

**Die Sicherung gegen Vorleistungsrisiken als Zentralproblem der
Vertragsgestaltung.
Ein Systematisierungsversuch.**

*Christoph Moes**

Die praktische Durchführung des Leistungsaustausches bei gegenseitigen Verträgen ist im BGB nur fragmentarisch geregelt. § 320 BGB verhindert mit der Anordnung einer Zug-um-Zug-Erfüllung seinem Wortlaut nach Vorleistungen. Es handelt sich aber um den paradigmatischen Fall einer unvollständigen Rechtsnorm. Sie ordnet etwas an, was bei nahezu allen wirtschaftlich bedeutenden Transaktionen faktisch nicht umsetzbar ist. Aus diesem Grund ist die Beseitigung des Zug-um-Zug-Problems an der Schnittstelle von Schuld-, Sachen- und Insolvenzrecht eine zentrale Aufgabe der Vertragsgestaltung geworden. Der nachstehende Beitrag systematisiert die vertragsgestalterischen Lösungsmethoden, wobei die Anwendungsbeispiele überwiegend aus der notariellen Praxis stammen (I. und II.). Außerdem werden die Verhaltenspflichten des Vertragsgestalters erläutert (III.).

Inhaltsübersicht

I. Vorleistungsrisiken und § 320 BGB	202
1. Die Arten von Vorleistungsrisiken	202
2. Das Konzept des § 320 BGB und seine Schwächen	203
a) Zweckerreichungsgrad des § 320 BGB	203
b) Faktische (Un-)Durchführbarkeit der Zug-um-Zug-Leistung	205
II. Die Methoden der Sicherung gegen Vorleistungsrisiken	206
1. Konstruktion der Gleichzeitigkeit des Leistungsaustausches	208
a) Bedingung von Verfügungsgeschäften	208
b) Gleichzeitige konstitutive Eintragung in Register	211
c) <i>signing</i> und <i>closing</i> beim Unternehmenskaufvertrag	212
2. Stückelung des Leistungsaustausches	213
a) Langfristige Verträge	213
b) Verträge über einmaligen Leistungsaustausch	214
3. Stellung insolvenzfester Real- und bonitätsstarker Personalsicherheiten	215
a) Insolvenzfeste Realsicherheiten	215
b) Bonitätsstarke Personalsicherheiten	215
c) Ungesicherte Vorleistung durch die Stellung der Sicherheit?	217
d) Lösungsklauseln bei Insolvenz	218
4. Einschaltung von Treuhändern	218
a) Echter Treuhänder	219

*Dr. jur. (Frankfurt/Main), LL.M. (Harvard), Notar in Augsburg, Lehrbeauftragter an der Universität Augsburg.

b) Sonstige treuhänderische Tätigkeit	220
5. Grenzen der Vorleistungssicherung	221
a) Vertragsspezifische Investitionen	221
b) Vorleistung unter Übernahme des Insolvenzrisikos	222
III. Verhaltenspflichten des Vertragsgestalters	223
1. Gestaltungspflichten	224
2. Die vertragsökonomischen Grundregeln der Auswahl von Sicherungsinstrumenten	225
a) Sicherungsgrad und Transaktionskosten	225
b) Sicherungsinteresse und Vertrauen	225
3. Pflichten im Vertragsvollzug	226
IV. Schlussbemerkungen	227
1. Das Regelungsdefizit in § 320 BGB	228
2. Vertragsgestaltung, Sachen- und Insolvenzrecht	228

I. Vorleistungsrisiken und § 320 BGB

1. Die Arten von Vorleistungsrisiken

Wer die ihm aus einem gegenseitigen Vertrag obliegende Leistung ganz oder teilweise erbringt, bevor er die Gegenleistung erhalten hat, leistet vor. Vorleistungen sind gefährlich, und zwar aus folgenden Gründen:

Erstens verliert im Falle einer Vorleistung der Leistungsempfänger den Anreiz, seinerseits ohne zeitliche Verzögerung die Gegenleistung zu erbringen (**Leistungsträgheit**). Die Leistungsträgheit ist das geringste Vorleistungsrisiko, da hier die Leistungsfähigkeit der anderen Vertragspartei nicht grundsätzlich in Rede steht. Allerdings kann sie durchaus monetäre (Verzögerungsschaden) und nicht-monetäre Kosten (Zeit, Stress etc.) verursachen, deren Liquidierung häufig wegen der Beschwerlichkeit der Durchsetzung oder sogar aus rechtlichen Gründen ausscheidet (immaterieller Schaden nach § 253 Abs. 1 BGB). Gute Vertragsgestaltung vermeidet Vorleistungen schon deshalb, um die Leistungsanreize für beide Vertragsparteien möglichst lange aufrechtzuerhalten.

Sehr viel bedrohlicher als die Leistungsträgheit der anderen Vertragspartei ist deren potentielle Leistungsunfähigkeit. Das betrifft zunächst das Risiko, dass der Vorleistungsempfänger den Primärleistungsanspruch nicht mehr erfüllen kann, weil er über den von ihm geschuldeten Vertragsgegenstand Zwischenverfügungen getroffen hat, dieser von dritter Seite gepfändet wurde oder aus sonstigen Gründen verloren gegangen ist (**Gefährdung des Primärleistungsinteresses**). Solange der Vorleistungsempfänger aber wenigstens solvent und daher in der Lage ist, die aus seiner Leistungsunfähigkeit resultierenden Sekundärleistungsansprüche der vorleistenden Vertragspartei auf Rückgewähr und/oder Schadensersatz zu erfüllen, ist das Kind noch nicht in den Brunnen gefallen. Das passiert erst, wenn auch diese Ansprüche wegen der Insolvenz des Vorleistungsempfängers nicht mehr durchsetzbar sind (**Gefährdung des Sekundärleistungsinteresses = Insolvenzrisiko**). Dem Insolvenzrisiko faktisch vergleichbar ist das Risiko, dass der (betrügerische) Vorleistungsempfänger mit der Vorleistung und seinem eigenen Vermögen nicht mehr auffindbar ist und aus diesem Grunde Primär- und Sekundärleistungsansprüche nicht durchsetzbar sind.