mängel, die in der Wechselurkunde selbst liegen, ihre wesentlichen Bestandteile betreffen und dadurch die verkörperte Wechselforderung beeinträchtigen, sind Rechtsmängel und unterfallen dem Rechtskauf. Ausgenommen hiervon sind bloße Mängel im Papier, die sich nicht auf die Forderung auswirken. Sie sind allenfalls bloße Sachmängel.

Die strenge Garantiehaftung des Wechselverkäufers ist für die erstgenannten Mängel erforderlich, denn die ratio leges des Rechtskaufs greift nach früherem und heutigem Verständnis auch bei dieser Mängelart ein. Zum einen steht die Wechselforderung im Vordergrund, während das Papier lediglich Rechtsträger ist. Des Weiteren fehlt es bei diesen Mängeln oftmals auch an ihrer äußerlichen Erkennbarkeit, sodass es auf die Vorgeschichte des Wechsels ankommt, in die der Wechselkäufer keinen Einblick hat. Es ist derselben Risikolage ausgesetzt, wie ein sonstiger Forderungskäufer und wird durch den Umstand der wechselmäßigen Verbriefung nicht besonders geschützt. Zudem trifft ihn das volle Prozessrisiko für die Gültigkeit des Wechsels, insbesondere für die Echtheit von Unterschriften, will er die Wechselforderung bei Fälligkeit bzw. andere wechselrechtliche Rückgriffsansprüche geltend machen.
Die Wechselurkunde ist infolge der Rechtsverbriefung keine „schlichte“ Sache und insbesondere mit einer Banknote als unmittelbarer Wertträger nicht vergleichbar.

Darüber hinaus sprechen Praktikabilitätsgründe dafür, jede Art von in der Urkunde liegenden Mängeln als Rechtsmängel zu behandeln, denn eine Unterscheidung dieser Mängel würde der Bedeutung des verbrieften und im Vordergrund stehenden Rechts nicht gerecht werden. Das Papier als Träger des Rechts wird lediglich mitverkauft. Es ist als Sache derart unwichtig, dass eine Aufteilung unnatürlich erscheint.[152] Hiernach sind sämtliche Mängel in der

---

151 *Huber* in: Soergel, BGB, § 437, Rdnr. 57; *Köhler* in: Staudinger,BGB, § 437, Rdnr. 46; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, II/1, § 45 I, (S. 163); veraltet hingegen die Auffassung von *Walter* in: Handbuch des Schuldrechts, Bd. 6, § 3 II 4.a) (S. 89); so auch RGZ 108, 316 (318); unklar *Westermann* in: MünchKomm, BGB, § 437, Rdnr. 15.

152 *Huber* in: Soergel, BGB, § 437, Rdnr. 32; *Köhler* in: Staudinger, BGB, § 437, Rdnr. 43; *Westermann* in: MünchKomm, BGB, § 437, Rdnr. 14; *Medicus*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, § 82 I 2., Rdnr. 152 (S. 71); *Esser/Weyers*, Schuldrecht, II/1, § 4 IV 3.a), (S. 27); *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrecht, II/1, § 45 I, (S. 163); *Walter* in: Handbuch des Schuldrechts, Bd. 6, § 3 II 4.a), (S. 89).

Wechselurkunde, gleich, ob sie sich lediglich auf die Urkunde beschränken, oder sich auch auf den Bestand der Wechselforderung auswirken, der typischen Fallgruppe des Rechtskaufs im Sinne des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB zuzuordnen. Auf sie ist § 311a Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB in der Weise anzuwenden, dass es auf die Frage des Verschuldens des Wechselverkäufers, insbesondere seiner schuldhaften Nichtkenntnis von der Mangelhaftigkeit der Bestandteile der Wechselurkunde, nicht ankommt.

4. Die Vereinbarung einer Garantiehaftung bei der Veräußerung von Wechselforderungen

Im vorhergehenden Abschnitt ist bereits darauf hingewiesen worden, dass die Frage einer Garantiehaftung für den Rechtskauf höchstrichterlich noch nicht entschieden worden ist. Es wurde daher empfohlen, die Garantiehaftung des Verkäufers für die Fälle anfänglicher Unmöglichkeit vertraglich zu vereinbaren.

Die dort vorgeschlagene Formulierung einer derartigen Klausel kann auch für die Vereinbarung einer Garantiehaftung des Wechselverkäufers für Mängel in der Wechselurkunde verwendet werden, da sich insofern die relevanten Mängel auf die Wechselforderung auswirken und demzufolge deren rechtlichen Bestand beeinträchtigen. Diese Beeinträchtigungen sind von der obigen Formulierung erfasst. Wird jedoch nur eine Wechselforderung ohne die ihr zugrunde liegende Kaufpreisforderung (Grundforderung) forfaitiert, so kommt eine speziell gehaltene Formulierung einer Haftungs- bzw. Garantieerklärung nach folgendem Vorschlag in Betracht:

> *„Der Forfaitist steht dem Forfaiteur dafür ein, dass die angekaufte Forderung aus dem vorbezeichneten Wechsel rechtsbeständig ist, insbesondere für die Echtheit der Unterschriften und die Unverfälschtheit des Inhalts des Wechsels, sowie für die Abwesenheit jeglicher Einreden, Einwendungen, Aufrechnungsmöglichkeiten oder sonstiger Gründe, die das rechtliche Bestehen und die rechtliche Durchsetzbarkeit der Wechselforderung aufheben oder erschweren, ohne dass es auf ein Verschulden des Forfaitisten an der fehlenden Vertragsmäßigkeit der Wechselforderung ankäme.“*

C. Die Übertragung der Haftungsverhältnisse des Forfaitierungsvertrages auf wechselrechtliche Rückgriffsansprüche

I. Einleitung

Gegenstand von Forfaitierungsverträgen sind vornehmlich Wechsel, die zur Sicherung und Mobilisierung der aus dem Exportgeschäft entstandenen Kaufpreisforderung (Grundforderung) begeben werden. Demgegenüber spielen die eigentlichen Grundforderungen wegen ihrer vergleichsweise schlechten Übertragbarkeit und der fehlenden Möglichkeit des Gutglaubenserwerbs keine oder eine nur sehr untergeordnete Rolle.[153]

Bei der Forfaitierung von Wechselforderungen ist problematisch, wie die für den Forfaitierungsvertrag typische Risikotragung für die Bonität der Wechselforderung durch den Wechselkäufer (Forfaiteur) auf die Regelungen des Wechselrechts übertragen werden kann. Eine spezielle wechselrechtliche Regelung dafür, wer von beiden Parteien der Veräußerung eines Wechsels die Haftung für die Bezahlung des Wechsels durch den Wechselschuldner (Bezogener oder auch Akzeptant) übernimmt, mithin wie im allgemeinen Schuldrecht das Bonitätsrisiko trägt, gibt es nicht. Vielmehr verfügt das Wechselrecht über eigene Regelungen, betreffend den Zahlungsausfall des Wechselschuldners. Diese bestimmen nur, wer in welcher Weise unmittelbar aus dem Wechsel haftet. Diese speziellen wechselrechtlichen Rückgriffsansprüche haben jedoch mit dem auf schuldrechtlicher Ebene vorherrschenden Risikotragungsprinzip des Rechtskaufs nichts gemein. Erschwerend kommt hinzu, dass im Wechselrecht aufgrund der Forderungsverbriefung eine besondere Formen- und Verfahrensstrenge, nämlich der Grundsatz der Wechselstrenge, herrscht, an dem sämtliche Parteivereinbarungen über den Wechsel zum Schutze des Wechselverkehrs zu messen sind. Um die forfaitierungstypische Verteilung von Bonitäts- und Veritätsrisiko auf die wechselrechtliche Ebene zu übertragen, wird vornehmlich mit Haftungsausschlüssen und Regressverzichtserklärungen gearbeitet.

Im Rahmen dieser Erörterungen soll die Vereinbarkeit solcher Mittel mit den wechselrechtlichen Rückgriffsmöglichkeiten, insbesondere mit den strengen Formerfordernissen des Wechselrechts, im Vordergrund stehen. Dabei ist zunächst zu klären, welche wechselmäßige Position der Exporteur (Forfaitist) einnimmt. Aus der Beantwortung dieser Frage ergibt sich des Weiteren, ob ein

---

153 *Deuber*, Rechtliche Aspekte der Forfaitierung, 4. Kap. I. (S. 54); *Häusermann*, Forfaitierung im Dienste der mittelfristigen Exportfinanzierung, S. 140 f.; *Guild/Harris*, Forfaitierung, 1.2.2. (S. 14 f.); *Lambeck* in: Christians, Finanzierungshandbuch, S. 467 (493), *Schütze* in: Münchener Vertragshandbuch, II.6. (S. 288).

wechselmäßiger Haftungsausschluss nach dem Wechselgesetz möglich ist. Der Exporteur kann in einer Wechselurkunde die Position des Wechselausstellers und die des ersten Wechselnehmers einnehmen. Für eine der beiden Varianten bejaht das Wechselgesetz einen wechselmäßigen Haftungsausschluss, für die andere schließt es ihn ausdrücklich aus. Das Gesetz erklärt für den letzteren Fall sogar einen Haftungsausschlussvermerk auf der Urkunde, und nur dort gilt er auch gegenüber Jedermann, als nicht geschrieben. Im Folgenden wird diese hier kurz angerissene Problematik näher untersucht. Es wird aufgezeigt, ob eine Differenz zwischen den Grundsätzen des Schuldrechts und des Wechselrechts tatsächlich und unüberbrückbar besteht, welche Ansätze zur Lösung dieses Spannungsverhältnisses denkbar sind und welche praktischen Auswirkungen daraus folgen.

II. Die der Verität und der Bonität zuzuordnenden Haftungstatbestände bei Wechselforderungen

Die nach dem Forfaitierungsvertrag vom Exporteur als Wechselverkäufer zu tragende Veritätshaftung umfasst den rechtlichen Bestand des Wechsels und die in ihm verbriefte Wechselforderung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Er haftet dafür, dass der Wechsel bei Vertragsschluss formgültig ist, die auf ihm angebrachten Unterschriften echt sind, dass Einwendungen, die von Art. 17 WG nicht ausgeschlossen sind, nicht bestehen und keine Zahlungssperre oder Beschlagnahme der Wechselforderung vorliegt.[154] Der Forfaiteur übernimmt mit dem Ankauf des Wechsels sämtliche Risiken, die der Bonität der Wechselforderung zuzuordnen sind. Dabei handelt es sich um die wirtschaftliche Durchsetzbarkeit der Wechselforderung, einschließlich der sogenannten KTZM-Risiken.[155]

Diese Haftungsverteilung droht allerdings dort zu enden, wo sich die Eigentümlichkeit der wechselmäßigen Verbriefung auswirkt. Das betrifft die wechselrechtlichen Rückgriffsansprüchen des jeweiligen Wechselinhabers gegen seinen Vordermann und insbesondere gegen den Aussteller für den Fall der Nichtannahme oder Nichtbezahlung des Wechsels durch den Bezogenen zum Zeitpunkt der Fälligkeit des Wechsels. Sind jedoch derartige Rückgriffsmöglichkeiten nicht endgültig und wirksam ausschließbar, so gelangt man gleichsam über die Hintertür wieder zur Haftung des Exporteurs, obwohl er typischerweise als Verkäufer des Wechsels im Rahmen des Forfaitierungsvertrages für solche Bonitätsrisiken nicht einzustehen hat.[156] Das würde letztlich einem Vertragsbruch im Verhältnis zwischen Exporteur und Forfaiteur nahe kommen. Demzufolge hat

---

154 *Martinek/Oechsler* in: Bankrechts-Handbuch, § 103, Rdnr. 22; *Graf v. Westphalen*, Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, S. 487; *ders.* RIW/AWD 1977, 80 (83); *Schütze* in: Münchner Vertragshandbuch, Bd. 3, II. 6., (S. 286); *Hakenberg* in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, Handelsgesetzbuch, Bankrecht Teil V, Rdnr. V 42; *Lambeck* in: Christians, Finanzierungshandbuch, S. 467 (493); *Emmerich*, JuS 1994, 982 (982); Nielsen, BuB, Bd. 3, Rdnr. 5/222; *Hakenberg*, RIW 1998, 906 (907); *Schulz-Meister*, AWD 1972, 230 (232).

155 Die KTZM-Risiken umfassen die politischen Risiken des Landes des Wechselbezogenen (Importeur und zugleich Schuldner der Kaufpreisforderung). Die Abkürzung KTZM steht für Konvertierbarkeit, Transfer, sowie Zahlungsverbote und Moratorien aufgrund staatlicher Verfügungen. Die Übernahme dieser Risiken durch den Forfaiteur kann unter Umständen eine erhebliche Risikoentlastung für den Exporteur mit sich bringen, vgl. hierzu *Graf v. Westphalen*, RIW/AWD 1977, 80 (83) und die sehr ausführliche Darstellung bei *Gmür* in: Hagenmüller/Sommer, Factoring-Handbuch, S. 210.

156 So auch *Finger*, BB 1969, 765 (767); *Schultz-Meister*, AWD 1972, 230 (231).

der Forfaiteur dafür Verantwortung zu tragen, dass sein Vertragspartner nicht mit Haftungen wegen Nichtzahlung des Wechselschuldners konfrontiert wird.

1. Die Indossantenhaftung nach Art. 15 WG

Völlig unbestritten ist die Freizeichnungsmöglichkeit des Exporteurs für seine Haftung als Indossant durch einen entsprechenden Vermerk auf der Wechselurkunde. Voraussetzung hierfür ist, dass er nach der jeweiligen Wechselart die wechselrechtliche Stellung eines Indossanten einnimmt. Das ist in der Konstellation der Fall, in der er seinen Schuldner - den Importeur - einen Solawechsel ausstellen und sich selbst als ersten Wechselnehmer (Remittent) einsetzen lässt. Der Solawechsel wird auch Eigenwechsel oder trockener Wechsel genannt. Er zeichnet sich vor allem dadurch aus, dass er in seinem Wortlaut ein Zahlungsversprechen des Ausstellers enthält, nach welchem dieser eine bestimmte Summe an den ebenfalls bezeichneten ersten Wechselnehmer zahlen will. Bei einem solchen Wechsel tritt der Exporteur haftungsrechtlich nur dann in Erscheinung, wenn er den Wechsel mittels Indossament an einen Dritten überträgt. Durch die Indossierung haftet er wechselrechtlich jedem künftigen Wechselinhaber gegenüber für die Annahme und die Bezahlung des Wechsels durch den Bezogenen und wird nach Protest des Wechsels zum Rückgriffsschuldner. Das Wechselgesetz sieht jedoch in Art. 15 Abs. 2 WG die Möglichkeit vor, die Haftung bei einem Rückgriff durch einen Vermerk auf der Wechselurkunde (sog. „Angstklausel“) auszuschließen. Hierbei werden in der Regel Formulierungen wie „ohne obligo“, „ohne Gewähr“, „without recours“, oder „sans recours“ verwendet. Der Haftungsausschluss gilt sowohl für die Annahme des Wechsels, als auch für die Zahlung durch den Bezogenen und allen nachfolgenden Wechselinhabern gegenüber.[157]

Dieses Ergebnis ist auch bei der Verwendung eines gezogenen Wechsels (Tratte) zu erreichen, bei dem kein Zwei-, sondern ein Drei-Personen-Verhältnis besteht. Er enthält in seinem Wortlaut die Anweisung an den Bezogenen, eine bestimmte Geldsumme an den Remittenten oder dessen Order bzw. bei einem gezogenen Wechsel an eigene Order an die des Ausstellers zu zahlen. Stellt auch hier der Importeur einen solchen Wechsel aus, setzt sich selbst als Bezogenen ein (Aussteller und Bezogener in einer Person) und bezeichnet den Exporteur als ersten Wechselnehmer, so wird ein solcher Wechsel gleichsam zum Solawechsel „umfunktioniert“, ohne das rechtlich gesehen ein Solawechsel vorliegt. Er bleibt ein gezogener Wechsel, bei dem der Aussteller den Wechsel auf sich selbst zieht

---

157 *Martinek/Oechsler* in: Bankrechts-Handbuch, § 103, Rdnr. 22; *Graf v. Westphalen*, Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, XVI. 3., b), aa), (S. 488).

(trassiert). Man bezeichnet diesen Wechsel auch als trassiert eigenen Wechsel.[158] Der Exporteur tritt auch hier wechselrechtlich nur als Indossant in Erscheinung und kann seine Haftung mittels Vermerks ausschließen.

Mit einem solchen umfassenden Haftungsausschluss des Exporteurs wird ein Parallellaufen der schuldrechtlichen Prinzipien des Forfaitierungsvertrages mit dem Wechselrecht ermöglicht. Um die forfaitierungstypische Haftungsverteilung auf der wechselrechtlichen Ebene durchzusetzen, wird die Haftungsausschlussmöglichkeit bei der Verwendung von Solawechseln oder trassiert eigenen Wechseln regelmäßig praktiziert.

Der Vollständigkeit halber sei auf folgenden Umstand hingewiesen: Es stellt sich schon von vornherein keine Haftungsfrage für den Exporteur, wenn er bereits bei der Abwicklung seines Exportgeschäftes eine verbindliche Zusage seines Forfaiteurs zum Ankauf der Exportforderung erhalten hat und sogleich seinem Vertragspartner aufgibt, einen Solawechsel oder einen eigen trassierten Wechsel auszufertigen und an die Order des Forfaiteurs zu stellen. In einer derartigen Konstellation wird der Exporteur in der Wechselurkunde nicht benannt. Obwohl diese Variante aus Haftungsgesichtspunkten die günstigste ist, lässt sie sich in der Praxis oftmals nicht anwenden, da die anschließende Forfaitierung noch nicht hinreichend klar ist oder aber auch aus Gründen der Offenlegung der eigenen Finanzsituation des Exporteurs untunlich erscheint.

2. Die Ausstellerhaftung nach Art. 9 WG

Weitaus problematischer ist die Möglichkeit eines wirksamen Haftungsausschlusses des Exporteurs, wenn er Aussteller des Wechsels ist. Bei dieser Fallgestaltung handelt es sich regelmäßig um Tratten, die er als Aussteller auf den Importeur zieht und im Wege der Forfaitierung an eigene Order oder die seines Forfaiteurs stellt. Wie bei der Indossantenhaftung geht es hier um die Haftung für die Annahme und die Zahlung des Wechsels durch den Bezogenen. Der Haftungsausschluss für die Wechselannahme erfolgt wie dort durch den Vermerk „ohne obligo“ etc., der erkennbar vom Aussteller stammen muss.[159]

Der Unterschied zur unproblematischen Indossantenhaftung besteht jedoch darin, dass ein Haftungsausschluss für die Zahlung hier nicht möglich ist. Diese Haftung ist nach Art. 9 Abs. 1 WG zwingend angeordnet. Jeder Vermerk, durch

---

158 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Art. 3, Rdnr. 2.

159 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Art. 9, Rdnr. 3; *Graf v. Westphalen*, Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, XVI. 3. b) bb) (S. 488).

den der Aussteller seine Haftung für die Zahlung ausschließt, gilt nach Art. 9 Abs. 2 WG als nicht geschrieben.

Streitig ist, ob es sich bei der Haftung des Ausstellers um eine rechtsgeschäftliche[160] oder um eine gesetzliche[161] Haftung handelt, wobei der letzteren der Vorzug zu geben ist. Da neben der Skriptur des Ausstellers auch die Begebung des Wechsels haftungsbegründend ist, wird hierin verbreitet ein Haftungsversprechen des Ausstellers gegenüber sämtlichen nachfolgenden Wechselnehmern gesehen. Die Haftung des Ausstellers ist zudem nicht mit der des Deliktsrechts vergleichbar, da insofern die Abhängigkeit vom Begebungsvertrag als rechtsgeschäftlicher Akt eine Abweichung davon bedingt. Maßgeblich und zugleich ausschlaggebend ist jedoch der Umstand, dass sich der Aussteller auch mittels ausdrücklicher Erklärung, nicht haften zu wollen, nach Art. 9 Abs. 2 HS 2 WG von seiner Haftung für die Bezahlung des Wechsels nicht befreien kann und eine solche Erklärung gänzlich ohne Wirkung bleibt. Zutreffend ist insbesondere das Argument, dass der Aussteller mit der Begebung eines gezogenen Wechsels gerade keine eigene Zahlungsverpflichtung begründet. Vielmehr handelt es sich bei einem solchen Wechsel um eine Anweisung an einen Dritten, nämlich den Bezogenen, dass dieser zahlen soll. Demzufolge erklärt er nicht, selbst zahlen zu wollen, was freilich nur für den gezogenen Wechsel, hingegen nicht für den Eigenwechsel bzw. Solawechsel gilt.[162]

Der besondere Grund der Haftung des Ausstellers für die Zahlung liegt darin, dass der Aussteller ein umlauffähiges Wertpapier in die Welt gesetzt hat, das als Zahlungsmittel zumindest erfüllungshalber dient. Mit seiner Unterschrift hat der Aussteller einen Vertrauenstatbestand geschaffen, sobald das Papier in den Rechtsverkehr gelangt, und hierdurch eine für den Umlaufzweck gesteigerte Gefahr gesetzt.[163] Er hat dafür einzustehen, dass der Bezogene bzw. der Akzeptant (nach der Annahme des Wechsels) entsprechend der von ihm abgegeben Zahlungsanweisung die Zahlung an den Inhaber des Wechsels leistet. Will der Aussteller zwar einen anderen ermächtigen, von einem Dritten eine Zahlung in

---

160 So *Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere, § 20 I. (S. 201); *Baumbach/Hefernehl*, WG, Art. 9, Rdnr. 1, 2, hiernach soll die Haftung im Urgrund vertraglich sein, während sie kraft Gesetzes in notwendiger Verbindung mit dem Begebungsvertrag eintritt.

161 *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6 VIII. 2. (S. 74); *Richardi*, Wertpapierrecht, § 15 V 3. (S. 136); *Stranz*, Wechselgesetz, Art. 9, Anm. 7; *Zöllner*, Wertpapierrecht, § 12 IX 3 a, (S. 79).

162 *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6 VIII. 2. (S. 74); *Richardi*, Wertpapierrecht, § 15 V 3. (S. 136 f.).

163 So schon nach der früheren deutschen Wechselordnung RGZ 37 (1896) 145 (147 f.).

Empfang zu nehmen, selbst aber nicht dafür einstehen, dass der Dritte auch wirklich zahlt, so darf er sich nicht der Wechselform bedienen. Ihm steht dann nur die bürgerlich-rechtliche oder handelsrechtliche Anweisung zur Verfügung.[164]

Vor diesem Hintergrund erscheint es zunächst wenig verständlich, warum im Rahmen eines Forfaitierungsgeschäfts überhaupt gezogene Wechsel verwendet werden und nicht ausschließlich auf vom Importeur ausgestellte Solawechsel zurückgegriffen wird. Der Grund dafür liegt in den oftmals sehr unterschiedlichen Sitten und Gebräuchen des Importlandes, also dem Land des Bezogenen. Solawechsel sind in einigen Rechtsordnungen nicht gebräuchlich oder ihre Verwendung im Handelsverkehr zumindest unüblich.[165] Die Ausstellung von Tratten entspricht zudem oftmals alter Gewohnheit, nach der diese zusammen mit den Warendokumenten an den ausländischen Importeur zur Akzeptierung übersandt wurden. Gezogene Wechsel sind im internationalen Handel stärker anerkannt und deren Verwendung üblicher als es bei den Solawechseln der Fall ist.[166] Die weite Verbreitung des gezogenen Wechsels und seine bessere Akzeptanz dürften insbesondere aus der geschichtlichen Entwicklung des Wechsels resultieren, vornehmlich aus den Zeiten des kirchlichen Zinsverbots, das einen offiziellen Einsatz des Wechsels zu Kreditschöpfungszwecken ausschloss. Der Wechsel sollte nur dem Geldtransport zwischen zwei verschiedenen Marktplätzen dienen. Dem folgend wurde der nicht domizilierte Eigenwechsel (Ausstellungs- und Zahlungsort ist derselbe) dann gar als unzulässig angesehen, weil es bei ihm an dieser Ortsverschiedenheit fehlte. Bei den Eigenwechseln stand immer die Vermutung im Raum, es könne sich um einen reinen Finanzwechsel handeln, dem ein Warengeschäft nicht zugrunde liegt. Bereits im 16. und 17. Jahrhundert wurde der Eigenwechsel beinahe völlig von der dominierenden Tratte verdrängt.[167] Wechsel aus Gründen kurzfristiger reiner Kapitalgewinnung wurden und werden auch heute noch mit Vorsicht betrachtet, weil sie den Ruf des Bezogenen mit sich bringen, von geringerer Bonität zu sein. Demzufolge

---

164 *Quassowski-Albrecht*, Wechselgesetz, Art. 9, Rdnr. 3.

165 *Bernhard*, Rechtsfragen des Forfaitierungsgeschäfts: macht in Fn. 20 (S. 37) deutlich, dass nach dem spanischen Wechsel- und Scheckgesetz von 1986 ausdrücklich auf die „Abneigung gegen die Verwendung des Wechsels in der (spanischen) Gesellschaft" hingewiesen wird, übersetzt in Schettler-Büeler, Band XIV, Spanien.

166 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Einl., Rdnr. 8, Übersicht vor Art. 1, Rdnr. 1, 2; vgl. auch *Bernhard*, Rechtsfragen des Forfaitierungsgeschäfts, S. 37.

167 *Goldschmidt*, Handbuch des Handelsrechts, Teil A Universalgeschichte, S. 447; *Zöllner*, Wertpapierrecht, § 10 I, (S. 55); *Koch*, Das Wechselrecht nach den Grundsätzen der allgemeinen deutschen Wechselordnung, Einl., § 2, I. (S. 10).

werden auch nur Handelswechsel forfaitiert, denen eine Warenlieferung zugrunde liegt, die einen Gegenwert für die Wechselforderung darstellt.

Die zwingende Haftung des Wechselausstellers für die Zahlung nach Art. 9 Abs. 1 WG fällt eindeutig in den Bereich der wirtschaftlichen Einbringlichkeit der Wechselforderung. Sie ist mit dem Vertragstyp des Forfaitierungsgeschäfts nicht zu vereinbaren. Demzufolge ist ein Haftungsausschluss des Exporteurs unverzichtbar. Die Forfaitierung würde bei der Möglichkeit eines Haftungsrückgriffs auf den Exporteur überhaupt keinen Sinn machen und praktisch nicht mehr zur Anwendung kommen. Der wirtschaftliche Vorteil dieser Geschäftsart besteht gerade darin, über die Kaufpreisforderung dauerhaft verfügen und wiederum in die Produktion oder ähnlichem investieren zu können.

III. Die Haftungsausschlussvarianten unter dem Gesichtspunkt der wechselrechtlichen Einwendungslehre

Die Problematik, die Haftung für die Zahlung als Aussteller eines Wechsels nach Art. 9 WG nicht unmittelbar ausschließen zu können, eröffnet die Sicht auf Lösungsansätze, die zumindest mittelbar dem Aussteller einen vergleichbaren zuverlässigen Schutz vor Inanspruchnahme im Wege des Haftungsrückgriffs durch spätere Wechselinhaber verschaffen. Kann nämlich der Aussteller dem jeweiligen Wechselinhaber eine Einwendung entgegen halten, dann ist zwar die Haftung nicht unmittelbar ausgeschlossen, sie ist jedoch nicht durchsetzbar. Auf diese Weise wird gleichsam der Anspruch des Wechselinhabers auf Regresshaftung des Ausstellers weitestgehend unterbunden. Im Wechselrecht wird aus Gründen des gesteigerten Verkehrsschutzes in einzelne Einwendungsgruppen, die sich in der Reichweite ihrer Wirkung voneinander unterscheiden, differenziert.

1. Die Einwendungslehre im Allgemeinen

Die Haftung des Exporteurs als Aussteller eines Wechsels ist eine von mehreren Wechselverpflichtungen, die an einem Wechsel bestehen können. Inwieweit eine Wechselverpflichtung nicht nur wirksam entstanden, sondern auch durchsetzbar ist, beurteilt sich nach der Möglichkeit des Wechselverpflichteten, dem jeweiligen Wechselinhaber Einwendungen entgegen halten zu können. Die Reichweite ihrer Wirkung bezieht sich hierbei auf die Fragestellung, unter welchen Umständen und gegenüber welchen Wechselbeteiligten die jeweilige Einwendung geltend gemacht werden kann bzw. ob sie selbst wiederum ausgeschlossen ist. Kann sich der Aussteller beispielsweise auf eine unmittelbare, eine urkundliche oder auch auf eine Zurechenbarkeitseinwendung[168] berufen, so gilt sie gegenüber jedermann, denn diese Art von Einwendungen ist absolut, und kann von niemanden überwunden werden, d.h. sie ist nicht ausschlussfähig.

Bei den unmittelbaren Einwendungen fehlt es an einem schützenswerten Verkehrsgeschäft, mithin an einem den Einwendungsausschluss überhaupt begründbaren Umlauf des Wechsels, sodass die Einwendung unmittelbar zwischen denjenigen Personen geltend gemacht wird, aus deren Verhältnis sie stammen. Ein schützenswerter Erwerbsakt liegt dann nicht vor.[169] Urkundliche Einwendungen

---

168 Einteilung nach *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 9 I 2. c), (S. 105).

169 *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 9 I 2. a), (S. 104).

gelten gegen jedermann, da es infolge der Erkennbarkeit der Einwendung aus dem Urkundeninhalt bereits an einem Rechtsscheintatbestand fehlt.[170]

Zurechenbarkeitseinwendungen schließlich werden deshalb trotz Umlaufs des Wechsels nicht ausgeschlossen, weil nach den Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung derjenige, gegen den der Rechtsschein spricht, diesen zumindest in zurechenbarer Weise gesetzt haben muss. Hat er den Rechtsschein nicht veranlasst, so ist er im Verhältnis zum Rechtsverkehr vorrangig zu schützenswert. Das gilt auch beim Rechtsverkehr mit Urkunden wie Wechseln. Liegt beispielsweise eine Fälschung der Unterschrift des Ausstellers vor oder wurde der Wechselinhalt im Nachhinein verfälscht, so ist es schlichtweg unverhältnismäßig und auch in Abwägung mit den Gründen des Schutzes des Wechselumlaufs nicht zu rechtfertigen, dem Aussteller eine Haftung entsprechend dem Rechtsschein trotz Fehlens irgendeiner Verantwortlichkeit aufzuerlegen. Anders liegen die Dinge freilich dann, wenn der Aussteller bei der Ausfüllung des Wechselformulars derart ungenau und lückenhaft vorging, dass er die Möglichkeit einer Fälschung besonders begünstigt hat. Dann hat er nämlich den Scheintatbestand veranlasst, in dem er in seiner Sphäre einen für den Scheintatbestand kausalen Mangel und daraus ein erhöhtes Verfälschungsrisiko geschaffen und das Folgegeschehen beherrscht hat.[171]

Liegen jedoch Einwendungen vor, die der soeben genannten Gruppe nicht zuzuordnen sind, weil sie beispielsweise zwar die Gültigkeit der Wechselverpflichtung betreffen, sich aber nicht aus dem Urkundeninhalt ergeben oder gar nur aus dem persönlichen Verhältnis zwischen zwei Wechselbeteiligten stammen, so handelt es sich um bloße relative, also ausschlussfähige Einwendungen. Bei ihnen hat der Schutz des betroffenen Wechselverpflichteten gegenüber dem Verkehrsschutz, namentlich der Umlauffähigkeit des Wechsels, zurückzutreten. Auch diese Einwendungen lassen sich hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen ein Ausschluss erfolgt, unterscheiden. Während persönliche Einwendungen nach Umlauf des Wechsels gemäß Art. 17 WG stets ausgeschlossen sind, sofern der Wechselerwerber nicht bewusst zum Nachteil des Wechselverpflichteten gehandelt hat, erfolgt der Ausschluss der sogenannten nichturkundlichen Gültigkeitseinwendungen weniger rigoros. Letztere sind nur dann gegenüber einem dritten Wechselerwerber ausgeschlossen, wenn dieser gutgläubig ist. Kenntnis oder grob fahrlässige Nichtkenntnis vom Bestehen der Einwendung schaden einem Einwendungsausschluss, sodass die Einwendung durchgreift.

---

170 *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 9 I 1. b), (S. 104).

171 Vgl. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, § 22 III. 4. (S. 247 f.)

Auf diesen Grundlagen aufbauend werden im weiteren einzelne Lösungsansätze für einen mittelbaren Ausschluss der Ausstellerhaftung durch Geltendmachung von Einwendungen dargestellt.

2. Urkundliche Einwendung aus urkundlichem Vermerk

Der Schutz des Ausstellers vor der für ihn mitunter wirtschaftlich gefährlichen Inanspruchnahme im Wege des Regresses lässt sich am sichersten mittels eines urkundlichen Vermerks erreichen. Eine daraus resultierende urkundliche Einwendung ist nicht ausschlussfähig und gilt gegenüber jedermann, denn bei ihr besteht kein Rechtsscheinstatbestand. Aus der Wechselurkunde ist unmittelbar ersichtlich, ob eine Einwendung gegen die Wechselverpflichtung besteht. Um jedoch eine urkundliche Einwendung erzeugen zu können, muss ein hierfür tauglicher Vermerk so formuliert sein, dass nach dem äußeren Erscheinungsbild des Wechsels für jeden Erwerber erkennbar ist, dass er den Aussteller nicht in Anspruch nehmen kann. Der Vermerk muss entsprechend konkret und zweifelsfrei sein. Erfüllt er jedoch diese Voraussetzungen, so ist er mit Art. 9 Abs. 2 HS 2 WG nicht vereinbar. Er richtet er sich dann nämlich gegen die zwingende Zahlungshaftung des Ausstellers und würde als nicht geschrieben gelten. Eine urkundliche Einwendung ist daher unter keinen Umständen begründbar. Demzufolge wird ein Haftungsausschluss des Ausstellers nach dem Vertragsinhalt des Forfaitierungsvertrages auf der Wechselrechtsebene gegenwärtig auch nicht praktiziert.

3. Die gegenwärtig praktizierte Haftungsfreistellung über die persönlichen Einwendungen

Aufgrund der Unvereinbarkeit eines unmittelbaren urkundlichen Haftungsausschlusses des Ausstellers für die Zahlung der Wechselforderung durch den Akzeptanten bzw. Bezogenen mit Art. 9 Abs.2 HS 2 WG wird der Schutz des Exporteurs vor Inanspruchnahme durch dritte Wechselerwerber gegenwärtig dadurch erreicht, dass sein Forfaiteur zu seinen Gunsten eine rein schuldrechtlich wirkende Regressverzichts- und Haftungsfreistellungserklärung mit beispielsweise folgenden Inhalt abgibt:

> *„Wir beziehen uns auf unsere Forfaitierungszusage vom ... sowie auf unsere Kaufabrechnung ohne Rückgriff vom ... und erklären hiermit unwiderruflich, daß wir für uns und alle unsere Rechtsnachfolger ausdrücklich auf Regreßrechte Ihnen gegenüber als Aussteller der*

> *Wechsel verzichten und Sie auch von Rückgriffen eventuell späterer Inhaber der Wechselabschnitte freistellen.“*[172]

oder:

> *„Obwohl aufgrund der wechselrechtlichen Bestimmung das Regressrecht auf den Aussteller eines gezogenen Wechsels nicht wegbedungen werden kann, bestätigen wir für uns und allfällige Rechtsnachfolger ausdrücklich, daß wir auf das Rückgriffsrecht gegenüber Ihnen, als Aussteller der Wechsel, verzichten.“*[173]

Diese Formulierungen werden im Wesentlichen gegenwärtig in den Forfaitierungsverträgen verwendet.[174]

Eine derartige Erklärung stellt den Exporteur gegenüber seinen Forfaiteur vor Inanspruchnahme im Wege des Haftungsrückgriffs sicher. Grundsätzlich steht Art. 9 Abs. 2 HS. 2 WG einem schuldrechtlichen Verzicht auf wechselrechtliche Rückgriffsansprüche nicht entgegen. Es handelt sich hierbei nicht um einen Ausschluss eines wechselrechtlichen Anspruchs, sondern lediglich um einen „persönlichen“ Verzicht, diesen Anspruch gegen den Vertragspartner geltend zu machen. Auch gegenüber künftigen, in den Wechselverband eintretenden Wechselnehmern bleibt die Haftung des Ausstellers grundsätzlich bestehen, da die schuldrechtliche Regressverzichtserklärung nur im Rahmen des Art. 17 WG wirkt,[175] was aber zugleich im Hinblick auf eine endgültige Haftungsfreistellung des Exporteurs problematisch ist. Die Regressverzichtserklärung bewirkt nämlich nur eine persönliche Einwendung gem. Art. 17 WG, weil sie eine Abrede zwischen Exporteur und Forfaiteur ist und demzufolge aus dem

---

172 Zitiert aus *Graf v. Westphalen*, Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, XVI. 3. b) bb) (S. 489); ergänzend herangezogen *Nielsen*, BuB, Bd. 3, Rdnr. 5/223.

173 FinanzAG Zürich in den 70er Jahren, zitiert nach *Häusermann*, Forfaitierungsgeschäfte im Dienste der mittelfristigen Exportfinanzierung, S. 197; weitere Beispiele auch bei *Bernard*, Rechtsfragen des Forfaitierungsgeschäfts, S. 115 und *Deuber*, Rechtliche Aspekte der Forfaitierung, 6. Kap., II. 3. C) a) (S. 133).

174 So und ähnlich die Vertragsklauseln der Commerzbank AG und Deutsche Bank AG (auf Anfrage, Stand: Januar 2004); vgl. auch *Schütze* in: Münchener Vertragshandbuch, II. 6. Anm. 6., (S. 289).

175 Vgl. BGH NJW 1994, 2483, (2484); *Baumbach/Hefermehl*, WG, Art. 9, Rdnr. 3; *Bernard*, Rechtsfragen des Forfaitierungsgeschäfts, S. 120; *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rdnr. 1583.

sogenannten unmittelbaren bzw. persönlichen Verhältnis stammt.[176] Persönliche Einwendungen greifen danach nur dann durch, wenn sie auch in der unmittelbaren Beziehung zwischen dem Wechselinhaber (bei Umlauf des Wechsels regelmäßig die dem Forfaiteur nachfolgenden Wechselnehmer) und dem Aussteller (Exporteur) bestehen. Persönliche Einwendungen aus Verhältnissen des Ausstellers mit anderen Wechselbeteiligten sind ausgeschlossen, es sei denn, der Wechselerwerber handelte bei Erwerb bewusst zum Nachteil des Ausstellers.

Die Schwachstelle dieser nur schuldrechtlich wirkenden Regressverzichtserklärung zeigt sich also bereits dann, wenn die Wechsel im Wege des Umlaufs an Dritte weiter übertragen werden, was aber bei der Forfaitierung von Wechselforderungen gerade üblich ist. Die forfaitierende Bank wird die angekauften Wechsel nicht in ihrem Portefeuille halten, sondern selbst durch Weiterveräußerung dieser Wertpapiere nach Liquidität am Sekundärmarkt suchen.[177] Um einen Ausschluss der persönlichen Einwendung zwischen Forfaiteur und Exporteur infolge der Übertragung des Wechsels an Dritte vollständig zu unterbinden, ist es erforderlich, dass ausdrückliche Regressverzichtsvereinbarungen zugunsten des Ausstellers (Exporteur) in sämtlichen weiteren Begebungsverträgen zwischen den einzelnen Indossanten und Indossataren aufgenommen werden. Durch eine geschlossene Kette von schuldrechtlichen Regressverzichtserklärungen wird eine durchgängige Einredemöglichkeit des Ausstellers bewirkt.[178]

---

176 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Art. 9, Rdnr. 3; *Martinek/Oechsler* in: Bankrechts-Handbuch, § 103, Rdnr. 24; *Nielsen*, BuB, Bd. 3, Rdnr. 5/223; *Häusermann*, Forfaitierungsgeschäfte im Dienste der mittelfristigen Exportfinanzierung, S. 144; *Lambeck* in: Christians, Finanzierungshandbuch, S. 467 (493); *Hakenberg*, RIW 1998, 906 (908); *ders*. in: Ebenroth/Boujong/Joost, Handelsgesetzbuch, BankR V, Rdnr. 42; *Graf v. Westphalen*, RIW/AWD 1977, 80 (83).

177 *Martinek/Oechsler* in: Bankrechts-Handbuch, § 103, Rdnr. 13; *Deuber*, Rechtliche Aspekte der Forfaitierung, 1. Kap. III. (S. 7 f.); *Gmür*, Probleme der Exportfinanzierung, S. 43; *Guild/Harris*, Forfaitierung, 9.3.3. (S. 112), *Knote/Rubach*, Die Forfaitierung, S. 10.

178 Vgl. insbesondere *Schultz-Meister*, AWD 1972, 230 (230 f.); *Graf v.Westphalen*, RIW/AWD 1977, 80 (83); *ders*., Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, S. 489; vgl. auch *Deuber*, Rechtliche Aspekte der Forfaitierung, 4. Kap. VI. 1. B) (S. 77), 6. Kap. II. 3. C9 a) (133 f).

Die Forfaiteure sind dazu übergegangen, sich ebenfalls schuldrechtlich dazu zu verpflichten, auf die Abgabe einsprechender Regressverzichtserklärungen künftiger Wechselerwerber hinzuwirken. Hierzu werden gegenwärtig beispielsweise folgende Formulierungen gewählt:

> *„... Wir verpflichten uns weiterhin, die Wechsel nur dann weiter zu verkaufen, wenn auch der Käufer der Wechsel diese auf der Basis eines rückgriffslosen Ankaufs akzeptiert. Ferner werden wir Sie jederzeit von Ansprüchen anderer Inhaber der Wechsel freistellen.“*[179]

Die Problematik dieser Lösungsvariante einer Kette ausdrücklicher Regressverzichtserklärungen liegt jedoch darin, dass der Exporteur ungeachtet dessen bei der Weitergabe der Wechsel keine Möglichkeit zur Einflussnahme auf die jeweiligen Vertragsverhältnisse hat, um sicherstellen zu können, dass Regressverzichtserklärungen auch in den weiteren Wechselankäufen aufgenommen werden. Da er an den weiteren Verträgen nicht mehr beteiligt ist, muss er darauf vertrauen, dass sowohl sein Forfaiteur, als auch alle weiteren Rechtsnachfolger entsprechende Regressverzichtserklärungen abgeben und sie zum Vertragsinhalt machen.[180] Bei Fehlverhalten eines der Wechselerwerber wäre er bereits der Gefahr eines Haftungsrückgriffs ausgesetzt.[181] In diesem Zusammenhang ist zu Recht auf die hieran anschließende Beweisproblematik hingewiesen worden.[182] Im Urkundenprozess gilt nämlich eine Beweismittelbeschränkung, § 598 ZPO, nach welcher der Exporteur seine Einwendung gegen den Wechselinhaber nur in Form von Urkunden vorbringen kann. Das wird ihm aber regelmäßig nur im Verhältnis zu seinem Forfaiteur gelingen, sodass er im Prozess mit Dritten vorbehaltlich verurteilt und zur Ausführung seiner Einwendungen auf das Nachverfahren verwiesen wird. Zu bedenken ist dann insbesondere, dass der Wechselinhaber bereits aus dem Vorbehaltsurteil die Vollstreckung gegen den Exporteur betreiben kann, denn es wirkt trotz des Vorbehalts des Nachverfahrens wie ein Endurteil (§ 599 Abs. 1, 3 ZPO).

Aufgrund der lediglich schuldrechtlichen Wirkung des Regressverzichts der forfaitierenden Bank kommt es auf die Frage an, unter welchen Umständen dieser

---

179 So und ähnlich die Vertragsklauseln der Commerzbank AG und Deutsche Bank AG (auf Anfrage, Stand: Januar 2004); vgl. auch *Schütze* in: Münchener Vertragshandbuch, II. 6. Anmerkungen 6. (S. 289).

180 Vgl. *Schultz-Meister*, AWD 1972, 230 (231); *Lambeck* in: Christians, Finanzierungshandbuch, S. 467 (493).

181 So anschaulich *Schultz-Meister*, AWD 1972, 230 (230 f.).

182 *Schultz-Meister*, AWD 1972, 230 (231).

Regressverzicht auch alle Nachfolger unmittelbar bindet, ohne dass es eines eigenen Zutuns oder des der Nachfolger bedarf. Es geht um die Unterbindung der Ausstellerhaftung durch eine absolut wirkende Einwendung, die einem urkundlichen Vermerk weitestgehend nahe kommt. Denn die Inanspruchnahme im Wege des Haftungsrückgriffs nach Art. 9 WG kann sich trotz der Möglichkeit, sich aufgrund der Freistellungserklärung oder auch im Wege des Schadensersatzes bei seinem Forfaiteur schadlos zu halten, für den Exporteur als ausgesprochen gefährlich erweisen. Dies folgt nicht zuletzt aus der Zeitspanne zwischen dem sich relativ schnell vollziehenden Urkundenprozess, aus dessen Urteil vielleicht schon eine erhebliche Summe vollstreckt wurde, und dem unter Umständen sehr viel länger dauernden normalen Zivilverfahren. Diese Zeitspanne kann beim Exporteur zu großen Liquiditätsengpässen führen. Zudem trägt er bei einer Schadloshaltung im Nachgang das Insolvenzrisiko seines Forfaiteurs.

4. Die konkludente Haftungsfreistellung bei Weitergabe der Wechsel im Rahmen einer Anschlussforfaitierung nach der Rechtsprechung des BGH

Eine gewisse Erleichterung bei der Weitergabe von Wechseln unter Banken mit Sitz in Deutschland brachte die Entscheidung des BGH vom 21. Juni 1994[183] zur Üblichkeit von Regressverzichtserklärungen im Rahmen einer Anschlussforfaitierung von Wechseln. Die Weitergabe von Wechseln am Sekundärmarkt kann in Form der Diskontierung oder ebenfalls der Forfaitierung erfolgen. Für letztere wurde vom BGH eine stillschweigende Regressverzichtserklärung aufgrund der Typizität des Forfaitierungsgeschäftes anerkannt.

Dem lag kurz gefasst folgender Sachverhalt zugrunde: Die Beklagte war Exporteurin und wurde als Ausstellerin eines auf ihren ausländischen Käufer gezogenen Wechsels wegen Nichtzahlung nach Fälligkeit im Wege des Regresses durch die Klägerin, eine Bank, in Anspruch genommen. Die Beklagte diskontierte zunächst den Wechsel unmittelbar an ihre Hausbank. Diese wiederum schloss mit der Klägerin einen Forfaitierungsvertrag über eben diesen Wechsel. Die Klägerin nahm den Wechsel herein und rechnete das Geschäft gegenüber der Hausbank ab, die den erhaltenen Diskont sodann der Beklagten unter Anrechnung der Forfaitierungskosten vergütete.

Der BGH wies die Klägerin mit ihrer Rückgriffsforderung gegen die Beklagte als Ausstellerin des Wechsels mit der Begründung ab, es käme auf einen unmittelbaren Forfaitierungsvertrag zwischen den Parteien gar nicht an, denn allein maßgeblich sei, dass die Klägerin den Wechsel im Rahmen eines Forfaitie-

---

183 Vollständig abgedruckt in NJW 1994, 2483 f.

rungsvertrages hereinnahm. Auch eine zugunsten der Klägerin unterstellte Forfaitierungsvereinbarung (nur) mit der Hausbank der Beklagten enthalte einen Rückgriffsverzicht der Klägerin als Forfaiteurin gegenüber der Beklagten. Das ergebe sich bereits aus der Auslegung des Begriffs „Forfaitierung". Diese Vertragsart kennzeichne ganz eindeutig eine spezielle Form der Exportfinanzierung. Es sei allgemein anerkannt, dass die Forfaitierung eine Diskontierung später fällig werdender Wechselforderungen aus Außenhandelsgeschäften unter Übernahme des Risikos der wirtschaftlichen Einbringlichkeit der Forderung durch den Forfaiteur ist. Im Hinblick hierauf sei bereits dem Begriff „Forfaitierung" ein Regressverzicht der forfaitierenden Bank für den Fall immanent, dass der Wechsel bei Fälligkeit nicht bezahlt werde bzw. die Forderung wirtschaftlich nicht durchzusetzen ist. Die Beteiligung mehrerer Banken an einem Forfaitierungsgeschäft sei zum einen nicht nur nicht unüblich. Es sei vielmehr gängige Praxis, dass sie als Hausbanken für ihre Kunden, den Exporteuren, am Forfaitierungsmarkt tätig sind und unter eigenem Namen derartige Verträge schließen. Dabei sei den Forfaiteuren bekannt und auch offensichtlich, dass die handelnden Hausbanken mit der Forfaitierung nicht der eigenen Inanspruchnahme vorzubeugen, sondern einen Rückgriff auf ihre Kunden zu vermeiden suchen. Dies sei verkehrsüblich.

Im Ergebnis sprach der BGH einem Wechsel ausstellenden Exporteur volle Sicherheit vor wechselrechtlichen Haftungsrückgriffen durch spätere Wechselnehmer zu, solange eine Weiter- bzw. Anschlussforfaitierung erfolgt. Damit ist jedenfalls für Anschlussforfaitierungen im Binnenmarkt eine Kette ausdrücklicher Regressverzichtserklärungen nicht erforderlich.

Diese Lösung findet jedoch dort ihre Grenze, wo zum einen die Wechsel auf dem weltweiten Sekundärmarkt gehandelt werden und die Differenz zwischen Wechselrecht und materieller Rechtslage nach dem Zivilrecht nicht durch eine stillschweigende Regressverzichtserklärung überbrückt werden kann. Die vom BGH getroffene und zu befürwortende Auslegung gilt zum anderen nur für Anschlussforfaitierungen. Erfolgt jedoch im Sekundärmarkt eine Anschlussdiskontierung des Wechsels, so dürfte jeglicher Ausstellerschutz aufgehoben sein und die wechselrechtliche Rückgriffsmöglichkeit vollends zum Tragen kommen, so dass es wiederum auf die Kette der Regressverzichtserklärungen des diskontierenden Wechselnehmers ankäme.[184]

---

184 So auch *Hakenberg*, RIW 1998, 906 (908); *Schücking*, EwiR 1994, 1041 (1042).

5. Nichturkundlicher Gültigkeitseinwand aus Erlass der Ausstellerhaftung durch Verfügungsvertrag zugunsten Dritter?

Einen weitergehenden Schutz erlangt der Exporteur nach der Einwendungslehre nur dann, wenn er zumindest eine nichturkundliche Gültigkeitseinwendung geltend machen kann, denn bei derartigen Einwendungen schadet einem Einwendungsausschluss bereits grob fahrlässige Unkenntnis des Wechselerwerbers im Zeitpunkt des Erwerbs. Ein solcher Gültigkeitseinwand gegen die Wechselverpflichtung des Exporteurs könnte sich aus dem tatsächlichen Nichtbestehen der Wechselverpflichtung ergeben, weil diese infolge eines Erlasses erloschen ist, § 397 BGB.

Nach allgemeiner Meinung stellt grundsätzlich die Vereinbarung eines Verzichts zwischen dem Forfaiteur und dem nachfolgenden Wechselnehmer, den Exporteur als Aussteller im Falle der Nichtzahlung wechselmäßig in Regress zu nehmen, einen Vertrag zugunsten Dritter dar.[185] Gegenstand der Drittbegünstigung ist ein *pactum de non petendo*, also die Verpflichtung des Gläubigers, eine gegen den Dritten bestehende Forderung nicht geltend zu machen. Hieraus erwächst dem Dritten in Person des Ausstellers eine Einrede gegen den Wechselinhaber, wenn dieser ihn wegen der Nichtzahlung des Wechsels in Haftungsrückgriff nehmen will.[186] Die Einrede aus dem *pactum de non petendo* ist jedoch ebenfalls nur schuldrechtlicher Natur und wirkt demzufolge lediglich gegen denjenigen, der ein derartiges *pactum de non petendo* zugunsten des Ausstellers geschlossen hat. Es ergibt sich daraus auch nur eine persönliche Einwendung im Sinne des Art. 17 WG. Um zu einer weitergehend schützenden Einwendung in Form der Gültigkeitseinwendung zu gelangen, müssten der Forfaiteur und der ihm nachfolgende Wechselerwerber einen Verfügungsvertrag anstelle eines Verpflichtungsvertrages zugunsten Dritter schließen. Die Zulässigkeit eines Verfügungsvertrages zugunsten Dritter ist jedoch sehr umstritten und wird von der Rechtsprechung seit geraumer Zeit entschieden abgelehnt.

Hielte man einen Verfügungsvertrag in Form eines Erlassvertrags zugunsten Dritter für rechtlich zulässig, so würde der Erlass der Wechselverpflichtung des Exporteurs im Rahmen seiner Ausstellerhaftung dazu führen, dass auch sämtli-

---

185 RGZ 127, 126 (128); BGH NJW 1994, 2483 (2484); *Schücking*, EwiR 1994, 1041 (1042); Emmerich, JuS 1994, 982 (982); Eyles, WiB 1994, 787 (789); Gottwald in: MünchKomm, BGB, (Bd. 2a) § 328, Rdnr. 22; *Jagmann* in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 328 ff, Rdnr.54 m.w.N.

186 RGZ 127, 126 (129); 148, 257 (263); *Ballhaus* in: RGRK-BGB, § 328, Rdnr. 15, *Gernhuber* in: Handbuch des Schuldrechts, Bd. 8, Das Schuldverhältnis, § 20 I 6. (S. 474).

che Rechtsnachfolger des Wechselinhabers nach dem Forfaiteur mangels Bestehen des Rückgriffsanspruchs den Exporteur nicht in Regress nehmen könnten. Insofern käme dem Erlass dieselbe Erlöschungswirkung zu wie einer Erfüllung. Einen Ansatz in diese Richtung vermag man in einer Entscheidung des OLG Hamm vom 14. Januar 1994[187] zu erkennen. Dort wurde einem Rückgriffsschuldner die Inanspruchnahme des Ausstellers im Wege des weiteren Rückgriffs versagt, weil zuvor in einem rechtskräftigen Vergleich zwischen dem Aussteller und einem vorhergehenden Wechselinhaber die weitergehende Wechselforderung erlassen wurde, wenn bis zu einem bestimmten Zeitpunkt ein Teil der Wechselsumme gezahlt werde. Nach Auffassung des Gerichts bestand bei Zahlung des Teilbetrages die Wechselforderung nicht mehr, so dass zugleich die Voraussetzungen für einen Rückgriff auf den Aussteller entfielen, denn grundsätzlich stünde der Erlass einer Zahlung gleich. Vorliegend geht die Konstruktion eines Erlassvertrages über die genannte Entscheidung hinaus, indem hier eine Vereinbarung zu begutachten ist, an der der Aussteller selbst nicht beteiligt ist.

---

187 OLG Hamm NJW-RR 1994, 877 ff; vgl. auch die Anm. hierzu von *Pankewitz*, WuB I D 4 Wechselverkehr 1.95.

a) Die Auffassung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung lehnt ausnahmslos eine entsprechende Anwendung des § 328 BGB auf Verfügungen zugunsten Dritter als vom Wortlaut nicht erfasst ab.[188] Entsprechend unzulässige Erlassverträge zugunsten Dritter deutet sie in ein *pactum de non petendo* um. Sie begründet die Unzulässigkeit mit Verweis auf § 398 BGB, wonach es für die Abtretung immer eines Vertrages zwischen Gläubiger und Erwerber bedürfe oder zumindest der Ermächtigung oder Genehmigung für den Fall einer Stellvertretung. Mit dem Erlass sei die dingliche Wirkung des Erlöschens der betreffenden Forderung verbunden. Diese Rechtsfolge könne nur zwischen dem Gläubiger der Forderung und ihrem Schuldner, nicht aber zwischen dem Gläubiger und einer dritten Person zugunsten des Schuldners vereinbart werden.[189]

Dasselbe gälte auch für Vergleiche, die grundsätzlich schon deshalb nicht zwischen anderen Personen als dem Berechtigten und dem Verpflichteten abgeschlossen werden könnten, weil sie von ihrem Wesen und Inhalt her ein gegenseitiges Nachgeben erfordern und daher nicht nur berechtigen, sondern auch verpflichten.[190] Als entscheidenden Gesichtspunkt gegen die Zulässigkeit von Verfügungen zugunsten Dritter wird vorgebracht, dass rechtstechnisch wie auch begrifflich-dogmatisch eine unmittelbare Verfügung über das Recht stets der personenbezogenen Rechtszuständigkeit bedürfe, es mithin auf die auf Rechtsänderung gerichtete Willenserklärung des Rechtsinhabers ankomme. § 328 BGB sei für eine entsprechende Anwendung auf Verfügungsgeschäfte schlechterdings ungeeignet. Zudem führe eine entsprechende Anwendung zu einer unzulässigen Schwebelage im Hinblick auf das Zurückweisungsrecht des Dritten nach § 333 BGB. Mit der Möglichkeit des Dritten, das ihm anverfügte Recht zurückweisen zu können, mit der Folge, dass er rückwirkend nie Inhaber des Rechts geworden ist, entstünde eine auf der Erwerbsseite unerträgliche Rechtsunsicherheit.[191]

---

188 Vgl. die Leitentscheidung für die Rechtsprechung zu Verfügungsverträgen zugunsten Dritter allgemein: RGZ 66, 97 (99); speziell hier für den Erlassvertrag: RGZ 127, 126 (128 f); 148, 257 (262 f.); BGH LM, § 328, Nr. 15; BGH VersR 1960, 727 (729); NJW 2000, 1942 (1943) und speziell für das Forfaitierungsgeschäft NJW 1994, 2483 (2484).

189 RGZ 148, 257 (262).

190 RGZ 127, 126 (128).

191 Vgl. Zusammenstellung bei *Kaduk* in: FS f. Larenz zum 80. Geburtstag, S. 303 (312 ff); *Kaduk* in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 328 ff., Rdnr. 68 ff, zur früheren

b) Die Auffassung der Literatur

In der Literatur gehen die Meinungen hierzu auseinander. Während einige Vertreter der völlig ablehnenden Rechtsprechung folgen,[192] befürworten vielfach andere hingegen eine entsprechende Anwendung des § 328 BGB auf Verfügungen zugunsten Dritter, wobei teilweise noch zwischen schuldrechtlichen Verfügungsgeschäften (Forderungsabtretung, Erlass, Verzicht) und sachenrechtlichen Verfügungs- und Erwerbsakten differenziert wird.[193]

Im Wesentlichen wird ausgeführt, in dogmatischer Hinsicht stünden der Zulässigkeit eines Verfügungsgeschäfts zugunsten Dritter keine durchgreifenden Bedenken entgegen. Lehne man schuldrechtliche Verfügungen zugunsten Dritter ab, so gelangte man zu dem Ergebnis, dass zwar die Begründung eines Rechts zugunsten Dritter, nicht aber die Veränderung der Rechtszuständigkeit oder die Aufgabe eines Rechts nach § 328 BGB zulässig wäre. Entscheidend dürfte die Frage sein, wie bei Verfügungsakten über das Erfordernis der Mitwirkung des Erwerbers am Erwerbsakt hinwegzukommen ist, denn hieran fehlt es regelmäßig bei der Verfügung zugunsten eines Dritten. Es ist kaum nachvollziehbar wie eine Rechtsänderung möglich sein soll, an der der Dritte als Erwerbsperson in keiner Weise beteiligt ist. Betrachtet man jedoch den Erwerbsvorgang genauer, so wird offenbar, dass das eigentliche, die Verfügung begründende Element in dem Übertragungswillen des bisherigen Rechtsinhabers liegt. Freilich soll das Recht im Regelfall nur vom Empfänger der Übertragungserklärung erworben werden. Jedoch, so wird eingewendet,[194] gäbe es Lebenssachverhalte, bei denen dem Veräußerer die Person des Erwerbers des Gegenstandes schlichtweg gleichgültig sei, wie beispielsweise bei Geschäften des täglichen Bedarfs. Hier würde der Veräußerer seine Rechtszuständigkeit aufgeben und an einen unbestimmten anderen zur Übertragung erklären, wobei es dem Veräußerer

---

Rechtsauffassung siehe auch Staudinger, BGB, (10./11. Aufl.), § 328, Rdnrn. bis 15; *Ballhaus* in: RGRK-BGB, § 328, Rdnrn. 9 ff.

192 *Ballhaus* in: RGRK-BGB, § 328, Rdnr. 6, 7; *Gernhuber* in: Handbuch des Schuldrechts, Bd. 8, Das Schuldverhältnis, § 20, I 6 (S. 472 ff.); *Hadding* in: Soergel, BGB, § 328, Rdnrn. 106 ff, 115 ff; *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 397, Rdnr. 30; *Jagmann* in: Staudinger, BGB, § 328, Rdnr. 57.

193 Vgl. statt vieler *Gottwald* in: MünchKomm, BGB, § 328, Rdnrn. 182 ff. m.w.N. und *Jagmann* in: Staudinger, BGB, § 328, Rdnr. 58, Den Erlassvertrag zugunsten Dritter grundsätzlich für wirksam haltend *Enneccerus-Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, § 43 VI. (S. 142); diese Differenzierung ablehnend: *Westermann* in: Erman, BGB, § 328, Rdnr. 3.

194 *Kaduk* in FS f. Larenz zum 80. Geburtstag, S. 303 (312 f.).

gleichgültig sei, ob der Empfänger lediglich Vertreter des Erwerbers oder der Erwerber selbst ist. Maßgeblich sei hiernach nur, dass ein Erklärungsempfänger vorhanden ist und die Handelnden sich darüber einig sind, dass das Recht vom Verfügenden unmittelbar auf den Dritten übertragen werden soll. Insofern komme dem bloßen Erwerbsakt nicht dieselbe Bedeutung zu, wie dem Veräußerungsakt. Wesensmäßige Unterschiede zwischen dem schuldrechtlichen Versprechen einer bestimmten Leistung und der verfügenden Rechtsübertragung zugunsten eines Dritten bestünden hiernach nicht. Die Möglichkeit der Einigung zweier Parteien über eine Rechtsänderung und der Eintritt der rechtlichen Folgen in der Person eines Dritten folgen allein aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit.[195] Zudem sähe das Gesetz selber Verfügungen zugunsten Dritter vor. Verwiesen wird dabei auf § 267 BGB, wonach ein Dritter die Leistung des Schuldners bewirken kann, wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten hat. Der Einwilligung des Schuldners bedarf es dazu nicht, obwohl das Schuldverhältnis durch die Leistung des Dritten erlischt. Gleichfalls bestünde eine gesetzlich vorgesehene Verfügung zugunsten Dritter für den mit Gesamtwirkung für alle Gesamtschuldner vereinbarten Erlass gemäß § 423 BGB[196]. Hinsichtlich des Einwands des Zurückweisungsrechts des Dritten nach § 333 BGB wird eingeräumt, dass dort Verfügungen zugunsten Dritter nicht möglich sind, wo Bedingungsfeindlichkeit vorliegt, wie beispielsweise bei besonderen Formvorschriften oder die Auflassung nach § 925 BGB.[197]

c) Stellungnahme

Die Zulässigkeit schuldrechtlicher Verfügungsverträge scheint nur dort angezeigt, wo ein praktisches Bedürfnis besteht und der besondere äußere Erwerbstatbestand dem nicht entgegensteht. Bei schuldrechtlichen Verfügungsgeschäften dürfte letzteres grundsätzlich kein Problem sein. Ein praktisches Bedürfnis an Verfügungsverträgen zugunsten Dritter besteht dann, wenn es um die Ver-

---

195 *Kaduk* in: FS f Larenz zum 80. Geburtstag, S. 303 (312 f.); *ders*. in: Staudinger, BGB, (10./11. Aufl.), § 328, Rdnr. 11a; hiergegen, *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, Punkt 2.5. (S. 202), der in einem drittbegünstigenden Forderungserlass eine Haftungsbegrenzung zugunsten Dritter gleichsam der Schaffung einer eigenen Haftungsordnung sieht, die von der Privatautonomie nicht mehr gedeckt sei.

196 *Jagmann* in: Staudinger, BGB, § 328, Rdnr. 60.

197 *Gernhuber* in: Handbuch des Schuldrechts, Bd. 8, Das Schuldverhältnis, § 20 I 6. (S. 473); hiergegen *Westermann* in: Erman, BGB, Rdnr. 3, der es für die Wirksamkeit eines Verfügungsvertrages zugunsten Dritter bei der bloßen verbindlichen Einigung belassen will, währen der Dritte alle für den Rechtsübergang erfolderliche Erklärungen eigenständig abgibt, was jedoch ein Gesichtspunkt außerhalb der Beurteilung der Zulässigkeit eines Verfügungsvertrags zugunsten Dritter sei.

handlung über eine Rechtsposition geht, die ihrer Natur nach beim Dritten rechtswirksam werden soll, es also immer auf einen weiteren Übertragungsakt ankommt. Dann bedeutet ein verfügender Vertrag zugunsten des Dritten eine Abkürzung von Rechtswirkungen im Sinne einer Direktübertragung „ohne Zwischenstation“. Vordergründig erscheint dies für den Regressverzicht zugunsten des Exporteurs als Aussteller eines gezogenen Wechsels im Rahmen eines Forfaitierungsvertrages als angebracht und vorteilhaft, würde doch bei einer Inanspruchnahme des Exporteurs durch einen Dritten er erst im Wege des Schadensersatzes oder aufgrund einer Haftungsfreistellung aus dem Forfaitierungsvertrag den vertragsgemäßen Zustand wieder herstellen können. Auf die darin liegenden Gefahren für den Exporteur wurde bereits hingewiesen.[198]

Bei derartigen Überlegungen ist jedoch stets zu berücksichtigen, dass es hier nicht nur um bloße schuldrechtliche Rückgriffsansprüche geht, sondern den Rechtsbeziehungen vielmehr ein Wechsel zugrunde liegt, der einen starken Rechtsschein begründet, der wiederum Grundlage für einen Vertrauenstatbestand sein kann.[199] Vereinbart also ein dritter Wechselnehmer aufgrund des Forfaitierungsvertrages mit dem Forfaiteur zugunsten des Exporteurs als Aussteller des Wechsels einen Erlass der Ausstellerhaftung, so würde dieser gegenüber sämtlichen weiteren Wechselnehmern gelten, weil der Rückgriffsanspruch erloschen ist. Das wäre dann jedoch ein Umstand außerhalb der Wechselurkunde. Als nichturkundlicher Gültigkeitseinwand in Form des Nichtbestehens der Wechselverpflichtung bleibt für den Exporteur weiterhin die Gefahr bestehen, dass der Einwendungsausschluss gegenüber einem gutgläubigen Wechselerwerber nicht durchgreift.

Entscheidend gegen die Zulässigkeit schuldrechtlicher Verfügungsverträge in Form des Erlassvertrages im Hinblick auf die Ausstellerhaftung spricht jedoch das Zurückweisungsrecht des Begünstigten nach § 333 BGB. Zunächst mutet es zwar merkwürdig an, ein Zurückweisungsrecht des Exporteurs zu problematisieren, geht es doch bei dieser rechtstechnischen Konstruktion gerade darum, auf wechselrechtlicher Ebene die typischen Haftungsverhältnisse des Forfaitierungsvertrages wieder herzustellen, sodass der Exporteur unter keinen Umständen die Begünstigung des Erlöschens seiner Wechselverpflichtung zurückweisen wird. Die Beurteilung der Zulässigkeit eines Erlassvertrages zwischen zwei Wechselnehmern zugunsten des Ausstellers bedarf jedoch einer ausschließlich objektiven Betrachtung. Der gewöhnliche Rechtsverkehr, der zunächst grundsätzlich von der Zielrichtung des Begebungsvertrages zwischen Forfaiteur und Exporteur keine Kenntnis hat und lediglich nach einer lohnenswerten Kapital-

---

198 Siehe oben Punkt C III. 3.

199 *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, § 21 II. 2. (S. 235).

anlagemöglichkeit sucht, rechnet nicht mit den besonderen Haftungsverhältnissen des Forfaitierungsvertrages und einer möglicherweise erlassenen Ausstellerhaftung. Die subjektive Motivlage des Exporteurs hat demzufolge hier außer Betracht zu bleiben. Sein Zurückweisungsrecht nach § 333 BGB würde den Erlassvertrag in einer rechtlichen Schwebelage halten, nämlich als von einer Willenserklärung eines Dritten abhängig. Das ist jedoch eine Bedingung für die Wirksamkeit der Wechselverpflichtung des Ausstellers. Wechselverpflichtungen sind jedoch ihrer Natur nach bedingungsfeindlich. Für die Ausstellerhaftung folgt dies nicht zuletzt aus Art. 1 Nr. 2 WG. Hiernach muss die Zahlungsanweisung selbst unbedingt sein, für die der Aussteller zumindest im Wege des Rückgriffs mangels Zahlung einzustehen hat, Art. 9 WG. Ob Verfügungsverträge zugunsten Dritter grundsätzlich mit der Rechtsprechung als unzulässig zu betrachten sind, kann dahin stehen. Mit der wechselrechtlichen Bedingungsfeindlichkeit sind solche Verfügungsverträge keinesfalls vereinbar.

Die Grundsätze des Vertrags zugunsten Dritter stehen daher für einen dinglich wirkenden Regressverzicht nicht zur Verfügung. Ein nichturkundlicher Gültigkeitseinwand im Hinblick auf ein tatsächliches Nichtbestehen der Ausstellerhaftung ist nicht begründbar.

6. Gültigkeitseinwand aus dem urkundlichen Vermerk „à-forfait“ im Zusammenwirken mit den Grundsätzen des Handelsbrauchs

Ein Gültigkeitseinwand gegen die Ausstellerhaftung des Exporteurs könnte sich jedoch aus den Wirkungen des Forfaitierungsvertrages als Handelsbrauch ergeben. Forfaitierungsverträge sind vornehmlich Geschäfte unter Kaufleuten. Ist die Vertragspraxis bei Forfaitierungen ihrer Qualität nach als Handelsbrauch einzustufen, so stellt sich die Frage, ob hieraus besondere Verhaltenspflichten der Verkehrsbeteiligten resultieren, die zu einem Gültigkeitseinwand führen können. Ergibt sich daraus eine Einwendung des Ausstellers im Hinblick auf seine Haftung gegenüber dem regressnehmenden Wechselinhaber, so wäre eine Art Außenwirkung des Forfaitierungsvertrages zwischen Forfaiteur und Exporteur gegenüber diesem Wechselinhaber die Folge. Jener ist zwar nicht unmittelbar an dem Forfaitierungsvertrag beteiligt, muss jedoch möglicherweise als Handelsbrauchunterworfener bestimmte vertragstypische Verkehrserwartungen in Form eigener Handlungs- oder Unterlassungspflichten gegen sich gelten lassen. Die Forfaitierung muss dann aber für ihn erkennbar sein. Dazu ist eine Beziehung des Wechsels zum Forfaitierungsvertrag herzustellen, aus der ersichtlich ist, ob ein Wechsel Gegenstand eines Forfaitierungsvertrages war oder nicht. Zu denken ist an einen urkundlichen Vermerk, der auf den Forfaitierungsvertrag zwischen dem ersten Wechselnehmer (Forfaiteur) und dem Aussteller (Exporteur) hinweist und damit die besonderen Haftungsbedingungen dieses Forfaitierungsvertrages auf die Wechselebene „transportiert“. Dafür ist die Klausel „à-forfait“ geeignet, die schon wegen ihres Wortlauts eine Beziehung

zum Forfaitierungsvertrag herstellt und die dort herrschenden Haftungsverhältnisse zum Erklärungsinhalt hat.[200]

Problematisch ist jedoch die Zulässigkeit eines solchen Vermerkes in zweifacher Hinsicht. Zum einen darf dieser Vermerk, der im Ergebnis die Wechselverpflichtung des Ausstellers betrifft, nicht mit Art. 9 Abs. 2 WG im Widerspruch stehen. Des Weiteren muss er mit dem Grundsatz der Wechselstrenge vereinbar sein. Ein Verstoß gegen die Wechselstrenge kann als Verstoß gegen zwingende Formvorschriften zur Nichtigkeit des Wechsels führen.[201] Er kann als gezogener Wechsel dann nur noch in eine Anweisung oder ein Schuldversprechen umgedeutet werden.[202] Die Rechtsprechung lehnt sogar das ab.[203] Die Zulässigkeit des Vermerks kann in diesem Zusammenhang auch deshalb scheitern, weil mit ihm möglicherweise die aus dem Grundsatz der Wechselstrenge folgende Auslegungsgrenze für Wechselerklärungen in unzulässiger Weise umgangen wird. Zunächst besteht jedoch Klärungsbedarf darüber, welche Wirkungen ein Handelsbrauch in diesem Rahmen entfaltet und ob sich hieraus ein Gültigkeitseinwand gegen die Ausstellerhaftung ergibt.

a) Wesen und Wirkungen eines Handelsbrauchs und Abgrenzung zu den weiteren handelsrechtlichen Instituten

Nach § 346 HGB haben Kaufleute in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen. Dabei handelt es sich um die Beachtung der kaufmännischen Verkehrssitte. Angesprochen ist der Handelsbrauch, der im Unterschied zum hiermit leicht verwechselbaren Handelsgewohnheitsrecht keine unmittelbare Rechtsgeltung hat.[204] Handelsgewohnheits-

---

200 Vgl. die Begriffserläuterung oben Punkt A.

201 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Einleitung, Rdnr. 12 f.; *Meyer-Cording*, Wertpapierrecht, B. VII. 2. (S. 40).

202 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Einl., Rdnr. 12, 13; Art. 2, Rdnr. 1; *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6 V. (S. 67); *Meyer-Cording*, Wertpapierrecht, B. VII. 2. (S. 40); *Richardi*, Wertpapierrecht, § 12 III, (S. 101), § 14 IV, (S. 122); *Zöllner*, Wertpapierrecht, § 12 VI, (S. 75).

203 BGHZ 21, 155 (162); allgemein zu den Grenzen der Auslegung von Wechselerklärungen und den daraus resultierenden Folgen: BGHZ 64, 11 (14, 16); WM 1976, 1244 (1245), BB 1979, 1164 (1164).

204 BGH LM ZPO § 1027 Nr. 18 mit Anm. *Kapus*; Baumbach/Hopt, HGB, § 346, Rdnr. 1; *K. Schmidt* in: MüchKomm, HGB, § 346, Rdnr. 1; *Kort* in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 346, Rdnr. 3, 4.

recht ist normativ verfestigter Handelsbrauch. Es ist selbst Rechtsquelle und bedarf zu seiner Rechtsgeltung nicht erst einer vertraglichen Vereinbarung oder einer Einbeziehung durch § 346 HGB. Handelsgewohnheitsrecht hat unmittelbar zwingende Wirkung und unmittelbaren Rechtsgeltungswillen innerhalb der dem Handelsgewohnheitsrecht unterworfenen Verkehrskreise.[205]

Der Handelsbrauch hingegen ist nicht per se rechtsverbindlich und entfaltet seine Rechtswirkungen erst mittelbar durch die Beachtensanordnung in § 346 HGB.[206] Ihm kommt über § 346 HGB eine Doppelfunktion zu, indem er zum einen für die Auslegung von kaufmännischen Willenserklärungen und Verträgen (§§ 133, 157 BGB) herangezogen wird und zum anderen in seiner normativen Funktion Rechtsfolgen an Handlungen und Unterlassungen knüpft.[207] Handelsbräuche begründen Verkehrserwartungen. Nur insoweit kann allenfalls von verpflichtender Wirkung gesprochen werden.[208] Davon sind ebenfalls die sogenannten Handelsübungen, auch Usancen genannt, zu unterscheiden, die keinerlei verpflichtende Wirkung enthalten und lediglich vernünftige kaufmännische Gepflogenheiten darstellen, ohne jedoch für die beteiligten Verkehrskreise verbindlich zu sein.[209] Von den daneben noch zahlreichen weiteren Rechtsinstituten im Handelsrecht soll lediglich noch die Handelsklausel besonders herausgehoben werden. Auch sie ist vom Handelsbrauch zu unterscheiden, da sie nicht wie der Handelsbrauch schon kraft § 346 HGB, sondern erst kraft Einbeziehung in den Vertrag gilt. Zu beachten ist jedoch, dass die Einbeziehung einer Handelsklausel in einen Vertrag auf einem Handelsbrauch beruhen kann. Eine Handelsklausel kann auch unmittelbar einen Handelsbrauch wiedergeben oder gar zu einem Handelsbrauch erstarken.[210]

---

205 *K. Schmidt* in: MünchKomm, HGB, § 346, Rdnr. 16; *ders*. Handelsrecht, § 1 III. 3. a) (S. 24).

206 *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 1, III, 3. a) (S. 24).

207 *Baumbach/Hopt*, HGB, § 346, Rdnr. 1; *K. Schmidt* in: MünchKomm, HGB, § 346, Rdnr. 2 m.w.N.; *Horn* in: Heymann, HGB, § 346, Rdnrn. 34 ff.; *Achilles/Schmidt* in: GK-HGB, § 346, Rdnrn. 2, 3.

208 *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 1 III 3. a), (s. 24).

209 *Baumbach/Hopt*, HGB, § 346, Rdnr. 2; *K. Schmidt* in: MünchKomm, HGB, § 346, Rdnr. 19.

210 *K. Schmidt* in: MünchKomm, HGB, § 346, Rdnr. 23.

b) Das Bestehen eines Handelsbrauchs in dem Vertragstyp Forfaitierung

Ob in der Forfaitierung von Wechselforderungen ein Handelsbrauch mit dem Inhalt besteht, dass sich nicht nur der Forfaiteur vertraglich seines wechselmäßigen Rückgriffsrechts auf den Exporteur als Aussteller für den Fall der Nichtzahlung des Wechsels durch den Bezogenen begibt, sondern zugleich auch alle künftigen Erwerber dieses Wechsels ihren wechselrechtlichen Rückgriffsanspruch nach Art. 9 WG nicht ausüben können, ist eine Tatsachen- und keine Rechtsfrage. Der Aussteller muss sich auf das Bestehen eines Handelsbrauchs und seinen Inhalt berufen und hierüber Beweis erbringen. Handelsbräuche werden durch die berufenen Gerichte aus eigener Sachkenntnis (Kammer für Handelssachen) festgestellt. Die Gerichte können zu der Frage des Bestehens und des Inhalts eines Handelsbrauchs auch Gutachten, vornehmlich von den Industrie- und Handelskammern, einholen.[211]

Das Bestehen eines Handelsbrauchs in der besonderen Vertragsform der Forfaitierung ist durch das OLG Nürnberg in seiner Entscheidung vom 23. Juli 1993 als Berufungsinstanz vor der höchstrichterlichen Entscheidung des BGH vom 21. Juni 1994 bejaht worden. Es hat ausgeführt, unter „Forfaitierung“, einer bei Exportfinanzierungen „banküblichen Handelsklausel“, verstünden Praxis und Schrifttum, wie dem Berufungsgericht nach Studium der Fachliteratur aus eigener Sachkunde bekannt sei, bei Wechseln allgemein den Ankauf durch ein Finanzierungsinstitut unter Verzicht auf Rückgriffsansprüche gegen den Exporteur und Wechselaussteller.[212]

Der BGH selbst hat die Beantwortung dieser Frage zwar offen gelassen. Die Entscheidung des OLG Nürnberg ist jedoch zutreffend, denn die Voraussetzungen für die Annahme eines Handelsbrauchs liegen vor.
Von einem Handelsbrauch wird dann gesprochen, wenn eine tatsächliche Übung unter Kaufleuten besteht, die sich auf einen bestimmten Verkehrskreis erstreckt, über eine gewisse Dauer praktiziert und von den beteiligten Verkehrskreisen als maßgeblich angesehen wird.[213]

---

211 *Baumbach/Hopt*, HGB, § 346, Rdnr. 13; *K. Schmidt* in: MünchKomm, HGB, § 346, Rdnr. 25; *ders*. Handelsrecht, § 1 III 3. d) (S. 26).

212 OLG Nürnberg, Urt. v. 23.07.1993, Az: 6 U 770/93.

213 *K. Schmidt* in: MünchKomm, HGB, § 346, Rdnr. 11 ff.; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 346, Rdnr. 12; *Koller* in: Staub, HGB, § 346, Rdnr. 3 ff; *Kort* in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 346, Rdnr. 2; *Ruß* in: Glanegger/Güroff, HGB, Rdnr. 1 ff.; *Wager* in: Röhricht/Graf v. Westphalen, HGB, § 346, Rdnr. 1-3; *Horn* in: Heymann, HGB, § 346, Rdnr. 1; *Achilles/Schmidt* in: GK-HGB, § 346, Rdnr. 1 ff.

Die Forfaitierung von Wechselforderungen kennzeichnet eine bestimmte Art der Finanzierung von Exportgeschäften, nach der der Exporteur die im Rahmen seines Ausfuhrgeschäftes auf seinen Vertragspartner gezogenen Wechsel an seine Bank veräußert, die sodann das Risiko der Bezahlung des Wechsels durch den Bezogenen übernimmt. Das Risiko der wirtschaftlichen Einbringlichkeit der Wechselforderung enthält auch etwaige politische Risiken (KTZM-Risiken).[214]
Es ist allgemein anerkannt, dass sich der Forfaiteur bei der Forfaitierung von Wechseln seines wechselrechtlichen Rückgriffsanspruchs nach Art. 9 WG zugunsten des Exporteurs begibt, indem er gegenüber dem Aussteller eine schuldrechtliche Regressverzichtserklärung abgibt. Gerade diese übliche Regressverzichtserklärung hält der BGH seit seiner Entscheidung vom 21. Juni 1994 für vertragsimmanent. Er hat in dieser Entscheidung gegen eine Bank, die den Wechselaussteller in Anspruch nehmen wollte, obwohl sie den Wechsel im Rahmen einer Forfaitierung hereingenommen hat (vgl. obige Sachverhaltsdarstellung), ausgeführt, dass grundsätzlich auch die forfaitierende Bank den Begriff der Forfaitierung so verstehen musste, wie er im Verkehr unter Banken üblicherweise gebraucht wird. Der ohne einschränkende Zusätze verwendete Begriff „Forfaitierung“, der seinen Ursprung in der französischen Sprache hat, habe nach den fehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts in Praxis und Schrifttum einen eindeutigen Inhalt. Er kennzeichne eine bestimmte Art von (Export-)Finanzierung, nämlich die Diskontierung später fällig werdender (Wechsel-)Forderungen vor allem aus Außenhandelsgeschäften durch eine Bank unter Übernahme des Bonitätsrisikos. Dass dem Begriff „Forfaitierung“ damit ein Regressverzicht der Bank für den Fall immanent ist, dass die diskontierte Forderung wirtschaftlich nicht durchsetzbar ist, entspräche allgemeiner Meinung.[215]

---

214 Vgl. hierzu oben Punkt C.II. und die näheren Erläuterungen in der dortigen Fn.

215 BGH NJW 1994, 2483 (2483).

In der Tat bestehen in der Literatur[216] zu den Wesenszügen der Forfaitierung von Wechselforderungen keinerlei Zweifel am schuldrechtlichen Regressverzicht des Forfaiteurs gegenüber dem Exporteur nebst Verpflichtung, die forfaitierten Wechsel nur dann weiter zu übertragen, wenn auch der nachfolgende Wechselnehmer seinerseits auf den wechselrechtlichen Regress gegen den Aussteller verzichtet. Hierin besteht die für einen Handelsbrauch erforderliche tatsächliche Übung unter den exportierenden Unternehmern, den mit der Refinanzierung betrauten Hausbanken dieser Unternehmer oder auch unter den sogenannten Forfaitierungsinstituten sowie den am Sekundärmarkt nach kurzfristigen Anlagen suchenden weiteren Banken. Sie sind als Kaufleute am Verkehrskreis der Exportfinanzierung und dem Handel von daraus stammenden Papieren beteiligt. Der regelmäßig einer Forfaitierung immanente Regressverzicht ist als Kernbestandteil der Forfaitierung von Wechselforderungen von derart langer Dauer und Einheitlichkeit, dass aus dem Abschluss eines Forfaitierungsvertrages üblicherweise die Verkehrserwartung gezogen wird, dass ein Rückgriff auf den Exporteur auch als Aussteller des vertragsgegenständlichen Wechsels nicht möglich ist. Es ist allgemein anerkannt, dass ohne Regressverzicht diese Art des Ankaufs von Wechseln keinen Sinn macht, weil dem Exporteur mit dieser Geschäftsart nur dann gedient ist, wenn er den Ertrag aus der Forfaitierung endgültig zur freien Verfügung hat und von den Risiken des Bonitätsverlustes seines Importeurs oder von sonstigen, für Auslandsforderungen typische Risiken befreit ist.
Die Übung des Regressverzichts gegen den Aussteller ist auch von der erforderlichen Maßgeblichkeit für die Verkehrsbeteiligten. Wird ein (Wechsel-) Forderungskauf als Forfaitierung bezeichnet, so entsteht für jeden an diesem Verkehrskreis Beteiligten und damit zugleich Handelsbrauchunterworfenen die verbindliche Verkehrserwartung, dass der Exporteur nicht in Anspruch genommen werden soll und diese Vertragstypik auf der Wechselebene mit den entsprechenden schuldrechtlichen Regressverzichtserklärungen durchgesetzt wird.

---

216 *Schütze* in: Münchener Vertragshandbuch, II.6. (S. 289); *Finger*, BB 1969, 765 (768); *Nielsen*, BuB Bd. 3, Rdnr. 5/213, 222; *Schultz-Meister*, AWD 1972, 230 (232); *Lambeck* in: Christians, Finanzierungshandbuch, S. 467 (493); *Bernard*, Rechtsfragen des Forfaitierungsgeschäfts, S. 120 f.; *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rdnr. 1583, *Baumbach/Hopt*, HGB, Bankgeschäfte J/4; *Graf v. Bernstorff*, Das internationale Wechsel- und Scheckrecht, S. 48 f.; *Hakenberg* in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, BankRV, Rdnr. V 43 (S. 2123); *Gmür* in: Hagenmüller/Sommer, Factoring- Handbuch, S. 208 f.; *ders*. Jahrbuch für Betriebswirte 1983, 235 (235); *Graf v. Westphalen*, Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, XVI.3.b)bb) (S. 488); *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd. I, § 9 7. (S. 241); *Kuttner*, Mittel- und langfristige Exportfinanzierung, S. 25 f., *Eichwald/Pehle* in: Geld-, Bank und Börsenwesen, S. 478; *Rösler* in: Jährig/Schuck, Handbuch des Kreditgeschäfts, S. 249; *Eyles*, WiB 1994, 787 (788); *Köhler* in: Staudinger, BGB, Vorbm. zu §§ 433 ff., Rdnr. 39.

c) Rechtsfolgen aus dem Vorliegen eines Handelsbrauchs bei einer Wechselforfaitierung

Rechtsfolge des Vorliegens eines Handelsbrauchs ist, dass die Verkehrsbeteiligten nach § 346 HGB auf die Besonderheiten des jeweiligen Handelsbrauchs Rücksicht zu nehmen haben.

Liegt der Wechselbegebung ein Forfaitierungsvertrag zugrunde, so wird aufgrund des geltenden banküblichen Handelsbrauchs erwartet, dass die Beteiligten bei Erwerb des Wechsels Kenntnis von dem mit diesem Geschäftstyp einhergehenden Regressverzicht haben und selbst auch keinen Rückgriff auf den Wechselaussteller nehmen. Dabei ist die individuelle Kenntnis vom Handelsbrauch nicht erforderlich. Vielmehr kommt es allein auf die Zugehörigkeit zum Verkehrskreis an, so dass bereits hieraus eine Bindung an den Handelsbrauch erfolgt.[217] Auch im internationalen Handel genügen das Vorhandensein und die regelmäßige Befolgung einer kaufmännischen Übung (internationaler Handelsbrauch), um auf entsprechende Kenntnis widerlegbar zu schließen.[218] Auf die Kenntnis des Wechselerwerbers vom forfaitierungstypischen Regressverzicht zugunsten des Exporteurs wird unwiderleglich geschlossen. Eine Irrtumsanfechtung ist nicht möglich.[219] Begründet wird dies durch den gesteigerten Vertrauenstatbestand bei einem Handeln unter einer bestimmten Verkehrssitte. Das Vertrauen auf die Kenntnis des anderen Vertragspartners von der durch den Handelsbrauch typisierten Bedeutung seines Handelns verdient höheren Schutz als die subjektive tatsächliche Kenntnis und das tatsächlich Gewollte. Die Typisierung eines bestimmten Verhaltens unter der Geltung des Handelsbrauchs, wie bei Forfaitierungsverträgen der Regressverzicht, soll zur Erleichterung des kaufmännischen Verkehrs beitragen. Dabei wird die Typisierung gerade dort vorgenommen, wo ein erhöhtes Verkehrsschutzbedürfnis besteht.[220] Typischerweise wird von den Beteiligten mit Hereinnahme des Wechsels eine Abgabe einer Regressverzichtserklärung zugunsten des Exporteurs erwartet.

---

217 *Baumbach/Hopt*, HGB, § 346, Rdnr. 8; *K. Schmidt* in: MünchKomm, HGB, § 346, Rdnr. 33, 34; *Koller* in: Staub, Großkommentar HGB, § 346, Rdnr. 40.

218 EuGH NJW 1997, 1431 (1432)= JZ 1997, 839 mit Anm. *Koch*, JZ 1997, 841 (842) und Anm. *Holl*, RIW 1997, 415, dazu *Kubis*, IPRax 1999, 10 (13).

219 Vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 346, Rdnr. 9; *K. Schmidt* in: MünchKomm, HGB, § 346, Rdnr. 36.

220 *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, § 20, I. (S. 219).

d) Entstehung eines Gültigkeitseinwandes aus der Wirkung des Handelsbrauchs

Der Vermerk „à-forfait“ weist seinem Inhalt nach auf besondere Umstände des Begebungsvertrages zwischen dem Aussteller und dem ersten Wechselnehmer hin. Er gibt an, dass die in der Wechselurkunde verbriefte Wechselforderung vom ersten Wechselnehmer forfaitiert wurde. Der Forfaitierungsvertrag ist in seiner speziellen Vertragstypik ein bankülicher Handelsbrauch. Hieraus folgt, dass diejenigen, die handelsbrauchunterworfen sind, zum einen Kenntnis darüber haben, dass die Haftung des Exporteurs als Wechselaussteller bei Forfaitierungen von Wechseln vom Forfaiteur im Rahmen eines Regressverzichts und einer Haftungsfreistellung ausgeschlossen bzw. übernommen wird und dass zum anderen aus dieser Kenntnis heraus auch sie selbst den Aussteller bei Erlangung eines solchen Wechsels für den Fall der Nichtbezahlung des Wechsels nicht in Anspruch nehmen können. Auch ihnen gegenüber wirkt die „Übernahme der Ausstellerhaftung“ durch den Forfaiteur, obwohl sie nicht unmittelbar an dem Forfaitierungsvertrag beteiligt sind. Derjenige nachfolgende Wechselnehmer, der handelsbrauchunterworfen ist und einen Wechsel ankauft, unabhängig ob im Wege der Anschlussforfaitierung oder -diskontierung, wird aufgrund der Wirkung des Handelsbrauchs so behandelt, als habe er selbst schuldrechtlich einen Regressverzicht zugunsten des Ausstellers erklärt, wie es dem Forfaitierungsvertrag immanent ist. Die kaufmännische Verkehrssitte verlangt vom Handelsbrauchunterworfenen dieses bestimmte, dem Handelsbrauch entsprechende Verhalten. Es äußert sich in einem zwingenden Inanspruchnahmeverzicht, der einem Inanspruchnahmeverbot gleichkommt. Dieses wirkt dabei nicht nur relativ wie eine bloße persönliche Einwendung nach Art. 17 WG, sondern absolut, als ob die Wechselverpflichtung des Wechselausstellers materiell-rechtlich gar nicht bestünde. Ist der Wechselerwerber Handelsbrauchunterworfener, so kommt es für die Beantwortung der Frage eines möglichen Haftungsrückgriffs gegen den Aussteller nicht mehr auf eine Regressverzichtserklärung des Wechselerwerbers an, wie es gegenwärtig praktiziert wird. Demzufolge steht für ein Inanspruchnahmeverbot nicht das persönliche Verhältnis zwischen dem Wechselerwerber und dem Wechselaussteller im Vordergrund, sondern allein das objektive Eingreifen des Handelsbrauchs. Auf diese Weise ist der Vermerk „à-forfait“ im Zusammenwirken mit den Grundätzen des Handelsbrauchs objektiv geeignet, eine nichturkundliche Gültigkeitseinwendung zu begründen.

In subjektiver Hinsicht muss sich der Wechselerwerber den Gültigkeitseinwand entgegen halten lassen, wenn er bei Erwerb des Wechsels nicht im guten Glauben im Hinblick auf die Gültigkeit bzw. das Bestehen der Wechselverpflichtung, hier der des Ausstellers, war. Ein Gültigkeitseinwand greift im Unterschied zu den persönlichen Einwendungen nach Art. 17 WG gegenüber einem Dritten Wechselerwerber durch, d.h. er ist dann nicht ausgeschlossen, wenn der Wechselerwerber vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat und sich deshalb auf

Gutgläubigkeit nicht berufen kann.[221] Nach § 276 BGB handelt derjenige grob fahrlässig, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt, schon einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen nicht anstellt und das nicht beachtet, was im gegebenen Fall jedem einleuchten musste.[222] Dem Wechselerwerber muss der pflichtwidrige Erfolg seines Handelns voraussehbar und vermeidbar sein. Bei der Beurteilung dieser Kriterien ist die persönliche Eigenschaft des Wechselnehmers einzubeziehen.[223]

Die Forfaitierung als Handelsbrauch wirkt sich auch hier in mehrfacher Hinsicht aus: Zum einen ist bei der Beurteilung der Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit des pflichtwidrigen Erfolges zu berücksichtigen, dass es sich bei dem betroffenen Wechselerwerber um einen Verkehrsbeteiligten handelt, der mit der Forfaitierung vertraut und demzufolge an den bestehenden Handelsbrauch gebunden ist. Einem solchen Wechselnehmer ist bereits aus dem Vermerk „à-forfait“ auf der Wechselurkunde erkennbar, dass der Wechsel aus einer Forfaitierung stammt und dort die beschriebenen besonderen Haftungsumstände bestehen. Nur kurz angemerkt sei, dass aus dem Wechsel zudem regelmäßig erkennbar ist, dass er aus einem länderübergreifenden Handel stammt. Hier haben nämlich der Aussteller und der Bezogene ersichtlich ihren Sitz in unterschiedlichen Ländern. Der Wechsel ist häufig mit einem Aval oder einer Garantie einer Bank am Ort des Bezogenen versehen. Daraus ist zu schlussfolgern, dass ein solcher Wechsel möglicherweise Gegenstand einer Exportfinanzierung durch Forfaitierung ist. Einem handelsbrauchunterworfenen Wechselerwerber würde schon hieraus eine Nachprüfungspflicht hinsichtlich einer möglichen Forfaitierung obliegen.

Aufgrund der vermuteten Kenntnis vom regelmäßigen Verzicht auf den Haftungsrückgriff gegen den Wechselaussteller ist dem handelsbrauchunterworfenen Wechselnehmer voraussehbar, dass er nach dem Handelsbrauch den Aussteller nicht in Anspruch nehmen darf, selbst wenn dessen Haftung nach dem Wechselrecht (Art. 9 WG) nicht ausschließbar ist. Aufgrund seiner Bindung an den Handelsbrauch wird von ihm erwartet, dass er Rückgriffsansprüche gegen den Exporteur als Aussteller selbst nicht ausübt und dafür Sorge trägt, dass es bei der Haftungsverteilung zwischen Forfaiteur und Exporteur nach den Grundsätzen der Forfaitierung verbleibt. Demzufolge ist dem handelsbrauchunterworfenen Wechselnehmer auch Kenntnis bezüglich der Vermeidbarkeit eines

---

221 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Art. 17, Rdnr. 31.

222 BGHZ 10, 14 (16); 89, 153 (161); NJW 1992, 3235 (3236); NJW-RR 1994, 1469 (1471).

223 *Heinrichs* in: Palandt, BGB, § 276, Rdnr. 14 und § 277, Rdnr. 2; BGHZ 10, 14 (17); 119, 147 (149).

Haftungsrückgriffs auf den Exporteur durch sein Verhalten zu unterstellen. Verhält er sich dem zuwider, so handelt er zumindest grob fahrlässig, so dass ihm unmittelbar eine Inanspruchnahme des Wechselausstellers wegen Durchgreifens des Gültigkeitseinwandes verwehrt ist.

e) Zusammenfassung

In dem Vertragstyp Forfaitierung besteht ein Handelsbrauch, der an das Handeln künftiger Wechselnehmer die Rechtsfolge eines Inanspruchnahmeverbots gegenüber dem Exporteur als Aussteller des Wechsels knüpft. Der Vermerk „à-forfait“ auf der Wechselurkunde vermittelt den handelsbrauchunterworfenen Wechselerwerbern (dem Verkehrskreis angehörige Banken, Finanzierungsinstitute oder sonstige, mit Forfaitierungen beschäftigte Kaufleute) die erforderliche Kenntnis von der Forfaitierung eines Wechsels zwischen dem Aussteller und dem ersten Wechselnehmer. Allein aufgrund dieser rechtsrelevanten Kenntnisnahme werden handelsrechtliche Verkehrserwartungen an den Wechselerwerber gestellt, die in einem Unterlassen des Regressanspruchs gegen den Aussteller bestehen und insofern ein Inanspruchnahmeverbot darstellen. Hieraus ergibt sich ein nichturkundlicher Gültigkeitseinwand des Wechselausstellers (Exporteur) gegenüber dem Wechselerwerber. Da dieser infolge der vermuteten Kenntnis von der fehlenden Regressmöglichkeit gegen den Aussteller regelmäßig vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt, greift die Gültigkeitseinwendung des Ausstellers aus dem Handelsbrauch auch stets gegen den handelsbrauchunterworfenen Wechselerwerber mangels Ausschlusses durch.

f) Vereinbarkeit des Vermerkes „à-forfait“ mit dem Haftungsausschlussverbot nach Art. 9 Abs. 2 HS 2 WG

Eine nichturkundliche Gültigkeitseinwendung aus dem Zusammenwirken des Vermerkes „à-forfait“ mit den Grundsätzen des Handelsbrauchs ist jedoch in der vorbezeichneten Weise nur dann begründbar, wenn der Vermerk „à-forfait“ mit dem Haftungsausschlussverbot nach Art. 9 Abs. 2 HS 2 WG vereinbar ist. Das erscheint als problematisch, da der Vermerk in seiner Wirkung gerade dieses Haftungsausschlussverbot tangiert. Zweifellos würde der Zulässigkeit des Vermerkes eine unmittelbare haftungsausschließende Wirkung hinsichtlich der Ausstellerhaftung für die Zahlung entgegen stehen, wie sie aus dem Vermerk „ohne obligo“ folgt. Bei dem Vermerk „à-forfait“ geht es inhaltlich um den Hinweis auf einen bestimmten Vertragstyp, der der Wechselbegebung zugrunde liegt. Er verweist zugleich auf den bei Forfaitierungsgeschäften üblichen Handelsbrauch. Rechtliche Verpflichtungen aus einem Handelsbrauch sind nur an Handlungen und Unterlassen der an dem Verkehrskreis beteiligten Kaufleute geknüpft. Dritte, die nicht handelsbrauchunterworfen sind, werden von dem Handelsbrauch nicht angesprochen. Die bloße Kenntnis vom Forfaitierungsvertrag schließt ihnen gegenüber die Ausstellerhaftung noch nicht

aus. Ein Dritter, dem der Vermerk „à-forfait“ nichts sagt, weil er nicht Kaufmann und nicht Verkehrsbeteiligter des Handelsbrauchs ist, erleidet demzufolge nur dann einen Rechtsverlust und kann den Aussteller im Falle der Nichtzahlung des Wechsels durch den Bezogenen nicht in Anspruch nehmen, wenn er nicht nachfragt, was der Vermerk bedeutet und insoweit grob fahrlässig handelt. Der Vermerk an sich schließt ohne dieses subjektive Element die Ausstellerhaftung nicht aus. Der Regelungsbereich des Art. 9 Abs. 2 HS 2 WG ist daher vom Vermerk „à-forfait“ nicht unmittelbar betroffen, denn er hat den Ausschluss der Ausstellerhaftung direkt nicht zum Gegenstand. Die Haftung des Ausstellers für die Zahlung wird allein durch den Vermerk nicht beseitigt. Es bedarf vielmehr darüber hinaus der Handelsbrauchbindung oder ein zumindest grob fahrlässiges Handeln. Der Vermerk „à-forfait“ ist daher mit Art. 9 Abs. 2 HS 2 WG vereinbar.

g) Vereinbarkeit des Vermerkes „à-forfait“ mit dem Grundsatz der Wechselstrenge

Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit des Vermerkes „à-forfait“ können sich daneben aus der besonderen Eigenschaft des Wechsels als streng förmliches Wertpapier, das für den Umlauf bestimmt ist, ergeben. Der Vermerk „à-forfait“ muss mit dem Grundsatz der Wechselstrenge vereinbar sein.[224] Ist er es nicht, so kann das seine Nichtigkeit als gezogener Wechsel nach sich ziehen (vgl. Art. 2 Abs. 1 WG). Auch alle weiteren auf die förmlich ungültige Wechselurkunde gesetzten Wechselerklärungen, wie die Annahme durch den Bezogenen und die Indossamente nachfolgender Wechselinhaber wären dann wirkungslos.[225] Bestehen selbst nur Zweifel hinsichtlich der Gültigkeit der Wechselurkunde, so wird wegen des Gebotes ihrer Eindeutigkeit und Klarheit in der Regel Nichtigkeit angenommen.[226]

Für die Feststellung der Vereinbarkeit des Vermerkes „à-forfait“ mit dem Grundsatz der Wechselstrenge ist zunächst dessen Wesen nach dem heutigen Verständnis zu analysieren: Der Grundsatz der Wechselstrenge wird nicht einheitlich verstanden. Von seinen Ursprüngen aus hat er sich bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt zu einem Sammelbegriff geformt, der neben dem

---

224 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Einl., Rdnr. 12 f.; *Meyer-Cording*, Wertpapierrecht, B. VII. 2. (S. 40).

225 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Art. 2, Rdnr. 1.

226 RGZ 136, 207 (209); BGHZ 53, 11 (15); *Reinicke*, DB 1960, 344 (346); *Baumbach/Hefermehl*, WG, Art. 2, Rdnr. 1.

bloßen Verfahrensrecht auch das materielle Recht umfasst.[227] Die Wechselstrenge stellt die Gegenposition zur Berücksichtigung von Billigkeits- und Einzelfallumständen dar, indem sie hierauf zum Schutz des Wechselumlaufs keine Rücksicht nimmt.[228] Grundsätzlich wirkt sich die Wechselstrenge überall dort aus, wo der von ihr verfolgte Zweck tangiert ist, nämlich in Fragen der Umlauffähigkeit des Wechsels bzw. des Verkehrsschutzes beim rechtsgeschäftlichen Umgang mit Wechseln. Der Grundsatz der Wechselstrenge gliedert sich nach heutigem Verständnis in die formelle, materielle und prozessuale Wechselstrenge. Die materielle oder auch sachliche Wechselstrenge besteht in dem Ausschluss von Einwendungen, wie insbesondere der nach Art. 17 WG, und in der Ausgestaltung von Obliegenheiten, die unter anderem Voraussetzungen von wechselrechtlichen Rückgriffsansprüchen sind. Die materielle Wechselstrenge ist auch bei der Auslegung von Wechselerklärungen zu berücksichtigen.[229] Die prozessuale Wechselstrenge ist hinsichtlich des Verkehrsschutzes nach dem Bedeutungswandel der Wechselstrenge verkümmert und nicht mehr besonders ausschlaggebend. Sie wirkt sich lediglich in der Durchsetzung der Wechselverpflichtung im Urkundenprozess als ein schnelleres, allerdings auch nur zum Vorbehaltsurteil führendes gerichtliches Verfahren aus (§§ 602, 599 Abs. 1 ZPO). Die formelle Wechselstrenge ist hingegen, wie eingangs erwähnt, im besonderen Maße als Form- und Fristenstrenge wegen der Rechtsfolge der Wechselnichtigkeit und der Präjudizierung bestimmter Wechselrechte von herausgehobener Bedeutung. Sie stellt besondere Anforderungen an die Art und Weise der Wechselerklärungen. Nur beispielsweise sei auf das Erfordernis einer geschlossenen Indossamentenkette verwiesen, die nach Wechselrecht dem ausgewiesenen Wechselinhaber Legitimation hinsichtlich der Inhaberschaft der verbrieften Forderung vermittelt. Der Grundsatz der Wechselstrenge, häufig auch als Grundsatz der formellen Wechselstrenge bezeichnet,[230] stellt die Förmlichkeit in den Vordergrund und unterbindet damit die Geltendmachung von Umständen, die aus der Urkunde entweder nicht ersichtlich sind oder von ihr nicht erfasst werden und daher nicht zu beachten sind.

---

227 *Richardi*, Wertpapierrecht, § 13 II 4 (S. 109 f.); *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6 VI. (S. 70 ff.); *Meyer-Cording*, Wertpapierrecht, B. VII. 2. (S. 39).

228 *Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere, § 18 III (S. 188).

229 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Einl., Rdnr. 14; *Richardi*, Wertpierrecht, § 13 II 4, (S. 109), § 14 V (S. 123); *Zöllner*, Wertpapierrecht, § 12 VI. (S. 75).

230 So bei *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6 VI. (S. 70 ff.).

aa) Vereinbarkeit mit der Bedingungsfeindlichkeit der Wechselverpflichtungen

Der unter anderem in den Art. 1, 2 WG niedergelegte Grundsatz der formellen Wechselstrenge fordert eine Mindestform, ohne die ein gezogener Wechsel nicht zustande kommt. Er benennt Mindestbestandteile, deren Fehlen teilweise durch gesetzliche Fiktionen ersetzt werden können (vgl. Art. 2 WG). Grundsätzlich besteht kein Verbot, Vermerke auf der Wechselurkunde zu den Wechselerklärungen anzubringen. Teilweise sieht das Wechselgesetz selbst neben den unbedingt nötigen, weitere Zusätze, wie die Rektaklausel oder den Haftungsausschluss des Ausstellers für die Annahme des Wechsels, wie auch den der Indossanten für die Annahme und Zahlung des Wechsels, vor. Es können auch so genannte unwesentliche Klauseln hinzutreten, die nur für die Beziehung der Beteiligten außerhalb des Wechsels von Bedeutung sind und sich nicht wechselmäßig auswirken.[231] Für die Zulässigkeit derartiger Vermerke oder Zusätze zu Wechselerklärungen ist wichtig, dass die jeweiligen Wechselverpflichtungen hierdurch bedingungsfrei, also abstrakt bleiben. Es muss ohne Bedeutung bleiben, aufgrund welcher Intention der Aussteller, Akzeptant, Indossant oder Wechselbürge seine Wechselverbindlichkeit eingeht. Eine Akzessorietät der Wechselverbindlichkeit zum Grundgeschäft besteht nicht und darf auch nicht mittels eines Vermerkes hergestellt werden. Nach der formellen Wechselstrenge gilt strikte Bedingungsfeindlichkeit. Für die Wechselforderung folgt dies aus Art. 1 Nr. 2 WG, für das Indossament aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 WG und für die Annahme des Wechsels durch den Bezogenen aus Art. 26 Abs. 1 HS 1 WG.

Vor diesem Hintergrund ist von Bedeutung, ob der Vermerk „à-forfait“ infolge seines Hinweises auf den Forfaitierungsvertrag einen Bezug zum Grundgeschäft herstellt und deshalb nach Art. 1 und 2 WG wegen Verstoßes gegen die Bedingungsfeindlichkeit unzulässig ist. Das ist zu verneinen. Unter Bedingungsfeindlichkeit ist in diesem Zusammenhang die Abstraktheit der Wechselverpflichtungen von der Grundforderung zu verstehen. Der Vermerk „à-forfait“ verweist zwar auf den Forfaitierungsvertrag, welcher Umstand der Wechselbegebung zwischen dem Exporteur und dem Forfaiteur ist. Auch wurde der Wechsel zur Sicherung der Grundforderung aus dem Exportgeschäft vom Exporteur ausgestellt und auf seinen Importeur gezogen. Zudem ist die spätere Forfaitierung der Wechselforderung als Refinanzierungsgrundlage regelmäßig ein wesentlicher Aspekt bei der Abwicklung von Exportgeschäften. Jedoch wird dadurch ein Bezug zum Grundgeschäft in für Art. 1 und 2 WG relevanter Weise nicht hergestellt. Die Bedingungsfeindlichkeit will lediglich die rechtliche Eigenständigkeit

---

231 *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6 VII. (S. 72).

der Wechselforderung bewirken. Die Wechselforderung darf in ihrer Wirksamkeit nicht vom Bestehen der Grundforderung abhängig sein. Einen solchen Bezug stellt der Vermerk „à-forfait“ jedoch nicht her, denn er verknüpft die Wechselforderung nicht mit der Kaufpreisforderung aus dem Exportgeschäft. Die Bedingungsfeindlichkeit der Wechselverpflichtung ist hier nicht tangiert.

bb) Vereinbarkeit mit der strengen Förmlichkeit der Wechselurkunde - Umgehung der Auslegungsgrenze?

Geht es um die Eindeutigkeit und Klarheit der Wechselurkunde, so können ernsthafte Zweifel an der Zulässigkeit des Vermerkes „à-forfait“ im Hinblick auf seine Vereinbarkeit mit der formellen Wechselstrenge bestehen. Ein Wechsel muss aus sich heraus für jedermann ohne weiteres verständlich und eindeutig sein.[232] Eine nicht eindeutige Wechselverpflichtung ist nichtig. Gleiches gilt, wenn trotz Auslegung der Wechselerklärung Zweifel an der Zulässigkeit eines Zusatzes zu dieser Wechselverpflichtung bestehen bleiben. Aber auch im Rahmen der Auslegung der Wechselerklärung wirkt sich die strikte Geltung der Wechselstrenge dahingehend aus, dass sich der Inhalt der Wechselverbindlichkeiten vornehmlich nach der Wechselurkunde bestimmt. Zur Auslegung des Wechsels dürfen nach h.M. keine außerhalb der Urkunde liegenden Umstände herangezogen werden, es sei denn, sie sind einem am Begebungsvertrag nicht beteiligten Dritten mutmaßlich bekannt oder ihm ohne Schwierigkeiten erkennbar.[233]

Aufgrund seiner Wirkungsrichtung handelt es sich bei dem Vermerk „à-forfait“ um einen Zusatz zur Ausstellerzeichnung. Er wirkt sich über seinen Hinweis auf die Forfaitierung des Wechsels und dem dort bestehenden Handelsbrauch auch wechselmäßig auf die Ausstellerhaftung aus, wenn auch nur mittelbar. Setzt man diese Wirkung des Vermerkes mit der gesetzlich angeordneten Haftung des Ausstellers nach Art. 9 Abs. 2 HS 1 WG ins Verhältnis, so kann das zu Zweifeln an der Eindeutigkeit der Wechselerklärung des Ausstellers führen. Der besondere Umstand des Regressverzichts aus dem Forfaitierungsvertrag bei der Bege-

---

232 BGHZ 21, 155 (162); 53, 11 (14); *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6 VI (S. 70); *Richardi*, Wertpapierrecht, § 12 III (S. 101), § 14 V (S. 123); *Zöllner*, Wertpapierrecht, § 12 VI (S. 75).

233 So bereits RGZ 60, 426 (428); 112, 85 (86); BGHZ 21, 155 (161 f); 64, 11 (14); NJW 1977, 47 (47); BGH NJW 1994, 447 (448); *Baumbach/Hefermehl*, WG, Einl., Rdnr. 57a; *Stranz*, NJW 1954, 1917 (1917); *Richardi*, Wertpapierrecht, § 14 V (S. 123); *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6 VI 1 2. (S. 70 f.); *Zöllner*, Wertpapierrecht, § 12 X (S. 80); *Pflug*, ZHR 148 (1984), 1 (23 ff); a.A. *Joost*, WM 1977, 1394 (1396 f., 1400).

bung des Wechsels zwischen Aussteller und erstem Wechselnehmer ist zudem aus der Wechselurkunde originär nicht erkennbar. Die Erkennbarkeit wird erst durch den Vermerk herbeigeführt. Dadurch soll im Ergebnis ein Umstand des Begebungsvertrages, der nach der herrschenden Auslegungslehre bei der Auslegung von Wechselerklärungen eigentlich nicht berücksichtigungsfähig ist, berücksichtungsfähig gemacht werden. Die Auflösung dieses Konfliktes ist in der Möglichkeit einer Eingrenzung des vermeintlich weiten Geltungsanspruchs des Grundsatzes der formellen Wechselstrenge zu suchen.

Die Rechtsprechung und die überwiegende Auffassung in der Lehre gehen von einer „strikten" Geltung des Grundsatzes der formellen Wechselstrenge aus.[234] Das erscheint jedoch hinsichtlich des Bedeutungsgehalts der Wechselstrenge als unangebracht, denn diese Auffassungen führen auf eine unangemessene Überbewertung der Bedeutung der Wechselstrenge zurück. Es wird zwar darauf hingewiesen, dass die Wechselstrenge nicht zum Selbstzweck werden darf.[235] Das ist jedoch der Fall, versteht man sie, wie ständig gehandhabt,[236] als Maßstab für sämtliche, den Wechsel betreffende Umstände.

Richtigerweise ist der Grundsatz der Wechselstrenge nicht als starres und striktes Kriterium zum Schutze des Wechselverkehrs sondern gleichsam als eine „weiche" Schranke zum Schutze der Umlauffähigkeit des Wechsels zu verstehen, die sich den Bedürfnissen des Handels, mithin des Wechselverkehrs, anpasst. Das folgt aus der Herkunft des Grundsatzes der Wechselstrenge.

(1) Herkunft und Entwicklung des Grundsatzes der Wechselstrenge

Die heute herrschende Auffassung vom Bedeutungsgehalt der Wechselstrenge wird ungeachtet des inzwischen stattgefundenen Begriffswandels der Wechselstrenge aus der Zeit der Ursprünge des Wechselverkehrs bestimmt. In dieser Zeit wurde die Wechselstrenge von der Lehre vom *rigor cambialis* geprägt. Die

---

234 Vgl. dazu *Baumbach/Hefermel*, WG, Einleitung, Rdnr. 15; *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6 VI. 2b) (S. 71 f).

235 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Einl., Rdnr. 15.

236 Vgl. nur die Problematik um die Zulässigkeit des Garantieindossaments außerhalb der Indossamentenkette, hierzu siehe unten Punkt C III. 6. g) bb) (2).

Wechselstrenge wurde als das den Wechsel bestimmende Kriterium begriffen, gleichsam wie sein „Markenzeichen“, an dem man ihn erkennt.[237]

(a) Der strikte Geltungsanspruch der Wechselstrenge nach der Lehre vom rigor cambialis als wesenbestimmendes Merkmal des Wechsels

Die Rechtsgelehrten im 17. Jahrhundert sahen in der Wechselstrenge das charakteristische Unterscheidungsmerkmal des Wechsels zu anderen Rechtsgeschäften, wie Zahlungsanweisung oder sonstige Geldschuld. Die Wechselverpflichtung sollte durch Unterwerfung unter den sogenannten *rigor cambialis* (Strenge, Härte des Wechsels) begründet werden.[238] Nach der Lehre vom rigor cambialis sah man ursprünglich das Wesen der Wechselstrenge in der Möglichkeit des Wechselinhabers, durch den Wechsel eine Art vollstreckbaren Titel zu erhalten, mit Hilfe dessen der Gläubiger bei Säumnis des Wechselschuldners unverzüglich seine Forderung durch Personalhaft beitreiben kann. Allein diese besondere Strenge in Wechselsachen, so glaubte man, sei die Besonderheit, an der man den Wechsel erkennen und ihn von anderen kaufmännischen Papieren oder auch unverbrieften Forderungen unterscheiden könne.[239] Das Dogma vom rigor cambialis drückte sich darin aus, dass zum einen von einem Wechsel nur dann gesprochen werden konnte, wenn ein Rechtsgeschäft die strengen Folgen des rigor cambialis, also den Personalarrest vorsah und zum anderen der rigor cambialis sich ausschließlich auf den Wechsel beschränkte.[240] Die Auffassung, dass der rigor cambialis das Wesen des Wechsels ausmache, wurde herrschende Lehre im Wechselrecht und zu jeglicher Erklärung wechselmäßiger Besonderheiten gegenüber dem üblichen Schuldrecht herangezogen.[241]

---

237 *Sedatis*, Über den Ursprung der Wechselstrenge, Einl., (S. 12 f.); *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, Einl., (S. 16).

238 *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, Einl., (S. 15).

239 So *Scherer*: Handbuch des Wechselrechts, dritter Theil, (S. 330): *“...das Wesentliche eines Wechselcontracts besteht demnach in der Verbindlichkeit, eine bestimmte Summe Gelds bey Vermeidung des Personalarrests, oder wenigstens schleunigster Execution nach der Uebereinkunft zu bezahlen.“*.

240 *Sedatis*, Über den Ursprung der Wechselstrenge, § 4 I. (S. 21).

241 *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, Einl., (S. 15); *Sedatis*, Über den Ursprung der Wechselstrenge, § 1, (S. 12).

Die Wechselstrenge erhielt somit die entscheidende zentrale Bedeutung für das Vorliegen eines Wechsels, was aber von ihrem tatsächlichen Wesen ablenkte und zu Fehlvorstellungen nicht nur über sie selbst, sondern auch über den Wechsel führte. Dass man die Erklärungsversuche des Wechsels nicht von der Erforschung seines tatsächlichen Wesens, sondern von der Untersuchung der Lehre vom rigor cambialis aus betrieb, zeigt sich sehr eindrucksvoll an den lediglich in Deutschland ausgeprägten strengen Förmlichkeiten, denen in Frankreich und Italien als Ursprungsländer des Wechsels mitnichten dieselbe Bedeutung beigelegt wurde.[242] In der dortigen Dogmatik begriff man den rigor cambialis nicht als eine besondere Eigenschaft des Wechsels oder gar als dessen Wesen,[243] sondern als eine besondere, auf sofortige Exekution gerichtete Verfahrensart, die wiederum nicht auf den Wechsel beschränkt war.

Die in Deutschland aufgrund des besonderen Bedeutungsrangs der Wechselstrenge herausgebildete Abstraktheit der Wechselforderung gegenüber der Grundforderung kennt beispielsweise das französische Wechselrecht trotz des Genfer Einheitlichen Wechselgesetzes noch heute nicht.[244] Gleichfalls ist der Wechselprozess, als neben der Wechselklausel unmittelbarer Bezugspunkt zur Lehre vom rigor cambialis, ausländischen Rechten unbekannt geblieben.[245]

(aa) § 107 des Jüngsten Reichsabschieds von 1654 als Ausgangspunkt der Lehre vom rigor cambialis

Der Ausgangspunkt und unmittelbare Anlass für die Entwicklung der Lehre vom rigor cambialis in Deutschland wurde in der Regelung des § 107 des Jüngsten Rechtsabschieds von 1654 gesehen:[246]

> *„Als auch bey den Handelsstädten in Wechselsachen zu Meßzeiten und sonsten casus vorfallen, da nicht allein nach Kaufmannsgebrauch, sondern auch nach aller Rechtsgelehrten Meynung die parata executio straks Plaz haben solle, und innerhalb 24 Stunden oder etlich wenig*

---

242 Vgl. *Sedatis*, Über den Ursprung der Wechselstrenge, § 5 I. (S. 53) und 3. Kap. (S. 58).

243 *Sedatis*, Über den Ursprung der Wechselstrenge, § 4 II. (S. 37).

244 Art. 1108 Code civil.

245 *Sedatis*, Über den Ursprung der Wechselstrenge, 3. Kap. (S. 58).

246 *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, Einl., (S. 14 f.); *Koch*, Das Wechselrecht, nach den Grundsätzen der allgemeinen deutschen Wechselordnung, Einl., § 2 III., (S. 15 f.); *Siegel*, I, Des Heil. Römischen Reichs Wechsel-Ordnung, S. 148.

> *Tagen zu geschehen pflegt, so lassen wir es auch, damit die creditores nicht öfters aus bloßer Widersäzlichkeit der Schuldiger nicht allein um die Schuld selbsten, sondern auch um allen Credit, Ehr und Nahrung gebracht werden, dabey dergestalt verbleiben, daß in solchen Wechselfällen dem Richter erster Instanz unbenommen seyn solle, ohngehindert einiger Appellation oder Provocation, nach der Sachen Befindung und Ermäßigung, entweder mit oder ohne caution der Gläubiger, die Execution zu vollziehen, und die debitores zur Schuldigkeit anzuhalten.“*[247]

Die Rechtslehre damaliger Zeit erkannte zunächst in dieser Norm ein besonderes, von gewisser Strenge geprägtes Verfahren.[248] Später bildete sich unter der Verbindung des § 107 mit einigen Partikularrechten, wie beispielsweise dem Churfürstlich Sächsische Marktrescript von 1621, welches von einer den Schuldner bei der *sofortigen Exekution* (*parata executio*) widerfahrenden Personalhaft spricht, die Auffassung heraus, dass die auf Personalhaft gerichtete parata executio das Merkmal des rigor cambialis und dieser wiederum das Wesen des Wechsels sei.[249]

Fraglich ist jedoch, wie der Regelung des § 107 des Jüngsten Reichsabschieds von 1654 der Bedeutungsgehalt eines Ausgangspunktes der auf Personalarrest als Besonderheit des Wechsels gerichteten Lehre vom rigor cambialis beigemessen werden konnte. Der Wortlaut dieser Vorschrift ordnet nämlich nur die sofortige Exekution (auch) in Wechselsachen (in Abweichung zu dem sonst üblichen Erkenntnisverfahren) an.[250] Über Personalexekution sagt der Wortlaut

---

247 Zitiert aus *Gerstlacher*, Handbuch der teutschen Reichsgesetze nach dem möglichst ächten Text, in sistematischer Ordnung, Zehnter Theil, Teutsches Privatrecht, 6. Kapitel, § 89, (S. 2149 f.); abgedruckt auch bei: *Siegel*, I, Des Heil. Römischen Reichs Wechsel-Ordnung, S. 148; *Treitschke*, Alphabetische Encyclopädie der Wechselrechte und Wechselgesetze, Zweiter Band (M-Z), Prozess § 4, (S. 236); *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, Einl., (S. 14 f.) *Danz*, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, § 225, (S. 372 f.); *Laufs*, Der jüngste Reichsabschied von 1654, S. 54.

248 So beispielsweise *Biener*, Abhandlungen aus dem Gebiet der Rechtsgeschichte, II. Historische Erörterungen über den Ursprung und den Begriff des Wechsels, S. 148; vgl. zu den Einzelheiten *Sedatis*, Über den Ursprung der Wechselstrenge, § 4 II. 1., (S. 37 f.).

249 *Sedatis*, Über den Ursprung der Wechselstrenge, § 4 II. 2., (S. 43 f.).

250 *Koch*, Das Wechselrecht, nach den Grundsätzen der allgemeinen deutschen Wechselordnung, Einl., § 2 II. (S. 15): führt hierzu erklärend aus, dass die Rechtsprechung in Wechselsachen ursprünglich den Konsuln als Handelsrichter übertragen worden sei, bevor ordentliche Richter auch in diesen Angelegenheiten Recht

selbst unmittelbar nichts aus. Zur Klärung dieser Frage ist eine Beleuchtung des besonderen Verfahrens der parata executio erforderlich.

(bb) Zum Verfahren der parata executio - dem besonderen Exekutivprozess

Die parata executio war bereits im 13. Jahrhundert vor allem in Italien allgemein in Streitigkeiten zwischen Kaufleute (ab dem 14. Jahrhundert auch der Privatpersonen) anerkannt, denen Urkunden öffentlichen Glaubens, die sogenannten *instrumenta guarentigiata*, zugrunde lagen.[251] Derartige instrumenta guarentigiata waren dabei nicht nur Wechsel, sondern alle diejenigen Urkunden, insbesondere Handelsbriefe, die den in ihnen verbrieften Rechtsgeschäften exekutive Kraft vermittelten, ohne dass ein förmliches Verfahren zuvor nötig gewesen wäre, um die sofortige Vollstreckung betreiben zu können. Der Vorzug dieser Urkunden bestand also darin, dass sie den Exekutivprozess ermöglichten. Der Richter ordnete ohne weiteres lediglich auf Vorzeigen einer solchen Urkunde entsprechend ihres Inhalts die sofortige Exekution an und zwar vergleichsweise so, als ob es sich um die Vollstreckung eines rechtskräftigen richterlichen Erkenntnisses handelte,[252] wobei dem Schuldner im Nachhinein die Ausführung seiner Rechte vorbehalten blieb. Der Richter wandte sich erst nach Bezahlung der guarentigierten Schuld den Einwendungen des Schuldners nach dem Satz zu: „Geld vor, Recht nach“.[253]

---

sprachen. Die Konsuln verfügten über den nötigen Sachverstand in Handelssachen, der den ordentlichen Richtern allerdings fehlte. Diese hätten ein ausgeprägtes Gewohnheitsrecht vorgefunden, während sie in den übrigen Rechtssachen lediglich mit Pandekten und Gesetzen umzugehen gewohnt waren. Waren die Richter in diesen besonderen Handelssachen bemüht, alles zwischen den Parteien vertraglich Vereinbarte und Gewollte herauszufinden und insbesondere zu analysieren, wie ein bestimmter Kaufmannsbrauch zu verstehen war, zogen sich folglich die Verfahren unhinnehmbar in Länge, was wiederum für die Benutzung des Wechsels höchst abträglich gewesen wäre. Die Anordnung der sofortigen Exekution war daher ein geeignetes Mittel zur Verhinderung langer Erkenntnisverfahren.; vgl. auch *Treitschke*, Alphabetische Encyclopädie der Wechselrechte und Wechselgesetze, Zweiter Band (M-Z), Prozeß § 4, (S. 236 f).

251 *Goldschmidt*, Handbuch des Handelsrechts, Teil A Universalgeschichte des Handelsrechts, 5., § 7, II. 4. (S. 174 f.).

252 *Briegleb*, Ueber executorische Urkunden und Executiv-Prozeß, Erster Theil, Geschichte des Executiv-Prozesses, zweites Kap., § 2 (S. 35); *Koch*, Das Wechselrecht, nach den Grundsätzen der allgemeinen deutschen Wechselordnung, Einl., § 2 II. (S. 12).

253 *Koch*, Das Wechselrecht nach den Grundsätzen der allgemeinen deutschen Wechselordnung, Einl., § 2, II. (S. 12).

Dieses allgemein bestehende Institut des Exekutivprozesses machten sich die in Italien im 14. Jahrhundert mit Wechseln tätigen *Campsoren* (Geldwechsler) für einen schnellen reibungslosen Handelsverkehr aus wirtschaftlichen Bedürfnissen zu nutze, um dem Wechsel exekutive Kraft zu verleihen und ihn sodann in dem hierfür vorgesehenen Exekutivprozess, der parata executio, durchsetzen zu können. Ursprünglich kamen nur die von Notaren ausgestellten Urkunden in den Status der instrumenta guarentigiata. Um die Besonderheit der Vollstreckungsfähigkeit auf Wechsel zu übertragen, ließen die Campsoren zunächst ihre Handelsbucheintragungen von Notaren beglaubigen, bevor sie später aufgrund ihrer Monopolstellung selbst Wechsel als instrumenta guarentigiata ausstellten, denn wegen ihrer Großmachtstellung galten sie bereits als „personae quasi publicae".[254] Das blieb jedoch nicht nur auf den Wechsel beschränkt. Es galten bald sämtliche *„litterae et scripta mercatorum"* als instrumenta guarentigiata.[255] Am Ende dieser Entwicklung wurden dann alle, auch die von Privatpersonen errichteten Wechsel, als taugliche Urkunden für die parata executio angesehen.[256] Das ergab sich aus folgendem: Nach römischem Recht, das als Grundlage für das Institut der instrumenta guarentigiata angesehen wird, sah man eine förmliche Verurteilung des Schuldners zu seiner geständigen Verpflichtung nicht als erforderlich an (confessio in jure).[257] Das Geständnis musste lediglich so beschaffen sein, dass hieraus unmittelbar vollstreckt werden konnte.[258] Aus der Wirkung eines solchen Geständnisses entwickelte sich die Vorstellung, dass auch eine bloße Unterwerfung unter den strengen Exekutivprozess aufgrund privatrechtlichen Vertrages möglich sein müsste,

---

254 *Kuntze*, Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht, S. 337 (353); *v. Martens*, Versuch einer historischen Entwicklung des wahren Ursprungs des Wechselrechts, § 4, (S. 23).

255 *V. Martens*, Versuch einer historischen Entwicklung des wahren Ursprungs des Wechselrechts, Anhang, S. 56 ff.; *Biener*, Abhandlungen aus dem Gebiet der Rechtsgeschichte, II. Historische Erörterungen über den Ursprung und den Begriff des Wechsels, S. 142 f.

256 *Goldschmidt*, Handbuch des Handelsrechts, Teil A Universalgeschichte, S. 174; *Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere, § 16 (S. 164 f.); *Briegleb*, Ueber executorische Urkunden und Executiv-Prozeß, Erster Theil, Geschichte des Executiv-Prozesses, zweites Kap., § 11 (S. 78 ff.); *v. Martens*, Versuch einer historischen Entwicklung des wahren Ursprungs des Wechselrechts, Anhang S. 56 ff.

257 Vgl. die einzelnen Textnachweise bei *Briegleb*, Ueber executorische Urkunden und Executiv-Prozeß, Erster Theil, Geschichte des Executiv-Prozesses, zweites Kap., § 7, (S. 55 f.).

258 *Briegleb*, Ueber executorische Urkunden und Executiv-Prozeß, Erster Theil, Geschichte des Executiv-Prozesses, zweites Kap., § 7, (S. 56 f.)

sodass die Parteien nur noch entsprechende Erklärungen vor den Notaren abgaben, um die „clausula executiva“ in den Vertrag aufzunehmen. Erst als man das Erfordernis richterlicher oder notarieller Anordnung als Voraussetzung sofortiger Exekution aufgab und sich darüber einig wurde, dass das Recht der sofortigen Exekution doch eigentlich nur auf der Übereinkunft der Parteien beruhe, war der Weg für Privaturkunden mit exekutorischer Kraft frei.[259] Auch die Verwandtschaft des Wechselbriefs mit den sonstigen dokumenta guarentigiata ist hiernach nicht zu verkennen. Nach dem damaligen italienischen Recht war der Wechsel nur eine aus der Reihe aller übrigen Privathandelsurkunden, auf die der Exekutivprozess Anwendung fand.[260] Die Entwicklung des Wechsels zur vollstreckungsfähigen Urkunde war keine Eigentümlichkeit des Wechsels, sondern ergab sich aus einer Parallelentwicklung zum Exekutivprozess, aus dem der spätere Wechselprozess als hervorgegangen gelten kann.[261]

In Deutschland erfuhr die Lehre vom Exekutivprozess in ihrer Fortentwicklung jedoch einige Abweichungen: Indem das Augenmerk bei der Beurteilung der Voraussetzungen für den Exekutivprozess mehr und mehr auf die Prozessform mit ihrer unverzüglichen Vollstreckung, dem Einwendungsausschluss und anderem gerichtet wurde, veränderte sich auch die Sichtweise auf die Besonderheit dieser Verfahrensart im Vergleich zum gewöhnlichen Prozess. Dabei geriet völlig in den Hintergrund, dass gerade die Beschaffenheit des

---

259 *Briegleb*, Ueber executiorische Urkunden und Executiv-Prozeß, Erster Theil, Geschichte des Executiv-Prozesses, zweites Kap., § 11, (S. 79).

260 *Briegleb*, Ueber executiorische Urkunden und Executiv-Prozeß, Erster Theil, Geschichte des Executiv-Prozesses, zweites Kap., §§ 10, 11 (S. 78 ff.); *Grünhut*, Carl Samuel, Wechselrecht, I. Band, § 4, (S. 27 f.); *Scherer*, Der Wechsel-Prozeß mit Rücksicht auf die mehresten Wechselgesetze der Länder und Handelsstädte Deutschlands und benachbarter Staaten, § 18 (S. 49) und § 21 (S. 53); *Koch*, Das Wechselrecht, nach den Grundsätzen der allgemeinen deutschen Wechselordnung, Einl. § 2 II. (S. 12).

261 *Scherer*, Der Wechsel-Prozeß mit Rücksicht auf die mehresten Wechselgesetze der Länder und Handelsstädte Deutschlands und benachbarter Staaten, § 18, (S. 49): *„Der Wechselprozeß ist also ein summarischer Prozeß, wo alles promt und summarisch zugeht; sodann auch ein executivischer Prozeß, aus einer vollgültigen klaren Urkunde, dem Wechselbrief; daher auch da, wo der Wechselprozeß nicht anschlägt, oder eingeführt ist, aus dem Wechselbriefe, als einer vollgültigen klaren Urkunde executivisch geklagt werden kann. Beide kommen einander am nächsten: die Wechselbriefe sowohl, als übrige documenta guarentigiata haben bis auf einige der erstern, ganz einerlei Rechtserfordernisse zu ihrer Substanz. Beide nehmen in den gerichtlichen Verhandlungen beinahe einerlei Gang, und der hauptsächliche Unterschied ist die Wechselstrenge gegen die Person des Wechselschuldners, die jedoch in vielen Landen sehr gemildert ist.“*.

Streitgegenstandes (vornehmlich Handelsschulden, später auch liquide [unstreitige] Geldschulden) der Anknüpfungspunkt für den Exekutivprozess war, nicht aber die Besonderheit dieser Prozessform selbst.[262]

Die Entlehnung vom Streitgegenstand hin zur Prozessform fand in der Personalhaft ihren Höhepunkt. Mit ihrer Einführung als besondere Folge des Wechselprozesses und als unterscheidendes Merkmal zum üblichen Exekutivprozess wurde die Personalhaft zugleich vom Streitgegenstand losgelöst und zur regelmäßigen Rechtsfolge des Wechselprozesses.[263] Ursprünglich war jedoch die Personalhaft gerade kein spezifisches Merkmal des Wechselprozesses, sondern lediglich ein Zwangsmittel in solchen Streitigkeiten, die keinen Aufschub duldeten und deshalb auch in der parata executio durchgesetzt wurden. Vornehmlich sind hier die Handelssachen der Kaufleute zu nennen, denn sie zogen unverzüglich nach Schluss der einen zur nächsten Messe oder Handelsplatz und hatten deshalb keine Möglichkeit zur Durchführung langwieriger Prozesse. In Frankreich war im Zuge der seinerzeitigen Abschaffung der Personalhaft für bürgerlich-rechtliche Verbindlichkeiten die „contrainte par corps“ als einheitliche Rechtsfolge der parata executio und als Vollstreckungsmittel aus Notwendigkeitsgründen für den allgemeinen Handelsverkehrs ausdrücklich beibehalten worden. De Montesquieu wies in diesem Zusammenhang auch darauf hin, dass Handelssachen insoweit anders als bürgerliche Schulden zu handhaben seien, weil die Kaufleute oftmals untereinander mit hohen Summen umgingen und daher darauf angewiesen wären, dass die Schuldner ihre Verpflichtungen stets fristgerecht erfüllten. Dies sei aber nur mit Androhung der Haft zu gewährleisten. Insofern sei hier im Unterschied zu den übrigen Schulden das öffentliche Interesse an ordnungsgemäßer Vertragserfüllung höher zu bewerten als das individuelle Interesse an persönlicher Freiheit.[264]

Es ist also ersichtlich, dass der Personalarrest keine Wechselbesonderheit, sondern nur deshalb als rechtliche Sanktion aus Wechselschulden zugelassen war, weil Wechselschulden regelmäßig zugleich Handelsschulden sind. Eine besondere Verbindung zum Begriff des Wechsels bestand aber zu damaliger Zeit (16. und 17. Jahrhundert) nicht. Wo die Personalhaft als regelmäßige Rechtsfolge der

---

262 *Briegleb*, Ueber executorische Urkunden und Executiv-Prozeß, Erster Theil, Geschichte des Executiv-Prozesses, sechstes Kap., § 5, (S. 240 f.).

263 *Scherer*, Der Wechsel-Prozeß mit Rücksicht auf die mehresten Wechselgesetze der Länder und Handelsstädte Deutschlands und benachbarter Staaten, § 20, (S. 51): „D*er Wechselprozeß ist aber derjenige Prozeß, oder Ordnung, welche der Richter in Wechselsachen zu beobachten verbunden ist, und wo, wenn der Wechselschuldner nicht promte Zahlung leistet, der persönliche Arrest verfüget wird.“*.

264 *De Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, XX. Buch, 15. Kapitel, (S. 330).

sofortigen Exekution galt, kann also aufgrund eines anderen Anknüpfungspunktes, wie beispielsweise das Vorliegen einer Handelsschuld, nicht von einem Wesensmerkmal des Wechsels gesprochen werden. Auch wenn die parata executio und die Personalhaft mit dem Begriff des rigor cambialis belegt wurden, so konnte letzterer nicht das den Wechsel bestimmende Merkmal sein, an dem man ihn erkennt.

(cc) Zusammenfassung

Es lässt sich zunächst allgemein feststellen, dass die instrumenta guarentigiata, deren Kennzeichen der Zugang zur parata executio war, nur auf eine unmittelbare Beitreibung einer Forderung unter Ausschluss bzw. Aufschub von Einwendungen gerichtet waren. Die parata executio bezog sich nur auf die schleunige Vollstreckung. Die Frage, ob die Vollstreckung nur gegen die Person oder auch in die Güter des Schuldners erfolgte, war nicht entscheidend. Auch eine Anlehnung an die im französischen Recht vorgesehene „contrainte par corps“ führte nicht zu der Annahme, die Personalhaft sei alleinige Rechtsfolge der parata executio. Die Personalhaft war nicht an die Vollstreckung in Wechselsachen geknüpft, sondern allgemein in Handelssachen infolge besonderer Eilbedürftigkeit üblich.

Für § 107 des Jüngsten Reichsabschieds v. 1654 lässt sich hieraus feststellen, dass er die parata executio als besonderes Verfahren in Wechselsachen vorsah, jedoch die Personalhaft unmittelbar nicht anordnete. Die Personalhaft war auch in diesem Zusammenhang von der parata executio nicht als einzige Vollstreckungsart vorgesehen.[265] Es ist dabei zu berücksichtigen, dass der Jüngste

---

[265] *Gerstlacher*, Handbuch der teutschen Reichsgesetze nach dem möglichst ächten Text, in sistematischer Ordnung, zehnter Theil, Teutsches Privatrecht, 2. Buch, 6. Kapitel, § 89, (S. 2156); *Danz*, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, § 225 (S. 379); *Scherer*, Handbuch des Wechselrechts, dritter Theil, § 7, (S. 466); *Püttmann*, Grundsätze des Wechselrechts, § 58, Anm. a, (S. 63); *Daniels*, Grundsätze des Wechselrechts, S. 24; der darauf hinweist, dass der Reichsabschied lediglich zur Vermeidung von Irrtümern und hieraus resultierender Verfahrenslänge ein einheitliches Verfahren anzuwenden sei und bestimmte Einreden abgeschnitten werden müssten, die sich daraus ergeben würden, dass kaufmännischer Gebrauch unterschiedlich verstanden würde, und auch für den Richter oftmals unklar sei, wie und mit welchem Inhalt das Kaufmannsgeschäft geschlossen worden war. Man habe sich daher damit begnügt, in Wechselsachen eine schleunige Exekution anzuordnen, ohne aber eine persönliche Verhaftung des Schuldners zu erwähnen; *Dedekind*, Vergangenheit und Gegenwart des Deutschen Wechselrechts, achtes Kapitel, I. 1. § 73, (S. 133); *Mittermaier*, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, § 320 (S. 145): Aus den Reichsgesetzen ergäbe sich nur, dass sie den Wechsel als allgemein in Deutschland vorkommend und durch den kaufmännischen Gebrauch geltend voraussetzten. Die Reichsgesetze würden die Anwendung der parata executio und ein rasches Verfahren billigen, ohne dass sie eine

Reichsabschied Konkretisierungen und Erweiterungen erfuhr. Während § 107 lediglich Wechsel der Kaufleute zum Gegenstand hatte, dehnte der spätere Reichsschluß von 1671 die Verordnung auch auf sonstige Handelssachen aus, die ebenso liquide wie Wechselsachen und im Rahmen der parata executio durchsetzbar waren. Mit der Regelung des Jüngsten Reichsabschieds wurde das Hauptanliegen verfolgt, die Prozesse der Kaufleute nach den praktischen Bedürfnissen zu verkürzen und zwar durch Einwendungsausschluss und Verweis auf spätere Ausführungen und das Versagen der Suspensivwirkung der Rechtsmittel (Appellationen), bei Bestehenbleiben lediglich der Devolutivwirkung.[266] Die Regelung des § 107 des Jüngsten Reichsabschieds von 1654 ist weder eine einheitliche Grundlage für die Herausbildung des rigor cambialis, noch ein erstes einheitliches Wechselrecht.

(dd) Das Scheitern des rigor cambialis als Erkennungsmerkmal des Wechsels infolge fehlender Allgemeingültigkeit und Einheitlichkeit seines Verfahrens und seiner Sanktionen in Wechselsachen

Aus der Erkenntnis heraus, dass sich die parata executio nicht auf den Wechsel beschränken ließ, wurde eine gedankliche Trennung zwischen der parata executio und der Rechtsfolge Personalarrest vollzogen. Die Personalexekution wurde selbst zum Inhalt des rigor cambialis.

Der rigor cambialis kann jedoch nur dann Wesensmerkmal und damit Erkennungsmerkmal des Wechsels sein, wenn er generell als wechselrechtliche Sanktion anerkannt wird, die Anwendung gleichförmig, also überall in derselben Form, nämlich als Personalexekution, stattfindet und ausschließlich auf den Wechsel beschränkt ist.[267] Doch an allen Voraussetzungen scheitert die Lehre vom rigor cambialis. In den deutschen Wechselordnungen war die Personalhaft keineswegs als einheitliches Sanktionsmittel anerkannt. Entweder war sie gar nicht, oder nur als letztes Mittel vorgesehen, sodass von einer einheitlichen Handhabung keine Rede sein kann. Als eine Art Vorreiter für den späteren Bedeutungszuwachs der Personalexekution enthielt das Leipziger Marktrescript

---

„gesetzliche Lehre des Wechselrechts“ einführten oder die Einrichtung selbst oder nur die persönliche Haft als besonderes Vollstreckungsmittel gemeinrechtlich vorschreiben wollten.; *Siegel*, corpus juris cambialis, Theil I, S. 148.

266 *Gerstlacher*, Handbuch der teutschen Reichsgesetze nach dem möglichst ächten Text, in sistematischer Ordnung, Zehnter Theil, Teutsches Privatrecht, S. 2158; vgl. auch *Danz*, Handbuch des heutigen deutschen Privatrecht, § 225, (S. 379).

267 *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, Einl., (S. 16 ff); so auch *Richardi*, Wertpapierrecht, § 13 II. 4. (S. 109).

vom 25. Juli 1621[268] bereits eine Androhung des Personalarrests für den Fall des nicht liquiden Schuldners einer Kaufmanns- oder Handelsschuld, wobei sie selbstverständlich Wechselverbindlichkeiten mit umfasste. Ab 1660 wurde sodann die Beschränkung auf Kaufleute als Schuldner von Wechselschulden durch das erweiterte Leipziger Marktrescript[269] aufgehoben, so dass Personalhaft jeden Wechselschuldner treffen konnte. Die Regelung fand in der Leipziger Wechselordnung vom 2. Oktober 1682[270] und in der Leipziger Handelsgerichts-Ordnung von 1682 Bestätigung.[271] Im Unterschied dazu sah die ganz überwiegende Zahl der Wechselordnungen anderenorts zur selben Zeit eine Personalexekution nicht oder nur subsidiär im Falle fruchtloser anderer Vollstreckungsversuche vor. Sie beschränkten sich in Wechselsachen durchgängig auf die Anordnung des exekutivischen oder summarischen Verfahrens (die parata executio). Exemplarisch sind hierfür die Wechselordnungen der freien Reichs- und Handelsstadt Nürnberg von 1621, 1654 und 1722 (keine Personalexekution); die Churpfälzische Wechselordnung von 1726 (Personalarrest nur gegen Fremde, gegen Landsleute nur, soweit diese kein verwertbares Vermögen besaßen), die Augsburger Wechselordnungen von 1665, 1707 und 1716 (zunächst keine Personalexekution, später nur gegen Fremde), die Wechselordnungen der Städte Breslau zuletzt von 1742 und Braunschweig von 1686 (nur bei Fluchtgefahr, im Übrigen nur bei mangelnder Zahlung und Kaution des Schuldners) und die älteste preußische Wechselordnung von 1684 (Personalarrest neben der Exekution in das gesamte Vermögen des Schuldners bei dessen Säumigkeit) zu nennen.[272] Hieraus folgt, dass aufgrund der vielfach nicht vorgesehenen Personalhaft diese kein Kriterium sein kann, an dem man das Wesen des Wechsels zu erkennen vermag.

Aber nicht nur die Art der Exekution war sehr unterschiedlich ausgestaltet. Auch die Exekutivprozesse selbst waren in ihrem Verfahren in den einzelnen Partikularrechtsordnungen unterschiedlich streng. Im 17. Jahrhundert war sogar die Abstufung in ein „strengstes Wechselrecht“ (Personalarrest des Wechselschuldners auf der Stelle, also unmittelbar auf die Vorlage des Wechselbriefes durch den Wechselinhaber beim Richter ohne Vorladung des Wechselschuldners und Verhandlung sowie Exekution in das Schuldnervermögen während seines

---

268 Bei *Püttmann*, Die Leipziger Wechselordnung, S. 87 f.

269 Bei *Püttmann*, Die Leipziger Wechselordnung, S. 90.

270 Die Wechselordnung der Stadt Leipzig vom 2. Oktober 1682, bei *Püttmann*, Die Leipziger Wechselordnung, S. 1 ff.

271 Bei *Püttmann*, Die Leipziger Wechselordnung, S. 101.

272 Vgl. die detaillierten Darstellungen bei *Sedatis*, § 4 II 2. (S. 42 ff.).

Arrestes ohne vorhergehendes summarisches Verfahren)[273], „strenges Wechselrecht“ (richterliche Vorladung des Wechselschuldners und Frage nach Anerkenntnis oder eidliches Bestreiten des Wechsels, sodann Bezahlung des Wechsels auf der Stelle oder in sehr kurzer Frist und bei Nichtzahlung auf Antrag des Klägers persönlicher Arrest ohne Rücksicht auf unbewegliches Vermögen des Schuldners bzw. Bestehen einer Fluchtgefahr)[274] und schließlich in ein „gemildertes Wechselrecht“ (gerichtliche Vorladung des Wechselschuldners, Erklärung des Anerkenntnisses oder eidliches Bestreiten des vorgelegten Wechsels, Frage nach zulässigen Einwendungen und Verurteilung zur Bezahlung des Wechsels auf der Stelle oder binnen kurzer Frist, Personalarrest nur, wenn der Schuldner über gar kein, oder nicht hinlängliches bewegliches oder unbewegliches Vermögen verfügt) üblich.[275] Schließlich war die Personalhaft oftmals in den einzelnen Wechselordnungen nicht auf die Exekution in Wechselsachen beschränkt.[276] Das wäre aber erforderlich, will man gerade hieran einen Wechsel erkennen.

Dessen ungeachtet sah sodann das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 in § 713 im 8. Abschnitt des 8. Titels des II. Teils als Vorläufer der ersten, für das Deutsche Reich geltenden Wechselordnung vor: *„Die nach einer bestimmten gesetzlichen Form abgefaßten Verschreibungen, wodurch jemand verpflichtet wird, eine Summe Geldes bey Vermeidung des sogleich erfolgenden persönlichen Arrestes zu bezahlen, werden Wechsel genannt“*.[277]

---

273 *Scherer*, Handbuch des Wechselrechts, dritter Theil, § 4, (S. 451 f.).

274 *Scherer*, Handbuch des Wechselrechts, dritter Theil, § 5, (S. 457 f.).

275 *Scherer*, Handbuch des Wechselrechts, dritter Theil, § 6, (S. 463 f.).

276 Vgl. nur § 13 der Leipziger Handelsgerichts-Ordnung v. 1682, hiernach war die Personalexekution auch für Schulden aus unterzeichneten Buchauszügen, Obligationen oder andere Schuldbekenntnisse vorgesehen, bei *Püttmann*, Die Leipziger Wechselordnung, S. 109 f.

277 Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, bei *Hattenhauer*, (S. 482).

(b) Der Formalismus der Wechselstrenge, insbesondere das Erfordernis der Wechselklausel entstammen als heutiges Regelungs- und Sicherungsinstrument für die Umlauffähigkeit des Wechsels nicht dem Wechselverkehr, sondern der Lehre vom rigor cambialis

(aa) Die ursprüngliche Formfreiheit der Wechselforderung

Nach heutigem Verständnis liegt ein gezogener Wechsel nur dann vor, wenn er im Text der Urkunde als solcher bezeichnet ist, § 1 Nr. 1 WG. Diese so genannte Wechselklausel unterscheidet den Wechsel heutzutage von allen anderen verbrieften bürgerlich-rechtlichen oder kaufmännischen Zahlungsversprechen oder -anweisungen.

Das war jedoch seit den Anfängen des Umgangs mit Wechseln nicht so. Die heute zwingende Wechselklausel ist lediglich ein Produkt der Rigor-Lehre. Die weit vor der Ausbildung der Lehre vom rigor cambialis verwendete Klausel *„ex causa cambii“* kann als ihr Vorläufer bezeichnet werden. Dieser Zusatz machte eine Zahlungsanweisung oder ein Zahlungsversprechen nicht zum Wechsel, sondern kennzeichnete lediglich das Zahlungsversprechen eines Schuldners als auf Geldtransport und - umtausch gerichtet.[278] Für die Entstehung der Wechselverbindlichkeit war lediglich der Wechselkontrakt maßgeblich, der nicht der Schriftform bedurfte. Die Forderung entstand bis in das 17. Jahrhundert hinein nur durch die Einigung zwischen Kaufmann und Wechsler bzw. Campsor über die Auszahlung einer bestimmten Geldsumme an einem anderen Ort in der dort üblichen Münzsorte. Der Wechselbrief dokumentierte lediglich die Einigung und war für die Wirksamkeit der Forderungsbegründung ohne Bedeutung.[279] Er diente lediglich dem Beweis über den Wechselkontrakt und seiner Erfüllung, während die Wechselforderung mündlich begründet werden konnte.[280]

---

278 *Goldschmidt*, Handbuch des Handelsrechts, Teil A Universalgeschichte des Handelsrechts, S. 428 f.

279 *Scherer*, Handbuch des Wechselrechts, dritter Theil, § 25, (S. 267 f.).

280 *Goldschmidt*, Handbuch des Handelsrechts, Teil A Universalgeschichte, S. 428 f.; *Heydiger*, Eines gewissen Autoris Anleytung zu gründlichem Verstand des Wechsel-Rechts, Cap. II (S 8), Cap. VII (S. 63 f); vgl. zur Entwicklung der Wechseldefinition *Kuntze*, Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht, Bd. 14 (1865), S. 337 (338 f.).

(bb) Das Erfordernis einer bloßen Ortsverschiedenheit aufgrund des kirchlichen Zinsverbots

Zunächst waren auch in Deutschland die Formfreiheit und auch die Freiheit in der Formulierung einer Wechselklausel entsprechend der italienischen Lehre anerkannt.[281] Für den Wechsel waren nur die Ortsverschiedenheit zwischen Einzahlung und Auszahlung und der hierdurch bedingte regelmäßige Münztausch begriffswesentlich, nicht jedoch die Klausel *ex causa cambii*. Ohne diese Ortsverschiedenheit lag kein Wechselgeschäft vor.[282] Das folgte aus dem im 14. Jahrhundert geltenden kirchlichen Zinsverbot. Die Ortsverschiedenheit wurde zunächst in allen für die Entwicklung des Wechselrechts maßgeblichen Ländern (Italien, Frankreich, England, Deutschland) mit dem Zusatz *de loco in locum*, oder *remise d'argent de place en place* erkennbar gemacht, so dass sogar dieser Zusatz vornehmlich als Wesenskennzeichen für den Wechsel bezeichnet wurde.[283] Die Beweisfunktion des Wechselbriefes gewann mit dem Exekutivprozess an Bedeutung. Als Beleg hierfür sei auf die Verordnung des Reichsschlusses von 1671 in Ergänzung des Jüngsten Reichsabschieds von 1654 hingewiesen, in welchem empfohlen wurde, die Akzepte der Trassaten (Bezogenen) zur Vermeidung von Irrtümern über die Zahlungsverpflichtung und hieraus resultierender langwieriger Prozesse schriftlich abzufassen, wenn gleich auch die mündlichen Akzepte gültig waren.[284]

(cc) Der Einfluss der Lehre vom rigor cambialis auf die Entwicklung der Wechselklausel zum Formerfordernis

In Deutschland führte die Dogmatik unter dem Einfluss der Lehre vom rigor cambialis jedoch später zu besonderen strengen Formerfordernissen. Sie entschieden, zusammengefasst unter dem Begriff der Wechselstrenge, nicht nur

---

281 *Sedatis*, Über den Ursprung der Wechselstrenge, § 6 I. (S. 60); *Biener*, Abhandlungen aus dem Gebiet der Rechtsgeschichte, II., Historische Erörterungen über den Ursprung und den Begriff des Wechsels, S. 71.

282 *Goldschmidt*, Handbuch des Handelsrechts, Teil A Universalgeschichte, S. 405 m.w.N.

283 *Biener*, Abhandlungen aus dem Gebiet der Rechtsgeschichte, II. Historische Erörterungen über den Ursprung und den Begriff des Wechsels, S. 71 f.; *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht, Einleitung, § 2, (S. 7); *Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere, § 16 I. (S. 163).

284 *Gerstlacher*, Handbuch der teutschen Reichsgesetze nach dem möglichst ächten Text, zehnter Theil, Teutsches Privatrecht, S. 2151; *Danz*, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, § 225, (S. 378); *Treitschke*, Alphabetische Encyclopädie der Wechselrechte und Wechselgesetze, zweiter Band (M-Z), Prozess § 4, (S. 236).

darüber, ob eine Forderung im sofortigen Exekutivprozess durchgesetzt werden konnte, sondern beantworteten zugleich die Frage, ob überhaupt ein Wechsel vorlag. Die Klausel *ex causa cambii*, die eigentlich nur der Kennzeichnung des Geldwechsels diente, wurde zu Beginn des 18. Jahrhunderts zu einem wesensbestimmenden Merkmal für den Wechsel „umfunktioniert".[285]

Der Wandel des Verständnisses über die Wechselklausel vollzog sich in zwei Schritten: Zunächst erlangte der Wechselbrief die Bedeutung eines instrumentum guarentigiatum, das als „öffentliche Urkunde" Voraussetzung für die parata executio war.[286] Auf die Wechselklausel kam es dabei noch nicht an. Die Schriftform stand ebenfalls noch in keinem besonderen Bezug zum späteren Formalismus der Wechselstrenge. Die dogmatische Verknüpfung der in § 107 des Jüngsten Reichsabschieds von 1654 benannten parata executio in Wechselsachen mit dem Personalarrest bewirkte, dass die Wechselklausel zu einem unabdingbaren Erfordernis des Wechsels wurde. Bei deren Fehlen war zwar zunächst die Wechselforderung in ihrer Wirksamkeit nicht beeinträchtigt und weiterhin im Exekutivprozess durchsetzbar, jedoch führte der Exekutivprozess nicht zur sofortigen Personalexekution.[287] Hierfür sah man die Wechselklausel als unbedingtes Erfordernis an. Die Personalexekution begriff man als Privileg des Wechselgläubigers in einem besonderen Wechselprozess.[288]

Es hätte dabei sein Bewenden haben können, die Wechselklausel lediglich wie eine Formvorschrift zu begreifen, nämlich zu Warnzwecken an den Schuldner vor Übereilung und einschneidenden Rechtsfolgen, aber auch zu Sicherungs- und Beweiszwecken für den Gläubiger hinsichtlich der Durchsetzung seiner Forderung. Der damals starke Einfluss der Lehre vom rigor cambialis führte jedoch auf einer dritten Stufe zu einer weiteren Form- und Verfahrensstrenge: Indem die Rigor-Lehre den Personalarrest zum Wesensmerkmal des Wechsels erhob, konnte die Wechselklausel nicht nur als bloßes Formerfordernis Voraus-

---

285 *Sedatis*, Über den Ursprung der Wechselstrenge, § 6 I (S. 61 f.).

286 Vgl. Oben. Punkt.

287 *Franck, J. Chr*., Institutiones juris cambialis ex legibus cambialibus diversarum gentium indole negociationis moribus campsorum ac jure communi novo methodo collectae, Halle/Magdeburg 1721, Lib.I. Sectio I. Tit.VI. § VII f (S. 75 ff.), zitiert nach Sedatis, Über den Ursprung der Wechselstrenge, § 6 I (S. 61).

288 *Siegel*, Fürsichtiger Wechselgläubiger, § V(S. 60); *ders*. Einleitung zum Wechselrecht überhaupt, in Corpus juris Cambialis, Theil II, S. 378, 396: *„Hierauf ist nötig, daß in dem Wechsel folgende Stücke anzutreffen: Das Wort Wechsel, immassen hierdurch dem Dokumente die in dem Wechselrechte fundierte Privilegia zugeeignet werden, und selbige im Gegentheil, wenn das Wort Wechsel fehlet, cessiren."*.

setzung für die Anordnung des Personalarrestes sein. Sie wurde zum Zentrum eines völlig neuen Verständnisses vom Wechsel überhaupt. Von der bloßen Warnfunktion entwickelte sie sich selbst zum Wesensmerkmal des Wechsels. Danach sollten nur diejenigen Urkunden Wechsel sein, die die Wechselklausel enthielten.[289] Verfestigung und eine erste Einheitlichkeit in Deutschland erfuhr diese Bewertung der Wechselklausel mit der Definition des Wechsels in der Regelung des Art. 4 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung von 1848: *"Die wesentlichen Erfordernisse eines gezogenen Wechsels sind: 1) die in den Wechsel selbst aufzunehmende Bezeichnung als Wechsel ..."*.[290]

Schließlich bildete sich unter der Wirkung der Personalexekution eine Art Identität von Wechsel und Wechselprozess heraus, letzterer als eine besondere, nunmehr vom normalen Exekutivprozess zu unterscheidende Prozessart.[291] Der Wechsel war damit das zur Personalexekution berechtigende instrumentum guarentigiatum, der Wechselprozess der zur Personalexekution führende Exekutivprozess.[292]

---

289 *Sedatis*, Über den Ursprung der Wechselstrenge, § 6, I. (S. 64); *Phillips*, Grundsätze des gemeinen Deutschen Privatrechts mit Einschluß des Lehnrechts, Zweiter Band, § 289 (S. 630 f.); *Heineccius, J.G.*, Elementa juris cambialis commoda auditoribus methodo adornata, Cap. III § 9 (S. 21); *Scherer*, Handbuch des Wechselrechts, dritter Theil, § 25, (S. 267 ff.); vgl. auch die Zusammenstellung bei *Kuntze*, Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht, Bd. 14 (1865), 337 (341 f.).

290 Allgemeine deutsche Wechselordnung von 1848, zitiert aus *Koch*, Das Wechselrecht, nach den Grundsätzen der allgemeinen deutschen Wechselordnung S. 33.

291 Vgl. *Scherer*, Der Wechsel-Prozeß mit Rücksicht auf die meisten Wechselgesetze der Länder und Handelsstädte Deutschlands und benachbarter Staaten, § 18 (S. 49); *Danz*, Grundsätze der summarischen Prozesse, § 85, (S. 130): *„Ein Wechselbrief ist eine das Wort Wechsel in sich haltende Schrift, in welcher der Ausgeber entweder sich selbst zu Bezahlung einer gewissen Summe gegen den Gläubiger verbindlich macht, oder einem anderen aufträgt, dem Vorzeiger des Wechsels eine gewisse Summe zur bestimmten Zeit zu bezahlen. (Dieses Wort sei wesentlich, daß in dessen Ermangelung ein wahrer Wechsel nicht denken lässet. Fn.a). Wechselprozeß ist diejenige Verfahrensart, wo der Implorant seine Imploration mit einem Wechselbriefe beleget, und der Richter dem Imploraten aufgibt, über diesen sogleich sich zu erklären, auch in der Folge, wenn die übernommene Wechselverbindlichkeit mit stichhaltigen Gründen nicht aus dem Wege geräumet werden kann, nach Wechselstrenge verfährt. Wechselstrenge aber bestehet darin, daß der Wechselschuldner, wenn es ihm gleich an Vermögen, das zu der Befriedigung des Gläubigers hinreichet, nicht fehlet, doch nach eingetretenem Zahlungstermin dem persönlichen Arrest bis zu der wirklich geleisteten Zahlung sich unterwerfen muß, von dem executivischen Verfahren ist daher der Wechselprozeß wesentlich verschieden."*.

292 So *Sedatis*, Über den Ursprung der Wechselstrenge, § 7 II (S. 76).

(dd) Konsequenzen aus der Einführung einer Übertragbarkeit des Wechsels durch Indossament und der spätere Wegfall der Personalexekution

Veränderungen ergaben sich sodann mit dem Wandel des Wechsels zum umlauffähigen Schuldpapier, welches durch Indossament übertragbar wurde. Die Indossierbarkeit brachte die Problematik mit sich, dass nun mehrere Wechselverpflichtete und mehrere vertragliche Beziehungen entstanden, die alle ein einheitliches verbindendes Element besitzen und ein einheitliches Charakteristikum aufweisen mussten. Insofern war auch hier die Personalexekution dienlich, indem sie als prozessuale Rechtsfolge, dogmatisch vom Wechselprozess losgelöst, allein mit dem Begriff des Wechsels verbunden wurde. Als Charakteristikum des Wechsels verschwand die Personalexekution erst mit ihrer Aufhebung im Jahr 1868.[293]

Die Bedeutung der Wechselklausel für den Wechsel erfuhr dadurch jedoch keinen Abbruch, denn in diesem Wandel spielte zugleich ein zunehmender Verkörperungsgedanke hinein. Danach vereinten sich jetzt Wechselforderung und der die Wechselklausel beinhaltende Wechselbrief. Mit dem Bedeutungswandel der Wechselklausel zum Erkennungsmerkmal des Wechsels trat die Schriftform noch stärker in den Vordergrund. Der Wechselbrief wies jetzt nicht mehr nur die Wechselforderung nach, sondern verkörperte sie. Die anfänglich vorherrschende Auffassung von einem Konsensualvertrag wurde durch die zunehmend erstarkende Literalkontrakttheorie verdrängt. Letztere konnte sich derart gut mit der Lehre vom rigor cambialis verbinden, dass sich im Ergebnis des Wandels des Wechsels zu einem umlauffähigen Papier eine eigene deutsche Konzeption des Wechsels herausbildete (sog. abgewandelte Literalvertragstheorie), die nunmehr keine Verbindung zu den früher als Vorbild für dogmatische Erklärungen herangezogenen römisch-rechtlichen Vertragstypen hatte.[294]

Doch damit endete der Einfluss der Lehre vom rigor cambialis keineswegs. Mit der Einführung des Indossaments traten erhebliche Schwierigkeiten bei der einheitlichen Begründung der unterschiedlichen Besonderheiten des Wechsels auf.

---

293 Vgl. *Sedatis*, Über den Ursprung der Wechselstrenge § 2 (S. 16) mit Verweis auf die aufhebende Norm des § 1 des Bundesgesetzes vom 29. Mai 1868 (Fn. 14).

294 *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, Einl. (S. 13 f.), hatte die damals vorherrschende Dogmatik, die von den im römischen Recht vorhandenen Rechtsfiguren als Erklärungsgrundlage für den Wechsel ausging und vorschnell Parallelen des Wechsels in Formen und Worten zum allgemeinen Zivilrecht erkannte, als verantwortlich für die folgenschweren Fehlvorstellungen vom Wesen des Wechsels kritisiert.

So erkannte man, dass sich die bisher bekannten Besonderheiten, wie Einwendungsausschluss und Wechselprozess gegen den Schuldner richten, während sich der zugleich aus der Vergegenständlichung der Wechselforderung folgende Formalismus eigentlich gegen den Gläubiger richtet. Doch gerade aufgrund der Vergegenständlichung der Wechselforderung konnte die Lehre vom rigor cambialis in der Anordnung besonderer Formerfordernisse fortbestehen. Die ursprünglich rein prozessuale Bedeutung der Verbriefung der Wechselforderung für die Durchführung des Exekutivprozesses, später des Wechselprozesses, bot eine äußerst günstige Grundlage für einen Umschwung hin zu einer materiellrechtlichen Bedeutung. Denn wenn zunächst die Personalexekution das Kennzeichen des Wechsels war und diese gegen den Schuldner nur angeordnet werden konnte, wenn die geltend gemachte Forderung in einem Brief fixiert war, der die Wechselklausel enthielt, dann wurde auch die Personalexekution durch die Wechselklausel bedingt, sodass konsequenter Weise ohne Klausel kein Wechsel vorlag.[295] Die Urkundlichkeit zur Ermöglichung des Exekutivprozesses konnte auf diese Weise gut mit der Literalkontrakttheorie verbunden und bis zu einer vollständigen Vergegenständlichung der Wechselforderung unter Aufgabe jeglicher Bedeutung des zuvor rein mündlichen Wechselvertrags fortgebildet werden.[296]

Die Befolgung dieser Formstrenge entschied über das Vorhandensein eines Wechsels. Sie wurde neben der für den Einwendungsausschluss in der parata executio schon anerkannten materiellen zur formellen Wechselstrenge. Die Wechselstrenge als Sammelbegriff der wechselmäßigen Besonderheiten wurde zum Wesen des Wechsels. Aufgrund dessen blieb auch die Lehre vom rigor cambialis als zentrales Charakteristikum für den Wechsel erhalten und fand nicht nur in die Wechselordnung von 1848 Eingang, sondern blieb auch dem gegenwärtig geltenden Wechselgesetz in Art. 1 WG nach der Einheitlichen Genfer Wechselkonferenz erhalten.

---

295 *Scherer*, Der Wechsel-Prozeß mit Rücksicht auf die mehresten Wechselgesetze der Länder und Handelsstädte Deutschlands und benachbarter Staaten, § 21, (S. 53): *„Alle Urkunden, welche Wechselkraft haben sollen, müssen wenigstens die Eigenschaft einer klaren und bewährten Urkunde, documenti guarentigiati haben, und als Wechselbriefe darneben noch den deutlichen Ausdruck: Wechsel, folglich mehr als jene in sich enthalten.“*.

296 *Scherer*, Handbuch des Wechselrechts, dritter Theil, § 25, (S. 267 f.).

(ee) Zusammenfassung

Nach heutigem Verständnis sichert der Grundsatz der Wechselstrenge die Umlauffähigkeit des Wechsels ab. Er ist daher ein Regelungs- und Sicherungsinstrument für den Wertgehalt dieses umlaufenden Wertpapiers. Ist die Umlauffähigkeit des Wechsels aufgehoben, so ist der Wechsel wertlos. Aus diesem Blickwinkel liegt die Auffassung nahe, die Wechselstrenge habe sich aus dem Umgang mit Wechseln gleichsam aus dem Handel herausgebildet.

Tatsächlich jedoch entstammt die Wechselstrenge der Lehre vom rigor cambialis. Die ursprüngliche Formfreiheit der Wechselforderung blieb lange Zeit als Grundsatz erhalten. Selbst die gewöhnlicher Weise benutze Klausel *ex causa cambii* war ursprünglich nicht konstitutiv für den Wechsel, sondern beschrieb lediglich den Grund der Wechselforderung ebenso, wie die aus dem kirchlichen Zinsverbot stammende, auf die unbedingt erforderliche Ortsverschiedenheit hinweisende Klausel *de loco in locum*. Die Wechselurkunde hatte lediglich eine Beweis-, jedoch keine forderungsbegründende Funktion.

Der in Deutschland vorherrschende starke Einfluss der Lehre vom rigor cambialis trieb die Vorstellung voran, die Klausel *ex causa cambii* sei Voraussetzung für die Personalexekution mit der Folge, dass ein Wechsel nur dann vorliegt, wenn die Wechselurkunde diese Klausel enthält. Dies resultierte aus der Auffassung, dass die Personalexekution, zu der nur die Wechselklausel berechtigen würde, Wesensmerkmal des Wechsels sei.

Auch nach dem späteren Wegfall der Personalexekution hielt sich das Formerfordernis der Wechselklausel im Wechselbrief aufrecht. Schwierigkeiten ergaben sich zunächst mit der Einführung des Indossaments und der Herausbildung des Wechsels zum umlauffähigen Wertpapier. War man aus der parata executio bereits mit dem Einwendungsausschluss vertraut, so musste man erkennen, dass sich jetzt Einwendungsausschluss und Formerfordernisse gegen unterschiedliche Wechselbeteiligte richteten. Mit dem Wegfall der Personalhaft war nunmehr im Wesentlichen nur noch der Wechselgläubiger negativ mit Formerfordernissen belastet. Eine Begründung für die Fortgeltung des Formalismus fand sich sodann in dem fortschreitenden Verkörperungsgedanken. Die Formenstrenge wurde weiter ausgeprägt und vereinigte sich mit den übrigen Anforderungen an den Wechsel und seiner Durchsetzung zum Sammelbegriff der Wechselstrenge.

(c) Der Ursprung des Wechsels im kaufmännischen Rechtsverkehr

Heutzutage wird das Wesen des Wechsels maßgeblich durch seine Eigenschaft als umlauffähiges Orderpapier bestimmt. Daher ist stets zu prüfen, ob die Um-

lauffähigkeit des Wechsels durch einen Verzicht oder eine gemäßigte Geltung der Formstrenge beeinträchtigt wird oder nicht.[297]

Die Umlauffunktion des (gezogenen) Wechsels entwickelte sich aus dem gewohnheitsmäßigen Umgang unter Kaufleuten.[298] Im Mittelalter diente der Wechsel zunächst als Eigenwechsel der Überweisung von Geld an einen fremden Ort und erlaubte zugleich den Münzwechsel in die dort übliche Münzsorte. Diesen Geldverkehr aus den Warengeschäften der Kaufleute regelten die Wechsler (Campsoren) und Bankiers. Wer als Kaufmann eine auswärtige Zahlung durchzuführen hatte, wandte sich an eine dieser Personen und ließ sich einen entsprechenden Wechselbrief ausstellen. Der Campsor wies beispielsweise in einer Art des gezogenen Wechsels (Tratte) seinen auswärtigen Geschäftsfreund an, die benannte Summe an den Inhaber auszuzahlen. Teilweise wird angenommen, dass das eigentliche schriftliche Schuldversprechen in einem Eigenwechsel des Campsor bestand und der Tratte lediglich die Funktion der Dokumentation dieses Zahlungsversprechens verbunden mit der Zahlungsanweisung an den Dritten zukam.[299]Der Wechsel der damaligen Zeit war anfänglich weniger auf Umlauf gerichtet, sondern diente vielmehr der Sicherheit des Verkehrs mit Geld und vor allem dem Münztausch aufgrund der Münzverschiedenheiten zwischen den Markt- und Messplätzen. Die Transport- und Tauschfunktion standen somit eindeutig im Vordergrund. Die Funktionsänderung zu einem Kredit- und Zahlungsmittel war vornehmlich mit dem Aufkommen des Indossaments und dem Bedeutungsgewinn der Tratte verknüpft. Die Kaufleute erkannten in der Konstruktion der Anweisung an einen Dritten zur Zahlung und die Absicherung dieser Zahlungsanweisung mit verschärften Sanktionen einen leichteren Umgang mit diesem Papier.[300] Für den kaufmännischen Wechselverkehr gewann das Versprechen des Wechselausstellers, der Wechselschuldner werde zahlen, mehr an Interesse als das Zahlungsversprechen des Wechselschuldners selbst. Die Geschäftsleute nahmen

---

297 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Einl., Rdnr. 9, 15, 59; *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 5 I.-III. (S. 42 ff.).

298 *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 5 IV. 1 (S. 50); *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht, Einl., § 2, (S. 7 f. 10.), der auf den Unterschied zum Eigenwechsel hinweist, welcher lediglich durch den „Notariatsstil“ inhaltlich und formell bestimmt gewesen sei; *Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere, § 16 I. II. (S. 162 ff.); *Zöllner*, Wertpapierrecht, § 10 I. (S. 54 f.).

299 *Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere, § 16 I. (S. 164 f.); *Koch*, Das Wechselrecht nach den Grundsätzen der allgemeinen deutschen Wechselordnung, Einl., § 2 I. (S. 7 f., 10).

300 *Jacobi*, *Wechsel- und Scheckrecht*, Einl., § 2, (S. 8 f.); *Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere, § 16 II. (S. 166).

vermehrt den Vorzug des gezogenen Wechsels gegenüber dem domizilierten Eigenwechsel in Anspruch und schätzten die im voraus erteilte Zusage des Ausstellers, der Wechselschuldner (Bezogene) werde den Wechsel annehmen und bezahlen. Dazu zählte auch der Umstand, dass bei verweigerter Annahme der Inhaber des Wechsels das Recht genießt, nicht erst den Verfall des Wechsels abwarten zu müssen, sondern zu jeder Zeit nach Wechselrecht verfahren und beim Aussteller Regress nehmen zu können.[301] Der Eigenwechsel wurde deshalb bald durch den gezogenen Wechsel verdrängt. Die eigentliche Umlauffähigkeit, also seine Weitergabe von Hand zu Hand, erhielt der Wechsel erst, als das Indossament als Übertragungsmittel etwa im 17. Jahrhundert Einzug hielt. Es ist sogar wahrscheinlich, dass der Verkehr unter Kaufleuten den Wechsel schon früher aus Verkehrsbedürfnissen heraus übertrug. Es ist anzunehmen, dass die Kaufleute bereits vor den rechtsdogmatischen Erklärungsversuchen hinsichtlich des Indossaments in der Wechselurkunde die Verkörperung des Wertes sahen[302] und den Wechsel mittels schriftlichen Vermerks auf der Urkunde übertrugen.[303] In diesem Zusammenhang stieg das Bedürfnis, den Zahlungsempfänger nicht bereits bei der Ausstellung des Wechsels festzulegen. Mit der Orderklausel und der Möglichkeit, den Wechsel mittels Vermerks auf der Rückseite des Dokuments nach dem vorherrschenden französischen Brauch weiter zu übertragen, kam es nicht mehr darauf an, die Person des Präsentanten im Wechsel bereits bei der Ausstellung zu benennen.[304] Die Verwendung des Wechsels gestaltete sich viel flexibler, denn sein Inhaber konnte ihn selbst wieder zur Begleichung eigener Zahlungsverpflichtungen einsetzen, oder ihn an eine Bank diskontieren und sich unmittelbar den Gegenwert auszahlen lassen. In Folge der nun entstandenen Umlauffähigkeit des Wechsels verschoben sich auch die wirtschaftlichen Aufgaben des Wechsels. Er wurde zum Zahlungsmittel und diente nicht mehr nur der Tilgung einer Forderung, sondern der Erfüllung einer Reihe von Zahlungsverpflichtungen.[305] Mit dem Wechselumlauf stieg zugleich

---

301 *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, erstes Kapitel, § 13, (S. 71).

302 *Opitz*, Der Funktionswandel des Wechselindossaments, § 6 I Anm. 1 (S. 27).

303 *Opitz*, Der Funktionswandel des Wechselindossaments, § 6 II (S. 32 f.); zur Geschichte des Indossaments ausführlich *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, §§ 28 f. (S. 123 ff).

304 *Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht*, Einl., § 2 (S. 9); *Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere, § 16 II. (S. 166).

305 *Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere, § 16 II (S. 167).

auch das Bedürfnis an Verkehrsschutz und hiermit wiederum das Verlangen nach Codifikation.[306]

(d) Zusammenfassung und Stellungnahme

Der Wechsel hat seinen Ursprung im kaufmännischen Handelsverkehr und ist nicht das Ergebnis gesetzgeberischer Leistung.[307] Seiner geschichtlichen Entwicklung ist zu entnehmen, dass er ein umlauffähiges Wertpapier ist, welches sich der länderübergreifende Handel schuf, um mit ihm den Verkehr mit Geld zu erleichtern und später auch Forderungen erfüllungshalber zu begleichen. Das Wechselrecht versuchte im Nachhinein das Wesen des Wechsels zu erklären. Die dabei herausgefundene besondere Verfahrens- und Formstrenge des Wechsels wurde in Folge einer Fehlinterpretation zu dessen Wesensmerkmal erklärt.

Unter dem Einfluss der aus der Lehre vom rigor cambialis hervorgehenden Wechselstrenge kam dem wirklichen Wesen des Wechsels, nämlich seine Umlauffähigkeit als Wertpapier des Handels, nicht die entsprechende Bedeutung zu. Besonders *Schmalz* und *Einert* wiesen darauf hin, dass der Wechsel als der „papierene Repräsentant des klingenden Geldes“ zu verstehen sei und geschaffen wurde, „um in den großen Verhältnissen des Handels als Zahlungsmittel gebraucht zu werden“.[308] Der Wechsel sei “das Papiergeld der Kaufleute, welches auf dem persönlichen Credit von Privaten beruht, welche dessen Einlösung mit klingendem Gelde garantieren“. Dies sei dasjenige, was alle Orte gemeinhin verbindet, an denen der Wechsel gehandhabt wird.[309] Wie bei der Banknote müsse es sich um ein Zahlungsversprechen handeln, welches Vertrauen im Handelsverkehr darüber erzeugen kann, dass das Papier zur rechten Zeit, am rechten Ort, ohne Einrede und Abzug wieder in bares Geld umgewandelt werde.[310] Der

---

306 *Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere, § 16 II (S. 167); Zöllner, Wertpapierrecht, § 10 I (S. 55).

307 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Einl., Rdnr. 1, 15; *Richardi*, § 13 I (S. 106 f.); *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 5 IV. 1 (S. 50 f); *Zöllner*, Wertpapierrecht, § 10 I (S. 54 f.).

308 *Schmalz*, Kleine Schriften über Recht und Staat, S. 196 ff.; *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, § 5, (S. 51), § 18 (S. 82 f.).

309 *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, Einl., (S. 32).

310 *Schmalz*, Kleine Schriften über Recht und Staat, S. 196 f.

rigor cambialis hingegen mache das Zahlungsversprechen nicht zur Vertrauensgrundlage, aufgrund dessen das Papier zum Repräsentanten des Geldes wird. Er verschärfe nur die Verbindlichkeit des die Zahlung Versprechenden.[311] Ebenso wenig folge auch der Einwendungsausschluss aus dem rigor cambialis. Allein aus der Art des Zahlungsversprechens resultiere die Eigentümlichkeit, „daß Rechte, welche man als Nehmer eines Wechsels genießt, und welche auf dem Wechsel beruhen, nicht durch Verhältnisse gestört werden, in denen frühere Inhaber des Wechsels zu dem stehen, der die Verbindlichkeit der Einlösung wechselmäßig übernommen hat".[312] Die rechtliche Begründung dieses Satzes sei nicht die gerichtliche Gewohnheit und das Ansehen des Wechsels schlechthin, sondern die Eigenschaft des Wechsels als Papiergeld,[313] wobei dies freilich nur im Sinne eines Wertpapiers verstanden werden kann.[314]

Der Umlauf des Wechsels und das rechtsrelevante Versprechen des Trassanten, den Wechsel in bares Geld einzulösen, sind von *Einert* und *Schmalz* als Wesensmerkmal zutreffend in den Vordergrund gestellt worden. Gleiches gilt für die Formalerfordernisse, die sich an der Praktikabilität des Wechsels im kaufmännischen Geschäftsverkehr orientieren müssen. Es wird heutzutage zumindest nicht bestritten, dass die Wechselstrenge dort zu begrenzen ist, wo sie über das verfolgte Ziel der Wahrung der Umlauffähigkeit des Wechsels hinaus zu schießen droht und eine Geltung beansprucht, die der Wechselverkehr für einen angemessenen Schutz nicht erfordert. Sie darf nicht auf Kosten des sachlichen Rechts zum Selbstzweck ausufern.[315] Die erforderliche Begrenzung der Wechselstrenge ist allein aus dem richtigen Verständnis vom Wesen der Wechselstrenge selbst zu ermitteln. Insoweit ist zutreffend formuliert worden: „Die scheinbaren Nachteile der Wechselstrenge sind in Wahrheit ihre Vorzüge, ohne

---

311 *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, § 18, (S. 82).

312 *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, § 18, (S. 83).

313 *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, § 18, (S. 84).

314 *Ulmer*, Das Recht der Wertpapier, § 17 I (S. 175) weist in diesem Zusammenhang zutreffen darauf hin, dass insoweit doch erhebliche Unterschiede zwischen Wechsel und Banknote, wie die Nichteignung als allgemeines Tauschmittel oder Hereinnahme ohne jegliche Prüfung der Form und der Bonität der Wechselbeteiligten, bestünden. Jedoch sei die Zielrichtung, nämlich die Abstraktheit der Wechselverpflichtung vom Grundgeschäft die maßgebende und richtige Zielrichtung des Gedankenmodels.

315 *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6 VI 1. (S. 70); *Baumnach/Hefermehl*, WG, Einl., Rdnr. 15.

die es einen geordneten Wechselverkehr nicht gäbe. Wer dem Wechsel die Strenge nimmt, macht ihn für die Wirtschaft unbrauchbar.“[316] Diese These ist richtiger Weise nur so zu verstehen, dass sich die Wechselstrenge, die den Wechsel brauchbar erhalten soll, nach den Bedürfnissen des Handelsverkehrs auszurichten hat. Die Wechselstrenge ist in der Tat für einen störungsfreien Umgang mit Wechseln und damit auch für ihre Akzeptanz unentbehrlich. Der Grundsatz der Wechselstrenge soll das Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit des Papiers und die Sicherheit der Zahlung der in ihm verbrieften Forderung schützen. Die Akzeptanz des Wechsels, insbesondere im Handelsverkehr, wird durch den Grundsatz der Wechselstrenge mitbestimmt. Damit der Wechsel seiner Funktion als Wertpapier des Handels gerecht werden kann, hat sich der Grundsatz der Wechselstrenge an seinen Bedürfnissen auszurichten. So beweglich der Handelsverkehr sein muss, um die jeweiligen wirtschaftlichen Verhältnisse für sich nutzbar zu machen, so beweglich muss auch der Grundsatz der Wechselstrenge sein, um den Wechsel als brauchbares Wertpapier zu erhalten und seine Bedeutung nicht auf das Gebiet der Rechtsgeschichte zu beschränken.
Der Grundsatz der Wechselstrenge hat daher insbesondere dort zurückzutreten, wo er dem Wirtschaftsverkehr nicht mehr dienlich ist und sich gleichsam als Unsicherheitsfaktor auswirkt.[317] Das ist namentlich bei die Forfaitierung der Fall, wo der Wechsel im Unterschied zu seinen früheren typischen Anwendungsgebieten gegenwärtig noch praktiziert wird. Bei dieser Geschäftsart wirkt sich die strikte Durchsetzung der Wechselstrenge kontraproduktiv aus, indem sie einer Anpassung der wechselrechtlichen Haftungsverhältnisse an die Vertragstypik der Forfaitierung entgegensteht. Deshalb beruht die ordnungsgemäße Durchführung dieses Geschäfts vornehmlich auf dem bloßen Wohlverhalten der Vertragspartner, während Rechtsunsicherheiten bestehen bleiben.

---

316 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Einl., Rdnr. 15.

317 Wie maßgeblich für die Entwicklung des Wechsels die Bedürfnisse des Handelsverkehrs sind, zeigte *Einert*, hinsichtlich der Anerkennung des Blankoindossaments auf. Dieses war nach dessen Einführung durch den Handel gesetzlich verboten worden, weil man davon ausging, dass es dem Wesen des Wechsels nicht entspräche und mit der Handelsklausel nicht vereinbar sei, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, § 29, (S. 135)*: „Der Sinn des Handelsstandes hat sich zu allen Zeiten für die Anwendung des blanco giro ausgesprochen. Das geschriebene Recht hat die Sitte, in blanco zu indossieren, erst abgeschafft und gleichwohl nicht aufzuheben vermocht. Wider das Verbot des Gesetzgebers besteht das Indossament in blanco überall. Was der Gesetzgeber verboten, wird von der Praxis in Schutz genommen. ... Alles spricht dafür, daß der Handelsstand mit den Formen des geschriebenen Rechts nicht verkehren kann, sondern angelegentlich eine Freiheit durchzusetzten bemüht ist, welche in Handelsstaaten vom ersten Range das Gesetz geheiligt hat.“*.

(2) Die Möglichkeit einer Eingrenzung des Grundsatzes der formellen Wechselstrenge vor dem Hintergrund der Eigenschaft des Wechselgesetzes als internationales Einheitsrecht

Das deutsche Wechselgesetz ist aus den Genfer Abkommen vom 07. Juni 1930 hervorgegangen. Als Ergebnis der Genfer Wechselrechtskonferenz vom 13. Mai bis 07. Juni 1930 wurden drei Abkommen verabschiedet, unter ihnen als erstes das Einheitliche Wechselgesetz mit zwei Anlagen. Die erste Anlage enthält das Einheitliche Wechselgesetz selbst, die zweite Anlage Vorbehalte für die Vertragsstaaten. Das zweite Abkommen enthält Regelungen auf dem Gebiet des internationalen Wechselprivatrechts. Das dritte Abkommen handelt vom Verhältnis der Stempelgesetze zum Wechselrecht.

Deutschland hatte alle drei Abkommen durch Bekanntmachung vom 22.06.1933[318] veröffentlicht und ratifiziert. Sie sind am 01.01.1934 in Kraft getreten.[319] Im Rahmen der Umsetzung der Abkommen wurde das heutige Wechselgesetz erlassen und am 21.06.1933 veröffentlicht[320]; es ist am 01.04.1934 in Kraft getreten. Nach Ende des Zweiten Weltkrieges wird das Genfer Abkommen seit der Bekanntmachung vom 30.05.1953[321] bzw. 01.01.1953 wieder angewendet.

Das deutsche Wechselgesetz ist internationales Einheitsrecht, soweit es die Regelungen des Einheitlichen Wechselgesetzes des Genfer Abkommens übernommen hat, was bis auf nur wenige Ausnahmen der Fall ist. Aufgrund dieser besonderen Eigenschaft können sich Grenzen hinsichtlich seiner Auslegung ergeben. Demzufolge stellt sich die Frage, ob eine Begrenzung des in den Art. 1 und 2 WG verankerten Grundsatzes des formellen Wechselstrenge im Rahmen der Gesetzesauslegung überhaupt möglich ist. Es scheint denkbar, dass infolge der Umsetzungsverpflichtung der Bundesrepublik aus den Genfer Wechselabkommen eine Auslegungs- und Rechtsfortbildungssperre für das Wechselgesetz folgt, mithin ein Abweichen vom herkömmlich verstandenen Grundsatz der Wechselstrenge eine Verletzung völkerrechtlicher Pflichten mit sich brächte.

Die Frage der Auslegungs- und Rechtsfortbildungsmöglichkeiten bei internationalem Einheitsrecht ist ein steter Diskussionspunkt in Rechtsprechung und

---

318 RGBl II 377.

319 Bekanntmachung vom 30.11.1933, RGBl II 974.

320 RGBl I 1019.

321 BGBl II 148.

Literatur.[322] Einigkeit herrscht darüber, dass das Wesen des Wechselgesetzes als internationales Einheitsrecht eine Auslegung oder Rechtsfortbildung nicht ausschließt. Auch wenn das WG aus internationalen Abkommen hervorgegangen ist, so ist es dennoch umgesetztes innerstaatliches Recht und als solches im Rahmen seiner Anwendung auszulegen. Unumstritten gelten dabei grundsätzlich auch die herkömmlichen Auslegungskriterien, wobei seiner besonderen Herkunft durch gewisse Modifikationen der Auslegung Rechnung zu tragen ist.[323] Umstritten ist lediglich, welche Modifikationen vorzunehmen sind, um dem Grundzweck des Wechselgesetzes, nämlich das Streben nach internationaler Rechtsvereinheitlichung, gerecht zu werden. Nach der Rechtsprechung und einzelnen Auffassungen im Schrifttum lasse sich das mit dem Genfer Abkommen angestrebte Ziel der Schaffung eines einheitlichen Wechselrechts für die Vertragsstaaten nur verwirklichen, wenn man sich bei der Auslegung an den eindeutigen Wortlaut hält.[324] Hiergegen wird zurecht eingewandt, dass zum einen schon oftmals fraglich ist und in den einzelnen Vertragsstaaten durchaus unterschiedlich beurteilt wird, ob tatsächlich die geforderte Eindeutigkeit des Wortlauts vorliegt. Der Rückgriff auf andere Auslegungskriterien wie Entstehungsgeschichte und Gesetzeszweck müsse nicht notwendigerweise zur Uneinheitlichkeit führen. Vielmehr bestehe eher umgekehrt die Möglichkeit, dass bei Heranziehung dieser Auslegungsmittel ausländische wie inländische Gerichte zu demselben Ergebnis kommen werden. Gerade der vorzeitige Abbruch des Auslegungsprozesses aufgrund eines vermeintlich eindeutigen Wortlauts könne ohne Heranziehung weiterer Auslegungskriterien zu höchst unsicheren und widersprüchlichen Ergebnissen führen.[325] Demzufolge dürfe über dem eindeutigen Wortlaut auch einer Regelung des internationalen Einheitsrechts hinaus Sinnzusammenhang, Entstehungsgeschichte und Zweck einer Regelung nicht vernachlässigt werden.[326] Der BGH selbst hat in seiner Entscheidung zu Art. 8 WG[327] dem Gesetzeszweck und den mit ihm verbundenen Gerechtigkeitsgesichtspunkten Vorrang vor dem eindeutigen Wortlaut eingeräumt. Teilweise wird eine Sinn- und Zweckauslegung sogar entgegen dem eindeutigen Wortlaut für zulässig erachtet, da auch die Verfasser internationalen Einheitsrechts sich bei der

---

322 Vgl. im Einzelnen *Baumbach/Hefermehl*, WG, Einl., Rdnr. 55.

323 *Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere, S. 174; *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht, S. 244; *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 5 V. (S. 53); *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, S. 258 ff.; 292 ff; Bayer, RabelsZ 20 (1955), 603 (633).

324 BGHZ 10, 149 (155); NJW 1986, 2834(2835); *Martens*, JZ 1973, 441 (443).

325 *Canaris*, JZ 1987, 543 (454).

326 *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, S. 264.

327 BGH JZ 1987, 310 (310).

Fassung des Gesetzestextes vergreifen könnten und dadurch die ratio legis im Wortlaut nur unvollständig Ausdruck findet.[328]

Der Auslegung internationalen Einheitsrechts unter Heranziehung von Sinn und Zweck, der Entstehungsgeschichte und auch rechtsvergleichender Argumente neben dem Wortlautargument ist aus den genannten Gründen zuzustimmen. Zu befürworten ist ebenfalls die Zulässigkeit von Analogie und teleologischer Reduktion von Regelungen internationalen Einheitsrechts, sofern die Einschränkung aus dem Einheitsrecht heraus erfolgt. Gesichtspunkte aus dem nicht vereinheitlichten nationalen Recht können hingegen nur herangezogen werden, wenn sie nicht ausschließlich auf Besonderheiten des nicht vereinheitlichten Rechts beruhen und die Akzeptanz des Auslegungsergebnisses in den übrigen Rechtsordnungen der Vertragsstaaten wahrscheinlich ist.[329] Auch das internationale Einheitsrecht muss einer Rechtsfortbildung zugänglich sein. Nur hierdurch lässt sich sicherstellen, dass das Gesetz der übrigen Rechtsentwicklung gleich anwendungsbereit bleibt und sich insbesondere keine vermeidbaren Wertungswidersprüche zum nationalen Recht auftun.

Für die Eingrenzbarkeit der Wechselstrenge ist hiernach festzustellen, dass das Genfer Abkommen zum Einheitlichen Wechselgesetz hinsichtlich des Grundsatzes der formellen Wechselstrenge keine ausdrücklichen Vorgaben macht. In der Anlage 2 zu diesem Abkommen sind keine besonderen Vorbehalte zugunsten nationaler Regelungen ausgewiesen. Die Eingrenzung des Grundsatzes der formellen Wechselstrenge im Wege der Auslegung und teleologischen Reduktion ist trotz des Ursprungs aus völkerrechtlichen Abkommen zulässig. Hierbei ist zu beachten, dass die Eingrenzungskriterien möglichst aus dem Einheitsrecht selbst erfolgen sollten, um der internationalen Herkunft und ihrer Zugehörigkeit zum Völkerrecht Rechnung zu tragen. Das in die Auslegung einzubeziehende historische Argument erlangt im Bereich der formellen Wechselstrenge insofern besondere Bedeutung, als das Einheitliche Wechselgesetz in vielen Punkten auf der früheren deutschen Wechselordnung beruht.[330] Hierbei muss jedoch auch berücksichtigt werden, dass die Herausbildung der formellen Wechselstrenge in damaliger Zeit gerade eine von den Wechselrechten der übrigen Länder abweichende Besonderheit darstellte. Vor dem Hintergrund internationalen Handels, dem mit einer eingrenzenden Interpretation der Wechselstrenge Rechtssicherheit verschafft werden soll, hat

---

328 *Canaris*, JZ 1987, 543 (546).

329 Vgl. *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, S. 293 ff., 302; *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 5 V (S. 54).

330 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Ein., Rdnr. 3, 55.

daher das historische Argument zurückzutreten. Dies entspricht dem Ziel der Rechtsvereinheitlichung. Die Auslegung des Wechselgesetzes, namentlich des in ihm verankerten Grundsatzes der formellen Wechselstrenge ist im Ergebnis in vollem Umfang der Auslegung zugänglich.

(3) Durchbrechung des Grundsatzes der Wechselstrenge am Beispiel des Garantieindossaments

(a) Einleitung

Ist man zu der Erkenntnis gelangt, dass das Wesen des Wechsels in seiner Umlauffunktion liegt, so müssen sich folglich sämtliche Umstände, die den Wechsel kennzeichnen, an dieser Umlauffunktion messen lassen. Danach wäre die Wechselstrenge ihrem bisher in der Rechtsdogmatik eingeräumten Stellenwert eigentlich erheblich enthoben. Tatsächlich zeigt sich jedoch am Beispiel der früheren Diskussionen um die Zulässigkeit des Garantieindossaments deutlich, wieweit und wie intensiv die Wechselstrenge selbst die Umlauffunktion beherrscht. Es handelte sich um Kontroversen zwischen den Bedürfnissen des Handels an einer maximalen wirtschaftlichen Stärke des Wechsels einerseits und den strikten Formerfordernissen nach der formellen Wechselstrenge andererseits. Das Garantieindossament wurde vom Handel eingeführt, um einen Wechsel wertvoller zu machen. Es wird zu diesem Zweck noch heute vielfach verwendet. Der Wert eines Wechsels steigt mit der Wahrscheinlichkeit seiner Einlösung. Diese steht nicht nur in Abhängigkeit von der Bonität der einzelnen Wechselverpflichteten, sondern auch von der Anzahl und Bonität der Rückgriffsschuldner im Falle eines Rücklauf des Wechsels im Wege des Regresses. Darunter zählen neben dem Aussteller und dem Wechselbürgen insbesondere alle Indossanten als Vormänner des Rückgriff nehmenden Wechselinhabers.[331] Bisweilen wird ein Wechsel für Diskontgeschäfte sogar erst dann interessant, wenn zu den am Grundwechsel Beteiligten (Aussteller, Bezogener und erster Wechselnehmer) noch weitere Wechselverpflichtete von hoher Bonität hinzutreten. Neben dem Wechselbürgen kommen vor allem weitere Wechselverpflichtete als Indossanten in Betracht, die für gewöhnlich zuvor Inhaber des Wechsels waren und aus ihrem Indossament bei Weitergabe des Wechsels nach Art. 15 Abs. 1 WG haften, sofern sie die Haftung nicht ausgeschlossen haben. Da es bei der planmäßigen Einbeziehung einer weiteren haftenden Person in den wechselmäßigen Haftungsverband eigentlich nur auf die Haftungsbegründung, nicht aber auf den Erwerb der Wechselrechte ankommt, wurde in der Vergangenheit regelmäßig ein nur haftungsbegründendes Blankoindossament auf der Rückseite des Wechsels angebracht. Dabei stand dieses Indossament oftmals

---

331 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Art. 43, Rdnr. 4.

auch außerhalb der Indossamentenkette. Diese Art und Weise der Indossierung zu Garantiezwecken wird auch heute noch praktiziert. Auf die eigentliche, vom Wechselgesetz (Art. 30 Abs. 1 WG) bzw. der zuvor geltenden Wechselordnung vorgesehene Zeichnungsart zum Zwecke der Haftungsbegründung ohne Inhaberschaft und Übertragung der Wechselrechte, nämlich das Aval, griff der Handel nicht zurück, denn dieses brachte vielfach den eigenen Kredit der Wechselbeteiligten in Verruf.[332] Aus der Indossierung eines Wechsels gegen Entlohnung zum Zwecke der Haftung, ohne jemals den Wechsel erworben und weiterübertragen zu haben, entwickelte sich bald sogar ein Bankgeschäft.

Das Indossament war ursprünglich jedoch auf Übertragung der Wechselrechte gerichtet und die Garantiehaftung lediglich eine Nebenfolge der Übertragung. Deshalb war es unter Kaufleuten, insbesondere den Bankiers üblich, die Indossamente unter dem Anschein einer Übertragung des Wechsels anzubringen.[333]
Vor diesem Hintergrund ging es hinsichtlich der Zulässigkeit des Garantieindossaments darum, ob ein Indossament lediglich zum Zwecke der Haftung ohne Übertragung der Wechselrechte überhaupt wirksam ist. Entscheidend war dabei, ob ein nach der Indossamentenkette nicht Legitimierter den Wechsel indossieren kann und wie es sich mit der Folge einer scheinbaren Unterbrechung der Indossamentenkette verhält.

In dieser Streitfrage setzte sich der Handel gegenüber dem Geltungsanspruch des Grundsatzes der Wechselstrenge durch. Die Zulässigkeit des Garantieindossaments eines Nichtlegitimierten ist in der heutigen Rechtsprechung und Literatur anerkannt.[334] Damit liegt eine sehr weite Rückdrängung des zuvor als strikt

---

332 So schon *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, § 30 (S. 136 f.); vgl. auch *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 8 IV. 3. b) (S. 92); *Hefermehl*, FS f. Wahl, S. 354 (356); *Liesecke*, WM 1967, 946 (946).

333 *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, § 30 (S. 138 f.).

334 BGHZ 13, 87 (88); 45, 210 (211 f.); 108, 353 (361); WM 1977, 839 (840); WM 1998, 1277 (1278); ZIP 2003, 717 (717); *Hefermehl*, FS f Wahl, S. 354, (364 f.); *Hueck/Canarris*, Recht der Wertpapiere, § 8 IV. 3. b), (S. 92); *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht, § 77, a) I., (S. 592 f.), § 78, b), I., II., (S. 604); *Liesecke*, WM 1967, 946 (947); *Peters* in: Bankrechts-Handbuch, § 64, Rdnr. 31, (S. 1588 f.); *Reinicke*, WM 1998, 2173 (2174); *Richardi*, Wertpapierrecht, § 17 V. 4. (S. 157); *Zöllner*, Wertpapierrecht, § 14 VII. 4. b) (S. 102); a.A.: *Hirsch*, NJW 1954, 1568 (1568); *Kniestedt*, BB 1962, 695 (696); *Opitz*, Der Funktionswandel des Wechselindossaments, § 21, (S. 140 ff.); *Stranz*, NJW 1954, 1917 (1917).

bezeichneten und so auch angewandten Grundsatzes der Wechselstrenge, wenn nicht gar dessen Durchbrechung, vor.

(b) Keine Unterbrechung des Legitimationszusammenhangs durch Blankoindossierung außerhalb der Reihe

Das Indossament galt schon seit seiner Einführung im Wechselverkehr als Begebungsvermerk. Dabei handelte es sich um einen Vermerk zur Übertragung des Rechts des Wechselinhabers, vom Bezogenen bzw. Akzeptanten die Zahlung der Wechselsumme verlangen zu können.[335] Schon nach den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts sollte das Indossament allein dem Zweck dienen, den Wechsel auf den Indossatar zu übertragen, wobei dieser den Willen haben müsse, Gläubiger aus dem Wechsel werden zu wollen.[336] Das Indossament führte seinem Grundgedanken nach zu einem derivativen und unbedingten Rechtserwerb des Indossatars.[337] Hieraus folgt, dass dann das Indossament regelmäßig entweder von dem aus dem Wechsel selbst ausgewiesenen Berechtigten, oder zumindest von dem durch eine geschlossene Indossamentenkette Legitimierten stammen muss.

Anders verhält es sich jedoch bei dem Indossament ausschließlich zum Zwecke der Haftungsbegründung. Bei ihm kommt es mangels Übertragung der Wechselrechte nicht auf eine Berechtigung des Indossanten an, auch nicht nur scheinbar. Der Garantieindossant muss daher rein bürgerlich-rechtlich nicht notwendiger Weise Inhaber des Wechsels sein und folglich auch nicht als Wechselinhaber durch die Indossamentenkette des Wechsels legitimiert sein. Demzufolge bestand auch allein unter kaufmännischen Gesichtspunkten kein Bedürfnis daran, den zum Zwecke der Haftung Zeichnenden in die Indossamentenkette aus Gründen der Legitimation einzubinden.

Um den Wechsel wertvoller zu machen und ihn besser diskontieren zu können, übergab der Wechselaussteller beispielsweise einen an eigene Order gestellten Wechsel zuerst zur Indossierung an einen Dritten, der den Wechsel mit seiner

---

335 *Hefermehl*, FS f. Wahl, S. 354 (354); *Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere, § 22 I. (S. 211 f.).

336 Vgl. ROHG 19, 44 (49); 24, 1 (3); 19, 89 (90) deutlich auf die Unmöglichkeit hinweisend, dass ein Indossamtent ohne Übertragungswillen nicht statthaft ist, wohl aber mit Wille ohne Haftung: *Fuchsberger*, Die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes, III. Art. 9-17, (S. 65).

337 Vgl. *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 8 II 3. (S. 86); *Hefermehl*, FS f. Wahl, S. 354 (354).

Blanko-Unterschrift auf der Rückseite an erster Stelle versah, bevor er ihn dann selbst an seine Bank indossierte und zum Diskont übergab. Das Blankoindossament des Dritten befand sich dann außerhalb der Indossamentenkette, denn beim Wechsel an eigene Order (nämlich die des Ausstellers) muss die Reihe der Indossamente formal mit dem Indossament des Ausstellers beginnen. Bei dieser Konstellation stehen nur ihm die Wechselrechte vor Weitergabe des Wechsels zu. Dieselbe „Unordnung" in der Indossamentenkette besteht bei Wechseln an die Order des Remittenten, wenn vor dessen Indossament das eines Dritten steht. Nur der Remittent kann die Wechselrechte weiter übertragen. Lässt er zuerst einen Dritten den Wechsel zum Zwecke der Mithaftung zeichnen und indossiert erst danach, so liegt die Zeichnung des Dritten außerhalb der Reihe. Schließlich kann die Zeichnung zum Zwecke der Haftung selbstverständlich auch inmitten einer ganzen Reihe von Indossamenten vorkommen.

Die Indossierung außerhalb der Reihe führt zu einer Lücke in der Indossamentenkette. Nach dem Grundsatz der Wechselstrenge führt das aber zu einer Unterbrechung des Legitimationszusammenhangs. In Folge dessen sind alle Wechselinhaber nach der Lücke in der Kette nicht mehr formell aus dem Wechsel als Berechtigte legitimiert, obwohl sie durchaus bürgerlich-rechtlich Berechtigte sind. Ihnen gegenüber haften die Indossanten vor der Unterbrechung der Indossamentenkette mangels Legitimationswirkung nach der Unterbrechung für etwaige Rückgriffsansprüche nicht. Es liegt auf der Hand, dass die Unterbrechung der Legitimationswirkung der Indossamentenreihe zu einer starken Beeinträchtigung der Umlauffähigkeit des Wechsels führt, sie bisweilen sogar aufhebt.

Die juristische Dogmatik versuchte anfänglich die Indossierung außerhalb der Reihe dahingehend zu deuten, dass eine Unterbrechung nicht besteht. Diese Indossierung wurde teils direkt als Indossament zu Garantiezwecken bezeichnet, teils hielt man sie für eine Wechselbürgschaft, weil das WG das Garantieindossament nicht vorsah. Die Auffassung, bei der Blanko-Zeichnung auf der Wechselrückseite handele es sich um eine Wechselbürgschaft, verbot sich jedoch vor allem in Handelskreisen. Sie brachte nicht nur die Wechselbeteiligten bezüglich ihrer Solvenz in Misskredit, sondern war auch aus rechtlichen Gründen kaum vertretbar. Eine Bürgschaftsübernahme durch Blanko-Zeichnung war schon seinerzeit nach Art. 31 Abs. 3 WG nur auf der Vorderseite des Wechsels möglich.[338]

Entscheidend für das Garantieindossament sprachen nicht nur die Bedürfnisse des Handels- und Wirtschaftsverkehrs, sondern auch das natürliche Verständnis

---

[338] Vgl. *Reinicke*, BB 1956, 387 (387 f.); a.A. *Hirsch*, NJW 1954, 1568 (1568 f.); *Kniestedt*, BB 1962, 695 (696); *Stranz*, NJW 1954, 1917 (1917).

von einer wechselmäßigen Haftungserklärung, die lediglich auf dem Willen zur Haftung für die Einlösung des Wechsels beruht.

Der BGH erklärte später ausdrücklich eine Indossierung lediglich zum Zwecke der Haftung außerhalb der Reihe für zulässig. Es sei aufgrund der Zielsetzung möglich, den Wechsel durch wechselmäßige Mithaftung eines Dritten wertvoller zu machen.[339] Der BGH nahm seinerzeit jedoch eine Einschränkung vor, indem er ebenfalls zunächst von einer Unterbrechung des Legitimationszusammenhangs durch ein Garantieindossament außerhalb der Reihe grundsätzlich ausging. Allerdings erhielten die nachfolgenden Wechselinhaber die Möglichkeit, ihre sachliche Berechtigung für etwaige wechselrechtliche Ansprüche nachzuweisen.[340] Später entschied der BGH[341] aus denselben Gründen, die er bereits für die Zulässigkeit des Garantieindossaments anführte, ein außerhalb der Reihe stehendes Indossament unterbreche nicht den Legitimationszusammenhang: Wenn das Garantieindossament aus Gründen der Wert- und Umlaufsteigerung des Wechsels zulässig sein soll, dann dürfe ihm auch für einen Zeichnungsort außerhalb der Reihe keine den Legitimationszusammenhang unterbrechende Wirkung zukommen. Anderenfalls wirke sich das Indossament seinem Zweck zuwider aus, denn der Wert des Wechsels wäre dann erheblich gemindert, indem seine Umlauffähigkeit bei fehlender Legitimation nachfolgender Wechselinhaber nicht erhöht, sondern geradezu aufgehoben sei.[342] Die Entscheidung des BGH läuft in der Befürwortung des Fortbestehens des Legitimationszusammenhangs auf einen Bruch mit dem Grundsatz der Wechselstrenge hinaus, denn formal betrachtet befindet sich auf der Wechselrückseite eine Unterschrift einer Person, auf die das vorhergehende Indossament nicht verweist. Es handelt sich um das Blankoindossament eines Nichtberechtigten. Die Entscheidung des BGH ist gleichwohl zu begrüßen, da sich die Wechselstrenge hier hemmend und kontraproduktiv auswirkte.

(c) Erforderlichkeit der Legitimation des Garantieindossanten

Der BGH begründete seine Auffassung zur Zulässigkeit des Garantieindossaments vorwiegend mit dem Schutz der Umlauffunktion des Wechsels und dem erklärten Willen des Indossanten zur Haftung. Ob eine formelle Legitimation bei

---

339 BGHZ 13, 87 (88); 45, 210 (211f).

340 BGH WM 1977, 839 (840).

341 Vgl. zuletzt BGH ZIP 2003, 717 (717).

342 So auch *Hefermehl*, FS f. Wahl, S. 354 (360).

dieser Zielrichtung des Indossaments überhaupt erforderlich ist, wurde explizit nicht angesprochen.

Der Grundsatz der Wechselstrenge verlangt bei Verfügungen über die Wechselrechte zumindest die formelle Legitimation des Verfügenden. Die Legitimationswirkung der Indossamentenkette soll nämlich den gutgläubigen Erwerb bei fehlender sachlicher Berechtigung schützen.

Hinsichtlich der Wirksamkeit eines Garantieindossaments außerhalb der Reihe stellt sich in einem ersten dogmatischen Ansatz die Frage nach der Reichweite der formellen Legitimation. Inzwischen gilt zunächst als unstreitig, dass das Erfordernis der formellen Legitimation seine Grenze an der sachlichen Berechtigung zum Indossament findet. Durch das Legitimationserfordernis kann zumindest dem nur sachlich, jedoch nicht formell Legitimierten nicht das Recht zur Indossierung genommen werden. Der Grundsatz der Wechselstrenge wirkt nicht soweit, materielles Recht außer Kraft zu setzen und bürgerlich-rechtliche Rechtspositionen aufzuheben.[343] Alle nachfolgenden Indossamente haben volle Legitimationskraft. Aus der Bejahung der Wirksamkeit des Indossaments eines formell nicht Legitimierten aber sachlich Berechtigten folgt auch dessen wechselrechtliche Haftung, denn er kann schließlich über die Wechselrechte verfügen. Die strenge Geltung des Grundsatzes der formellen Wechselstrenge ist hier bereits zurückgedrängt.

In einem zweiten Schritt schließt sich die Frage an, ob auch ein weder formell Legitimierter, noch sachlich Berechtigter wirksam indossieren kann, was für den Garantieindossanten typisch ist. Das erscheint deshalb als problematisch, weil der sachlich Berechtigte mit seinem Indossament zumindest Wechselrechte überträgt. Als bürgerlich-rechtlich Berechtigter hat er hierzu die entsprechende Verfügungsbefugnis. Bei einem Garantieindossanten fehlt es an sachlicher Berechtigung und damit an der Übertragung der Wechselrechte.

(d) Die Trennung zwischen der Garantiefunktion und der Transportfunktion

Vor diesem Hintergrund ist entscheidend, ob eine Trennung zwischen Garantiefunktion und Transportfunktion überhaupt möglich ist und ob es auf eine Übertragung der Wechselrechte ankommt. Auch daraus ergibt sich eine Konfliktlage mit dem Grundsatz der formellen Wechselstrenge. Die Wechselstrenge geht

---

343 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Art. 16, Rdnr. 13; *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 8 V. 2. c), (S. 95 f.); *Stranz*, Wechselgesetz, Art. 11, Anm. 7; *Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere, § 22 IV. 2. c), (S. 216); *Zöllner*, Wertpapierrecht, § 14 VII. 4. a), (S. 102).

nämlich davon aus, dass nur die Übertragung der Wechselrechte Legitimationsfunktion besitzt. Aus dieser Konsequenz wurde früher in der Literatur zuweilen eine „Übertragung zum Schein“ verlangt, weshalb die Zulässigkeit einer Garantieindossierung außerhalb der Reihe auch abgelehnt wurde.[344] Man ging davon aus, dass die formelle Legitimation das fehlende sachliche Recht überwindet. Die nur scheinbare Übertragung ist praktisch jedoch ohne Bedeutung und wurde allein aus Gründen der Durchsetzung der Wechselstrenge erwogen, ohne sich damit auseinander zu setzen, ob der Grundsatz der Wechselstrenge hier überhaupt uneingeschränkte Geltung beansprucht. Unter dem Anschein der Übertragung wurde der Wechsel hin- und rückindossiert, ohne dass tatsächlich eine Übertragung der Wechselrechte stattfindet, denn an einer willentlichen Begebung des Wechsels fehlte es. Dieses künstliche Verfahren ist jedoch völlig überflüssig. Es verfolgte nur den Zweck, den Garantieindossanten wie einen sachlich Berechtigten erscheinen zu lassen, obwohl das nicht einmal erforderlich ist.

(aa) Die Schutzrichtung der formellen Wechselstrenge beim Garantieindossament

Bei der Erörterung der Zulässigkeit des Garantieindossaments im Hinblick auf die formelle Wechselstrenge ist zu berücksichtigen, dass die Wechselstrenge hier den Schutz des Wechselschuldners zum Gegenstand hat.[345] Er soll lediglich gegenüber dem legitimierten Wechselinhaber zur Zahlung verpflichtet sein. Die Legitimation ausschließlich durch ein entsprechendes Indossament ist nicht erforderlich. Vielmehr kann der Wechselinhaber seine Berechtigung zur Geltendmachung der verbrieften Forderung, also seine Legitimation, auch durch normalen Beweis nachweisen, wie zuvor dargestellt wurde. Geht es um die Legitimation des Garantieindossanten, so spielt die formelle Wechselstrenge zunächst keine Rolle. Nimmt der Garantieindossant den Wechselschuldner (den Akzeptanten oder auch nur Bezogenen) in Anspruch, so handelt es sich dabei regelmäßig um einen Regressanspruch, den der selbst in Anspruch genommene Garantieindossant im Wechselrücklauf ausüben will. Das ist jedoch erst eine nachfolgende Frage möglicher Rückgriffsforderungen und betrifft nicht die Vorfrage der Zulässigkeit des Garantieindossaments und damit die Möglichkeit der Begründung einer eigenen Haftung des Garantieindossanten. Die bisher nicht eindeutig geklärte Problematik des Erwerbs von Rückgriffsansprüchen durch den Garantieindossanten nach Einlösung des Wechsels soll hier nicht

---

344 *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht, § 77 a) I. (S. 592), § 78 b) I. (S. 605); *Reinicke*, BB 1956, 387 (389), der sich jedoch nur gegen die „Schein-Übertragung“ wendet, im Übrigen jedoch einem Nichtlegitimierten die Fähigkeit zum Indossieren abspricht.

345 Vgl. zur Schutzrichtungen der formellen und materiellen WS unten Punkt C. III. 6. bb) (1) (b) (dd).

weiter vertieft werden. In diesem Zusammenhang erscheint lediglich die Auffassung als erwähnungsbedürftig, nach der aus der Befürwortung der Zulässigkeit des Garantieindossaments die logische Folge des Bestehens von Rückgriffsansprüchen abgeleitet wird.[346] Es ist danach ersichtlich. dass die Schutzrichtung der Wechselstrenge die Zulässigkeit des Garantieindossaments nicht berührt.

(bb) Die Durchbrechung der formellen Wechselstrenge zugunsten der Fortführung des Legitimationszusammenhangs der Indossamentenkette

Anders verhält es sich jedoch hinsichtlich der Legitimation aller Indossanten, die dem außerhalb der Reihe stehenden Garantieindossaments nachfolgen. In der Anerkennung des Garantieindossaments ohne Transportfunktion besteht tatsächlich eine echte Durchbrechung des Grundsatzes der formellen Wechselstrenge. Bei einer Unterbrechung des Legitimationszusammenhangs wären die auf das Garantieindossament folgenden Wechselinhaber durch die Indossamentenkette nicht legitimiert. Das wäre nur dann nicht der Fall, messe man dem Garantieindossament lediglich eine bloße Erklärungsfunktion mit der Folge zu, dass das nur zu Garantiezwecken gezeichnete Indossament kein Indossament im herkömmlichen Sinne ist.[347]

Die Durchbrechung des Grundsatzes der formellen Wechselstrenge ist jedoch bei einer Beurteilung des Garantieindossaments als ordentliches Indossament ohne eine den Legitimationszusammenhang unterbrechende Wirkung angemessen, weil die uneingeschränkte Durchsetzung der Wechselstrenge hier nicht erforderlich ist. Die formelle Legitimation soll nur die Befugnis zur Verfügung über den Wechsel vermitteln.[348] Der Garantieindossant will aber gerade nicht über die Wechselrechte verfügen, sondern lediglich haften. Warum eine Verfügungsbefugnis über die Wechselrechte für die bloße Haftungsbegründung erforderlich sein sollte, ist nicht ersichtlich. Verfügt der Garantieindossant nicht über die Wechselrechte, steht einer Erklärung des Haftungswillens ohne Unterbrechung des Legitimationszusammenhangs nichts entgegen.

In der Rechtsprechung und Literatur wird der Verzicht auf die Transportfunktion hauptsächlich mit dem lediglich auf Haftung gerichteten Willen des Zeichnen-

---

346 Vgl. zu den vertretenen Auffassungen über den Erwerb von Rückgriffsansprüchen durch den Garantieindossanten *Baumbach/Hefermehl*, WG, Art. 15, Rdnr. 6.

347 Vgl. den Hinweis bei *Hefermehl*, FS f. Wahl, S. 354 (366).

348 *Hueck/Canaris*, § 8 V 2. c), (S. 96).

den begründet. Im Unterschied zur Haftung beim gewöhnlichen Indossament ist die Haftung des Garantieindossanten hiernach nicht gesetzlicher, sondern rechtsgeschäftlicher Natur.[349] Es liefe auf eine Begriffsjurisprudenz hinaus, wollte man die Übertragung von Wechselrechten zwingend für die Wirksamkeit eines Indossaments verlangen. Die Legitimation ist auf ihre Funktion als Grundlage für den gutgläubigen Eigentums- und Forderungserwerb vom Nichtberechtigten und für den Einwendungsausschluss beschränkt. Es besteht kein Grund dafür, die Legitimation über diese Zweckbestimmung hinaus zum Erfordernis für eine wirksame Indossierung ohne Berücksichtigung des mit dem Indossament verfolgten Ziels zu machen. Dem Blankoindossament auch außerhalb der Reihe die Garantiewirkung zu versagen, widerspricht der Funktion der Wechselstrenge.[350]

Das Wesen des Wechsels steht gleichfalls einer Willenserklärung zur Haftung für die Einlösung des Wechsels an eine Vielzahl möglicher künftiger Wechselinhaber in Form eines Vermerks auf dem Wechsel nicht entgegen. Durch die reine Garantiehaftung werden keine weiteren künftigen Wechselinhaber gefährdet. Die sachliche Berechtigung an dem Wechsel bleibt bei einer Auslegung des außerhalb der Reihe stehenden Blankindossaments als eine zu Garantiezwecken erfolgte Zeichnung unberührt. Ist das vorhergehende vollständige Indossament an die Order einer ausgewiesenen Person gestellt und zeichnet diese Person erst an übernächster Stelle, so sollte die dazwischen erfolgte Blankozeichnung als ein wechselmäßiger Vermerk über eine rechtsgeschäftliche Haftungserklärung gegenüber allen nachfolgenden Wechselinhabern ausgelegt werden. Die Umlauffähigkeit des Wechsels wird durch die Anerkennung der Haftungswirkung eines Blankoindossaments eines Nichtlegitimierten nicht beeinträchtigt, sondern im Gegenteil erhöht.

Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die Bestimmung der Garantiefunktion als Nebenfolge der Transportfunktion lediglich auf einer durch das Gesetz typisierten Ausgestaltung des Normalfalls beruht.[351] Einer Abweichung von diesem Normalfall stehen wechselrechtliche Belange nicht entgegen. Der Grundsatz der Wechselstrenge und das Garantieindossament verfolgen letztlich

---

349 BGHZ 13, 87 (88); *Baumbach/Hefermehl*, WG, Art. 15, Rdnr. 3; *Hefermehl*, FS f. Wahl, S. 354 (364); *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 8 IV. 3. b) (S. 92); *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht, § 78 b) I. II. (S. 605); *Liesecke*, WM 1967, 946 (947); *Zöllner*, Wertpapierrecht, § 14 VII. 4, (S. 102).

350 So *Hefermehl*, FS f. Wahl, S. 354 (365).

351 *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 8 IV 3. b), (S. 92 f.).

denselben Zweck, nämlich den Schutz und die Verbesserung des Umlaufs des Wechsels. Einer Begrenzung des einen durch das andere bedarf es daher nicht.

(4) Die Zulässigkeit des Vermerkes „à-forfait“ unter einem neuen Verständnis vom Grundsatz der Wechselstrenge

Nachdem festgestellt werden kann, dass die „strikte“ Beachtung des Grundsatzes der Wechselstrenge aus der frühen deutschen Entwicklungsgeschichte des Wechsels stammt und im Wesentlichen von Fehlvorstellungen hinsichtlich des Wechsels und seines Wesens geprägt ist, während sie richtigerweise dem Wechsel als umlauffähigem Wertpapier des Handels dienlich sein soll, stellt sich nunmehr die Frage der Zulässigkeit des Vermerks „à-forfait“ auf eine ganz andere Weise als im herkömmlichen, streng formalen Sinne. Im Folgenden wird daher näher untersucht, wie der Grundsatz der Wechselstrenge im Rahmen der hier problematischen Auslegungsgrenze für Wechselerklärungen mit dem Vermerk „à-forfait“ als besonderes Handelsgeschäft in Einklang zu bringen ist.

Eine starke Einschränkung der für die Auslegung von Wechselerklärungen berücksichtigungsfähigen Umstände ist für die Zulässigkeit des Vermerkes „à-forfait“ besonders problematisch. Die Forfaitierung ist nämlich originär ein Umstand außerhalb der Wechselurkunde und als solcher eigentlich nicht berücksichtigungsfähig. Wird auf der Wechselurkunde ein auf die Forfaitierung hinweisender Vermerk angebracht, so könnte diesem Vermerk der Vorwurf entgegen stehen, er mache einen nicht berücksichtigungsfähigen Umstand zum Gegenstand der Auslegung und verwässere damit den Verkehrsschutz.[352] Ist der Verkehrsschutz jedoch nicht gewährleistet, so verliert der Wechsel seine Eignung als umlauffähiges Wertpapier und wird letztlich auch für Handel und Wirtschaft unbrauchbar.

(a) Die Auslegung von Wechselerklärungen nach dem Grundsatz der Wechselstrenge

Nach richtigem, seinem tatsächlichen Bedeutungsgehalt entsprechenden Verständnis sichert der Grundsatz der Wechselstrenge vornehmlich die Umlauffähigkeit des Wechsels mittels materiellem Einwendungsausschluss nach der Einwendungslehre bei Umlauf des Wechsels und mittels besonderer Formerfordernisse für die Wirksamkeit und Legitimationswirkungen des Wechsels.[353] Die Umlauffähigkeit ist eine Kerneigenschaft des Wechsels. Wie bereits bei der Frage der Zulässigkeit des Garantieindossaments dargestellt wurde, geht es zum einen um die Legitimationskraft der Wechselurkunde. Zum anderen bestimmt

---

352 Siehe hierzu oben Punkt C. III. 6. g) bb).

der Grundsatz der Wechselstrenge aus Gründen des Verkehrsschutzes insbesondere den bei der Auslegung von Wechselerklärungen anzulegenden Maßstab.

Nach ständiger Rechtsprechung[354] und herrschender Lehre[355] erfolgt die Auslegung von Wechselerklärungen aus Gründen der Wechselstrenge nach einem objektiven Maßstab. Sie richtet sich nach dem Inhalt und typischen Sinn der Wechselerklärung. Deren Inhalt ist maßgeblich aus ihrer Skriptur und ihrer Stellung im Zusammenhang des Wechseltextes, auch unter Berücksichtigung gesetzlicher Interpretationshilfen, wie beispielsweise die Vermutungsregeln des Art. 31 WG, zu ermitteln. Umstände außerhalb der Wechselurkunde, wie solche aus dem Begebungsvertrag, können nur herangezogen werden, wenn sie einem am Begebungsvertrag nicht beteiligten Dritten mutmaßlich bekannt sind oder von ihm ohne Schwierigkeiten erkannt werden können.[356] Damit konkretisiert sich die Wechselstrenge im Bereich der Auslegung von Wechselerklärungen auf eine einwendungsausschließende Funktion, die aber insoweit über den üblichen Einwendungsausschluss hinauswirkt, als eine Abweichung zwischen objektiver Wechselerklärung und dem nach dem Begebungsvertrag Gewollten infolge dieser Begrenzung der zur Auslegung heranziehbaren Umstände nicht nur nicht dem Dritterwerber, wie beim gewöhnlichen Einwendungsausschluss, sondern schon nicht dem unmittelbaren Wechselnehmer entgegengehalten werden kann. Die Wechselstrenge wirkt hier trotz ihrer eigentlichen Bestimmung zum Schutze der Umlauffunktion des Wechsels nicht nur im Verhältnis gegenüber Dritterwerbern, sondern bereits im Verhältnis zum unmittelbaren Wechselnehmer. Aus dieser Wirkung des Grundsatzes der Wechselstrenge ist erkennbar, dass er die Vergegenständlichung sämtlicher Rechtsverhältnisse der einzelnen Wechselbeteiligten zum Wechsel anstrebt. Es liegt auf der Hand, dass unbeteiligte Dritte, die die außerhalb der Urkunde liegenden Umstände nicht kennen, am besten geschützt sind, wenn nur die äußere Form des Wechsels für die Bestimmung des

---

353 So *Baumbach/Hefermehl*, WG, Einl., Rdnr. 12, wenn ihnen auch insoweit nicht zu folgen ist, als dass die Wechselstrenge zugleich das Wesen des Wechsels ausmache.

354 RGZ 60, 426 (428); 73, 280 (281 f.); 98, 103 (105); 112, 85 (86); 119, 422 (423 f.); BGHZ 21, 155 (161 f.); 53, 11 (14); 64, 11 (14); WM 76, 1244 (1245); NJW 1994, 447 (448).

355 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Einl., Rdnr. 56 f.; *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6 VI (S. 70 f.); *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 28 V Rdnr. 73 f. (S. 553); *Mayer-Maly/Busche* in: MünchKomm, BGB, § 133, Rdnr. 31; *Pflug*, ZHR 148 (1984), 1 (21 ff.); *Quassowski/Albrecht*, Wechselgesetz, Art. 2, Rdnr. 46; *Reinicke*, DB 1960, 344 (346); *Richardi*, Wertpapierrecht, § 14 V. (S. 123); *Stranz*, Wechselgesetz, Einl., Anm. 15; *Zöllner*, Wertpapierrecht, § 12 X. (S. 80); a.A. *Joost*, WM 1977, 1394 ff.

356 BGHZ 64, 11 (14); WM 1976, 1244 (1245); NJW 1994, 447 (448).

Inhalts der Wechselerklärung maßgeblich ist. Da es nach der Wechselstrenge nur auf die Erkennbarkeit eines Dritten hinsichtlich der außerhalb der Urkunde liegenden Umstände ankommt, bezieht sie in die Auslegung von Wechselerklärungen nicht die Person ein, gegenüber der das Berufen auf die äußeren Umstände abgeschnitten werden soll. Besondere persönliche Kenntnisse desjenigen, der die Einwendung erhebt, wie beispielsweise aufgrund einer persönlichen Beziehung zum Einwendungsadressaten, bleiben bei der Ermittlung der Erkennbarkeit im Rahmen der Auslegung außer Betracht. Bei genauer Betrachtung geht zwar der Grundsatz der Wechselstrenge über das Ziel, dem Schutz der Umlauffähigkeit des Wechsels dienlich zu sein, hinaus, wenn er bei der Beurteilung einer vertraglichen Beziehung zweier Personen die Erkennbarkeit eines durchschnittlichen Teilnehmers am Wechselverkehr ansetzt.[357] Hierdurch unterbindet er jedoch jegliche Zweifel über die Wirksamkeit und den Inhalt von Wechselerklärungen. Der Grundsatz der Wechselstrenge vermittelt auf diese Weise einen sehr umfassenden Verkehrsschutz zulasten der konkreten Parteien der Wechselbegebung.

Fraglich ist, ob es einer derartigen Rigorosität und eines so umfassenden Schutzes des Rechtsverkehrs überhaupt bedarf.

(b) Was verlangt der Handels- und Wirtschaftsverkehr?

Der Schutz der Umlauffunktion des Wechsels dient allein der Sicherung des Handels- und Wirtschaftsverkehrs, denn ein Wechsel ohne Umlauffähigkeit ist für den Handelsverkehr wertlos. Die Umlauffähigkeit ist eng mit dem Vertrauensschutzgedanken verbunden, was an dem hohen Stellenwert der Rechtsscheinsgrundsätze beim Umgang mit verbrieften Forderungen und anderen Wertpapieren zu erkennen ist. Es ist nachvollziehbar, dass sich ein am Begebungsvertrag unbeteiligter Dritter auf das Sichtbare, also die Verkörperung in Form der Skriptur in der Wechselurkunde, verlassen können muss. Die zugrunde liegenden Zwecke setzen der Wechselstrenge aber ebenso Grenzen, wenn vermieden werden soll, dass sie sich in ihr Gegenteil verkehren.

Der Handelsverkehr ist bei der Forfaitierung von Wechselforderungen in besonders hohem Maße auf Verkehrssicherheit angewiesen, da sich die Wechselforderungen dort auf hohe Beträge belaufen, vergleichsweise lange Laufzeiten haben und aus grenzüberschreitendem Handel stammen.[358] Als kurzfristige Anlagemöglichkeit genießen forfaitierte Wechsel infolge regelmäßiger Beteili-

---

357 *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6 VI. 2. b), (S. 71 f.).

358 Vgl. oben Punkt A. Einführung und Problemdarstellung.

gung von Banken einen relativ umfangreichen Umlauf. Je stärker jedoch der Umlauf ist, umso größer ist die Gefahr für die Parteien des Forfaitierungsvertrages, dass der zwischen ihnen vereinbarte Regressverzicht gegenüber den nachfolgenden Dritterwerbern aufgrund der strikten Bindung der Auslegung der Wechselverpflichtung an die Urkunde nicht durchgreift. Danach gilt nämlich ausnahmslos die strikte Haftung des Exporteurs als Aussteller für die Bezahlung des Wechsels ohne Anbetracht der Person des Dritten, obwohl er nach der Konstruktion dieses Finanzierungsvertrages gerade von der Haftung dafür durch den Forfaiteur endgültig befreit sein sollte. Im Hinblick auf die internationale Bedeutung des aus dem Genfer Einheitlichen Wechselabkommen hervorgehenden Wechselgesetzes ist die Unantastbarkeit der Ausstellerhaftung nach Art. 9 Abs. 1 WG ohne Weiteres nachvollziehbar. Ein Verbot der Heranziehung von Umständen des zwischen Aussteller und erstem Wechselnehmer bestehenden Begebungsvertrags und damit eine Versagung möglicher Gültigkeitseinwendungen, nur einer strikten Beachtung der Wechselstrenge willens, schadet allerdings der erforderlichen Vertragssicherheit nachhaltig. Im Bereich der Wechselforfaitierung verlangt der Handelsverkehr nicht nur umlauffähige Wechsel, sondern insbesondere eine zuverlässige Regelung der Ausstellerhaftung des Exporteurs.

(c) Berechtigung des strikten Geltungsanspruchs der formellen Wechselstrenge im Rahmen der Auslegung von Wechselerklärungen bei Forfaitierungsverträgen.

Es stellt sich demnach die Frage, ob bei Wechseln, die Gegenstand von Forfaitierungsverträgen waren, eine Eingrenzung bzw. ein Ausschluss von Umständen des Begebungsvertrages bei der Auslegung der Wechselerklärung des Ausstellers tatsächlich erforderlich ist oder ob nicht vielmehr sogar eine stärkere Berücksichtigung des Begebungsvertrages angezeigt wäre.

Die Rechtsprechung und herrschende Lehre schließen mit ihrer sehr engen Auslegung von Wechselerklärungen, insbesondere wegen der Nichtberücksichtigung von Umständen des Begebungsvertrages mangels Erkennbarkeit, bereits von vornherein Umstände aus, die für die Entstehung der Wechselverpflichtung von Bedeutung waren. Dabei handelt es sich regelmäßig um Umstände, die die Gültigkeit der Wechselverpflichtung tangieren. Mit der engen Auslegung werden diese Gültigkeitseinwendungen zugleich in den Bereich der persönlichen Einwendungen verwiesen. Als solche können sie dann nur noch sehr erschwert vom Wechselverpflichteten einem dritten Wechselnehmer entgegen gehalten werden, nämlich nur insofern, als dieser bei Wechselerwerb bewusst zum Nachteil des Wechselverpflichteten gehandelt hat. Auch bei der Forfaitierung eines Wechsels zwischen Aussteller und erstem Wechselnehmer handelt es sich um einen außerhalb der Urkunde stehenden Umstand, der wie ein die Gültigkeit der Wechselverpflichtung tangierender Umstand wirkt und in Verbindung mit

der Wirkung des Handelsbrauchs eine Gültigkeitseinwendung gegen die Ausstellerhaftung begründet.[359]

Durch die Ausweitung der Auslegungskriterien auch auf Umstände außerhalb der Urkunde würden zudem die Regeln über den Einwendungsausschluss an Bedeutung gewinnen. Die Person des Wechselerwerbers, der gegenüber diese Umstände geltend zu machen sind, würde mehr in den Mittelpunkt gerückt werden, was im Sinne des Verkehrsschutzes zu befürworten ist. Es stellt sich daher die Frage, ob es im Hinblick auf die Bedeutung des Forfaitierungsgeschäfts für den Handels- und Wirtschaftsverkehr gerechtfertigt ist, diesen besonderen Vertragstyp als Umstand auf der Ebene des Begebungsvertrages von der Auslegung der Wechselerklärung des Ausstellers auszuschließen oder ob in diesem Fall stets eine Einbeziehung in die Auslegung erfolgen sollte.

Die Antwort findet sich letztlich im Wege des Ausgleichs zwischen dem Anspruch des Grundsatzes der Wechselstrenge auf Allgemeingültigkeit ohne jegliche Einschränkungen und den Bedürfnissen des Handels- und Wirtschaftsverkehrs. Das Interesse an Sicherheit und Schutz des objektiven Rechtsverkehrs einerseits und das Interesse der Beteiligten des Forfaitierungsvertrages an einer nicht völlig vom Wohlverhalten weiterer Wechselerwerber abhängenden Haftungsregelung andererseits, müssen in einem möglichst ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Dabei ist gleichsam als äußere Grenze des Interesses an einer verlässlichen Haftungsregelung zu berücksichtigen, dass das Forfaitierungsgeschäft nur dann zufriedenstellend praktizierbar ist, wenn der Wechselumlauf unbeeinträchtigt und eine Refinanzierung des Forfaiteurs möglich bleibt. Forfaitierungswechsel dürfen in Ihrer Attraktivität als Anlagepapier insofern keinen Schaden nehmen.

(d) Geeignetheit und Erforderlichkeit des Vermerkes „à-forfait“ für einen sicheren und endgültigen Schutz des Exporteurs als Wechselaussteller vor Rückgriffsansprüchen nachfolgender Wechselinhaber

Der Vermerk „à-forfait“ unterbindet die Haftung des Ausstellers aufgrund einer nur eingeschränkten Ausschließbarkeit eines nichturkundlichen Gültigkeitseinwandes weitestgehend zuverlässig. Die Forfaitierung als Handelsbrauch ist zwar hinsichtlich ihrer Wirkung nicht unmittelbar auf das Bestehen der Ausstellerhaftung gerichtet. Das aus dem Handelsbrauch resultierende Inanspruchnahmeverbot des den Wechsel übernehmenden Handelsbrauchunterworfenen wirkt sich jedoch unabhängig von dessen Willen und subjektiven Wahrnehmungen in gewisser Weise autonom aus, so dass in praktischer Konsequenz eine den ur-

---

359 Vgl. hierzu oben Punkt C. III. 6. a) bis d).

kundlichen Einwendungen vergleichbare abstrakte Wirkung erreicht werden kann.[360] Das Risiko des Exporteurs beschränkt sich demzufolge darauf, ob er in den Genuss eines Gültigkeitseinwandes durch Handelsbrauch kommt oder nicht. Ein Gültigkeitseinwand dieser Art würde ihm nur dann nicht zur Verfügung stehen, wenn sein ausgestellter Wechsel von einem Nichthandelsbrauchunterworfenen erworben wird, wobei das freilich nur Konsequenzen für den Fall der Anschlussdiskontierung hat. Bei einer Anschlussforfaitierung liegt nach der Rechtsprechung des BGH[361] in der Erklärung auch eines Nichthandelsbrauchunterworfenen auf Wechselerwerb (zumindest) konkludent eine schuldrechtliche Regressverzichtserklärung zugunsten des Exporteurs.

Das Risiko des Exporteurs, als Wechselaussteller für die von der Forfaitierung nicht vorgesehene Bonität zu haften, lässt sich durch die Möglichkeit der Geltendmachung der nichturkundlichen Gültigkeitseinwendung weit reichend und deutlich über Art. 17 WG hinausgehend, reduzieren. Die Verfahrensweise über den hinweisenden Vermerk „à-forfait“ ist für die Sicherung des exportierenden Wirtschaftsverkehrs am dienlichsten. Sie ist für die Absicherung des Forfaitierungsgeschäfts auch erforderlich, denn es steht keine gleich geeignete, jedoch weniger mit dem Grundsatz der formellen Wechselstrenge in Konflikt tretende Lösung zur Verfügung. Maximaler Schutz ohne Restrisiko für den Exporteur ließe sich nur durch einen urkundlichen Haftungsausschluss bewerkstelligen. Ein solcher Vermerk scheitert jedoch an Art. 9 Abs. 2 WG, wie eingangs dargestellt wurde.[362]

Ein ähnlicher Schutz kann nur über die sogenannten ausschlussfähigen nichturkundlichen Gültigkeitseinwendungen erreicht werden, wobei der Vermerk „à-forfait“ für eine Kenntlichmachung besonderer Umstände des Begebungsvertrages unerlässlich ist. Er allein bewirkt das Eingreifen der Wirkungen des Handelsbrauchs Forfaitierung losgelöst von subjektiver Wahrnehmung. Bei einem Verzicht auf den Vermerk entstünden zu große Unsicherheiten. Es bedürfte der Definition, ob und welche Nachforschungsobliegenheiten den Wechselerwerber hinsichtlich einer möglichen Forfaitierung träfen. Das Vorliegen einer groben Fahrlässigkeit bezüglich der Nichtberücksichtigung des Handelsbrauchs, wäre im Zweifel anhand der Umstände des Einzelfalls zu beweisen. Dies würde langwierige gerichtliche Verfahren nach sich ziehen und einem reibungslosen, auf Zügigkeit angewiesenen Handelsverkehr zuwiderlaufen.

---

360 Vgl. hierzu oben Punkt C. III. 1., 6. d).

361 BGHZ 126, 261 (263 f.).

362 Vgl. hierzu oben Punkt C. III. 2.

(e) Die Vereinbarkeit des Vermerkes „à-forfait“ mit den Auslegungsgrundsätzen für Wechselerklärungen unter einer angemessenen Reduzierung des Geltungsanspruchs der Wechselstrenge im Hinblick auf die Bedürfnisse des Handelsverkehrs.

(aa) Gründe der Rechtsprechung und herrschenden Lehre für die enge objektive Auslegung bei Wechselerklärungen

Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre begründen ihre Auffassung zur Begrenzung der Auslegungskriterien auf die Wechselurkunde und auf die einem am Begebungsvertrag nichtbeteiligten Dritten bekannten oder von ihm mutmaßlich erkennbaren äußeren Umstände mit dem Schutz der Umlauffähigkeit des Wechsels. Die so genannte objektive Auslegung sei deshalb erforderlich, weil der Wechsel zum Umlauf bestimmt ist.[363] Der sich hier konkretisierende Grundsatz der Wechselstrenge fordere aus Gründen des Verkehrsschutzes, dass ein Wechsel aus sich heraus für jedermann ohne Schwierigkeiten verständlich und eindeutig ist. Dies bilde die Grundlage für den Rechtserwerb Dritter.[364] Wer eine Wechselurkunde unterzeichnet, schaffe willentlich die Möglichkeit der Entstehung einer Wechselforderung gegen sich.[365] Im Unterschied zu sonstigen Erklärungen enthalte die Wechselerklärung eine Art Zweidimensionalität. Sie sei von Anbeginn dazu bestimmt, rechtliche Relevanz nicht nur gegenüber dem unmittelbaren Wechselnehmer (Vertragspartner des Signierenden), sondern zugleich gegenüber den Dritterwerbern des Papiers zu entfalten. Letzteres gälte insbesondere dann, wenn die Dritterwerber die Wechselrechte nicht abgeleitet, sondern mangels Berechtigung des Vormanns aufgrund von Gutgläubigkeit originär erwerben.[366] Insofern wirke sich die Signatur als Element des Rechtsscheins aus. Dritterwerber sollen aus der Urkunde erkennen können, was sie an Rechten erwerben und sich nach dem Inhalt der Urkunde verpflichten können. Demzu-

---

363 *Baumbach/Hefermehl*, WG, Einl., Rdnr. 56; *Larenz*, BGB AT, § 28, V. Rdnr. 73 f. (S. 553); *Reinicke*, DB 1960, 344 (344, 346), der eine Differenzierung zwischen den Formerfordernissen nach Art. 1 WG und den übrigen Wechselerklärungen, wie nach Art. 34 Abs. 1 HS 1 WG bevorzugt. Lediglich für ersteren müsse die objektive Auslegung aus Gründen des Umlaufschutzes unbedingt erfolgen, hingegen handele es sich bei der Bürgenerklärung regelmäßig um unmittelbare Verhältnisse der Wechselbeteiligten, so dass dort der strenge Maßstab nicht erforderlich sei; *Meyer-Cording*, Wertpapierrecht, B. VII 2. (S. 39 f.).

364 BGHZ 21, 155 (162); 53, 11 (14); BGHZ 64, 11 (14); NJW 1994, 447 (448).

365 *Huber* in: FS f. Flume, Bd. II, S. 83 (99).

366 so Pflug, ZHR 148 (1984), 1 (14).

folge könne nur der typische Sinn der Erklärungen maßgeblich sein.[367] Alles Untypische, aus der Urkunde nicht oder nur schwer Erkennbare, müsse dabei zurücktreten. Das gebiete schon die Wechselstrenge. Sie rechtfertige es auch, die Wechselerklärungen im Interesse einer einheitlichen Auslegung unter Verzicht auf die Differenzierung zwischen dem Verhältnis zum unmittelbaren Wechselnehmer und zu Dritterwerbern objektiv zu deuten. Insofern wirke die Wechselstrenge nicht nur im Rahmen des Verkehrsschutzes durch bloßen Einwendungsausschluss gegenüber Dritten, sondern bereits gegenüber dem unmittelbaren Wechselnehmer. Dass hierdurch besondere Umstände zwischen den unmittelbaren Parteien des Begebungsvertrages erst im Bereich der persönlichen Einwendungen geltend gemacht werden können, sei aus Gründen der Bestimmung der Urkunde zum Umlauf und dem Grundsatz der Wechselstrenge erforderlich und daher hinzunehmen.[368]

Bei der Auslegung ist des Weiteren zu berücksichtigen, dass sie maßgeblich mit der Bewertung des Entstehungsaktes der Wechselerklärung verknüpft ist. Es handelt sich um einen mehrstufigen Entstehungstatbestand, der nach der vorherrschenden gemischten Vertrags-Rechtsscheinstheorie, aus der Skriptur und der vertraglichen Begebung des Wechsels besteht.[369] Der Meinungsstand zur Auslegung gewichtet dabei die beiden Entstehungstatbestände unterschiedlich. Während die herrschende Meinung die Skriptur in den Vordergrund stellt, hebt die Gegenauffassung mehr auf den Begebungsvertrag ab. Die herrschende Meinung rechtfertigt dabei die vorgehobene eigenständige Bedeutung der Skriptur ebenfalls mit dem Argument der Wechselstrenge und dem Schutz des Verkehrs bei Umlauf des Wechsels. Dass sie hierdurch die überkommene Kreationstheorie wieder ein stückbreit aufleben lässt, nimmt sie als legitim hin, weil sie die Skriptur zugleich als eine „Erklärung ans Publikum“ mit rechtlicher Relevanz versteht.[370] Insofern bestünde ein noch heute berechtigter Kern der älteren Konzeption zur Begründung der Wechselschuld durch Kreation- und Offertentheorie.[371] Die Wechselzeichnung sei das „Basiselement“ und der „grundle-

---

367 RGZ 73, 280 (281 f.) den typischen Sinn der Erklärung stark hervorhebend, der übertriebenen Formerfordernissen entgegen stehen kann und sich oftmals nur allein aus Umständen außerhalb der Urkunde ergeben könne; BGHZ 21, 155 (162) noch weiter differenzierend.

368 BGHZ 64, 11 (14); so ausdrücklich auch *Reinicke*, DB 1960, 344 (346).

369 *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht, § 12 IV. 2 b) (S. 105 ff); *Baumbach/Hefermehl*, WG, Einl., Rdnr. 26 f.

370 So *Pflug*, ZHR 148 (1984), 1 (15) in Fn. 56; *Huber* in: FS f. Flume, Bd. II, S. 83 (98); *Ulmer* in: FS f. Raiser, S. 225 (235).

371 *Ulmer* in: FS f. Raiser, S. 225 (234); zustimmend *Pflug*, ZHR 148 (1984), 1 (15).

gende Akt“, welcher sowohl in den Tatbestand der anschließenden Begebung einginge, als auch Grundlage für ein späteres Vertrauen von Dritterwerbern des Wechsels sei.[372]

(bb) Die Argumentation der Gegenauffassung für eine subjektive Auslegung der Wechselerklärung

Die Vertreter der Gegenauffassung bevorzugen eine subjektive Auslegung der Wechselerklärung. Sie meinen, auch Wechselerklärungen seien nach den üblichen Auslegungsgrundsätzen für rechtsgeschäftliche Willenserklärungen auszulegen. Die Argumente der herrschenden Lehre liefen auf eine Verwechslung der volkswirtschaftlichen Funktion des Wechsels mit der rechtsgeschäftlichen Bedeutung der Wechselunterschrift hinaus. Letzteres sei etwas ganz anderes und besage nur, dass derjenige, der einen Wechsel begibt, zur Zahlung der Wechselsumme verpflichtet ist, ob als Bezogener, als Bürge oder als Garantieindossant. Für die Definition der Auslegungskriterien stünde demzufolge die Entstehungsweise der Wechselverpflichtung im Vordergrund. Zur Entstehung der Wechselverpflichtung sei der Begebungsvertrag von zentraler Bedeutung. Dieser richte sich aber keineswegs an einen Kreis noch unbestimmter künftiger Wechselerwerber, sondern an den unmittelbaren Wechselnehmer. Die Umlauffähigkeit des Wechsels sei demgegenüber ein rein objektiv-rechtlicher Vorgang, der von dem Willen des Wechselverpflichteten nicht erfasst werde und auch nicht erfasst zu werden brauche.[373] Danach erfolge bei der Auslegung kein Ausschluss von externen Umständen. Vielmehr seien alle Umstände, mithin der gesamte Inhalt des Begebungsvertrages, einzubeziehen. Lediglich bei der Bestimmung des von der Wechselurkunde ausgehenden Rechtsscheins seien die heranzuziehenden Umstände auf den urkundlichen Inhalt zu beschränken. Wiche danach der Rechtsschein von der nach weiter Auslegung ermittelten tatsächlichen Willenserklärung ab, so komme es darauf an, ob der Wechselverpflichtete dies nach Einwendungs- und Rechtsscheinsgrundsätzen dem Gläubiger der Wechselverpflichtung, nämlich als Gültigkeitseinwand, entgegen halten kann.[374]

---

372 *Ulmer* in: FS f. Raiser, S. 225 (234); *Pflug*, ZHR 148 (1984), 1 (22).

373 *Joost*, WM 1977, 1394 (1396); vgl. zu dieser Problematik umfassend *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht, § 11 (S. 69 ff., 218).

374 *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, § 21 II. (S. 234 f.); *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6 VI. 2. b) (S. 71 f.); *Joost*, WM 1977, 1394 (1397 f., 1400).

Insofern trete die Rechtsscheinhaftung ergänzend neben die rechtsgeschäftliche Haftung aus dem Begebungsvertrag.[375]

Die Vertreter der Gegenauffassung begründen ihre Ansicht vornehmlich mit dem fehlenden Bedürfnis an einer strengen objektiven Auslegung und deren Systembruch mit der herrschenden Lehre von der Entstehung der Wechselverpflichtung (Vertrags- Rechtsscheinstheorie). Die herrschende Meinung sähe das Verhältnis der Wechselurkunde zum Entstehungsgrund der Wechselverpflichtung falsch, wenn sie die Auslegung auf die Urkunde beschränken will. Die Bedeutung des Skripturaktes für die Auslegung müsse seiner Bedeutung für die Begründung der Wertpapierverbindlichkeit entsprechen. Ist er für letztere zwar erforderlich aber nicht ausreichend, so könne er nicht alleiniger Gegenstand der Auslegung sein.[376] Auch wenn die herrschende Meinung ursprünglich ausgeschlossene Umstände zwischen den unmittelbaren Parteien des Begebungsvertrages im Nachhinein durch den Rechtsmissbrauchstatbestand gemäß § 242 BGB zur Korrektur des eigentlichen Auslegungsergebnisses wieder einbezieht, so bliebe es doch bei einer gespaltenen Auslegung, die zwischen dem unmittelbaren Verhältnis und dem Verhältnis zu Dritterwerbern des Wechsels differenziert.[377] Die Berücksichtigung aller Umstände auch außerhalb der Wechselurkunde passe dogmatisch dagegen besser.[378] Der Grundsatz der Wechselstrenge eigne sich daher nicht zum Ausschluss von Umständen bereits im Rahmen der Auslegung einer Wechselerklärung. Dadurch würde der Kreis der berücksichtigungsfähigen Umstände zu stark eingeschränkt und der Grundsatz der Wechselstrenge überspannt werden.[379]

(cc) Stellungnahme und Konsequenzen für die Forfaitierung

Nach der objektiven Auslegung ist die Forfaitierung nicht berücksichtigungsfähig, weil sie regelmäßig als Umstand auf der Ebene des Begebungsvertrages außerhalb der Urkunde steht. Ihre Einbeziehung durch urkundlichen Vermerk würde diese Abgrenzung in unzulässiger Weise umgehen. Möglicherweise bedarf es jedoch der objektiven Auslegung von Wechselerklärungen überhaupt nicht. Ihr stehen erhebliche Bedenken entgegen, welche die Erforderlichkeit dieses Maßstabes nachhaltig in Zweifel ziehen. Das gilt insbesondere für die von

---

375 *Joost*, WM 1977, 1394 (1397).

376 So *Joost*, WM 1977, 1394 (1397).

377 *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6 VI. 2. b) (S. 72).

378 *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6 VI. 2. b) (S. 72).

379 *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6 VI. 2. b) (S. 72).

der herrschenden Meinung bevorzugte einheitliche Auslegung aller Wechselbeziehungen. Um näher klären zu können, ob der angestrebte Umlaufschutz tatsächlich einen einheitlichen Auslegungsmaßstab erfordert und welche Konsequenzen daraus resultieren, ist zunächst eine Differenzierung der möglichen betroffenen Verhältnisse erforderlich. Das unmittelbare Verhältnis zwischen dem Wechselverpflichteten und dem Wechselnehmer und das „entfernte“ Verhältnis zwischen dem Wechselverpflichteten und einem dritten Wechselnehmer sind voneinander zu trennen.

Zieht man zunächst das Verhältnis zwischen Wechselschuldner und dritten Wechselerwerber in Betracht, so steht der Schutz der Umlauffähigkeit des Wechsels erkennbar im Mittelpunkt. Es ist unbestritten unzumutbar, dem Dritten Umstände entgegen zu halten, die nicht aus der Urkunde ersichtlich und ihm als am Begebungsvertrag Nichtbeteiligten nur schwer, bisweilen überhaupt nicht erkennbar sind. Hierzu zählt die Forfaitierung. Hinsichtlich der Erkennbarkeit sei angemerkt, dass die Sachlage allein von der Forfaitierung aus, also ohne Vorhandensein des Vermerkes „à-forfait“ zu betrachten ist, um einen Zirkelschluss zu vermeiden. Ohne Vermerk lässt sich allein aus der Urkunde nur feststellen, dass der Wechsel aus einem länderübergreifenden Handel stammt, da Aussteller und Bezogener unterschiedliche Ländersitze haben. Daraus kann auf ein dem Wechsel zugrunde liegendes Exportgeschäft geschlossen werden. Äußerst fraglich erscheint jedoch, ob zugleich auch mit der erforderlichen Sicherheit auf eine Forfaitierung dieses Wechsels zu schließen ist, denn die Forfaitierung ist nur eine von vielen Varianten der Refinanzierung eines Exporteurs. Zweifellos kann die Geltendmachung eines Gültigkeitseinwandes aus der Forfaitierung durch den Aussteller gegenüber dem Dritten die Attraktivität des Wechsels als Kredit- oder Zahlungspapier erheblich negativ beeinträchtigen und damit seine Umlauffähigkeit schädigen. Dieser Gefahr tritt die objektive Auslegung entgegen.

Völlig gegenteilig stellt sich jedoch die Sachlage im unmittelbaren Verhältnis zwischen den Beteiligten des Begebungsvertrages dar. Hier kennen die Beteiligten die für die Entstehung der Wechselverpflichtung mitwirkenden Umstände außerhalb der Wechselurkunde. In diesem Verhältnis besteht kein Bedürfnis nach weitergehendem Schutz vor „externen Umständen“. Die Parteien der Forfaitierung sind regelmäßig auch die Parteien des Begebungsvertrages. Um eine einheitliche Auslegung aller Wechselerklärungen unter Verzicht auf die Differenzierung nach der Person des Erklärenden und dem Verhältnis, in welchem die Wechselerklärung abgegeben wurde, zu erreichen, legt die herrschende Meinung auch hier den Maßstab des am Begebungsvertrag nicht beteiligten Dritten an. Gerade in diesem unmittelbaren Verhältnis bevorteilt sie den Gläubiger der Wechselverpflichtung zum Nachteil des Schuldners. Infolge des Ausschlusses der Umstände aus dem Begebungsvertrag im Wege der Auslegung besteht keine Möglichkeit, diese als Gültigkeitseinwand geltend zu machen, denn sie stehen

dafür nicht mehr zur Verfügung. Die Rechtsscheinslehre ist hier praktisch überflüssig.[380] Es spricht jedoch nichts dagegen, diese Umstände bereits auf der Ebene der Inhaltsbestimmung der Wechselverpflichtung geltend zu machen. Die Rechtsprechung[381] erkennt zumindest an, dass es sich bei den Gültigkeitseinwänden nicht nur um Umstände aus dem persönlichen Verhältnis handelt und eine Behandlung nach Art. 17 WG ihrer Bedeutung daher nicht gerecht wird. Gleichwohl mutet sie dem Einwendenden das gerade zu.[382]

Nach der nunmehr völlig unstreitig anerkannten Vertrags- und Rechtsscheinstheorie besteht für die objektive Auslegung zudem kein Raum. Der für den Umlaufschutz erforderliche Ausschluss von äußeren und nicht erkennbaren Umständen kann allein nach der Rechtsscheinslehre in zufrieden stellender Weise gewährleistet werden. Durch die alleinige Übertragung der Ausschlussfunktion hinsichtlich der nicht erkennbaren externen Umstände auf die Einwendungslehre nach Rechtsscheinsgrundsätzen kann eine viel flexiblere und ebenso zuverlässige Lösung erreicht werden: Im unmittelbaren Verhältnis zwischen dem Wechselverpflichteten und dem unmittelbaren Wechselnehmer liegen regelmäßig neben Gültigkeitsumständen auch Umstände aus dem persönlichen Verhältnis vor, die hier sogar nach Art. 17 WG nicht ausschlussfähig sind. Es bedarf keines Schutzes des unmittelbaren Wechselnehmers, denn zum einen ist er infolge seiner Kenntnis nicht schutzbedürftig, zum anderen wird auch das Ziel des Umlaufschutzes nicht tangiert. In diesem Verhältnis hat ein Umlauf noch nicht stattgefunden. Für die Forfaitierung wird das besonders deutlich, denn hier haben die Parteien im unmittelbaren Verhältnis die Haftung des Exporteurs als Aussteller abweichend von Art. 9 Abs. 2 HS 2 WG sogar besonders geregelt. Sie haben sich mithin auf einen Umstand außerhalb der Wechselurkunde geeinigt, der dem Exporteur auch als Einwand nach Art. 17 WG zur Verfügung stünde.

Was nun das nach Umlauf des Wechsels entstehende Verhältnis zwischen dem Wechselverpflichteten und einem dritten Wechselnehmer betrifft, so besteht jetzt allerdings ein Bedürfnis nach Umlaufschutz. Da der Dritte an dem Begebungsvertrag zwischen dem Wechselverpflichteten und seinem Vormann nicht beteiligt ist, kann er per se die dort vorherrschenden Umstände nicht kennen. Er muss nur das gegen sich gelten lassen, was er aus der Urkunde ersehen kann und was ihm ohne Schwierigkeiten erkennbar ist, denn auch nur soweit reicht seine Sorgfaltspflicht. Zu weiteren Nachforschungen ist er nicht verpflichtet. Hier wirkt sich die Urkundlichkeit der Forderung aus. Sie führt jedoch nicht unmit-

---

380 *Joost*, WM 1977, 1394 (1398).

381 BGH NJW 1973, 282.

382 So ausführlich *Hefermehl*, ZHR 144 (1980), 34 (46).

telbar zur Erforderlichkeit der objektiven Auslegung, wie die herrschende Meinung annimmt. Der benötigte Schutz des Dritten und die Sicherstellung der Umlauffähigkeit des Wechsels kann vielmehr ebenso wirksam bereits aus der Einwendungslehre in Verbindung mit der Rechtsscheinslehre erfolgen[383]. Die Urkunde vermittelt einen Rechtsschein über das Bestehen der Wechselverpflichtung mit dem jeweiligen Inhalt, wie er sich aus der Urkunde ergibt. Weicht die Realität vom Rechtsschein ab, so muss der Wechselverpflichtete gegenüber dem Dritten die scheinbare Wechselverpflichtung gegen sich gelten lassen, weil er mit seiner Signatur den gegen sich wirkenden Rechtsschein in zurechenbarer Weise veranlasst hat. Der Wechselverpflichtete kann nur dann die Abweichung der Wirklichkeit vom Rechtsschein gegenüber dem Dritten mittels Gültigkeitseinwand geltend machen, wenn er darlegen und beweisen kann, dass der Dritte diese Abweichung, d.h. den die Gültigkeit der Wechselverpflichtung betreffenden Umstand, im Zeitpunkt des Wechselerwerbs zumindest grob fahrlässig nicht kannte.

Für die Forfaitierung resultiert daraus, dass der dem Vertrag immanente Regressverzicht in Verbindung mit den Grundsätzen des Handelsbrauchs dem Exporteur einen Gültigkeitseinwand gegen seine wechselmäßige Ausstellerhaftung vermittelt. Der Dritte kann den Wechsel grundsätzlich gutgläubig und damit frei von einem solchen Gültigkeitseinwand erwerben, da dieser nicht urkundlich ist. Der Exporteur kann dem Dritterwerber den Gültigkeitseinwand gegen seine Wechselverpflichtung nur dann entgegenhalten, wenn der Dritterwerber Kaufmann und Verkehrsbeteiligter des Handelsbrauchs über die Forfaitierung ist und daher hätte erkennen können und müssen, dass der Wechsel bei seiner ersten Begebung Gegenstand einer Forfaitierung war. Nur unter diesen Voraussetzungen schlägt also der Gültigkeitseinwand des Exporteurs durch. Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs ist weiterhin gewährleistet. Der Wechselverkehr ist hinreichend geschützt. Demzufolge ist die objektive Auslegung nicht erforderlich. Die mit ihr einhergehende Problematik des Wiedereinbeziehens der zuvor rigoros ausgeschlossenen externen Umstände über den Rechtsmissbrauch stellt sich bei einer den konkreten Umstand berücksichtigenden Auslegung nicht.[384] Die objektive Auslegung ist zu diesem Agieren im Nachhinein gezwungen, um erhebliche Unstimmigkeiten im Einzelfall zu vermeiden. Die Vertreter der Gegenauffassung halten das der herrschenden Meinung zu Recht vor.

---

[383] *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6 VI. 2. b) (S. 71 f.).

[384] Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, WG, Einl., Rdnr. 57a.; *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6, VI. 1. b), 2. b) (S. 70 f.).

Nach der objektiven Auslegung hat der Exporteur lediglich die Möglichkeit, dem handelsbrauchunterworfenen Dritterwerber den Ausschluss seiner Ausstellerhaftung über den Rechtsmissbrauch entgegen zu halten. Allerdings wird er dabei auch insofern gegenüber der Möglichkeit der Geltendmachung des Gültigkeitseinwandes benachteiligt, als die Wirkung des Haftungsausschlusses in diesem Rahmen nur inter partes besteht und zum anderen der Einwand nur dann durchgreift, wenn der Exporteur auch die Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchs darlegen und notfalls beweisen kann.[385] Der Rückgriff auf § 242 BGB zeigt besonders deutlich, dass die enge objektive Auslegung, im Gegensatz zur subjektiven, unter Anwendung der Einwendungs- und Rechtsscheinslehre eben nicht die passende und möglichst allen Fällen gerecht werdende Lösung ist, sondern den Kreis der berücksichtigungsfähigen Gesichtspunkte zu stark einschränkt.

Ein weiterer Vorzug der subjektiven Auslegung liegt zudem darin, dass sie nicht mit der vorherrschenden Vertrags- und Rechtsscheinstheorie in Konflikt tritt. Sie orientiert sich an dem danach definierten mehraktigen Entstehungstatbestand der Wechselverpflichtung, ohne einen der beiden Akte hervorzuheben. Der Begebungsvertrag erlangt über die Einbeziehung auch von lediglich im Begebungsvertrag begründeten Umständen seine wahre Bedeutung. Der Skripturakt wird nicht als nahezu allein maßgeblich herausgestellt. Ergibt sich aus dem Begebungsvertrag eine Einwendung betreffend die Gültigkeit der Wechselverpflichtung, weil beispielsweise der Begebungsvertrag infolge eines Willensmangels entfallen ist, so ist die Einwendung gegen den unmittelbaren Wechselnehmer an dieser Stelle immer berücksichtigungsfähig, ohne dass es des Umweges über den Rechtsmissbrauch nach § 242 BGB bedarf. Dem dritten Wechselerwerber kann sie als Gültigkeitseinwand entgegen gehalten werden.

Die Bedeutung eines Gültigkeitseinwandes anstelle eines nur persönlichen Einwandes erscheint bei Mängeln in der Begebung des Wechsels auch gerechtfertigt, denn die Wechselbegebung ist neben der Skriptur der zentrale Entstehungsakt für die Wechselverpflichtung. Ein Rückgriff oder gar ein teilweises Festhalten an der überkommenen Kreationstheorie wird unter diesem Verständnis überflüssig. Die Probleme, wegen derer die objektive Auslegung die überkommenen Wechselrechtstheorien gezwungenermaßen wieder bemühen muss, werden bereits durch die Rechtsscheinslehre zufrieden stellend gelöst. Die Skriptur vermittelt den urkundlichen Rechtsschein, auf den sich der Dritte verlassen kann, es sei denn, er kannte oder kannte grob fahrlässig nicht, dass ein Mangel im Begebungsvertrag vorliegt und die Wechselverpflichtung tatsächlich nicht besteht, wie es der Rechtsschein vorgibt. Der hier vermittelte Verkehrsschutz ist

---

385 Vgl. *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 6, VI. 2. b) (S. 71 f.).

deckungsgleich mit dem Schutz des gutgläubigen Erwerbers nach § 932 BGB.[386] Wie die Körperlichkeit dort der Vertrauensträger ist, ist es hier die Wechselurkunde. Wie dort muss auch hier zumindest grob fahrlässige Nichtkenntnis für den einwendungsfreien Erwerb schädlich sein und der Wechselverpflichtete nur dies darlegen und beweisen. Nach der objektiven Auslegung hat jedoch der Wechselverpflichtete Arglist des Wechselerwerbers nach Art. 17 WG nachzuweisen. Eine derartige „zwangsläufige" Benachteiligung des Wechselverpflichteten lediglich aus Gründen der Umlaufbestimmung des Wechsels zufordern, ist nicht gerechtfertigt.

Der von der objektiven Auslegung als zentrale Begründung herangezogene Grundsatz der formellen Wechselstrenge ist für die Legitimation der Gleichbehandlung von unmittelbarem und entferntem Verhältnis untauglich. In der Literatur ist teilweise bereits darauf hingewiesen worden, dass der Grundsatz der Wechselstrenge eine Rechtfertigung aller möglichen, anders nicht zu erklären wechselrechtlichen Besonderheiten nicht leisten kann.[387] Es wurde bereits ausgeführt, dass heute von der früheren Bedeutung der Wechselstrenge insofern abgerückt wird, als sie nicht mehr das Wesen des Wechsels ausmacht. Gleichwohl scheint die Wirkung der ehemaligen Lehre vom rigor cambialis recht ausdauernd zu sein, wenn sie noch heute, ihrer früheren Bedeutung entsprechend, vielfach zur Rechtfertigung bestimmter gewollter Lösungen herangezogen wird. Bei der Lehre vom rigor cambialis handelt es sich lediglich um eine Konsequenz aus einer möglichst unverzüglichen Vollstreckung aus einem Papier, für das der Wechselgläubiger bereits Valuta geleistet hat. Die Frage der Vollstreckung hat jedoch unmittelbar nichts mit der Umlauffähigkeit des Wechsels zu tun. Dass sich der Grundsatz der Wechselstrenge über seine damalige Geltung als Wesensmerkmal des Wechsels und als Voraussetzung für die sofortige Exekution durch Personalarrest im Wechselprozess hinaus bis in das heutige Zeitalter der Maßgeblichkeit der Umlauffähigkeit des Wechsels hinein „retten" konnte, verdankt er nicht zuletzt der mit der Umlauffunktion des Wechsels aufgekommenen, inzwischen jedoch abgelegten Kreationstheorie. Die Kreationstheorie kannte jedoch den Begebungsvertrag nicht. Demzufolge lässt auch der Grundsatz der Wechselstrenge den Begebungsvertrag außer Acht. Im Hinblick auf die Fortentwicklung der Theorien zur Wechselrechtsentstehung ist die Wechselstrenge nicht mehr allein geeignet, als so genannte „Formenstrenge" den Umlaufschutz des Wechsels zu begründen. Vielmehr sind es die allgemeinen

---

386 So auch *Joost*, WM 1977, 1394 (1398).

387 *Joost* bezeichnet das Argument der formellen Wechselstrenge gar als *„Kryptoargument"* und als zur *„wechselrechtlichen Wundertüte entartet"*, WM 1977, 1394 (1400); ähnlich auch *Sedatis*, Über den Ursprung der Wechselstrenge, Einleitung, § 1 (S. 12).

Rechtsgrundsätze aus dem Gutglaubens- und Vertrauensschutz, die die Bestimmung des Wechsels zum Umlauf und seine Attraktivität als umlauffähiges Zahlungs- und Kreditpapier sichern.

Im Ergebnis ist hiernach mit der Gegenauffassung die objektive Auslegung abzulehnen. Die Einbeziehung der Forfaitierung als Umstand des Begebungsvertrages außerhalb der Urkunde in die Auslegung von Wechselerklärungen ist zulässig und mit der subjektiven Auslegung von Wechselerklärungen vereinbar. Der Vermerk „à-forfait“, der den Umstand der Forfaitierung auf die Ebene einer Quasi-Urkundlichkeit transportiert, ist mit der strengen Förmlichkeit des Wechsels vereinbar.

(dd) Vergleich zur Problematik der Zulässigkeit des Garantieindossaments.

Die objektive Auslegung von Wechselerklärungen wird selbst von der Rechtsprechung nicht ausnahmslos betrieben. Die Wechselstrenge hat auch im Rahmen der Zulässigkeit des Garantieindossaments erhebliche Zurückdrängung erfahren. Gegen den nicht erforderlichen Formalismus hat sich das Bedürfnis der Wirtschaft nach einer möglichst einfachen und den Handel fördernden Verfahrensweise mit Wechseln durchgesetzt.[388]

Das Besondere an der letztlich zur Zulässigkeit des Garantieindossaments führenden Erwägung ist, dass sich der BGH über das Erfordernis der formellen Legitimation mit reinen Zweckerwägungen hinweg gesetzt hat. Das Garantieindossament außerhalb der Reihe, so der BGH, unterbreche den Legitimationszusammenhang deshalb nicht, weil dies anderenfalls seinem Zweck zuwider liefe. Mit einer Unterbrechung des Legitimationszusammenhangs der Indossamentenkette wäre der Wert des Wechsels erheblich gemindert. Das Indossament zu Haftungszwecken solle aber gerade den Wert des Wechsels steigern.[389] Der BGH zieht hiermit einen nach seiner Rechtsauffassung nicht zu berücksichtigenden Umstand außerhalb der Urkunde für die Auslegung der Zeichnung eines Indossanten heran. Der Urkunde ist der Wille des Garantieindossanten, nur zum Zwecke der Haftung und nicht zur Übertragung der Wechselrechte zu zeichnen, allein nicht zu entnehmen. Einem dritten Wechselnehmer ist nicht ohne Weiteres erkennbar, dass der Indossant nur deshalb gezeichnet hat, weil er den Wechsel wertvoller machen will. Der Wechsel hätte dem letzten Wechselinhaber auch abhanden gekommen sein können. Damit hat der BGH die von ihm gesetzte Grenze der Auslegung von Wechselerklärungen selbst überschritten, was zur

---

388 Vgl. die Zusammenstellung der Fundstellen in Fußnote 322.

389 So erstmals BGHZ 13, 87 (88) und zuletzt ausdrücklich ZIP 2003, 717 (717).

Förderung des Wirtschaftsverkehrs zu befürworten ist. Den Begründungen des BGH ist schlussfolgernd zu entnehmen, dass es nicht allein auf die Erkennbarkeit eines nichturkundlichen Umstands, sondern auf dessen Zielrichtung ankommt. Ergibt sich aus dem Umstand eine Förderung des Umlaufs des Wechsels und damit ein förderlicher Effekt des Wirtschaftsverkehrs, so besteht kein Grund dafür, diesen Umstand nicht zu berücksichtigen.

(ee) Die Auslegung bei formbedürftigen Wechselerklärungen - so genannte Andeutungstheorie

Die Einbeziehung des außerhalb der Urkunde liegenden Umstandes der Forfaitierung ist auch mit der Formbedürftigkeit der Wechselerklärungen vereinbar. Die Forfaitierung entspricht zwar aufgrund ihrer fehlenden Urkundlichkeit nicht der Form nach Art. 1 WG. Die Rechtsprechung verlangt jedoch für die Auslegung formbedürftiger Erklärungen zumindest eine Andeutung des formlosen Umstandes in der auszulegenden Erklärung.[390] Der Vermerk „à-forfait“ käme dem Erfordernis der Rechtsprechung dahingehend entgegen, dass er das wirklich Gewollte in der objektiv verstandenen Erklärung wenigstens „angedeutet“. Die Andeutungstheorie ist hier jedoch auch ohne Vermerk insofern nicht von herausgehobener Bedeutung, als mit der Literatur eine Differenzierung nach dem Hauptzweck der betreffenden Formvorschrift erfolgen muss.[391] Hiernach kommt es bei der fehlenden Urkundlichkeit auf die Bedeutung des Wechsels als ein zum Umlauf bestimmtes Wertpapier an, welches mit seiner strengen Förmlichkeit dem Interessenschutz von Dritterwerbern verpflichtet ist. Im Interesse der Dritterwerber muss der wesentliche Inhalt aus der Urkunde erkennbar sein. Daher ist in diesem Rahmen lediglich problematisch, ob die Forfaitierung als ein äußerer Umstand bei der Auslegung der Wechselerklärung des Ausstellers (Exporteurs) berücksichtigungsfähig ist, was mit der vorzugswürdigen subjektiven Auslegung zu bejahen ist. Die Gründe, die für die allgemeinen Anforderungen an formbedürftige Willenserklärungen sprechen, werden im Bereich des Wechselrechts in verschärfter Weise von der Auslegungslehre erfasst. Sie umfasst auch den von der Andeutungstheorie geforderten „Anklang“ im Text der Urkunde.

---

390 RGZ 79, 418 (422); 80, 400 (402); 136, 422 (424); 137, 305 (309); 160, 109 (111); BGHZ 80, 242 (245); BGH NJW 1989, 1484 (1486).

391 *Larenz/Wolf*, BGB, § 28, Rdnr. 83, 86; *Mayer-Maly/Busche* in: MünchKomm, BGB, § 133, Rdnr. 29.

(ff) Eindeutigkeit und Klarheit der Urkunde

Aus dem Grundsatz der formellen Wechselstrenge folgt, dass der Wechsel in seinen Bestandteilen stets eindeutig und klar sein muss. Die Eindeutigkeit der Wechselurkunde könnte durch den Vermerk „à-forfait“ in Mitleidenschaft gezogen werden, weil dieser scheinbar in eine Konfliktlage mit der gesetzlichen Haftung nach Art. 9 Abs. 2 HS 2 WG tritt. Bestehen Unklarheiten über die Wirksamkeit der Ausstellerhaftung, so ist im Zweifel Nichtigkeit des Wechsels anzunehmen. Die Nichtigkeitsfolge wird aus Gründen des Schutzes künftiger Wechselerwerber und damit des Schutz des Wechselumlaufs so streng gehandhabt. Derartige Unklarheiten über das Bestehen der Ausstellerhaftung unter Verwendung des auf die Forfaitierung hinweisenden Vermerks bestehen im Ergebnis jedoch nicht. Die Eindeutigkeit und Klarheit der Urkunde wird weder durch die Wirkungsweise des Vermerkes noch durch die Forfaitierung selbst beeinträchtigt. Der Vermerk wirkt nur mittelbar in Verbindung mit dem Handelsbrauch Forfaitierung und schließt die Ausstellerhaftung nicht aus. Auch wenn der Vermerk Anlass für eine grobe Fahrlässigkeit ist, so ist damit lediglich die Frage einer Obliegenheitsverletzung eröffnet, nicht jedoch die Klarheit der Urkunde bereits tangiert. Die Forfaitierung selbst bewirkt keinen Haftungsausschluss, sondern nur eine Haftungsverlagerung von der Person des Ausstellers auf die Person des Remittenten (den Forfaiteur). Der Haftungsgrund nach Art. 9 Abs. 2 HS 2 WG bleibt in sich unberührt, lediglich die Person des Haftenden ist eine andere. Insofern besteht hier eine mit dem Schuldnerwechsel vergleichbare Lage. Die künftigen Wechselerwerber erleiden folglich keinen Rechtsverlust. Überdies werden sie im Fall der Nichtzahlung des Wechsels durch den Bezogenen regelmäßig den finanzkräftigsten Wechselnehmer als Rückgriffsschuldner heranziehen. Das ist in der Regel der Forfaiteur als Bank des Exporteurs. Der Dritte wird sich schon aus praktischen Erwägungen vornehmlich an den Forfaiteur halten, als zu versuchen, den Aussteller in Regress zu nehmen. Letztlich hat der Vermerk „à-forfait“ auch keine unmittelbar die Ausstellerhaftung ausschließende Wirkung. Er kann lediglich eine ausschließbare Gültigkeitseinwendung begründen und dies freilich nur, sofern die besonderen Bedingungen des Handelsbrauchs greifen. Hiernach sind bei der Verwendung des Vermerkes „à-forfait“ Zweifelsfälle über die Klarheit der Urkunde nicht gegeben.

(f) Keine Verletzung von Rangverhältnissen zwischen zwingendem Wechselrecht und Handelsrecht

Bei der Abwägung des Grundsatzes der formellen Wechselstrenge und der Zulässigkeit des Vermerks „à-forfait“ stehen sich letztlich Wechselrecht und Handelsrecht gegenüber. Im Ergebnis zielt die Berücksichtigung des Vermerkes „à-forfait“ als Hinweis auf einen Handelsbrauch darauf ab, die Haftung des Wechselausstellers nach Art. 9 Abs. 2 WG abzuändern, wenn auch in einer bloßen

Verschiebung auf einen anderen Wechselbeteiligten. Ob eine von Gesetzes wegen nicht ausschließbare Haftung durch Handelsbrauch überhaupt abänderbar ist, hängt zuletzt auch vom Rangverhältnis zwischen dem Handelsrecht und dem Wechselrecht ab. Grundsätzlich stehen sich beide Gesetze gleichwertig gegenüber. Entscheidend ist aber, dass sowohl das Wechselgesetz als auch das Handelsgesetzbuch dem Handelsgewohnheitsrecht der Kaufleute entstammen. Beide waren ursprünglich ungeschriebenes Recht.[392] Unter der Geltung des Römischen Rechts bildete der Handel sein eigenes Recht heraus, weil das Römische Recht trotz seiner weit verbreiteten Geltung für die Bedürfnisse des Handels ungeeignet war und für die damaligen neuen Verhältnisse des Handels zu wenig Anhalt bot.[393] Das Handelsrecht stellte sich als Inbegriff aller Handelsregeln dar. Es beruhte auf Handelsgebräuchen und auf Gutachten der Kaufleute. Sein Bedeutungs- und Regelungsgehalt entwickelte sich in einem Zuge mit dem Handel. Da der deutsche Handel schon früh mit dem Ausland in Verkehr trat, enthält das deutsche Handelsrecht auch Prinzipien des europäischen Handels und nahm diese als europäische Rechtsnormen in sich auf.[394] Die Internationalität findet sich auch bei dem Institut des Wechsels wieder. Bereits 1839 führte *Einert* aus, das Institut des Wechsels bestünde im gesamten Bereich der kultivierten Welt und sei das Bindemittel, welches die Nationen vereinigt und überall Handel und Geschäfte vermittelt. Man müsse davon ausgehen, dass die verschiedenen Nationen bei seiner Handhabung ein gemeinsames Interesse beabsichtigen, und dies müsse den Schlüssel zur Erkenntnis der Sache und ihrer rechtlichen Bedürfnisse geben.[395]

---

392 *Scherer*, Handbuch des Wechselrechts, dritter Theil, § 26 (S. 268): *„Das Wechselrecht ist seinem Ursprung nach ein bloßes Gewohnheitsrecht: es hat seine Entstehung bloß der Kaufmannschaft zu verdanken. Mit dieser und den Handlungsgeschäften vertragen sich zwar die Subtilitäten des römischen Rechts nicht, sie sind aber doch an eine auf Treu und Glauben sich gründende Accuratesse und Punctualität gebunden; davon liegt der Beweis in dem Wechselgeschäfte selbst.“*; so auch *Biener*, Abhandlungen aus dem Gebiet der Rechtsgeschichte, II. Historische Erörterungen über den Ursprung und den Begriff des Wechsels, S. 62: *„Das Wechselrecht ist seinem Ursprunge nach Gewohnheitsrecht, wie das Handelsrecht überhaupt sich als gemeiner Europäischer Handelsbrauch gebildet hat.“*; *Danz*, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, § 225, (S. 372).

393 *Biener*, Abhandlungen aus dem Gebiet der Rechtsgeschichte, II. Historische Erörterungen über den Ursprung des Wechsels, S. 62.

394 *Phillips*, Grundsätze des gemeinen Deutschen Privatrechts, 2. Abschn., § 276 (S. 604 f.).

395 *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, Einleitung, (S. 13).

Wechselrecht ist demzufolge speziell herausgebildetes Handelsrecht, der Wechsel eine Schöpfung der kaufmännischen Praxis.[396] Da der Handelsbrauch im engeren Sinne nicht nur bloße Verkehrssitte ist, sondern einen eigenen Regelungscharakter besitzt und damit dieselbe Geltung beansprucht wie gesetztes Recht, ist er in der Lage, auch zwingendes Wechselrecht zu modifizieren. Bei der Geltung von Handelsgewohnheitsrecht im Rahmen des Wechselrechts handelt es sich nämlich nicht um eine lediglich vom Normenkatalog des Wechselrechts abweichende Willensübereinkunft zweier Vertragsschließender, sondern um eine vom Kontrahentenwillen unabhängige, unmittelbar Rechtswirkung entfaltende zwingende Verhaltensanordnung.

(g) Der Vermerk „à-forfait“ und die formelle Wechselstrenge verfolgen dasselbe Ziel.

Die sich darstellende Konfliktlage zwischen dem Vermerk „à-forfait“ und dem Grundsatz der Wechselstrenge erscheint bei näherer Betrachtung deutlich geringer ausgeprägt, denn beide verfolgen dasselbe Ziel. Sowohl der Vermerk, als auch der Grundsatz der Wechselstrenge streben die Sicherung des Handels- und Wirtschaftsverkehrs an. Der Grundsatz der Wechselstrenge erreicht das über den Schutz der Umlauffunktion des Wechsels in genereller Weise. Der Vermerk „à-forfait“ bewirkt dagegen eine größere Rechtssicherheit konkret bei der Forfaitierung als ein besonderes Handelsgeschäft, bei dem der Umgang mit Wechseln gegenwärtig noch von größerer Bedeutung ist. Die Forfaitierung von Wechselforderung ist nur dann sicher gewährleistet, wenn unzumutbare Haftungsrisiken verlässlich ausgeschaltet werden können. Sie ist heutzutage als international praktiziertes Finanzierungsgeschäft ein wesentliches Instrument des internationalen Handels und für den Export unentbehrlich.

Die in der Haftungsübernahme des Forfaiteurs liegende besondere Geschäftspraxis ist unter Kaufleuten bekannt. Da das Geschäft der Forfaitierung ein Kaufmannsgeschäft ist und international einheitlich verstanden wird, entsteht durch die Anerkennung des Vermerks „à-forfait“ als zulässige Erklärung auf der Wechselurkunde keine Gefährdungslage. Der Vermerk ist vielmehr sowohl für den Binnen- als auch für den weltumspannenden Handel erforderlich, um die Haftungsfragen für Forfaitierungswechsel einheitlich und verbindlich zu regeln. Die sich daraus ergebende Rechtssicherheit wird die weitere Entwicklung des

---

396 *Hefermehl*, WG, Einl., Rdnr. 1; vgl. auch die Formulierung des Wechsels als eigentümliches Handelsrechtsinstitut bei *Goldschmidt*, Handbuch des Handelsrechts, Teil B Geschichtlich-Literarische Einleitung und Grundlehren, Erstes Buch § 37, (S. 369, dort in Fn. 5a).

Exportes auf der Grundlage einer zuverlässigen Finanzierung durch Forfaitierung von Wechselforderungen positiv beeinflussen können.

h) Ergebnis

Die Skriptur des Vermerks „à-forfait“ auf der Vorderseite der Wechselurkunde ist mit dem Grundsatz der Wechselstrenge vereinbar und damit zulässig. Die besondere Förmlichkeit des Wechsels und die Wahrung seiner Umlauffähigkeit verlangen keinen rigorosen Ausschluss von urkundlichen Vermerken unabhängig von ihrem konkreten Erklärungsinhalt.

Zu diesem Ergebnis führt vor allem die Erkenntnis, dass der Grundsatz der Wechselstrenge, wie er von der Rechtsprechung und herrschenden Lehre definiert wird, ein Produkt der früheren Lehre vom rigor cambialis ist. Die aus der Wechselstrenge folgende eigentümliche Förmlichkeit des Wechsels resultierte ursprünglich aus den besonderen Verfahrensgrundsätzen in Wechselsachen, nämlich aus den Anforderungen an die Durchführungen der sofortigen Exekution durch Personalarrest. Obwohl die Rechtsprechung und herrschende Lehre die Formenstrenge des Wechsels heutzutage mit seiner Umlauffunktion begründen, wird die Absicherung der Umlauffunktion als allein maßgebliches Zulässigkeitskriterium, konkret bei der Auslegung von Wechselerklärungen, nicht konsequent berücksichtigt. Vielmehr greift die herrschende Meinung bei der Bestimmung der Auslegungsgrenzen für Wechselerklärungen auf überkommene Formalakte, wie die Bedeutung der Skriptur im Rahmen der überwundenen Kreationstheorie, zurück. Anderenfalls müsste sie konsequenter Weise ihre Auffassung von einer rein objektiven Auslegung von Wechselerklärungen aufgeben und die Berücksichtigung von Umständen aus dem Begebungsvertrag uneingeschränkt als zulässig anerkennen. Es ist zutreffend, dem Schutz der Umlauffähigkeit des Wechsels die zentrale Bedeutung einzuräumen, denn bei einer nur eingeschränkten oder gar aufgehobenen Umlauffähigkeit ist ein Wechsel wertlos. Damit wird zugleich seine Bedeutung für den Handelsverkehr unmittelbar angesprochen. Der Handel bestimmt in besonderem Maße, welche Anforderungen an eine Wechselurkunde zu stellen sind und gibt auch den Maßstab für den Grundsatz der Wechselstrenge vor. Diese hat sich im Rahmen ihrer Geltung an den Bedürfnissen des Handelsverkehrs auszurichten. Unterstützt wird dieser Gesichtpunkt nicht zuletzt aus der Erkenntnis, dass der Wechsel selbst ein Produkt des Handels ist. Folglich bedingen auch Handels- und Wechselrecht einander. Sofern es für die sichere und zuverlässige Durchführung von Handelsgeschäften wie der Forfaitierung erforderlich ist, muss sich das Wechselrecht dem Handelsrecht anpassen. Die Frage nach der Zulässigkeit des Vermerkes „à-forfait“ auf der Wechselurkunde ist daher genauso bejahend zu beantworten wie seinerzeit die Zulässigkeit des Garantieindossaments. Eine Gefährdungslage für den Wechselverkehr entsteht dadurch nicht. Insbesondere werden Eindeutigkeit und Klarheit der Wechselurkunde nicht in Mitleidenschaft gezogen. Das Verhältnis

zwischen dem Erfordernis des Vermerkes „à-forfait“ und dem Grundsatzes der Wechselstrenge ist nur scheinbar kontradiktorisch. Bei näherer Betrachtung beider Regelungsziele ist eine Parallele erkennbar. Daher kann auch der Grundsatz der Wechselstrenge im Hinblick auf die Wirkung des Vermerkes „á-forfait“ zurücktreten. Ein Ausschluss des Vermerkes zum Schutze des Handelsverkehrs durch die Wechselstrenge ist nicht erforderlich.

D. Ergebnis der Untersuchung und Aussichten für die Forfaitierungspraxis

Das Exportfinanzierungsgeschäft Forfaitierung leidet bereits seit seiner Einführung punktuell an rechtlicher Instabilität.[397] Ursächlich dafür war zu Zeiten des Geltungsbereichs des alten Schuldrechts weniger seine Rechtsnatur als Rechtskauf, sondern konkret bei der Wechselforfaitierung eher der Vertragsgegenstand, da auf der wechselrechtlichen Ebene mit vertraglichen Abreden unter den Parteien des Forfaitierungsvertrages eine Rechtslage geschaffen wurde, die das Wechselrecht so nicht zur Verfügung stellt. Mit der Schuldrechtsmodernisierung zum 01. Januar 2002 und der Einführung des Prinzips der verschuldensabhängigen Haftung im Rahmen eines einheitlichen Haftungskonzepts kam für die Forfaitierungspraxis ein weiterer Unsicherheitsfaktor hinzu.

Die damalige Rechtsstabilität kann jedoch im Rahmen des Forderungs- bzw. Rechtskaufs nach dem Ergebnis der Untersuchung aufrechterhalten werden. An der Haftungsverteilung hinsichtlich des Veritäts- und des Bonitätsrisikos unter den Parteien des Forfaitierungsvertrages hat sich zunächst nichts verändert. Bei näherer Betrachtung des Normzwecks des entfallenen § 437 BGB a.F., des Gesetzgebungsverfahrens zu § 311a Abs. 2 S. 2 BGB, als nunmehr in diesem Bereich einschlägige Norm, und unter Beachtung des Fortbestehens der besonderen Schutzbedürftigkeit des Rechts- bzw. Forderungskäufers ist zu erkennen, dass auch nach der Schuldrechtsmodernisierung für den Bereich der Veritätshaftung weiterhin Bedarf an einer verschuldensunabhängigen Haftung nach altem Vorbild besteht. Die Garantiehaftung ist auch innerhalb des modernisierten Haftungssystems des allgemeinen Schuldrechts von Bestand. Der Forfaiteur ist nicht ausschließlich auf eine entsprechende Vereinbarung mit dem Forfaitisten angewiesen, um dessen verschuldensunabhängige Einstandspflicht herbeizuführen. Sie ergibt sich nach dem hier ermittelten Ergebnis der Untersuchung unmittelbar aus den Regelungen der §§ 311a Abs. 2 S. 2 i.V.m. 276 Abs. 1 S. 1 BGB. Dabei ist der Wortlaut des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB im Hinblick auf § 311a Abs. 2 S. 2 BGB im Rahmen seiner Anwendung auf den Rechts- bzw. Forderungskauf durch teleologische Auslegung zu extendieren. Der Rechts- bzw. Forderungskauf ist danach als eine Fallgruppe des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB zu verstehen und unter das Tatbestandsmerkmal „Inhalt des Schuldverhältnisses“ zu subsumieren. Mit der vorgeschlagenen Lösung wird ein Regelungsstand erreicht, den die Forfaitierungspraxis andererseits über individualvertragliche Vereinbarungen oder auch durch allgemeine Geschäftsbedingungen herbeiführen müsste. Die frühere verlässliche Regelungslage zu Zeiten der Geltung des § 437 BGB a.F. kann mit der aufgezeigten Lösung wieder herbeigeführt werden.

---

397 Vgl. zum Ganzen die Literaturangaben in den Fußnoten 3 und 4.

Speziell für die Forfaitierung von Wechselforderungen konnte zunächst festgestellt werden, dass Mängel in den wesentlichen Bestandteilen der Wechselurkunde, die damit zugleich die Wechselforderung beeinträchtigen, der Gruppe der Rechtsmängel zuzuordnen sind. Die Unterscheidung in Rechts- und Sachmängel ist infolge der unterschiedlichen Anwendung des Haftungsmaßstabes weiterhin von Bedeutung. Als Rechtsmängel unterfallen sie der Garantiehaftung des Forfaitisten nach § 311a Abs.2 S. 2 i.V.m. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB.

Ein Hauptanliegen der vorliegenden Untersuchung war die Erarbeitung einer Lösung für die seit jeher bestehende Problematik der Übertragung der forfaitierungsvertragstypischen Haftungsverhältnisse auf wechselrechtlicher Ebene. Der dargestellte Lösungsvorschlag besteht in einer nichturkundlichen Gültigkeitseinwendung des Wechselausstellers gegen seine Inanspruchnahme nach Art. 9 Abs. 1 WG durch handelsbrauchgebundene, kaufmännische Wechselinhaber im Wege des Haftungsrückgriffs bei Rücklauf des Wechsels. Diese Gültigkeitseinwendung besteht aus der Verwendung des auf eine Forfaitierung des Wechsels hinweisenden Vermerks „à-forfait“ und der Wirkung eines aus dem Forfaitierungsgeschäft stammenden Handelsbrauchs. Zu beachten ist, dass die vorgestellte Gültigkeitseinwendung nicht gegenüber Nichthandelsbrauchunterworfenen und insbesondere nicht gegenüber Nichtkaufleuten besteht. Der Vermerk „à-forfait“ ist mit Art. 9 Abs. 2 WG vereinbar, da er die Ausstellerhaftung allein nicht ausschließt, sondern es vielmehr auch auf das Eingreifen des Handelsbrauchs ankommt. Für die Zulässigkeit des Vermerkes „à-forfait“ war im besonderen Maße die Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der formellen Wechselstrenge entscheidend. Aus der geschichtlichen Betrachtung der Wechselstrenge war ersichtlich, dass sie noch heute vielfach im Lichte einer inzwischen als fehlerhaft erkannten Bedeutung angewendet wird. Das gilt insbesondere bei dem im Rahmen der Auslegung von Wechselerklärungen anzulegenden Maßstab. Obwohl inzwischen einhellig anerkannt ist, dass die Wechselstrenge dem Umlauf des Wechsels zu dienen verpflichtet ist, werden vielfach überkommene Formalien als zwingend ohne Rücksichtnahme darauf fortgeführt, ob der Wechselumlauf und der Wechselverkehr diese Formerfordernisse tatsächlich zu ihrer Absicherung erfordern. Für die Vereinbarkeit des Vermerkes „à-forfait“ mit dem Grundsatz der Wechselstrenge sprachen nicht zuletzt die Bedürfnisse des Handelsverkehrs, insbesondere der Forfaitierungspraxis, und die Beseitigung einer schwerwiegenden Rechtsunsicherheit bei hohem Wechselumlauf. Der aufgezeigte Lösungsvorschlag verletzt weder Grundsprinzipien des Wechselrechts, noch bringt er eine Gefährdungslage für die dem Forfaitierungskreis nicht zugehörigen Wechselverkehrsbeteiligten mit sich. Er trägt, als dem gegenwärtigen Wechselverkehr angepasst, dem internationalen Handel und Umgang mit Wechseln Rechnung. Die weltweit praktizierte Verfahrensweise bei der Forfaitierung von Wechselforderungen aus Exportgeschäften erhält über die Anwendung des Lösungsvorschlages eine generelle abstrakte Wirkung. Es wird lediglich dasje-

nige als allgemeingültig umgesetzt, was zuvor konkret individuell als üblich praktiziert wurde.

Literaturverzeichnis

ALTMEPPEN, HOLGER: Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf, DB 2001, 1399 ff.

- Nochmals: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Enwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes - Replik auf Canaris, DB 2001,S. 1815, DB 2001, 1821 ff.

BALLERSTEDT, KURT: Zur Lehre vom Gattungskauf, Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, 1955, hrsg. v. Dietz, Rolf, Hueck, Alfred, Reinhardt, Rudolf, München, Berlin 1955, zit.: 1. FS f Nipperdey (1955).

BANKRECHTS-HANDBUCH, hrsg. von Schimansky, Herbert; Bunte, Hermann-Josef; Lwowski, Hans-Jürgen, Band I, II., 2. Aufl., München 2001; zit.: Bearb. in: Bankrechts-Handbuch.

BAUMBACH, ADOLF / HEFERMEHL, WOLFGANG: Wechselgesetz und Scheckgesetz, 22. Aufl., München 2000.

BAUMBACH, ALDOF / HOPT, KLAUS J.: Handelsgesetzbuch, 31. Aufl., München 2003.

BAUMGÄRTEL, GOTTFRIED: Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1991.

BAYER, WALTER: Der Vertrag zugunsten Dritter, Tübingen 1995.

BAYER, WILHELM F.: Auslegung und Ergänzung international vereinheitlichter Normen durch staatliche Gerichte, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) Band 20 (1955), 603 ff.

BECK'SCHE GESETZESDOKUMENTATIONEN: Schuldrechtsreform 2002, München 2002, Ordnungsnummer 5, Regierungsbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, zu § 311a - Ausschluß der Leistungspflicht bei Vertragsschluss, S 723 ff.

BERNARD, HERMANN: Rechtsfragen des Forfaitierungsgeschäfts, Berlin 1989.

BERNSTORFF, CHRISTOPH, GRAF V.: Entwicklungen der Außenhandelsfinanzierung, RIW (Recht der Internationalen Wirtschaft) 1987, 889 ff.

- Das internationale Wechsel- und Scheckrecht, Kundendienst der Landesbanken und Sparkassen für die Außenwirtschaft.

BETTE, KLAUS: Das Factoringgeschäft in Deutschland, Praxis und Recht, Stuttgart 1999.

BEUTHIEN, VOLKER: Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969.

BIENER, FRIEDRICH AUGUST: Abhandlungen aus dem Gebiet der Rechtsgeschichte, II., Historische Erörterungen über den Ursprung und den Begriff des Wechsels, Leipzig 1846,

BRIEGLEB, HANS KARL: Ueber executorische Urkunden und Executiv-Prozeß, Erster Theil, Geschichte des Executiv-Prozesses. Zweite Ausgabe, Stuttgart 1845.

BRINK, ULRICH: Forfaitierung und Factoring im Lichte der Schuldrechtsreform, MW 2003, 1355 ff.

BRÜGGEMEIER, GERT: Zur Reform des deutschen Kaufrechts - Herausforderungen durch die EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, JZ 2000, 529 ff.

CANARIS, CLAUS-WILHELM: Bankvertragsrecht, (HGB-Großkommentar), 3. Aufl., Berlin, New York 1988.

- Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.

- Das allgemeine Leistungsstörungsrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2001, 329 ff.

- Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499 ff.

- Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetztes, DB 2001, 1815 ff.

- Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen, in: Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, hrsg. von Schulze, Reiner / Schulte-Nölke, Hans, Tübingen 2001, S. 43 ff., zit.: Bearb. in: Schulze/Schulte-Nölke.

- Die Bedeutung allgemeiner Auslegungs- und Rechtsfortbildungskriterien im Wechselrecht, JZ 1987, 543 ff.

DANIELS, HEINRICH GOTTFRIED WILHELM: Grundsätze des Wechselrechts, Köln 1827.

DANZ, WILHELM AUGUST FRIEDRICH: Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Bd. II, Stuttgart 1797.

- Grundsätze der summarischen Prozesse, 3. Ausgabe, Stuttgart 1806.

DAUNER-LIEB, BARBARA: Die geplante Schuldrechtsmodernisierung - Durchbruch oder Schnellschuß?, JZ 2001, 8 ff.

DEDEKIND, JULIUS LEVIN ULRICH: Vergangenheit und Gegenwart des Deutschen Wechselrechts mit Wünschen für seine Zukunft, für seine gleichförmige Codifikation in ganz Deutschland, Braunschweig 1844.

DEUBER, ANDREAS: Rechtliche Aspekte der Forfaitierung, Diss. St. Gallen, Hallenstadt 1993

DIE FORFAITIERUNG, Broschüre zum Außenhandel der Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, München 2001.

EBENROTH, CARSTEN THOMAS / BOUJONG, KARLHEINZ / JOOST, DETLEV: Handelsgesetzbuch, Band 2, (§§ 343-475h) Transport, Bank- und Börsenrecht, München 2001, zit.: Bearb. in: Ebenroth/Boujong/Joost.

EINERT, CARL: Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, Leipzig 1839.

EMMERICH, VOLKER: Rechtslage bei der Forfaitierung eines Wechsels, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 21.06.1994, JuS 1994, 982.

ENNECCERUS, LUDWIG / LEHMANN, HEINRICH: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Bearb., Tübingen 1954.

ERMAN: Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. von Westermann, Harm Peter, Band 1, §§ 1-853, 10. Aufl., Köln 2000.

- Band 1, 11. Aufl., Köln 2004.

ERNST, WOLFGANG / GSELL, BEATE: Kaufrechtsrichtlinie und BGB, ZIP 2000, 1410 ff.

ERNST, WOLFGANG: Die Schuldrechtsreform 2001/2002, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2001, 1 ff.

- Kernfragen der Schuldrechtsreform, JZ 1994, 801 ff.

ESSER, JOSEF / SCHMIDT, EIKE: Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis, 7. Aufl., Heidelberg 1993.

ESSER, JOSEF / WEYERS, HANS-LEO: Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 1, Verträge, Ein Lehrbuch, 8. Aufl., Heidelberg 1998.

EVANS-VON KRBEK, FRANZISKA-SOPHIE: Gleichstellung des anfänglichen Schuldnerunvermögens mit dem nachträglichen?, AcP 177 (1977), 35 ff.

EYLES, UWE: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.06.1994, WiB (Wirtschaftsrechtliche Beratung) 1994, 788 ff.

FIKENTSCHER, WOLFGANG: Schuldrecht, 9. Aufl., Berlin New York 1997.

FINGER, PETER: Die Forfaitierung, ihre Erscheinungsformen in der Praxis und ihre rechtliche Behandlung, BB (Betriebs-Berater) 1969, 765 ff.

FLUME, WERNER: Eigenschaftsirrtum und Kauf, Habil. Berlin (1933), Darmstadt 1975.

FRIEDRICHS, DIETER: Exportfinanzierung durch Forfaitierung, Hamburg 1970.

FUCHSBERGER, OTTO: Die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes und des Reichsgerichtes auf dem Gebiete des Wechsel- und Wechselproceß-Rechtes unter besonderer Berücksichtigung der in- und ausländischen Wechsel- und Wechselproceß-Gesetze und der hier einschlägigen Bestimmungen des gemeinen Civilrechts und der verschiedenen Landesgesetze, Gießen 1881.

GELD-, BANK- UND BÖRSENWESEN, Handbuch des Finanzsystems, hrsg. von v. Hagen, Jürgen / v. Stein, Johann, Heinrich, 40. Aufl., Stuttgart 2000.

GEMEINSCHAFTSKOMMENTAR ZUM HANDELSGESETZBUCH, hrsg. von Ensthaler, Jürgen, 6. Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin 19999

GERNHUBER, JOACHIM: Bürgerliches Recht, 3. Aufl., München 1991.

GLANEGGER, PETER / GÜROFF, GEORG / KIRNBERGER, CHRISTIAN / KUSTERER, STEFAN / PEUKER, MONIKA / RUß, WERNER / SELDER, JOHANNES / STUHLFELDNER, ULRICH: Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. Aufl, Heidelberg 2002, zit.: Bearb. in: Glanegger/Güroff, HGB.

GLOBEL TRADE FINANCE, Exportfinanzierung mit der Deutschen Bank, Broschüre der Deutsche Bank AG, 2. Auflage, 2002.

GMÜR, CHARLES, J.: Forfaitierung - ein Mittel zur finanziellen Unternehmenssicherung, Jahrbuch für Betriebswirte 1983, 235 ff.

- Probleme der Exportfinanzierung, hrsg. von SHZ Schweizerische Handelszeitung Zürich, Bern, Stuttgart 1972.

GOLDSCHMIDT, LEVIN: Handbuch des Handelsrechts, Teil A, Universalgeschichte des Handelsrechts, 2. Neudruck der Ausgabe Stuttgart 1891, Aalen 1973.

- Handbuch des Handelsrechts, Teil B, Geschichtliche-Literarische Einleitung und Grundlehren, Neudruck der Ausgabe Stuttgart 1875, Aalen 1973.

GRUNEWALD, BARBARA: Die Grenzziehung zwischen Rechts- und Sachmängelhaftung beim Kauf, Bonn 1980.

- Vorschläge für eine Neuregelung der anfänglichen Unmöglichkeit und des anfänglichen Unvermögens, JZ 2001, 433 ff.

GRÜNHUT, CARL SAMUEL: Wechselrecht, Band I, Leipzig 1897.

GUDIAN, GUNTER: Die Haftung für anfängliches Unvermögen, NJW 1971, 1239 ff.

GUILD, IAN / HARRIS, RHODRI: Forfaitierung - Die Alternative in der Außenhandelsfinanzierung, Wiesbaden 1988.

HAAS, LOTHAR/ MEDICUS, DIETER/ ROLLAND, WALTER/ SCHÄFER, CARSTEN/ WENDTLAND, HOLGER: Das neue Schuldrecht, München 2002, zit.: Bearb. in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland.

HAGENMÜLLER, K.F. / SOMMER, HEINRICH, JOHANNES / GMÜR, CHARLES, J.: Factoring- Handbuch, national - international, Frankfurt a.M. 1982.

HAKENBERG, MICHAEL: Juristische Aspekte der Exportfinanzierung, RIW 1998, 906 ff.

HANDBUCH DES SCHULDRECHTS in Einzeldarstellungen, hrsg. von Gernhuber, Joachim, Band 6, Kaufrecht, von Gerhard Walter, Tübingen 1987.

- Band 9/1, Leistungsstörungen, Band I, von Ulrich Huber, Tübingen 1999, zit.: Bearb. in: Handbuch des Schuldrechts, Bd. 9/1, Leistungsstörungen.

- Band 8, Das Schuldverhältnis, bearb. v. Gernhuber, Joachim, Tübingen 1989, zit.: Bearb. in: Handbuch des Schuldrechts, Bd. 8, Das Schuldverhältnis.

HARRIES, HEINRICH: Rechtsfragen der langfristigen Exportfinanzierung, RIW 1973, 1 ff.

HATTENHAUER, HANS: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, 3. Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin 1996.

HÄUSERMANN, BALZ, TOBIAS: Forfaitierungsgeschäfte im Dienste der mittelfristigen Exportfinanzierung, Diss. Zürich Bern und Stuttgart 1972.

HECK, PHILIPP: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

HEFERMEHL, WOLFGANG: Zum Anwendungsbereich des Art. 17 WG, ZHR 144 (1980), 34 ff.

- Unterschriften auf der Rückseite des Wechsels außerhalb der Reihe der Indossamente - Ein Beitrag zur Legitimation, Festschrift für Eduard Wahl zum siebzigsten Geburtstag am 29. März 1973, hrsg. von Müller, Klaus und Soell, Hermann, Heidelberg 1973.

HEINECCIUS, JOHANN GOTTLIEB: Elementa juris cambialis commoda auditoribus methodo adornata, Amsterdam 1742.

HELM, HORST: Die Rechtsnatur des Wechseldiskontgeschäfts - Eine Entgegnung auf Stauder in WM 1968, 562, WM 1968, 930 ff.

- Zur Rechtsnatur des Wechseldiskontgeschäfts, WM 1968, 310 ff.

HEYDIGER, JOHANN JACOB: Eines gewissen Autoris Anleytung zu gründlichem Verstand des Wechsel-Rechts, Frankfurt am Main 1676.

HEYMANN, ERNST: Handelsgesetzbuch, Sammlung Guttentag, Band 4, §§ 343-460; Berlin, New York 1990.

HIRSCH, ERNST E.: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.04.1954 (Zur Garantie- und Transportfunktion des Wechselindossaments, NJW 1954, 1196), NJW 1954, 1568 f.

HUBER, PETER/ FAUST, FLORIAN: Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, München 2002.

HUBER, ULRICH: Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, hrsg. von Ernst, Wolfgang / Zimmermann, Reinhard, Tübingen 2001, S. 47 ff, zit.: Bearb. in: Ernst/Zimmermann.

- Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, 2137 ff.

- Einwendungen des Bezogenen gegen den Wechsel, Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Band II, Köln 1978, S. 83 ff., zit.: Bearb. in: FS f. Flume Bd II.

- Mängelhaftung beim Kauf von Gesellschaftsanteilen, ZGR (Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht) 1972, S. 395 ff.

HUECK, ALFRED / CANARIS, CLAUS-WILHELM: Recht der Wertpapiere, 12. Aufl., München 1986.

JACOBI, ERNST: Wechsel- und Scheckrecht unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts, Berlin 1955.

JÄHRIG, ALFRED / SCHUCK, HANS: Handbuch des Kreditgeschäfts, 5. Aufl., Berlin 1990, zit.: Bearb. in: Jährig/Schuck, Handbuch des Kreditgeschäfts.

JAUERNIG, OTHMAR: Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., München 2003, zit.: Bearb. in: Jauernig.

- Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., München 1999, zit.: Bearb. in: Jauernig.

JOOST, DETLEV, Wechselauslegung und Wechselstrenge. Zum Einwendungsausschluß gegenüber dem ersten Wechselnehmer, WM 1977, 1394 ff.

KADUK, HUBERT: Fragen zur Zulässigkeit von Verfügungen zugunsten Dritter, Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, S. 303 ff.

KINDL, JOHANN: Das Recht der Leistungsstörungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, WM 2002, 1313 ff.

KISSNER, ERICH: Die Forfaitierung und das Switchgeschäft in: Ostfesthandel für die 70er Jahre, hrsg. von Lange-Prollius, Horst, Bad Harzburg 1971, zit.: Kissner in: Ostwesthandel.

- Forfaitierung, Leasing, Factoring im Auslandsgeschäft, Frankfurt a.M. 1982.

- Auch heute noch interessant: Forfaitierung, Die Bank 1981, S, 25 ff.

- Die praktische Abwicklung des à forfait-Geschäftes, Die Bank, 1981, 56 ff.

KNIESTEDT, KLAUS: Zur bloßen Unterschrift auf der Rückseite eines Wechsels an eigene Order zu Garantiezwecken, BB 1962, 695 ff.

KNOTE, ALEXANDER / RUBACH, CHRISTIAN,: Die Forfaitierung, Bonn 1988.

KNÜTEL, ROLF: Zur Schuldrechtsreform, NJW 2001, 2519 ff.

KOCH, CHRISTIAN FRIEDRICH: Das Wechselrecht, nach den Grundsätzen der allgemeinen deutschen Wechselordnung und nach seiner Anwendung in den preußischen Ländern, Breslau 1850.

KOHL, BARBARA: Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Factoring-Geschäft in Deutschland, FLF (Finanzierung, Leasing, Factoring) 2003, 80 ff.

KOLLER, INGO: Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, Habil. München 1979.

KROPHOLLER, JAN: Internationales Einheitsrecht, Tübingen 1975.

KUBIS, SEBASTIAN: Gerichtspflicht durch Schweigen? - Prolongation, Erfüllungsortvereinbarung und internationale Handelsbräuche, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 1999, 10 ff.

KUNTZE, J. E.: Die Definition des heutigen Wechsels, der rigor cambialis und die sogen. vis attractiva, Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht, 14. Band (1865), S. 337 ff.

KUTTNER, KLAUS: Mittel- und langfristige Exportfinanzierung, Besondere Erscheinungsformen in der Außenhandelsfinanzierung, Wiesbaden 1988.

LAMBECK, PETER: Factoring und Forfaitierung als Alternativen der Fremdfinanzierung, Finanzierungshandbuch, hrsg. von Christians, Wilhelm, 2. Aufl., Wiesbaden 1988.

LARENZ, KARL: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987.

- Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Aufl., München 1986.

- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, fortgeführt von Wolf, Manfred, 8. Aufl., Münnchen 1997.

LAUFS, ADOLF: Der jüngste Reichsabschied von 1654, Bern und Frankfurt am Main 1975.

LIESECKE, RUDOLF: Die Blankounterschrift auf der Rückseite des Wechsels, WM 1967, 946 ff.

- Die neue Rechtsprechung, insbesondere des Bundesgerichtshof, zum Wechsel- und Scheckrecht, MDR 1969, 2 ff.

LORENZ, STEPHAN: Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?, NJW 2002, 2497 ff.

- Schadensersatz wegen Pflichtverletzung - ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ 2001, 742 ff.

MAGNUS, ULRICH: Der Tatbestand der Pflichtverletzung, in: Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, hrsg. von Schulze, Reiner / Schulte-Nölke, Hans, Tübingen 2001, S. 67 ff., zit.: Bearb. in: Schulze/Schulte-Nölke.

MARTENS, GEORG FRIEDRICH V.: Versuch einer historischen Entwicklung des wahren Ursprungs des Wechselrechts; ein Beytrag zur Geschichte des Handels des Mittelalters, Göttingen 1797.

MARTENS, KLAUS-PETER: Begebungsvertrag und Wechselblankett, JZ 1973, 411 ff.

MARTINEK, MICHAEL: Moderne Vertragstypen, Band I, Leasing und Factoring, München 1991.

MEDICUS, DIETER: Bürgerliches Recht, 18. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1999.

- Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 12. Aufl, München 2000.

- Schuldrecht II, Besonderer Teil, 11. Aufl., München 2003.

MEYER-CORDING, ULRICH: Wertpapierrecht, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1990.

MITTERMAIER, CARL JOSEPH ANTON: Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels-, Wechselrechts, /7. Aufl., Regensburg 1847.

MOMMSEN, FRIEDRICH: Beiträge zum Obligationenrecht, Erste Abtheilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig 1853.

DE MONTESQUIEU, CHARLES-LOUIS: Vom Geist der Gesetze, übersetzt von Wiegand, Stuttgart 1965.

MUGDAN, BENNO: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Motive und Protokolle zum Recht der Schuldverhältnisse, §§ 298-300, zit.: Mugdan, Motive und Protokolle.

MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH, hrsg. von Rebmann, Kurt, Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 4. Aufl., München 2001, zit.: Bearb. in: MünchKomm.

- Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432 FernAbsG, 4. Aufl., München 2001, zit.: Bearb. in: MünchKomm.

- Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 4. Aufl., München 2003, zit.: Bearb. in: MünchKomm.

- Band 3, Schuldrecht Besonderer Teil I, §§ 433-606, 3. Aufl., München 1995, zit.: Bearb. in: MünchKomm.

MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM HANDELSGESETZBUCH, hrsg. von Schmidt, Karsten, Band 5, Viertes Buch, Handelsgeschäfte, Erster Abschnitt, Allgemeine Vorschriften §§ 343-372, Recht des Zahlungsverkehrs, Effektengeschäft, Depotgeschäft, Ottawa Übereinkommen über Internationales Factoring, München 2001, zit.: Bearb. in: MünchKomm, HGB.

MÜNCHENER KOMMENTAR ZUR ZIVILPROZEßORDNUNG: hrsg. von Lüke, Gerhard, Wax, Peter, Band 2, §§ 355-802, 2. Auf., München 2000, zit.: Bearb. in: MünchKomm, ZPO.

MÜNCHENER VERTRAGSHANDBUCH, hrsg. von Schütze, Rolf / Weipert, Lutz, Band 3. Wirtschaftsrecht, 1. Halbband: Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., München 1998, zit.: Bearb. in: Münchener Vertragshandbuch.

NASTELSKI, KARL: Die Zeit als Bestandteil des Leistungsinhalts, JuS 1962, 289 ff.

NIELSEN, JENS: Forfaitierung von Exportforderungen, BuB (Bankrecht und Bankpraxis), Band 3, Punk 5 Auslandsgeschäft, Rdnr. 5/213 ff, S. 115 ff.

OECHSLER, JÜRGEN: Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, Tübingen 1997.

- Schuldrecht Besonderer Teil Vertragsrecht, München 2003.

OERTMANN, PAUL: Anfängliches Leistungsunvermögen, AcP 140 (1978), 127 ff.

OPITZ, PETER: Der Funktionswandel des Wechelindossaments, Diss. Berlin (1967), Berlin 1968.

PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Aufl., München 2001, zit.: Bearb. in: Palandt.

- Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Aufl., München 2004, zit.: Bearb. in: Palandt.

PFLUG, HANS-JOACHIM: Zur Auslegung wechselmäßiger Erklärungen gegenüber dem ersten Wechselnehmer und gegenüber weiteren Erwerbern des Papiers, ZHR 148 (1984), S. 1 ff.

PHILLIPS, GEORG: Grundsätze des gemeinen Deutschen Privatrechts mit Einschluß des Lehnrechts, Dritte verbesserte Auflage, zweiter Band, Berlin 1846; zit.: Grundsätze des gemeinen Deutschen Privatrechts.

PÜTTMANN, JOSIAS LUDWIG ERNST: Die Leipziger Wechselordnung: mit Anmerkung und Beilagen, Leipzig 1787.

- Grundsätze des Wechselrechts, 3. Aufl. (bearbeitet v. Martens), Leipzig 1805.

QUASSOWSKI, L. / ALBRECHT, E.: Wechselgesetz vom 21. Juni 1933, Berlin 1934.

RABEL, ERNST: Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Festschrift für Ernst Immanuel Bekker, Neudruck der Ausgabe Weimar 1907, Aalen 1970; S. 171 ff, zit.: Bearb. in: FS f. Bekker.

REINICKE, DIETRICH / TIEDTKE, KLAUS: Wechselrechtliche Rückgriffsansprüche des Garantieindossanten, WM 1998, 2173 ff.

REINICKE, DIETRICH: Treu und Glauben im Wechselrecht, Der Betrieb 1960, 344 ff.

REINICKE, DIETRICH UND G.: Die Unterschriften auf der Rückseite eines Wechsels zu Garantiezwecken, BB 1956, 387 ff.

RGRK-Das Bürgerliche Gesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band II, 1. Teil, §§ 241-413, Berlin, New York 1976, zit.: Bearbeiter in: RGRK-BGB.

RICHARDI, REINHARD: Wertpapierrecht, Heidelberg 1987.

RÖHRICHT, VOLKER / GRAF VON WESTPHALEN, FRIEDRICH: Handelsgesetzbuch, 2. Aufl, Köln 2001.

SCHELLHAMMER, KURT: Das neue Kaufrecht - Rechtsmängelhaftung, Rechtskauf und Verbrauchsgüterkauf, MDR 2002, 485 ff.

SCHERER, PHILIPP CARL: Handbuch des Wechselrechts, dritter Theil T-Z, Frankfurt am Main 1801.

- Der Wechsel-Prozeß mit Rücksicht auf die mehresten Wechselgesetze der Länder und Handelsstädte Deutschlands und benachbarter Staaten, zweite Ausgabe, Erlangen 1818.

SCHLECHTRIEM, PETER: Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland, ZEuP 1993, 217 ff.

SCHMIDT, KARSTEN: Handelsrecht, 5. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1999.

SCHUBEL, CHRISTIAN: Schuldrechtsreform: Perspektivenwechsel im Bürgerlichen Recht und AGB-Kontrolle für den Handelskauf, JZ 2001, 1113 ff.

SCHÜCKING, CHRISTOPH: Kurzkommentar zu BGH, Urteil v. 21.06.1994, EWiR (Europäisches Wirtschaftsrecht) 1994, 1041 ff.

SCHULTZ-MEISTER, CHARLOTTE: Wirkungen des Regress-Verzichts der a forfait finanzierenden Banken bei Ankauf von Wechseln, AWD (Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters) 1972, 230 ff.

SCHÜTZE, AXEL: Kollisionsrechtliche Probleme der Forfaitierung von Exportforderungen, WM 1979, 962 ff.

SCHWANFELDER, WERNER: Exportgeschäfte - ihre Risikoabsicherung und Finanzierung, Frankfurt a.M. 1982.

SCHWARZE, ROLAND: Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungsrecht, Jura 2002, 73 ff.

SEDATIS, LUTZ: Über den Ursprung der Wechselstrenge, Berlin 1967.

SIEGEL, JOHANN GOTTLIEB: Corpus juris Cambialis, Theil I, Leipzig 1742.

- Corpus juris Cambialis, Theil II, Leipzig 1742.

- Fürsichtiger Wechsel-Gläubiger, das ist Gründlicher Unterricht, was diejenigen, so ihr Geld auf Wechselsicher zu verleihen begehren, sowohl vor als auch bey und nach Schließung des Wechsels zu beobachten haben, Leipzig 1739.

SOERGEL, hrsg. von Siebert, W. / Bauer, F. Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht II , §§ 433-515, 12. Aufl., Stuttgart Berlin Köln 1991, zit.: Bearb. in: Soergel.

- Band 2, Schuldrecht I, §§ 241-432, 12. Aufl., Köln 1990.

STAUB HGB GROßKOMMENTAR, hrsg. von Canaris, Claus-Wilhelm, Schilling, Wolfgang, Ulmer, Peter, §§ 343-357, 4. Aufl., Berlin, New York 2001.

STAUDER, BERND: Zur Rechtsnatur des Wechseldiskontkredits, WM 1968, 562 ff.

STAUDINGER, J. V.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-314, Neubearbeitung von 2001, Berlin 2001, zit.: Bearb. in: Staudinger.

- Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 328-397, 12. Aufl., Berlin 1994.

- Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 328-361b, Neubearbeitung von 2001, Berlin 2001.

- Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397-432, 13. Bearbeitung, Berlin 1999.

- Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-534, 13. Bearbeitung, Berlin 1995.

- Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 581-597 und §§ 598-610, 12. Aufl., Berlin 1989.

STEIN/JONAS: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 4, Teilband 2, §§ 348-510b, 21. Aufl., Tübingen 1999.

STRANZ, MARTIN: Wechselgesetz, urspr. bearbeitet von J. und M. Stranz, 14. Aufl., Berlin 1952.

- Blankoindossament als Wechselbürgschaft?, NJW 1954, 1917.

THOMAS, HEINZ / PUTZO, HANS: Zivilprozeßordnung, 25. Auflage, München 2003, zit.: Bearb. in: Thomas/Putzo.

TREITSCHKE, GEORG CARL: Alphabetische Encyclopädie der Wechselrechte und Wechselgesetze, Zweiter Band (M-Z), Leipzig 1831.

ULMER, EUGEN: Das Recht der Wertpapiere, Stuttgart, Berlin 1938.

- Der Einwendungsausschluss im einheitlichen Wechselgesetz, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 225 ff, zit.: Bearb. in: FS f Raiser.

UNGER, FRITZ: Außenhandelsfinanzierung, Frankfurt a.M. 1963.

WAGNER, GERHARD: Ansprüche auf Unmögliches? Die Rechtsfolgen anfänglichen Unvermögens, JZ 1998, 482 ff.

WALTER, GERHARD: Kaufrecht, in: Handbuch des Schuldrechts, hrsg. von Gernhuber, Joachim, Band 6, Tübingen 1987, zit.: Bearb. in: Handbuch des Schuldrechts.

WESTERMANN, HARM PETER: Das Schuldrecht 2002, Leistungsstörungsrecht, bearb. von Schultz, Michael, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2002.

WESTPHALEN, FRIEDRICH GRAF V.: Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, 3. Aufl., Heidelberg 1987.

- Forfaitierungsverträge unter dem Gesichtswinkel des Schuldrechts-Modernisierungsgesetzes, WM 2001, 1837 ff.

- Rechtsprobleme des Factoring und des Forfait von Exportforderungen, RIW/AWD 1977, 80 ff.

WIESER, EBERHARD: Eine Revolution des Schuldrechts, NJW 2001, 212 ff.

WILMOWSKY, PETER V.: Pflichtverletzungen im Schuldverhältnis - Die Anspruchs- und Rechtsgrundlagen des neuen Schuldrechts, JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 3 ff.

WINDSCHEID, BERNHARD: Lehrbuch des Pandektenrechts, Zweiter Band, bearb. von Kipp, Theodor, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 1906.

ZIMMER, DANIEL: Das geplante Kaufrecht, in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, hrsg. von Ernst, Wolfgang / Zimmermann, Reinhard, Tübingen 2001, S. 191 ff., zit.: Bearb. in: Ernst/Zimmermann.

- Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, 1 ff.

ZIMMERMANN, REINHARD: Konturen eines Europäischen Vertragsrechts, JZ 1995, 477 ff.

- Schuldrechtsmodernisierung?, JZ 2001, 121 ff.

ZÖLLNER, WOLFGANG: Wertpapierrecht, 14. Aufl., München 1987.