

VersR

Schriftenreihe der Zeitschrift Versicherungsrecht

Tobias Mandler

59

Die Aufrechnung im System der privaten Krankenversicherung

Versicherungsrecht



Schriftenreihe
der Zeitschrift Versicherungsrecht (VersR)

Im Einvernehmen mit
der Schriftleitung
herausgegeben von

Prof. Dr. Manfred Wandt
Institut für Versicherungsrecht (IVersR)
House of Finance der Goethe-Universität Frankfurt

Band 59

Manfred Wandt (Hrsg.)

Die Aufrechnung im System der privaten Krankenversicherung

Tobias Mandler



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

– Zugl. Dissertation der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Rechtswissenschaftliche Fakultät, 2015 –

Zitiervorschlag:

Mandler, Die Aufrechnung im System der privaten Krankenversicherung (VersR-Schriften 59), S.

© 2016 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2016 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

ISSN 1431-6463

ISBN 978-3-89952-937-1

*In Gedenken an Dr. Rolf Zepernick
und in steter Verehrung meiner lieben Eltern*

*Man darf nie aufhören, sich die Welt
vorzustellen, wie sie am vernünftigsten wäre.*

(Friedrich Dürrenmatt)

Vorwort

Die vorliegende Schrift beschäftigt sich mit der Aufrechnung im Grundsatz, dem privaten Krankenversicherungssystem und schließlich der Aufrechnung innerhalb dieses Systems. Sie verbindet altes bürgerliches Recht mit neuen gesellschaftlichen und versicherungsrechtlichen Entwicklungen.

Die emotionslose mathematische Präzision der Aufrechnung verträgt sich bisweilen schwer mit den modernen gesellschaftlichen oder systematischen Anschauungen und Gegebenheiten. Dies wird besonders im novellierten privaten Krankenversicherungsrecht deutlich. Aufgrund von Neuerungen im System der privaten Krankenversicherung ist die Frage der Aufrechnung erstmalig in größerem Umfang aktuell geworden. Aus diesem Grund fehlte es bisher an einer Aufarbeitung dieser Thematik, die insbesondere auch mit dem wenig bekannten und durchdrungenen § 394 Satz 2 BGB verbunden ist. Die relevanten Zusammenhänge auf der Basis wissenschaftlicher Methodik aufzuarbeiten, ist Aufgabe der nachstehenden Ausführungen.

Die Arbeit wurde im Februar 2015 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertationsschrift zur Erlangung des Grades Doktors der Rechte angenommen und eingereicht. Sie berücksichtigt Neuerungen bis zum Stand Februar 2016.

Herzlich danken möchte ich an dieser Stelle den Menschen, die an der Entstehung dieser Dissertation teilhatten.

Mein Dank richtet sich zunächst an Frau Prof. Dr. *Katharina von Koppensfels-Spies*, an deren Lehrstuhl ich bereits als studentische Hilfskraft und schließlich als akademischer Mitarbeiter bis zum Beginn meines Referendariats tätig war. Sowohl bei der Wahl des Themas, als auch bei dessen Bearbeitung gewährte sie mir uneingeschränkte Freiheit. Triebfeder der Wissenschaft ist ihre Freiheit.

Dank schulde ich zudem Herrn Prof. Dr. *Alexander Bruns* und dies nicht nur für die Übernahme der Zweitkorrektur, sondern auch ganz allgemein für die Heranführung an den Themenkreis Versicherungsrecht.

Für die ebenfalls tatkräftige Förderung und fachliche wie persönliche Inspiration danke ich Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. *Manfred Löwisch* an dessen Forschungsstelle für Hochschulrechtsrecht ich bis zum heutigen Tage gern tätig werde.

Persönlich danken möchte ich zudem meinen Eltern Dr. *Gudrun Mandler* und Dr. Dr. *Dietrich Mandler*, die mich stets umfassend unterstützt und die mühevollen Aufgabe der Durchsicht des Manuskriptes bereitwillig auf sich genommen haben. Danken möchte ich auch Frau *Julia Hartberger*, die trotz der Undurchsichtigkeit einer fachfremden Materie diese Arbeit Korrektur las und meinen Thesen wohlwollend Gehör schenkte. Zuletzt möchte ich an hervorgehobener Stelle auch meinem Studienfreund und Kollegen Herrn *Matthias Tratt* danken, der nicht nur dieses Schriftstück redigierte, sondern auch stets für schwierige Diskussionen bereitstand. Ohne die Möglichkeit zum fachlichen Streitgespräch wären viele Erkenntnisse sicher unerkannt geblieben.

Freiburg, im März 2016

Tobias Mandler

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
1. Kapitel – Grundüberlegungen	1
A. Einleitende Gedanken zur Aufrechnung im System der privaten Krankenversicherung	1
I. Aktuelle Entwicklungen des privaten Krankenversicherungsrechtes und Ziel der Untersuchung	3
II. Gang der Bearbeitung	5
B. Die Aufrechnung als Opportunitätsrecht.....	8
I. Allgemeine Überlegungen zur Aufrechnung im Zivilrecht	9
1. Historischer Rückblick auf die Anfänge des Aufrechnungsrechtes	10
a) Die Aufrechnung im römischen Recht	10
b) Die Aufrechnung im germanischen, gemeinen und modernen Recht	15
2. Tatbestandliche Aufrechnungsvoraussetzungen	18
II. Die Rechtsnatur und das Wesen der Aufrechnung.....	20
1. Funktionen der Aufrechnung.....	22
a) Tilgungstheorie (Leistungstheorie).....	22
b) Befriedigungstheorie.....	23
c) Kombinationstheorie.....	24
d) Normative Unzulänglichkeiten der Tilgungs- und Kombinationstheorie.....	24
2. Die Aufrechnung – Zwischen Gestaltungs-, Einrede- und Selbsthilferecht	35
a) Die Aufrechnung als Gestaltungsrecht	37
b) Die Aufrechnung als Einrede.....	41
c) Die Aufrechnung als Selbsthilferecht	44
aa) Selbsthilferechte	44
bb) Selbsthilferechte als Sicherung der Legitimation der Rechtsordnung bzw. Souveränität des Staates	45
cc) Qualifikation der Aufrechnung als Selbsthilferecht	52
d) Verhältnis der Gestaltungs-, Einrede- und Selbsthilferechte..	61
aa) Die Lehre von der Exklusivität	61
bb) Unterschiede zwischen Gestaltungs- und Selbsthilferechten	63

(1) Grundlegende Eigenschaften der Selbsthilferechte – <i>Numerus clausus</i> der Selbsthilferechte.....	63
(2) Grundtendenz der Gestaltungsrechte.....	67
(a) Gesetzliche und privatautonome Gestaltungsrechte.....	68
(b) Der privatautonome Begründungsakt als Differenzierung.....	69
(c) Das materielle Vertragsprinzip	77
(d) Zwischenergebnis	79
(e) Grundtendenz privatautonomer Gestaltungsrechte.....	79
(f) Grundtendenz gesetzlich vorgesehener Gestaltungsrechte.....	82
(g) Grundtendenz gesetzlicher Gestaltungsrechte im engeren Sinne	83
(h) Ergebnis	84
cc) Unterschiede zwischen Einrede- und Gestaltungsrechten.....	85
(1) Grundtendenz der Einreden	87
(a) Entstehungsgrund der Einreden.....	87
(b) Zusammenfassung	89
(2) Gesetzliche Qualifikation eines Rechtes als Einrede	90
(a) Notwendigkeit zur ausdrücklichen Erhebung	91
(b) Außerprozessuale und prozessuale Wirkungen... 93	
(aa) § 275 Abs. 2 und 3 BGB im Zusammenspiel zwischen Einrede und Gestaltungsrecht	95
(bb) Finalität der Gestaltungsrechte	99
(cc) Inhaltliche Reichweite der Gestaltungsrechte und Einreden	100
(dd) Rücknahme von Einreden.....	101
(ee) Zusammenfassung	103
dd) Unterschiede zwischen Einreden und Selbsthilferechten	103
ee) Zusammenfassung.....	104
3. Opportunitätsrechte	105
a) Begriff der Opportunitätsrechte.....	105

b) Einordnung der Aufrechnung.....	108
aa) Grundtendenz	109
bb) Entstehungsgrund.....	111
cc) Vollzug des materiellen Vertragsprinzips.....	112
dd) Inhaltliche Reichweite.....	113
ee) Finalität.....	114
(1) Prozessuale Finalität.....	115
(a) Rücknahme der bloßen Prozessaufrechnung.....	116
(b) Rücknahme der Prozessaufrechnung im engeren Sinne	117
(aa) Automatische Beseitigung materiell- rechtlicher Folgen	118
(bb) Rücknahme kraft willkürlicher Prozesshandlung	119
(cc) Theorie der prozessual ergänzten Aufrechnungserklärung	123
(dd) Rücknahme der prozessualen Hilfsaufrechnung	125
(ee) Finalität der außerprozessualen Aufrechnung	126
(2) Ergebnis.....	127
ff) Zusammenfassung	127
c) Die Aufrechnung als Opportunitätsrecht	129
C. Zusammenfassende Gedanken.....	133

2. Kapitel – Rechtstypologische Zuordnung der Mehrpersonen- verhältnisse im System der privaten Krankenversicherung..... 135

A. Rechtsverhältnisse in der substitutiven Krankenversicherung	136
I. Rechtsverhältnisse in der Krankheitskostenversicherung	137
1. Versicherungsnehmer, Versicherer, selbstständiger Leistungserbringer.....	138
2. Klinik-Card-Vertrag	139
a) Regelungsziele der Klinik-Card-Verträge	139
b) Der Klinik-Card-Vertrag als Bürgschaft.....	140
c) Klinik-Card-Vertrag als Schuldbeitritt	143
d) Klinik-Card-Vertrag als Abtretung	144
e) Klinik-Card-Vertrag als Garantievertrag	150
f) Klinik-Card-Vertrag als Garantie auf erstes Anfordern.....	153
3. Zahlungspflicht der Sozialträger.....	155
4. Abrechnungsstellen im dualen Krankenversicherungssystem ..	156

a) Funktionsweise.....	157
b) Rechtliche Grenzen für die Abtretung von Honorarforderungen	160
aa) Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht	160
bb) Datenschutz	161
cc) Vorgaben des Rechtsdienstleistungsgesetzes	162
dd) Vorgaben des Kreditwesengesetzes (KWG)	166
c) Zusammenfassung	168
5. Ergebnis.....	168
II. Rechtsverhältnisse in der Krankentagegeldversicherung	169
III. Rechtsverhältnisse im Basistarif	171
1. Der Basistarif.....	172
a) Möglichkeiten zur Begründung des Basistarifes.....	173
aa) Kontrahierungszwang bei Neubegründung	173
bb) Wechsel in den Basistarif.....	175
b) Umfang der Leistungen im Basistarif.....	176
c) Prämienhöhe im Basistarif.....	179
2. Verfassungs- und europarechtliche Kritik	180
3. Rechtstypologische Bestimmung der Rechtsverhältnisse	182
a) Gesamtschuldverhältnis nach § 192 Abs. 7 VVG	182
b) Gesamtgläubigerschaft aus § 192 Abs. 7 VVG	187
c) Nebenpflichten zwischen dem Versicherer und dem Leistungserbringer im Basistarif	189
aa) Nebenpflichten aufgrund der Gesamtschuldnerschaft gem. § 192 Abs. 7 VVG.....	189
bb) Nebenpflichten aufgrund der Vergütungsvereinbarung gem. § 75 Abs. 3b SGB V	190
d) Versicherungsnehmer, Versicherer, Krankenhaus	193
e) Zusammenfassung	193
IV. Rechtsverhältnisse im Notlagentarif	194
1. Hintergrund der Normierung.....	194
2. Umstellung in den Notlagentarif.....	195
a) Mechanismus	195
b) Reichweite der gesetzlichen Umstellung.....	198
3. Leistungsspektrum.....	202
4. Prämienhöhe.....	202
5. Anrechnung der Alterungsrückstellungen.....	204
6. Rechtsbeziehungen im Notlagentarif	206
7. Rückwirkung gem. Art. 7 EGVVG	207

8. Zusammenfassung	208
V. Rechtsverhältnisse bei der Versicherung für fremde Rechnung – Drittrisikoversicherung	208
1. Drittrisikoversicherung in der Krankheitskostenversicherung ..	210
a) Versicherung für fremde Rechnung oder Drittrisikoversicherung	212
aa) Versicherung für fremde Rechnung in der Krankenversicherung nach bisherigem Verständnis	213
bb) Forderungsinhaberschaft und Drittrisiko	214
cc) Anwendbares Recht	216
b) Der Versicherungsschein in der Drittrisikoversicherung.....	218
2. Drittrisikoversicherung im Notlagentarif.....	222
3. Drittrisikoversicherung im Basistarif.....	226
4. Drittrisikoversicherung in der Krankentagegeldversicherung ..	228
5. Mitversicherung und Drittrisikoversicherung.....	228
6. Zusammenfassung	229
B. Rechtsverhältnisse in der nicht-substitutiven Krankenversicherung	229
I. Rechtliche Beziehungen in der Krankenhaustagegeldversicherung	230
II. Rechtliche Beziehungen in Zusatzversicherungen	232
C. Mischformen – Die Prinzipien der Trennung und Abstraktion der Versicherungsinhalte in der privaten Krankenversicherung	233
I. Die Prinzipien der Trennung und Abstraktion der Versicherungsinhalte	233
II. Sonderfall Basistarif	235
D. Zusammenfassende Gedanken	236
3. Kapitel – Die Eckpfeiler der Aufrechnung im System der privaten Krankenversicherung	241
A. Aufrechnungsverbot nach den Musterbedingungen der Krankenversicherungsverträge.....	241
I. Historische Entwicklung	242
II. Aufrechnungsbeschränkung gem. § 12 Satz 1 MB/KK.....	244
III. Aufrechnungsbeschränkung gem. § 12 Satz 2 MB/KK und § 26 VAG und § 181 VAG (2016).....	245
B. Pfändbarkeit von Forderungen im System der privaten Krankenversicherung	246
I. Allgemeine Dogmatik des § 394 Satz 1 BGB	247
1. Bedeutung.....	247

2. Gleichstellung der bedingten und absoluten Unpfändbarkeit...	248
II. Pfändbarkeit krankenversicherungsrechtlich relevanter Forderungen	254
1. Gesetzliche Pfändungsverbote in der privaten Krankenversicherung	254
a) Bedingt unpfändbare Bezüge gem. § 850b Abs. 1 Nr. 4 ZPO.....	254
aa) Historische Ursprünge der Unpfändbarkeit	254
bb) Tatbestand des § 850b Abs. 1 Nr. 4 ZPO	260
(1) Aus Kranken- oder Hilfskassen	260
(2) Bezüge zu wesentlichen Teilen zu Unterstützungszwecken	268
(3) Rechtsfolgen	272
b) Pfändbarkeit von Forderungen mit Abtretungsausschluss ...	273
c) Pfändbarkeit von Leistungsansprüchen in der Drittrisikoversicherung.....	274
d) Pfändbarkeit des Garantieanspruchs nach dem Klinik-Card-Vertrag.....	276
e) Pfändbarkeit der Ansprüche aus Gesamtschuld im Basistarif.....	281
f) Pfändbarkeit von Honoraransprüchen	282
g) Pfändbarkeit von Forderungen nach cessio legis	283
aa) Überzahlung durch den Versicherer oder Versicherungsnehmer	284
bb) Überzahlung an den Leistungserbringer	286
(1) Der Quotenvorrang	288
(2) Regress gem. § 194 Abs. 2 VVG i. V. m. § 86 Abs. 1, 2 VVG.....	289
cc) Direkte Überzahlung des Leistungserbringers durch den Versicherer.....	291
2. Zusammenfassung.....	291
C. Aufrechenbarkeit unpfändbarer Forderungen außerhalb von § 394 Satz 2 BGB	293
D. Aufrechnungsbestimmungen nach Richtlinie 2009/138/EG (Solvabilität II)	298
E. Aufrechnungsprivilegierung der privaten Krankenversicherung nach § 394 Satz 2 BGB	299
I. Historische Entwicklung.....	300
II. Aufrechnung in der gesetzlichen Krankenversicherung.....	306

1. Historische Entwicklung nach 1903	306
2. Vergleichbarkeit der Aufrechnung in der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung	308
III. Aufrechnungsmöglichkeiten nach § 394 Satz 2 BGB	311
1. Relation der Ausnahme zur Aufrechnung als Opportunitätsrecht	312
a) Das Globaläquivalenzprinzip als Zweckbegründung des § 394 Satz 2 BGB	313
b) Der opportune Charakter der krankenversicherungsrechtlichen Privataufrechnung	320
2. Aufrechnungsberechtigte	326
a) Aufrechnungsberechtigung des Versicherers	326
b) Aufrechnungsberechtigung des Versicherungsnehmers	326
c) Aufrechnungsberechtigung in der Drittrisikoversicherung	328
aa) Aufrechnungsberechtigung des Versicherers	329
bb) Aufrechnungsberechtigung des Versicherungsnehmers	331
cc) Aufrechnungsberechtigung des Versicherten	340
dd) Zusammenfassung	342
3. Hebungen aus Hilfskassen	343
4. Geschuldete Beiträge	346
a) Primäre Beitragsschulden	346
b) Säumniszuschläge gem. § 193 Abs. 6 Satz 2 VVG	347
5. Ausweitung der Ausnahme auf Abtretbarkeit und Pfändung	350
6. Zusammenfassung	350
F. Zusammenfassende Gedanken	352
4. Kapitel – Aufrechnungsoportunitäten innerhalb des privaten Krankenversicherungssystems	357
A. Aufrechnung in der substitutiven Krankenversicherung	357
I. Die Aufrechnung des Versicherers in der Krankheitskostenversicherung	358
1. Aufrechnung des Versicherers mit geschuldeten Beiträgen vor dem Ruhen des Leistungsanspruchs	358
a) Berücksichtigung von Drittinteressen	361
aa) Verschiebung von Insolvenzrisiken auf Leistungserbringer	361
(1) Historische Berücksichtigung von Drittinteressen ..	362
(2) Systematische Berücksichtigung von Drittinteressen	362

(3) Teleologische Berücksichtigung von Drittinteressen	363
(4) Berücksichtigung von Drittinteressen aufgrund Vertrauensschutzes	363
bb) Klinik-Card-Vertrag	365
(1) Regress über die Geschäftsführung ohne Auftrag ...	368
(2) Regress über die Gesamtschuldregelungen	374
(3) Regress nach § 426 Abs. 1 BGB.....	375
(a) Garantieforderung übersteigt Versicherungssumme nach Aufrechnung im Versicherungsverhältnis.....	375
(b) Garantieanspruch unterschreitet Versicherungssumme nach Aufrechnung im Versicherungsverhältnis.....	379
(c) Garantieanspruch entspricht Versicherungssumme nach Aufrechnung im Versicherungsverhältnis.....	379
(4) Regress gem. § 426 Abs. 2 BGB	380
(5) Regress über Bereicherungsrecht	381
(6) Ergebnis	382
b) Die Aufrechnung des Versicherers mit zu Unrecht gezahlten Versicherungssummen.....	383
aa) Aufrechnungslagen gegenüber dem Versicherungsnehmer	383
bb) Aufrechnungslagen gegenüber dem Leistungserbringer und Abrechnungsstellen.....	384
c) Anwendbarkeit des § 242 BGB und § 138 BGB.....	385
2. Die Aufrechnungsmöglichkeiten des Versicherungsnehmers ...	386
a) Aufrechnungslagen gegenüber dem Versicherer	386
b) Aufrechnung gegenüber Leistungserbringer und Abrechnungsstelle.....	390
aa) Aufrechnung des Versicherungsnehmers gegenüber dem Leistungserbringer.....	390
bb) Aufrechnung gegenüber einer Abrechnungsstelle	391
3. Sonderfall: Abrechnungsstelle bei Klinik-Card-Verträgen	395
4. Die Aufrechnungsmöglichkeiten eines Leistungserbringers	399
5. Aufrechnung in der Drittrisikoversicherung	399
a) Aufrechnung des Versicherers	399
b) Aufrechnung des Versicherungsnehmers.....	400

c) Aufrechnung des Versicherten	401
d) Ergebnis	401
6. Rechtsfolgen einer wirksamen Aufrechnung	402
a) Anwendung der Figur des fehlerhaften Versicherungsverhältnisses	402
b) Rechtsfolgen der Aufrechnung für den Bestand der Säumniszuschläge gem. § 193 Abs. 6 Satz 2 VVG	403
7. Zusammenfassung	405
II. Die Aufrechnung in der Krankentagegeldversicherung	405
1. Das „Mehr“ an gesetzlicher Regelung	407
a) Regelungsgehalt des § 850b Abs. 2 ZPO	407
b) Häufige Aufrechnung des § 51 Abs. 2 SGB I	408
c) Anknüpfung an Hilfsbedürftigkeit gem. § 193 Abs. 6 Satz 5 HS 1 VVG	410
2. Reduktion	411
3. Zusammenfassung	415
III. Die Aufrechnung im Notlagentarif	415
1. Aufrechnungslage im Notlagentarif	417
a) Allgemeines Aufrechnungsverbot	418
aa) Aufrechnung als unzulässiger Leistungsausschluss	418
bb) Abschließende Regelung durch die Anrechnung von Alterungsrückstellungen	421
cc) Sicherstellungsaufträge	423
dd) Vergütungsvereinbarungen	423
ee) Zusammenfassung	424
b) Das fehlerhafte Versicherungsverhältnis	425
aa) Das fehlerhafte Versicherungsverhältnis bei Art. 7 EGVVG	426
bb) Das fehlerhafte Versicherungsverhältnis bei Inkongruenz der Aufrechnungs- und Tariflage	427
(1) Abschließende Regelungen gem. § 193 Abs. 6–9 VVG	427
(2) Teleologische Reduktion des § 389 BGB	429
(a) Ratio des § 389 BGB im Gefüge krankenversicherungs-rechtlicher Besonderheiten	430
(b) Grammatikalischer Überschuss	433
(c) Anwendung des fehlerhaften Versicherungsverhältnisses	433

2. Drittrisikoversicherung, Klinik-Card-Verträge und Abrechnungsstellen	435
3. Zusammenfassung	435
IV. Die Aufrechnung im Basistarif.....	436
1. Aufrechnungslage im Basistarif	436
a) Leistungsausschluss	438
b) Risikoausgleich	439
c) Sicherstellungsaufträge und Vergütungsvereinbarungen	441
d) Krankentagegeld im Basistarif	442
e) Ergebnis	442
2. Gesamtschuldanordnung	443
a) Aufrechnung des Versicherers oder Versicherungsnehmers	443
aa) Regress über das Vertragsrecht	444
bb) Geschäftsführung ohne Auftrag	445
cc) Mitwirkungs- bzw. Freistellungsanspruch gem. § 426 Abs. 1 BGB	446
dd) Zahlungsanspruch gem. § 426 Abs. 2 BGB.....	447
ee) Bereicherungsrecht.....	448
b) Aufrechnung des Leistungserbringers	448
c) Ergebnis	448
3. Drittrisikoversicherung.....	449
4. Klinik-Card-Verträge.....	449
5. Abrechnungsstellen	449
V. Ergebnis.....	452
B. Aufrechnung in der nicht-substitutiven Krankenversicherung.....	454
C. Aufrechnung bei Mischverträgen.....	455
D. Aufrechnung mit Alterungsrückstellungen nach Tarifwechsel.....	455
E. Aufrechnung in der Insolvenz.....	457
I. Insolvenz des Versicherungsunternehmens.....	458
1. Allgemeiner Insolvenzmechanismus	459
2. Insolvenz von Versicherungsunternehmen mit substitutiver Krankenversicherung	460
3. Reichweite der Übertragung.....	465
4. Bedeutung für die Aufrechnungslagen.....	468
a) Aufrechnungen in der Sanierungsphase	469
b) Aufrechnungen nach der Übertragung des Versicherungsbestandes auf den Sicherungsfonds	471

c) Aufrechnung nach der Übertragung des Versicherungsbestandes auf ein anderes Versicherungsunternehmen	472
5. Versicherungsunternehmen mit ausschließlich nicht-substitutiver Krankenversicherung	472
II. Insolvenz des Versicherungsnehmers	473
1. Aufrechnung mit oder gegen Beitragsschulden vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens	473
2. Aufrechnung mit oder gegen Beitragsschulden nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	473
a) Die Versicherungsprämie als insolvenzfreies Schuldverhältnis	475
b) Aufrechnung des Versicherers	480
c) Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters	481
III. Insolvenz in der Drittrisikoversicherung	482
IV. Verbraucherinsolvenz	483
V. Zusammenfassung	483
F. Aufrechnung in der Restschuldbefreiung	485
G. Zusammenfassende Gedanken	489
5. Kapitel – Schlussbetrachtung	495
A. Ertrag für die Rechtsdogmatik	495
B. Ertrag für die praktische Rechtsanwendung	501
C. Abschließende Würdigung	510
Literaturverzeichnis	515
Sachregister	591

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
a. F.	alte Fassung
AktG	Aktiengesetz
ALR	Allgemeines Preußisches Landrecht
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Arch.Bürg.Recht	Archiv für Bürgerliches Recht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AVB/BT	Allgemeine Versicherungsbedingungen für den Basistarif
AVB/NLT	Allgemeine Versicherungsbedingungen für den Notlagentarif
AVB/PPV	Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Private Pflegeversicherung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes
BAV	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bl.	Blatt
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-PlPr.	Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichtes
bspw.	Beispielsweise

BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BT-PlPr	Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DAR	Deutsches Autorecht
D.A.S	Deutscher Automobil Schutz
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe, dieselbe
d. h.	das heißt
DNotz	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DStrR	Deutsches Steuerrecht
DuD	Datenschutz und Datensicherung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGVVG	Einführungsgesetz zum Versicherungsvertragsgesetz
Einl	Einleitung
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	folgenden
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GBI.	Gesetzblatt
GenDG	Gendiagnostikgesetz
GesO	Gesamtvollstreckungsordnung
GesR	Gesundheitsrecht
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz

GKV-WSG	Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
IPR	Internationales Privatrecht
info also	Informationen zum Arbeitslosenrecht und Sozialhilferecht
InsO	Insolvenzordnung
i. S. d.	im Sinne des
IVH	Info-Letter Versicherungs- und Haftungsrecht
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JherJB	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KalV	Kalkulationsverordnung
KG	Kammergericht
KHEntgG	Krankenhausentgeltgesetz
KRS	Krankenhausrechtsprechung
KRV	Die Krankenversicherung
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
KV	Klinik-Card-Vertrag
KVG	Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
lit.	littera

LSG	Landessozialgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
MB/EPV	Musterbedingungen für die ergänzende Pflegekrankenversicherung
MB/KK	Musterbedingungen für die Krankheitskosten und Krankenhaustagegeldversicherung
MB/KT	Musterbedingungen für die Krankentagegeldversicherung
MB/PSKV	Musterbedingungen für die Private Studentische Krankenversicherung
MB/PV	Musterbedingungen für die Pflegekrankenversicherung
MB/ST	Musterbedingungen für den Standardtarif
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
MMR	Multimedia und Recht
Müko	Münchener Kommentar
m. w. N. n. F.	Mit weiteren Nachweisen neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs- Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVB1	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
PKR	Pflege- und Krankenhausrecht
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen

Rn.	Randnummer
Rpflerger	Der Deutsche Rechtspfleger
RuS	Recht und Schaden
RVO	Reichsversicherungsordnung
r+s	recht und schaden
S.	Satz, Seite
s.	siehe
s. a.	siehe auch
SG	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SozR	Sozialrecht
SozSich	Soziale Sicherheit
StGB	Strafgesetzbuch
SuP	Sozialrecht + Praxis
u. a.	und andere, unter anderem
usw.	und so weiter
v.	von, vom
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
v. Chr.	vor Christus
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VerBAV	Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VuR	Verbraucher und Recht
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VW	Versicherungswirtschaft
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht
WPR	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Wirtschafts- und Bankenrecht
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WzS	Wege zur Sozialversicherung
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
z. B.	zum Beispiel

ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
zfs	Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung
ZfSH/SGB	Zeitschrift für Sozialrecht in Deutschland und Europa
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG	Zeitschrift für Rechtsgeschichte
z. T.	zum Teil
ZVerglRW	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZVersWiss	Zeitschrift für das gesamte Versicherungswesen
ZWS	Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

1. Kapitel – Grundüberlegungen

„Das Arterhaltende – Dieselbe Bosheit ist in jedem Lehrer und Prediger des Neuen, welche einen Eroberer verrufen macht, – wenn sie auch sich feiner äußert, nicht sogleich die Muskeln in Bewegung setzt und eben deshalb auch nicht so verrufen macht! Das Neue ist aber unter allen Umständen das Böse, als das, was erobern, die alten Grenzsteine und die alten Pietäten umwerfen will; und nur das Alte ist das Gute! Die guten Menschen jeder Zeit sind die, welche die alten Gedanken in die Tiefe graben und mit ihnen Frucht tragen, die Ackerbauer des Geistes. Aber jenes Land wird endlich ausgenützt, und immer wieder muß die Pflugschar des Bösen kommen. – Es gibt jetzt eine gründliche Irrlehre der Moral, welche namentlich in England sehr gefeiert wird: nach ihr sind die Urteile „gut“ und „böse“ die Aufsammlung der Erfahrungen über „Zweckmäßig“ und „Unzweckmäßigkeit“; nach ihr ist das aber das der Art Schädliche. In Wahrheit sind aber die bösen Triebe in ebenso hohem Grade zweckmäßig, arterhaltend und unentbehrlich wie die guten: – nur ist ihre Funktion eine verschiedene.“

*Friedrich Nietzsche – Die fröhliche Wissenschaft
(Erstes Buch 4), S. 35 f.*

A. Einleitende Gedanken zur Aufrechnung im System der privaten Krankenversicherung

Die Aufrechnung ist ein im deutschen Zivilrecht kaum noch wegzudenkendes Mittel privatautonomer Freiheit. Sowohl im Prozess als auch im materiellen Recht hat sich die Aufrechnung als unverzichtbares Angriffs- und Verteidigungsmittel erwiesen. Sie ist kostengünstig, wirkt unmittelbar und führt zur Erfüllung. Geschuldet ist die Aufrechnung dem einfachen Grundgedanken ökonomischer Abwicklungsnotwendigkeiten zwischen Rechtssubjekten. Wird Gleichartiges gegenseitig geschuldet, so findet mit der Aufrechnungserklärung eine Wettschlagung der Schuld statt. Befriedigung tritt ohne ein tatsächliches Handeln auf rechtlicher Ebene ein. Eines umständlichen und potentiell problemträchtigen wechselseitigen Leis-

tungsaustausches bedarf es nicht. Die so erreichbare Einsparung motiviert die Aufrechnung bis heute und es verwundert daher auch nicht, dass sowohl der Gedanke als auch der Mechanismus der Aufrechnung historisch kaum Veränderung erfahren haben und sich bis weit in die früheste Rechtsgeschichte hinein nachweisen lassen¹.

Der praktische Aufrechnungsgedanke ist nicht begrenzt auf bestimmte zivilrechtliche Verbindungen. Er gilt dem Grundsatz nach global und findet deshalb auch außerhalb der Regelungsmechanismen des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung. Viele dieser Aufrechnungsszenarien finden sich unter anderem im Versicherungsrecht. Diesem liegt die Vorstellung einer Äquivalenz von Prämie und Versicherungsleistung als Geldleistungen zugrunde, die jeweils als gleichartige Leistungen Aufrechnungslagen entstehen lassen. Dies gilt im Besonderen auch für das private Krankenversicherungsrecht, wo – bedingt durch die Quantität der Versicherungsfälle – ein entgegengesetzter Leistungsaustausch überaus häufig die Möglichkeit zur Aufrechnung begründet. Die Aufrechnung ist in ihrer Wirkung einer Erfüllung gleichgestellt, weshalb an sich kein Problem entstünde. Allerdings kann die kalkulatorische Erfüllung nicht immer der tatsächlichen gleichgestellt werden. Aus diesem Grund ist die Aufrechnung, wie auch die sonstige Vollstreckung in der Regel dort gehindert, wo unpfändbare Leistungen bestehen. Einzige Ausnahme hierzu ist die seit dem Bestehen des Bürgerlichen Gesetzbuches existente Regelung in § 394 Satz 2 BGB. Diese gestattet nur den Versicherern umfassende Aufrechnungsmöglichkeiten zu.

Die mit einer Aufrechnung erreichte vollstreckende Wirkung gerät jedoch zunehmend in Konflikt mit aktuellen Entwicklungen im privaten Krankenversicherungsrecht. Kontrahierungszwang, Basis- und Notlagentarif haben deren Charakter verändert und die Leistungskataloge sowie Mechanismen mit sozialen Überlegungen versehen. Die Krankenversicherung, die zur Zeit der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestanden hat und Vor-

¹ Leonard, Die Aufrechnung S. 9: „Denn für ein hohes Alter der Kompensation spricht ihre grosse Zweckmäßigkeit ... dass zwei Schuldner sich dieselbe Summe hin- und herzahlten, muss zu allen Zeiten lächerlich geschehen haben“; Stampe, Das Compensationsverfahren S. 15: „Das Recht auf Compensation ist unter ihnen bei weitem das wichtigste, da es in der Praxis des Rechtslebens unendlich häufig, weit mehr als die sämtlichen anderen analogen Fälle zusammengenommen, Gelegenheit hat, sich zu bethätigen“; Asher, Die Compensation im Civilprozess S. II: „Dieses gemeinsame Zahlen, in welchem dieselben Summen von beiden Seiten unnütz gegeben und genommen werden, widerstrebt aber dem gesunden Sinne eines praktischen Volkes und nichts kann näher liegen als der Gedanke, die Aufrechnung an die Stelle dieser unnützen Form treten zu lassen“; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II S. 316: „Der Grund dieser Einrede ist die sehr natürliche Betrachtung, daß es Chicane ist, einzufordern, was man sofort wieder zurückgeben muss“.

bild für die Regelung des § 394 Satz 2 BGB war, ist aufgrund dieser Neuerungen mit der gegenwärtigen nicht zu vergleichen.

Hieraus entwickelt sich die zentrale Fragestellung dieser Arbeit. Es ist zu untersuchen, inwieweit das gesetzliche Leitbild der Aufrechnung noch mit dem derzeitigen Stand der privaten Krankenversicherung vereinbar ist. Die hier zu betrachtenden Sachverhalte sind zahlreich und vielfach von dem Problem mangelnder dogmatischer Aufarbeitung der Grundkonstellation begleitet. Aus diesem Grund bezieht sich der Titel auf drei als wesentlich erkannte Gesichtspunkte. Die Aufrechnung kann nur dann für die private Krankenversicherung eine umfassende Aufarbeitung erfahren, wenn Klarheit über die Aufrechnung als Recht, die private Krankenversicherung im System und die Verbindung beider im Mechanismus privater Krankenversicherungssachverhalte besteht. Dieser Erkenntnis folgt die Arbeit, indem sie stets vom Allgemeinen ausgehend, Besonderheiten beleuchtet und so verallgemeinerungsfähige Aussagen über die jeweilige Spezialfrage hinaus bildet. Daneben werden so unnötige Wiederholungen, die mit einer tarifgebundenen Einzelbetrachtung zwangsläufig verbunden wären, vermieden.

Ziel ist es praktisch relevante Aufrechnungsmöglichkeiten auf dem Boden wissenschaftlicher Methodik auf ihre wirtschaftliche und rechtliche Nutzbarkeit hin zu überprüfen und so auch einen Beitrag zum neuen Krankenversicherungsrecht insgesamt zu leisten.

I. Aktuelle Entwicklungen des privaten Krankenversicherungsrechtes und Ziel der Untersuchung

Die Aufrechnung in der privaten Krankenversicherung ist seit je her möglich. Dieser wurde allerdings vielfach wenig Beachtung geschenkt, da ein Versicherungsverhältnis gerade im Fall hoher Beitragsschulden des Versicherungsnehmers zügig und ohne hohen wirtschaftlichen Verlust gekündigt werden konnte. Die Notwendigkeit zur Aufrechnung stellte sich daher in der Vergangenheit vielfach nicht. Beitragsrückstände bestanden nicht oder sie standen mangels Leistungsverpflichtung des Versicherers im Verzug keinen gleichartigen Leistungsforderungen gegenüber. Dies hat dazu ge-

führt, dass insbesondere die Bestimmung in § 394 Satz 2 BGB seit ihrer Schaffung mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches kaum dogmatische Durchdringung erfahren hat.

Mit der VVG Reform vom 23.11.2007² wurde erstmalig ein Kontrahierungszwang für die privaten Krankenversicherungsunternehmen eingeführt, der das Recht zur Kündigung im Falle der Nichtzahlung ausstehender Beiträge abschnitt. Daneben wurde das System durch die Einführung des Basis- und schließlich des Notlagentarifes³ weiter verändert und mit sozialen Überlegungen versehen. Prämien und Risikogestaltungen wurden vom Äquivalenzgedanken zumindest für den Basis- und Notlagentarif entkoppelt und durch brancheneinheitliche Tarife ohne Leistungsausschlüsse und Risikozuschläge ersetzt. Daneben wurden die Leistungsverpflichtungen der Versicherer zumindest in Teilen auch für Zeiten des Prämienverzugs gesetzlich aufrechterhalten.

Hierdurch ist die Aufrechnung systemübergreifend attraktiv und aktuell geworden: Wo früher säumige Zahler die Versichertengemeinschaft nur bis zur Kündigung ihres Versicherungsverhältnisses durch den Versicherer belasteten, steht nun eine große Anzahl zahlungsunfähiger aber unkündbarer Versicherungsnehmer. Auszugehen war 2013 noch von einem so produzierten Ausfallvolumen seitens der Versicherungsunternehmen von 750 Millionen Euro⁴. Ein Betrag, der sich wohlgerne erst seit der gesetzlichen Novellierung mit dem VVG 2008 entwickelt hat.

Die Aufrechnung bietet hier für die Versicherer eine praktikable Möglichkeit, die neu entstandenen wirtschaftlichen Forderungsausfälle, zu begleichen. Ebenso können sich die Versicherungsnehmer mit der Aufrechnung auch ihrer Prämienschulden entledigen und so ihren bisweilen verminderten Versicherungsschutz zulasten der Leistungserbringer wieder aufwerten.

Forderungen, die bisher wertlos schienen, können daher mit der Aufrechnung vielseitig eingesetzt werden, um Einfluss auf das Krankenversiche-

² Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts (VVRG) BGBl. Teil I 2007 Nr. 59, 29.11.2007 S. 2631; BT-Drs. 16/3945 (Gesetzentwurf der Bundesregierung); BR-Drs. 707/06 (Gesetzentwurf); BT-Drs. 16/5862 (Beschlussempfehlung und Bericht); BR-PIPr 828 S. 380A – 380C; BT-PIPr 16/79, S. 7873D – 7881A; BT-PIPr 16/108, S. 11165D – 11175B; BT-PIPr 16/108, S. 11175B; BR-PIPr 836 S. 260A – 260B.

³ BGBl. I 2013 Nr. 38 S. 2423; BT-Drs. 17/13079 (Gesetzentwurf); BT-Drs. 17/13947 (Beschlussempfehlung und Bericht); BT-PIPr 17/234, S. 29341B – 29341C; BT-PIPr 17/247, S. 31701A – 31711D; BT-PIPr 17/247, S. 31711B; BR-PIPr 912, S. 401B.

⁴ BT-Drs. 17/13079; *Mandler*, Der Notlagentarif VersR 2014 S. 167 m. w. N.

rungsverhältnis und den Versicherungsschutz zu üben. Inwieweit die Aufrechnung aber durch das System der privaten Krankenversicherung eingeschränkt ist, wurde bisher nirgendwo oder noch nicht einer umfassenden Betrachtung zugeführt. Diese Lücke soll mit der vorliegenden Arbeit geschlossen werden.

II. Gang der Bearbeitung

Die Problematik wird im Folgenden in fünf Kapiteln erörtert. Die Abfolge der Kapitel ist am Titel der Arbeit orientiert. Zunächst werden in einem ersten Kapitel die Grundsätze und die Rechtsnatur der Aufrechnung dargestellt. Kapitel zwei ist dem System der privaten Krankenversicherung gewidmet und legt die jeweiligen Rechtsbeziehungen der beteiligten Rechtssubjekte zueinander dar. Im dritten Kapitel werden sodann die Eckpfeiler einer Aufrechnung innerhalb des Systems der privaten Krankenversicherung abstrakt erläutert, um diese schließlich im vierten Kapitel im konkreten Fallbezug einzusetzen. Schlussendlich erfolgen eine Zusammenfassung der Erkenntnisse sowie eine abschließende Würdigung im fünften Kapitel. Die Arbeit gliedert sich damit stets vom Allgemeinen zum Besonderen, vom Abstrakten zum Konkreten. Dieser Aufbau ist bewusst gewählt und folgt in seiner Konzeption der Gesetzssystematik, die ebenfalls vom allgemeinen Zivil- und Versicherungsrecht auf das besondere private Krankenversicherungsrecht schließt. Dass der nicht immer kettenartige Bau des Gesetzes es dabei nötig macht dieselbe Stelle bisweilen auch ein zweites Mal zu berühren, sei dem Verfasser nachgesehen.

Das erste Kapitel versteht sich als Grundlegung für das Aufrechnungsrecht und betrachtet dieses Rechtsinstitut im dogmatischen Kontext zunächst aus historischer Perspektive. Auf den historischen Erkenntnissen aufbauend, findet sodann das Institut der Aufrechnung nach den §§ 387 ff. BGB seine Funktionsanalyse. Anknüpfend an die hier getroffenen Festsetzungen erfolgt eine Analyse der Aufrechnung in Bezug auf ihr Wesen und ihre Rechtsnatur. Es wird erstmalig umfassend untersucht, inwieweit sich die Aufrechnung den Gestaltungs-, Selbsthilfe- und Einrederechten zuordnen lässt. Die hier erkannten Unzulänglichkeiten finden schließlich ihre Auseinandersetzung mit der Einteilung der subjektiven Rechte im Privatrecht

und erzeugen die Notwendigkeit zur Neustrukturierung. Mit der Gruppe der Opportunitätsrechte wird schließlich eine neue Ordnung der Rechte auf dem Boden des herrschenden Verständnisses begründet und in Bezug auf die Aufrechnung untersucht. Die hieraus gewonnenen Ergebnisse werden schlussendlich auch bei der Aufrechnung innerhalb des Systems der privaten Krankenversicherung Anwendung finden.

Vorausgeschickt sei aber bereits an dieser Stelle, dass sich die Neukategorisierung der Aufrechnung als Opportunitätsrecht nicht in Widerspruch zur herrschenden Anschauung setzt. Vielmehr wird diese in ihren Ansichten unterstützt und bestätigt. Die Neuerungen lösen einen Widerspruch unter Wahrung bekannter Klassifizierungen auf, den die herrschende Anschauung bisher noch nicht als solchen erkannt hat. Aus diesem Grund können die auf dem Boden des Opportunitätsrechtes gewonnenen Ergebnisse ohne Weiteres auch vor dem Hintergrund der bisherigen Anschauung verwertet werden. Dies gilt insbesondere auch für die Lösungen zur Aufrechnung in der privaten Krankenversicherung, die nur im Bereich der Krankentagegeldversicherung und im Basistarif auf das Opportunitätsrecht zurückgreifen müssen.

Im zweiten Kapitel erfolgt eine für die Aufrechnung notwendige Grundlegung in Bezug auf das System der privaten Krankenversicherung. Betrachtet werden hier die für eine Aufrechnung maßgeblichen Rechtsbeziehungen der jeweils beteiligten Rechtssubjekte zueinander. Es erfolgt eine rechtstypologische Zuordnung der bestehenden Mehrpersonenverhältnisse. Neben Versicherer und Versicherungsnehmer werden insbesondere auch die Rechtsbeziehungen mit Klinik-Card-Verträgen und Abrechnungsstellen behandelt. Je nach Beteiligung verschiedener natürlicher oder juristischer Personen verändern sich die Interessen- und Rechtslagen. Dadurch werden Aufrechnungslagen beeinflusst, neu begründet oder ausgeschlossen. Besonderer Wert wird auch auf die Versicherung für fremde Rechnung gelegt, die als sog. Drittrisikoversicherung in der privaten Krankenversicherung auch für mögliche Aufrechnungslagen neu geklärt oder betrachtet werden muss. Die Auseinandersetzung erfolgt dabei jeweils gesondert auf den verschiedenen krankenversicherungsrechtlichen Tarifebenen getrennt nach substitutiver und nicht-substitutiver Krankenversicherung. Betrachtet werden die Rechtsbeziehungen für die Krankheitskosten-, Krankentagegeld-,

Krankenhaustagegeld- und Zusatzversicherung. Daneben werden auch der Basis- und Notlagentarif sowie Mischverträge untersucht.

Die im ersten und zweiten Kapitel gewonnenen Erkenntnisse werden im dritten Kapitel erstmalig zusammengeführt und in Bezug auf die Eckpfeiler der gesetzlichen Aufrechnungsrestriktionen für die private Krankenversicherung zur allgemeingültigen Anwendung gebracht. Es werden die für eine Aufrechnung im Krankenversicherungsrecht maßgeblichen Pfändungsbestimmungen untersucht, die eine Aufrechnung nach § 394 Satz 1 BGB hindern können. Besonderes Augenmerk gilt § 850b Abs. 1 Nr. 4 ZPO, dessen historische und dogmatische Betrachtung erstmalig stattfindet. Daneben wird § 394 Satz 2 BGB zum ersten Mal historisch und dogmatisch umfassender behandelt. Die hier gewonnenen Erkenntnisse sind allgemeingültig für jede Aufrechnung innerhalb des Systems der privaten Krankenversicherung.

Im anschließenden vierten Kapitel werden schließlich sämtliche aus den vorherigen Kapiteln gewonnenen Grundsätze insgesamt zur Anwendung gebracht. Die tarifbezogenen Besonderheiten der Aufrechnung werden aufgezeigt. Dazu wird nach substitutiven oder nicht-substitutiven Tarifen aufgliedert, um die jeweiligen Aufrechnungsmöglichkeit aufzuzeigen. Neben den Aufrechnungslagen im Verhältnis Versicherungsnehmer – Versicherer werden jeweils gesondert auch die Drittrisikoversicherung, Klinik-Card-Verträge und Abrechnungsstellen im einzelnen Tarif geprüft. Darauffolgend werden Aufrechnungslagen bei der Kumulation unterschiedlicher Versicherungsverhältnisse analysiert. Schließlich folgen Betrachtungen der Aufrechnungsmöglichkeiten in der Insolvenz des Versicherers und Versicherungsnehmers sowie in dessen Verbraucherinsolvenz und Restschuldbefreiungsverfahren.

Abgeschlossen werden die Überlegungen durch die Schlussbetrachtungen im fünften Kapitel. Hier erfolgt im Nachgang an die Feststellung des Ertrags für die Rechtsdogmatik und die praktische Rechtsanwendung eine abschließende Würdigung sämtlicher Problematiken oder Themen.

B. Die Aufrechnung als Opportunitätsrecht

Das Verständnis des Wesens der *compensatio*, der Aufrechnung, ist für die Analyse ihrer Möglichkeiten essentiell und darf in seiner Tragweite auch für die praktische Diskussion nicht verkannt oder pauschal behandelt werden. Die Aufrechnung beruht selbst auf vielen Jahrhunderten der Überlegung und Verbesserung und ist trotz allem, ihrer Rechtsnatur und Funktionalität nach, noch nicht vollständig ergründet worden. Hier mehr Licht in das Dunkel zu bringen, ist erklärtes Ziel des ersten Kapitels.

Dieses bewegt sich auf dogmatisch schwierigstem Terrain, beruht dem Grunde nach aber auf einer einfachen Grundüberlegung: Die Aufrechnung wird von der herrschenden Anschauung sowohl als Gestaltungs- als auch als Selbsthilferecht qualifiziert und ihr werden im Rahmen des Prozesses einredentypische Eigenschaften attestiert. Gleichzeitig erklärt die herrschende Anschauung jedoch jede dieser Gruppen für exklusiv, sodass sich die Kombination dieser Ansichten an sich verschließt und einen Widerspruch produziert. Bemerkt man nun zusätzlich, dass Selbsthilfetatbestände grundsätzlich restriktiv und Gestaltungsrechtstatbestände hingegen weit zu handhaben sind, ergibt sich unter Anerkennung des herrschenden Verständnisses für die Aufrechnung eine weitere – mit bisheriger Dogmatik kaum zu lösende – Spannungslage, die eines neuen Lösungsansatzes bedarf.

Praktische Auswirkungen dieser Spannungslage zeigen sich – so viel bereits hier – schließlich bei der Aufrechnung in der Krankentagegeldversicherung und im Tagegeld des Basistarifs. Dort finden die dogmatischen Neuerungen des Aufrechnungsrechtes unter Fortschreibung des herrschenden Verständnisses schließlich Anwendung, um die gesetzlich ausdrücklich eröffneten Grenzen auf ein sozial verträgliches Maß – losgelöst vom Einzelfall und dem sinnwidrigen Vorwurf des Rechtsmissbrauches oder der Sittenwidrigkeit bei ausdrücklich eröffneten gesetzlichen Spielräumen – reduzieren zu können.

I. Allgemeine Überlegungen zur Aufrechnung im Zivilrecht

Alle bis zu einem gewissen Stand entwickelten Rechtsordnungen verfügen über Regelungen zur Aufrechnung⁵. Diese sind dabei ihrem Gedanken nach identisch, in ihrem Mechanismus aber bisweilen stark unterschiedlich⁶. Quell der Unterschiede ist hier zumeist die prozessuale bzw. materielle Anknüpfung des Aufrechnungsrechtes⁷, die sich insbesondere auch in der jeweiligen Form der Geltendmachung zeigt⁸. Jene rechtliche Diversität beruht auch auf historischen Entwicklungen, die im Folgenden in angemessener Kürze dargetan werden sollen. Ein Rückblick ist deshalb für das Verständnis des deutschen Aufrechnungsrechtes gewinnbringend. Aktuelle Entwicklungen können so in das Gesamtgefüge eingeordnet werden.

Die Betrachtung beschränkt sich hier – angesichts der bereits vorhandenen umfassenden rechtshistorischen Betrachtungen – auf die entscheidenden Entwicklungsschritte der Aufrechnung im römischen, germanischen und gemeinen Recht, wobei besonderer Wert auf die Darstellung eines abstrakten gedanklichen Bildes gelegt wird, welches nur die notwendigsten Ursprünge skizziert.

⁵ Vgl. *Hartter*, Das römisch-deutsche Recht der Kompensation S. 38; *Jeremias*, Internationale Insolvenzaufrechnung S. 19; *Habscheid* FS Neumayer, S. 263 ff. m. w. N.; *Eujen*, Die Aufrechnung im internationalen Verkehr, S. 48 ff., 104 ff.; *Schwimann/Mader* § 1438 ABGB Rn. 1; *Koban*, Zwei Fragen aus dem Bürgerlichen Rechte S. 19 ff.; *Spielbüchler*, Der Dritte im Schuldverhältnis S. 94 ff.; *Gäbel*, Neuere Probleme zur Aufrechnung im internationalen Privatrecht, S.76 ff.; vgl. auch *Asher*, Die Compensation im Civilprozess S. III.; *Zimmermann*, The Law of Obligations S. 760 f.; *Barbour*, A treatise on the law of set off, S. 17 ff.

⁶ Vgl. *Hartter*, Das römisch-deutsche Recht der Kompensation S. 38.

⁷ Zur Aufrechnung im englischen Recht mit „set off“ und „counterclaim“ (Judicature Act 1873) sowie nach *equity*-Gesichtspunkten, vgl. auch *Jeremias*, Internationale Insolvenzaufrechnung S. 19; *Habscheid* FS Neumayer, S. 263 ff. m. w. N.; *Eujen*, Die Aufrechnung im internationalen Verkehr, S. 48 ff., 104 ff. Zur *compensation judiciaire* und *compensation légale*, vgl. *ders.* S. 34 ff., 100 ff.; *Jeremias*, aaO. S. 40 f. Zu § 1438 ff. des österreichischen ABGB, *Schwimann/Mader* § 1438 ABGB Rn. 1; *Koban*, Zwei Fragen aus dem Bürgerlichen Rechte S. 19 ff.; *Spielbüchler*, Der Dritte im Schuldverhältnis S. 94 ff. Zum Aufrechnungsverständnis in den Vereinigten Staaten von Amerika getrennt nach *counterclaim* und *crossclaim*, *Gäbel*, Neuere Probleme zur Aufrechnung im internationalen Privatrecht, S.76 ff.; vgl. dazu auch *Asher*, Die Compensation im Civilprozess S. III.; *Zimmermann*, The Law of Obligations S. 760 f.; *Barbour*, A treatise on the law of set off, S. 17 ff.

⁸ Vgl. dazu *Staudinger/Gursky* Vorbem zu §§ 387 ff. Rn. 3; *Mugdan* II § 281 d), b).

1. Historischer Rückblick auf die Anfänge des Aufrechnungsrechtes

Der erste rechtshistorische Nachweis der Aufrechnung⁹ gelingt im Römischen Recht, dessen Rezeption das aktuelle zivilrechtliche Denken unzweifelhaft nachhaltig mit geprägt hat.

a) Die Aufrechnung im römischen Recht

Im frühen römischen Recht wurde die Aufrechnung (*compensatio*) nicht als selbstverständlich vorausgesetzt. Vielmehr galt das Hin- und Herzahlen einer bestimmten Geldsumme im Zweipersonenverhältnis als Selbstverständlichkeit¹⁰. Die Zahlung einer Schuld und die Forderung einer anderen ebenso hoch bestehenden Gegenforderung waren nicht „*dasselbe*“¹¹. Der Grund für diese „*Starrheit*“¹² des Rechtes mag zu dieser Zeit¹³ vor allem daran gelegen haben, dass Geldgeschäfte im größeren Rahmen deutlich seltener vorkamen¹⁴. Allerdings wird im Lichte des der Aufrechnung zugrunde liegenden Zweckmäßigkeitgedankens davon auszugehen sein, dass

⁹ Begriffliche Entwicklung der Aufrechnung: Compensation, Wettschlagung, Abzug, Vergleichung, Compensatio, Compensare, *exceptio compensationis*, vgl. *Dernburg*, Geschichte und Theorie der Kompensation S. 9 ff.; auch bezeichnet als Vergleichung, Gegeneinanderrechnung, Aufhebung, Aufwägung oder Abrechnung, vgl. hierzu *Krug*, Die Lehre von der Compensation, S. 7 ff.; *Christiansen*, Institutionen des römischen Rechts S. 475; *Leonard*, Die Aufrechnung S. 23 ff.; *Stampe*, Das Compensationsverfahren S. 12 f.; *Kretschmar*, Secum pensare S. 79; *Asher*, Die Compensation im Civilprozess S. 1 f.; *Eisele*, Die Compensation nach römischen und gemeinen Rechte S. 391 f.; *Köchling*, Beitrag zur Lehre von der Kompensation, Neues Archiv für preussisches Recht und Verfahren S. 149 ff.; *Hartter*, Das römisch-deutsche Recht der Kompensation S. 37 ff.

¹⁰ *Dernburg*, Geschichte und Theorie der Kompensation, S. 15 f.; *Berger*, Der Aufrechnungsvertrag S. 59; *Gäbel*, Neuere Probleme zur Aufrechnung S. 1 § 1 I.; *Dullinger*, Handbuch der Aufrechnung S. 148; *Hasse*, Über die Compensation und ihre Liquidität, AcP 7 S. 166 f.; *Asher*, Die Compensation im Civilprozess S. I, 1.

¹¹ *Christensen*, Institutionen des Römischen Rechts S. 476; dagegen *Leonard*, Die Aufrechnung S. 9 ff., der sich auf *rationes putare* beruft.

¹² Vgl. dazu *Hartter*, Das römisch-deutsche Recht der Kompensation S. 4 f.

¹³ Eine scharfe zeitliche Einordnung kann hier nicht erfolgen. *Christensen*, Institutionen des Römischen Rechts S. 475 ff. projiziert seine Nachstellung in die Anfänge des fünften Jahrhunderts. Diese Einordnung ist jedoch umstritten vgl. *Dernburg*, Geschichte und Theorie der Kompensation S. 16.; *Leonard*, Die Aufrechnung S. 9, 13 ff.; *Stampe*, Das Compensationsverfahren S. 1 ff.; *Asher*, Die Compensation im Civilprozess S. XII ff.

¹⁴ Vgl. *Gäbel*, Neuere Probleme zur Aufrechnung S. 1 § 1 I.; vgl. auch *Dernburg*, Geschichte und Theorie der Kompensation S. 16.; *Leonard*, Die Aufrechnung S. 9.

vereinzelt auch außergerichtlich, auf freiwilliger Basis, kompensiert wurde¹⁵.

Erste einer Aufrechnung vergleichbare Regelungsmechanismen¹⁶ lassen sich in der Folgezeit der sog. Formularprozesse¹⁷ nachweisen. So liefert der frühklassische Bericht des *Gaius*¹⁸ Zeugnis davon, dass im *bonae fidei iudicium* dem Richter im Geiste dieser *actio* die Befugnis zugestanden wurde¹⁹, Forderungen *ex eadem causa* aufzurechnen²⁰. Im strengeren *stricti iuris iudicium* hingegen bestand – zumindest bis zum Reskript Marc Aurels – keine umfassende einheitlich nachweisbare Möglichkeit zur Aufrechnung, in der eine schrittweise Angleichung an den diesbezüglich flexibleren *bonae fidei iudicium* deutlich würde²¹.

Ausnahmen zu diesem Grundsatz bestanden aber auch schon damals. Man hatte die Unbilligkeiten, die aus einer fehlenden Aufrechnungsmöglichkeit resultieren, bereits erkannt. So konnte der *argentarius* allein den Saldo

¹⁵ *Brinz*, Die Lehre von der Compensation S. 132 ff.

¹⁶ Dem römischen Recht war die heute übliche Unterscheidung zwischen materiell-rechtlichem Anspruch und prozessualer Geltendmachung unbekannt (*quid veniat in actionem*), vgl. *Gäbel*, Neuere Probleme zur Aufrechnung S. 3 Fn. 10; *Dulckeit/Schwarz*, Römische Rechtsgeschichte, 5. Aufl. S. 148 f.; *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, 10. Aufl. S. 126.

¹⁷ Vgl. dazu *Hartter*, Das römisch-deutsche Recht der Kompensation S. 4 ff.; weitergehend *Leonard*, Die Aufrechnung S. 23; *Asher*, Die Compensation im Civilprozess S. III f.

¹⁸ *Gaius* Institutionen IV 61–68, IV 61, 63; vgl. hierzu auch *Leonard*, Die Aufrechnung S. 26.

¹⁹ Inwieweit diese Befugnis auch eine *compensatio* bei ungleichartigen Verbindlichkeiten erlaubt hat, ist umstritten. Dafür z. B. *Hasse*, Über die Compensation und ihre Liquidität, AcP 7 S. 179; *Bekker*, Recipere und permutare, Zeitschrift für Rechtsgeschichte 1882 S. 14 f.; *Richter*, Studien zur Geschichte der Gestaltungsrechte S. 20; *Hattenhauer*, Einseitige private Rechtsgestaltung S. 18, 20, die bei *species*-Schulden eine Saldierung im Wertevergleich vornehmen möchte. Zu eng wohl *Scheurl*, Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts, S. 153, der eine *compensatio* beispielsweise Getreide gegen Getreide, Wein gegen Wein etc. außerhalb von wechselseitigen Geldschulden nicht anerkennt. Richtig aber *Hartter*, Das römisch-deutsche Recht der Kompensation S. 21; *Siber*, Römisches Recht S. 274 f.

²⁰ *Kretschmar*, Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte S. 3; *Krug*, Die Lehre von der Compensation S. 42 ff.; *Christensen*, Institutionen des Römischen Rechts S. 477; *Leonard*, Die Aufrechnung S. 39; *Stampe*, Das Compensationsverfahren S. 40; *Berthmann-Hollweg*, Beitrag zur Lehre von der Compensation S. 273; *Stampe*, Das Compensationsverfahren S. 46; *Asher*, Die Compensation im Civilprozess S. VI f.; *Scheurl*, Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts S. 151 ff.; *Hasse*, Über die Compensation und ihre Liquidität, AcP 7 S. 163; *Zimmermann*, The Law of Obligations S. 761 f.; *Ubbelohde*, Ipso jure compensatur S. 11; S. 184 ff.; vgl. auch *Hattenhauer*, Einseitige private Rechtsgestaltung S. 19 und *Schwarz*, Die Konträrklagen ZRG 71 S. 193, die in dieser *compensatio* noch keine Aufrechnung im eigentlichen Sinne erblicken, da es auf eine Parteihandlung zur *compensatio* nicht ankäme. Ähnlich *Kaser*, Römisches Privatrecht S. 197, der sogar von einer notwendigen Parteihandlung im *bonae fidei iudicia* ausgeht.

²¹ *Kretschmar*, Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte S. 3; deutlich weitergehend *Leonard*, Die Aufrechnung S. 28 ff., der davon ausgeht, dass die Aufrechnung auch bei strengen Klagen schon vollkommen eingebürgert gewesen sei.; dagegen wiederum *Asher*, Die Compensation im Civilprozess S. VIII f., der erkennt, dass es bei den einseitigen Klagen im *stricti iuris iudicium* an jeglicher Zweiseitigkeit gefehlt haben musste und diese nur in engen Ausnahmen schrittweise anerkannt wurde.

(*amplius*) seines Bankkunden²², nach vorheriger interner *compensatio*, mittels *actio depositi*, einfordern²³. In ähnlicher Art gab es zudem beim selbsthaftenden Konkursverwalter, dem sog. *bonorum emptor*²⁴, die Möglichkeit zur Aufrechnung²⁵. Letztere Ausnahme ist hier hervorzuheben, weil diese heutigen wirtschaftlichen Überlegungen in Teilen gleicht. Nach einer *bonorum emtio*, also dem Konkurs über das Vermögen eines Schuldners oder Gläubigers, erlaubte das römische Konkursrecht die Kompensation in weitem Maße, da es schon damals widersinnig angemutet haben mag, wenn eine Partei ihre Schuld sämtlich hätte erbringen müssen, um sodann nur noch einen Teil ihrer Gegenforderung vom Schuldner beizutreiben²⁶. Ein Gedanke, der sich auch heute noch in den §§ 94 ff. InsO findet, im Rahmen des sog. insolvenzfreien Schuldverhältnisses bei der Insolvenz des Versicherungsnehmers in der privaten Krankenversicherung jedoch teilweise aufgegeben wurde²⁷.

Eine mögliche weitere Ausnahme wird zudem teilweise außerhalb des *bonae fidei iudicium* in der Ausübung der *exceptio doli*²⁸ im *stricti iuris*

²² Gäbel, Neuere Probleme zur Aufrechnung S. 2 f.; Siber, Compensation und Aufrechnung S. 1; Stampe, Das Compensationsverfahren S. 46; Krug, Die Lehre von der Kompensation S. 35 ff.; Geib, Theorie der gerichtlichen Compensation S. 8 ff.; Dullinger, Handbuch der Aufrechnung S. 148.; Asher, Die Compensation im Civilprozess S. VIII f., 12 ff.; Hasse, Über die Compensation und ihre Liquidität, AcP 7 S. 176 ff.; Zimmermann, The Law of Obligations S. 764 f.; Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts S. 153 ff.; Hartter, Das römisch-deutsche Recht der Kompensation S. 2 f., 10 f.; Berthmann-Hollweg, Beitrag zur Lehre von der Compensation S. 279 f, 281 ff.

²³ Berger, Der Aufrechnungsvertrag S. 60 und Asher, Die Comensation im Civilprozess S. II f., treten dieser Ausnahme mit der Äußerung entgegen, dass gegenüber dem heutigen Verständnis der Aufrechnung zwei wesentliche Unterschiede bestünden. Anders Gäbel, Neuere Probleme zur Aufrechnung S. 3 Fn. 10, Kretschmar, Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte S. 3; vgl. auch Kreller, Römisches Recht S. 382.

²⁴ Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation S. 39 ff.; Berger, Der Aufrechnungsvertrag S. 60, Kretschmar, Entwicklung der Kompensation im römischen Recht S. 3; Förster/Eccuis, Preußisches Privatrecht S. 590; Siber, Compensation und Aufrechnung S. 1; Dullinger, Handbuch der Aufrechnung S. 148 f.; Hartter, Das römisch-deutsche Recht der Kompensation S. 11; Hasse, Über die Compensation und ihre Liquidität, AcP 7 S. 177 ff.; Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts S. 153 ff.; Krug, Die Lehre von der Kompensation S. 36; Asher, Die Compensation im Civilprozess S. XIV, 15 ff.; Zimmermann, The Law of Obligations S. 765; Stampe, Das Compensationsverfahren S. 46, 59 ff., der zusätzlich auch ein Compensationsverfahren bei der *rei vindicatio* für denkbar hält; Der *bonorum emptor* ging in seinen Aufgabe über das heutige Verständnis eines Konkursverwalters hinaus. Er war verpflichtet die Schulden des *fraudators* bis zu einer bestimmten Höhe zu übernehmen, wenn ihm jener seine noch ausstehenden Forderungen abtrat, Gäbel, Neuere Probleme zur Aufrechnung S. 3 Fn. 11.

²⁵ Begrifflich unterscheidet hier Krug, Die Lehre von der Kompensation S. 38. Ähnlich wie Krug, versteht auch Asher, Die Compensation im Civilprozess S. XIV, 16 die *bonorum emptor*. Vgl. auch Hasse, Über die Compensation und ihre Liquidität, AcP 7 S. 179 ff.

²⁶ Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation S. 39 ff., 198 f.; Berthmann-Hollweg, Beitrag zur Lehre von der Compensation S. 280 f.; Kretschmar, Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte S. 3.

²⁷ Siehe dazu Kapitel 4 E. II. S. 459 ff.

²⁸ Z.T. auch als *replica doli* oder *exceptio doli generalis* bezeichnet, vgl. Christensen, Institutionen im Römisches Recht S. 481. Vgl. auch Ubbelohde, Ipso jure compensatur S. 196; Köchling, Beitrag zur Lehre von der

indicium gesehen, dem Vorläufer der auch heute noch bekannten Einrede *dolo facit qui petit quod redditurus est*²⁹ (*dolo agit qui petit, quod statim redditurus est*), aus dessen Grundgedanken sich letztlich das gesamte Aufrechnungsrecht bis heute speist³⁰. Die Einzelheiten der Art und Weise der Ausübung dieser *exceptio* im Prozess und deren Qualifikation als Kompensationsmittel sind aus rechtsgeschichtlicher Perspektive zwar nicht klar definiert und im Einzelnen auch stark umstritten³¹, es lässt sich aber sagen, dass die Erhebung der *exceptio doli*³² im *stricti iuris indicium* zumindest indirekt, wenn nicht sogar direkt, herbeigeführt durch Richterspruch, Parteihandlung oder *ipso iure*, geleitet vom Gedanken war, dass ein *dolus* in einer Klage ohne vorherigen Abzug eigener Verbindlichkeiten liegt³³. Somit wurde ein gegenüber der heutigen Aufrechnung ähnliches Ergebnis mit der Erhebung der Einrede erzeugt³⁴.

Mit dem Reskript des Marc Aurel hat die Rechtslage der Aufrechnung im römischen Recht und schließlich auch im *stricti iuris iudicium* eine Kon-

Kompensation, Neues Archiv für preussisches Recht und Verfahren S. 154; Lippmann, Zur Lehre von der Kompensation, Jherings Jahrbücher 32 (1893) S. 168 ff.

²⁹ Gäbel, Neuere Probleme zur Aufrechnung S. 6; Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation S. 194 f., 361; Siber, Compensation und Aufrechnung S. 9, 78; Asher, Die Compensation im Civilprozess S. XV, 20 ff.; Eujen, Die Aufrechnung im internationalen Verkehr S. 20 f.; Hartter, Das römisch-deutsche Recht der Kompensation S. 14; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II S. 316 Fn. 3; Lippmann, Zur Lehre von der Kompensation, Jherings Jahrbücher 32 (1893) S. 237 ff.; Josef, Aufrechnung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Forderungen gegeneinander in Verwaltungsarchiv 22 S. 372.

³⁰ Siber, Römisches Recht S. 274 f.; Berger, Der Aufrechnungsvertrag S. 61 ff.; Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation S. 194 f., 361 f.; zweifelnd aber im Ergebnis bejahend Brinz, Die Lehre von der Compensatio S. 46 ff., 82 f. Vgl. auch Stampe, Das Compensationsverfahren S. 48 f.; Hartlaub, Der Solutionsgedanke bei der Kompensation S. 14; ähnlich Kreller, Römisches Recht S. 381; widersprechend Kretschmar, Entwicklung der Kompensation S. 10 Fn. 16; Kretschmar, Secum pensare S. 74 ff.; dagegen Eisele, Die Compensation nach römischen und gemeinen Recht S. 57 f., 97 ff.; Hasse, Über die Compensation und ihre Liquidität, AcP 7 S. 204 f.; Jeremias, Internationale Insolvenzaufrechnung S. 9 f.

³¹ Übersicht der vertretenen Meinungen bei Kretschmar, Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte S. 4 ff. m. w. N.; Leonard, Die Aufrechnung S. 30 ff. m. w. N., 43 ff.; Stampe, Das Compensationsverfahren S. 4 ff. m. w. N.; Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation S. 169 ff.; Asher, Die Compensation im Civilprozess S. XVII ff., 26 ff.; vgl. auch Hasse, Über die Compensation und ihre Liquidität, AcP 7 S. 167 ff.; Zimmermann, The Law of Obligations S. 762 ff.; Ubbelohde, Ipso jure compensatur S. 198 f.

³² Zur *exceptio doli* Allgemeinen vgl. Hänel, Über das Wesen und den heutigen Gebrauch der actio und exceptio doli, AcP 12 S. 408 ff.

³³ *Ne cui dolus suus contra naturalem aequitatem prosit*, vgl. dazu Asher, Die Compensation im Civilprozess S. XV.

³⁴ Vgl. Gäbel, Neuere Probleme zur Aufrechnung S. 3 Fn. 10; Gaius III. § 172; Leonard, Die Aufrechnung S. 19, 38; Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation S. 16 Fn. 1, 175 ff.; Asher, Die Compensation im Zivilprozess S. X ff.; Kretschmar, Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte S. 7 ff., der jedoch nicht von einer *exceptio doli*, sondern von einer *exceptio in factum* ausgeht, vgl. dazu Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation S. 174, 175 Fn. 1, 180; a. A. Stampe, Das Compensationsverfahren S. 40 ff.

ketisierung³⁵ erfahren. Die Anerkennung der *compensatio* im Wege der Erhebung der *exceptio doli*, einer Einrede, wurde umfassend anerkannt³⁶ und so gleichzeitig die Grundlage für mögliche Rückschlüsse auf vorherige Regelungen gebildet³⁷. Wenngleich die genaue Umsetzung der *compensatio* in diesem Prozess bis heute nicht zweifelsfrei geblieben ist³⁸, lässt sich aber klar der fortschreitende Gedanke der Möglichkeiten zur Kompensation erkennen, der mit der zunehmenden wirtschaftlichen Notwendigkeit einer umfassenden Aufrechnungsmöglichkeit im breiten Spektrum der römischen *actiones* Hand in Hand geht. Es verwundert daher nicht, dass die *compensatio* auch unter *Justinian*³⁹ ausgeweitet wurde⁴⁰.

Die Entwicklung der *compensatio* im römischen Recht kann resümierend als Durchsetzung eines logischen, wie einfachen Gedankens über striktes Formaldenken bezeichnet werden, dessen größte Errungenschaft ein Mehr an Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit war. Ausgang dieses Denkens ist dabei die Überlegung des auch heute noch vorhandenen Instituts, der *dolo facit qui petit quod redditurus est*⁴¹, deren Bestreben es ist, ein erhöhtes Maß an Einzelfallgerechtigkeit und Flexibilität zu gewährleisten. Bemerkenswert ist neben der Wirkung auch dessen Modus: Die römische *compensatio* war, wie auch die heutige deutsche Aufrechnung, von einer privatautonom getätigten prozessualen Rechtserklärung abhängig⁴², sei sie

³⁵ Ob das Reskript lediglich bestehendes Recht formulierte, oder ein rechtliches Novum begründete ist nicht zweifelsfrei belegbar, vgl. *Ubbelohde*, *Ipsa jure compensatur* S. 196 f.; *Siber*, *Römisches Recht* S. 276 Fn. 17.

³⁶ *Dernburg*, *Geschichte und Theorie der Kompensation* S. 176 ff.; *Stampe*, *Das Compensationsverfahren* S. 61 f.; *Kretschmar*, *Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte*, S. 21; *Eisele*, *Die Kompensation nach römischen und gemeinen Rechte* S. 111 ff.; *Leonard*, *Die Aufrechnung* S. 99; im Kern ähnlich *Siber*, *Kompensation und Aufrechnung* S. 6 ff., 12 ff.; anders *Brinz*, *Die Lehre von der Kompensation* S. 95 ff.; *Dullinger*, *Handbuch der Aufrechnung* S. 148 f.; *Asher*, *Die Compensation im Civilprozess* S. 7 ff.

³⁷ *Stampe*, *Das Compensationsverfahren* S. 41 Fn. 1; *Dernburg*, *Geschichte und Theorie der Kompensation* S. 179 ff.

³⁸ *Stampe*, *Das Compensationsverfahren* S. 64 ff. m. w. N.; *Dernburg*, *Geschichte und Theorie der Kompensation* S. 182 ff.; *Brinz*, *Die Lehre von der Compensation* S. 82 ff.; *Scheurl*, *Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts* S. 159 ff.; *Eisele*, *Die Compensation nach römischen und gemeinen Recht* S. 206 f.

³⁹ *Justinian* § 30 I de act.

⁴⁰ Zu den Einschränkungen der Ausweitung *Krug*, *Die Lehre von der Compensation* S. 46 ff. m. w. N.; *Siber*, *Römisches Recht* S. 276 f.; insoweit weitergehend *Berger*, *Der Aufrechnungsvertrag* S. 62 Fn. 19; *Berthmann-Hollweg*, *Beitrag zur Lehre von der Compensation* S. 260 und *Scheurl*, *Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts* S. 174; einschränkend auch *Siber*, *Kompensation und Aufrechnung* S. 15; *Hartter*, *Das römisch-deutsche Recht der Kompensation* S. 25.

⁴¹ *Gäbel*, *Neuere Probleme zur Aufrechnung* S. 6; *Dernburg*, *Geschichte und Theorie der Kompensation* S. 194 f., 361; *Siber*, *Kompensation und Aufrechnung* S. 9, 78; *Asher*, *Die Compensation im Civilprozess* S. XV, 20 ff.; *Eujen*, *Die Aufrechnung im internationalen Verkehr* S. 20 f.

⁴² *Leonard*, *Die Aufrechnung* S. 134 f.; *Windscheid*, *Lehrbuch des Pandektenrechts* II S. 318 ff.; *Eujen*, *Die Aufrechnung im internationalen Verkehr* S. 21; *Berthmann-Hollweg*, *Beitrag zur Lehre von der Compensati-*

auch eingekleidet als Einrede oder Klage⁴³. Dieser Umstand ist es, der bis heute die Sonderstellung der Aufrechnung auch im deutschen Privatrechtsverkehr begründet.

b) Die Aufrechnung im germanischen, gemeinen und modernen Recht

Die Erfolgsgeschichte der Aufrechnung im römischen Recht fand ihr Ende zunächst im germanischen Recht. In diesem war die Aufrechnung, wie zuvor schon im römischen Recht, unbekannt⁴⁴. Recht wurde für den Einzelfall gesprochen und nicht als Sache des Verstandes und Willens, sondern als Gegenstand des Empfindens⁴⁵ aufgefasst. So sah noch der Sachsenspiegel, als Zusammenschau geltenden Gewohnheitsrechtes, wohl ein weitgehendes Verbot der Aufrechnung im dritten Buch in *Articvlvs XII* vor⁴⁶.

Wie belastbar diese Annahmen auch sein mögen, so sicher ist, dass die Aufrechnung letztlich auch im gemeinen Recht Fuß fasste und ihre zunächst im römischen Rechte begonnene Erfolgsgeschichte schließlich

on S. 266 ff.; anders aber *Asher*, Die Compensation im Civilprozess S. XIX ff., XXIV, 38 ff.; *Kreller*, Römisches Recht S. 383 f.

⁴³ Ähnlich *Ubbelohde*, Ipso jure compensatur S. 22, 27; *Hattenhauer*, Einseitige private Rechtsgestaltung S. 22 f.; *Leonhard*, Die Aufrechnung S. 158 f.

⁴⁴ *Gäbel*, Neuere Probleme zur Aufrechnung im internationalen Privatrecht S. 7. Zur „Aufrechnung“ bzw. „Bußverrechnung“, vgl. *Richter*, Studien zur Geschichte der Gestaltungsrechte S. 25 ff.

⁴⁵ *Gäbel*, Neuere Probleme zur Aufrechnung im internationalen Privatrecht S. 7.

⁴⁶ Übersetzung nach *Meckbach*, Commentar über den Sachsenspiegel S. 676: „*Welcher Mann auf einen klagt, und jener wieder auf ihn, der von erst klagt, der darff dem anderen nicht wieder antworten, er sei dann erst ledig von ihm. Klagen aber viel Leut auf einen Mann um Ungericht, er darff den anderen nicht antworten ehe dann er von dem ersten ledig wird. Wird auch die Klage getaget, er bedarff nicht höher Bürgen setzen dann für sein Wehrgeld, obwol der Klagen viel seind*“; Für ein absolutes Verbot *Gäbel*, Neuere Probleme zur Aufrechnung im internationalen Privatrecht S. 7; *Dernburg*, Geschichte und Theorie der Compensation S. 268; *Richter*, Studien zur Geschichte der Gestaltungsrechte S. 34; dagegen *Hartter*, Das römisch-deutsche Recht der Compensation S. 26 ff. Bestärkend für ein Verbot, mag das noch 1616 in Bayern existente Aufrechnungsverbot stehen, vgl. Der XVIII. Titel des bayrischen Landrechtes von 1616: „*Von Gütern die zubehalten werden geben – Der erste Articul. von uberantwortung der Güter/die zubehalten sein geben: (1) Wo jemand dem anderen Geldt/Clainod/Bücher/Urkund/Brief oder ander Haab/oder Guet/ligend oder vahrend/zu getrewer Hand bevilcht/oder gibt/ So soll der/welchem das zubehalten gegeben ist/dem jenen der es ihm bevolchen hat/damit getrewlich gewarten/und ime dieselben Haab/nach deß anderen beger und willen/sambt den auffgehabnen nutzungen/von stundan und unterzogenlich wider uberantworten/und derselben und ihme hieinnen kein Einred/Gegenforderung oder Ansprach zugelassen werden/ ausgenommen/ da er an solch hinderlegt oder vertraut Guet/notwendigen Unkosten angelegt hette...*“, vgl. *Günter*, Das bayerische Landrecht von 1616 S. 64, 215. Bereits mit dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern 1860 erfuhr die Aufrechnung aber auch in Bayern eine umfassende Kodifikation, vgl. Viertes Hauptstück – Aufhebung der Schuldverhältnisse zweite Abteilung – Aufrechnung Art. 182–196.

durch die Rezeption desselben fortsetzte⁴⁷. Maßgeblich kann diese Wiederentdeckung neben einem verstärkten Kompensationsbedürfnis aufgrund der wachsenden Anzahl neu begründeter Verbindlichkeiten auch darauf zurückgeführt werden, dass seit dem Ende des sechzehnten Jahrhunderts, in Abkehr zum altgermanischen Prozessverständnis, verstärkt die ältere römische Sichtweise an Bedeutung gewann und die Besetzung der Gerichte mit gelehrten Richtern und Spruchfakultäten voranschritt⁴⁸.

Wichtiger Eckpfeiler dieser Entwicklung ist neben der partiellen Ausdehnung der Kompensation durch einzelne Adelige⁴⁹, insbesondere die Aufnahme und Regelung der Kompensation im Allgemeinen Preußischen Landrecht, das erstmalig eine großflächige Kodifikation der Aufrechnung auf deutschem Boden begründete und sich in über siebenzig Paragraphen⁵⁰ detailliert zur Aufrechnung äußert⁵¹. So finden sich auch hier Regelungen, wie bereits im römischen Recht, zur Kompensation im Wechselprozess⁵² und im Konkurs⁵³, wobei die Aufrechnung stets von einer privatautonom motivierten Gestaltungshandlung der Parteien abhängig war⁵⁴. Auch dies war bereits im römischen Recht verwurzelt⁵⁵ und besteht in Form der Aufrechnungserklärung gem. § 388 BGB bis heute fort. Ähnliche Gedanken

⁴⁷ Dies spricht für die bestehende Möglichkeit zur Kompensation; vgl. *Dernburg*, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts S. 260.

⁴⁸ *Dernburg*, Geschichte und Theorie der Kompensation S. 269.

⁴⁹ *Dernburg*, Geschichte und Theorie der Kompensation S. 269 ff. m. w. N.; *Gäbel*, Neuere Probleme zur Aufrechnung im internationalen Privatrecht S. 8 f. m. w. N.

⁵⁰ Vgl. Allgemeines Preußisches Landrecht erster Theil, sechzehnter Titel (Von den Arten, wie Rechte und Verbindlichkeiten aufhören), sechster Abschnitt (Von der Compensation) §§ 300–377; siehe hierzu v. *Thülen*, Die Aufrechnung bei mehreren Forderungen des einen oder des anderen Theils nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch S. 11 ff.; *Deichmann*, Zur Lehre von der Kompensation bei einer Mehrheit von Forderungen in Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Gruchot Bd. 42 S. 257 ff.

⁵¹ *Dernburg*, Geschichte und Theorie der Kompensation S. 268 ff.

⁵² Allgemeines Preußisches Landrecht zweiter Theil, achter Titel (Vom Bürgerstande), siebter Abschnitt (Vom Wechselprozesse) § 923, vgl. dazu Förster/*Eccuis*, Preußisches Privatrecht S. 603 ff. Ähnlich beim *argentarius*, siehe dazu Kapitel 1 B. I. 1. b) S. 15 ff.

⁵³ Vgl. Allgemeines Preußisches Landrecht erster Theil, sechzehnter Titel (Von den Arten, wie Rechte und Verbindlichkeiten aufhören), sechster Abschnitt (Von der Compensation) §§ 317 ff.; § 317 ALR. Die Vergleichbarkeit zum *bonorum emptor* ist unverkennbar. Siehe dazu Kapitel 1 B. I. 1. b) S. 15 ff.

⁵⁴ Entgegen dem ersten Anschein des § 301 Allgemeines Preußisches Landrecht erster Theil, sechzehnter Titel (Von den Arten, wie Rechte und Verbindlichkeiten aufhören), sechster Abschnitt (Von der Compensation), ist eine Aufrechnung im preußischen Rechte doch stets von der Geltendmachung der entsprechenden Einrede abhängig gewesen, vgl. dazu Förster/*Eccuis*, Preußisches Privatrecht S. 590 ff.; 599 ff.; *Hattenhauer*, Einseitige private Rechtsgestaltung S. 154 ff.; *Dernburg*, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts S. 260, 263; *Richter*, Studien zur Geschichte der Gestaltungsrechte S. 47 ff. Bereits die Motive des Plenarbeschlusses des Obertribunals vom 8. April 1839 Entscheidung Band IV S. 208 gehen für die Kompensation von einem durch Ausübung bedingten Recht aus.

⁵⁵ Siehe dazu Kapitel 1 B. I. 1. b) S. 15 ff.

lassen sich auch in anderen älteren Kodifikationen im deutschen Rechtsbereich nachweisen⁵⁶.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kannte die Aufrechnung von Beginn an und es bestand nie Zweifel daran, dass entsprechende Regelungen nötig sein würden. Der Regelungsmechanismus selbst war dabei Streitpunkt vieler Debatten, so musste sich die Idee der durch Parteihandlung herbeigeführten Aufrechnung erst gegen französische Überlegungen einer *ipso iure* Aufrechnung behaupten⁵⁷.

Eindrucksvoll legt die geschichtliche Entwicklung der Aufrechnung damit Zeugnis für ein die Jahrhunderte überdauerndes rechtliches Bedürfnis ab. Die Aufrechnung ist Konsequenz ihrer eigenen Logik und wirtschaftlichen Schlagkraft. Dies ist auch Ursache dafür, dass der Grundgedanke derselben kaum verändert wurde und Streitigkeiten primär über das Wie und nicht das Ob der Aufrechnung bezogen haben. Die deutsche Aufrechnung hat dabei einen Modus gewählt, bei dem die Aufrechnung an einen privatautONOMEN Willensakt anknüpft. Diese Feststellung ist aus heutiger Perspektive auf den ersten Blick wenig revolutionär. Bei näherer Analyse kann aber gerade dieses *factum* auf den verschiedensten Ebenen argumentative Verwertung finden. Die Grundidee, die Aufrechnung an den Willen eines Rechtssubjektes zu koppeln und gerade nicht *ipso iure* wirken zu lassen, ist es, die der Aufrechnung ihren Charakter verleiht und ihre Rechtsnatur im Besonderen mitbestimmt.

⁵⁶ Bsp. Sächsisches bürgerliches Gesetzbuch vom 2. Januar 1863 § 992: „Die Aufrechnung findet statt, wenn der eine Gläubiger dem anderen gegenüber gerichtlich oder außergerichtlich erklärt, dass er aufrechnen will. Eine solche Erklärung hat die Wirkung, dass die gegenseitigen Forderungen, soweit sie einander gleichkommen, als zu der Zeit erloschen angesehen werden, wo sie sich als zur Aufrechnung geeignet gegenüberstanden. Einwilligung des anderen Theiles ist zur Aufrechnung nicht erforderlich“; vgl. dazu Siebenhaar/Siegmann, Kommentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen S. 173; vgl. auch Landrecht für das Großherzogthum Baden 1809 III. B. III. T.; vgl. auch Art. 182 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern. Das sächsische BGB wurde zum Vorbild der heutigen Kodifikation vgl. Hattenhauer, Einseitige private Rechtsgestaltung S. 182.

⁵⁷ Zur Streitigkeit im Allgemeinen preußischen Landrecht vgl. Förster/Eccuis, Preußisches Privatrecht S. 591 m. w. N.

2. Tatbestandliche Aufrechnungsvoraussetzungen

Nachdem eine Annäherung aus historischer Perspektive erfolgte, sollen nun die heutigen allgemeinen Aufrechnungsvoraussetzungen in bündiger Form ihre Erläuterung finden. Bemerkenswert ist, dass diese seit ihrer Normierung keine tiefgreifenden Veränderungen erfahren haben. Das deutsche Aufrechnungsrecht ist in seinen Grundlagen seit mehr als einhundert Jahren nahezu unverändert geblieben.

Die heutige Kompensation setzt neben einer bestehenden Aufrechnungslage eine einseitige Aufrechnungserklärung voraus. Diese müssen kumulativ aufeinandertreffen. Notwendig ist Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Durchsetzbarkeit sowie Erfüllbarkeit der Forderung und die einseitige Erklärung der Aufrechnung gegenüber dem anderen Teil, §§ 389, 387 388 BGB.

Die Bezeichnung der einander gegenüberstehenden Forderungen differiert jedoch bisweilen. Richterweise muss stets zwischen Aktiv- und Passivforderung im außerprozessualen Bereich unterschieden werden⁵⁸. Eine Aktivforderung ist diejenige Forderung, die der Aufrechnende aktiv einsetzt, um die Passivforderung des Aufrechnungsgegners insoweit zum Erlöschen zu bringen. Im Folgenden werden daher ausschließlich diese Bezeichnungen verwendet.

Allerdings bestehen neben den genannten positiven Voraussetzungen auch negative⁵⁹; sog. Aufrechnungsverbote. Die Anzahl jener Verbote ist hoch und hat sowohl auf gesetzlicher, vertraglicher und auch auf rechtsfortbildender Seite seit dem Inkrafttreten des BGB deutlich zugenommen. Die Beschränkungen, die einer undifferenzierten Aufrechnungslage angelegt werden, finden sich stellvertretend beispielsweise in den §§ 390 ff. BGB, überwiegend aber in Spezialgesetzen oder auch in Verträgen. Eine Aufrechnung kann nur erfolgen, soweit ihr keines der vorhandenen Aufrechnungsverbote entgegensteht. Im privaten Krankenversicherungsrecht ist § 394 Satz 1 BGB hier von Bedeutung. Daneben existieren auch in den Musterbedingungen vertragliche Beschränkungen der Aufrechnungsmöglichkeiten für Versicherungsnehmer.

⁵⁸ Staudinger/*Gursky* Vorbem zu §§ 387 ff. Rn. 2; eine andere Einteilung *Weismann*, Die Aufrechnung ZZP 26 S. 2.

⁵⁹ Allgemein hierzu *Bekker*, System des heutigen Pandektenrechts S. 89.

Das Bestehen einer Aufrechnungslage allein genügt, anders als im französischen Rechtskreis, nicht. Erforderlich ist, wie bereits im römischen Recht sinngemäß vorausgesetzt⁶⁰, stets auch eine Aufrechnungserklärung nach § 388 BGB⁶¹.

Sind Aufrechnungslage und -erklärung gegeben, vollzieht sich die Aufrechnung mit – auch im deutschen Recht selten anzutreffender⁶² – *ex tunc*-Wirkung⁶³ nach § 389 BGB. Wirksam aufgerechnete Forderungen gelten als in dem Zeitpunkt als erloschen, in welchem sie sich zur Aufrechnung geeignet gegenübergetreten sind. Konstituiert wird somit eine Erfüllungsfiktion, deren Rückdatierung mitunter enorme verwaltungstechnische, wirtschaftliche und juristische Probleme bereitet und in ihrer Entwicklung äußerst umstritten war⁶⁴. Gestützt wird die Fiktion auf die einfache wie einleuchtende Idee, dass ein einmal erworbenes Vertrauenskapital hinsichtlich einer gegebenen Aufrechnungslage nicht durch nachträglich eintretende Umstände wieder beseitigt werden soll⁶⁵.

Daher ist eine Aufrechnung nach bestehender Aufrechnungslage auch dann noch wirksam möglich, wenn bestimmte Aufrechnungsvoraussetzungen nachträglich weggefallen sind, vgl. etwa § 215 BGB⁶⁶. Ebenso kann eine eintretende Insolvenz grundsätzlich eine vormals bestehende Aufrechnungslage und damit auch die Aufrechnung selbst nicht hindern, §§ 94–96 InsO. Ähnlich steht auch die Beschlagnahme einer Forderung in gewissem Umfang einer Aufrechnung nicht im Weg, vgl. § 392 BGB. Gleichsam schadet die Abtretung einer Forderung der nachträglichen Auf-

⁶⁰ Siehe dazu Kapitel 1 B. I. 1. b) S. 15 ff.; *Leonard*, Die Aufrechnung S. 134 f.; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts II S. 318 ff.; *Eujen*, Die Aufrechnung im internationalen Verkehr S. 21; *Berthmann-Hollweg*, Beitrag zur Lehre von der Compensation S. 266 ff.; anders aber *Asher*, Die Compensation im Civilprozess S. XIX ff., XXIV, 38 ff.; *Kreller*, Römisches Recht S. 383 f.

⁶¹ Zur rechtsgeschäftlichen Qualität dieser Erklärung bereits *Lippmann*, Zur Lehre von der Kompensation Jherings Jahrbücher 32 (1893) S. 217 ff.

⁶² Vgl. zur Rückwirkungsfiktion *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen (passim), S. 185 f., Übersicht S. 208.

⁶³ Eine Rückwirkung findet nur bezogen auf den Zeitpunkt des Entstehens der Aufrechnungslage statt, § 389 BGB.

⁶⁴ Vgl. hierzu *Mugdan* II Protokolle S. 562 ff.; *Lippmann*, Zur Lehre von der Kompensation, Jherings Jahrbücher 32 (1893) S. 170 ff.

⁶⁵ *Siber*, Compensation und Aufrechnung S. 131; *Oertmann*, Die rechtliche Natur der Aufrechnung AcP 113 S. 393 f.; *Koban*, Zwei Fragen aus dem Bürgerlichen Rechte S. 57 ff.; *Lüke/Huppert*, Die Aufrechnung JuS 1971 S. 168; *Jeremias*, Internationale Insolvenzaufrechnung S. 15 ff.

⁶⁶ Ursprünglich war vorgesehen die Möglichkeit zur Aufrechnung in einem zweiten Absatz zu § 387 BGB zu regeln, vgl. *Mugdan* II S. 559 (Protokolle).

rechnung im Rahmen der §§ 404, 406, 407 BGB nicht⁶⁷. Hier wird auf die Gegenseitigkeit der aufzurechnenden Forderungen verzichtet. Selbiges findet sich in §§ 268 Abs. 2, 1142 Abs. 2, 1150, 1249 BGB⁶⁸. Die Aufrechnung enthält virtuell ein Vorrecht des Gläubigers vor den übrigen Gläubigern⁶⁹.

Des Weiteren finden sich zahlreiche Spezialregelungen, die der Aufrechnung in bestimmten Konstellationen Rechnung tragen und ihre Voraussetzungen ersetzen oder suspendieren, vgl. z. B. § 556b BGB, § 35 VVG, § 26 VAG/§ 181 VAG (2016), § 51 SGB I.

II. Die Rechtsnatur und das Wesen der Aufrechnung

Bei flüchtiger gedanklicher Analyse scheint die Rechtsnatur der Aufrechnung unbedeutend. Die Aufrechnung ist ein Mechanismus und knüpft an sich gegenübertretende Forderungen an, wirkt also scheinbar nur im Reflex. Die Frage nach der Notwendigkeit oder auch der Existenz einer Aufrechnungsdogmatik könnte daher dahinstehen. Diese Deutung wäre allerdings unzutreffend. Den Bestimmungen zur Aufrechnung lässt sich für diese selbst aber auch für die gesamte Rechtsordnung Bedeutendes und Nutzbares abgewinnen. Der Vorteil dogmatischer Schärfe liegt dabei in der Möglichkeit zur Verallgemeinerung, zur Lösung des Neuen, gesetzlich nicht geregelt. Ihr wird gegenüber einer Einzelfalllösung stets dieser Vorteil zugute kommen. Die Abstraktion eines Rechtsgedankens erlaubt es, Recht zu vereinfachen, handhabbar zu machen und einzusetzen. Recht, das verallgemeinert werden kann, ist effizient, belastbar und wirtschaftlich. Aus diesem Grund soll nachstehend im Fokus der Betrachtungen die Zuordnung der Aufrechnung im Gefüge ziviler subjektiver Privatrechte stehen. Ergebnis dieser Untersuchung wird die Neubestimmung der Aufrechnungsnatur innerhalb des Zivilrechtes sein, die schließlich auch Lösungen

⁶⁷ Vgl. dazu *Oertmann*, Die rechtliche Natur der Aufrechnung AcP 113 S. 393; zur alten Rechtsanschauung vgl. *Lippmann*, Zur Lehre von der Kompensation, Jherings Jahrbücher 32 (1893) S. 191 ff.

⁶⁸ Hier wird die Gegenseitigkeit insoweit surrogiert, als der nun mittels Aufrechnung Leistende im Hinblick auf die zu tilgende Drittforderung nicht Schuldner ist; ihm eine Aufrechnung daher mangels Gegenseitigkeit an sich verschlossen wäre.

⁶⁹ *Kohler*, Aufrechnung nach dem BGB, ZZP 24 (1898) S. 4.

im privaten Krankenversicherungsrecht außerhalb einer pauschalen Erkennung auf Billigkeitsrecht im einzelfallbezogenen § 242 BGB ermöglicht.

Die Rechtsnatur und das Wesen bilden den äußeren Rahmen, in dem eine Aufrechnung denkbar ist. Dieser Rahmen wird begrenzt durch normative Bestimmungen, kann durch sie jedoch nur dann eine Erweiterung finden, soweit dies ausdrücklich erklärt wird. Die Rechtsnatur bildet daher gerade dann eine Grenze für die Rechtsanwendung, wenn auf diesem Wege die natürlich gesetzten normativen Grenzen überwunden werden. In diesem Fall kann weder durch Auslegung, Analogie oder teleologische Reduktion ein anderes Ergebnis erzielt werden. Die Rechtsnatur ist Teil des gesetzlichen Willens und insoweit normative Grenze. Solange daher noch von Aufrechnung gesprochen wird, gilt die nachstehend festgesetzte Rechtsnatur.

Das Aufrechnungsrecht ist seit dem Inkrafttreten des BGB kaum verändert worden und leidet oft an mangelnder Aktualität in Bezug auf veränderte gesellschaftliche Rechtsvorstellungen. Aufgrund steigender Diversität und wachsender Globalisierung sowie komplizierterer Wirtschaftsverflechtungen haben sich die denkbaren Anwendungsfälle der Aufrechnung jedoch gleichfalls erweitert, weshalb zur Beseitigung der damit entstandenen Schwierigkeiten vermehrt auf die Rechtsnatur zurückgegriffen werden muss. Plastisches Beispiel dieser Schwierigkeiten ist das private Krankenversicherungsrecht. Die Regelung des mehr als einhundert Jahre alten § 394 Satz 2 BGB lässt sich teilweise nur schwerlich mit den aktuellen Vorstellungen privater Krankenversicherungsvorsorge vereinbaren. Gerade hier kann mangels ausdrücklicher Regelung oft nur noch die Rechtsnaturgrenze Grundlage normativer allgemeingültiger Beschränkungen sein.

Der Modus zur Bestimmung der Rechtsnatur ist daher bei der Aufrechnung denkbar schwierig, denn sie bewegt sich in weiten Teilen außerhalb des Normtextes in Kategorien, die das Gesetz selbst als solche nicht definiert (Selbsthilferechte, Gestaltungsrechte und Einreden). Aus diesem Grund sind die folgenden Ausführungen letztlich dreigeteilt. Zunächst wird anhand der Funktion der Aufrechnung eine erste Konkretisierung in Bezug auf ihre Wirkung getroffen. Anschließend erfährt die herrschende Anschauung ihre Erläuterung und Reflexion anhand der einzelnen Rechtskategorien und deren Verhältnis in Bezug auf die Aufrechnung. Der hieraus

destillierte Widerspruch der herrschenden Anschauung wird sodann durch die Zuordnung der Aufrechnung zur Gruppe der Opportunitätsrechte aufgelöst. Im Mittelpunkt steht jeweils die größtmögliche Aufrechterhaltung und Unterstützung herrschender Konstruktionen. Die Ausführungen verstehen sich deshalb nicht als Widerspruch zum herrschenden Verständnis, sondern bestätigen und bewahren diese durch die Anerkennung der Aufrechnung als Opportunitätsrecht.

1. Funktionen der Aufrechnung

Funktion und Rechtsnatur bedingen sich zweifellos. Sie befinden sich in einem endlosen unauflöselichen Kreislauf. Diese Wechselbeziehungen führen aber nicht dazu, dass allein die Funktion die Rechtsnatur determiniert. Vielmehr bedarf es einer Systematik, die zwar durch die funktionale Essenz des Institutes motiviert ist, von dieser aber letztlich weitestgehend unabhängig bestimmbar bleibt. Eine saubere Trennung zwischen Natur und Funktion ist dazu essentiell. Im Hinblick auf das mögliche Funktionsspektrum der Aufrechnung haben sich über deren Bestehen verschiedene Ansichten entwickelt, die jeweils besondere Eigenschaften als bestimmend hervorheben. Eine richtige Einordnung ist für die Rechtsnaturbestimmung zunächst maßgebend. Das Recht ist in seinen Ursprüngen immer von seiner Funktion abhängig.

a) Tilgungstheorie (Leistungstheorie)

Die Vertreter der Tilgungstheorie⁷⁰ orientieren sich vor allem am erfüllenden Moment der Aufrechnung. Danach führt jede Aufrechnung zwingend zur Tilgung einer Forderung des Aufrechnungsgegners, wohingegen sich eine Befriedung auf Seiten des Aufrechnenden nicht sicher einstellt. Argumentativ stützt sich diese Ansicht, neben dem örtlichen Standort im Abschnitt über das „*Erlöschen der Schuldverhältnisse*“, vor allem auf Überlegungen, bei denen die Aufrechnung als Leistungsmodus in Ablösekonstel-

⁷⁰ *Siber*, Compensation und Aufrechnung S. 134 ff.; *Oertmann*, Die rechtliche Natur der Aufrechnung AcP 113 S. 385 ff.; *Oertmann*, Die Aufrechnung im deutschen Zivilprozeßrecht S. 1 ff.

lationen herangezogen wird. So zeige bereits ein Blick auf § 268 Abs. 2 BGB, dass die Tilgung einer fremden Verbindlichkeit stete Folge einer Aufrechnung sei. Eine (Eigen-) Befriedigung müsse daher nicht in jedem Fall gegeben sein⁷¹. Eigenbefriedigung tritt danach nur insoweit ein, als es sich nicht um einen Ablösefall nach §§ 268 Abs. 2 bzw. 1142 Abs. 2 oder § 1224, 1200, 1249, 1192 BGB handelt, weshalb diese nicht den Kern der Aufrechnungsfunktion determinieren könne⁷².

b) Befriedigungstheorie

Anders beurteilen dies die Vertreter der Befriedigungstheorie⁷³. Ihrer Ansicht nach erschließt sich die Funktion der Aufrechnung vor allem durch das befriedigende Moment des Aufrechnungsvorgangs. Sie stellen dieses in den Vordergrund und erkennen dessen Vorrang gegenüber dem Tilgungsmoment an. Ihrer Auffassung nach ist die Aufrechnung Krone und höchster Trumpf des außergerichtlichen Selbstbefriedigungsrechtes des Gläubigers⁷⁴.

⁷¹ *Siber*, Compensation und Aufrechnung S. 134 ff.; *Oertmann*, Die rechtliche Natur der Aufrechnung AcP 113 S. 386 ff.

⁷² *Siber*, Compensation und Aufrechnung S. 134 ff.; *Oertmann*, Die rechtliche Natur der Aufrechnung AcP 113 S. 386 ff.

⁷³ *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts § 348 S. 314; *Leonard*, Aufrechnung gegen eine Nichtschuld Arch.Bürgl.Recht 21 S. 208 ff.; *Kohler*, Die Aufrechnung nach dem BGB, ZJP 24 (1898) S. 4 f.; *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts S. 205 f.; *Hirsch*, Die Übertragung der Rechtsgestaltung S. 422 ff.; *Lang*, Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht S. 68 ff.; *Weismann*, Die Aufrechnung ZJP 24 S. 1 ff.; *Reichel*, Unklagbare Ansprüche S. 72; *Schreiber*, Prozeßvoraussetzungen bei der Aufrechnung ZJP 90 S. 399 ff.; *Krückmann*, Literatur Weigelin ZJP 34 S. 355 ff.; *Bötticher* FS für Schima S. 95 f.; *Hartlaub*, Der Solutionsgedanke bei der Kompensation S. 13 ff.; *Hartter*, Das römisch-deutsche Recht der Kompensation S. 38 ff.; *Lippmann*, Zur Lehre von der Kompensation Jherings Jahrbücher 32 (1893) S. 217 ff.; *Tamblé*, Privilegien im Aufrechnungs- und Pfändungsrecht s. *Matthiaß*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts S. 388; vgl. auch S. 394. dieser Meinung zugeneigt *Berger*, Der Aufrechnungsvertrag S. 74; *Enneccerus/Lehmann*, Schuldrecht S. 266; vgl. auch *Weigelin*, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld (passim), S. 29. Ein Pfandrecht entsteht durch die Aufrechnungslage nicht, die Forderungen stehen bis zur Aufrechnungserklärung „unabhängig und voneinander unbeeinflusst“ (*Mugdan* II § 283 S. 735 S. 562) gegenüber.

⁷⁴ *Reichel*, Unklagbare Ansprüche S. 72.

c) **Kombinationstheorie**

Die Vertreter der nun wohl als herrschend zu bezeichnenden sog. Kombinationstheorie urteilen nicht im absoluten Maßstab. Sie vereinen die Extreme beider Ansichten und zeichnen so das Bild eines multifunktionalen Rechtsinstitutes, dem neben tilgender auch stets befriedigende Wirkung zukomme. Sowohl die Tilgung als auch die Befriedigung kennzeichnen nach ihnen die Aufrechnung⁷⁵.

d) **Normative Unzulänglichkeiten der Tilgungs- und Kombinationstheorie**

Es lässt sich nicht leugnen, dass der Aufrechnung in ihrem empirisch belegbaren Normalfall sowohl tilgende als auch befriedigende Elemente im Sinne der Kombinationstheorie innewohnen. Es sind aber nicht allein die Grundkonstellationen in denen die entscheidenden Funktionen ermittelt werden. Vielmehr sind es die Anwendungsfälle der kleinsten Reichweite eines Rechtes⁷⁶. Je kleiner die Reichweite bestimmt werden kann, desto deutlicher wird die Funktion des jeweiligen Rechtes. Diese Notwendigkeit ergibt sich aus der folgenden Überlegung: Würde man auf der Grundlage empirisch häufigster Wahrscheinlichkeiten urteilen, so wären die gewonnenen Aussagen eben in jenen Ausnahmekonstellationen nicht mehr belastbar und damit wertlos. Die Funktionsweise ist daher gerade anhand rechtlicher Sonderlagen zu bestimmen, sofern diesen nicht durch den Willen des Gesetzgebers die Verallgemeinerungsfähigkeit ausdrücklich abge-

⁷⁵ Staudinger/*Gursky* Vorbem. zu §§ 387 ff. Rn. 8; *Leonard*, Aufrechnung gegen eine Nichtschuld Arch.Bürgl.Recht 21 S. 208 ff. mit Tendenz zur Befriedigungstheorie; *Lippmann*, Zur Lehre von der Kompensation, Jherings Jahrbücher 32 (1893) S. 163 ff.; *Habermeier*, Grundfragen der Aufrechnung JuS 1997 S. 1058; *Lüke/Huppert*, Die Aufrechnung JuS 1971 S. 166 mit Tendenz zur befriedigenden Wirkung; *Eisenreich*, Aufrechnung und Verrechnung der Sozialleistungsträger nach §§ 51, 52 SGB I gegen Sozialleistungsansprüche S. 18; *Burmeister*, Die Verrechnung von Steuerforderungen S. 17 ff.; *Ebert*, Aufrechnungsvereinbarungen nach bisherigem und neuem Insolvenzrecht S. 9; *Höhn/Kaufmann*, Die Aufrechnung in der Insolvenz JuS 2003 S. 751 ff.; *Jeremias*, Internationale Insolvenzaufrechnung S. 22 ff.

⁷⁶ In diesem Sinne *Oertmann*, Die rechtliche Natur der Aufrechnung AcP 113 S. 386, der aber allein auf dem Umstand der fehlenden Gegenseitigkeit abheben möchte. Diese gedankliche Einengung der Diskussion erscheint mir jedoch ihrer Notwendigkeit zu ermangeln. Vielmehr ist jeder von der Ausgangskonstellation abweichende Fall tragfähiges Beispiel zur Ermittlung der Funktionen der Aufrechnung.

sprochen wurde. Es kann somit nur vom Kleineren auf das Größere geschlossen werden und nicht umgekehrt⁷⁷.

Die Tilgungstheorie⁷⁸ stützt ihre Anschauung vor allem auf Überlegungen zu den Aufrechnungslagen⁷⁹ in Ablösefällen, §§ 268 Abs. 2 bzw. 1142 Abs. 2 oder §§ 1224, 1200, 1249, 1192 BGB. Ohne Zweifel handelt es sich bei diesen⁸⁰ um Sonderkonstellationen des Aufrechnungsrechtes, die zur Ermittlung ihrer Funktion brauchbar sind⁸¹. § 268 BGB wurde zusammen mit der modernen Aufrechnungslösung des Bürgerlichen Gesetzbuches von 1900 geschaffen und bildet somit einen Teil der Aufrechnungsdogmatik insgesamt⁸². Dies zeigt sich besonders daran, dass die Aufrechnung in den Fällen des § 268 Abs. 1 BGB an sich nicht griffe. Es fehlte, ohne die Anordnung in § 268 Abs. 2 BGB, an der Gegenseitigkeit entsprechender Forderungen⁸³. Bewusst hat der Gesetzgeber sich daher für eine positive Normierung und damit für eine Ausweitung der Aufrechnungsbefugnisse entschieden, wie insbesondere auch das Fehlen eines entsprechenden Verweises in § 267 BGB belegt⁸⁴. Dort ist eine Aufrechnung nicht möglich⁸⁵. Ähnliches findet sich im Zusammenhang mit §§ 404, 406, 407, 215 BGB sowie § 94 InsO⁸⁶. Die Surrogation einzelner Tatbestandsmerkmale der Aufrechnung ist daher kein Unikum.

Nun ist der Tilgungstheorie zuzugeben, dass in den Ablösekonstellationen zunächst allein eine Tilgung der Verbindlichkeit des Aufrechnungsgegners erfolgt und mit dieser nicht zwingend auch eine Befriedigung des Aufrech-

⁷⁷ So auch *Siber*, Compensation und Aufrechnung S. 134 ff.

⁷⁸ *Siber*, Compensation und Aufrechnung S. 134 ff.; *Oertmann*, Die rechtliche Natur der Aufrechnung AcP 113 S. 385 ff.; *Oertmann*, Die Aufrechnung im deutschen Zivilprozeßrecht S. 1 ff.

⁷⁹ Anders *Krückmann*, Literatur Weigelin ZJP 34 S. 360.

⁸⁰ Zur historischen Entwicklung *Oertmann*, Die Zahlung fremder Schulden AcP 82 S. 367 ff.

⁸¹ So auch *Oertmann*, Die rechtliche Natur der Aufrechnung AcP 113 S. 388 ff.

⁸² Die Aufrechnung im Rahmen des § 268 BGB wird auch als *compensatio contra ius tertii* verstanden, vgl. *Weissbart*, Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung nach § 268 des bürgerlichen Gesetzbuches S. 42 f.

⁸³ *Grundlach*, Die Befriedigung nach § 268 BGB und ihre Wirkung auf das Schuldverhältnis und die Zwangsvollstreckung S. 19 f.; *Weissbart*, Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung nach § 268 des bürgerlichen Gesetzbuches S. 42 f.

⁸⁴ *Grundlach*, Die Befriedigung nach § 268 BGB und ihre Wirkung auf das Schuldverhältnis und die Zwangsvollstreckung S. 19 f.

⁸⁵ *Laue*, Die Erfüllung durch Dritte nach §§ 267 und 268 BGB S. 59; siehe auch RGZ 119, 1, 4; 78, 382, 384.

⁸⁶ Vgl. auch *Jeremias*, Internationale Insolvenzaufrechnung S. 15 f.

nenden einhergehen muss. Wie bei einer tatsächlichen Befriedigung büßt der Gläubiger seine Forderung ein und erhält die geschuldete Leistung⁸⁷.

Diese Anschauung ist jedoch im Ergebnis abzulehnen. Die entscheidende Frage ist, was mit der Forderung im Anschluss an eine Aufrechnung im Sinne von §§ 268 Abs. 2, 389, 387, 388 BGB geschieht. Forderungen⁸⁸, mit denen aufgerechnet wird, bestehen im Falle der Ablösung nach § 268 Abs. 1, 2 BGB fort. Sie werden nicht getilgt. Stets erfolgt in den Ablösefällen eine *cessio legis*⁸⁹, vgl. § 268 Abs. 3 Satz 1 BGB. Die Forderung als solche erfährt daher keine Tilgung, sondern nur eine neue Zuordnung⁹⁰. Insoweit greift also die Rechtsfolge des § 389 BGB nicht für die Passivforderung. Eine Erfüllung nach rechtlichem Verständnis ist ausgeschlossen. Die Zuordnung geschieht durch Überleitung der Forderung, ohne dass diese auch nur für eine juristische Sekunde aufgehoben würde oder einer Neubegründung⁹¹ bedürfte⁹². Die gesetzliche Anordnung der *cessio legis* in § 268 Abs. 3 BGB lässt daran keinen Zweifel⁹³. Insoweit ist die Tilgungstheorie sowie die gemischte Lehre bereits hier als widerlegt anzusehen. Diese argumentiert stets mit dem Untergang der Passivforderung durch Tilgung⁹⁴.

⁸⁷ Vgl. z. B. Planck-Siber, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch § 268 Nr. 6.

⁸⁸ Siehe zur Aufrechnung mit dinglichen Ansprüchen *Schlichting*, Die Aufrechnung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche S. 20 ff.

⁸⁹ *Schlichting*, Die Aufrechnung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche S. 56; Zur Zinsproblematik in diesem Zusammenhang *Lippmann*, Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung Jherings Jahrbücher 43 (1901) S. 450 ff.

⁹⁰ *Stolzenberg*, Das Ablösungsrecht des § 268 B.G.B. S. 74 ff., 87 ff.; *Grundlach*, Die Befriedigung nach § 268 BGB und ihre Wirkung auf das Schuldverhältnis und die Zwangsvollstreckung S. 25 ff.; *Laue*, Die Erfüllung durch Dritte nach §§ 267 und 268 BGB S. 42 ff.; ähnlich *von Koppenfels-Spies*, Die *cessio legis* S. 430 f., die in § 268 BGB ein für den Dritten eigenes Ablöse- bzw. Befriedigungsrecht sieht und der Konstellation des § 268 BGB eine gewisse Nähe zum Forderungskauf nachweist; vgl. in diesem Sinne auch *Staudinger/Bittner* § 268 Rn. 1; Gegen die Annahme eines Kaufcharakters *Weissbart*, Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung nach § 268 des bürgerlichen Gesetzbuches S. 46 ff.; vgl. auch *Siber*, Compensation und Aufrechnung S. 134 ff., der sich allerdings selbst widerspricht, indem er auf S. 127 die *cessio legis* erkennt. Siehe hierzu auch Planck-Siber, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch § 268 Nr. 6; *Oertmann*, Die rechtliche Natur der Aufrechnung AcP 113 S. 388 ff., die davon ausgehen, dass eine relativ tilgende Leistung im Übergang läge. Die Aufrechnung nicht explizit berücksichtigend *Weissbart*, Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung nach § 268 des bürgerlichen Gesetzbuches S. 46 ff.

⁹¹ Anders noch *Stammler*, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren S. 202 f., der von einer inhaltsgleichen Neubegründung ausging.

⁹² *Grundlach*, Die Befriedigung nach § 268 BGB und ihre Wirkung auf das Schuldverhältnis und die Zwangsvollstreckung S. 25 ff.; *Laue*, Die Erfüllung durch Dritte nach §§ 267 und 268 BGB S. 42 ff.

⁹³ *Grundlach*, Die Befriedigung nach § 268 BGB und ihre Wirkung auf das Schuldverhältnis und die Zwangsvollstreckung S. 25 ff.; *Laue*, Die Erfüllung durch Dritte nach §§ 267 und 268 BGB S. 42 ff.; *Siber*, Compensation und Aufrechnung S. 127.

⁹⁴ *Siber*, Compensation und Aufrechnung S. 134 ff.; *Oertmann*, Die rechtliche Natur der Aufrechnung AcP 113 S. 385 ff.; *Oertmann*, Die Aufrechnung im deutschen Zivilprozeßrecht S. 1 ff.

Des Weiteren ist die Äußerung nicht zutreffend, mit der geltend gemacht wird, dass in den Ablösekonstellationen keine Befriedigung des Aufrechnenden erfolge⁹⁵. Mittels der Vorschriften, die eine Aufrechnung in Ablösekonstellationen erlauben, wird nur das Merkmal der Gegenseitigkeit des gesetzlichen Aufrechnungsrechtes surrogiert⁹⁶. Jene Surrogation erlaubt es dem Ablösenden, sodann eine Forderung, die ihm gegen den Dritten zuzurechnen, obschon eine Aufrechnung mangels Gegenforderung ansonsten nicht möglich gewesen wäre⁹⁷. Die Forderung, die der Ablösende sodann zur Tilgung der fremden Schuld einsetzt, erlischt mit der Aufrechnungserklärung im Gegensatz zur abgelösten Forderung tatsächlich, § 389 BGB. Ihr Untergang, ihre Befriedigung, steht außer Zweifel⁹⁸. Dass hier, zunächst noch keine Befriedigung unter monetären Gesichtspunkten eingetreten ist, kann unter Verweis auf das *qua cessio legis* erhaltene neue Forderungsrecht gegen den Abgelösten entkräftet werden. Die Vermögensbilanz des Ablösenden hat sich durch die Aufrechnung jedenfalls nicht verschlechtert, allein die Insolvenzrisiken haben sich verschoben⁹⁹. Die Forderung geht, soweit diese befriedigt wurde, auf den Ablöseberechtigten über, vgl. § 268 Abs. 3 BGB. Dass keine vermögensrechtliche Besserstellung des Ablösenden erfolgt, verwundert keineswegs. Dies ist typische Folge einer Aufrechnung¹⁰⁰. Daneben ist darauf zu verweisen, dass mit dem Übergang der Forderung auch akzessorische wertsteigernde Sicherheiten gem. §§ 412, 401 BGB hinzuerworben werden¹⁰¹. Sie bilden ein weiteres Argument gegen die tilgende Wirkung. Würde die Forderung getilgt, so gingen auch entsprechend vorhandene Sicherungsrechte unter¹⁰². Eine Annahme, die nicht der herrschenden Anschauung entspricht¹⁰³.

⁹⁵ Vgl. beispielsweise *Oertmann*, Die rechtliche Natur der Aufrechnung AcP 113 S. 388 ff.

⁹⁶ *Grundlach*, Die Befriedigung nach § 268 BGB und ihre Wirkung auf das Schuldverhältnis und die Zwangsvollstreckung S. 19 f.; *Weissbart*, Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung nach § 268 des bürgerlichen Gesetzbuches S. 42 f.; *Burmeister*, Die Verrechnung von Steuerforderungen S. 66 f.

⁹⁷ *Grundlach*, Die Befriedigung nach § 268 BGB und ihre Wirkung auf das Schuldverhältnis und die Zwangsvollstreckung S. 19 f.

⁹⁸ *Laue*, Die Erfüllung durch Dritte nach §§ 267 und 268 BGB S. 42 ff.

⁹⁹ Vgl. *Stolzenberg*, Das Ablösungsrecht des § 268 B.G.B. S. 87 f.

¹⁰⁰ Vgl. *Matthiaß*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes S. 410, der in der übergeleiteten Forderung einen Ersatzanspruch sieht, der in freier Konkurrenz zu anderen Ansprüchen des Ablösenden gegen den Schuldner steht.

¹⁰¹ Dies verkennend *Siber*, Compensation und Aufrechnung S. 134 ff.

¹⁰² *Weissbart*, Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung nach § 268 des bürgerlichen Gesetzbuches S. 47.

¹⁰³ *MüKo/Krüger* § 268 Rn. 12; v. *Olshausen*, Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß S. 203 ff.; *Weissbart*, Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung nach § 268 des bürgerlichen Gesetzbuches S. 47.

Selbiges ergibt sich aus der Analyse des § 268 Abs. 3 Satz 2 BGB, wo es heißt, dass der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann¹⁰⁴. Würde eine tilgende Wirkung bestehen, so wäre der Hinweis obsolet. Die beschriebene Regelung findet ihren Anwendungsbereich gerade darin, dass im Falle der Benachteiligung nicht von einer *cessio legis*, sondern von einer (relativen¹⁰⁵) Tilgung auszugehen ist¹⁰⁶. Umkehrt bedeutet das im Falle der *cessio legis* einen Ausschluss tilgender Wirkungen.

In den Ablösefällen erfolgt damit stets eine Befriedigung der Forderung des Aufrechnenden, nicht aber eine Tilgung der Forderung des Aufrechnungsgegners. Damit ist die Tilgungstheorie widerlegt. Die Befriedigungstheorie erkennt zu Recht auf die befriedigende Funktion der Aufrechnung.

Die Korrektheit dieses Ergebnisses lässt sich zudem auch anhand von § 407 BGB, einer weiteren brauchbaren Sonderkonstellation¹⁰⁷, nachweisen. Es kann dort in zwei Fällen veranschaulicht werden. Dabei muss stets Klarheit darüber bestehen, dass allein der neue Gläubiger aufgrund der Abtretung unmittelbar Betroffener und somit Forderungsinhaber ist¹⁰⁸. Ihn betrifft nicht nur die zu gestaltende Rechtsbeziehung, sondern auch die Ausübung einer Gestaltungserklärung im Rahmen des § 407 BGB¹⁰⁹. Ver-

¹⁰⁴ „*Nemo subrogat contra se*“, v. *Olshausen*, Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß S. 235.

¹⁰⁵ Siehe hierzu *Herpers*, Über den Nachteil des Gläubigers bei der Legalzession AcP 166 S. 456.

¹⁰⁶ RGZ 76, 195, 198 f.; RGZ 136, 40, 42 f.; *Herpers*, Über den Nachteil des Gläubigers bei der Legalzession AcP 166 S. 454 ff.; Ähnlich *Weissbart*, Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung nach § 268 des bürgerlichen Gesetzbuches S. 52 f.

¹⁰⁷ Anders *Oertmann*, Die rechtliche Natur der Aufrechnung AcP 113 S. 394, der sich dort jedoch selbst widerspricht, wenn er zuvor (S. 389) § 268 BGB den Ausnahmecharakter für seine Zwecke absprechen will. Siehe hierzu aber bereits die Motive zum BGB *Mugdan* II S. 58 f.: „*Durch das in § 281 enthaltene Erfordernis, wonach die Forderung, die der Schuldner zur Aufrechnung benutzen will, ihm gegen seinen Gläubiger, dessen Forderung er durch die Aufrechnung zum Erlöschen bringen will, zustehen muß, ist die Frage, ob ein Dritter, welcher für den Schuldner wirksam erfüllen kann, befugt ist, die fremde Schuld mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung zu kompensieren, nicht unbedingt verneint. Bei ihrer Beantwortung kommen wesentlich der § 227 (heutiger § 267 BGB) und die für gewisse Rechtsverhältnisse gegebenen besonderen Vorschriften in Betracht*“.

¹⁰⁸ So schon *Bähr*, Zur Cessionslehre Jherings Jahrbücher 1 (1857) S. 414.

¹⁰⁹ *Seiler*, Das Recht des Schuldners, sich auf das mit dem bisherigen Gläubiger vorgenommene Rechtsgeschäft oder die Leistung an ihn zu berufen S. 67. Hierzu kann auch der Wortlaut des § 407 BGB angeführt werden. *Trepte*, Die Wirkung der Leistung an den Zedenten und der Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen Zedent und Zessus nach § 407 Abs. 1 BGB S. 1 f., 19; *Dinse*, Über die Wirkung der gutgläubig an den bisherigen Gläubiger bewirkten Leistung S. 9 f.; *Krauter*, § 407 Abs. 1 BGB und seine Folgen S. 35; *Oertmann*, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit Jherings Jahrbücher 66 (1916) S. 208; *Stammmler*, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren S. 202 f.; *Matthiaß*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes S. 405 f.; *Weimar*, Zweifelsfragen bei Leistung eines gutgläubigen Schuldners an den Zedenten JR 1966 S. 461; *Winter*, Zum Schutz des unwissenden Schuldners und zum Gläubigerrecht bei der Forde-

schiedentlich¹¹⁰ ist dies unter der Überlegung in Zweifel gezogen worden, dass aufgrund der Möglichkeit des § 407 BGB noch keine¹¹¹ oder nur eine bedingte Zuordnung¹¹² der abgetretenen Forderung an den neuen Gläubiger erfolgt sei.

Eine Anschauung, die letztlich nicht überzeugt, denn § 407 BGB greift nicht in die Zuordnung der jeweiligen Forderungen ein, sondern ermöglicht unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes allein einen Modus¹¹³, Rechtswirkungen von Leistungen in Drei- oder Mehrpersonenverhältnissen zu koordinieren¹¹⁴. Daneben mutet es auch eigenartig an, jede Forderung, der die bloße Möglichkeit einer Gestaltung im Rahmen des § 407 BGB innewohnt, als noch dem alten Gläubiger zugehörig anzusehen. Neben damit entstehenden bilanziellen Schwierigkeiten und einem grammatikalischen Bruch zu § 398 Satz 2 BGB¹¹⁵, wäre auf dieser Grundlage jede abgetretene Forderung grundsätzlich so einzuordnen. Ein Umstand, der sich jedoch nicht ableiten lässt. In gedanklicher Fortführung würde er, die Annahme zahlloser Anwartschaftsrechte an jenen Forderungen und damit eine neue Gruppe neben den künftigen abgetretenen Forderungen¹¹⁶ bedeuten. Durch die Abtretung einer Forderung wird daher der Zessionar zweifellos unangefochtener Inhaber der abgetretenen Forderung¹¹⁷. Eine vermögensrechtli-

rungsabtretung Festschrift für Karl Sieg S. 571; *Krückmann*, Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischem Recht AcP 103 S. 207 f., der zu Recht auf den Unterschied zwischen Beschränkung der Ausübung eines Rechts und dessen Inhaberschaft hinweist. vgl. zur Gegenansicht *Rose*, § 407 Abs. 1 BGB Schuldnerschutz und Gläubigerrecht S. 4 ff.; *Bekker*, Sprachliches und Sachliches zum BGB Jherings Jahrbücher 49 (1905) S. 6 f. Zur Handhabung im Allgemeinen Preußischen Landrecht *Schollmeyer*, Der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers (passim); *Schneider*, Die Aufrechnung mit der Forderung gegen einen Dritten S. 12 ff.; *Schlichting*, Die Aufrechnung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche S. 28 f.

¹¹⁰ Z.B. *Bekker*, Sprachliches und Sachliches zum BGB Jherings Jahrbücher 49 (1905) S. 6 f.; siehe auch *Winter*, Zum Schutz des unwissenden Schuldners und zum Gläubigerrecht bei der Forderungsabtretung Festschrift für Karl Sieg S. 564.

¹¹¹ *Bekker*, Sprachliches und Sachliches zum BGB Jherings Jahrbücher 49 (1905) S. 6 f.

¹¹² So *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen S. 161 ff., 163 ff., der von einem Übergang nur gegenüber allen Rechtssubjekten außer den an der Abtretung beteiligten ausgeht. Also eine umgekehrte Relativität.

¹¹³ *Krauter*, § 407 Abs. 1 BGB und seine Folgen S. 15 f.; *Dinse*, Über die Wirkung der gutgläubig an den bisherigen Gläubiger bewirkten Leistung S. 19 ff.; *Feist*, § 407 Abs. 1 B.G.B; *Staudinger/Busche* § 407 Rn. 2.

¹¹⁴ Ähnlich *Krückmann*, Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischem Recht AcP 103 S. 207 f.; *Staudinger/Busche* § 407 Rn. 7.

¹¹⁵ *Rose*, § 407 Abs. 1 BGB Schuldnerschutz und Gläubigerrecht S. 12 f.

¹¹⁶ *MüKo/Roth* § 398 Rn. 79 ff.

¹¹⁷ So die herrschende Meinung vgl. *Seiler*, Das Recht des Schuldners, sich auf das mit dem bisherigen Gläubiger vorgenommene Rechtsgeschäft oder die Leistung an ihn zu berufen S. 67; *Trepte*, Die Wirkung der Leistung an den Zedenten und der Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen Zedent und Zessus nach § 407 Abs. 1 BGB S. 1 f., 19; *Dinse*, Über die Wirkung der gutgläubig an den bisherigen Gläubiger bewirkten Leistung S. 9 f.; *Krauter*, § 407 Abs. 1 BGB und seine Folgen S. 35; *Oertmann*, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit Jherings Jahrbücher 66 (1916) S. 208; *Stammler*, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren S. 202 f.; *Matthiaß*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes S. 405 f.; *Weimar*,

che Zuordnung zum Zedenten ist nicht mehr möglich. Es ist zwischen der Beschränkung der Ausübung und der Inhaberschaft eines Rechts zu differenzieren¹¹⁸.

Diesen Ausgangspunkt berücksichtigend, ist die Aufrechnung in die Diskussion mit einzubeziehen¹¹⁹. Die Kombination der Aufrechnung mit der in § 407 BGB liegenden Wirkung, ist insoweit besonders, als dass sich hierdurch – im Wege strenger Gesetzesanwendung – die Kumulation zweier Rechtsfiktionen ergibt. Zum einen führt § 407 BGB zur Fiktion der Aufrechnungslage und zum anderen enthält die Aufrechnung in § 389 BGB ihre eigene Rückwirkungsfiktion¹²⁰. Die Forderungen gelten damit im Falle einer gem. § 407 BGB i. V. m. §§ 389, 387, 388 BGB erklärten Aufrechnung als in dem Zeitpunkte erloschen, in welchem sich diese zur Aufrechnung erstmalig geeignet gegenübergestanden haben, vgl. § 389 BGB. Wird nun die Aufrechnung gegenüber dem alten Gläubiger unter Fiktion der Aufrechnungslage über § 407 BGB erklärt, so entsteht die eigenartige Situation, dass die an sich abgetretene Forderung kraft Fiktion nicht als abgetreten zu behandeln wäre, denn sie erlischt bereits zu einem Zeitpunkt vor der Abtretung selbst¹²¹. Erloschene Forderungen können jedoch nicht mehr abgetreten werden¹²². In diesem Zusammenhang muss sich daher die Frage aufdrängen, was durch die Aufrechnung eigentlich noch Tilgung finden

Zweifelsfragen bei Leistung eines gutgläubigen Schuldners an den Zedenten JR 1966 S. 461; *Winter*, Zum Schutz des unwissenden Schuldners und zum Gläubigerrecht bei der Forderungsabtretung Festschrift für Karl Sieg S. 571; *Krückmann*, Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römisches Recht AcP 103 S. 207 f., der völlig zu Recht auf den Unterschied zwischen Beschränkung der Ausübung eines Rechts und dessen Inhaberschaft differenziert; vgl. zur Gegenansicht *Rose*, § 407 Abs. 1 BGB Schuldnerschutz und Gläubigerrecht S. 4 ff.; *Bekker*, Sprachliches und Sachliches zum BGB Jherings Jahrbücher 49 (1905) S. 6 f. Zur Handhabung im Allgemeinen Preußischen Landrecht *Schollmeyer*, Der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers (passim).

¹¹⁸ So auch *Krückmann*, Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römisches Recht AcP 103 S. 207 f.; siehe hierzu auch *Kerschke*, Zession und Aufrechnung S. 28.

¹¹⁹ Zum Verhältnis von §§ 404, 406, 407 BGB bei der Aufrechnung siehe *Schwarz*, Zum Schuldnerschutz bei der Aufrechnung abgetretener Forderungen, AcP 203 S. 244; vgl. auch *Kerschke*, Zession und Aufrechnung S. 22 ff.; *Reichhold*, Aufrechnung nach Vorausabtretung S. 74 ff.; *Kornblum*, Schuldnerschutz bei der Forderungsabtretung BB 1981 S. 1296 ff., 1300 ff.; *Kamnitzer*, Die Aufrechnung gegenüber dem Cessionar S. 31 ff.; *Simson*, Über das Verhältnis des § 404 zum § 406 BGB Gruchot Bd. 50 S. 244 ff.; *Schneider*, Die Aufrechnung mit der Forderung gegen einen Dritten S. 16 ff.

¹²⁰ Gegenüber der Notwendigkeit der Rückwirkungsfiktion kritisch *Lüke/Huppert*, Die Aufrechnung JuS 1971 S. 168, denen ein Bezug zur Wirklichkeit fehlt. Zu den Anfängen vgl. *Lippmann*, Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung Jherings Jahrbücher 43 (1901) S. 435 ff. Zur Qualität eines Grundgedanken vgl. v. *Lieres und Wilkau*, Die Aufrechnung gegen den eingeklagten Teil einer Forderung S. 12 ff.

¹²¹ Diese Problem stellt sich insbesondere auch bei Abrechnungsstellen in der privaten Krankenversicherung, die im Rahmen des echten Factorings Honorarforderungen erwerben, die eventuell nachträglich noch durch eine Aufrechnung des Patienten gegenüber dem Leistungserbringer erfüllt werden können.

¹²² § 407 BGB entfällt hierdurch nicht, da dieser die fragwürdige Konstellation erst erzeugt.

soll und kann. Eine Befriedigung der Aktivforderung tritt zwar ohne Weiteres ein, unklar bleibt dies aber für die Passivforderung. Die hier entscheidende Frage ist die Determination der Inhaberschaft der Forderung. Ist dies geklärt, kann eine Aussage darüber getroffen werden, inwieweit noch von Tilgung in diesen Fällen zu sprechen ist.

Unvoreingenommen betrachtet bestehen hier drei Lösungsmöglichkeiten, die sich in einer Zuordnung gegenüber Zedent oder Zessionar bzw. der Annahme einer Subjektlosigkeit der Forderung erschließen¹²³.

Ausgehend von der herrschenden Anschauung¹²⁴, ist die Passivforderung nach der Abtretung die Forderung des Zessionars. Dieser allein ist deren Inhaber. Nun erlaubt aber § 407 BGB auch die Aufrechnung des Zessus gegenüber dem Zedenten, dem alten Gläubiger. Diese Aufrechnung richtet sich in ihren Wirkungen nach den §§ 387 ff. BGB, wodurch gleichsam das Erlöschen der Forderung im Zeitpunkte der erstmaligen geeigneten Gegenüberstellung fingiert wird, § 389 BGB. Da dieser Zeitpunkt im Regelfall bereits vor der Abtretung bestanden haben wird, ist die Rückwirkungsfiktion auf einen Zeitpunkt vor der Abtretung der Regelfall. Dadurch wird das Problem sichtbar, wodurch der alte Gläubiger zwar Aufrechnungsgegner war, aber aufgrund der Inhaberschaft der Forderung beim neuen Gläubiger nicht befriedigt wurde. Eine Tilgung seiner Forderung konnte mit der Aufrechnung nicht eintreten, denn die Forderung befand sich aufgrund der Abtretung schon nicht mehr in seinem Aktivvermögen. Gleichsam hat auch der neue Gläubiger mit dieser Aufrechnung keine Tilgung seiner abgetretenen Forderung erhalten¹²⁵. Diese gilt bereits im Zeitpunkte der Aufrechnungslage als erloschen und besteht damit – rechtlich – bereits seit einem Zeitpunkt vor der Abtretung nicht mehr. Der neue Gläubiger wäre daher – in strenger logischer Fortführung dieses Gedankens – aufgrund der Rückwirkungsfiktion der Aufrechnung nie Gläubiger geworden. Dies bedeutet

¹²³ Ein denkbare Konzept für das Zusammenspiel zwischen Rückwirkungsfiktion und Zuordnung subjektloser Rechte, liefert *Hohner*, Subjektlose Rechte – Unter besonderer Berücksichtigung der Blankozession S. 43 ff.

¹²⁴ Vgl. *Seiler*, Das Recht des Schuldners, sich auf das mit dem bisherigen Gläubiger vorgenommene Rechtsgeschäft oder die Leistung an ihn zu berufen S. 67; *Trepte*, Die Wirkung der Leistung an den Zedenten und der Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen Zedent und Zessus nach § 407 Abs. 1 BGB S. 1 f., 19; *Dinse*, Über die Wirkung der gutgläubig an den bisherigen Gläubiger bewirkten Leistung S. 9 f.; vgl. zur Gegenansicht *Rose*, § 407 Abs. 1 BGB Schuldnerschutz und Gläubigerrecht S. 4 ff.; *Bekker*, Sprachliches und Sachliches zum BGB Jherings Jahrbücher 49 (1905) S. 6 f.; Zur Handhabung im Allgemeinen Preußischen Landrecht *Schollmeyer*, Der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers (passim).

¹²⁵ So auch *Schneider*, Die Aufrechnung mit der Forderung gegen einen Dritten S. 19, wenngleich ohne nähere Begründung.

aber nicht, dass die Rückwirkung der Aufrechnung dazu führen müsste, dass die Forderungsinhaberschaft des alten Gläubigers ebenfalls rückwirkend wieder auflebt. Diesem Ergebnis würde schon der Publizitätsgrundsatz¹²⁶ entgegenstehen. Dies zeigt sich im Besonderen bei Teilaufrechnungen¹²⁷, denn in konsequenter Fortführung der fiktionalen Wirkung würde eine Forderung allein motiviert durch die Aufrechnung des Zessus gegenüber dem Zedenten auseinandergerissen, ohne dass der Zessionar hiervon je Kenntnis erlangen müsste. Eine doppelte Inhaberschaft entstünde, für die es gesetzlich keinen Anhalt gibt.

Der neue Gläubiger muss vielmehr trotz Rückwirkungsfiktion der Aufrechnung Inhaber der Forderung bleiben¹²⁸. Das Erlöschen und die Inhaberschaft einer Forderung sind zu trennen¹²⁹. Zwar gilt die Forderung damit im Zeitpunkte des Entstehens der Aufrechnungslage als erloschen, sie erlischt dann aber als Forderung des neuen Gläubigers¹³⁰. Auf diese Art und Weise, werden vermögens-, insolvenz- und vor allem bilanzrechtliche Problemlagen sicher umgangen. Über § 407 BGB muss sodann die Rückwirkung auch eine Vermittlung auf eventuelle Schadensersatzforderungen, insbesondere Verzugsschäden, finden¹³¹. Nur so kann der Zessus geschützt und die Zuordnung der Forderung nach der Abtretung beibehalten werden. Die Annahme einer Subjektlosigkeit abgetretener Forderungen¹³² entfällt damit gleichsam. Dadurch wird klar, dass mit der Aufrechnung nach § 407 BGB zwischen dem Schuldner und dem Zedenten keine Befriedigung für den eigentlichen Gläubiger, den Zessionar, eintritt. Dieser verliert

¹²⁶ Siehe z. B. allgemein BGH, Urteil vom 20.6.1996 – III ZR 116/94 = MDR 1996 S. 1232 ff.; *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen (passim).

¹²⁷ Eine Teilaufrechnung wäre z. B. dann denkbar, wenn die Aktivforderung die Höhe der Passivforderung unterschreitet. In diesem Fall würde nicht die gesamte Forderung erlöschen; zur Teilaufrechnung siehe schon *Lippmann*, Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung *Jherings Jahrbücher* 43 (1901) S. 489 ff.

¹²⁸ Ähnlich bei den Ablösekonstellationen *Schlichting*, Die Aufrechnung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche S. 64.

¹²⁹ Ähnlich *Kerschke*, Zession und Aufrechnung S. 28, der zwischen Zulässigkeit und Wirkung der Aufrechnung unterscheidet; vgl. auch *Krückmann*, Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischem Recht AcP 103 S. 207 f.; Für § 406 BGB vgl. *Sohm*, Zur Aufrechnung des debitor cessus (§ 406 BGB) Deutsche Juristenzeitung 1909 S. 208.

¹³⁰ Ähnlich in einen anderen Zusammenhang *Schwarz*, Zum Schuldnerschutz bei der Aufrechnung abgetretener Forderungen, AcP 203 S. 274; siehe auch analog *Sohm*, Zur Aufrechnung des debitor cessus (§ 406 BGB) Deutsche Juristenzeitung 1909 S. 208; *Schneider*, Die Aufrechnung mit der Forderung gegen einen Dritten S. 19 f.

¹³¹ Eine analoge Anwendung des § 404 BGB verbietet sich, weil dessen Anwendungsbereich gegenüber § 407 BGB zurücktritt.

¹³² Siehe hierzu etwa *Oertmann*, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit *Jherings Jahrbücher* 66 (1916) S. 149 ff., 208.

mit der Aufrechnung des Zessus gegenüber dem Zedenten nicht nur seine Forderung ersatzlos, sondern ist auch noch auf im Einzelfall zu prüfenden Schadensersatz bzw. Rechtsmangelhaftung und Bereicherungsrecht gegenüber dem alten Gläubiger verwiesen¹³³. Eine Diskussion hinsichtlich der Wahlbefugnisse des Zessus erübrigt sich hiermit ebenfalls, da nach jeder hierzu vertretenen Ansicht die Befriedigung des Altgläubigers wirksam bleiben kann¹³⁴. § 407 BGB kann daher nicht für eine Argumentation gegen die Befriedigungstheorie angeführt werden.

¹³³ Vgl. *Trepte*, Die Wirkung der Leistung an den Zedenten und der Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen Zedent und Zessus nach § 407 Abs. 1 BGB S. 51 ff., der eine Haftung aus § 823 BGB erkennt. Das erscheint jedoch fraglich, denn die Rechtswidrigkeit kann bei einer gesetzlich zulässigen Maßnahmen nicht bejaht werden; siehe *Krauter*, § 407 Abs. 1 BGB und seine Folgen S. 18, 35.

¹³⁴ Das hier aufgeworfene Problem bezieht sich auf die Situation, dass der Zessus in Unkenntnis der Abtretung an den alten Gläubiger geleistet hat, sich nach Kenntniserlangung aber darüber erklärt, dass ihm eine Befriedigung des neuen Gläubigers günstiger gewesen wäre. Vertreten wird hier im Wesentlichen zweierlei. Die Vertreter der sog. objektiven Theorie gehen von der Notwendigkeit der Rückabwicklung im Verhältnis Zedent-Zessionar aus, vgl. *Krauter*, § 407 Abs. 1 BGB und seine Folgen S. 20 ff.; *Regelsberger*, Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten *Jherings Jahrbücher* 47 (1904) S. 367; *Stammler*, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren S. 202 f.; *Matthiaß*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes S. 407 f.; *Staudinger/Busche* § 407 Rn. 8; OLG Dresden, Urteil vom 14.7.1994 – 5 U 117/94; *Karst*, Kein Wahlrecht des Schuldners bei § 407 BGB MDR 1995 S. 559 ff.; *Salomon*, Zur Auslegung des § 407 BGB JW 1914 S. 728 ff.; siehe auch *Sobernheim*, Ein Beispiel für die Anwendung der materiell-rechtlichen Vorschriften zugunsten des guten Glaubens. (§ 407 BGB) S. 30 ff.; v. *Olshausen*, Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß S. 104 ff. Demgegenüber wollen die Vertreter der sog. Wahlrechtstheorien dem Zessus ein Wahlrecht einräumen. Dieser soll auf der Grundlage des Bereicherungsrechtes bereits an den alten Gläubiger Geleistetes zurückfordern können und hernach an den neuen Gläubiger erneut leisten, vgl. BGHZ 52, 150 ff.; 102, 68, 71 f.; *Weimar*, Zweifelsfragen bei Leistung eines gutgläubigen Schuldners an den Zedenten JR 1966 S. 461; ohne Begründung *Haertlein*, Die Rechtsstellung des Schuldners einer abgetretenen Forderung JuS 2007 S. 1075; *Rose*, § 407 Abs. 1 BGB Schuldnerschutz und Gläubigerrecht S. 47 ff.; *Winter*, Zum Schutz des unwissenden Schuldners und zum Gläubigerrecht bei der Forderungsabtretung Festschrift für Karl Sieg S. 577 ff.

Die Aufrechnung zeigt hier, dass allein die objektiven Theorien überzeugen können. Eine Rückforderung der Leistung infolge einer Aufrechnung nach §§ 407, 389, 387, 388 BGB liefe stets auf gegenläufige Wertersatzforderungen hinaus, die der alte Gläubiger sodann einseitig selbst aufrechnen könnte und so die Rückabwicklung sperrt, hier zweifelnd *Weimar*, Zweifelsfragen bei Leistung eines gutgläubigen Schuldners an den Zedenten JR 1966 S. 461. Richtiger Ort zur Rückabwicklung ist vielmehr das Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar, die mit der Rechtsmangelhaftung geeignete vertragliche Rückabwicklungs- und Schadensersatzregime an der Hand haben. Auch aus Gesichtspunkten der vertraglichen Risikoübernahme, ist diese Lösung zu stützen. Zedent und Zessionar motivieren § 407 BGB durch die ohne Mitwirkung des Schuldners vorgenommene *cessio*. Es entspricht damit der Risikoverteilung, wenn auch diese eventuellen Schwierigkeiten der Rückabwicklung zu tragen haben. § 407 BGB ist zwar eine Schuldnerschutzvorschrift, dem Schutz des Guten Glaubens ist jedoch bereits mit der Möglichkeit zur Leistung an den alten Gläubiger genüge getan. Missbrauch dieser Konstruktion muss an § 226 BGB scheitern oder durch Anfechtungsrechte ausgeglichen werden. Nicht tauglich ist überdies eine Argumentation, wonach der Verlust einer potentiellen Aufrechnungsmöglichkeit das Wahlrecht rechtfertigt, so *Regelsberger*, Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten *Jherings Jahrbücher* 47 (1904) S. 367. Das Entstehen und Bestehen einer Aufrechnungslage ist mehr oder minder vom Zufall abhängig. Leistet beispielsweise der neue Gläubiger in Unkenntnis der Aufrechnungslage, so erlischt gleichsam auch die Aufrechnungsmöglichkeit des Zessus. Zum Problem der Einredenqualifizierung des § 407 BGB, vgl. *Feist*, § 407 Abs. 1 B.G.B. S. 26 ff.; *Trepte*, Die Wirkung der Leistung an den Zedenten und der Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen Zedent und Zessus nach § 407 Abs. 1 BGB S. 8 ff.; Zur historischen Entwicklung siehe *Luig*, Zur Geschichte der Zessionslehre S. 139 ff.

Selbige Folge und Erkenntnis ergibt sich auch dann, wenn ein ablösungsberechtigter Dritter¹³⁵ an den Altgläubiger mittels Aufrechnung leistet, §§ 268 Abs. 2, 407 BGB¹³⁶. Hier ist die fehlende Tilgung der Forderung des Neugläubigers noch offensichtlicher. Der Zessionar erhält in dem Fall rein gar nichts. Sogar die eigentlich ihm formal zustehende Forderung wird mittels *cessio legis* auf den Ablösenden – ohne ihren Untergang – übergeleitet. Nur der Aufrechnende erhält damit Befriedigung seiner Forderung, eine Tilgung der Forderung des Aufrechnungsgegners erfolgt hier nicht.

Anschließend sei auch auf die Aufrechnung im Rahmen von § 406 BGB¹³⁷ sowie § 354a Abs. 2 Satz 2 HGB¹³⁸ verwiesen. Auch hier erlaubt es die besondere gesetzliche Anordnung, eine Aufrechnung vorzunehmen, die letztlich nicht zur Tilgung der Verbindlichkeit des Zessionars, als Forderungsinhaber, führt¹³⁹. Es gilt das zu § 407 BGB Ausgeführte analog. Keine Änderung bringt zudem § 392 Abs. 2 HGB. Auch hier greift § 407 BGB unverändert¹⁴⁰.

Jene Betrachtungen finden auch Stütze im Wortlaut der verschiedensten Gesetze. So lässt sich das Befriedigungselement bereits sprachlich etwa in § 770 BGB, § 268 Abs. 2 BGB, § 1142 Abs. 2 BGB, § 1224 BGB, § 129 Abs. 3 HGB, § 322 Abs. 3 AktG und Art. 4 Abs. 2i) InsVfVO nachweisen¹⁴¹.

Durch diese Ausgangslage vorherbestimmt ist auch die Entscheidung um die Funktion der Aufrechnung. Diese kann, entgegen der Tilgungstheorie und Kombinationslehre, nicht allein oder zumindest teilweise im tilgenden

¹³⁵ Staudinger/*Busche* § 407 Rn. 13.

¹³⁶ Dass § 407 BGB auch zugunsten eines ablöseberechtigten Dritten nach § 268 BGB gilt, ist unstrittig, vgl. hierzu MüKo/*Roth* § 407 Rn. 9; Staudinger/*Busche* § 407 Rn. 13.

¹³⁷ Für § 406 BGB so auch *Schlichting*, Die Aufrechnung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche S. 61; Zur hemmenden Wirkung einer Aufrechnung gem. § 406 BGB gegenüber Zessionar und Zedent siehe auch *Peters*, BGB § 204 Abs. 1 Nr. 5 JR 2009; BGH, Urteil vom 10.4.2008 – VII ZR 58/07; *Weigelin*, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld S. 31; *Schreiber*, Prozeßvoraussetzungen bei der Aufrechnung ZZP 90 S. 400; *Reichold*, Aufrechnung nach Vorausabtretung (passim); *Simson*, Über das Verhältnis des § 404 zum § 406 BGB Gruchot Bd. 50 S. 244 ff.

¹³⁸ *Reichold*, Aufrechnung nach Vorausabtretung S. 104 ff.

¹³⁹ Dies aussparend *Jeremias*, Internationale Insolvenzaufrechnung S. 23.

¹⁴⁰ BGH, Urteil vom 19.11.1968 – VI ZR 215/66; BGH NJW 1969, 276; RGZ 121, 178; kritisch z. B. *Schwarz*, § 392 Abs. 2 HGB als Aufrechnungshindernis NJW 1969 S. 1943, der einen Widerspruch insbesondere darin erblickt, dass gerade die fehlende Tilgungswirkung der Aufrechnung gegen eine Außerachtlassung des § 392 Abs. 2 HGB spräche. Wie gesehen, ist dies jedoch kein ungewöhnlicher Vorgang und daher auch nicht argumentativ in diesem Zusammenhang verwertbar; vgl. auch *Dressler*, Die Landmaschinenkommission JuS 1969 S. 170 ff.; siehe auch *Schneider*, Die Aufrechnung mit der Forderung gegen einen Dritten S. 52 ff.

¹⁴¹ Dem entgegen *Oertmann*, Die rechtliche Natur der Aufrechnung AcP 113 S. 396 ff.

Moment liegen. Vielmehr bildet allein die Befriedigungskomponente den Kern der Aufrechnung, der sich in einer Vielzahl vorhandener Anwendungsfälle offenbart. Der Umstand, wonach sich diese Sichtweise ohne Widerspruch auch in die Anschauung zur dogmatischen Einordnung der Aufrechnung einpasst, wird sich zudem an späterer Stelle erneut zeigen und weiteres argumentatives Potential für die Befriedigungstheorie liefern. Obschon der Aufrechnung daher in einer Vielzahl ihrer Anwendungsmöglichkeiten ein sowohl tilgender als auch befriedigender Charakter nicht abgesprochen werden darf, muss letztlich doch die Erkenntnis stehen, dass im kleinsten Anwendungsfall nur eine befriedigende Funktion der Aufrechnung nachweisbar ist. Da diese Aufrechnungsoportunitäten aber in Bezug auf die Rechtsnatur Bindungswirkung entfalten, darf auch nur diese Funktion bemüht werden. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass in der Pauschalität der Kombinationstheorie entscheidende Aspekte verloren gehen. Jenen potentiellen Fehlschlüssen beugt nur die Befriedigungstheorie vor. Diese ist für die Rechtsnatur bestimmend.

2. Die Aufrechnung – Zwischen Gestaltungs-, Einrede- und Selbsthilferecht

Die Aufrechnung wird – je nach gewähltem Blickwinkel – den verschiedensten Rechtskategorien zugewiesen. So verstand man sie ursprünglich als Einrede¹⁴², nun als Gestaltungsrecht und daneben auch als Selbsthilferecht. Gleichzeitig grenzt man jene systematisierenden Ordnungen aber voneinander ab (Exklusivität) und erzeugt damit – vermutlich unwissenschaftlich – fast unüberbrückbare dogmatische Schwierigkeiten und Widersprüche. Wenn nun aber Einrede und Gestaltungsrecht sowie Gestaltungsrecht und Selbsthilferecht nicht gleichzeitig in einem Rechtsinstitut vereint werden können, so deutet dies auf eine Unstimmigkeit in den vorhandenen Systematisierungsversuchen hin, sobald der Aufrechnung die Eigenschaften jeder dieser Kategorien tatsächlich zugeordnet werden kann. Diese Ausgangssituation zum Anlass nehmend, soll im Folgenden dargetan werden, warum nicht das Aufrechnungsrecht, sondern das bisherige Verfahren zur Trennung der Kategorien widersprüchlich ist und fortgeschrieben wer-

¹⁴² Vgl. Roth, Die Einrede des bürgerlichen Rechts S. 87.