

Grenzen des Erfüllungsanspruchs im System des Leistungsstörungsrechts der PICC, PECL und des DCFR im Vergleich zum CISG – Probleme und Änderungsvorschläge *

YEŞİM M. ATAMER

A. Eckpfeiler des Leistungsstörungsrechts des vereinheitlichten Vertragsrechts

1. Einheitlicher Vertragsverletzungstatbestand

Eine der Grundsatzentscheidungen der Rechtsvereinheitlichungsprojekte im Vertragsrecht ist es, nicht dem ‚cause‘ sondern dem ‚remedy approach‘ im Leistungsstörungsrecht zu folgen.¹ Somit steht nicht eine Unterteilung nach den verschiedenen Ursachen der Vertragsverletzung wie z.B. die Unmöglichkeit oder der Verzug im Vordergrund, sondern die Nichterfüllung als solche (*breach of contract / non-performance*).² Die Arten der Leistungsstörungen und deren Abgrenzung zueinander sind in diesem System nicht ausschlaggebend, genauso wenig wie die Frage, ob die Ursache der Nichterfüllung bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestand oder erst später aufgetreten ist. Jede Abweichung von dem vertraglichen Pflichtenprogramm, be-

* Dieser Beitrag wurde während eines Forschungsaufenthalts an der Juristischen Fakultät der Universität Basel abgefasst. Ich danke der Ernst von Caemmerer Stiftung für ihr großzügiges Stipendium, das einen solchen Aufenthalt ermöglicht hat. Dieses Stipendium wie auch manch andere Förderung habe ich ohne Zweifel der stetigen Unterstützung des Jubilars, meinem verehrten Lehrer und Mentor, Herrn Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt zu verdanken. Ohne sein Wegweisen und seine Unterstützung wäre vieles anders gekommen. Ihm ist dieser Aufsatz in tiefer Verbundenheit gewidmet.

¹ *Basedow* Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG, 25 Int'l Rev. L. & Econ. (2005), S. 487 (490–492); *Schauer* Grundprinzipien des Leistungsstörungsrechts im ABGB, UN-Kaufrecht und in den PECL – eine vergleichende Skizze, in FS Kramer (2004), S. 627 (629); *Düchs* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht (2006), S. 53 ff.; *Zimmermann* Konturen eines europäischen Vertragsrechts, JZ 1995, S. 477 (480–481).

² Art. 1:301(4) PECL; Art. 7.1.1 PICC; Art. III. – 1:102 (3) DCFR. Vgl. dazu im Detail *Storme* Schuldnerpflichten, Vertragsstörung und Verantwortung (PECL, PICC, Wiener Kaufrecht, Gandolfi-Code, BGB-Entwurf), in *Schlechtriem* (Hrsg.), *Wandlungen des Schuldrechts* (2002), S. 11 (26 ff.).

gründet damit eine Vertragsverletzung.³ Dieser Ansatz wurde zweifelsohne vom englischen Recht beeinflusst⁴ und hatte seinen ersten wichtigsten Anhänger im internationalen Kaufrecht gefunden.⁵ Die heute als „modern“ gepriesene⁶ Lösung stand auch teilweise Pate bei der Abfassung der deutschen Schuldrechtsreform⁷ und des niederländischen *Burgerlijk Wetboek*⁸.

Die natürliche Folge dieses Denkansatzes ist, dass es für die Systematisierung des Leistungsstörungenrechts eines neuen Kriteriums bedarf. Allen *soft-law* Instrumenten ist es nun auch gemeinsam, dass sie nicht mehr von den Rechtstatsachen sondern von den Rechtsfolgen ausgehend diese Systematisierung vornehmen. Nach einem allgemeinen „Einführungskapitel“, das einen Überblick über die Nichterfüllungsfolgen gibt und u.a. Haftungsausschlussklauseln und die Entschuldigungsmöglichkeit aufgrund eines Hinderungsgrunds regelt, werden die verschiedenen Rechtsbehelfe des Gläubigers und deren Voraussetzungen und Folgen in aufeinanderfolgenden Kapiteln dargestellt. Die Rechtsbehelfe erschöpfen sich in dem Erfüllungsanspruch (der auch Beseitigung eines Mangels und Lieferung einer mangelfreien Sache umfasst), dem Zurückbehaltungsrecht, der Aufhebung des Vertrages, der Minderung des Preises (nicht vorhanden in den PICC), Schadensersatz und dem Recht auf Zinsen bei Geldschulden. Eine Möglichkeit der Vertragsanpassung an veränderte Umstände wird nicht zusammen mit den anderen Rechtsbehelfen abgehandelt, sondern im Abschnitt zur Leistung und ihren Modalitäten.

Die Vorteile eines solchen Systems sind verschiedene. Vor allem dient es dazu, das ganze Leistungsstörungenrecht übersichtlicher und einfacher zu gestalten.⁹ Dies ist ein wichtiger Aspekt für den Anwender genauso wie für den

³ *Magnus* Das Recht der vertraglichen Leistungsstörungen und der Common Frame of Reference, ZEuP 2007, S. 260 (264). Wieweit dieses Konzept auch im *Acquis communautaire* verwirklicht ist vgl. *Magnus*, S. 263.

⁴ Vgl. zu diesem Konzept im englischen Recht *Schmidt-Kessel* Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht, *Limits of Frustration* (2001), S. 32 ff.

⁵ Vgl. *Müller-Chen* in *Schlechtriem/Schwenzer*, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht (5. Aufl., 2008), Art. 45 CISG Rn. 5; *P. Huber* in *Münchener Kommentar zum BGB*, (5. Aufl., 2008), Art. 45 CISG Rn. 4.

⁶ Z.B. *Schwenzer* Rechtsbehelfe und Rückabwicklungsmodelle im CISG, in den *European and UNIDROIT Principles*, im *Gandolfi-Entwurf* sowie im deutschen Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in *Schlechtriem* (Hrsg.), *Wandlungen des Schuldrechts* (2002), S. 37; *Düchs* (Fn. 1) S. 53. *Grundmann* bezeichnet es als einen „Rückschritt“, dass in der endgültigen Fassung der Schuldrechtsreform eine mittlere Ebene gewählt und das System der Rechtsfolgendifferenzierung mit dem System der Differenzierung nach Verstoßtatbestände kombiniert wurde, vgl. *Grundmann* Der Schadensersatzanspruch aus Vertrag – System und Perspektiven, *AcP* 204 (2004), S. 569 (603–604).

⁷ *Schmidt-Kessel* Schadensersatz wegen Vertragsbruchs im System der Rechtsbehelfe, in *Remien* (Hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht* (2008), S. 85 (89); *Schwenzer* (Fn. 6) S. 37 (38).

⁸ *Storme* (Fn. 2) S. 11 (26–27).

⁹ *Schwenzer* (Fn. 6) S. 37 (51).

Theoretiker. Ständige Wiederholungen der gleichen Rechtsbehelfe je nach Typ der Vertragsverletzung werden vermieden. Dadurch wird auch eine Kongruenz in der Anwendung der Rechtsbehelfe gewährleistet, so dass gleiche Tatbestände immer den gleichen Folgen unterliegen. Die schon lange z.B. im deutschen Rechtskreis kritisierten¹⁰, meist durch historische Zufälligkeiten bedingten und nicht sachgerechten Unterscheidungen in den Folgen verschiedener Vertragsverletzungstypen, kann in diesem System besser vermieden werden. Durch eine konsequente Anwendung der Verweisteknik, kann auch das besondere Schuldrecht entlastet und Anspruchskonkurrenzen zwischen Gewährleistungsrecht und allgemeinem Schuldrecht verringert werden. Der DCFR, der als einziges Regelwerk auch besondere Schuldverhältnisse beinhaltet, ist ein Beispiel dafür, da der Kaufvertrag z.B. ohne jegliche spezielle Regelung bezüglich der Rechtsfolgen der Nichterfüllung abgehandelt werden kann.¹¹

Ein anderer wichtiger Vorzug eines einheitlichen Vertragsverletzungstatbestandes ist, dass er die Gefahr ausschließt, verschiedene Leistungsstörungstypen unreguliert zu lassen, und somit der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit dient.¹² Weder positive Vertragsverletzung noch antizipierter Vertragsbruch bleiben ausgeschlossen – Rechtsinstitute, die sonst nur durch Weiterentwicklung des Leistungsstörungsrechts durch Rechtsprechung und Lehre in die Gesetze hineingelesen werden konnten, können ohne weiteres unter diesen Generaltatbestand subsumiert werden.

2. Abstandnahme vom Verschuldensprinzip

Ein weitgehendes Abstandnehmen vom Verschuldensprinzip im Vertragsrecht kann als die zweite Grundsatzentscheidung der Regelwerke bewertet werden. Art. 1:301(4) PECL und Art. III. – 1:102 DCFR betonen beide, dass jede Art von Nichterfüllung, ob entschuldigt oder nicht, unter diesen Begriff

¹⁰ Kritisch in Bezug auf die inkonsistenten Regelungsweise der Gesetze z.B. im Schweizer Recht: *Furrer* Ist das schweizerische Leistungsstörungsrecht noch zeitgemäß?, in Girsberger/Luminati (Hrsg.), ZGB, Gestern – Heute – Morgen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007, S. 303 (312–314); *Schönle* Zum schweizerischen Kaufrecht und Schenkungsrecht, in Gauch/Schmid (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert (2001), S. 345 (365); *Schwenzer* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2009), Rn. 60.02 ff.; in Deutschland *Basedow* Die Reform des deutschen Kaufrechts (1988) S. 12 ff.; *Zweigert/Kötz* Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl., 1996), S. 511 f.; in Österreich *Schauer* (Fn. 1) S. 627 (629); *Lurger* Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union (2002), S. 509.

¹¹ Interessant ist es nur, dass der DCFR in seiner *outline edition 2009* noch nicht mal einen Verweis auf die Rechtsbehelfe im allgemeinen Teil beinhaltet. Dieser war in der *interim edition* noch vorhanden (Vgl. Art. IV.A. – 4:201: Overview of remedies).

¹² *Grundmann* (Fn. 6) S. 595.

fällt.¹³ Dasselbe wird für das Leistungsstörungenrecht von PICC und CISG anerkannt, auch wenn es in den Texten nicht explizit ausgedrückt ist.¹⁴ Der Tatbestand der Nichterfüllung ist in allen Regelwerken sowie dem CISG prinzipiell von keinem Verschulden abhängig gemacht.¹⁵ Es ist von einer Garantiehafung die Rede.¹⁶ Dies bedeutet aber nicht, dass der Gläubiger von seinen Rechtsbehelfen im Falle von verschuldeter und unverschuldeter Nichterfüllung gleichermaßen Gebrauch machen kann. Grenzen sind den Rechtsbehelfen auch in diesem System gesetzt – nur sind diese Grenzen nicht schon beim fehlenden Verschulden erreicht.¹⁷

Eine Entlastung ist nämlich ausnahmsweise dann möglich, wenn die Nichterfüllung auf einem außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegenden Hinderungsgrund beruht und vom Schuldner vernünftigerweise auch nicht erwartet werden konnte, diesen Hinderungsgrund bei Vertragsschluss in Betracht zu ziehen und den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden (Art. 7.1.7 PICC; Art. 8:108 PECL und Art. III. – 3:104 DCFR).¹⁸ Prinzipiell werden nur Fälle, die als höhere Gewalt zu qualifizieren sind, eine Befreiung ermöglichen.¹⁹ Beide Parteien müssen für ihre Risikosphäre einstehen und können nur bei exogenen Leistungshindernissen entlastet werden.²⁰

¹³ Vgl. Art. 1:301, Kommentar D in *v. Bar/Zimmermann* (Hrsg.) Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil I und II, Kommission für Europäisches Vertragsrecht (2002), S. 124 und Art. III. – 1:102 DCFR Kommentar C in *v. Bar/Clive* (Hrsg.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Full Edition (2009), V.I, S. 672–673.

¹⁴ Vgl. Art. 45, 61 CISG und *Magnus* in Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2005, Art. 79 CISG Rn. 8; *Schwenzer* in Schlechtriem/Schwenzer (Fn. 5) Art. 79 CISG Rn. 1; *Brunner Force Majeure and Hardship under General Contract Principles* (2009), S. 61. Vgl. für PICC den offiziellen Kommentar auf Deutsch: UNIDROIT, Grundregeln der Internationalen Handelsverträge („Unidroit Prinzipien“), 1994, Art. 7.1.1. S. 164 (Da eine Deutsche Übersetzung des Kommentars zu den Unidroit Prinzipien 2004 nicht vorhanden ist, wird auf den von 1994 verwiesen, soweit der Inhalt der Regeln identisch mit denen von 2004 ist).

¹⁵ *Magnus* (Fn. 3) S. 260 (264).

¹⁶ *Düchs* (Fn. 1) S. 60 ff.

¹⁷ *Schmidt-Kessel* (Fn. 7) S. 85 (95).

¹⁸ Vgl. zu den Voraussetzungen dieser Entlastungsmöglichkeit, die fast wörtlich von Art. 79 CISG in die Regelwerke übernommen wurde, *Schwenzer* in Schlechtriem/Schwenzer (Fn. 5) Art. 79 CISG Rn. 10 ff.; *Staudinger/Magnus* (Fn. 14) Art. 79 CISG Rn. 11 ff.; *Kleinheisterkamp* in Vogenauer/Kleinheisterkamp, UNIDROIT Commentary (2009), Art. 7.1.7 PICC Rn. 11 ff.; *Fischer* Die Unmöglichkeit der Leistung im internationalen Kauf- und Vertragsrecht (2001), S. 53 ff.

¹⁹ *Magnus* (Fn. 3) S. 260 (264). Die Überschrift von Art. 7.1.7 PICC ist auch bezeichnenderweise „*Force Majeure/Höhere Gewalt*“. Vgl. auch Kommentar C zu Art. 8:108 PECL und Comment C zu Art. III. – 3:104 DCFR.

²⁰ *Staudinger/Magnus* (Fn. 14) Art. 79 CISG Rn. 16.

Betrachtet man die systematische Stellung dieser Entlastungsnormen in den *soft-law* Instrumenten, so fällt es auf, dass sie in den allgemeinen, einleitenden Abschnitten zur Nichterfüllung platziert sind. Ein solches vor die Klammerstellen erweckt den ersten Anschein, dass eine Entlastung für alle Rechtsbehelfe in Frage kommt. Doch eine nähere Untersuchung zeigt, dass bei allen Regelwerken nur zwei Rechtsbehelfe bei *force majeure* ausgeschlossen werden: der Anspruch auf Erfüllung und auf Schadensersatz entfallen, sobald die Nichterfüllung entschuldigt ist (vgl. Art. 7.1.7(4) PICC²¹; Art. 8:101(2) PECL und Art. III. – 3:101(2) DCFR). Demgegenüber können Vertragsaufhebung²² und Minderung (nicht gegeben in den PICC), das Recht auf Zinsen und das Zurückbehaltungsrecht unabhängig von jeglicher Entlastungsmöglichkeit durchgesetzt werden. Auffallend ist, dass die Regelwerke sich hier vom UN-Kaufrecht distanzieren. Art. 79 CISG lässt nämlich den Erfüllungsanspruch unberührt und besagt nur, dass der Schadensersatzanspruch untergeht. Darauf wird noch zu kommen sein.

Wie beim einheitlichen Vertragsverletzungstatbestand wird auch in der Abstandnahme vom Verschuldensprinzip im Vertragsrecht eine Beeinflussung durch das Gedankengut des englischen Rechts gesehen.²³ Dies ist sicherlich teilweise richtig, da für bestimmte Arten von Leistungsversprechen eine *strict liability* angenommen ist, wie etwa für Zahlungspflichten, Beschaffungsrisiken, Vertragswidrigkeit von Gegenständen und für Rechtsmängel.²⁴ Doch kann für das englische Vertragsrecht nicht verallgemeinernd behauptet werden, dass es ohne das Verschuldensprinzip auskommt.²⁵ Genauso wenig wie auch von kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen gesagt werden kann, dass sie nur mit dem Verschuldensprinzip arbeiten.²⁶ Durch mannigfache Ausnahmen wird das Verschuldensprinzip durchbrochen,²⁷ so dass für bestimmte Leistungsversprechen, nämlich die auf die Herbeiführung eines zugesagten

²¹ Vgl. auch unten Fn. 57.

²² Nach Art. 7.3.1 PICC, Art. 9:301 PECL, Art. III. – 3:502 DCFR und Art. 49 CISG bestimmt die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung (und nicht das Verschulden), ob ein Recht auf Vertragsaufhebung gegeben ist oder nicht. Vgl. aber unten B 4a in Bezug auf das Problem der automatischen Vertragsauflösung bei Unmöglichkeit.

²³ Vgl. z.B. *Düchs* (Fn. 1) S. 61.

²⁴ Ausführlich zu den Fällen sorgfaltsunabhängiger Haftung im englischen Recht *Schmidt-Kessel* (Fn. 4) § 7.

²⁵ *Treitel* *Fault in Common Law of Contract*, in Bos/Brownlie (Hrsg.) *Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce* (1987), S. 185 (194 ff.); *Schmidt-Kessel* (Fn. 4) S. 511; *Sutschet* *Garantiehaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag* (2006), S. 189 ff.

²⁶ Vgl. z.B. *Treitel* *Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account* (1988), S. 6 ff.; *Pellegrino* *Subjektive oder Objektive Vertragshaftung – Ein rechtsvergleichender Blick auf die Rolle des Verschuldens im Vertragsrecht*, ZEuP 1997, S. 41 ff.; *W.-T. Schneider* *Abkehr vom Verschuldensprinzip? Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Vertragshaftung*, BGB, Code civil, Einheitsrecht (2007) S. 49 ff.

²⁷ Vgl. z.B. die Übersicht bei *Brunner* (Fn. 14) S. 65 ff.

Erfolges abzielen (*obligation de resultat*), eine weitgehende Übereinstimmung in den Ergebnissen der Rechtskreise festzustellen ist.²⁸

Demnach lässt sich die Entscheidung der Regelwerke, prinzipiell eine verschuldensunabhängige Haftung für Nichterfüllung einzuführen, durch rechtsvergleichende Studien untermauern und reflektiert ein Einverständnis, das schon im Einheitlichen Kaufrecht von 1964 gegeben war²⁹ – dem folgte auch das CISG. Es muss aber beachtet werden, dass das englische Recht sowie die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen auch Situationen kennen, wo Verschulden ein Element der Vertragshaftung darstellt, insbesondere wenn kein Erfolg sondern lediglich ein sorgfältiges Tätigwerden geschuldet wird.³⁰ Da die Regelwerke, anders als das CISG, für sich beanspruchen, allgemeines Vertragsrecht zu normieren, sollte für diese Art von Leistungsinhalte eine separate Regelung in Erwägung gezogen werden.³¹ Hier wäre eine Garantiehaftung nicht passend, was man auch daran sehen kann, dass der DCFR in seinem vierten Buch für verschiedene Typen der Dienstleistungs- und Arbeitsverträge durchwegs eine Verpflichtung zur *reasonable skill and care* anerkennt, ohne jedoch im allgemeinen Teil darauf Bezug zu nehmen.³²

Die in allen Regelwerken vom Inhalt her sehr ähnliche Norm zur Entlastungsmöglichkeit des Schuldners kann in solcher Form in keiner Rechtsordnung wiedergefunden werden.³³ Der Gedanke jedoch, dass höhere Gewalt den Schuldner entschuldigt, ist jeder Rechtsordnung eigen.³⁴ Sei es die

²⁸ *Zweigert/Kötz* (Fn. 10) S. 512–513; *Brunner* (Fn. 14) S. 68–69.

²⁹ *Schneider* (Fn. 26) S. 295 ff.

³⁰ Im englischen Recht gilt für Dienstleistungsverträge das Prinzip, dass der Schuldner nur *reasonable care and skill* schuldet und keine Garantiehaftung gegeben ist. Ausführlich dazu *Schmidt-Kessel* (Fn. 4) § 8.

³¹ Kritisch auch *Schmidt-Kessel* Remedies for Breach of Contract in European Private Law – PECL, Acquis Communautaire and Common Frame of Reference, in Schulze (Hrsg.) *New Features in Contract Law* (2007) S. 183 (185); *Pellegrino* (Fn. 26) S. 41 (51 ff.); *Magnus* (Fn. 3) S. 260 (266–267). Vgl. aber Art. 5.1.4 PICC, der immerhin ‚Pflichten zum Einsatz aller Kräfte‘ im Gegensatz zu ‚Pflichten einen bestimmten Erfolg zu erzielen‘ im Abschnitt zum Vertragsinhalt allgemein definiert. Kritisch jedoch dazu *Vogenaue*r in *Vogenaue*r/Kleinheisterkamp (Fn. 18) Art. 5.1.4 PICC Rn. 4 ff.

³² Art. IV.C. – 2:105; 6:103; 7:104; 8:104 und Art. IV.D. – 3:103 DCFR.

³³ Obwohl man dazu tendiert die Grundlagen der Entlastungsnorm im englischen Recht zu suchen, welches ja auch das *strict liability* Prinzip inspiriert hat, geht dieser Griff ins Leere. Im Falle von *frustration* ist zwar der Schuldner entlastet. Doch dies ist die Folge davon, dass *frustration* den Vertrag auflöst und somit ein Freiwerden (*discharge*) der Parteien bewirkt. Die Entlastung selbst steht nicht im Vordergrund, sondern die Vertragsauflösung und Rückforderung bereits erbrachter Leistungen., vgl. *Schmidt-Kessel* (Fn. 4) § 2 und insbesondere S. 88–89 und z.B. *Beatson* *Anson’s Law of Contract* (28. Aufl., 2002), § 14 (‚Discharge by frustration‘); *McKendrick* in *Beale* (Hrsg.) *Chitty on Contracts* (30. Aufl., 2008) § 23 (‚Discharge by frustration‘).

³⁴ Rechtsvergleichende Hinweise z.B. bei *Brunner* (Fn. 14) S. 76 ff. Für Beispiele aus dem deutschen Recht vgl. z.B. *U. Huber* *Leistungsstörungen*, Band I (1999), § 22–24 und § 26.

deutsche Unmöglichkeit, französische *force majeure*, englische *frustration* oder amerikanische *impracticability* Doktrin – höhere Gewalt spielt bei allen Konzepten mit hinein.³⁵ Problematisch ist es nur festzustellen, was man genau mit diesem Begriff assoziiert. Hauptsächlich wird er nämlich im Zusammenhang mit der endgültigen Unmöglichkeit der Leistung benutzt. Die Leistung ist wegen höherer Gewalt nicht mehr möglich und deswegen geht die Obligation von selbst unter, der Schuldner ist befreit – es gibt weder einen Anspruch auf Erfüllung noch einen auf Schadensersatz. In der Tat ist auch in den Regelwerken die gleiche Blickweise vorherrschend, was man an den Kommentaren und Anmerkungen zu den relevanten Artikeln sehen kann: es wird immer wieder auf die Unmöglichkeit und deren Beziehung zur höheren Gewalt hingewiesen³⁶ und dementsprechend auch der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen.³⁷ Einzig die ‚Vorgängernorm‘ Art. 79 CISG geht nicht von einem solchen Selbstverständnis aus. Bei höherer Gewalt ist der Schuldner nur davon befreit, Schadensersatz zu zahlen. Der Erfüllungsanspruch ist jedoch weiterhin gegeben (Art. 79 (5) CISG). Wieweit dies der richtigere Ansatz ist, muss noch geklärt werden (siehe unten B 2).

3. Grundsätzliche Anerkennung eines Erfüllungsanspruchs

Wie sehr auch der Ansatz eines einheitlichen Vertragsverletzungstatbestands und der Garantiehftung vom *Common Law* beeinflusst wurde, bei der Konkretisierung der einzelnen Rechtsbehelfe sind die Regelwerke doch stärker dem *Civil Law* verbunden geblieben. Dies ist unverkennbar daran zu erkennen, dass anders als im *Common Law* der Gläubiger grundsätzlich auf Erfüllung bestehen darf, sei es in Form des Naturalerfüllungsanspruchs bei ausbleibender Erfüllung oder in Form eines Anspruchs auf Abhilfe bei mangelhafter Leistung.^{38,39} Der Erfüllungszwang ist im Vergleich zum Schadens-

³⁵ Vgl. die rechtsvergleichenden Hinweise zu Art. III. – 3:104 DCFR, Note I, (Fn. 13) S. 788 ff. und zu Art. 8:108 PECL, Anmerkung 1, (Fn. 13) S. 464. Vgl. auch *Brunner* (Fn. 14) Chapter 4 § 7.

³⁶ Schon der erste Satz im Kommentar zu Art. 8:108 PECL sagt aus, dass dieser Artikel Fälle betrifft, wo die Leistungserbringung „unmöglich geworden ist“ (Kommentar A [Fn. 13] S. 459); jede Form der spezifischen Erfüllung ist schon „*per definitionem*“ unmöglich (Kommentar D [Fn. 13] S. 461).

³⁷ Vgl. Art. 7.1.7(4); Art. 8:101(2) PECL und Art. III. – 3:101(2) DCFR.

³⁸ Vgl. Art. 7.2.1–7.2.5 PICC; Art. 9:101–9:103 PECL; Art. III. – 3:301–3:303 DCFR; Art. 46 CISG. Vgl. auch *U. Huber* Modellregeln für ein Europäisches Kaufrecht, ZEuP 2008, S. 708 (715).

³⁹ Die Anerkennung der römischrechtlichen Minderung (9:401 PECL; Art. III. – 3:601 DCFR; Art. 50 CISG), ist ein anderer Indiz dafür, dass bei den Rechtsbehelfen der kontinentaleuropäischen Tradition gefolgt wurde (vgl. zur *actio quanti minoris* *Zimmermann* *The Law of Obligations* (1996), S. 318, 322 ff.). Wenn man bedenkt, dass dieser Rechtsbehelf in vielen *Civil Law* Ländern für Kauf-, Miet- und Werkverträge seit Jahren angewandt wird

ersatzanspruch kein Ausnahmetatbestand wie im angloamerikanischen Rechtskreis (*specific performance*).⁴⁰ Die Wahl zwischen einem Erfüllungsanspruch oder einem Anspruch auf den Ersatz des Nichterfüllungsschadens ist nicht dem Ermessen des Richters überlassen.⁴¹ Doch werden die Grenzen eines solchen Anspruchs in allen Regelwerken so gesetzt, dass eine weitgehende Annäherung der beiden Systeme erreicht wird.⁴² Zwischen den beiden Extremen strikter präziser Erfüllung und ausnahmsloser Befreiung durch Interessenleistung wurde ein Mittelweg vorgezogen.

Wieweit der Naturalerfüllungsanspruch schon unmittelbar aus dem Vertrag entsteht und somit dessen Klagbarkeit als materiellrechtliche Eigenschaft zu qualifizieren ist, kommt aus den Regelwerken nicht klar zum Vorschein. Obwohl in jedem dieser Regelwerke der Erfüllungsanspruch im Abschnitt der „Rechtsbehelfe (*remedies*)“ geregelt ist, muss m.E. daraus nicht wie *Weller* zwangsläufig der Schluss gezogen werden⁴³, dass damit das angloamerikanische Aktionensystem übernommen worden ist.⁴⁴ Wie *Weller* selbst zu Recht hervorhebt, sind bei allen Regelwerken der Anknüpfungspunkt für die Abtretung das „Recht auf Erbringung einer Leistung (*the right to performance*)“ und für die Verjährung der „Zeitpunkt in dem der Schuldner seine Leistung zu erbringen hat (*time when the debtor has to effect performance*)“. Dies zeigt eigentlich schon, dass die *soft-law* Instrumente, obwohl sie den Erfüllungsanspruch unter den Rechtsbehelfen regeln, diesen schon mit dem Vertrag (bzw. der Fälligkeit) und nicht erst mit der Vertragsverletzung entstehen lassen. Auch die Liste der Ausnahmen eines Erfüllungsanspruchs in Art. 7.2.2 PICC, Art. 9:102(2) PECL und Art. III. – 3:302(3)-(5) DCFR deutet darauf hin, dass diesbezügliche Einwendungen und Einreden als Fragen des

(rechtsvergleichende Hinweise in Anmerkung 1 zu Art. 9:401 PECL [Fn. 13] S. 524) und auch in den EU Verbrauchsgüterkauf- und Pauschalreiserichtlinien anerkannt ist, überzeugt die Entscheidung der Regelwerke (außer der PICC), diesen Rechtsbehelf vor die Klammer zu ziehen und allgemein zu regeln. Doch darf man die Funktion dieses Rechtsbehelfs ein einem System der Garantiehaftung nicht überschätzen.

⁴⁰ Vgl. dazu *Zweigert/Kötz* (Fn. 10) S. 477 ff.; *Beatson* (Fn. 33) S. 632 ff.; *Treitel* in *Chitty on Contracts* (Fn. 33) Rn. 27-001 ff.; *Sale of Goods Act 1979* sec. 52; *Restatement (Second) of Contracts* § 357 ff.; *UCC* § 2-716 (1) sowie *Neufang* Erfüllungszwang als „remedy“ bei Nichterfüllung (1998). Vgl. aber auch die Ausführungen in *Mak Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law* (2009), S. 45 ff. für entgegengesetzte Ansätze im *Common Law* Bereich.

⁴¹ *Lando Non-Performance (Breach) of Contracts*, in *Hartkamp u.a. (Hrsg.) Towards a European Civil Code* (3. Aufl. 2004), S. 505 (509).

⁴² *Müller-Chen* Folgen der Vertragsverletzung (1999), S. 95; *Magnus* (Fn. 3) S. 260 (270–271).

⁴³ So aber *Weller* Die Vertragstreue, Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue (2009) S. 397 f.; *derselbe*, Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, *common law* und DCFR – ein kritischer Vergleich, *JZ* 2008, S. 764 (771); *Lobinger* Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten (2004), S. 130 ff.

⁴⁴ Wie hier wohl auch *Schmidt-Kessel* (Fn. 31) S. 183 (186 f.).

materiellen Rechts behandelt wurden. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass bei den Vorarbeiten zum CISG dieser Konsens gerade nicht geschaffen werden konnte, so dass eine Kompromisslösung in der Form von Art. 28 CISG sich aufgedrängt hatte.⁴⁵ Die pragmatische Entscheidung auch den primären Erfüllungsanspruch zusammen mit den sekundären Rechtsbehelfen zu regeln, lässt sich m.E. eher damit begründen, dass einer Systematisierung des Leistungsstörungenrechts um die Rechtsbehelfe herum vorgezogen wurde.⁴⁶ Wenn die verschiedenen Vertragsverletzungstatbestände nicht mehr im Vordergrund sind, lässt sich dies nicht vermeiden. Und es sollte auch nicht ausser Acht gelassen werden, dass in manchen europäischen Gesetzen der Erfüllungsanspruch nicht gesondert geregelt ist, und man trotzdem nicht daran zweifelt, dass sie der *Windscheidschen* Anspruchsdogmatik verpflichtet sind.⁴⁷

Die Nacherfüllung wird in den Regelwerken als ein Unterfall des Erfüllungsanspruchs gesehen.⁴⁸ Während jedoch Art. 46(2–3) CISG und Art. 7.2.3 PICC explizit das Recht auf Nachbesserung und Ersatzleistung als Hauptbeispiele der Nacherfüllung erwähnen, fällt dies in Art. 9:102(1) PECL und Art. III. – 3:302(2) DCFR relativ kurz aus⁴⁹: Die benachteiligte Partei kann „Abhilfe“ für eine mangelhafte Leistung verlangen. Dass diese Abhilfe insbesondere Reparatur und Lieferung einer Ersatzsache umfasst, wird aber in den Kommentaren beider Regelwerke klar ausgedrückt.⁵⁰ Im DCFR wird noch hinzugefügt, dass Nacherfüllung unentgeltlich zu sein hat.⁵¹ Die Grenzen,

⁴⁵ Vgl. dazu *Müller-Chen* in *Schlechtriem/Schwenzer* (Fn. 5) Art. 28 CISG Rn. 1–2; *Lando* (Fn. 41) S. 505 (511).

⁴⁶ Vgl. z.B. auch die Systematisierung von *Schlechtriem/Schmid-Kessel* Schuldrecht, Allgemeiner Teil (6. Aufl. 2005), 4. Teil oder *Kötz Vertragsrecht* (2009), §§ 10–12.

⁴⁷ Vgl. nur das schweizerische OR, das z.B. keine parallele Norm zu § 241 BGB kennt und wo der Anspruch auf Erfüllung nur in dem Abschnitt zu den „Folgen der Nichterfüllung“ zusammen mit den anderen Rechtsbehelfen vorkommt. Er wird aber allgemein anerkannt, dass die Klagebefugnis eine materiellrechtliche Eigenschaft ist und der Anspruch auf Erfüllung sich aus Art. 97 Abs. 2, Art. 98, Abs. 1 und Art. 107 Abs. 2 OR ableiten lässt, vgl. *Schmid* Vertragsrecht und Realerfüllung, in *FS Gauch* (2004), S. 589 (591); *Schwenzer* (Fn. 10) Rn. 61.01 f.; *Bucher* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1988) S. 328.

⁴⁸ *Magnus* (Fn. 3) S. 260 (271).

⁴⁹ *Schauer* (Fn. 1) S. 627 (634 ff.).

⁵⁰ Art. 9:102 PECL Kommentar C (Fn. 13) S. 478 und Art. III. – 3:302(2) DCFR Comment C (Fn. 13) S. 830.

⁵¹ Warum gerade im DCFR, der sich als Ziel setzt „The DCFR is intended to help in this process of improving the existing acquis and in drafting any future EU legislation in the field of private law“, einige der Hauptelemente der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Bezug auf die Nacherfüllung (z.B. Vorrang vor den anderen Rechtsbehelfen, Grenzen etc.) gänzlich unreguliert gelassen sind, ist unverständlich. Weder im allgemeinen Teil noch im besonderen Teil zum Kaufvertrag ist eine spezielle Bestimmung hinsichtlich Nachbesserung oder Ersatzleistung gegeben.

die für den primären Erfüllungsanspruch gegeben sind, gelten auch für den Nacherfüllungsanspruch.⁵²

Die Grenzen eines solchen Erfüllungsanspruchs gilt es nun detaillierter zu untersuchen und eventuelle Ungereimtheiten und fehlende Bestimmungen festzustellen. Ziel dieser Untersuchung ist es nicht, den Erfüllungsanspruch als solches und seine Nutzen in Frage zu stellen.⁵³ Es wird vorausgesetzt, dass die *soft-law* Instrumente diesen Anspruch anerkennen und auch in Zukunft beibehalten werden. Das Ziel ist nur, Vorschläge zu unterbreiten, wie man den Erfüllungsanspruch und seine Grenzen eventuell besser regeln könnte – und zwar soweit möglich sowohl für Verbraucher- als auch für Handelsgeschäfte.

B. Grenzen des Erfüllungsanspruchs

1. Übersicht

Alle drei Regelwerke beinhalten in ihren Unterabschnitten zum Erfüllungsanspruch Bestimmungen, die detailliert die Grenzen dieses Anspruchs umschreiben.⁵⁴ In allen wird unterschieden zwischen der Erfüllung von Geldschulden auf einer Seite und nicht auf Geld gerichteten Leistungspflichten auf der anderen.⁵⁵ Die Grenzen des Erfüllungsanspruchs fallen je nach der Art des Leistungsversprechens unterschiedlich aus. Es fällt auf, dass die Verfasser der Regelwerke besonders darauf bedacht waren, eine Synthese von *Common Law* sowie *Civil Law* Begrenzungen zu erreichen.⁵⁶ Wieweit dies geglückt ist, muss hier noch gezeigt werden. Doch zuerst soll das Augenmerk auf die Beziehung zwischen dem Erfüllungsanspruch und der Entlastung des Schuldners gerichtet werden. Wie schon oben unter A.2. dargelegt wurde, schließen nämlich alle drei Regelwerke – anders als das CISG – einen Erfüllungsanspruch aus, falls der Schuldner entschuldigt ist. Doch dies ist keine Selbstverständlichkeit.

⁵² Kommentar C zu Art. 9:102 PECL (Fn. 13) S. 478 und Comment C zu Art. III. – 3:302 DCFR (Fn. 13) S. 830.

⁵³ Vgl. dazu z.B. *Lando/Rose* On the enforcement of specific performance in *Civil Law* Countries, *International Review of Law and Economics* 24 (2004) S. 473 ff.; *Maultzsch* Die Grenzen des Erfüllungsanspruchs aus dogmatischer und ökonomischer Sicht, *AcP* 207 (2007), S. 530 ff.; *Weller* (Fn. 43) S. 316 ff.

⁵⁴ Die Beweislast in Bezug auf das Vorhandensein einer solchen Ausnahme liegt bei der nichterfüllenden Partei, vgl. z.B. für die PICC *Schelhaas* in *Vogenauer/Kleinheisterkamp* (Fn. 18) Art. 7.2.2 PICC Rn. 16.

⁵⁵ Art. 7.2.1–7.2.2 PICC; Art. 9:101–9:102 PECL; Art. III. – 3:301–3:302 DCFR.

⁵⁶ *U. Huber* (Fn. 38) S. 708 (716 und 720 ff.). Vgl. für eine Übersicht zu den Ausnahmen vom Erfüllungsanspruch in den beiden Rechtskreisen *Mak* (Fn. 40) S. 92 ff.

2. Erfüllungsanspruch trotz Entschuldigung bzw. kein Erfüllungsanspruch trotz Verschulden?

Art. 8:101 PECL sagt folgendes aus:⁵⁷

„(1) Wenn eine Partei eine ihr nach dem Vertrag obliegende Verpflichtung nicht erfüllt und die Nichterfüllung nicht gemäß Artikel 8:108 entschuldigt ist, kann die benachteiligte Partei von jedem der in Kapitel 9 vorgesehenen Rechtsbehelfe Gebrauch machen.

(2) Ist die Nichterfüllung gemäß Artikel 8:108 entschuldigt, kann die benachteiligte Partei von jedem der in Kapitel 9 vorgesehenen Rechtsbehelfe Gebrauch machen, mit Ausnahme der Ansprüche auf Erfüllung und auf Schadensersatz.“

Dieser Ansatz ist aus verschiedenen Gründen problematisch: **i.** In Absatz 1 wird der Anschein erweckt, dass in allen Fällen unentschuldigter Nichterfüllung ein Anspruch auf Erfüllung gegeben ist, und **ii.** In Absatz 2 wird ein Erfüllungsanspruch für alle Fälle ausgeschlossen, in denen die Nichterfüllung entschuldigt ist. Beide Aussagen sind aber mit dem Leistungsstörungenrecht der Regelwerke selbst nicht vereinbar und müssen relativiert werden: Die Grenzen des Erfüllungsanspruchs sind in allen drei Regelwerken klar umschrieben und darin spielt die Entlastung oder ein eventuelles Verschulden keine Rolle. Ein Erfüllungsanspruch entfällt z.B. immer dann, wenn die Leistung unmöglich oder unzumutbar geworden ist oder der Schuldner einer höchstpersönlichen Leistung diese verweigert (vgl. Art. 9:102 PECL, Art. 7.2.2 PICC; Art. 3:302 DCFR). Ob hier die Nichterfüllung entschuldigt ist oder nicht, hat nur für die Frage des Schadensersatzanspruchs eine Bedeutung nicht aber für den Erfüllungsanspruch.⁵⁸ Auch wenn der Schuldner die Nichterfüllung zu vertreten hat, weil er z.B. die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit selbst verursacht hat, wird es gegen ihn keinen Erfüllungsanspruch geben, sondern nur einen Schadensersatzanspruch. Umgekehrt, falls eine unverschuldete

⁵⁷ Wortgleich Art. III. – 3:101 DCFR. Eine parallele Bestimmung ist in den PICC zwar nicht gegeben, doch dürfte es auch die Absicht der Verfasser von Art. 7.1.7(4) PICC gewesen sein, dass im Falle einer Entlastung ein Erfüllungsanspruch blockiert ist. Denn Art. 7.1.7 PICC ist Art. 79 CISG entlehnt, mit dem Unterschied, dass gerade der letzte Absatz anders formuliert ist. Obwohl Art. 79 CISG bei Entlastung nur einen Schadensersatzanspruch ausschließt, ziehen es die PICC vor, einzeln die in diesem Falle gegebenen Rechtsbehelfe aufzuzählen. Diese sind die Aufhebung, das Zurückbehaltungsrecht und der Zinsanspruch, nicht aber der Erfüllungsanspruch. Diese Abweichung muss bewusst gewesen sein, d.h. man wollte einen Erfüllungsanspruch für den Fall ausschließen, dass der Schuldner entschuldigt war. Andere Interpretation aber bei *Sutschet* (Fn. 25) S. 198.

⁵⁸ Das der Erfüllungsanspruch und der Schadensersatzanspruch nicht Hand in Hand gehen unterstreichen auch Art. 9:103 PECL und Art. III. – 3:303 DCFR. Beide betonen, dass der Umstand, dass ein Anspruch auf Erfüllung nicht besteht, nicht das Recht ausschließt, Schadensersatz zu verlangen.

Nichterfüllung vorliegt, entfällt der Erfüllungsanspruch auch nicht automatisch. Denn Nichterfüllung in den Regelwerken ist nicht gleichbedeutend mit Unmöglichkeit. Es ist ein viel weiterer Begriff, der auch die mangelhafte oder verspätete Erfüllung einschließt.⁵⁹ Und in diesen Fällen ist ein Anspruch auf Erfüllung bzw. Nacherfüllung weiterhin gegeben, auch wenn der Schuldner für die Nichterfüllung nicht einstehen muss. Dies wird ihn höchstens vor einem Schadensersatzanspruch für späte oder mangelhafte Leistung beschützen, nicht aber vor einem Erfüllungsanspruch. Die Regelwerke verquicken somit in unverständlicher Weise die Schadensersatzproblematik mit der Frage nach dem Bestand der Leistungspflicht des Schuldners.⁶⁰

Der Grund für diese Misskonzeption liegt wohl darin, dass die Verfasser der Regelwerke zu sehr noch den alten Denkstrukturen, hier dem Konzept der Unmöglichkeit verpflichtet waren. Es ist eine starke Beeinflussung durch den deutschen Rechtskreis zu erkennen: Dem historischen Gesetzgeber des BGB zufolge hatte der Gläubiger im Falle einer nachträglich vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit weiterhin einen Anspruch auf Erfüllung, der aber vom Inhalt her nun auf Schadensersatz abzielte (§ 280 BGB a.F.).⁶¹ War jedoch die nachträgliche Unmöglichkeit unverschuldet, so ging der Anspruch auf Erfüllung ganz unter (§ 275 BGB a.F.).⁶² Demnach hatte die Unmöglichkeit keinen Einfluss auf die Verpflichtung, solange sie dem Schuldner zugerechnet werden konnte (*perpetuatio obligationis*). Der Schuldner konnte sich jedoch ihrer durch Zahlung eines Geldäquivalents entledigen.⁶³ Doch wurde schon lange vor der Schuldrechtsreform dieser Ansatz kritisiert und die Auffassung vertreten, dass die Unmöglichkeit ohne Rücksicht auf das Vertretenmüssen zum Ausschluss der primären Leistungspflicht führen muss.⁶⁴ Diese Blickweise wurde mit der Schuldrechtsreform auch weitgehend übernommen. Das Element des Vertretenmüssens ist aus § 275 BGB gestrichen.⁶⁵ Dieser Artikel besagt nur in welchen Fällen ein Anspruch

⁵⁹ Art. 7.1.1 PICC; Art. 1:301(4) PECL; Art. III. – 1:102 (3) DCFR.

⁶⁰ Vgl. auch *Magnus*, der die getrennte Handhabung von Behelfen zur Sicherung des Äquivalenzinteresses (Vertragsaufhebung, Minderung oder sonstige Vertragsanpassung) und Behelfe zur Sicherung des Integritätsinteresses (Schadensersatz) empfiehlt. Die erste Gruppe von Behelfen muss unabhängig vom Verschulden gegeben sein, wobei für die zweite Gruppe eine Entlastungsmöglichkeit Sinn macht, (Fn. 3) S. 260 (264–265).

⁶¹ Vgl. ausführlich dazu *U. Huber* Leistungsstörungenrecht, Band II (1999), § 58 I und 59 II.

⁶² Z.B. *U. Huber* (Fn. 61) § 58 I; *Looschelders* Unmöglichkeit – ein Störenfried in der Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts?, in Remien (Hrsg.) Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 63 (68).

⁶³ Dies ist z.B. noch heute der Ansatz vom schweizerischen OR: Art. 97/119.

⁶⁴ Vgl. die Hinweise in *Canaris* Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 1995, S. 499 (500 und dort Fn. 11); *Looschelders* (Fn. 62) S. 66.

⁶⁵ *Kötz* (Fn. 46) Rn. 789; *Unberath* Die Vertragsverletzung (2007), S. 271 ff. Obwohl oft Art. 9:102 (2)(a) PECL als ein Beispiel dafür gezeigt wird, dass im europäischen Schuldrecht

auf Leistung entfällt. Schadensersatzansprüche bleiben von dem unberührt, genauso wie der Anspruch auf das stellvertretende *commodum* (§ 285 BGB).⁶⁶

Alle drei Regelwerke haben somit ein fragliches und inzwischen z.B. in Deutschland überkommenes Modell dem Erfüllungsanspruch zugrunde gelegt und unnötigerweise ihr eigentlich übersichtliches und einfaches Leistungsstörungenrecht angreifbar gemacht. Insbesondere haben sie auch die Grundsatzentscheidung, alle Vertragsverletzungstatbestände in der Nichterfüllung zu vereinen, in Frage gestellt, da die Entlastungsproblematik nur aus dem Blickwinkel der Unmöglichkeit betrachtet wurde. Es kann aber, wie schon erwähnt wurde, auch eine verspätete oder mangelhafte Leistung entschuldigt sein, wovon ein Anspruch auf Erfüllung nicht beeinflusst wäre. Eine pauschale Aussage, dass ein Erfüllungsanspruch nicht gegeben ist, immer wenn der Schuldner entlastet ist, ist deswegen falsch. Hier werden Bestand und Reichweite der Erfüllungspflicht des Schuldners und die Problematik seiner Haftung auf Schadensersatz vermengt.⁶⁷ Warum dieses Problem gerade in dem DCFR, der ja viele Jahre nach der Schuldrechtsreform erlassen wurde, perpetuiert wurde, bleibt offen.

In dieser Hinsicht ist das UN-Kaufrecht das einzige Regelwerk, das die vorzugswürdigere Einstellung hat. Art. 79(5) CISG unterstreicht nämlich, dass eine Entlastung des Schuldners den Erfüllungsanspruch nicht ausschließt. Das Problem mit der CISG Regelung ist eher, dass dem Erfüllungsanspruch überhaupt keine Grenzen außer Art. 28 gesetzt sind, so dass es fraglich ist, wie z.B. ein Anspruch auf eine unmögliche Leistung blockiert werden kann (falls man dies nicht auch über Art. 28 den nationalen Gerichten überlassen möchte).⁶⁸ Dies ist sicherlich eine wichtige Frage, die gelöst werden muss, doch ist die Lösung nicht in Art. 79 CISG zu suchen, welcher der Problematik der Entlastung gewidmet ist.⁶⁹ Abhilfe muss durch Lücken-

ein Wegfall des Erfüllungsanspruchs nicht vom Vertretenmüssen abhängt (z.B. *Looschelders* (Fn. 62) S. 66), scheint dies nicht richtig zu sein, wenn man bedenkt, dass Art. 8:101(2) genau das Entgegengesetzte ausdrückt.

⁶⁶ *Looschelders* (Fn. 62) S. 68–69. Kritisch gegenüber diesen Ansatz z.B. *Sutschet* (Fn. 25) S. 278 ff.

⁶⁷ Diese Vermengung ist auch zu sehen bei *Lando* (Fn. 41) S. 505 (509); *Storme* (Fn. 2) S. 11 (29) und bei *Lobinger* (Fn. 43) S. 132 ff., der es bemängelt, dass bei der Abfassung von § 275 BGB nicht die Art. 7.1.7 PICC und Art. 8:108 PECL in Betracht gezogen worden sind.

⁶⁸ Vgl. dazu ausführlich *Atamer* in Kröll/Mistelis/Viscasillas (Hrsg.) UN-Convention on the International Sales of Goods (CISG) (2010), Art. 79 CISG II 1.2 (im Erscheinen).

⁶⁹ Deswegen ist die Kritik in der Literatur an Art. 79(5) CISG m.E. unberechtigt. Vgl. aber z.B. *Brunner* (Fn. 14) S. 360 ff.; *Fischer* (Fn. 18) S. 119–122; *Pichonnaz* *Impossibilité et exorbitance, Etude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit Suisse* (art. 119 CO er 79 CVIM) (1997) S. 412 ff.; *Treitel* *Frustration and Force Majeure* (2. Aufl., 2004), Rn. 15-043 f. Art. 74 ULIS hatte auch den Erfüllungsanspruch ausgeschlossen, vgl. dazu *Stoll* in Dölle, Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht (1976), Art. 74, Rn. 14 ff.

füllung in Art. 46/62 CISG erfolgen – beides Bestimmungen, die den Erfüllungsanspruch regeln.⁷⁰

3. Grenzen des Erfüllungsanspruchs für Geldschulden

Art. 7.2.1 PICC, Art. 9:101 PECL und Art. III. – 3:301 DCFR sehen vor, dass die Erfüllung von einer fälligen Geldzahlung immer verlangt werden kann. Da die Eintreibung von Geldforderungen prinzipiell keine Probleme verursacht, sind sich in diesem Punkt *common law* sowie *civil law* Rechtsordnungen einig. Die Geldforderung kann die primäre Geldschuld, aber auch ein sekundärer Schadensersatz oder Zinsanspruch sein – in beiden Fällen ist der Anspruch auf Erfüllung gegeben. Ausnahmsweise wird es aber ein Problem darstellen, wenn eine Fremdwährung geschuldet ist, deren Vertrieb am Zahlungsort nicht mehr möglich ist. In diesem Fall muss dem Gläubiger das Recht zuerkannt werden, Zahlung in der Währung des Zahlungsortes zu verlangen. Dies wird in Art. 6.1.9(2) PICC offen geregelt⁷¹, wobei PECL und DCFR eine vergleichbare Lösung vermissen lassen.

Anders als die PICC schneiden aber PECL und DCFR das Problem an, dass der Schuldner der Geldleistung sich unberechtigterweise weigert, die Gegenleistung entgegenzunehmen, und somit den Anspruch auf die Geldleistung streitig macht.⁷² Die Frage ist hier, wieweit der Gläubiger der Geldleistung berechtigt ist, seine Leistung der anderen Partei „aufzudrängen“ und somit die Erfüllung der Geldleistung zu erzwingen.⁷³ Da für die Regelwerke das Prinzip *pacta sunt servanda* gilt, ist dies prinzipiell möglich – soweit natürlich die Erfüllungshandlungen, ohne die Kooperation des Leistungsgläubigers ausgeführt werden können. In diesem Falle werden Art. 7:110 PECL und Art. III. – 2:111 DCFR über die Hinterlegung oder den Selbsthilfeverkauf Anwendung finden.⁷⁴

Doch haben die Regelwerke auch hier wieder einen Kompromiss mit den *common law* Ordnungen gesucht und das Recht des Geldgläubigers auf

⁷⁰ Atamer in Kröll/Mistelis/Viscasillas (Fn. 68) Art. 79 CISG II 1.2.2.8 und 1.2.2.9.

⁷¹ Vgl. dazu Atamer in Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 18) Art. 6.1.9 PICC Rn. 8–10.

⁷² Vgl. dazu wie der Erfüllungsanspruch bei Geldschulden unter den PICC begrenzt werden kann Schwenger Specific Performance and Damages According to the 1994 Principles of International Commercial Contracts, 1 European Journal of Law Reform 1999, S. 289 (295); Schelhaas in Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 18) Art. 7.2.1 PICC Rn. 7–8; Heidemann Methodology of Uniform Contract Law: The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice (2006), S. 61 ff.

⁷³ Siehe auch Weller (Fn. 43) S. 464 ff., der das „Naturalerfüllungsrecht des Schuldners“ rechtsvergleichend ausführlich untersucht, jedoch diese Bestimmungen der *soft-law* Instrumente nicht näher ausführt (S. 514–526).

⁷⁴ Vgl. die rechtsvergleichenden Ausführungen zu der Problematik bei Schwenger (Fn. 72) S. 289 (294 f.).

Erfüllung zu bestehen, in bestimmten Situationen begrenzt.⁷⁵ Falls er nämlich ohne nennenswerte Anstrengungen oder Kosten ein angemessenes Deckungsgeschäft abschließen kann, darf er nicht gegen den Willen der anderen Partei auf Erfüllung seiner Leistung beharren, nur um später das Entgelt zu verlangen. In diesem Falle wird er zwar wieder einen Geldanspruch haben, aber diesmal den sekundären Schadensersatzanspruch (Art. 9:103 PECL/Art. III. – 3:303 DCFR). Führt z.B. der Verkäufer einen Deckungsverkauf durch, so kann er als Schadensersatz die Differenz zwischen dem niedrigeren Käuferlös und dem eigentlich vereinbarten Kaufpreis verlangen.⁷⁶

Eine zweite Ausnahme ist gegeben, wenn „die Leistung nach den Umständen unangemessen“ wäre. Dies ist nach den Kommentaren immer dann der Fall, wenn der Schuldner der Geldleistung im Voraus Bescheid gibt, dass er z.B. an der vertraglichen Dienstleistung kein Interesse mehr hat, aber der Gläubiger der Geldleistung weiterhin seinen Dienst anbietet.⁷⁷ Oder aber wenn der Verkäufer, der die Ware noch herstellen muss, mit der Produktion weitermacht, obwohl ihm der Käufer mitgeteilt hat, dass er sie nicht abnehmen wird.⁷⁸ D.h. hier ist meist ein antizipierter Vertragsbruch gegeben und der Gläubiger der Geldleistung könnte eigentlich nach Art. 9:304 PECL und Art. III. – 3:504 DCFR den Vertrag aufheben, da die Vertragsverletzung wesentlich ist, und Schadensersatz verlangen. Das Problem ist aber, ob er stattdessen weiterhin seine Leistung erbringen und dadurch Recht auf Bezahlung erlangen kann. Dies wird von den beiden Regelwerken abgelehnt, sollte ein solches Verhalten unangemessen sein.⁷⁹

Problematisch an den Ausnahmen des Gelderfüllungsanspruchs in den PECL und im DCFR sind ihre Unkoordiniertheit mit den Bestimmungen zur Erfüllung, d.h. mit Art. 7:110 PECL und Art. III. – 2:111 DCFR über die Hinterlegung und den Selbsthilfeverkauf. Die Bestimmungen decken sich teilweise vom Regelungsinhalt her, doch ist keine Anpassung erfolgt. Nach Art. 7:110 PECL und Art. III. – 2:111 DCFR darf nämlich eine Partei, die ihre Leistungspflicht nicht erbringen kann, weil die andere Partei die Gegen-

⁷⁵ Vgl. die Anmerkung 3 zu Art. 9:101 PECL (Fn. 13) S. 476 und Note 3 zu Art. III. – 3:301 DCFR (Fn. 13) S. 827. Siehe auch § 2-709 UCC und Sale of Goods Act 1979 sec. 49 und dazu *Neufang* (Fn. 40) S. 85 ff. Obwohl Art. 61(2) ULIS eine parallele Bestimmung beinhaltet, hat Art. 62 CISG diese Ausnahme nicht übernommen. Demnach kann der Verkäufer prinzipiell auf Erfüllung bestehen und den Kaufpreis einklagen. Auch die Schadensminderungspflicht steht dem nicht entgegen. Vgl. *Hager/Maultzsch* in *Schlechtriem/Schwenger* (Fn. 5) Art. 62 CISG Rn. 7 ff.; *Magnus* in *Staudinger* (Fn. 14) Art. 62 CISG Rn. 19.

⁷⁶ *U. Huber* (Fn. 38) S. 708 (723).

⁷⁷ Kommentar B zu Art. 9:101 PECL (Fn. 13) S. 474 und Comment B zu Art. III. – 3:301 DCFR (Fn. 13) S. 825.

⁷⁸ *U. Huber* (Fn. 38) S. 708 (724).

⁷⁹ *Weidt*, Antizipierter Vertragsbruch (2008), S. 160–161.

stände nicht annimmt, dadurch erfüllen, dass sie die Gegenstände zu angemessenen Bedingungen entweder hinterlegt oder aber verkauft und den Erlös auszahlt. Dies ist sicherlich für Rechtsordnungen, die mit dem Begriff des Annahmeverzugs arbeiten, keine unbekannte Regelung.⁸⁰ Nur wird es problematisch, wenn man *civil law* und *common law* Lösungen vermengt, ohne sie anzupassen. Wie soll nun vorgegangen werden, wenn z.B. die Lieferpflicht fällig ist, nicht aber die Kaufpreisforderung, und der Käufer die Sache nicht annimmt? Darf der Schuldner hinterlegen oder muss er ein Deckungsgeschäft abschließen? Oder ist dies kein Deckungsgeschäft sondern ein Selbsthilfeverkauf, wo der Erlös dann doch dem Käufer ausgezahlt und auf Erfüllung der Preisleistung geklagt wird? Sollen verschiedene Artikel angewandt werden, je nach dem ob die Preisleistung fällig ist oder nicht? All diese Fragen hätten sich eigentlich vermeiden lassen, falls in Art.7:110 PECL und Art. III. – 2:111 DCFR auf Art. 9:101(2) PECL und Art. III. – 3:301(2) DCFR verwiesen worden wäre.

4. Grenzen des Erfüllungsanspruchs für nicht auf Geld gerichtete Leistungspflichten

a. Erfüllung ist rechtswidrig oder unmöglich

Für alle drei Regelwerke ist es selbstverständlich, dass ein Erfüllungsanspruch ausgeschlossen ist, wenn die Erreichung des Leistungserfolgs denotwendig nicht mehr möglich ist. Ist der Schuldner faktisch nicht in der Lage zu erfüllen, so macht auch ein Erfüllungsanspruch keinen Sinn. Dies ist die ontologische, vorrechtliche Unmöglichkeit der Leistung. Es fließen keine Wertungen hinein – weder eine schwierige noch ruinöse Erfüllungsmöglichkeit würde unter Art. 7.2.2(a) PICC, Art. 9:102(2)(a) PECL und Art. III. – 3:302(3)(a) DCFR fallen. Ob die Unmöglichkeit zu vertreten ist, ändert das Resultat genauso wenig.⁸¹ Unter lit. (a) werden auch rechtliche Hindernisse subsumiert, die einer Erfüllung final im Wege stehen und auch durch ein Ausweichen auf Alternativerfüllungsmöglichkeiten nicht umgangen werden können.

Problematisch an diesen Bestimmungen ist die Wirkung der Unmöglichkeit auf die Leistungspflicht und den Vertrag.⁸² Während PICC und CISG den Vertrag aufrecht erhalten und es dem Gläubiger überlassen, diesen aufzulösen, ziehen Art. 9:303(4) PECL und Art. III. – 3:104 (4) DCFR eine

⁸⁰ Vgl. die Anmerkung 2–3 zu Art. 7:110 PECL (Fn. 13) S. 428–429 und Note 5–6 zu Art. III. – 3:301 DCFR (Fn. 13) S. 763–764.

⁸¹ *Schelbaas* in Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 18) Art. 7.2.2 PICC Rn. 23.

⁸² Dazu rechtsvergleichend *Laimer* Durchführung und Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung bei nachträglichen Erfüllungsstörungen (2009), S. 43 ff.

automatische Auflösung mit Untergang der Gegenleistung vor. Eine solche *ipso facto avoidance* erscheint aber aus verschiedenen Gründen unangebracht.⁸³ Ob und wann eine faktische oder rechtliche Unmöglichkeit gegeben ist, ist nicht immer leicht festzustellen. Oft ist die Grenze zu der Ausnahme, dass die Erfüllung zwar noch möglich ist, aber dem Schuldner unangemessene Anstrengung oder Kosten verursachen würde (unten lit. b), so fließend, dass es eine Unklarheit in Bezug auf den Moment der Vertragsauflösung geben wird. Bei der einen Ausnahme ist nämlich der Vertrag von selbst aufgelöst, bei der anderen bedarf es hierfür einer Erklärung. Hinzu kommt noch, dass Art. 9:303(4) PECL und Art. III. – 3:104 (4) DCFR den Vertrag nur von selbst untergehen lassen, falls das vollständige und dauerhafte Leistungshindernis entschuldigt ist. Ob die definitive Unmöglichkeit vom Schuldner zu vertreten ist oder nicht, kann vom Gläubiger meist aber nicht übersehen werden. So dass wieder ein Zweifel in Bezug auf die Rechtslage gegeben wäre. Deswegen empfiehlt es sich aus Rechtssicherheitsgründen, eine Vertragsaufhebung durch Erklärung für alle Leistungsstörungstypen beizubehalten.⁸⁴

Verbunden damit stellt sich auch die Frage, ob in den Regelwerken ein Recht auf Herausgabe des stellvertretenden commodums eingeführt werden sollte. Da es als ein Annex vom Erfüllungsanspruch zu sehen ist, wurde es bis heute im *common law* Bereich nicht anerkannt, und hat wohl auch deswegen die Verfasser davon abgehalten eine Regelung vorzuschlagen.⁸⁵ Doch bei einer eventuellen Revision der Regelwerke empfiehlt es sich diese Entscheidung zu überdenken. Auf alle Fälle wäre die Zuerkennung eines Anspruchs auf das stellvertretende commodum ein weiterer Grund eine *ipso facto* Auflösung zu verneinen.

b. Erfüllung würde unangemessene Anstrengung oder Kosten verursachen

Sämtliche Fälle überwindbarer Leistungshindernisse faktischer, wirtschaftlicher oder sittlicher Art, die vor dem Gefahrübergang auftauchen, unterfallen dieser zweiten Ausnahme (Art. 7.2.2(b) PICC, Art. 9:102(2)(b) PECL und Art. III. – 3:302(3)(b) DCFR).⁸⁶ Durch die veränderten Umstände ist

⁸³ Vgl. *Laimer* (Fn. 82) S. 53 ff.; kritisch auch *Schmidt-Kessel* (Fn. 7) S. 85 (90).

⁸⁴ Vgl. aber *Düchs* (Fn. 1) S. 169 ff.

⁸⁵ Vgl. *Hartmann* Der Anspruch auf das stellvertretende commodum (2007), S. 328 ff.; *Maultzsch* (Fn. 53) S. 530 (539).

⁸⁶ Hindernisse persönlicher Art werden meist unter dieser Ausnahme keine Bedeutung erlangen, da sie unter die Ausnahmen von (c) und (d) fallen werden. D.h. entweder ist eine nichtvertretbare persönliche Handlung geschuldet, deren Erfüllung nicht beansprucht werden kann oder es ist eine vertretbare persönliche Leistung gegeben, so dass der Schuldner deswegen den Gläubiger auf ein Deckungsgeschäft verweisen kann.

zwischen dem Leistungsaufwand des Schuldners und dem Interesse des Gläubigers in der Leistungserbringung ein grobes Missverhältnis entstanden.⁸⁷ Verhindert werden will eigentlich, dass das Bestehen auf einer Erfüllung an die Grenze der Schikane kommt.⁸⁸ D.h. dass dem Gläubiger der Erfüllungsanspruch blockiert wird, wenn sein Interesse an der Leistung nicht den extra Aufwand, den der Schuldner nun auf sich nehmen muss, gerechtfertigt. Wichtig ist, dass die sich realisierende Gefahr nicht schon im Vertrag vom Schuldner übernommen worden ist. In diesem Falle wäre das Insistieren des Schuldners kein Rechtsmissbrauch. Die Erfüllungsanstrengungen, die der Schuldner zu unternehmen mit der Vereinbarung versprochen hat, dürfen von ihm ohnehin erwartet werden. Die Ausnahme greift nur ein, wenn extra Anstrengungen nötig sind, um die Leistungshandlungen zu erfüllen. Die Frage ist daher, wie weit diese Anstrengungen gehen müssen. Sicherlich wird dies von Fall zu Fall zu lösen sein, doch um eine ökonomisch gefährliche Einmischung der Gerichte in das Vertragsgefüge zu vermeiden, sollte die Anwendung dieser Ausnahme nur auf krasse Fälle beschränkt bleiben.⁸⁹ Anders als z.B. in § 275, Abs. 2 BGB bieten nämlich die Regelwerke auch andere Möglichkeiten an, den Erfüllungsanspruch zu verhindern. Insbesondere das Argument, das die Leistung vernünftigerweise durch ein Deckungsgeschäft erhalten werden kann (unten lit. d), wird in vielen Fällen ausreichen, um den Schuldner zu schützen.

Die Abgrenzung dieser Ausnahmeregel zu den *hardship* Bestimmungen in den Regelwerken (Art. 6.2.2/6.2.3 PICC, Art. 6:111 PECL, Art. III. – 1:110 DCFR) erscheint unproblematisch: in diesen Fällen ist das Leistungsinteresse des Gläubigers mitgestiegen, d.h. es wäre nicht schikanös auf Erfüllung zu bestehen.⁹⁰ Trotzdem will man wegen der unvorhersehbaren Störung des vertraglichen Gleichgewichts eine Anpassung oder Auflösung des Vertrages ermöglichen. Ziel ist es nicht, einen Erfüllungsanspruch zu blockieren, sondern den Inhalt der Leistung anzupassen oder den Vertrag als solches zu beenden. Vorausgesetzt ist, dass die Änderung der Umstände nicht dem Schuldner angelastet werden können – was für die Ablehnung eines Erfüllungsanspruchs wiederum keine Voraussetzung ist.

⁸⁷ Die Wertung entspricht der von § 275, Abs. 2 BGB, vgl. *Looschelders* Schuldrechtsmodernisierung, S. 75. Vgl. aber *Lobinger* (Fn. 43) S. 101 ff.; 119 ff. für Kritik an der Unterteilung von § 275 BGB und dem „Kriterienpluralismus“.

⁸⁸ Vgl. *Mak* (Fn. 40) S. 100–102 („good faith“); *Schelhaas* in Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 18) Art. 7.2.2 PICC Rn. 25 („good faith“); in Bezug auf die Anwendung von § 275, Abs. 2 BGB *Maultzsch* (Fn. 53) S. 530 (557); *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* (Fn. 46) Rn. 480 („grobes Missverhältnis“); *Unberath* (Fn. 65) S. 279.

⁸⁹ *Maultzsch* (Fn. 53) S. 530 (557).

⁹⁰ Vgl. *Schelhaas* in Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 18) Art. 7.2.2 PICC Rn. 30.

c. Persönlicher Charakter der Erfüllung

Die Erfüllung kann auch immer dann abgewandt werden, wenn sie die Erzwingung von Dienst- oder Werkleistungen persönlichen Charakters zum Inhalt hat oder von einer persönlichen Beziehung abhängt. Alle drei Regelwerke beinhalten diese Ausnahme (Art. 7.2.2(d) PICC, Art. 9:102(c) PECL, Art. III. – 3:302(c) DCFR) und übernehmen hiermit einen Denkansatz, der mehreren Rechtsordnungen gemein ist.⁹¹ Die zugrundeliegenden Begründungen sind verschieden:⁹² erstens spielen übergeordnete Erwägungen des Persönlichkeitsschutzes hinein; zweitens würde wegen des Zwangs eine den Gläubiger befriedigende Erfüllung kaum zu erwarten sein; drittens wäre eine Vollstreckung des Entscheides sich nur schwer kontrollieren lassen.

Was genau mit ‚persönlichen‘ Leistungen gemeint ist, ist zwar nicht dargestellt, doch dürften damit nichtvertretbare Handlungen gemeint sein. D.h. Handlungen deren Erfolg von der persönlichen Vornahme des Schuldners abhängen – der Maler oder der Autor können nach den Regelwerken nicht zur persönlichen Leistung gezwungen werden, genauso wenig der Schuldner eines Auskunfts- oder Arbeitsvertrags. Doch kann es auch Fälle geben, wo gerade die Person des Schuldners von besonderer Bedeutung ist, aber ein Leistungszwang nicht die oben erwähnten Bedenken mit sich bringt. Die Kommentare zu den Regelwerken geben das Beispiel, dass das Portrait fertig ist, aber noch die Unterschrift des Malers fehlt.⁹³ D.h. nicht alle nichtvertretbaren Handlungen werden vom Erfüllungszwang ausgenommen, sondern hauptsächlich die wo in die persönliche Freiheit des Schuldners eingegriffen werden müsste. Ob die Erbringung der Leistung in Natur für den Schuldner auch noch in hohem Maße belastend und deswegen ihm nicht zumutbar ist,⁹⁴ ist für diese Ausnahmen von keiner Bedeutung. Auch wenn kein spezieller Notstand gegeben ist, wird man einen Schriftsteller nicht dazu zwingen können, den Roman abzuliefern.

Solange es sich aber um eine vertretbare Handlung handelt, somit die Leistung auch durch Dritte mit dem gleichen Erfolg vollbracht werden könnte, würde ein Erfüllungsanspruch nicht an dieser Ausnahme scheitern. Doch könnte der Schuldner diesmal beweisen, dass der Gläubiger vernünftigerweise

⁹¹ Vgl. z.B. *Schelhaas* in Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 18) Art. 7.2.2 PICC Rn. 42; *Farnsworth Contracts*, V. III (3. Aufl. 2004), § 12.7, S. 184–186; *Treitel* in Chitty on Contracts (Fn. 33) Rn. 27-020 ff. Vgl. aber auch § 888 ZPO, wonach die Zwangsvollstreckung für nichtvertretbare Handlungen unter Androhung von Zwangsgeld oder -haft prinzipiell möglich ist. D.h. ein Erfüllungsanspruch wird nicht schon deswegen verneint, weil es sich um eine nur persönlich erfüllbare Leistung handelt. Vgl. dazu *Unberath* (Fn. 65) S. 261 f.

⁹² Kommentar G zu Art. 9:102 PECL (Fn. 13) S. 480; Kommentar d zu Art. 7.2.2 PICC (Fn. 14) S. 184; *Düchs* (Fn. 1) S. 161.

⁹³ Comment G zu Art. III. – 3:302 DCFR (Fn. 13) S. 833.

⁹⁴ Vgl. aber § 275, Abs. 3 BGB und dazu z.B. *Lobinger* (Fn. 43) S. 65 ff.; *Fehre* Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung (2005), S. 55 ff.

ein Deckungsgeschäft abschließen kann, d.h. ein anderer genauso fähig ist, die Leistungshandlung mit dem gleichen rechtlichen und wirtschaftlichen Erfolg zu vollbringen (vgl. unten lit. d).

d. Leistung kann aus anderer Quelle erhalten werden

PICC und PECL schließen einen Anspruch auf Erfüllung auch aus, falls der Gläubiger die Leistung vernünftigerweise aus anderen Quellen erhalten kann (Art. 7.2.2(c) PICC, Art. 9:102(2)(d) PECL). Vernünftig ist ein solches Deckungsgeschäft immer dann, wenn es die einfachste und oft auch billigste Variante ist, an die Leistung zu gelangen.⁹⁵ Viele Waren und Dienstleistungen sind inzwischen standardisiert und deswegen leicht ersetzbar. Besteht man trotzdem darauf, dass die Vertragspartei erfüllt, läuft man Gefahr, mit dem Einwand des Rechtsmissbrauchs konfrontiert zu werden. In diesem Fall wird das Gericht nur auf Zahlung der Differenz zwischen Marktpreis und vertraglich vereinbartem Preis, und eventueller weiterer Schäden verurteilen.⁹⁶ Dieser Ansatz kommt aus dem Anglo-Amerikanischen Rechtsbereich („*adequacy of damages*“)⁹⁷ und entspricht empirischen Studien, die zeigen, dass die Gläubiger ersetzbarer Güter auch im *Civil Law* Bereich nur selten einen Erfüllungsanspruch gegenüber einem Schadensersatzanspruch vorziehen und durchsetzen.⁹⁸

⁹⁵ Kommentar H zu Art. 9:102 PECL (Fn.) S. 481; Kommentar c zu Art. 7.2.2 PICC (Fn. 14) S. 184. Vgl. zur Problematik, dass der Schadensersatzanspruch eine Wertermittlung durch den Richter voraussetzt und diese von der Einschätzung des Werts der Leistung für den Gläubiger abhängt *Maultzsch* (Fn. 53) S. 530 (543 ff.). Der Autor empfiehlt einen Schadensersatzanspruch nur dann dem Erfüllungsanspruch vorzuziehen, wenn die Beurteilung des Schadens keiner solchen Wertermittlung bedarf, was bei am Markt verfügbaren Gütern der Fall sein wird.

⁹⁶ *Schelhaas* in Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 18) Art. 7.2.2 PICC Rn. 40. Es muss darauf hingewiesen werden, dass im System der Regelwerke hier ein Schadensersatzanspruch gegeben ist und keine Ersatzvornahme im Sinne von § 887 ZPO oder Art. 98, Abs. 1 schweiz. OR verbunden mit einem Aufwendungsersatz. Deswegen wäre der Schuldner entlastet, wenn die Nichterfüllung ihm nicht zugerechnet werden kann.

⁹⁷ Vgl. *Treitel* in Chitty on Contracts (Fn. 33) Rn. 27-005; *Farnsworth* (Fn. 91) § 12.6 S. 175 f.; *Neufang* (Fn. 40) S. 125 ff.; *Schwenzler* (Fn. 72) S. 289 (297). Die Tatsachen, die der englischen Rechtsprechung zur Sperrung des Suez-Kanals zugrunde lagen (vgl. dazu *Treitel Frustration and Force Majeure* (2. Aufl. 2004), Rn. 4-071/4-083), fallen auch unter diese Kategorie. Zwar ging es in den Entscheidungen darum, ob die Verkäufer Schadensersatz zu zahlen haben oder nicht, doch wäre ein Käufer auf die Idee gekommen auf *specific performance* zu klagen, hätte man wohl nur danach geschaut, ob die Ware (Tierfutter und Erdnüsse) auch vernünftigerweise von woanders hätte beschaffen werden können.

⁹⁸ Vgl. die Studie von *Lando/Rose* On the enforcement of specific performance in *Civil Law* Countries, *International Review of Law and Economics* 24 (2004) S. 473 (475 ff.) für Dänemark, Frankreich, Deutschland und zum CISG. Siehe auch *Maultzsch* (Fn. 53) S. 530 (555).

Doch ist diese Ausnahme nicht unangefochten.⁹⁹ Insbesondere für den Bereich der Verbraucherverträge ist eine solche Begrenzung des Erfüllungsanspruchs gerade in Bezug auf die Nacherfüllung fraglich.¹⁰⁰ Denn oft ist für den Verbraucher der Aufwand verbunden mit einer Ersatzlieferung oder Reparatur weniger, als im Falle eines Deckungsgeschäfts, um das er sich selbst kümmern muss. Dies mag auch der Grund gewesen sein, warum diese Begrenzung im DCFR weggelassen und somit wieder eine Annäherung an die *Civil Law* Rechtslage vorgezogen wurde.¹⁰¹ Das gleiche Ergebnis wäre aber auch durch eine entsprechende Auslegung der besagten Ausnahme erreicht worden. Richtlinie 1999/44 zum Verbrauchsgüterkauf arbeitet in Art. 3(3) mit dem Begriff der „Unverhältnismäßigkeit“ als Grenze einer Nacherfüllung.¹⁰² So lange das „vernünftigerweise“ in PICC und PECL im Lichte dieser Richtlinie gedeutet wird, könnten Probleme vermieden werden. Immer dann wenn es nämlich „verhältnismäßig“ ist, Nacherfüllung zu beanspruchen, würde dies auch „vernünftig“ sein. Eine flexible Formulierung der Norm, so dass sie auf B2C und für B2B Geschäfte gleichzeitig anwendbar ist, sollte vorgezogen werden. Für handelsrechtliche Geschäfte ist nämlich eine Eingrenzung des Erfüllungsanspruchs im Falle einer Marktverfügbarkeit sinnvoll.

e. Ablauf einer angemessenen Zeit ohne dass der Erfüllungsanspruch geltend gemacht wird

Die letzte Möglichkeit, die der vertragsbrüchige Schuldner nutzen kann, um einen Erfüllungsanspruch abzuwehren, ist zu beweisen, dass der Gläubiger nicht schnell genug reagiert hat. Gemäß Art. 7.2.2(e) PICC, Art. 9:102(3) PECL und Art. III. – 3:302(4) DCFR kann der Gläubiger seinen Anspruch auf Erfüllung nur durchsetzen, wenn er ihn innerhalb einer angemessenen Zeit geltend macht. Die Frist fängt an zu laufen, sobald er von der Nicht-

⁹⁹ Vgl. z.B. *Mak* (Fn. 40) S. 61 ff. („*damages can be under-compensatory*“); *Kleinheisterkamp* in Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 18) Art. 1.3 PICC Rn. 2. Vgl. auch die parallele Diskussion dazu, wieweit § 275, Abs. 2 BGB auf Fälle anwendbar ist, wo Lieferung aus der Gattung beansprucht wird, obwohl die Möglichkeit gegeben ist, sich im Markt einzudecken, dazu *Schmidt-Kessel* (Fn. 7) S. 85 (87); *Maultzsch* (Fn. 53) S. 530, 533 ff.

¹⁰⁰ *Mak* (Fn. 40) S. 111 f. Vgl. auch *Lando/Rose* (Fn. 98) S. 473, 480, die einen Nacherfüllungsanspruch aus ihrer Studie ausschließen und nur eine Nichtlieferung in Betracht ziehen.

¹⁰¹ Kritisch demgegenüber *Schmidt-Kessel* (Fn. 31) S. 183, 188 („*infiltration of consumer law ideas into the general law of contract*“). Obwohl in Art. III. – 3:302 DCFR die Ausnahme eines Deckungsgeschäfts fallengelassen worden ist, kann man im letzten Absatz noch ein „Überbleibsel“ davon finden: demnach kann ein Gläubiger, der durch sein unverünftiges Beharren auf Erfüllung seinen Schaden vergrößert hat, keinen Ersatz dafür verlangen. Dies ist aber ein Unterfall der Schadensminderungspflicht (Art. III. – 3:705 DCFR) und hier Fehl am Platz. Es wird nicht dem Erfüllungsanspruch sondern dem Schadensersatzanspruch eine Grenze gesetzt.

¹⁰² ABL L 171 vom 7.7.1999, S. 12–16. Vgl. dazu *Mak* (Fn. 40) S. 132 ff.

erfüllung erfahren hat oder hätte erfahren müssen.¹⁰³ Die Begrenzung beruht auf dem Gedanken, dass der Schuldner in der Annahme berechtigt ist, dass der Gläubiger keine Erfüllung mehr verlangen wird, falls eine angemessene Zeit seit der Nichterfüllung verstrichen ist. Dadurch sollen auch Spekulationen gegen den Schuldner vermieden werden. Ein widersprüchliches Verhalten des Gläubigers wird nicht geschützt. Dies dürfte auch bei der Bewertung der Angemessenheit der Frist der Leitfaden sein, so dass Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigt werden können.

Ähnliche Bestimmungen sind im *civil law* Bereich nur für Handelsgeschäfte zu finden.¹⁰⁴ Art. 46 (2)–(3) CISG wiederum sehen eine solche Fristsetzung für die Fälle vor, wo eine Nacherfüllung verlangt wird. Der primäre Erfüllungsanspruch ist jedoch nicht von einer solchen Fristeinholung abhängig gemacht. Allenfalls der gute Glaube im internationalen Handel oder die Schadensminderungspflicht könnten hier eine Lösung anbieten.¹⁰⁵

Genau wie bei der Einrede bezüglich des Deckungsgeschäfts fällt auch bei dieser Grenze des Erfüllungsanspruchs auf, dass eine Orientierung an Handelsgeschäften stattfand. Ob das für den DCFR eine geeignete Lösung ist, ist fraglich. Gerade bei Verbraucherverträgen könnte eine solche zeitliche Begrenzung problematisch sein. Zwar überlässt es z.B. die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie den Mitgliedstaaten zu entscheiden, ob sie eine Rügepflicht einführen wollen oder nicht (Art. 5(2)). Doch würde dies den Verkäufer nicht dazu verpflichten, auch über den ausgewählten Rechtsbehelf, in diesem Falle den Nacherfüllungsanspruch, zu informieren, sondern nur über die Vertragswidrigkeit.¹⁰⁶ Eine Alternative wäre, dass man für Verbrauchergeschäfte im besonderen Abschnitt des DCFR spezielle Regelungen einführt, oder aber bei Verbrauchergeschäften eine ‚unangemessen‘ späte Benachrichtigung des Schuldners nur in Grenzfällen annimmt, in denen man von einem Rechtsmissbrauch ausgehen würde.

C. Änderungsvorschläge für PICC, PECL und DCFR

Die vorstehenden Erläuterungen lassen folgende Schlüsse in Bezug auf die Regelung der Grenzen des Erfüllungsanspruchs in den Rechtsvereinheitlichungsprojekten ziehen:

¹⁰³ Eine ähnliche Zeitbegrenzung ist in den Regelwerken auch für die Aufhebung des Vertrags gegeben, vgl. Art. 7.3.2 PICC, 9:303 PECL, Art. III. – 3:508 DCFR und Art. 49 CISG.

¹⁰⁴ Z.B. § 376 HGB oder Art. 190 (2) schweizerisches Obligationenrecht. Vgl. auch die rechtsvergleichenden Hinweise bei *Schwenzer* (Fn. 72) S. 289 (299); *Schelhaas* in *Vogelauer/Kleinheisterkamp* (Fn. 18) Art. 7.2.2 Rn. 48 Fn. 76; *Müller-Chen* (Fn. 42) S. 131 ff.

¹⁰⁵ Vgl. *Müller-Chen* in *Schlechtriem/Schwenzer* (Fn. 5) Art. 46 CISG Rn. 14–15.

¹⁰⁶ So auch Art. 28 (4) des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg.

- Art. 7.1.7, Abs. 4 PICC, Art. 8:101, Abs. 1–2 PECL und Art. III. – 3:101, Abs. 1–2 DCFR sollten neu formuliert werden. Die Existenz sowie der Ausschluss eines Erfüllungsanspruchs hängt nicht davon ab, dass die Nichterfüllung entschuldigt ist. In einem System, wo ein einheitlicher Vertragsverletzungstatbestand der Ausgangspunkt ist, müssen die verschiedenen Rechtsbehelfe und deren Grenzen auch allen Leistungsstörungen entsprechend formuliert werden.
- Die Bestimmungen zur Entschuldigung aufgrund eines Hinderungsgrundes sind nur relevant für den Ausschluss des Schadensersatzanspruchs und sollten deswegen in den Abschnitten zu diesem Anspruch platziert werden. Der Ansatz, einen gemeinsamen Ausschlusstatbestand für Schadensersatz und Erfüllungsanspruch zu schaffen, muss verworfen werden.
- In den Kommentaren zu den relevanten Entlastungsnormen sollte der wiederholte Verweis auf die Unmöglichkeit gestrichen werden. Diese Normen entschuldigen auch vom Schadensersatz, wenn wegen höherer Gewalt eine Spät- oder Schlechtleistung erfolgt.
- In Bezug auf die Grenzen des Erfüllungsanspruchs für Geldschulden sollten Art. 7:110/Art. 9:101(2) PECL und Art. III – 2:111/Art. III – 3:301(2) DCFR aufeinander abgestimmt werden.
- Die *ipso facto avoidance* des Vertrages im Falle eines vollständigen und dauerhaften Leistungshindernisses sollte weglassen werden, da es Rechtsunsicherheit verursacht.
- Die Einführung eines Anspruchs auf die Herausgabe des stellvertretenden commodums in die Regelwerke sollte in Erwägung gezogen werden.