

Korla Karadas

Die Vorleistungspflicht im Leistungsstörungenrecht

Eine Untersuchung der Einflüsse des
Vor-/Nachleistungsverhältnisses auf die Voraussetzungen
und Rechtsfolgen von Leistungsstörungen



Nomos

Studien zum Zivilrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Universität Köln

Prof. Dr. Christian Berger, Universität Leipzig

Prof. Dr. Florian Faust, Bucerius Law School, Hamburg

Band 36

Korla Karadas

Die Vorleistungspflicht im Leistungsstörungenrecht

Eine Untersuchung der Einflüsse des
Vor-/Nachleistungsverhältnisses auf die Voraussetzungen
und Rechtsfolgen von Leistungsstörungen



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Hannover, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6840-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-0939-2 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit diene nie dem Zweck, juristisches Neuland zu betreten. Die in ihr aufgeworfenen Probleme und Fragen sind solche, die sich in dieser oder ähnlicher Form stellen, seitdem das BGB existiert, auch wenn die vor nunmehr bald 20 Jahren in Kraft getretene, und damit auch nicht mehr „neue“, Schuldrechtsreform die eine oder andere Frage in einem etwas anderen Gewand präsentieren mag als zuvor. Möglicherweise zeigt sie aber, dass auch in vermeintlich gut erkundeten Gebieten immer noch neue Erkenntnisse und die eine oder andere dogmatische Weiterentwicklung möglich sind.

Juristische Sachverhalte, etablierte Leitprinzipien und eine denklogische Herangehensweise ergeben in der juristischen Geisteswissenschaft ein enorm komplexes Geflecht, welches eine unerschöpfliche Menge von Schlüssen zulässt. Ich hoffe, dass dieses Werk einige überzeugende Schlüsse zu präsentieren vermag und dabei hilft, die untersuchten Felder in einer nachvollziehbaren und möglichst umfassenden Weise zu durchleuchten.

Auch wenn ich dem Rechtsgebiet nicht treu geblieben bin und mich nunmehr in der nüchtern pragmatischen Welt der Strafrechtspraxis bewege, wird mir das Zivilrecht mit seiner charmanten Plausibilität und seinen fast schon naturwissenschaftlich logischen Prinzipien immer besonders sympathisch bleiben.

Die Arbeit wurde 2019/2020 an der juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover als Promotionsschrift zugelassen. Ich danke meinem Doktorvater Prof. Dr. Roland Schwarze, den zahlreichen Kolleginnen und Kollegen mit ihren Ratschläge und Diskussionen, sowie meiner Familie, insbesondere meiner Mutter, dafür, dass sie mich während der Zeit ihrer Entstehung jederzeit unterstützt haben. Ich verbleibe in der Hoffnung, dass das Werk dem einen oder anderen Leser in seinem Studium und Verständnis des Zivilrechts ein wenig nützen mag.

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1: Einleitung	15
Kapitel 2: Begriff, Tatbestand und Begründung der Vorleistungspflicht	18
A) Voraussetzungen der Vorleistungspflicht	18
I) Erste Voraussetzung: Zeitversetzte Fälligkeit	19
II) Zweite Voraussetzung: (Echte) Leistungspflichten	21
III) Dritte Voraussetzung: Verknüpfung mit einer Nachleistung	22
IV) Das Vor-/Nachleistungsverhältnis	25
V) Weitere Voraussetzungen ?	25
VI) Fazit zu den Voraussetzungen	30
B) Wirkung des Vor-/Nachleistungsverhältnisses auf das Schuldverhältnis	31
I) Leistungs- und Gegenleistungspflicht	31
1) Unbeständige Vorleistungspflichten	31
2) Beständige Vorleistungspflichten	34
a) Merkmale	34
b) Begriff des Bewirkens	35
3) Überlegungen zum Regelfall	37
4) Rechtsdogmatische Einordnung	37
II) Schutz- und Rücksichtnahmepflichten	42
1) Sicherungspflichten	42
2) Aufklärungspflichten bei Vertragsverhandlungen	43
a) Aufklärungspflicht über die allgemeinen Risiken der Vorleistungspflicht	45
b) Aufklärungspflicht über die Vermögensverhältnisse	47
3) Aufklärungspflicht während der Vertragsdauer	48
III) Fixschulden und Dauerschuldverhältnisse	49
IV) Die konditionelle Verknüpfung	51
V) Vorleistungspflicht und Kreditgewährung	53
C) Regelung von Vorleistungspflichten	54
I) Durch Vertrag	55
1) Dienstvertrag	55

2) Werkvertrag	56
3) Mietvertrag	59
4) Pacht	60
5) Verwahrung	61
6) Darlehen	61
7) Auslobung	62
8) Vorleistungspflichten außerhalb des BGB	62
9) Zusammenfassung	63
II) Durch Gesetz	63
III) Durch Parteivereinbarung	65
1) Individualvereinbarungen	65
2) AGB	68
a) Kein gesetzliches Leitbild	68
b) Gesetzliches Leitbild	69
Kapitel 3: Leistungsverzögerungen	71
A) Verzögerung der Vorleistung	71
I) Ungestörte Ausgangslage	71
II) Wiederaufleben des § 320 BGB nach Leistungsverzögerung?	73
1) Beständige Vorleistungspflichten	73
2) Unbeständige Vorleistungspflichten	74
a) Auswirkungen auf die Einredewirkung des § 320 BGB	75
aa) Position der Praxis	75
bb) Position der Rechtswissenschaft	77
cc) Auswirkungen	78
dd) Angemessenheit der Rechtsfolgen	81
ee) Schutzbedürftigkeit des Nachleistungspflichtigen	84
b) Auswirkungen auf die verzugs hemmende Wirkung des § 320 BGB	86
aa) Hintergrund	87
bb) Schutzbedürftigkeit	91
c) Auswirkungen subjektiver Vorwerfbarkeit	92
d) Fazit	93
III) Zurückbehaltungsrecht und Schuldnerverzug des Nachleistungspflichtigen	96

B) Verzögerung der Nachleistung	97
I) Ausgangslage	97
II) § 320 BGB bei Vorleistungspflichten in Dauerschuldverhältnissen	98
III) § 320 BGB trotz Vorleistungspflicht gem. § 556 b BGB?	100
IV) Fazit	103
4. Kapitel: Die Nichtleistung und Störungen der Mitwirkung des Vorleistungsberechtigten	105
A) Nichtleistung der Vorleistungspflicht	105
I) Die Nichtleistung im Vor-/Nachleistungsverhältnis	105
II) Auswirkungen auf die Gegenleistungspflicht	106
1) Durch den Gläubiger unbeeinflusste Nichtleistung	106
a) Allgemeine Lage	106
b) § 616 BGB	107
2) Die Nichtleistung wegen unzureichender Mitwirkung	107
a) Nichtannahme und Annahmeverweigerung	108
aa) Rechtsprechung	108
bb) Systematische Untersuchung	109
(1) Rechtslage bei fehlender Erfüllung	109
(2) Nichtabnahme im Werkvertrag	110
(3) Nichtannahme im Dienstvertrag	111
(4) Nichtannahme außerhalb dieser Vertragstypen	112
(5) Annahmeverweigerung	113
(6) Abnahmeverweigerung im Werkvertrag	114
(7) Annahmeverweigerung außerhalb des Werkvertrages	115
cc) Zwischenfazit	115
dd) Auswirkungen auf den Annahmeverzug	116
ee) § 320 BGB und Schuldnerverzug des Vorleistungspflichtigen	117
ff) § 320 BGB und Schuldnerverzug des Nachleistungspflichtigen	117
b) Das Unterlassen von Mitwirkungshandlungen	119
aa) Die Rechtsprechung	119
bb) Die Lösung über § 322 Abs. 2 BGB von Hüffer und Hartmann	121
cc) Eigene Beurteilung	122

dd) Besonderheiten der "fristbegründend beständigen" Vorleistungspflicht	124
ee) Fazit	125
ff) Auswirkungen auf den Annahmeverzug	126
gg) Auswirkungen auf § 320 BGB und Schuldnerverzug	127
III) Die Auswirkungen der Nichtleistung auf Sekundärrechte	128
1) Sekundäransprüche des Vorleistungspflichtigen	128
a) Nichtannahme und Annahmeverweigerung	129
b) Unterlassen von Mitwirkungshandlungen und Mitwirkungsverweigerung	129
2) Sekundäransprüche des Nachleistungspflichtigen	130
a) Einfache Nichtleistung und Täuschung	130
b) Unterlassene Mitwirkung	131
B) Nichterbringung der Nachleistung	132
I) Tatbestandliche Besonderheiten durch die Nichtfälligkeit	132
II) Rechtsfolgen einfacher Nichtleistung	133
III) Rechtsfolgen der Verweigerung der Nachleistung	133
1) Begriff und Rechtsnatur der Erfüllungsverweigerung	133
2) Lösung der Rechtsprechung und Literatur	134
3) Eigener Lösungsansatz	136
IV) Auswirkungen einer Erfüllungsverweigerung auf den Annahmeverzug	139
V) Auswirkungen auf § 320 BGB und den Schuldnerverzug des Vorleistungspflichtigen	140
VI) Auswirkungen auf § 320 BGB und den Schuldnerverzug des Nachleistungspflichtigen	141
VII) Auswirkungen auf Sekundäransprüche	142
VIII) Zwischenfazit zur Leistungsverweigerung	145
C) Prozessuale Durchsetzung bei Wegfall der Vorleistungspflicht	146
I) Leistung nach Empfang der Gegenleistung	147
II) Bestehende Vorleistungspflicht?	148
III) Annahmeverzug	149
IV) Weitergehende analoge Anwendung	150
V) Fazit zu § 322 Abs. 2 BGB	151
D) Fazit zum Umgang mit Gläubigerstörungen im Vor-/ Nachleistungsverhältnis	153

Kapitel 5: Leistungshindernisse	154
A) Vorübergehende Leistungshindernisse	154
I) Bei der Vorleistungspflicht	154
1) Wegfall der gestörten Leistungspflicht	155
2) Wegfall oder mangelnde Durchsetzbarkeit der Gegenleistungspflicht	156
3) Sekundärrechte	157
a) Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung	157
b) Verzugsschaden	159
II) Bei der Nachleistungspflicht	159
1) Tatbestandliche Besonderheiten	159
2) Rechtsfolgen	160
a) Auswirkungen vor Fälligkeit	160
b) Auswirkungen nach Fälligkeit	160
3) Vergleich vorübergehender Leistungshindernisse im Vor-/Nachleistungsverhältnis	161
B) Dauerhafte Unmöglichkeit	163
I) Unmöglichkeit der Vorleistung	163
1) Tatbestand	163
a) Unmöglichkeit hinsichtlich des Leistungsgegenstandes	163
b) Unmöglichkeit aufgrund der Versäumung des Leistungszeitpunkts	164
2) Rechtsfolge	164
a) Wegfall der gestörten Leistungspflicht	164
b) Wegfall der Gegenleistungspflicht	165
aa) Dienstvertragliche Besonderheiten	165
bb) § 326 Abs. 2 BGB bei beständigen Vorleistungspflichten	165
c) Sekundäransprüche	168
II) der Nachleistungspflicht	168
Kapitel 6: Die nicht wie geschuldet erbrachte Vorleistung	170
A) Vorliegen	170
B) Rechtsfolgen	170
I) Fälligkeit der Nachleistungspflicht bei beständiger Vorleistungspflicht	170

II) Die Einrede des § 320 BGB unter Berücksichtigung des § 641 Abs. 3 BGB	172
III) Wegfall der notwendigen Abnahme/ § 634 Nr. 3, 2. Var. BGB	174
IV) Auswirkungen der Schlechtleistung auf Sekundäransprüche	175
Kapitel 7: Leistungsgefährdung	178
A) Gefährdung der Vorleistung	178
B) Gefährdung der Nachleistung	179
I) Tatbestand	179
1) Die Regelung des § 321 BGB	179
2) Vorliegen eines Vor-/Nachleistungsverhältnisses	180
a) Bei Dauerschuldverhältnissen	180
b) Bei "faktischen" Vorleistungspflichten	181
3) Tatbestandsmerkmale der Leistungsgefährdung	183
a) Der Nachleistungspflicht?	184
b) Durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils	185
aa) Verschlechterung der Vermögensverhältnisse	186
bb) Erfüllungsverweigerung	187
cc) Annahme- und Mitwirkungsverweigerung	188
dd) Vorübergehende Leistungshindernisse	189
ee) Sonstige Gefährdungen	191
c) Weitere Voraussetzungen bzw. Ausschlussgründe	191
4) Berührungspunkte mit den §§ 650e, 650f BGB	193
II) Rechtsfolgen der Leistungsgefährdung	194
1) Auswirkungen für den Vorleistungspflichtigen	194
a) Einrede	194
aa) Bei einem "einfachen" Vor-/Nachleistungsverhältnis	194
bb) Bei Abbedingung der Einrede des § 320 BGB	195
cc) Bei sonstigen Besonderheiten	196
b) Rücktrittsrecht	196
aa) Einfaches Vor-/Nachleistungsverhältnis	196
bb) Dauerschuldverhältnisse	198
c) Verzugshemmende Wirkung	199
2. Auswirkungen für den Nachleistungspflichtigen	201
a) Beseitigung der Rechtsfolgen des § 321 BGB	201

b) Vorbehaltlose Wiederanerkennung der Leistungspflicht	202
aa) Meinungsstand	202
bb) Auswirkungen des Nichtleistungselements	203
cc) Auswirkungen des Bedingungseintritts	203
dd) Auswirkungen des Gefährdungselements	204
 Kapitel 8: Bedeutung für den Schadensersatz	 206
A) Schadensersatz wegen Leistungsverzugs des Vorleistungspflichtigen	206
I) Unbeständige Vorleistungspflichten	207
1) Konkrete Schäden	207
2) Abstrakte Schäden	208
II) Beständige Vorleistungspflichten	208
1) Konkrete Schäden	208
2) Abstrakte Schäden	209
B) Schadensersatz statt der Vorleistung	209
I) Abwicklung nach der Surrogationstheorie	211
1) Erbringung der Nachleistung	211
2) Berechnung des Schadensersatzes	212
3) Zwischenfazit	213
II) Berechnung nach der Differenztheorie	214
1) Konkreter Nutzungsausfallschaden	216
a) Erstes Beispiel: Doppelter Nutzungsvorteil während der Zeitspanne zwischen den Fälligkeiten	217
b) Zweites Beispiel: Vorleistungspflicht sollte Nachleistungspflicht finanzieren	218
2) Abstrakte und konkret typisierende Schadensberechnung?	218
a) Typisierung ist möglich/Zeitmoment ist bereits im Wert der Gegenleistung berücksichtigt	219
b) Typisierung ist unmöglich	220
3) Umgang mit einer verlorenen Zeitspanne im Übrigen	222
C) Statt der Nachleistung	223
I) Abwicklung nach der Surrogationstheorie	224
1) Ausgangslage	224
2) Bei Leistungsverweigerung des Nachleistungspflichtigen	224
3) Auswirkungen einer Unmöglichkeit	226

Inhaltsverzeichnis

4) Auswirkungen von Rücksichtnahmepflichtverletzungen	226
II) Berechnung nach der Differenztheorie	227
1) Eingesparte Zeit und das Gebot der Vorteilsausgleichung	227
2) konkrete Berücksichtigung	230
3) Abstrakte Berücksichtigung	230
D) Fazit	231
 Kapitel 9: Epilog zu Schlussfolgerungen und Ergebnissen	 233
A) Die Kategorisierung des Vor-/Nachleistungsverhältnisses	233
B) Die Bedingtheit der beständigen Nachleistungspflicht	234
C) Vergleich unbeständiger und beständiger Vorleistungspflichten	235
D) Die Relevanz des § 322 Abs. 2 BGB	236
E) Das Vorleistungsrisiko	237
F) Der Wert einer Vorleistungsvereinbarung	238
 Literaturverzeichnis	 241

Kapitel 1: Einleitung

Der Wortlaut des BGB legt nahe, dass die Abwicklung "Zug um Zug" bei einem gegenseitigen Vertrag die Regel, das Bestehen von Vor- und Nachleistungspflichten die Ausnahme ist. Erkennbar ist dies an mehreren Vorschriften, wie den §§ 271, 326 oder 320 BGB, die jeweils davon ausgehen, dass ein Vertragspartner seine Leistung zwar sofort erbringen muss, die Gegenleistung aber auch sofort verlangen kann. Ob dies der Praxis entspricht, ist fraglich, jedenfalls lässt sich sagen, dass Vor-/Nachleistungspflichten in gegenseitigen Verträgen zahlreich und verbreitet sind¹. Es erscheint daher sinnvoll und geboten, die Frage zu stellen, wie ein solches Vor-/Nachleistungsverhältnis² sich modifizierend auf das Gefüge des Leistungsstörungenrechts auswirkt. Zur Beantwortung hilft zunächst ein Blick in das Gesetz. Der Gesetzgeber hat mit § 321 BGB eine Regelung getroffen, welche dem Vorleistungspflichtigen Schutz bietet, wenn die Gegenleistung gefährdet ist. Aber schon bei dieser Regelung herrscht, insbesondere seit der Schuldrechtsreform, Unklarheit darüber, wie ihr Tatbestand im Einzelnen zu verstehen ist³. Ein zweiter Blick, so etwa in die existierende Rechtsprechung, legt daneben offen, dass die Regelung keineswegs alle Besonderheiten abdeckt. Zahlreiche Fälle, wie die Folgen eines Einholens der Nachleistung durch eine unbeständige Vorleistung, die Täuschung über die Erfüllung einer Vorleistung oder der Erfüllungsverweigerung bei einer noch nicht fälligen Nachleistungspflicht, sind nicht unmittelbar gesetzlich geregelt. Die dazu existierende Rechtsprechung versucht, diese Regelungslücken auszufüllen, meist über den Grundsatz von Treu und Glauben, und sucht für den Einzelfall sachgerechte Ergebnisse⁴. Die dogmatische Begründung bleibt oft rudimentär. Obgleich einzelne Teilaspekte im Zusammenhang mit anderen Zielsetzungen schon wissenschaftlich untersucht

1 So schon Motive, Bd II, S. 200 (§ 362, 2. Abs. BGB) "Ausnahmen zahlreich und im praktischen Leben sehr häufig"; ebenso Soergel/Gsell, BGB, § 320 Rn. 7; Vgl. auch Kap 2 C) mit zahlreichen Beispielen aus Vertragstypen im BGB und Parteivereinbarungen mit Vorleistungspflichten.

2 Zum Begriff vgl. noch Kap 2 A) IV).

3 Vgl. Kap 7 B) I) 3).

4 Vor allem, wenn es um die Anwendung der so genannten "tu-quoque"-Formel geht, vgl. Teubner, Gegenseitige Vertragsuntreue, S. 5.

worden sind⁵, existiert noch keine Arbeit, die gerade diese Besonderheiten eines Vor-/Nachleistungsverhältnisses bei einem gegenseitigen Vertrag im Blick hat. Die bisher existierenden Antworten und Untersuchungen sind meist auch nicht verallgemeinerungsfähig. Dies fällt besonders auf, wenn man versucht, die jeweils entwickelten Schlussfolgerungen aus der Rechtsprechung zueinander in Bezug zu setzen⁶.

Die nachfolgende Arbeit versucht daher, die Vorleistungspflicht und ihre leistungsstörungsrechtlichen⁷ Auswirkungen zu durchleuchten. Dies muss in zwei wesentlichen Schritten geschehen. Zunächst werden die Anforderungen an eine Vorleistungspflicht, ihre Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten und ihre Auswirkungen auf das zugrundeliegende Schuldverhältnis untersucht. Obwohl die Unterscheidung zwischen beständigen und unbeständigen Vorleistungspflichten seit über einem Jahrhundert⁸ sicherlich herrschende Meinung ist, wurde bisher höchstens am Rande danach gefragt, was diese beiden Varianten rechtsdogmatisch darstellen. Außerdem sind die Anforderungen an Vorleistungspflichten in der Literatur nicht unumstritten⁹.

5 Zoller, Vorleistungspflicht und AGB-Gesetz, untersucht die Zulässigkeit der Vereinbarung einer Vorleistungspflicht vor allem durch AGB, die in dieser Arbeit kaum angerissen wird; Hüffer, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, untersucht den vor allem den in Kap. 4 problematisierten Aspekt der Auswirkungen von Gläubigerstörungen, wenn auch mit anderem Ergebnis, sowie zu der Lage vor der Schuldrechtsreform; Teubner, Gegenseitige Vertragsuntreue, weist an den Stellen, an denen die Rechtsprechung auf den sog. "tu quoque"-Grundsatz zur Begründung ihrer Lösung zurückgegriffen hat, Berührungspunkte auf, lässt sich aber, wegen der alten Rechtslage, nur noch beschränkt übertragen; Weidt, Antizipierter Vertragsbruch schließlich beleuchtet den im Titel genannten Aspekt der Gläubigerstörungen sehr nachvollziehbar, berücksichtigt aber jedenfalls nicht die Besonderheiten jeweils beständiger und unbeständiger Vorleistungspflichten und den Rechtsgedanken des § 162 BGB und gelangt so zwar zu einer Anwendung von § 321 BGB (ggf. analog), liefert damit keine Antwort, ob und wann der Vorleistungspflichtige die Nachleistungspflicht zu verlangen vermag.

6 Vgl. nur Kap 3 A) II) 2) a) aa); Kap 4 A) II) 2) a) aa) oder Kap 5 A) III).

7 Gemeint ist "allgemein das Zurückbleiben der Wirklichkeit hinter dem nach dem Schuldverhältnis Gesollten"; Schwarze, Leistungsstörungsrecht, Rn. 10; Der Begriff der Leistungsstörung wird nach der üblichen Lesart nicht auf Störungen von Leistungspflichten beschränkt, sondern umfasst auch Nebenpflichten und Gläubigerverzug; zum Begriff näher: Schwarze, Leistungsstörungsrecht, Rn. 1f.; Huber, Leistungsstörungen I, § 1 I 1.; Medicus, JuS 2003, 521; zum Gläubigerverzug als Leistungsstörung auch Fikentscher, SchR, § 45 I (Rn. 489).

8 Adler, LZ 1913, 815.

9 Vgl. Krafka, MittBayNot 2011, 459, 460 und Keim, MittBayNot 2003, 21, die den Begriff der Vorleistungspflicht verhältnismäßig eng verstehen wollen.

Der große zweite Schritt ist dann die Untersuchung, inwieweit die beständige und unbeständige Variante jeweils Auswirkungen auf den Tatbestand und die Rechtsfolge leistungsstörungenrechtlicher Normen haben. Einen ersten Impuls gibt dabei oft die existierende Rechtsprechung¹⁰, an die angeknüpft und von der aus weitergearbeitet wird. Dabei wird nicht versucht, jeden Vertragstyp stets gesondert zu berücksichtigen und jedes Einzelproblem für sich zu betrachten, sondern nach Möglichkeit allgemeinere Aussagen zu treffen. Zu einem erheblichen Teil geschieht dies, indem zuvor gefundene Ergebnisse mit einfließen. Primärziel ist dabei, jedes Problem einer möglichst verallgemeinerungsfähigen Lösung zuzuführen¹¹, Strukturen aufzuzeigen und ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen zu vermeiden. Zum Zwecke möglichst hoher Rechtsklarheit wird dabei der Grundsatz von Treu und Glauben zwar als Maßstab berücksichtigt, die Lösungsansätze aber möglichst aus anderen, konkreteren Normen des Schuldrechts hergeleitet¹².

Insgesamt erfolgt dieser zweite Schritt in fünf Teilen. Es werden jeweils die Auswirkungen einer Leistungsverzögerung, einer endgültigen Nichtleistung, einer mangelhaften Leistung, einer Leistungsgefährdung und zuletzt einer "Ersetzung" durch einen Schadensersatz statt der Leistung untersucht. Dabei werden jeweils die Vor- wie auch die Nachleistungspflicht in den Blick genommen. Die sich dabei zeigenden Auffälligkeiten und Probleme können sich u.a. aus dem Risiko¹³ und dem Wert¹⁴ einer Vorleistung, der ungleichzeitigen Fälligkeit der Vor- und Nachleistung¹⁵ oder aus der Verknüpfung der Nachleistung an die Erfüllung der Vorleistung¹⁶ ergeben. Ist eine solche Auffälligkeit oder ein Problem gefunden, wird unter Berücksichtigung allgemeiner privat- und leistungsstörungenrechtlicher Prinzipien ein vertiefter Blick versucht bzw. ein Lösungsvorschlag erarbeitet¹⁷.

10 Vgl. beispielhaft: Kap 3 A) II) 2) a) aa); Kap 4 A) II) 2) a) aa); Kap 5 A) II) 2) a); Kap 6 B) III); Kap 8 B) II) 2) b).

11 So Bydlinski zur Aufgabe dogmatischer Konstruktion in FS Steinwenter, S. 140, 142.

12 Vgl. Emmerichs zutreffende Aufforderung beim Problem der Erfüllungsweigerung in MüKo/Emmerich, BGB, § 320 Rn. 21.

13 Vgl. Kap 2 B) II).

14 Vgl. Kap 8 B) II) 2) und C) II).

15 Vgl. Kap 3 A).

16 U.A.: Kap 4 A) II) u. 5 B) I) 2) b).

17 Etwa in Kap 2 B) I) 4); Kap 3 A) II) 2) b) aa); Kap 3 B) II); Kap 4 A) II) 2) a) dd) und b) ee); Kap 4 B) III) 3); Kap 5 A) III) und B) I) 2) b) bb); Kap 6 B) I) und IV); Kap 7 B) II) 2); Kap 8 B) II) 2) und C) II) 1).

Kapitel 2: Begriff, Tatbestand und Begründung der Vorleistungspflicht

A) Voraussetzungen der Vorleistungspflicht

Die Begriffe Vorleistung und Vorleistungspflicht werden von Gesetz, Rechtsprechung und Forschung nicht immer einheitlich verwendet. Die Vorleistungspflichten, welche Gegenstand dieser Arbeit sind, sind solche im Zusammenhang mit einem gegenseitigen Vertrag¹⁸, also in dem Wortsinne, wie der Gesetzgeber den Begriff in den §§ 320 - 322 BGB verwendet. Der Begriff hat nicht dieselbe Bedeutung, wenn Gesetz und Rechtsprechung von Vorleistungen außerhalb von Verträgen, also z.B. im sozialrechtlichen¹⁹ Sinne sprechen. In einer wiederum anderen Bedeutung wird der Begriff der Vorleistung im Rahmen der zivilrechtlichen "Vorleistungsfälle"²⁰ verwendet, in denen eine Partei eine Leistung in der Erwartung erbringt, dadurch den anderen zu einem Vertragsabschluss oder einer Gegenleistung zu veranlassen, ohne aber dazu verpflichtet zu sein²¹. Außerdem berücksichtigt die Arbeit nur zivilrechtliche Besonderheiten. In Verträgen mit öffentlich-rechtlichem Bezug können weitere Besonderheiten hinzukommen. So findet sich in der Rechtsprechung zum Energierecht das Beispiel, dass § 321 BGB im Rahmen eines Resale-Angebotes unter Geltung des § 33 TKG als Sicherheit nicht ausreicht²². Dieses gegebenenfalls erforderliche "Mehr" wird im Folgenden nicht untersucht.

18 Zum Begriff beispielsweise Staudinger/Schwarze, BGB, Vorbem. zu §§ 320 – 326 Rn. 1 ff. u. insb. 9 ff., zur rechtsdogmatischen Einordnung insb. 29 ff; ders., Leistungsstörungsrecht, § 13 Rn. 3 ff.; Soergel/Gsell, Vor § 320 Rn. 3; Larenz, Schuldrecht AT, § 15 I, S 202; zur Gegenseitigkeit noch unten sowie 3.1 bei Dauerschuldverhältnissen.

19 Vgl z.B. LSG NRW, 19.04.2016 – L 7 AS 386/16 B ER –; VG Ansbach, - AN14 E 00.00737 - = Beck RS 2000, 17796.

20 Z.B. so benannt in MüKo/Emmerich, Vor § 320 Rn. 9, vgl. auch Staudinger/Schwarze Vorbem. zu §§ 320 – 326 Rn. 59.

21 z.B. BGH, Urteil vom 26.10.1979 – V ZR 88/77 - = NJW 1980, 451.

22 OVG NRW, Beschluss vom 19.11.2003 – 13 B 1955/03 - = MMR 2004, 119, 121.

I) Erste Voraussetzung: Zeitversetzte Fälligkeit

Um die Voraussetzungen einer Vorleistungspflicht im Sinne der §§ 320 – 322 BGB zu erfassen und damit letztlich die Definition dieses Begriffs zu erarbeiten, bietet sich zunächst eine Orientierung am Wortsinn an. Eine Leistungspflicht in einem gegenseitigen Vertrag kann nur dann Vorleistungspflicht sein, wenn die Vertragsparteien vereinbart haben, dass sie nicht gleichzeitig mit der oder einer Leistungspflicht der²³ anderen Partei, also der *Nachleistungspflicht*, fällig wird²⁴, sprich die Vorleistung, jedenfalls ohne Leistungsstörung, vor der Nachleistung zu erbringen ist²⁵. Der Begriff der Pflicht lässt keine Zweifel daran, dass es um die Frage gehen muss, wann die Leistung erbracht werden *muss*, nicht wann sie erbracht werden *darf*²⁶. Die gesetzliche Bestimmung des § 271 BGB hilft insoweit bei der Verortung, denn offensichtlich betreffen Vorleistungspflichten Abs. 1 der Norm, nicht aber Abs. 2, sagen also nichts darüber aus, ob die Leistung schon früher erbracht werden darf. Die Regelung des § 271 Abs. 1 deckt sich unstreitig mit der -, und damit betrifft die Vorleistungspflicht ebenfalls die -, Fälligkeit der Leistungspflicht²⁷, welche als Zeitpunkt, ab

23 Wenn jetzt und im Folgenden von einem Schuldverhältnis die Rede ist, ist damit ein solches mit zwei Parteien gemeint; zu mehrseitigen Schuldverhältnissen sogleich.

24 Ähnlich: Zoller, Vorleistungspflicht und AGB-Gesetz, S. 24; Zum Begriff der Fälligkeit, welcher bedeutet, dass der Anspruchsinhaber die Leistung verlangen kann, und dem Gegenbegriff der Erfüllbarkeit vgl. beispielhaft: Larenz, Schuldrecht AT, § 14 V, S. 198.

25 Adler, LZ 1913, 815, zuvor schon Neumann, JW 1903, 361, 362; eine ebensolche Legaldefinition findet sich in den Haushaltsordnungen der Bundesländer z.B. § 56 LHO BW, LHO Berlin, Art. 56 BayHO jeweils: "Leistungen vor Empfang der Gegenleistung (Vorleistungen) (..)"; schon bei der Definition zu sehr einschränkend damit Sienz, BauR 2004, 10 "Vorleistungspflicht bedeutet, dass eine Partei die ihr obliegende Leistungspflicht *erfüllt* haben muss, bevor sie die ihr gebührende Leistung verlangen kann"; damit sind, auch in der dazu von ihm angeführten Fußnote, nur beständige Vorleistungspflichten gemeint; Etwas anders noch Staudinger/Otto (2009), § 320 Rn. 2 der eher auf die Sicherheit des Gegenleistungserhalts abzustellen scheint, dazu noch sogleich.

26 Zur für das Vorliegen und die Auswirkungen einer Vorleistungspflicht nicht weiter relevante Frage des Dürfens, also zur Erfüllbarkeit, am Beispiel des Werkvertrages Christiansen, ZfBR 2004, 736, 743 und insgesamt ders. Forderungsrecht und Leistungszeit, S. 49 ff.

27 Unstreitig, vgl. nur Staudinger/Schwarze, § 320 Rn. 6, MüKo/Emmerich, § 320 Rn. 19, Soergel/Gsell, § 320 Rn. 94; ; Jauernig/Stadler, § 320 Rn. 21.

dem eine Leistung verlangt bzw. eingeklagt werden kann²⁸, verstanden wird. Weiterführend könnte nun gefragt werden, wie der Begriff des "Zeitpunkts" im Rahmen der Fälligkeitsdefinition zu verstehen ist. Das Recht, eine Leistung zu verlangen, kann nämlich zum einen an einen Fälligkeitstermin²⁹ geknüpft werden. Es kann aber auch davon abhängig gemacht werden, dass eine sonstige Voraussetzung, in den hier interessierenden Fällen häufig, aber nicht notwendigerweise, die Erbringung der Vorleistung³⁰, eintritt. Kast möchte offenbar nur die Terminierung als echte Fälligkeitsregelung verstehen, nicht aber die an die Voraussetzung geknüpfte Fälligkeit, da nur eine Leistung fällig sei, die nicht durch Zeitbestimmung behindert sei³¹. Für diese Aufteilung gibt es keinen überzeugenden Grund. Fälligkeit meint den Moment, ab dem der Schuldner leisten muss, unabhängig davon, ob dies durch den Eintritt eines Zeitpunktes oder einer sonstigen Voraussetzung geschieht³². Der Gesetzgeber überschreibt die Regelung des § 641 BGB, die ebenfalls eine solche "Voraussetzungs-", nicht "Terminierungs-"Regelung ist, selbst als "Fälligkeit des Werklohns". In Darlehensverträgen sind sog. "Fälligkeitsklauseln", die wiederum an Voraussetzungen, meist die Nichtzahlung mehrerer Darlehensraten, anknüpfen, üblich. Unter Durchsetzbarkeitshindernissen, wie Kast die Voraussetzungsregelung selbst verstehen will, werden nach heutigem Verständnis eher Einreden verstanden. Ein eingeklagter Werklohn wird beispielsweise nicht zugesprochen, wenn der Kläger die Abnahme des Werkes durch den Besteller (oder ihre Entbehrlichkeit) nicht darlegt. Die Klage ist dann schon un schlüssig und wird, anders als in den Fällen, in denen nur die Einrede des § 320 BGB erhoben werden könnte³³, als "zurzeit unbegründet" abgewiesen³⁴. Es kommt also lediglich auf die Nichtgleichzeitigkeit der Fälligkeit, nicht auf die Natur des Fälligkeitsmoments (ob Zeitpunkt oder sonstige Voraussetzung) an.

28 Vgl. nur Palandt/Grüneberg, § 271 Rn. 1; Soergel/Forster, § 271 Rn. 2; BGH, Urteil vom 11.12.2013, - IV ZR 46/13 - = NJW 14, 847, 848 (Rn. 22 mit zahlreichen weiteren Nachweisen).

29 Damit möglicherweise missverständlich, sofern man unter Terminierung zeitliche/kalendermäßige Bestimmung versteht: Staudinger/Schwarze, § 320 Rn. 6.

30 MüKo/Emmerich, § 320 Rn. 19.

31 Kast, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages, S. 61.

32 Vgl. auch Brox/Walker, SchR AT, S. 119.

33 Heute weitgehend unstrittig, vgl. nur Bydlinski, FS Steinwenter, 140, 142.

34 Dies erkennt Kast letztlich auch selbst als schon in den 1970er Jahren herrschende Auffassung und schließt sich dieser auch an, vgl. Kast, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages, S. 64f.

Otto war in der Voraufgabe des Staudinger noch der Ansicht, dass die Abbedingung der Einrede des § 320 der Begründung einer Vorleistungspflicht gleichstünde³⁵. Gemeinsamkeiten bestehen durchaus. Auch derjenige, der auf die Einrede des § 320 verzichtet, kann schutzlos auf seine Leistung in Anspruch genommen werden, gleichzeitig seinen eigenen Anspruch aber nicht unbedingt durchsetzen, da dem anderen Teil ein Berufen auf die Einrede des § 320 möglich bleibt. Ein Unterschied liegt aber darin, dass bei einem Verzicht die Partei, der § 320 noch zusteht, sich auf die Einrede berufen muss³⁶. Bei Vorleistungspflicht ist die Nachleistungspflicht aber schon nicht fällig, dies verhindert, wie dargelegt, bereits die Schlüssigkeit der Klage. Damit sind die Auswirkungen eines einseitigen Verzichts auf die Einrede des § 320 und diejenigen einer bestehenden Vorleistungspflicht nicht identisch.

II) Zweite Voraussetzung: (Echte) Leistungspflichten

Der Begriff der Vorleistungspflicht enthält denjenigen der Leistungspflicht. Dies lässt zunächst keine Zweifel daran, dass eine Leistungspflicht auch Voraussetzung für eine Vorleistungspflicht ist.

Allerdings ist nicht von der Hand zu weisen, dass auch derjenige, der umfangreiche Vorbereitungshandlungen für die zu erbringende Leistung vornehmen muss, oft faktisch vorzuleisten hat. Dies dann, wenn er den Leistungserfolg, für den die Vorbereitungshandlungen erforderlich sind, Zug um Zug gegen die Erbringung der Gegenleistung zu erfüllen hat und die Gegenleistung, z.B. als einfache Geldleistung, keine Vorbereitung erfordert. Es ist darüber hinaus zutreffend, dass es Fälle gibt, in denen aus dem Bestehen von Vorbereitungshandlungen Rechtsfolgen gezogen werden müssen, die sich mit denjenigen beim Bestehen einer Vorleistungspflicht decken, so etwa, wenn vor der Vornahme von zeit- und kostenintensiven Vorbereitungshandlungen der Gegenleistungsanspruch gefährdet ist³⁷. Dennoch sollte nicht davon gesprochen werden, dass Vorleistungspflichten auch dann vorliegen, wenn nur Vorbereitungshandlungen erforderlich sind³⁸. Eine zivilrechtliche Leistungs- (und damit auch Vorleis-

35 Staudinger/Otto (2009), § 320 Rn. 5.

36 Vgl. Bydlinski, FS Steinwenter, 140, 142.

37 Dazu noch Kap 7 B) I) 2) b).

38 So aber Fischer, Die Unsicherheitseinrede, S. 135.

tungs-)pflicht zeichnet sich durch ihre Einklagbarkeit aus³⁹. Vorbereitungshandlungen können, sofern sie nicht zu echten Leistungspflichten, z.B. durch besondere Partevereinbarung, erhoben worden sind, eben nicht eingeklagt werden.

III) Dritte Voraussetzung: Verknüpfung mit einer Nachleistung

Nicht jede Leistungspflicht ist schon dann eine Vorleistungspflicht, wenn sich zur Zeit ihrer Fälligkeit Leistungspflichten des anderen Teils aus dem Vertrag ergeben, die noch nicht fällig sind. Die unterschiedliche Terminierung von Fälligkeitszeitpunkten ist insoweit nicht identisch mit einer Vorleistungspflicht⁴⁰. Schon die Verwendung des Begriffs Vorleistung durch den Gesetzgeber impliziert, dass es eine andere -, die Nachleistung, geben muss, die nicht unabhängig neben der Vorleistung stehen darf⁴¹. Die Verknüpfung der Leistungspflichten geht auf das Gegenseitigkeitsprinzip zurück, das schon Savigny beschrieben hat⁴². Für die Anwendbarkeit der §§ 320, 321 Abs. 1 BGB muss nicht nur ein gegenseitiger Vertrag vorliegen, das Gegenseitigkeitsverhältnis⁴³ muss sich nach einhelliger Meinung unmittelbar auch auf die Leistungspflichten beziehen, welche als Vor-/Nachleistungspflicht eingeordnet werden sollen⁴⁴. Anders gesagt, die betroffenen Leistungspflichten selbst müssen im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Das ist keine Selbstverständlichkeit, da auch in einem an sich gegenseitigen Vertrag Leistungspflichten denkbar sind, denen keine Gegenleistung

39 Das weiteste Verständnis einklagbarer Leistungspflichten zeigen Fikentscher/Heinemann, § 7, 3 (Rn. 40), diese möchten sogar Schutz- und Rücksichtnahmepflichten selbstständig einklagbar sein lassen, aber selbst nach deren Verständnis würden bloße Vorbereitungshandlungen dem nicht unterfallen.

40 damit zutreffend, wenn auch möglicherweise mit anderen Fällen im Blick: Staudinger/Schwarze, § 321 Rn. 23.

41 Adler, LZ 1913, 815 formuliert dies so, dass § 321 auch auf Tatbestände anzuwenden ist, auf die ohne die Vorleistung § 320 anzuwenden wäre.

42 Savigny, Obligationenrecht II, 12.f: (..) das Wesen des gegenseitigen Vertrags (..) besteht darin, daß die beiden Obligationen in untrennbarer Verbindung gedacht werden müssen, so daß die eine nur um der anderen Willen, und mit ihr zugleich bestehend, zu denken ist (..).

43 Zur rechtsdogmatischen Einordnung der Gegenseitigkeit in Ausformung als Einrede in den Varianten der §§ 320 und 321 BGB insb. Staudinger/Schwarze, Vorbem zu §§ 320 – 326 Rn. 29 ff.; ders, Leistungsstörungenrecht, § 13, Rn. 4.

44 Staudinger/Schwarze, § 321 Rn. 21; MüKo/Emmerich, Vor § 320 Rn. 3.

zugeordnet werden kann⁴⁵. Denkbar ist dies beispielsweise, wenn eine Partei eine einzelne von mehreren Leistungspflichten als "Belohnung" des anderen Teils für den Abschluss eines im Übrigen gegenseitigen Vertrages eingeht.

Der oben bereits angesprochene Wortsinn spricht weiter dafür, diese Gegenseitigkeit nicht nur als eine Voraussetzung der Anwendbarkeit der §§ 320 und 321 BGB, sondern als Definitionsmerkmal für eine Vorleistungspflicht im Sinne der genannten Vorschriften zu verstehen, denn erst die Gegenseitigkeit macht zwei Leistungspflichten zur Vor- und Nachleistungspflicht voneinander. Eine Vorleistungspflicht und die zu ihr in Bezug stehende Nachleistungspflicht ist damit, über das Element der unter Normalbedingungen nicht gleichzeitigen Fälligkeit beider Leistungspflichten hinaus, durch eine Gegenseitigkeit und damit final⁴⁶ wechselseitige Abhängigkeit⁴⁷ zwischen den beiden Leistungspflichten gekennzeichnet, womit wiederum gemeint ist, dass eine Partei ihre Leistungspflicht nur übernommen hat, um von einer anderen im Gegenzug ihrerseits eine Leistung zu erhalten, sog. "do ut des"⁴⁸. Ob eine solche Verknüpfung besteht, ist Frage des Parteiwillens⁴⁹, wobei die Vertragstypen des BGB bei der Auslegung als Leitbilder fungieren können⁵⁰, ebenso wie die bisherige Kautelarpraxis⁵¹. Hauptleistungspflichten und alle weiteren Pflichten, die für den Vertrag von wesentlicher Bedeutung sind, werden in der Regel in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen⁵². Ohne die beschriebene final-wechselseitige Abhängigkeit zwischen Vor- und Nachleistung wäre es nicht erforderlich aus der Störung der einen Leistungspflicht irgendwelche Konse-

45 Vgl. Soergel/Gsell, Vor § 320 Rn. 34.

46 In der üblichen Bedeutung, vgl. die Definition auf duden.de/rechtschreibung/Finalitaet.

47 Zur Gleichsetzung der Begriffe "Gegenseitigkeit" und "Final wechselseitige Abhängigkeit von Leistungspflichten" Staudinger/Schwarze, § Vor § 320 Rn 5.

48 Staudinger/Schwarze, Vorbem zu §§ 320 - 326 Rn. 5, MüKo/Emmerich, Vor § 320 Rn. 3.

49 Vgl. BGH, Urteil vom 9.6.2011, - III ZR 157/10 - = NJW-RR 2011, 1618; Staudinger/Schwarze, Vorbem zu §§ 320 - 326 Rn. 24 u. 31. mwN.

50 Mit Staudinger/Schwarze, Vorbem zu §§ 320 - 326 Rn. 31 wird man wohl dann, wenn die Leistungspflichten einem gesetzlichen Vertragstypus entsprechen, welchem gegenseitige Leistungspflichten zugrundeliegen, von diesem auf die Gegenseitigkeit schließen können.

51 Staudinger/Schwarze, Vorbem zu §§ 320 - 326 Rn. 44 ff., zum Zweck der §§ 320 ff. BGB; im Übrigen derselbe aaO Rn. 61.

52 Evtl etwas pauschal "alle" jurisPK-BGB/Alpmann, § 320 Rn. 10, vgl. sogleich "Pferdebeispiel".

quenzen für die andere zu ziehen. Es entspricht gerade dem Wesen der §§ 320, 321 BGB als Ausprägung des funktionellen Synallagma⁵³, dass eine Leistung zurückgehalten werden darf, wenn die Leistung, um deren Willen die eigene Pflicht eingegangen wurde, nicht erbracht wird oder gefährdet erscheint. Wenn aber stattdessen eine Leistungspflicht gefährdet erscheint, um deren Willen der Schuldner sich ohnehin nicht zur Leistungserbringung bereit erklärt hat, ist es auch sachgerecht, deswegen "sonstige" Leistungspflichten, also solche ohne Gegenseitigkeitsbezug, unberührt zu lassen. Tauschen also beispielsweise zwei Züchter in (unterstellt) einem Vertrag mehrere Pferde, wobei sich aus dem Parteiwillen eindeutig ergibt, dass Pferd A Gegenleistung für Pferd B und Pferd C Gegenleistung für Pferd D sein soll, so ist es nicht notwendig, dem Züchter, dem A gehört, ein Leistungsverweigerungsrecht wegen A zu geben, wenn Pferd D krank und dadurch unklar wird, ob es zum Zeitpunkt des Tauschs noch am Leben ist, sich B aber bester Gesundheit erfreut. Ebenfalls als Beispiel wird die Pflicht des Verleihers nach § 598 BGB, den Gebrauch der Sache dem Vertragspartner zu überlassen, angeführt werden können. Diese steht nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis, ist also nicht schon deswegen eine Vorleistungspflicht, weil der Entleiher die Sache nach § 604 BGB zurückgeben muss⁵⁴, da der Verleiher den Vertrag aus Freundlichkeit oder sonstigen Gründen abgeschlossen haben mag, aber jedenfalls nicht um der Rückgabe, also der Wiederherstellung des erst durch den Vertrag aufgegebenen status quo, willen.

Damit ein Vertrag als Ganzes zu einem "gegenseitigen Vertrag" im Sinne der §§ 320 ff. BGB wird, müssen nach herrschender Meinung die Hauptleistungspflichten in einem solchen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen⁵⁵. Besteht aber darüber hinaus ein solches Verhältnis im Bezug auf Nebenleistungspflichten⁵⁶, so können auch diese Vor-/Nachleistungspflichten im Sinne der Norm sein. Einer Anwendung der §§ 320 ff. BGB bezogen auf diese Nebenleistungspflichten steht nichts entgegen, da die Regelungen ihrem Wortlaut nach nicht auf Hauptleistungspflichten

53 Zum Begriff Staudinger/Schwarze, Vorbem zu §§ 320 – 326 Rn. 21.

54 Es liegt ein sog. unvollkommener zweiseitiger Vertrags vor, vgl. Staudinger/Schwarze, Vorbem zu §§ 320 - 326 Rn. 12.

55 Staudinger/Schwarze, Vorbem zu §§ 320 - 326 Rn. 10.

56 Aus der Rechtsprechung für Vorleistungspflichten als wechselseitige Nebenleistungspflichten beispielhaft BGH, Versäumnisurteil vom 10.3.2010 – VIII ZR 182/08 - (OLG Koblenz); dazu das Nebenleistungspflichten ebenfalls in das Gegenseitigkeitsverhältnis einbezogen sein können vgl. Staudinger/Schwarze, § 320 Rn. 12; ders. Leistungsstörungen, § 14 Rn. 3.

beschränkt sind und auch ihr Zweck keine solche Einschränkung gebietet. Im Verhältnis zu § 273 BGB profitiert der Berechtigte dann von dem weitergehenden Schutz des § 320 BGB, also der in § 320 Abs. 1 S. 3 BGB ausdrücklich klargestellten Unanwendbarkeit des § 273 Abs. 3 BGB. Sollten nur Nebenleistungspflichten in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen und lehnt man deswegen das Bestehen eines gegenseitigen Vertrages ab, so liegt jedenfalls eine analoge Anwendung der Regelungen der §§ 320 ff. BGB nahe⁵⁷.

IV) Das Vor-/Nachleistungsverhältnis

Wie zuvor erläutert kann eine Vorleistungspflicht nicht isoliert definiert werden. Gibt es keine Nachleistungspflicht, also keine Gegenleistungspflicht, die noch nicht fällig ist, so gibt es auch keine Vorleistungspflicht. Es erscheint zweckmäßig, diese Beziehung der beiden Leistungspflichten als Vor-/Nachleistungsverhältnis zu benennen. Dies ist, jedenfalls für die folgende Arbeit, präziser, als wenn nur von einer Vorleistungspflicht gesprochen würde, denn die Besonderheiten ergeben sich nicht aus "der" Vorleistungspflicht, also nur einer Leistungspflicht, sondern stets aus dem Verhältnis zweier gegenseitiger Leistungspflichten mit versetzten Fälligkeiten.

V) Weitere Voraussetzungen ?

Der Gesetzgeber verwendet den Begriff des "Vorleistens" selbst in diesem Sinne in den §§ 320 bis 322 BGB, benennt aber im Übrigen gesetzlich vorgesehene Vorleistungspflichten in der Regel nicht als solche⁵⁸. Schon daraus lässt sich schließen, dass es keinen Einfluss auf das Bestehen eines Vor-/Nachleistungsverhältnisses haben wird, wie die Leistungspflichten vom Gesetz oder den Parteien benannt sind. Aber auch im Übrigen hängt es aufgrund der beschriebenen Definition des Vor-/Nachleistungsverhältnisses nicht vom Willen der Parteien ab, ob ein solches existiert. Lediglich seine drei genannten Voraussetzungen müssen sich aus der Parteivereinbarung ergeben.

⁵⁷ So Staudinger/Schwarze, Vorbem zu §§ 320 - 326 Rn. 10.

⁵⁸ ZB bei der Fälligkeitsregel des § 641 BGB, dazu noch Kap 2 C) I) 2) und Kap 4 A) II) 2) a) bb) (2).

Zwar ist zutreffend, dass § 320 Abs. 1 BGB als Einrede konzipiert ist, so dass ein Berufen auf diese Einrede die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs hemmt, was nicht identisch mit der Fälligkeit ist⁵⁹. Es wird dennoch keinen Anlass geben, zwischen der "bloßen" unterschiedlichen Fälligkeit gegenseitiger Leistungspflichten und einer die Einrede aus § 320 BGB ausschließenden Vorleistungspflicht zu unterscheiden⁶⁰. Eine Berufung auf die Einrede des § 320 ist ohnehin nicht möglich, wenn der Gegenleistungsanspruch noch nicht fällig ist⁶¹. Dies ist nur konsequent, soll man doch dem Anspruchsteller nichts entgegenhalten können, was man selbst noch nicht einfordern dürfte. Wenn der Anspruch auf die Gegenleistung dagegen fällig ist, besteht auch keine Vorleistungspflicht mehr, da dann eine dafür essentielle Voraussetzung weggefallen ist⁶².

Krafka⁶³ möchte zwischen Vorleistungspflichten und Stundungsvereinbarungen unterscheiden. Auch bei einer Stundungsvereinbarung soll die Fälligkeit einer Leistungspflicht hinausgeschoben sein, aber nicht zu einem Einredeausschluss führen. Ein Beispiel für eine Stundungsvereinbarung bei einem etwa am 1.9.2013 geschlossenen Vertrag soll: "Der Kaufpreis ist (erst) am 1.10.2013 fällig" sein. Der Einredeausschluss ergibt sich aber, auch bei Stundungsvereinbarungen, aus der Natur der Sache selbst⁶⁴. Ist die nichtgestundete Leistung fällig, was sich, wenn keine entgegenstehenden Anhaltspunkte bestehen, aus der Zweifelsregelung des § 271 Abs. 1 BGB ergibt, die andere aber gestundet und damit nicht fällig, so führt dies dazu, dass eine Leistung zu erbringen ist, die andere aber aufgrund der Stundungsvereinbarung nicht. Die fällige Leistung kann verlangt und auch eingeklagt werden. Dann kann sich der Schuldner der sofort fälligen Leistung nicht auf § 320 BGB berufen, denn die andere Leistung ist wegen der Stundungsvereinbarung eben noch nicht fällig. Um dem Schuldner

59 In soweit zutreffend Staudinger/Schwarze, § 321 Rn. 23.

60 So aber wohl Staudinger/Schwarze, aaO; Krafka, MittBayNot 2011, 459.

61 h.M. In Literatur und Rechtsprechung; vgl. BGH, Urteil vom 19.5.2006, - V ZR 40/05 - = NJW 2006, 2773; RG, Urteil vom 22.2.1928; -I 219/27 - = RGZ 120, 193, 196; RG v 26.4.1932, - III 47/32 - = HRR 1932 Nr 2136 Staudinger/Schwarze, § 320 Rn. 29; MüKo/Emmerich, § 320 Rn. 26 mwN; Soergel/Gsell, § 320 Rn. 46, 52.

62 Im Einzelnen zu unbeständigen und beständigen Vorleistungspflichten und deren Wegfall, der stets mit der Fälligkeit der Nachleistungspflicht identisch ist, s.u. Kap 2 B) I) 1) u. 2).

63 MittBayNot 2011, 459, 460.

64 Vgl. dazu, dass der BGH bei Stundungsvereinbarungen ebenfalls ohne weiteres eine einredeausschließende, wenn auch ggf. unbeständige Vorleistungspflicht annimmt: BGH, Urteil vom 20.12.1985, - V ZR 200, 84 - = NJW 1986, 1164.