

Vertragstreue unter Vorbehalt

Anreize für einen Efficient Breach of Contract im
UN-Kaufrecht, in den PECL und dem BGB

Robert M. Simon*

„One does not buy a right to damages, one buys a horse.“¹

Der Beitrag untersucht drei Vertragsrechtsordnungen darauf, ob sie entgegen dem Prinzip *pacta sunt servanda* Anreize für einen Vertragsbruch bieten, falls dieser ökonomisch effizienter ist als die Erfüllung des Vertrages.

I. Einleitung

Kaum eine These der in den USA begründeten Ökonomischen Analyse des Rechts (englisch: *Law and Economics*)² hat für derart erheblichen Furor in der Rechtsliteratur gesorgt, wie die von *Birmingham*³ und *Posner*⁴ entwickelte Theorie vom *Efficient Breach of Contract* (EBC).

Nach diesem Theorem soll es einer Vertragspartei erlaubt sein, den Vertrag zu brechen und Schadensersatz zu zahlen, wenn dies ökonomisch effizienter ist, als den Vertrag zu erfüllen.⁵ Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass die Rechtsordnungen des Common Law nicht den im kontinentaleuropäischen Rechtskreis prägenden, strengen Erfüllungszwang kennen. Vielmehr wird bei Vertragsverletzung primär ein Anspruch auf Schadensersatz gewährt.⁶

Die Theorie vom EBC stellt somit einen Grundprinzip in Frage, das vor allem von deutschen Juristen als nahezu heilig angesehen wird: *Pacta sunt servanda*.

Bisherige Auseinandersetzungen mit der Theorie hatten daher überwiegend den „typischen Charakter einer theoretischen Generaldebatte“⁷, während eine rechtsvergleichende Untersuchung diverser Vertragsrechte auf konkrete Anreize für einen EBC nicht existent war. Diese Lücke schließt die vorliegende Untersuchung. Gerade die Analyse des UN-Kaufrechts sowie der *Principles of European Contract Law* (PECL) erscheint besonders reizvoll, da sie doch von Juristen des kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen Rechtskreises gemeinsam entworfen wurden.

Der Aufsatz befasst sich mit der Begehung des EBC im Kaufvertrag durch den Verkäufer vor Übereignung der Sache an den Käufer.

Im Anschluss an die Untersuchung wird zudem auf einige Einwände eingegangen, die gegen die Theorie vom EBC sprechen.

So kann am Ende beantwortet werden, ob die untersuchten Vertragsrechtsordnungen Anreize für einen EBC enthalten und ob dies in der Gesamtbeurteilung überzeugt. Beide Ergebnisse sollen für die Ausgestaltung des Leistungsstörungsrechts in künftigen Bestrebungen um eine Harmonisierung des europäischen Vertragsrechts eine Orientierung bieten.

* Der Autor ist Studierender der Rechtswissenschaften an der LMU München. Er dankt Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard) Universität de Lausanne für die Durchsicht des Beitrags und die wertvollen Hinweise und Anregungen.

1 *Buckland*, Cambridge Law Journal 8 (1942-1944), 247.

2 Vgl. hierzu *Polinsky*, An introduction to Law and Economics, 4. Aufl. 2011, 1 ff. Anhänger finden sich nun auch vermehrt in Deutschland, vgl. etwa *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, 495 ff.

3 *Birmingham*, 24 Rutgers Law Review (1970), 273.

4 *Posner*, Economic Analysis of Law, 1. Aufl. 1972, 46, 55 ff.

5 *Garner* (Hrsg.), Black's Law Dictionary, 8. Aufl. 2004, 555.

6 Vgl. hierzu *Heinrich/Huber*, Einführung in das englische Privatrecht, 3. Aufl. 2003, 41 ff.

7 *Lüdemann/Magen*, Preprints MPI 2008/41, 1 (2).

II. Hauptteil

1. Theorie vom Efficient Breach of Contract

Verträge führen aus ökonomischer Sicht zu einer optimierten Nutzung von Ressourcen und damit zu einem Vermögenszuwachs in Form eines sog. Nutzengewinns beider Parteien.⁸ Steht aber eine Partei nach Vertragserfüllung schlechter als ohne diese, ist es nicht mehr gewährleistet, dass der Vertrag auch zu einer volkswirtschaftlich optimierten Güterzuordnung führt.⁹ Das Ergebnis könnte folglich ökonomisch nicht mehr effizient sein. Hier setzt die Theorie des EBC an: Einer Vertragspartei soll es erlaubt sein, den Vertrag nicht zu erfüllen, sondern nur Schadensersatz zu zahlen, wenn dies ökonomisch effizienter ist.

Daraus folgt, dass die positive Vertragsrechtsordnung, die die Konsequenzen des Vertragsbruchs in aller Regel bestimmt¹⁰, in solchen Konstellationen den Bruch zulassen¹¹, und somit nur solange Anreize für die Vertragserfüllung geben darf, wie die Erfüllung auch die ökonomisch effizientere Lösung ist¹².

Ökonomisch effizienter soll der Vertragsbruch immer dann sein, wenn der Schuldner (hier: Verkäufer) nach vollständiger Kompensation des Erfüllungsinteresses des Gläubigers (hier: Käufer) besser steht, als wenn er den Vertrag erfüllt hätte.¹³

Der EBC wird in den folgenden zwei Konstellationen diskutiert:

a) *Deliberate Breach of Contract*

Zunächst soll der Verkäufer den Erstvertrag brechen, um die Leistung einem Dritten zuzuwenden, weil dieser einen derart hohen Preis bezahlt, dass der Verkäufer das Erfüllungsinteresse des (Erst-)Käufers begleichen kann und trotzdem noch Gewinn erzielt.¹⁴ Er bricht den Vertrag gewollt zur Profitmaximierung: *Deliberate Breach of Contract*.¹⁵

b) *Involuntary Breach of Contract*

Zudem wird der Bruch für die Konstellation diskutiert, in welcher der Verkäufer den Vertrag bricht, weil sich die Kosten für die Erfüllung nach Vertragsschluss für ihn in einem solchen Umfang erhöht haben, dass sie das Erfüllungs-

interesse des Gläubigers schon minimal übersteigen.¹⁶ Der Vertragsbruch erfolgt ökonomisch gesehen unfreiwillig und wird nur vollzogen, um Verluste abzuwenden: *Involuntary Breach of Contract*.¹⁷

2. Anreize für einen EBC im UN-Kaufrecht, in den PECL und im BGB

Wie oben bereits aufgezeigt, hängt die Möglichkeit für die Begehung eines EBC fast ausschließlich von der positiven Vertragsrechtsordnung ab. Diese enthält insbesondere¹⁸ dann Anreize für einen EBC, wenn sie die folgenden Maßnahmen beachtet:

(1) Sie darf dem Käufer als Rechtsbehelf bei Vertragsbruch entweder schon keinen Erfüllungsanspruch an die Seite stellen oder sie muss die Durchsetzbarkeit dieses Anspruchs vor Gericht unterbinden.¹⁹ Der Verkäufer kann den Vertrag andernfalls faktisch nicht in Form der Leistungsverweigerung brechen.

(2) Zudem sollte der Käufer – im Falle, dass die Vertragsrechtsordnung ihm primär einen Erfüllungsanspruch gewährt – nach Verwirklichung des *Deliberate Breach* (Übergabe und Übereignung der Sache an den Dritten) den Anspruch auf die objektiv noch mögliche Erfüllung direkt oder zumindest mittelbar verlieren. Hier geht es um die Frage, ob und wann der Verkäufer trotz seines vertragswidrigen Verhaltens von der Leistungspflicht befreit wird.

(3) Weiter muss im Falle eines bestehenden Erfüllungszwangs der Verkäufer schon bei Vorliegen der Ausgangssituation des *Involuntary Breach* (Kosten für die Erfüllung übersteigen minimal das Erfüllungsinteresse des Käufers) vom Anspruch *in natura* befreit werden. An dieser Stelle wird untersucht, ob und wann die Vertragsrechtsordnung *pacta sunt servanda* einschränkt, wenn der Verkäufer sich vertragstreu verhalten hat, nach Vertragsschluss die Erfüllungskosten aber das Erfüllungsinteresse des Käufers überschritten haben.²⁰

(4) Letztlich müsste das Vertragsrecht Schadensersatzregeln enthalten, die den Verkäufer nach „erfolgreichem“ Vertragsbruch (Verkäufer muss die Leistung nicht mehr erbringen) zum Ausgleich des Erfüllungsinteresses des Käufers verpflichten²¹, ihn aber nicht für unvorhersehbare Schä-

8 Schäfer/Ott (Fn. 2), 496.

9 Faust, Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß Art. 74 S. 2 CISG, 1996, 315.

10 Zu denken wäre allenfalls noch an abweichende Parteivereinbarungen, vgl. aber hierzu II.3.

11 Vgl. Grundmann/Hoerning, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, 2007, Leistungsstörungsmodelle in Europa im Lichte der ökonomischen Theorie, 431.

12 Vgl. Posner (Fn. 4), 56.

13 Vgl. Huber, Leistungsstörungen, Bd. 1, 1999, 50; zum zugrundeliegenden Effizienzkriterium der Ökonomen Pareto, Kaldor und Hicks vgl. Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, 32 ff.

14 Vgl. Cziupka, Dispositives Vertragsrecht, 2010, 344; Schäfer/Ott (Fn. 2), 496.

15 Weller, Die Vertragstreue, 2009, 357.

16 Vgl. Cziupka, (Fn. 14), 345.

17 Weller (Fn. 15), 356.

18 Zu denken wäre zusätzlich noch an das sog. *ius ad rem*, das dem Käufer einen dinglichen Anspruch gegen den Dritten auf Herausgabe der Sache gibt, vgl. Weller (Fn. 15), 359, 439 ff. Dieses ist aber offensichtlich in keinen der zu untersuchenden Vertragsrechte vorsehen.

19 Vgl. Nagel, Eigentum, Delikt und Vertrag, 4. Aufl. 2003, 130.

20 Dass das Vertragsrecht den Verkäufer schon in der Ausgangssituation des *Deliberate Breach* befreit, ist dagegen abwegig, vgl. hierzu Neufang, Erfüllungszwang als „remedy“, 1998, 366.

21 Vgl. Grundmann/Hoerning (Fn. 11), 439.

den haften lassen²² sowie dem Käufer keinen Anspruch auf Herausgabe des aus dem Vertragsbruch erzielten Gewinns geben²³. Ebenso darf sie – im Falle des *Deliberate Breach* – keine deliktischen Sanktionen gegen den Verkäufer bzw. den Dritten gewähren.²⁴

a) Kein vor Gericht durchsetzbarer Erfüllungsanspruch des Käufers nach Vertragsbruch

Zunächst wird untersucht, ob die drei Vertragsrechte dem Käufer einen vor Gericht durchsetzbaren Erfüllungsanspruch gewähren:

aa) UN-Kaufrecht

Bei Nichterfüllung des Verkäufers stehen dem Käufer die Rechte aus Art. 46 bis 52 CISG zu (Art. 45 Abs. 1 lit. a, Art. 30 CISG). Art. 46 Abs. 1 CISG stellt dabei schon mit seiner systematischen Stellung klar, dass der Anspruch des Käufers vorrangig auf Erfüllung *in natura* gerichtet ist.²⁵

Bei der Durchsetzbarkeit dieses Anspruchs vor Gericht ergibt sich allerdings eine Einschränkung des Leistungszwangs durch den unabdingbaren²⁶ Art. 28 CISG: Diese Vorschrift erlaubt es dem angerufenen Gericht, von einer Verurteilung zur Naturalerfüllung abzusehen, wenn es bei Kaufverträgen auf der Grundlage des nationalen materiellen Rechts diese auch nicht vornehmen würde.²⁷ Der Gläubiger wird also durch das Gericht auf Schadensersatz gemäß Art. 45 Abs. 1 lit. b), Art. 74 bis 77 CISG verwiesen. Jedoch besitzt das Gericht Ermessen und kann, auch wenn es dies nach nationalem Recht nicht tun würde, den Verkäufer zur Vertragserfüllung – der *specific performance* – verurteilen.²⁸

bb) PECL

In den PECL ist die Nichterfüllung aufgrund des vorsätzlichen Vertragsbruchs im Einflussbereich des Verkäufers (Art. 8:108 PECL). Daher kann der Käufer gemäß Art. 8:101 PECL von den im Kapitel 9 vorgesehenen Rechtsbehelfen Gebrauch machen. Art. 9:102 Abs. 1 PECL gewährt dem Käufer dabei auch explizit einen Anspruch auf Erfüllung *in natura*. Ein bestehender Erfüllungsanspruch kann zudem durch gerichtliche Anordnung oder Urteil durchgesetzt werden.²⁹

cc) BGB

Auch im BGB kann der Käufer gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB auf Übergabe und Übereignung bestehen und diesen Erfüllungsanspruch im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen.³⁰ Falls dem Käufer zudem bekannt wird, dass der Verkäufer die Sache an einen Dritten übereignen will, hilft ihm die einstweilige Verfügung, seinen Anspruch durchzusetzen (§§ 935 ff. ZPO).³¹

dd) Vergleich der Vertragsrechtsordnungen

Damit setzen alle drei Vertragsrechtsordnungen den Erfüllungsanspruch als Rechtsbehelf an erster Stelle.

Das UN-Kaufrecht schränkt die Durchsetzbarkeit vor Gericht mit Art. 28 CISG ein und gibt den Gerichten des Common Law damit die für sie gewohnte Möglichkeit, das Prinzip *pacta sunt servanda* aufzuweichen. In der Praxis wird bei Leistungsstörung in der Regel vom Käufer ohnehin der Geldersatz der Leistung vorgezogen, so dass die praktische Bedeutung des Art. 28 CISG gering ist.³² Hieraus folgt, dass der EBC im UN-Kaufrecht zunächst möglich sein könnte.

Dagegen sind die PECL und das BGB rigoros: Der Käufer kann dort einen bestehenden Erfüllungsanspruch ohne Weiteres vor Gericht durchsetzen.

b) Einschränkungen des Erfüllungsanspruchs des Käufers nach Verwirklichung des Deliberate Breach of Contract

Da alle hier untersuchten Vertragsrechte den Erfüllungsanspruch als Rechtsbehelf bei Vertragsbruch gewähren, stellt sich nun die Frage, ob dieser Anspruch im Falle des deliberate breach nach Übergabe und Übereignung der Sache an den Dritten direkt oder zumindest mittelbar erlischt.

aa) UN-Kaufrecht

Das UN-Kaufrecht schweigt zu der Frage, ob und wann die objektiv mögliche Erfüllung nach Art. 46 Abs. 1 CISG für den Verkäufer ausgeschlossen ist.³³ Jedoch wird unbestritten angenommen, dass auch bei Veräußerung an einen Dritten der Erfüllungsanspruch grundsätzlich bestehen bleibt.³⁴ Mit unterschiedlicher Herleitung aus dem Übereinkommen, soll der Anspruch ausnahmsweise ausgeschlossen sein, wenn die Leistungserbringung dem Verkäufer unmöglich ist.³⁵ Da der Verkäufer im Fall des marktbezogenen Gattungskaufs (der im internationalen Handel die Regel ist) das Beschaffungsrisiko trägt, wird diese subjektive Unmög-

22 Weller (Fn. 15), 359 m.w.N.

23 Köndgen/v. Randow, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1989, Sanktionen bei Vertragsverletzung, 131.

24 Finsinger/Simon, KritV 1987, 262 (268).

25 Vahle, ZVglRW 1999, 54 (55 f.).

26 H.M., vgl. Ferrari, in: Ferrari u.a. (Hrsg.), CISG, 2. Aufl. 2011, Art. 28 Rn. 8 m.w.N.

27 Salger, in: Witz/Salger/Lorenz (Hrsg.), CISG, 1. Aufl. 2000, Art. 28 Rn. 2.

28 Müller-Chen, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, 6. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 21 f.

29 F. Satori, in: Antonioli/Veneziano (Hrsg.), PECL and Italian Law, 2005, Nr. 1 zu Art. 9:102.

30 Dennhardt, in: Beck'scher Online-Kommentar, BGB, 33. Ed. (Stand: 15.03.2015), § 362 Rn. 10.

31 Nagel (Fn. 19), 130.

32 Vgl. Schmidt-Ahrendts, Das Verhältnis von Erfüllung, Schadensersatz und Vertragsaufhebung im CISG, 2007, 9.

33 Vgl. Huber, in: Münchener Kommentar, BGB, 6. Aufl. 2012, Art. 46 CISG Rn. 8. Auch die objektive Unmöglichkeit ist nicht normiert.

34 Martinek, in: Staudinger, CISG, Neubearbeitung 2013, Art. 46 Rn. 27.

35 H.M., nur im Detail differenzierend, vgl. Huber (Fn. 33), Art. 46 CISG Rn. 18; a.A. Ferrari (Fn. 26), Art. 28 Rn. 6: Über Art. 28 CISG sind die Erlöschensgründe im nationalen Recht anzuwenden.

lichkeit allerdings in der Praxis selten zum Ausschluss der Leistungspflicht führen.³⁶ Bei einer Stückschuld soll der Erfüllungsanspruch nur dann erlöschen, wenn die Wiederbeschaffung von dem Dritten vollkommen unzumutbar wäre.³⁷ Dies ist dann der Fall, wenn der Vorteil des Käufers außer Verhältnis zu den Kosten und dem Aufwand des Verkäufers steht.³⁸ Dabei sind jedoch auch die zur behaupteten Unzumutbarkeit führenden Gründe einzubeziehen.³⁹ Nur *Straub* möchte für die Situation, in der der Verkäufer nur unter schweren Bedingungen leisten, der Käufer aber ohne größere Schwierigkeiten zu einer vertragsgerechten Erfüllung auf anderem Wege gelangen kann, dass der Erfüllungsanspruch nach Art. 7 Abs. 1 CISG (Treu und Glauben) erlischt.⁴⁰ Dies wird allerdings mit Verweis auf die Entstehungsgeschichte des Art. 46 CISG abzulehnen sein: Das CISG kennt – anders als noch das Haager Kaufrecht mit Art. 41 Abs. 1 lit. c) EKG – gerade keine entsprechende Bestimmung.⁴¹

bb) PECL

In den PECL sind diverse Ausschlussgründe des Erfüllungsanspruchs in Art. 9:102 Abs. 2 PECL normiert:

Eine Regelung, die den Erfüllungsanspruch nach Übereignung direkt entfallen lässt, kennen jedoch auch die PECL nicht.

Allenfalls kann die in Art. 9:102 Abs. 2 lit. a Alt. 2 PECL verankerte subjektive Unmöglichkeit dem Verkäufer vorliegend helfen.⁴² Demnach ist Erfüllung ausgeschlossen, wenn der Dritte zu keinem Preis die Sache an den Verkäufer rück- oder an den Käufer übereignen möchte.

Liegt eine solche Situation nicht vor, kann allerdings Art. 9:102 Abs. 2 lit. b Alt. 2 PECL dem Erfüllungsanspruch entgegenstehen: Erfüllung kann demnach nicht verlangt werden, sofern sie dem Verkäufer unangemessene Kosten verursachen würde. Auch hier kommt es auf das Verhältnis des finanziellen Aufwands zu der versprochenen Erfüllung aus Sicht eines vernünftigen Käufers an.⁴³ Das Gegenleistungsinteresse des Verkäufers, findet keine Berücksichtigung.⁴⁴ Zudem sollen auch subjektive Umstände, wie die Verantwortlichkeit des Verkäufers für die Beurteilung der Unangemessenheit berücksichtigt werden.⁴⁵ Demnach werden auch extrem hohe Kosten für die (Wieder-) Beschaffung der Sache letztlich nicht zur Unzumutbarkeit führen.

Eine weitere, hier besonders relevante Ausnahme vom Erfüllungsgrundsatz findet sich in Art. 9:102 Abs. 2 lit. d) PECL. Erfüllung ist demnach auch dann ausgeschlossen, wenn der Käufer die Leistung vernünftigerweise aus einer anderen Quelle erhalten kann. Die Beweislast hierfür trägt der Verkäufer.⁴⁶ Erbringt er diesen Beweis, muss er nur Schadensersatz für das vom Käufer vollzogene Deckungsgeschäft leisten (Art. 9:103 PECL).

cc) BGB

Auch das BGB kennt keinen direkten Ausschluss der Leistungspflicht, sobald die Sache an den Dritten übereignet wurde.

Allerdings wird im Falle, dass der Dritte die Sache nie wieder herausgeben möchte, die Leistungspflicht für den Verkäufer nach § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB ausdrücklich wegen subjektiver Unmöglichkeit ausgeschlossen. Wenn dem Verkäufer (auch mit Zuhilfenahme weiterer Personen) für den Rückerwerb der Sache vom Dritten lediglich die finanziellen Mittel fehlen, führt dies bestenfalls zu einem Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 BGB.⁴⁷ Diese rechtsverneinende Einrede setzt aber insbesondere voraus, dass der Aufwand des Verkäufers in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Käufers steht.⁴⁸ Die enge Auslegung⁴⁹ sowie die Gewichtung in der Verhältnismäßigkeitsprüfung, dass der Verkäufer den Vertragsbruch zu vertreten hat (§ 275 Abs. 2 S. 2 BGB), führen aber dazu, dass er mindestens Aufwendungen für die Wiederbeschaffung bis zur Grenze des zu leistenden Schadensersatzes schuldet.⁵⁰

dd) Vergleich der Vertragsrechtsordnungen

Alle drei Vertragsrechte befreien somit den Verkäufer nicht schon direkt mit Übereignung der Sache an den Dritten. Mittelbar erlischt der Erfüllungsanspruch übereinstimmend bei subjektiver Unmöglichkeit. Diese liegt dann vor, wenn der Dritte die Sache auf keinen Fall wieder herausgeben möchte. Lässt der Dritte aber eine Übereignung an den Verkäufer bzw. Käufer zu, hilft dem vertragsbrechenden Verkäufer nur die faktische Unmöglichkeit. Sie schließt letztlich in allen Vertragsrechtsordnungen identisch die Leistungspflicht dann aus, wenn ein krasses Missverhältnis zwischen Aufwand des Verkäufers und Leistungsinteresse des Käufers besteht. Der Verkäufer wird aber wegen seiner Verantwortlichkeit für die Leistungerschwerung in allen drei Vertragsordnungen deutlich höhere monetäre Aufwendungen leisten müssen, als er vom Dritten bei Verwirklichung des *Deliberate Breach* erhalten hat. Während die faktische Unmöglichkeit für den Verkäufer in den PECL (Art. 9:102 Abs. 2 lit. b PECL) und im UN-Kaufrecht einen Ausschlussgrund für die Erfüllung darstellt, kann der Verkäufer im BGB auch überobligationsmäßig leisten

36 Müller-Chen (Fn. 28), Art. 46 Rn. 12.

37 Vgl. Huber (Fn. 33), Art. 46 Rn. 18; a.A. u. a. Schwenzler (Fn. 28), Art. 79 Rn. 54 m.w.N.: Der Erfüllungsanspruch ist nicht durchsetzbar.

38 Benicke, in: Münchener Kommentar, HGB, 3. Aufl. 2013, Art. 46 CISG Rn. 7.

39 Müller-Chen (Fn. 28), Art. 46 Rn. 12.

40 Vgl. Straub, in: Honsell (Hrsg.), CISG, 2. Aufl. 2010, Art. 46 Rn. 31 a.E.

41 Müller-Chen (Fn. 28), Art. 46 Rn. 14 f.

42 F. Satori (Fn. 29), Art. 9:102 Nr. 2.

43 Vgl. Stiel, Leistungsstörung bei Lizenzverträgen, 2009, 46.

44 v. Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht, 2002, F zu Art. 9:102.

45 Stiel (Fn. 43), 46.

46 v. Bar/Zimmermann (Fn. 44), H zu Art. 9:102.

47 Vgl. Grüneberg, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 275 Rn. 23.

48 Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 20. Aufl. 2012, Rn. 424.

49 Stadler, in: Jauernig (Hrsg.), BGB, 15. Aufl. 2014, § 275 Rn. 24.

50 Vgl. Grüneberg (Fn. 47), § 275 Rn. 28 a.E.

(§ 275 Abs. 2 BGB).

Die PECL geben als einziges Vertragsrecht durch Art. 9:102 Abs. 2 lit. d PECL (Deckungsgeschäft) dem Verkäufer direkt die Möglichkeit, den Erfüllungsanspruch des Käufers auszuschließen. Diese Ausnahme stellt zugleich den relevantesten Fall dar, in denen das Common Law Schadensersatz gewähren möchte und ist somit Annäherung an den anglo-amerikanischen Rechtskreis.⁵¹

c) Einschränkung des Erfüllungsanspruchs schon in der Ausgangssituation des Involuntary Breach of Contract

Fraglich ist nun, ob der Erfüllungszwang in den Vertragsrechten auch dann Einschränkung erfährt, wenn nach Vertragsschluss die Kosten für die Leistungserbringung ohne Zutun des Verkäufers das Erfüllungsinteresse des Käufers schon minimal überstiegen haben:

aa) UN-Kaufrecht

Auch hier kommt nur ein Ausschluss nach subjektiver und faktischer Unmöglichkeit in Betracht.⁵² Wie bereits oben gesehen, liegt jedoch die Grenze für den Erfüllungsanspruch deutlich höher, als die EBC-Theorie dies verlangt. Allerdings wird, da auch die Gründe für die Leistungser schwerung zu berücksichtigen sind (s.o.), eine Befreiung von der Erfüllung zumindest früher anzunehmen sein, als im Falle eines verwirklichten *Deliberate Breach* – die Erschwerung ist gerade ohne Zutun des Verkäufers eingetreten.

bb) PECL

Ähnlich hierzu verläuft die Grenzziehung in den PECL mit den Regelungen der Art. 9:102 Abs. 2 lit. a Alt. 2 und lit. b PECL (s.o.). Da der Verkäufer die Leistungser schwerung nicht zu verantworten, ist auch hier die Unangemessenheit der Kosten nach Art. 9:102 Abs. 2 lit. b PECL früher zu bejahen. Die PECL geben jedoch mit Art. 9:102 Abs. 2 lit. d PECL auch in dieser Situation zusätzlich dem vertragsbrechenden Verkäufer die Möglichkeit den Käufer auf ein Deckungsgeschäft zu verweisen.

cc) BGB

Das BGB schließt die Erfüllungspflicht in dieser Situation dagegen nur bei subjektiver und faktischer Unmöglichkeit, und somit letztlich identisch zum CISG aus (§ 275 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2 BGB).

dd) Vergleich der Vertragsrechtsordnungen

Ein Erlöschen des Erfüllungsanspruchs, sobald die Kosten das Erfüllungsinteresse des Verkäufers vor Vertragsbruch übersteigen, wird auch in der Ausgangssituation des *involuntary breach* von allen drei Rechtsordnungen nicht akzeptiert. Vielmehr führt auch hier nur die subjektive oder faktische Unmöglichkeit zum Ausschluss des Erfüllungsan-

spruchs des Käufers.⁵³

d) Den Efficient Breach of Contract begünstigende Schadensersatzregelungen

Letztlich müssen die Vertragsrechte, wenn der Verkäufer die Leistung nicht mehr zu erbringen braucht, Schadensersatzregelungen enthalten, die den EBC begünstigen:

aa) UN-Kaufrecht

Bei Vertragsbruch des Verkäufers hat der Käufer einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß Art. 45 Abs. 1 lit. b, Art. 74 bis 77 CISG. Der Grund für die Pflichtverletzung ist zunächst unerheblich.⁵⁴ Auch ist irrelevant, dass der Verkäufer den Vertrag vorsätzlich gebrochen hat, da er – wie im anglo-amerikanischen Recht üblich – garantiert, also unabhängig von seinem Verschulden haftet (*strict liability*).⁵⁵ Art. 79 Abs. 1 CISG befreit den Verkäufer von der Schadensersatzpflicht nur dann, wenn der Grund für die Nichterfüllung außerhalb seines Einflussbereichs lag. Hier weigert sich jedoch gerade der Verkäufer zu erfüllen, so dass er die Nichterfüllung auch „zu verantworten“⁵⁶ hat.

Gemäß Art. 74 S. 1 CISG ist der Maßstab für den Schadensersatz das Erfüllungsinteresse des Käufers.⁵⁷ Der Verlust von kausal verursachten Schäden (Nichterfüllungs-, Begleit- und Folgeschäden) sowie der entgangene Gewinn sind zu ersetzen.⁵⁸ Allerdings wird die Ersatzpflicht gemäß Art. 74 S. 2 CISG auf vorhersehbare Schäden beschränkt: Vorhersehbar ist, was eine verständige Person aus Sicht des Verkäufers bei Kenntnis der Umstände zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorausgesehen hätte.⁵⁹ Diese Begrenzung gilt auch dann, wenn der Verkäufer vorsätzlich gegen vertragliche Pflichten verstoßen hat.⁶⁰ Zudem schränkt die Schadensminderungspflicht die Haftung des Gläubigers ein (Art. 77 CISG).

Bei der Schadensberechnung bei Nichterfüllung unterscheidet das CISG danach, ob gleichzeitig eine Vertragsaufhebung stattgefunden hat oder am Vertrag festgehalten wurde (Art. 75 und 76 CISG).⁶¹ Die endgültige Nichtleistung stellt eine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne des Art. 25 CISG dar⁶², so dass der Käufer den Kaufvertrag ohne weiteres aufheben und den Schaden nach Art. 75 und 76 CISG entsprechend den Kosten eines Deckungsgeschäfts oder anhand des Marktpreises der Ware ersetzt verlangen kann⁶³.

Grundsätzlich wird angenommen, dass keine Herausga-

51 v. Bar/Zimmermann (Fn. 44), Anm. 3. e) zu Art. 9:102.

52 Insbesondere sind Äquivalenzstörungen außer Betracht zu lassen, da hier das Leistungsinteresse des Käufers parallel mit dem Leistungsaufwand des Verkäufers ansteigt.

53 Kritisch hierzu Köndgen/v. Randow (Fn. 23), 129 ff.

54 Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 287.

55 Güllemann, Internationales Vertragsrecht, 2011, 191.

56 Schlechtriem/Schroeter (Fn. 54), Rn. 641.

57 Grundmann/Hoernig (Fn. 11), 439 f.

58 Huber (Fn. 33), Art. 74 Rn. 20; Güllemann (Fn. 55), 198 ff.

59 Schwenger (Fn. 28), Art. 74 Rn. 49.

60 Schwenger (Fn. 28), Art. 74 Rn. 45.

61 Schlechtriem/Schroeter (Fn. 54), Rn. 715.

62 Magnus (Fn. 34), Art. 25 Rn. 21 a.E.

63 Güllemann (Fn. 55), 199.

be des Verletzergewinns verlangt werden kann.⁶⁴ Lediglich *Schwenzer* möchte gerade für die Konstellation des verwirklichten *Deliberate Breach*, dass der Käufer, wenn er keinen Schaden erlitten hat, den Gewinn aus dem Zweitverkauf des Verkäufers aus Art. 74 Abs. 1 CISG abschöpfen dürfen soll.⁶⁵ Diese Ansicht wird jedoch insbesondere durch den Wortlaut des Art. 74 Abs. 1 CISG nicht gestützt und ist daher abzulehnen.

Einen deliktischen Anspruch (falls ein solcher aus dem nach IPR subsidiär anwendbaren nationalen Recht besteht) wird das UN-Kaufrecht wohl nur gegen den Dritten, nicht aber gegen den Verkäufer zulassen.⁶⁶

bb) PECL

Da die Nichterfüllung nach Art. 8:108 PECL nicht entschuldigt ist (s.o.), kann der Käufer gemäß Art. 9:501 Abs. 1 PECL sämtliche durch die Nichterfüllung kausal entstandenen Schäden ersetzt verlangen. Hierrunter fallen auch Folgeschäden.⁶⁷ Auch in den PECL haftet der Verkäufer garantiert. Die Haftung wird aber gemäß Art. 9:503 PECL auf vorhersehbare Schäden begrenzt. Diese Einschränkung findet jedoch nicht statt, wenn der Verkäufer – wie vorliegend der Fall – vorsätzlich nichterfüllt hat (Art. 9:503 PECL). Maßstab des Schadensersatzes ist auch hier das Erfüllungsinteresse des Käufers (Art. 9:502 S. 1 PECL).⁶⁸ Ein Mitverschulden seitens des Käufers schränkt die Ersatzfähigkeit des Schadens ein (Art. 9:504 und 9:505 PECL).

Da die vorsätzliche Nichterfüllung gemäß Art. 8:103 lit. c) PECL immer eine „wesentliche Nichterfüllung“ darstellt, kann der Käufer den Vertrag aufheben und sein Erfüllungsinteresse nach Art. 9:506 (Deckungsgeschäft) und 9:507 PECL (Marktpreis) entsprechend ersetzt verlangen.

Einen Anspruch auf Herausgabe des Gewinns wird bei vorsätzlicher Nichtleistung in den PECL bisher nicht diskutiert.⁶⁹

Ein deliktischer Anspruch aus anwendbarem nationalem Recht ist mit Blick auf das CISG zumindest gegen den Dritten denkbar.

cc) BGB

Im BGB kann der Gläubiger unproblematisch Schadensersatz statt der Leistung wegen Nichterfüllung bzw. Unmöglichkeit verlangen (§§ 280 Abs. 1, 3, 281 bzw. 283 BGB). Dieser Schadensersatz deckt das ursprüngliche Erfüllungsinteresse des Gläubigers in Geld ab.⁷⁰ Der Anspruch erfasst dabei nicht nur das Geldäquivalent für die

Leistung, sondern auch weitere Schäden, die der Gläubiger infolge der Nichterfüllung erleidet (Folgeschäden).⁷¹ Jeder kausal verursachte Schaden ist zu ersetzen.⁷² Der Verkäufer haftet jedoch verschuldensabhängig gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Höhe des Ersatzes wird durch die Adäquanztheorie begrenzt, nach der die Haftung des Schädigers bei gänzlich unwahrscheinlichen Kausalverläufen ausscheidet.⁷³ Auch kann das Nichtaufdecken einer besonderen Schadensprädisposition ein Mitverschulden des Käufers begründen (§ 254 BGB).⁷⁴

Allerdings besteht nach § 285 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf das sogenannte *stellvertretende commodum*, wenn die Leistungserbringung gemäß § 275 BGB unmöglich geworden ist. Hierunter fällt auch das Surrogat, dass der Verkäufer aufgrund des Rechtsgeschäfts mit dem Dritten für die verkaufte und übereignete Sache erhalten hat (*commodum ex negotiatione*).⁷⁵

Eine deliktische Haftung des Verkäufers wegen Vertragsbruch wird nach ganz herrschender Meinung zwar abgelehnt⁷⁶, allerdings kann ein planmäßiges Zusammenwirken des Dritten mit dem Verkäufer zur Vereitelung des Anspruchs des Käufers sittenwidrig sein⁷⁷. Der Käufer kann dann gegen den Dritten deliktisch aus § 826 BGB vorgehen und Übergabe und Übereignung der Sache gemäß § 249 Abs. 1 BGB verlangen.⁷⁸

dd) Vergleich der Vertragsrechtsordnungen

Alle Schadensersatzansprüche im UN-Kaufrecht, den PECL und dem deutschen Recht sind auf das positive Interesse gerichtet und geben insoweit Anreiz für einen EBC.

Im BGB haftet der Verkäufer zwar verschuldensabhängig, dies ist jedoch in den hier untersuchten EBC-Konstellationen belanglos, da der Verkäufer immer vorsätzlich nichterfüllt.

Die Begrenzung des Schadensersatzes läuft in den PECL und im UN-Kaufrecht über die Vorhersehbarkeit, im deutschen Recht über die sog. Adäquanztheorie. Damit wird die Höhe des Schadensersatzes im BGB erst in extremeren Fällen begrenzt⁷⁹ und macht somit den Vertragsbruch für den Verkäufer riskanter. Das höchste Risiko trägt der Verkäufer aber in den PECL, da er hier durch Art. 9:503 PECL auch für unvorhersehbare Schäden haftet. Die Durchführung des EBC wird damit praktisch unterbunden.

Das BGB gibt dem Käufer bei Unmöglichkeit einen Anspruch auf das *commodum ex negotiatione* gemäß

64 Mankowski (Fn. 38), Art. 74 Rn. 9.

65 Schwenzer (Fn. 28), Art. 74 Rn. 43.

66 Die Kommentare des CISG behandeln diese Problematik nicht ausdrücklich; vgl. aber Müller-Chen (Fn. 29), Art. 45 Rn. 32.

67 v. Bar/Zimmermann (Fn. 44), B zu Art. 9:502.

68 v. Bar/Zimmermann (Fn. 44), A zu Art. 9:502.

69 Hartmann, Der Anspruch auf das stellvertretende *commodum*, 2007, 329.

70 Medicus/Lorenz (Fn. 48), Rn. 352.

71 H.M., vgl. Ernst (Fn. 33), § 281 Rn. 1.

72 Oetker (Fn. 33), § 249 Rn. 103.

73 Schubert (Fn. 30) (Stand: 15.03.2014), § 249 Rn. 51.

74 Grundmann/Hoernig (Fn. 11), 442.

75 Jacoby/v. Hinden, Studienkommentar BGB, 14. Aufl. 2013, § 285 Rn. 2.

76 Schad, Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung?, 2010, 8: Die schuldrechtliche Bindung ist kein sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB.

77 Vgl. Teichmann (Fn. 49), § 826 Rn. 19 m.w.N.

78 Schopf, Die Beteiligung an fremdem Vertragsbruch im BGB, 2013, 236.

79 Grundmann/Hoernig (Fn. 11), 442.

§ 285 Abs. 1 BGB. Auch dieser Anspruch hält den Verkäufer letztlich von der Durchführung eines EBC ab. Die Idee einer Gewinnabschöpfung im CISG ist dagegen abzulehnen (s.o.). In den PECL wird ein Anspruch auf das *commodum ex negotiatione* bisher nicht diskutiert.

Weiter kann im BGB die Verleitung zum Vertragsbruch zudem einen Anspruch aus §§ 826 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB gegen den Dritten begründen. Hierdurch wird schon unterbunden, dass der Dritte den Vertragsbruch an den Verkäufer „heranträgt“. Ein solcher deliktischer Anspruch gegen den Dritten, wenn er sich aus dem anwendbaren nationalen Recht ergibt, wird wohl parallel auch zum CISG und den PECL bestehen.

In keiner der drei Vertragsrechte muss aber der Verkäufer den Vorteil aus dem Vertragsbruch als Mindestentschädigung an den Gläubiger erbringen.⁸⁰

e) Zusammenfassung

Alle drei Vertragsrechtsordnungen nehmen eine eher ablehnende Position gegenüber dem EBC ein, indem sie ihn eher verhindern, aber dennoch nicht *de lege* unterbinden.

Insbesondere im UN-Kaufrecht gibt Art. 28 CISG, in den PECL der Art. 9:102 Abs. 2 lit. d PECL Anreize für die Begehung eines EBC. Ansonsten wird der Erfüllungsanspruch in allen drei Vertragsrechten erst in Extremfällen begrenzt. Das Schicksal, ob der Vertragsbruch des Verkäufers zudem am Ende auch effizient ist, wird im BGB mit dem Anspruch auf das *stellvertretende commodum* in die Hände des Käufers gelegt, während in den PECL der Vertragsbruch durch die Haftungsverstärkung für Vorsatz mit hohem Risiko für den Verkäufer verbunden ist.

3. Einwände gegen die Theorie vom Efficient Breach of Contract

Um bewerten zu können, ob diese ablehnende Position der Vertragsrechte insgesamt überzeugen kann, wird nun auf die Einwände eingegangen, die gegen die Theorie vom EBC sprechen.

Neben den grundsätzlichen moralischen und ökonomischen Einwänden⁸¹ sollte man in Betracht ziehen, dass ein Vertrag in der freien Marktwirtschaft die höchste Form von Vertrauensbindung zweier Marktteilnehmer darstellt. Ein opportunistischer Vertragsbruch wird daher nicht nur zu Reputationsverlusten führen⁸², er zerstört auch das Vertrauen der Vertragsparteien untereinander. Vertrauen sich aber Marktteilnehmer nicht mehr, führt dies in der Realität langfristig zu einem starken Anstieg von Transaktionskosten.

Zudem wird die benachteiligte Partei nur in seltenen Fällen den Beweis über ihr tatsächliches Erfüllungsinteresse erbringen können, so dass sie durch den Schadensersatz regelmäßig keine vollständige Kompensation erfahren wird.⁸³ Der EBC wäre aber sodann ökonomisch nicht mehr effizient.

Die Theorie übersieht weiter Risiken, die sich *ex post* aus dem Vertragsbruch realisieren.⁸⁴ So können die nach Vertragsbruch anfallenden Kosten, beispielsweise für einen Rechtsstreit, dazu führen, dass beide Parteien am Ende nicht mehr mit einem wirtschaftlichen „Plus“ dastehen.⁸⁵

In der Konstellation des *Involuntary Breach* findet zudem gar keine effiziente Umverteilung von Ressourcen statt, da die Sache beim Verkäufer verbleibt.⁸⁶

Daneben sind im Marktverkehr Vereinbarungen zur Durchführung eines EBC in keiner Weise verbreitet, obwohl die Marktteilnehmer hierzu grundsätzlich berechtigt wären.⁸⁷

Letztlich darf das Privatrecht auch nicht nur zu einer höheren Ressourcen-Effizienz in der Gesellschaft führen, sondern soll auch dazu dienen, „dezentrale marktinkonforme Entscheidungen [zu] ermöglichen“⁸⁸.

III. Schlussbetrachtung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass das UN-Kaufrecht, die PECL und das BGB wenig Anreize für einen EBC geben. Dies scheint nach Ansicht des Verfassers in der Gesamtbetrachtung allerdings zu überzeugen.

Der Vertragsbruch führt in der Realität selten zu einem Allokationsgewinn an Ressourcen und würde somit nicht dazu beitragen, „die Welt [zu verbessern]“⁸⁹.

Die Vertragsrechtsordnungen sollten daher mindestens dem Käufer das Recht geben, einen EBC zu unterbinden. Vor diesem Hintergrund erscheint es problematisch, dass der hierfür so wichtige Anspruch auf das *stellvertretende commodum* in jüngeren Projekten zur Vertragsrechtsvereinheitlichung, wie den PECL oder den UNIDROITS *Principles of International Commercial Contracts* (PICC), keinen Eingang gefunden hat.⁹⁰

Insgesamt sollte sich der Gesetzgeber bei zukünftigen Harmonisierungsbestrebungen davor hüten, den Grundsatz *pacta sunt servanda* aufgrund von Effizienz-Überlegungen aufzuweichen. Wie Stürner zu Recht feststellt, ist es nämlich auch für die „gesellschaftliche Entwicklung nicht ohne Bedeutung, wenn die Produktion von [ökonomischen] Win-Win-Situationen mehr und mehr zum einzigen allgemeinverbindlichen Maßstab normativ gebundenen Handelns [...]“⁹¹ wird.

84 Weller (Fn. 15), 363.

85 Köhler, ZHR 144 (1980), 589 (601).

86 Weller (Fn. 15), 364.

87 Remien, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 317.

88 Horn, AcP 176 (1976), 307 (333).

89 So aber Finsinger/Simon, KritV 1987, 262 (264, 266).

90 Vgl. Hartmann (Fn. 69), 329.

91 Stürner, Markt und Wettbewerb über alles?, 2007, 132.

80 Dies wäre aber zumindest denkbar, so Schäfer/Ott (Fn. 2), 387.

81 Vgl. hierzu insbesondere Weller (Fn. 15), 360 ff. m.w.N.

82 Vgl. Unberath, Die Vertragsverletzung, 2007, 235.

83 Finsinger/Simon, KritV 1987, 262 (268).