

## Aufsatz ZR

PD Dr. Jan Peter Schmidt\*

# Neuer Blick auf ein altes Thema – Anspruchsmechanik und Wertung bei zufälligen Leistungsstörungen (Teil 2)

<https://doi.org/10.1515/jura-2023-2166>

*Der zweite Teil dieses Beitrags arbeitet heraus, dass der BGB-Gesetzgeber sich zur Bewältigung zufälliger Leistungsstörungen keiner einheitlichen Regelungstechnik bedient hat, und plädiert für einen Abschied von der etablierten Gefahrtragungsdogmatik. Teil 1 des Beitrags ist erschienen in JURA, 2024, 347 (<https://doi.org/10.1515/jura-2023-2165>).*

**Stichwörter:** Leistungsstörungen, Gefahrtragung, Risikoverteilung, Schadensverlagerung, Unmöglichkeit, Zufall

## IV. Die uneinheitliche Regelungstechnik des BGB-Gesetzgebers

Die bisher gesehenen Fälle haben gemeinsam, dass etwaige Reaktionen des Gesetzes auf äußere Umstände mittels Drehen an der »Anspruchsschraube« erfolgen. Die Konsequenzen für die Wertungsebene, also insbesondere die Schadenszuweisung, bleiben hingegen unausgesprochen.

Diese Regelungstechnik steht ganz im Einklang mit der Devise der BGB-Verfasser, dass ein Gesetzbuch kein Lehrbuch sein sollte (»lex imperat, non docet«),<sup>1</sup> und sie findet sich auch in zahlreichen anderen Regelungsbereichen des BGB (wie auch in der deutschen Rechtsordnung insge-

samt). Beispielsweise spricht das Gesetz an keiner Stelle aus, dass Übermittlungsrisiken im rechtsgeschäftlichen Verkehr von der erklärenden Person getragen werden. Stattdessen verwirklicht es diese Wertung dadurch, dass es die Wirksamkeit einer empfangsbedürftigen Willenserklärung an den Zugang beim Empfänger knüpft (§ 130 Abs. 1 BGB), was zumindest das Gelangen in dessen Machtbereich erfordert.<sup>2</sup> Ab dann braucht sich der Absender keine Gedanken mehr zu machen, sodass es der Wirksamkeit der Erklärung z.B. nichts anhat, wenn die Nachricht vom Empfänger oder einer Hilfsperson vor Kenntnisnahme versehentlich vernichtet wird. Einmal mehr verdeutlicht ein Blick in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung die alternativen Lösungsmöglichkeiten und die damit verbundenen Risikozuweisungen. So reist eine Erklärung nach der »Absendetheorie« auf das Risiko des Empfängers, während die »Vernehmungstheorie« dem Absender sogar noch das Risiko aufbürdet, dass der Empfänger die Erklärung nicht zur Kenntnis nimmt.<sup>3</sup> Dass die »Zugangstheorie« sich schließlich auf breiter Front durchsetze, überrascht nicht, weil nur sie die Risikozuweisung an die jeweiligen Einflussbereiche der Parteien koppelt.<sup>4</sup> Gleichzeitig ist bemerkenswert, dass z.B. das UN-Kaufrecht eine Ausnahme für solche Erklärungen macht, die in Reaktion auf eine Vertragsverletzung ergehen (etwa die Mitteilung einer Vertragsaufhebung): Sie reisen nach Art. 27 UN-Kaufrecht auf das Risiko des Empfängers, also desjenigen, der die Notwendigkeit der Erklärung verursacht hat.<sup>5</sup>

Keht man nach diesem Exkurs zum Leistungsstörungenrecht des BGB zurück, fällt auf, dass dieses an manchen Stel-

<sup>1</sup> Siehe HKK/Schmoeckel, Bd. I, 2003, vor § 1, Rn. 30 ff.; Haferkamp, Wege zur Rechtsgeschichte: Das BGB, 2022, 86. Ein Gegenmodell lässt sich z. B. im einflussreichen Zivilgesetzbuch Chiles sehen, das einen betont didaktischen Impetus hat, siehe Nelle, Entstehung und Ausstrahlungswirkung des chilenischen Zivilgesetzbuches von Andrés Bello, 1988, 106 f.

\*Kontaktperson: Jan Peter Schmidt, ist Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg und leitet dort das Kompetenzzentrum für die Anwendung ausländischen Rechts.

<sup>2</sup> Zum Streit, ob es darüber hinaus auf den gewöhnlichen Zeitpunkt der Kenntnisnahme ankommt, siehe Faust, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl. 2023, § 2 Rn. 22 ff.

<sup>3</sup> Eingehend HKK/Oestmann, Bd. I, 2003 §§ 130–132, Rn. 15 ff.

<sup>4</sup> Näher Zimmermann/Jansen/J.P. Schmidt, Commentaries on European Contract Laws, 2018, Art. 1:303 Rn. 18 ff.

<sup>5</sup> Dieselbe Regelung findet sich in Art. 1:303 PECL, siehe Zimmermann/Jansen/J.P. Schmidt, Commentaries on European Contract Laws, 2018, Art. 1:303 Rn. 21.

len von der auf den Anspruch fokussierten Regelungstechnik abweicht und stattdessen die Wertungsebene anspricht. So heißt es in § 446 S. 1 BGB: »Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über.« § 644 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB lauten: »Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes. Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über.« Den am Anspruchsdenken geschulten Leser müssen diese Regelungen ratlos zurücklassen, denn ihre Rechtsfolgen – Tragung bzw. Übergang der »Gefahr« – lassen sich nicht in das bekannte Schema einordnen.<sup>6</sup> Gleiches gilt für § 270 Abs. 1 BGB, wonach der Schuldner Geld »auf seine Gefahr [...] dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln« hat.

Liest man die genannten Regelungen hingegen als Zuweisung des wirtschaftlichen Schadens, lässt sich von hier auf die Anspruchsebene rückschließen.<sup>7</sup> Dies führt im Falle des § 446 S. 1 BGB dazu, dass ein zufälliger Untergang der Kaufsache nach Übergabe die Regelung des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB ausschaltet und somit der Kaufpreisanspruch aus § 433 Abs. 2 BGB erhalten bleibt.<sup>8</sup> Wäre der Gesetzgeber bei seiner üblichen Regelungstechnik geblieben, hätte er den in § 446 S. 1 BGB enthaltenen Gedanken etwa wie folgt ausdrücken können: »Tritt der Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 Absatz 1 bis 3 nicht zu leisten braucht, nach Übergabe der Kaufsache ein, so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung.«<sup>9</sup> Diese Vorschrift hätte dann sogar in den systematischen Kontext des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB gestellt werden können, um den inneren Zusammenhang mit dieser Vorschrift zu unterstreichen.<sup>10</sup>

Im Kontext des § 644 BGB liegt der wirtschaftliche Schaden im Beispiel des eingestürzten Bauwerks in der verlore-

nen Arbeitskraft und dem verlorenen Material. Dass dieser Verlust bzw. das *Herstellungsrisiko*<sup>11</sup> bis zur Abnahme dem Werkunternehmer zugewiesen ist, ergibt sich auch ohne den § 644 Abs. 1 S. 1 BGB daraus, dass § 641 Abs. 1 S. 1 die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs an die Abnahme knüpft. (Ist die Erbringung der Werkleistung weiterhin möglich, kann der Unternehmer sich den Werklohn zwar noch verdienen, muss dafür aber nochmals bei Null anfangen.) Soll hingegen nach § 644 Abs. 1 S. 2 der Schaden von dem in Annahmeverzug geratenen Besteller getragen werden, muss der Rechtsanwender die Auswirkungen auf die Anspruchsebene selbst entwickeln.<sup>12</sup>

Interessanterweise war die entsprechende »Ausformulierung« des § 644 BGB in seinem Entstehungsprozess sogar vorgeschlagen worden: »Kommt der Besteller mit der Annahme des vertragsgemäß ausgeführten Werks in Verzug, so ist der Uebernehmer, wenn das Werk während des Verzugs durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand ganz oder theilweise zu Grunde geht, die Gegenleistung zu fordern berechtigt und zur Wiederherstellung nicht verpflichtet.«<sup>13</sup> In der Diskussion wurde dann aber die Version »... so geht die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung auf ihn über« mit dem Argument bevorzugt, dass sie einen umfassenderen Inhalt habe und einen leitenden Grundsatz klar und bestimmt ausspreche.<sup>14</sup>

Diese (punktuelle) Präferenz einer Regelung auf der Wertungsebene scheint im Rückblick bemerkenswert, weil die Formulierung des § 644 Abs. 1 BGB aus heutiger Sicht eher kryptisch anmutet und der Alternativvorschlag viel einfacher zu verstehen wäre. Dass die Verfasser des BGB es anders empfanden, dürfte mit ihrer tiefgreifenden Schulung am römischen Recht zu tun haben, das zu ihrer Zeit in Gestalt des *ius commune* immer noch Geltung in Deutschland hatte<sup>15</sup> (obgleich vielerorts nur subsidiär) und im Zentrum der juristischen Ausbildung stand.<sup>16</sup> Im römischen Schuldrecht kam dem Begriff des »periculum« – der als »Gefahr« ins Deutsche übersetzt wurde – eine zentrale Rolle zu,

6 M. Müller, RW 2020, 292 (294) spricht von »Gefahrtragungsnormen mit unspezifischer Rechtsfolge«.

7 Siehe auch Leenen, JuS 2008, 577 (582).

8 M. Müller, JZ 2016, 1099 deutet § 446 S. 1 BGB mit beachtlicher Argumentation als Schadensersatzanspruch, allerdings scheint der Begründungsaufwand hierfür höher zu sein als für das herkömmliche Verständnis als Anspruchserhaltungsnorm.

9 Dies würde im Grundsatz der Regelungstechnik von Art. 66 UN-Kaufrecht entsprechen: »Untergang oder Beschädigung der Ware nach Übergang der Gefahr auf den Käufer befreit diesen nicht von der Pflicht, den Kaufpreis zu zahlen, es sei denn, daß der Untergang oder die Beschädigung auf eine Handlung oder Unterlassung des Verkäufers zurückzuführen ist.« (amtlicher, nicht verbindlicher Text für die Bundesrepublik Deutschland). Zwar spricht auch diese Vorschrift vom »Übergang der Gefahr« [engl. »after the risk has passed«], dies dient aber nur der Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunkts, der je nach Vertragsinhalt ein anderer ist (vgl. Art. 67–69 UN-Kaufrecht). Die Konsequenz für die Pflicht zur Kaufpreiszahlung (nämlich ihr Fortbestehen) wird von Art. 66 UN-Kaufrecht im Gegensatz zu Art. 446 S. 1 BGB ausgesprochen.

10 Vgl. auch Stamm, AcP 217 (2017), 165 (175 f.).

11 Looschelders Schuldrecht Besonderer Teil, 18. Aufl. 2023, § 33 Rn. 26.

12 Zu dogmatischen Einzelheiten sowie der Frage, ob der Werkunternehmer trotzdem zur Leistungserbringung verpflichtet bleibt und dann ggf. ein zweites Mal vergütet wird, M. Müller, JZ 2016, 1099 (1100 I. Sp.).

13 Jakobs/Schubert (Hg.), Die Beratung des BGB, Schuldrecht 2: §§ 433–651, 1980, 895. Dazu auch M. Müller, RW 2020, 292 (335 f.).

14 Jakobs/Schubert (Fn. 13) 896.

15 Zum historisch überaus bedeutsamen Prozess der »Rezeption« des römischen Rechts in Deutschland ebenso wie in vielen anderen Teilen Europas Jansen, Ius commune (gemeines Recht), in: Basedow/Zimmermann/Hopt (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I, 2009, 916; Kaser/Knützel/Lohsse Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 1 Rn. 25 ff.

16 Anschaulich Haferkamp (Fn. 1) 61.

indem er es erlaubte, Risikozuweisungen auf prägnante Formeln wie »periculum est emptoris« (wörtlich »Die Gefahr ist des Käufers«) zu bringen.<sup>17</sup> Zu beachten ist allerdings ein grundlegender Unterschied des römischen zu unserem heutigen Zivilrecht: Es war zum größten Teil nicht ein von einem staatlichen Gesetzgeber »auf dem Reißbrett« entworfenes, sondern ein von Juristen anhand praktischer Fälle schrittweise entwickeltes Recht.<sup>18</sup> Für die römischen Juristen war es in Ermangelung einer ausgefeilten Regelungsmechanik nach Art der §§ 275, 326 BGB daher ganz natürlich, vornehmlich auf der Wertungsebene zu argumentierten. Für die Verfasser des BGB hingegen hätte es nahe gelegen, bei Redaktion der §§ 446 S. 1, 644 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB konsequent der gesetzes- und insbesondere anspruchsorientierten Denkweise zu folgen und nicht ausnahmsweise am römischen Vorbild hängen zu bleiben.<sup>19</sup>

Und noch eine weitere Besonderheit der genannten Normen verdient an dieser Stelle Erwähnung: Sie weisen nicht einen eingetretenen Schaden zu, sondern bloß eine »Gefahr« bzw. ein »Risiko«, und regeln damit gleich im doppelten Sinne in eine noch ungewisse Zukunft hinein.<sup>20</sup> Bildlich gesprochen, richtet eine Vorschrift wie § 446 S. 1 BGB eine Kanone aus, von der noch gar nicht gewiss ist, ob sie jemals abgefeuert wird. Denn solange die Sache unversehrt bleibt, brauchen sich Käufer und Verkäufer für die Risikozuweisung nicht zu interessieren.<sup>21</sup> Freilich wird das Wissen des Käufers, dass ein Schuss aus der Kanone nun sein Vermögen treffen würde und nicht mehr das des Verkäufers, ihn typischerweise dazu anreizen, die Zündung tunlichst zu verhindern, spricht: auf die Kaufsache besonders gut achtzugeben. Von daher ist es gut nachvollziehbar, wenn die Dogmatik in Antizipation des relevanten Falls statt von der *Schadenstragung* häufig lieber von der *Risikotragung* spricht. Für ein Gesetz ist diese Sichtweise hingegen ungewöhnlich, und sie entspricht, wie gesehen, auch nicht der bei §§ 275, 326 BGB angewandten Regelungstechnik.<sup>22</sup>

17 Dazu *Ernst*, ZRG (RA) 99 (1982), 216; *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 15) § 52 Rn. 20–22.

18 Näher *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 15) § 2.

19 Eine andere Frage ist, inwieweit § 644 Abs. 1 BGB neben den allgemeinen Vorschriften überhaupt eigenständigen Gehalt hat, dazu *Pallasch*, JA 1994, 509; *Stamm*, AcP 217 (2017), 165 (181).

20 Zur Unterscheidung auch *Königgen*, JZ 2022, 990, (999 Fn. 131), der im Grundsatz allerdings einer anderen Konzeption folgt als der hier vertretenen.

21 Siehe auch *M. Müller*, JZ 2016, 1099 (1101 l. Sp.).

22 Eine weitere regelungstechnische Inkonsistenz liegt übrigens darin, dass der Gesetzgeber sich bei § 446 S. 1 BGB darauf beschränkt, den Übergang der Gefahr anzuordnen, während er in § 644 Abs. 1 BGB zusätzlich klarstellt, bei wem die Gefahr vor dem Übergang liegt. Dies war unnötig, weil die Gefahr immer nur bei der einen oder anderen Ver-

Schaut man abschließend auf das Beispiel des § 270 Abs. 1 BGB, so lautet die »Übersetzung« der hier getroffenen Schadenszuweisung, dass die Pflicht des Geldschuldners erst dann durch Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB erlischt, wenn das Geld wohlbehalten beim Gläubiger angekommen ist.<sup>23</sup> Anders gesagt, muss der Schuldner unzureichende oder fehlgeschlagene Übermittlungsversuche wiederholen, die hiermit verbundenen Kosten sind sein Problem.

## V. »Leistungsgefahr« und »Gegenleistungsgefahr« – Zeit zum Abschiednehmen

Die bisherige Darstellung ist ohne die vom BGB selbst nicht gebrauchten,<sup>24</sup> im Schrifttum aber allgegenwärtigen Begriffe »Leistungsgefahr« und »Gegenleistungsgefahr« ausgekommen. Auch in einer Falllösung werden diese nicht benötigt, weil, wie oben gesehen, lediglich sauber das Entstehen, das Erlöschen und die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen zu prüfen ist. Im Gegenteil bedarf es sogar einiger Anstrengungen, die Begriffe »Leistungsgefahr« und »Gegenleistungsgefahr« sinnvoll in die Lösung einzubauen.<sup>25</sup> Der Beweis, dass sich Lehrbuch zum deutschen Vertragsrecht ohne sie schreiben lässt, wurde ebenfalls bereits erbracht.<sup>26</sup>

Ist mit der herkömmlichen Gefahrtragungsdogmatik aber zumindest ein Erkenntnisgewinn verbunden? Ihre feste Etablierung lässt dies vermuten. Und doch zeigt sich beim näheren Hinsehen, dass die Begriffe »Leistungsgefahr« und »Gegenleistungsgefahr« nicht nur entbehrlich, sondern dem Verständnis sogar abträglich sind.

tragspartei liegen kann und somit in der Regelung zu ihrem Übergang auf die eine Partei notwendig die Aussage enthalten ist, dass sie bis dahin der anderen Partei zugewiesen war. Dies arbeitet zutreffend *M. Müller*, RW 2020, 292 (311) heraus. Siehe auch schon *Pallasch*, JA 1994, 504 (505).

23 *Leenen*, JuS 2008, 577 (583).

24 Dies betont auch *Pallasch*, JA 1994, 504 (504).

25 Zutreffend *Leenen*, JuS 2008, 577 (581).

26 Siehe *Kötz*, Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 787ff., wo der Autor die Begriffe Leistungsgefahr und Gegenleistungsgefahr nicht explizit ablehnt, sondern einfach stillschweigend »übergeht« (erwähnt wird der Begriff der Leistungsgefahr allerdings ohne nähere Erläuterung in Rn. 842a).

## 1. Bedeutung und Problematik des Begriffs der »Leistungsgefahr«

Lässt man kleinere Variationen im Schrifttum außer Acht,<sup>27</sup> ist mit der »Leistungsgefahr« die Frage angesprochen, wie sich Störungen der Vertragsdurchführung auf die betreffende Leistungspflicht auswirken. Wie oben gesehen, wird der Schuldner z. B. dann befreit, wenn die verkaufte Stücksache untergegangen ist (§ 275 Abs. 1 BGB) oder der zur Leistung erforderliche Aufwand in grobem Missverhältnis zum Leistungsinteresse steht (§ 275 Abs. 2 BGB). Gemäß der etablierten Dogmatik trägt deshalb der Gläubiger in diesen Situationen die Leistungsgefahr,<sup>28</sup> die sich damit auch als »Sachgefahr« hinsichtlich Forderungen verstehen lässt (weil der Gläubiger diese verliert).<sup>29</sup> Liegen die Erschwerungen hingegen unterhalb der genannten Schwellen, z. B. weil Leistung aus einer Gattung geschuldet ist und diese nur hinsichtlich einzelner Stücke, nicht aber vollständig untergegangen ist, bleibt die Leistungspflicht bestehen, weshalb die Leistungsgefahr hier beim Schuldner liegt.<sup>30</sup> Nimmt der Gattungsschuldner hingegen alles zur Leistung Erforderliche i. S. d. § 243 Abs. 2 BGB vor, verschiebt er die Leistungsgefahr auf den Gläubiger.<sup>31</sup>

Abgesehen von den sprachlichen Bedenken gegen den Begriff der Leistungsgefahr<sup>32</sup> wird somit deutlich, dass er gar keinen festen Inhalt hat, sondern seine Bedeutung von der jeweiligen Perspektive abhängt.<sup>33</sup> Für den Schuldner bedeutet das Tragen der Leistungsgefahr, die Leistung noch erbringen und etwaige Leistungsbemühungen wiederholen zu müssen, für den Gläubiger bedeutet es, die Leistung nicht mehr fordern zu können.<sup>34</sup> Die Redeweise vom »Über-

gang der Leistungsgefahr« erweist sich damit als inkohärent, weil der Begriff des Übergangs voraussetzt, dass das Übergangsobjekt identisch bleibt<sup>35</sup> (so wie es z. B. beim Übergang eines Rechts vom Erblasser auf den Erben der Fall ist).

Sinnvoller Weise kann daher nicht vom *Übergang* der Leistungsgefahr die Rede sein, sondern nur davon, dass sie (wie z. B. im Fall des § 243 Abs. 2 BGB) beim Schuldner *erlischt* und zugleich beim Gläubiger *entsteht*.<sup>36</sup> Doch bleibt auch diese Sichtweise gekünstelt, weil es letztlich immer nur um Fortbestand oder Erlöschen der *Leistungspflicht* geht. Die Konkretisierung nach § 243 Abs. 2 BGB führt, genau wie der Wortlaut sagt, zu einer Beschränkung der Leistungspflicht auf die ausgesonderte Sache. Geht diese dann unter, kommt es zur Befreiung nach § 275 Abs. 1 BGB.<sup>37</sup> Entscheidend ist also immer das jeweilige Pflichtenprogramm.<sup>38</sup>

Es ist kein Zufall, dass Rechtsvergleicher wie Ernst Rabel zu den ersten gehörten, die den Begriff der Leistungsgefahr als unnötige Quelle von Missverständnissen erkannten.<sup>39</sup> Denn das Studium anderer Rechtsordnungen hatte ihnen gezeigt, dass diese ein Pendant zur Leistungsgefahr weder kannten noch vermissten.<sup>40</sup> Auch das oben genannten Lehrbuch<sup>41</sup> wurde bezeichnender Weise von einem ehemals führenden Rechtsvergleicher und mittelbaren Nachfolger Rabels verfasst.<sup>42</sup>

Wieso hat die deutsche Dogmatik den Begriff der Leistungsgefahr trotzdem entwickelt und bis heute hartnäckig an ihm festgehalten? Ein wichtiger Grund dürfte in § 300 Abs. 2 BGB liegen, wo das Gesetz selbst vom Übergang der

27 Für eine detaillierte Auswertung siehe M. Müller, RW 2022, 292 (295–298).

28 Siehe z. B. Medicus/Lorenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2021, § 15 Rn. 20; HKK/Dorn, Bd. II/1, 2007, § 243 Rn. 9, der den Begriff der Leistungsgefahr sogar wie eine dem BGB vorgelagerte Kategorie verwendet.

29 So Kaser/Knützel/Lohsse (Fn. 15) § 52 Rn. 20.

30 Pallasch, JA 1994, 504 (506 f.) spricht von der Gefahr, Leistungsbemühungen wiederholen zu müssen.

31 Siehe z. B. Canaris, JuS 2007, 793 (793). Bisweilen wird im Schrifttum sogar suggeriert, dass in den §§ 243, 275 BGB der Begriff der »Gefahr« genannt sei, siehe z. B. Wörten/Metzler-Müller, Schuldrecht AT, 13. Aufl. 2018, Rn. 327.

32 Der unbefangene Leser würde denken, dass es um die »Gefahr des Leistens« geht, so wie bei der Erstickungsgefahr um die »Gefahr des Erstickens«. Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, 29 f., sprach im Anschluss an gemeinrechtliche Quellen noch von der »Speziesgefahr«, was ebenfalls nicht überzeugt, da es nicht um die Gefahr der ggf. untergegangenen Sache geht, sondern um das Fortbestehen oder Erlöschen der Leistungspflicht.

33 Siehe auch Leenen, JuS 2008, 583; M. Müller, RW 2022, 292 (302–304).

34 Wohl unfreiwillig wird die mangelnde Kongruenz durch das von Wörten/Metzler-Müller (Fn. 93) 150 erstellte Schaubild illustriert.

35 So auch M. Müller, RW 2022, 292 (305).

36 In der Tat sprechen Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 12. Aufl. 2022, Rn. 817 von der »Beendigung der Leistungsgefahr« (Hervorhebung hinzugefügt).

37 Siehe bereits Leenen, JuS 2008, 577 (583).

38 Siehe auch Heck (Fn. 32) 30: »Der Grund der Verschiedenheit ergibt sich schon aus dem verschiedenen Inhalte der übernommenen Verpflichtung.«

39 Siehe Rabel, Das Recht des Warenkaufs: Eine vergleichende Darstellung, Bd. 2, 1958, 292 f. Vorher schon Grossmann-Doerth, Das Recht des Überseekaufs, Bd. 1, 1930, 101–103, der von einer »Sprachverwirrung« spricht und einen Sonderweg der deutschen Dogmatik konstatiert.

40 Siehe Grossmann-Doerth (Fn. 39) 102: »In der Sprache des Handels, des deutschen wie des ausländischen, hat Verfasser [sic] solchen Sprachgebrauch nirgends beobachtet.«

41 Siehe oben Fn. 26.

42 Ernst Rabel (1874–1955) war ab 1926 erster Direktor des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrechts, bis er 1937 aufgrund seiner jüdischen Herkunft in die Emigration gezwungen wurde. Hein Kötz (\*1935) war von 1978–2000 Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, wie das Kaiser-Wilhelm-Institut seit seiner 1949 erfolgten Eingliederung in die Max-Planck-Gesellschaft heißt.

Gefahr spricht, hiermit aber nach ganz h.M. das Schicksal der Leistungspflicht meint und nicht, wie z.B. bei § 446 S. 1 BGB, das Schicksal der Gegenleistungspflicht.<sup>43</sup> Doch ist die Redaktion der Vorschrift verunglückt, weil es eigentlich um dieselbe Rechtsfolge wie in § 243 Abs. 2 BGB geht: Der Schuldinhalt beschränkt sich mit Annahmeverzug auf die zur Leistung bereitgestellte Sache, sodass es im Falle ihrer Zerstörung zur Leistungsbefreiung nach § 275 Abs. 1 BGB kommt. Dass der Schuldner die Sache bereits ausgesondert hatte, ist deshalb ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung,<sup>44</sup> und im Schrifttum findet sich sogar die Ansicht, dass § 300 Abs. 2 BGB neben § 243 Abs. 2 BGB überhaupt keine eigenständige Bedeutung habe.<sup>45</sup>

Wenngleich also die Rechtsdogmatik aufgerufen war, Ordnung in die uneinheitliche Verwendung des Gefahrbegriffs im Schuldrecht des BGB zu bringen, war die Entwicklung des Begriffs der Leistungsgefahr dennoch ein Irrweg. Viel einfacher wäre es gewesen, § 300 Abs. 2 BGB korrigierend im Sinne einer Schuldbeschränkung nach Art des § 243 Abs. 2 BGB zu lesen. Dieser Weg steht weiterhin offen, und da das BGB den Begriff der Leistungsgefahr nicht vorgibt, sollte die Dogmatik auch keine Schwierigkeiten haben, sich von ihm zu trennen.<sup>46</sup>

## 2. Bedeutung und Problematik des Begriffs der »Gegenleistungsgefahr«

Auch den Begriff der »Gegenleistungsgefahr« bestimmt die herkömmliche Dogmatik jeweils in Abhängigkeit von der Perspektive.<sup>47</sup> In Bezug auf den Schuldner der gestörten Leistung ist demnach die Gefahr gemeint, die Gegenleistung

nicht zu erhalten (wie z.B. bei Anwendung des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB), in Bezug auf den Gläubiger hingegen die Gefahr, die Gegenleistung erbringen zu müssen, obwohl die Leistung (teilweise) ausbleibt (so wie z.B. bei § 326 Abs. 2 S. 1 BGB).<sup>48</sup> So gesehen, gibt es gar nicht eine einheitliche Gegenleistungsgefahr, sondern, bezogen auf den Kauf, eine »Verkäufer-Gegenleistungsgefahr« auf der einen und eine »Käufer-Gegenleistungsgefahr« auf der anderen Seite.<sup>49</sup>

Genau wie beim Begriff der Leistungsgefahr gilt somit auch für den der Gegenleistungsgefahr, dass angesichts des changierenden Inhalts nicht von einem *Übergang* gesprochen werden kann, sondern nur von einem *Erlöschen* bzw. *Entstehen*.<sup>50</sup> So endet beim Kauf das Risiko des Verkäufers, infolge des Untergangs des Leistungsgegenstandes den Kaufpreisanspruch zu verlieren, mit der Übergabe der Sache (§ 446 S. 1 BGB). Zugleich entsteht in diesem Moment für den Käufer das Risiko, die Kaufpreisforderung unabhängig vom weiteren Schicksal des Kaufgegenstands leisten zu müssen.

Diese Inkonsistenz löst sich zwanglos auf, wenn man die »Gefahr« i. S. d. §§ 446, 447, 644 BGB nicht im Sinne von Gegenleistungsgefahr liest, sondern hierunter das wirtschaftliche Risiko bzw. den wirtschaftlichen Schaden versteht (gleiches gilt bezogen auf die Geldschuld für § 270 Abs. 1 BGB<sup>51</sup>). Denn in dessen Verschiebung liegt, wie oben bereits gesehen, der Regelungsgehalt der genannten Normen, und dieser Gegenstand ist für Schuldner und Gläubiger identisch.<sup>52</sup> Damit verliert nicht nur der Begriff der Gegenleistungsgefahr sein normatives Fundament, auch wird deutlich, dass er das Produkt einer unglücklichen Verquickung von Anspruchs- und Wertungsebene ist. Dass ein solcher Zwitterbegriff einen Gewinn an Klarheit und Verständnis bringe, lässt sich schwerlich behaupten,<sup>53</sup> dass er gar notwendig sei, erst recht nicht.

43 Kritisch zur mehrdeutigen Verwendung des Gefahrbegriffs im BGB bereits Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Siber, 4. Aufl. 1914, § 243 unter 4 (49 ff.). Eine umfassende Aufstellung der verschiedenen Gefahrenbegriffe des BGB liefert Pallasch, JA 1994, 504 (504f.).

44 Siehe nur Grüneberg/Grüneberg, 83. Aufl. 2024, § 300 Rn. 4.

45 So MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022, § 300 Rn. 4.

46 Selbst wenn man den Begriff als erhaltenswert erachtet, sollte man jedenfalls vermeiden, im Fall von § 275 Abs. 2 BGB von einer »Teilung der Leistungsgefahr« zu sprechen, weil sie unterhalb der Schwelle vom Schuldner, oberhalb davon vom Gläubiger getragen werde (so – ausnahmsweise übereinstimmend – Picker, JZ 2003, 1035 (1037 I. Sp.) und Canaris, JuS 2007, 793 (794)). Denn abgesehen davon, dass diese Bezeichnung wenig passend erscheint, weil sie anstelle der vom Gesetz vorgesehenen Alternativität (entweder-oder) eine Simultaneität (sowohl-als-auch) suggeriert, müsste man von einer »Teilung der Leistungsgefahr« konsequenter Weise auch in allen übrigen Fällen sprechen. So erhält z.B. auch § 275 Abs. 1 BGB eine Schwellenregelung, wenngleich diese deutlich weniger wertungsoffen ist als im Fall des § 275 Abs. 2 BGB.

47 Dies hebt auch Leenen, JuS 2008, 577 (582) hervor.

48 Siehe z.B. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/1, 13. Aufl. 1986, 96; HKK/Dorn, Bd. II/1, 2007, § 243 Rn. 9.

49 So Leenen, JuS 2008, 577 (582) für den Begriff der »Preisgefahr«.

50 So auch Leenen, JuS 2008, 577 (582); Stamm, AcP 217 (2017), 165 (176).

51 Siehe Leenen, JuS 2008, 577 (583). In der Sache auch Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2023, § 12 Rn. 19, der es allerdings im Einklang mit der etablierten Dogmatik für notwendig hält, zunächst von der »Leistungsgefahr« zu sprechen.

52 So schon Leenen, JuS 2008, 577 (582); Coester-Waltjen, JURA 2007, 110 (112 I. Sp.). Vgl. auch Jauernig/C. Berger, 19. Aufl. 2023, Vorbem §§ 446, 447 Rn. 1 (»Gefahr ist die Last (ungünstige Rechtslage), einen durch zufälligen Untergang (zufällige Verschlechterung) einer Sache eingetretenen Nachteil endgültig tragen zu müssen«); Westermann, JA 1978, 481 (481), dessen Gleichsetzung mit dem Satz »casum sentit dominus« allerdings zu undifferenziert ist.

53 Klar ablehnend, auch mit rechtsvergleichenden Bezügen, Leenen, JuS 2008, 577 (583).

### 3. Fazit

Die Dogmatik von der »Leistungs- und Gegenleistungsgefahr« leidet an inneren Brüchen und bringt anstelle von Erkenntnisgewinn nur zusätzliche Komplexität. Für das Verständnis und den korrekten Umgang mit den BGB-Vorschriften ist es ausreichend, sauber zwischen der Anspruchsebene und der Wertungsebene zu unterscheiden, also den Regeln über die Grenzen von Leistungspflichten einerseits und der damit verbundenen Risiko- oder Schadenszuweisung andererseits. Die Tatsache, dass das BGB in Vorschriften wie § 300 Abs. 2, § 446 S. 1 und § 644 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB selbst den Begriff der »Gefahr« verwendet und dabei teils unterschiedliche Zwecke verfolgt, ist zwar die vermutete Ursache für die Entwicklung der herrschenden Gefahrtragungsdogmatik, zwingt jedoch keinesfalls dazu, an ihr festzuhalten.<sup>54</sup> Stattdessen genügt es, § 300 Abs. 2 BGB im Sinne einer Schuldbeschränkung nach Art des § 243 Abs. 2 BGB zu lesen und die in §§ 270 Abs. 1, 446, 644 BGB genannte »Gefahr« als »wirtschaftliches Risiko«.<sup>55</sup> Damit wird zugleich die systematische Verbindung zum Begriff des »Risikos« in § 276 Abs. 1 S. 1 und § 313 BGB hergestellt und die – kaum jemals thematisierte – Frage obsolet, wie sich die etablierte Gefahrtragungsdogmatik eigentlich zum gesetzlichen Risikobegriff verhält. Zugleich wird die Einsicht gefördert, dass die genannten Vorschriften nicht bloß Teil des Unmöglichkeitrechts sind,<sup>56</sup> sondern – zusammen mit den stillschweigenden Risikozuweisungen des Gesetzes bei bloßen Leistungser schwerungen<sup>57</sup> – im Gesamtkontext des Leistungsstörungenrechts stehen.<sup>58</sup>

<sup>54</sup> Für einen Neuanfang auch *Leenen*, JuS 2008, 577 (581–583); *Stamm*, AcP 217 (2017), 165 (168–176); *M. Müller*, RW 2020, 292.

<sup>55</sup> Auch *Kaser/Knützel/Lohsse* (Fn. 15) § 52 Rn. 20 setzen die Begriffe »periculum«, »Gefahr« sowie »Risiko« gleich. Wer hingegen der etablierten Gefahrtragungsdogmatik folgt, muss die Begriffe »Gefahr« und »Risiko« unterscheiden (siehe z. B. *Köndgen*, JZ 2022, 990 (999 Fn. 131)).

<sup>56</sup> Siehe z. B. *Pallasch*, JA 1994, 504: »Zu den Grundbegriffen der Unmöglichkeitstheorie zählt [...] derjenige der Gefahrtragung.«

<sup>57</sup> Dazu Teil 1 dieses Beitrags unter III.

<sup>58</sup> Gegen eine isolierte Betrachtung des Unmöglichkeitrechts auch *Meier*, AcP 223 (2023), 412 (475f.); vgl. ferner *J.P. Schmidt*, AcP 222 (2022), 546 (567f.).

## VI. Zusammenfassung

Die Wirklichkeit kommt der Vertragsdurchführung häufig in die Quere, indem sie Leistungen erschwert, unmöglich macht oder anderweitig stört. Die Zuweisung der hiermit verbundenen Nachteile ist Aufgabe des Leistungsstörungenrechts. Dieses trifft Regelungsentscheidungen nicht nur dadurch, dass es vertragliche Ansprüche erlöschen lässt (wie z. B. in den Fällen der §§ 275, 323 BGB) oder modifiziert (wie im Fall des § 313 BGB), sondern ebenso dadurch, dass es bestehende Ansprüche unverändert lässt und das faktische Geschehen damit implizit für rechtlich irrelevant erklärt.

Zu welcher Schadensverteilung die komplexe Anspruchsmechanik führt, wird vom Gesetz in den genannten Fällen nicht ausgesprochen und ist deshalb nicht immer auf den ersten Blick zu erkennen. So ändert z. B. die Befreiung eines Verkäufers von seiner Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB nichts an seiner Tragung des wirtschaftlichen Verlusts, wenn er nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB zugleich den Anspruch auf die Kaufpreiszahlung verliert. Die Unterscheidung von Anspruchs- und Wertungsebene und das Wechselspiel zwischen beiden ist der Schlüssel für das Verständnis und die sichere Beherrschung der Thematik.

Dies gilt auch deshalb, weil das BGB in Fällen wie den §§ 446 S. 1, 644 Abs. 1 BGB ausnahmsweise auf der Wertungs- anstelle der Regelungsebene ansetzt, indem es einer der Parteien die »Gefahr« zuweist. Hierunter sollte entgegen der etablierten Ansicht nicht die »Gegenleistungsgefahr« verstanden werden, der sich gar keine einheitliche Bedeutung geben lässt, sondern das wirtschaftliche Risiko. Je nachdem, welche der Parteien es trägt, besteht der Kaufpreis- bzw. Vergütungsanspruch nach Erlöschen der Leistungspflicht fort oder nicht.

Die herrschende Lehre von der Leistungs- und Gegenleistungsgefahr, die entwickelt wurde, um die teils verunglückten BGB-Vorschriften in ein stimmiges System zu bringen, wird zur sachgerechten Behandlung zufälliger Vertragsstörungen nicht benötigt und stiftet mehr Unsicherheit als Klarheit. Sie sollte als mahnendes Beispiel für dogmatische Fehlentwicklungen ihren verdienten Platz im rechtshistorischen Museum erhalten.

**Danksagung:** Für wertvolle Hinweise danke ich Felix Basier und Annika Langhorst.