

BERND GALNEDER

Vertragsumsteuerung wegen
antizipierten Vertragsbruchs
im Vorfeld der Insolvenz

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

444

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

444

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann



Bernd Galneder

Vertragsumsteuerung wegen antizipierten Vertragsbruchs im Vorfeld der Insolvenz

Eine rechtsvergleichende Untersuchung
des § 323 IV BGB und Art. 72 CISG
unter besonderer Berücksichtigung der §§ 103 ff. InsO

Mohr Siebeck

Bernd Galneder, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaften mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung in Bayreuth; Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Bayreuth; LL.M.-Studium an der La Trobe University in Melbourne (Australien); 2019 Promotion (Bayreuth); seit 2019 Rechtsreferendar am OLG München.

ISBN 978-3-16-159330-7 / eISBN 978-3-16-159331-4

DOI 10.1628/978-3-16-159331-4

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441

(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nägele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth im November 2019 als Dissertation angenommen. Die Ausarbeitung erfolgte während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Bayreuth. Gesetzgebung sowie die Auswertung von Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand von Oktober 2018. Zwischenzeitlich hat sich der BGH außerdem zu der höchstrichterlich bislang offengelassenen Frage geäußert, dass der Anwendungsbereich des § 103 InsO nur eröffnet ist, sofern auf beiden Seiten *synallagmatisch verbundene* Pflichten noch nicht vollständig erfüllt sind. Mit diesem bemerkenswerten Urteil vom 16.5.2019 – IX ZR 44/18 hat sich der BGH der auch hier vertretenen Auffassung angeschlossen, sodass diese Entscheidung in Kapitel 3, dort Fn. 86 noch mitberücksichtigt wurde.

Zuvörderst gilt mein besonderer Dank meinem Doktorvater Prof. Dr. *Stefan Leible* für die Betreuung dieser Arbeit sowie die Aufnahme an seinem Lehrstuhl, an dem ich eine großartige Zeit verbringen durfte. Bei Prof. Dr. *Jessica Schmidt*, LL.M. (Nottingham) möchte ich mich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht als Herausgeber der Reihe „Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht“ danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Schriftenreihe.

Zudem möchte ich einer ganzen Reihe von Personen dafür danken, dass sie die Zeit während des Verfassens dieser Arbeit zu einer in jeder Hinsicht wunderbaren Phase meines Lebens gemacht haben. Dank dieser Menschen – die ich hier leider nicht sämtlich nennen kann – stellte sich das Unterfangen einer Doktorarbeit nicht als die möglichst schnell zu überwindende Anstrengung heraus, als die sie in Vorworten häufig dargestellt wird. Es war vielmehr eine rundum fabelhafte Zeit. Allen voran verdanke ich das meinem Lehrstuhlkollegen und sehr guten Freund PD Dr. *Michael F. Müller*, LL.M. (Austin), dessen ständige Förderung ich hier kaum genügend würdigen kann. Auch dank Dr. *Jan Wißling* hätte ich mir kein besseres Umfeld als das des Lehrstuhlteams ZR IV wünschen können. Zudem hat mir erst die ausgezeichnete Vorbereitung während des Studiums gemeinsam mit *Hanno Menke*, LL.M. (Auckland) die

spätere Lehrstuhlätigkeit ermöglicht. Mit Dr. *Felix Ruppert* darf ich schließlich einem sehr guten Freund für die regen Austauschmöglichkeiten während unserer gemeinsamen Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiter an der Universität Bayreuth danken.

Abschließend möchte ich mich besonders bei meiner Schwester *Sonja* und meinen Eltern *Christa* und *Gerhard Galneder* bedanken. Für sie ist es immer eine Freude, mich bei allem zu unterstützen, was ich tue. Dafür bin ich unendlich dankbar. Ihnen widme ich daher diese Arbeit.

München, im April 2020

Bernd Galneder

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXVII

Kapitel 1: Grundlagen und Gang der Untersuchung 1

I. Einleitung.....	1
II. Gang der Untersuchung und methodische Grundlagen zum CISG	4
III. Klärung der Begriffe und des der Vertragsumsteuerung zugrunde- liegenden Interessenkonflikts	17

Kapitel 2: Grundlagen der Vertragsumsteuerung33

I. Bestimmung der Fälligkeit in BGB und CISG.....	33
II. Verwirklichung des Äquivalenzprinzips und Schutz des funktionellen Synallagmas auf Ebene der Sekundärrechte.....	42
III. Vertragsumsteuerung bei Nicht- und Schlechtleistung.....	57
IV. Vertragsumsteuerung bei Teilbarkeit der Leistungen.....	89
V. Vertragsumsteuerung wegen Erfüllungsverweigerung.....	97
VI. (Un-)Abhängigkeit von der Verantwortlichkeit der Parteien.....	101
VII. Vertragsumsteuerung bei Verletzung nicht synallagmatisch verbundener Pflichten.....	104
VIII. Rechtsfolgen der Vertragsumsteuerung in BGB und CISG.....	112

Kapitel 3: Vertragsumsteuerung im eröffneten

Insolvenzverfahren.....	122
-------------------------	-----

I.	Äquivalenz- und Verlustprinzip im deutschen Insolvenzverfahren	122
II.	Behandlung von CISG-Verträgen im Anwendungsbereich der §§ 103 ff. InsO	217
Kapitel 4: Vertragsumsteuerung wegen antizipierten Vertragsbruchs unter besonderer Berücksichtigung einer drohenden Insolvenz		242
I.	Entwicklung der Vertragsumsteuerung wegen antizipierten Vertragsbruchs in CISG, BGB und internationalen Modellregelungen	242
II.	Ratio legis und dogmatische Konstruktion von Art. 72 CISG und § 323 IV BGB	272
III.	Die Prognoseanforderungen – der durch das Offensichtlichkeitskriterium geforderte Wahrscheinlichkeitsgrad	282
IV.	Der Prognosebezugspunkt – Tatbestandszweige des antizipierten Vertragsbruchs	294
V.	Recht des Gläubigers auf Klärung der Leistungsgefährdung und daraus folgende Indizwirkung	409
VI.	Ausübung und Rechtsfolgen der Vertragsumsteuerung vor Fälligkeit	418
VII.	Schadensersatz wegen antizipierten Vertragsbruchs	451
Literaturverzeichnis		481
Sachverzeichnis		507

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXVII

Kapitel 1: Grundlagen und Gang der Untersuchung

1

I. Einleitung.....

1

II. Gang der Untersuchung und methodische Grundlagen zum CISG

4

1. Gang der Untersuchung

4

a) Untersuchung der Grundlagen der Vertragsumsteuerung in BGB und CISG im Wege funktionaler Rechtsvergleichung.....

4

b) Vertragsumsteuerung im eröffneten Insolvenzverfahren.....

6

c) Vertragsumsteuerung wegen antizipierten Vertragsbruchs unter besonderer Berücksichtigung einer drohenden Insolvenz

7

2. Auslegungsgrundsätze und Besonderheiten der Auslegung bei Anwendung des CISG

8

a) Grammatische Auslegung.....

9

b) Systematische Auslegung.....

10

c) Historische Auslegung und Entstehung des UN-Kaufrechts

11

d) Teleologische Auslegung

14

III. Klärung der Begriffe und des der Vertragsumsteuerung zugrunde- liegenden Interessenkonflikts

17

1. Begriffsbestimmung und Abgrenzung.....

18

a) Die Begriffe der Vertragsverletzung und Vertragsumsteuerung....

18

aa) Die Vertragsverletzung.....

18

bb) Die Vertragsumsteuerung.....

19

b) Abgrenzung zu sonstigen Rechtsbehelfen.....

20

2. Das Vertragserhaltungsinteresse des Schuldners: *pacta sunt servanda*

22

a) Die schuldnerschützende Bedeutung der Vertragsbindung

23

b) Missbrauchsschutz	25
3. Das Liberationsinteresse des Gläubigers: die Störung des Synallagmas	26
a) Primär- und Sekundäranspruch als Verwirklichung des Gläubigerinteresses?.....	26
b) Die Notwendigkeit der Vertragsumsteuerung wegen Störung des Synallagmas als ergänzendes Gläubigerrecht	27
c) Die Vertragsumsteuerung wegen drohender Störung des Synallagmas	31
d) Legitimation der Vertragsumsteuerung aus sonstigen Gründen	32
Kapitel 2: Grundlagen der Vertragsumsteuerung	33
I. Bestimmung der Fälligkeit in BGB und CISG	33
1. Das Fälligkeitserfordernis im Rahmen der Vertragsverletzung	33
2. Fälligkeit der Leistung im BGB	34
3. Bestimmung der Fälligkeit im UN-Kaufrecht	37
a) Fälligkeit der Lieferpflicht nach Art. 33 CISG	38
b) Fälligkeit der Pflicht zur Kaufpreiszahlung nach Art. 58 CISG	40
II. Verwirklichung des Äquivalenzprinzips und Schutz des funktionellen Synallagmas auf Ebene der Sekundärrechte.....	42
1. Der Einwand des nicht erfüllten Vertrags und die Konstruktion des Synallagmas	44
a) Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags und die Konstruktion des Synallagmas im BGB	44
aa) Funktion des § 320 BGB und dessen Grenzen	44
bb) Die Konstruktion des funktionellen Synallagmas im BGB: Austausch- vs. Einredetheorie	46
b) Der Einwand des nicht erfüllten Vertrags und die Konstruktion des Synallagmas im CISG	48
aa) Der Einwand des nicht erfüllten Vertrags im CISG	48
bb) Folgen der Fälligkeitskonstruktion für das funktionelle Synallagma im CISG	50
2. Die Folgen des Einwands des nicht erfüllten Vertrags auf Sekundärebene.....	52
a) Das Bestehen des § 320 BGB als Rücktrittshindernis und dessen teleologische Reduktion	52
aa) Die <i>ipso iure</i> -Wirkung des § 320 BGB auf Sekundärebene.....	52
bb) Ausschluss der <i>ipso iure</i> -Wirkung wegen teleologischer Reduktion des § 320 BGB.....	53

b) Konsequenzen der Konstruktion des Synallagmas für die Vertragsaufhebung im CISG	55
aa) Das Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers bei der Vertragsaufhebung des Käufers	55
bb) Konsequenzen der Fälligkeitskonstruktion bei der Vertragsaufhebung des Verkäufers	56
III. Vertragsumsteuerung bei Nicht- und Schlechtleistung.....	57
1. Funktion und Symbiose materieller und prozeduraler Ansätze in BGB und CISG.....	57
a) Überblick zur Zurückdrängung der Vertragsaufhebung im CISG	58
b) Überblick zum Vorrang der Nacherfüllung im BGB.....	61
2. Prozedurale Ansätze: die Fristsetzungsmodelle.....	63
a) Die Fristsetzung nach § 323 I BGB	63
b) Das Nachfristmodell im UN-Kaufrecht	64
3. Materielle Ansätze: Gewichtigkeit der Vertragsverletzung	67
a) Beschränkung und Begründung des Rücktrittsrechts im BGB aufgrund der Gewichtigkeit der Vertragsverletzung	68
aa) Einschränkungen durch § 323 V 2 BGB bei Schlechtleistungen	68
bb) Der „Auffang“-Tatbestand des § 323 II Nr. 3 BGB und Ausnahmen vom Fristerfordernis nach § 242 BGB	70
(1) Die Regelung des § 323 II Nr. 3 BGB	70
(2) Ausnahmen vom Fristerfordernis nach § 242 BGB	71
b) Das sofortige Aufhebungsrecht bei wesentlicher Vertragsverletzung i. S. d. Art. 25 CISG.....	73
4. Recht zur sofortigen Vertragsumsteuerung bei Säumnis	75
a) Säumnis als wesentliche Vertragsverletzung i. S. d. Art. 25 CISG	75
b) Der „Ausnahme“-Tatbestand des § 323 II Nr. 2 BGB.....	77
5. Befreiung von der Gegenleistungspflicht bei endgültiger Leistungsverhinderung.....	79
a) Das Schicksal der Gegenleistungspflicht in BGB und CISG bei Unmöglichkeit.....	80
aa) Automatisches Entfallen der Gegenleistungspflicht und Rücktritt nach § 326 BGB.....	80
bb) Folgen der fehlenden Erlöschensanordnung im CISG	81
b) Finanzielles Unvermögen als (endgültiges) Leistungshindernis....	84
aa) Unmöglichkeit und der Grundsatz „Geld hat man zu haben“ im BGB.....	84

bb) Zahlungsunfähigkeit als Leistungshindernis und Entlastungsgrund im CISG.....	88
IV. Vertragsumsteuerung bei Teilbarkeit der Leistungen.....	89
1. Vertragsumsteuerung bei Teilleistung.....	90
a) Teilrücktritt und Rücktritt vom ganzen Vertrag, § 323 V 1 BGB..	90
b) Teilaufhebung und Aufhebung des gesamten Vertrags, Art. 51 CISG	92
2. Vertragsumsteuerung bei Teilschlechtleistung	94
a) Teilrücktritt und Rücktritt vom ganzen Vertrag, § 323 V 1 und 2 BGB	94
b) Teilaufhebung und Aufhebung des gesamten Vertrags, Art. 51 CISG	96
V. Vertragsumsteuerung wegen Erfüllungsverweigerung	97
1. Die Erfüllungsverweigerung im BGB: Ausnahme der Nachfristsetzung	97
2. Erfüllungsverweigerung im CISG: Ausnahme der Nachfristaufhebung und eigenständiger Störungstatbestand.....	99
VI. (Un-)Abhängigkeit von der Verantwortlichkeit der Parteien.....	101
1. Die Verantwortlichkeit des Gläubigers im BGB	102
2. Die Verursachung durch den Gläubiger im UN-Kaufrecht.....	103
VII. Vertragsumsteuerung bei Verletzung nicht synallagmatisch verbundener Pflichten.....	104
1. Exklusive Anwendbarkeit des § 324 BGB bei Schutzpflichtverletzungen und des § 323 BGB bei Verletzung außerhalb des Synallagmas stehender Pflichten.....	104
a) Das Zumutbarkeitskriterium des § 324 BGB als Verknüpfung der Verletzung des Integritätsinteresses mit der vertraglichen Bindung.....	104
b) §§ 323, 326 BGB bei außerhalb des Synallagmas stehenden Pflichten?	106
2. Verletzung außerhalb des Synallagmas stehender Pflichten im CISG	109
VIII. Rechtsfolgen der Vertragsumsteuerung in BGB und CISG.....	112
1. Rückabwicklung und Gefahrtragung in CISG und BGB	112
a) Zustandsveränderungen im CISG	113

- b) Zustandsveränderungen im BGB115
- c) Vergleich der Gefahrtragung in CISG und BGB.....116
- 2. Befreiungswirkung der Vertragsumsteuerung und die Kombination mit Schadensersatz als einheitliches Rechtsbehelfssystem117
 - a) Befreiungswirkung der Vertragsumsteuerung in BGB und CISG117
 - b) Das Fortbestehen des Vertrags und die Kombination mit Schadensersatz118

Kapitel 3: Vertragsumsteuerung im eröffneten Insolvenzverfahren122

- I. Äquivalenz- und Verlustprinzip im deutschen Insolvenzverfahren122
 - 1. Das funktionelle Synallagma im Spannungsfeld gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung122
 - a) Überblick zur Gläubigerbefriedigung als vorrangiges Verfahrensziel122
 - aa) Die Bedeutung der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung im Kanon der Verfahrensziele.....122
 - bb) Der *par conditio creditorum*-Grundsatz als Fundament des Verteilungsmodus125
 - b) Die Einteilung der Gläubiger im Insolvenzverfahren.....130
 - aa) Quotale Befriedigung der Insolvenzgläubiger, § 38 InsO.....130
 - bb) Vorweggenommene Befriedigung der Massegläubiger gem. § 53 ff. InsO132
 - c) Die Bedeutung der §§ 55 I Nr. 2 und 103 InsO für die Überwindung des Konflikts zwischen Äquivalenz- und Verlustprinzip134
 - aa) Die Kollision von Äquivalenz- und Verlustprinzip bei nicht vollständiger Erfüllung.....134
 - bb) Überblick zum funktionellen Synallagma im eröffneten Insolvenzverfahren.....136
 - 2. Entwicklung der h. M. zu den materiellrechtlichen Konsequenzen der Verfahrenseröffnung und Wahlrechtsausübung auf noch nicht vollständig erfüllte gegenseitige Verträge138
 - a) Der Weg von der Fortbestehens- zur Erlöschentheorie.....138
 - aa) Die Fortbestehens- und Erlöschentheorie des RG (RGZ 11,49).....139
 - bb) Die Erlöschentheorie des BGH (BGHZ 103, 250).....140
 - b) Die seit BGHZ 150, 353 herrschend vertretene Suspensiv- und Qualitätssprungtheorie.....143
 - aa) Folgen der Erfüllungswahl.....145

bb) Folgen der Erfüllungsablehnung.....	148
cc) Vertragsspaltung bei teilweiser Erbringung teilbarer Leistungen	149
c) Folgen der Suspensivtheorie auf gesetzliche Rücktrittsrechte des Vertragspartners und Abgrenzung zu sonstigen Lösungsrechten	153
aa) Rücktritt bei fehlender Erklärung und Erfüllungs- ablehnung	155
bb) Rücktritt bei Erfüllungswahl	157
cc) Rücktritt im Fall der Vertragsspaltung bei unvollständiger Erbringung teilbarer Leistungen.....	158
dd) Exkurs: Anwendbarkeit des § 103 InsO auf bestehende Rückgewährschuldverhältnisse	159
3. Kritik an der Suspensivtheorie und den daraus abgeleiteten Konsequenzen für Sekundärrechte – Befreiung des Rücktritts- rechts von haftungsrechtlichen Erwägungen	161
a) Die auf haftungsrechtliche Wirkungen beschränkten Folgen der Verfahrenseröffnung und Wahlrechtsausübung.....	163
aa) Haftungsrechtliche Wirkung der Verfahrenseröffnung und Erfüllungsablehnung	163
(1) Folgen der Verfahrenseröffnung – ein Blick in die Materialien	163
(2) Die verfehlten Ableitungen aus der Suspensiv- theorie – Begründung der rein haftungsrechtlichen Wirk- ung der Verfahrenseröffnung und Bestätigungswirkung der Erfüllungsablehnung	165
bb) Haftungsrechtliche Folgen der Erfüllungswahl.....	169
(1) Der Fundamentaldissens um den § 103 InsO zugrunde- liegenden Normzweck.....	169
(2) Grenzen der haftungsrechtlichen Wirkung der Erfüllungswahl und dogmatische Verortung der mit der Qualitätssprungtheorie verfolgten Ziele in § 35 und §§ 91 ff. InsO	173
b) Das Bestehen von Rücktrittsrechten des Gläubigers im eröffneten Verfahren	178
aa) Einschränkungen des § 320 BGB wegen fehlender Vertragstreue des Insolvenzschuldners.....	179
bb) Zweckverfehlung des Durchsetzbarkeitserfordernisses in § 323 BGB bei Annahme eines insolvenzbedingten Durchsetzbarkeitsverlusts	180
cc) § 323 BGB und die begrenzten Modifikationen durch §§ 103 ff. InsO.....	184
(1) Rücktritt nach feststehender Nichterfüllung	184

(2) Rücktritt vor feststehender Nichterfüllung unter Berücksichtigung des Erklärungsaufforderungsrechts des Vertragspartners und § 107 InsO.....	186
(3) Rücktritt des Gläubigers bei (bevorstehender) Erfüllungswahl – Erklärungsaufforderungsrecht des Verwalters analog § 103 II 2 InsO?.....	190
dd) Folgerichtigkeit der Ergebnisse für die Behandlung gegenseitiger Verträge im Verfahren.....	194
(1) Verfahrensteilnahme durch Kombination von Rücktritt und Schadensersatz	194
(2) Vermeidung dogmatischer Brüche im Fall der Aussonderung	199
(3) Der Rücktritt wegen insolvenzbedingter Nichterfüllung im Lichte der Materialien zur Konkursordnung unter Berücksichtigung des modernen Rücktrittsmodells im BGB...201	
c) Besonderheiten bei teilweiser Leistungserbringung vor Verfahrenseröffnung – Spaltung des Synallagmas infolge einer Spaltung der haftungsrechtlichen Abwicklung?.....	205
aa) Kein Normenkonflikt bei Erfüllungswahl pro futuro und Vor- oder Mehrleistung des Schuldners sowie äquivalentem Leistungsaustausch.....	206
bb) Kein Normenkonflikt bei Erfüllungsablehnung und Vor- oder Mehrleistung des Vertragspartners sowie äquivalentem Leistungsaustausch.....	207
cc) Der Normenkonflikt bei Erfüllungswahl pro futuro und Vor- oder Mehrleistung des Vertragspartners.....	208
dd) Der Normenkonflikt bei Erfüllungsablehnung und Vor- oder Mehrleistung des Schuldners	213
d) Fazit zum Rücktritt im eröffneten Insolvenzverfahren.....	217
II. Behandlung von CISG-Verträgen im Anwendungsbereich der §§ 103 ff. InsO	217
1. Überblick zum Internationalen Insolvenzverfahrens- und Insolvenzkollisionsrecht	220
a) Grundlagen des Internationalen Insolvenzverfahrensrechts – Anwendungsbereich der EuInsVO und §§ 335 ff. InsO sowie die daraus folgende Zuständigkeit deutscher Gerichte	220
b) Grundlagen des Internationalen Insolvenzkollisionsrechts – die <i>lex fori concursus</i> und das auf noch nicht erfüllte Verträge anwendbare Recht	223
2. Reichweite der <i>lex fori concursus</i> und Anwendbarkeit des CISG in der Insolvenz	225

a) Kollisionsrechtliche Grenzziehung – Reichweite der <i>lex fori concursus</i> und das sich „daraus“ (nicht) ergebende (Vertrags-)Recht.....	225
b) Auswirkungen der Verfahrenseröffnung auf CISG-Verträge und Vertragsaufhebung in der Insolvenz des Schuldners	231
aa) Folgen der Verfahrenseröffnung: Hemmung der Durchsetzung des Primäranspruchs.....	231
bb) Vertragsaufhebung nach Artt. 49, 64 CISG in der Insolvenz des Schuldners	235
cc) Vorfrage der Rechtsgrundabhängigkeit des Eigentumserwerbs nach der <i>lex contractus</i>	237
dd) Verfahrensteilnahme durch Kombination von Vertragsaufhebung und Schadensersatz.....	239

Kapitel 4: Vertragsumsteuerung wegen antizipierten Vertragsbruchs unter besonderer Berücksichtigung einer drohenden Insolvenz242

I. Entwicklung der Vertragsumsteuerung wegen antizipierten Vertragsbruchs in CISG, BGB und internationalen Modellregelungen	242
1. Umsetzung anerkannten Rechts als gesetzgeberische Intention der Schaffung von § 323 IV BGB – Rücktritt wegen Leistungsgefährdung im BGB von 1896	242
a) Rücktrittsgründe <i>de lege lata</i> im BGB von 1896 und die positive Vertragsverletzung	244
aa) Rücktritt wegen zu vertretender Unmöglichkeit und Verzugs.....	244
bb) Die positive Vertragsverletzung als Ergänzung des Leistungsstörungsrechts	245
b) Vorzeitige Erfüllungsverweigerung und sonstige drohende Leistungshindernisse vor Fälligkeit als Rücktrittsgrund im früheren Schuldrecht	247
aa) Die Einordnung der Erfüllungsverweigerung vor und nach Fälligkeit	247
bb) Sonstige drohende Leistungshindernisse vor Fälligkeit	250
cc) Drohende Insolvenz als Rücktrittsgrund vor Fälligkeit im früheren Schuldrecht.....	253
2. Die Entwicklung des Art. 72 CISG aus dem Haager Kaufrecht.....	256
a) Die Vorläufernorm des Art. 76 EKG	256
b) Drohende Eröffnung eines Gesamtvollstreckungsverfahrens als Fall des Art. 76 EKG	259

c) Die Entstehung des Art. 72 CISG	260
3. Der antizipierte Vertragsbruch in internationalen Modellregelungen des Vertragsrechts	263
a) Die Erfüllungsgefährdung in Art. 7.3.3 und 7.3.4 PICC	264
b) Die Regelungen der Art. 9:304 und 8:105 PECL	267
c) Die Erfüllungsgefährdung in III. –3:504 DCFR	269
d) Fazit zum Vergleich der Regelungen und deren Berücksichtigung einer drohenden Insolvenz	270
II. Ratio legis und dogmatische Konstruktion von Art. 72 CISG und § 323 IV BGB	272
1. Das Telos des Art. 72 CISG basierend auf einer künftigen Vertragsverletzung	272
a) Die Unvereinbarkeit einer gegenwärtigen Vertragsverletzung mit der dogmatischen Konstruktion des Art. 72 CISG	273
b) Schutz der Dispositionsfreiheit bei hinreichender Gefährdung des Leistungsinteresses	274
2. Ratio legis und der Wandel der dogmatischen Konstruktion des Rücktritts wegen antizipierter Vertragsverletzung im BGB durch die Schuldrechtsmodernisierung	276
a) Prognoseabhängigkeit des Rücktritts wegen drohender Vertragsverletzung – Verabschiedung von der gegenwärtigen (positiven) Vertragsverletzung	277
b) Teleologische Rechtfertigung des Rücktritts nach § 323 IV BGB	280
c) Exkurs: Richtlinienkonformität des § 323 IV BGB	281
III. Die Prognoseanforderungen – der durch das Offensichtlichkeits- kriterium geforderte Wahrscheinlichkeitsgrad	282
1. Subsumtionsuntauglichkeit infolge des offenen Wortlauts	283
2. Eingrenzung basierend auf systematischen Erwägungen	284
a) Das normative Umfeld im CISG	284
b) Die Prognoseabstufung in §§ 321 und 323 IV BGB	287
3. Die Offensichtlichkeit im Lichte des Normzwecks	287
a) Prognoseabhängigkeit von § 323 IV BGB und Art. 72 CISG	287
b) Relevanz des <i>ultima ratio</i> -Prinzips bei Art. 72 CISG	288
4. Fazit zum Prognosemaßstab und Kasuistik zum antizipierten Vertragsbruch	289
a) Kasuistik zu Art. 72 CISG und deren Bedeutung für die Auslegung nach Art. 7 I CISG	289
b) Kasuistik zu § 323 IV BGB und Berücksichtigung der Rechtsprechung vor dem SMG	291

IV. Der Prognosebezugspunkt – Tatbestandszweige des antizipierten Vertragsbruchs	293
1. Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit in CISG und BGB.....	294
a) Vertragstheoretische Erklärungsmodelle der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung	295
b) Dogmatik der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung in BGB und CISG	297
aa) Erfüllungsverweigerung als Prognosebasis einer künftigen wesentlichen Vertragsverletzung im CISG.....	297
bb) Erfüllungsverweigerung als Prognosebasis eines künftigen Eintritts der Rücktrittsvoraussetzungen im BGB	299
c) Anforderungen an die vorzeitige Erfüllungsverweigerung.....	300
aa) Anforderungen an die vorzeitige Erfüllungsverweigerung im UN-Kaufrecht	300
bb) Anforderungen an die vorzeitige Erfüllungsverweigerung im BGB.....	302
d) Widerruf der Erfüllungsverweigerung	306
aa) Widerruf im Zusammenhang mit Art. 72 CISG	306
bb) Widerruf im Zusammenhang mit § 323 IV BGB	307
2. Sonstige Leistungsgefährdungen als antizipierter Vertragsbruch	309
a) Art. 72 CISG: das Drohen einer wesentlichen Vertragsverletzung	309
b) § 323 IV BGB: das Drohen des Eintritts der Rücktrittsvoraussetzungen	311
aa) Der drohende Eintritt der Rücktrittsvoraussetzungen – der Prognosebezugspunkt.....	311
bb) Anwendbarkeit des § 323 V BGB beim antizipierten Vertragsbruch	314
cc) 323 IV BGB bei (vorübergehender) Unmöglichkeit vor Fälligkeit neben §§ 311 a, 326 BGB	317
dd) § 323 IV als Teilkodifikation: § 323 BGB analog wegen Leistungsgefährdung?	321
c) Vertragsumsteuerung hinsichtlich künftiger Sukzessivleistungen	324
aa) Die Spezialregelung des Art. 73 II und III CISG	325
bb) Die Normenkonkurrenz zwischen § 323 IV und § 314 BGB	329
d) Beschränkung auf nach Vertragsschluss in Erscheinung tretende Gefährdungssituationen	333
aa) Einschränkung von Art. 72 CISG	333
bb) Einschränkung von § 323 IV BGB	335

e)	Exkurs: Anwendbarkeit von Art. 72 CISG und § 323 IV nach Fälligkeit.....	337
	aa) Abgrenzung zwischen Art. 72 CISG und Artt. 49, 64 CISG	337
	bb) Abgrenzung zwischen § 323 IV BGB und § 323 I BGB.....	338
	cc) Fazit zur Beschränkung von § 323 IV BGB und Art. 72 CISG auf Fälle vor Fälligkeit.....	340
3.	Vertragsumsteuerung wegen drohender Insolvenz	341
a)	Der mit der drohenden Insolvenz heraufbeschworene Normenkonflikt mit §§ 103 ff. InsO	341
	aa) Problemaufriss: Umgehung des Verwalterwahlrechts?	341
	bb) Überblick zum Meinungsstand.....	342
	(1) Meinungsstand zum Rücktritt nach § 323 IV BGB wegen drohender Insolvenz.....	342
	(a) Vorrang der §§ 103 ff. InsO vor § 323 IV BGB bei „solvenzbedingten Zweifeln“.....	343
	(b) Vorrang des § 321 II BGB vor § 323 IV BGB bei solvenzbedingten Zweifeln.....	345
	(c) Erfüllungsablehnung des Verwalters als Ausübung gesetzlicher Befugnisse	346
	(d) Drohender Durchsetzbarkeitsverlust als Rücktrittsschranke.....	347
	(e) Annahme eines Rücktrittsrechts in den Grenzen des § 323 IV BGB	348
	(f) Fazit zum Meinungsspektrum und Fokus der weiteren Betrachtung	349
	(2) Meinungsstand zur Vertragsaufhebung nach Art. 72 CISG wegen drohender Insolvenz	351
	(a) Die herrschende Auffassung zur drohenden Insolvenz als Aufhebungsgrund.....	351
	(b) Verdrängender Vorrang des autonomen Insolvenzrechts.....	354
	(c) Vorrang des CISG vor dem nationalen Insolvenzrecht basierend auf funktional beschränkter Qualifikation der <i>lex concursus</i>	355
	(d) Fazit zum Meinungsspektrum und Fokus der weiteren Betrachtung	357
cc)	Exkurs zum prozessualen normativen Umfeld – Vorzeitige Maßnahmen des Prozessrechts vor der Insolvenz.....	358
	(1) Klage auf künftige Leistung bei Erfüllungsgefährdung	358
	(a) Klage auf künftige Leistung neben der Vertragsumsteuerung wegen antizipierten Vertragsbruchs	359

(b) Klage auf künftige Leistung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit	360
(2) Sicherungsarrest und einstweilige Verfügung.....	361
(a) Einstweilige Maßnahmen vor Fälligkeit.....	362
(b) Die ablehnende Haltung der h. M. zur Gläubigerkonkurrenz als Arrestgrund.....	362
(c) Ablehnung der Vorwirkung insolvenzrechtlicher Wertungen	363
(d) Drohende Zahlungsunfähigkeit als Arrestgrund nach § 917 I ZPO.....	365
b) Ablehnung <i>contra legem</i> gewonnener vorgreiflicher Sperrwirkungen des Insolvenzrechts	367
aa) Keine Sperrwirkung wegen Umgehung des Verwalter- wahlrechts aus § 103 InsO bei „solvenzbedingten Zweifeln“ nach § 112 InsO analog	368
bb) Keine Sperrwirkung aufgrund analoger Anwendung des § 119 InsO	371
cc) Keine Sperrwirkung aufgrund offensichtlichen „Durch- setzbarkeitsverlusts“ oder vorläufiger Untersagung der Zwangsvollstreckung nach § 21 II 1 Nr. 3 InsO	376
dd) Fazit zur Verdrängung von § 323 IV BGB und Art. 72 CISG durch das Insolvenzrecht	377
c) Erfüllungsverweigerung bei drohender Insolvenz.....	378
aa) Erfüllungsverweigerung bei drohender Insolvenz – das maßgebliche Erklärungsverhalten	379
(1) Keine Bindung durch § 103 II InsO bei Erklärungen des vorläufigen Verwalters	379
(2) Differenzierung zwischen schwachen und starken vorläufigen Insolvenzverwaltern	380
bb) Das Erfordernis der Endgültigkeit der Verweigerungserklärung bei drohender Insolvenz.....	383
(1) Modifizierende Fortführungsvereinbarung als endgültige Verweigerungserklärung	383
(2) Endgültigkeit der Verweigerung trotz fehlender Bindung des potentiellen Verwalters im eröffneten Verfahren?	386
d) Offensichtlich drohende Insolvenz als sonstige Leistungs- gefährdung	389
aa) Ablehnung von der Wahlrechtsausübung losgelöster Zumutbarkeitserwägungen	390
bb) Vertragsumsteuerung wegen drohender Insolvenz unter Berücksichtigung von § 103 InsO	393
(1) Fälle feststehender solvenzbedingter Nichterfüllung	393

(2) Anknüpfung an prognostizierbares Wahlverhalten im Lichte der Ermessensgrenzen	396
cc) Antizipierter Vertragsbruch in volatilen Märkten unter Berücksichtigung des § 104 InsO	400
dd) Vertragsumsteuerung bei drohender Insolvenz unter Berücksichtigung des § 105 InsO bei künftigen Sukzessivleistungen und bereits erfolgter teilweiser Leistungserbringung	402
e) Fazit zum antizipierten Vertragsbruch wegen drohender Insolvenz und Fallgruppenbildung	406
V. Recht des Gläubigers auf Klärung der Leistungsgefährdung und daraus folgende Indizwirkung	409
1. Konsequenzen des Ausbleibens von Sicherheiten nach Art. 71 III CISG	409
2. Recht zur Klärung der Vertragstreue mit Indizwirkung im BGB	411
3. Recht auf Klärung der Leistungsgefährdung im Vorfeld einer Insolvenz	415
VI. Ausübung und Rechtsfolgen der Vertragsumsteuerung vor Fälligkeit	418
1. Pflicht zur Ankündigung der Vertragsumsteuerung vor Fälligkeit ...	418
a) Die Notifizierungspflicht des Art. 72 II CISG	418
aa) Inhalt und Grenzen der Notifizierungspflicht	418
bb) Folgen unterlassener Anzeige durch den Gläubiger	421
b) Keine Pflicht zur Klärung der Vertragstreue vor Fälligkeit im Rahmen des § 323 IV BGB	423
2. Die Ausübung des Vertragsumsteuerungsrechts	424
a) Vertragsaufhebung gem. Art. 26 CISG und Ablehnung der <i>ipso facto</i> -Aufhebung	424
b) Ausübung durch Erklärung nach § 349 BGB neben § 326 BGB	427
3. Beschränkungen der Ausübung des Vertragsumsteuerungsrechts ...	428
a) Kein Erklärungsaufforderungsrecht analog § 103 II 3 InsO bei drohender Insolvenz	428
b) Ausübungsschranken des § 323 IV BGB und Erklärungs- aufforderung analog § 350 BGB	429
c) Ausübungsschranken des Art. 72 CISG und Erklärungs- aufforderung analog Art. 48 II CISG	433
4. Abwendung der Vertragsumsteuerung durch Sicherheitenstellung ...	436
a) Abwendung des Aufhebungsrechts durch Sicherheitenstellung nach Art. 72 II CISG	436

b)	Abwendung des Rücktritts nach § 323 IV BGB durch Sicherheiten i.S.d. §§ 232 ff. BGB	438
c)	Sicherheitenstellung zur Abwendung der Vertragsumsteuerung im Spannungsfeld insolvenzrechtlicher Anfechtung	441
5.	Rechtsfolgen der Vertragsumsteuerung: die Befreiungswirkung und Erklärungsbindung	445
a)	Befreiungswirkung der Vertragsaufhebung vor Fälligkeit im CISG und Erklärungsbindung.....	445
b)	Befreiungswirkung des Rücktritts vor Fälligkeit im BGB und Diskussion eines <i>ius variandi</i>	448
c)	Widerruf der Vertragsumsteuerungserklärung bei drohender Insolvenz.....	450
VII.	Schadensersatz wegen antizipierten Vertragsbruchs	451
1.	Der Schadensersatzanspruch vor Fälligkeit in BGB und CISG	451
a)	Schadensersatz vor Fälligkeit im CISG	452
aa)	Der Schadensersatzanspruch vor Fälligkeit im System der Garantiehaftung	452
bb)	Konkrete und abstrakte Berechnung des Schadensersatzanspruchs	454
(1)	Schadensberechnung nach Artt. 75 f. CISG bei eingetretener Vertragsverletzung	454
(2)	Die Berechnung nach Artt. 75 f. CISG beim antizipierten Vertragsbruch.....	456
b)	Schadensersatz vor Fälligkeit im BGB	458
aa)	Das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs vor Fälligkeit analog § 281 BGB.....	458
bb)	Konkrete und abstrakte Berechnung des Schadensersatzanspruchs	462
(1)	Schadensersatzberechnung für Deckungsgeschäfte in BGB und HGB bei eingetretener Vertragsverletzung	462
(2)	Die Schadensberechnung beim antizipierten Vertragsbruch in BGB und HGB	465
c)	Diskontierung der Forderung nach der Hoffmann'schen Methode analog § 41 II InsO.....	467
2.	Anspruchskürzung wegen des Vorwurfs des Festhaltens am Vertrag	469
a)	Verletzung der Schadenminderungsobligiegenheit im CISG	469
aa)	Vertragsaufhebung in Kombination mit Schadensersatz als Maßnahme zur Verringerung des Verlusts nach Art. 77 CISG.....	469

bb) Rückausnahme unter Berücksichtigung der vertraglichen Risikenverteilung	471
b) Mitverschulden nach § 254 BGB.....	472
aa) Vertragsumsteuerung als Schadenminderungsobliegenheit nach § 254 BGB.....	472
bb) Rückausnahme unter Berücksichtigung der vertraglichen Risikenverteilung	474
3. Der Schadensersatzanspruch wegen antizipierten Vertragsbruchs bei drohender Insolvenz im eröffneten Verfahren – Erhaltung der Aufrechnungslage nach §§ 94 ff. InsO?	476
Literaturverzeichnis.....	481
Sachverzeichnis.....	507

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
abgedr.	abgedruckt
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
abr.	abrufbar
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Alt.	Alternative
amtl.	amtlich; amtliche
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
B2B	Business to Business
B2C	Business to Consumer
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater [Zeitschrift]
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer; Begründung
Beschl.	Beschluss
BG	Bundesgericht [Schweiz]
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
C2B	Consumer to Business
C2C	Consumer to Consumer
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods
C.L.J.	Cambridge Law Journal
COMI	centre of main interests

d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb [Zeitschrift]
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
dies.	dieselbe; dieselben
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Drucks.	Drucksache
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft [Zeitschrift]
DZWIR; DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen
Einl.	Einleitung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuInsVO	Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.; ff.	folgende
FK-InsO	Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GS	Gedächtnisschrift
HK-InsO	Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht
h. M.	herrschende Meinung
Herv. d. Verf.	Hervorhebung des Verfassers
Herv. i. Original	Hervorhebung im Original
HGB	Handelsgesetzbuch
HK-BGB	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
IHR	Internationales Handelsrecht [Zeitschrift]
InsO	Insolvenzordnung
Int&Comp.L.Q.	International & Comparative Law Quarterly [Zeitschrift]
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i. S. d.; i. S. v.	im Sinne des; im Sinne von
JA	Juristische Arbeitsblätter
J.L.C.	Journal of Law and Commerce
JURA	Juristische Ausbildung
juris-PK	juris Praxiskommentar
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KK-InsO	Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung
KO	Konkursordnung
Krit.	Kritisch
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
LG	Landgericht
lit.	litera
Lit.	Literatur

m. Anm.	mit Anmerkung
m. E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landeskammer Bayern [Zeitschrift]
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKoHGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
MüKoInsO	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
MüKoZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
n. F.	neue Fassung
No.	Nummer
NJCL	Nordic Journal of Commercial Law
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OG	Obergericht [Schweiz]
OGH	Oberster Gerichtshof [Österreich]
OLG	Oberlandesgericht
p.	page
PECL	Principles of European Contract Law
PICC; UPICC	Principles for International Commercial Contracts
PK-CISG	Praxiskommentar CISG
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft [Zeitschrift]
RL	Richtlinie
ROM I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rn.	Randnummer; Randnummern
Rz.	Randziffer; Randziffern
s	section
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SMG	Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts
sog.	sogenannte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
str.	streitig
u.	und
u. a.	unter anderem; und andere
UCC	Uniform Commercial Code [USA]
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
unstr.	unstreitig