

QUINCY C. LOBACH

Inhalt und Grenzen des Erfüllungsanspruchs

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

492

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

492

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann



Quincy C. Lobach

Inhalt und Grenzen des Erfüllungsanspruchs

Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum
deutschen, niederländischen und englischen Recht

Mohr Siebeck

Quincy C. Lobach, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaft in Groningen, Wien, München und Heidelberg; seit 2016 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg; 2021 Promotion an der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg.

Die Drucklegung dieses Werks wurde durch die Studienstiftung ius vivum und die Deutsch-Britische Juristenvereinigung gefördert.

Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss. 2021.

ISBN 978-3-16-161560-3 / eISBN 978-3-16-161561-0

DOI 10.1628/978-3-16-161561-0

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441

(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Lucas

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Literatur konnte überwiegend bis Ende 2021 berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater, Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer, möchte ich herzlich für die Betreuung meines Dissertationsvorhabens, die lehrreiche Zeit an seinem Lehrstuhl sowie das mir entgegengebrachte Vertrauen danken. Für die Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard). Bei Prof. Dr. Marc-Philippe Weller bedanke ich mich für die Übernahme des Prüfungsvorsitzes.

Mein Dank gilt ferner der Studienstiftung des deutschen Volkes und dem Deutschen Akademischen Austauschdienst, die das Dissertationsprojekt finanziell und ideell gefördert haben.

Wesentlich zur Entstehung dieser Arbeit beigetragen hat auch die Unterstützung aus dem Ausland. Für die wertvolle Zeit, die ich am Institute of European and Comparative Law der University of Oxford verbringen durfte, bedanke ich mich herzlich bei Prof. Dr. Birke Häcker und Prof. em. Dr. John Cartwright. Bei der Beschaffung der Quellen zum niederländischen Recht konnte ich auf meine Studienkollegen Gert Jan, Hugo und Tom zählen.

Für den fruchtbaren Austausch am Heidelberger Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht sei meinen Kollegen und Kolleginnen gedankt. Namentlich hervorheben möchte ich nicht nur Tobias, der sich dankenswerterweise auch zur kritischen Durchsicht der Arbeit bereit erklärt hat, sondern auch Christoph. Für seine Genauigkeit bei der Überarbeitung des Manuskripts danke ich ferner Johannes.

Schließlich möchte ich meiner Frau Laura dafür danken, dass sie mich auf meinem Weg unterstützt und dabei immer die passenden Worte findet.

Gewidmet ist dieses Buch demjenigen, dem ich im Leben am meisten zu verdanken habe.

Heidelberg, den 8. März 2022

Quincy C. Lobach

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung	1
Kapitel 1: Das praktische Bedürfnis nach Naturalerfüllung und die Interessen der Vertragsparteien	13
A. Grund und Ziel des Vertragsschlusses	13
B. Die Interessen der Vertragsparteien im Allgemeinen	14
C. Die Interessen des Gläubigers im Falle der Leistungsstörung	20
D. Zusammenführung der Ergebnisse	29
Kapitel 2: Dogmatik des Erfüllungsanspruchs	31
A. Der Anspruch im deutschen Recht	32
B. Forderungsrecht und Rechtsforderung im niederländischen Recht	44
C. <i>Rights</i> und <i>remedies</i> im englischen Recht	53
D. Rechtsvergleichende Überlegungen	100
Kapitel 3: Unmöglichkeit	107
A. Tatsächliche nachträgliche Unmöglichkeit	108
B. Vorübergehende Unmöglichkeit	119
C. Rechtliche Unmöglichkeit	124
D. Rechtsvergleichende Überlegungen	129
Kapitel 4: Normative Unmöglichkeit: Unverhältnismäßigkeit und Unzumutbarkeit	142
A. Unverhältnismäßigkeit	143

B. Unzumutbarkeit aus persönlichen Gründen	157
Kapitel 5: Grundlegende Veränderung vertragsrelevanter Umstände	166
A. Die Störung der Geschäftsgrundlage im deutschen Recht	167
B. <i>Imprévision</i> im niederländischen Recht	187
C. <i>Frustration of contract</i> im englischen Recht	200
D. Rechtsvergleichende Überlegungen	212
Kapitel 6: Vollstreckungsrechtliche Aspekte des Erfüllungsanspruchs	239
A. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe sowie von Handlungen und Unterlassungen im deutschen Recht	240
B. Realexekution im niederländischen Recht	257
C. <i>Specific enforcement</i> im englischen Recht	270
D. Rechtsvergleichende Überlegungen	285
Schlussbetrachtung	305
Literaturverzeichnis	313
Rechtsprechungsverzeichnis	342
Sachverzeichnis	357

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung	1
I. Der Erfüllungsanspruch im rechtsvergleichenden Schrifttum	1
II. Erkenntnisinteresse und Fragestellung	3
III. Wahl der zu untersuchenden Rechtsordnungen	3
1. Niederlande	3
2. England	4
3. Sprachliche Vorbemerkung	5
IV. Rechtsvergleichende Vorgehensweise	5
V. Eingrenzung	9
VI. Gang der Untersuchung	11
Kapitel 1: Das praktische Bedürfnis nach Naturalerfüllung und die Interessen der Vertragsparteien	13
A. Grund und Ziel des Vertragsschlusses	13
I. Vorteilhaftigkeit des Vertrags	13
II. Naturalerfüllung als Ziel eines jeden Vertrags	14
B. Die Interessen der Vertragsparteien im Allgemeinen	14
I. Gläubiger der charakteristischen Leistung	14
1. Verwendungsinteressen im Allgemeinen	14
2. Rechtserheblichkeit der Verwendungsinteressen	15
II. Schuldner der charakteristischen Leistung	16
1. Vergütungsinteresse	16
a) Vergütungsinteresse im engeren Sinne	16
b) Gewinnerzielungsinteresse	17
2. Leistungserbringungsinteresse	18
a) Aus (betriebs-)wirtschaftlichen Gründen	19
b) Aus ideellen Gründen	20
c) Charakter des Leistungserbringungsinteresses	20

C. Die Interessen des Gläubigers im Falle der Leistungsstörung	20
I. Defizite des Erfüllungszwangs allgemeiner Art	21
II. Art der zwangsweise durchzusetzenden Leistung	22
1. Verpflichtungen zum Geben	23
2. Verpflichtungen zum Tun	24
a) Allgemein	24
b) Erfolgsverpflichtungen und Verpflichtungen zum Tätigwerden	24
c) (Höchst-)Persönliche und nichtpersönliche Leistungspflichten	25
3. Verpflichtungen zum Unterlassen	25
III. Marktentwicklungen und anderweitige Verfügbarkeit der Leistung	27
IV. Bedeutung des Leistungszeitpunkts	28
V. Verhältnis der Interessen zueinander	28
VI. Schlussfolgerungen für die praktische Bedeutung der Naturalerfüllung	29
D. Zusammenführung der Ergebnisse	29
 Kapitel 2: Dogmatik des Erfüllungsanspruchs	 31
A. Der Anspruch im deutschen Recht	32
I. Rechtshistorische Hintergründe	32
1. Die Metamorphosentheorie <i>Savignys</i>	32
2. Der Anspruch <i>Windscheids</i>	33
II. Kodifikation des Anspruchs	35
1. Materielles Recht	35
2. Prozessrecht	38
III. Neuere Ansichten	39
1. Schuldrechtsreform	39
2. Literatur	39
IV. Naturalerfüllung als Primäranspruch	41
1. Terminologische Vorbemerkung	41
2. Naturalerfüllung gemäß § 241 Abs. 1 BGB sowie einigen weiteren Vorschriften	41
a) Grundsatz	41
b) Ausnahme des Fixhandelskaufs	42
3. Pflichtverletzung als zentraler Begriff des Leistungsstörungenrechts	43
B. Forderungsrecht und Rechtsforderung im niederländischen Recht	44
I. Rechtshistorische Hintergründe	44
II. Begrifflichkeit im geltenden niederländischen Recht	45
1. Forderungsrecht	46
2. Rechtsforderung	46
a) Grundlagen	46

b) Ausnahmen	49
aa) Kraft Gesetzes	49
bb) Kraft Natur der Verpflichtung	50
cc) Kraft Rechtshandlung	51
III. Naturalerfüllung als Primäranspruch	51
1. Naturalerfüllung gemäß Art. 3:296 BW sowie einigen weiteren Vorschriften	51
2. Unzulänglichkeit der Erfüllung: Vom Primär- zum Sekundäranspruch	51
a) Unzulänglichkeit der Erfüllung als wichtigster Fall der Nichtleistung	51
b) Vertragsbruch und Sekundäransprüche	52
C. <i>Rights</i> und <i>remedies</i> im englischen Recht	53
I. <i>Forms of action</i> und <i>writs</i>	54
1. <i>Ubi remedium, ibi ius</i>	54
2. <i>Judicature Acts</i>	55
II. Das <i>remedy</i>	56
1. Bedeutungsübersicht	56
a) <i>Remedy</i> i. S. d. (<i>forms of</i>) <i>action</i>	56
b) <i>Remedy</i> als Folge der Rechtsverletzung bzw. des Eintretens eines korrekturbedürftigen Zustands	57
c) <i>Remedies</i> im Verfahrensrecht	57
aa) Verfahrensvorbereitende Maßnahmen als <i>remedy</i>	57
bb) Gerichtsentscheidung als <i>remedy</i>	58
cc) Vollstreckungsrechtliche Maßnahmen als <i>remedy</i>	58
d) Zwischenergebnis	59
2. Systematisierung der <i>remedies</i>	59
a) <i>Self-help</i> und <i>judicial remedies</i>	59
b) <i>Legal</i> und <i>equitable remedies</i>	61
aa) Hintergrund	61
bb) Relevanz heute und sog. Fusionsthese	61
cc) Ermessensspielräume des Gerichts	64
III. Das Verhältnis zwischen <i>substantive rights</i> und <i>remedies</i>	67
1. Die Einordnung des <i>remedy</i> in die englische Anspruchsdogmatik	67
a) Das <i>remedy</i> als Begriff des materiellen Rechts	67
b) Das <i>remedy</i> und das Gericht	68
c) Die Zwitterstellung des <i>remedy</i>	68
2. <i>Substantive rights</i>	68
a) <i>Primary rights</i>	69
aa) Inhalt des <i>primary right</i>	69
bb) Existenzberechtigung der <i>primary rights</i>	70
b) <i>Secondary rights</i>	73
3. Einordnung von <i>specific performance</i>	74
IV. <i>Specific performance</i> zur Verwirklichung des <i>primary right</i>	76
1. <i>Specific performance</i> im Allgemeinen	76
a) Inadäquanz des Schadensersatzes als Hauptvoraussetzung	77

aa) Anderweitige Verfügbarkeit	77
bb) Einzigartigkeit der geschuldeten Leistung	78
(1) Allgemein	78
(2) Kommerzielle Einzigartigkeit	79
(3) Unbewegliche Sachen	79
cc) Schwierigkeiten im Hinblick auf den Schadensersatz	80
(1) Bemessung des Schadensersatzes	81
(2) Erlangung des Schadensersatzes	81
b) Überwachung durch das Gericht	82
c) Eingriff in die Freiheit des Schuldners	85
d) Sonstiges	87
2. <i>Specific performance</i> durch <i>injunction</i>	87
a) <i>Mandatory injunctions</i>	88
b) <i>Prohibitory injunctions</i>	88
aa) Reine Unterlassungsansprüche	88
bb) <i>Indirect specific performance</i>	89
(1) Hintergründe und Grundsätze	89
(2) <i>Indirect specific performance</i> und Tätigkeitsverträge	90
c) Kohärenz	91
3. <i>Specific performance</i> und besondere Verträge	92
a) Kaufrecht	92
aa) Allgemeines Kaufrecht (Sale of Goods Act 1979)	92
bb) Verbraucherkaufrecht (Consumer Rights Act 2015)	94
cc) Eigentum und Deliktsrecht (Torts (Interference with Goods) Act 1973)	94
b) Mietrecht	95
4. <i>Contempt of court</i> als Ausschlussgrund von <i>specific performance</i>	95
5. <i>Specific performance</i> als Primäranspruch im heutigen englischen Recht?	96
a) Traditioneller Grundsatz	96
b) Neuere Entwicklungen	97
D. Rechtsvergleichende Überlegungen	100
I. Recht und Anspruch, Forderungsrecht und Rechtsforderung, <i>rights</i> und <i>remedies</i>	100
II. Naturalerfüllungsanspruch, <i>recht op nakoming</i> und <i>specific performance</i>	102
III. Die Klagebefugnis vor Fälligkeit	104
Kapitel 3: Unmöglichkeit	107
A. Tatsächliche nachträgliche Unmöglichkeit	108
I. Unmöglichkeit im deutschen Recht	108
1. Überblick	108
2. Zwei Formen der Unmöglichkeit	109
a) Subjektive Unmöglichkeit	110
b) Objektive Unmöglichkeit	110

3. Bedeutung des Vertretenmüssens	112
4. Rechtsfolge	112
II. Absolute Unmöglichkeit im niederländischen Recht	113
1. Begriffsbestimmung	113
2. Fehlen einer gesetzlichen Grundlage	114
3. Grundsätze in der Lehre und Rechtsprechung	114
4. Verurteilung trotz Unmöglichkeit	115
5. Rechtsfolge	116
III. <i>Impossibility</i> im englischen Recht	116
1. Vorbemerkung: Zwei Funktionen der <i>impossibility</i>	116
2. <i>Specific performance</i> und <i>impossibility</i>	118
B. Vorübergehende Unmöglichkeit	119
I. Vorübergehende Unmöglichkeit im deutschen Recht	120
1. Gesetzliche Grundlage und Schuldrechtsreform	120
2. Rechtslage	120
II. Zeitweilige Unmöglichkeit im niederländischen Recht	122
III. <i>Temporary impossibility</i> im englischen Recht	124
C. Rechtliche Unmöglichkeit	124
I. Rechtliche Unmöglichkeit im deutschen Recht	125
II. Juristische Unmöglichkeit im niederländischen Recht	126
III. <i>Illegality</i> im englischen Recht	127
D. Rechtsvergleichende Überlegungen	129
I. Ergebnisse	129
1. Enge Auslegung der Unmöglichkeitstatbestände	129
2. (Ir-)Relevanz der Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit	130
3. Verschulden und Unmöglichkeit	131
4. Rechtsfolgen	132
a) Der Gläubiger kann die Leistung nicht verlangen	132
b) Leistungsverweigerungsrecht als Rechtsfolge der Unmöglichkeit?	132
c) Schadensersatzansprüche	132
5. Verurteilung trotz vorübergehender Unmöglichkeit	133
6. Rechtliche Unmöglichkeit	134
II. Weiterführende rechtsvergleichende Überlegungen	135
1. Unmöglichkeit der Vollstreckung als Ausschlussstatbestand?	135
2. Unmöglichkeit im Falle des Doppelverkaufs	137
 Kapitel 4: Normative Unmöglichkeit: Unverhältnismäßigkeit und Unzumutbarkeit	 142
A. Unverhältnismäßigkeit	143
I. Das grobe Missverhältnis im deutschen Recht	143

1. Allgemein	143
2. Maßstab	144
a) Aufwand des Schuldners	144
b) Leistungsinteresse des Gläubigers	145
c) Grobes Missverhältnis	145
3. Bedeutung des Verschuldens	147
4. Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung	148
5. Rechtsfolge	148
a) Vom Schuldner nicht zu vertretendes Leistungshindernis	149
b) Vom Schuldner zu vertretendes Leistungshindernis	149
II. Praktische Unmöglichkeit im niederländischen Recht	150
1. Maßstab	150
2. Rechtsfolge	152
III. <i>Hardship</i> und <i>impracticability</i> im englischen Recht	152
1. <i>Ocean Island-Fall</i>	153
2. Weitere Fälle	153
IV. Rechtsvergleichende Überlegungen	154
1. Unverhältnismäßigkeit der Naturalerfüllung	155
2. Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung	157
B. Unzumutbarkeit aus persönlichen Gründen	157
I. Unzumutbarkeit im deutschen Recht	157
1. Maßstab	158
a) Persönlich zu erbringende Leistung	158
b) Leistungshindernis auf Schuldnerseite	158
c) Leistungsinteresse des Gläubigers	158
d) Unzumutbarkeit	159
2. Bedeutung des Verschuldens	160
3. Rechtsfolge	160
II. Moralische Unmöglichkeit im niederländischen Recht	161
III. <i>Personal hardship</i> im englischen Recht	161
1. <i>Patel v Ali</i>	162
2. Weitere Fälle	163
a) Restriktive Anwendung	163
b) Ehegüterrecht und <i>specific performance</i>	163
c) Sonstiges	164
3. Rechtsfolge	164
IV. Rechtsvergleichende Überlegungen	164
 Kapitel 5: Grundlegende Veränderung vertragsrelevanter Umstände	 166
A. Die Störung der Geschäftsgrundlage im deutschen Recht	167
I. Historische Hintergründe	167
1. Voraussetzungslehre <i>Windscheids</i>	167
2. <i>Reichsgericht</i>	168

3. Praktische Relevanz	170
4. Kodifikation durch die Schuldrechtsreform	170
II. Fehlvorstellungen und Motivirrtümer	171
III. Abgrenzung	172
1. Unmöglichkeit, Unverhältnismäßigkeit und Unzumutbarkeit	172
2. Irrtum	173
3. Mängelgewährleistungsrecht	174
4. Bereicherungsrecht	174
IV. Maßstab	175
1. Vertragsgrundlage	175
a) Vertragsgrundlage und Vertragsinhalt	175
b) Schwerwiegende Veränderung bzw. Fehlvorstellungen	177
2. Hypothetischer Parteiwille	178
3. Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag	179
a) Grundsätze der Rechtsprechung	179
b) Risikoverteilung	180
aa) Vertragliche Risikoverteilung	180
bb) Gesetzliche Risikoverteilung	181
cc) Bedeutung der Vorhersehbarkeit	182
c) Bedeutung des Verschuldens	183
V. Rechtsfolgen	183
1. Primäre Rechtsfolge	184
a) Anpassung	184
b) Nachverhandlungspflicht	185
2. Sekundäre Rechtsfolgen	186
a) Rücktritt	187
b) Kündigung	187
B. <i>Imprévision</i> im niederländischen Recht	187
I. Historische Hintergründe	188
1. <i>Imprévision</i> als Exponent des Grundsatzes von Treu und Glauben	188
2. Kodifikation im BW	189
II. Abgrenzung	190
1. Irrtum	190
2. Treu und Glauben	191
3. Unmöglichkeit	192
III. Maßstab	192
1. Unvorhergesehene Umstände	192
a) Allgemein	192
b) Bedeutung der Vorhersehbarkeit	193
2. Erwartendürfen des Festhaltens am Vertrag	193
a) Allgemein	193
b) Maßstäbe von Treu und Glauben	193
3. Gesichtspunkte des Art. 6:258 Abs. 2 BW	195
a) Kraft Natur des Vertrags	195
b) Kraft Verkehrsauffassungen	196

IV. Rechtsfolgen	197
1. Verhältnis zwischen Anpassung und Aufhebung	197
2. Notwendigkeit eines konstitutiven Urteils	197
3. Anpassung und Aufhebung	198
4. Bedingungen gemäß Art. 6:260 BW	199
5. Nachverhandlungspflicht	200
C. <i>Frustration of contract</i> im englischen Recht	200
I. Begriffsbestimmung und dogmatische Einordnung	200
1. Allgemein	200
2. Abgrenzung	202
a) Unverhältnismäßigkeit	202
b) Irrtum	203
II. Historischer Hintergrund	203
III. Die in der Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe	204
1. <i>Coronation cases</i>	204
2. Weitere Fälle	206
a) Entwicklung im 20. Jahrhundert	206
aa) <i>Implied condition</i> und (hypothetischer) Parteiwille	206
bb) <i>Radically different</i> -Test	207
b) <i>Multi-factorial approach</i>	208
c) <i>Canary Wharf (BP4) T1 Ltd v European Medicines Agency</i>	208
IV. Bedeutung der Vorhersehbarkeit	210
V. Rechtsfolge	211
D. Rechtsvergleichende Überlegungen	212
I. Allgemeine Beobachtungen	212
II. Historische Entwicklung	215
III. Die Kriterien im Einzelnen	216
1. Kernkriterium	216
2. Gesichtspunkte	217
3. Unvorhergesehenheit und Unvorhersehbarkeit	218
4. Zeitpunkt der Veränderung der Umstände	219
IV. Rechtsfolgen	220
1. Allgemein	220
2. Hierarchisches Verhältnis von Anpassung und Aufhebung	222
3. Anpassung <i>ipso iure</i> oder durch konstitutive Gerichtsentscheidung	224
V. Nachverhandlungspflicht	225
VI. Drei Fallgruppen	229
1. Äquivalenzstörungen	229
a) Überblick	229
b) Rechtliche Behandlung	230
c) Gesamtbetrachtung	232
2. Leistungerschwermiss	233
a) Überblick	233

b) Rechtliche Behandlung	233
c) Gesamtbetrachtung	235
3. Zweckstörungen	235
a) Überblick	235
b) Rechtliche Behandlung	235
c) Gesamtbetrachtung	237
4. Gesamtergebnis	238
Kapitel 6: Vollstreckungsrechtliche Aspekte des Erfüllungsanspruchs	239
A. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe sowie von Handlungen und Unterlassungen im deutschen Recht	240
I. Herausgabe beweglicher Sachen	240
1. Bestimmte bewegliche Sachen	240
2. Gattungsschulden	241
3. Verfahren, insbesondere Betreten der Wohnung des Schuldners	241
4. Rechtsfolge	242
II. Herausgabe von Grundstücken und Schiffen	242
1. Person des Schuldners und Bestimmtheit des Titels	243
2. Verfahren	243
3. Vorgefundene bewegliche Gegenstände	244
a) Allgemein	244
b) Berliner Räumung; beschränkter Vollstreckungsauftrag gemäß § 885a ZPO	245
III. (Un-)Tätigkeitspflichten	246
1. Handlungspflichten	246
a) Vertretbare Handlungen	247
b) Nicht vertretbare Handlungen	248
aa) Allgemein	248
bb) Ausnahmen, insbesondere § 888 Abs. 3 ZPO	248
cc) Zwangsmittel des § 888 Abs. 1 ZPO	249
(1) Zwangsgeld	250
(2) Zwangshaft	251
2. Unterlassungs- und Duldungspflichten	251
a) Allgemein	252
b) Ordnungsmaßnahmen des § 890 ZPO	253
aa) Ordnungsgeld	254
bb) Ordnungshaft	254
3. Einheitliches Verfahren	255
IV. Fiktion der Abgabe einer Willenserklärung	256
1. Regelfall des § 894 ZPO	256
2. Sonderfall des § 895 ZPO	257
3. Erteilung von Urkunden	257
B. Realexekution im niederländischen Recht	257

I.	Verpflichtungen zum Tun und Unterlassen	258
II.	Vornahme einer Rechtshandlung, insbesondere in Bezug auf unbewegliche Sachen	258
	1. Urteil anstelle des gesamten Rechtsgeschäfts	259
	2. Zwangsstellvertretung	259
	3. Urteil anstelle einer Willenserklärung	259
III.	Herausgabe beweglicher Sachen	260
IV.	Herausgabe unbeweglicher Sachen	260
V.	Indirekte Zwangsmittel: Zwangshaft und Zwangsgeld	262
	1. Zwangshaft	262
	a) Anwendungsbereich	262
	b) Vollstreckung	263
	c) Haftentlassung	264
	2. Zwangsgeld	264
	a) Hintergrund	264
	b) Anwendungsbereich	265
	aa) Grundsatz	265
	bb) Ausnahmen	266
	c) Ausgestaltung der Zwangsgeldregelung	267
	d) Fälligkeit, Begünstigter und Vollstreckung	268
	e) Anpassung des festgesetzten Zwangsgelds	269
C.	<i>Specific enforcement</i> im englischen Recht	270
	I. <i>Contempt of court</i> und die Zwangsmaßnahmen des englischen Rechts	272
	1. Ziel und Charakter	273
	2. Die Maßnahmen im Einzelnen	275
	a) <i>Committal</i>	275
	aa) Dauer	275
	bb) Verfahren	276
	cc) Beendigung der Haft	276
	b) <i>Sequestration</i>	277
	c) <i>Fine</i>	277
	d) Weitere Maßnahmen	278
	e) Ermessen des Gerichts bei der Wahl der Maßnahmen und deren Verhältnis zueinander	279
	II. Herausgabe unbeweglicher Sachen	280
	1. Überblick	280
	2. Sondervorschriften für <i>possession claims against trespassers</i>	281
	3. Eintragung der Gerichtsentscheidung in das Register	282
	III. Herausgabe beweglicher Sachen	283
	IV. Handlungen und Unterlassungen	283
	1. Einheitliches Verfahren	283
	2. Anwendungsbereich	284
	3. Sondervorschrift für Handlungen: Ersatzvornahme	284

V. Zwangsstellvertretung	284
D. Rechtsvergleichende Überlegungen	285
I. Vorbemerkungen zur Systematik des Zwangsvollstreckungs-	
rechts	285
1. Das Zwangsvollstreckungsverfahren als Dreiparteienverhältnis	286
2. Vollstreckungsorgan	287
a) Natur	287
b) Haftung des Vollstreckungsorgans	289
3. Bestrafung in der Zwangsvollstreckung	290
4. Praktische Auswirkungen der systematischen Unterschiede	291
II. Die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen im Einzelnen	291
1. Unmittelbare Vollstreckung	292
a) Herausgabe beweglicher Sachen	292
b) Herausgabe unbeweglicher Sachen	292
aa) Übereignung	292
bb) Faktische Herausgabe	293
2. Mittelbare Vollstreckung	295
a) Zwangsgeld	295
aa) Anwendungsbereich und praktische Bedeutung	295
bb) Charakter	297
cc) Begünstigter	298
dd) Verfahren	300
b) Zwangshaft	300
aa) Anwendungsbereich und praktische Bedeutung	300
bb) Verfahren	301
III. Ergebnisse zur Vollstreckbarkeit einzelner Arten von Pflichten	302
1. Pflichten zum Geben	302
2. Pflichten zum Tun	302
3. Pflichten zum Unterlassen	303
 Schlussbetrachtung	 305
 Literaturverzeichnis	 313
Rechtsprechungsverzeichnis	342
Sachverzeichnis	357

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. F.	alte Fassung
AA	Ars Aequi
ABLEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABLEU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AC	Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Admin	Administrative Court
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Aleyn	Aleyn's Reports
All ER	All England Law Reports
Alta. L. Rev.	Alberta Law Review
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. L. Rev.	American Law Review
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AUD	Australischer Dollar
Aufl.	Auflage
B&S	Best and Smith's Reports
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
bearb. v.	bearbeitet von
Benelux-GH	Benelux-Gerichtshof
Beschl.	Beschluss
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BR	Tijdschrift Bouwrecht
Brüssel Ia-VO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache

Buff. L. Rev.	Buffalo Law Review
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BW	Burgerlijk Wetboek
bzw.	beziehungsweise
C. E.	Conseil d'État
CA	Court of Appeal
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cc	Code civil
Ch	Chancery
Ch D	Chancery Division
CHF	Schweizer Franken
CLR	Commonwealth Law Reports
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Comm	Commercial Court
CPC	Carswell's Practice Cases
CPR	Civil Procedural Rule(s)
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb
DDR	Deutsche Demokratische Republik
De G M & G	De Gex, Macnaghten and Gordon's Reports
dergl.	dergleiche
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung
Dig.	Digesten
DM	Deutsche Mark
Drew	Drewry's Chancery Reports
EGLR	Estates Gazette Law Reports
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ER	English Reports
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
ErwGr	Erwägungsgrund
etc.	etcetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUR	Euro
EWCA Civ	England and Wales Court of Appeal Civil Division
EWCA Crim	England and Wales Court of Appeal Criminal Division
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWHC	England and Wales High Court
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
Ex	Court of Exchequer Chamber
f.	folgende

Fam	Family Division
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	folgende
FJR	Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht
Fn.	Fußnote
FOB	free on board
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
GBP	Great Britain Pound
Geo. J. Legal Ethics	Georgetown Journal of Legal Ethics
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVGA	Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher
GvKostG	Gesetz über Kosten der Gerichtsvollzieher
GVO	Gerichtsvollzieherordnung
Harv. Int. L. J.	Harvard International Law Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Herv.	Hervorhebung
Herv. im Orig.	Hervorhebung im Original
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK-BGB	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
HL	House of Lords
hM	herrschende Meinung
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
Hrsg.	Herausgeber
hrsg. v.	herausgegeben von
i. H. v.	in Höhe von
i. S. d.	im Sinne des, im Sinne der
i. V. m.	in Verbindung mit
IHR	Internationales Handelsrecht
Int. R. Law & Econ.	International Review of Law and Economics
J. Comp. L.	Journal of Comparative Law
J. Emp. Leg. Stud.	Journal of Empirical Legal Studies
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies
JAR	Jurisprudenz Arbeitsrecht
JbJZivRWiss	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
JBL	Journal of Business Law
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JOR	Jurisprudenz Ondernemingsrecht
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung

JZ	Juristen-Zeitung
K. C. L. J.	King's College Law Journal
Kap.	Kapitel
KB	King's Bench, King's Bench Division
KG	Kammergericht, Kort Geding
Ktr.	Kantonrechter
L & T R	Landlord & Tenant Reports
L. J. Ch.	Law Journal Chancery
l.Sp.	linke Spalte
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	litera
Lloyd's Rep	Lloyd's Law Reports
LQR	Law Quarterly Review
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
McGill L. J.	McGill Law Journal
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Melb. U. L. Rev.	Melbourne University Law Review
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Mio.	Million
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum BGB
MüKoHGB	Münchener Kommentar zum HGB
MüKoZPO	Münchener Kommentar zur ZPO
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
Nfld. & PEIR	Newfoundland and Prince Edward Island Reports
NJ	Nederlandse Jurisprudentie, Neue Justiz
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
NK-BGB	Nomos Kommentar zum BGB
NK-ZPO	Nomos Kommentar zur ZPO
NLG	Niederländischer Gulden
Nr.	Nummer
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NYU L. Rev.	New York University Law Review
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OBW	Oud Burgerlijk Wetboek
OLG	Oberlandesgericht
Orig.	Original
Oxf. J. Leg. Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Par.	Paragraph

Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
Pauschalreise-RL	Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates
PC	Privy Council
PD	Practice Direction
Prg.	Praktijkgids
PrKG	Gesetz über das Verbot der Verwendung von Preisklauseln bei der Bestimmung von Geldschulden
Q.J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
QB	Queen's Bench, Queen's Bench Division
r.Sp.	rechte Spalte
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rb.	Rechtbank
RdC	Recueil des Cours
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht des In- und Auslandes
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
Rn.	Randnummer
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RVR	Rechtspraak Vastgoedrecht
S.	Satz, Seite
S. Cal. Interdisc. L.J.	Southern California Interdisciplinary Law Journal
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
San Diego L. Rev.	San Diego Law Review
Sch.	Schedule
SCR	Supreme Court Reports
Sec.	Section
SLT	Scots Law Times
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
StrVollstrO	Strafvollstreckungsordnung
TCC	Technology and Construction Court
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
Texas L. Rev.	Texas Law Review
TLR	Times Law Reports
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvPP	Tijdschrift voor de Procespraktijk
u. a.	und andere, unter anderem

u. U.	unter Umständen
UKSC	United Kingdom Supreme Court
Univ. Chic. L. Rev.	University of Chicago Law Review
Univ. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
Univ. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
UN-Kaufrecht	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
v	versus
v.	von, vom
VerbGK-RL	Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter
VerbrR-RL	Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Virg. L. Rev	Virginia Law Review
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
Warenhandel-RL	Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG
WLR	Weekly Law Reports
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WR	WR, Tijdschrift voor Huurrecht
Yale L. J.	Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

I. Der Erfüllungsanspruch im rechtsvergleichenden Schrifttum

Der Inhalt und die Grenzen des Erfüllungsanspruchs gehören zu den Kernthemen des Schuld- und Leistungsstörungsrechts. Das große Interesse der rechtsvergleichenden Forschung an dieser Thematik lässt sich sicherlich dadurch erklären, dass insbesondere der Inhalt des Erfüllungsanspruchs traditionell als eine der wesentlichen Divergenzen zwischen dem Civil Law einerseits und dem Common Law andererseits gesehen wird.¹

Beide Rechtskreise gehen dem ersten Anschein nach von unterschiedlichen Grundsätzen aus. Civil Law-Rechtsordnungen gewähren dem Gläubiger grundsätzlich einen Anspruch auf Naturalerfüllung, der von *Rabel* als „Rückgrat der Obligation“² bezeichnet worden ist. Das Primat der Naturalerfüllung wird üblicherweise mit der inhaltlich im Übrigen wenig aussagekräftigen *Maxime pacta sunt servanda* zum Ausdruck gebracht.³ In den diesem Rechtskreis angehörenden Rechtsordnungen existiert darüber hinaus typischerweise ein ausgefeiltes System prozessualer und vollstreckungsrechtlicher Instrumente, die es dem Gläubiger ermöglichen, den Anspruch auf Naturalerfüllung einzuklagen und erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzen. Lediglich ausnahmsweise wird der Naturalerfüllungsanspruch in einen Schadensersatzanspruch umgewandelt. Common Law-Rechtsordnungen hingegen haben sich seit jeher skeptisch gezeigt, einen solchen grundsätzlichen Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung *in natura* anzuerkennen. Vielmehr sehen deren Leistungsstörungsrechte einen Schadensersatzanspruch vor, während *specific performance* lediglich in Ausnahmefällen, unter bestimmten Voraussetzungen und in eng zugeschnitten Fallgruppen in Betracht kommen kann.

Im rechtsvergleichenden Schrifttum werden diese grundlegend verschiedenen dogmatischen Herangehensweisen häufig vergleichsweise unnuanciert hervorgehoben, gleichzeitig wird allerdings darauf hingewiesen, dass die praktischen Un-

¹ Vgl. etwa *Zimmermann*, The Law of Obligations, S. 781.

² *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, Bd. I, S. 375.

³ Siehe zu den rechtshistorischen Hintergründen näher *Landau*, in: FS Nörr, S. 457; *Zimmermann*, The Law of Obligations, S. 537 ff.

terschiede weitaus geringer sein dürften, als aufgrund der theoretischen Gegensätze vermutet werden könnte.⁴ So schreibt *Rabel* bereits 1936 in Bezug auf das (internationale) Kaufrecht:

„Diese Verschiedenheit der Ausgangspunkte bedingt äußerst weitgehende Verschiedenheiten im systematischen Aufbau und in der Begriffsbildung des Obligationenrechts. In der praktischen Durchführung des Kaufrechts jedoch sind die Unterschiede zwischen dem angelsächsischen und dem kontinentalen System nicht so groß, wie man denken könnte“.⁵

Das englische Recht hat sich auf einen ähnlichen Standpunkt gestellt. So schreibt *Treitel*:

„it should be said at the outset that the difference between [German, French and the Common Law] is probably more marked in theoretical approach than in practical effect“.⁶

In einer der wichtigsten englischen Entscheidungen der letzten Jahrzehnte zu *specific performance* heißt es schließlich:

„the general principle [is] that specific performance will not be ordered when damages are an adequate remedy. By contrast, in countries with legal systems based on civil law, such as France, Germany and Scotland, the plaintiff is prima facie entitled to specific performance. The cases in which he is confined to a claim for damages are regarded as the exceptions. In practice, however, there is less difference between common law and civilian systems than these general statements might lead one to suppose. [...] I have made no investigations of civilian systems, but a priori I would expect that judges take much the same matters into account in deciding whether specific performance would be inappropriate in a particular case“.⁷

Während deshalb vielfach – teilweise ohne weitere Begründung – gesagt wird, es gebe zwar große dogmatische, aber keine praktischen Unterschiede,⁸ macht sich die vorliegende Untersuchung die Überprüfung des Realitätsgehalts dieser These zur Aufgabe. Es gilt dabei sowohl den Inhalt des Erfüllungsanspruchs als auch die diesen Anspruch begrenzenden Institute zu untersuchen. Denn aus dem Zusammenspiel des Inhalts und der Grenzen des Erfüllungsanspruchs ergibt sich letztlich, ob der Gläubiger die vertragsgegenständliche Leistung erhalten wird.

⁴ Vgl. *Gordley*, ZEuP 1993, 498 (502); *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 482.

⁵ *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, Bd. I, S. 376.

⁶ *Treitel*, Remedies for Breach of Contract, S. 47.

⁷ *Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1998] AC 1 (HL) (11 f.).

⁸ Vgl. auch *Eisenberg/Miller*, 12 J. Emp. Leg. Stud. (2015), 29 (38): „the trend of modern research is to downplay the differences between civil- and common-law systems“.

II. Erkenntnisinteresse und Fragestellung

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach dem Inhalt und den Grenzen des Erfüllungsanspruchs. Die Neutralität gegenüber dem Forschungsgegenstand gebietet eine weitestgehend rechtsordnungsunabhängige, nicht theoretisch oder dogmatisch vorgeprägte Formulierung der Fragestellung. Die Hauptfrage dieser Untersuchung lautet deshalb:

Unter welchen Voraussetzungen gewähren die zu untersuchenden Rechtsordnungen dem Gläubiger (k)einen Erfüllungsanspruch und inwiefern bestehen sowohl bei dogmatischer Betrachtung als auch in praktischer Hinsicht Unterschiede und Gemeinsamkeiten?

Der Begriff des Erfüllungsanspruchs ist dabei zunächst im untechnischen, also insbesondere nicht im Sinne des deutschen Anspruchs zu verstehen. Vielmehr geht es darum, ob der Gläubiger den Schuldner dazu anhalten kann, die geschuldete Leistung zu erbringen. Nach diesem Verständnis stellt die Ersatzvornahme, bei der die Leistung gerade nicht vom Schuldner, sondern lediglich auf dessen Kosten erbracht wird, keine Form der Naturalerfüllung dar.

III. Wahl der zu untersuchenden Rechtsordnungen

Die Untersuchung richtet sich auf das deutsche und darüber hinaus auf das niederländische sowie englische Recht.

1. Niederlande

Das niederländische Zivilrecht, das maßgeblich im BW kodifiziert worden ist,⁹ ist aus verschiedenen Gründen von Interesse. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das niederländische Recht in den letzten Jahrzehnten eine interessante Entwicklung durchlaufen hat. Während das alte Zivilgesetzbuch der Niederlande im Grunde eine Übersetzung des französischen Cc darstellte,¹⁰ hat sich die niederländische Rechtswissenschaft ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zunehmend vom deutschen Recht inspirieren lassen¹¹. Die in der Nachkriegszeit be-

⁹ Siehe zur Kodifikation und zu ihrer Geschichte aus der deutsch- und englischsprachigen Literatur im Allgemeinen *Basedow*, ZVglRWiss 79 (1980), 132; *Hartkamp*, in: *Haanappel/Mackaay*, S. XIII; *Hondius*, AcP 191 (1991), 378; *Schmiedel*, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I („Burgerlijk Wetboek“), S. 233 ff.; zum Schuldrecht im Allgemeinen *Drobnig*, ERPL 1993, 171; *Hartkamp*, AcP 191 (1991), 396; *Vranken*, AcP 191 (1991), 411; *Smits*, in: Remien, S. 117.

¹⁰ Vgl. *Jansen*, *RabelsZ* 81 (2017), 400 (401); *Lokin*, *ZEuP* 2004, 932 (942 ff.); *Meijers*, in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, Bd. I, S. 45 (47). Siehe zum Recht der Schuldverhältnisse auch *Sieburgh*, in: *Asser*, Bd. 6-I, Rn. 2 f.

¹¹ Siehe etwa die Rekonstruktion bei *Jansen*, *RabelsZ* 81 (2017), 400 ff.; *Lokin*, in: *Schulze*, S. 253 ff.

gonnene Neukodifikation des Zivilrechts ist wiederum in hohem Maße von rechtsvergleichenden Erkenntnissen beeinflusst worden.¹² Diese Gegebenheiten haben zu einer vergleichsweise eklektischen Zivilrechtskodifikation geführt, die viel mehr als das alte Gesetzbuch von verschiedenen Rechtsordnungen inspiriert worden ist.¹³ Der wichtigste Teil dieser noch immer unvollendeten Neukodifikation wurde 1992 eingeführt.¹⁴ Das niederländische BW ist somit im europäischen Vergleich eines der neueren Zivilrechtsbücher¹⁵ und wurde darüber hinaus in bisherigen Untersuchungen zum vorliegenden Thema kaum berücksichtigt. Schließlich ermöglicht die Untersuchung einer zweiten Civil Law-Rechtsordnung den Vergleich verschiedener kontinentaleuropäischer Länder. Denn obwohl im rechtsvergleichenden Schrifttum insbesondere die Unterschiede zwischen Common und Civil Law hervorgehoben worden sind, ist auch innerhalb des letzten Rechtskreises keineswegs durchweg von einheitlichen Lösungen für jede Problematik die Rede.¹⁶

2. England

Das Common Law stellt jedenfalls nach traditioneller rechtsvergleichender Ansicht das Gegenmodell zu den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen dar. Die vorliegende Studie beschränkt sich auf das englische Recht als Mutterrechtsordnung¹⁷ des Common Law. Ebenso wenig wie die Durchführung einer Unter-

¹² In den Gesetzesmaterialien wird vielfach auf ausländische Zivilrechtskodifikationen verwiesen. Siehe näher etwa *Van der Velden/Florijn*, in: Netherlands Reports to the Thirteenth International Congress of Comparative Law, S. 43 ff. Auch *Meijers*, der die wesentlichsten Teile des BW verfasste, war mit verschiedenen fremden Rechtsordnungen durchaus vertraut. Vgl. *Jansen*, ZEuP 2008, 59 (77).

¹³ Vgl. *Drobnig*, ERPL 1993, 171 (187 f.); *Hartkamp*, 40 Am. J. Comp. L. (1992), 551 (570 Fn. 23); *Jansen*, ZEuP 2008, 59 (77); *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 100 f.; aus französischer Sicht etwa *Tallon*, ERPL 1993, 189 (195 ff.).

¹⁴ Am 01.01.1992 traten etwa der allgemeine Teil, das allgemeine und besondere Schuldrecht sowie das Sachenrecht in Kraft. Manche Vorschriften des OBW finden sich weiterhin im Buch 7A BW. Kritisch dazu *Tjong Tjin Tai*, WPNR 2016/7122, 693. Darüber hinaus ist Buch 9 BW, das für das derzeit außerhalb des BW in besonderen Gesetzen geregelte Recht des geistigen Eigentums vorgesehen ist, bisher inhaltsleer geblieben. Vgl. *Visser/Spath*, AA 2017, 381.

¹⁵ Seitdem haben insbesondere verschiedene zentral- und ost-europäische Zivilgesetzbücher eine an den marktwirtschaftlichen Verhältnissen angepasste Neukodifikation erfahren. Siehe dazu etwa die Beiträge in Horn u. a., Die Neugestaltung des Privatrechts in Mittelosteuropa und Osteuropa; *Jessel-Holst/Kulms*, Private Law in Eastern Europe; *Schulze/Zoll*, The Law of Obligations in Europe.

¹⁶ So auch *Kleinschmidt*, in: *Jansen/Zimmermann*, S. 1186. Vgl. zum französischen und deutschen Recht bspw. bereits *Dawson*, 57 Mich. L. Rev. (1959), 495. Siehe ferner die methodologischen Überlegungen bei *Dannemann*, in: *Reimann/Zimmermann*, S. 390 (413 ff.).

¹⁷ Siehe zu diesem umstrittenen, zunehmend in die Kritik geratenen Begriff und zur Rechts-

suchung zu *dem* Civil Law eine taugliche Vorgehensweise darstellen kann, sollte sich auch der Rechtsvergleicher kontinentaleuropäischer Herkunft davor hüten, *das* Common Law als Vergleichsrechtsordnung heranzuziehen. Zwar existiert aus historischen Gründen ein lebendigerer Austausch zwischen den Common Law-Rechtsordnungen, als dies zumindest seit dem Ende des 18. Jahrhunderts unter den zunehmend introvertierten Rechtsordnungen mit einer Zivilrechtskodifikation der Fall war, gleichwohl haben sich die ersteren jedenfalls formal unabhängig voneinander weiterentwickelt. An dieser Stelle sei bereits erwähnt, dass für die vorliegende Thematik im Einzelnen in der Tat Unterschiede zwischen den verschiedenen Common Law-Rechtsordnungen existieren.¹⁸

3. Sprachliche Vorbemerkung

Aufgrund der vergleichsweise geringen Verbreitung der niederländischen Sprache und zwecks Vermeidung einer Beeinträchtigung der Lesbarkeit wurden Begriffe, Zitate aus der Literatur und der Rechtsprechung sowie die wesentlichsten gesetzlichen Normen integral und in möglichst wortgetreuer Weise ins Deutsche übersetzt. Eine gewisse Verfremdung und etwaige in der deutschen Sprache eigentümlich anmutende Formulierungen wurden bewusst in Kauf genommen.¹⁹ Diese sollen gerade den besonderen juristischen Bedeutungsgehalt des Begriffs in der fremden Rechtsordnung zum Ausdruck bringen. In Ermangelung näherer Angaben wurden Übersetzungen vom Verfasser angefertigt. Aus Gründen der Redlichkeit und Überprüfbarkeit wird der Originaltext stets in den Fußnoten nachgewiesen.

Auf die Übersetzung englischsprachiger Quellen, die der Leserschaft ohnehin verständlich sein dürften, wurde hingegen verzichtet.

IV. Rechtsvergleichende Vorgehensweise

Die Ziele und die Methodik der Rechtsvergleichung haben seit mehr als einem halben Jahrhundert zu einem äußerst umfangreichen, zum Teil sehr kontroversen Schrifttum Anlass gegeben. Vor diesem Hintergrund ist das rechtsvergleichende Vorgehen dieser Untersuchung näher darzulegen.

kreislehre im Überblick *Glenn*, in: Reimann/Zimmermann, S. 423 und ferner *David/Jauffret-Spinosi/Goré*, *Les grands systèmes de droit contemporains*; *Glenn*, *Legal Traditions of the World*; *Kötz*, ZEuP 1998, 493; *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, S. 63.

¹⁸ Siehe näher unten Kap. 2 C. IV.1.a)bb(3) (S. 79).

¹⁹ Beispielfhaft sei an dieser Stelle die Übersetzung des niederländischen Gerichtsvollziehers (*gerechtsdeurwaarder*) als Gerichtstürwärter erwähnt. Siehe dazu näher unten Kap. 6 D. I.2. (S. 287).

Ein wesentliches Ziel dieser Untersuchung besteht zunächst in der systematischen Aufbereitung des fremden Rechts. Dieses häufig ein wenig herablassend als reine Auslandsrechtskunde bezeichnete Bemühen, das in erster Linie eine Sammlung und Systematisierung des Wissens und das Verständlichmachen des bisher Unverstandenen beinhaltet, ist nicht nur im wahrsten Sinne Wissenschaft,²⁰ sondern kann auch eine Erweiterung des juristischen und (rechts-)kulturellen Horizonts mit sich bringen. Von geordneten, aufbereiteten Kenntnissen über fremdes Recht können zudem die Praxis und Forschung in ganz erheblichem Maße profitieren.²¹

Doch eine Studie zum ausländischen Recht, die zwar strukturiert, aber das Deskriptive nicht übersteigt, kommt in ihrer Tiefe zu kurz.²² Ein Schwerpunkt dieser Untersuchung liegt deshalb auf der Erklärung des fremden Rechts und einer kritischen Erörterung der Lösungen, die die zu untersuchenden Rechtsordnungen für die hier interessierenden Problemkomplexe bereitstellen.²³

Insgesamt strebt diese Studie sowohl einen dogmatischen als auch einen ergebnisorientierten Vergleich der Rechtsordnungen an. Hinter den Eingangszitate, die allesamt von einer vermeintlichen praktischen Ergebnisgleichheit ausgehen, verbirgt sich eine gewisse Gleichgültigkeit gegenüber der Dogmatik.²⁴ Dafür sprechen auf den ersten Blick zwar pragmatische Erwägungen und spricht in Bezug auf etwaige Rechtsvereinheitlichungsprojekte wohl auch die Überlegung, dass sich, solange hinsichtlich der Ergebnisse Einigkeit besteht, Einheitsrecht leichter herausarbeiten lässt²⁵ – oder auch nicht, falls es an einer Ergebnisgleichheit gerade fehlt²⁶. Die dogmatische Untermauerung, Verfestigung und Siche-

²⁰ Vgl. noch *Rabel*, RheinZ 13 (1924), 279 (285): „Der Name ihres [die Wissenschaft] Ziels hieß einfach Erkenntnis“; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 14: „Die primäre Funktion der Rechtsvergleichung ist – wie die aller wissenschaftlichen Methoden – Erkenntnis“.

²¹ Vgl. *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 12 ff.; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 14 ff.

²² Vgl. *Michaels*, in: Reimann/Zimmermann, S. 345 (369).

²³ Vgl. *Dannemann*, in: Reimann/Zimmermann, S. 390 (419 f.).

²⁴ Vgl. *Michaels*, in: Reimann/Zimmermann, S. 345 (347): „functionalist comparative law is nondoctrinal insofar as it focuses not on rules alone but on their effects, not on doctrinal structures and arguments alone but on the consequences they bring about“. Siehe in Bezug auf *Rabel*s Recht des Warenkaufs auch *Dannemann*, in: Reimann/Zimmermann, S. 390 (393).

²⁵ Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 23: „Das jeweils Gleiche in den beteiligten Rechtsordnungen wird in das vereinheitlichte Normenwerk übernommen“.

²⁶ In Bezug auf die vorliegende Thematik kann etwa auf das UN-Kaufrecht hingewiesen werden, das sich in Art. 28 zum Erfüllungsanspruch zwar äußert, dem Grunde nach allerdings keinen Ausgangspunkt festlegt. Vielmehr hat das UN-Kaufrecht eine Kompromisslösung geschaffen. Vgl. etwa *Ferrari*, *RabelsZ* 71 (2007), 52 (55 ff.); *Müller-Chen*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter*, Art. 28 UN-Kaufrecht Rn. 3 m. w. N.

rung der Ergebnisse stellt allerdings die Kernaufgabe und wesentlichste Leistung der Rechtswissenschaft dar, die keineswegs herabzuwürdigen ist.

Die rechtsvergleichenden Kapitel dieser Untersuchung thematisieren zunächst den Rechtsrahmen der untersuchten Rechtsordnungen. Eine Beschränkung auf *law in books* wäre dabei verfehlt.²⁷ Vielmehr sind die Rechtsprechung und so viel wie möglich auch die Vertragspraxis einzubeziehen und in dieser Weise letztlich die realistische Anwendung des Rechts zu ermitteln („*law in action*“²⁸ oder „das lebendige Recht“²⁹). Im englischen Recht ergibt sich die Notwendigkeit dieses Vorgehens bereits aus der Natur der Rechtsordnung und ihrer Rechtsquellenlehre. Am Ende eines jeden Kapitels werden sodann die Ergebnisse zusammengeführt, gegenübergestellt und kritisch diskutiert sowie weiterführende rechtsvergleichende Überlegungen angestellt.³⁰

Dem Ausgangspunkt einer funktionalen Gleichheits-³¹ oder relativistischen Ungleichheitsvermutung³² wird von vornherein nicht gefolgt.³³ Diesbezüglich beschränkt sich diese Untersuchung nicht auf ein Entweder-Oder, das in Anbetracht des Erkenntnisinteresses gewiss verfehlt wäre, sondern strebt vielmehr danach, Differenzen wie Koinzidenzen aufzudecken und zu erklären.³⁴

Kein primäres Ziel dieser Untersuchung stellt die Ausweisung des besseren Rechts (*better law*) dar,³⁵ obgleich auch dazu gelegentlich einige Überlegungen angestellt werden. In der klassischen funktionalen Rechtsvergleichung wird etwa

²⁷ Vgl. *Rabel*, RheinZ 13 (1924), 279 (282): „Ein Gesetz ist ohne die zugehörige Rechtsprechung nur wie ein Skelett ohne Muskel“.

²⁸ *Pound*, 44 Am. L. Rev. (1910), 12.

²⁹ *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 12.

³⁰ Insofern folgt die Untersuchung der traditionellen Vorgehensweise. Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 6 und 42 ff.

³¹ Die *praesumptio similitudinis*, d. h. eine „Vermutung für die Ähnlichkeit der praktischen Lösungen“, wurde bekanntlich insbesondere von *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 39 aufgestellt. Vgl. zuvor bereits *Zweigert*, in: *Mélanges Maury*, Bd. I, S. 579 (592) sowie *Zweigert*, RIDC 18 (1966), 5 f.

³² So etwa die „Distance and Difference“-Theorie, die sich gegen die funktionale Rechtsvergleichung im Allgemeinen gewendet hat und gerade von der verschiedenen Gestaltung menschlichen Zusammenlebens und des Rechts ausgeht. Siehe zunächst insbesondere *Frankenberger*, 26 Harv. Int. L. J. (1985), 411 (*passim*) und später *Legrand*, in: *Legrand/Munday*, S. 240 (250 ff.).

³³ Siehe näher *Dannemann*, in: *Reimann/Zimmermann*, S. 390 (395 ff. m. w. N.).

³⁴ Vgl. *Dannemann*, in: *Reimann/Zimmermann*, S. 390 (391): „There is no point in comparing what is identical, and little point in comparing what has nothing in common. It is therefore inevitable that comparing legal systems involves, at least to some degree, exploring similarities and differences“.

³⁵ Laut *Rabel*, RheinZ 13 (1924), 279 (280) sei diese sogar kein Teil der Rechtsvergleichung: „Die Wertung gehört nicht mehr zur Rechtsvergleichung, aber zu der durch sie ermöglichten Rechtskritik“.

danach gefragt, welche der verglichenen Rechtsordnungen ein bestimmtes Regelungsproblem am besten löst. Die heuristische Schwierigkeit liegt dabei nicht nur in der Festlegung des Bewertungskriteriums,³⁶ sondern auch in der Bestimmung des zu erreichenden Ziels, auf das die Rechtsordnungen hinzuwirken haben.³⁷

Die grundsätzliche Vorzugswürdigkeit der Naturalerfüllung oder des Schadensersatzes statt der Leistung zur Erzwingung der Einhaltung vertraglicher Pflichten, sofern man dies als Regelungszweck ansieht,³⁸ soll somit nicht untersucht werden. Die rechtsvergleichende Literatur hat sich dabei in erster Linie rechtsphilosophischer und rechtsökonomischer Erkenntnisse als *tertium comparationis* bedient.³⁹ Die rechtsphilosophische Begründung der Pflicht zur Einhaltung von Verträgen stützt sich zum einen im Wesentlichen auf die kantische Sittenlehre, in der das Versprechen als argumentativer Grundstein angesehen wird.⁴⁰ Der Begriff des Versprechens als unbedingte Zusicherung der Erbringung einer Leistung einem anderen gegenüber kann nämlich letztlich nicht ohne innere Widersprüchlichkeit die Möglichkeit eines späteren Zurückkommens auf das Versprechen beinhalten, sodass der Versprechensempfänger bereits mit der Annahme des Versprechens den intelligiblen Besitz an die versprochene Leistung erhält.⁴¹ Sieht man zum anderen von der Skepsis in Europa und insbesondere in

³⁶ Siehe näher *Siems*, 9 J. Comp. L. (2014), 119 (120 ff.).

³⁷ Vereinfachend insoweit noch *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 32: „Denn wo es um die kritische Wertung geht, um die Frage nach der besseren Lösung, wird das entscheidende Kriterium oft allein die praktische Evidenz, die unmittelbar einleuchtende Sachgerechtigkeit sein können“.

³⁸ In diesem Zusammenhang macht sich das eben erwähnte, fundamentale Problem der Bestimmung des Regelungszwecks bemerkbar, den das Recht unter funktionalen Gesichtspunkten in besserer oder schlechterer Weise erreichen kann. Solche Regelungszwecke haben häufig die Bewandnis, dass sich hinter diesen ein weiteres, abstrakteres Ziel verbirgt. In der Tat ist auch im Rahmen der vorliegenden Thematik das Regelungsziel umstritten. So besagt die rechtsökonomische Theorie des effizienten Vertragsbruchs, dass auf die Einhaltung vertraglicher Pflichten gerade verzichtet werden soll, wenn dies eine effizientere Handlungsalternative darstellt. Oberstes Ziel ist somit nicht die Einhaltung des vertraglichen Versprechens, sondern vielmehr eine utilitaristische Nutzenmaximierung anhand eines Effizienzkriteriums.

³⁹ Siehe aus dem deutschen Schrifttum etwa *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, S. 150 ff.; *Unberath*, Die Vertragsverletzung, *passim*; *Weller*, Die Vertragstreue, S. 347 ff.

⁴⁰ Vgl. *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, S. 100: „Die Frage war: warum soll ich mein Versprechen halten? Denn daß ich es soll, begreift ein jeder von selbst. Es ist aber schlechterdings unmöglich, von diesem categorischen Imperativ noch einen Beweis zu führen“.

⁴¹ Vgl. *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, S. 70: „Dieses kann auch auf den Fall angewendet werden, da ich ein Versprechen acceptirt habe; denn da wird meine Habe und Besitz an dem Versprochenen dadurch nicht aufgehoben, dass der Versprechende zu einer Zeit sagte: diese Sache soll Dein seyn, eine Zeit hernach aber von ebenderselben Sache sagt: ich will jetzt, die Sache solle nicht Dein seyn. Denn es hat mit solchen intellektuellen Verhältnissen die Be-

Deutschland gegenüber der rechtsökonomischen Analyse des Rechts, die auch in England keine derart große Gefolgschaft wie jenseits des Atlantiks gefunden hat, einmal ab,⁴² so kann festgehalten werden, dass die Effizienz des Leistungsstörungenrechts zu den kontroversesten Fragestellungen der Rechtsökonomik überhaupt gehört. Zu dieser Thematik existiert ein nahezu unüberschaubares Schrifttum,⁴³ das sich im Grunde dahingehend zusammenfassen lässt, dass sich sowohl für das Primat des Naturalerfüllungsanspruchs als auch für die Abwicklung des Vertrags durch einen Schadensersatzanspruch im Falle der Vertragsverletzung plausible rechtsökonomische Argumente vorbringen lassen.

V. Eingrenzung

Zwecks Vermeidung eines Ausufers dieser Untersuchung sind bereits an dieser Stelle einige Eingrenzungen vorzunehmen. Die rechtlichen Institute, die den Erfüllungsanspruch zumindest potenziell begrenzen können, sind besonders vielfältig,⁴⁴ sodass eine Einschränkung auf für die Erfüllung charakteristische Institute erforderlich ist. Die vorliegende Untersuchung widmet sich den prominenteren Problematiken des Leistungsstörungenrechts. Thematisiert werden die Unmöglichkeit der Erbringung der Leistung, die Unverhältnismäßigkeit zwischen Erfüllungsaufwand des Schuldners und Erfüllungsinteresse des Gläubi-

wandnis, als ob jener ohne eine Zeit zwischen beyden Declarationen seines Willens sagt: sie soll Dein seyn, und auch: sie soll nicht Dein seyn, was sich dann selbst widerspricht“.

⁴² Siehe dazu etwa *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, *passim*; *Horn*, AcP 176 (1976), 307; *Taupitz*, AcP 196 (1996), 114. Siehe zu den Gründen für die Rezeption in den USA und die Skepsis in Deutschland insbesondere *Grechenig/Gelter*, *RabelsZ* 72 (2008), 513. Siehe kritisch zur Rechtsökonomik in der Rechtsvergleichung auch *Kischel*, *Rechtsvergleichung*, § 3 Rn. 68 ff., S. 127.

⁴³ Siehe etwa *Adler*, 83 *NYU L. Rev.* (2008), 1679; *Baird*, in: *Parisi*, S. 3; *Barnes*, 6 *S. Cal. Interdisc. L. J.* (1998), 397; *Barton*, 1 *J. Leg. Stud.* (1972), 277; *Bishop*, 14 *J. Leg. Stud.* (1985), 299; *Brooks*, 116 *Yale L. J.* (2006), 568; *Cooter/Ulen*, *Law and Economics*, S. 276 ff.; *Craswell*, 61 *S. Cal. L. Rev.* (1988), 629; *Craswell*, 67 *Univ. Chic. L. Rev.* (2000), 99; *Craswell*, 40 *San Diego L. Rev.* (2003), 1135; *Eisenberg*, 93 *Cal. L. Rev.* (2005), 975; *Farnsworth*, 70 *Colum. L. Rev.* (1970), 1145; *Friedmann*, 18 *J. Leg. Stud.* (1989), 1; *Goetz/Scott*, 77 *Colum. L. Rev.* (1977), 554; *Goetz/Scott*, 89 *Yale L. J.* (1980), 1261; *Grundmann/Hoernig*, in: *Eger/Schäfer*, S. 420; *Kronman*, 45 *Univ. Chic. L. Rev.* (1978), 351; *Lewinsohn-Zamir*, 168 *JITE* (2012), 5; *Loeb*, 30 *Geo. J. Legal Ethics* (2017), 893; *Macneil*, 68 *Virg. L. Rev.* (1982), 947; *Markovits/Schwartz*, 97 *Virg. L. Rev.* (2011), 1939; *Maultzsch*, AcP 207 (2007), 530; *Porat*, in: *Parisi*, S. 308; *Posner*, 112 *Yale L. J.* (2003), 829; *Posner*, 107 *Mich. L. Rev.* (2009), 1349; *Scalise*, 55 *Am. J. Comp. L.* (2007), 721; *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, S. 547 ff.; *Seligman*, 117 *Mich. L. Rev.* (2019), 885; *Schwartz*, 89 *Yale L. J.* (1979), 271; *Shavell*, 99 *Q. J. Econ.* (1984), 121; *Shavell*, 84 *Texas L. Rev.* (2006), 831; *Ulen*, 83 *Mich. L. Rev.* (1984), 341.

⁴⁴ So können auch die Sitten- und Gesetzeswidrigkeit, Verjährung, Verwirkung und dergl. den Erfüllungsanspruch beschränken.

gers, die Unzumutbarkeit der Erbringung der Leistung aus persönlichen Gründen sowie die Fälle der grundlegenden Veränderung vertragsrelevanter Umstände.

Grundsätzlich beschränkt sich die Studie damit auf die Materien, die im deutschen Recht dem allgemeinen Schuldrecht zugeordnet werden. Sämtliche Regelungen des besonderen Schuldrechts können nicht eingehend untersucht werden. Gleichwohl sind Hinweise zu einzelnen gesondert geregelten Vertragstypen, insbesondere zum Kaufvertrag, der als gedanklicher Archetyp vielfach auf das allgemeine Schuldrecht ausstrahlt, sowie zum Werkvertrag, zur Darstellung des Gesamtbilds geboten.

Die Untersuchung beschränkt sich ferner grundsätzlich auf das in den zu untersuchenden Rechtsordnungen geltende Recht. Für dessen Verständnis sind rechtshistorische Erkenntnisse zwar vielfach unerlässlich,⁴⁵ eine umfassende entwicklungsgeschichtliche Aufarbeitung des Erfüllungsanspruchs soll jedoch nicht vorgenommen werden. Wie eingangs erwähnt, hat die Vertragserfüllung Juristen seit jeher beschäftigt, sodass ihre Entwicklungsgeschichte vergleichsweise gut dokumentiert worden ist und in diesem Zusammenhang auf einschlägige literarische Darstellungen verwiesen werden kann.⁴⁶

Kein Gegenstand dieser Studie soll schließlich die Naturalerfüllung eines Anspruchs auf die Zahlung einer Geldsumme sein. Diese ist bei rechtshistorischer⁴⁷ und rechtsvergleichender⁴⁸ Betrachtung in aller Regel gegeben und insoweit von geringerem Interesse.

⁴⁵ Vgl. etwa *Flessner*, ZEuP 1999, 513 (514f.); *Gordley*, in: Zimmermann/Reimann, S. 754 ff.; *Jansen*, in: Zimmermann/Reimann, S. 291 (292); *Johnston*, ZEuP 1999, 560 f.; *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 1 Rn. 30, S. 13; *Kötz*, JZ 1992, 20; *Reimann*, ZEuP 1999, 496.

⁴⁶ Vgl. *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, S. 432 ff.; *Dilcher*, Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten; *Dilcher*, ZRG RA 78 (1961), 277; *Dondorp*, in: Smits/Haas/Hesen, S. 265; *Dondorp*, 16 Fundamina (2010), 40; *Fischer*, De geschiedenis van de reële executie bij koop; *Freund*, Erfüllungszwang im Kaufrecht, S. 43 ff.; *Kaufmann*, JZ 1964, 482; *Keiser*, Vertragszwang und Vertragsfreiheit im Recht der Arbeit von der Frühen Neuzeit bis in die Moderne; *Kollmann*, Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht; *Oosterhuis*, Specific performance in German, French and Dutch Law in the Nineteenth Century; *Repgen*, Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft; *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, S. 70 ff.; *Rütten*, in: FS Gernhuber, S. 939; *Weller*, Die Vertragstreue, S. 70 ff.; *Zimmermann*, The Law of Obligations, S. 542 ff.; *Zimmermann*, JZ 1990, 825 (830 ff.); sowie die Beiträge in Hallebeek/Dondorp, The Right to Specific Performance.

⁴⁷ Rechtshistorisch kam lediglich eine Geldkondemnation in Betracht (*omnis condemnatio pecuniaria est*). Vgl. *Zimmermann*, The Law of Obligations, S. 770 ff. Die Zwangsvollstreckung war somit ebenfalls ganz überwiegend auf die Herausgabe von Geld gerichtet, sodass diese Art der Vollstreckung weitreichendere Wurzeln als die Vollstreckung wegen Nichtgeldforderungen hat. Siehe näher auch *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 3.1 ff.

⁴⁸ Vgl. *Kleinschmidt*, in: Jansen/Zimmermann, S. 1186.

Sachverzeichnis

- Abhilfe; *siehe remedy*
actio 31, 33 f., 38, 47, 100, 306; *siehe auch*
Klagebefugnis, *remedy*
AGB 181
Anspruch; *siehe auch* Forderung, *right*,
Windscheid
– Justiz(gewährungs-)~ 38
– materiellrechtlicher 33–35
– Primär~ 41, 44, 51, 69, 96, 99, 102 f., 306
– prozessrechtlicher 38; *siehe auch*
Streitgegenstand
– Sekundär~ 42, 44, 51 f., 68, 73, 101, 103,
306
- Betriebspflicht 84, 99, 135 f., 248, 306
breach of contract 69, **72–76**, 92, 97, 103,
117, 205; *siehe auch* Vertragsbruch
– *inducement of* 72
– *self-induced* 117
Brexit 209
Burgerlijk Wetboek 3 f.
- CISG; *siehe* UN-Kaufrecht
Civil Law 1 f., 4 f., 29, 96, 306
clausula rebus sic stantibus 166–169, 188,
215 f.
Code civil (frz.) 3, 22, 44 f., 188
Common Law 1 f., 4, 59, 79, 150, 226, 304
common law 61, 63–66, 69, 76, 96, 98
constant supervision 82–84, 102, 306
Consumer Rights Act 2015 94
contempt of court 58, 95 f., **272–280**, 290,
301, 311
*Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll
Stores (Holdings) Ltd* 2, 25, 77, **84 f.**, 99,
135, 248, 306 f.
coronation cases **204–206**, 220 f., 223, 235,
237; *siehe auch frustration*
Court of Chancery; *siehe equity*
- debtors' prison* 96
Deckungsgeschäft 25, 27 f., 30, 77–79, 146,
241, 305
Deliktsrecht 56, 72, 90, 94, 137, 273, 289 f.;
siehe auch Torts (Interference with
Goods) Act 1973
discretion; *siehe* Ermessen
Doppelverkauf 137–141
- equity* 61–67, 75 f., 93, 140
Ermessen 58, **64–67**, 93, 95, 100 f., 136,
207, 212, 221, 254, 268, 279, 306
Ersatzvornahme 3, 115 f., 131, 247, 258,
284, 296, 302, 310
- Fälligkeit 21, 28, 75 f.; *siehe auch* Klage
(vor Fälligkeit)
Fixgeschäft 28, 111, 129
Fixhandelskauf 42 f.
force majeure 180, 203
Forderung 36 f.; *siehe auch* Anspruch
– Rechts~ 46–48, 100, 306
– ~srecht 45–49, 100, 105
forms of action 31, 54–56, 59
frustration 12, 117, 124, 131, 152, **200–212**;
siehe auch coronation cases
– *of adventure* 201
– *of purpose* 201 f.
- Gattungsschuld; *siehe* Schuld
Gefahrübergang 182
Geldentwertung 178, 182, 192, 196, 229 f.,
231 f., 297
Geldleistung; *siehe* Leistung
Geschäftsgrundlage; *siehe* Störung der
Geschäftsgrundlage
Gewinnerzielungsinteresse; *siehe* Interesse
Grundstückskauf; *siehe* Kauf

- Handelskauf; *siehe* Kauf
hardship 12, 143, 307
 – *economic* 152–155, 162; *siehe auch*
 Unverhältnismäßigkeit
 – ~klausel 203, 213
 – *personal* 161–164; *siehe auch* Unzumutbarkeit
 Hausbesetzung 243, 261, 282, **293 f.**, 302;
siehe auch Zwangsäumung
Holmes 70–72
- illegality*; *siehe* Unmöglichkeit (rechtliche)
implied condition 118, 206, 215 f.
impossibility; *siehe* Unmöglichkeit
impossibilium nulla est obligatio 107; *siehe auch* Unmöglichkeit
impracticability; *siehe* Unverhältnismäßigkeit
imprévision **187–200**, 216, 220, 224, 236, 308
inadequacy of damages 68, 77, 81, 98, 117
 Inflation; *siehe* Geldentwertung
injunction; *siehe auch specific performance (indirect)*
 – *mandatory* 87 f., 91
 – *prohibitory* 87–91
 Interesse
 – Gewinnerzielungs~ 16–18
 – Vergütungs~ 16 f., 19
 – Reputations~ 18, 30
 – Verwendungs~ 14–16, 20, 27 f., 30, 177
 – Leistungserbringungs~ 18–20, 30
- Judicature Acts 55, 61–63, 67
 Justiz(gewährungs-)anspruch; *siehe* Anspruch
- Kauf
 – Grundstücks~ 79 f., 140, 242, 256, 258 f., 277, 281 f., 292
 – Handels~ 2, 27, 42, 122, 305
 – Sale of Goods Act 1979 92–94, 118
 – Verbraucher~ 92, 94, 148
- Klage
 – ~befugnis 32 f., 35–38, 45 f., 48, 75, 100; *siehe auch actio*
 – ~erhebung 33
 – vor Fälligkeit 104–106
- Krönungsumzug; *siehe coronation cases*
- Leistung
 – Geld~ 13 f., 23, 61, 76, 96, 182, 232, 233
 – (höchst-)persönliche 25 f., 50, 85 f., 90, 102, 158, 161 f., 249, 256, 303
 – ~serbringungsinteresse; *siehe* Interesse
 – Substanz~ 14–17, 72, 181 f.
 – ~sverweigerungsrecht 124, 132, 143, 149, 159 f., 307
 Leistungsart 22–27
 – Geben 22 f., 240–243, 260 f., 280 f., 283, 292 f., 302
 – Tun 22–25, 246–248, 258, 295, 302 f.
 – Unterlassen 22 f., 25–27, 88 f., 91, 251 f., 258, 283 f., 295, 303 f.
- Maitland* 55 f., 66
 Metamorphosentheorie **32 f.**, 36, 57, 103; *siehe auch Savigny*
 Miete 95, 137
 – gewerbliche 84, 95, 118, 135, 209, **235–238**
 – Wohnraum~ 192, 196, 204 f.
 Motivirtum 171–173, 203, 219
- Nacherfüllung 17, 26, 94, 148, 151, 154 f., 157, 308
 Nachverhandlungspflicht 185, 188, 200, **225–228**, 309
 Natural
 – ~erfüllung 1, 11, 14, 29, 41 f., 51, 74–76, 102–104, 305–311
 – ~kondemnation 11, 49 f., 96, 101 f., 303
 – ~obligation 37, 49, 311
 – ~vollstreckung 11, 50, 102, **239–304**
nemo praecise cogi potest ad factum 22, 24
 Nichterfüllung 44, 52, 103; *siehe auch* Pflichtverletzung, Vertragsbruch
- Ocean Island* 152 f., 156, 308; *siehe auch* Unverhältnismäßigkeit
Oertmann 169, 176; *siehe auch* Störung der Geschäftsgrundlage
 Ordnungsmittel 253–255; *siehe auch* Zwangsmittel

- pacta sunt servanda* 1; *siehe auch*
Vertragstreue
- Pandektistik 32, 67
- Patel v Ali* 162 f., 165
- Pflichtverletzung 43 f., 52, 57, 74–76, 101, 103, 106, 306; *siehe auch* Nichterfüllung, Vertragsbruch
- praesumptio similitudinis* 7; *siehe auch* Rechtsvergleichung
- Primäranspruch; *siehe* Anspruch
- Rabel* 1 f., 6 f., 71
- Recht
- ~sökonomik 8 f., 71, 156
 - ~sphilosophie 8
 - ~svergleichung 5–8
- Rechtsbehelf; *siehe* remedy
- Rechtsforderung; *siehe* Forderung
- Reichsgericht* 37, 126, 168 f., 217
- remedy* 56–68; *siehe auch* *actio*
- *discretionary* 64, 66, 68
 - *equitable* 60–67; *siehe auch* *equity*
 - *judicial* 57–60, 97; *siehe auch* *common law*
 - *legal* 60–64
 - *monetary* 60, 66, 97
 - *self-help* 56, 59 f.
 - *specific* 60 f., 97; *siehe auch* *specific performance*
 - *substitutional* 60 f., 97
- Reputationsinteresse; *siehe* Interesse
- right*; *siehe auch* Anspruch
- *primary* 69–73, 76, 101, 306
 - *secondary* 69, 73 f., 101, 103, 306
- Sale of Goods Act 1979; *siehe* Kauf
- Savigny* 32 f., 57; *siehe auch* Metamorphosentheorie
- Schuld
- Gattungs~ 78, 111, 115, 129, 146, 241, 260, 292
 - Stück~ 110, 115, 118, 129, 131, 146, 241, 292
- Schuldrechtsreform
- Deutschland 39, 41, 43, 103, 108, 120, 130, 143, 170, 185 f., 222, 224
 - Frankreich 22, 45, 188
- Sekundäranspruch; *siehe* Anspruch
- specific performance* 76–100
- *indirect* 87, 89–92; *siehe auch* *injunction*
 - Kaufrecht 92–95; *siehe auch* Kauf, Sale of Goods Act 1979
- Störung der Geschäftsgrundlage 167–187; *siehe auch* Nachverhandlungspflicht
- Fallgruppen 229–237
 - Geschäftsgrundlage 169, 176 f.; *siehe auch* *Oertmann*
 - Risikoverteilung 180–182
 - Schuldrechtsreform 170 f., 185, 222
- Streitgegenstand 38; *siehe auch* Anspruch (prozessrechtlicher)
- Stückschuld; *siehe* Schuld
- Substanzleistung; *siehe* Leistung
- tort*; *siehe* Deliktsrecht
- Torts (Interference with Goods) Act 1973 60, 94 f., 164
- ubi remedium, ibi ius* 31, 54; *siehe auch* *remedy*
- UN-Kaufrecht 6, 22, 52, 103
- Unmöglichkeit; *siehe auch* *impossibilium nulla est obligatio*
- absolute 107, 113 f., 129, 138
 - anfängliche 43, 107 f., 129
 - dauerhafte 107, 120–122
 - der Vollstreckung 135–137
 - nachträgliche 108–119, 129
 - normative; *siehe* Unverhältnismäßigkeit, Unzumutbarkeit
 - objektive 110, 113, 130 f.
 - praktische 150–152, 155; *siehe auch* Unverhältnismäßigkeit
 - rechtliche 107, 124–129, 134
 - relative 113 f., 126, 150; *siehe auch* Unverhältnismäßigkeit
 - subjektive 110, 113, 130 f.
 - tatsächliche 107–119, 129
 - vorübergehende 119–124, 133 f.
 - wirtschaftliche 144, 173
- Unverhältnismäßigkeit 143–157; *siehe auch* *hardship (economic)*
- Erfüllung 155 f.
 - Nacherfüllung 157
- Unzumutbarkeit 157–165; *siehe auch* *hardship (personal)*

- Verbraucherkauf; *siehe* Kauf
 Vergütungsinteresse; *siehe* Interesse
 Verjährung 35, 48 f., 102
 Vertrag
 – ~sbruch 18, 20, 52 f., 72, 75 f., 101, 124, 132, 154, 306; *siehe auch* *breach of contract*, Nichterfüllung, Pflichtverletzung
 – ~sdurchführungsinteresse; *siehe* Interesse
 – ~sfreiheit 166, 211, 221, 229
 – ~sschluss 13 f.
 – ~streue 164, 166, 179, 194, 212, 222, 233, 308; *siehe auch* *pacta sunt servanda*
 Verwendungsinteresse; *siehe* Interesse
 Vollstreckung 239–304; *siehe auch* Zwangsvollstreckung
 – mittelbare 26, **295–301**, 303 f.
 – ~sorgan 287–290
 – unmittelbare 23, 271, **292–294**, 302
Windscheid 32–36, 38, 100 f., 167 f.; *siehe auch* Anspruch
 Wohnraummiete; *siehe* Miete
writ 31, 54 f., 271, 281, 283
wrong 57 f., 69, 73
 Zwang
 – ~sgeld 248–251, 261, 264–270, 277 f., **295–300**
 – ~shaft 248, 251, 254 f., 262–264, 275–277, 283 f., 295, **301 f.**
 – ~smittel 249–251, 262–270, 272–280, **291–302**; *siehe auch* Ordnungsmittel
 – ~sräumung 242–246, 260–262, 280–282, **293 f.**; *siehe auch* Hausbesetzung
 – ~stellvertretung 259, 277, 284 f., **293**
 – ~svollstreckung 11, 21–23, 102, 136, **239–304**