Sonderdruck aus:

Festschrift für

KLAUS J. HOPT

zum 70. Geburtstag

am 24. August 2010

Unternehmen, Markt und Verantwortung

Band 1

herausgegeben von

Stefan Grundmann  Brigitte Haar  Hanno Merkt
Peter O. Mülbert  Marina Wellenhofer
sowie
Harald Baum  Jan von Hein  Thomas von Hippel
Katharina Pistor  Markus Roth  Heike Schweitzer

Nicht im Buchhandel erhältlich

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

Yeşil M. Atamer

A. Eckpfeiler des Leistungsstörungsrechts des vereinheitlichten Vertragsrechts

1. Einheitlicher Vertragsverletzungstatbestand

Eine der Grundsatzentscheidungen der Rechtsvereinigungsentwicklungsprojekte im Vertragsrechts 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 Vertragsabschlusses bestand oder erst später aufgetreten ist. Jede Abweichung von dem vertraglichen Pflichtenprogramm, be-


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

---


5 Vgl. MÜLLER-Chen in Schlichter/Schweizer, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht (5. Aufl. 2008), Art. 45 CISG Rn. 3; B. Huber in Münchener Kommentar zum Gbg, (5. Aufl., 2008), Art. 45 CISG Rn. 4.


7 Schmidt-Kessel Schadensersatz wegen Vertragsbruchs im System der Rechtsbehelfe, in Remark (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 88 (89); Schweizer (Fn. 6) S. 37 (38).

8 Stormer (Fn. 2) S. 11 (26-27).

9 Schweizer (Fn. 6) S. 37 (51).


11 Ein anderer wichtiger Vorzug eines einheitlichen Vertragsverletzungstatbestandes ist, dass er die Gefahr ausschließt, verschiedene Leistungssicherungsarten anzuregelte zulassen, und somit wichtige Sicherheiten und Vorsorgepflichten dient. Weder positive Vertragsverletzung noch anzipizierte Vertragsbruch bleiben ausgeschlossen - Rechtsinstanzen, die sonst nur durch Weiterentwicklung das Leistungssicherungsrechts durch Rechtsprechung und Lehre in die Gesetze hineingeraten werden konnten, können ohne weiteres unter diesen Generaltatbestand subsumiert werden.

---

2. Abstandnahme vom Verschuldensprinzip

Ein weiter gehender 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 Nichteinreichung, obr entschuldigt oder nicht, unter diesen Begriff

---


13 Grundmann (Fn. 6) S. 595.


Erfolgs abzuleiten (\textit{obligation de resultat}), eine weitgehende Übereinstimmung in den Ergebnissen der Rechtskreise festzustellen ist.\footnote{Zweigert/Kötz (Fn. 10) S. 512-513; Brunner (Fn. 14) S. 68-69.}

Demnach lässt sich die Entscheidung der Regelwerke, prinzipiell eine versuchensunabhängige Haftung für Nichterfüllung einzuführen, durch rechtsvergleichende Studien untermauern und reflektiert ein Einverständnis, das schon im Einheitlichen Kaufrecht von 1964 gegeben war\footnote{Schneider (Fn. 20) S. 295 ff.}; 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 vorläufiges Tätigen geschuldet wird.\footnote{Im englischen Recht gilt für Dienstleistungsverträge das Prinzip, dass der Schuldner nur reasonable \textit{skill} schuldet und keine Garantiehaftung gegeben ist. Ausführlich dazu Schmidt-Kessel (Fn. 9) § 8.}

Die in allen Regelwerken vom Inhalt her sehr ähnliche Norm zur Entlastungsmöglichkeit des Schuldners kann in solcher Form in keiner Rechtsordnung wiedergefunen werden.\footnote{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 (31 ff.); Magonu (Fn. 3) S. 260 (266-267). Vgl. aber Art. 5.1.4 PICC, der immerhin „Pflichten zum Einsatzen aller Kräfte“ im Gegensatz zu „Pflichten einen bestimmten Erfolg zu erreichen“ im Sinne der Vertragshälfte allgemein definiert. Kritisch jedoch dazu Vogesauer in Vogesauer/Kleinstesperkamp (Fn. 18) Art. 5.1.4 PICC Rn. 4 ff.}

Die in allen Regelwerken vom Inhalt her sehr ähnliche Norm zur Entlastungsmöglichkeit des Schuldners kann in solcher Form in keiner Rechtsordnung wiedergefunen werden.\footnote{Art. IVC. C. – 2:105; 6:103; 7:104; 8:104 und Art. IVD. – 3:103 DCFR.}


Grenzen des Erfüllungsanspruchs in den Rechtsvereinheitlichungsprojekten

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 Schadenersatz. 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 hingewiesen\footnote{Schon der erste Satz im Kommentar zu Art. 8:108 PECL sagt aus, dass der Annullierte Falle berührt, so wie die Leistungserbringung unmöglich geworden ist“ (Komm. A (Fn. 13) S. 499); jede Form der spezifischen Erfüllung ist schon „\textit{per definitionem}“ unmöglich (Komm. D (Fn. 13) S. 461).}


3. Grundsätzliche Anerkennung eines Erfüllungsanspruchs

Wie sehr auch der Ansatz eines einheitlichen Vertragsverletzungsbegründes und der Garantiehaftung vom \textit{Common Law} beeinflusst wurde, bei der Konkretisierung der einzelnen Rechtsbehelfe sind die Regelwerke doch stärker dem \textit{Civil Law} verbunden geblieben. Dies ist unverkennbar daran zu erkennen, dass anders als im \textit{Common Law} der Gläubiger grundsätzlich auf Erfüllung beharren darf, sei es in Form des Naturalerfüllungsanspruchs bei ausbleibender Erfüllung oder in Form eines Anspruchs auf Abhilfe bei mangelhafter Leistung.\footnote{Vgl. 7.1-72; 7.2-6 S. 334 ff. in 7.1-103 DCFR.}

Der Erfüllungszwang ist im Vergleich zum Schadens-

Wieweit der Naturerfüllungsanspruch 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 werden, dass damit das angelsächsische Aktionensystem übernommen worden ist. 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 (rechtsergehten Hinweise in Anmerkung 1 zu Art. 9.101 PICC (Fn. 13) S. 328) und auch in den EU Verbraucherstreit- und Pfandschleiferiabkommen anerkannt ist, überzeugen die Entscheidung der Regelwerke (außer der PICC), diesen Rechtsbehelf vor die Klammer zu ziehen und allgemein zu regeln. Doch darf man die Funktion dieser Rechtsbehelfe in einem System der Garantieabwicklung nicht überschätzen.


Mach: Erfüllungsvertrag (1999), S. 95; Magnus (Fn. 3) S. 260 (270-271).


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


41 Vgl. dazu Müller-Chen in Schlechtriem/Schmitz (Fn. 5) Art. 28 CISG Rn. 1-2; Lando (Fn. 41) S. 503 (511).


43 Vgl. die schweizerische OR, die z.B. keine parallelen Norm zu § 241 BGB kennt und wo der Anspruch auf Erfüllung nur in dem Abschnitt zu „Folgen der Nichteinhaltung“ zusammen mit den anderen Rechtsbehelfen vorkommt. Er wird aber allgemein anerkannt, dass die Klagebelgutacht eine materiellrechtliche Eigenschaft ist und der Anspruch auf Erfüllung sich aus Art. 97 Abs. 1, Art. 98, Abs. 1 und Art. 107 Abs. 2 OR ableiten lässt, vgl. Schmidt Vertragsrecht und Reallverpflichtung, in FS Gauck (2004), S. 589 (591); Schmitz (Fn. 10) Rn. 61.01 ff; Bucher Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1988) S. 328.

44 Magnus (Fn. 3) S. 260 (271).

45 Schanzer (Fn. 1) S. 627 (634 ff).
die für den primären Erfüllungsanspruch gegeben sind, gelten auch für den Nacherfüllungsanspruch. 32


B. Grenzen des Erfüllungsanspruchs

1. Übersicht


32 Kommentar zu Art. 9:102 PECL (Fn. 13) S. 478 und Comment C zu Art. III. – 3:302 DCFR (Fn. 13) S. 830.
34 Die Berechtigten in Bezug auf das Vorhandensein einer solchen Ausnahme liegt bei der nichterfüllenden Partei, vgl. z.B. für die PICC Schöbel/Hand in Vogenauer/Kleinstieberkamp (Fn. 18) Art. 7:2:2 PICC, Rn. 16.
36 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: 37

„(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."


38 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 ausschließe; Schadensersatz zu verlangen."


In dieser Fnisschung ist das UN-Kaufrecht das einzige Regelwerk, das die vorzugsverständigere Einstellung hat. Art. 79(5) CISG unterstreicht nämlich, dass eine Entlastung des Schuldners den Erfüllungsanspruch nicht aus schließt. Das Problem mit der CISG Regelung ist aber, dass der Erfüllungsanspruch überhaupt keine Grenzen außer Art. 29 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).108 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.109 Abhilfe muss durch Lücken-
füllung in Art. 46/62 CISG erfolgen – beides Bestimmungen, die den Erfüllungsanspruch regeln.76

3. Grenzen des Erfüllungsanspruchs für Geldschulden


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.77 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.78 Da für die Regelwerke das Prinzip pacta sunt servanda gilt, ist dies prinzipiell möglich – soweit natürlich die Erfüllungsansprüche, ohne die Kooperation des Leistungsgläubigers ausgeführt werden können. In diesem Fall werden Art. 7:110 PECL und Art. III. – 2:111 DCFR über die Hinterlegung oder den Selbsthilfeverkauf Anwendung finden.79

Doch haben die Regelwerke auch hier wieder einen Kompromiss mit den common law Ordnungen gesucht und das Recht des Geldgläubigers auf Erfüllung zu bestehen, in bestimmten Situationen begrenzt.80 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 Kaufpreis und dem eigentümlichen Kaufpreis verlangen.81

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.82 Oder aber wenn der Verkäufer, der die Ware noch herstellen muss, mit der Produktion weiterschreitet, obwohl ihm der Käufer mitgeteilt hat, dass er sie nicht abnehmen wird.83 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.84


4. Grenzen des Erfüllungsanspruchs für nichts 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 denknotwendig nicht 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 Werten herein – 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.94 Untertitel (a) werden auch rechtliche Hindernisse subsumiert, die einer Erfüllung final im Wege stehen und auch durch ein Ausweichen auf Alternativverfüllungsmöglichkeiten nicht umgangen werden können.

Problematisch an diesen Bestimmungen ist die Wirkung der Unmöglichkeit auf die Leistungspflicht und den Vertrag.95 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

93 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.
94 Scheibel in Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 18) Art. 7:2.2 PICC Fn. 23.
95 Dazu rechtsgleichend Laimer Durchführung und Rechtsfolgen der Vertragsauslösung bei notdürftigen Erfüllungsstörungen (2009), S. 43 ff.
96 Vgl. Laimer (Fn. 82) S. 53 ff.; kritisch auch Schmidt-Kessel (Fn. 7) S. 85 (90).
97 Vgl. aber Ditsch (Fn. 1) S. 169 ff.
98 Vgl. Haverbeck: Der Anspruch auf das stellvertretende commodum (2007), S. 328 ff.; Maulitz (Fn. 55) S. 530 (539).
99 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 beantwortet 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.\(^{17}\) Verhindert werden will eigentlich, dass das Bestehen auf einer Erfüllung an die Grenze der Schikane kommt.\(^{18}\) D.h. dass der 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 Inzistieren des Schuldners kein Rechtsmissbrauch. Die Erfüllungsanstrengungen, die der Schuldner zu unternehmen mit der Vereinbarung versprochen hat, dürften 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 Vertragsverfue zu vermeiden, sollte die Anwendung dieser Ausnahme nur auf krasse Fälle beschränkt bleiben.\(^{19}\) Anders als z.B. in § 275, Abs. 2 BGB bieten nämlich die Regelwerke auch andere Möglichkeiten an, den Erfüllungsanspruch zu verhindern. Insbesondere das Argument, dass 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. 611.1 PECL, Art. III. - 1-110 DCFR) erscheint unproblematisch: In diesen Fällen ist das Leistungsinteresse des Gläubigers mitgeteug, d.h. es wäre nicht schikanös auf Erfüllung zu bestehen.\(^{20}\) 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 wiederaum keine Voraussetzung ist.

---

\(^{17}\) Die Wertung entspricht der von § 275, Abs. 2 BGB, vgl. Loosschneider: Schuldsrechtmodernisierung, S. 25. Vgl. aber Lobinger (Fn. 43) S. 101 ff.; 119 ff. für Kritik an der Unter teilung von § 275 BGB und dem „Kriterienpluralismus“.

\(^{18}\) Vgl. Mark (Fn. 40) S. 100-102 („good faith“); Schellhas in Vogenauer/Kleinsieker, Art. 7.2.2 PICC Rn. 25 („good faith“); in Bezug auf die Anwendung von § 275, Abs. 2 BGB Maulszitz (Fn. 53) S. 530 (537); Schlechter/Schmidt-Kessel (Fn. 46) Rn. 480 (grobes Missverständnis); Umbach (Fn. 66) S. 279.

\(^{19}\) Maulszitz (Fn. 53) S. 530 (557).

\(^{20}\) Vgl. Schellhas in Vogenauer/Kleinsieker, Art. 7.2.2 PICC Rn. 30.

---

Grenzen des Erfüllungsanspruchs in den Rechtsvereinhaltungsprojekten

c. Persönlicher Charakter der Erfüllung

Die Erfüllung kann auch immer dann abgewandt werden, wenn sie die Erziehung 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. 9102(c) PECL, Art. III. - 3-302(c) DCFR) und übernehmen hiermit einen Denkansatz, der mehreren Rechtsordnungen gemein ist.\(^{20}\) Die zugrundeliegenden Begründungen sind verschieden: erstens spielen übergeordnete Erwägungen des Persönlichkeitsschutzes hierin; 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.


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
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. Viele Waren und Dienstleistungen sind inzwischen standardisiert und deswegen leicht ersetzbar. Bestehet man trotzdem darauf, dass der 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 voraussichtlich vereinbartem Preis, und eventuell weiterer Schäden verurteilen.19 Dieser Ansatz kommt aus dem Anglo-Amerikanischen Rechtsbereich („adequacy of damages“)19 und entspricht empirischen Studien, die zeigen, dass die Gläubiger ersetzbaren Güter auch im Civil Law Bereich nur selten einen Erfüllungsanspruch gegenüber einem Schadensersatzanspruch vorziehen und durchsetzen.19

19 Kommentar H zu Art. 9.102 PECL (Fn. 49); Kommentar C zu Art. 7.2.2 PICC (Fn. 14) S. 184. Vgl. zur Problematik, dass der Schadensersatzanspruch einer destabilisierung durch den Richter voraussetzt und diese von der Einschätzung des Werts der Leistung für den Gläubiger abhängt. Maizlish (Fn. 55) S. 590 (546 f.). Der Autor empfiehlt einen Schadensersatzanspruch nur dann dem Erfüllungsanspruch vorzuziehen, wenn die Beurteilung des Schadens keiner solchen Weitemittel bedarf, was bei am Markt verfügbaren Gütern der Fall sein wird.

19 Schelkan in Vognerau/ Kleinerheikamp (Fn. 18) Art. 7.2.2 PICC Rn. 40. Es muss darauf hingewiesen werden, dass im System der Regelwerke hier ein Schadensersatzanspruch nicht gegeben ist und keine Ersatzvormahne im Sinne von § 387 ZPO oder Art. 98, Abs. 1 schweiz. OR verbunden mit einem Aufwendungsersatz. Deswegen wäre der Schuldner entlassen, wenn der Nichteinhaltung ihm zugerechnet werden kann.

Vgl. Treitel in Chintay on Contracts (Fn. 33) Rn. 27-505; Earnestworth (Fn. 91) § 13.6 S. 475 ff.; Neufang (Fn. 40) § 125 ff.; Schwager (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. 4-07/4-08), 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 spezifische Performance zu klagen, hätte man wohl nur danach geschaut, ob die Ware (Tierfutter und Erdnuss) auch vernünftigerweise von woanders hätte beschaffen werden können.


Grenzen des Erfüllungsanspruches in den Rechtsvereinheitlichungsprojekten 23


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

Die letzte Möglichkeit, die der vertragsbrüchige Schuldner nutzen kann, um einen Erfüllungsanspruch abzulehnen, ist zu berücksichtigen, dass der Gläubiger nicht schnell genug reagiert hat. Gemäß Art. 7.2.2(c) PICC, Art. 9.102(3) PF CF; und Art. 3(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-

Ähnliche Bestimmungen sind im civil law Bereich nur für Handelsgeschäfte zu finden. 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 Fristseinhalte abhängig gemacht. Allenfalls der gute Glaube im internationalen Handel oder die Schadensminderungspflicht könnten hier eine Lösung anbieten.


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:


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 Ausschlussstarif 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 dauerhaft Leistungshindernisses sollte weglassen werden, da Rechtsunsicherheit entsteht.

Die Einführung eines Anspruchs auf die Herausgabe des stellvertretenden commodums in die Regelwerke sollte in Erwägung gezogen werden.