

Die Gefährdung der Leistung durch den Gläubiger¹

Roland Schwarze

A. Die Dogmatik der Leistungsgefährdung durch den Schuldner

Es entspricht einem auf allen Gebieten des Rechts gültigen Gedanken, dass die Gefahr einer Rechtsverletzung der Verletzung gleichkommen und dieselbe oder eine ähnliche Rechtsfolge nach sich ziehen kann. Im Leistungsstörungenrecht des BGB wird dieser Befund vornehmlich unter dem Begriff der Leistungsgefährdung oder Vertragsgefährdung behandelt. Das Gesetz selbst regelt sie nur fragmentarisch und ohne begriffliche Ambition. Während § 321 Abs. 1 BGB ihr einen eigenen Begriff gibt („Gegenleistung gefährdet“), behandelt § 323 Abs. 4 BGB sie als Unterfall der Pflichtverletzung. In sachlicher Hinsicht lässt sich beiden Regelungen aber durchaus ein Muster entnehmen. Wenn die Gefahr eine künftig drohende Störung bezeichnet, dann lässt sich nach der Wahrscheinlichkeit, mit welcher die Störung eintreten wird, unterscheiden. Stellt man dabei eine zur Wahrung der Rechtssicherheit gebotene Typisierung in Rechnung, ergibt sich eine Zweistufung, die sich in beiden Normen abbildet: Die „schwache“ Leistungsgefährdung, die bei „ernsthaften Zweifeln“² an der Erbringung der Leistung vorliegt und erst nach erfolgloser Aufforderung zur Beseitigung der Gefahr zur Liquidation des Vertrags berechtigt (§ 321 Abs. 2 BGB), und die „starke“ Leistungsgefährdung, die vorliegt, wenn die künftige Nichter-

1 Der vorliegende Beitrag schließt an eine Untersuchung zur Gefährdung der Leistung durch den Arbeitgeber an (Schwarze, Die Gefährdung der Leistung durch den Arbeitgeber – Zur dichotomischen Lehre vom Gläubigerverzug im Arbeitsverhältnis, in: Hartmeyer/Ludwig/Pfrang (Hrsg.), Sozialprivatrecht in mehrdimensionaler Perspektive – Festschrift für Hermann Reichold, München 2025. Dort geht es um einen Ausschnitt aus der vorliegenden Fragestellung – den Tatbestand der Leistungsgefährdung im Vorfeld des Gläubigerverzugs des Arbeitgebers und dessen Bedeutung für die dichotomische Lehre des Gläubigerverzugs im Arbeitsverhältnis. Das dort formulierte Desiderat einer übergreifenden Analyse der Leistungsgefährdung durch den Gläubiger greift der vorliegende Beitrag auf.

2 Synonym: „berechtigter Zweifel“, BGH 13.11.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 unter IV = BGHZ 11, 80.

bringung der Leistung „offensichtlich“ ist und sogleich, mit ihrem Eintritt, zur Abkehr berechtigt (§ 323 Abs. 4 BGB).

In diesem Sinne systematisiert eine anerkannte, das Gesetz übersteigende Dogmatik das Phänomen der Leistungsgefährdung tatbestandlich und knüpft an sie die Rechtsfolgen der vollendeten Störung. Methodisch und dogmatisch stehen sich seit der Schuldrechtsmodernisierung in grober Zeichnung zwei Lösungen für die normative Grundierung gegenüber: Eine Theorie sieht in §§ 324, 282 BGB eine unmittelbar nutzbare gesetzliche Grundlage.³ Mit ihr verbindet sich dogmatisch die aus der pVV-Doktrin übernommene Vorstellung, die unzumutbare Gefährdung der Leistung als *Verletzung* einer Pflicht (der Leistungstreuepflicht) zu deuten.⁴ Die Schwäche dieser Lösung ist eine doppelte: Sie widerspricht zum einen der konzeptionellen Idee des Reformgesetzgebers, Leistungs- und Integritätssphäre des Gläubigers zu trennen und mit der Rücksichtnahmepflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB, auf die allein §§ 282, 324 BGB Bezug nehmen, nur die auf Integritätsschäden bezogenen Schutzpflichten anzusprechen.⁵ Zum anderen entfernt sie sich von der Lösung, welche der Gesetzgeber selbst in den erwähnten punktuellen Regelungen für die Leistungsgefährdung gewählt hat, sie als Unter- oder Nebenfall der vollendeten Störung zu behandeln. Eben darin – in der Analogie zum Tatbestand der Vollstörung – liegt die vorzugswürdige Lösung.⁶ Wenn etwa eine Nichtleistung droht, wäre der Gläubiger nach erfolgloser Setzung einer Frist zur Beseitigung der Ungewissheit zum Rücktritt analog § 323 Abs. 1, 1. Alt. BGB und zum Schadensersatzverlangen analog § 281 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB berechtigt; wird die Leistung offensicht-

3 Vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002, Rn. 361; wohl auch OLG Hamm 28.11.2012 – 12 U 115/12, juris, Rn. 56; Ramming, Die Aufforderung zur Bestätigung der Leistungsbereitschaft und -fähigkeit als weiterer vorzeitiger „Rechtsbehelf“ des Gläubigers, ZGS 2003, 209 ff.; zu anderen Ansätzen noch Nachw. bei Schwarze, in: Staudinger BGB (2019), Berlin 2019, § 281 Rn. B 182.

4 S. unter C III 2.

5 BT-Drs. 14/7052, S. 186, 1. Sp. („nicht leistungsbezogene Schutzpflichten“); so auch BGH 10.3.2010 – VIII ZR 182/08, NJW 2010, 2503 Rn. 18; anders aber – ohne Problembewusstsein – in st. Rspr. das BAG, etwa BAG 23.8.2023 – 5 AZR 349/22, NZA 2023, 1607 Rn. 45 m.w.N.

6 S. nur Schwarze (Fn. 3), § 281 Rn. B 182 m.w.N.; Ernst, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2022, § 281 Rn. 75; Dauner-Lieb, in: dies./Langen (Hrsg.), NomosKommentar BGB, Schuldrecht, Bd. 2/1, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 281 Rn. 39; Grüneberg, in: ders. et al., BGB, 83. Aufl., München 2024, § 281 Rn. 7; Analyse der vorreformatorischen Rechtsprechung bei Huber, Leistungsstörungen, Bd. 1, Tübingen 1999, § 52 I 3, S. 602 ff. m.w.N.

lich nicht erfolgen, ergeben sich diese Rechte sogleich (§ 323 Abs. 4, §§ 280 I, 281 Abs. 1 S. 1, 1. Alt., Abs. 2 analog BGB).

B. Die Leistungsgefährdung durch den Gläubiger als Desiderat

Alles bislang Ausgeführte bezieht sich nun aber nur auf die Leistungsgefährdung durch den Schuldner. Weithin unbeachtet und, soweit ersichtlich, bislang nicht systematisch untersucht, ist die vom Gläubiger zu verantwortende Gefährdung der Leistung. Die Denkbarekeit einer solchen Konstellation steht außer Frage: Wo es eine Störung der Leistung durch den Gläubiger gibt, durchläuft sie zuvor das Stadium ihres künftigen Eintritts. Ihre rechtliche Bedeutung, die Aussage also, dass das Fehlen einer systematischen gesetzlichen Regelung nicht als prinzipiell negative gesetzgeberische Entscheidung gegen die Anerkennung einer gläubigerinduzierten Leistungsgefährdung zu verstehen ist und das Recht erst auf die vollendete Störung (insbes. Gläubigerverzug und vom Gläubiger zu verantwortendes Leistungshindernis) reagiert, kann mit § 295 S. 1, 1. Alt. BGB belegt werden, der eine Leistungsgefährdung durch den Gläubiger regelt und sie als rechtlich erheblich anerkennt.⁷ Ihre praktische Erheblichkeit ist durch einschlägige Entscheidungen belegt.⁸

C. Vorgaben für eine Dogmatik der Leistungsgefährdung durch den Gläubiger

I. Die Regelung der vollendeten Störung als Folie

Es spricht alles dafür, die bei der schuldnereininduzierten Leistungsgefährdung bewährte Methode auf die vom Gläubiger zu verantwortende Leistungsgefährdung zu übertragen, die Gefährdungstatbestände parallel zu den Tatbeständen der vollendeten Störung zu entwickeln. Für diese Sicht lässt sich – wie auf der Schuldnerseite – die punktuelle gesetzliche Regelung einer gläubigerinduzierten Leistungsgefährdung in § 295 S. 1, 1. Alt. BGB anführen, welche

⁷ So auch der Ausgangspunkt der vereinzelt höchstrichterlichen Entscheidungen zur Leistungsgefährdung durch den Gläubiger, vgl. BGH 13.11.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 = BGHZ 11, 80 ff.; dazu und zur Fortgeltung des Ausgangspunkts auch nach der Schuldrechtsreform näher Schwarze, FS Reichold (Fn. 1), dort unter V 2.

⁸ BGH 13.11.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 unter III = BGHZ 11, 80.

die vom Gläubiger verursachte Gefährdung als Sonderfall der vollendeten Störung behandelt. Somit lässt sich die Systematik, mit welcher der Gesetzgeber die vollendete gläubigerinduzierte Störung behandelt hat, für eine Dogmatik der gläubigerinduzierten Leistungsgefährdung nutzen. Parallel zur Regelung der Schuldnerverantwortung ist das Leistungshindernis (§ 275 BGB) eine tragende Säule der Systematik: Steht der Leistung ein Hindernis entgegen und ist der Gläubiger für dieses Hindernis verantwortlich, entfällt sein Anspruch auf die Leistung (§ 275 BGB), während seine Pflicht zur Gegenleistung bestehen bleibt (§ 326 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. BGB). Ist die Leistung erbringbar, besteht die Verantwortung des Gläubigers in unzureichender Mitwirkung, die im Tatbestand des Gläubigerverzugs erfasst wird (§§ 293 ff. BGB, § 326 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. BGB). Beide Tatbestände sind zugleich für die technische Erfassung der Gläubigerverantwortung paradigmatisch: Sie kann, wie beim Leistungshindernis, als besonderes Merkmal („verantwortlich“) zum eigentlichen Tatbestand der Störung (§ 275 BGB) hinzutreten oder sie kann den Tatbestand der Störung selbst ausmachen („Nichtannahme der Leistung“, § 293 BGB).⁹

II. Die unzumutbare Ungewissheit als Maßstab

Übertragbar aus der Dogmatik der vom Schuldner ausgehenden Gefährdung ist das rechtliche Maß, das über die Gleichstellung der Gefährdung mit der Verletzung entscheidet, nämlich die Unzumutbarkeit¹⁰ der weiteren Bindung an die Leistungspflicht angesichts der durch die Gefahr erzeugten Ungewissheit. Ebenso übertragbar ist die daraus ableitbare Abstufung der Gefährdungssituation nach ihrer Dringlichkeit und das rechtliche Maß, nach welchem die Erheblichkeit zu messen ist. Die „schwache“ Gefährdung besteht im ernsthaften Zweifel¹¹ an der ordnungsgemäßen Mitwirkung des Gläubigers an

9 Die Unterscheidung ist auch für die Schlechtleistung erheblich, die im Falle der Unbehebbarkeit als qualitative Unmöglichkeit eingeordnet und somit den §§ 275, 326 Abs. 1 S. 2, Abs. 5, § 323 Abs. 6 BGB unterworfen ist. Die folgende Erörterung beschränkt sich aus Raumgründen auf die Nichtleistung; die Erkenntnisse sind cum grano salis auf andere gläubigerinduzierte Gefährdungen der Leistungspflicht (insbes. Schlechtleistung und Teilleistung) übertragbar.

10 Vgl. BGH 13.11.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 unter III = BGHZ 11, 80; Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl., Berlin/Boston 2021, § 21 Rn. 1f. m.w.N. zur Literatur.

11 Synonym: „berechtigte Zweifel“, BGH 13.11.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 unter IV = BGHZ 11, 80.

der Erbringung der Leistung; unzumutbar ist die weitere Bindung hier erst, wenn dem Gläubiger vergeblich eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung gesetzt worden ist.¹² Die „starke“ Gefährdung besteht darin, dass die ordnungsgemäße Mitwirkung offensichtlich nicht stattfinden wird.¹³ Etwaige Schuldnerrechte können bei der schwachen Gefährdung erst entstehen, wenn dem Gläubiger Gelegenheit zur Beseitigung der Gefährdung gegeben worden ist; bei der starken Gefährdung entstehen die Rechte sogleich.

III. Abgrenzung zu ähnlichen Tatbeständen

Der Gläubiger ist ohne besondere Rechtsgrundlage nicht zur Leistungsannahme oder zu besonderer Mitwirkung verpflichtet. Er kann die Leistung auf sich beruhen lassen. Wo den Gläubiger echte Pflichten treffen, unterliegt er den für die schuldnerinduzierte Gefährdung maßgeblichen Regeln. Das ist im Folgenden kurz zu beleuchten.

1. Gefährdung bei Pflicht zur Abnahme bzw. Mitwirkung

Das Interesse des Schuldners an der vertragsgemäßen Leistungserbringung kann durch eine echte Rechtspflicht des Gläubigers zur Abnahme der Leistung bzw. Mitwirkung an der Erbringung der Leistung geschützt sein. Ausdrücklichkeit ist dafür nicht erforderlich, wohl aber ein besonderes, bei Vertragsschluss erkennbares Interesse des Schuldners, das durch den Erhalt der Gegenleistung nicht abgegolten ist.¹⁴ Der Gläubiger der Leistung ist bezüglich seiner Mitwirkung in der Rolle eines Schuldners, womit das Instrumentarium der schuldnerinduzierten Leistungsgefährdung anwendbar wird.¹⁵ Die Verletzung einer solchen Pflicht, z.B. der Abnahmepflicht, rechtfertigt nicht per se die Abkehr vom Vertrag durch Rücktritt gem. § 323

12 Vgl. BGH 13.II.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 unter III = BGHZ 11, 80; RGZ 104, 39 (41).

13 Verschwommen BGH 13.II.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 (230) unter III = BGHZ 11, 80 („wesentlich“).

14 Subtil BAG 24.6.2015 – 5 AZR 225/14, BAGE 152, 65 Rn. 35: Beschäftigungspflicht, deren Schutz aber nicht das Entgeltinteresse umfasst. *Schwarze*, in: Staudinger BGB, Berlin 2020, § 323 Rn. B 17 ff., B 21 m.w.N. zu Rechtsprechung und Literatur.

15 So liegen die oft im Kontext der Gläubigerverantwortung angeführten Fälle RGZ 104, 15 (16 f.) und RGZ 152, 119 ff. (Mitwirkungspflicht des Bestellers).

Abs. 1 BGB oder ein Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung. Die hier diskutierten Einschränkungen gelten entsprechend für einen Rücktritt wegen Gefährdung der Mitwirkung, es sei denn, dass der Gläubiger damit die Durchführung der Leistung überhaupt in Frage stellt. So berechtigt die Verletzung der Abnahmepflicht gem. § 433 Abs. 2 BGB zum Rücktritt oder zum Schadensersatz statt der Leistung nur, wenn bei Vertragsschluss ein besonderes Interesse des Verkäufers (Schuldners) an der Abnahme der Leistung deutlich geworden ist, z.B. weil der Lagerplatz dringend für andere Ware benötigt wird. Ein entgangener Gewinn aus dem Vertrag liegt im Schutzbereich der Abnahme- bzw. Mitwirkungspflicht. Der praktische Vorteil der Einfassung des Absatzinteresses in eine echte Pflicht besteht darin, dass dem Schuldner im Ergebnis ein Deckungsverkauf des von ihm geschuldeten Leistungsgegenstands ermöglicht wird ohne den umständlichen Weg der öffentlichen Versteigerung (§ 383 BGB). Das alles gilt dann analog für die der Verletzung vorausliegende unzumutbare Gefährdung der Abnahme bzw. Mitwirkung, wobei die Unterscheidung zwischen starker und schwacher Gefährdung¹⁶ und jene zwischen Gefährdung der Pünktlichkeit und Gefährdung der Leistung überhaupt¹⁷ auch hier zu beachten ist.

2. Gefährdung als Verletzung einer Leistungstreuepflicht (§§ 241 Abs. 1, 242 BGB)?

Wäre der Gläubiger einer allgemeinen, echten Pflicht zur Leistungstreue unterworfen, wäre die Gefährdung seiner Mitwirkung als Verletzung dieser Pflicht zu erfassen und analog §§ 323, 281 BGB¹⁸ zu verfolgen, ohne dass die Parteien eine ausdrückliche Regelung darüber getroffen haben müssten bzw. eine besondere Interessenlage auf Seiten des Schuldners eine entsprechende Auslegung (§§ 133, 157 BGB) rechtfertigte. Die Rechtsprechung hat diese Doktrin unter Geltung des alten Schuldrechts entwickelt, indem sie die für den Schuldner entwickelte Figur der „pVV“ dem Gläubiger übergestülpt und eine „pVV des Gläubigers“ konstruiert hat, um Haftung und Rücktritt bzw. Kündigung zu begründen.¹⁹ Das ist bei Bestehen einer echten Mitwirkungs-

¹⁶ Unter D I 1, 2.

¹⁷ Unter D I 3.

¹⁸ §§ 324, 282 BGB analog, wenn man mit Teilen der Literatur und dem BAG die Leistungstreuepflicht diesen Normen zuordnet, s. unter A.

¹⁹ BGH 13.11.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 unter III = BGHZ 11, 80. Der Ad-hoc-Charakter der Konstruktion ist mit Händen zu greifen. Das gilt auch für einen neueren

pfllicht entbehrlich, da der Gläubiger insoweit als Schuldner angesprochen werden kann.²⁰ So es nur eine Obliegenheit zu Annahme der Leistung oder besonderer Mitwirkung gibt, ist es sachwidrig, weil nicht vereinbar mit der akzeptierten Freiheit des Gläubigers, die Leistung nicht annehmen bzw. an ihr nicht mitwirken zu müssen. Wer nicht annehmen oder mitwirken muss, darf dies auch im Vorhinein ankündigen.²¹ Die Freiheit schließt nicht nur die Klagbarkeit aus, sondern ebenso die ihr in der Wirkung gleichkommende Haftung auf das positive Interesse an Annahme und Mitwirkung.²² Ohne ausdrückliche Regelung, allein gestützt auf die erkennbare Interessenlage (§§ 133, 157 BGB), ergibt sich eine Pflicht zur Unterlassung von Gefährdungen zum einen aus der Pflicht zum Schutz der Integritätssphäre der jeweils anderen Seite (§ 241 Abs. 2 BGB), die den Gläubiger zur Unterlassung einer Gefährdung des Leistungsgegenstands bzw. Leistungsvermögens verpflichtet, wenn dieses zur Integritätssphäre des Schuldners gehört.²³ Zum anderen kann eine Pflicht angenommen werden (§§ 133, 157 BGB), wenn das Verhalten des Gläubigers zu Nachteilen des Schuldners führen würde, die durch die Gegenleistung nicht abgedeckt sind, was bei Vertragsschluss erkennbar sein muss.²⁴ Das Bestehen einer Leistungstreuepflicht bestimmt zugleich darüber, ob der Schuldner vom Gläubiger Unterlassung der Gefährdung fordern kann.²⁵

Versuch, den Fall des beiderseitig verschuldeten Leistungshindernisses auf diese Weise zu lösen, *Ernst* (Fn. 6), § 324 Rn. 83; s. ferner *Schwarze* (Fn. 14), § 326 Rn. C 121 ff. m. umf. Nachweisen zur Literatur.

20 S. unter C III 1.

21 Dies übergehend, Pflichten und Obliegenheiten zum Inhalt einer „Gesamtverbindlichkeit“ amalgamierend und daran die pVV des Gläubigers knüpfend BGH 13.II.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 u. 230 unter III u. V = BGHZ 11, 80.

22 Dagegen nicht Rücktritt bzw. Kündigung, s. unter D II 2 und E II 2.

23 *Schwarze* (Fn. 14), § 326 Rn. C 12 m.w.N. Abzugrenzen die außervertragliche deliktsrechtliche Verantwortung, die keinen Bezug zur Rolle des Gläubigers hat, *Ernst* (Fn. 6), § 326 Rn. 65.

24 *Schwarze* (Fn. 14), § 326 Rn. C 11.

25 Zum Anspruch auf Unterlassung als Teil der Pflicht aus Schuldverhältnissen *Olzen*, in: Staudinger BGB, Berlin 2019, § 241 Rn. H 266, H 272; *Bachmann*, in: Säcker et al. (Hrsg.), MüKo-BGB (Fn. 6), § 241 Rn. 29 f., 80 ff.; *Schulze*, in: ders. et al., Handkommentar BGB, 12. Aufl., Baden-Baden 2024, § 241 Rn. 11; *Teichmann*, in: Soergel BGB, Bd. 2, Schuldrecht I, §§ 241, 241a, 242, 12. Aufl., Stuttgart 1990, § 242 Rn. 168; *Grüneberg* (Fn. 6), § 242 Rn. 23, 27.

3. Gefährdung der vom Gläubiger geschuldeten Gegenleistung

Zu trennen ist die vom Gläubiger ausgehende Gefährdung der Leistung von der Gefährdung der von ihm geschuldeten Gegenleistung.²⁶ Der Schuldner kann als Gläubiger der Gegenleistung die Regeln der schuldnerinduzierten Leistungsgefährdung nutzen, wenn die Erfüllung des Anspruchs gefährdet ist. Dabei kann je nach den Umständen die Gefährdung der vom Schuldner zu erbringenden Leistung durch deren Gläubiger ein Indiz für die Gefährdung der Gegenleistung sein. Dies kann den Verkäufer berechtigen, dem Käufer eine Frist zur Klarstellung bzw. Beseitigung der Gefährdung zu setzen, deren erfolgloser Ablauf dann den Rücktritt analog § 323 Abs. 1, 1. Alt. BGB rechtfertigt. Aber hier handelt der Verkäufer als Gläubiger des Kaufpreisanspruchs nach den dafür maßgeblichen Regeln der Leistungsgefährdung, nicht als Schuldner des Übergabe- und Übereignungsanspruchs.²⁷ Wohl kann sich die Gefährdung der Gegenleistung durch den Gläubiger auf sein Recht auf die ihm zustehende Leistung auswirken – insbes. den Schuldner zur Verweigerung der Leistung gem./analog § 320 BGB berechtigen oder die Rechte des Gläubigers nach § 242 BGB („tu-quoque“) beschränken.²⁸

D. Die Leistungsgefährdung durch Gefährdung²⁹ der dem Gläubiger obliegenden Mitwirkung

Gibt es eine echte Pflicht zur Mitwirkung somit nur unter besonderen Umständen, muss die Leistungsgefährdung durch den Gläubiger aus der bloßen Obliegenheit zur Mitwirkung erfasst werden. Zur Veranschaulichung dient folgender Beispielsfall:

26 Auch hier amalgamierend unter Geltung des alten Schuldrechts der pVV-gestützte Ansatz des BGH, der mit dem Bezug auf einen „Vertragszweck“ (BGH 13.11.1953 – I ZR 140/52, NJW 1954, 229 unter III) die gebotene Trennung zwischen Leistung und Gegenleistung überspielt.

27 Die Vermengung der Gesichtspunkte befördernd die Bezugnahme auf den gesamten Vertrag als Objekt der Gefährdung („Vertragsgefährdung“, „Vertragsuntreue“), s. z.B. BGH 15.10.1993 – V ZR 141/92, NJW-RR 1994, 372 f.

28 Z.B. BGH 15.10.1993 – V ZR 141/92, NJW-RR 1994, 372 f.

29 Aus Raumgründen steht im Folgenden die Leistungsgefährdung durch *Gefährdung* der Mitwirkung im Vordergrund. Die Leistungsgefährdung durch *Verletzung* der Mitwirkungsobliegenheit ist einerseits vollendete Störung und vom Gesetz unmittelbar geregelt (Gläubigerverzug), die von ihr ausgehende Gefährdung der Leistung überhaupt ist dagegen Gefährdungstatbestand und kann zu Rechten des Schuldners führen, die über jene, die der Gläubigerverzug gewährt, hinausgehen (s. unter D II 2).

Fall 1: Obsthändler G kauft beim Großhändler S 1000 kg frische Bananen, die G sogleich bezahlt. G soll die Bananen am 28.2. abholen.

- a) *G erklärt am 15.2., er könne die Lieferung zum vereinbarten Termin am 28.2. wahrscheinlich nicht abholen (schwache Gefährdung der Pünktlichkeit).*
- b) *G erklärt, er werde die Leistung zum vereinbarten Termin auf keinen Fall abholen können (starke Gefährdung der Pünktlichkeit).*
- c) *G erklärt, die Leistung wahrscheinlich nicht abholen zu können, oder er lässt den Zeitpunkt der Abholung im Ungewissen (schwache Gefährdung der Mitwirkung/Leistung überhaupt).*
- d) *G erklärt, er werde die Leistung auf keinen Fall abholen (starke Gefährdung der Mitwirkung/Leistung überhaupt).*
- e) *G holt die Bananen zum vereinbarten Termin nicht ab infolge einer schweren Erkrankung. Die Bananen drohen binnen drei Tagen zu verderben.*

I. Tatbestand

1. Die schwache Gefährdung (§ 295 S. 1, 1. Alt. BGB)

Im Tatbestand des Gläubigerverzugs wird die Nichteinhaltung der dem Gläubiger obliegenden Mitwirkung³⁰ erfasst. Vor dem Zeitpunkt, zu dem die Mitwirkung zu erfolgen hat, kann der Gläubiger die Mitwirkung gefährden. § 295 S. 1, 1. Alt. BGB regelt einen solchen Fall.³¹ Hier geht es nicht um die *Verletzung* der Mitwirkungsobliegenheit, sondern die *Gefährdung* ihrer künftigen Beachtung dadurch, dass der Gläubiger ankündigt, nicht annehmen bzw. mitwirken zu wollen.³² Und es ist allein diese Gefährdung und ihre Nichtbeseitigung bis zum vereinbarten Leistungszeitpunkt, an die das Gesetz die Rechtsfolgen der §§ 300 ff. BGB knüpft. Eine „Nichtannahme“ liegt auch bei Eintritt des Leistungszeitpunkts nicht vor; da der Schuldner nicht tatsächlich anbietet, kann der Gläubiger auch nicht „nicht annehmen“ i.S.v. § 293 BGB. Dazu kann es erst kommen, wenn der Gläubi-

30 Gemeint ist die Mitwirkung i.w.S., welche die „Annahme“ der Leistung und die darüber hinausgehenden „erforderlichen Handlungen“ i.S.d. § 295 S. 1, 2. Alt. BGB einschließt.

31 Näher Schwarze, FS Reichold (Fn. 1), unter V 4.

32 Näher Schwarze, FS Reichold (Fn. 1), unter V 4.

ger zuvor auf das wörtliche Angebot des Schuldners hin seine Bereitschaft zur Mitwirkung klarstellt.³³

2. Die starke Gefährdung

Für die starke Leistungsgefährdung ergibt sich dies aus einer teleologischen Reduktion des § 295 S. 1, 1. Alt. BGB bzw., soweit eine besondere Mitwirkungshandlung geschuldet ist, einer Analogie zu § 296 BGB. Wenn im *Fall 1b* und *1d* der Käufer G erklärt, er werde die Ware auf keinen Fall abholen oder annehmen können, erscheint ein wörtliches Angebot, d.h. eine auf Klärung der Situation gerichtete Aufforderung an den Gläubiger, entbehrlich, und der Gläubigerverzug tritt ohne Weiteres ein. In der Literatur wird diese Konstellation als Fall der Entbehrlichkeit des wörtlichen Angebots nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) diskutiert,³⁴ ebenso in der Rechtsprechung, die sich hier noch nicht endgültig positioniert hat.³⁵ Der dagegen erhobene Einwand der abschließenden Regelung durch § 295 S. 1, 1. Alt. BGB³⁶ verliert seine Aussagekraft, wenn der Gefährdungscharakter des § 295 S. 1, 1. Alt. BGB erkannt ist, der die Gleichbehandlung von schwacher und starker Gefährdung als sachwidrig erweist und die Parallele zur schuldnerinduzierten Gefährdung begründet.³⁷

33 Für das Arbeitsverhältnis Schwarze, FS Reichold (Fn. 1), unter V 6.

34 Ernst (Fn. 6), § 295 Rn. 7; Grüneberg (Fn. 6), § 295 Rn. 4; Schmidt-Kessel, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), NK-BGB (Fn. 6), § 296 Rn. 26 ff.; Hager, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), Erman BGB, 17. Aufl., Köln 2023, § 295 Rn. 4; Schulze (Fn. 25), § 295 Rn. 6; Stadler, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig BGB, 19. Aufl., München 2023, § 295 Rn. 1; a.A.: Feldmann, in: Staudinger BGB (Fn. 3), § 295 Rn. 2; Schubel, in: Soergel BGB, Bd. 3/2, Schuldrecht 1/2, §§ 243-304, 13. Aufl., Stuttgart 2014, § 295 Rn. 4.

35 Für Verzichtbarkeit BGH 9.10.2000 – II ZR 75/99, NJW 2001, 287 (288); abl. Feldmann (Fn. 34), § 295 Rn. 2 m.w.N.

36 Huber, Leistungsstörungen (Fn. 6), § 51 I, S. 566 ff.

37 Näher Schwarze, FS Reichold (Fn. 1), unter V 2 m.w.N. zu Rechtsprechung und Literatur. Verzichtbarkeit des wörtlichen Angebots im Einzelfall nicht ausschließend, aber zurückhaltend gegenüber einer generellen Verzichtbarkeit bei „Offensichtlichkeit“ noch Schwarze, Leistungsstörungen (Fn. 10), § 36 Rn. 28, woran angesichts des im vorliegenden Text nunmehr analysierten Kontextes der Leistungsgefährdung nicht mehr festgehalten wird.

3. Die Reichweite der Gefährdung

Im Hinblick auf die Tragweite der Gefährdung ist zu unterscheiden: Die Gefährdung kann sich auf die Pünktlichkeit der Mitwirkung und Leistung beschränken oder Mitwirkung und Leistung überhaupt in Frage stellen. Dies kann jeweils in Gestalt der schwachen oder der starken Gefährdung geschehen. Im Beispiel: In *Fall 1a* liegt eine schwache Gefährdung der Pünktlichkeit vor, in *Fall 1b* eine starke Gefährdung der Pünktlichkeit, in *Fall 1c* eine schwache Gefährdung der Mitwirkung/Leistung überhaupt und in *Fall 1d* eine starke Gefährdung der Mitwirkung/Leistung überhaupt.

II. Rechtsfolgen

1. Gefährdung der Pünktlichkeit der Leistung

a) Zeitpunkt des Eintritts der Schuldnerrechte

Die Befugnisse, die dem Schuldner aus der vom Gläubiger verursachten Gefährdung erwachsen, sind die des Schuldners im vollendeten Gläubigerverzug. Dem voranzustellen ist die Frage des Zeitpunkts, zu dem sie entstehen. Die Konstruktion des § 295 S. 1, 1. Alt. BGB legt als Regel nahe, dass der Leistungszeitpunkt maßgeblich bleibt; denn die Rechtsfolge der Leistungsgefährdung wird darauf beschränkt, das Angebot gem. § 294 BGB entbehrlich zu machen. Zum wörtlichen Angebot bleibt der Schuldner verpflichtet. Es zielt auf eine Klärung der vom Gläubiger durch die Weigerung erzeugten ernsthaften Zweifel an seiner Mitwirkung und Vertragstreue. Der Schuldner muss dem Gläubiger somit Gelegenheit zur Antwort geben, und dafür ist die Frist bis zum Leistungszeitpunkt i.d.R. abzuwarten, weil angemessen. Im Falle der starken Leistungsgefährdung, in der „offensichtlich“ ist, dass der Gläubiger die Leistung zum fraglichen Zeitpunkt nicht abnehmen oder eine besondere Mitwirkung unterlassen wird, dürfte i.d.R. der Eintritt der Rechtsfolgen zu diesem Zeitpunkt angemessen sein, da Anstrengungen, die auf die pünktliche Erbringung der Leistung zielen, sinnlos werden. Die dem § 323 Abs. 4 BGB zugrunde liegende Wertung, dass die Bindung an sinnlos gewordene Pflichten ihre Schutzwürdigkeit verliert, lässt sich verallgemeinern. Man könnte den Fall ausnehmen, in welchem dem Schuldner das Abwarten keine Last bedeutet, nicht einmal die der Vorhaltung der Leistung. Aber Rechtssicherheit und mangelnde Schutzwürdigkeit des Gläubigers sprechen gegen diese Ausnahme.

b) Suspendierung der Leistungspflicht

Der Schuldner kann bis zur Beseitigung der unzumutbaren Gefährdung seine Anstrengungen einstellen (§ 275 BGB analog). Er gerät nicht in Schuldnerverzug, wenn infolgedessen die Leistung nicht pünktlich erfolgt, und ist nicht für einen dadurch verursachten Verlust der Leistung verantwortlich.³⁸ So könnte S im *Fall 1a – 1d* davon absehen, sich um den Erwerb der Leistung zu bemühen, in *Fall 1a* und *1c* bis der Gläubiger Klarheit (ggf. über einen neuen Abholungszeitpunkt) geschaffen hat. Die Reichweite der Befugnis wird im Einzelfall abzuwägen sein gegen Nachteile, die aus der Einstellung erwachsen, wenn die Leistungsanstrengungen dann doch wieder aufgenommen werden müssen. Im *Fall 1a* und *1c*, in dem eine reale Chance auf (pünktliche) Mitwirkung fortbesteht, muss der Schuldner seine Anstrengungen fortsetzen, wenn er auf diese Weise einen erheblichen Mehraufwand als Folge der Suspendierung (z.B. Fortfall seines Lieferanten und erhebliche Verteuerung der Beschaffung) vermeiden kann und andere Nachteile für den Schuldner nicht zu besorgen sind.

c) Ausgleich der Nachteile aus der Gefährdung der Pünktlichkeit

Im Gläubigerverzug stehen dem Schuldner Rechte zu, die unter Fortbestand der Leistungspflicht Nachteile ausgleichen, die sich aus der vorübergehenden Nichtannahme der Leistung bzw. Nichtmitwirkung des Gläubigers ergeben (insbes. §§ 300 – 304, §§ 372 ff. BGB). Diese Rechte stehen bei der Gefährdung der Leistungsannahme bzw. der Mitwirkung und einer hierdurch hervorgerufenen Gefährdung der Leistung dem Schuldner in unmittelbarer (§ 295 S. 1, 1. Alt. BGB) bzw. analoger Anwendung³⁹ ebenso zu Gebote. Die wichtigsten sind:

- Der Schuldner hat Anspruch auf Erstattung des Mehraufwands (gem./ analog § 304 BGB), und zwar (auch) desjenigen, der sich gerade aus der Gefährdung der Leistung ergibt. Im *Fall 1a – 1d* könnte S nach Ankündigung des G, die Bananen nicht oder nicht pünktlich abholen zu wollen, eine Gelegenheit zur Anmietung eines Ersatzlagerraums nutzen,

38 Vgl. zur vergleichbaren Konstellation der „vorübergehenden Unmöglichkeit“ unter E I 3.

39 S. unter D I 2.

- wenn er den Lagerraum benötigt. Den dafür aufzuwendenden Mehrbetrag könnte er von G ersetzt verlangen (gem./analog § 304 BGB).
- Der Schuldner wird von Sachgefahr (gem./analog § 300 Abs. 2 BGB) und Preisgefahr (gem./analog § 326 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. BGB) entlastet, wenn nach Eintritt der Gefährdungssituation ein Leistungshindernis (§ 275 BGB) eintritt. Der Schuldner haftet ab Eintritt der Gefährdung nur für grobe Fahrlässigkeit (gem./analog § 300 Abs. 1 BGB).

d) Entlastung bei der Vorhaltung der Leistung

Bei gegenständlichen Leistungen besteht die Last i.d.R. in der Lagerung (bewegliche Sache) bzw. der Vor- und Instandhaltung (Grundstücke). Von ihr darf sich der Schuldner nach der Wertung von §§ 372 ff. BGB bzw. § 303 BGB beim Gläubigerverzug befreien. Diese Befugnis muss dem Schuldner auch dann zustehen, wenn der Gläubiger die Annahme bzw. Mitwirkung gefährdet, sei es nur für den vereinbarten Zeitpunkt, sei es überhaupt. Für die schwache Leistungsgefährdung ergibt sich dies unmittelbar aus § 295 S. 1, 1. Alt. BGB. Für die starke Leistungsgefährdung ergibt es sich aus der teleologischen Reduktion des § 295 S. 1, 1. Alt. BGB bzw. der Analogie zu § 296 BGB. Wenn offensichtlich ist, dass der Gläubiger die Leistung zum Leistungszeitpunkt nicht annehmen bzw. eine dem vorgeschaltete Mitwirkung nicht vornehmen wird, gibt es kein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers, mit der Hinterlegung bzw. der Besitzaufgabe zuzuwarten. Für die nichtgegenständlichen Leistungen kann eine vergleichbare Entlastung des Schuldners erreicht werden, wenn die Obliegenheit zur anderweitigen Verwertung der Leistung (§§ 537 Abs. 1 S. 2, 615 S. 2, 642 Abs. 2 BGB) auf die besondere Lage der Gefährdung zugeschnitten wird und dem Schuldner zwar die Befugnis zur anderweitigen Verwertung schon mit Eintritt der unzumutbaren Gefährdung gewährt wird, aber das Zuwarten bis zum Leistungszeitpunkt nicht als „böswilliges“ Unterlassen bzw. anderweitige Verwertbarkeit (§ 642 Abs. 2 BGB) gewertet wird.

2. Lösungsrecht bei Gefährdung der Leistung überhaupt

Ist das Verhalten des Gläubigers so zu verstehen, dass die Mitwirkung überhaupt ausbleiben wird (*Fall 1c, 1d*), ist das weitere Vorhalten der Leistung sinnlos, auch in der abgeschwächten Form der Hinterlegung bzw. – bei nichtgegenständlichen Leistungen – der Befugnis zur vorübergehenden

anderweitigen Verwertung der Leistung. Dem stehen Fälle gleich, in denen die voraussichtliche Dauer des Ausbleibens der Mitwirkung dem Schuldner nicht zumutbar ist oder in denen unklar ist, ob die Mitwirkung dauerhaft ausbleibt: wenn z.B. im *Fall 1* der Gläubiger erklärt, die Leistung in den nächsten drei Monaten oder „bis auf Weiteres“ nicht annehmen zu wollen. Der Schuldner kann in diesen Fällen am Vertrag festhalten und die unter 1. skizzierten Befugnisse geltend machen. Es muss ihm aber gestattet sein, die Last durch Beseitigung der Leistungspflicht abzustreifen. Die Beseitigung der Leistungspflicht kann allerdings nicht ohne Beseitigung der Gegenleistungspflicht vonstattengehen und wird daher für den Schuldner nur in Frage kommen, wenn er über eine bessere Alternative verfügt.

a) Die Gefährdung als „wichtiger Grund“ zur außerordentlichen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses

Das Instrument zur Beseitigung der Leistungspflicht(en) ist beim Dauerschuldverhältnis die außerordentliche Kündigung, unter deren offenen Tatbestand („wichtiger Grund“) die unzumutbare Gefährdung durch den Gläubiger ohne weiteres subsumiert werden kann (§ 314 BGB und vertragstypenbezogene Spezialtatbestände wie §§ 543, 626 BGB).⁴⁰ Dass sie grundsätzlich auch für den Schuldner und als Reaktion auf unzureichende Mitwirkung des Gläubigers in Frage kommt, belegt § 643 BGB, der dem Schuldner der Werkleistung die außerordentliche Kündigung als Reaktion auf den Verzug des Gläubigers gestattet.⁴¹ Der Einwand, dass § 643 BGB in inhaltlicher Hinsicht als abschließende Regelung zu verstehen wäre, überschätzt den Aussagegehalt der Norm. Die historische Fassung des BGB kannte ein allgemeines außerordentliches Kündigungsrecht des Werkunternehmers nicht, weil es dafür wohl mit Blick auf den Erfolgscharakter der geschuldeten Leistung keinen vergleichbaren Bedarf wie beim Miet- oder Dienstvertrag sah. Bei Miet- und Dienstvertrag bedurfte es wegen des allgemein gehaltenen, nicht auf den Gläubiger beschränkten Tatbestands der außerordentlichen Kündigung einer besonderen Regelung nicht. Somit legt

40 Grundsätzlich (nur in casu verneinend) OLG Frankfurt 15.12.2000 – 24 U 240/98, BeckRS 2001, 1594 Rn. 34 (Unzumutbarkeit der Fortsetzung eines Werkvertrags wegen Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten; Gefährdung der künftigen Werkerstellung).

41 Peters, in: Staudinger BGB, Berlin 2019, § 643 Rn. 4.

§ 643 BGB einen Schluss ad maius nahe: Wenn schon der Gläubigerverzug, also die schlichte Unpünktlichkeit des Gläubigers, die Auflösung des Vertrags zur Folge haben kann, weil die Erstattung der Verzögerungskosten allein den Interessen des Unternehmers (Schuldner) nicht gerecht wird,⁴² muss dies erst recht gelten, wenn der Gläubiger Vertrag und Leistung prinzipiell ablehnt. Der Schuldner kann somit kündigen, wenn einer der beiden Gefährdungstatbestände erfüllt ist: die schwache Gefährdung, wenn innerhalb einer Frist zur Beseitigung die ernsthaften Zweifel an der Bereitschaft der Mitwirkung des Gläubigers nicht ausgeräumt worden sind; die starke Gefährdung, wenn offensichtlich ist, dass der Gläubiger dauerhaft nicht mitwirken wird.

b) Rücktrittsbefugnis analog § 323 BGB

Für den Einzelaustauschvertrag steht ein dem „wichtigen Grund“ vergleichbarer offener Tatbestand nicht zur Verfügung. Der Rückgriff auf § 313 BGB ist versperrt, wenn es um den Inhalt, nicht die Grundlage des Vertrags geht. Es bleibt nur die Analogie zu § 323 BGB. Ihr scheint prinzipiell und von vornherein der Tatbestand der „Pflicht“ entgegenzustehen. Pflicht und Obliegenheit scheinen in ihrem Kern unähnlich, wenn die Obliegenheit ein Verhalten zum Schutz des eigenen Interesses bezeichnet, die Pflicht sich demgegenüber auf den Schutz des fremden Interesses bezieht. Doch ist diese Ineinsetzung von Form und Interesse unterkomplex. *Zeuner* hat in seiner grundlegenden Abhandlung zum Verschulden gezeigt, dass Pflichtwidrigkeit und Obliegenheitswidrigkeit die rechtliche *Wertwidrigkeit* als gemeinsames Fundament zugrunde liegt. Gemeinsam ist beiden Formen der Wertwidrigkeit, dass sie ein rechtlich geschütztes Interesse durch ein Verhalten verletzen und dass das Verhalten deswegen als unwert, als „rechtlich wertwidrig“ angesehen werden muss.⁴³ Es ist eine Frage der Zweckmäßigkeit, welcher Form der Wertwidrigkeit das Recht sich bedient: ob dem Verpflichteten die Freiheit verbleiben soll, sich wertwidrig verhalten zu dürfen (Obliegenheit), oder nicht (Pflicht). Zur vollständigen Deckung gelangen Form und Inhalt, wenn die Verletzung der Obliegenheit ausschließlich das Interesse des Obliegenheitspflichtigen betrifft: etwa bei

42 *Peters* (Fn. 41), § 643 Rn. 1. Ob insoweit eine Verallgemeinerung in Betracht zu ziehen ist, muss hier offenbleiben.

43 *Zeuner*, Gedanken über Bedeutung und Stellung des Verschuldens im Zivilrecht, JZ 1966, 1 ff., insbes. S. 1 f.

der Obliegenheit des Hauseigentümers, sein Haus zu verschließen; die Folgen ihrer Verletzung (Einbruch) betreffen nur ihn. Ist das Haus versichert, schützt die entsprechende versicherungsvertragliche Obliegenheit (auch) die Interessen des Versicherers an einer angemessenen Begrenzung des versicherten Risikos. Formal zielt das Verhaltensgebot auf die Erhaltung eines Vorteils des Verpflichteten (des Versicherungsschutzes). Inhaltlich ist das Verhaltensgebot am Interesse des Versicherers orientiert, indem es den Einbruch in ein nicht verschlossenes Haus aus dem Versicherungsschutz herausnimmt. Auch § 643 BGB beruht auf dieser hybriden Form der Obliegenheit: Formal ist der Gläubiger zur Mitwirkung angehalten, um sich den Vorteil des Leistungsanspruchs ungeschmälert zu erhalten, in der Sache zielt die Obliegenheit darauf, den Schuldner vor den Nachteilen einer planwidrigen Abwicklung der Leistung zu bewahren. Somit erweist sich die Obliegenheit zur Annahme der Leistung und zur Mitwirkung als der Pflicht ähnlich genug, um einer Analogie zu § 323 BGB nicht entgegenzustehen. Das Kernanliegen der „Obliegenheitslösung“ bleibt gewahrt – die Freiheit des Gläubigers, die Leistung nicht annehmen zu müssen. Denn vom Rücktritt geht weder ein unmittelbarer Zwang wie bei der Klagbarkeit noch ein mittelbarer Zwang wie bei der unbegrenzten Haftung auf Schadensersatz aus, die Leistung anzunehmen. Der Schuldner kann mithin vom Vertrag zurücktreten, wenn der Gläubiger die Durchführung unzumutbar gefährdet.

E. Die vom Gläubiger zu verantwortende Gefahr eines Leistungshindernisses (§ 275 BGB)

Fall 2: Jagdwaffenhändler S verkauft G, der gerade seine Jägerprüfung bestanden hat, eine Jagdwaffe nach Muster eines Ausstellungsstücks. Der Kaufpreis wird sogleich bezahlt. Die Jagdwaffe soll geliefert werden, sobald S sie vom Hersteller erhalten hat. Zuvor soll G seine Waffenberechtigung nachweisen, ohne welche S dem G die Jagdwaffe nicht überlassen darf (§ 34 WaffG).

- a) G teilt dem S einige Tage nach dem Vertragsschluss mit, dass sich die Erteilung des Jagdscheins wegen weiterer Überprüfungen verzögern wird.*
- b) G teilt dem S einige Tage nach dem Vertragsschluss mit, dass sich die Erteilung des Jagdscheins wegen weiterer Überprüfungen um mindestens drei Monate verzögern wird.*

- c) *G teilt dem S einige Tage nach dem Vertragsschluss mit, dass die Erteilung des Jagdscheins „Schwierigkeiten bereite“.*
- d) *Die „Schwierigkeiten“ bestehen darin, dass G wegen Verfehlungen gegen das Waffengesetz mehrfach vorbestraft ist.⁴⁴*

Fall 3: K kauft beim Händler V einen Oldtimer, den sich V beim Eigentümer E beschaffen will und der innerhalb von drei Wochen geliefert werden soll. Den Kaufpreis bezahlt K sogleich. Kurz darauf erfährt V von E, dass sich K gemeldet habe und versuche, den Oldtimer unter Umgehung des V direkt von E zu einem um 10.000 € günstigeren Preis zu erwerben.

I. Tatbestand

1. Die Gefahr eines Leistungshindernisses (§ 275 BGB analog)

Der Tatbestand der vom Gläubiger zu verantwortenden Gefahr eines Leistungshindernisses (§ 275 BGB) ist in Analogie zum Tatbestand der vollendeten Störung zu bilden (§§ 326 Abs. 2 S. 1, 1. Alt., 275 BGB). Mag der eigenständige Charakter des Leistungshindernisses auch blass sein, solange es noch nicht eingetreten ist, ergeben die einschlägigen Regeln der vollendeten Störung doch einen Halt für die Dogmatik der gläubigerinduzierten Gefährdung. Vor Eintritt des Leistungshindernisses scheint der Schuldner eines Schutzes nicht zu bedürfen; solange die Leistung möglich ist, hat er sich um sie zu bemühen. Sobald sie unmöglich ist, greift der skizzierte Schutz zu seinen Gunsten. Dabei würde übersehen, dass das Fundament des Vertrags, das Vertrauen auf den Erhalt der Leistung, schon durch die Gefahr des Leistungshindernisses erschüttert wird. Damit droht jeder weiteren Anstrengung, jedem weiteren Aufwand des Schuldners die Frustration. Sinnlose Anstrengungen sind dem Schuldner nicht zuzumuten. Damit korrespondierend sinkt die Schutzwürdigkeit des verantwortlichen Gläubigers.

44 Es sei unterstellt, dass eine fehlende Waffenberechtigung gem. § 34 WaffG die Wirksamkeit des Kaufvertrags nicht berührt, sondern lediglich Übereignung und Übergabe der Waffe verbietet (so die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur zum Begriff des „Erwerbs“, s. Gade, Waffengesetz – Kommentar, 3. Aufl., München 2022, Anl. 1 Rn. 169 ff.; Papsthart, in: Steindorf/Heinrich, Waffenrecht, 11. Aufl., München 2022, Anl. 1 Rn. 169 ff. Im Ausbleiben der waffenrechtlichen Erlaubnis liegt dann ein rechtliches Hindernis für die Erfüllung der Lieferungspflicht (§ 275 Abs. 1, 2. Alt. BGB).

2. Schwache und starke Gefährdung

Auch hier kann zwischen dem ernsthaften Zweifel an der Erbringbarkeit der Leistung zum Leistungszeitpunkt (schwache Gefährdung, *Fall 2a*) und der Offensichtlichkeit ihrer Unerbringbarkeit zum Leistungszeitpunkt (starke Gefährdung) unterschieden werden (*Fall 2b, 2d*). Im ersteren Fall tritt die unzumutbare Ungewissheit erst ein, nachdem der Schuldner dem Gläubiger erfolglos eine angemessene Frist zur Klärung gesetzt hat; im letzteren Fall tritt sie mit der Offensichtlichkeit der Unerbringbarkeit zum Leistungszeitpunkt ein.

3. Reichweite der Gefährdung

Wie bei der Gefährdung der Mitwirkung kann danach unterschieden werden, ob durch die Gefahr eines Leistungshindernisses nur die Pünktlichkeit der Leistung bedroht ist oder die Leistung überhaupt in Frage steht. Ist das drohende Leistungshindernis nur vorübergehender Natur, droht vorerst nur die Gefahr der unpünktlichen Leistung, nicht der Ausfall der Leistung überhaupt. Droht das vorübergehende Leistungshindernis unzumutbar lang zu dauern (*Fall 2b*) oder besteht Unklarheit über den vorübergehenden Charakter des drohenden Leistungshindernisses (*Fall 2c*), bedeutet dies für den Schuldner eine ähnliche Ungewissheit wie bei der Gefahr eines dauernden Leistungshindernisses und steht diesem dann gleich.⁴⁵ Er kann sich daher analog § 275 BGB durch Einrede von der Leistungspflicht befreien.

4. Verantwortlichkeit des Gläubigers

Im Hinblick auf die Verantwortung des Gläubigers für das Hindernis kann in Anlehnung an die wohl herrschende Dogmatik bei der vollendeten Störung danach unterschieden werden, ob die Gefahr eines Leistungshindernisses verursacht wird durch unzureichende bzw. drohende unzureichende Mitwirkung (*Fall 1a – 1d*) bzw. durch ein drohendes Hindernis bei der Mitwirkung des Gläubigers (Mitwirkungshindernis), das die Erbringung der Leistung hindert (*Fall 2a – 2d*). Hier ist der Gläubiger in Anlehnung an die bei vollendeten Störungen überwiegend anerkannten Grundsätze

45 Näher dazu m.w.N. Schwarze, Leistungsstörungenrecht (Fn. 10), § 4 Rn. 21 ff.

schon aufgrund seiner Obliegenheit zur Mitwirkung verantwortlich i.S.d. § 326 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. BGB (analog), und zwar aufgrund vertraglicher Risikoübernahme auch ohne ein Verschulden.⁴⁶ Bei einer Ursache außerhalb der Mitwirkungsverantwortung (*Fall 3*) ist die Verantwortung wie bei der vollendeten Störung analog § 276 BGB zu begründen und verlangt i.d.R. ein Verschulden des Gläubigers. Tritt die unzumutbare Ungewissheit während des Annahmeverzugs ein (*Fall 1e*) und beendet der Schuldner deswegen analog § 275 BGB die Leistungspflicht,⁴⁷ bleibt die Pflicht zur Gegenleistung analog § 326 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. BGB bestehen (abzüglich ersparter Aufwendungen), auch wenn der Gläubiger die Gefahr nicht verschuldet hat.

II. Rechtsfolgen

1. Rechtsfolgen hinsichtlich der Gefährdung der Pünktlichkeit der Leistung

Von einer bloßen Gefährdung der Pünktlichkeit ist zu sprechen, wenn kein ernsthafter Zweifel daran besteht, dass der Gläubiger mitwirken wird, sondern nur zweifelhaft ist, dass er es zum schuldgemäßen Zeitpunkt tun wird.

a) Zeitpunkt des Eintritts der Rechte

Der Zeitpunkt, zu welchem die Rechte eintreten, ergibt sich aus der Anlehnung an § 275 BGB. Soweit die Gefahr des Leistungshindernisses dem Eintritt selbst rechtlich gleichsteht, gilt dies auch für den Zeitpunkt. Das bedeutet, dass die Befugnisse dem Schuldner zustehen, sobald die Situation der Unzumutbarkeit eingetreten ist und er sich auf sie beruft. Im *Fall 2d* kann der Händler, sobald er von den Vorstrafen des G erfährt, die Rechte geltend machen. Es ist offensichtlich, dass die Genehmigung nicht erteilt werden wird, ein Zuwarten bis zum Leistungszeitpunkt ist nicht zumutbar. Im *Fall 2c* gilt dasselbe, wenn eine angemessene Frist bis zur Klärung abge-

46 S. BGH 18.10.2001 – III ZR 265/00, NJW 2002, 595; *Ernst* (Fn. 6), § 326 Rn. 59 ff., 62; *Gsell*, in: Soergel BGB, Bd. 5/2, Schuldrecht 3/2, §§ 320-327, 13. Aufl., Stuttgart 2005, § 326 Rn. 44 ff.; weiter gehend (generell Verschuldensunabhängigkeit der Obliegenheitsverletzung) *Ernst* (Fn. 6), § 326 Rn. 55.

47 Unter D II 2.

laufen ist, die aber hier in etwa mit der Frist bis zum Leistungszeitpunkt übereinstimmt.

b) Vorübergehende Suspendierung der Leistungspflicht

Dass der Mitwirkung des Gläubigers ein Leistungshindernis entgegensteht, führt nicht unmittelbar zur Befreiung des Schuldners von den Leistungsbemühungen, die auf seiner Seite der Mitwirkung vorausgehen, da und soweit diese möglich bleiben. Im *Fall 2a* bzw. *Fall 2b* ist der Schuldner nicht gehindert, die Jagdwaffe beim Hersteller zu bestellen. Wohl muss der Schuldner seine Bemühungen bis zur Klärung der Situation analog § 242 BGB einstellen dürfen, wenn offensichtlich ist (*Fall 2b*) bzw. trotz einer Aufforderung zur Klärung der Situation auch nach Ablauf angemessener Frist zweifelhaft bleibt (*Fall 2a*), ob das Mitwirkungshindernis (im Beispiel die fehlende Waffenberechtigung) zum vereinbarten Zeitpunkt beseitigt sein wird. Das ist grundsätzlich zu bejahen, wenn dem Schuldner planwidrige Lasten drohen. Im *Fall 2* wäre dem so, wenn der Händler die Jagdwaffe nur ohne Rückgaberecht bestellen könnte und dann das Risiko der planwidrigen Lagerung bzw. der Versteigerung (§ 383 BGB) zu tragen hätte. Man wird dem Schuldner die Erhebung einer Einrede abverlangen müssen, die er im Falle der schwachen Gefährdung mit der Fristsetzung verbinden kann.⁴⁸ Die vorübergehende Suspendierung der Leistungspflicht zieht als Folge nach sich, dass der Schuldner wegen Verzögerungen, die sich infolge einer vom Gläubiger verursachten Ungewissheit ergeben, nicht gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB für Verzögerungsschäden haftet. Sie hat zur weiteren Folge, dass dem Gläubiger Rechte zur Liquidation des Vertrags gem. §§ 323 ff., 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 ff. BGB nicht zur Verfügung stehen, wobei dahingestellt bleiben kann, ob bereits der Tatbestand der Pflichtverletzung nicht erfüllt ist oder etwaige aus einer Pflichtverletzung ableitbare Gläubigerbefugnisse analog § 323 Abs. 6 BGB bzw. analog § 254 BGB entfallen.

48 Vgl. Schwarze, Leistungsstörungenrecht (Fn. 10), § 4 Rn. 23.

c) Ausgleich der Nachteile aus der Gefährdung der Pünktlichkeit

Die Ausführungen zu D II 1 c) gelten entsprechend. Entsteht dem Händler S im *Fall 2* ein Mehraufwand z.B. daraus, dass er die Jagdwaffe länger bei seinem Schuldner V belassen muss, der ihm dafür Lagerungskosten in Rechnung stellt, wären diese analog § 304 BGB zu ersetzen, und zwar ohne ein Verschulden, da es sich um ein Mitwirkungshindernis auf Seiten des Gläubigers G handelt.⁴⁹

d) Lösung von der Leistungspflicht

Eine analoge Anwendung der §§ 372 ff. BGB bzw. des § 303 BGB ist nicht geboten. Solange die Gefahr des Leistungshindernisses die Pünktlichkeit der Leistung in einer Weise bedroht, welche die weitere Bindung an den Vertrag für den Schuldner nicht unzumutbar macht, kann der Schuldner sich nicht schon vor dem Leistungszeitpunkt der Last der Leistungspflicht überhaupt entledigen. Ab dann tritt Gläubigerverzug ein, so dass §§ 372 ff. BGB und § 303 BGB unmittelbar eingreifen; dasselbe gilt für die Regeln über die anderweitige Verwendung nichtgegenständlicher Leistungen. Nur wenn völlig unklar ist, zu welchem Zeitpunkt die Mitwirkung des Gläubigers möglich sein wird, liegt eine Situation vor, welche die weitere Bindung an die Leistungspflicht unzumutbar macht und den Schuldner dazu berechtigt, die Einrede analog § 275 BGB⁵⁰ zu erheben und sich von seiner Leistungspflicht zu befreien.⁵¹ Hinzu tritt die Befugnis zum Rücktritt analog § 326 Abs. 5 BGB bzw. zur außerordentlichen Kündigung, wenn der Gläubiger für das Leistungshindernis verantwortlich ist.⁵²

2. Befreiungsrecht bei Gefährdung der Leistung überhaupt

Ist die Mitwirkung in einer Weise gefährdet, welche die Erbringung der Leistung überhaupt in Frage stellt, kann der Schuldner sich analog § 275 BGB von der Leistungspflicht befreien, wenn eine unzumutbare Ungewiss-

49 S. unter E I 4.

50 Vgl. *Schwarze*, Leistungsstörungenrecht (Fn. 10), § 4 Rn. 23.

51 Unter E I 3, E II 2.

52 Zur Konstruktion gilt das unter D II 2 Ausgeführte entsprechend.

heit eingetreten ist, wenn also offensichtlich ist, dass die erforderliche Mitwirkung auf unbestimmte Zeit nicht erfolgen wird (*Fall 2d*), oder wenn ernsthafte Zweifel in dieser Richtung trotz Setzung einer angemessenen Frist nicht ausgeräumt worden sind (*Fall 2c*). Der Schuldner kann die ihm dann zustehende Einrede ggf. bereits vor dem Leistungszeitpunkt erheben. Sein etwaiger Anspruch auf die Gegenleistung bleibt analog § 326 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. BGB bestehen, wenn der Gläubiger die Gefahr zu verantworten hat. Bei Mitwirkungshindernissen (*Fall 2a – 2d*) ist dies auch ohne Verschulden des Gläubigers anzunehmen,⁵³ in anderen Fällen muss ein Verschulden analog § 276 BGB gegeben sein. Erhebt der Schuldner die Einrede nicht, tut er dies grundsätzlich auf sein Risiko; etwaige Mehraufwendungen oder frustrierte Aufwendungen kann er vom Gläubiger nicht ersetzt verlangen.

F. Leistungsgefährdung durch den Gläubiger im Vorfeld der Regeln des besonderen Vertragsrechts

Abschließend ist ein Blick auf die Bedeutung des besonderen Vertragsrechts für das vorliegende Thema zu werfen, auf Regeln, welche die Verantwortung des Gläubigers regeln in Abweichung oder Ergänzung der allgemeinen Regeln. Beispielhaft für die Mitwirkung des Gläubigers kann § 643 BGB herangezogen werden: Ein außerordentliches Kündigungsrecht ist dem Werkunternehmer/Schuldner zuzubilligen, wenn hinsichtlich der Annahme des Werks eine unzumutbare Ungewissheit besteht. Das ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz für die schwache Gefährdung (§ 295 S. 1, 1. Alt. BGB), auf die §§ 643, 642 Abs. 1 BGB Bezug nehmen, und es gilt entsprechend §§ 295, 296 BGB⁵⁴ i.V.m. §§ 643, 642 Abs. 1 BGB für die starke Leistungsgefährdung, wenn die Annahme bzw. Mitwirkung offensichtlich ausbleiben wird. Exemplarisch für die Gefahr eines Leistungshindernisses ist § 645 BGB heranzuziehen, der analog gilt, wenn eine unzumutbare Ungewissheit über den Eintritt eines Leistungshindernisses oder dessen

53 S. unter E I 4.

54 Nach Maßgabe der Ausführungen unter D I 2.

Dauerhaftigkeit entstanden ist und die Ursache dem in § 645 Abs. 1 BGB umrissenen Verantwortungsbereich des Gläubigers entstammt.⁵⁵

G. Schluss

Die Verantwortung des Gläubigers für Gefährdungen der Leistung ist in Anlehnung an den Tatbestand der jeweiligen vollendeten Störung (insbes. Gläubigerverzug und vom Gläubiger zu verantwortendes Leistungshindernis) zu entwickeln. Das zeigt § 295 S. 1, 1. Alt. BGB, der das Problem fragmentarisch regelt. Das Maß für die rechtliche Erheblichkeit der Gefährdung ist die Unzumutbarkeit der durch sie erzeugten Ungewissheit für den Schuldner. Wie bei der Leistungsgefährdung durch den Schuldner sind zwei Stufen der Leistungsgefährdung unterscheidbar (schwache und starke Gefährdung). Im Falle der schwachen Gefährdung muss der Schuldner dem Gläubiger Gelegenheit zur Klärung der Lage binnen angemessener Frist geben. Gibt es eine echte Pflicht zur Annahme oder Mitwirkung, deren Schuldner der Gläubiger ist, treten insoweit die Regeln über die Leistungsgefährdung durch den Schuldner hinzu.

55 Paradigmatisch BGH 11.03.1982 – VII ZR 357/80, NJW 1982, 1458 = BGHZ 83, 197 ff. (Ungewissheit über die Dauer eines Leistungshindernisses), vgl. dazu *Schwarze*, Leistungsstörungenrecht (Fn. 10), § 4 Rn. 22 ff.

