

## **Anspruch auf Weiterführung eines unrentablen Geschäftes im Common Law**

*Entscheidung des englischen Court of Appeal vom 21. Dezember 1995  
und des House of Lords vom 21. Mai 1997 in Sachen „Co-operative  
Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd.“\**

mit Anmerkung von Markus Müller-Chen, Basel

### **Leitsatz des Court of Appeal\*\***

Held, allowing the appeal (Millet L.J. dissenting), that, notwithstanding the practice of the courts not to grant an order for specific performance against a party to carry on a business, the court was entitled in the exercise of its discretion to grant such an order where damages were an inadequate remedy to compensate the claimant and where the terms of the obligations to be met by the other party could be defined with sufficient certainty; and that, therefore, since the defendants had deliberately and wantonly breached the terms of the covenants in the lease by ignoring the plaintiffs' reasonable request to keep the supermarket open until a suitable assignee could be found and had removed fittings so as to prevent the premises being operated as a supermarket and since the plaintiffs' overall losses would be difficult to quantify, it was a proper case in which to grant the plaintiffs an order for specific performance.

Es liegt im Ermessen des Gerichts, eine Partei zur Weiterführung eines Geschäftes in natura zu verurteilen, wenn Schadensersatz ein inadäquater Rechtsbehelf ist, um den Kläger zu befriedigen, und wenn der Inhalt der vom Beklagten zu erfüllenden Verpflichtung mit genügender Gewissheit bestimmt werden kann. Es ist deshalb in diesem Fall angemessen, den Anspruch des Klägers auf Erfüllung in natura zu schützen, weil der Beklagte seine mietvertragliche Vereinbarung absichtlich und mutwillig gebrochen hat. Er ignorierte das berechnete Ersuchen des Klägers, den Supermarkt offenzuhalten, bis ein geeigneter Nachfolger gefunden werden konnte, und entfernte die gesamte Ausstattung, um zu verhindern, daß die Räumlichkeiten als Supermarkt genutzt werden. Außerdem wäre es schwierig, den Gesamtverlust des Klägers zu quantifizieren.

**Auszüge aus der Entscheidung des Court of Appeal:** [Leggatt L.J.] The plaintiffs, Co-operative Insurance Society Ltd. claimed that by a lease dated 23 March 1982 they demised premises known as Unit 9, Hillsborough Shopping Centre, Shef-

---

\* Entscheidung des Court of Appeal (C.A.) in [1996] 3 Weekly Law Reports (W.L.R.) 27 / Entscheidung des House of Lords publiziert (wie alle Urteile des House of Lords seit November 1996) auf dem Internet: <http://www.parliament.the-stationary-office.co.uk/>.

\*\* Zur Aufhebung durch das House of Lords siehe S.335 ff.

field, to the defendants, Argyll Stores (Holdings) Ltd. for a term of 35 years from 4 August 1979 at the initial rent of £ 47,500 per annum. [...] The current rent is £ 140,000. The property in question comprises 30 per centum of the total letting area of the Hillsborough Shopping Centre. It is let to Argyll for use as one of their Safeway supermarkets. It is the anchor unit in the shopping centre and plays a key role. The lease contains a covenant [clause 4(12)(a)], „Not to use or suffer to be used the demised premises other than as a retail store for the sale of food groceries provisions and goods...“. Another covenant [clause 4(19)] requires the tenant: „To keep the demised premises open for retail trade during the usual hours of business in the locality and the display windows properly dressed in a suitable manner in keeping with a good class parade of shops...“. Until May 1995 the store was open for trading. But in its last trading year it made a loss of £ 70,300. So Argyll decided to sell it together with 26 of their other supermarkets. That decision was made well knowing of the „keep open“ covenant. When the landlords learnt of the intention to close, [...] they asked Argyll to keep the supermarket open for trading until an assignee had been found. [...] Argyll instead proceeded to strip out the fixtures and fittings of the premises and to close the supermarket. It would cost £ 1 m. to reinstate. [...]

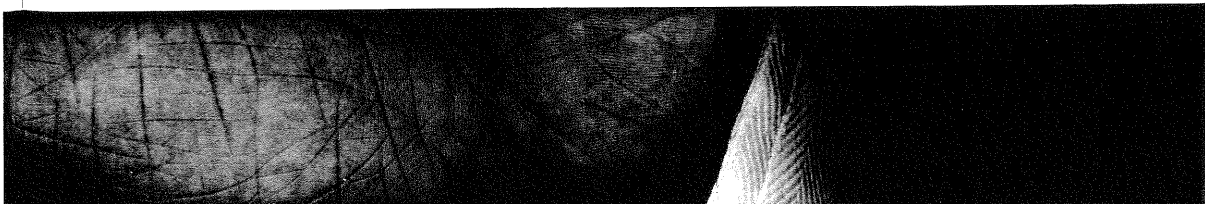
The plaintiffs then proceeded by way of summary judgement. Before the judge they expressed their willingness to consent to a suspension for three months of any order that might be made, in order to allow a prospective assignment to KwikSave to be concluded. Their anxiety was to prevent a prolonged closure, because that would have a disturbing effect on the whole shopping centre, and would lead to fewer customers coming to the centre with resultant reduction in the level of rents at renewal. [...]

The judge referred to the general practice of the court as being that damages rather than an injunction or specific performance are usually the appropriate remedy for any breach of a keep open covenant. [...] The reasons which the judge gave for concluding that damages were the appropriate remedy I shall consider later in this judgement. [...]

In the present case the requirement to keep open for retail trade during usual business hours and in keeping with a good class parade of shops was quite intelligible to the defendants, while they were carrying on business there. By reference to that standard and without descending to excessive detail the court would be well able to tell the defendants what is expected of them. If the premises are to be run as a business, it cannot be in the defendants' interest to run it half-heartedly or inefficiently, still less in a way that involves the plaintiffs in continual recourse to the court. [...]

What is said against that course in this case is that Argyll may have been advised when they entered into their lease that if they found it unprofitable they could disregard their promise to keep the shop open upon payment of damages representing such loss as their dereliction could be proved to have caused. There is no evidence that any such advice was given. Even if it was, they should have been advised also that the making of an order is discretionary, with the result that an order to keep open might be made if the court considered that to be the appropriate remedy. [...]

Whilst disclaiming any intention to criticise the plaintiffs for not applying for an order before the store was closed, the judge thought that a vastly disproportionate amount of costs would be incurred if an order was made to reopen the store. He seemed to think that that was a good reason for awarding damages instead of specific performance. Whilst acknowledging that there might be some difficulty in the assess-



ment of damages he declared without considering its implications that it is a task which can readily be carried out by the court. Finally, he asserted that „specific relief in this case would be too far reaching and beyond the scope of control which the court should seek to impose.“ He asserted that damages provide a more suitable remedy. [...]

In my judgement, this is a proper case in which to grant specific performance. It would do the court no credit if in these circumstances the court refrained from granting an injunction on the ground that it had become the practice not to do so. If this court were to follow that course, the result in practice would be that the common form of words of this covenant would hardly ever, if ever, be construed as meaning what they say. If the parties want to contract that a failure to keep open will sound only in damages, they are quite at liberty to do so. But, where a responsible and substantial company such as Argyll have undertaken to keep one of their stores open for a stipulated period, I see no reason why they should not be held to their bargain. That in recessionary times may entail trading at a loss; but it by no means entails that they will have to do so for the duration of the lease. In any event there is provision made for assignment with the plaintiff landlords' consent, and that may provide Argyll with an escape in this case. That they stripped out their store rather than respond to the landlords' cautionary letter was their own idea. They did it at their peril, and have only themselves or their legal advisers to blame for having done so precipitately.

The plaintiffs would have very considerable difficulty in trying to prove their loss. An award of damages would be unlikely to compensate them fully; and the losses of the other tenants of the shopping centre would be irrecoverable, except in so far as they might be mitigated by reduced rents. Argyll have acted with gross commercial cynicism, preferring to resist a claim for damages rather than keep an unambiguous promise. This is not a court of morals, but there is no reason why its willingness to grant specific performance should not be affected by a sense of fair dealing.

I would allow the appeal and grant the order of specific performance.

[Roch L.J.] [...] The basic issue in this case, in my opinion, is whether damages are an adequate remedy. If they are, then no order for specific performance could be made. If they are not, there is the further question whether the judge was right to exercise his discretion to refuse an order for specific performance by the defendants of their covenants. It is not in my view helpful to ask whether a covenant in a lease sounds only in damages. Nor is it consistent with respect for the law to say that a clear undertaking freely entered into can be disregarded when that suits the covenantor on the payment of money, despite the effect that the breach may have on the covenantee and others, when the covenantor would know that the covenantee and others would rely on the fulfilment of the covenant.

In my judgment, damages are not an adequate remedy. Damages will not compensate the plaintiffs for the disappearance of the supermarket, or for the effect of that on the other businesses in the shopping centre. The plaintiffs' claim for damages cannot include compensation for their loss of revenue from other units in the shopping centre, because the tenants of those other units have contractual obligations to pay their rents which will survive the closure of the supermarket. More importantly, those involved in the other businesses, who assumed obligations under their leases in reliance on there being a supermarket in the shopping centre and who will be adversely affected, have no remedy against the defendants.

Is there a rule that courts will not order specific performance unless the thing which has to be done has to be done once and for all so that the court can see to its being done? [...] The authorities establish that there is not such a rule. [...] No doubt the court will not grant specific performance of an obligation to do a series of acts the doing of which would be without limit of time. [...]

Damages not being an adequate remedy for the plaintiffs, should the court nevertheless have declined to grant specific performance? There was nothing in the conduct of the plaintiffs which could lead a court to decline to grant this equitable remedy. The plaintiffs were not guilty of delay nor had they behaved in any way in which it could be said that they did not come to court with clean hands.

Was this an order which should not be made because it was either indefinite in time or an order the terms of which could not be sufficiently precise? In my view, neither of those considerations represented in this case a reason for withholding the remedy. Specific performance would require the defendants to operate a supermarket at the premises until the year 2014 or until such time as they obtained a subtenant or assignee willing and capable to operate a supermarket at the Hillsborough Shopping Centre. Further it is, in my opinion, possible to define with sufficient certainty the obligations which the order would enjoin the defendants to meet in carrying on the business of a supermarket: the order would simply repeat the terms of the covenants into which the defendants had entered. [...] Further, if the defendants are ordered to continue the operation of a supermarket at the premises, it is inconceivable that they would not operate the business efficiently. To do otherwise would damage their commercial reputation. Day-to-day supervision by the court or by the plaintiffs would be unnecessary. [...]

I agree with Leggatt L.J. that this is a proper case in which to grant the relief sought. I, too, would allow the appeal and grant the order for specific performance.

Appeal allowed with costs. Order for specific performance of terms of lease.

**Auszüge aus der Entscheidung des House of Lords:** [Lord Hoffmann] [...] A decree of specific performance is of course a discretionary remedy and the question for your Lordships is whether the Court of Appeal was entitled to set aside the exercise of the judge's discretion. There are well established principles which govern the exercise of the discretion but these, like all equitable principles, are flexible and adaptable to achieve the ends of equity, which is to „do more perfect and complete justice“ than would be the result of leaving the parties to their remedies at common law. [...] The principles upon which English judges exercise the discretion to grant specific performance are reasonably well settled and depend upon a number of considerations, mostly of a practical nature, which are of very general application. [...]

The practice of not ordering a defendant to carry on a business is not entirely dependent upon damages being an adequate remedy. The reasons which underlie the established practice may justify a refusal of specific performance even when damages are not an adequate remedy. [...]

The most frequent reason given in the cases for declining to order someone to carry on a business is that it would require constant supervision by the court. [...] The judges who have said that the need for constant supervision was an objection to such orders were no doubt well aware that supervision would in practice take the form of rulings by the court, on application made by the parties, as to whether there had been a

breach of the order. It is the possibility of the court having to give an indefinite series of such rulings in order to ensure the execution of the order which has been regarded as undesirable.

Why should this be so? A principal reason is that [...] the only means available to the court to enforce its order is the quasi-criminal procedure of punishment for contempt. This is a powerful weapon; so powerful, in fact, as often to be unsuitable as an instrument for adjudicating upon the disputes which may arise over whether a business is being run in accordance with the terms of the court's order. [...] The prospect of committal or even a fine, with the damage to commercial reputation which will be caused by a finding of contempt of court, is likely to have at least two undesirable consequences. First, the defendant, who *ex hypothesi* did not think that it was in his economic interest to run the business at all, now has to make decisions under a sword of Damocles which may descend if the way the business is run does not conform to the terms of the order. [...] Secondly, the seriousness of a finding of contempt for the defendant means that any application to enforce the order is likely to be a heavy and expensive piece of litigation. The possibility of repeated applications over a period of time means that, in comparison with the once-and-for-all inquiry as to damages, the enforcement of the remedy is likely to be expensive in terms of cost to the parties and the resources to the judicial system.

This is a convenient point at which to distinguish between orders which require a defendant to carry on an activity, such as running a business over a more or less extended period of time, and orders which require him to achieve a result. The possibility of repeated applications for rulings on compliance with the order which arises in the former case does not exist to anything like the same extent in the latter. Even if the achievement of the result is a complicated matter which will take some time, the court, if called upon to rule, only has to examine the finished work and say whether it complies with the orders. [...]

One objection, which applies to orders to achieve a result and *a fortiori* to orders to carry on an activity, is imprecision in the terms of the order. If the terms of the court's order, reflecting the terms of the obligation, cannot be precisely drawn, the possibility of wasteful litigation over compliance is increased. [...] The less precise the order, the fewer the signposts to the forensic minefield which the defendant has to travel. [...] Precision is of course a question of degree and the courts have shown themselves willing to cope with a certain degree of imprecision in cases of orders requiring the achievement of a result in which the plaintiffs's merits appeared strong. [...]

There is a further objection to an order requiring the defendant to carry on a business. [...] This is that it may cause injustice by allowing the plaintiff to enrich himself at the defendant's expense. The loss which the plaintiff may suffer through having to comply with the order (for example, by running a business at a loss for an indefinite period) may be far greater than the plaintiff would suffer from the contract being broken. [...] It is true that the defendant has, by his own breach of contract, put himself in such an unfortunate position. But the purpose of the law of contract is not to punish wrongdoing but to satisfy the expectations of the party entitled to performance. A remedy which enables him to secure, in money terms, more than the performance due to him is unjust. From a wider perspective, it cannot be in the public interest for the courts to require someone to carry on business at a loss if there is any plausible alternative by which the other party can be given compensation. It is not only a waste of re-

sources but yokes the parties together in a continuing hostile relationship. The order for specific performance prolongs the battle. [...] An award of damages, on the other hand, brings the litigation to an end. [...]

The cumulative effect of these various reasons, none of which would necessarily be sufficient on its own, seems to me to show that the settled practice is based upon sound sense. [...]

I must now examine the grounds upon which the majority of the Court of Appeal thought it right to reverse the judge. [...]

*[After declaring that the arguments based on difficulty of supervision remain powerful and that clause 4(19) of the lease does not define the tenant's obligation with sufficient precision to enable him to know what was necessary to comply with the order his Lordship stated:]<sup>1</sup>*

The Court of Appeal thought that once Argyll had been ordered to comply with the covenant, it was as Roch L.J. said, „inconceivable that they would not operate the business efficiently.“ [...] No doubt it is true that it would not be in the interests of the tenant to run the business inefficiently. But running the business efficiently does not necessarily mean running it the way it was run before. Argyll had decided that, from its point of view, the most efficient thing to do was to close the business altogether and concentrate its resources on achieving better returns elsewhere. If ordered to keep the business open, it might well decide that the next best strategy was to reduce its costs as far as was consistent with compliance with its obligations, in the expectation that a lower level of return would be more than compensated by higher returns from additional expenditure on more profitable shops. It is in my view wrong for the courts to speculate about whether Argyll might voluntarily carry on business in a way which would relieve the court from having to construe its order. [...]

Finally, all three judges in the Court of Appeal took a very poor view of Argyll's conduct. [...] The principles of equity have always had a strong ethical content and nothing which I say is intended to diminish the influence of moral values in their application. [...] But although any breach of covenant is regrettable, the exercise of the discretion as to whether or not to grant specific performance starts from the fact that the covenant has been broken. Both landlord and tenant in this case are large sophisticated commercial organisations and I have no doubt that both were perfectly aware that the remedy for breach of the covenant was likely to be limited to an award of damages. The interests of both were purely financial: there was no element of personal breach of faith. [...] On the scale of broken promises, I can think of worse cases, but the language of the Court of Appeal left them with few adjectives to spare. [...]

I think that no criticism can be made of the way in which His Honour Judge Maddocks Q.C. exercised his discretion. In my view the Court of Appeal should not have interfered and I would allow the appeal and restore the order which he made.

Lord Browne-Wilkinson, Lord Slynn of Hadley, Lord Hope of Craighead, Lord Clyde concurring.

---

<sup>1</sup> Anmerkung des Verfassers.



**Anmerkung:****I. Ausgangslage***1. Die Entscheidung des englischen Court of Appeal*

Der Inhaber eines Einkaufszentrums wollte den Betreiber des im Zentrum eingemieteten Supermarkts gerichtlich dazu zwingen, seiner vertraglichen Verpflichtung, die Geschäftslokalität während der üblichen Geschäftsstunden offenzuhalten, in forma specifica nachzukommen. Der Betreiber hatte den Supermarkt geschlossen und die gesamte Inneneinrichtung herausgerissen, als der Laden unrentabel geworden war. Er tat dies im Wissen um seine vertragliche Verpflichtung und in Kenntnis des Widerstands des Vermieters. Die Wiedereinrichtung des Geschäfts würde ca. £ 1 Million kosten.

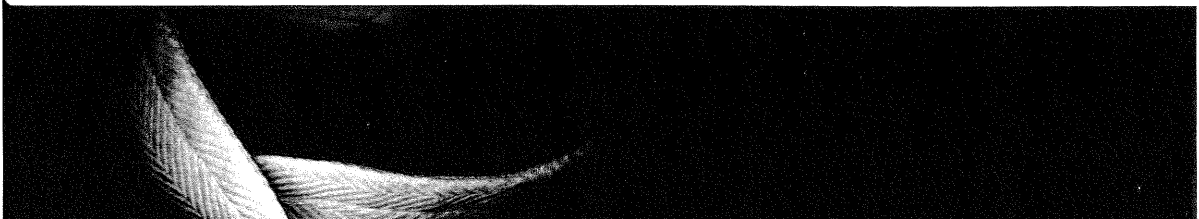
Der englische Court of Appeal entschied, daß der Vermieter sich nicht mit Schadensersatz begnügen müsse, sondern daß ihm ein Anspruch auf Erfüllung der umstrittenen Klausel in natura zustehe. Der Mieter müsse das Geschäft daher wieder ausstatten, Personal anstellen, Waren einkaufen und – bis ein Nachfolger gefunden ist – offenhalten. Das Gericht verwarf das Argument, daß ein Anspruch auf Erfüllung letztlich nicht durchsetzbar sei und zu hohe Kosten verursache, die mit dem geltend gemachten Verlust in keinerlei Verhältnis stehen.

*2. Die Entscheidung des House of Lords*

Nachdem der Court of Appeal der Co-operative Insurance Society den Anspruch auf Offenhaltung des Supermarkts gewährte, legte Argyll Berufung beim House of Lords ein. Die Parteien waren aber zwischenzeitlich nicht nur in prozessualer Hinsicht aktiv. Schon seit Anbeginn des erstinstanzlichen Verfahrens stand Argyll mit einem prospektiven Nachmieter in ernsthaften Verhandlungen, die aber bis zum Ende des Verfahrens vor dem Court of Appeal nicht abgeschlossen werden konnten<sup>2</sup>. Im Hinblick auf diese Verhandlungen hatte der Court of Appeal die Vollstreckung seines Urteils um drei Monate aufgeschoben, um den Parteien zu ermöglichen, das Mietverhältnis auf den interessierten Nachfolger zu übertragen, was in der Folge auch gelang. Die Verfügung wurde deshalb nie wirksam. Da Argyll schon im erstinstanzlichen Verfahren die Vertragsverletzung zugab und eine Schadensersatzpflicht konzedierte, ging es im konkreten Fall nur noch um die Verfahrenskosten. Gleichwohl ist die Entscheidung des House of Lords von großer Bedeutung, denn es ist das erste Mal, daß höchstrichterlich entschieden wurde, ob jemand gerichtlich zur Fortführung eines Geschäftes gezwungen werden kann.

---

<sup>2</sup> [1996] 3 W.L.R. 27, 40 (C.A.), per Millett L.J.



Das House of Lords kam einstimmig zum Ergebnis, daß der erstinstanzliche Richter zu Recht die Beklagte nicht zur Erfüllung in natura verurteilt hatte. Die Begründung stellte unter anderem darauf ab, daß es einer festen Praxis der Gerichte entspreche, niemanden zur Weiterführung eines Geschäfts anzuhalten, da dies eine Aktivität sei, deren Durchsetzung eine konstante Überwachung durch das Gericht erfordere<sup>3</sup>. Im Interesse der Parteien und des Rechtssystems sei es geboten, eine Lösung zu finden, welche die Parteien nicht länger als nötig in ihrer „hostile relationship“ zusammenhalte. Anders liege der Fall, wenn mit der Verfügung bloß sichergestellt werden soll, daß ein bestimmtes, einmaliges Resultat, zum Beispiel eine Reparatur, erzielt wird<sup>4</sup>; ein solcher Fall sei einfach zu kontrollieren und ziehe keine Unsicherheiten nach sich. Letztlich wurde auch darauf abgestellt, daß ein Schadensersatzurteil den wohlverstandenen „commercial expectations“ der Parteien entspreche, die sich aufgrund der bekannten Gerichtspraxis auf die Zusprechung von Schadensersatz eingerichtet hätten.

### 3. Bedeutung und Problemstellung

Die Entscheidungen des Court of Appeal und des House of Lords sind in ihrer praktischen Bedeutung auch für den kontinentalen Leserkreis interessant, denn auch hiesige Betreiber von Einkaufszentren verwenden in ihren Mietverträgen ähnliche Offenhaltungsklauseln. Auch auf einer theoretischen Ebene ist der Fall instruktiv, denn es bestehen in dieser Frage zwischen dem anglo-amerikanischen, dem romanischen und deutschen Rechtskreis dogmatische Differenzen, die teils in der historischen Entwicklung, teils in prozessualen Gegebenheiten begründet liegen.

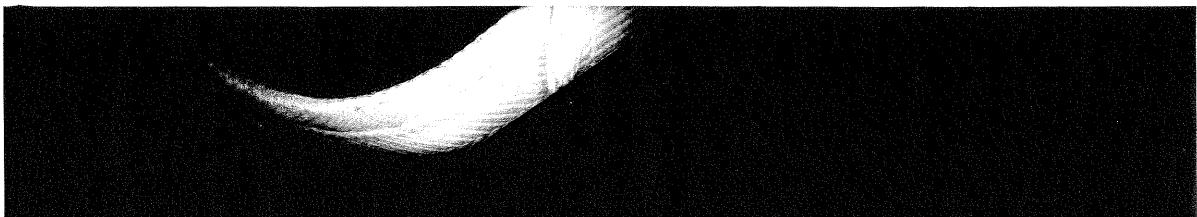
In der Sache führt die aufgeworfene Auseinandersetzung auf eine Fragestellung zurück, die auch auf dem Kontinent schon seit dem älteren gemeinen Recht diskutiert wird<sup>5</sup>. Es geht um das Grundsatzproblem, ob dem Schuldner im Falle einer Pflichtverletzung die Wahl zusteht, sein Versprechen zu erfüllen, oder Schadensersatz zu bezahlen. Es wird zum Teil das freie Wahlrecht vertreten, da dies eine effiziente Allokation ökonomischer Ressourcen garantiere<sup>6</sup>, weil eine Vertragspartei einen Vertrag nur unter Berücksichtigung der Zahlung von Schadensersatz breche: Die andere Partei werde dadurch kompensiert und beide könnten ihre Ressourcen gewinnbringend

<sup>3</sup> *J.C. Williamson Ltd. v. Lukey and Mulholland* [1931] 45 Commercial Law Report (C.L.R.) 282, 297f.

<sup>4</sup> *Shiloh Spinners Ltd. v. Harding* [1973] Appeal Cases (A.C.) 691, 724 House of Lords (H.L.).

<sup>5</sup> Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, Band I: Älteres Gemeines Recht, 1985, S. 432; Horst-Heinrich Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S. 192 ff.; Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, Oxford, 1996, S. 774 ff.

<sup>6</sup> Vergleiche auch *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd.* [1996] 3 W.L.R. 27, 43f. (C.A.), per Millett L.J.



an einem anderen Ort einsetzen<sup>7</sup>. Dagegen haben von jeher alle diejenigen ihre Stimme erhoben, die es als Hohn auf die Gerechtigkeit betrachten, sich von einem Vertrag „freikaufen“ zu können<sup>8</sup>.

## II. Erfüllungsanspruch im allgemeinen

### 1. Position des Common Law

#### a) Allgemeines

Störungen in der Abwicklung eines Vertragsverhältnisses werden im Common Law als Bruch (breach) des beim Vertragsschluß abgegebenen Garantieversprechens betrachtet, deren Hauptfolge der Schadensersatzanspruch ist (action for damages)<sup>9</sup>. Nur ausnahmsweise steht dem Gläubiger die Möglichkeit offen, die vertraglich vereinbarte Leistung unmittelbar einzufordern (specific performance)<sup>10</sup>; dies ist ein außerordentlicher Rechtsbehelf (equitable remedy), dessen Nichtbefolgung Strafsanktionen aufgrund von contempt of court auslöst (Haft- und Geldstrafen)<sup>11</sup>. Diese harschen Vollstreckungsmechanismen erklären auch die Zurückhaltung der englischen Gerichte, denn der Erfüllungsanspruch ist bei einer Verpflichtung zu einem Tun eng mit der Person des Beklagten verknüpft, was vielerorts als Verstoß gegen die persönliche Freiheit angesehen wird<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Zur ökonomischen Sicht vgl. nur *Stephen A. Smith*, Performance, Punishment and the Nature of Contractual Obligation, (1997) 60 *Modern Law Review* (MLR) 360, 363; *Alan Schwartz*, The Case for Specific Performance, (1979) 89 *Yale Law Journal* (Yale L.J.) 271, 298 ff.; *Richard Posner*, *Economic Analysis of Law*, 4. Aufl., Boston/Toronto, 1992, § 4.11; *William Bishop*, The Choice of Remedy for Breach of Contract, (1985) 14 *Journal of Legal Studies* 299, 302 ff.; *Thomas S. Ulen*, The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies, (1984) 83 *Michigan Law Review* 341, 402.

<sup>8</sup> Vergleiche *Hugh Beale*, Towards a Law of Contract for Europe: the Work of the Commission on European Contract Law, in: *Günter Weick* (Hg.), *National and European Law on the Threshold to the Single Market*, 1993, S.177, 191.

<sup>9</sup> *Chitty on Contracts*, General Principles, Band 1, 27. Aufl., London, 1994, § 26–001 ff.; 27–001; *Smith*, (1997) 60 MLR 360, 360; *E. Allan Farnsworth*, Legal Remedies for Breach of Contract, (1970) 70 *Columbia Law Review* (Col. L.Rev.) 1145, 1156; *Edward Yorio*, Contract Enforcement, Specific Performance and Injunctions, Boston, 1989, S.12; *Guenter H. Treitel*, Remedies for Breach of Contract, Oxford, 1988, Rn.63.

<sup>10</sup> Vergleiche statt vieler: *Friedrich Kessler/Grant Gilmore/Anthony T.Kronman*, *Contracts: Cases and Materials*, 3. Aufl., Boston/Toronto, 1986, S.1069 ff.

<sup>11</sup> Der Begriff der specific performance ist damit enger als derjenige der Naturalerfüllung, welcher jedes Verfahren umfaßt, das den Schuldner zwingt, den Vertrag in specie zu erfüllen, vgl. zum Ganzen auch *Treitel* (Fn.9) Rn.40.

<sup>12</sup> *Isenberg v. East India House Estate Co.* [1863] 3 De Gex, Jones & Smith Chancery Reports (De G.J. & S.) 263, 273, per Lord Westbury L.C.: „It is not the proper function of a court of equity by granting a mandatory injunction, to deliver over the defendants to the plaintiff bound hand and foot, in order to be made subject to any extortionate demand that he may by possibility make“; *Enfield London Borough Council v. Mahoney* [1983] 1 W.L.R. 749, 753: Der Beklagte Mahoney war im Besitz eines Kreuzes, das er bei Ausgrabungen auf seinem Gelände fand und welches von der Stadtverwaltung als historischer Kulturschatz beansprucht wurde (es handelte sich um das sog. Glastonbury Kreuz, welches Kö-

Historisch hängen diese Prinzipien mit dem (ehemals) zweigeteilten englischen Gerichtssystem zusammen, welches aus den königlichen Courts of Common Law und den Courts of Equity bestand. War ein Kläger mit dem at law erhältlichen Schadensersatz nicht zufrieden, weil er zum Beispiel ein besonderes Interesse an der Sache selbst hatte, mußte er sein Recht vor den Courts of Equity suchen, welche auf die Billigkeitsjustiz der Kanzler (Chancellors) zurückgingen<sup>13</sup>. Sie wurden geschaffen, um in denjenigen Fällen Gerechtigkeit zu schaffen, in denen jemand wegen des rigiden Formalismus der Common Law Gerichte nicht zu seinem Recht kam<sup>14</sup>. Viele dieser Kanzler wurden in Oxford ausgebildet und waren daher vertraut mit dem römisch-kanonischen Recht. Auf diesem Weg übernahmen sie von den mittelalterlichen Kanonisten die Möglichkeit der Naturalerfüllung (*condemnatio in specie*)<sup>15</sup>. Das Ergebnis dieses Prozesses war, daß die Equity Gerichte unter bestimmten, eingeschränkten Voraussetzungen Naturalerfüllung (*specific performance*) gewährten<sup>16</sup>.

#### b) Voraussetzungen im Einzelnen

*Specific performance* wird nur gewährt, wenn die Zusprechung von Geldersatz im konkreten Einzelfall als inadäquat erscheint<sup>17</sup>. Dies wird dann angenommen, wenn der Verlust dergestalt ist, daß der Geldersatz schwierig zu quantifizieren ist<sup>18</sup>; oder wenn das spezifische Interesse an der vertraglich vereinbarten Sache mit Geld objektiv nicht aufzuwiegen ist, zum Beispiel bei Liegenschaften<sup>19</sup>, Erbgegenständen oder einzigartigen

---

nig Arthur (6. JH) zugeschrieben wird). Mahoney weigerte sich, das Kreuz herauszugeben und vergrub es an einem unbekannten Ort. Selbst seine Inhaftierung konnte ihn nicht zur Erfüllung in natura bewegen, so daß er schließlich wieder freigelassen werden mußte, weil offensichtlich war, daß kein Kerker seinen Stursinn brechen würde.

<sup>13</sup> Yorio (Fn. 9) 11 ff.

<sup>14</sup> Harnett v. *Yielding* (1805) 2 Schoales & Lefron's Irish Chancery Reports (Sch. & Lef.) 549, 553.

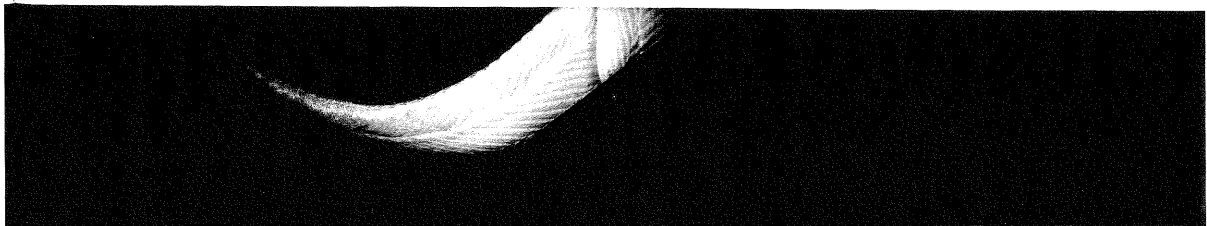
<sup>15</sup> *St. Thomas von Aquin*, *Secunda Secundae*, Quaestio 110, art. 3, 5: „Mendacium est, si quis non impleat, quod promisit“; vgl. *Alfred W.B. Simpson*, *A History of the Common Law of Contract*, Oxford, 1975, S. 595 f.; *Edward Yorio*, *A Defense of Equitable Defenses*, (1990) 51 *Ohio State Law Journal* (Ohio St. L.J.) 1201, 1205 f.

<sup>16</sup> Zur Entwicklung vgl. *Max Rheinstein*, *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht*, Berlin/Leipzig, 1932, S. 41 f., 138 ff.; zum doppelten Standard, der durch die Verschmelzung von Common Law und Equity entstand: *Emily L. Sherwin*, *Law and Equity in Contract Enforcement*, (1991) 50 *Maryland Law Review* (Md. L.R.) 253, 264 ff., 276 ff.

<sup>17</sup> *Chitty on Contracts* (Fn. 9) § 27-003; *Restatement (Second) of Contracts* § 359(1) (1981); Yorio, (1990) 51 *Ohio St. L.J.* 1201, 1202 ff.; vgl. auch *Van Wagner Advertising Corp. v. S. & M. Enterprises*, 67 *New York Reporter* (N.Y.) 2 d 186; 492 *Northeastern Reporter* (N.E.) 2 d 756; (1986) 501 *New York State Reporter* (N.Y.S.) 2 d 628: Der Mieter einer beleuchteten Werbefläche gegenüber der Einfahrt zum Queens Midtown Tunnel in Manhattan klagte auf *specific performance*, als der Vermieter das Gebäude mit der Werbefläche verkaufte und der neue Eigentümer das Haus abreißen wollte. Der *New York Court of Appeals* entschied letztinstanzlich, daß Schadensersatz ein adäquater Rechtsbehelf ist.

<sup>18</sup> Statt vieler: *Eximenco Handels A.G. v. Partrederiet Oro Chef* [1982] 2 *Lloyd's Reports* 509, 521 (der Beklagte war „not good for the money“); (1981) *Restatement (Second) of Contracts* § 360(b).

<sup>19</sup> *Verrall v. Great Yarmouth Borough Council* [1981] *Queen's Bench* (Q.B.) 202, 213 (C.A.): Miete eines Saales für die Konferenz einer umstrittenen radikalen Partei: Als die Stadtverwaltung wegen befürch-



Schmuckstücken<sup>20</sup>. Die entscheidende Frage lautet immer, ob aufgrund der Umstände des Einzelfalls der Kläger auf Schadensersatz beschränkt bleiben soll, oder ob nicht die Verurteilung des Beklagten zur Erfüllung in natura „will do more perfect and complete justice than an award of damages“<sup>21</sup>. Dies wird häufig dann verneint, wenn der Kläger sich das vertraglich Versprochene bei einem Dritten beschaffen kann<sup>22</sup>.

Die Zusprechung der Naturalerfüllung liegt im Ermessen des Gerichts (discretion)<sup>23</sup> und obwohl theoretisch immer noch von einem Ausnahmerechtsbehelf gesprochen wird, haben die Fälle, in denen die Rechtsprechung Realerfüllung verfügt, an Bedeutung stark zugenommen, so daß es sich empfiehlt, danach zu fragen, wann keine Erfüllung in forma specifica verlangt werden kann<sup>24</sup>.

### c) Grenzen des Erfüllungsanspruchs

Realerfüllung wird nicht gewährt, wenn es um die Durchsetzung von Dienstleistungsverträgen geht, da niemand gegen seinen Willen gezwungen werden soll, mit einer anderen Person in ein persönliches Verhältnis zu treten<sup>25</sup>. Es kann heute allerdings nicht mehr gesagt werden, daß dies eine allgemeingültige Regel ist, so daß in jedem Einzelfall die Frage der Naturalerfüllung bei Dienstleistungsverträgen überprüft werden muß<sup>26</sup>.

Die Gerichte – wie in casu das House of Lords – üben auch Zurückhaltung, wenn eine Partei Pflichten übernehmen soll, deren Erfüllung nur durch fortlaufende Kontrolle durch das Gericht gesichert werden kann. Lehre und Praxis haben weitere zahlreiche Gründe für die Verweigerung der Naturalerfüllung entwickelt, die im folgenden nur stichwortartig wiedergegeben werden können<sup>27</sup>: Unzumutbare Härte für den Beklagten (severe

teten Ausschreitungen der Partei den Saal nicht geben wollte, konnte diese die Vermietung gerichtlich durchsetzen; *F.H. Lawson/Harvey Teff*, Remedies of English Law, 2. Aufl., London, 1980, S. 213 f.

<sup>20</sup> Dies gilt schon seit *Pusey v. Pusey* [1684] 1 Vernon's English Chancery Reports (Vern.) 273; § 52 Sale of Goods Act 1994 erweitert für den Kaufvertrag die Prinzipien des Common Law, indem die Vorschrift nicht mehr Einzigartigkeit fordert, sondern es genügen läßt, wenn die Sachen „specific or ascertained“ sind; vgl. auch Ingeborg Schwenzer/Markus Müller-Chen, Rechtsvergleichung, 1996, S. 87 ff., 93; Gordon D. Shaber/Claude D. Rohwer, Contracts in a Nutshell, 3. Aufl., St. Paul, Minnesota (Minn.), 1990, § 133.

<sup>21</sup> *Attorney-General v. Colchester Corporation* [1955] 2 Q.B. 207, 217: Eine Stadt betrieb eine kleine Fähre, deren Betrieb wegen Unrentabilität eingestellt wurde. Kein Erfüllungsanspruch der Dorfbewohner, da niemand zur Fortführung eines aussichtslosen Geschäfts gezwungen werden soll (die Begründung verweist zudem auf die unerwünschten Vollstreckungsmaßnahmen des „imprisonment“ und der „sequestration“); *Evans Marshall v. Bertola SA* [1973] 1 W.L.R. 349, 379 ff.

<sup>22</sup> *Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board* [1984] A.C. 130 (H.L.); *Chitty on Contracts* (Fn. 9) § 27-008.

<sup>23</sup> *Scott v. Alvarez* [1895] 2 Chancery (Ch.) 603, 612 f.; *Stickeney v. Keeble* [1915] A.C. 386, 419 (H.L.).

<sup>24</sup> *Chitty on Contracts* (Fn. 9) § 27-014.

<sup>25</sup> *Chitty on Contracts* (Fn. 9) § 27-015; *Beale* (Fn. 8) 177, 189 ff.

<sup>26</sup> Der Erfüllungsanspruch wurde etwa gewährt bei einem Vertrag, ein Musikstück zu publizieren: *Barrow v. Chappel & Co.* (nicht publiziert), zitiert in *Joseph v. National Magazine Co.* [1959] Ch. 14, 18.

<sup>27</sup> Vergleiche ausführlich *Chitty on Contracts* (Fn. 9) § 27-019 ff.

hardship)<sup>28</sup>, unfaires Verhalten des Klägers<sup>29</sup>, Unmöglichkeit der Leistungserbringung<sup>30</sup>, Unbestimmtheit des Leistungsinhalts<sup>31</sup> oder mangelnde Praktikabilität in der Vollstreckung<sup>32</sup>.

## 2. Deutscher Rechtskreis

Unter dem Begriff der Erfüllung wird im deutschen Rechtskreis einhellig die Erbringung der geschuldeten Leistung verstanden, wodurch die Schuld, das heißt die einklagbare Pflicht zur Leistung, getilgt wird<sup>33</sup>. Aus der Nichterfüllung der Forderung erwächst dem Gläubiger primär das Recht, auf Verurteilung des Schuldners zur Leistung und auf alle Vollstreckungsmaßnahmen zu klagen, die das Gesetz zur Durchsetzung seiner Forderung vorsieht<sup>34</sup>. Daraus wird das Recht und die Pflicht des Gläubigers auf Realerfüllung abgeleitet<sup>35</sup>. Besonders das Schweizer Obligationenrecht hat die Tendenz, wo immer es nur möglich ist, in natura zu vollstrecken<sup>36</sup>.

Das heißt mit anderen Worten, daß solange die Forderung besteht und erfüllt werden kann, Rechtsansprüche nach der Vorstellung des Gesetzes gegen

<sup>28</sup> *Sullivan v. Henderson* [1973] 1 W.L.R. 333, 335 ff.; *Treitel* (Fn.9) Rn. 64 f.; (1991) Restatement (Second) of Contracts § 364 (1981); *Sherwin*, 50 Md. L.R. 253, 254 f.

<sup>29</sup> *Shell U.K.Ltd. v. Lostock Garages Ltd.* [1976] 1 W.L.R. 1187, 1199; dazu *Patrick Selim Atiyah*, An Introduction to the Law of Contract, 5. Aufl., Oxford, 1996, S. 444.

<sup>30</sup> Zum Beispiel *Watts v. Spence* [1976] Ch. 165, 170 ff.

<sup>31</sup> *Joseph v. National Magazine Co.* [1959] Ch. 14: Publikation eines Artikels, über dessen Inhalt sich die Parteien nicht einig sind.

<sup>32</sup> Vergleiche zum folgenden *Chitty on Contracts* (Fn.9) § 27–012 ff.

<sup>33</sup> D. 50, 16, 176: „Solvere dicimus eum, qui facit quod facere promisit“; § 362 BGB; *Hans Brox*, Allgemeines Schuldrecht, 22. Aufl., 1995, Rn. 3 f., 11, 162; *Dieter Medicus*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1996, Rn. 224 ff.; *Helmut Koziol/Rudolf Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des Schuldrechts, 9. Aufl., Wien, 1992, S. 213, 273; *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 291; *Andreas von Tuhr/Arnold Escher*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich, 1974, 2; *Marius Schraner*, in: Anton Egger (Hg.), Züricher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 1 e, 3. Aufl., Zürich, 1991, Vorbemerkungen Art. 68–96 OR, Rn. 7–9.

<sup>34</sup> Der Erfüllungsanspruch wird in den kontinentalen Kodifikationen nirgends ausdrücklich geregelt, sondern er muß implizit mitgedacht werden, z.B. § 241 BGB. Dies hängt damit zusammen, daß das Recht als solches statuiert wird und nicht der Rechtsbehelf, durch den das Recht vollstreckt wird. Einzig in Art. 1590 Abs. 1 Quebec Civil Code von 1991 wird expressis verbis bestimmt: „An obligation confers on the creditor the right to demand that the obligation be performed in full, properly and without delay“; es muß allerdings beachtet werden, daß die jüngere kanadische Rechtsprechung (z.B. *Propriétés Cité Concordia Ltée c. Banque Royale du Canada*, [1980] Rapports de jurisprudence du Québec, *Cour supérieure* [C.S.] 118) trotz dieses Artikels zu einem dem Common Law vergleichbaren Verständnis des Erfüllungsanspruchs gelangt ist; dazu *Henri Kélada*, Code Civil du Québec annoté, Scarborough (Ontario), 1997, Art. 1590 mit weiteren Nachweisen zu Lehre und Rechtsprechung.

<sup>35</sup> *Brox* (Fn. 33) Rn. 14; *Bucher* (Fn. 33) 328; *Peter Gauch/Walter R. Schluep*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Zürich, 1995, Rn. 49, 52 f.; *von Tuhr/Escher* (Fn. 33) 10, 86 ff.; *Andreas von Tuhr/Hans Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich, 1979, S. 35 f.

<sup>36</sup> *Bucher* (Fn. 33) 331.

den leistungsunwilligen Schuldner inhaltsgetreu durchgesetzt werden sollen<sup>37</sup>. Dieser Grundsatz gilt prinzipiell bei Forderungen jeglichen Inhalts.

Der Erfüllungsanspruch wird als die wichtigste Rechtsfolge, als eine selbstverständliche Begleiterscheinung der Forderung bezeichnet<sup>38</sup>. Mit der Naturalerfüllung sei dem Gläubiger am besten gedient<sup>39</sup>, erhalte er doch genau das, was Inhalt des „bargains“ war; zudem werde das Schuldverhältnis in seiner ursprünglich geplanten Form durchgeführt<sup>40</sup>.

### 3. Französisches Recht

Das französische Recht erkennt die Verurteilung zur Erfüllung des Vertrags im allgemeinen an<sup>41</sup>, auch wenn Art. 1142 Code Civil (CC) seinem Wortlaut nach die Naturalerfüllung auszuschließen scheint<sup>42</sup>. Nach anerkannter Ansicht ist dieser Grundsatz jedoch zu weit geraten und wird durch vielfältige Ausnahmen durchbrochen, so daß im Ergebnis die Naturalerfüllung nur ausgeschlossen ist, wenn sie unmöglich, sitten- oder gesetzeswidrig ist<sup>43</sup>. Art. 1142 CC wird auch umgangen, indem zum Beispiel die Lieferungspflicht des Verkäufers nicht als obligation de faire sondern als obligation de donner aufgefaßt wird<sup>44</sup>. Zudem besteht bei vertretbaren Handlungen wie im deutschen Recht die Möglichkeit der Ersatzvornahme durch den Gläubiger (Art. 1143 f. CC)<sup>45</sup>.

### 4. Einheitsrecht

Die Auffassung des deutschen (und im Grundsatz auch romanischen) Rechtskreises, daß der Erfüllungsanspruch das natürliche Gegenstück zur Leistungspflicht darstellt, liegt auch dem UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG) zugrunde (Art. 46 ff. CISG), mit dem dogmatischen Unterschied, daß der Erfüllungsanspruch nach anglo-

<sup>37</sup> Medicus (Fn. 33) Rn. 363; Völker Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl., 1997, S. 4, 106; Gauch/Schluep (Fn. 35) Rn. 2565; Hans Merz, Schweizerisches Privatrecht, Band VI/1, Basel, 1984, S. 253; Max Kummer, Grundriß des Zivilprozeßrechts, 4. Aufl., Bern, 1984, S. 234.

<sup>38</sup> Von Tuhr/Escher (Fn. 33) 86 f.; einschränkend dagegen Karl Oftringer/Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zürich, 1995, § 2, Rn. 96, Anm. 129: „Naturalrestitution spielt in der Theorie eine unverhältnismäßig große Rolle“.

<sup>39</sup> Merz (Fn. 37) 168; Obergericht Zürich 19. 01. 1987, Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (ZR) 87 (1988), Nr. 23, 63 f.; Gauch/Schluep (Fn. 35) Rn. 2565.

<sup>40</sup> Treitel (Fn. 9) Rn. 41.

<sup>41</sup> Philippe Malaurie/Laurent Aynès, Cours de droit civil, tome VI, les obligations, 5. Aufl., Paris, 1994, No. 851; anderer Ansicht Jean Carbonnier, Droit civil, les obligations, 18. Aufl., Paris, 1994, No. 169, 369, 372 ff.; Cour de Cassation (Cour de Cass.) (Civile) 24. 6. 1924, Dalloz (D.) 271.136.

<sup>42</sup> „Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur“; Malaurie/Aynès (Fn. 41) No. 1018; Wilfrid Jeandidier, L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, Revue trimestrielle de droit civil 1966, S. 700 ff.

<sup>43</sup> Malaurie/Aynès (Fn. 41) No. 1018.

<sup>44</sup> Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, S. 473.

<sup>45</sup> Carbonnier (Fn. 41) No. 372.

amerikanischer Tradition als Rechtsbehelf konstruiert ist<sup>46</sup>. Der Erfüllungsanspruch des Käufers geht bei vertragswidriger Lieferung auf Ersatzlieferung oder Nachbesserung (Art. 46 Abs. 2 und 3 CISG)<sup>47</sup>.

Die Wirksamkeit des Erfüllungsanspruchs nach dem CISG ist jedoch durch Art. 28 CISG eingeschränkt<sup>48</sup>. Dort wird mit Rücksicht auf die unterschiedlichen nationalen Auffassungen festgehalten, daß ein Gericht eine Entscheidung auf Erfüllung in Natur nur zu fällen braucht, wenn es dies auch nach seinem eigenen Recht bei gleichartigen Kaufverträgen täte, die nicht unter das Übereinkommen fallen<sup>49</sup>. Die praktische Bedeutung dieses Kompromisses zwischen dem kontinentalen und anglo-amerikanischen Recht ist jedoch angesichts der Tatsache, daß ein Käufer im internationalen Handelsverkehr kaum je auf Lieferung der Ware in natura klagen wird, wohl eher beschränkt<sup>50</sup>.

Sowohl die *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (Art. 7.2.2 UP) wie auch die *Principles of European Contract Law* (Art. 4:102 PECL) enthalten eine Bestimmung zur Naturalerfüllung<sup>51</sup>. Die Principles räumen weder dem Erfüllungsanspruch noch dem Schadensersatz den Vorrang ein, sondern überlassen der verletzten Vertragspartei die Wahl, die nach Treu und Glauben ausgeübt werden muß<sup>52</sup>. Eingeschränkt wird die Wahl, indem fünf Fallgruppen bezeichnet werden, in denen der Erfüllungsanspruch der berechtigten Partei versagt wird<sup>53</sup>: Es wird keine Naturalerfüllung gewährt, wenn die Erfüllung rechtlich oder tatsächlich unmöglich ist; wenn die Erfüllung oder Vollstreckung unzumutbar ist; wenn die berechnete Partei

<sup>46</sup> Ulrich Huber, in: Ernst von Caemmerer/Peter Schlechtriem (Hg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2. Aufl., 1995, Art. 46 CISG, Rn. 3; Ulrich Ziegler, *Leistungsstörungenrecht nach dem UN-Kaufrecht*, Dissertation, Baden-Baden, 1995, S. 158.

<sup>47</sup> Fritz Enderlein/Dietrich Maskow/Heinz Strohbach, *Internationales Kaufrecht*, 1991, Art. 46, Rn. 4 ff.; Ziegler (Fn. 46) 142 ff.

<sup>48</sup> Karl H. Neumayer/Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, Lausanne, 1991, Art. 28, Rn. 1; Ziegler (Fn. 46) 150 ff.

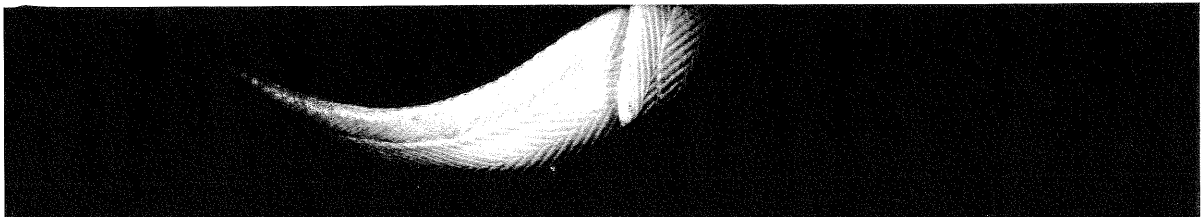
<sup>49</sup> Schlechtriem/Huber (Fn. 46) Art. 28, Rn. 5 ff.

<sup>50</sup> Neumayer/Ming (Fn. 48) Art. 28, Rn. 4; Schlechtriem/Huber (Fn. 46) Art. 28, Rn. 9 ff.; Ziegler (Fn. 46) 152 ff.

<sup>51</sup> Zur Entstehungsgeschichte und Natur der Principles im allgemeinen: Michael J. Bonell, *Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts*, 40 *American Journal of Comparative Law* (Am. J. Comp. L.) 617, 618 f. (1992); Beale (Fn. 8) 177, 179 f.; Malcolm Evans, *A Bridge Too Far?*, (1995) 3 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 145, 159; Ole Lando, *Principles of European Contract Law*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (RabelsZ) 56 (1992), 261, 264 ff.; zum Verhältnis der Unidroit zu den European Principles: Michael J. Bonell, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purpose?*, *Uniform Law Review* 1996, 229 ff.

<sup>52</sup> Beale (Fn. 8) 177, 191 f.

<sup>53</sup> UNIDROIT *Principles of Commercial Contracts*, International Institute for the Unification of Private Law (Hg.), Rom, 1994, Art. 7.2.2 Rn. 3 ff.; Ulrich Drobnig, *Ein Vertragsrecht für Europa*, in: Jürgen F. Baur et al. (Hg.), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 1990, S. 1141, 1153.



sich ohne Probleme anderweitig Ersatz beschaffen kann; wenn die Erfüllung höchstpersönlichen Charakter hat oder wenn die berechnigte Partei die Erfüllung nicht innerhalb einer angemessenen Frist verlangt (Art. 7.2.2 [a-c] UP; Art. 4.102 [2][3] UP). Das System wird verstärkt durch Art. 7.2.4 UP (kein entsprechender Artikel in den European Principles), der die Möglichkeit einer Geldstrafe vorsieht, die dem Gläubiger zufließt, falls der Verpflichtete seiner Pflicht zur Naturalerfüllung nicht nachkommt<sup>54</sup>.

### III. Vollstreckung des Erfüllungsanspruchs bei Handlungen

Im Mittelpunkt des rezensierten Falls steht die Frage, ob der gewerbliche Mieter vom Vermieter gestützt auf eine sogenannte „Keep open“-Klausel dazu gezwungen werden kann, eine geschäftliche Aktivität in den gemieteten Räumlichkeiten weiterzuführen, selbst wenn dies mit erheblichen Verlusten verbunden ist („a losing concern“). Der Sache nach geht es dabei um eine vertragliche Verpflichtung etwas zu tun, das heißt um den Erfüllungsanspruch bei Handlungen. Aus den oben dargestellten allgemeinen Grundsätzen ergibt sich, daß der deutsche und französische Rechtskreis einen solchen Anspruch grundsätzlich anerkennen<sup>55</sup>, das anglo-amerikanische Recht nicht oder nur zögerlich<sup>56</sup>.

Der materielle Erfüllungsanspruch ist nur so gut wie die Möglichkeit seiner prozessualen Durchsetzbarkeit und Vollstreckbarkeit. Wird neben dem materiellrechtlichen Anspruch auch die Vollstreckung eines Urteils auf Verurteilung zur Leistung eines Tun einbezogen, lassen sich zwischen den divergierenden Rechtsordnungen vergleichbare Wertungen feststellen. Überall besteht eine gewisse Hemmung, übermäßigen, der persönlichen Freiheit des Schuldners zuwiderlaufenden, Druck auszuüben. Es muß insofern zwischen vertretbaren und unvertretbaren Handlungen unterschieden werden. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist, ob es vom Standpunkt des Gläubigers aus wirtschaftlich gleichgültig ist, durch wen die Leistung vorgenommen wird, auch wenn sich dies für den Schuldner nachteilig auswirkt<sup>57</sup>. Als vertret-

<sup>54</sup> Arthur Hartkamp, Principles of Contract Law, in: Arthur Hartkamp (Hg.), Towards a European Civil Code, Dordrecht/Boston/London, 1994, S. 37, 47.

<sup>55</sup> Anders noch das alte Schweizer Obligationenrecht (Art. 111 a OR): „Jede Verbindlichkeit zu einem Tun löst sich bei verschuldeter Nichterfüllung in Schadensersatz auf“. Illustrativ dazu das schweizerische Bundesgericht 29.11. 1906, Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts 32 I 654, 662: „[...] weil ein Zwang gegen den Schuldner behufs Naturalerfüllung [...] die persönliche Freiheit antastet [...], muß daher auch nach schweizerischem Recht nicht nur bei Obligationen etwas zu tun, [...] sondern auch bei solchen, etwas zu unterlassen, eine Realexécution durch Zwang gegen die Person des Schuldners unzulässig sein“.

<sup>56</sup> *Pickering v. Bishop of Ely*, [1843] 2 Younge and Collyer's Reports, Chancery Cases (Y. [1981] *Restatement [Second] of Contracts* § 367 [1]); *Treitel* (Fn. 9) Rn. 65; *Rheinstein* (Fn. 16) 145 f.; *Yorio* (Fn. 9) 355; *E. Allan Farnsworth*, Contracts, Boston, 1990, S. 835.

<sup>57</sup> *Wolfgang Brehm*, in: Friedrich Stein/Hans Jonas (Hg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Aufl., 1993, § 887 ZPO, Rn. 7, 10; *Peter Hartmann* in: Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan

bar gelten daher zum Beispiel Arbeitsleistungen, sofern sie nicht Dienste höherer Art, zum Beispiel Führungsaufgaben sind. Handwerksmäßige Leistungen gelten als vertretbar, wenn sie keine speziellen körperlichen oder geistigen Befähigungen verlangen<sup>58</sup>. Unvertretbar dagegen sind geistige, künstlerische, wissenschaftliche oder schriftstellerische Leistungen<sup>59</sup>, bei denen der Gläubiger ersichtlich Wert darauf legt, daß der Schuldner die Verpflichtung in eigener Person erfüllt, zum Beispiel wegen knapper Marktlage<sup>60</sup> oder bei komplexen Handlungen<sup>61</sup>. Mit anderen Worten sind unvertretbare Handlungen diejenigen, die ein Dritter nicht vornehmen kann oder darf, jedenfalls nicht so, wie es dem Schuldner möglich wäre.

Handelt es sich um eine vertretbare Handlung, steht dem Gläubiger die Möglichkeit der Ersatzvornahme offen<sup>62</sup>. Interessant ist, daß im anglo-amerikanischen Recht die Ersatzvornahme nicht als Mittel der Realexekution gilt, sondern als besondere Art, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen<sup>63</sup>.

Weigert sich der Schuldner dagegen, eine unvertretbare Handlung vorzunehmen, bleibt nur der indirekte Zwang mittels contempt of court<sup>64</sup>, Zwangs-, Ordnungsgeld oder Haft<sup>65</sup>. Wenn die Handlung nicht allein vom Willen des Schuldners abhängt oder auf die Abgabe einer Willenserklärung gerichtet ist, ist der Gläubiger auf die Klage auf das Interesse beschränkt (§ 893 Zivilprozeßordnung [ZPO])<sup>66</sup>.

Das französische Recht weist in diesem Zusammenhang eine interessante Eigenheit auf. Da es neben der Ersatzvornahme nur für den Fall der Verurteilung zur Lieferung bestimmter Sachen eine griffige vollstreckungsrechtliche Regel kennt (der Gerichtsvollzieher kann die Sache dem Schuldner wegnehmen [Art. 56 Nouveau Code de Procédure Civil]), wobei bei der Verpflichtung

Albers/Peter Hartmann (Hg.), Kommentar zur ZPO, 54. Aufl., München, 1996, § 887 ZPO, Rn.20, 24; Horst Neumann-Duesburg, Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung positiver Handlungen analog § 890 ZPO, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1964, 748, 750 ff.; Gerhard Lüke, Vollstreckung des Anspruchs auf Arbeitsleistung, in: Walther Hadding/Gerhard Lüke u. a. (Hg.), Recht und Rechtskenntnis, Festschrift für Ernst Wolf, Köln, 1985, S. 459, 467 ff.

<sup>58</sup> Hartmann (Fn. 57) § 887 ZPO, Rn.28.

<sup>59</sup> Hartmann (Fn. 57) § 887 ZPO, Rn.27.

<sup>60</sup> OLG Celle 23.01.1948, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1948, 225.

<sup>61</sup> OLG München 21.01.1992, NJW-Rechtsprechungsreport (NJW-RR) 1992, 768; Brehm (Fn. 57) § 887 ZPO, Rn.7.

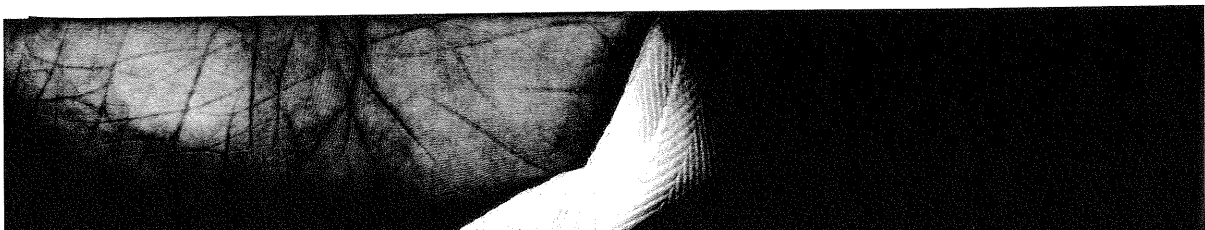
<sup>62</sup> § 887 der deutschen ZPO; § 353 der österreichischen Exekutionsordnung (EO) (vgl. dazu Georg Petschek, Das österreichische Zwangsvollstreckungsrecht, Wien, 1968, § 68); Art. 98 OR (dazu Bucher [Fn. 33] 331 f.; von Tuhr/Escher [Fn. 33] 90 f.); § 307 Abs. 1 Ziff. 1 ZH ZPO (vgl. auch Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozeß- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel, 1990, S. 588).

<sup>63</sup> Treitel (Fn. 9) Rn. 64.

<sup>64</sup> Order 45, rules 5 + 6 der Rules of the Supreme Court („Enforcement of judgment to do or abstain from doing any act), abgedruckt in: Schwenger/Müller-Chen (Fn. 20) 94 f.; Zweigert/Kötz (Fn. 44) 481 f.

<sup>65</sup> § 888 deutsche ZPO, dazu Brehm (Fn. 57) § 888 ZPO, Rn. 4 ff.; § 354 EO, vgl. dazu Petschek (Fn. 62) § 69; § 307 Abs. 1 Ziff. 2 ZH ZPO.

<sup>66</sup> Brehm (Fn. 57) § 888 ZPO, Rn. 39.



zu einem Tun dieser Zwang ausgeschlossen ist)<sup>67</sup>, hat die französische Rechtsprechung das (indirekte) Zwangsinstitut der *astreinte* entwickelt<sup>68</sup>. Danach kann das Gericht mit der Verurteilung zur Naturalerfüllung den Schuldner verpflichten, für jeden Tag der Nichterbringung der Leistung eine bestimmte Summe Geldes als *astreinte* an den Kläger zu zahlen<sup>69</sup>. Ohne auf Einzelheiten eingehen zu können, sei festgehalten, daß die *astreinte* in den verschiedensten Fällen zur Anwendung gelangt<sup>70</sup>, wobei sie die größte Bedeutung dort hat, wo das Gesetz keine Durchsetzungsmöglichkeiten vorsieht. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn der Schuldner zur Vornahme einer Handlung gezwungen werden soll. Insofern ähnelt die *astreinte* den auch im deutschen Rechtskreis bekannten Geldstrafen, jedoch mit dem wichtigen Unterschied, daß letztere in die Staatskasse fließen, die *astreinte* jedoch dem Gläubiger zugute kommt. Auch wenn sie dadurch eine gewisse Nähe zum Schadensersatz aufweist, darf nicht darüber hinweggesehen werden, daß die *astreinte* eine Privatstrafe ist, die den Schuldner über finanziellen Zwang zum Handeln veranlassen soll<sup>71</sup>.

#### IV. Würdigung

Der Court of Appeal entschied, daß Schadensersatz die Kläger nur ungenügend kompensieren würde, da Geldersatz schwierig zu quantifizieren sei und befürchtet werden müsse, daß die anderen Mieter im Einkaufszentrum, die von der Schließung des Supermarkts indirekt auch betroffen sind, ganz leer ausgehen würden<sup>72</sup>. Große Bedeutung wurde der Tatsache zugemessen, daß Argyll böswillig und ohne Rücksicht auf die geschäftlichen Interessen von Co-operative Insurance gehandelt habe und somit gegen die Prinzipien der Fairneß im geschäftlichen Umgang verstoßen habe<sup>73</sup>. Eine Mehrheit der Richter hatte keine Bedenken, daß die Verurteilung zur Erfüllung die Beklag-

<sup>67</sup> *Malaurie/Aynès* (Fn. 41) No. 1017.

<sup>68</sup> *Oliver Remien*, Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld: Vergleich, Vereinheitlichung, Kollisionsrecht, 1992, S. 33 ff.; *Malaurie/Aynès* (Fn. 41) No. 1020 ff.; die gesetzliche Regelung der *astreinte* von 1972 wurde durch die Reform des Nouveau Code de Procédure civile (Loi n° 91-650 vom 9.7.1991) modifiziert, vgl. dazu *François Chabas*, La réforme de l'*astreinte*, D.1992.Chronique.299.

<sup>69</sup> Vergleiche *Schwenzer/Müller-Chen* (Fn. 20) 85 ff.

<sup>70</sup> Vergleiche im Einzelnen die Zusammenfassung bei *Zweigert/Kötz* (Fn. 44) 474 ff.; *Malaurie/Aynès* (Fn. 41) No. 1022 f.; *Carbonnier* (Fn. 41) No. 373.

<sup>71</sup> *Cour de Cass. (Civ. 1<sup>re</sup>)* 20.10.1959, D.1959.537; auch Art. 72.4 der Unidroit Principles for International Commercial Contracts kennt die Möglichkeit der Privatstrafe, die allerdings nur unter dem Vorbehalt der *lex fori* dem Gläubiger zukommen darf.

<sup>72</sup> [1996] 3 W.L.R. 27, 34 f.

<sup>73</sup> Sogenannte „Clean hands“-Doktrin: „Argyll have acted with gross commercial cynicism“ per Leggatt L.J.; 34: [...] „that the defendants have behaved very badly“; 35: „a large commercial company seeking to rely on its own wanton and quite unreasonable conduct“; 37: „the plaintiffs [...] had not behaved in any way in which it could be said that they did not come to court with clean hands“ per Roch L.J.

te zu umfangreichen finanziellen und organisatorischen Dispositionen zwingen würde und sie (theoretisch) bis ins Jahre 2014 an ein unrentables Geschäft binden könnte. Dabei kann natürlich die Tatsache, daß Argyll kurz vor dem Abschluß eines Übernahmevertrags mit KwikSave stand, dem Gericht diese strengen Erwägungen erleichtert haben<sup>74</sup>.

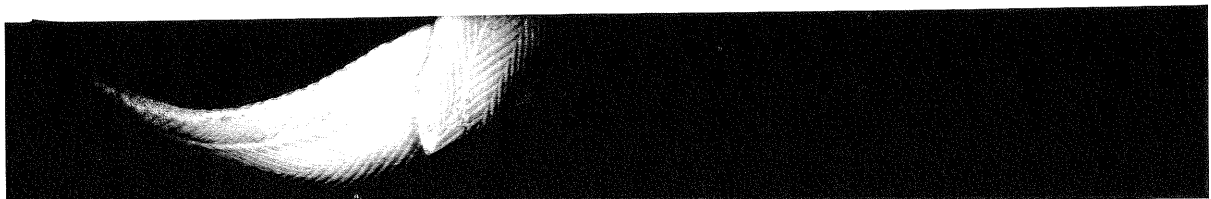
Gerade umgekehrt argumentierte das House of Lords: Das Schwergewicht seiner Begründung stützt sich auf die schwierige Realisierbarkeit der Vollstreckung ab. Vom Beklagten werde etwas verlangt, das gar nicht konkretisierbar sei (die Offenhaltungsklausel sei zu vage gehalten) und sich der Kontrolle eines Gerichts entziehe. Damit sei gemeint, daß es eine unter Umständen lange Serie von gerichtlichen Verfügungen brauche, um den Beklagten zum richtigen Tun zu veranlassen. Prozessual stünde dabei vor allem das Institut des contempt of court zur Verfügung, welches aufgrund seiner quasi-strafrechtlichen Natur im zivilrechtlichen Verfahren ungeeignet sei. Weder motiviere dies den Beklagten ein Geschäft zu führen, daß er – nota bene – aus ökonomischen Gründen aufgeben wollte, noch seien diese Mechanismen prozeß-ökonomisch. Es sei ein Irrtum zu glauben, der Beklagte werde unter dem Druck der gerichtlichen Verfügung sein Geschäft optimal führen. Es sei eher zu erwarten, daß er es auf „Sparflamme“ halte, um seine Ressourcen an anderer Stelle zu konzentrieren.

Die Weiterführung eines unrentabel gewordenen Geschäfts fordert vom Verpflichteten eine Vielzahl tatsächlicher und rechtlicher Handlungen: Entsprechende Räumlichkeiten müssen eingerichtet, Waren eingekauft, Lieferanten avisiert, Personal angestellt, Löhne ausbezahlt, Abrechnungen getätigt, Versicherungen abgeschlossen werden und vieles andere mehr. Es ist eine Summe von komplexen Handlungen, zu der Argyll selbst ohne Zweifel nur durch den indirekten Zwang der Folgen von contempt of court (sequestration (Zwangsverwaltung) oder Geldstrafe) gezwungen werden könnte. Der renzensierte Fall illustriert denn aber, daß die (englischen) Gerichte nach wie vor Wege finden, dieser unerwünschten Konsequenz zu entgehen.

Bei der Entscheidung gegen den Erfüllungsanspruch spielte es eine wichtige Rolle, daß es sich bei den Streitparteien um große Gesellschaften und nicht um Einzelpersonen handelte. Obwohl die vom Beklagten zu erbringende Leistung eine Fülle komplexer Handlungen umschließt, kann sie weder als unvertretbar oder einzigartig noch als auf individuellen Fähigkeiten beruhend angesehen werden; ebensowenig existiert zwischen den Parteien eine besondere Vertrauensbeziehung<sup>75</sup>. Es gibt im Gegenteil eine Mehrzahl von Unternehmen, die in der Lage sind, einen Supermarkt zu betreiben, genauso wie der Beklagte dies tat. Da es das erklärte Ziel des Klägers war, die Lücke in sei-

<sup>74</sup> [1996] 3 W.L.R. 27, 39f. (C.A.) per Millett L.J.

<sup>75</sup> So auch der Kommentar zu Art.7.2.2 (d) UP: UNIDROIT Principles of Commercial Contracts (Fn.53) Rn.3 d.



nem Einkaufszentrum so schnell wie möglich zu füllen, liegt eine der Ersatzvornahme ähnliche Vorgehensweise nahe<sup>76</sup>: Das Gericht ermächtigt den Vermieter, mit einer Drittgesellschaft einen Mietvertrag auszuhandeln, oder – wie es im konkreten Fall geschehen ist – der Mieter selbst überträgt den Vertrag mit Zustimmung des Vermieters auf einen Dritten. Auf diese Weise erhält in casu das Einkaufszentrum einen neuen Supermarkt, wovon auch die anderen dort angesiedelten Geschäfte profitieren; der vormalige Mieter bezahlt zwar Schadensersatz, kann aber seine Ressourcen gewinnbringend an einem anderen Ort einsetzen. Das Ergebnis befriedigt die ökonomischen Interessen aller Parteien, weshalb die Entscheidung des House of Lords nur begrüßt werden kann.

Abschließend sei auf einen ganz ähnlich gelagerten Fall hingewiesen, der im US-amerikanischen Bundesstaat Louisiana im Sinne der vorstehenden Darlegungen entschieden wurde. Dies ist auch darum interessant, weil das Zivilgesetzbuch Louisianas auf französischem Recht beruht, gleichzeitig jedoch auch vom Common Law beeinflusst wird und so Elemente beider Systeme beinhaltet<sup>77</sup>. Dem Fall *J. Weingarten, Inc. v. Northgate Mall, Inc.*<sup>78</sup> lag folgender Sachverhalt zugrunde: In der Miete eines Geschäftes in einem Einkaufszentrum war auch eine gewisse Fläche für Kundenparkplätze inbegriffen. Als der Betreiber des Einkaufszentrums auf den vermieteten Kundenparkplätzen einen Anbau an das Gebäude fertigstellte, verlangte der Mieter, daß der zusätzliche Bau abgerissen werde, so daß er die Fläche wieder für Parkplätze benutzen könne. Der Louisiana Supreme Court entschied wie das House of Lords, daß in einem solchen Fall Schadensersatz den Kläger ausreichend kompensiere und eine Erfüllung in natura unverhältnismäßige Kosten verursachen würde.

<sup>76</sup> Ob die Ersatzvornahme nun dogmatisch als besondere Form der Schadensersatzberechnung (anglo-amerikanischer Rechtskreis), als Ausfluss des Erfüllungsanspruchs (kontinentaler Rechtskreis) oder als Vertragsbeendigung verbunden mit der Möglichkeit des Schadensersatzes für im Zusammenhang mit der Ersatzvornahme entstandene Kosten (Art. 4.102 [d] PECL und *Beale* [Fn. 8] 177, 190) verstanden werden muß, soll hier dahingestellt bleiben.

<sup>77</sup> *Zweigert/Kötz* (Fn. 44) 115 f.

<sup>78</sup> 404 So. 2d 896 (La. 1981); dazu kritisch *Note, Obligations – Specific Performance of Obligations To Do or Not To Do in Louisiana*, 57 *Tulane Law Review* 1577, 1584 ff. (1983).