

Zur Haftung bei Erfüllungsverweigerung im Einheitlichen Kaufrecht

Von HANS STOLL, Freiburg i. Br. ★

I. Die Erfüllungsverweigerung als besondere Form der Leistungsstörung nach nationalem Recht – 1. Deutsches Recht – 2. Englisches und amerikanisches Recht – 3. Rechtsvergleichende Zusammenfassung – II. Die Behandlung der Erfüllungsverweigerung im Einheitlichen Kaufrecht – 1. Einordnung der Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit – 2. Einordnung der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit – 3. Rechtsfolgen der Erfüllungsverweigerung – 4. Vorteilsausgleichung und Entlastungspflicht des Gläubigers bei Festhalten am Vertrag – III. Schlußbemerkung – Summary

Die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung einer Partei ist eine häufige, praktisch bedeutsame Form von Leistungsstörung, deren Behandlung bei gegenseitigen Schuldverträgen Schwierigkeiten bereitet. Deshalb verdient es besonderes Interesse, wie die rechtlichen Probleme der Erfüllungsverweigerung im Einheitlichen Kaufrecht gelöst sind. Während das Haager Einheitliche Kaufrecht (EKG)¹ international wenig erfolgreich war

★ *Abgekürzt* werden zitiert: C. M. Bianca/M. J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention* (Milan 1987); G. C. Cheshire/C. H. S. Fifoot/M. P. Furmston, *Law of Contract*¹¹ (London 1986); A. L. Corbin, *On Contracts, A Comprehensive Treatise on the Rules of Contract Law IV: Sections [§§] 772–989* (St. Paul, Minn., 1951); H. Dölle, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964* (1976); G. Hager, *Die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware nach amerikanischem, deutschem und Einheitlichem Haager Kaufrecht* (Diss. Freiburg i. Br. 1975); H. J. Mertens/E. Rehbinder, *Internationales Kaufrecht, Kommentar zu den Einheitlichen Kaufgesetzen* (Frankfurt a. M. 1975); G. H. Treitel, *The Law of Contract*⁶ (London 1983); S. Williston, *A Treatise on the Law of Contracts*³ XI (Mount Kisco, N. Y., 1968).

¹ Übereinkommen zur Einführung eines Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 1. 7. 1964, BGBl. 1973 II 886, und Übereinkommen zur Einführung eines Einheitlichen Gesetzes über den Abschluß von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen vom 1. 7. 1964, BGBl. 1973 II 919, und dazu die deutschen Ausführungsgesetze vom 17. 7. 1973, BGBl. 1973 I 856 und 868.

und nur in wenigen Staaten Geltung erlangt hat², darf das 1980 in Wien verabschiedete und am 1. 1. 1988 bereits in Kraft getretene Übereinkommen der Vereinten Nationen über internationale Warenkaufverträge (UN-WKG)³ mit weltweiter Verbreitung rechnen. Das UN-Kaufrecht vereinfacht und verbessert das Haager Einheitliche Kaufrecht, an dessen Stelle es treten soll. Es darf davon ausgegangen werden, daß auch die Bundesrepublik nach Kündigung der Haager Kaufrechtsübereinkommen⁴ das UN-Kaufrecht übernehmen wird. Im folgenden soll deshalb hauptsächlich das UN-Kaufrecht in Betracht gezogen werden⁵.

I. Die Erfüllungsverweigerung als besondere Form der Leistungsstörung nach nationalem Recht

1. Deutsches Recht

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine besonderen Vorschriften über die Folgen einer Erfüllungsverweigerung⁶. Die Regeln über den Schuldnerverzug können allenfalls dann herangezogen werden, wenn eine Partei die Erfüllung einer fälligen Verbindlichkeit verweigert. Man kann dann davon ausgehen, daß der Schuldner auch ohne Mahnung des Gläubigers mit der ernstlichen und endgültigen Erfüllungsverweigerung in Verzug gerät, weil eine solche Weigerung die Mahnung als sinnlose Formalität entbehrlich macht⁷. Aus dem gleichen Grund kann auch die in § 326 BGB vorgeschriebene Setzung einer angemessenen Nachfrist mit Ablehnungsandrohung entfallen, so daß nach Erfüllungsverweigerung einer Partei die andere Partei sofort die Erfüllung ablehnen und die in § 326 BGB bezeichneten besonderen Rechte geltend machen kann. Es bleibt dann freilich immer noch unklar, welche

² Dazu neuestens *P. Schlechtriem*, Bemerkungen zur Geschichte des Einheitskaufrechts, in: *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Referate und Diskussionen der Fachtagung Einheitliches Kaufrecht am 16./17. 2. 1987*, hrsg. von *Slechtriem* (1987) 27–36 (30 f.).

³ Vgl. *U. Magnus*, Das UN-Kaufrecht tritt in Kraft!: *Rabelsz* 51 (1987) 123–129; der englische Text des UN-Kaufrechtsübereinkommens ist zusammen mit der amtlichen deutschen Übersetzung abgedr. ebd. 134/135.

⁴ Siehe dazu Art. 99 III–VI UN-WKG.

⁵ Vgl. dazu insbesondere *Slechtriem*, *Einheitliches UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über internationale Warenkaufverträge – Darstellung und Texte* (1981) (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 46), bespr. von *L. Vékás*, *Rabelsz* 51 (1987) 258–260.

⁶ Zur Behandlung der Erfüllungsverweigerung im deutschen Recht rechtsvergleichend insbesondere *H. G. Leser*, *Die Erfüllungsverweigerung, Ein Typ der Leistungsstörungen, in: *Ius privatum gentium*, FS Rheinstejn (1969) II 643–658.*

⁷ RG 23. 2. 1904, RGZ 57, 105 (112 f.) (unter Hinweis darauf, daß die Praxis dazu schon unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches, des ADHGB, geneigt habe).

Rechtsfolgen die Erfüllungsverweigerung unabhängig von den Vorschriften über den Schuldnerverzug hat. Vollends ist mit den Verzugsvorschriften nicht auszukommen, wenn die Erfüllungsverweigerung in die Zeit vor Fälligkeit der Schuld fällt.

Schon früh nahm deshalb die deutsche Rechtsprechung hier zu der Verlegenheitskategorie der »positiven Vertragsverletzung« Zuflucht, wobei die unberechtigte Erfüllungsverweigerung mit anderen Fällen einer Gefährdung des Vertragszwecks durch schuldhaftes Verhalten des Schuldners gleichgesetzt wurde: Die Vorschrift des § 326 BGB sei entsprechend anzuwenden⁸. Der betroffene Gläubiger könne die dort vorgesehenen Rechte sofort ohne Nachfristsetzung ausüben, ohne nachweisen zu müssen, daß die Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat⁹.

Später ist jedoch in der Rechtsprechung die Unterscheidung der beiden Grundfälle – nämlich Erfüllungsverweigerung vor oder nach Fälligkeit der Schuld – verwischt worden. Es zeigt sich die Neigung, alle Fälle der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung als positive Vertragsverletzung zu betrachten. So heißt es etwa in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15. 11. 1967 (Verweigerung fälliger Schönheitsreparaturen durch die Wohnungsmieter), die endgültige Erfüllungsverweigerung sei kein Sonderfall des Verzugs, sondern eine positive Vertragsverletzung, auf die § 326 BGB analog anzuwenden sei, wobei aber die Notwendigkeit einer Nachfristsetzung nach herrschender Meinung entfalle¹⁰. In der Tat liegt die grundsätzlich einheitliche Bewertung aller Fälle von Erfüllungsverweigerung im Rahmen der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen nahe, sobald man, im Sinne der Rechtsprechung, die durch die Erfüllungsverweigerung bewirkte Vertragsgefährdung als den ausschlaggebenden Umstand betrachtet. Die im Schrifttum heute herrschende, von Rabel begründete Lehre legt indes den Akzent nicht auf die Vertragsgefährdung, sondern auf die Bindung der sich weigernden Partei an ihren erklärten Willen. In der Weigerung, wesentliche Vertragspflichten zu erfüllen, liege die Erklärung, daß der Vertrag negiert werde. An dieser Erklärung könne die vertragsuntreue Partei festgehalten werden, weil es ihr nach Treu und Glauben verwehrt sei, von ihrer Erklärung durch widersprüchliches Verhalten abzurücken (Verbot des *venire contra factum proprium*)¹¹.

⁸ Aus der Rechtsprechung siehe insbesondere RG 23. 2. 1904, RGZ 57, 106 (113f.) unter Hinweis auf RG 6. 3. 1903, RGZ 54, 98; ferner 17. 9. 1918, RGZ 93, 285; 7. 10. 1919, RGZ 96, 341; BGH 21. 3. 1974, NJW 1974, 1080; 10. 12. 1975, LM § 326 (Dc) BGB Nr. 4; 18. 9. 1985, NJW 1986, 661; 18. 12. 1985, NJW 1986, 842.

⁹ BGH 20. 1. 1969, LM § 326 (G) BGB Nr. 1; 11. 12. 1975, BGHZ 65, 372 (375).

¹⁰ BGH 15. 11. 1967, BGHZ 49, 56 (59f.); vgl. auch BGH 18. 12. 1985 (oben N. 8) 843: Richtig sei, daß die Haftung wegen Erfüllungsverweigerung entsprechend § 326 BGB »jedenfalls bei Weigerung vor Verzugseintritt« auf der Annahme einer positiven Vertragsverletzung beruhe und damit Verschulden voraussetze.

¹¹ E. Rabel, *Das Recht des Warenkaufs I* (1936) 382, 386; A. Blomeyer, *Allgemeines*

2. Englisches und amerikanisches Recht

Der umfassende Begriff der Vertragsverletzung (breach of contract) schließt im englischen und amerikanischen Recht jede Nichterfüllung einer fälligen Verbindlichkeit ein, sofern dem Schuldner keine »lawful excuse« zur Seite steht¹². Es besteht deshalb kein Bedürfnis für eine besondere rechtliche Behandlung der Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit der Schuld. Grundsätzlich kann der Gläubiger in jedem Falle der Nichterfüllung – mag diese nun von einer Erfüllungsverweigerung begleitet sein oder nicht – von den anerkannten Rechtsbehelfen Gebrauch machen. Dabei kommt in erster Linie der Rechtsbehelf des Schadensersatzes (damages) in Betracht. Breach of contract ist auch schon jede Verzögerung der Leistung über den Fälligkeitszeitpunkt hinaus. Deshalb existiert im englischen und amerikanischen Recht das Problem nicht, ob bei verzögerlicher Erfüllung einer fälligen Schuld der für die Begründung der Haftung maßgebliche Zeitpunkt mit Rücksicht auf eine Erfüllungsverweigerung des Schuldners vorzulegen ist.

Um so mehr wurde es im englischen und amerikanischen Recht aus dogmatischen und praktischen Gründen als fragwürdig empfunden, ob eine Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit der Schuld (anticipatory repudiation) alsbald, d. h. schon vor dem Fälligkeitstermin, die Haftungsfolge des Schadensersatzes auszulösen vermag¹³. In der englischen Entscheidung *Hochster v. De La Tour* wurde erstmals in diesem Sinne entschieden¹⁴: De La Tour hatte sich gegenüber Hochster zu einer zeitlich begrenzten Dienstleistung als Reiseleiter ab 1. 6. 1852 verpflichtet. Am 11. 5. 1852 lehnte Hochster die Erfüllung des Vertrages ab. Schon am 22. 5. 1852, also noch vor dem vereinbarten Vertragsbeginn, klagte de La Tour auf Schadensersatz. Mit Erfolg.

Es ist bezeichnend, daß das Gericht die Zuerkennung des Schadensersatzes noch vor Vertragsbeginn offensichtlich deshalb als unausweichlich ansah, weil sonst der Dienstverpflichtete, wenn er nicht gerade den Vertrag aufheben wollte, bis zum Vertragsbeginn zu Vertragstreue gehalten war und keine andere Dienstverpflichtung übernehmen durfte. Im englischen und amerikanischen Schrifttum wurde diese scheinbar notwendige Verknüpfung von

Schuldrecht⁴ (1969) 162f.; *E. v. Caemmerer*, Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung: NJW 1956, 569–571 (570); *Leser* (oben N. 6) 652f.

¹² *Treitel* 626–635; *E. A. Farnsworth*, Contracts (Boston/Toronto 1982) 575f.; *L. P. Simpson*, Handbook of the Law of Contracts² (St. Paul, Minn., 1965) 377–379 (Hornbook Series).

¹³ Zum englischen Recht *Cheshire/Fifoot/Furmston* 522f., 531; *P. M. Nienaber*, The Effect of Anticipatory Repudiation, Principle and Policy: Cambridge L. J. 1962, 213–233; *Treitel* 642–647. Zum amerikanischen Recht *Corbin* §§ 959–961 (S. 851–864); *Williston* §§ 1300–1303 (S. 76–89).

¹⁴ *Hochster v. De La Tour* (1853), 2 El. & Bl. 678 = 118 E. R. 922 (Q. B.); siehe ferner *Frost v. Knight* (1872), L. R. 7 Exch. 111 (Weigerung des Beklagten, ein Heiratsversprechen zu erfüllen); dazu auch *Hager* 73f.

Befreiung des betroffenen Gläubigers von seiner Pflicht zur Vertragstreue und dem Recht auf Schadensersatz häufig kritisiert und als irrig bezeichnet¹⁵. Ein Gericht in Massachusetts wies die englische »doctrine of anticipatory breach« in einer Entscheidung aus dem Jahre 1874 mit eingehender Begründung zurück¹⁶. Justice Wells führte aus, die »renunciation of the agreement, by declarations or inconsistent conduct, before the time of performance« könne zwar einen Grund dafür bilden, den Vertrag als aufgehoben zu betrachten, und die andere Partei davon entbinden, sich erfüllungsbereit zu machen und ihrerseits Erfüllung anzubieten. »But we are unable to see how it can, of itself, constitute a present violation of any legal rights of the other party, or confer upon him a present right of action«¹⁷. Gleichwohl hat sich in England und in den Vereinigten Staaten als allgemeine Regel durchgesetzt, daß bei gegenseitigen, beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Schuldverträgen die ernsthafte und endgültige Weigerung einer Partei, eine wesentliche Vertragspflicht zu erfüllen, der anderen Partei das Recht gibt, auch schon vor Fälligkeit Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen¹⁸. Das Verlangen nach Schadensersatz wegen Nichterfüllung schließt zugleich die Ablehnung der Erfüllung ein. Die Erfüllungsverweigerung als solche entbindet zwar die betroffene Vertragspartei von ihrer Pflicht zur Vertragstreue¹⁹, beendet aber nicht den Vertrag. Vielmehr steht es dem betroffenen Gläubiger grundsätzlich frei, auf der Erfüllung des Vertrages zu beharren. Erst wenn der betroffene Gläubiger auf die Erfüllungsverweigerung von dem Vertrag abgeht, insbesondere durch das Schadensersatzverlangen, wird der Vertrag beendet in dem Sinne, daß keine Partei mehr ein Recht auf Erfüllung hat²⁰.

Im englischen Recht wird das Erfordernis einer entsprechenden Reaktion des betroffenen Gläubigers auf die Erfüllungsverweigerung vielfach als »acceptance of the breach« bezeichnet²¹, im amerikanischen Recht eher von einer

¹⁵ *Treitel* 643; *H. W. Ballantine*, *Anticipatory Breach and the Enforcement of Contractual Duties*: Mich. L. Rev. 22 (1923/24) 329–352 (330f.) = in: *Selected Readings on the Law of Contracts from American and English Periodicals, With an Introduction by B. N. Cardozo*, hrsg. von der Association of American Law Schools (1931) 1072–1090 (1073f.); *Corbin* §§ 960, 961 (S. 856–864); *Williston* § 1313 (S. 111f.).

¹⁶ *Daniels v. Newton*, 114 Mass. 530 (1874), mitgeteilt von *F. Kessler/G. Gilmore*, *Contracts, Cases and Materials*² (1970) 916–922. Vgl. auch die kritische Abhandlung von *Williston*, *Repudiation of Contracts*: Harv. L. Rev. 14 (1900/01) 317–331, 421–441 = in: *Selected Readings* (vorige Note) 1044–1071.

¹⁷ *Daniels v. Newton* (vorige Note) 917, per Justice Wells.

¹⁸ Zum englischen Recht *Cheshire/Fifoot/Furmston* 522f.; *Treitel* 642–647. Zum amerikanischen Recht UCC §§ 2–610, 703, 711; *Restatement Contracts* 2d §§ 250, 253(1) (1981); *Corbin* §§ 959–989 (S. 851–969); *Williston* § 1337 (S. 185–189).

¹⁹ Vgl. *Restatement Contracts* 2d § 253(2) (1981).

²⁰ In dieser Hinsicht wird vielfach von »rescission« gesprochen, was aber nicht mit »Rücktritt« im Sinne des deutschen Rechts gleichgesetzt werden darf. Zur ungenauen und mißverständlichen Verwendung des Begriffes »rescission« im englischen und amerikanischen Recht *Cheshire/Fifoot/Furmston* 530; *Corbin* § 982 (S. 943f.); *Williston* § 1305 (S. 92f.).

²¹ *Treitel* 642, der aber betont, daß offenbar für die acceptance eine entsprechende

»election« des betroffenen Gläubigers gesprochen²². Dabei wird im amerikanischen Recht die eigentliche Sachfrage schärfer herausgearbeitet und in den Vordergrund gestellt: Wie lange kann der die Erfüllung verweigernde Vertragsteil seine Weigerung noch zurückziehen? Nach dem amerikanischen Restatement soll das nur so lange geschehen können, als nicht der betroffene Gläubiger im Vertrauen auf die repudiation wesentliche Maßnahmen trifft (materially changes his position) oder der anderen Partei zu verstehen gibt, daß er die repudiation als endgültig betrachtet²³.

3. Rechtsvergleichende Zusammenfassung

Wesenselement der Erfüllungsverweigerung ist, wie die Gegenüberstellung des deutschen sowie des englischen und amerikanischen Rechts zeigt, zunächst und vor allem ein subjektives Moment: Die vertragsuntreue Partei will den Vertrag nicht gelten lassen, sie rückt von ihm ab. Das Abrücken muß so erheblich sein, daß der Vertrag faktisch entwertet wird. Die bewußte Mißachtung des Vertrages muß, wie in einer englischen Entscheidung formuliert wird, »go to the root of the contract«²⁴. Objektiv ist somit ausschlaggebende Folge des Abrückens nicht, wie besonders in der deutschen Rechtsprechung und im deutschen Schrifttum herausgestellt wird²⁵, die Vertragsgefährdung als solche, sondern vielmehr die durch die Gefährdung bewirkte aktuelle Entwertung des Vertrages. Treffend wird in einer Anmerkung zu sec. 250 Restatement of Contracts (Second) gesagt, die repudiation »may impair the value of the contract to the other party«²⁶.

Die Absicht, den Vertrag nicht gelten zu lassen, wird häufig gar nicht erklärt, sondern unmittelbar betätigt, indem die vertragsuntreue Partei von dem Verhaltensprogramm des Vertrages tatsächlich abgeht. Im englischen und amerikanischen Recht werden die Erklärung des Willens, den Vertrag nicht gelten zu lassen, und die Betätigung eines solchen Willens durch tatsächliches Abgehen vom Vertrag gleichbedeutend unter dem Begriff der

Erklärung des betroffenen Gläubigers nicht ausreiche: »...the statement must be supported by some action.« Kritisch zur Lehre von dem Erfordernis einer acceptance *Corbin* § 981 (S. 936–942).

²² *Williston* §§ 1320 f. (S. 125–129).

²³ Restatement Contracts 2d § 256 (1981).

²⁴ *Decro-Wall International S. A. v. Practitioners in Marketing Ltd.*, [1971] 1 W.L.R. 361 (C.A.). Vgl. auch *Corbin* § 975 (S. 918): »...the repudiation must be either to the entire performance that was promised or with respect to so material a part of it as to go to the essence. It must involve a total and not merely a partial breach.«

²⁵ Vgl. dazu insbesondere *Leser* (oben N. 6) 651 f.

²⁶ Restatement Contracts 2d § 250 (1981), Comment (a).

repudiation of contract zusammengefaßt²⁷. Vorzuziehen ist indes die besonders im deutschen Recht entwickelte Auffassung, daß erst die Erklärung des Abrückens vom Vertrag gegenüber der anderen Vertragspartei der Erfüllungsverweigerung ihr eigentliches Gepräge gibt und sie von sonstigen Formen der Vertragsverletzung deutlich unterscheidet. Dabei erweist sich der von Rabel entwickelte Gedanke einer Bindung an das gegebene Wort als fruchtbar. Dieser Gedanke erklärt das Erfordernis, daß die Erfüllungsverweigerung ernsthaft und endgültig sein muß oder, wie es im englischen und amerikanischen Schrifttum ausgedrückt wird, »clear and absolute«²⁸. Es liegt auf der Hand, daß die Praxis dabei oft vor schwierige Fragen der Auslegung und Sachverhaltswürdigung gestellt wird. Nicht selten wird ein tatsächlich vorhandener Wille, von dem Vertrag abzurücken, verdeckt durch Rechtsbehauptungen, Verhandlungs- oder Abänderungswünsche. Andererseits darf die Freiheit, solche Behauptungen oder Wünsche vorzubringen, nicht vor schnell durch das Unterstellen einer »repudiation« beschnitten werden. In diesem Sinne führt etwa Corbin aus, bei Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung oder die Rechtswirkungen eines Vertrages dürfe das Angebot einer Partei, den Vertrag lediglich entsprechend der von ihr vertretenen Auslegung zu erfüllen, nicht automatisch (»in itself«) als Erfüllungsverweigerung angesehen werden. Zu einem anticipatory breach komme es erst dann, wenn das Angebot von der klaren Willensbekundung begleitet sei, den Vertrag nicht entsprechend irgendeiner anderen Auslegung zu erfüllen²⁹. Die deutsche Rechtsprechung betont, der betroffene Gläubiger müsse in zweifelhaften Fällen versuchen, den Schuldner umzustimmen und zu einer klaren Erklärung über die Vertragserfüllung zu veranlassen. Erst wenn der Schuldner sein »letztes Wort« gesprochen habe, könne der Gläubiger ohne Fristsetzung von dem Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen³⁰.

Die Erfüllungsverweigerung ist somit eine besondere Form der Vertragsverletzung. Sie wird gekennzeichnet durch den geäußerten Willen einer Partei zur Vertragsuntreue, sofern die Bekundung des Willens nach den Umständen so nachdrücklich und eindeutig ist, daß die Partei davon nicht mehr abrücken kann, und der Vertrag durch die Vertragsuntreue in solchem Maße entwertet wird, daß dem Partner das Festhalten am Vertrag nicht länger zugemutet werden kann.

²⁷ Besonders deutlich die Umschreibung in Restatement Contracts 2d § 250 (a) und (b) (1981).

²⁸ Treitel 644; ähnlich *Cheshire/Fifoot/Furmston* 523 f.; *Corbin* § 973 (S. 905): »definite and unequivocal manifestation of intention«; *Simpson* (oben N. 12) 387: »repudiation must be positive and unequivocal«.

²⁹ *Corbin* § 1973 (S. 911).

³⁰ BGH 10. 12. 1975 (oben N. 8); vgl. ferner 11. 1. 1961, LM § 326 (Dc) BGB Nr. 2; 18. 9. 1985 (oben N. 8).

II. Die Behandlung der Erfüllungsverweigerung im Einheitlichen Kaufrecht

1. Einordnung der Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit

a) Erfüllungsverweigerung und Vertragsverletzung

Ebenso wie das englische und amerikanische Recht geht auch das Einheitliche Kaufrecht von einem einheitlichen Begriff der Vertragsverletzung aus. Alle Formen der Nichterfüllung, mag sie nun vorübergehend oder endgültig sein, unterliegen grundsätzlich denselben Sanktionen. Im UN-Kaufrecht wird diese Konzeption noch deutlicher als im Haager Kaufrecht. Letzteres normiert im Anschluß an die Vorschriften über die einzelnen Pflichten der Kaufvertragsparteien die Rechtsfolgen der Nichterfüllung jeweils besonders, wengleich im wesentlichen übereinstimmend³¹. Die Abschnitte über die Pflichten des Verkäufers und Pflichten des Käufers enthalten dann noch ergänzende Auffangvorschriften über »sonstige« Pflichten des Verkäufers und des Käufers und die Folgen ihrer Nichterfüllung³². Dagegen stellt das UN-Kaufrecht einheitliche Regeln über die Rechtsbehelfe des Käufers auf, wenn der Verkäufer eine seiner Pflichten nach dem Vertrag und dem Überkommen nicht erfüllt³³, und entsprechend regelt es auch die Rechtsbehelfe des Verkäufers bei Nichterfüllung einer der Pflichten des Käufers einheitlich³⁴.

Wenn nun eine Vertragspartei nach Fälligkeit ihrer Schuld die Erfüllung verweigert, steht nach Einheitlichem Kaufrecht fest – ebenso wie im englischen und amerikanischen Recht –, daß der Vertrag verletzt worden ist, und zwar unabhängig von der Erfüllungsverweigerung. Nur im Haager Kaufrecht könnte sich dabei die – praktisch irrelevante – Frage stellen, ob hinsichtlich der Rechtsfolgen die Vorschriften über die einzelnen Pflichten heranzuziehen sind, deren Erfüllung verweigert wird, oder die erwähnten Auffangvorschriften über »sonstige« Pflichten des Verkäufers oder des Käufers. Das mag hier dahinstehen.

b) Wesentliche Vertragsverletzung

Die ernstliche und endgültige Erfüllungsverweigerung ist stets eine »wesentliche Vertragsverletzung« im Sinne des Einheitlichen Kaufrechts, wenn die vertragsuntreue Partei sich gänzlich vom Vertrag oder von wesentlichen Pflichten aus dem Vertrag lossagt. Dem muß der Fall gleichstehen, daß die

³¹ Artt. 26–32, 41–49, 51, 61–64, 66–68 EKG.

³² Artt. 55, 70 EKG.

³³ Artt. 45–52 UN-WKG.

³⁴ Artt. 61–65 UN-WKG.

von der vertragsuntreuen Partei unberechtigt erhobenen Einwendungen, Änderungs- und Neuverhandlungswünsche die bestehende Position der betroffenen Partei in einem Maße beeinträchtigen, daß dieser Partei das Festhalten an dem Vertrag nicht länger zugemutet werden kann. Es sind hierbei die allgemeinen Bestimmungen des Einheitlichen Kaufrechts über die »wesentlichen« Vertragsverletzungen sinngemäß anzuwenden. Ob indes bei der schwierigen Beurteilung des unzumutbaren Grades der Störung die allgemeine Umschreibung der wesentlichen Vertragsverletzung in Art. 10 EKG und nunmehr in Art. 25 UN-WKG viel weiterhilft, muß bezweifelt werden. Immerhin kann diesen Vorschriften entnommen werden, daß es grundsätzlich auf das Ausmaß der Beeinträchtigung ankommt, die der Gläubiger durch die Vertragsuntreue des Schuldners erleidet, gemessen an den vernünftigen Erwartungen des Gläubigers aufgrund eines Vertrages der geschlossenen Art. Das Ausmaß der Beeinträchtigung wird auch durch die Hartnäckigkeit der Weigerung des Schuldners bestimmt, den Vertrag in der geschlossenen Form zu erfüllen. Es ist denkbar, daß die zu einer wesentlichen Vertragsverletzung führende Hartnäckigkeit der Weigerung sich erst dann offenbart, wenn der Gläubiger den Schuldner unter Fristsetzung zu einer verbindlichen Erklärung darüber aufgefordert hat, ob er den Vertrag in der geschlossenen Form erfüllen werde. Im gleichen Sinne hat der Bundesgerichtshof im Rahmen des § 326 BGB entschieden. Sei die Weigerung des Schuldners nicht als sein letztes Wort zu verstehen, dann sei der Gläubiger berechtigt, in rechtsähnlicher Anwendung des § 326 dem Schuldner eine angemessene Frist zur Erklärung zu setzen, ob er den Vertrag vereinbarungsgemäß erfüllen werde³⁵. Im Einheitlichen Kaufrecht sind insoweit die Vorschriften über die Setzung einer angemessenen Nachfrist zur Erfüllung³⁶ sinngemäß heranzuziehen.

2. Einordnung der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit

a) Erfüllungsverweigerung und objektive Vertragsgefährdung

Sowohl das Haager Einheitliche Kaufrecht als auch das UN-Kaufrecht vermengen die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit mit der drohenden Vertragsverletzung aufgrund objektiver, vom Verhalten des Schuldners unabhängiger Umstände. Artikel 76 EKG gewährt einer Partei das Recht zur Vertragsaufhebung, wenn es schon vor dem für die Erfüllung festgesetzten Zeitpunkt »offensichtlich« ist, daß die andere Partei eine wesentliche Vertragsverletzung begehen wird. Das UN-Kaufrecht hat diese Bestimmung in Art. 72 I wörtlich übernommen, abgesehen davon, daß in der englischen

³⁵ BGH 10. 12. 1975 (oben N. 8).

³⁶ Artt. 27 II, 31 II, 44 II, 51, 62 II, 66 II EKG; Artt. 47, 51, 63 UN-WKG.

Fassung der Zusatz »fixed« nach »date« weggelassen wurde³⁷. Auch taucht nunmehr im UN-Kaufrecht in der Überschrift zu Abschnitt I, Kap. V (vor Art. 71) der Ausdruck »Vorweggenommene Vertragsverletzung«/»Anticipatory Breach« auf. Erst auf der Wiener Konferenz 1980 hinzugefügt wurden in Art. 72 die Absätze 2 und 3 über die Pflicht zur Anzeige der Aufhebungsabsicht, wenn »es die Zeit erlaubt und es nach den Umständen vernünftig ist«³⁸. Diese Pflicht entfällt freilich, wenn die andere Partei erklärt hat, nicht erfüllen zu wollen (Art. 72 III UN-WKG).

Klarer konzipiert war übrigens die dem Art. 76 EKG vorangegangene Vorschrift des Art. 87 in den Entwürfen 1956 und 1963 zu dem Haager Kaufrechtsübereinkommen. Es sollte ganz unmißverständlich darauf abgestellt werden, daß eine Partei vor dem Fälligkeitszeitpunkt durch ihr Verhalten die Absicht zu erkennen gibt, eine wesentliche Vertragsverletzung zu begehen (»so conducts himself as to disclose an intention to commit a fundamental breach of the contract«)³⁹. In der von UNCITRAL eingesetzten Arbeitsgruppe zur Überarbeitung des Einheitlichen Kaufrechts hatte der amerikanische Delegierte vorgeschlagen, zu dieser ursprünglichen Fassung der Vorschrift zurückzukehren⁴⁰. Der Vorschlag wurde aber nicht angenommen⁴¹.

b) Notwendigkeit der Differenzierung

Unter die erwähnten Vorschriften des Einheitlichen Kaufrechts über die vorzeitige Vertragsaufhebung (Art. 76 EKG und Art. 72 UN-WKG) fallen sonach sowohl die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit als auch die drohende Verletzung des Vertrages aus objektiven Gründen wie etwa bei Zerstörung der Produktionsstätte des Verkäufers durch Feuer vor Fälligkeit der Lieferpflicht oder bei Erlaß von Devisenbestimmungen im Käuferland vor Fälligkeit der Kaufpreiszahlung⁴².

³⁷ Es sollte der Auffassung entgegengetreten werden, die Bestimmung gelte nur bei Fixgeschäften; siehe *Bianca/Bonell (-Bennett)* Art. 72 UN-WKG Bem. 1.6.

³⁸ Siehe hierzu *Schlechtriem* (oben N. 5) 88.

³⁹ *Mertens/Rehbinder* Anh. 1 (S. 349, 382).

⁴⁰ Progress Report of the Working Group on the International Sale of Goods on the Work of Its Fifth Session (Geneva, 21 January-1 February 1974) – Annex III: Text of Comments and Proposals by Representatives on Articles 71 to 101, UNCITRAL-Dok. A/CN. 9/87, Annex III, abgedr. in: UNCITRAL YB. 5 (1974) 65–79 (68).

⁴¹ *Bianca/Bonell (-Bennett)* a. a. O. (oben N. 37).

⁴² Vgl. die Beispiele in den Bemerkungen des UN-Sekretariats zu Art. 63 des New Yorker Entwurfs von 1978; »Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Prepared by the Secretariat«, UN-Dok. A/CONF. 97/5 (14. 3. 1979), in: United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March–11 April 1980, Official Records, Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees, UN-Dok. A/CONF. 97/19 (1981) 14–66 (53) (zitiert: Official Records).

Die Zusammenfassung so verschiedener Fälle einer bevorstehenden Leistungsstörung ist wenig glücklich. Zwar mag es richtig sein, auch bei nur objektiver Vertragsgefährdung dem betroffenen Gläubiger ein sofortiges Recht zur Vertragsaufhebung zu geben – obwohl man sich fragen darf, ob hier nicht das Suspensionsrecht des Art. 73 EKG und nun des Art. 71 UN-WKG ausgereicht hätte. Die Gleichordnung in Art. 76 EKG und Art. 72 UN-WKG darf jedoch nicht dazu führen, daß auch bei den sonstigen Rechtsfolgen, insbesondere dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung, alle Fälle der Vertragsgefährdung ohne Rücksicht auf den Gefährdungsgrund über einen Leisten geschlagen werden. Die Schadensersatzpflicht nach dem Einheitlichen Kaufrecht setzt eine bereits begangene Vertragsverletzung voraus, wie der Wortlaut der Art. 82 EKG und Art. 74 UN-WKG unmißverständlich ergibt. Bei einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit wird der vertragsuntreue Schuldner eben wegen der Bindungswirkung seiner Erklärung daran gehindert, sich darauf zu berufen, daß es noch gar nicht zu der Vertragsverletzung gekommen sei. Hier ist die sofortige Schadensersatzpflicht des vertragsuntreuen Schuldners unzweifelhaft. Dagegen kann man in anderen Fällen der Vertragsgefährdung nicht in derselben Weise argumentieren. Bei Vertragsverletzung durch objektive Ereignisse, hinsichtlich derer sich der Schuldner nicht gemäß Art. 74 EKG oder Art. 79, 80 UN-WKG zu entlasten vermag, entsteht somit ein Schadensersatzanspruch wegen verzögerter oder vereitelter Leistung grundsätzlich erst im Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistungspflicht. Für den Zeitraum davor läßt sich eine vorweggenommene Schadensersatzpflicht nur dann vertreten, wenn der Schuldner trotz objektiver Vertragsgefährdung entgegen einem Verlangen des Gläubigers es unterläßt, die nach den Umständen berechnete Befürchtung des Gläubigers, es werde zum Vertragsbruch kommen, in geeigneter Form zu zerstreuen, etwa durch das Angebot einer Sicherheitsleistung⁴³. Das UN-Kaufrecht geht zwar in Art. 72 II nur von einem Recht des Schuldners zur Sicherheitsleistung aus, um bei drohender Nichterfüllung die Aufhebung des Vertrages durch den Gläubiger abzuwenden. Man wird aber auch eine Pflicht des Schuldners zur Sicherheitsleistung annehmen dürfen, soweit sie den Handelsbräuchen und den Gepflogenheiten zwischen den Parteien (Art. 9 UN-WKG) entspricht. Bemerkenswert ist hierbei eine ähnliche Vorschrift im amerikanischen Uniform Commercial Code, wonach die Verweigerung einer Sicherheitsleistung unter entsprechenden Umständen »constructive repudiation« ist⁴⁴.

Wenig besagt, daß Art. 77 EKG ausdrücklich das Recht auf Schadensersatz auch bei vorzeitiger Vertragsaufhebung nach Art. 76 vorsieht, im UN-Kauf-

⁴³ Stoll, Inhalt und Grenzen der Schadensersatzpflicht sowie Befreiung von der Haftung im UN-Kaufrecht, im Vergleich zu EKG und BGB, in: Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht (oben N. 2) 257–281 (258 f.).

⁴⁴ UCC § 2–609(4); siehe auch Restatement Contracts 2d § 251 (1981).

recht aber eine entsprechende Vorschrift fehlt⁴⁵. Offenbar ist dem Art. 77 EKG nur eine klarstellende Funktion zudedacht⁴⁶. Eine differenzierte Behandlung der einzelnen Fälle der Vertragsgefährdung schließt die Vorschrift keineswegs aus. Die UNCITRAL-Arbeitsgruppe hat sie eben deshalb, weil man sie für überflüssig hielt, im UNCITRAL-Entwurf gestrichen⁴⁷.

3. Rechtsfolgen der Erfüllungsverweigerung

a) Alleiniges Erfüllungsrecht der vertragstreuen Partei

Mit der ernstlichen und endgültigen Erfüllungsverweigerung verwirkt die vertragsuntreue Partei ihr Recht auf Erfüllung des Vertrages, selbstverständlich unbeschadet des Erfüllungsanspruchs der anderen Partei. Die Verwirkung des Erfüllungsrechts beruht auf der Bindung der vertragsuntreuen Partei an ihr Wort. Aus dieser Bindung folgt auch, daß die andere Vertragspartei keine Vertragsverletzung begeht, wenn sie nach der Erfüllungsverweigerung des vertragsuntreuen Partners von dem Vertrag abgeht und sich nicht mehr länger vertragsbereit hält. Es trifft nicht zu, daß die andere Partei erst und nur mit Aufhebung des Vertrages nach Art. 76 EKG oder Art. 72 UN-WKG – die nach Art. 26 UN-WKG dem Vertragspartner mitgeteilt werden muß – ihre Dispositionsfreiheit wiedererlangt, wie dies offenbar Hans Leser annimmt⁴⁸. Nach Art. 78 EKG und Art. 81 UN-WKG bewirkt zwar die Aufhebung des Vertrages, daß beide Parteien von ihren Vertragspflichten befreit werden mit Ausnahme einer etwaigen Schadensersatzpflicht. Es wird aber nicht vorgeschrieben, daß diese Rechtsfolge allein bei Aufhebung des Vertrages eintreten kann⁴⁹.

⁴⁵ *Schlechtriem*, Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers, in: Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf, Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. 11. 1984/Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984/The 1980 Vienna Convention on the International Sale of Goods, Lausanne Colloquium of November 19–20, 1984, Mit dreisprachigem Text des Übereinkommens/Avec texte trilingue de la Convention/With Trilingual Text of the Convention (1985) 149–184 (158 f.) (Publications de l'Institut suisse de droit comparé/Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung/Pubblicazioni.../Publications... , 3).

⁴⁶ *Dölle(-Leser)* Art. 77 EKG Rz. 3.

⁴⁷ Siehe dazu den Vorschlag des amerikanischen Delegierten a. a. O. (oben N. 40).

⁴⁸ *Dölle(-Leser)* Art. 76 EKG Rz. 7. Vgl. hierzu auch die Darstellung von *Leser*, Lösung vom Vertrag, Eine rechtsvergleichende Betrachtung, in: *Recht und Rechtserkenntnis*, FS Ernst Wolf (1985) 373–394.

⁴⁹ Zu einer Befreiung des Käufers von der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises kommt es auch ohne Aufhebung des Vertrages z. B. dann, wenn die Ware vor Gefahrübergang auf den Käufer untergeht oder verdirbt. Das läßt sich im Wege des Umkehrschlusses den Vorschriften über den Gefahrübergang (Artt. 96–101 EKG, Artt. 66–70 UN-WKG) entnehmen. So bestimmt etwa Art. 66 UN-WKG, daß Untergang oder Beschädigung der

Vielmehr führt die Erfüllungsverweigerung einer Partei unabhängig von einer »Annahme« oder sonstigen Reaktion des Partners zur Dispositionsfreiheit der vertragstreuen Partei eben deshalb, weil die vertragstreue Partei den Verweigerer jederzeit beim Wort nehmen darf. Dabei ist freilich zu bedenken, daß die vertragstreue Partei, sobald sie vom Vertrag tatsächlich abgeht, auch ihrerseits nicht mehr Erfüllung verlangen kann; es kommt dann nur noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Betracht. Sofern nämlich eine Partei trotz der Erfüllungsverweigerung des Partners auf Erfüllung besteht, muß sie es sich auch gefallen lassen, daß ihr eigenes Verhalten rückblickend mit dem Maßstab der Vertragstreue gemessen wird. Es ist das eine Konsequenz der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung, eines schuldrechtlichen Prinzips, das auch im Einheitlichen Kaufrecht verankert ist⁵⁰. Diese Verknüpfung ändert aber nichts daran, daß die ernstliche und endgültige Erfüllungsverweigerung einer Partei der anderen Partei die Freiheit gibt, von dem Vertrag abzugehen und ihn als nicht geschlossen zu behandeln – freilich um den Preis, daß sie nun auch ihrerseits das Recht auf Erfüllung des Vertrags verliert und auf Schadensersatz beschränkt ist⁵¹.

Diese Beurteilung läßt sich auch auf vergleichende Heranziehung des englischen und des amerikanischen Rechts stützen, denen das Einheitliche Kaufrecht bei Regelung der Vertragsverletzungen besonders nahesteht. Im englischen und amerikanischen Recht gab schon die berichtete Entscheidung *Hochster v. De La Tour* aus dem Jahre 1853 Anstoß zu kritischen Überlegungen, daß bei Erfüllungsverweigerung das Recht der vertragstreuen Partei, von dem Vertrag abzugehen, unabhängig ist von dem allein problematischen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung⁵². Selbst ein Autor wie Williston, der einem vorzeitigen Schadensausgleich wegen repudiation grundsätzlich ablehnend gegenüberstand, erkannte an, daß die repudiation die Nichterfüllung des Vertrages seitens der vertragstreuen Partei entschuldigt⁵³. Besonders im amerikanischen Schrifttum wird in diesem Sinne von einer »defense« der vertragstreuen Partei gesprochen,

Ware nach Übergang der Gefahr auf den Käufer diesen nicht von seiner Zahlungspflicht befreit – offenbar aber doch dann befreit, wenn die Gefahr noch nicht übergegangen ist.

⁵⁰ Artt. 71–73 EKG und Artt. 57 I lit. b, 58, 71 UN-WKG.

⁵¹ Aus der deutschen Rechtsprechung siehe RG 10. 10. 1913, RGZ 83, 176 (Erfüllungsverweigerung des Käufers; Verkäuferin klagt auf Vertragserfüllung, verkauft aber während des Prozesses die Ware deckungshalber): »Hätte die Klägerin bereits im Jahre 1904 deckungshalber verkauft, so würde sie die Ware, die sie für den Beklagten zur Verfügung hielt, schon damals aus der Hand gegeben und auf den Erfüllungsanspruch verzichtet haben« (177f.).

⁵² Siehe oben I 2.

⁵³ Williston § 1313 (S. 111); ferner *ders.*, Repudiation of Contracts (oben N. 16) 425 = Selected Readings (oben N. 15) 1058: »The contract still exists, but one party to it has a defence and an excuse for non-performance«.

auch von »discharge« der dieser Partei obliegenden Vertragspflichten als automatischer Folge einer repudiation seitens des Partners⁵⁴.

b) Beharren auf Erfüllung

Die vertragstreue Partei kann trotz der Erfüllungsverweigerung der anderen Partei aber auch auf Erfüllung beharren⁵⁵. Der Erfüllungsanspruch entfällt jedoch, sobald die vertragstreue Partei den Vertrag aufhebt oder die Erfüllungsverweigerung zum Anlaß nimmt, selbst vom Vertrag abzugehen durch ein tatsächliches Verhalten, das mit dem Gebot eigener Vertragstreue nicht in Einklang steht.

(1) Besonders bei Erfüllungsverweigerung des Käufers kann zweifelhaft sein, in welcher Weise der Verkäufer mit der Ware verfahren darf, ohne jenes Gebot zu verletzen. Der Verkäufer verhält sich vertragstreue, wenn er nach Maßgabe der Artt. 94, 95 EKG oder des Art. 88 UN-WKG einen Selbsthilfeverkauf durchführt. Er hat ein Recht zum Selbsthilfeverkauf. Bei einem solchen Verkauf hat er für Rechnung und im Interesse des Käufers zu handeln, wenn auch das Einheitliche Kaufrecht – anders als das deutsche Handelsrecht (§ 373 II, V HGB) – keine bestimmte Formalität vorschreibt. Immerhin hat der Verkäufer auch nach Einheitlichem Kaufrecht die Verkaufsabsicht dem Käufer anzuzeigen⁵⁶, wobei das UN-Kaufrecht »reasonable notice« vorschreibt (Art. 88I)⁵⁷. Das Einheitliche Kaufrecht legt dem Verkäufer sogar die Pflicht zum Selbsthilfeverkauf auf, wenn die Ware einer raschen Verschlechterung ausgesetzt ist oder ihre Erhaltung unverhältnismäßige Kosten verursachen würde⁵⁸. Es ist nicht ganz selbstverständlich, daß das Recht zum Selbsthilfeverkauf auch bei Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit der

⁵⁴ *Corbin* § 975 (S. 916); *H. R. Limburg*, *Anticipatory Repudiation of Contracts*: Cornell L. Q. 10 (1924/25) 135–180 (137f.) = *Selected Readings* (oben N. 15) 1090–1126 (1092); ferner *Restatement Contracts 2d* § 353(2) (1981).

⁵⁵ Dabei bestehen allerdings einige Unterschiede zwischen dem Haager Kaufrecht und dem UN-Kaufrecht. Während das UN-Kaufrecht grundsätzlich bei allen Vertragspflichten einen Erfüllungsanspruch gewährt (Artt. 46, 62 UN-WKG), entfällt nach dem EKG der Erfüllungsanspruch, soweit ein Deckungsgeschäft gebräuchlich und angemessen ist (Artt. 26, 61 II EKG), ferner allgemein bei der Abnahmepflicht des Käufers (Artt. 56, 66 EKG).

⁵⁶ Artt. 94, 95 EKG, Art. 88 UN-WKG.

⁵⁷ Zur Auslegung dieser nicht ganz klaren Modifikation *Schlechtriem* (oben N. 5) 105; *Bianca/Bonell(-Barrera Graf)* Art. 88 UN-WKG Bem. 2.7.

⁵⁸ Siehe Art. 95 EKG, wo außerdem auf die Gefahr eines »Verlustes« (loss) abgestellt wird, und Art. 88 II UN-WKG. Die Alternative des drohenden »Verlustes« wurde auf der Wiener Kaufrechtskonferenz aufgrund einer Initiative des Delegierten von Singapur gestrichen; vgl. [Proposals, Reports and Other Documents] Singapore, UN-Dok. A/CONF. 97/L.22, in: *Official Records* (oben N. 42) 174, und die Abstimmung darüber ebd. 227f. Es sollte die Interpretation ausgeschlossen werden, daß auch schon bei drohendem Preisverfall eine Verpflichtung zum Selbsthilfeverkauf besteht; in diesem Sinne aber noch der »Com-

Käuferpflichten besteht. Das Einheitliche Kaufrecht setzt nämlich für das Recht zum Selbsthilfeverkauf voraus, daß der Käufer die Sache nicht rechtzeitig abnimmt oder den Kaufpreis nicht rechtzeitig (Art. 91 I EKG) oder nicht bei Lieferung Zug-um-Zug (Art. 85 UN-WKG) bezahlt und der Verkäufer deshalb angemessene Maßnahmen zur Erhaltung der Ware zu treffen hat. Der Verletzung der fälligen Abnahme- oder Zahlungspflicht muß indes gleichstehen, daß der Käufer schon vor Fälligkeit in einer ihn bindenden Weise erklärt, er werde diese Pflichten nicht erfüllen. Freilich setzt ein Selbsthilfeverkauf notwendig voraus, daß die veräußerte Ware dem Verträge – ihm entsprechend – zugeordnet ist⁵⁹, sei es, daß es sich um einen Stückkauf handelt, sei es aufgrund einer Anzeige des bevorstehenden Verkaufs mit genauer Angabe der zu veräußernden Ware.

Die Vorschriften des Einheitlichen Kaufrechts über den Selbsthilfeverkauf sind in dem Sinne großzügig zu interpretieren, daß alle Maßnahmen in Ansehung der Ware erlaubt sind, sofern sie im Interesse des Käufers liegen. Vorbild kann dabei eine Entscheidung des Reichsgerichts sein, wonach der Verkäufer von Grubenholz bei Annahme- und Abnahmeverzug des Käufers als berechtigt angesehen wurde, die vom Verderb bedrohte Ware mangels geeigneter Verkaufsmöglichkeit in den eigenen Betrieb hereinzunehmen und dort als Nutzholz zu verarbeiten. Der Verkäufer verliere dann nicht seinen Kaufpreisanspruch, müsse sich aber den erlangten Vorteil anrechnen lassen (§ 324 BGB)⁶⁰.

(2) Vom fremdnützigen, wenn auch zugleich den Verkäufer entlastenden Selbsthilfeverkauf ist der Deckungsverkauf begrifflich zu trennen, den der Verkäufer im eigenen Interesse und für eigene Rechnung durchführt⁶¹. Ein Deckungsverkauf ist zwar bei Erfüllungsverweigerung des Käufers durchaus erlaubt und als Maßnahme der Schadensminderung unter Umständen geboten, aber nicht mit dem Beharren auf Erfüllung zu vereinbaren. Der Verkäufer verliert deshalb bei einem Deckungsverkauf stets – ohne daß es eine Erklärung der Vertragsaufhebung bedürfte – das ihm bis dahin verbliebene Recht auf Erfüllung und ist auf Schadensersatz verwiesen.

c) Aufhebung des Vertrages

Von den sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebenden Rechtsfolgen der Erfüllungsverweigerung ist das Recht der vertragstreuen Partei zu unterscheiden, durch Erklärung der Aufhebung gestaltend in das Vertragsverhältnis einzugreifen.

mentary on the Draft Convention...« (oben N. 42) 63 (unter Nr. 5, zu Art. 77 UNCTRAL-Entwurf).

⁵⁹ Siehe dazu Art. 98 II und III EKG, Art. 67 II UN-WKG.

⁶⁰ RG 3. 1. 1933, HRR 1933 Nr. 1176.

⁶¹ Zur Unterscheidung RG 23. 2. 1904, RGZ 57, 105; *Hager* 156 f.

(1) Die Erfüllungsverweigerung einer Partei berechtigt die andere Partei, die Aufhebung des Vertrages zu erklären⁶². Die Aufhebung beseitigt das der vertragstreuen Partei verbliebene Recht auf Erfüllung⁶³ und macht dadurch den Weg frei für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn dieser nicht schon vorher entstanden war. Die Liquidation des gesamten Vertrages durch das Verlangen, das Differenzinteresse als Schadensersatz zu vergüten, ist so lange ausgeschlossen, als auch nur eine Partei ein Recht auf Erfüllung des Vertrages hat.

In Fällen der Erfüllungsverweigerung ist die Aufhebung des Vertrages durch die vertragstreue Partei im Grunde nicht mehr als die verbale und zweifelsfrei gemachte Preisgabe des nur dieser Partei noch zustehenden Rechts auf Erfüllung. Die Aufhebung ist deshalb bedeutungslos und nicht mehr notwendig, wenn die vertragstreue Partei schon vorher von dem Vertrag abgegangen ist und ihr Erfüllungsrecht bereits aus diesem Grund verloren hat.

(2) Die Aufhebung des Vertrages kann sicherlich auch dann noch erklärt werden, wenn der vertragstreue Teil sich zunächst überhaupt nicht festgelegt oder erklärt hat, auf Erfüllung bestehen zu wollen⁶⁴. Es ist jedoch zweifelhaft, ob die Erklärung der Aufhebung beliebig lange hinausgezögert werden kann. In den Entwürfen 1956 und 1963 zum Haager Kaufrecht war vorgesehen, daß bei Erfüllungsverweigerung das Aufhebungsrecht »without undue delay« auszuüben sei⁶⁵. Auf eine solche Einschränkung wurde jedoch bei den Verhandlungen im Haag verzichtet⁶⁶. Weder das Haager Kaufrecht noch das UN-Kaufrecht bestimmen somit eine Frist für die Ausübung des Aufhebungsrechts. Dennoch wird im Schrifttum bisweilen angenommen, daß nach dem Einheitlichen Kaufrecht das Aufhebungsrecht bei drohender Vertragsverletzung binnen einer angemessenen Frist auszuüben sei. Dabei werden der Gesichtspunkt, daß der aufhebungsberechtigten Partei keine Spekulationsmöglichkeit gegeben werden darf, sowie die Schadensminderungspflicht des Gläubigers angeführt⁶⁷.

⁶² Art. 76 EKG, Art. 72 UN-WKG.

⁶³ Art. 78 IEKG, Art. 81 I UN-WKG.

⁶⁴ Ebenso RG 10. 6. 1921, RGZ 102, 262 (263): Der Verkäufer könne selbst nach rechtskräftiger Verurteilung des Käufers zur Erfüllung noch den Weg des § 326 BGB beschreiten, wenn der Käufer vor Klageerhebung die Erfüllung des Vertrages verweigert habe.

⁶⁵ *Mertens/Rehbinder* Anh. 1 (S. 382). Der amerikanische UCC schreibt in § 2-610(a) vor, daß im Falle von anticipatory repudiation die betroffene Partei nur »for a commercially reasonable time« Erfüllung seitens der repudiating party erwarten darf.

⁶⁶ *Dölle(-Leser)* Art. 76 EKG Rz. 29.

⁶⁷ *Dölle(-Leser)* Art. 76 EKG Rz. 29–31; *Hager* 222f.; *J. S. Ziegel*, The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention – Some Common Law Perspectives, in: *International Sales, The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, hrsg. von *N. M. Galston/H. Smit* (New York, N. Y., 1984) 9–36, wirft die Frage für das UN-Kaufrecht auf, beantwortet sie aber nicht.

Die zeitliche Einschränkung des Aufhebungsrechts bei drohender Vertragsverletzung überzeugt nicht. Sowohl die angebliche Spekulationsmöglichkeit durch Hinauszögern der Aufhebung als auch der Einwand der Schadensminderungspflicht betreffen allein die Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung und sind hierbei zu berücksichtigen. Wenn die aufhebungsberechtigte Partei die Aufhebung hinauszögert, so muß eben bei Berechnung des Schadensersatzes dafür gesorgt werden, daß sie hierdurch keine unbilligen Vorteile erlangt. Das Recht der vertragstreuen Partei, am Vertrag festzuhalten, wird hierdurch aber nicht berührt. Solange sie am Vertrag festhält, kommt auch keine »Schadensminderung« in Betracht, wohl aber die Anrechnung von Vorteilen, welche das Festhalten am Vertrag trotz Verweigerung des Partners mit sich bringt. Das soll später gesondert untersucht werden (unten II 4).

(3) Eine andere Frage ist, ob die Partei, welche die Erfüllung des Vertrages verweigert, die Ausübung des Aufhebungsrechtes seitens der anderen Partei durch Widerruf der Weigerung verhindern kann.

Im amerikanischen Recht wird ein solcher Widerruf im allgemeinen gestattet, solange die vertragstreue Partei nicht im Vertrauen auf die Vertragsaufsage der anderen Partei einen »change of position« vorgenommen hat⁶⁸. Soweit das deutsche Schrifttum auf die Frage eingeht, wird der Widerruf schlechthin bis zu dem Zeitpunkt gestattet, in dem die vertragstreue Partei dem Verweigerer gegenüber den Erfüllungsanspruch fallengelassen hat und zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung übergegangen ist⁶⁹. Günther Hager gibt als Begründung an, daß der Vertrag noch in Kraft sei. Für den Verkäufer ergebe sich die wichtige Konsequenz, daß er nach deutschem Recht einen vorzeitigen Deckungsverkauf erst dann risikolos vornehmen dürfe, wenn er zuvor auf Schadensersatz übergegangen sei⁷⁰.

Dieser Auffassung ist jedenfalls für das Einheitliche Kaufrecht zu widersprechen. Nach einer ernstlichen und endgültigen Erfüllungsverweigerung des Käufers ist der Verkäufer, wie dargelegt – oben 2b (2) –, ohne weiteres zum Deckungsverkauf berechtigt. Eben deswegen ist der Widerruf einer Erfüllungsverweigerung jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der Verkäufer inzwischen einen Deckungsverkauf vorgenommen hat oder auf andere Weise vom Vertrag tatsächlich abgerückt ist. Im übrigen hat auch die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung entgegen Hager inzwischen für das

⁶⁸ Restatement Contracts 2d § 256 (1981); *Corbin* § 980 (S. 931).

⁶⁹ *Hager* 172, 176; ferner *Blomeyer* (oben N. 11) 163; RG 7. 3. 1933, HRR 1933 Nr. 1411: Habe sich der eine Teil nicht vom ganzen Vertrag, sondern nur von einer bestimmten Verpflichtung losgesagt, so sei es ihm unbenommen, zur Vertragstreue zurückzukehren, solange als nicht der andere Teil aus der Lossagung Rechtsfolgen gezogen habe, sei es durch Rücktritt vom Vertrag, sei es durch die Forderung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

⁷⁰ *Hager* 176.

deutsche Recht überzeugend entschieden, daß der Verkäufer nach Erfüllungsverweigerung des Käufers die verkaufte Sache alsbald anderweit veräußern darf⁷¹. Dadurch werde der Anspruch des Verkäufers auf Ersatz des Erfüllungsinteresses nicht berührt. Wolle man in einem solchen Fall den Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur deshalb versagen, weil der Verkäufer die – wirtschaftlich vernünftigen – Konsequenzen aus dem Verhalten des Käufers gezogen und die Sache ohne vorherige Mitteilung des Schadensersatzverlangens weiterverkauft habe, so laufe das auf eine »bloße Förmlichkeit hinaus, die mit der bei Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben vorzunehmenden Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht vereinbar wäre«⁷². Allerdings gibt der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung auch zu bedenken, daß der Verkäufer ein gewisses Risiko eingehe, wenn er die Sache vor der Erklärung, Schadensersatz zu verlangen, an einen Dritten veräußere. Der Verkäufer müsse nämlich damit rechnen, daß der Käufer auf die bis dahin aufrechterhaltene Erfüllungsforderung des Verkäufers doch noch eingehe. Es brauche aber im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden, ob der Verkäufer dann gehindert sei, zum Schadensersatz überzugehen. Dem Bundesgerichtshof ist entgegenzuhalten, daß es das Risiko des sich unberechtigt vom Verträge lossagenden Käufers ist, ob er mit dem Widerruf seiner »repudiation« zu spät kommt. Der Käufer muß darauf gefaßt sein, daß der Verkäufer sich auf die mit der Erfüllungsverweigerung geschaffene Lage inzwischen eingestellt hat und vom Vertrag abgegangen ist.

d) Schadensersatz wegen Nichterfüllung

Unter Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist das Recht einer Vertragspartei zu verstehen, ihr Interesse an der Durchführung des Vertrages in Geld zu liquidieren.

(1) Solange die vertragstreue Partei beim Verträge stehenbleibt, kann sie Schadensersatz von der die Erfüllung verweigernden Partei nur für den nach Fälligkeit eintretenden Verzögerungsschaden verlangen.

Es ist auch ausgeschlossen, daß die vertragstreue Partei einerseits an der Erbringung der eigenen Leistung festhält, andererseits aber Ersatz für ihr Interesse allein an der Leistung der die Erfüllung verweigernden Partei geltend macht⁷³. Das liefe auf eine Mischung von Aufrechterhaltung und Liquidation des Vertrages hinaus, die dem Einheitlichen Kaufrecht fremd ist. Dieses geht davon aus, daß das Interesse an der Erfüllung des gesamten

⁷¹ BGH 1. 12. 1976, LM § 326 (C) BGB Nr. 5 = JZ 1977, 129, in Abweichung von RG 17. 12. 1924, JW 1925, 606; BGH 18. 12. 1985 (oben N. 8) 843.

⁷² BGH 1. 12. 1976, LM (vorige Note) Bl. 491.

⁷³ So aber die in der deutschen Rechtsprechung und Lehre vertretene sog. abgeschwächte Differenztheorie beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung; *K. Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts¹⁴ I: Allgemeiner Teil (1987) 341 f.

Vertrages grundsätzlich nur durch einen einseitigen Schadensersatzanspruch nach Vertragsaufhebung gefordert werden kann. Nur so ist es zu erklären, daß das Einheitliche Kaufrecht besondere Vorschriften über den Schadensersatz bei Aufhebung des Vertrages aufstellt⁷⁴, bei denen offensichtlich der Schwerpunkt der schadensrechtlichen Regelung liegt. Schadensersatz wegen Nichterfüllung setzt demnach grundsätzlich die Aufhebung des Vertrages voraus. Ihr muß allerdings, wie dargelegt, gleichstehen, daß beide Parteien aus anderen Gründen ihr Recht auf Erfüllung des Vertrages verloren haben.

(2) Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann konkret nach Maßgabe des bei einem Deckungsgeschäft erzielten Preises berechnet werden⁷⁵. In Fällen der Erfüllungsverweigerung paßt der Wortlaut der einschlägigen Vorschrift des UN-Kaufrechts über die konkrete Schadensberechnung nicht recht. Der Art. 75 UN-WKG verlangt nämlich, daß das Deckungsgeschäft »innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Aufhebung« vorgenommen wird. Dabei geht das Gesetz davon aus, daß erst nach Aufhebung des Vertrages ein Deckungsgeschäft statthaft ist. Bei ernstlicher und endgültiger Erfüllungsverweigerung ist jedoch ein Deckungsgeschäft schon vor Aufhebung des Vertrages unmittelbar aufgrund der Erfüllungsverweigerung der anderen Partei zulässig und oft angezeigt. Man muß deshalb Art. 75 UN-WKG vernünftigerweise so interpretieren, daß das Deckungsgeschäft innerhalb eines angemessenen Zeitraums vorgenommen sein muß, nachdem es zulässig geworden ist, in den hier in Betracht kommenden Fällen also gerechnet von der Erfüllungsverweigerung der anderen Partei an.

Versäumt es die vertragstreue Partei, rechtzeitig ein angemessenes Deckungsgeschäft vorzunehmen, dann ist der Ersatz des konkreten Schadens insoweit ausgeschlossen, als er durch rechtzeitige Deckung hätte vermieden werden können. Insoweit ist der Schaden als »avoidable loss« nicht ersatzfähig⁷⁶. Dieser Bewertung steht nicht entgegen, daß die vertragstreue Partei, solange sie am Vertrag festhält, das Deckungsgeschäft nicht vornehmen konnte, ohne ihr Recht auf Erfüllung zu verlieren. Geht nämlich die vertragstreue Partei zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung über, was ihre freie Entscheidung ist, so muß sie es sich auch gefallen lassen, daß ihr gesamtes Verhalten nach Eintritt der Leistungsstörung auf der Grundlage dieses Schadensersatzverlangens gewürdigt wird⁷⁷.

⁷⁴ Artt. 84–87 EKG, Artt. 75, 76 UN-WKG.

⁷⁵ Artt. 84, 85 EKG, Art. 75 UN-WKG.

⁷⁶ Art. 88 EKG, Art. 77 UN-WKG; dazu *Stoll* (oben N. 43) 268 f.

⁷⁷ Ebenso im Ergebnis *Hager* 222; anderer Ansicht *Dölle(-v. Caemmerer)* Art. 61 EKG Rz. 10.

(3) Die ersatzberechtigte Partei kann ihren durch Nichterfüllung entstehenden Schaden auch abstrakt berechnen, sofern die Ware einen Marktpreis hat⁷⁸. Bei dieser Form der Vertragsliquidation ist der Zeitpunkt, in welchem der Vertragspreis mit dem Marktpreis zu vergleichen ist, von entscheidender Bedeutung. Das Haager Kaufrecht und grundsätzlich auch das UN-Kaufrecht⁷⁹ verweisen hierbei auf den Zeitpunkt der Aufhebung des Vertrages, obwohl noch der UNCITRAL-Entwurf von 1978 den Zeitpunkt, an dem die ersatzberechtigte Partei zuerst die Aufhebung des Vertrages hätte erklären können, als Stichtag festlegen wollte⁸⁰.

Der Zeitpunkt der Vertragsaufhebung leuchtet als maßgebender Stichtag nicht recht ein, wenn der Vertrag wegen Erfüllungsverweigerung vorzeitig, d. h. vor Fälligkeit aufgehoben wird⁸¹. In den Entwürfen zum Haager Kaufrecht war deshalb eine besondere Berechnungsregel für diesen Fall der Leistungsstörung vorgesehen, wonach es hier bei der abstrakten Schadensberechnung in erster Linie auf den vereinbarten Leistungstermin ankommen sollte⁸². Diese Sondervorschrift ist jedoch schon auf der Haager Konferenz von 1964 preisgegeben worden, so daß sowohl im Haager Kaufrecht als auch im UN-Kaufrecht eine Sondernorm fehlt und somit auch bei vorzeitiger Aufhebung des Vertrages die Erklärung der Aufhebung maßgebender Zeitpunkt für die abstrakte Schadensberechnung ist. Leser möchte die damit vorgezeichnete Lösung in der Weise korrigieren, daß er den Marktpreis bei Vertragsaufhebung unter Berücksichtigung des späteren Leistungstermins bestimmt wissen will⁸³. Abgesehen davon, daß diese Berechnungsmethode in den meisten Fällen schwer erträgliche Rechenoperationen erfordert, ist sie auch der Sache nach nicht angemessen. Die Aufhebung des Vertrages gibt der ersatzberechtigten Partei sofortige Dispositionsfreiheit. Der ersatzberechtigte Verkäufer etwa, der wegen Erfüllungsverweigerung des Käufers den Vertrag vorzeitig aufgehoben hat, kann die Ware sofort veräußern und braucht damit nicht bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Lieferpflicht zu warten, der ersatzberechtigte Käufer kann sich sofort Ersatzware am Markt beschaffen. Es ist deshalb auch bei vorzeitiger Vertragsaufhebung wegen

⁷⁸ Artt. 84, 86 EKG, Art. 76 UN-WKG.

⁷⁹ Art. 84 EKG, Art. 76 UN-WKG.

⁸⁰ Hierzu näher *Schlechtriem* (oben N. 5) 91 f.

⁸¹ Zu den hier auftretenden Schwierigkeiten eingehend *Hager* 219–223. Der Fall des tatsächlichen Abgehens vom Vertrag kommt hier im allgemeinen nicht in Betracht, weil das tatsächliche Abgehen fast immer durch Vornahme eines Deckungsgeschäftes erfolgt. Es geht dann aber die konkrete Schadensberechnung der abstrakten Schadensberechnung vor; siehe Art. 76 UN-WKG, wonach eine abstrakte Schadensberechnung nur statthaft ist, wenn die Schadensersatz verlangende Partei »keinen Deckungskauf nach Art. 75 vorgenommen hat«; hierzu auch *Schlechtriem* (oben N. 5) 91.

⁸² Art. 100 des Entwurfes von 1956 und Art. 100 des Entwurfes von 1963, abgedr. in: *Mertens/Rehbinder* Anh. 1 (S. 386 f.); *Hager* 220 f.

⁸³ *Dölle(-Leser)* Art. 77 EKG Rz. 10–12.

Erfüllungsverweigerung grundsätzlich davon auszugehen, daß die abstrakte Schadensberechnung nach der Preisdifferenz im Zeitpunkt der Aufhebung vorzunehmen ist, wie das dem Gesetzeswortlaut entspricht.

Korrekturen sind nur unter den folgenden Gesichtspunkten erwägenswert: Einmal mag es vorkommen, daß die aufhebungsberechtigte Partei mit der Erklärung der Aufhebung zuwartet, weil der Marktpreis sich in einer Weise verändert, die das Differenzinteresse jener Partei erhöht. Es fallen etwa die Preise, nachdem der Käufer ernstlich und endgültig die Abnahme der Ware und die Zahlung des Kaufpreises abgelehnt hat; hier ist zum Schutze des Käufers anzunehmen, daß der Verkäufer alsbald nach der Erfüllungsverweigerung des Käufers, soweit es die Umstände angezeigt erscheinen lassen, zur Schadensminderung einen Deckungsverkauf in angemessener Form vorzunehmen hat⁸⁴. Der Schaden wird dann nach Maßgabe dieses hypothetischen Deckungsverkaufes berechnet.

Sodann ist es denkbar, daß nach der Erfüllungsverweigerung einer Partei der Marktpreis sich in einem dieser Partei günstigen Sinne verändert. Nach der Erfüllungsverweigerung des Käufers beginnen etwa die Preise zu steigen. Der Verkäufer wird hier aus eigenem Interesse darauf bedacht sein, möglichst bald den Vertrag aufzuheben und zu liquidieren. Die Abrechnung des Schadens nach einem frühen, vor der Fälligkeit liegenden Zeitpunkt mag hier einen Vorteil für den Verkäufer bedeuten. Es ist aber nicht unangemessen, wenn der Verkäufer diesen Vorteil für sich in Anspruch nehmen darf, ohne ihn dem Käufer gutzubringen. Der die Erfüllung verweigernde Käufer muß damit rechnen, daß der Verkäufer alsbald den Vertrag nach den gegenwärtigen Preisverhältnissen liquidieren wird. Damit ist für den Verkäufer stets auch ein gewisses Risiko verbunden, weil niemand genau weiß, welcher Partei die vorzeitige Abrechnung letztlich zum Vorteil gereicht. Andererseits liegt ein sicherer, von vornherein kalkulierbarer Vorteil darin, daß der Verkäufer schon vor Fälligkeit der Kaufpreisschuld Zahlung erlangt. Dieser Vorteil ist durch Abzinsung des Schadensersatzbetrages auszugleichen.

4. Vorteilsausgleichung und Entlastungspflicht des Gläubigers bei Festhalten am Vertrag

Besonderer Betrachtung bedarf die noch ungelöste Frage, inwiefern eine die Erfüllung verweigernde Partei dagegen geschützt werden kann, daß die andere Partei mit kostenträchtigen Maßnahmen zur Vorbereitung und Durchführung des Vertrages fortfährt.

⁸⁴ Das setzt freilich voraus, daß der Verkäufer über die Ware bereits verfügen kann. Ist das nicht der Fall, kommt eventuell ein Terminverkauf in Betracht; *Hager* 222.

a) Erfüllungsanspruch und Entlastungspflicht

Während der Kaufrechtstagung der Vereinten Nationen in Wien hatte der amerikanische Delegierte Honnold vorgeschlagen, eine Schuldnerentlastung wegen Versäumung der Schadensminderungspflicht des Gläubigers nicht nur im Rahmen des Schadensersatzes, sondern sinngemäß auch bei anderen Rechtsbehelfen des Gläubigers vorzusehen. Es wurde beantragt, die Bestimmung des UN-Kaufrechts über das Recht des Schuldners, Herabsetzung des Schadensersatzes wegen versäumter Schadensminderung zu verlangen (Art. 77), wie folgt zu ergänzen: »... may claim a reduction in damages ... or a corresponding modification or adjustment of any other remedy«⁸⁵. Der Ergänzungsantrag wurde jedoch abgelehnt⁸⁶. Gedacht war hauptsächlich an die Entlastung des Käufers, der die Erfüllung eines Werklieferungsvertrages vor Herstellung der Sache ablehnt, dennoch aber vom Verkäufer am Vertrag festgehalten wird. Honnold bildete das Beispiel, daß der Verkäufer auf der Herstellung einer für den Besteller nutzlosen Sache beharrt, nur um den Käufer zur Zahlung des vereinbarten Preises gegen Abnahme des Werkes zwingen zu können⁸⁷. Kann in diesem Fall der Einwand, der Verkäufer habe seine Schadensminderungspflicht verletzt, auch dem Erfüllungsanspruch des Verkäufers entgegengehalten werden, wenn dieser am Vertrag festhält und deshalb die Regeln des Schadensersatzes gar nicht zur Anwendung kommen?

b) Das Herstellungsrecht beim Werklieferungsvertrag als Problem

Das eigentliche Problem liegt hier darin, ob bei einem Werklieferungsvertrag aus dem Erfüllungsanspruch des Verkäufers auch das Recht folgt, die Sache selbst gegen den Widerspruch des Käufers herzustellen.

In den kontinentalen Rechten ist diese Frage im allgemeinen in der Weise gelöst, daß dem Besteller ein gesetzliches Kündigungs- oder Rücktrittsrecht eingeräumt wird, jedenfalls bei Herstellung einer nicht vertretbaren Sache⁸⁸. Der dem Hersteller bei vorzeitiger Vertragsbeendigung verbleibende Anspruch ist hierbei verschieden ausgestaltet, teils als Erfüllungsanspruch be-

⁸⁵ Report of the First Committee [Proposals, Reports and Other Documents] United States, UN-Dok. A/CONF. 97/C.1/L.228, in: Official Records (oben N. 42) 82–141 (133), und dazu die Aussprache auf der 30. Sitzung der ersten Kommission am 31. 3. 1980; Summary Records of Meetings of the First Committee, 30th Meeting, UN-Dok. A/CONF. 97/C.1/SR.30, ebd. 396–398.

⁸⁶ Summary Records of ... 30th Meeting (vorige Note) 398.

⁸⁷ Summary Records of ... 30th Meeting (oben N. 85) 396; J. O. Honnold, Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention (Deventer 1982) 420f.

⁸⁸ Siehe §§ 651 I 2, 649 BGB; Art. 377 OR; § 1168 I ABGB; Art. 1794 franz. C. c.; Art. 1671 ital. C. c.

züglich des vereinbarten Entgelts⁸⁹, teils als Entschädigungsanspruch⁹⁰. In der amerikanischen Rechtsprechung wird ein entsprechendes Ergebnis dadurch erreicht, daß der Verkäufer unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderung als verpflichtet angesehen wird, nach einer »repudiation« des Vertrages durch den Käufer die Produktion einzustellen⁹¹. In England ist die Frage sehr kontrovers⁹², wobei eine Rolle spielt, daß in dem leading case⁹³ – er betrifft einen reinen Werkvertrag, keine Werklieferung – über eine Klage auf Zahlung des vereinbarten Entgelts zu entscheiden war, also über einen Erfüllungsanspruch, nicht aber einen Schadensersatzanspruch wie meist in der amerikanischen Rechtsprechung⁹⁴.

Für das Einheitliche Kaufrecht, dem auch Werklieferungsverträge unterfallen können⁹⁵, muß die von dem amerikanischen Delegierten aufgeworfene Frage mangels einer besonderen Vorschrift nach den allgemeinen Grundsätzen des Einheitlichen Kaufrechts gelöst werden⁹⁶. Aufgrund der Vorschriften über die Ansprüche des Verkäufers ist anzunehmen, daß der Verkäufer zwar einen Anspruch auf Abnahme und Bezahlung der hergestellten Kaufsache hat⁹⁷, mangels besonderer Vereinbarung aber keinen Anspruch auf Herstellung der Sache ungeachtet der Bezahlung. Das bedeutet, daß der Verkäufer die Herstellung gegen den Widerspruch des Käufers zu unterlassen hat,

⁸⁹ So §§ 651 I 2, 649 BGB; § 1168 I ABGB. Nach Art. 377 OR kann der Besteller gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten. Im Schrifttum und in der Rechtsprechung wird bei der Berechnung der Entschädigung teilweise eine sog. Abzugsmethode zugelassen, wonach von der vereinbarten vollen Vergütung die ersparten Aufwendungen sowie der anderweitig erzielte oder mögliche Erwerb abzuziehen sind; Berner Kommentar(-Gautschi), Obligationenrecht² VI/2, 3. Teilband: Der Werkvertrag (1967) Art. 377 OR Rz. 15b; BG 27. 10. 1970, BGE 96 II 192 (der Richter könne über die Berechnungsart nach den Umständen entscheiden). Diese Berechnungsart läuft natürlich auf dasselbe hinaus wie die grundsätzliche Belassung des Erfüllungsanspruchs.

⁹⁰ Einen solchen Anspruch gewähren Art. 1794 franz. C. c. und Art. 1671 ital. C. c.

⁹¹ *Corbin* § 983 (S. 945–949); *Farnsworth* (oben N. 12) § 12.12 (S. 858–861); *Williston* § 1301 (S. 80–83), § 1334 (S. 179); *Restatement Contracts 2d* § 350 (1981), Comment (b); *UCC* § 2–704(2).

⁹² *Cheshire/Fifoot/Furmston* 601–603; *A. L. Goodhart*, Measure of Damages when a Contract is Repudiated: *L. Q. Rev.* 78 (1962) 263–270; *Nienaber* (oben N. 13); *Treitel* 760–764.

⁹³ *White and Carter (Councils) Ltd. v. McGregor*, [1962] A. C. 413.

⁹⁴ Siehe die Nachweise oben N. 91, ferner *Hager* 86–89.

⁹⁵ Art. 6 EKG, Art. 3 UN-WKG.

⁹⁶ In meinem Freiburger Vortrag (*Stoll* [oben N. 43] 269f.) habe ich insoweit eine Regelungslücke im Einheitlichen Kaufrecht angenommen, die durch ergänzendes Landesrecht zu schließen sei. Vorzuziehen ist jedoch eine Ergänzung nach den allgemeinen Grundsätzen des Einheitlichen Kaufrechts (Art. 17 EKG, Art. 7 II UN-WKG), und nach weiterer Überlegung glaube ich, daß eine solche »Einheitslösung« entwickelt werden kann; vgl. zu der ganzen Frage auch *Bianca/Bonell(-Knapp)* Art. 77 UN-WKG Bem. 3.4–13; *Honnold* (oben N. 87) 420f.; *Schlechtriem* (oben N. 5) 92f.

⁹⁷ Art. 56 EKG, Art. 53 UN-WKG.

sofern er Bezahlung erhält⁹⁸. Der Zahlungsanspruch des Verkäufers bleibt aber bei Ablehnung des Vertrages durch den Käufer grundsätzlich unberührt, solange der Verkäufer seinerseits am Vertrag festhält.

c) Vorteilsausgleichung bei unvollständiger Vertragsdurchführung

Immerhin hat der Widerspruch des Käufers gegen die Herstellung für ihn mittelbar einen Entlastungseffekt. Der Verkäufer muß sich nämlich alle Vorteile anrechnen lassen, die er durch das Unterbleiben der Herstellung erlangt. Er kann nicht verlangen, durch die Zahlung des Entgelts bessergestellt zu werden, als er bei vollständiger Durchführung des Vertrages stehen würde. Derselbe Grundgedanke der Vorteilsausgleichung beim Festhalten an Vertragsrechten trotz mangelnder Durchführung des Vertrages liegt auch zahlreichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugrunde⁹⁹. Den tatsächlich erlangten Vorteilen stehen mögliche Vorteile gleich, deren Herannahme dem Verkäufer im Interesse des Käufers zugemutet werden konnte, insbesondere durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft oder Kapazität. Das Bürgerliche Gesetzbuch berücksichtigt in vergleichbaren Fällen allerdings vielfach nur das »böswillige« Unterlassen einer solchen Verwertung¹⁰⁰, wohl deshalb, weil der Gläubiger grundsätzlich berechtigt sein soll, über die Verwendung seiner freiwerdenden Arbeitskraft und Kapazität nach Gutdünken zu entscheiden. Vorzuziehen ist jedoch, mindestens was das

⁹⁸ Die Konstruktion eines gesetzlichen Kündigungs- oder Rücktrittsrechtes des Käufers, wie es viele kontinentale Gesetze zum Zwecke der Klarstellung vorsehen (oben N. 88), ist nicht erforderlich.

⁹⁹ Außer § 649 Satz 2 BGB siehe insbesondere §§ 324 I 2, 552 Satz 2, 615 Satz 2, 651 II 3 BGB. Zu § 649 Satz 2 BGB siehe RG 27. 9. 1910, RGZ 74, 197 (199): »Der Unternehmer soll nicht mehr erhalten, als er gehabt haben würde, wenn er seinerseits die von ihm geschuldete Gegenleistung gewährt hätte. Ähnlich wie im Falle eines Schadensersatzanspruchs bei der sog. *compensatio lucri cum damno* stehen sich auch hier nicht zwei selbständige Ansprüche gegenüber...«; zu § 324 BGB ferner LG Frankfurt 19. 8. 1987, Betriebs-Berater 1987, 2399, wo bei Nichtausnutzung eines Rückflugscheines nach versäumtem Antritt des Fluges geradezu ein Bereicherungsanspruch des Passagiers (§ 812 BGB) angenommen wird.

Wie aber ist die Rechtslage, wenn der Käufer zwar eine Kündigung nach §§ 651 I 2, 649 BGB unterläßt, andererseits aber auch die zur Fertigstellung einer bestellten Anlage erforderliche Mitwirkung (z. B. Lieferung von Daten für eine Abrechnungsanlage) versagt? Der Bundesgerichtshof hat mit Recht entschieden, daß in einem solchen Fall der »repudiation« der Verkäufer beim Vertrag stehenbleiben und Erfüllung durch Vorauszahlung des Werklohnes fordern kann; BGH 16. 5. 1968, BGHZ 50, 157. Es fehlen aber Ausführungen darüber, inwiefern sich der Verkäufer irgendwelche Ersparnisse anrechnen lassen muß. Der Entscheidung ist auch nicht zu entnehmen, ob der beklagte Käufer insoweit Einwendungen erhoben hatte.

¹⁰⁰ Vgl. §§ 324 I 2, 615 Satz 2, 649 Satz 2 BGB. Dagegen wird in dem »modernerem« § 651 II 3 BGB, der dem § 649 Satz 2 BGB sachlich entspricht, für die Berücksichtigung eines Erwerbs durch anderweitige Verwendung der Reiseleistungen nur verlangt, daß der Reiseveranstalter einen solchen Erwerb hätte machen können.

Einheitliche Kaufrecht anlangt, die Anerkennung einer allgemeinen Obliegenheit des Verkäufers zu schuldnerentlastenden Maßnahmen im Rahmen des Zumutbaren. Insofern besteht tatsächlich eine Parallele zur Schadensminderungspflicht des zum Schadensersatz berechtigten Gläubigers; doch geht es, soweit der Verkäufer Erfüllung verlangt, um angemessene Vorteilsausgleichung.

Es ist schließlich zu erwägen, ob nicht das Festhalten des Verkäufers an einem Werklieferungsvertrag trotz Erfüllungsverweigerung des Käufers sinnlos und schikanös ist, wenn der Verkäufer doch nicht die Sache herstellen darf. Es scheint ja auch der Verkäufer durch seinen Schadensersatzanspruch voll gesichert zu sein, wenn er aufgrund der Erfüllungsverweigerung des Käufers vom Vertrag abgeht. Indessen hat der Erfüllungsanspruch des Verkäufers auch dann, wenn die Herstellung unterbleibt und die hierdurch erlangten Vorteile dem Käufer gutgebracht werden, durchaus seine Berechtigung. Der Verkäufer ist nämlich, wenn er Zahlung des Entgelts verlangt, nicht genötigt, einen Schaden nachzuweisen und zu diesem Zweck seine Kalkulation offenzulegen. Es ist vielmehr Sache des Käufers, darzutun und notfalls nachzuweisen, daß der Verkäufer durch das Unterlassen der Herstellung einen Vorteil erlangt hat oder hätte erlangen können¹⁰¹. Auch werden mit dem vom Käufer zu leistenden Entgelt solche Nachteile des nicht ausgeführten Geschäftes abgegolten, die einem Schadensnachweis nur schwer zugänglich sind und deshalb bei einer Schadensersatzforderung des Verkäufers unberücksichtigt blieben. Der aufrechterhaltene Anspruch auf das Entgelt hat geradezu eine Entschädigungsfunktion, was wiederum die Austauschbarkeit der Konstruktionen und die Parallele zur Schadensminderungspflicht des Gläubigers verständlich macht.

III. Schlußbemerkung

Auslegung und Fortbildung des Einheitlichen Kaufrechts erfordern, seiner durch Rechtsvergleichung gewonnenen Grundlage entsprechend, eine rechtsvergleichende Sicht¹⁰². Bei allen Arbeiten zum Einheitlichen Kaufrecht sollte deshalb von rechtsvergleichenden Grundüberlegungen ausgegangen werden. Dieser Ansatz fördert zugleich die Erkenntnis des heimischen Rechts, indem der Blick für den Kern der schuldrechtlichen Probleme geöffnet wird. Die vorstehende Untersuchung möge in diesem Sinne geeignet

¹⁰¹ So – entsprechend zu § 649 Satz 2 BGB – die deutsche Rechtsprechung: RG 27. 9. 1910 (oben N. 99); BGH 24. 4. 1986, NJW-RR 1986, 1026.

¹⁰² Vgl. Art. 7 I UN-WKG:

Bei der Auslegung dieses Übereinkommens sind sein internationaler Charakter und die Notwendigkeit zu berücksichtigen, seine einheitliche Anwendung und die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel zu fördern.

sein, in einem bestimmten Bereich des Rechts der Leistungsstörungen zum besseren Verständnis des Einheitlichen Kaufrechts und damit auch des internen Schuldrechts beizutragen.

Summary

LIABILITY FOR REPUDIATION OF CONTRACT UNDER UNIFORM SALES LAW

1. The author begins with a comparative study of German, English and American law, which makes clear that repudiation of a contract is a special form of breach of contract. Difficulties arise in contracts imposing mutual obligations that have not been completely performed; this occurs mainly in cases of anticipatory repudiation. According to the author, this special form of breach of contract is mainly characterized by a declaration of the party in breach to the other party that he no longer intends to adhere to the contract. If this is set forth with the necessary emphasis, the party in breach is bound by his declaration. Such a repudiation makes the contract worthless for the other party with the result that he can no longer be expected to adhere to it (supra, I).

2. The author then examines repudiation under the Hague Uniform Sales Law and especially under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (supra, II).

In Uniform Sales Law generally, repudiation amounts to a fundamental breach of contract if the party in breach intentionally breaks with the entire contract or with material obligations. Cases where a party without justification puts forward defences, or demands to have the contract modified or renegotiated, require, in the opinion of the author, similar treatment, if the actual position of the other party is thereby affected to such an extent that he no longer can be expected to adhere to the contract. The author would not treat the case of repudiation the same way as the case where performance is jeopardized by objective circumstances. Although in both instances the creditor may avoid the contract, the other consequences, especially the right to claim damages, are dissimilar. In the case of repudiation, the creditor concerned can claim damages even before performance is due. When performance is jeopardized by objective circumstances, however, damages may generally not be claimed before this date (supra, II 1 and 2).

According to the author, the primary consequence of repudiation is that the party in breach loses the right to require performance. Without having to »accept« the repudiation, the other party may now depart from the contract, but in doing so he also loses the right to require performance. The aggrieved party may also require performance or declare the contract avoided. Uniform Sales Law does not fix a period of time during which the aggrieved party must make this decision. Should he adhere to the contract for a long period of times, his claim for damages after having avoided the contract may be met with the argument that he should have arranged for a reasonable substitute

transaction. The aggrieved party has the right – and depending on the circumstances also the duty – to conclude such a transaction. The party in breach may revoke his repudiation only as long as the other party has not avoided the contract or departed from it in some other way (supra, II 3 a–c).

When the contract is avoided, damages may be based on the cost of a substitute transaction, even if this was concluded before the contract was avoided. Damages may also be measured by the difference between the price fixed by the contract and the market price, if there is such a current price for the goods. In this case, the comparable price is the current price at the time of avoidance, even if the contract was avoided before performance was due (supra, II 3 d).

The author finally discusses the problem whether the duty to mitigate damages can be used as a defence against a claim for performance. This concerns contracts for goods to be produced by the seller where the buyer repudiates before the seller has started or finished the production. The author perceives this as a case of compensation for benefits accrued due to incomplete performance of the contract. As long as payment of the contracted price is ensured, the seller has no right to produce the goods in spite of the buyer's opposition. In the opinion of the author, according to Uniform Sales Law, compensation for such benefits – as similarly provided for by German law in various cases – must occur if the seller has derived a benefit by not producing the goods or could have done so by taking reasonable measures (supra, II 4).