

Aufgedrängte Leistungserbringung

Von SEBASTIAN A. E. MARTENS, Hamburg*

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	706
B. Das geltende Recht	707
I. England	707
II. Frankreich	711
1. Dienstleistungsvertrag zu einem Pauschalpreis	712
2. Mietvertrag	713
3. Kreditvertrag	714
4. Reisecharter	715
III. Deutschland	715
1. Allgemeines Schuldrecht	715
2. Besonderes Schuldrecht	717
a) Werkvertrag	717
b) Miete	721
c) Darlehen	723
d) Dienstvertrag und Arbeitsvertrag	724
IV. Draft Common Frame of Reference (DCFR)	727
C. Folgerungen	729
Summary: <i>The Debtor's Right to Specific Performance</i>	731

* Abgekürzt werden zitiert: *Axel Flessner*, Der Gelderfüllungsanspruch im Europäischen Vertragsrecht auf den Stufen zum Gemeinsamen Referenzrahmen, in: *Tradition mit Weit-sicht*, FS Eugen Bucher (2009) 145–166; *Münchener Kommentar zum BGB II*⁵ (2007), III⁶ (2012) und IV⁵ (2009) (zitiert: *Münch. Komm. BGB [-Bearb.]*); *Qiao Liu*, *The White & Carter Principle*, A Restatement: Mod. L. Rev. 74 (2011) 171–194; *Wolfgang Schmidt-Futterer*, *Mietrecht*¹⁰ (2011) (zitiert: *Schmidt-Futterer [-Hubert Blank]*); *von Staudinger*, *Kommentar zum BGB* (zitiert: *Staudinger[-Bearb.] [Jahr]*).

Herzlich gedankt sei Carina Schwarz für wertvolle Kommentare. Für verbliebene Fehler ist natürlich ausschließlich der Autor selbst verantwortlich.

A. Einleitung

Der Grundsatz des *pacta sunt servanda* ist heute als fundamentales Prinzip des Vertragsrechts überall in Europa anerkannt. Während diese lateinische Formel ursprünglich im Mittelalter von Kanonisten geprägt worden war, um die Bindungswirkung jedes Vertrags und nicht bloß bestimmter Vertragstypen zu erklären,¹ änderte sich ihre Bedeutung schon bald dahin, dass Verträge grundsätzlich unter allen Umständen einzuhalten seien. Parteien können danach frei entscheiden, welche Verträge mit welchem Inhalt sie eingehen wollen. An einen einmal abgeschlossenen Vertrag sind sie dann aber gebunden, und die Gerichte werden die vertraglichen Rechte und Pflichten durchsetzen, ohne nachträglich in den Interessenausgleich einzugreifen, den die Parteien festgelegt haben.²

Freilich sagt der Grundsatz des *pacta sunt servanda* selbst nichts darüber aus, welche Rechte und Pflichten Vertragsparteien besitzen. Soweit die Parteien diese Rechte und Pflichten ausdrücklich in ihrem Vertrag geregelt haben, können und müssen sie durch Auslegung ermittelt werden. Soweit es aber an einer solchen expliziten Regelung fehlt, können die Rechte und Pflichten der Parteien nur vor dem Hintergrund des allgemein geltenden dispositiven Rechts bestimmt werden. Dieses dispositive Recht sollte einen gerechten Interessenausgleich gewährleisten, wie ihn die Parteien wahrscheinlich selbst getroffen hätten. Es sollte keineswegs nur rein begrifflich aus abstrakten Prinzipien wie dem – in einem bestimmten Sinne verstandenen – Grundsatz des *pacta sunt servanda* abgeleitet werden.

Ein bis heute zahlreiche Kontroversen auslösendes Problem in diesem Zusammenhang ist die Frage, inwieweit eine Vertragspartei auch gegen den Willen der anderen Vertragspartei die tatsächliche Durchführung des Vertrags durchsetzen kann oder sich auf die Befriedigung ihres finanziellen Interesses beschränkt sieht. Dabei gibt es eine umfangreiche Literatur zu der Frage, ob und wann in einem gegenseitigen Vertrag der Gläubiger einer Sachleistung Erfüllung *in natura* oder an ihrer Stelle lediglich Schadensersatz verlangen kann.³ Nur selten thematisiert wurde dagegen bislang das gewissermaßen umgekehrte Problem, ob und wann in einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner einer Sachleistung ein »Naturalerfüllungsrecht«⁴ besitzt,

¹ Vgl. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990) 542ff.

² Vgl. Zimmermann (vorige Note) 576ff.

³ Vgl. dazu einführend Jens Kleinschmidt, *Erfüllungsanspruch*, in: *Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts*, hrsg. von Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann (2009) 436–441.

⁴ So der treffende Begriff bei Marc-Philippe Weller, *Die Vertragstreue* (2009) 464; gegen ein solches Recht bereits ausdrücklich Josef Kohler, *Annahme und Annahmeverzug*; JherJb. 17 (1879) 261–424 (278).

so dass er auf einer Durchführung des Vertrags wie vereinbart bestehen kann, oder sich stattdessen mit einer wirtschaftlichen Ersatzbefriedigung seines Vertragsdurchführungsinteresses begnügen muss, wenn der Gläubiger kein Interesse an der Leistungserbringung mehr hat.⁵ In den europäischen Rechtsordnungen findet sich eine Vielzahl unterschiedlicher Lösungen.

In dieser Untersuchung sollen zunächst die verschiedenen Regelungen des geltenden Rechts in England, Frankreich und Deutschland sowie des *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) dargestellt werden (dazu unter B.). Dabei kann in dem begrenzten Rahmen eines Aufsatzes keine Vollständigkeit angestrebt werden, sondern es sollen lediglich die grundlegenden Konturen des jeweiligen Regelungsansatzes skizziert werden. Vor diesem Hintergrund soll dann versucht werden, ein interessengerechtes allgemeines Prinzip zu entwickeln, das die Grundlage für eine gemeinsame europäische Lösung bieten könnte (dazu unter C.). Weitgehend ausgeblendet bleiben Kündigungs- und Widerrufsrechte des Gläubigers einer Sachleistung, die zum vollständigen Wegfall und nicht bloß zur Modifikation der beiderseitigen Vertragspflichten führen. Denn diese Rechte ermöglichen es dem Gläubiger zwar ebenfalls, eine unerwünschte Sachleistung zu verhindern. Aber durch den Wegfall der Vertragspflichten wird das Prinzip des *pacta sunt servanda* durchbrochen, während hier gerade sein Inhalt im Hinblick auf die Vertragsdurchführung näher bestimmt werden soll.

B. Das geltende Recht

I. England

Die für diese Untersuchung maßgebliche Leitentscheidung im englischen Recht ist der Fall *White and Carter (Councils) Ltd. v. McGregor*.⁶ *White and Carter* ist zwar eigentlich ein Urteil zum schottischen Recht, doch wurde die Entscheidung in der Folgezeit vielfach von englischen Gerichten angewandt und ist deshalb heute allgemein als Teil des geltenden englischen Rechts anerkannt.⁷ Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

White and Carter (Councils) Ltd. waren in der schottischen Gemeinde Clydebank für den Unterhalt der öffentlichen Mülleimer zuständig. Im Gegenzug war ihnen gestattet, die Mülleimer als Werbefläche zu nutzen. Die Werkstatt McGre-

⁵ Vgl. aber auch zum deutschen Recht jüngst *Weller* (vorige Note) 464 ff.; siehe auch *Flessner* 145 ff., der freilich die Problematik nur unter dem Aspekt der (vollen) Durchsetzbarkeit des Gelderfüllungsanspruchs behandelt.

⁶ *White and Carter (Councils) Ltd. v. McGregor* [1962] A.C. 413 (zitiert: *White and Carter [Councils] Ltd.*).

⁷ Vgl. *Liu* 172 m.w.N.

gors hatte 1954 einen Vertrag mit White and Carter geschlossen, nach dem diese für McGregor Werbeschilder auf einer bestimmten Anzahl der Mülleimer befestigen sollten. Kurz bevor dieser Vertrag 1957 auslief, schloss ein Geschäftsführer McGregors im Juni 1957 einen neuen Dreijahresvertrag mit White and Carter ab. McGregor selbst hatte jedoch eigentlich das Vertragsverhältnis mit White and Carter nicht verlängern wollen und teilte ihnen deshalb unverzüglich mit, dass er den Vertrag aufhebe, als er von dem Handeln seines Geschäftsführers erfuhr. White and Carter akzeptierten die Vertragsaufhebung allerdings nicht, sondern begannen ihren vertraglichen Pflichten entsprechend im November 1957 mit der Werbung für McGregor. Sie warben auch die folgenden drei Jahre und verlangten dann ihr vertragliches Entgelt von McGregor, der sich freilich weigerte zu zahlen.

In der ersten Instanz und vor dem Court of Session unterlagen White and Carter. Das House of Lords sprach ihnen dagegen mit einer knappen 3:2-Mehrheit den vollen Vergütungsanspruch zu. Ausgangspunkt war dabei für vier der Richter der Grundsatz, dass die unberechtigte einseitige Vertragsaufkündigung keinen Einfluss auf den Bestand des Vertrags hat. Die andere Partei kann in einem solchen Fall wählen, ob sie die Vertragsaufkündigung akzeptiert und Schadensersatz verlangt oder ob sie an dem Vertrag trotz der Vertragsaufkündigung festhält.⁸ Für Lord Hodson und Lord Tucker war der Fall mit diesem Grundsatz gelöst, da White and Carter die unberechtigte Vertragsaufkündigung McGregors nicht angenommen hatten und nach Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten zu Recht ihre Vergütung verlangen konnten. Lord Reid gestand White and Carter zwar ebenfalls ihren Vergütungsanspruch zu, deutete jedoch an, dass seine Entscheidung anders ausgefallen sein könnte, wenn McGregor hätte nachweisen können, dass White and Carter kein berechtigtes finanzielles oder andersartiges Interesse an der Erfüllung ihrer Vertragspflicht gehabt hätten.⁹

Lord Morton, dem Lord Keith im Wesentlichen folgte, ging in seinem Minderheitsvotum zwar auch von einem Fortbestand des Vertrags im Fall einer unberechtigten Vertragsaufkündigung aus. Doch stelle die unberechtigte Vertragsaufkündigung eine Vertragsverletzung dar. Bei einer Vertragsverletzung könne die unschuldige Vertragspartei grundsätzlich nur Schadensersatz oder, unter besonderen Voraussetzungen, Naturalerfüllung verlangen. Im vorliegenden Fall wäre nach dem geltenden Recht ein Anspruch auf Naturalerfüllung ausgeschlossen. White and Carter verlangten aber eine Art umgekehrte Naturalerfüllung (»a kind of inverted specific implement«). Nach Meinung von Lord Morton waren sie deshalb auf einen Schadensersatz

⁸ *White and Carter (Councils) Ltd.* (oben N. 6) 427 per Lord Reid, 432 per Lord Morton, 444 per Lord Hodson (Lord Tucker agreeing).

⁹ *White and Carter (Councils) Ltd.* (oben N. 6) 431 per Lord Reid.

satzanspruch beschränkt und unterlagen einer Schadensminderungspflicht, so dass sie ihre vertraglichen Pflichten nicht mehr hätten erfüllen dürfen.¹⁰

In der Diskussion bildeten die Richter einen hypothetischen Fall, in dem jemand sich vertraglich verpflichtete, einen Expeditionsbericht zu erstellen, und zu diesem Zweck eine äußerst kostspielige Reise unternehmen müsste. Lord Reid, Lord Morton und Lord Keith gingen davon aus, dass der Expeditionswillige zumindest dann nicht gegen den Willen seines Vertragspartners auf einer Durchführung der Expedition bestehen könne, wenn er kein berechtigtes Interesse daran hätte.

Zwar ist die dogmatisch korrekte Formulierung der *ratio decidendi* von *White and Carter* umstritten.¹¹ Doch wurde die Entscheidung von den Gerichten in der Folgezeit im Sinne des gerade erwähnten hypothetischen Fallbeispiels und seiner Lösung durch die Lords Reid, Morton und Keith so verstanden, dass der Schuldner einer Sachleistungspflicht bei unberechtigter Vertragsauflösung durch den Gläubiger grundsätzlich seine Pflicht *in natura* erfüllen dürfe, soweit ihm nicht nachgewiesen werde, dass er kein berechtigtes Interesse daran habe. An einem solchen berechtigten Interesse soll es fehlen, wenn ein Schadensersatzanspruch ein adäquater Rechtsbehelf für den Schuldner der Sachleistungspflicht ist und zudem ein Festhalten am Vertrag vollkommen unvernünftig (»wholly unreasonable«) für ihn wäre.¹²

Ein Schadensersatzanspruch wurde als inadäquat erachtet, wenn ein bestimmter Schadensposten nicht ersetzbar¹³ oder wenn der Schaden nur sehr schwierig und in einem langwierigen Prozess zu ermitteln gewesen wäre.¹⁴ Ein Schadensersatzanspruch sollte auch nicht genügen, wenn die Nichtdurchführung des Vertrags sich negativ auf das Image des Schuldners auswirken könnte.¹⁵

¹⁰ *White and Carter (Councils) Ltd.* (oben N. 6) 433 per Lord Morton, 437 per Lord Keith; vgl. auch *Attica Sea Carriers Corporation v. Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei GmbH* [1976] 1 Lloyd's L. Rep. 250, 255 per Lord Denning M. R.

¹¹ Dazu *Liu* 174.

¹² Vgl. u. a. *Gator Shipping Corporation v. Trans-Asiatic Oil Ltd. S. A. and Occidental Shipping Establishment (The Odenfeld)* [1978] 2 Lloyd's L. Rep. 357, 374 per Kerr J.; *Clea Shipping Corporation v. Bulk Oil International Ltd. (No. 2)* [1984] 1 All E. R. 129, 133 ff., 137 per Lloyd J.; *Indian Airlines Ltd. v. GIA International Ltd.* [2002] EWHC 2361 (Comm.) Rz. 75 per Tomlinson J.; *Ocean Marine Navigation Ltd. v. Koch Carbon Inc. (The Dynamic)* [2003] 2 Lloyd's L. Rep. 693 per Simon J.; *Reichman v. Beveridge* [2006], EWCA Civ. 1659, Rz. 17 per Lloyd L. J.

¹³ Vgl. *Reichman v. Beveridge* (vorige Note) Rz. 18 ff. per Lloyd L. J. In diesem Fall wurde es einem Vermieter gestattet, ein vermietetes Bürogebäude leerstehen zu lassen und den vollen Mietzins von den ausgezogenen Mietern für die Zeit des Mietvertrages zu verlangen, weil er die Differenz zwischen einem etwaig niedrigeren Mietzins eines Ersatzmieters und dem von den Mietern geschuldeten Mietzins nach englischem Recht nicht ersetzt bekommen hätte.

¹⁴ Vgl. *The Odenfeld* (oben N. 12) 374 per Kerr J.

¹⁵ Vgl. *Ministry of Sound (Ireland) Ltd. v. World Online Ltd.* [2003] EWHC 2178 (Ch.) Rz. 47.

Der Schuldner einer Sachleistungspflicht kann seine Pflicht nur dann gegen den Willen seines Gläubigers erfüllen, wenn er nicht auf dessen Mitwirkung angewiesen ist. Verweigert der Gläubiger seine Mitwirkung, kann der Schuldner diese Mitwirkung grundsätzlich nicht einklagen, sondern ist auf einen Schadensersatzanspruch gegen seinen Gläubiger beschränkt.¹⁶ Dabei haben die englischen Gerichte den Begriff der Mitwirkung weit verstanden und wollen darunter etwa auch die notwendige Einwilligung eines Eigentümers zur Einwirkung auf sein Eigentum fassen. Deshalb soll der Schuldner einer Sachleistungspflicht diese Pflicht nicht gegen den Willen des Gläubigers erfüllen dürfen, wenn dazu eine Einwirkung auf dessen Eigentum erforderlich wäre.¹⁷

Das Urteil in *White and Carter* und die nachfolgenden Entscheidungen haben eine bis heute andauernde Diskussion in der wissenschaftlichen Literatur ausgelöst. Allgemein wird dabei kein absolutes Recht des Schuldners einer Sachleistungspflicht zur Erbringung seiner Leistung angenommen. Teilweise wird versucht, die Kasuistik der Folgeentscheidungen von *White and Carter* in eine systematische Ordnung zu bringen und zu konkretisieren, wann die Vertragsdurchführung trotz einer Vertragsaufkündigung »vollkommen unvernünftig« ist.¹⁸ Manche Autoren befürworten *de lege ferenda*, auch unter Hinweis auf einen entsprechenden US-amerikanischen Ansatz, bei einer unberechtigten Vertragsaufkündigung eine allgemeine *duty to mitigate*, d. h. eine Obliegenheit der unschuldigen Vertragspartei, Nachteile für den unberechtigt Kündigenden möglichst klein zu halten.¹⁹ Zwar würde eine solche allgemeine *duty to mitigate* eine ökonomisch effiziente Ressourcenallokation fördern,²⁰ aber sie würde doch allein die finanziellen Interessen der Parteien berücksichtigen. Zumeist wird deshalb im Einklang mit der Rechtsprechung ein weitergehender Schutz des Opfers einer unberechtigten Vertragsaufkündigung vertreten, der seine finanziellen und anderweitigen Interessen vollumfänglich wahren soll.

¹⁶ Vgl. bereits *White and Carter (Councils) Ltd.* (oben N. 6) 428 per Lord Reid. Eine Pflicht zur Mitwirkung kann freilich von den Parteien ausdrücklich vereinbart werden und dann als *specific performance* gegebenenfalls durchgesetzt werden.

¹⁷ Vgl. *London Borough of Hounslow v. Twickenham Garden Developments Ltd.* [1970] 3 All E.R. 326, 342 per Megarry J.; siehe auch *Liu* 184.

¹⁸ Vgl. *Guenter H. Treitel/Edwin Peel, The Law of Contract*¹² (2007) 1095 ff.; *Liu* 189 ff.

¹⁹ Vgl. *Andrew Burrows, Remedies for Tort and Breach of Contract*³ (2004) 128 mit Hinweis auf Uniform Commercial Code, secs. 2-610(a), 2-723(1); siehe auch *Clark v. Marsiglia*, 1 Denio 317 (New York 1845); ähnlich bereits *Arthur Lehmann Goodhart, Measure of damages when a contract is repudiated: L. Q. Rev. 78 (1962) 263–270 (268 ff.)*.

²⁰ Vgl. *Liu* 180 ff.; siehe auch bereits *P. M. Nienaber, The effect of anticipatory repudiation: Principle and policy: Cambridge L.J. 1962, 213–233 (231)*; a. A. *Michael G. Bridge, Mitigation of damages in contract and the meaning of avoidable loss: L. Q. Rev. 105 (1989) 398–423 (404 f.)*, der meint, dass auch eine unerwünschte Leistungserbringung durch den Schuldner für den Gläubiger Vorteile bringen könne. So hätten die Leistungen von *White* und *Carter* durchaus einen (unerwünschten) Werbeeffect für *McGregor* haben können.

Ein Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger auf Entgegennahme seiner Leistung bestand in *White and Carter* nicht²¹ und wird auch sonst grundsätzlich nicht angenommen. Freilich können die Parteien einen solchen Anspruch vertraglich vereinbaren. Ein solcher Anspruch ist dann nach den allgemeinen Regeln gegebenenfalls im Wege einer sogenannten *specific performance* auch tatsächlich durchsetzbar.²²

II. Frankreich

In Frankreich gibt es keine allgemeine Vorschrift, die es einem Gläubiger ermöglichen würde, die Durchführung eines Vertrags nach freiem Willen zu verhindern,²³ oder die es gegebenenfalls umgekehrt dem Schuldner im Interesse des Gläubigers untersagen würde, seine Leistung zu erbringen. Im Gegenteil bestimmt Art. 1134 II Code civil (C.c.), dass ein Vertrag nur einvernehmlich oder in den gesetzlich vorgesehenen Fällen, etwa bei einer Vertragsverletzung gemäß Art. 1184 I C.c., aufgelöst werden kann.²⁴ Bei Dauerschuldverhältnissen wird zwar die Bestimmung des Art. 1780 C.c., die eigentlich nur für den Dienstvertrag gilt, allgemein angewandt, so dass bei jedem auf unbestimmte Dauer abgeschlossenen Vertrag grundsätzlich eine einseitige Beendigung nach dem Willen einer Vertragspartei jederzeit möglich sein soll.²⁵ Bei allen anderen Verträgen muss der Gläubiger aber prinzipiell die Vertragsdurchführung *in natura* hinnehmen, auch wenn er hieran kein Interesse mehr hat. Freilich existieren abweichende besondere Regeln bei einzelnen Vertragstypen.

²¹ Die Besonderheit des Falles war es gerade, dass der Schuldner seine Leistung ganz unabhängig vom Gläubiger erbringen konnte.

²² Vgl. etwa *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd.* [1998] A. C. 1, wo das House of Lords es allerdings ablehnte, die vertraglich vereinbarte Pflicht eines Mieters durchzusetzen, derzufolge dieser sein Ladengeschäft in einem Einkaufszentrum während der Dauer des Mietvertrags offenhalten musste.

²³ Vgl. aber *Philippe Delebecque*, *Le droit de rupture unilatérale: Droit & Patrimoine* 2004, 56–63, der das französische Zivilrecht allgemein auf Möglichkeiten der einseitigen Vertragsbeendigung untersucht.

²⁴ Art. 1134 C.c. »(1) Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. (2) Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. (3) Elles doivent être exécutées de bonne foi.«

²⁵ Art. 1780 II C.c. »Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes.« Vgl. *Jérôme Huet*, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*² (2001) 1052.

1. Dienstleistungsvertrag zu einem Pauschalpreis

Für einen Dienstleistungsvertrag zu einem Pauschalpreis (*marché à forfait*²⁶) enthält Art. 1794 C.c. ein Recht des Bestellers zur freien Aufhebung des Vertrags, auch wenn die Dienstleistung schon begonnen wurde. Als Ausgleich muss der Besteller allerdings den Unternehmer für alle seine Ausgaben entschädigen, für seine bereits erbrachte Arbeitsleistung sowie für all das, was er bei Durchführung hätte verdienen können.²⁷ Nach Josef Kohler beruht Art. 1794 C.c. auf Überlegungen Pothiers.²⁸ In der Tat wollte Pothier dem Besteller ein freies Recht zur jederzeitigen Beendigung eines Werkvertrags (*louage d'ouvrage*) gewähren. Denn für den Besteller könnten nach Vertragsschluss gute Gründe entstehen, warum er an der Werkerstellung kein Interesse mehr habe; er könne auch finanzielle Einbußen erleiden, die ihn außerstande setzten, die Ausgaben zu machen, zu denen er sich verpflichtet habe. Eine Vertragsaufhebung komme jedoch nur gegen eine volle Entschädigung des Unternehmers in Frage. So seien etwa bereits getätigte Aufwendungen für Material oder Arbeiter zu ersetzen sowie der Gewinn, den der Unternehmer aus anderen Verträgen hätte ziehen können, die er mit Rücksicht auf den nunmehr aufgehobenen Vertrag aber nicht abgeschlossen hat.²⁹ Pothier wollte also anders als Art. 1794 C.c. nur das negative, nicht aber das positive Interesse des Unternehmers ersetzen.

In den Beratungen des Code civil gab es keine näheren Diskussionen zum heutigen Art. 1794 C.c., dessen Text offenbar von Beginn der Beratungen an feststand. Eine nähere Begründung dieser großzügigen Sonderstellung des Bestellers sucht man deshalb auch vergeblich. Aus dem Zusammenhang des Berichts des Tribun Mouricault an das Tribunat vom 5. 3. 1804 lässt sich jedoch entnehmen, dass die Verfasser besonders Architekten und Bauunternehmer im Blick hatten, vor denen sie Bauherren schützen wollten. Denn die Architekten und Bauunternehmer überschritten offenbar allzu häufig Kostenvoranschläge und spekulierten zulasten des Bauherrn.³⁰ Deshalb wurde diesen Personen in Art. 1793 C.c. auch ausdrücklich verboten, einen einmal festgelegten Preis einseitig ohne Vertragsänderung unter Berufung auf gestiegene Kosten oder Änderungen der Bauplanung zu erhöhen, und in Art. 1794 C.c. wurde dem Besteller zusätzlich ein Recht zur freien Aufhebung des Vertrags gegen Entschädigung des Unternehmers gewährt.

²⁶ Vgl. zu diesem Begriff ausführlich *Moussa Thioye*, Louage d'ouvrage et d'industrie: Juris-Classeur Civil Code, Art. 1788 à 1794: Fasc. 20, à jour au 8 juin 2007, n° 10 ff.

²⁷ Art. 1794 C.c. »Le maître peut résilier, par sa simple volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise.«

²⁸ Vgl. *Kohler* (oben N. 4) 276 N. 2.

²⁹ Vgl. *Robert Joseph Pothier*, Œuvres IV (1847) 147 f.

³⁰ *P. A. Fenet*, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil XIV (1836) 342 (siehe auch 356).

Die Rechtsprechung hat den Anwendungsbereich des Art. 1794 C.c. indes nicht auf Verträge mit Architekten und Bauunternehmern beschränkt, wie es eine systematische Auslegung im Hinblick auf Art. 1793 C.c. nahegelegt hätte,³¹ sondern wendet ihn auf jeglichen Dienstleistungsvertrag zu einem Pauschalpreis an.³² In der Literatur wird gleichwohl eine restriktive Auslegung des Art. 1794 C.c. befürwortet, weil er eine Ausnahme von den allgemeinen Prinzipien enthalte.³³ Dem folgt die Rechtsprechung insoweit, als eine Vertragsaufhebung nach Art. 1794 C.c. nicht mehr möglich sein soll, wenn das Werk praktisch erstellt ist.³⁴

2. Mietvertrag

Wenn ein Mieter keine Verwendung für den gemieteten Gegenstand hat, ist er grundsätzlich auf die gesetzlich vorgesehenen Kündigungsmöglichkeiten zur Beendigung des Mietverhältnisses beschränkt, durch die die gegenseitigen vertraglichen Rechte und Pflichten enden. Bei einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Mietvertrag muss er aber prinzipiell die Vertragslaufzeit abwarten und trägt insoweit das Verwendungsrisiko des Mietgegenstands. Allerdings sieht Art. 1717 C.c. ein Recht des Mieters vor, den Mietgegenstand unterzuvermieten oder den Mietvertrag sogar vollständig an einen Nachmieter zu übertragen, wenn dieses Recht vertraglich nicht ausgeschlossen ist.

Freilich wird die allgemeine Vorschrift des Art. 1717 C.c. für besondere Mietverträge durch spezielle Vorschriften modifiziert. So macht Art. 8 Loi 89-462 vom 6. 7. 1989 die Übertragung und die Untervermietung im Bereich der Wohnraummiete von der schriftlichen Zustimmung des Vermieters abhängig.³⁵ Bei der Gewerbemiete dagegen schließt Art. L145-16 Code de commerce ein Übertragungsverbot aus, wenn der Mieter seinen Geschäftsbetrieb veräußern möchte, und Art. L145-51 enthält Sonderregelungen zugunsten des gewerblichen Mieters, wenn er in den Ruhestand geht oder erwerbsunfähig wird.³⁶ So bringt das französische Mietrecht die Interessen des Vermieters an der Vertragsdurchführung und die Interessen des Mieters, der nicht länger am Gebrauch der Mietsache interessiert ist, recht kasuistisch zum Ausgleich.

³¹ Vgl. *Huet* (oben N. 25) 1482.

³² Vgl. Cour d'appel Paris 23. 5. 1961, *Gaz. Pal.* 1961.II.283 (Kreuzfahrt).

³³ Vgl. *Thioye* (oben N. 26) n° 78.

³⁴ Vgl. Cass. (3^e civ.) 18. 2. 1976, *Bull. civ.* 1976, III, n° 69.

³⁵ Ausführlich *Jean-Pierre Blatter*, *Bail d'habitation: Juris-Classeur Civil Code*, Art. 1708 à 1762: Fasc. 135, à jour au 4 avril 2002.

³⁶ Ausführlich *Christine Quément*, *Bail commercial: Juris-Classeur Civil Code*, Art. 1708 à 1762: Fasc. 1450, à jour au 1^{er} septembre 2009.

3. Kreditvertrag

Es ist in Frankreich allgemein anerkannt, dass ein Kreditnehmer ein Interesse daran haben kann, einen Kreditvertrag aufzulösen und die Kreditsumme vorzeitig zurückzuzahlen, insbesondere dann, wenn das allgemeine Zinsniveau seit Vertragsabschluss gesunken ist.³⁷ Ein Recht des Kreditnehmers zur vorzeitigen Rückzahlung kann sich aus dem Kreditvertrag selbst oder dem Gesetz ergeben.

Häufig sehen Kreditverträge ein Recht zur vorzeitigen Rückzahlung gegen eine *indemnité de résiliation* vor, d.h. eine Entschädigung des Kreditgebers für den entgangenen Zinsgewinn.³⁸ Ein gesetzliches Recht zur vorzeitigen Rückzahlung gewähren Art. L311-22 Code de la consommation (C. consomm.) beim Verbraucherkredit und Art. L312-21 C. consomm. beim Immobiliarkredit. Beide Vorschriften beschränken in diesen Fällen mögliche Ansprüche des Kreditgebers wegen des entgangenen Gewinns oder schließen sie sogar ganz aus, wenn ein besonderes Interesse des Kreditnehmers an einer vorzeitigen Vertragsauflösung besteht.³⁹ Das Interesse des Kreditgebers an der Vertragsdurchführung wird hier also allein ökonomisch verstanden und auch in diesem Umfang nicht immer vollständig gesichert.

Es ist umstritten, ob neben den genannten Fällen ein allgemeines Recht des Kreditnehmers auf vorzeitige Rückzahlung besteht. Einige Autoren wollen ein solches Recht aus Art. 1250 Nr. 2 C.c. herleiten, der eine Subrogation eines den Schuldner ablösenden Dritten in die Stellung des Gläubigers auch gegen dessen Willen vorsieht. Da der Gläubiger seine Stellung also gegen seinen Willen an einen Dritten verlieren könne, müsse auch eine vorzeitige Rückzahlung eines Kredits möglich sein.⁴⁰ Die Rechtsprechung hat sich in diesem Streit noch nicht abschließend geäußert, sondern bislang

³⁷ Vgl. *Huet* (oben N. 25) 1025.

³⁸ Vgl. Cass. (1^{re} civ.) 27. 9. 2005, D. 2005, 2670 (2671), obs. *Xavier Delpech*. Die *indemnité de résiliation* wird deshalb von den Gerichten auch nicht als Vertragsstrafe i. S. d. Art. 1152 II C.c. verstanden, vgl. Cass. (com.) 3. 7. 1991, Bull. civ. 1991, IV, n° 254; *Philippe Malaurie/Laurent Aynès/Pierre-Yves Gautier*, *Les Contrats spéciaux*⁴ (2009) Rz. 938 N. 9 m. w. N.

³⁹ Vgl. Art. L312-21 III C. consomm.: »Pour les contrats conclus à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière, aucune indemnité n'est due par l'emprunteur en cas de remboursement par anticipation lorsque le remboursement est motivé par la vente du bien immobilier faisant suite à un changement du lieu d'activité professionnelle de l'emprunteur ou de son conjoint, par le décès ou par la cessation forcée de l'activité professionnelle de ces derniers.«

⁴⁰ Vgl. *Jérôme Huet*, *Un bienfait de l'histoire: la subrogation opérée par le débiteur pour le remboursement anticipé d'un prêt d'argent en cas de baisse des taux d'intérêt* (art. 1250, 2°, c. civ): D. 1999, 303 ff.; dagegen *Philippe Malaurie*, *Baisse des taux d'intérêt, prêts à long terme et renégociation*: D. 1998, 317, der darauf hinweist, dass die Subrogation nicht zum Nachteil des Gläubigers führen darf (a.a.O. 319).

nur entschieden, dass eine Entschädigungsklausel für den Fall einer vorzeitigen Rückzahlung grundsätzlich mit Art. 1250 Nr. 2 C.c. vereinbar ist.⁴¹

4. Reisecharter

Ein vorzeitiges Kündigungsrecht des Gläubigers gegen volle Gewinnentschädigung des Schuldners existiert schließlich noch für den Charterer bei der Reisecharter gemäß Art. 13 des décret n° 66–1078 vom 31. 12. 1966.⁴² Danach kann der Charterer den Chartervertrag vor Beginn der Ladung kündigen. Er muss den Schiffseigentümer jedoch umfassend bis maximal zur Höhe des vereinbarten Charterbetrags entschädigen. Dieses Kündigungsrecht spielt allerdings in der Praxis offenbar keine größere Rolle und wird wohl selbst in rein französischen Charterverträgen nicht erwähnt.⁴³

III. Deutschland

1. Allgemeines Schuldrecht

In Deutschland entsteht der Vergütungsanspruch in einem gegenseitigen Vertrag grundsätzlich mit Vertragsschluss. Er ist jedoch zunächst nicht durchsetzbar, sondern mit der Einrede aus § 320 I BGB beschwert, nach der die Zahlung der Vergütung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigert werden kann.⁴⁴ Wenn der Schuldner einer Sachleistung allerdings seine Pflichten aus dem Vertrag erfüllt, entfällt diese Einrede und er kann seinen Vergütungsanspruch durchsetzen. Der Gläubiger soll sich auch nicht auf die Einreden des § 320 BGB oder der mangelnden Fälligkeit berufen dürfen, wenn er die Erfüllung des Vertrags ernsthaft und endgültig ablehnt.⁴⁵ Der Schuldner muss sich in diesem Fall aber gegebenenfalls ersparte Aufwendungen anrechnen lassen sowie etwaigen anderweitigen Erwerb oder böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerb.⁴⁶

⁴¹ Vgl. Cass. 27. 9. 2005 (oben N. 38) 2671, obs. *Xavier Delpech*; a. A. *Huet* (oben N. 25) 1027.

⁴² Art. 13 décret n° 66–1078 vom 31. 12. 1966 (J.O. 1967, 483): «L'affrètement peut résilier le contrat avant tout commencement de chargement. Il doit, en pareil cas, une indemnité correspondant au préjudice subi par le frètement et au plus égale au montant du fret.»

⁴³ Vgl. *Pierre Bonassies/Christian Scapel*, *Droit maritime*² (2010) Rz. 784.

⁴⁴ Die Erhebung der Einrede aus § 320 BGB hindert freilich die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs nicht, sondern führt nur zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung gemäß § 322 I BGB.

⁴⁵ Vgl. RG 27. 5. 1904, RGZ 58, 173 (176); 9. 10. 1908, RGZ 69, 381 (383); BGH 16. 5. 1968, BGHZ 50, 175 (177); 4. 7. 2002, NJW 2002, 3541 (3542); 24. 2. 2005, NJW 2005, 1650 (1651).

⁴⁶ Vgl. BGH 24. 2. 2005 (vorige Note) 1651.

Wird die Erfüllung der Sachleistungspflicht unmöglich, entfällt gemäß § 326 I BGB grundsätzlich auch der Vergütungsanspruch. Soweit aber der Gläubiger für die Unmöglichkeit allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, oder die Unmöglichkeit zu einem Zeitpunkt eintritt, als der Gläubiger sich, etwa wegen einer unterlassenen Mitwirkungshandlung, im Annahmeverzug befand, bleibt der Vergütungsanspruch nach § 326 II 1 BGB erhalten. Der Gläubiger des Vergütungsanspruchs muss sich jedoch gemäß § 326 II 2 BGB dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von seiner Leistungspflicht an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig erlässt. Dabei sind über den Wortlaut des § 326 II 2 BGB hinaus auch andere Vorteile anzurechnen, die der Schuldner aus dem ursprünglich geschuldeten Gegenstand noch zieht.⁴⁷

§ 326 BGB ermöglicht es dem Gläubiger einer Sachleistungspflicht, den gegen ihn gerichteten Vergütungsanspruch funktional auf einen Schadensersatzanspruch zu beschränken und seinem Vertragspartner eine § 254 II 1 2. Fall BGB entsprechende Schadensminderungsobliegenheit aufzuerlegen. § 326 BGB setzt aber voraus, dass der Gläubiger die Bewirkung der Sachleistung verhindern kann. Soweit es ganz in der Macht seines Schuldners steht, die Sachleistung zu erbringen, kann dieser sich grundsätzlich die Einredefreiheit seines Vergütungsanspruchs verdienen. Hinsichtlich des Erfüllungsanspruchs ist § 254 II 1 2. Fall BGB nicht anwendbar, und den Schuldner trifft keine Obliegenheit, auf eine tatsächliche Vertragsdurchführung im Interesse des Gläubigers zu verzichten, um etwaige Nachteile für den Gläubiger möglichst gering zu halten.

Im Ausnahmefall kommt bei Dauerschuldverhältnissen schließlich auch ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB in Betracht. Grundsätzlich kann ein solcher wichtiger Grund jedoch nicht darin gesehen werden, dass eine Partei ihr Interesse an der ihr geschuldeten Gegenleistung verloren hat. Denn das Verwendungsrisiko der Gegenleistung fällt prinzipiell in ihren eigenen Risikobereich. Eine Ausnahme macht die h. M. jedoch zu Recht bei Dauerschuldverhältnissen, deren wirtschaftlicher Erfolg auf eine vertrauensvolle Zusammenarbeit angewiesen ist, wenn das erforderliche Vertrauensverhältnis zerstört ist, und erkennt dann einen zur Kündigung nach § 314 BGB ausreichenden wichtigen Grund an.⁴⁸ Die vertraglichen Rechte und Pflichten entfallen dann ab der Kündigung für die Zukunft vollständig, so dass der Grundsatz des *pacta sunt servanda* durchbrochen wird.⁴⁹

⁴⁷ Vgl. Münch. Komm. BGB (-Wolfgang Ernst) § 326 Rz. 88.

⁴⁸ Vgl. Münch. Komm. BGB (-Reinhard Gaier) § 314 Rz. 12; siehe auch § 627 BGB und dazu unten B. III. 2. d).

⁴⁹ Vgl. Münch. Komm. BGB (-Gaier) § 314 Rz. 23.

2. Besonderes Schuldrecht

Neben den genannten, recht restriktiven Bestimmungen des allgemeinen Schuldrechts bestehen im besonderen Schuldrecht zahlreiche Möglichkeiten für den Gläubiger einer Sachleistung, eine tatsächliche Vertragsdurchführung zu verhindern, an der er kein Interesse mehr hat. Nur ausnahmsweise ist, wie etwa im Kaufrecht gemäß § 433 II BGB, ein ausdrücklicher, gerichtlich durchsetzbarer Anspruch des Schuldners auf Entgegennahme der Leistung gegen den Gläubiger geregelt.⁵⁰

a) Werkvertrag

Im Werkvertragsrecht ist der Besteller zwar ebenfalls nach § 640 I 1 BGB zur Abnahme eines vertragsgemäß hergestellten Werkes verpflichtet. Hat er aber nach Vertragsschluss das Interesse an der Werkerstellung verloren, kann der Besteller den Vertrag gemäß § 649 BGB bis zur Vollendung des Werkes jederzeit ohne besonderen Grund kündigen, ohne dass es darauf ankäme, ob eine Mitwirkung des Bestellers für die Herstellung des Werkes erforderlich ist.⁵¹ Der Unternehmer behält jedoch seinen Vergütungsanspruch, auf den er sich freilich anrechnen lassen muss, was er infolge der Befreiung von seiner Leistungspflicht an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Im Werkvertragsrecht besteht für den Besteller also allgemein die Möglichkeit, den gegen ihn gerichteten Vergütungsanspruch funktional durch einen Schadensersatzanspruch zu ersetzen und dem Unternehmer eine Schadensminderungsobliegenheit aufzuerlegen.⁵²

Das freie Kündigungsrecht des § 649 BGB, das das ideelle, nichtmonetäre Interesse des Unternehmers an der Erstellung des geschuldeten Werkes nicht berücksichtigt, lässt sich nur historisch erklären. Im gemeinen Recht war das Recht des Bestellers zur willkürlichen Kündigung noch umstritten. In den Quellen zur *locatio conductio operis* fand sich lediglich ein Kündigungsrecht des Bestellers, wenn sich ein Kostenvoranschlag als bedeutend zu niedrig erwies. Verbreitet wurde aufgrund dieser Quellenlage kein weiterge-

⁵⁰ Auch im Kaufvertrag kann der Käufer den Verkäufer freilich häufig indirekt dazu zwingen, von einer tatsächlichen Vertragsdurchführung Abstand zu nehmen. Denn wenn der Käufer sich ernsthaft und endgültig weigert, den Kaufgegenstand anzunehmen, kann für den Verkäufer gemäß §§ 280, 286, 254 BGB die Obliegenheit entstehen, seinen Verzugsschaden dadurch zu mindern, dass er den Kaufgegenstand anderweitig veräußert.

⁵¹ Soweit eine Mitwirkung des Bestellers erforderlich ist, kann der Unternehmer gemäß § 642 I BGB eine angemessene Entschädigung verlangen, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Mitwirkung in Annahmeverzug kommt.

⁵² Ebenso *Heinz Weidt*, Antizipierter Vertragsbruch (2008) 159.

hendes Kündigungsrecht des Bestellers anerkannt.⁵³ Gleichwohl gab es verschiedene Ansätze, eine prinzipiell unbedingte Vertragsdurchführung auch gegen den Willen des Anspruchsberechtigten zu verhindern. So wollte Kohler ein allgemeines Prinzip für das gesamte Zivilrecht erkennen, nach dem ein Schuldner kein Recht auf Erbringung seiner Leistung, sondern nur einen Anspruch auf die Gegenleistung habe.⁵⁴ Kohler erkannte zwar, dass etwa ein Architekt durchaus künstlerische und auch gewerbliche Interessen an der Ausführung seines Werkes haben könne. Doch diese Interessen seien rechtlich nicht geschützt, sondern blieben reine Aussichten.⁵⁵ Dankwardt wollte ein entsprechendes willkürliches Kündigungsrecht beim Mandat verallgemeinern, so dass der Besteller eines Werkes jederzeit zur Kündigung berechtigt wäre und dabei grundsätzlich zur Zahlung der Vergütung verpflichtet bliebe, wobei der Unternehmer sich aber ersparte Aufwendungen und dasjenige anrechnen lassen müsse, was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erzielen könne.⁵⁶ Sintenis wiederum stützte ein jederzeitiges Kündigungsrecht des Bestellers beim Werkvertrag auf dessen freie Verfügungsbefugnis über sein Eigentum, aufgrund dessen er dem Unternehmer jederzeit die Einwirkung auf seine Sachen untersagen könne.⁵⁷

Der insoweit mit dem Dresdner Entwurf identische Vorentwurf der Redaktoren zum BGB enthielt in Übereinstimmung mit der Mehrzahl der anderen Entwürfe für ein BGB⁵⁸ und der damals geltenden Gesetzbücher⁵⁹

⁵³ Vgl. etwa *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts⁹ (1906) § 410 (Text bei N. 10).

⁵⁴ *Kohler* (oben N. 4) 280.

⁵⁵ *Kohler* (oben N. 4) 278.

⁵⁶ *H. Dankwardt*, Die locatio conductio operis: *JherJb.* 13 (1874) 299–380 (331 f.).

⁵⁷ *Carl Friedrich Ferdinand Sintenis*, Das practische gemeine Civilrecht³ II (1868) § 118 (Text bei N. 168).

⁵⁸ Vgl. Art. 523 Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern: »Der Besteller kann, so lange das Werk nicht vollendet ist, gegen Entschädigung des Unternehmers von dem Vertrag zurücktreten. Er hat demselben die bereits auf das Werk verwendeten Arbeiten und Auslagen, sowie den Gewinn zu vergüten, welchen der Unternehmer aus der Ausführung hätte ziehen können.« – Diese Vorschrift wurde damit begründet, dass die Erstellung des Werkes nur im Interesse des Bestellers liege. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogtum Hessen enthielt keine entsprechende Vorschrift.

⁵⁹ Vgl. Art. 1794 C.c. (oben B. II. 1.); § 1252 Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen: »Der Besteller kann zu jeder Zeit von dem Vertrag abgehen. Geht er davon ab, oder wird die Ausführung der Bestellung durch seine Verschuldung oder durch einen in seiner Person eingetretenen Zufall gehindert, so kann der Uebernehmer nicht Ausführung der Bestellung, sondern nur Vergütung der bereits geleisteten Arbeiten und der gemachten Auslagen, sowie Ersatz des entzogenen Gewinnes fordern«; Art. 369 Schweizerisches Bundesgesetz über das Obligationenrecht von 1881: »So lange das Werk unvollendet ist, kann der Besteller gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrage zurücktreten.« Auch das preußische ALR, das eigentlich ein in ALR I 5 §§ 408 ff. und I 11 § 878 für andere Verträge über Handlungen vorgesehenes willkürliches Rücktrittsrecht bei der Werkverdingung gemäß I 5 § 412 gerade ausschloss, wurde überwiegend trotzdem so verstanden, dass der Besteller die Ausführung des Werkes bei voller

ein willkürliches Kündigungsrecht des Bestellers gegen volle Entschädigung des Unternehmers einschließlich dessen vollen Gewinns.⁶⁰ In der Begründung des Vorentwurfs wurden indes nur die damals allgemein vertretenen Meinungen und Positionen referiert, ohne dass eine eigene Rechtfertigung des Kündigungsrechts gegeben wurde.

In den Beratungen zum BGB blieb das willkürliche Kündigungsrecht des Bestellers unbeanstandet und durchlief lediglich geringe sprachliche und gesetzestechnische Veränderungen. Eine nähere Begründung findet sich nur noch in den Motiven. Danach entspräche die Vorschrift des heutigen § 649 BGB der modernen Rechtsentwicklung und den Eigenheiten des Werkvertrags. Die Interessen des Bestellers, der zwar nicht unbedingt als einziger, aber doch vorrangig ein Interesse an der Werkausführung habe, würden auf diese Weise gewahrt. Insbesondere Veränderungen der persönlichen Verhältnisse des Bestellers könne so Rechnung getragen werden. Für den Unternehmer sei § 649 BGB weder unbillig noch ungerecht, weil er dadurch vollständig schadlos gestellt werde, dass sein Vergütungsanspruch unter Anrechnung bestimmter Vorteile erhalten bliebe.⁶¹

§ 649 BGB gilt in seiner Substanz bis heute unverändert fort. Überlegungen zur Abschaffung im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung wurden nach Kritik aus dem Schrifttum wieder aufgegeben.⁶² Da aber die Rechtsprechung die Darlegungsanforderungen hinsichtlich der ersparten Aufwendungen für den Unternehmer so hoch angesetzt hatte, dass es für ihn schwierig war, seinen Vergütungsanspruch nach Maßgabe des § 649 Satz 2 BGB durchzusetzen, wurde 2009 im Rahmen des Forderungssicherungsgesetzes durch einen neuen Satz 3 eine Beweiserleichterung eingeführt, indem nunmehr vermutet wird, dass dem Unternehmer 5% der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden Vergütung zustehen. Diese Vermutung ist widerleglich. Im Rahmen dieser Neuregelung äußerte sich der Gesetzgeber auch zur allgemeinen Rechtfertigung des § 649 BGB, der

Entschädigung des Unternehmers verhindern könne, vgl. Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse, Teil 2 – Besonderer Teil, hrsg. von *Werner Schubert* (1980) 743f. Das österreichische ABGB dagegen sah in § 1160 grundsätzlich die Vertragsdurchführung vor: »Arbeiter, welche auf bestimmte Zeit oder bis zur Vollendung eines gewissen Werkes bestellt worden sind, können ohne rechtmäßigen Grund vor verlaufener Zeit und vor vollendetem Werke weder die Arbeit aufgeben noch verabschiedet werden. Wird die Arbeit unterbrochen, so verantwortet jeder Teil sein Verschulden, aber keiner den Zufall.«

⁶⁰ Art. 654 TE-OR: »Der Besteller kann, so lange das Werk unvollendet ist, zu jeder Zeit das Vertragsverhältniß einseitig auflösen; er ist jedoch in diesem Falle verpflichtet, dem Unternehmer den Lohn für bereits gelieferte Arbeit zu bezahlen, die gemachten, nicht schon in dem Lohne begriffenen Auslagen zu ersetzen und den Gewinn zu vergüten, welchen dieser aus der Werkausführung hätte ziehen können.«

⁶¹ Vgl. Motive, in: Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, hrsg. von *Benno Mugdan* II (1899f.) 281.

⁶² Vgl. *Herbert Roth*, Die Reform des Werkvertragsrechts: JZ 2001, 543–551 (550f.).

eine auf den ersten Blick überraschende Regelung enthalte, die sich aber dadurch erkläre, dass Werkleistungen oft mit Eingriffen in das Eigentum des Bestellers verbunden seien.⁶³ Aus Sicht des Gesetzgebers soll also das Eigentumsrecht offenbar Vorrang vor allen möglichen Interessen des Unternehmers an der Werkerstellung haben.

In der Literatur ist die Berechtigung des § 649 BGB umstritten. Kritisiert wird vor allem, dass das Interesse des Unternehmers an der Erfüllung seiner Vertragspflichten auf das reine unmittelbare finanzielle Interesse reduziert wird.⁶⁴ Der Vorschrift liege die Vorstellung einer Handwerkerleistung zugrunde, wie sie vielleicht um 1900 für den Werkvertrag noch paradigmatisch war, jedoch heute nicht mehr die Rechtswirklichkeit widerspiegele. Ein Unternehmer könne ein erhebliches immaterielles Interesse an der Durchführung etwa von werbewirksamen Pilotprojekten haben, und es könnten ihm durch die willkürliche Kündigung auch finanzielle Schäden entstehen, die von § 649 Satz 2 BGB nicht berücksichtigt würden oder die sich praktisch nicht darstellen ließen.⁶⁵ Da § 649 BGB individualvertraglich⁶⁶ frei abdingbar ist, wollen manche Autoren immer dann eine stillschweigende Abbedingung annehmen, wenn ein schützenswertes Interesse des Unternehmers an der Werkerstellung bestehe,⁶⁷ oder das eigentlich freie Kündigungsrecht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben beschränken.⁶⁸ Andere Autoren gehen demgegenüber von einem prinzipiellen Vorrang der gesetzlichen Interessenbewertung aus und wollen eine konkludente Abbedingung des § 649 BGB nur in Ausnahmefällen etwa dann annehmen, wenn der Werkvertrag in ein Vertragsgeflecht eingebunden ist, das nur als Ganzes gekündigt werden dürfte.⁶⁹

Neben dem freien Kündigungsrecht des Bestellers aus § 649 BGB gewährt ihm § 650 I BGB noch ein besonderes Kündigungsrecht bei einer wesentlichen Überschreitung eines Kostenvoranschlags. Im Falle einer Kündigung nach § 650 I BGB kann der Unternehmer nur gemäß § 645 I 1 BGB einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil seiner Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht enthaltenen Auslagen verlangen. Eine Kündigung nach § 650 I BGB führt deshalb, anders als eine Kündigung

⁶³ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG), BT-Drucks. 16/511 vom 2. 2. 2006, S. 17.

⁶⁴ Vgl. *Staudinger (-Frank Peters/Florian Jacoby)* (2008) § 649 Rz. 6.

⁶⁵ Vgl. *Soergel (-Arndt Teichmann)*, Kommentar zum BGB¹² (1998) § 649 Rz. 2.

⁶⁶ Ein Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 649 BGB durch AGB ist nach BGH 8. 7. 1999, NJW 1999, 3261 (3262) unzulässig.

⁶⁷ Vgl. *Münch. Komm. BGB (-Jan Busche)* § 649 Rz. 5.

⁶⁸ So *Soergel (-Teichmann)* (oben N. 65) § 649 Rz. 2.

⁶⁹ Vgl. *Staudinger (-Peters/Jacoby)* (2008) § 649 Rz. 21; siehe auch RG 9. 1. 1915, RGZ 86, 107 (110); OLG Celle 1. 11. 1960, MDR 1961, 318 (319); BGH 21. 11. 1985, BGHZ 96, 275 (277 ff.).

nach § 649 BGB, zu einem vollständigen Wegfall der gegenseitigen Ansprüche *ex nunc* und so zu einer Ausnahme vom Grundsatz des *pacta sunt servanda*.

b) Miete

Das Mietvertragsrecht kennt keine dem § 649 BGB entsprechende gesetzliche Vorschrift. Bei einem Mietvertrag steht dem Mieter grundsätzlich nur die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung innerhalb der gesetzlichen Kündigungsfristen zur Beendigung des Mietverhältnisses zur Verfügung. In gewissen Grenzen kann auch das ordentliche Kündigungsrecht ausgeschlossen werden, und der Mieter muss sich dann grundsätzlich bis zum Ablauf der Vertragslaufzeit gedulden, auch wenn er selbst keine Verwendung für den gemieteten Gegenstand mehr hat.

Noch das preußische ALR war allerdings mieterfreundlicher gewesen. Denn es hatte eine Obliegenheit des Vermieters gekannt, einen Untermieter anzunehmen, gegen den »keine erhebliche[n] Einwendungen bestanden«, wenn der Mieter »durch eine nicht freywillige Veränderung in seiner Person oder Umständen, außer Stand gesetzt [war], von der gemietheten unbeweglichen Sache ferner Gebrauch zu machen«. ⁷⁰ Diese Regelung fand indes keinen Eingang in das BGB, sondern im Gegenteil wurde in § 537 I BGB (§ 552 I a. F. BGB) bestimmt, dass der Mieter nicht dadurch von der Entrichtung der Miete befreit wird, dass er wegen eines in seiner Person liegenden Grundes am Gebrauch der Mietsache verhindert ist. Der Vermieter muss sich in einem solchen Fall allerdings ersparte Aufwendungen und dasjenige anrechnen lassen, was er aus einer anderweitigen Verwertung des Gebrauchs erlangt. Angerechnet werden also nur tatsächlich entstandene Vorteile, und es besteht nach § 537 I 2 BGB keine Obliegenheit des Vermieters, die Nachteile für den Mieter, etwa durch die Suche nach einem neuen Mieter oder die Annahme eines gestellten Nachmieters, möglichst gering zu halten.

Begründet wurde diese Regelung aus prinzipiellen Erwägungen zur Natur der mietvertraglichen Pflichten. Danach genügte der Vermieter seiner Gebrauchsüberlassungspflicht schon dann, wenn er den Mieter auffordert oder es ihm überlässt, die Sache in Gebrauch zu nehmen. In keinem Fall sei es erforderlich, dass der Mieter den ihm gewährten Gebrauch tatsächlich auch mache. Lediglich aus Billigkeitsgründen sei auf den Mietzinsanspruch

⁷⁰ Vgl. I 21 §§ 376 f. ALR: »§ 376. Wird der Miether, durch eine nicht freywillige Veränderung in seiner Person oder Umständen, außer Stand gesetzt, von der gemietheten unbeweglichen Sache ferner Gebrauch zu machen: so kann er gegen Vergütung einer halbjährlichen Mieth, von dem Ablaufe des Quartals, in welchem die Aufkündigung erfolgt ist, von dem Contracte abgehn. § 377. Aber auch von dieser Vergütung kann er sich befreyen, wenn er dem Vermiether einen Untermiether stellt, gegen welchen derselbe keine erhebliche Einwendungen nachweisen kann.«

des Vermieters anzurechnen, was dieser infolge des Nichtgebrauchs durch den Mieter an Aufwendungen erspare bzw. was er durch anderweitige Verwertung der Mietsache erwerbe.⁷¹

Diese gesetzliche Grundausrichtung blieb auch für die Rechtspraxis lange Zeit bestimmend, so dass nur in den engen Grenzen des Rechtsmissbrauchs ausnahmsweise eine Obliegenheit des Vermieters zur Akzeptanz eines Nachmieters angenommen wurde.⁷² In den 70er Jahren setzte jedoch ein Umdenken ein. Heute erkennt die Rechtsprechung vor allem im Bereich des Wohnraummietrechts auf der Grundlage des § 242 BGB einen Anspruch des Mieters auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags gegen den Vermieter an, wenn der Mieter hieran ein berechtigtes Interesse hat und einen geeigneten und zumutbaren Nachmieter stellt.⁷³ Es kommt danach auf eine konkrete Abwägung der Interessen des Mieters und des Vermieters an.

Es hat sich eine reiche Kasuistik zu der Frage entwickelt, wann ein berechtigtes Interesse des Mieters vorliegt, frühzeitig aus seinem Mietvertrag entlassen zu werden.⁷⁴ Dabei sind rein wirtschaftliche Interessen grundsätzlich unerheblich,⁷⁵ während nachträgliche Veränderungen in den persönlichen Umständen wohlwollender beurteilt werden.⁷⁶ Das berechtigte Interesse des Mieters soll umso schwerer wiegen, je länger die restliche Vertragslaufzeit dauert.⁷⁷ Dabei wird freilich verkannt, dass in diesem Fall meist auch das Interesse des Vermieters an einer Fortsetzung des Mietverhältnisses mit dem von ihm ausgewählten Mieter gewichtiger sein wird, weil er sich doch gerade deshalb für einen längeren Zeitraum gegen eine ordentliche Kündigung durch den Mieter abgesichert hat. Letztlich muss deshalb stets eine Interessenabwägung im Einzelfall stattfinden. Bei dieser Interessenabwägung ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Vermieter regelmäßig vor allem wirtschaftliche Interessen an der Vertragsdurchführung hat. Dieses wirtschaftliche Interesse kann indes grundsätzlich auch dadurch gewahrt werden, dass ein geeigneter und zumutbarer Nachmieter in den Mietvertrag zu den gleichen Konditionen wie der ursprüngliche Mieter eintritt. Geeignet

⁷¹ Vgl. Motive, in: Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich (oben N. 61) 222f. Wenn durch den anderweitigen Gebrauch der Mietsache durch den Vermieter die Gebrauchsgewährung zugunsten des Mieters unmöglich wurde, entfiel allerdings schon aus diesem Grund dessen Mietzinszahlungspflicht.

⁷² Vgl. *Völker Emmerich*, Vorzeitiges Ausscheiden eines Mieters und Stellung eines Ersatzmieters, in: *Der Mieterwechsel* (1997) 65–76 (69) (Partner im Gespräch, 52).

⁷³ Vgl. BGH 22. 1. 2003, NJW 2003, 1246 (1247); *Schmidt-Futterer (-Blank)* Nach § 542 Rz. 10.

⁷⁴ Vgl. umfassende Nachweise bei *Schmidt-Futterer (-Blank)* Nach § 542 Rz. 13 ff.

⁷⁵ Vgl. OLG Karlsruhe 25. 3. 1981, NJW 1981, 1741 (1742).

⁷⁶ Vgl. LG Hannover 30. 7. 1987, Wohnungswirtschaft und Mietrecht (WuM) 1988, 12 (bevorstehende Heirat); LG Hamburg 1. 12. 1987, WuM 1988, 125 (Arbeitsplatzwechsel); LG Landshut 9. 11. 1994, WuM 1996, 542 (Geburt eines Kindes).

⁷⁷ So *Schmidt-Futterer (-Blank)* Nach § 542 Rz. 14.

ist ein Nachmieter, wenn er zumindest die Gewissheit eines ordentlichen Mieters bietet⁷⁸ und zudem auch etwaige besonders positive Eigenschaften des ursprünglichen Mieters aufweist.⁷⁹ Es wird allerdings zu Recht hervorgehoben, dass gerade im Bereich der Wohnraummiete die Persönlichkeitsfreiheit des Mieters häufig von entscheidender Bedeutung für ein störungsfreies Mietverhältnis ist und dass sich diese Persönlichkeitsfreiheit regelmäßig erst im Laufe der Zeit offenbart, so dass ein Mieterwechsel für den Vermieter mit erheblichen Unsicherheiten behaftet ist, die ihm allenfalls bei einem besonders gewichtigen Interesse des Mieters an einer vorzeitigen Vertragsaufhebung zuzumuten sind.⁸⁰

Auch im Bereich der Gewerberaummiете erwägen die Gerichte eine Ausdehnung der soeben dargestellten Rechtsprechung, betonen jedoch, dass der Mieter grundsätzlich das Ertragsrisiko trage.⁸¹ Wenn sich dieses Risiko realisiere und der Mieter deshalb die Entlassung aus dem Mietvertrag begehre, sei dieses Begehren bei der notwendigen Interessenabwägung nach § 242 BGB prinzipiell unerheblich. Eine auf § 242 BGB gestützte Obliegenheit des Vermieters zur Akzeptanz eines gestellten Nachmieters sei folglich auf wenige Ausnahmefälle beschränkt.⁸²

Im Mietvertrag wird also grundsätzlich das Interesse des Vermieters an der Vertragsdurchführung auch dann geschützt, wenn der Mieter kein Interesse an einem weiteren Gebrauch der Mietsache mehr hat (§ 537 I BGB). Anders als im Werkvertragsrecht ist es dem Gläubiger hier grundsätzlich nicht möglich, die Vertragsdurchführung gegen eine Befriedigung des ökonomischen Erfüllungsinteresses des Schuldners zu verhindern. Die Rechtsprechung hat jedoch auf der Grundlage des § 242 BGB die Möglichkeit für den Mieter einer unbeweglichen Sache entwickelt, sich von einem Mietvertrag vorzeitig zu lösen, wenn er ein berechtigtes Interesse hieran nachweisen kann und zugleich einen geeigneten und zumutbaren Nachmieter stellt, der das vertragliche Erfüllungsinteresse des Vermieters angemessen sichert.

c) Darlehen

Auch bei einem Darlehensvertrag kann der Darlehensnehmer aus vielen Gründen ein Interesse an einer vorzeitigen Vertragsauflösung haben. § 489 I

⁷⁸ So *Schmidt-Futterer (-Blank)* Nach § 542 Rz. 19.

⁷⁹ So etwa OLG Düsseldorf 5. 1. 1995, NJW-RR 1996, 9.

⁸⁰ Vgl. OLG Karlsruhe 25. 3. 1981 (oben N. 75) 1742; *Elmar Streyll*, Vorzeitige Vertragsbeendigung bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen, Mögliche Auswege aus einem Kündigungsrechtsausschluss: MDR 2005, 361–366 (365) m. w. N.

⁸¹ Vgl. OLG München 18. 11. 1994, NJW-RR 1995, 393.

⁸² Vgl. OLG Rostock 14. 1. 2010, MDR 2010, 1045; grundsätzlich kritisch zum Rückgriff auf § 242 BGB bei Nachmietern im Bereich der Gewerberaummiете *Schmidt-Futterer (-Blank)* Nach § 542 Rz. 11 m. w. N., der meint, dass den Interessen des Mieters schon durch die Möglichkeit der Untervermietung ausreichend Rechnung getragen sei.

BGB gewährt dem Darlehensnehmer bei einem Darlehen mit festem Zinssatz in bestimmten Fällen und § 489 II BGB bei einem Darlehen mit variablem Zinssatz generell ein ordentliches Kündigungsrecht, das grundsätzlich weder ausgeschlossen noch erschwert werden darf (§ 489 IV 1 BGB). Die Vereinbarung einer Vorfälligkeitsentschädigung ist deshalb unwirksam, und der Darlehensgeber kann allenfalls den durch die vorzeitige Vertragsbeendigung tatsächlich entstandenen Mehraufwand ersetzt verlangen.⁸³

Neben diesen ordentlichen Kündigungsrechten, die den Grundsatz des *pacta sunt servanda* durchbrechen, hatte die Rechtsprechung auf der Grundlage des § 242 BGB auch dann einen Anspruch des Darlehensnehmers gegen den Darlehensgeber auf Einwilligung in eine vorzeitige Rückzahlung gegen Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung entwickelt, wenn die berechtigten Interessen des Darlehensnehmers dies geböten.⁸⁴ Dabei handelt es sich aus Sicht der Rechtsprechung nicht um einen Anspruch auf Vertragsaufhebung oder Vertragsauflösung, sondern der Vertrag werde nur in seinem Inhalt verändert, ohne dass der (wirtschaftliche) Leistungsumfang berührt sei. Durch die Vorfälligkeitsentschädigung könne freilich nicht allen Interessen des Darlehensgebers Rechnung getragen werden, da die vorzeitige Rückzahlung seinen geplanten Geschäftsgang beeinträchtigen könne. Ein Anspruch des Darlehensnehmers auf vorzeitige Rückzahlung gegen eine Vorfälligkeitsentschädigung käme deshalb nur ausnahmsweise in Betracht, etwa bei einem Darlehen, das durch ein Recht an einem Grundstück gesichert ist, das der Darlehensnehmer nunmehr (lastenfrei) veräußern möchte. Diese Rechtsprechung ist heute in § 490 II BGB kodifiziert.⁸⁵

In Anlehnung an die Grundsätze zur Obliegenheit eines Vermieters, bei einem berechtigten Interesse des Mieters gemäß § 242 BGB einen geeigneten und zumutbaren Nachmieter zu akzeptieren, wird schließlich auch beim Darlehensvertrag eine entsprechende Obliegenheit des Darlehensgebers diskutiert. Der Darlehensgeber müsste also bei einem berechtigten Interesse des Darlehensnehmers einen geeigneten und zumutbaren Ersatzdarlehensnehmer akzeptieren, wenn er nicht einer berechtigten außerordentlichen Kündigung des Darlehensnehmers ausgesetzt sein möchte.⁸⁶

d) Dienstvertrag und Arbeitsvertrag

Ein Arbeitgeber oder sonst Dienstberechtigter kann das Interesse an weiteren Arbeitsleistungen oder Diensten seines Vertragspartners verlieren. Soweit er dann nicht durch eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung

⁸³ Münch. Komm. BGB (-Klaus Peter Berger) § 489 Rz. 20.

⁸⁴ Vgl. BGH 1. 7. 1997, BGHZ 136, 161 (166).

⁸⁵ Vgl. Münch. Komm. BGB (-Berger) § 490 Rz. 23. Zur Bemessung der Vorfälligkeitsentschädigung siehe BGH 30. 11. 2004, BGHZ 161, 196.

⁸⁶ Vgl. in diesem Sinne Münch. Komm. BGB (-Berger) § 490 Rz. 41 ff.

das Vertragsverhältnis beenden kann, stellt sich die Frage, inwieweit er zumindest die weitere tatsächliche Vertragsdurchführung verhindern kann oder stattdessen weiter zur Entgegennahme der Arbeitsleistungen und Dienste verpflichtet bleibt.

Die §§ 611 ff. BGB kennen keinen ausdrücklich normierten Anspruch des Dienstverpflichteten darauf, seine Dienste tatsächlich erbringen zu dürfen. § 615 BGB bestimmt lediglich, dass er die vereinbarte Vergütung verlangen kann, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein, wenn der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug kommt. Der Dienstverpflichtete muss sich jedoch bestimmte Vorteile anrechnen lassen, die ihm entstehen, weil er dem Arbeitgeber seine Arbeitsleistung nicht zu erbringen braucht. § 615 BGB war vom Gesetzgeber als Parallelvorschrift zu § 537 BGB gedacht. Zwar sollte anders als bei der Miete nicht schon die Bereithaltung der Dienste, sondern erst ihre Erbringung zur Erfüllung führen. Aber gleichwohl sollte der Dienstberechtigte zur Entgeltzahlung verpflichtet sein, wenn die Nichterbringung der Dienste ihren Grund in seiner Person hatte.⁸⁷ Die dogmatische Einordnung des § 615 BGB und insbesondere das Verhältnis zu § 326 II BGB war lange Zeit sehr umstritten, da vor allem im Arbeitsrecht die Arbeitsleistung in der Regel Fixschuldcharakter hat und deshalb mit dem Annahmeverzug des Arbeitgebers grundsätzlich Unmöglichkeit eintritt. Die heute wohl h. M. sieht in § 615 BGB eine Sondervorschrift, die dem Arbeitgeber allgemein das Risiko jeder »Annahmearbeitsleistung« zuweist.⁸⁸

§ 615 BGB sichert nur das finanzielle Interesse des Arbeitnehmers oder des Dienstverpflichteten. Eine Pflicht des Arbeitgebers oder des Dienstberechtigten zur Beschäftigung lehnte man ursprünglich mit dem Argument ab, dass der Arbeitnehmer regelmäßig allein an dem Entgelt und nicht an der tatsächlichen Bewirkung seiner Arbeitsleistung interessiert sei; es fehle daher schon an einem zu schützenden Interesse. Wenn der Arbeitnehmer aber ausnahmsweise ein erkennbares besonderes Interesse an der Beschäftigung habe, sollte, wie man teilweise annahm, eine Beschäftigungspflicht als stillschweigend vereinbart gelten.⁸⁹

Heute ist im Arbeitsrecht ein Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers allgemein anerkannt, den die Rechtsprechung auf die Treuepflicht des Arbeitgebers aus § 242 BGB und das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers aus Artt. 1, 2 GG stützt.⁹⁰ Im Schrifttum wird zusätzlich auf den gesetz-

⁸⁷ Vgl. ausführlich zur Entstehungsgeschichte des § 615 BGB *Staudinger (-Reinhard Richardi/Philipp S. Fischinger)* (2011) § 615 Rz. 3 ff.

⁸⁸ Grundlegend *Eduard Picker*, Betriebsrisikolehre und Arbeitskampf: JZ 1979, 285–294 (292 ff.); Münch. Komm. BGB (-*Martin Henssler*) § 615 Rz. 8; *Staudinger (-Richardi/Fischinger)* (2011) § 615 Rz. 44 jeweils m. w. N.

⁸⁹ Vgl. etwa *Walter Kaskell/Hermann Dersch*, Arbeitsrecht⁴ (1932) 215; als Beispiele wurden Schauspieler, Redakteure, Erfinder und Volontäre genannt.

⁹⁰ Vgl. BAG 10. 11. 1955, BAGE 2, 221 (224 f.); 27. 2. 1985, BAGE 48, 122 (138 f.).

lichen Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses hingewiesen, wie er vor allem durch den Kündigungsschutz besteht.⁹¹ Freilich sind bei der konkreten Ausgestaltung des Beschäftigungsanspruchs auch die Interessen des Arbeitgebers zu berücksichtigen, so dass etwa ein Profifußballer nicht seinen Einsatz in einem bestimmten Spiel einklagen könnte.⁹² Wenn nicht ausnahmsweise eine offensichtlich unwirksame Kündigung vorliegt, soll das Interesse des Arbeitgebers an einer Nichtbeschäftigung auch während eines Kündigungsschutzprozesses überwiegen. Der Arbeitnehmer ist dann, auch wenn sich die Kündigung schließlich als unwirksam herausstellt, auf seinen durch § 11 KSchG modifizierten Vergütungsanspruch beschränkt, der insofern *lex specialis* zu § 615 Satz 2 BGB ist.

Sowohl § 11 KSchG als auch § 615 Satz 2 BGB sollen verhindern, dass der Arbeitnehmer Vorteile daraus ziehen kann, dass er seine Arbeitsleistung nicht zu erbringen braucht. Er soll weder schlechter- noch besserstellen, als wenn er bei seinem Arbeitgeber gearbeitet hätte.⁹³ Der Arbeitnehmer muss sich daher vor allem anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt.⁹⁴ Zwar soll Böswilligkeit nur bei Vorsatz und nicht schon bei Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers vorliegen. Eine Schädigungsabsicht ist aber nicht erforderlich, sondern es soll genügen, wenn der Dienstverpflichtete vorsätzlich grundlos Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, dass ihm Arbeit angeboten wird.⁹⁵ Eine Obliegenheit zur Stellungsuche soll dabei laut Rechtsprechung für den Arbeitnehmer nicht bestehen, sondern der Arbeitgeber soll den Arbeitnehmer selbst auf etwaige anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten aufmerksam machen.⁹⁶

Ein Beschäftigungsanspruch wird zumeist nur im Arbeitsverhältnis diskutiert. Dabei kann auch in anderen Dienstverhältnissen ein berechtigtes Interesse des Dienstverpflichteten an der Erbringung seiner Vertragsleistung bestehen. Soweit die Parteien nicht bereits ausdrücklich ein Recht des Dienstverpflichteten auf tatsächliche Vertragsdurchführung vereinbart haben, ist eine konkrete Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei ist die Wertung des § 627 BGB zu berücksichtigen, nach dem der Dienstberechtigte in einem Vertragsverhältnis über Dienste höherer Art, die auf Grund

⁹¹ Vgl. *Staudinger (-Richardi/Fischinger)* (2011) § 611 Rz. 1042.

⁹² Vgl. zum Beschäftigungsanspruch des Profifußballers ausführlich *Klaus Bepler*, Lizenzfußballer: Arbeitnehmer mit Beschäftigungsanspruch?, in: *Sportler, Arbeit und Statuten*, hrsg. von *dems.* (2000) 43 ff.

⁹³ Vgl. *Staudinger (-Richardi/Fischinger)* (2011) § 615 Rz. 148.

⁹⁴ Im Fall des § 615 Satz 2 BGB muss sich der Dienstverpflichtete darüber hinaus noch anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart.

⁹⁵ Ständige Rechtsprechung, vgl. BAG 18. 10. 1958, BAGE 6, 306; 19. 3. 1998, BAGE 88, 196; 16. 5. 2000, BAGE 94, 343.

⁹⁶ Vgl. BAG 16. 5. 2000 (vorige Note) 343; LAG Berlin 3. 9. 2003, MDR 2004, 401; a. A. *Staudinger (-Richardi/Fischinger)* (2011) § 615 Rz. 173 f. m. w. N.

besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, sogar jederzeit zur fristlosen Kündigung ohne jegliche Entschädigung berechtigt ist. Soweit also die Dienste Vertrauen des Dienstberechtigten beanspruchen oder sonst seine Persönlichkeit berühren, kommt ein Anspruch des Dienstverpflichteten auf Erbringung seiner Dienste nicht in Betracht, sondern er muss sich mit seinem Anspruch aus § 615 Satz 1 und 2 BGB begnügen.

IV. Draft Common Frame of Reference (DCFR)

Der DCFR sieht in Art. III.-3:301(2) grundsätzlich ein Recht des Gläubigers einer Geldleistung vor, seine eigene Leistung zu erbringen und sich dadurch sein gesamtes vertraglich vereinbartes Entgelt zu verdienen.⁹⁷ Allerdings soll dieses Recht in zwei Ausnahmefällen entfallen und der Gläubiger auf einen Schadensersatzanspruch einschließlich seines entgangenen Gewinns beschränkt sein: Erstens, wenn er ein angemessenes Alternativgeschäft ohne nennenswerte Anstrengungen oder Kosten hätte abschließen können (Art. III.-3:301(2)(a) DCFR); zweitens, wenn die Erbringung seiner eigenen Leistung angesichts der konkreten Umstände unangemessen wäre (Art. III.-3:301(2)(b) DCFR).

Artikel III.-3:301(2) DCFR stellt das Recht des Gläubigers einer Geldleistung auf tatsächliche Vertragsdurchführung unter einen allgemeinen Vorbehalt der Angemessenheit und kennt damit, anders als die untersuchten Rechtsordnungen, auch hinsichtlich des Erfüllungsanspruchs eine Obliegenheit des Gläubigers, etwaige Nachteile des Schuldners möglichst gering zu halten, die als Schadensminderungsobliegenheit sonst nur im Schadensersatzrecht bekannt ist.⁹⁸ Die besonders geregelte Obliegenheit, ein angemessenes Alternativgeschäft abzuschließen, zielt, wie aus den *comments* hervorgeht, vor allem auf Kaufverträge ab, wo sie in den kontinentalen Rechtsordnungen unbekannt ist und so nur im *common law* existiert.⁹⁹

Neben der allgemeinen Regelung des Art. III.-3:301(2) kennt der DCFR in Art. IV.C.-2:111 noch eine besondere Bestimmung für den Dienstleistungsvertrag (*service contract*), die es dem Kunden (*client*) ermöglicht, eine unerwünschte Dienstleistung zu verhindern.¹⁰⁰ Nach Art. IV.C.-2:111(1)

⁹⁷ Art. III.-3:301 DCFR basiert auf dem inhaltsgleichen Art. 9:101 PECL.

⁹⁸ Sehr kritisch wegen der dadurch erzeugten Rechtsunsicherheit *Flessner* 159.

⁹⁹ Vgl. *Flessner* 147f. Siehe auch Art. 62 CISG, der ebenfalls ein unbeschränktes Recht des Verkäufers gegen den Käufer auf Abnahme gewährt und keine Art. III.-3:301(2)(a) entsprechende Regelung kennt. Vgl. auch Comment B zu Art. IV.C.-2:111, der davon auszugehen scheint, dass ein Käufer stets zur Annahme des Kaufgegenstands verpflichtet ist und sich gegebenenfalls selbst um eine Weiterveräußerung bemühen muss.

¹⁰⁰ Beim Mietvertrag kennt der DCFR zwar keine Möglichkeit des Mieters, sich vor Ablauf der Mietzeit gegen Sicherung des Erfüllungsinteresses des Vermieters von dem Mietvertrag zu lösen. Aber nach Art. IV.B-7:103(2) kann der Mieter den Mietvertrag mit einer ange-

kann der Kunde jederzeit das Vertragsverhältnis durch Kündigungserklärung gegenüber dem Dienstleister (*service provider*) beenden. Die Rechtsfolgen einer Kündigung richten sich grundsätzlich nach Art. III.-1:109(3) (*variation or termination by notice*). Dies soll bedeuten, dass alle Leistungen, die im Vertragsverhältnis erbracht wurden, rückabgewickelt werden müssen.¹⁰¹ Soweit die Kündigung nicht gemäß Absatz 5 gerechtfertigt war, ist sie zwar gleichwohl wirksam, aber der Kunde ist dem Dienstleister gemäß Absatz 4 zum Schadensersatz verpflichtet. Der Dienstleister ist dabei so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Vertragsdurchführung stünde. Insbesondere kann er auch einen entgangenen Gewinn ersetzt verlangen, den er bei vollständiger Erbringung seiner Leistungen erzielt hätte.

Begründet wird das freie Kündigungsrecht des Kunden damit, dass sich Umstände nach dem Vertragsschluss ändern könnten und der Kunde deshalb ein berechtigtes Interesse an einer Beendigung des Vertrags haben könne. In einem solchen Fall werde der Kunde nicht immer ausreichend durch die Möglichkeit einer Vertragsanpassung wegen veränderter Umstände gemäß Art. III.-1:110 oder eine vertragliche Nachverhandlung geschützt. Auch der Schutz des Art. III.-3:301(2) könne gegebenenfalls nur unzureichend sein, weil die Erbringung der Dienstleistung den Umständen nach angemessen sein könne. Daher scheine ein freies Kündigungsrecht des Kunden nützlich; insbesondere auch, weil die finanziellen Interessen des Dienstleisters ausreichend geschützt seien.¹⁰²

Die Autoren des DCFR erkennen durchaus, dass der Dienstleister neben finanziellen Interessen auch andere Interessen an der Vertragsdurchführung haben kann, die es ihm nach allgemeinen Regeln gegebenenfalls sogar ermöglichen würden, eine etwaig erforderliche Mitwirkung des Kunden durchzusetzen, weil dies nach einer Abwägung aller Interessen angemessen wäre. Doch soll das Interesse des Kunden daran, eine ungewollte Dienstleistung nicht mehr entgegennehmen zu müssen, generell Vorrang haben.¹⁰³ In

messenen Frist kündigen, wenn der Vermieter seine Erlaubnis zur Untervermietung ohne guten Grund verweigert. Gemäß Absatz 3 haftet der Mieter im Falle einer Untervermietung weiter für die Vertragserfüllung. Gleichwohl ermöglicht es Art. IV.B-7:103 dem Mieter immerhin, selbst für eine anderweitige Nutzung des Vertragsgegenstands zu sorgen, wenn er persönlich kein Interesse an dessen Nutzung mehr hat.

¹⁰¹ Vgl. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), hrsg. von *Christian von Bar/Eric Clive II* (2009) Art. IV.C.-2:111, Comments A, 1696 (zitiert: *von Bar/Clive*); siehe aber Art. III.-1:109(3) in Verb. mit Art. III.-3:511(1), nach dem insoweit keine Rückabwicklung stattfindet, als sich ordnungsgemäß erfüllte synallagmatische Vertragspflichten gegenüberstehen.

¹⁰² Vgl. *von Bar/Clive* (vorige Note) Art. IV.C.-2:111, Comments B, 1697.

¹⁰³ Vgl. *von Bar/Clive* (oben N. 101) Art. IV.C.-2:111, Comments C, 1697f. Die rechtsvergleichenden Notes sind nur sehr oberflächlich, indem sie sich auf die Wiedergabe der zentralen gesetzlichen Vorschriften beschränken. Im Hinblick auf England und Schottland sind die Notes teilweise auch sachlich unzutreffend, da sie die Entscheidung *White and Carter (Councils) Ltd.* (oben N. 6) nicht berücksichtigen.

dieser einseitigen Bevorzugung des Kunden weicht der DCFR von dem gemeineuropäischen Erbe und gegebenenfalls auch von nach seinen eigenen Wertungen als angemessen empfundenen Lösungen ab, ohne dass eine sachliche Rechtfertigung dafür erkennbar wäre.

C. Folgerungen

Es hat sich gezeigt, dass alle untersuchten Rechtsordnungen und Regelungswerke versuchen, einen gerechten Interessenausgleich zu finden, wenn der Gläubiger nach Abschluss eines Vertrags sein Interesse an der ihm geschuldeten Leistung verliert, der Schuldner diese Leistung aber noch wie vereinbart erbringen möchte. Grundsätzlich gehen freilich alle Rechtsordnungen richtig davon aus, dass der Schuldner ein Recht auf die tatsächliche Erbringung seiner Leistung hat.¹⁰⁴ Denn mit Vertragsschluss haben sich die Vertragsparteien grundsätzlich auf die Vertragsdurchführung eingestellt. Es besteht deshalb prinzipiell ein schützenswertes Interesse beider Vertragsparteien daran, dass der Vertrag wie vereinbart durchgeführt wird.¹⁰⁵ Der Schuldner einer Sachleistung hat regelmäßig nicht bloß finanzielle Interessen an der Vertragsdurchführung, die gegebenenfalls auch mittels des um angerechnete Vorteile verringerten Vergütungsanspruchs gewahrt werden können. Vielmehr kann der Schuldner darüber hinaus, wie etwa im Arbeitsverhältnis, ideelle Interessen an der Erbringung seiner Leistung haben, oder es können auch wirtschaftliche Interessen bestehen, etwa an einer Aufrechterhaltung seines Betriebs, die sich auf rein finanziellem Wege nicht angemessen berücksichtigen lassen.¹⁰⁶ Nur wenn diese Interessen auch anders als durch eine buchstabengetreue Vertragsdurchführung gewahrt werden können oder wenn sie bei einer Abwägung mit den entgegenstehenden Gläubigerinteressen ausnahmsweise zurücktreten müssen, kann das Recht des Schuldners auf Erbringung seiner Leistung entfallen.¹⁰⁷

Eine allgemeine Regel dieses Inhalts hat sich allerdings nur im *common law* Englands und Schottlands in der Folge der Leitentscheidung *White and Carter (Councils) Ltd. v. McGregor*¹⁰⁸ herausgebildet.¹⁰⁹ Danach ist ein Schuldner

¹⁰⁴ Vgl. für die deutsche Rechtsordnung ausführlich *Weller* (oben N. 4) 464 ff.

¹⁰⁵ Dies betont auch *Flessner* 157 ff., 165 f.

¹⁰⁶ Vgl. zu den möglichen Interessen eines Schuldners an der Leistungserbringung ausführlich *Weller* (oben N. 4) 336 ff.; für England siehe die Kasuistik oben B. I.

¹⁰⁷ In allen untersuchten Rechtsordnungen muss der Schuldner sich allerdings mit der Befriedigung seines finanziellen Interesses zufrieden geben, wenn die Vertragsdurchführung eine Einwirkung auf das Eigentum oder höchstpersönliche Rechte des Gläubigers mit sich brächte.

¹⁰⁸ *White and Carter (Councils) Ltd.* (oben N. 6).

¹⁰⁹ A. A. *Flessner* 162 ff., der die Bedeutung von *White and Carter (Councils) Ltd.* (oben N. 6) als recht gering einschätzt.

grundsätzlich zur tatsächlichen Leistungserbringung berechtigt, wenn ihm nicht nachgewiesen werden kann, dass er kein berechtigtes Interesse an der Vertragsdurchführung hat. An einem solchen berechtigten Interesse soll es fehlen, wenn ein Schadensersatzanspruch, der den vertraglichen Gewinn umfasst, aber alle Vorteile der Nichtdurchführung des Vertrags anrechnet, ein adäquater Ersatz für seinen Anspruch auf die vollständige vertragliche Gegenleistung wäre und ein Festhalten am Vertrag zudem vollkommen unvernünftig erscheint. Zu diesen beiden Tatbestandsvoraussetzungen hat sich im Laufe der Zeit eine reichhaltige Kasuistik entwickelt.

Die Rechtsordnungen Deutschlands und Frankreichs kennen dagegen kein allgemeines, für alle Verträge geltendes Prinzip, sondern suchen einen gerechten Interessenausgleich jeweils bei den einzelnen Vertragstypen zu regeln. Dabei haben sie zwei unterschiedliche Mittel gefunden, um einem Gläubiger gegebenenfalls die persönliche Vertragsdurchführung zu ersparen: Erstens kann er unter bestimmten Umständen die tatsächliche Vertragsdurchführung ganz verhindern. Der Schuldner behält dann seinen Vergütungsanspruch, muss sich aber ersparte Aufwendungen anrechnen lassen, sowie das, was er durch anderweitige Verwendung des Vertragsgegenstands erworben oder böswillig zu erwerben unterlassen hat.¹¹⁰ Auf diese Weise wird das finanzielle Gewinninteresse des Schuldners möglichst umfassend gesichert. Wenn daneben aber noch andere Interessen des Schuldners bestehen, die seinen Wunsch nach Leistungserbringung gerechtfertigt erscheinen lassen, kann der Gläubiger unter Umständen einer unerwünschten Leistung zweitens auch dadurch entgehen, dass er dem Schuldner einen geeigneten und zumutbaren Ersatzvertragspartner stellt.¹¹¹ In Deutschland gibt es Ansätze in der Literatur, die gesetzliche und richterrechtliche Kasuistik dadurch aufzubrechen, dass auf der Grundlage des § 242 BGB allgemeinere Prinzipien entwickelt werden oder eine allgemeine Analogie zu § 649 BGB vorgeschlagen wird,¹¹² die freilich im offenkundigen Gegensatz zur *lex lata* mit ihrer kasuistischen Vielfalt steht.¹¹³

In den wichtigsten Fallkonstellationen nehmen die europäischen Rechtsordnungen in der Rechtspraxis häufig ähnliche Wertungen vor. Dies ist auch nicht verwunderlich, da sie regelmäßig die gleichen Interessenlagen der Parteien anerkennen, die meist ein bestimmtes Ergebnis nahelegen. Da aber die Interessen je nach Vertragstyp sehr unterschiedlich sein können, muss ein allgemeines, für das gesamte Vertragsrecht geltende Prinzip über

¹¹⁰ Vgl. für Frankreich oben B. II. 1. (Dienstleistungsvertrag zu einem Pauschalpreis); für Deutschland oben B. III. 2. a) (Werkvertrag).

¹¹¹ Vgl. für Frankreich oben B. II. 2. (Mietvertrag); für Deutschland oben B. III. 2. b) (Mietvertrag); B. III. 2. c) (Darlehensvertrag); siehe außerdem § 651b BGB für den Reisevertrag.

¹¹² So *Staudinger (-Peters/Jacoby)* (2008) § 649 Rz. 70.

¹¹³ Vgl. *Soergel (-Teichmann)* (oben N. 65) § 649 Rz. 2.

das Recht des Schuldners zur Erbringung seiner Leistung notwendigerweise sehr offen formuliert sein, wie es in England oder auch Art. III.-3:301(2)(b) DCFR der Fall ist. Unter diesem allgemeinen Prinzip kann und muss sich dann eine konkretisierende Kasuistik herausbilden, wie sie in Frankreich und Deutschland bereits gesetzlich angelegt ist.¹¹⁴

Dass der Schuldner nicht immer auf die Erbringung seiner Leistung bestehen kann, bedeutet nicht notwendig, dass der Grundsatz des *pacta sunt servanda* in diesen Fällen durchbrochen würde. Denn dieser Grundsatz verlangt nach richtigem Verständnis nur, dass seine berechtigten auf den Vertrag gegründeten Interessen umfassend gewahrt werden. Dies erfordert aber nicht immer, dass der Vertrag wie vereinbart auch tatsächlich durchgeführt werden müsste, sondern eine Analyse und Abwägung der Interessen kann ergeben, dass die Interessen des Schuldners auch anders befriedigt werden können und müssen.

Summary

THE DEBTOR'S RIGHT TO SPECIFIC PERFORMANCE

The intricacies of specific performance and the differences between the common law and the civil law systems have been widely discussed. Yet, it is usually the creditor's right to specific performance and its limits that are in the focus of attention. There is not much research on the question whether the debtor may insist on performing even if the creditor no longer wants such performance. This article examines the different approaches of the English, French and German legal systems and that of the Draft Common Frame of Reference (DCFR) to this issue. It shows that all systems try to balance the interests of the creditor and the debtor. Generally, the contract is to be executed and the debtor may perform. However, if the creditor has a legitimate interest to stop performance and the debtor's interests can be satisfied by some sort of compensation, the debtor must accept such compensation and may not insist on performance. While the English legal system and the DCFR have developed general principles along these lines, the French and the German systems have casuistic solutions with special rules for each type of contract.

¹¹⁴ Soweit das Gesetz in Deutschland wie etwa bei § 649 BGB eine konkrete Interessenabwägung zugunsten einer pauschalen Lösung ausschließt, wird in der Literatur nach Möglichkeiten gesucht, eine konkrete Interessenabwägung in anderem dogmatischen Gewand doch noch zu erreichen, vgl. oben Text bei N. 67f.; sehr skeptisch im Hinblick auf eine allgemeinere Regel *Flessner* 165f., der die gesetzliche Kasuistik der kontinentalen Rechtsordnungen bevorzugt.

