

# Vertragsgestaltung

Moes

2. Auflage 2024  
ISBN 978-3-406-80115-0  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

diesem Grund ist die aufschiebende Bedingung bei den meisten Rechtskäufen ein probates Sicherungsmittel gegen Vorleistungsrisiken. Sie bewirkt einigermaßen zuverlässig die Gleichzeitigkeit des Leistungsaustausches in Annäherung an § 320 BGB.

## 2. Gleichzeitige Eintragung in Register

Gleichzeitigkeit eines Leistungsaustausches kann auch bewirkt werden bei tauschartigen Austauschverträgen, bei denen die Verfügung über beide Leistungsgegenstände der **konstitutiven Eintragung in ein Register** bedarf und diese Eintragungen gleichzeitig vorgenommen werden können. Das ist zum Beispiel der Fall beim Tausch von Grundeigentum oder dinglichen Rechten an Grundstücken. Hier kann der gleichzeitige Leistungsaustausch beim Grundbuchamt über zwei nach § 16 Abs. 2 GBO verknüpfte Anträge herbeigeführt werden. Bei der gleichzeitigen Eintragung in ein Register handelt es sich zwar um eine praktisch eher seltene, keineswegs aber exotische Technik. Das Gesetz verwendet diese Technik etwa im Gesellschaftsrecht als Standardprozedere bei Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz (UmwG).

290

## 3. Smart Contracts und Blockchains

Neue Möglichkeiten der vertragsgestalterischen Konstruktion der Gleichzeitigkeit des Leistungsaustausches ergeben sich durch **Smart Contracts**. Dabei geht es im Kern um folgendes Konzept: Wenn die auszutauschenden Leistungsgegenstände beide digital darstellbar bzw. steuerungsfähig sind, dann lässt sich die Gleichzeitigkeit des Leistungsaustausches programmieren. Die Vollzugsschritte sind dazu in einem Algorithmus konditional miteinander zu verknüpfen.<sup>12</sup> Die Vertragsparteien könnten sich für den Vollzug auf die Verwendung eines solchen Smart Contracts einigen. So könnte man beispielsweise vermietete Kraftfahrzeuge, die mit elektronischen Wegfahrsperren ausgestattet sind, mit dem Vermieterkonto verknüpfen. Geht die Miete nicht rechtzeitig ein, wird die Sperre aktiviert. Das Kfz ist erst dann wieder fahrbar, sobald die Zahlung erfolgt.<sup>13</sup> Selbst beim Grundstückskaufvertrag (→ Rn. 283 f.) wäre eine Verknüpfung von Eigentumsumschreibung in einem digitalen Grundbuch und Kaufpreiszahlung durch einen digital gesteuerten Zahlungsdienst technisch möglich.

291

Das Innovative an dem Konzept der Smart Contracts ist die Ersetzung der Vertragsjuristen und sonstigen Vertragsintermediäre, die durch Vertragsgestaltung, als Sicherungsgeber oder Treuhänder am Leistungsaustausch mitwirken. Ersetzung in diesem Sinne bedeutet allerdings nicht Beseitigung. Der menschliche Vollzugsdienstleister wird lediglich durch eine technische Lösung ersetzt, bei der es schlussendlich darauf ankommt, ob sie verhältnismäßig kostengünstiger bei mindestens gleicher Zuverlässigkeit realisierbar ist. Welchen (AGB-)rechtlichen Grenzen die Vereinbarung eines auf gleichzeitigen Leistungsaustausch setzenden Vollzugsalgorithmus unterliegt, muss man dabei gesondert betrachten.<sup>14</sup>

Der algorithmisierte Vollzug von Verträgen wird gelegentlich mit **Blockchain**-Lösungen gleichgesetzt.<sup>15</sup> Das ist unzutreffend: Ob und in welchem Maße der Vollzug

<sup>12</sup> Der Begriff Smart Contract meint üblicherweise den programmierten Vollzugsalgorithmus, nicht den zugrunde liegenden zivilrechtlichen Vertrag. Eine Legaldefinition von Smart Contracts (in der deutschen Fassung „intelligenter Vertrag“) befindet sich inzwischen in Art. 2 Abs. 39 Data Act (VO 2023/2854).

<sup>13</sup> Vgl. allerdings zu den AGB-rechtlichen Grenzen solcher Gestaltungen BGH 26.10.2022 – XII ZR 89/21.

<sup>14</sup> Vgl. BGH 26.10.2022 – XII ZR 89/21 sowie ausführlich mwN Wagner AcP 2022, 56 (83 ff.)

<sup>15</sup> ZB MüKoBGB/Ernst Einl. SchuldR Rn. 68.

eines Vertrags einer Programmierung zugänglich ist (**Smart Contract**), ist von der Frage zu unterscheiden, wie die dafür eingesetzte Technik strukturiert ist: Sie kann der Kontrolle einer der Vertragsparteien unterliegen oder nicht. Im letzteren Fall kann es sich um eine Blockchain handeln, die neben dem Vollzug eines bestimmten Vertrags dann regelmäßig auch die Aufgabe eines Transaktionsregisters für eine unbegrenzte Vielzahl an Verträgen übernimmt. Die Bewirkung der Gleichzeitigkeit des Leistungsaustausches und die Bereitstellung eines nicht manipulierbaren Transaktionsregisters hängen technisch zusammen und es macht in der Tat einen großen Unterschied, ob der Vollzugsalgorithmus zentral oder dezentral organisiert ist. Vertragsgestalterisch handelt es sich aber um voneinander zu trennende Fragestellungen.

#### 4. Closing beim Unternehmenskauf

- 292 Ein aus der anglo-amerikanischen Vertragsgestaltung stammende und bei Unternehmenskaufverträgen inzwischen etablierter Versuch der Herstellung einer Gleichzeitigkeit ist die Vereinbarung eines **Closing**-Termins zwischen den Vertragsparteien. Die Vorgehensweise ist so, dass nach Abschluss des Kaufvertrags die Vertragsparteien die von ihnen geschuldeten Leistungshandlungen zunächst vorbereiten. Hierzu gehört nicht nur die Übertragung des Unternehmens gegen Geldzahlung, sondern zB Umstrukturierungen des Unternehmens und seiner Geschäftsführung oder die Beschaffung von Sicherheiten Dritter. Sind alle Vorbereitungshandlungen abgeschlossen, trifft man sich zum Closing, bei dem zB die erforderlichen Urkunden über zu stellende Sicherheiten ausgetauscht, gewünschte Verträge des Unternehmens mit Dritten nachgewiesen werden und vor allem die Zahlung des Kaufpreises vom Käufer gegenüber seiner Bank nachweisbar veranlasst wird. In Kombination mit der aufschiebend bedingten Abtretung der Unternehmensanteile<sup>16</sup> kann durch ein solches Closing die Gleichzeitigkeit des Leistungsaustausches optimiert werden.

### III. Stückelung des Leistungsaustausches

- 293 Die zweite Methode der Vorleistungssicherung ist die **Stückelung des Leistungsaustausches**. Bei teilbaren Leistungen oder zusammengesetzten Leistungshandlungen kann der Leistungsaustausch durch vertragliche Vereinbarung gestückelt werden, so dass Vorleistungen immer nur mit einem Teil erfolgen und vor der Erbringung der restlichen Leistung zunächst die Erbringung eines Teils der Gegenleistung abgewartet wird. Dadurch werden zwar immer noch ungesicherte (Teil-)Vorleistungen erbracht, das wirtschaftliche Risiko ist aber entsprechend reduziert und damit für die Vertragsteile tragfähig.

#### 1. Langfristige Verträge

- 294 Bei **Dauerschuldverhältnissen** wird die Stückelung des Leistungsaustausches dadurch vereinfacht, dass sowohl Leistung als auch Gegenleistung teilbar sind. Das ist insbesondere der Fall bei Mietverträgen (§ 535 ff. BGB) sowie Dienst- und Arbeitsverträgen (§§ 611 ff. BGB), bei denen einer in Zeitabschnitte teilbaren vertragstypischen Leistung eine Gegenleistung in Geld gegenübersteht. Der auf den jeweiligen Zeitabschnitt bezogene Leistungsaustausch ist in der Regel wirtschaftlich nicht so bedeutsam, dass die Eingehung des Vorleistungsrisikos nicht gangbar wäre. Aus diesem Grunde werden abschnittsweise bezogene gesetzliche Vorleistungsverpflichtungen in Dauerschuldverhältnissen (vgl. zB §§ 556b, 614 BGB) durch die Vertragsgestaltung auch nur selten korrigiert.

<sup>16</sup> Vgl. zu den Einzelheiten etwa Beisel/Klumpp Unternehmenskauf § 9 Rn. 127 ff.

Ähnlich stellt sich die Lage bei **Raten- und Sukzessivlieferungsverträgen** dar,<sup>17</sup> bei denen ebenfalls beide geschuldeten Hauptleistungen teilbar sind, zB beim Kauf einer größeren Anzahl vertretbarer beweglicher Sachen. Hier wird abweichend von § 266 BGB jeweils eine Teilleistung erbracht, die nur fortgesetzt wird, wenn zuvor die hierauf bezogene Teilgegenleistung ebenfalls erbracht wurde.

Bleibt bei einem solchen langfristigen Vertrag die Fortsetzung der Leistung der anderen Vertragspartei wegen deren Insolvenz aus, so beschränkt sich der eigene Vorleistungsschaden auf wenige Zeitabschnitte bzw. Teilleistungen. Ob das Vertragsverhältnis daraufhin beendet oder mit dem Insolvenzverwalter mit Wirkung für die Masse fortgesetzt wird, ist eine Fallfrage. Die Einzelheiten hierzu sind in §§ 103, 105, 108 ff. InsO geregelt. Cum grano salis gilt die Richtschnur, dass die nicht insolvente Vertragspartei mit ihren bei Insolvenzeröffnung bereits erbrachten Vorleistungen normaler Insolvenzgläubiger ist.

Insgesamt lässt sich festhalten: Die gesamte Anreizstruktur in langfristigen Verträgen mit einem wiederkehrenden Leistungsaustausch und die Verteilung der Vorleistungsrisiken hat wegen der im Vertragstypus angelegten Stückelung der Leistungserbringung eine andere Struktur als bei Verträgen über den einmaligen Austausch einer Leistung. Eine besondere vertragsgestalterische Vorleistungssicherung ist hier nur in Ausnahmefällen erforderlich.<sup>18</sup>

## 2. Verträge über komplexe Leistungsgegenstände

Was bei langfristigen Verträgen in der Struktur des Vertragstypus angelegt ist, versucht die Vertragsgestaltung auch bei **Verträgen über einen komplexen Leistungsgegenstand** zu erreichen. Denn selbst bei Leistungspflichten, deren Erfüllung nicht iSv § 105 InsO teilbar ist, kann die Leistungshandlung oft in einzelne Elemente zerlegt werden. Diese Stückelungsmethode hat vor allem bei **Kauf- und Werkverträgen** eine besondere Bedeutung erlangt, wenn also Übereignung und Besitzverschaffung an einer Sache oder Herstellung eines Werkes gegen Geldzahlung geschuldet sind. Wie man die Stückelung hier konstruiert, ist in hohem Maße abhängig von den konkreten Umständen. Allgemeine Aussagen sind kaum möglich. Die Gründe hierfür liegen ausschließlich im Sachenrecht, was anhand des Unterschieds zwischen einem **Bauträgervertrag** (typengemischter Vertrag aus Kauf- und Werkvertragsrecht, § 650u BGB) und einem **Bauvertrag** (reiner Werkvertrag, § 650a BGB) erläutert sei:

295

Beim **Bauträgervertrag** ist zunächst der Verkäufer (Bauträger) Eigentümer des Grundstücks und des zur Errichtung gelangenden Gebäudes, während der Käufer das Eigentum erst durch Verfügungsgeschäft erwirbt (§§ 873, 925 BGB). Beim **Bauvertrag** ist und bleibt der Besteller Eigentümer des Grundstücks und erwirbt Eigentum am zu errichtenden Gebäude durch die Erbringung der Bauleistung des Unternehmers nach § 946 BGB. Dieser Unterschied in der dinglichen Rechtslage dreht die Konstruktion der Vorleistungssicherung komplett um: In beiden Konstellationen ist der Verkäufer (Bauträger) bzw. Unternehmer meist schon aus Finanzierungsgründen nur zur Gebäudeerrichtung bereit, wenn Ratenzahlungen nach Baufortschritt erfolgen. Die Vereinbarung solcher Ratenzahlungen ist daher im Bauträgervertrag und beim Bauvertrag der übliche Gestaltungsstandard.

Die **Sicherungsrichtung** solcher Ratenzahlungen ist aber bei beiden Vertragstypen unterschiedlich: Während beim Bauträgervertrag das Vorleistungsrisiko strukturell

<sup>17</sup> Zum Begriff vgl. MüKoBGB/Gaier § 314 Rn. 6 ff.

<sup>18</sup> Etwa bei besonderen vertragsspezifischen Investitionen, vgl. → Rn. 300.

beim Käufer liegt, der Gefahr läuft, die Raten vorauszuleisten, während das Grundstück samt Gebäude irgendwann zur Insolvenzmasse des Verkäufers gehört, ist es beim Bauvertrag genau umgekehrt. Hier liegt das Vorleistungsrisiko strukturell beim Unternehmer, der auf dem Grundstück des Bestellers ein Gebäude errichtet, das direkt in dessen Eigentum übergeht (§ 946 BGB) und dort in die Insolvenzmasse fallen kann. Dieser Unterschied in der dinglichen Rechtslage führt dazu, dass sich Bauträgerverträge und Bauverträge vollzugstechnisch deutlich voneinander unterscheiden.<sup>19</sup> Auch das einschlägige zwingende Recht, das den Rahmen für die Vorleistungsproblematik vorgibt, ist folglich anders strukturiert (v.a. § 307, §§ 632a iVm §§ 650m, 650u BGB und hierzu §§ 3, 7 MaBV sowie §§ 650e, 650f BGB).

#### IV. Stellung von Sicherheiten

- 296 Die dritte Methode der Vorleistungssicherung ist die **Stellung insolvenzfester Real- und bonitätsstarker Personalsicherheiten**. Diese Methode beruht auf dem Grundgedanken, dass eine Vertragspartei zwar vorleistet, aber nur, wenn ihr zuvor von der anderen Vertragspartei eine Sicherheit wirksam gestellt wurde. Die zu stellende Sicherheit kann das Primär- oder nur das Sekundärleistungsinteresse der vorleistenden Partei decken. Die Methode kommt auch zum Einsatz, wenn bei Überlassungsverträgen der überlassene Gegenstand zurückgegeben werden muss und dieser vertragliche Rückgewähranspruch gesichert werden soll. Ein Beispiel hierfür sind die Stellung von Sicherheiten für die Rückzahlung eines Darlehens sowie die Stellung von Mietsicherheiten.

##### 1. Real- und Personalsicherheiten

- 297 Als Sicherheiten kommen Real- und Personalsicherheiten in Frage. **Realsicherheiten** können vom Schuldner oder von Dritten gestellt werden und beruhen auf dem Prinzip, dass der Sicherungsgegenstand für die Erfüllung der Forderung herangezogen werden kann. **Personalsicherheiten** können nur von Dritten gestellt werden. Sie beruhen auf dem Prinzip, dass für die Erfüllung der gesicherten Forderung zusätzlich auf das Vermögen eines Dritten zugegriffen werden kann.<sup>20</sup>

##### a) Realsicherheiten

- 298 Mit Realsicherheiten lässt sich bei Veräußerungsverträgen der **Primärleistungsanspruch** auf Übertragung des Leistungsgegenstandes in vielen Fällen insolvenzfest sichern. Die Realsicherheit muss dazu an dem geschuldeten Leistungsgegenstand bestellt werden. Der praktisch wichtigste Fall einer solchen insolvenzfesten Primärleistungssicherung ist die Vormerkung nach § 883 Abs. 1 BGB, auf deren Grundlage der Käufer auch bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Käufers vom Insolvenzverwalter Erfüllung verlangen kann (§ 106 InsO). Eine entsprechende Wirkung in der Verkäuferinsolvenz hat beim Verkauf beweglicher Sachen der Eigentumsvorbehalt, wenn der Besitz bereits übertragen wurde (§ 107 Abs. 1 InsO).

Scheidet eine Primärleistungssicherung am geschuldeten Vertragsgegenstand aus, so kommen Realsicherheiten dennoch in Frage, da sich **alle auf Geldzahlung gerichtete**

<sup>19</sup> Vgl. BeckOF-V/Berger Form. 4.8.1 und 4.8.2 (BGB-Bauvertrag) sowie BeckOF-V/Barbers Form 8.2.1 und 8.2.2 (Bauträgervertrag).

<sup>20</sup> Vgl. MüKoBGB/Habersack § 765 Rn. 1.

**ten Ansprüche**, gleich ob Primärleistungsansprüche (zB auf Kaufpreiszahlung) oder Sekundärleistungsansprüche (zB auf Schadensersatz statt der Leistung), dinglich sichern lassen. Das geschieht bei Grundstücken über Grundpfandrechte, die im Insolvenzfall des Eigentümers ein Absonderungsrecht (§ 49 InsO) gewähren. Ebenfalls ein Absonderungsrecht gewähren bei beweglichen Sachen die Sicherungsübereignung und bei Forderungen die Sicherungsabtretung (§ 51 Nr. 1 InsO), allerdings mit all den Gefahren wirksamer Zwischenverfügungen durch den Sicherungsgeber (§§ 932 ff., 407 BGB). Entsprechendes gilt für Pfandrechte (§ 50 InsO).

## b) Personalsicherheiten

In Ermangelung oder an Stelle von Realsicherheiten können Personalsicherheiten eingesetzt werden. Der Gegenleistungsanspruch der vorleistenden Vertragspartei wird hier durch einen **Dritten (Sicherungsgeber)** gesichert. Sicherungsmittel sind schuldrechtliche Verträge wie Bürgschaften, Garantien oder Patronatserklärungen.<sup>21</sup> 299

Das Gestaltungsprinzip der Stellung von Personalsicherheiten ist insofern strukturell schwächer als das der Realsicherheiten als sich faktisch meist nur Zahlungsansprüche sichern lassen, nicht aber das Primärleistungsinteresse bei nicht auf Zahlung gerichteten Ansprüchen. Ob eine Real- oder eine Personalsicherheit aus Gläubigersicht vorzugswürdig ist, lässt sich aber nicht allgemein sagen. Denn die Personalsicherheit birgt angesichts ihres schuldrechtlichen Charakters natürlich immer das Insolvenzrisiko des Sicherungsgebers. Daher kommt es für den Vergleich unterschiedlicher Sicherheiten vor allem auf die Bonität des Sicherungsgebers an, was im Ergebnis oft auf die Stellung von **Bürgschaften durch Kreditinstitute** hinausläuft.<sup>22</sup> Daneben ist auch auf die praktische Durchsetzbarkeit der Personalsicherheit zu achten: Eine hohe Bonität mag aus Sicht des Gläubigers nicht ausreichend sein, wenn zB eine nicht selbstschuldnerische Bürgschaft von einem mit seinem Vermögen im nicht-europäischen Ausland ansässigen Bürgen gestellt wird.

Starke Verbreitung als Sicherungsmittel finden auch echte **Versicherungen** iSv § 1 VVG. Sie haben als Personalsicherheit grundsätzlich eine der Bankbürgschaft vergleichbare Güte. Ökonomisch betrachtet wird man gar keinen grundlegenden Unterschied zwischen der Versicherung eines Risikos gegen Versicherungsprämie und der Stellung einer Bankbürgschaft gegen Avalprovision ausmachen. Auch rechtlich ist es natürlich möglich, das Risiko der Insolvenz einer Vertragspartei zu versichern. Das Reisevertragsrecht sieht diesen Sicherungsmechanismus sogar kraft Gesetzes vor (§ 651r Abs. 2 Nr. 1 BGB).

## 2. Sicherung vertragsspezifischer Investitionen

Eine der Vorleistungssicherung verwandte, mit ihr aber nicht identische Fragestellung ergibt sich bei **vertragsspezifischen Investitionen** (→ Rn. 79 ff.). Führt die Insolvenz der anderen Vertragspartei zu einer Beendigung des Vertragsverhältnisses vor dessen vollständigem Vollzug, werden diese Investitionen entwertet, wenn und soweit sie auf den spezifischen Vertrag zugeschnitten sind und sich anders nicht mehr amortisieren lassen. Da die Beendigung des Vertragsverhältnisses im Insolvenzfall meist im Ermessen des Insolvenzverwalters steht (§§ 103, 108 ff. InsO), liegt hier ein besonderes Risiko. 300

<sup>21</sup> Ein Überblick über gängige Personalsicherheiten und ihre Erscheinungsformen findet sich bei MüKoBGB/Habersack Vor § 765 Rn. 10 ff.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu die Vorschriften zur Stellung tauglicher Bürgen in §§ 232 Abs. 2, 239 BGB sowie § 108 ZPO.

Nach den bisherigen Ausführungen wurden Sicherheiten eingesetzt, um das Risiko einer unverhältnismäßigen oder zu frühen **Anreicherung der Insolvenzmasse** der anderen Vertragspartei zu beherrschen. Vertragsspezifische Investitionen werden durch diesen Sicherungsmechanismus aber meist nicht erfasst. Denn sie sind in der Regel keine Vorleistungen iSv § 320 BGB, weil hier keine Vermögenswerte auf die andere Vertragspartei übertragen werden, die bei dieser in die Insolvenzmasse fallen können. Nur aus dem Blickwinkel der Investitionsrechnung der investierenden Vertragspartei sind sie Vorleistungen vergleichbar. Trotz dieses Unterschieds zu eigentlichen Vorleistungsrisiken lassen sich auch die Risiken aus vertragsspezifischen Investitionen im Einzelfall durch die Stellung von Sicherheiten in den Griff bekommen.

Zum einen kann (bei AGB-Verträgen in den Grenzen des § 308 Nr. 7b BGB) vereinbart werden, dass die andere Vertragspartei vertragsspezifische Investitionen, die durch eine von ihr veranlasste Vertragsbeendigung entwertet werden, ganz oder teilweise zu erstatten hat. Für den Erstattungsanspruch können dann Sicherheiten gestellt werden.

Ein weiteres Gestaltungsmittel besteht immer dann, wenn der mit dem Insolvenzrisiko behaftete **Primärleistungsanspruch realsicherungsfähig** ist. So kann zB die Fortsetzung von Mietverhältnissen über Grundstücke und Räume, in die der Mieter vertragsspezifische Investitionen tätigt, auch im Fall der Insolvenz des Vermieters über Realsicherheiten erzwungen werden. Das Sonderkündigungsrecht des Insolvenzverwalters nach § 111 InsO ist zwar durch Vertrag zwischen Vermieter und Mieter nicht abdingbar. Die Nutzung der Mietsache kann aber durch eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit im Grundbuch gesichert werden (§§ 1018 ff. BGB), und zwar auch mit Wirkung gegen den Insolvenzverwalter über den Zeitpunkt der Kündigung hinaus.<sup>23</sup>

## V. Einschaltung von Treuhändern

- 301 Die vierte Sicherungsmethode gegen Vorleistungsrisiken ist die **Einschaltung Dritter mit einer im weitesten Sinne treuhänderischen Funktion**. Der Dritte kann dabei echter Treuhänder im sachenrechtlichen Sinne sein, der Vermögenswerte im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung entgegennimmt und auskehrt. Der Dritte kann aber auch lediglich beauftragt sein, für den Vertragsvollzug rechtliche relevante Ereignisse zu überprüfen, festzustellen oder herbeizuführen.

### 1. Echter Treuhänder

- 302 Das Gestaltungsprinzip beim **echten Treuhänder** fußt auf folgender Grundidee: Der Treuhänder nimmt die von einer Vertragspartei geschuldete Leistung entgegen. Sodann erfüllt die andere Vertragspartei ihre Leistungspflicht, was der Treuhänder prüft und woraufhin er den von ihm gehaltenen Leistungsgegenstand an die andere Vertragspartei auskehrt. Hinsichtlich der Insolvenzrisiken von Verkäufer und Käufer ist diese Vorgehensweise optimal. Das sei am Beispiel eines Grundstückskaufvertrags erläutert.

<sup>23</sup> Vgl. Reul/Heckschen/Wienberg InsR/Reul § 2 Rn. 40 ff.

**Beispiel:** Verkäufer (V) verkauft an Käufer (K), eine im nichteuropäischen Ausland ansässige Kapitalgesellschaft, ein lastenfreies Grundstück zu notarieller Urkunde. V weigert aufgrund der Ansässigkeit von K im Ausland die Eintragung einer Auflassungsvormerkung, weshalb eine Abwicklung nach dem sog. Direktzahlungsverfahren<sup>24</sup> ausscheidet. Daher zahlt K aufgrund einer entsprechenden Regelung im Kaufvertrag den Kaufpreis auf ein vom Notar eröffnetes Anderkonto ein, woraufhin die Auflassung im Grundbuch zum Vollzug beantragt wird. Nach Eigentumsumschreibung bzw. Überprüfung von deren Vollzugsreife zahlt der Notar den Kaufpreis gemäß der Treuhandregelung aus dem Anderkonto an V aus. Die Abwicklung des Kaufpreises über ein Notaranderkonto lässt bei korrekter Formulierung der Auszahlungsbedingungen eine insolvenz-feste Gestaltung für beide Vertragsparteien zu.

Ein Risiko bleibt nur noch der Treuhänder selbst. Nimmt er fehlerhaft Zahlungen vor, haftet er allerdings. Fällt er selbst in Insolvenz, haben die Beteiligten an dem Guthaben ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO.

## 2. Sonstige treuhänderische Tätigkeit

Außerhalb dieser echten Treuhandtätigkeit werden Dritte dabei tätig, im Rahmen des Vertragsvollzugs rechtlich relevante Ereignisse zu überprüfen und festzustellen. Dies umfasst zunächst die Herbeiführung von Wirksamkeitsvoraussetzungen, zB die Einholung privatrechtlicher oder behördlicher Genehmigungen für einen Vertrag (→ Rn. 185 ff.). Die damit verbundene Vorleistungssicherung wirkt genau genommen noch nicht auf die Gegenleistungsverpflichtung der die Vorleistung empfangenden Vertragspartei, sondern auf das potentielle bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsverhältnis. Denn wer auf einen noch unwirksamen Vertrag vorleistet, dessen Wirksamkeit auch später nicht eintritt, weil die erforderliche Genehmigung endgültig versagt wird, hat einen Rückgewähranspruch aus Zweckverfehlungskondiktion (§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB), der bei Insolvenzeröffnung über das Vermögen der anderen Vertragspartei eine bloße Insolvenzforderung ist (§ 38 InsO).

Echte Insolvenzsicherung tätigt der Treuhänder aber dann, wenn er prüft, ob eine für den Vollzug eines wirksamen Vertrags erforderliche Real- oder Personalsicherheit ordnungsgemäß gestellt wurde, oder er eine Leistungshandlung aufgrund ihm erteilter Vollmacht vornimmt, nachdem er sich von der vorherigen Erbringung einer Gegenleistung überzeugt hat. Das ist das notarielle Tagesgeschäft der Fälligkeitssmitteilungen und Vorlagesperren, etwa wenn der Notar einen Kaufpreis erst nach Eintragung einer Vormerkung, Vorlage von Bürgschaften und Lastenfreistellungserklärungen fällig stellt oder Vollzugsanträge und sonstige Dokumente zu Grundbuchamt und Handelsregister erst nach Überprüfung einer Kaufpreiszahlung einreicht.<sup>25</sup>

## VI. Grundregeln der Auswahl von Sicherungsinstrumenten

Hat der Vertragsjurist die Vertragsparteien über etwaige Vorleistungsrisiken aufgeklärt, muss entschieden werden, ob und welche Sicherungsinstrumente zum Einsatz kommen. Diese Beratungs- und Entscheidungssituation des Vertragsjuristen

<sup>24</sup> Zum Direktzahlungs- und Anderkontenverfahren eingehend Krauß ImmobilienKaufV Rn. 2629 ff., 3115 ff.

<sup>25</sup> Vgl. hierzu BeckNotar-HdB/Heckschen/Herrler/Münch § 1 Rn. 447 ff., 549 ff.

wird durch zwei **vertragsökonomische Grundregeln der Vorleistungssicherung** gesteuert

### 1. Sicherungsgrad und Transaktionskosten

Wenn die Vertragsgestaltung es ermöglicht, Vorleistungsrisiken zu beseitigen, dies aber dennoch bei vielen Transaktionen nicht getan wird, so hat das einen einfachen Grund: Sicherheit kostet Geld (**Transaktionskosten**).<sup>26</sup> Das gilt auch bei der Sicherung gegen Vorleistungsrisiken. Die gleichzeitige Bewirkung der Leistungen Zug um Zug nach § 320 BGB ist – wenn sie denn faktisch möglich ist – definitiv diejenige Vorleistungssicherung, die die geringsten Transaktionskosten verursacht, da sie ohne Einschaltung von rechtlichen Beratern durchgeführt werden kann. Tendenziell teurer wird es bei der vertragsgestalterischen Konstruktion der Gleichzeitigkeit des Leistungsaustausches und dessen Stückelung. Denn hier müssen bezahlte Vertragsjuristen ans Werk. Über die Kosten der Stellung von Sicherheiten lassen sich keine allgemeinen Aussagen treffen, da diese naturgemäß von der Transaktionssumme und der Bonität des Vorleistungsempfängers abhängen. Die Einschaltung von Treuhändern hingegen deutet meist auf erhöhte Kosten hin, weshalb dieses Instrument bei Massenverträgen über geringwertigere Güter auf Verbrauchermärkten wenig und bei hochwertigen Transaktionen eine größere Verbreitung gefunden hat:

Das Interesse der Vertragsteile an der Sicherung gegen Vorleistungsrisiken steht also in einem Spannungsverhältnis zu deren Interesse, die Transaktionskosten möglichst gering zu halten. Als Faustregel gilt: **Höhere Sicherheit – höhere Transaktionskosten, niedrigere Sicherheit – niedrigere Transaktionskosten**. Hundertprozentige Sicherheit kann im Einzelfall nahezu unbezahlbar sein. Dieser Zusammenhang wird auch in der Rechtsprechung zur Notarhaftung reflektiert: Der Notar muss nämlich im Rahmen der sog. doppelten Belehrungspflicht nur auf Sicherungsmöglichkeiten hinweisen, die unter Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit der Beteiligten realistisch in Betracht kommen.<sup>27</sup>

### 2. Sicherungsinteresse und Vertrauen

- 305 Die Sicherung gegen Vorleistungsrisiken verursacht also Transaktionskosten. Aber auch die weitere ökonomische Einsicht, dass Transaktionskosten durch Vertrauen gesenkt werden können, ist hier anwendbar: So werden selbst wirtschaftlich sehr bedeutende Transaktionen zwischen Familienmitgliedern häufig mit vollständig ungesicherten Vorleistungen vorgenommen. Das Vertrauen in die Vertragstreue etwa des eigenen Kindes oder des Bruders ist eben entsprechend hoch, weil Vertragsuntreue oder das Verschweigen einer drohenden Insolvenz massive familiäre Sanktionen zur Folge hätten.

Aber auch außerhalb der persönlichen Verbundenheit der Vertragsparteien funktioniert der **Vertrauensmechanismus** und kann vertragsgestalterische Vorleistungssicherungen verzichtbar machen. Denn Vertrauen kann durch hinreichend spezifische Informationen über die andere Vertragspartei und den Vertragsgegenstand generiert werden. Ob sich durch die Beschaffung solcher Informationen das Sicherungsinteresse tatsächlich reduzieren lässt, hängt vor allem von den Informationsbeschaffungskosten ab. Diese müssen niedriger sein als die Kosten der alternativ zur Verfügung stehenden Vorleistungssicherungen. Dieser Zusammenhang bildet zB

<sup>26</sup> Die Herstellung von Transaktionssicherheit ist einer der wichtigsten Auslöser für Transaktionskosten. Vgl. zum Begriff Richter/Furubotn Institutionenökonomik S. 55 ff.

<sup>27</sup> BGH 12.2.2004 – III ZR 77/03.