

## Titel 3

## Versprechen der Leistung an einen Dritten

## Vorbemerkungen

**Schrifttum:** K Hellwig, die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899 (Neudruck 1968) (dazu ausführlich v Tuhr, KrVjschr 3. Folge Bd VII [1901], 542); C o h e n - M a r t e n s, Die Stellung des Dritten bei nichtordnungsmäßiger Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages zu seinen Gunsten, 1925; S c h w i n g e, Der Gas- und Elektrizitätsversorgungsvertrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertrag zugunsten eines Dritten, Gruchot 70 (1929), 151; S i b e r, Verträge zu Gunsten Dritter, Hdwb d RWiss, Bd IV, 1929, S 558; E W o l f f, Verträge zugunsten Dritter im Aktienrecht, in: Festschr für Pinner, 1932, S 656; W e s e n b e r g, Verträge zugunsten Dritter, 1949; H e i l m a n n, Zur Lehre vom ursprünglichen Rechtsserwerb bei dem Verträge zugunsten Dritter, ZHR 113 (1950), 87; d e r s, Zur Lehre vom Verträge zugunsten Dritter, ZHR 114 (1951), 15; S c h m a l z e l, Vorverträge zugunsten Dritter, AcP 164 (1964), 446; W e i m a r, Die Rechte des Dritten und Versprechensempfängers beim berechtigten Vertrag zugunsten Dritter, MDR 1964, 733; H e i n r L a n g e, Die Auswirkungen von Leistungsstörungen beim echten Verträge zugunsten Dritter im Rechtsbereich des Dritten, NJW 1965, 657; R o q u e t t e, Werkförderungsverträge als Verträge zugunsten Dritter, NJW 1967, 2239; H e i l m a n n, Der Vertrag zugunsten Dritter – ein schuldrechtliches Verfügungsgeschäft, NJW 1968, 1853 (ebenso ÖJZ 1970, 177); d e r s, Zur Lehre vom Vertrag zugunsten Dritter, MDR 1969, 431; d e r s, Der Vertrag zugunsten Dritter im Insolvenzrecht, KTS 1972, 14; J G o t t s c h a l k, Zum Wesen des Rechtsserwerbs beim Vertrag zugunsten Dritter, VersR 1976, 797; S c h i r m e r, Zur Vereinbarung von Obliegenheiten zu Lasten Dritter, insbesondere in Verträgen zu ihren Gunsten, in: Festschr für Reimer Schmidt, 1976, S 821; S o n n e n s c h e i n, Der Gewinnabführungsvertrag zugunsten Dritter, AG 1976, 147; K - P M a r t e n s, Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 177 (1977), 113, 140ff; P a p a n i k o l a o u, Schlechterfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter, 1977; H a s s o l d, Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis, 1981, S 241ff, 327ff; H a d d i n g, Zur Theorie des Vertrages zu Rechten Dritter im deutschen Recht, in: Festschr für Zajtay, 1982, S 185; P U l m e r, Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH?, in: Festschr für W Werner, 1984, S 911; H D ö r n e r, Dynamische Relativität, 1985, pass; G e r n h u b e r, Das Schuldverhältnis (Hdbch SchuldR Bd 8), 1989, § 20; B ü r k l e, Rechte Dritter in der Satzung der GmbH, 1991; L i n n e n b r i n k, Der Vertrag zugunsten Dritter in der notariellen Praxis, MittRhNotK 1992, 261; H a m m e n, Zur Begründung von (organschaftlichen) Rechten Dritter im Gesellschaftsvertrag einer GmbH, WM 1994, 765; B a y e r, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995; S i e g, Der Versicherungsvertrag als Vertrag zugunsten Dritter, ZVersWiss 1995, 697; d e r s, Verträge mit Drittbegünstigung im Transportwesen, TranspR 1996, 318; H ü b s c h, Vertragliche Wirkungen zu Lasten Dritter im Gütertransportrecht, VersR 1997, 799; L i m m e r, Dingliche Verfügungen zugunsten Dritter?, ZfIR 1997, 655; R i c h t e r, Der Vertrag zugunsten Dritter und sein Verhältnis zu § 15 GWB, in: Festschr für Lieberknecht, 1997, S 475; H e e r m a n n, Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte, 1998; R a a b, Austauschverträge mit Drittbegünstigung, 1999; K r a u s k o p f, Der Vertrag zugunsten Dritter, 2000 (Schweiz); M a n k o w s k i, Verbrauchervertrag und Vertrag zugunsten Dritter, VuR 2002, 269; A l t h a m m e r, Die Maklerklausel im notariellen Grundstückskaufvertrag, 2004; U l m e r, Nochmals: Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH, in: Festschr für Wiedemann, 2002, S 1297; A R o t h, Zur Problematik des Vertrages zu Lasten Dritter, in: Festschr für Hadding, 2004, S 253; A l t h a m m e r, Die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten durch den drittbegünstigten Makler (§ 328 BGB), NZM 2006, 163.

Zur **Dogmengeschichte** des Vertrags zu Rechten Dritter: B u s c h, Doktrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zugunsten Dritter, 1860; B ä h r, Über die sogenannten Verträge zugunsten Dritter, JherJb 6 (1863), 131ff; U n g e r, Die Verträge zu Gunsten Dritter, JherJb 10 (1869), 1ff; B ä h r, Ein Wort zu Lehre von den Verträgen zugunsten Dritter, JherJb 11 (1871), 394ff; G a r e i s, Die Verträge zugunsten Dritter, 1873, S 51ff; P a n o f s k y, Die Verträge zugunsten Dritter, 1877; B ä h r, Über die Verträge zugunsten Dritter und über die Schuldübernahme, AcP 67 (1884), 157ff; R e g e l s b e r g e r, Ueber die Verträge zu Gunsten Dritter und über die Schuldübernahme, AcP 67 (1884), 1ff; E h r e n z w e i g, Die zweigliedrigen Verträge, insbesondere die Verträge zu Gunsten Dritter nach gemeinem und österreichischem Recht, 1895; H e l l w i g, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, S 1ff; G e o r g i, Verträge zugunsten Dritter, Ihre geschichtlichen Entwicklungen in der Doktrin und Gesetzgebung und ihre Regelungen im BGB, Diss Aachen 1900, S 5ff; D n i e s t r z a n s k i, Die Aufträge zugunsten Dritter, 1904, S 58ff (dazu Kipp, ZHR 57 [1906], 214); W e i s e, Der Vertrag zu Rechten Dritter und die Schenkung von Todes wegen, Diss Frankfurt aM 1916, S 2ff; W e s e n b e r g, Verträge zugunsten Dritter, 1949, S 6ff (dazu Kaden, SZ 67, 547); U M ü l l e r, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter, 1969; J G o t t s c h a l k, Zum Wesen des Rechtsserwerbs beim Vertrag zugunsten Dritter, VersR 1976, 797; B a y e r, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S 5–128; H a d d i n g, Der Vertrag zu Rechten Dritter im ZGB der DDR, in: J Eckert/Hattenhauer (Hrsg), Das Zivilgesetzbuch der DDR vom 19. Juni 1975, 1995, S 107. Rechtsvergleichend zur Entwicklungsgeschichte vgl die Beiträge in Schrage (Hrsg), Jus quaesitum tertio, 2008.

Vgl im **Übrigen** die weiteren Angaben: Zur Versicherung zu Rechten Dritter, insbesondere der Lebensversicherung: § 330 vor Rz 1. Zum Vertrag zu Rechten Dritter auf den Todesfall: § 331 vor Rz 1. Zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, einschließlich Freizeichnung zugunsten Dritter: Anhang zu § 328 vor Rz 1. Zum Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter: § 334 Rz 15ff m Fn 42ff; § 812 Rz 113–117. Zu Verfügungen zu Rechten Dritter: § 328 vor Rz 106. Zu Dissertationen vgl die Angaben in der Voraufgabe.

## I. Entwicklung

1 Für das römische Recht, namentlich der klassischen Epoche, ist die Regelung überliefert: *alteri stipulari nemo potest*<sup>1</sup>. Einem schuldrechtlichen Vertrag, der eine einklagbare Verpflichtung zugunsten eines am Vertragsschluss nicht beteiligten Dritten begründen sollte, wurde grundsätzlich die rechtliche Wirksamkeit versagt. Der Versprechensempfänger konnte nicht auf die Leistung an den Dritten klagen, weil es ihm angeblich an dem erforderlichen eigenen Vermögensinteresse fehlte. Der Dritte selbst konnte nicht klagen, weil er nicht Vertragspartner war<sup>2</sup>. Demgegenüber ging die spätere Rechtsentwicklung immer deutlicher dahin, dass Verträge zugunsten Dritter als wirksam erachtet wurden. Diese Entwicklung wurde auch durch die begriffliche Unterscheidung von unmittelbarer Stellvertretung und Vertrag zugunsten Dritter gefördert, die auf *Hugo Grotius* zurückgeht<sup>3</sup>. Unter den naturrechtlich beeinflussten Kodifikationen ließ vor allem das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 (PrALR) „Verträge über den Vortheil eines Dritten“ zu (Teil I Titel 5 §§ 74 bis 77)<sup>4</sup>. Die wichtigste Vorschrift I 5 § 75 lautete: „Der Dritte selbst aber erlangt aus einem solchen Verträge, an dessen Schließung er weder mittelbar noch unmittelbar Theil genommen hat, erst alsdann ein Recht, wenn er demselben mit Bewilligung der Hauptparteyen beygetreten ist“. War dem Dritten „der Antrag zum Beytritt einmal geschehen“, so mussten die Contrahenten „seine Erklärung über die Annahme abwarten“ (I 5 § 77)<sup>5</sup>. Entsprechende Regelungen enthielten in Deutschland zuvor schon Teil IV Kapitel I § 13 des Bayerischen Codex Maximilianeus Civilis von 1756 und sodann § 854 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1863. Die „Gesetzgebungen und Gesetzentwürfe“ bis 1877 sind wiedergegeben in der Begründung des Redaktors *v Kübel* zu seiner Vorlage betreffend das „Versprechen der Leistung an einen Dritten“ für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines BGB.<sup>6</sup>

2 Im Gemeinen Recht hielt man zwar grundsätzlich an der römisch-rechtlichen Regelung „*alteri stipulari nemo potest*“ fest. Verträge zugunsten Dritter wurden aber zumindest mit der Wirkung anerkannt, dass der Versprechensempfänger auf Leistung an den Dritten klagen konnte. Es blieb jedoch zweifelhaft und umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen der Dritte ein eigenes, unentziehbares Klagerecht erhalten könne<sup>7</sup>. In der Rechtsprechung<sup>8</sup> ist zunächst bei Gutsüberlassungsverträgen und Lebensversicherungsverträgen (vgl zTl noch heute § 330) ein eigenes Klagerecht des Dritten auf die Leistung angenommen worden. Erst das Bürgerliche Gesetzbuch von 1896 enthält Vorschriften, nach denen der Dritte aus einem Vertrag zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger „unmittelbar“ das Recht erwerben kann, die Leistung zu fordern. Von den Verfassern des ersten Entwurfs war das „wirtschaftliche Bedürfnis“ anerkannt worden, bei bestimmten damals „besonders wichtigen Erscheinungen im modernen Rechtsleben“, wie Lebensversicherungsverträgen zugunsten Dritter, Verträgen mit einer Witwenkasse zugunsten der Ehefrau, bäuerlichen Gutsübernahmen mit Abfindungsleistungen an Dritte usw, den unmittelbaren Forderungserwerb des Dritten zuzulassen<sup>9</sup>. Die Verfasser des zweiten Entwurfs sahen, dass darüber hinaus bei einer Reihe von Verträgen zu Rechten Dritter der treibende Beweggrund nicht nur die Fürsorge für den Dritten ist (Versorgungszweck), sondern die allgemeine wirtschaftliche Tragweite

1 Vgl D 45, 1, 38, 17 (Ulpianus libro 49 ad Sabinum); ebenso Inst 3, 19, 19. Ferner zB D 44, 7. 11 (Paulus libro 12 ad Sabinum). Zum Vertrag zugunsten Dritter im klassischen römischen u im byzantinischen Recht iE: Wesenberg, Verträge zugunsten Dritter, 1949, S 6–100; U Müller, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung u des Vertrages zugunsten Dritter, 1969, S 14–28. Vgl nunmehr insbes O Behrends, Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter im römischen Privatrecht, in: Studi in onore di C Sanfilippo, 1984, S 3–58; Bayer, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S 5–27.

2 Vgl zur Dogmengeschichte des Vertrags zu Rechten Dritter insbes Gareis, Die Verträge zugunsten Dritter, 1873, S 51 ff; Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, S 1 ff; Georgi, Verträge zugunsten Dritter, 1900, S 5 ff; Wesenberg, Verträge zugunsten Dritter, 1949; U Müller, Die Entwicklung der ..., 1969; Gottschalk VersR 1976, 797 ff; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts Bd II, 1984, § 11 I; Dörner, Dynamische Relativität, 1985, S 109–111.

3 Vgl U Müller, Die Entwicklung der ..., 1969, S 127 f; Hammen, Der Einfluss F C v Savignys auf die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen BGB, 1983, S 133; Dörner, Dynamische Relativität, 1985, S 110; Coing, Europäisches Privatrecht, Bd I,

1985, S 423; Bayer, Der Vertrag zugunsten Dritter S 27–128.

4 Vgl Allgemeines LandR für die Preussischen Staaten von 1794, Textausgabe mit einer Einf von Hattenhauer u einer Bibliographie von Bernert, 1970.

5 Kritisch v Kirchmann, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, S 21 f. In der Praxis genügte zuletzt das Einverständnis des Versprechensempfängers (vgl Förster/Eccius, Preuß PrivatR I, 1896, S 432 Fn 24). Bei einem Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall erwarb der Dritte nach der Rspr des Preuß Obertribunals (PrOTr 14, 68) mit dem Tod des Versprechensempfängers auch ohne vorherigen Beitritt ein eigenes unwiderrufliches Klagerecht gegen den Versprechenden. Vgl auch Hager, Festschr für v Caemmerer, 1978, S 127, 129 Fn 12, 130.

6 Vgl Schubert (Hrsg), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines BGB, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1: Allgemeiner Teil, 1980, S 499–503; ferner Motive II S 266–268.

7 Vgl Arndts, Lehrb d Pandekten, 1889<sup>14</sup>, § 233, S 463; Windscheid, Lehrb d PandektenR, 1891<sup>7</sup>, Bd 2, § 316, S 197 ff; Dernburg, Pandekten, 1897<sup>5</sup>, § 18, S 52 ff; Wesenberg, Verträge zugunsten Dritter, 1949, S 123–130.

8 Vgl zB RGZ 1, 379.

9 Vgl Motive II S 265.

darin besteht, dass der Vertrag zu Rechten Dritter eine Zuwendung aus dem Vermögen des Versprechenden an den Dritten ermöglicht, ohne eine zweifache Übertragung des Gegenstands zunächst vom Versprechenden an den Versprechensempfänger und dann von diesem an den Dritten vornehmen zu müssen (Abkürzung des Leistungswegs)<sup>10</sup>.

Auch heute noch werden für den Vertrag zu Rechten Dritter (§ 328 Abs 1) hinsichtlich der Interessenlage der Beteiligten diese unterschiedlichen Fallgruppen gebildet, die sodann insbesondere zur Begründung differenzierender Ergebnisse bei der Herausgabe einer Leistung des Versprechenden an den Dritten wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs 1 Satz 1 Fall 1) herangezogen werden<sup>11</sup>. In der Tat kann der Versprechensempfänger den Vertrag zu Rechten Dritter mit dem Versprechenden schließen, um im Verhältnis zu dem Dritten einen **Versorgungszweck** zu verfolgen. Nach geltendem Recht lässt sich der Vertrag zu Rechten Dritter aber nicht auf diese Fallgruppe beschränken (vgl § 328 Abs 1 iVm §§ 330, 331)<sup>12</sup>. Der Abschluss eines Vertrags zu Rechten Dritter kann ebenso einer **Abkürzung des Leistungswegs** dienen. Das vermag einerseits die Erfüllung von Verpflichtungsgeschäften (zB bei dem Dritten geschuldeter Beschaffung oder bei Transportverträgen) zu vereinfachen und andererseits den Leistungsanspruch des Dritten gegenüber Gläubigern des Versprechensempfängers zu sichern, weil ein Zwischenerwerb des Versprechensempfängers, der einen Zugriff seiner Gläubiger ermöglichen würde, vermieden wird<sup>13</sup>.

## II. Rechtssystematische Einordnung

1. **Der frühere Theorienstreit.** Seit dem Inkrafttreten des BGB wurde die rechtssystematische Einordnung des Vertrags zu Rechten Dritter (§ 328 Abs 1) zunächst nur noch vergleichsweise selten erörtert<sup>14</sup>. Demgegenüber wurden im 19. Jahrhundert hierzu in einem heftigen Streit der Meinungen durchaus unterschiedliche Theorien vertreten, aus denen sich wichtige Folgerungen für die Anforderungen an den Rechtserwerb des Dritten und seine rechtliche Stellung gegenüber Gläubigern des Versprechensempfängers ergaben<sup>15</sup>.

a) Der **Dritte** wurde hinsichtlich seines Forderungserwerbs von manchen als **Rechtsnachfolger** des Versprechensempfängers angesehen (sog **Zessionstheorie**). Man ging von einem Zwischenerwerb des Versprechensempfängers hinsichtlich der Forderung aus, die er sodann, dh nach einer „juristischen Sekunde“ oder auch erst später, dem Dritten durch eine Abtretung zuwendet. Dem stand die Auffassung gegenüber, dass der Dritte die Forderung nicht abgeleitet, sondern – ohne einen zwischenzeitlichen Durchgangserwerb des Versprechensempfängers – **ursprünglich** (originär) erwerbe (sog **Anwachsungstheorie**). Die praktischen Auswirkungen dieses Theorienstreits liegen vor allem bei der Frage, ob Gläubiger des Versprechensempfängers infolge seines Zwischenerwerbs auf die für den Dritten bestimmte Forderung gegen den Versprechenden zugreifen können oder ob der Dritte aufgrund seines ursprünglichen (originären) Forderungserwerbs gegen einen solchen Zugriff gesichert ist.

b) Neben den gegensätzlichen Ansichten der Zessionstheorie und der Anwachsungstheorie<sup>16</sup> bestand zu einem anderen sachlichen Punkt ein weiterer Meinungsunterschied: Einerseits betrachtete man für den Forderungserwerb des Dritten seine **Annahme** dieses Rechtserwerbs als notwendig (sog **Acceptationstheorie**). Denn nur sein rechtsgeschäftliches Einverständnis mit dem Forderungserwerb genüge der privatautonomen Entschließungsfreiheit des Dritten. Diese Auffassung war namentlich im PrALR (I 5 § 75) gesetzlich verankert<sup>17</sup>. Andererseits meinte man, der Dritte könne die Forderung auch **ohne Mitwirkung**, sogar ohne sein Wissen erwerben, wenn ihm nur die Möglichkeit verbleibe, den Rechtserwerb mit rückwirkender Kraft abzulehnen (**Ausschlagungstheorie**). Die praktischen Auswirkungen dieses Theorienstreits liegen insbesondere bei der Frage, in welchem Zeitpunkt der Dritte die Forderung erwirbt und ob das rechtliche Schwergewicht bei dem Erfordernis einer wirksamen rechtsbegründenden Annahme oder bei einer gestaltenden rückwirkenden Zurückweisung des Forderungserwerbs durch den Dritten liegt.

2. **Der Gesetzgeber des BGB.** Die Regelung des Versprechens der Leistung an einen Dritten in den §§ 328, 333 geht ersichtlich davon aus, dass bei einem Vertrag zu Rechten Dritter (§ 328 Abs 1)

10 Vgl Protokolle II S 1511 f.

11 Vgl iE § 334 Rz 16.

12 So aber anscheinend W Lorenz AcP 168 (1968), 286, 296 f.

13 Vgl Staud/Jagmann Rz 5 vor § 328; MünchKomm/Gottwald § 328 Rz 6.

14 Vgl etwa Hassold, Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis, 1981, § 12 II (S 249–265); Hadding, Festschr für Zajtay, 1982, S 185 ff; Dörner, Dynamische Relativität, 1985, § 6 II (S 166 ff). Nunmehr eingehend

Bayer, Der Vertrag zugunsten Dritter S 209 ff; Raab, Austauschverträge mit Drittbegünstigung, 1999, § 12 I, II.

15 Vgl die Übersicht bei v Kübel, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission ... (s Fn 6), S 497–499; Dniestrzanski, Die Aufträge zugunsten Dritter, 1904, S 58 ff; Bayer, Der Vertrag zugunsten Dritter S 64–107.

16 Vgl Rz 5.

17 Vgl oben Rz 1.

der Forderungserwerb des Dritten (a) „unmittelbar“, dh ohne sog Durchgangserwerb des Versprechensempfängers, mithin ursprünglich (originär) geschieht und (b) ohne eine rechtsgeschäftliche Mitwirkung des Dritten, jedoch mit der Befugnis, „das aus dem Vertrag erworbene Recht“ zurückzuweisen (§ 333).

- 8 a) **Ursprünglicher Forderungserwerb des Dritten.** Mit der tatbestandlichen Festlegung, dass bei einem Vertrag zu Rechten Dritter (§ 328 Abs 1) der Dritte „unmittelbar“ das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern, hat der Gesetzgeber des BGB sich bewusst gegen einen nur abgeleiteten Forderungserwerb (sog Zessionstheorie<sup>18</sup>) und damit auch gegen einen zwischenzeitlichen Durchgangserwerb des Versprechensempfängers entschieden. Vielmehr erwirbt der Dritte die Forderung auf die Leistung des Versprechenden **ursprünglich** (originär) „aus dem Vertrag“ (sog Anwachsungstheorie)<sup>19</sup>. Die für den Dritten vorgesehene Forderung ist damit dem Zugriff von Gläubigern des Versprechensempfängers entzogen. Seit dem Inkrafttreten des BGB wird demgemäß nahezu einhellig von dem ursprünglichen (originären) Forderungserwerb des Dritten ausgegangen. Nur vereinzelt ist versucht worden<sup>20</sup>, die geltende Regelung (§ 328 Abs 1) im Sinne eines abgeleiteten Forderungserwerbs des Dritten auszulegen, dh die sog Zessionstheorie wieder zu beleben. Diese Versuche können jedoch weder für die Praxis der Rechtsanwendung noch für die rechtssystematische Einordnung auf hinreichende Vorzüge verweisen. Die erst nachträglich bestimmte Drittberechtigung unterfällt nicht § 328 Abs 1<sup>21</sup>.
- 9 In diesem Zusammenhang ist allerdings auf ein nicht selten anzutreffendes Missverständnis hinzuweisen: Mit der gesetzlichen Vorschrift, dass der Dritte die Forderung „unmittelbar“ erwirbt, ist **nichts** zu der anderen Frage ausgesagt, ob der Rechtserwerb des Dritten seiner Annahme bedarf oder **ohne seine Mitwirkung** eintritt<sup>22</sup>. In der Vorlage des Redaktors *v Kübel* und in den Protokollen über die Beratungen der Ersten Kommission ist noch mehrfach *nebeneinander* davon die Rede, der Dritte erwerbe das Forderungsrecht gegen den Versprechenden „ohne dass es seiner Mitwirkung bedarf, unmittelbar“<sup>23</sup>. Auch in den Motiven<sup>24</sup> lautet es: „unmittelbar, ohne dass irgendeine Mitwirkung ... nöthig ist“; ebenso in der Denkschrift<sup>25</sup>: „unmittelbar, ohne seinen Beitritt oder seine Annahmeerklärung“. Das war ersichtlich kumulativ gemeint! Erst in den Fassungen des Entwurfs, über den die Zweite Kommission beraten hat, sowie im endgültigen Wortlaut des § 328 Abs 1 ist dann nur noch das Tatbestandsmerkmal „unmittelbar“ enthalten, hingegen nicht mehr „ohne seine Mitwirkung“! Letzteres erschien wohl durch § 333 geklärt. Deshalb ist es unzutreffend, wenn später das Tatbestandsmerkmal „unmittelbar“ dahin ausgelegt worden ist<sup>26</sup>, dass sich aus ihm der Forderungserwerb des Dritten ohne seine Annahme oder sonstige Mitwirkung ergebe. Im Übrigen deutet schon der einfache Wortsinn von „unmittelbar“ viel eher hin auf „ursprünglich“ (originär), dh nicht mittelbar (abgeleitet), als auf „ohne Mitwirkung“. Vgl auch § 328 Rz 36.
- 10 b) **Forderungserwerb des Dritten ohne Mitwirkung oder durch Annahme?** – aa) **Die „herrschende Lehre“.** Nach der Regelung in den §§ 328, 333 ist der Forderungserwerb des Dritten offenbar zunächst nur eine Angelegenheit der Vertragsschließenden, dh des Versprechenden und des Versprechensempfängers. Denn anscheinend allein „Durch Vertrag ...“ kann bedungen werden, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern (§ 328 Abs 1)<sup>27</sup>. Außerdem ist in erster Linie die Vereinbarung der Vertragsschließenden dafür maßgebend, „ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen ... soll“ (§ 328 Abs 2). Der Dritte wird von Gesetzes wegen mit einer eigenen Entschließung erst später zugezogen, nämlich wenn er die Forderung schon erworben hat: Der Dritte kann „das aus dem Vertrag erworbene Recht“ zurückweisen (§ 333). Der Forderungserwerb des Dritten tritt hiernach ohne sein Zutun

18 Vgl oben Rz 5.

19 Vgl hierzu oben Rz 5. – Für die Anwachsungstheorie hatten sich ausgesprochen Unger JherJb 10 (1869), 1 ff; Gareis, Die Verträge zugunsten Dritter, 1873, S 32; Dernburg, Lehrb d Preuß PrivatR Bd 2, 1878, § 19, S 38; ders, Pandekten Bd 2, 1888, S 50 ff; Windscheid, Lehrb d PandektenR Bd 2, 1865, § 316, S 189 f (Mitglied der ersten Kommission!).

20 Vgl Hassold, zur Leistung im Dreipersonenverhältnis, jedoch mit der Einschränkung, „solange die Parteien nicht eindeutig einen unmittelbaren Erwerb des Dritten vom Versprechenden vereinbart haben“ (S 265 unten); davon aber geht § 328 Abs 1 aus! Ferner Hörstmann, Diss Münster 1983, S 113.

21 Vgl § 328 Rz 32 aE.

22 Vgl oben Rz 6.

23 Vgl Jakobs/Schubert (Hrsg), Die Beratungen des BGB in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Bd 2: Recht der Schuldverhältnisse, 1980, S 492, 495, 497.

24 Vgl Motive II, S 268.

25 S 50.

26 Insoweit irrig namentlich Heck, SchuldR § 50, 4 (S 149); ders. Interessenjurisprudenz, 1933, S 24; ihm folgend Heilmann ZHR 113 (1950), 87; Hoffmann AcP 158 (1959/1960), 191, 193; Medicus, SchuldR I, 2006<sup>17</sup>, § 66 III 1 (Rz 767). Dagegen zutreffend Harder, Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, 1968, S 130 mNachw.

27 Vgl insbes Enn/Lehmann § 34 II; Martens AcP 177 (1977), 113, 142 f; Staud/Jagmann Rz 9 vor § 328; MünchKomm/Gottwald § 328 Rz 1.

oder auch nur Wissen ein<sup>28</sup>. Allerdings kann ihm der Forderungserwerb nicht gegen seinen Willen endgültig „aufgedrängt“ werden<sup>29</sup>. Der Dritte erhält deshalb die gesetzliche Befugnis, den eingetretenen Forderungserwerb zurückzuweisen. An die Zurückweisung ist in § 333 die Rechtsfolge geknüpft, dass der Dritte niemals der Gläubiger der Forderung geworden sein soll, die aus dem Vertrag zu seinen Rechten angeblich schon entstanden war: „... so gilt das Recht als nicht erworben“. Der Forderungserwerb soll „rückwirkend“, dh auch in der Vergangenheit, völlig beseitigt sein<sup>30</sup>. Der Gesetzgeber des BGB hat sich mithin offenbar anders als zB der Gesetzgeber des PrALR (I 5 § 75<sup>31</sup>) nicht für die Notwendigkeit einer rechtsbegründenden Annahme des Dritten (sog Acceptationstheorie) entschieden, sondern für einen Forderungserwerb des Dritten zunächst **ohne seine Mitwirkung**, jedoch mit der Befugnis, den eingetretenen Forderungserwerb „rückwirkend“ zurückzuweisen (sog Ausschlagungstheorie).

bb) **Die rechtssystematischen Besonderheiten der §§ 328, 333.** Nach der Auslegung im Sinne der herrschende Meinung<sup>32</sup> enthalten die §§ 328, 333 einige Besonderheiten, die der rechtssystematischen Erklärung bedürfen. – (1) **Die Abweichungen von § 311 Abs 1.** Wenn der Dritte aufgrund eines fremden Vertrags zum Gläubiger der Forderung auf die Leistung wird, ohne zuvor sein Einverständnis erklärt zu haben, so liegt darin eine Abweichung von der Grundregel des § 311 Abs 1. Der Dritte erlangt die Forderung aus einem Schuldverhältnis, an dessen „Begründung“ durch den Vertrag zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger er nicht „beteiligt“ gewesen ist. Darüber hinaus wird der Dritte zum Forderungsinhaber, obwohl er selbst gar keine Willenserklärung abgegeben hat, die auf diese Rechtswirkung gerichtet ist. Aus dem Blickwinkel des Dritten wird also das „Vertragsprinzip“ verlassen. Der Forderungserwerb des Dritten muss als ein Tatbestand qualifiziert werden, für den „das Gesetz ein anderes vorschreibt“ (§ 311 Abs 1 aE)<sup>33</sup>. Statt eines rechtsgeschäftlichen Tatbestands auf seiten des Dritten mit rechtsbegründender Wirkung hat der Dritte nur nachträglich gemäß § 333 die Befugnis, den eingetretenen Forderungserwerb zurückzuweisen. Der Dritte muss gegenüber dem vorläufig aufgedrängten Erwerb aus der Stellung des „Abwehrenden“ heraus eine negative Entschliefung treffen<sup>34</sup>. Da als Zurückweisung eine Willenserklärung gegenüber dem Versprechenden genügt, dh ein einseitiges Rechtsgeschäft, enthält § 333 eine weitere Abweichung von dem „Vertragsprinzip“. Denn das rechtsgeschäftlich herbeigeführte Erlöschen einer Forderung setzt grundsätzlich einen Erlass, mithin einen verfügenden Vertrag, voraus (§ 397). Die Eigenart des Forderungserwerbs, die eine Mitwirkung des Dritten angeblich nicht erfordert, bringt es nach einhelliger Auffassung<sup>35</sup> auch mit sich, dass der Dritte die Forderung auf die Leistung aus dem Vertrag zu Rechten Dritter erlangen kann, ohne selbst geschäftsfähig zu sein! Für die Zurückweisungserklärung hingegen muss der Dritte grundsätzlich unbeschränkt geschäftsfähig ein<sup>36</sup>.

(2) **Der „rückwirkende“ Wegfall des Forderungserwerbs.** Die wichtigste Besonderheit der Regelung in § 333 liegt in der Rechtsfolge einer Zurückweisung: Die Forderung auf die Leistung, die als in der Person des Dritten schon entstanden betrachtet wird, „gilt ... als nicht erworben“. Der Dritte wird bei einer Zurückweisung so angesehen, als sei er auch in der Vergangenheit, dh „rückwirkend“, niemals Gläubiger der Forderung aus dem Vertrag zu Rechten Dritter geworden. Diese Rechtsfolge lässt sich nicht etwa dadurch erklären, dass die Zurückweisung eine auflösende Bedingung im Sinne des § 158 Abs 2 sei<sup>37</sup>. Denn eine auflösende Bedingung hat „nach dem System

28 Vgl RGZ 71, 324, 325/326; BFH ZEV 2005, 216, 217; Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, S 253, 261, 264; Kreß, SchuldR § 25, 1a, S 618; Heck, SchuldR § 48, 6, S 145; Leonhard, SchuldR §§ 168 f, S 349 f; Siber, SchuldR § 45 II 2, S 205; Ernst Wolf, SchuldR § 18 A III d, S 345; Larenz, SchuldR § 17 I; Esser/E Schmidt, SchuldR § 36 II 1; Fikentscher/Heinemann SchuldR § 37 I 2 b; RGRK/Ballhaus § 328 Rz 18; Erman/H P Westermann § 328 Rz 7; Staud/Jagmann Rz 33 vor § 328; MünchKomm/Gottwald § 328 Rz 2; Pal/Grüneberg Einf 3 vor § 328; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 20 I 3 a. S auch F Kirchhof, Private Rechtssetzung, 1987, S 474: „ohne seinen Willen“, „heteronom“.

29 Vgl Oertmann § 333 Bem 1; Leonhard, SchuldR § 177, S 363; RGRK/Ballhaus § 333 Rz 1; Erman/H P Westermann § 333 Rz 1; Larenz, SchuldR § 17 I; Esser/E Schmidt, SchuldR § 36 III; Staud/Jagmann Rz 5 vor § 328; MünchKomm/Gottwald § 328 Rz 1.

30 Vgl RGRK/Ballhaus § 333 Rz 3; Erman/H P Westermann § 333 Rz 3; Esser/E Schmidt, SchuldR § 36 III; Fikentscher/Heinemann SchuldR § 37 I 1; Staud/Jag-

mann § 333 Rz 10; MünchKomm/Gottwald § 333 Rz 5; Pal/Grüneberg § 333 Bem 3.

31 Vgl oben Rz 1.

32 Vgl oben Rz 10.

33 Vgl Soergel<sup>10</sup> Rz 1 vor § 328; Staud/Jagmann Rz 4 a vor § 328; Larenz, SchuldR § 17 I; MünchKomm/Gottwald § 328 Rz 1; F Kirchhof, Private Rechtssetzung S 473: „nach der Systematik des BGB eine Ausnahme“.

34 Diesen Weg hat das BGB nur noch bei dem Vermächtnis eingeschlagen (§ 2080 Abs 1). Die „Verwandtschaft“ zum Vermächtnis hat Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, S 261/262 besonders betont. Vgl auch Planck/Siber § 333 Bem 3; ders, SchuldR § 45 II 2, S 205 f.

35 Vgl Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, S 264; RGRK/Ballhaus § 328 Rz 23; Staud/Jagmann Rz 33 vor § 328.

36 Vgl Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, S 264; Planck/Siber § 333 Bem 3; RGRK/Ballhaus § 328 Rz 23; Esser/E Schmidt, SchuldR § 36 III; MünchKomm/Gottwald § 333 Rz 2.

37 So aber Motive II S 272; Bachmann, Diss Rostock 1906, S 42 f; Oertmann § 333 Bem 1.

des BGB“ keine rückwirkende Kraft (§ 158 Abs 2: „endigt“)<sup>38</sup>. Da man sich aber jedenfalls im Ergebnis über die „Rückwirkung“ einig ist, die eine Zurückweisung des Forderungserwerbs hat<sup>39</sup>, ist eine rechtssystematische Erklärung scheinbar belanglos. Bei näherem Zusehen lässt sich jedoch nur aufgrund einer genauen Beurteilung der in § 333 festgelegten „Rückwirkung“ ermitteln, welche Tragweite eine Zurückweisung des Forderungserwerbs sodann im Deckungsverhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger wie auch im Valutaverhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten hat<sup>40</sup>. Hierin liegt die praktische Bedeutung der Auslegung des § 333. Darüber hinaus ist eine Qualifizierung der „Rückwirkung“ einer Zurückweisung des Forderungserwerbs durch den Dritten gemäß § 333 für das theoretische Verständnis des Vertrags zu Rechten Dritter von erheblicher Bedeutung<sup>41</sup>. Erweist sich nämlich diese „Rückwirkung“ als eine aus methodischem Blickwinkel aufzulösende Fiktion des Gesetzes<sup>42</sup>, so eröffnet dies die Möglichkeit zu einer rechtlichen Betrachtung, bei der nicht mehr die Zurückweisung, sondern die **Annahme** des Forderungserwerbs durch den Dritten als entscheidender Akt in den Vordergrund tritt.

- 13** cc) **Stellungnahme.** Die „herrschende Lehre“<sup>43</sup> hat bisher keine tragende Begründung finden können, um den Forderungserwerb des Dritten angeblich „ohne seine Mitwirkung“ rechtssystematisch ausreichend zu erklären. Es bleibt bei dem Hinweis, dass in § 328 Abs 1 die „Regelungsbefugnis zwecks Rechtsverleihung an Dritte eindeutig anerkannt“ sei; dadurch werde der „Bereich der Privatautonomie über ihre eigentlichen Grenzen hinaus erweitert“<sup>44</sup>. Die Gegenfrage muss lauten: Wie steht es bei diesem Erklärungsversuch mit der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie des Dritten? Als Antwort wird angeboten: Das Gesetz begnüge sich „mit dem potentiellen Einverständnis, das erst durch die ausdrückliche Zurückweisung des Dritten widerlegt wird“<sup>45</sup>. Man beruhigt sich also mit der gesetzlichen Befugnis des Dritten, den eingetretenen Forderungserwerb zurückweisen zu können (§ 333), obwohl hierdurch jeder Vertrag zu Rechten Dritter (§ 328 Abs 1) zunächst ein Vertrag zu Lasten des Dritten wird! Das wird nur dadurch mühsam verdeckt, dass der Zurückweisung „rückwirkende“ Kraft beigelegt wird (§ 333: „... gilt das Recht als nicht erworben“). Jede angebliche „Rückwirkung“ aber erweist sich bei näherem Zusehen als eine gesetzliche Fiktion, die aus methodischem Blickwinkel möglichst aufzulösen ist<sup>46</sup>. In Wahrheit sieht auch die herrschende Lehre sich genötigt, für den Forderungserwerb als solchen sich auf die zumindest stillschweigende **Annahme** des Dritten zu stützen. Das Erfordernis einer Annahme wird in der Regel dadurch zum Ausdruck gebracht, dass eine Zurückweisung des Dritten gemäß § 333 dann nicht mehr für möglich erachtet wird, „wenn er das Recht ausdrücklich oder durch schlüssige Handlung angenommen hat“. Die Annahme könne „in jeglichem Verhalten gesehen werden, aus dem auf ein Einverständnis des Dritten mit dem Erwerb des Rechts gefolgert werden darf“<sup>47</sup>. Bei genauem Zusehen ist also das Erfordernis einer Annahme (zumindest als Tatbestand, der die Zurückweisungsbefugnis des Dritten beendend) gar nicht umstritten, sondern nur die Frage, ob die Annahme des Dritten mit rechtsbegründender Kraft auch den Zeitpunkt des Forderungserwerbs bestimmt.

- 14** Der in erster Linie vom Willen der Vertragschließenden abhängig gemachte **Zeitpunkt**, in dem das **Recht des Dritten** entsteht, ist im Zweifel „sofort“ (vgl § 328 Abs 2). Insoweit geht die herrschende Lehre ohne Weiteres davon aus, dass mit „sofort“ allein das wirksame Zustandekommen des Vertrags zu Rechten Dritter gemeint sei; dann allerdings würde die Forderung des Dritten wohl oft „ohne seine Mitwirkung“ entstehen<sup>48</sup>. Das wird durch die häufige Fehlinterpretation des Merkmals „unmittelbar“<sup>49</sup> unterstützt. Die in § 328 Abs 2 vorgesehene Möglichkeit für die Vertragschließenden, den Zeitpunkt des Forderungserwerbs zu bestimmen, lässt sich aber auch so verstehen, dass die Forderung des Dritten „sofort“ *mit der Annahme* oder „nur unter gewissen Voraussetzungen“ *aufgrund einer Annahme* entstehen kann<sup>50</sup>. Der aufgrund einer Überinterpretation der sog Anwachstheorie<sup>51</sup> so formulierte § 333 ist berichtend im Sinne folgender Regelung auszulegen: „Der Dritte erwirbt das Recht aus dem Verträge, wenn er sein Einverständnis gegenüber dem Versprechenden erklärt“.

38 Vgl Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, S 266; Planck/Siber § 333 Bem 1.

39 Vgl die in Fn 30 Genannten.

40 Vgl dazu § 333 Rz 9 ff.

41 Vgl schon Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, S 266.

42 Vgl dazu iE Hadding, Festschr für Zajtay S 185, 193 ff; auch F Kirchhof, Private Rechtsetzung S 474: „Fiktion des § 333 BGB“.

43 Vgl oben Rz 10–12.

44 So Martens AcP 177 (1977), 113, 143; Staud/Jagmann Rz 44 vor § 328; MünchKomm/Gottwald § 328 Rz 1.

45 Martens AcP 177 (1977), 113, 143.

46 Vgl iE Hadding, Festschr für Zajtay S 185, 196 ff.

47 Vgl Staud<sup>12</sup>/Kaduk § 333 Rz 8; MünchKomm/Gottwald § 333 Rz 4 jeweils mNachw; Pal<sup>65</sup>/Heinrichs § 333 Bem 2.

48 Vgl auch Espenhain FamRZ 1983, 660, 662. Aber dies ist gerade die Frage! S dazu § 328 Rz 36.

49 Vgl Rz 9.

50 In den Fällen der § 331 Abs 1; VVG nF §§ 159 Abs 2, 185 entscheidet der Dritte mit der Annahme oder Zurückweisung darüber, ob der Forderungserwerb „mit dem Tode des Versprechensempfängers“ bzw „mit dem Eintritt des Versicherungsfalls“ geschehen ist oder nicht.

51 Vgl oben Rz 8 f.

Als **Ergebnis** hinsichtlich der rechtssystematischen Einordnung des Vertrags zu Rechten Dritter ist festzuhalten: Der Vertrag zu Rechten Dritter erzeugt zunächst zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger ein Schuldverhältnis. Dieses Schuldverhältnis kann Entstehungstatbestand für eine Forderung des Dritten gegen den Versprechenden sein, die auf die von den Vertragsschließenden vorgesehene Leistung gerichtet ist. Die Forderung auf die Leistung entsteht „unmittelbar“, dh ohne den Zwischenerwerb eines anderen, in der Person des Dritten, wenn eine Willenserklärung des Dritten, die sein Einverständnis kundgibt, als weiteres Tatbestandselement hinzutritt. Diese Willenserklärung des Dritten kann als „Annahme“ bezeichnet werden, weil sie den im Vertrag zu Rechten Dritter „angebotenen“ Forderungserwerb bewirkt. Die der freien Entscheidung des Dritten unterliegende Annahme hat rechtsbegründende (konstitutive) Wirkung für die Entstehung der Forderung. Der Forderungserwerb des Dritten ist also durch die Annahme aufschiebend bedingt (Potestativbedingung). Durch die Annahme wird der Dritte „Beteiligter“ des Schuldverhältnisses im weiteren Sinne. Durch eine „Zurückweisung“ des Dritten wird der mögliche Forderungserwerb abgelehnt. Die Zurückweisung enthält die verbindliche Erklärung, dass der Dritte den „angebotenen“ Forderungserwerb nicht „annehmen“ wird. Es wird klargestellt, dass der Dritte nicht Gläubiger der vorgesehenen Forderung gegen den Versprechenden wird. Der Dritte ist also weder in der Vergangenheit Forderungsinhaber gewesen (mangels „Annahme“), noch wird er in Zukunft Inhaber der vorgesehenen Forderung (infolge der „Zurückweisung“). Die „Zurückweisung“ hat somit eine Feststellungswirkung.

Die hier entwickelte Theorie des Vertrages zu Rechten Dritter beruht auf einer Verbindung der Anwachsungstheorie mit der Acceptationstheorie<sup>52</sup>, die ebenfalls vor dem Inkrafttreten des BGB vertreten worden ist. Die Überlegungen hierzu bauen nicht auf einer isolierten Betrachtung des § 328 auf, sondern gehen von § 333 aus, der das freiheitliche Grundanliegen zum Ausdruck bringt, dass niemandem ein Rechtserwerb durch einen fremden Vertragsschluss aufgedrängt werden kann. Die Auflösung der in § 333 enthaltenen Fiktion einer „Rückwirkung“, die kraft Gesetzes einer Zurückweisung des Forderungserwerbs beigelegt wird, führt zu einer zutreffenden Auslegung des § 328 im Sinne der gekennzeichneten Theorie: Der Dritte erwirbt die Forderung aus dem Vertrag zu Rechten Dritter „unmittelbar“, aber nicht ohne seine Mitwirkung, sondern erst durch seine „Annahme“ und dann „sofort“ oder „nur unter gewissen Voraussetzungen“.

### III. Andere Rechtsordnungen

**Schrifttum:** Z w e i g e r t / K ö t z , Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1996<sup>3</sup>, § 34 mNachw; Staud<sup>13</sup>/J a g m a n n , 2009, Vorbem zu §§ 328 ff Rz 14–22; R a a b , Der Vertrag zugunsten Dritter im deutschen und europäischen Recht in: Stelmach/R Schmidt (Hrsg.) Krakauer-Augsburger Rechtsstudien, 2004, S 163 ff. Zur Entwicklungsgeschichte in anderen Rechtsordnungen vgl die Beiträge in Schrage (Hrsg.), Jus quaesitum tertio, 2008.

1. **Schweiz.** Nach dem schweizerischen Obligationenrecht (OR) können der Versprechende und der Versprechensempfänger entweder vereinbaren, dass nur der Versprechensempfänger die Leistung an den Dritten verlangen kann (OR Art 112 Abs 1), oder den Vertrag mit dem Inhalt schließen, dass auch der begünstigte Dritte selbst die Leistung von dem Versprechenden fordern kann (OR Art 112 Abs 2). Im letzteren Fall ist es nicht erforderlich, dass der Dritte dem Vertrag beiträgt. Wenn nichts anderes verabredet ist, kann jedoch der Versprechensempfänger den Forderungserwerb des Dritten noch so lange widerrufen, als der Dritte seine Forderung noch nicht ausgeübt oder wenigstens erklärt hat, dass er das ihm verschaffte Forderungsrecht ausüben wolle. Unter den gleichen Voraussetzungen können der Versprechende und der Versprechensempfänger den Forderungserwerb des Dritten auch dadurch wieder beseitigen, dass sie den zwischen ihnen geschlossenen Vertrag aufheben (OR Art 112 Abs 3)<sup>53</sup>. Eine § 331 Abs 1 entsprechende Vorschrift fehlt.

2. **Österreich.** In das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) hat der Vertrag zu Rechten Dritter erst im Jahr 1916 Eingang gefunden. Nach ABGB § 881 Abs 1 kann der Versprechensempfänger, der sich die Leistung an einen Dritten hat versprechen lassen, selbst fordern, dass an den Dritten geleistet wird. Darüber hinaus eröffnet ABGB § 881 Abs 2 den Vertragsbeteiligten die Möglichkeit, dem Dritten unmittelbar das Recht zuzuwenden, vom Versprechenden die Leistung zu fordern. Der Dritte erwirbt dann die Forderung ohne sein Zutun und ohne sein Wissen, kann aber den Rechtserwerb zurückweisen, so dass das Recht als nicht erworben gilt (ABGB § 882 Abs 1). Weist der Dritte den Forderungserwerb nicht zurück, so ist sein Vermögen um diesen schuldrechtlichen Anspruch endgültig vermehrt<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Vgl. oben Rz 5, 6.

<sup>53</sup> Vgl. Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 1972<sup>6</sup>, S 165 ff; Hasse, Interessenkonflikte bei der Lebensversicherung zugunsten Dritter, 1981, S 10; eingehend Krauskopf, Der Vertrag zugunsten Dritter, 2000.

<sup>54</sup> Vgl. Spielbüchler, Der Dritte im Schuldverhältnis, 1973, S 15 ff; Mayrhofer, SchuldR Allg Teil, 1986 (Ehrenzweig, PrivatR<sup>3</sup>), § 29 f; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, Bd II<sup>13</sup>, 2007, S 141 ff.

- 18 3. **Frankreich.** Nach dem Wortlaut des französischen Code civil in den Art 1119 und 1121 ist ein Vertrag zugunsten Dritter (stipulation pour autrui) nur in zwei nicht sehr oft vorkommenden Fällen zulässig, wenn nämlich die Leistung an den Dritten die Bedingung für zwischen den Vertragsschließenden selbst vereinbarte Leistungen ist und wenn eine Schenkung unter einer Auflage stattfindet. In dieser Beschränkung wirkt die römischrechtliche Regelung „alteri stipulari nemo potest“ nach. Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts haben sich jedoch Rechtsprechung und Lehre über diese gesetzlichen Schranken hinweggesetzt. Angelehnt an den Wortlaut des Code civil Art 1121 wird aber auch gegenwärtig noch ein eigenes, wenn auch nur immaterielles Interesse des Versprechensempfängers an der Erfüllung des Leistungsversprechens durch den Versprechenden an den Dritten vorausgesetzt. Der Vertragsschluss zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger bewirkt unmittelbar den Rechtserwerb des Dritten (nicht als Rechtsnachfolger des Versprechensempfängers im Sinne der Zessionstheorie), allerdings unter dem Vorbehalt, dass der Versprechensempfänger die Zuwendung, dh den Forderungserwerb des Dritten, noch widerrufen kann, solange der Dritte noch nicht die Annahme erklärt hat (Acceptationstheorie!). Lehnt der Dritte ab, gibt er damit einen schon angefallenen Rechtserwerb auf. Hat der Versprechensempfänger ein eigenes rechtliches Interesse, dass an den Dritten geleistet wird, kann er selbst von dem Versprechenden die Erfüllung an den Dritten verlangen<sup>55</sup>.
- 19 4. **England.** Der Vertrag zugunsten Dritter in der Gestalt der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen war dem englischen Recht grundsätzlich unbekannt. Nur Lebensversicherungsverträge zugunsten des Ehegatten und der Kinder sind entsprechend gesetzlich geregelt. Anstelle des Vertrags zugunsten Dritter wurden die gleichen Aufgaben von der Rechtsfigur des **trust**, einer Art Treuhandverhältnis, wahrgenommen<sup>56</sup>. Nunmehr ist am 1.1.1999 der Contract (Rights of Third Parties) Act 1999 in Kraft getreten<sup>57</sup>.

**§ 328 Vertrag zugunsten Dritter**

- (1) **Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern.**
- (2) **In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob den Vertragsschließenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern.**

**Schrifttum:** Vgl die Angaben vor Rz 1 vor § 328; ferner neben den Kommentierungen zu § 328 die Lehrbücher zum SchuldR, insbesondere: *Heck*, SchuldR, 1929 (Neudruck 1974); *Kreß*, Allg SchuldR, 1929 (Neudruck 1974); *F Leonbard*, Allg SchuldR, 1929; *Enn/Lehmann*, SchuldR 1958<sup>15</sup>, §§ 34f; *A Blomeyer*, Allg SchuldR, 1969<sup>4</sup>, § 42; *E Wolf*, SchuldR II, 1978, § 18A; *Larenz*, SchuldR I, 1987<sup>14</sup>, § 17 I; *Esser/E Schmidt*, SchuldR I/2, 1993<sup>7</sup>, § 36; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, SchuldR I, 2005<sup>6</sup>; *Fikentscher/Heinemann*, SchuldR, 2006<sup>10</sup>, § 37.

ÜBERSICHT

<b>I. Grundlagen</b> . . . . .	1–30	<b>V. Einzelne Fälle</b> . . . . .	77–105
<b>II. Der Vertrag zu Rechten Dritter</b> . .	31–67	<b>VI. Verfügungen zu Rechten Dritter?</b> .	106–117
<b>III. Der einfache Vertrag zugunsten Dritter</b> . . . . .	68, 69	<b>VII. Verträge zu Lasten Dritter</b> . . . . .	118–122
<b>IV. Die Auslegungsregel gemäß § 328 Abs 2</b> . . . . .	70–76	<b>VIII. Verträge zu Rechten Dritter im öffentlichen Recht</b> . . . . .	123–125

55 Vgl Wahl, Vertragsansprüche Dritter im französischen Recht unter Vergleichung mit dem deutschen Recht, 1935, S 186; U Müller, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung u des Vertrages zugunsten Dritter, 1969, Fn 22; Ferid, Das französische Zivilrecht, Bd 1, 1971, 2 E 19 ff; Hager, Festschr für v Caemmerer, 1978, S 127, 141 mFn 56; Hasse, Interessenkonflikte zu der Lebensversicherung zugunsten Dritter S 12; Brockmann, Diss Bonn 1981; Zweigert/Kötz Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des PrivatR, 1984<sup>2</sup>, § 11 III. Zum **belgischen u niederländischen** Recht vgl F Sielemann, Diss Tübingen 1964.

56 Käser RabelsZ 21 (1956) 418; Hager, Festschr für v Caemmerer S 127, 137 Fn 37; eingehend Vogt, Ver-

träge zu Rechten Dritter, insbesondere auf den Todesfall, mit einem englischen Versprechensempfänger, 1999. Zum **US-amerikanischen Recht:** F Kessler, Festschr für Wahl S 81 ff; Hay, US-Amerikanisches Recht, 2000<sup>2</sup>, Rz 339 ff. Zum trust: Marwede, Rechtsnatur u Außenschutz des Trust u der Treuhand, Diss Bonn 1972.

57 Vgl dazu Peter, Verträge zugunsten Dritter im englischen u deutschen Recht unter Berücksichtigung des Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999, 2001; H-F Müller, Die Einführung des Vertrages zugunsten Dritter in das englische Recht, RabelsZ 67 (2003), 140.

I. Grundlagen

ÜBERSICHT

1. Die Arten vertraglicher Drittbegünstigung	3-10	3. Die Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten	16-21
a) Vertrag zu Rechten Dritter (§ 328 Abs 1)	4, 5	a) Deckungsverhältnis	17, 18
b) Einfacher Vertrag zugunsten Dritter	6, 7	b) Vollzugsverhältnis	19, 20
c) Allgemeine Auslegungsregel (§ 328 Abs 2)	8-10	c) Valutaverhältnis	21
2. Die Beteiligten des Versprechens der Leistung an einen Dritten	11-15	4. Abgrenzungen	22-30
a) Versprechender	12	a) Stellvertretung	23
b) Versprechensempfänger	13	b) Abtretung	24
c) Dritter	14, 15	c) Ermächtigung, Anweisung	25, 26
		d) Leistung eines Dritten oder durch einen Dritten	27, 28
		e) Benennung eines Dritten	29
		f) Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte	30

Ein Vertrag hat grundsätzlich nur den Inhalt, Rechtswirkungen zwischen den an ihm Beteiligten herbeizuführen. Denn jede Person ist ohne rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Autorisierung nur zuständig, über ihre eigenen Rechtsverhältnisse zu entscheiden. Ein schuldrechtlicher Vertrag begründet daher ein Schuldverhältnis grundsätzlich nur zwischen den Beteiligten, die ihn geschlossen haben. Ein Vertrag, der einen Dritten rechtlich belastet, insbesondere verpflichtet, ist unwirksam<sup>1</sup>. Ein **Vertrag**, der einen **Dritten rechtlich begünstigt**, insbesondere berechtigt, kann nur wirksam sein, wenn der Dritte den Rechtserwerb sich nicht „aufdrängen“ lassen muss. Der Dritte kann deshalb eine Forderung aus einem Vertrag, an dessen Abschluss er nicht beteiligt ist, nur erwerben, wenn er **inverstanden** ist. Nach herrschende Lehre<sup>2</sup> genügt gemäß § 328 Abs 1 das „potentielle Einverständnis“, von dem ausgegangen wird, wenn der Dritte den Forderungserwerb nicht zurückweist (§ 333). Der Forderungserwerb geschieht angeblich zunächst ohne Mitwirkung des Dritten. Die Zulässigkeit eines Vertrags zu Rechten Dritter (§ 328 Abs 1) ist aus diesem Blickwinkel eine Ausnahme vom sog Vertragsprinzip im Sinne von § 311 Abs. 1 aE. Außerdem ist man genötigt, einer Zurückweisung des Forderungserwerbs fiktiv „rückwirkende“ Kraft beizulegen<sup>3</sup>. Demgegenüber fügt der Vertrag zu Rechten Dritter sich dann rechtssystematisch zwanglos in die Reihe privatautonomer Regelungen ein, wenn man für den Forderungserwerb eine rechtsbegründende „Annahme“ des Dritten voraussetzt<sup>4</sup>.

Das „Versprechen der Leistung an einen Dritten“ ist in den §§ 328-335 nur knapp geregelt. Die Vorschriften dienen überwiegend einer Abgrenzung der verschiedenen Tatbestände. Auslegungsregeln und Vermutungen stehen im Vordergrund (vgl §§ 328 Abs 2, 329-332). Die Rechtswirkungen, die für die drei Beteiligten eintreten können, sind nur in beschränktem Umfang festgelegt (vgl §§ 328 Abs 1, 333-335).

1. **Die Arten vertraglicher Drittbegünstigung.** Das „Versprechen der Leistung an einen Dritten“ kann nach der Vorschrift des § 328 mit unterschiedlicher rechtlicher Tragweite vereinbart werden. Es ist möglich, dass „der Dritte unmittelbar das *Recht* erwirbt, die Leistung zu fordern“ (§ 328 Abs 1). Der **Dritte** wird hier **Inhaber der Forderung auf die Leistung** des Versprechenden, dh Gläubiger<sup>5</sup>. Das muss jedoch nicht so sein. „In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, *ob* der Dritte das *Recht* erwerben ... soll“ (§ 328 Abs 2). Das „Versprechen der Leistung an einen Dritten“ kann also auch mit dem Inhalt vereinbart werden, dass **der Dritte nicht Inhaber der Forderung auf die Leistung** des Versprechenden, dh Gläubiger, werden soll. Der Dritte ist dann hinsichtlich der Leistung des Versprechenden an ihn **nur empfangszuständig**<sup>6</sup>. Der Gläubiger ist hier der Versprechensempfänger als Beteiligter des Vertragsabschlusses. Zwischen diesen beiden rechtlichen Möglichkeiten haben die Vertragsschließenden gemäß § 328 Abs 2 eine **Skala von zulässigen Gestaltungen** in der Hand<sup>7</sup>, nämlich „ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen“ soll (Zeitpunkt oder Bedingung für den Forderungserwerb des Dritten) und „ob den Vertragsschließenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern“ (Vorbehalt der Befugnis zur Aufhebung oder Änderung).

a) **Vertrag zu Rechten Dritter (§ 328 Abs 1).** Das Gesetz hebt in § 328 Abs 1 aus den rechtlichen Möglichkeiten, die Begünstigung eines Dritten zu vereinbaren, den Tatbestand hervor, dass

1 Vgl unten Rz 118. 5 Vgl Rz 4.  
 2 Vgl nur Martens AcP 177 (1977), 113, 143. 6 Vgl Rz 6.  
 3 Vgl iE Rz 10ff vor § 328. 7 Vgl Rz 9f.  
 4 Vgl iE Rz 13ff vor § 328.

der Dritte „das Recht“ erwirbt, „die Leistung zu fordern“. Im Anschluss an *Konrad Hellwig*<sup>8</sup> hatte sich für den Tatbestand des § 328 Abs 1 weithin die Bezeichnung „berechtigender Vertrag zugunsten Dritter“ eingebürgert. Der Dritte wird hier selbst Inhaber der Forderung auf die vereinbarte Leistung des Versprechenden, dh Gläubiger des Rechts auf die (primäre) Leistung. Um diese Rechtslage deutlicher zu kennzeichnen, wird inzwischen häufig der Ausdruck „**Vertrag zu Rechten Dritter**“ verwandt<sup>9</sup>.

5 Im Vordergrund stehen in der Praxis die Fälle vertraglicher Drittberechtigung aus dem **privaten Versicherungsrecht**: Bei nahezu jeder Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung kommt neben der Eigenversicherung des Halters auch eine Fremdversicherung zugunsten des Fahrers und anderer Personen zustande (AKB § 10 Nr 2). Durch den Vertrag zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer erhalten die mitversicherten Personen einen selbständigen Deckungsanspruch; sie können von dem Versicherer verlangen, im Schadensfall von Haftpflichtansprüchen freigestellt zu werden, die ein Verletzter gegen sie erhebt (VVG nF § 44, BGB § 328 Abs 1)<sup>10</sup>. Ebenso wird bei anderen Versicherungen, insbesondere bei Lebensversicherungen (VVG nF §§ 150, 159f) und Aussteuerversicherungen, von vornherein oder später die Bezugsberechtigung eines Dritten vereinbart, der die Versicherungsleistung erhalten soll. Zu den Fällen aus dem Versicherungsrecht kommen noch die ebenfalls zahlreichen **Hofübergabeverträge** oder Regelungen der **Unternehmensnachfolge** hinzu, in denen **Abfindungsleistungen an Dritte** versprochen werden. Für solche Tatbestände enthält § 330 die Vermutung, dass der Dritte ein Forderungsrecht auf die vereinbarte Leistung erwerben soll. Hinzu treten die in der Praxis zunehmend wichtigen **Verträge zu Rechten Dritter auf den Todesfall** (§ 331 Abs 1), die insbesondere mit Kreditinstituten geschlossen werden, um einem Dritten außerhalb der Erbfolge das Guthaben auf einem Sparkonto oder die Wertpapiere in einem Depot im Zeitpunkt des Todes des Versprechensempfängers zuzuwenden. Verträge zur Rechten Dritter kommen also am häufigsten bei **Versorgungsregelungen mit Drittbegünstigungsklauseln** vor. Man darf jedoch nicht außer Acht lassen, dass auch **im Übrigen jeder schuldrechtliche Vertrag** mit der Abrede geschlossen werden kann, die den einen Beteiligten verpflichtet, die versprochene Leistung an einen forderungsberechtigten Dritten zu erbringen<sup>11</sup>.

6 b) **Einfacher Vertrag zugunsten Dritter**. Soll der **Dritte** nach dem erklärten Willen der Vertragschließenden oder nach den Umständen, insbesondere dem Zweck des Vertrags, keine Forderung auf die Leistung des Versprechenden erwerben, so werden allein die Vertragschließenden Gläubiger und Schuldner der Leistung. Für den Dritten ist hier nur die **Empfangszuständigkeit** hinsichtlich der Leistung des Versprechenden vereinbart<sup>12</sup>. Man spricht in diesem Fall von einem nur „ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter“<sup>13</sup>. Da freilich eine „Ermächtigung“ zum Empfang der Leistung auch eine „Berechtigung“ ist, ergibt diese Bezeichnung keinen klaren Gegensatz zum Tatbestand des § 328 Abs 1<sup>14</sup>. Es sollte deshalb dem „Vertrag zu Rechten Dritter“<sup>15</sup> der „**einfache Vertrag zugunsten Dritter**“ gegenübergestellt werden<sup>16</sup>.

7 Da der Dritte nur empfangszuständig wird, ergeben sich beim einfachen Vertrag zugunsten Dritter keine erheblichen Abweichungen von dem allgemeinen Tatbestand eines Schuldverhältnisses. Die Rechte und Pflichten als Gläubiger und Schuldner entstehen allein in den Personen der Vertragschließenden. Die für den Vertrag zu Rechten Dritter in den §§ 333–335 geregelten Rechtswirkungen treten hier nicht ein. Für den Tatbestand einer vereinbarten **Erfüllungsübernahme** enthält das Gesetz (§ 329) die Vermutung, dass der Gläubiger, dessen Forderung zu erfüllen der Versprechende gegenüber dem Schuldner übernimmt, als „Dritter“ im Zweifel kein Recht auf die Leistung des Versprechenden erwirbt. Auch sog **Patronatserklärungen** zugunsten eines sog Tochterunternehmens ergeben für dieses begünstigte Unternehmen keine Forderung auf Freistel-

8 Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, S 43; vgl zB Larenz, SchuldR § 17 I; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 20 I 1.

9 Vgl Hadding, Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter, 1970, S 9, anschließend an Leonhard, SchuldR I, § 168, S 349; ebenso inzwischen Hassold, Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis, 1981, S 242 ff; Esser/E Schmidt, SchuldR § 36 II. Ohne Aussagekraft u daher ungeeignet ist die Bezeichnung „echter Vertrag zugunsten Dritter“ (so zB noch BGH NJW 1972, 153; NJW 1983, 1543; Münch-Komm/Gottwald Rz 1); zustimmend Hassold aaO S 242.

10 Vgl BGHZ 49, 130, 133.

11 Vgl zum Anwendungsgebiet des Vertrags zu Rechten Dritter: Heck, SchuldR § 48, 2, S 143; Krefß, SchuldR § 25, 1 a und b, S 619 ff; Wesenberg, Verträge zugun-

ten Dritter, 1949, S 138; W Lorenz AcP 168 (1968), 286, 288–290; ders JuS 1968, 443, 445; F Peters AcP 173 (1973), 71, 75 Fn 24; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 20 I 2; ausführlich Bayer, Der Vertrag zugunsten Dritter S 129–182.

12 Vgl unten Rz 19.

13 Vgl zB Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte S 43; Larenz, SchuldR § 17 I, Canaris, Festschr für Larenz, 1973, S 799, 828 f; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 20 I 5 (auch mNachw zur Terminologie); Bayer, Der Vertrag zugunsten Dritter S 129 f, 220.

14 Vgl auch F Kirchhof, Private Rechtsetzung, 1987, S 474: „irreführende Etikettierung“.

15 Vgl oben Rz 4.

16 Ebenso Hassold, Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis S 243 f.