

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 584

# Die Gefährdung von Vertragspflichten

Unzumutbare Leistungsgefährdung  
im allgemeinen Schuldrecht

Von

Jonas Prüter



Duncker & Humblot · Berlin

JONAS PRÜTER

## Die Gefährdung von Vertragspflichten

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 584

# Die Gefährdung von Vertragspflichten

Unzumutbare Leistungsgefährdung  
im allgemeinen Schuldrecht

Von

Jonas Prüter



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf  
hat diese Arbeit im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

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.

D61

Alle Rechte vorbehalten  
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 0720-7387  
ISBN 978-3-428-19340-0 (Print)  
ISBN 978-3-428-59340-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,  
12165 Berlin, Germany | E-Mail: [info@duncker-humblot.de](mailto:info@duncker-humblot.de)  
Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Dieses Werk wurde am 4. April 2022 an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation vorgelegt. Auf diesem Stand befindet sich auch die verwendete Literatur. Die mündliche Prüfung erfolgte am 14.05.2024. Erstgutachter war Herr Prof. Looschelders. Das Zweitgutachten wurde von Herrn Prof. Feuerborn erstellt. Der Druck wurde dankenswerterweise ermöglicht durch einen großzügigen Druckkostenzuschuss des Freundeskreises der Düsseldorfer Juristischen Fakultät e.V.

Herzlich danken möchte ich an dieser Stelle meinem Doktorvater Herrn Prof. Looschelders für die exzellente Betreuung, die schnelle Korrektur der Arbeit sowie die schöne Zeit am Lehrstuhl, die maßgeblich mein Interesse an wissenschaftlicher Arbeit geweckt hat. Einen großen Anteil am Gelingen dieser Arbeit hatten auch meine Wegbegleiter am Lehrstuhl, mit denen man die (Arbeits-)Atmosphäre auf vielfältige Art und Weise auflockern und auch die unvermeidlichen Tiefen im Schaffensprozess erfolgreich durchschreiten konnte. Danke Martin, dass du meine Arbeit kritisch durchleuchtet hast.

Das Fundament dieser Arbeit ist jedoch meine Familie, die immer meinen Wissensdurst förderte, meine Argumentationsfreude bestärkte und mir immer ermöglichte, meinen eigenen Weg zu finden und zu beschreiten. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Düsseldorf, im August 2024

*Jonas Prüter*



# Inhaltsübersicht

## *1. Teil*

### **Einleitung** 21

§ 1 Rezeption der Rechtsfigur .....	22
§ 2 Untersuchungsgegenstand .....	36

## *2. Teil*

### **System- und Prinzipienbildung** 40

§ 1 Das äußere System .....	40
§ 2 Das innere System .....	41
§ 3 Besondere Gesichtspunkte bei der Systembildung .....	42

## *3. Teil*

### **Auszugleichende zivilrechtliche Prinzipien** 46

§ 1 Schuldrechtliche Prinzipien .....	46
§ 2 Weitere Prinzipien .....	57
§ 3 Zusammenfassung .....	63

## *4. Teil*

### **Rechtsinstitute** 64

§ 1 Rücktritt § 323 Abs. 4 BGB .....	64
§ 2 Unsicherheitseinrede § 321 BGB .....	170
§ 3 Kündigung aus wichtigem Grund § 314 BGB .....	201
§ 4 Störung der Geschäftsgrundlage § 313 BGB .....	211
§ 5 Gefährdung der Leistung im System der Leistungsstörungen .....	218
§ 6 Schadensersatz vor Fälligkeit .....	258

§ 7 Anfechtung von Willenserklärungen wegen Eigenschaftsirrums oder einer Täuschung hinsichtlich der gefährdeten Leistung .....	283
§ 8 Zivilprozess .....	287

*5. Teil*

<b>Das System der unzumutbaren Leistungsgefährdung</b>	290
§ 1 Leistungsgefährdung als Pflichtverletzung .....	290
§ 2 Unzumutbarkeit der Gefährdung .....	293
§ 3 Fallgruppen .....	295
§ 4 Rechtsfolgen .....	296
§ 5 Verbesserungspotenzial .....	299
§ 6 Fazit .....	300
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	302
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	315

# Inhaltsverzeichnis

## *1. Teil*

<b>Einleitung</b>	21
§ 1 Rezeption der Rechtsfigur	22
I. Römisches Recht	23
II. Gemeines Recht	25
III. Allgemeines Preußisches Landrecht	26
IV. Handelsgesetzbuch	27
V. Bürgerliches Gesetzbuch von 1896	28
1. Lange	29
2. Henssler	30
3. Huber	31
VI. Schuldrechtsreform	31
1. Rechtsprechung	32
2. Weidt	33
3. Schwarze	33
4. Galneder	35
§ 2 Untersuchungsgegenstand	36
I. Leitfrage	36
II. Erörterungspotenzial	36
1. Einordnung in die Systematik des Leistungsstörungenrechts	36
2. Rechtssicherheit durch Systembildung	37
3. Verhältnis zur Privatautonomie	38
4. Rechtliche Einordnung und Bewältigung des Zukunftswandels	38
III. Einengung der Problemstellung	39

## *2. Teil*

<b>System- und Prinzipienbildung</b>	40
§ 1 Das äußere System	40
§ 2 Das innere System	41

§ 3 Besondere Gesichtspunkte bei der Systembildung .....	42
I. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz .....	43
II. Normen außerhalb des bürgerlichen Rechts .....	43
III. Auf Einheitsrecht basierende Normen .....	44

### 3. Teil

#### **Auszugleichende zivilrechtliche Prinzipien** 46

§ 1 Schuldrechtliche Prinzipien .....	46
I. Treu und Glauben .....	46
1. Konkretisierungsfunktion .....	47
2. Schrankenfunktion .....	47
3. Kontroll- und Korrekturfunktion .....	48
II. Vertragstreue .....	48
1. Vertragsbindung .....	49
2. Grundsatz der Naturalerfüllung .....	50
3. Leistungstreue .....	51
III. <i>Clausula rebus sic stantibus</i> .....	52
IV. Vertragsäquivalenz .....	53
V. Synallagma .....	54
VI. Vertragliche Risikotragung .....	55
1. Risiko der Leistungsgefährdung und Leistungsgefahr .....	55
2. Vorleistungsrisiken .....	56
§ 2 Weitere Prinzipien .....	57
I. Insolvenzrechtliche Wertungen .....	57
II. Vertrauensschutz .....	58
III. Normative Prävention .....	59
IV. Verhältnismäßigkeit .....	60
V. Rechtssicherheit .....	61
VI. Unzumutbarkeitsprinzip .....	61
VII. Freiheitsrechtliche Perspektive .....	62
§ 3 Zusammenfassung .....	63

### 4. Teil

#### **Rechtsinstitute** 64

§ 1 Rücktritt § 323 Abs. 4 BGB .....	64
I. Geschichte .....	65

- II. Einordnung ..... 69
- III. Tatbestand ..... 70
  - 1. Eintritt der Rücktrittsvoraussetzungen ..... 71
    - a) Nichtleistung trotz Fälligkeit ..... 71
      - aa) Ausbleiben der Leistungshandlung oder des Leistungserfolgs bei Fälligkeit ..... 72
      - bb) Durchsetzbarkeit ..... 73
        - (1) § 320 BGB ..... 74
          - (a) Funktionen ..... 75
          - (b) Voraussetzungen der Einredeberechtigung ..... 76
          - (c) Vertragstreue des Einredeberechtigten ..... 77
          - (d) Auswirkung der fehlenden Vertragstreue ..... 83
          - (e) Fazit ..... 84
        - (2) § 321 BGB ..... 85
        - (3) § 273 BGB ..... 85
      - b) Schlechtleistung trotz Fälligkeit ..... 86
      - c) Drohende Unmöglichkeit ..... 88
        - aa) Normative Herleitung ..... 88
        - bb) Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB ..... 89
          - (1) Zeitweilige Unmöglichkeit ..... 90
          - (2) Anfängliche Unmöglichkeit ..... 91
        - cc) § 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB ..... 92
        - dd) Einwendung nach § 326 Abs. 1 BGB ..... 93
      - d) Verletzung einer Pflicht i. S. v. § 241 Abs. 2 BGB ..... 94
      - e) Vertragliche Rücktrittsrechte ..... 94
      - f) Hypothetische Fristsetzung ..... 95
      - g) Fristsetzung als Rücktrittsvoraussetzung ..... 97
      - h) Kein Ausschluss des Rücktritts ..... 97
        - aa) Ausschluss nach § 323 Abs. 5 BGB ..... 98
          - (1) Satz 1 Gefahr der teilweisen Nichterfüllung ..... 99
          - (2) Satz 2 Gefahr der unerheblichen Pflichtverletzung ..... 100
            - (a) Mögliche Nacherfüllung ..... 101
            - (b) Unmögliche Nacherfüllung ..... 101
          - (3) Fazit ..... 102
        - bb) Ausschluss nach § 323 Abs. 6 BGB ..... 103
          - (1) Alt. 1 Überwiegende Verantwortlichkeit des Gläubigers ..... 103
            - (a) Bezugspunkt ..... 103
            - (b) Ausgestaltung ..... 105
          - (2) Alt. 2 Annahmeverzug ..... 107
        - cc) Ausschluss wegen fehlender Vertragstreue des Gläubigers ..... 107

2. Unzumutbarkeit .....	109
3. Vor Fälligkeit .....	112
4. Offensichtlichkeit .....	114
a) Allgemeiner Sprachgebrauch .....	115
b) Erforderliche Wahrscheinlichkeit .....	116
aa) Berücksichtigung des CISG .....	116
bb) Systematische Bezüge im BGB .....	117
(1) Begrenzung nach oben .....	117
(2) Begrenzung nach unten .....	117
(a) Vergleich zu § 321 BGB .....	118
(b) Prognosestatbestände im BGB .....	119
c) Prognoserahmen .....	120
aa) Prognoseperspektive .....	120
bb) Substanz der Prognose .....	121
(1) Allgemeine Erwägungen .....	122
(2) Besondere Arten der Prognosesubstantiierung .....	122
(a) Scoring Verfahren .....	123
(b) Forderungswert .....	124
cc) Maßgeblicher Zeitpunkt .....	124
d) Auswirkungen einer falschen Prognose .....	125
5. Fehlende Offensichtlichkeit .....	126
a) Fristsetzungsmechanismus zur Vornahme von Vorbereitungshandlungen .....	126
b) Fristsetzungsmechanismus zur Klärung der Leistungsbereitschaft und -fähigkeit .....	128
aa) Begründungsansätze zur Übertragbarkeit der alten Rechtsprechung .....	128
bb) Recht zur Erklärungsaufforderung .....	130
cc) Auskunftsobliegenheit .....	131
(1) Verdacht einer Vertragsverletzung .....	132
(2) Informationelle Notlage .....	133
(3) Zumutbarkeit der Auskunftserteilung .....	134
(4) Rechtsfolgen .....	135
c) Ergebnis .....	136
6. Fallgruppen .....	137
a) Erfüllungsverweigerung .....	137
aa) Entwicklung .....	137
bb) Dogmatik .....	139
(1) Gleichlauf vor und nach Fälligkeit .....	139
(2) Erfüllungsverweigerung als Prognosegrundlage .....	141

cc) Ausgestaltung .....	142
(1) Weigerung .....	142
(a) Mitteilung über fehlende Leistungsfähigkeit .....	143
(b) Konkludente Erfüllungsverweigerung .....	144
(c) Berechtigung .....	145
(2) Rücknahme einer Erfüllungsverweigerung .....	146
(3) Endgültig- und Ernstlichkeit .....	147
(a) Erfüllungsverweigerung unter Verweis auf fehlende Vertrags- treue des Gläubigers .....	148
(b) Erfüllungsbereitschaft unter Modifizierungsvorbehalt .....	149
(c) Irrtümliche Erfüllungsverweigerung .....	151
(d) Potenzielle Rücknahme .....	152
dd) Ergebnis .....	154
b) Unterbleibende Leistungsvorbereitung .....	155
c) Mangelhafte Vorfälligkeitsleistung .....	155
aa) Kaufvertrag .....	156
bb) Werkvertrag .....	156
d) Sukzessivlieferungsverträge .....	157
e) Dauerschuldverhältnisse .....	158
f) Insolvenz .....	158
aa) Offensichtlich drohendes Insolvenzverfahren .....	159
(1) Auswirkungen auf Tatbestandsebene .....	159
(a) Eröffnung des Insolvenzverfahrens .....	160
(b) Wahlrecht des Insolvenzverwalters .....	160
(c) Insolvenzzrechtliche Abwicklung .....	162
(2) Insolvenzzrechtliche Einschränkungen .....	163
(a) Wahlrecht nach § 103 InsO .....	164
(b) Sperrwirkung von § 119 InsO .....	165
(c) Einschränkung der Gläubigerrechte nach § 112 InsO .....	166
bb) Eröffnung des Insolvenzverfahrens .....	166
cc) Sperrwirkung des 103 InsO bei Auskunftsverlangen .....	167
g) Sozialkatastrophen .....	168
h) Vermögensverschlechterung .....	168
7. Zusammenfassung .....	169
IV. Rechtsfolgen .....	169
V. Ergebnis .....	170
§ 2 Unsicherheitseinrede § 321 BGB .....	170
I. Geschichte .....	171
II. Einordnung .....	172

III. Voraussetzungen	174
1. Gegenseitiger Vertrag	175
2. Vorleistungspflicht	175
a) Gegenseitigkeitsverhältnis zur gefährdeten Leistung	175
b) Bestehen der Vorleistungspflicht zum Zeitpunkt der Einrede	176
c) Andere Vorbereitungshandlungen	177
3. Gefährdung des Anspruchs auf Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit	179
a) Mangelnde Leistungsfähigkeit	180
aa) Vermögensverschlechterung	181
bb) Insolvenz	182
b) Mangelnder Leistungswille	183
c) Gefährdung des Anspruchs	186
aa) Drohende endgültige Nichterfüllung	186
bb) Drohende Schlechtleistung	188
4. Erkennbarkeit der Gefährdung	188
5. Eigene Vertragstreue	190
IV. Rechtsfolgen	191
1. Leistungsverweigerungsrecht	191
a) Partielle Rückkehr zu § 320 BGB	191
b) Auswirkungen offensichtlicher Gefährdungen	193
c) Ausschluss des Schuldnerverzugs	194
2. Rücktrittsrecht	197
a) Angemessene Fristsetzung	197
b) Abhängigkeit von der Einredoberechtigung	198
3. Anhalterecht	199
4. Ersatz von Mehrkosten	199
V. Ergebnis	200
§ 3 Kündigung aus wichtigem Grund § 314 BGB	201
I. Dauerschuldverhältnis	201
II. Verhältnis zu § 323 Abs. 4 BGB	202
III. Pflichtverletzung als Kündigungsgrund	203
IV. Insolvenzbezogene Kündigungsgründe	204
1. Drohende Insolvenz	204
2. Insolvenz als Kündigungsgrund	204
V. Besondere Vertragsverhältnisse	206
1. Handelsvertreter	206
2. Arbeitsrecht	207
3. Darlehens- und Anleihenrecht	207
4. Werkvertrag	209

- VI. Ergebnis ..... 210
- § 4 Störung der Geschäftsgrundlage § 313 BGB ..... 211
  - I. Einordnung ..... 211
  - II. Stellung im Leistungsstörungenrecht ..... 213
  - III. Leistungsgefährdung als Geschäftsgrundlagenstörung ..... 214
    - 1. Begriff der Geschäftsgrundlage ..... 214
    - 2. Leistungsfähigkeit und Leistungswille als Geschäftsgrundlage ..... 214
    - 3. Vertragliche Risikotragung ..... 216
    - 4. Gesetzliche Risikotragung ..... 216
  - IV. Ergebnis ..... 218
- § 5 Gefährdung der Leistung im System der Leistungsstörungen ..... 218
  - I. Arten der Leistungsstörung ..... 219
    - 1. Die Pflichtverletzung ..... 220
      - a) Überführung der positiven Forderungsverletzung in die Pflichtverletzung ..... 220
      - b) Kein pflichtenfreier Raum vor Fälligkeit einer Leistungspflicht ..... 221
      - c) Aufspaltung in pflichtenfreien Teil ..... 222
      - d) Dynamische Pflichtverletzung ..... 223
      - e) Konkretisierbarkeit der Pflicht ..... 223
    - 2. Obliegenheiten ..... 224
    - 3. Störungstatbestände sui generis ..... 226
      - a) Allgemein ..... 226
      - b) Annexkonzeption ..... 226
  - II. Pflichtenkategorien des Schuldrechts ..... 227
    - 1. Leistungspflichten ..... 227
    - 2. Rücksichtnahmepflichten ..... 229
    - 3. Abschließender Charakter des § 241 BGB ..... 231
    - 4. Abgrenzung der verschiedenen Pflichtenkategorien ..... 232
      - a) Klagbarkeit ..... 233
      - b) Zielsetzung der Pflicht ..... 234
      - c) Zeitpunkt der Pflichtenfixierung ..... 235
      - d) Rechtsfolgenbetrachtung ..... 236
        - aa) Leistungspflicht ..... 237
          - (1) Fristsetzung ..... 237
          - (2) Schuldnerverzug ..... 238
          - (3) Gläubigerverzug ..... 240
          - (4) Klagbarkeit ..... 241
          - (5) Zwischenfazit ..... 241
        - bb) Rücksichtnahmepflicht ..... 241
          - (1) Unzumutbarkeit ..... 241
          - (2) Vorvertragliche Pflichten ..... 244

5. Verortung der Leistungsgefährdung .....	244
III. Gefährdung von (Leistungs-)Pflichten als Rücksichtnahmepflichtverletzung ...	245
1. Gefährdung der Leistung als Leistungstreuepflichtverletzung .....	245
a) Erfolgsbezogene Leistungstreuepflicht .....	246
aa) Offensichtliche Gefährdung .....	246
bb) Einfache Gefährdung .....	248
b) Verhaltensbezogene Leistungstreuepflicht .....	249
c) Zeitlicher Umfang .....	251
aa) Vorvertraglicher Bereich .....	251
bb) Nach Vertragsschluss .....	251
cc) Nach Fälligkeit .....	252
dd) Nach Leistungsabwicklung .....	252
2. Gefährdung des Integritätsinteresses .....	253
3. Pflicht zur Erhaltung der persönlichen Leistungsfähigkeit .....	254
4. Vertrauen in Leistungswillen und -fähigkeit .....	255
5. Informationspflichten .....	256
a) Auskunftsbliegenheit .....	256
b) Aufklärungspflicht .....	257
IV. Ergebnis .....	257
§ 6 Schadensersatz vor Fälligkeit .....	258
I. Rechtslage vor dem SchuldRModG .....	258
II. Rechtslage nach der Schuldrechtsreform .....	258
1. Kein Schadensersatz vor Fälligkeit .....	259
2. §§ 280 Abs. 3, 281 BGB .....	260
a) Direkte Anwendbarkeit .....	260
b) Analoge Anwendbarkeit .....	261
3. §§ 280 Abs. 3, 282 BGB .....	262
III. Schadensersatz bei Leistungstreuepflichtverletzung .....	263
1. Pflichtverletzung .....	263
2. Vertretenmüssen .....	264
a) Bezugspunkt .....	264
b) Ausgestaltung .....	265
aa) Erfüllungsverweigerung .....	265
bb) Anderweitige Gefährdungsursachen .....	266
3. Unzumutbarkeit .....	267
a) Bestehende Gefährdungslage .....	267
b) Vertretenmüssen bei Fälligkeit .....	268
c) Prognostizierbare Ausübungsschranken .....	268
d) Gefährdete einseitige Leistungspflicht .....	269
e) Anderweitige Sicherung der Leistung .....	269

4. Schaden . . . . .	270
a) Statt der Leistung . . . . .	270
aa) Differenzmethode . . . . .	270
bb) Surrogationsmethode . . . . .	271
cc) Schadensberechnung . . . . .	272
(1) Abstrakte Schadensberechnung . . . . .	272
(2) Konkrete Schadensberechnung . . . . .	273
b) Neben der Leistung . . . . .	275
aa) Unterstützung des Schuldners . . . . .	275
(1) Abgrenzung zum Deckungsgeschäft . . . . .	276
(2) Zurechnung . . . . .	277
bb) Vorhaltekosten . . . . .	277
5. Mitverschulden . . . . .	278
a) Gefährdungsverursachung . . . . .	278
b) Warnobliegenheit . . . . .	279
c) Zeitpunkt des Schadensersatzverlangens . . . . .	280
d) Deckungsgeschäft . . . . .	282
IV. Ergebnis . . . . .	283
§ 7 Anfechtung von Willenserklärungen wegen Eigenschaftsirrums oder einer Täuschung hinsichtlich der gefährdeten Leistung . . . . .	283
I. Eigenschaftsirrtum § 119 Abs. 2 BGB . . . . .	284
II. Arglistige Täuschung § 123 BGB . . . . .	286
§ 8 Zivilprozess . . . . .	287
I. Zivilprozessuale Institute . . . . .	287
II. Beeinflussung der materiellrechtlichen Systembildung . . . . .	289

*5. Teil*

<b>Das System der unzumutbaren Leistungsgefährdung</b> . . . . .	290
§ 1 Leistungsgefährdung als Pflichtverletzung . . . . .	290
I. Leistungspflichtverletzung . . . . .	290
II. Offensichtlichkeit . . . . .	291
1. Prognoseergebnis . . . . .	292
2. Prognoseverfahren . . . . .	292
§ 2 Unzumutbarkeit der Gefährdung . . . . .	293
I. Erfordernis eines Unzumutbarkeitskriteriums . . . . .	293
II. Gesetzliche Ausgestaltung . . . . .	293
III. Vorhersehbarkeit . . . . .	294
IV. Sicherungsmöglichkeiten . . . . .	295

§ 3 Fallgruppen .....	295
§ 4 Rechtsfolgen .....	296
I. Rücktritt .....	296
II. Leistungsverweigerungsrecht .....	296
III. Auskunftspflicht .....	297
IV. Schadensersatzanspruch .....	298
V. Risiko der Fehlprognose .....	299
§ 5 Verbesserungspotenzial .....	299
§ 6 Fazit .....	300
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>302</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>315</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ALR	Allgemeines Preußisches Landrecht
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BAG	Bundesarbeitsgericht
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. V. m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe (litera)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	Principles for international commercial contracts

RG	Reichsgericht
Rn.	Randnummer
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
S.	Seite
StaRUG	Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WKRL	Warenkaufrichtlinie
z. B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung

Das Abkürzungsverzeichnis beinhaltet die wichtigsten, in dieser Arbeit verwendeten Abkürzungen. Im Übrigen wird verwiesen auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, Berlin 2018.

## 1. Teil

# Einleitung

„*Contracter c'est prévoir*. Der Vertrag ist gefährlich und soll gefährlich sein“.<sup>1</sup> Im Vergleich zu den gegenüber jedermann absolut geschützten Rechtsgütern führt die schuldrechtliche Sonderverbindung zwangsläufig zu einer erhöhten Gefahranfälligkeit der beiderseitigen Interessen.<sup>2</sup> Dies resultiert schon daraus, dass ein Versprechen auf subjektiven Vorstellungen und Erwartungen beruht.<sup>3</sup> Im Idealfall werden diese Annahmen nicht enttäuscht. Doch erst im Konfliktfall zeigt sich, ob die von den Vertragsparteien oder dem Gesetzgeber gesetzten Regeln sich dazu eignen, den Konflikt zu lösen. Diese Perspektive auf den Konflikt muss zum einen der Gesetzgeber bei der Kodifikation zivilrechtlicher Normen einnehmen. Aber auch die Rechtswissenschaft ist zum Pessimismus gezwungen, wenn sie durch Rechtsfortbildung, Auslegung und Rezeption einen Erkenntnisgewinn von praktischem Wert erzielen will. Dies erklärt die hohe Relevanz des Leistungsstörungenrechts im bürgerlichen Recht. Mit der Schuldrechtsreform von 2002 wurde eine in dieser Form einmalige Neuordnung des Leistungsstörungenrechts und damit auch eines Grundpfeilers des BGB vollzogen. In der vergangenen Zeit mögen die meisten durch diese Neuordnung verursachten Verwerfungen wieder von der Rechtsprechung und den Stimmen in der Literatur geglättet worden sein. Das Hinterfragen und Weiterentwickeln des Leistungsstörungenrechts stellt jedoch keine abschließbare Aufgabe dar, sondern ist vielmehr ein stetiger Prozess. Denn genauso wie sich die gesellschaftliche Realität kontinuierlich weiterentwickelt, muss das Recht in der Lage sein, auf solche Entwicklungen adäquat zu reagieren.

Das Leistungsstörungenrecht hat nach der Schuldrechtsreform als zentralen Anknüpfungspunkt den (Sammel-)Begriff der Pflichtverletzung etabliert. Sowohl Störungen des Äquivalenzinteresses als auch des Integritätsinteresses fallen unter diesen in § 280 Abs. 1 BGB genannten Begriff. Der Gesetzgeber hat jedoch im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung 2001 mit § 321 BGB und § 323 Abs. 4 BGB zwei Rechtsinstitute nach Vorbild des CISG geschaffen bzw. richterliche Lückenfüllung positiv rechtlich normiert, die auf den zukünftigen Eintritt einer Leistungspflichtverletzung Bezug nehmen. Auch andere Rechtsinstitute, wie die Kündigung aus wichtigem Grund (§ 314 BGB) und die Störung der Geschäftsgrundlage

---

<sup>1</sup> *Kegel*, in: Verhandlungen des Vierzigsten Deutschen Juristentages, 1953, S. 135 (200).

<sup>2</sup> So schon *Esser/Schmidt*, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, § 3 S. 27.

<sup>3</sup> *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 12.

(§ 313 BGB) lassen Raum, schon an die Gefahr bestimmter Pflichtverletzungen leistungsstörungsrechtliche Folgen zu knüpfen.

Im Gegensatz dazu wurde im Rahmen der Schuldrechtsreform der von der Rechtsprechung aus der Rechtsfigur der positiven Vertragsverletzung entwickelte Schadensersatz statt der Leistung vor Fälligkeit nicht mittels einer mit § 323 Abs. 4 BGB vergleichbaren Regelung in das positive Recht überführt. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob den anderen Regelungen ein gemeinsamer normativer Gehalt innewohnt, der es rechtfertigen kann, etwaige durch die Schuldrechtsreform geschaffene Lücken zu schließen. Hierbei ist auch kritisch zu hinterfragen, wie ein solches neues Leistungsstörungselement mit den klassischen Kategorien des Leistungsstörungsrechts in Verhältnis zu setzen wäre, ohne dabei die bestehenden anerkannten gesetzlichen Wertungen zu verwässern oder gar Rechtsunsicherheit zu fördern. Es bietet sich zudem die Chance, Wertungsunterschiede zwischen den bestehenden Rechtsinstituten zu beseitigen und das Recht somit letztlich besser an die Bedürfnisse seiner Akteure anzupassen.

Der Themenkomplex wird in der Literatur unter verschiedenen Begriffen erörtert. Hierzu gehören die Begriffe der unzumutbaren bzw. ernsthaften Leistungsgefährdung<sup>4</sup>, Erfüllungsgefährdung<sup>5</sup>, Anspruchsgefährdung<sup>6</sup>, antizipierter Vertragsbruch<sup>7</sup>, antizipierte Nichterfüllung<sup>8</sup> oder Vertragsgefährdung<sup>9</sup>. So vielfältig wie die Bezeichnungen sind auch die Tragweite und Schlussfolgerungen, die mit diesen Begriffen verbunden werden. Diese Arbeit soll den Versuch einer Systematisierung und Klarstellung vornehmen. Ziel ist es, festzustellen, ob dem BGB ein leistungsstörungsrechtliches Prinzip innewohnt, welches auf die Gefahr einer Pflichtverletzung abstellt. In diesem Fall muss die abstrakte Hülle noch mit Leben in Form von Unterprinzipien gefüllt werden. Anschließend ist zu ergründen, ob und wie sich mit diesen Wertungen konkrete Abgrenzungsprobleme lösen und Regelungslücken schließen lassen.

## § 1 Rezeption der Rechtsfigur

Zunächst soll dargestellt werden, inwiefern sich die Rechtswissenschaft und die Rechtsprechung im römisch-germanischen bzw. deutschen Rechtskreis mit dem Themenkomplex befasst haben.<sup>10</sup> Angesichts der Fülle an leistungsstörungsrecht-

<sup>4</sup> *Looschelders*, in: BeckOGK BGB, § 323 BGB Rn. 231.

<sup>5</sup> BGHZ 193, 315 = NJW 2012, 3714.

<sup>6</sup> *Schmidt*, in: BeckOK BGB, § 321 Rn. 14.

<sup>7</sup> *Weidt*, Antizipierter Vertragsbruch, S. 106.

<sup>8</sup> *P. Huber*, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, S. 76.

<sup>9</sup> *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 241 BGB Rn. 53.

<sup>10</sup> Zu den Schwierigkeiten der Darstellung einer bisher unbekanntenen Rechtsfigur ferner *Köbler*, Die „*clausula rebus sic stantibus*“ als allgemeiner Rechtsgrundsatz, S. 26 f.

lichen Rechtsinstituten sollen sich die folgenden Ausführungen auf die Themengebiete beschränken, bei denen explizit die Gefahr der Rechts- oder Vertragsverletzung das prägende Element darstellt. Ferner soll die Entwicklung von Leistungsstörungsrechten dargestellt werden, die schon vor der Leistungszeit greifen. Maßgeblich ist dabei, dass dem Gläubiger ein Mehr an Rechten gewährt wird, ohne dass das ursächliche Ereignis oder Umstand tatsächlich eingetreten ist. Von besonderer Bedeutung ist dabei, dass der Bewertung immer eine Prognose innewohnt. Diese Charakteristika können so ausdrücklich in den betreffenden Normen geregelt sein. Es besteht jedoch auch die Möglichkeit, dass diese Elemente sich in weiter ausgestalteten Tatbestandsmerkmalen finden lassen, sodass die Suche nach dem Wort „Gefahr“ und „Prognose“ zu kurz greifen würde.

Eine der wichtigsten Fallgruppen stellt hierbei die *Erfüllungsverweigerung* dar. In diesem Kontext kann der Begriff des *Vertragsbruchs* relevant werden. Doch auch die *clausula rebus sic stantibus* und die von ihr geprägten Rechtsinstitute lassen eine Bezugnahme auf die Gefahr von Rechts- oder Vertragsverletzungen zu und müssen deswegen in ihrer Entwicklung im Rahmen dieser Darstellung beachtet werden. Beim Fehlen expliziter Tatbestandsmerkmale lohnt es sich also auch, Generalklauseln unter dem Gesichtspunkt der Leistungsgefährdung in den Blick zu nehmen. So lässt sich wohl kein Rechtsinstitut im Leistungsstörungsrecht darstellen, ohne sich dabei mit dem Grundsatz von Treu und Glauben auseinanderzusetzen. Im Übrigen gebietet auch die mangelnde Übertragbarkeit der heutigen Systembegriffe auf das historische Recht, beim Blick in die Vergangenheit keine Scheuklappen zu tragen.

## I. Römisches Recht

Bei der Betrachtung des römischen Rechts stellt sich die Schwierigkeit, dass sich das überlieferte Wissen größtenteils auf das spätere klassische Recht beschränkt und von einer vollständigen Durchdringung der Materie deshalb nicht gesprochen werden kann.<sup>11</sup> Gleichwohl lohnt der Blick in die Vergangenheit, da sich schon hier Gedankenansätze finden lassen, welche noch heute unser Rechtssystem beeinflussen und teilweise sogar maßgeblich geprägt haben. Der Fokus der Analyse liegt damit jedoch zwangsläufig auf dem spätclassischen Privatrecht und steht aufgrund der lückenhaften Primärquellen unter dem Vorbehalt der Unvollständigkeit.<sup>12</sup> Das klassische Recht stellte kein in sich geschlossenes System dar, sodass auch im allgemeinen Schuldrecht nicht vorschnell Verallgemeinerungen und Definitionen aus

---

<sup>11</sup> Waldstein/Rainer, Römische Rechtsgeschichte, S. 128, 225; allgemein zur Problematik im Umgang mit den Erkenntnisquellen des römischen Rechts Schwind, Römisches Recht, S. 1 ff.

<sup>12</sup> Die eigentliche Entwicklung des klassischen Rechts wird jedoch in den letzten beiden Jahrhunderten der Republik gesehen, so Waldstein/Rainer, Römische Rechtsgeschichte, S. 128.