

Schriften zum Internationalen Recht

---

Band 204

# Erfüllungszwang im Kaufrecht

Geschichte – Vergleich – Vereinheitlichung

Von

**Bernhard Freund**



**Duncker & Humblot · Berlin**

BERNHARD FREUND

Erfüllungszwang im Kaufrecht

Schriften zum Internationalen Recht

Band 204

# Erfüllungszwang im Kaufrecht

Geschichte – Vergleich – Vereinheitlichung

Von

Bernhard Freund



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück  
hat diese Arbeit im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0720-7646  
ISBN 978-3-428-14475-4 (Print)  
ISBN 978-3-428-54475-2 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-84475-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Familie  
Joachim, Elke und Hans*



## Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Januar 2014 von der Juristischen Fakultät der Universität Osnabrück als Dissertation angenommen. Das Rektorat der Universität Bielefeld hat die Arbeit mit einem Abschlussstipendium gefördert. Das Manuskript wurde im Dezember 2010 geschlossen, Literatur ist bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt.

Meinem Doktorvater Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke schulde ich Dank für die spannende und lehrreiche Zeit, die ich als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl verbringen durfte, die thematische Anregung und die Erstellung des Erstgutachtens. Prof. Dr. Dr. h.c. Fryderyk Zoll danke ich für die Besorgung des Zweitgutachtens.

Bedanken möchte ich mich auch bei allen, die mir während der Anfertigung der Arbeit fachlich und menschlich zur Seite gestanden haben. Der erste Dank gebührt hier meinen Eltern Elke und Hans-Joachim Freund, die mich stets liebevoll unterstützt und gefördert haben.

Von Herzen danken möchte ich zudem meiner lieben Frau, Dr. Alice Freund, die mir nicht nur viele Denkanstöße gegeben und mühevollen Korrekturarbeiten übernommen hat, sondern meinem Leben auf wundervolle Weise einen Sinn verleiht.

Ein letzter Dank gilt meinen Freunden, insbesondere Dr. Jörn Eschment und Dr. Carsten Stölting, mit denen ich seit langen Jahren verbunden bin und die mir immer für fachliche Diskussionen bereit standen.

Hamburg, im Februar 2015

*Bernhard Freund*





# Inhaltsübersicht

<b>Einleitung</b>	35
A. Fragestellung .....	35
B. Gegenstand und Ziel der Untersuchung .....	38
C. Methodik und Gang der Untersuchung .....	40
 <i>Kapitel 1</i>	
<b>Geschichte</b>	43
A. Frühes Altertum .....	44
I. Altbabylonisches Recht .....	44
II. Altgriechisches Recht .....	47
B. Religiöse Rechtsordnungen .....	49
I. Judentum und jüdisches Recht .....	49
II. Christentum .....	53
III. Islam und Scharia .....	53
IV. Weitere Religionen .....	57
C. Entwicklung der kontinentaleuropäischen Rechte .....	59
I. Römisches Recht .....	59
II. Germanische Stammesrechte .....	80
III. Rechtstheorie des Mittelalters .....	86
IV. Spätscholastik .....	99
V. Naturrecht der Neuzeit .....	100
VI. Spätes gemeines Recht (ius romano-germanicum) .....	104
D. Common Law .....	111
I. Verträge im alten angelsächsischen Recht .....	111
II. Das Common Law of Contract .....	113
E. Ergebnisse .....	129

*Kapitel 2***Rechtsvergleich** 133

A. Civil Law .....	133
I. Deutsches Recht .....	133
II. Die romanische Rechtsfamilie .....	188
B. Common Law .....	205
I. Angloamerikanisches Recht .....	207
II. Sonstiges Common Law .....	312
III. Der Reformvorschlag McGregors .....	317
C. Andere Rechte im Überblick .....	320
I. Skandinavischer Rechtskreis .....	320
II. Die postsozialistischen Staaten .....	322
III. Völkerrecht .....	333
D. Ergebnisse .....	338

*Kapitel 3***Vereinheitlichung** 342

A. Das Bedürfnis nach Vereinheitlichung .....	342
B. Vereinheitlichungsvorschläge .....	343
I. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) ....	345
II. Principles of European Contract Law (PECL) .....	351
III. Code Européen des Contrats (Gandolfi-Gruppe) .....	353
C. Zwischen- und überstaatliche Rechte .....	355
I. Lex mercatoria als Gewohnheitsrecht des internationalen Handels? .....	355
II. Europäisches Privatrecht – Acquis Principles .....	356
III. UN-Kaufrecht (CISG) .....	361
IV. OHADA .....	375
D. Ergebnisse .....	377

*Kapitel 4***Abwägung zwischen den Modellen der Bindung an den Vertrag** 379

A. Vorfragen für die Suche nach der richtigen Sanktion .....	379
I. Der Charakter der Vertragsbindung .....	380
II. Die Funktion des Vertrags .....	382

III. Rechtsordnungsimmanente Zwänge .....	383
IV. Bedeutung der Ideengeschichte des Vertrags .....	383
B. Wesen und Funktion von Verträgen .....	384
I. Die liberale und die ökonomische Dimension .....	384
II. Vertrag und Vertragsrecht in soziologischer Perspektive .....	389
III. Zwischenergebnis .....	406
C. Wertquellen für das Vertragsrecht .....	408
I. Religion .....	409
II. (Sonstige) Metaphysik .....	409
III. Nicht-metaphysisch motivierte Moralvorstellungen .....	412
IV. Jüngere Ansätze (liberal-ökonomische Positionen etc.) .....	417
D. Hauptlinien der neueren Diskussion .....	418
I. Ökonomische Auswirkungen .....	418
II. Die kritische Theorie (critical legal studies) .....	456
E. Ergebnisse .....	457
I. Relativierung des Unterschieds von Erfüllungszwang und Schadensersatz .....	457
II. Hinweis auf die Empirie .....	458
<b>Eigener Vorschlag und Ausblick</b> .....	460
A. Eigener Vorschlag für eine vereinheitlichte Regelung .....	460
I. Die Möglichkeit einer einheitlichen Lösung .....	460
II. Erfüllungszwang de lege ferenda .....	461
B. Ausblick .....	473
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	475
<b>Fallregister</b> .....	519
<b>Sach- und Personenregister</b> .....	522



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	35
<b>A. Fragestellung</b>	35
<b>B. Gegenstand und Ziel der Untersuchung</b>	38
<b>C. Methodik und Gang der Untersuchung</b>	40
<i>Kapitel 1</i>	
<b>Geschichte</b>	43
<b>A. Frühes Altertum</b>	44
I. Altbabylonisches Recht	44
II. Altgriechisches Recht	47
<b>B. Religiöse Rechtsordnungen</b>	49
I. Judentum und jüdisches Recht	49
1. Versprechen und Bund im Pentateuch	50
2. Das talmudisch-rabbinische Recht	51
II. Christentum	53
III. Islam und Scharia	53
1. Die Scharia als Religions- und Rechtsordnung	53
2. Versprechens- und Vertragstreue	54
3. Einschränkung durch das Mäßigungsgebot „la darar“	57
IV. Weitere Religionen	57
<b>C. Entwicklung der kontinentaleuropäischen Rechte</b>	59
I. Römisches Recht	59
1. Vorklassische Zeit (bis 31 v. Chr.)	59
2. Klassische Zeit (bis 235 n. Chr.)	60
a) Der Formularprozess	60
aa) Omnis condemnatio pecuniaria est	60
bb) Aufweichung des Grundsatzes durch das Arbitrium	62
b) Hintergründe	65
aa) Die begrenzte Entscheidungsgewalt der Privatrichter	65
bb) Deliktischer Ursprung der Obligation und Funktionswandel der Justiz	66

cc) Das Verhältnis von materiellem und Prozessrecht	67
dd) Zwischenergebnisse	68
c) Recht, Pflicht und Vertragsversprechen in der Theorie	69
aa) Die Natur des Schuldverhältnisses	69
bb) Die Rechtsbindung des Versprechens – vom pactus zum contractum	71
d) Ende der Klassik und Aufstieg des Kognitionsprozesses	73
3. Nachklassische Zeit (ab 235 n. Chr.)	74
a) Der Niedergang der Wirtschaft und seine Auswirkungen auf das Recht	74
b) Justinian und das Corpus Iuris	76
II. Germanische Stammesrechte	80
1. Bußkataloge und späte Ausdifferenzierung des Schuldrechts	81
2. Die Verbreitung des Kaufs als Termingeschäft bei den Germanen	82
3. Westgotisches Recht	83
a) Der Terminkauf und die Bindung der Parteien	83
b) Zwangsweise Durchsetzung der Erfüllung?	84
4. Weitere Quellen und andere Stammesrechte	85
III. Rechtstheorie des Mittelalters	86
1. Beiträge der Glossatoren	86
a) Argumente für die Sachkondemnation	87
b) Argumente für die Geldkondemnation	88
2. Beiträge der romanistischen Kommentatoren	89
3. Der Einfluss der kirchlichen Lehre	90
a) Byzantinisches Recht und christliche Doktrin	90
b) Die Entstehung des kanonischen Rechts	90
c) Die kirchliche Versprechenslehre – ein Steinbruch für Argumente	91
d) Überblick über die aristotelisch-thomistische Versprechenslehre	92
e) Vertragsdogmatik im kanonischen Recht	97
aa) Der Ursprung der Formfreiheit?	97
bb) Das Prinzip der materiellen Äquivalenz	98
cc) Pacta sunt servanda	98
dd) Die neueren Kodifikationen	99
IV. Spätscholastik	99
V. Naturrecht der Neuzeit	100
1. Nordeuropäische Naturrechtsschule (17. und 18. Jahrhundert)	100
2. Naturrechtlich geprägte Kodifizierungen	101
a) Das Preußische Allgemeine Landrecht (1794)	102
b) Österreichisches ABGB (1812)	103
c) Italienischer Codice civile (1865)	104

VI. Spätes gemeinsames Recht (ius romano-germanicum) .....	104
1. Neuer Streit in der Lehre .....	105
2. Das Klageziel: Leistung oder Interesse? .....	106
a) Freie Wahl des Gläubigers, nicht des Schuldners .....	106
b) Leistung als Primärziel ohne Wahlmöglichkeit .....	107
3. Die Vollstreckung .....	108
a) Milder Zwang, keine Letztbeugung des Schuldnerwillens .....	108
b) Vollstreckung mit allen Mitteln des gemeinen Prozesses .....	108
4. Die deutschsprachigen Kodizes vor ZPO und BGB .....	109
<b>D. Common Law .....</b>	<b>111</b>
I. Verträge im alten angelsächsischen Recht .....	111
II. Das Common Law of Contract .....	113
1. Gerichtssystem .....	113
a) Die lokalen Gerichte .....	113
b) Die Privatgerichte der Grundherren .....	114
c) Die königlichen und die Kanzlergerichte .....	114
d) Die kirchlichen Gerichte .....	116
2. Die writs .....	117
3. Der Ursprung des Vertrags .....	118
a) Writ of covenant .....	119
b) Writ of debt .....	120
aa) Die action of debt im Allgemeinen .....	120
bb) Die action of debt sur obligation .....	121
c) Writ of assumpsit .....	122
aa) Action of trespass und action of deceit als Vorläufer .....	122
bb) Assumpsit .....	124
(1) Die Erweiterung auf Nichterfüllung (nonfeasance) .....	124
(2) Slade's Case .....	125
4. Folgen für das moderne Vertragsrecht .....	126
a) Das System der vertraglichen Rechtsbehelfe .....	126
b) Die Methode der Schadensberechnung .....	127
c) Equity und Specific Performance .....	128
<b>E. Ergebnisse .....</b>	<b>129</b>

*Kapitel 2*

**Rechtsvergleich**

<b>A. Civil Law .....</b>	<b>133</b>
I. Deutsches Recht .....	133



1. Materielles Recht .....	134
a) Das Schuldverhältnis im engeren Sinn als Grundbaustein des Zivilrechts .....	137
aa) Genese der gesetzlichen Regelung .....	137
(1) Ideeller Gehalt: Müssen und Sollen .....	138
(2) Materieller Gehalt: Handeln und Zweck .....	139
(3) Teleologischer Gehalt: Zweck und Wert .....	140
(4) Sozial-interaktiver Gehalt: Wille und Freiheit .....	142
(5) Die Kodifikation im BGB .....	142
bb) Materielle Befugnisse des Gläubigers .....	144
(1) Einziehungsbefugnis .....	144
(2) Befugnis zur Selbsthilfe .....	145
(3) Befugnis zum Behalten der Leistung .....	146
(4) Befugnis zur Verfügung über das Schuldverhältnis .....	146
(5) Klagebefugnis (Klagrecht/Klagbarkeit)? .....	147
(6) Befugnis zur Vollstreckung .....	150
cc) Naturalerfüllung als rechtsgrundunabhängiges Prinzip .....	150
(1) Gesetzliche Schuldverhältnisse .....	150
(2) Vertragliche Schuldverhältnisse .....	151
(a) Primär- und Sekundärleistung .....	151
(b) Wechsel zum Rechtsbehelfsmodell mit der Schuldrechtsreform? .....	152
(c) Naturalrestitution als Schadensersatz statt der Leistung? .....	154
(d) Bemessung des Geldersatzes .....	160
(3) Besondere Wertschätzung vertraglicher Schuldverhältnisse? .....	161
dd) Materielle Grenzen des Forderungsrechts .....	162
(1) Rechtshindernde Einwendungen .....	162
(2) Rechtsvernichtende Einwendungen .....	164
(a) Die Erfüllung und ihre Surrogate .....	164
(b) Treu und Glauben, Störung der Geschäftsgrundlage .....	166
(c) Unmöglichkeit .....	167
(aa) Objektive und subjektive Unmöglichkeit .....	168
(bb) Unzumutbarkeit .....	169
(cc) Rechtsfolgen .....	172
(3) Rechtshemmende Einreden .....	173
b) Das Schuldverhältnis im weiteren Sinne .....	174
aa) Arten von Nebenpflichten .....	175
bb) Klagbarkeit von Nebenpflichten .....	177
2. Prozessrecht, insbesondere die Klagebefugnis .....	180

a) Forderungen, die undurchsetzbar sind .....	181
b) Nichtforderungen, die erfüllbar sind .....	182
3. Vollstreckung .....	183
a) Herausgabe beweglicher Sachen .....	183
b) Herausgabe unbeweglicher Sachen .....	184
c) Vertretbare Handlungen .....	184
d) Unvertretbare Handlungen .....	185
e) Duldungen und Unterlassungen .....	185
f) Abgabe von Willenserklärungen .....	186
g) Geldforderungen .....	187
4. Zwischenergebnis .....	187
II. Die romanische Rechtsfamilie .....	188
1. Französisches Recht .....	189
a) Die Vorgeschichte .....	189
aa) Das Recht vor dem Code civil .....	189
bb) Das Zustandekommen des Code civil .....	190
b) Das geltende französische Recht .....	192
aa) Materielles Recht .....	192
(1) Systematisierung nach dem Inhalt der Obligation .....	192
(2) Verpflichtungen zum Handeln oder Unterlassen .....	193
(3) Verpflichtungen zum Geben .....	195
(4) Zwischenergebnis .....	195
bb) Prozessrecht .....	196
cc) Vollstreckung .....	197
(1) Ansprüche auf Übergabe .....	197
(2) Das Zwangsmittel „astreinte“ .....	197
2. Italienisches Recht .....	200
a) Materielles Recht .....	200
b) Prozessrecht .....	200
c) Vollstreckung .....	202
3. Spanisches Recht .....	203
a) Materielles Recht .....	203
b) Prozessrecht .....	204
c) Vollstreckung .....	204
<b>B. Common Law .....</b>	<b>205</b>
I. Angloamerikanisches Recht .....	207
1. Materiell-prozessuale Ebene .....	207
a) Der Vertrag .....	208
aa) Die Erfüllung als vertrags-, nicht schuldrechtliche Frage .....	208

bb) Der Charakter des Vertrags .....	209
(1) Law of contract oder law of contracts? .....	209
(2) Einseitige Versprechen oder Übereinkunft? .....	210
(3) Bestimmung anhand der Rechtsfolgen .....	212
(a) Legal Realism – kein Erfüllungszwang, keine Bindung .	212
(b) Gegenansicht – Vertragsbindung durch Recht oder Moral .....	215
(c) Bedeutung des Streits und Stellungnahme .....	218
cc) Wirksamkeit des Vertrags .....	221
b) Der Vertragsbruch (breach of contract) .....	221
c) Remedies bei Vertragsbruch .....	222
aa) Allgemeines .....	223
(1) Das Verhältnis von Common Law und Equity .....	223
(2) Grundsätze und Erfüllungsdogmatik der Equity .....	224
(a) Equity acts in personam .....	225
(b) Andere Maximen .....	226
(c) Doctrine of performance .....	227
bb) Damages at law .....	227
(1) Grundprinzip: Kompensation statt Repression .....	228
(2) Schadensberechnung .....	228
(a) Strukturelle Probleme der Schadensersatzberechnung ...	229
(aa) Nachprozessuale Schadensentstehung .....	229
(bb) Wert als zeitabhängige Größe .....	230
(b) Schadensumfang: Das positive Interesse .....	232
(c) Folgeschäden, entgangener Gewinn .....	233
(d) Nichtvermögensschäden .....	234
(e) Maßstab enttäuschter Erwartungen .....	235
(aa) Wertdifferenz ( <i>diminution in value</i> ) .....	236
(bb) Herstellungskosten ( <i>cost of completion</i> ) .....	239
(cc) Schadensersatz bei Kaufverträgen .....	241
(f) Gewinnabschöpfung beim Vertragsbrecher? .....	242
(3) Die Obliegenheit der Schadensminderung – Anreiz zum Vertragsbruch? .....	243
cc) Specific performance .....	244
(1) Voraussetzungen .....	244
(a) Wirksamer Vertrag .....	244
(b) Erfordernis der Gegenseitigkeit .....	245
(aa) Gegenseitigkeit der Rechtsbehelfe als notwendige Bedingung .....	245
(bb) Gegenseitigkeit als hinreichende Bedingung? .....	247

(c) Vertragsbruch . . . . .	248
(d) Unzulänglichkeit des Schadensersatzes . . . . .	249
(aa) Einzelfallbetrachtung oder Kategorisierung? . . . . .	250
(bb) Vom Adäquanztest zum Vergleich der Rechtsbe- hilfe? . . . . .	250
(cc) (Nicht-)Adäquanzkriterien beim Kauf . . . . .	252
(α) Einzigartige Sachen, fehlende Deckungsmög- lichkeit . . . . .	252
(β) Unberechenbarkeit des Schadensersatzes . . . . .	252
(dd) Typische Fälle der Nichtadäquanz beim Kauf . . . . .	253
(α) Landkauf . . . . .	253
(β) Einzigartige Fahrnis . . . . .	255
(γ) Kauf von Gesellschaftsanteilen . . . . .	256
(ee) Fallgruppen beim allgemeinen Vertrag . . . . .	257
(α) Insolvenz des Schuldners . . . . .	257
(β) Inadäquanz wegen Überkompensation . . . . .	257
(ff) Bemerkung zur Praxis . . . . .	258
(e) Ausnahmetatbestände . . . . .	259
(aa) Verweigerung aus Sachzwängen . . . . .	259
(α) Unmöglichkeit der Erfüllung . . . . .	259
(β) Unmöglichkeit der Bestimmung des Gegen- stands . . . . .	260
(γ) Wirkungslosigkeit des Urteils . . . . .	261
(δ) Besondere Vollstreckungslasten, z. B. Notwen- digkeit ständiger Überwachung . . . . .	262
(bb) Anforderungen an den Vertrag . . . . .	263
(α) Unausgewogener Vertrag . . . . .	263
(β) Härte für den Beklagten . . . . .	264
(cc) Normative Anforderungen an den Kläger . . . . .	266
(α) Vertragstreue des Klägers . . . . .	267
(β) Keine Überrumpelung des Vertragspartners . . . . .	267
(γ) Kein ungehöriges Ausnutzen eines Fehlers/Irr- tums . . . . .	267
(δ) Keine betrügerische Nichteinhaltung der Schriftform . . . . .	268
(ε) Keine Verwirkung . . . . .	268
(ζ) Kein Rechtsmissbrauch? . . . . .	268
(dd) Sonstige Ausnahmen . . . . .	269
(α) Höchstpersönliche Dienste . . . . .	270
(β) Freigiebige Verträge . . . . .	271
(γ) Keine teilweise Durchsetzung von Verträgen . . . . .	271

(2) Gerichtliches Ermessen oder Anspruch auf Gewähr? . . . . .	272
(3) Specific performance mit Kompensation . . . . .	273
(4) Der specific performance ähnliche remedies . . . . .	273
(a) Injunctions . . . . .	274
(aa) Das Verhältnis von injunctions und specific performance . . . . .	274
(α) Keine indirekte specific performance . . . . .	274
(β) Erhöhte Flexibilität, größerer Ermessensspielraum . . . . .	276
(bb) Andere injunctions . . . . .	276
(b) Estoppel . . . . .	276
(5) Vertragliche Vereinbarungen über specific performance . . . . .	277
(a) Erzwingbarkeitsklauseln . . . . .	277
(b) Ausschlussklauseln . . . . .	278
dd) Equitable damages – damages in lieu of specific performance . . . . .	278
d) Geschriebenes Vertragsrecht (Statute Law) . . . . .	280
aa) Das Vereinigte Königreich . . . . .	280
(1) Sale of Goods Act 1893 und 1979 . . . . .	280
(a) Specific performance nach dem Gesetz . . . . .	280
(b) Beschränkung der specific performance auf Spezieskäufe? . . . . .	281
(aa) Bedeutung von „specific“ und „ascertained goods“ . . . . .	281
(bb) Vergleich mit dem traditionellen Common Law . . . . .	282
(c) Zweck und Wirkung – konstitutiv und abschließend? . . . . .	284
(aa) Änderung des Rechts oder nur der Gerichtszuständigkeiten? . . . . .	284
(bb) Auswirkungen auf die specific performance . . . . .	285
(α) Das Verhältnis von section 52 SGA zur Equity . . . . .	285
(β) Die specific performance des Verkäufers . . . . .	286
(2) Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002 . . . . .	287
(a) Vorgaben der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf . . . . .	288
(b) Die Umsetzung ins englische Recht . . . . .	288
bb) Die Vereinigten Staaten . . . . .	292
(1) Der Uniform Commercial Code . . . . .	292
(a) Entstehung . . . . .	292
(b) Inhalt (§ 2-716 UCC) . . . . .	294
(aa) Einzigartigkeit im Sinne des UCC . . . . .	295
(bb) Andere Umstände . . . . .	296
(cc) Der Einwand der wirtschaftlichen Undurchführbarkeit . . . . .	297

(c) Sonstige Fälle der specific performance .....	298
(d) Die geplante Erweiterung .....	298
(2) Restatement of Contracts .....	299
(a) Bedeutung .....	299
(b) Inhalt .....	299
(aa) Ermessensrelevante Erwägungen .....	300
(bb) Unabdingbarkeit der specific performance .....	301
(cc) Verhältnis von specific performance und injunc- tions .....	303
e) Vertragserfüllung außerhalb des law of contract .....	303
aa) Der Begriff des trusts .....	304
bb) Der trustee als Vertragsschuldner .....	304
cc) Erfüllungszwang gegen den trustee .....	305
2. Vollstreckung .....	306
a) Die „Selbstbeschränkung“ auf persönlichen Zwang .....	307
b) Unwilligkeit des Schuldners und ihre möglichen Folgen .....	308
aa) Contempt of court .....	308
bb) Beschlagnahme .....	309
cc) Vornahme auf Kosten des Schuldners .....	310
dd) Ausweichen auf Schadensersatz .....	310
3. Zwischenergebnis .....	311
II. Sonstiges Common Law .....	312
1. Indien .....	313
2. Kanada/Quebec .....	314
3. Südafrika .....	315
III. Der Reformvorschlag McGregors .....	317
<b>C. Andere Rechte im Überblick .....</b>	<b>320</b>
I. Skandinavischer Rechtskreis .....	320
1. Naturalerfüllung als vertragsrechtliches Grundprinzip .....	320
2. Die Forderungskapitalisierung als dänische Besonderheit .....	321
II. Die postsozialistischen Staaten .....	322
1. Das sozialistische Erbe .....	322
a) Aufgabe und ideologische Einbindung des sozialistischen Zivil- rechts .....	322
aa) Solidarität und Planwirtschaft .....	322
bb) Zweigeteilte Zivilrechtssphären .....	323
cc) Handelsverkehr der sozialistischen Staaten .....	324
dd) Kommunismus im Fernen Osten .....	325
b) Erfüllungszwang im sowjetrussischen Zivilrecht .....	327

aa) Das ZGB-RSFSR von 1922 .....	327
bb) Das ZGB-RSFSR von 1964 .....	329
2. Russland – das ZGB von 1994 .....	329
a) Entstehung .....	330
b) Inhalt .....	331
aa) Umfangreiche Sicherungsmittel .....	331
bb) Dualismus von Primär- und Sekundärpflicht .....	332
III. Völkerrecht .....	333
1. Der Rainbow-Warrior-Fall .....	335
2. Zwischenergebnis .....	337
<b>D. Ergebnisse .....</b>	<b>338</b>

### *Kapitel 3*

<b>Vereinheitlichung</b>	342
<b>A. Das Bedürfnis nach Vereinheitlichung .....</b>	<b>342</b>
<b>B. Vereinheitlichungsvorschläge .....</b>	<b>343</b>
I. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) ....	345
1. Der Ansatz des Art. 7.2.2 PICC .....	345
2. Die Regelung im Detail .....	346
3. Vollstreckung .....	350
4. Zwischenergebnisse .....	351
II. Principles of European Contract Law (PECL) .....	351
III. Code Européen des Contrats (Gandolfi-Gruppe) .....	353
<b>C. Zwischen- und überstaatliche Rechte .....</b>	<b>355</b>
I. Lex mercatoria als Gewohnheitsrecht des internationalen Handels? .....	355
II. Europäisches Privatrecht – Acquis Principles .....	356
1. Gemeinschaftlicher Besitzstand – Acquis Principles (ACQP) .....	356
2. Draft Common Frame of Reference .....	360
III. UN-Kaufrecht (CISG) .....	361
1. Der Ansatz des Art. 28 CISG .....	361
a) Entstehungsgeschichte: der Entwurf von 1935 .....	361
b) Das Haager Kaufrecht von 1964 .....	363
c) Art. 28 CISG (1980) .....	364
aa) Der Erfüllungsanspruch als Rechtsbehelf .....	365
bb) Anwendungsbereich .....	367
cc) Reichweite des Vorbehalts .....	369
dd) Gerichtliches Ermessen .....	371
ee) Abdingbarkeit .....	372

d) Die Praxis .....	373
2. Bewertung .....	374
IV. OHADA .....	375
<b>D. Ergebnisse .....</b>	<b>377</b>

*Kapitel 4*

<b>Abwägung zwischen den Modellen der Bindung an den Vertrag</b> .....	<b>379</b>
<b>A. Vorfragen für die Suche nach der richtigen Sanktion</b> .....	<b>379</b>
I. Der Charakter der Vertragsbindung .....	380
1. Der Ursprung der Vertragsbindung .....	380
2. Der Inhalt der Vertragsbindung – eine Begriffsrekonstruktion .....	381
II. Die Funktion des Vertrags .....	382
III. Rechtsordnungsimmanente Zwänge .....	383
IV. Bedeutung der Ideengeschichte des Vertrags .....	383
<b>B. Wesen und Funktion von Verträgen</b> .....	<b>384</b>
I. Die liberale und die ökonomische Dimension .....	384
1. Der Vertrag in der Marktwirtschaft .....	384
2. Liberalismus und Vertragsfreiheit .....	385
a) Das freie Individuum als Folge der Aufklärung .....	385
b) Das neue Vertragskonzept: Willenstheorie und vorrechtliche Bindung .....	386
3. Die Verschmelzung zur liberal-ökonomischen Perspektive .....	387
4. Vertragsfreiheit in der heutigen Gesellschaft? .....	388
II. Vertrag und Vertragsrecht in soziologischer Perspektive .....	389
1. Die Anfänge der Rechtssoziologie .....	389
a) Freiheitsbeschränkung durch Sozialverbände – Émile Durkheim ...	389
b) Sozialverbände als eigentliche Rechtsquelle – Eugen Ehrlich .....	391
c) Marktgesetze als Begrenzung der Vertragsfreiheit – Max Weber ...	393
d) Rechtsempirismus und Legal Realists .....	397
2. Neuere Strömungen in der Rechtssoziologie .....	400
a) Vertrag als Kopplung unabhängiger Systeme – Niklas Luhmann ...	401
b) Vom Diskurs zum Vertrag? – Jürgen Habermas .....	403
III. Zwischenergebnis .....	406
<b>C. Wertquellen für das Vertragsrecht</b> .....	<b>408</b>
I. Religion .....	409
II. (Sonstige) Metaphysik .....	409
1. Das Versprechen .....	409
2. Vertrauen in den Menschen? .....	411



III. Nicht-metaphysisch motivierte Moralvorstellungen .....	412
1. Verträge sind verbindlich .....	412
a) Rationale Begründungsversuche .....	413
b) Exkurs: Die utilitaristische Versprechenslehre .....	414
c) Der Grund der moralischen Verbindlichkeit nach Charles Fried .....	415
d) Linguistische Begründungen .....	416
2. Verträge sind zu erfüllen? .....	416
a) Die Alternativlosigkeit moralischer Imperative .....	416
b) Die Moral der Wiedergutmachung: corrective justice .....	417
IV. Jüngere Ansätze (liberal-ökonomische Positionen etc.) .....	417
<b>D. Hauptlinien der neueren Diskussion .....</b>	<b>418</b>
I. Ökonomische Auswirkungen .....	418
1. Wie nützlich ist die ökonomische Analyse? .....	418
2. Gegenstand und Ziel der Analyse .....	422
a) Der effizienteste Rechtsbehelf .....	422
b) Effizienzkriterien .....	423
3. Die Analyse .....	423
a) Vorüberlegungen .....	423
aa) Der Mehrwert für den Verbraucher .....	423
bb) Informationsverteilung .....	425
b) Der „effiziente Vertragsbruch“ unter dem Transaktionskostenmodell .....	425
aa) Grundidee: Die nützlichere Transaktion mit einem Dritten .....	425
bb) Der Ersatz des Vertrauensschadens als Minimalanspruch .....	426
cc) Der Handel mit dem Erfüllungsrecht .....	427
dd) Eine Frage relativer Transaktionskosten .....	428
(1) Kosten des „ausgehandelten“ Vertragsbruchs .....	429
(a) Verzugsschaden .....	429
(b) Großer Spielraum – hohe Verhandlungskosten? .....	429
(c) Verhandlungskosten nach der Spieltheorie .....	430
(d) Vermeidung von Kosten: Erfüllung durch Dritte .....	430
(e) Vermeidung des Zweitverkaufsszenarios .....	431
(2) Kosten des Vertragsbruchs unter einer Schadensersatzregel .....	432
(a) Schadensbemessung und erhöhte Streitquote .....	432
(b) Unterschätzung des Affektionsinteresses .....	433
(c) Unterkompensation im Übrigen .....	434
(d) Streit mit Dritten .....	435
(3) Schlussfolgerungen .....	435
(4) Differenzierende Lösungen – Möglichkeiten und Grenzen .....	436

e)	Vorhersehbarkeit bei alternativen Rechtsbehelfen .....	438
c)	Ergänzende Betrachtungen .....	439
aa)	Weitere Modelle .....	439
(1)	Das Optionenmodell .....	439
(2)	Property rules und liability rules .....	442
bb)	Folgerungen (Synthese) .....	443
(1)	Auswirkung der Dispositivität des Rechts auf seine Effizienz .....	443
(2)	Parallelitäten zwischen Vertrags- und Sachenrecht .....	445
d)	Sonstige Kosten .....	446
aa)	Kosten einer Erfüllungsregel .....	446
(1)	Reibungen in erzwungenen Beziehungen .....	446
(2)	Externalisierte Kosten: Belastung der Rechtspflege .....	447
bb)	Kosten einer Schadensersatzregel .....	449
e)	Spezialfall: Das Auktionszenario – Interesse am Gezwungenwerden? .....	450
f)	Fazit: Wer soll entscheiden? .....	450
4.	Zwischenergebnisse .....	451
a)	Gedankenexperiment ohne Empirie .....	451
b)	Zeitgebundenheit der Aussagen der ökonomischen Analyse .....	453
c)	Überprüfbarkeit und Aussagewert insgesamt .....	453
II.	Die kritische Theorie (critical legal studies) .....	456
<b>E.</b>	<b>Ergebnisse</b> .....	457
I.	Relativierung des Unterschieds von Erfüllungszwang und Schadensersatz .....	457
II.	Hinweis auf die Empirie .....	458
	<b>Eigener Vorschlag und Ausblick</b>	460
<b>A.</b>	<b>Eigener Vorschlag für eine vereinheitlichte Regelung</b> .....	460
I.	Die Möglichkeit einer einheitlichen Lösung .....	460
II.	Erfüllungszwang de lege ferenda .....	461
1.	Grundsatz .....	461
a)	Praktische Vorteile des Erfüllungszwangs .....	462
b)	Praktische Vorteile einer Schadensersatzlösung .....	463
c)	Lösung: Differenzierung nach Anwendungsbereich .....	464
2.	Ausnahmen .....	465
a)	Unmöglichkeit .....	465
b)	Unzumutbarer Aufwand .....	466
c)	Interessefortfall .....	466
d)	Höchstpersönliche Leistungen .....	467

3. Erstreckung auf Nebenpflichten .....	469
4. Offen gelassene Fragen .....	470
5. Anwendung auf die Beispielfälle .....	471
<b>B. Ausblick</b> .....	473
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	475
<b>Fallregister</b> .....	519
<b>Sach- und Personenregister</b> .....	522

## Abkürzungsverzeichnis

a.	articulus
A.2d	Atlantic Reporter, Second Series
a. A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABA J.	American Bar Association Journal
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	Absatz
AC	Appeal Cases (Law Reports)
a. F.	alte Fassung
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AK	Alternativkommentar
Akron L. Rev.	Akron Law Review
All ER	All England Law Reports
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. J. Int. L.	American Journal of International Law
AnwKom	Anwaltkommentar
ArbG	Arbeitsgericht
Arizona J. Int. & Comp. L.	Arizona Journal of International and Comparative Law
Asian-Pacific L. & P. J.	Asian-Pacific Law & Policy Journal
avest.	avestisch
B2B	business-to-business
B2C	business-to-consumer
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Beav.	Beavan's Reports (= English Reports 48–55)
Begr.	Begründer
Berkeley Tech. L. J.	Berkeley Technology Law Journal
BetrAVG	Betriebsrentengesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BN NF	Biblische Notizen, Neue Folge
Brooklyn J. Int. L.	Brooklyn Journal of International Law
BU L. Rev.	Boston University Law Review

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BYU J.P.L.	Brigham Young University Journal of Public Law
bzw.	beziehungsweise
C2C	consumer-to-consumer
CA	Court of Appeal
Cal.	California Reports
Cal. App. 3d	California Appellate Reports, Third Series
California L. Rev.	California Law Review
Cambrian L. Rev.	Cambrian Law Review
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal
Canadian Bar Rev.	Canadian Bar Review
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Cath. U. L. Rev.	Catholic University Law Review
CcF	Code civile (Frankreich)/Code Napoléon
CcI	Codice civile (Italien)
CcpF	Code civil de procedure (Frankreich)
CcS	Código civil (Spanien)
CEdC	Code Européen des Contrats (Entwurf der Gandolfi-Gruppe)
Ch.	Chancery (Law Reports)
Ch.App.	Chancery Appeal (Law Reports)
Ch.D.	Chancery Division (Law Reports)
Chicago L. Rev.	University of Chicago Law Review
Chi.-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (von 1980)
Civ	Civil Division
CJCR	Cardozo Journal of Conflict Resolution
CLR	Commonwealth Law Reports
Co.	Company
Colum. J. Asian L.	Columbia Journal of Asian Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell Int. L. J.	Cornell International Law Journal
Corp.	Corporation
CpcI	Codice di procedura civile (Italien)
CPR	Civil Procedure Rules
Ct. C. P.	Court of Common Pleas
D.	Digesten
De G.F. & J.	De Gex, Fisher and Jones' English Chancery Reports (= English Reports 45)
De G.M. & G.	De Gex, Macnaghten and Gordon's Chancery Reports (= English Reports 42–44)
Del. J. Corp. L.	Delaware Journal of Corporate Law
DePaul L. Rev.	DePaul Law Review

ders.	derselbe
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DLR (3d)	Dominion Law Reports, Third Series
Dtn	Deuteronomium (5. Buch Mose, Altes Testament)
Duke L. J.	Duke Law Journal
E & B	Ellis and Blackburn's Queen's Bench Reports (= English Reports 118–120)
Ecology L.Q.	Ecology Law Quarterly
EDC	Eastern District Court Reports (Südafrika)
Edinb. L. Rev.	Edinburgh Law Review
E.G.L.R.	Estate Gazette Law Reports
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
EJIL	European Journal of International Law
Emory Int. L. Rev.	Emory International Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
engl.	englisch
Eng. Rep.	English Reports
Envtl. L.	Environmental Law
ERPL	European Review of Private Law
etc.	et cetera
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA	England and Wales Court of Appeal (verwendet in der sog. neutralen Zitierweise, die mit dem Aktenzeichen vergleichbar ist)
Exch.	Exchequer (Law Reports)
f./ff.	folgende
F.2d	Federal Reporter, Second Series
Fam	Family (Law Reports)
Fn.	Fußnote
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
FSR	Fleet Street Reports
F. Supp.	Federal Supplement
Gal	Brief des Paulus an die Galater (Neues Testament)
Geo. J.Int.L.	Georgetown Journal of International Law
Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review
ggf.	gegebenenfalls
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht

Hare	Hare's Chancery Reports (= English Reports 66–68)
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings L. J.	Hastings Law Journal
Hil.	Hilary Term (Zeitabschnitt in den Year Books, Januar–April)
Historia	Historia. Zeitschrift für Alte Geschichte
HK	Haager Kaufrecht (von 1964, Vorläufer des CISG)
H.L.	House of Lords
h.M.	herrschende Meinung
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel
IHR	Internationales Handelsrecht
Inc.	Incorporated
Ind. Int. & Comp. L. Rev.	Indiana International and Comparative Law Review
Inst.	Institutionen
Int. & Comp. L. Quart.	International and Comparative Law Quarterly
Int. Enc. Comp. L.	International Encyclopedia of Comparative Law
Int. Leg. Persp.	International Legal Perspectives
i. V. m.	in Verbindung mit
J. Bus. Law	Journal of Business Law
J. Emp. Leg. Stud.	Journal of Empirical Legal Studies
JGSPL	American University Journal of Gender, Social Policy and the Law
JherJB	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
J. Islamic St.	Journal of Islamic Studies
Jk	Brief des Jakobus (Neues Testament)
J. L. & Com.	Journal of Law and Commerce
J. Leg. Hist.	Journal of Legal History
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies
JOR	Jahrbuch für Ostrecht
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
Jur. Rev.	Juridical Review
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
K.B.	King's Bench Division (Law Reports)
KG	Kammergericht
Könige	Buch der Könige (Altes Testament)
Kor	Brief des Paulus an die Korinther (Neues Testament)
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

La. L. Rev.	Louisiana Law Review
lat.	lateinisch
Leon	Leonard's Reports (= English Reports 74)
Lev	Levitikus (3. Buch Mose, Altes Testament)
Lib.	Liber
Lib. Ass.	Liber Assissarium (Book of Assizes, Teil der Year Books)
LJ	Lord Justice
LJKB	Law Journal, King's Bench
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
Louis. L. Rev.	Louisiana Law Review
Loy. L.A. L. Rev.	Loyola of Los Angeles Law Review
Loy. U. Chi. L. J.	Loyola University of Chicago Law Journal
L. Quart. Rev.	Law Quarterly Review
L.R.	Law Reports
L.R.A.	Lawyer's Reports Annotated
L.T.	Law Times Reports
Ltd	Limited
McG-CC	Contract Code von Harvey McGregor
Me	Maine
Menz	Menzies' Supreme Court Reports (Südafrika)
Mercer L. Rev.	Mercer Law Review
Mich.	Michaelmas Term (Zeitabschnitt in den Year Books, Okt.–Dez.)
Michigan L. Rev.	Michigan Law Review
Modern L. Rev.	Modern Law Review
Mod Rep	Modern Reports
MR	Master of the Rolls
Mt	Matthäus-Evangelium (Neues Testament)
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NCC	National Conference of Commissioners on Uniform State Laws
n. Chr.	nach Christi Geburt
N.D. Cal.	Northern District of California
Neb. L. Rev.	Nebraska Law Review
NEICL Ann.	New England International and Comparative Law Annual
Neues Archiv	Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde
New L. J.	New Law Journal
n. F.	neue Fassung
N.I.	Northern Ireland Reports
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLR	Natal Law Reports (Südafrika)
North Carolina L. Rev.	North Carolina Law Review



North. Ire. L. Q.	Northern Ireland Legal Quarterly
Nr.	Nummer
Num	Numeri (4. Buch Mose, Altes Testament)
N.W.	North Western Reporter
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y. Sup. Ct.	New York Supreme Court
N.Y.2d	New York Court of Appeals Reports, Second Series
Okl.	Oklahoma
OLG	Oberlandesgericht
Ottawa L. Rev.	Ottawa Law Review
Oxford J. Leg. Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
P.2d	Pacific Reporter, Second Series
Pac. L. J.	Pacific Law Journal
Pace Int. L. Rev.	Pace International Law Review
Pa. D. & C.	Pennsylvania District and County Reports
para.	Paragraf/Absatz
Pasch.	Pascha/Easter Term (Zeitabschnitt in den Year Books, April–Mai)
Phil	Brief des Paulus an die Philipper (Neues Testament)
Pittsb. L. Rev.	Pittsburgh Law Review
pl.	plea number (Nummerierung der Fälle in den frühen law reports)
PL	Patrologia Latina (hrsg. von J.-P. Migne, Paris 1844 ff.)
PMLA	Publications of the Modern Language Association
Pre.Ch.	Precedents in Chancery
P.Wms.	Peere William's Chancery Reports (= English Reports 24)
q.	quaestio
Q.B.	Queen's Bench (Law Reports)
Q.B.D.	Queen's Bench Division (Law Reports)
QUTLJJ	Queensland University of Technology Law and Justice Journal
r.	rule
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RC2	Second Restatement of the Law of Contracts
Rev.jur.Als.Lorr.	Revue juridique d'Alsace et de Lorraine
RF	Russische Föderation
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIDA	Revue internationale des droits de l'antiquité
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RJP	Revue Juridique Polynésienne
RNum	Revue numismatique
R.P.C.	Reports of Patent Cases

RPDF	Revue pratique de droit français
Röm	Brief des Paulus an die Römer (Neues Testament)
Rom. Leg. Trad.	Roman Legal Tradition
RSFSR	Russische Sozialistische Föderative Sowjetrepublik
Russ.	Russell's Chancery Reports (= English Reports 38)
S.	Seite(n)
SA	Société anonyme/Società anonima
San Diego L. Rev.	San Diego Law Review
SAR	South African Republic Supreme Court Reports
S.D.N.Y.	Southern District of New York
SdW	Spektrum der Wissenschaft
S.E.2d	West's South Eastern Reporter, Second Series
SGA	Sale of Goods Act
Sid.	Siderfin's King's Bench Reports (= English Reports 82)
slaw.	slawisch
SMU L. Rev.	Southern Methodist University Law Review
So.2d	Southern Reporter, Second Series
Soc. Phil. & Pol.	Social Philosophy and Policy
Sp.	Spalte
S. Tex. L. Rev.	South Texas Law Review
Swan	Swanston's Chancery Reports (= English Reports 36)
Tex. Int. L. J.	Texas International Law Journal
Tex. Wesleyan L. Rev.	Texas Wesleyan Law Review
THRHR	Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollands Reg
Tit.	Titulus/Titel
TLR	The Times Law Reports
Transnational Law.	The Transnational Lawyer
Trin.	Trinity Term (Zeitabschnitt in den Year Books, Juni–Juli)
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
u. a.	und andere/unter anderem
UCC	Uniform Commercial Code
UCC Rep. Serv.	Uniform Commercial Code Reporting Service
UC Davis L. Rev.	University of California Davis Law Review
U. Chic. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCLA JINEL	University of California, Los Angeles, Journal of Islamic and Near Eastern Law
U. Ill. L. F.	University of Illinois Law Forum (1949–80)
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review (1981–)
Uniform L. Rev.	Uniform Law Review
U.S.	United States Supreme Court Reports
v	versus
v.	von/vom

Va. L. Rev.	Virginia Law Review
v. Chr.	vor Christi Geburt
ved.	vedisch
VerbrGKaufRL	Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf (1999/44/EG)
Vern.	Vernon's Chancery Reports
Ves.	Vesey's English Chancery Reports
vgl.	vergleiche
Vill. Sports & Ent. L. J.	Villanova Sports and Entertainment Law Journal
VJIL	Virginia Journal of International Law
V.L.R.	Victorian Law Reports
Vorb.	Vorbemerkungen
VUW L. Rev.	Victoria University of Wellington Law Review
Wash. L. Rev.	Washington Law Review
Wayne L. Rev.	Wayne Law Review
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa
WLD	Witwatersrand Local Division Reports (Südafrika)
WLR	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen
W&M L. Rev.	William and Mary Law Review
Y.B.	Year Books (älteste Fallsammlung des Common Law), Ausgabe der Selden Society
Y.L. J.	Yale Law Journal
YPIL	Yearbook of Private International Law
ZCP	Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß
ZfRsoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG-RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Bei der Zitierung englischsprachiger Gerichtsentscheidungen beziehen sich Jahresangaben in runden Klammern auf das Jahr der Entscheidung, eckige Klammern auf den Jahrgang der Sammlung.

# Einleitung

## A. Fragestellung

Der einvernehmliche Austausch von Leistungen ist die Triebfeder jeder höheren Gesellschaft. Abgesehen von klassischen Handgeschäften fällt die gegenseitige Leistungserbringung zeitlich meist auseinander. Dann ist das Geschäft gefährdet, falls der Empfänger der Vorleistung die Erfüllung seiner eigenen Vertragspflicht ohne Konsequenzen unterlassen kann. Damit kooperatives Handeln zum Nutzen aller dauerhaft möglich wird, muss die Einhaltung geschlossener Verträge daher mit wirksamen Sanktionen bewehrt sein. Diese wiederum ergeben sich nicht aus Vertrag, sondern müssen durch gesellschaftliche, insbesondere rechtliche Regeln festgesetzt werden.<sup>1</sup> Für den Fall ihrer Missachtung droht dann staatliche Vollstreckung. Bei der Ausgestaltung dieser Absicherung vertraglicher Austauschbeziehungen stellt sich die grundlegende Frage, ob der säumige Schuldner zur Erbringung seiner ursprünglich versprochenen Leistung oder stattdessen „nur“ zum Schadensersatz angehalten werden soll. Im deutschsprachigen Rechtskreis neigt man dazu, mit dem alten Merkspruch „Verträge sind einzuhalten“ (*pacta sunt servanda*) zu antworten. Doch dieser Satz greift rechtlich zu kurz<sup>2</sup> und lässt in der Sache vieles offen. Eine Auswahl der sich stellenden Probleme zeigen die folgenden Beispiele aus dem Kaufrecht – wie wären sie nach dem Merksatz zu entscheiden?

Fall 1: V verkauft K ein soeben geborenes Katzenjunges und verspricht Lieferung nach der zwölften Lebenswoche. Das Junge wird bei V nicht ordentlich gepflegt und droht bis zur Übergabe einzugehen. Kann K auf ordentliche Pflege klagen (bzw. eine einstweilige Verfügung erwirken)?<sup>3</sup>

Fall 2 (Variante zu Fall 1): V pflegt ordentlich. Das bereits der K versprochene Katzenjunge zeigt er der D, welche sich sofort darin vernarrt und den doppelten Preis bietet. V ist einverstanden. Klage bzw. Verfügungsantrag der K, den Verkauf an D nicht zu vollziehen?<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> So die ganz überwiegende Ansicht, siehe *Durkheim*, S. 71; *Atiyah*, Essays, S. 158–65; *Gould*, *Cardozo L. Rev.* 17 (1996), 1239, 1326 Fn. 279. Unabhängig von Sanktionen werden für die Verbindlichkeit von Verträgen allerdings auch außerrechtliche Begründungen diskutiert, dazu später in Kapitel 4, unten S. 379 ff.

<sup>2</sup> Zu den Grenzen des Prinzips *Reut-Nicolussi*, S. 37 ff. m.w.N.

<sup>3</sup> Frei nach *F. Reichert-Facilides*, S. 84, dort Fall 1.

<sup>4</sup> Frei nach *F. Reichert-Facilides*, S. 84, dort Fall 2.

Fall 3: Das Bergbauunternehmen B hat sich langfristig verpflichtet, Uran an den Kraftwerksbetreiber K zu liefern. Die natürlichen Vorräte werden weit schneller verbraucht als zunächst geschätzt, Uran kann nur noch zu 10–15fach höheren Kosten aus Meerwasser gewonnen werden. Klage von K auf die versprochenen Lieferungen?<sup>5</sup>

Fall 4: V ist als Inhaber der Domain „www.pacta-sunt-servanda.de“ eingetragen. Seine Rechte aus dem Registrierungsvertrag mit der DENIC e.G. verkauft er dem K. Vor der Übertragung reut den ausgebildeten Juristen V die leichtfertige Preisgabe dieser schönen Internetadresse. Klage des K auf Übertragung?

Fall 5: K bestellt bei V verbindlich einen neuen Pkw. Später beschließt V, sich aus dem Autohandel zurückzuziehen und will auch den Wagen des V nicht mehr ausliefern. Klage des K?

Der erste Fall zeigt, dass die erfolgreiche Durchführung des Vertrags oft von der Erbringung weiterer, über die eigentliche Leistung hinausgehender Tätigkeiten abhängt. Führt das notwendig zu entsprechenden Nebenpflichten, und muss die Erzwingbarkeit darauf erstreckt werden? Wo sind dabei die Grenzen? Wann gewinnen die Prinzipien der allgemeinen Handlungsfreiheit und der Disposition über das eigene Vermögen (und damit über die noch nicht übereignete Kaufsache) die Oberhand? Fall 2 erweitert den Blick über das Zweipersonenverhältnis hinaus und wirft die Frage nach der optimalen Gesamtlösung für alle Beteiligten auf. Ist das Kätzchen nicht letztlich bei der Liebhaberin D besser aufgehoben? Anscheinend gibt es einen Konflikt zwischen der ökonomischen Funktion des Vertrags – Stichwort Ressourcenallokation – und seiner überkommenen moralischen Fundierung, die sich im kategorischen „*pacta sunt servanda*“ manifestiert. Dies demonstriert auch Fall 3, für den selbst die auf Erfüllungszwang ausgerichtete deutsche Rechtsordnung ein Korrektiv bereithält, welches die Anpassung des für den Schuldner untragbar gewordenen Vertrags erlaubt.<sup>6</sup> Abwägungsprobleme wie diese lassen sich viele finden, so dass „Verträge sind einzuhalten“ für die praktische Anwendung allenfalls eine grobe Orientierung bieten kann. Die letzten beiden Fälle illustrieren schließlich, dass das Interesse an vertragsgemäßer Leistung gerade bei einzigartigen Sachen besonders groß ist: Die Domain ist in Fall 4 nur über V erhältlich, in Fall 5 wird sich K den Neuwagen nötigenfalls am Markt besorgen können – auch dieser Unterschied wird in dem starren Prinzip nicht reflektiert.

Näher betrachtet erweist sich die Formel „*pacta sunt servanda*“ überdies als sehr offen. So wäre zunächst zu klären, auf welcher rechtlichen Ebene sich die

---

<sup>5</sup> Zu den Methoden der Urangewinnung vgl. IAEA, Uran 2001: Resources, Production and Demand, S. 28. Probleme mit langfristigen Lieferverträgen aller Art sind von großer praktischer Bedeutung; vgl. Sky Petroleum Ltd. v V.I.P. Petroleum Ltd. [1974] 1 W.L.R. 576 und dazu *Rösler/Tüngler*, JuS 2002, 782 ff.

<sup>6</sup> Die Störung der Geschäftsgrundlage, seit der Schuldrechtsreform in § 313 BGB kodifiziert.

Pflicht zum Einhalten eines Vertrags auswirken soll: im materiellen Recht, im Prozessrecht und/oder in der Vollstreckung. Dass die mit dem lateinischen Leitspruch geforderte Bindungswirkung des Vertragsversprechens materiellrechtlich zu einem Anspruch auf Erfüllung führen muss, scheint klar. Prozessual ist aber fraglich, ob dieses Recht auch notwendigerweise klagbar und insbesondere eine Klage auf Erfüllung statthaft sein muss. Auch eine drohende Klage auf Schadensersatz – ggf. mit disziplinierenden Aufschlägen oder Wertpauschalen – kann wirksamen Druck bedeuten. Eröffnet man dennoch konsequent den Weg einer Klage auf Erfüllung, so stellt sich die weitere Frage nach der Vollstreckung eines stattgebenden Urteils. So folgerichtig wie hier die Anwendung unmittelbaren Zwangs erscheint, so zivilisiert mutet demgegenüber eine Beschränkung auf das mildere Mittel des Zwangsgeldes an, um in vermeintlich humanerer Weise auf den Willen des säumigen Schuldners einzuwirken. Könnte dieser sich dann aber nicht genauso von seiner Leistungspflicht freikaufen, wie wenn gegen ihn von vornherein nur eine Klage auf Schadensersatz statthaft wäre oder gar schon materiellrechtlich eine Wahlschuld auf Erfüllung oder Schadensersatz nach Belieben des Schuldners vorläge?

Das Spannungsverhältnis zwischen der Bindung an das gegebene Wort und der Freiheit, es zum Beispiel bei veränderten Umständen doch nicht einhalten zu müssen, ist also schon rechtstechnisch nicht trivial. Im Gegenteil: in mehr als zweitausendjähriger Entwicklung haben Juristen es stets kontrovers diskutiert und auf immer neue Weise aufzulösen versucht. Im Allgemeinen ist es dabei zu Kompromissen gekommen. Ein Grundsatz – die Anspruchsdurchsetzung auf Erfüllungszwang oder Schadensersatz auszurichten – wurde durch Ausnahmen eingeschränkt, in denen das Vertrauen des Gläubigers auf den Erhalt der Leistung oder aber die Freiheit seines Schuldners besonders schützenswert erschien.

Probleme des Erfüllungszwangs stellen sich auch in der Rechtsvereinheitlichung. Trotz großer Bemühungen in den letzten hundert Jahren erwies sich die Entwicklung eines gemeinsamen Ansatzes bisher als schwierig. Ausdruck dafür ist die „Nichtregelung“ im UN-Kaufrecht von 1980. Dieses Abkommen zur Regelung grenzüberschreitender Kaufverträge spart nur einen einzigen Punkt explizit aus – den Erfüllungszwang. Mit der Öffnungsklausel des Art. 28 UN-Kaufrecht, die hierzu auf das Recht des jeweiligen Gerichtsortes verweist, wird nicht nur das vom UN-Kaufrecht verfolgte Ziel der Rechtseinheit verfehlt, sondern unnötige Rechtsunsicherheit geschaffen. Die Ursache liegt im grundlegenden Unterschied zwischen den Rechtstraditionen der Konventionsstaaten. Die Länder des Common Law sehen Naturalerfüllung als außergewöhnliches Klageziel. Das Vertragsversprechen wird eher als Garantie verstanden, im Fall der Nichterfüllung Schadensersatz zu leisten.<sup>7</sup> Demgegenüber verstehen die meisten Civil-

---

<sup>7</sup> Verschuldensunabhängiger Schadensersatz ist ein Charakteristikum des angloamerikanischen Vertragsrechts, vgl. *Lord Edmund-Davies*, in: *Rainieri v Miles* [1981] AC