

BEN KÖHLER

Die Vorteils- und
Gewinnherausgabe
im CISG

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

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

462

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

462

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann



Ben Köhler

Die Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG

Zugleich ein Beitrag zu Zulässigkeit und Grenzen
der eigenständigen Weiterentwicklung
des Übereinkommens

Mohr Siebeck

Ben Köhler, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität des Saarlandes und der Université Paul Verlaine in Metz; Referendariat am Oberlandesgericht Frankfurt a. M.; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für französisches Zivilrecht der Universität des Saarlandes; LL.M.-Studium an der Harvard Law School, Cambridge, MA; seit 2020 wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.
orcid.org/0000-0001-7528-4966

ISBN 978-3-16-159917-0/eISBN 978-3-16-159933-0
DOI 10.1628/978-3-16-159933-0

ISSN 0720-1141/eISSN 2568-7441
(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist seit 11/2023 lizenziert unter der Lizenz ‚Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International‘ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes als Dissertation angenommen. Für die Druckfassung wurden Rechtsprechung und Literatur bis Juni 2020 berücksichtigt.

Mein sehr herzlicher Dank gebührt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Helmut Rießmann, sowohl für die Anregung und Betreuung der Arbeit als auch für die Förderung seit Beginn meines Studiums. Mein besonderer Dank gilt ebenfalls Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Claude Witz, nicht nur für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, sondern auch für die äußerst lehrreiche und prägende Zeit als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl. Beide haben mir während meines Studiums und der Promotionszeit stets mit fachlichem Rat und persönlicher Unterstützung zur Seite gestanden.

Der Studienstiftung des deutschen Volkes danke ich für die finanzielle und ideelle Förderung der Arbeit durch ein Promotionsstipendium. Für die Ermöglichung eines Forschungsaufenthaltes in der Bibliothek des International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) im Juli 2019 danke ich Frau Professorin Dr. Anna Veneziano; für den reibungslosen Ablauf und das herzliche Willkommen in Rom danke ich insbesondere Frau Laura Tikanvaara.

Herzlich danken möchte ich ferner Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann, der es mir ermöglicht hat, die Druckfassung der Arbeit am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg fertigzustellen. Ihm sowie Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Holger Fleischer und Herrn Professor Dr. Ralf Michaels danke ich auch für die Aufnahme in die Schriftenreihe des Instituts. Herrn Dr. Christian Eckl und Frau Janina Jentz danke ich für die Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts.

Mehr, als ich es in einem Vorwort ausdrücken kann, bin ich schließlich meiner Familie, insbesondere meiner Mutter, Frau Dr. Claudia Köhler, und meiner Freundin Johanna Wolf, zu ganz besonderem Dank für die uneingeschränkte Unterstützung verpflichtet. Ihnen sowie dem Andenken an meinen Vater ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Oktober 2020

Ben Köhler

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einleitung.....	1
Kapitel 1: Grundsätzliches zur Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG	5
A. Die Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG als Untersuchungsgegenstand.....	5
B. Theoretische Grundlagen der Vorteils- und Gewinnherausgabe	14
C. Einordnung der Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG	31
Kapitel 2: Methodische Grundlagen der Auslegung und Weiterentwicklung des CISG	35
A. Die Auslegung gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG.....	35
B. Die Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG.....	48
C. Die eigenständige Fortentwicklung des CISG	59
D. Der Rekurs auf das nach dem Kollisionsrecht anwendbare Recht	83
E. Zwischenergebnis	84
Kapitel 3: Anknüpfungspunkte einer Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG	85
A. Die Vorteilsherausgabe in der Rückabwicklung gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG.....	85
B. Die Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG	135

Kapitel 4: Der Anspruch auf das stellvertretende commodum im CISG.....	151
A. Rechtsvergleichender Überblick	152
B. Naturalerfüllung und Unmöglichkeit im CISG.....	170
C. Ersatz- und Erlösherausgabe bei Leistungsverweigerung im CISG	185
 Kapitel 5: Gewinnherausgabe und Schadensersatz im CISG	 233
A. Rechtsvergleichender Überblick zur vertraglichen Gewinnhaftung	236
B. Grundlagen und Probleme des Schadensersatzanspruchs gemäß Art. 74–77 CISG	255
C. Der Schadensersatz zwischen Ausgleich und Prävention	258
D. Grundsätzliche Ablehnung des Gewinns als Schaden im Rahmen von Art. 74 CISG	276
E. Der Verletzerertrag als Bemessungsgrundlage des Schadens	281
F. Exkurs: Wege aus der Unterkompensation.....	300
 Kapitel 6: Ein eigenständiger Anspruch auf Gewinnherausgabe im CISG?	 311
A. Eigenständige Gewinnhaftung als nicht entschiedene Frage im Regelungsbereich des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG	311
B. Keine Gewinnherausgabe aufgrund allgemeiner Grundsätze des CISG.....	313
C. Gewinnherausgabe durch eigenständige Fortentwicklung des CISG?.....	320
D. Konkurrenz zur Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen aus dem internen nationalen Recht.....	325
 Kapitel 7: Ein eigenständiger Anspruch auf Gewinn- herausgabe wegen der Verletzung von treueähnlichen Pflichten?	 329
A. Besondere Treue- und Vertrauensverhältnisse in internationalen Kaufverträgen	329

B. Treuepflichten als Regelungsgegenstand des Übereinkommens	331
C. Gewinnherausgabe bei Treuepflichtverletzungen aufgrund allgemeiner Grundsätze des Übereinkommens?	334
D. Gewinnherausgabe bei Verletzungen von Treuepflichten und treueähnlichen Pflichten aufgrund einer eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens?.....	337
E. Konkurrenz zu Ansprüchen wegen Treuepflichtverletzungen aus dem internen nationalen Recht	338
Schluss	341
Literaturverzeichnis	345
Materialienverzeichnis	369
Entscheidungsverzeichnis.....	371
Sachverzeichnis.....	377

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einleitung.....	1
Kapitel 1: Grundsätzliches zur Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG	5
A. <i>Die Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG als Untersuchungsgegenstand</i>	5
I. Der Begriff der Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG.....	5
1. Begriffsvielfalt in der Diskussion in den nationalen Rechtsordnungen.....	5
2. Versuch einer autonomen Begriffsbildung im CISG	8
a) Unergiebigkeit der Vorschriften des CISG für die Ausgestaltung der Vorteils- und Gewinnherausgabe	8
b) Funktionale Erfassung der am Vermögen des Schuldners ausgerichteten Rechtsbehelfe	10
II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes.....	11
1. Vertragliche Rechtsbehelfe im Anwendungs- und Regelungsbereich des CISG	11
2. Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten	13
B. <i>Theoretische Grundlagen der Vorteils- und Gewinnherausgabe</i>	14
I. Die Vorteils- und Gewinnherausgabe als Problem der Vertragsrechtstheorie.....	14
1. Vertragsrechte und Eigentumsrechte.....	15
2. Vertragsrecht und Gerechtigkeit	16
3. Vertragsrecht, Verhaltenssteuerung und Strafe	17
4. Vertragsrecht und Rechtsökonomik	17

II.	Mögliche Funktionen einer Vorteils- und Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen	18
1.	Präventionsfunktion.....	18
a)	Verhinderung von Vertragsverletzungen (<i>pacta sunt servanda</i>).....	19
b)	Rechtsökonomische Kritik (<i>efficient breach of contract</i>)	21
c)	Die Ablehnung eines Zufallsgewinns (<i>windfall profit</i>).....	24
2.	Kompensationsfunktion.....	25
a)	Die Gewinnherausgabe zur Verhinderung einer Unterkompensation des Gläubigers.....	25
b)	Die Gewinnherausgabe und die Kompensation des Rechtsverlusts oder einer entgangenen Verhandlungsgelegenheit.....	26
c)	Kritik auf Grundlage des Bereicherungsverbots (<i>windfall profit</i>)	28
3.	Rechtsfortsetzungsfunktion	28
4.	Straffunktion	30
C.	<i>Einordnung der Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG</i>	31
I.	Mögliche Erscheinungsformen der Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG	31
II.	Die Vorteils- und Gewinnherausgabe als Prüfstein für die Zulässigkeit und die Grenzen einer zeitgemäßen Weiterentwicklung des CISG.....	32
III.	Gang der Untersuchung	33
Kapitel 2: Methodische Grundlagen der Auslegung und Weiterentwicklung des CISG.....		35
A.	<i>Die Auslegung gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG</i>	35
I.	Die Ziele der Auslegung	35
1.	Autonome Auslegung im Hinblick auf den internationalen Charakter des Übereinkommens.....	36
2.	Internationale Einheitlichkeit.....	36
3.	Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel.....	37
4.	Ergänzung der in Art. 7 Abs. 1 CISG genannten Auslegungsziele	39
a)	Die Bedeutung der Präambel	39
b)	Sonstige Auslegungsziele	40
II.	Die Methoden der Auslegung.....	41

1. Die Notwendigkeit autonomer Auslegungsmethoden.....	41
2. Die Auslegungsmethoden im Einzelnen.....	43
a) Auslegung anhand des Wortlauts und der Systematik	43
b) Historische Auslegung	45
c) Teleologische Auslegung.....	47
d) Rechtsvergleichende Auslegung	47
<i>B. Die Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG</i>	<i>48</i>
I. Die Feststellung von Lücken im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG	48
1. Die Bestimmung des Regelungsbereichs	49
2. Nicht ausdrücklich entschiedene Fragen im Regelungsbereich	52
II. Die Art und Weise der Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG	53
1. Die Lückenfüllung kraft Analogie	53
2. Die Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze des Übereinkommens	55
a) Die Herleitung allgemeiner Grundsätze	55
b) Die Konkretisierung allgemeiner Grundsätze zur Lückenfüllung.....	57
c) Die Grenzen der Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze.....	57
<i>C. Die eigenständige Fortentwicklung des CISG</i>	<i>59</i>
I. Der Begriff der eigenständigen Fortentwicklung.....	59
1. Die eigenständige Fortentwicklung des CISG als autonomer Begriff für die Weiterentwicklung des Übereinkommens jenseits von Art. 7 Abs. 2 CISG	60
2. Die Abgrenzung der eigenständigen Fortentwicklung von der Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG.....	61
II. Notwendigkeit der eigenständigen Fortentwicklung des CISG.....	62
1. Grundsätzliche Notwendigkeit einer eigenständigen Fortentwicklung in Ausnahmefällen.....	62
2. Bedenken gegen eine eigenständige Fortentwicklung	66
a) Die Reichweite von Art. 7 CISG.....	66
b) Die internationale Einheitlichkeit im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG	68
c) Gewaltenteilung.....	69
d) Rechtssicherheit.....	70
III. Die Zulässigkeit der eigenständigen Fortentwicklung im Einzelfall.....	71
1. Die eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens durch Ergänzung des Regelungsbereichs.....	71

2. Die eigenständige Fortentwicklung innerhalb des Regelungsbereichs des Übereinkommens.....	72
IV. Materielle Kriterien für eine eigenständige Fortentwicklung.....	74
1. Anknüpfungspunkte für materielle Kriterien einer eigenständigen Fortentwicklung.....	74
2. Ein Vorschlag materieller Kriterien für eine eigenständige Fortentwicklung.....	76
a) Übereinstimmung mit den Vorschriften und allgemeinen Grundsätzen des CISG.....	77
b) Angemessener Ausgleich zwischen Interessen von Käufern und Verkäufern.....	77
c) Weltanschauliche Neutralität des Übereinkommens.....	78
d) Internationale Konsensfähigkeit der Lösung.....	81
e) Tauglichkeit der Lösung für die internationale Vertragspraxis.....	82
D. <i>Der Rekurs auf das nach dem Kollisionsrecht anwendbare Recht</i>	83
E. <i>Zwischenergebnis</i>	84

Kapitel 3: Anknüpfungspunkte einer Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG.....85

A. <i>Die Vorteilsherausgabe in der Rückabwicklung gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG</i>	85
I. Der Regelungszusammenhang der Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG.....	85
1. Das ungestörte Rückabwicklungsverhältnis.....	86
2. Das gestörte Rückabwicklungsverhältnis.....	86
II. Die Entstehungsgeschichte der Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG.....	87
1. Die Entstehungsgeschichte von Art. 81 Abs. 2 ULIS.....	87
2. Die Entstehungsgeschichte von Art. 84 Abs. 2 CISG.....	88
3. Der Regelungsgrund des Art. 84 Abs. 2 CISG.....	89
III. Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG.....	90
1. Rückgabepflicht wegen Vertragsaufhebung oder Ersatzlieferung.....	90
2. Vorteil aus der Ware gezogen.....	92
a) Vorteilsbegriff.....	92
b) Aus der Ware gezogen.....	93
c) Gegenwert.....	95

d) Maßgeblicher Zeitpunkt.....	96
3. Umfang der Herausgabepflicht	97
a) Nettoprinzip.....	97
b) Höhe der Herausgabepflicht bei Gebrauchsvorteilen.....	98
c) Aufwendungen des Käufers auf die Ware	100
aa) Meinungsstand	101
bb) Stellungnahme.....	102
d) Kein eigener Verwendungsersatzanspruch gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG	105
IV. Die Voraussetzungen des Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG	107
1. Vertragsaufhebung oder Ersatzlieferungsverlangen	107
2. Die Unmöglichkeit der Rückgabe der Ware im Wesentlichen im ursprünglichen Zustand.....	109
3. Der Umfang der Vorteilsherausgabe	110
a) Grundsatz	110
b) Der Anspruch auf das <i>commodum ex re</i>	111
aa) Surrogat für die Ware	111
bb) Abzugsfähige Kosten	112
cc) Art und Weise der Herausgabe	113
(1) Grundsatz der Abtretung von Ansprüchen gegen Dritte	113
(2) Schwierigkeiten der Abtretungslösung in Sonderfällen.....	114
c) Der Anspruch auf das <i>commodum ex negotiatione</i>	116
aa) Herausgabe des gesamten Erlöses unabhängig vom Verkehrswert.....	117
(1) Meinungsstand.....	117
(2) Stellungnahme	119
(a) Wortlaut.....	119
(b) Systematik.....	120
(c) Entstehungsgeschichte	121
(d) Zweck der Vorschrift	122
bb) Abzugsfähige Verkaufskosten	122
V. Erweiterungen des Anwendungsbereiches des Art. 84 Abs. 2 CISG	123
1. Vorteilsherausgabepflicht des Käufers bei sonstigen Leistungen des Verkäufers	123
2. Vorteilsherausgabepflicht des Verkäufers bei sonstigen Leistungen des Käufers	124
3. Art. 84 Abs. 2 CISG als Grundlage eines allgemeinen Wertesatzanspruchs?.....	126
VI. Die Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG bei nachträglichen Störungen des Rückabwicklungsverhältnisses	128

1. Störungen nach Kenntnis des Aufhebungsrechts des Käufers vor Erklärung der Vertragsaufhebung	129
2. Störungen nach Erklärung der Vertragsaufhebung	129
a) Kein rückwirkender Wegfall des Aufhebungsrechts analog Art. 82 Abs. 1 CISG	130
b) Vorteilsherausgabepflicht gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG unabhängig von der Einstandspflicht für die Ware.....	133
VII. Zwischenergebnis	134
<i>B. Die Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG</i>	<i>135</i>
I. Die Rechtsgedanken hinter den Erhaltungspflichten gemäß Art. 85 S. 1, 86 Abs. 1 S. 1 CISG	135
1. Der gute Glaube im internationalen Handel	135
2. Die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen im eigenen Einflussbereich	136
3. Keine zwingende Verknüpfung zwischen Erhaltungspflichten und Gefahrtragung oder Eigentumsübergang	137
II. Der Regelungszusammenhang der Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG	138
1. Die Erhaltungspflichten gemäß Art. 85, 86 Abs. 1 CISG.....	139
a) Die Erhaltungspflicht des Verkäufers gemäß Art. 85 CISG	139
b) Die Erhaltungspflicht des Käufers gemäß Art. 86 Abs. 1 S. 1 CISG	140
2. Der Kostenerstattungsanspruch gemäß Art. 85 S. 1, Art. 86 Abs. 1 S. 2 CISG.....	142
3. Der Selbsthilfeverkauf gemäß Art. 88 Abs. 1 CISG.....	143
4. Die Veräußerungspflicht gemäß Art. 88 Abs. 2 CISG.....	145
III. Tatbestand und Rechtsfolge der Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG	146
1. Tatbestand der Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG	146
2. Rechtsfolgen des Art. 88 Abs. 3 CISG.....	147
IV. Zwischenergebnis	149
Kapitel 4: Der Anspruch auf das stellvertretende commodum im CISG.....	151
<i>A. Rechtsvergleichender Überblick</i>	<i>152</i>
I. Deutschland	152
1. Grundstruktur des § 285 BGB	152
2. Dogmatische Einordnung des § 285 BGB.....	153

3. Bedeutung der Diskussion für das CISG	155
II. Schweiz	155
III. Österreich	156
IV. Frankreich.....	157
1. Der Commodumsanspruch im französischen Recht	157
a) Der Sachuntergang wegen <i>force majeure</i> im Sinne von Art. 1351-1 C. civ.	158
b) Die zu vertretene Unmöglichkeit	161
2. Gründe für die geringe Relevanz des Commodumsanspruchs	161
V. England.....	163
1. Grundsätzliche Ablehnung eines Commodumsanspruchs	163
2. Ersatz- und Erlösherausgabe beim Grundstückskauf.....	166
VI. USA.....	168
VII. Weitere Regelungen.....	169
VIII. Zwischenergebnis.....	169
B. <i>Naturalerfüllung und Unmöglichkeit im CISG</i>	170
I. Die Naturalerfüllung im CISG	170
1. Die Naturalerfüllung als Rechtsbehelf im CISG	170
2. Das Verlangen der Naturalerfüllung als Voraussetzung anderer Rechtsbehelfe im CISG	171
3. Der Vorbehalt des Art. 28 CISG	172
II. Die Unmöglichkeit der Naturalerfüllung im CISG	174
1. Die Regelung der Unmöglichkeit der Naturalerfüllung im CISG	174
2. Die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit im CISG	176
a) Der Anspruch des Käufers auf Lieferung der Kaufsache.....	176
aa) Lücke im CISG im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG.....	176
bb) Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG.....	177
(1) Objektive Unmöglichkeit.....	177
(2) Subjektive Unmöglichkeit.....	180
b) Der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises	182
aa) Grundsätzliche Befreiung des Käufers von der Zahlungspflicht	182
bb) Ausnahmen von der Befreiung von der Zahlungspflicht.....	184
III. Zwischenergebnis	185
C. <i>Ersatz- und Erlösherausgabe bei Leistungsverweigerung im CISG</i>	185
I. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur.....	185
1. <i>Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH</i>	186
a) Die Entscheidungen des israelischen Supreme Court	186
b) Kritik der Entscheidung	187
2. Schrifttum.....	188

II.	Ersatz- und Erlösherausgabe als nicht entschiedene Frage im Regelungsbereich des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG.....	190
1.	Ersatz- und Erlösherausgabe als Regelungsgegenstand des Übereinkommens	190
2.	Nicht ausdrücklich entschiedene Frage im Übereinkommen gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG	191
a)	Keine ausdrückliche Entscheidung im Text des Übereinkommens.....	191
b)	Kein beredtes Schweigen des Übereinkommens	192
aa)	Ernst Rabels Bemerkung im Kontext.....	192
bb)	Spätere Entwicklungen im <i>common law</i>	193
cc)	Unergiebigkeit der Vorarbeiten des CISG	194
3.	Konkurrenz zu Ersatz- und Erlösherausgabeansprüchen aus nationalem Recht	195
III.	Die Begründung des Anspruchs auf das stellvertretende commodum gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG	198
1.	Begründungsansätze für den Anspruch auf das stellvertretende commodum	198
a)	Analogie zu Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG	198
aa)	Gegenleistungsgefahr und Vorteilszuweisung: Gefahrtragung als maßgebliches Zuweisungskriterium im Rahmen von Art. 84 Abs. 2 CISG	199
bb)	Keine bereicherungsrechtliche Absicherung des Leistungsanspruchs	201
cc)	Vorteilsbegriff in Art. 84 Abs. 2 CISG als untaugliche Grundlage für den Commodumsanspruch.....	202
b)	Der Grundsatz <i>favor contractus</i>	204
c)	Art. 79 CISG.....	205
d)	Ergänzende Vertragsauslegung	206
e)	Handelsbrauch gemäß Art. 9 Abs. 2 CISG.....	208
f)	Zwischenergebnis	208
2.	Der Anspruch auf das stellvertretende commodum als Folge des Naturalerfüllungsgrundsatzes im CISG	209
a)	Die Herleitung des Anspruchs aus dem Grundsatz der Naturalerfüllung	209
aa)	Der Grundsatz der Naturalerfüllung und das stellvertretende commodum	209
bb)	Die schuldrechtliche Surrogation im CISG.....	212
b)	Die Einpassung des Anspruchs in das Haftungssystem des Übereinkommens.....	213
aa)	Stellvertretendes commodum und Art. 28 CISG.....	213
bb)	Stellvertretendes commodum und Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 S. 1 CISG	214

cc) Stellvertretendes commodum und Haftungsbefreiung gemäß Art. 79 CISG.....	215
c) Die internationale Konsensfähigkeit des Commodumsanspruchs aus der Naturalerfüllung	215
d) Die Voraussetzungen des Anspruchs auf das stellvertretende commodum	219
aa) Vertragsverletzung in Form der Vereitelung des Erfüllungsanspruchs	219
bb) Erlangung eines kongruenten Vorteils	221
(1) Erlangung eines Vorteils aufgrund der Leistungsvereitelung	222
(2) Beschränkung des Anspruchs auf kongruente Vorteile.....	222
(3) Kongruenz bei Gattungs- und Vorratsschulden	223
(4) Kongruenz bei erspartem Leistungsaufwand	225
e) Der Umfang des Anspruchs	226
aa) Herausgabe des Vorteils ohne Kostenabzug	226
bb) Herausgabe des Vorteils einschließlich eines etwaigen Gewinns	227
cc) Auswirkungen auf die Gegenleistung des Käufers.....	229
f) Beweislast.....	231
g) Konkurrenz zu anderen Rechtsbehelfen	231
h) Zwischenergebnis	232
IV. Kein Rückgriff auf das nationale Recht gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG ...	232

Kapitel 5: Gewinnherausgabe und Schadensersatz im CISG.....233

A. <i>Rechtsvergleichender Überblick zur vertraglichen Gewinnhaftung</i>	236
I. Vertragliche Gewinnhaftung im deutschen Recht.....	236
1. Ablehnung eines allgemeinen vertraglichen Gewinnherausgabeanspruchs	237
2. Keine Gewinnherausgabe bei Vertragsverletzungen aufgrund außervertraglicher Ansprüche	238
II. Vertragliche Gewinnhaftung im französischen Recht.....	239
1. Keine vertragliche Gewinnhaftung <i>de lege lata</i>	240
2. Einführung eines Strafschadensersatzes oder einer Gewinnhaftung <i>de lege ferenda</i> ?	243
III. Vertragliche Gewinnhaftung im englischen Recht	245

1. Der Grundsatz: Der Schadensersatzanspruch zum Schutz des Erfüllungsinteresses	245
2. Die Ausnahme: Gewinnherausgabe für bestimmte Vertragsverletzungen	248
a) <i>Negotiating Damages</i>	249
b) <i>Account of Profits for Breach of Contract</i>	251
c) Gewinnherausgabe bei Verletzung einer <i>fiduciary duty</i> oder einer <i>duty of confidence</i>	253
IV. Internationale Vereinheitlichungsprojekte.....	254
B. <i>Grundlagen und Probleme des Schadensersatzanspruchs gemäß Art. 74–77 CISG</i>	255
I. Die Grundlagen des Schadensersatzes gemäß Art. 74 CISG.....	255
II. Defizite des Schadensersatzanspruchs.....	256
1. Unterkompensation der geschädigten Partei	256
2. Fehlender Anreiz zur Vertragstreue (<i>cynical breach</i>).....	257
C. <i>Der Schadensersatz zwischen Ausgleich und Prävention</i>	258
I. Die Funktion des Schadensersatzanspruchs.....	258
1. Der Grundsatz der Ausgleichsfunktion	258
2. Ergänzung durch präventive oder pönale Elemente?.....	260
a) Prävention.....	260
aa) Die Unvereinbarkeit einer Präventionsfunktion mit der Grundstruktur von Art. 74–77 CISG.....	261
bb) Kein Bedürfnis der Präventionsfunktion zur Durchsetzung der Vertragserfüllung (<i>pacta sunt servanda</i>)	262
cc) Die Präventionsfunktion als Gefahr für die international einheitliche Anwendung des Übereinkommens	263
b) Strafe	264
II. Folgen der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzanspruchs	267
1. Die Totalreparation im Sinne von Art. 74 CISG	268
a) Die von der Totalreparation erfassten Interessen.....	268
aa) Das Erfüllungsinteresse.....	268
bb) Kein Schutz eines <i>restitutionary interest</i>	271
b) Grenzen der Totalreparation	271
2. Das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot.....	272
D. <i>Grundsätzliche Ablehnung des Gewinns als Schaden im Rahmen von Art. 74 CISG</i>	276
I. Wortlaut.....	276

II.	Systematischer Zusammenhang	277
III.	Entstehungsgeschichte	278
IV.	Ausgleichsfunktion des Schadensersatzanspruchs	279
<i>E.</i>	<i>Der Verletzergewinn als Bemessungsgrundlage des Schadens</i>	281
I.	Grundlagen der konkreten Schadensbemessung gemäß Art. 74 S. 1 CISG	281
II.	Ablehnung einer Gleichsetzung von Schaden und Gewinn.....	283
	1. Keine tatsächliche Gleichsetzung von Verletzergewinn und Schaden.....	283
	a) Ablehnung einer tatsächlichen Identitätsvermutung von Verletzergewinn und Schaden.....	283
	b) Ablehnung einer Festlegung des Ersparnisgewinns als Mindestschaden bei <i>skimped performance</i>	285
	2. Keine Gleichsetzung von Schaden und Gewinn zur Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG.....	287
	3. Praktische Probleme der Gleichsetzung von Schaden und Gewinn	290
	a) Abzug der Kosten der Gewinnerzielung.....	290
	b) Kein Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung	291
III.	Die Verknüpfung von Verletzergewinn und Schaden in Form einer Verhandlungsfiktion	292
	1. Grundgedanken der Verhandlungsfiktion (<i>negotiating damages</i>).....	293
	2. Die Einordnung der Verhandlungsfiktion	294
	3. Mögliche Übertragung der Verhandlungsfiktion auf das CISG?	295
IV.	Auswirkungen des Verletzergewinns auf den Schadensnachweis.....	297
	1. Die Beweislast für den Schaden.....	297
	2. Das Beweismaß für den Schadensnachweis	299
<i>F.</i>	<i>Exkurs: Wege aus der Unterkompensation</i>	300
I.	Der Schutz des Käufers durch andere Rechtsbehelfe.....	300
II.	Die Anerkennung bestimmter Schadenspositionen im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG	302
	1. Die Kosten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes	302
	2. Der Verlust einer Geschäftschance	303
III.	Die Schätzung des Schadens bei Bezifferungsschwierigkeiten.....	305
IV.	Die umstrittenen Fälle im Einzelnen	307
	1. Der vertragswidrige Doppelverkauf.....	307

2. Die vertragswidrige Ersparnis von Leistungsaufwand (<i>skimped performance</i>).....	307
3. Die Verletzung von Unterlassungspflichten.....	308
Kapitel 6: Ein eigenständiger Anspruch auf Gewinnherausgabe im CISG?	311
A. <i>Eigenständige Gewinnhaftung als nicht entschiedene Frage im Re- gelungsbereich des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG</i>	311
B. <i>Keine Gewinnherausgabe aufgrund allgemeiner Grundsätze des CISG</i>	313
I. Totalreparation und Erwartungsschutz	313
1. Keine korrekturbedürftige Unterkompensation des Gläubigers.....	314
2. Der Schutz der Erwartungen des Gläubigers als Grundsatz des CISG.....	315
II. Vorteilsausgleich entsprechend Art. 84 Abs. 2 CISG?	315
III. Naturalerfüllung und <i>pacta sunt servanda</i> ?	316
IV. Gewinnherausgabe aufgrund von <i>good faith</i> ?	317
V. Herausgabe des Ersparnisgewinns entsprechend Art. 50 CISG?.....	318
VI. Zwischenergebnis	320
C. <i>Gewinnherausgabe durch eigenständige Fortentwicklung des CISG?</i>	320
I. Anspruch auf Gewinnherausgabe für vorsätzlich-lukrative Vertragsverletzungen?	321
II. Anspruch auf Gewinnherausgabe wegen Verletzung von Unterlassungspflichten?	323
III. Anspruch auf Gewinnherausgabe als Ausnahmerechtsbehelf bei Vertragsverletzungen?.....	324
D. <i>Konkurrenz zur Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen aus dem internen nationalen Recht</i>	325
I. Grundsätzlicher Ausschluss von Ansprüchen aus dem internen nationalen Recht auf Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen.....	326
II. Rückgriff auf Ansprüche aus dem internen nationalen Recht im Ausnahmefall	326
1. Rückgriff auf nationales Recht bei arglistigem oder fraudulösem Verhalten	327

2. Rückgriff auf nationales Recht für Ansprüche wegen der Verletzung von Immaterialgüterrechten	327
Kapitel 7: Ein eigenständiger Anspruch auf Gewinnherausgabe wegen der Verletzung von treueähnlichen Pflichten?	329
<i>A. Besondere Treue- und Vertrauensverhältnisse in internationalen Kaufverträgen</i>	<i>329</i>
<i>B. Treuepflichten als Regelungsgegenstand des Übereinkommens</i>	<i>331</i>
I. Anwendbarkeit des CISG gemäß Art. 1 Abs. 1 CISG.....	332
II. Vertraglich begründete Treuepflichten als nicht entschiedene Frage im Regelungsbereich des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG	333
<i>C. Gewinnherausgabe bei Treuepflichtverletzungen aufgrund allgemeiner Grundsätze des Übereinkommens?</i>	<i>334</i>
I. Die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen im Sinne von Art. 85 ff. CISG.....	334
II. Der Grundsatz des guten Glaubens gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG	336
<i>D. Gewinnherausgabe bei Verletzungen von Treuepflichten und treueähnlichen Pflichten aufgrund einer eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens?</i>	<i>337</i>
<i>E. Konkurrenz zu Ansprüchen wegen Treuepflichtverletzungen aus dem internen nationalen Recht.....</i>	<i>338</i>
Schluss.....	341
Literaturverzeichnis.....	345
Materialienverzeichnis	369
Entscheidungsverzeichnis.....	371
Sachverzeichnis.....	377

Abkürzungsverzeichnis

7th Cir.	United States Court of Appeal for the Seventh Circuit
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AC	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AJ Contrat	Actualité juridique Contrat
al.	alinéa
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. J. Int. L.	American Journal of International Law
Anm.	Anmerkung
Annals Fac. L. Belgrade Int'l. Ed.	Annals of the Faculty of Law in Belgrade International Edition
App. Ct. Ill.	Appellate Court of Illinois
Art.	Artikel
BB	Betriebs-Berater
BCSC	British Columbia Supreme Court
Bd.	Band
beckRS	beck-online.RECHTSPRECHUNG
Berkeley Bus. L.J.	Berkeley Business Law Journal
BG	Schweizerisches Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles
Bus LR	Business Law Report
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CA	Court of Appeal
Cal. L. Rev.	California Law Review
Can. Bus. L.J.	Canadian Business Law Journal
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Cass. civ.	Cour de cassation chambre civile

Cass. com.	Cour de cassation chambre commercial
C. civ.	Code civil
Ch.	Law Reports, Chancery Division
Chap.	Chapter
Chi.-Kent L. Rev.	Chicago Kent Law Review
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CISG-AC	CISG Advisory Council
CISG-online	CISG-online database (http://www.cisg-online.ch/)
CLC	Law Reports, Commercial Law Cases
CLJ	Cambridge Law Journal
CLR	Commonwealth Law Reports
Col. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Col. L. Rev.	Columbia Law Review
CVIM	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises
D.	Recueil Dalloz
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
dens.	denselben
dies.	dieselbe(n)
D.L.R.	Dominion Law Reports
DPCI	Droit et pratique du commerce international
Edn.	Edition
EGLR	Estates Gazette Law Reports
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen
EMLR	Entertainment and Media Law Reports
Emory L.J.	Emory Law Journal
ER	Law Reports, English Reports
ERPL	European Review of Private Law
EU	Europäische Union
EWCA Civ	Court of Appeal of England and Wales Decisions (Civil Division)
EWHC	High Court of England and Wales Decisions (Chancery Division)
Exch	Law Reports, Exchequer Reports
f.	folgende/r (Singular)
ff.	folgende (Plural)
FH	Further Hearing
Fn.	Fußnote
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
GAFTA	Grain and Feed Trade Association

Geo. Mason J.	George Mason Journal of International Commercial Law
Int’L Com. L.	
GeschGehG	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedächtnisschrift
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HCA	High Court of Australia
HG	Handelsgericht
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK-BGB	Historisch-kritischer Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
HL	House of Lords
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
IHR	Zeitschrift für internationales Handelsrecht
Int’l Bus. L.J.	International Business Law Journal
Int’l Trade & Bus. L. Ann.	International Trade and Business Law Annual
Int’l Trade & Bus. L. Rev.	International Trade and Business Law Review
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
J.B.L.	Journal of Business Law
JBl	Juristische Blätter
J. Civ. L. Stud.	Journal of Civil Law Studies
JCP E	La Semaine juridique – Entreprise et Affaires
JCP G	La Semaine juridique – Edition Générale
J.L. & Com.	Journal of Law and Commerce
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies
J. Obligations & Remedies	Journal of Obligations and Remedies
JORF	Journal officiel de la République française
JURA	Juristische Ausbildung
juris-PK	juris PraxisKommentar BGB
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KB	Law Reports, King’s Bench Division
LC	Lord Chancellor
Legal Stud.	Legal Studies
LG	Landgericht
lit.	litera
LJ	Lord Justice of Appeal
LMCLQ	Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly
LMK	Lindenmaier-Möhring Kommentierte BGH-Rechtsprechung
Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev.	Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review
Loy. L.A. L. Rev.	Loyola of Los Angeles Law Review

LPA	Les Petites Affiches
LQR	Law Quarterly Review
LR Ch App	Law Reports, Chancery Appeals
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
Melb. J. Int'l L.	Melbourne Journal of International Law
Melb. U. L. Rev.	Melbourne University Law Review
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Miss.	Mississippi
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungsreport Zivilrecht
n°	numéro
no.	number
Nr.	Nummer
obs.	observations
Official Records	United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March–11 April 1980, Official Records, New York, 1991
OGH	Oberster Gerichtshof
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht
OUCLJ	The Oxford University Commonwealth Law Journal
p.	page
Pace Int'l L. Rev.	PACE International Law Review
Pace Rev. of the CISG	Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)
para.	paragraph
PatG	Patentgesetz
P. & C.R.	Property, Planning and Compensation reports
P.D.	Piskei Din (Law reports of the Supreme Court of Israel published by the Ministry of Justice since 1948)
PECL	Principles of European Contract Law
QB	Law Reports, Queen's Bench Division
Q. J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdTW	Recht der Transportwirtschaft
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

Riv. Dir. Civ.	Rivista di diritto civile
RLR	Restitution Law Review
Rn.	Randnummer
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
s	Section
S.	Satz, Seite(n)
SC	Supreme Court
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SLT	Scots Law Times
So. 2d	Southern Reporter, 2nd edition
Syracuse J. Intl. L. & Com.	Syracuse Journal of International Law and Commerce
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Theoretical Inquiries L.	Theoretical Inquiries in Law
Tul. J. Int'l & Comp L.	Tulane Journal of International and Comparative Law
UCC	Uniform Commercial Code
UCL Jurisprudence Rev.	U.C.L. Jurisprudence Review
UK	United Kingdom
UKPC	United Kingdom Privy Council
ULFS	Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (The Hague, 1 July 1964)
ULIS	Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (The Hague, July 1, 1964)
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
Unif. L. Rev.	Uniform Law Review
UN-Kaufrecht	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf
U. Pa L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
UPICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
U.S.	United States
USA	United States of America
U. W. Austl. L. Rev.	University of Western Australia Law Review
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Va. L. Rev.	Virginia Law Review

Vict. U. Well. L. Rev.	Victoria University of Wellington Law Review
Vill. L. Rev.	Villanova Law Review
VJ	Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration
Vt. L. Rev.	Vermont Law Review
Wash. L. Rev.	Washington Law Review
WLR	Weekly Law Reports
Wm. & Mary L. Rev.	William & Mary Law Review
Yale J. Int'l. L.	Yale Journal of International Law
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZvglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Einleitung

Die Vorteils- und Gewinnhaftung wegen Vertragsverletzungen war in den letzten 20 Jahren in aller Munde. Die Grundfrage ist einfach: Soll der Schuldner den durch die Vertragsverletzung erzielten Gewinn behalten dürfen oder steht der vertragswidrig gezogene Vorteil oder Gewinn dem Gläubiger zu? Dennoch fällt die Antwort auf diese Frage nicht leicht und hat in vielen Rechtsordnungen für Diskussionen und Uneinigkeit gesorgt. Während in England zunächst der *Court of Appeal*,¹ dann das *House of Lords*² und schließlich der *Supreme Court*³ um den Platz der Gewinnhaftung im Recht der vertraglichen Rechtsbehelfe rangen, beschäftigten sich in Deutschland der 66. Deutsche Juristentag⁴ und in Frankreich verschiedene Reformkommissionen⁵ mit Vorschlägen zur Einführung einer Gewinnherausgabe im (vertraglichen) Haftungsrecht. Begleitet wurden diese Entwicklungen jeweils von einer ebenso reichhaltigen wie kontroversen akademischen Diskussion, die für die einzelnen Rechtsordnungen bereits schwer zu überblicken und in ihren jeweiligen Verästelungen nachzuvollziehen ist.⁶ Die Debatte wird äußerst kontrovers geführt, scheinen doch lange sicher geglaubte Grundpfeiler des Vertrags- und Haftungsrechts plötzlich zur Disposition zu stehen.⁷ Auf dem Spiel steht

¹ *Surrey County Council v Bredero Homes Ltd*, [1993] 1 WLR 1361 (CA); *Attorney-General v Blake*, [1998] EMLR 309 (CA).

² *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268 (HL).

³ *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner and another*, [2018] 2 WLR 1353 (SC).

⁴ 66. Deutscher Juristentag, Beschlüsse, Zivilrecht, IV. 3 a); IV. 6, auf den Vorschlag von *Gerhard Wagner* hin; siehe hierzu *Gerhard Wagner*, Gutachten (A), 97.

⁵ Catala (Hrsg.), *Avant-projet du droit des obligations et de la prescription* (Projet Catala), Art. 1371; Terré (Hrsg.), *Pour une réforme de la responsabilité civile*, Art. 54; siehe auch den aktuellen Vorschlag zur Einführung einer *amende civile*, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, 2017, Article 1266-1.

⁶ Siehe etwa für das deutsche Recht monographisch *Bock*, Gewinnherausgabe als Folge einer Vertragsverletzung; *Böger*, System der vorteilsorientierten Haftung im Vertrag; *Dornscheidt*, Grenzen der vertraglichen Gewinnhaftung; *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem; *Soeffky*, Vertragliche Gewinnhaftung in Europa; siehe für das englische Recht und andere *common law* Rechtsordnungen monographisch *Barnett*, Accounting for Profit for Breach of Contract; *Edelman*, Gain-based damages; siehe auch die weiteren Nachweise in der Darstellung der jeweiligen Diskussion in den nationalen Rechtsordnungen unten, S. 236 ff.

⁷ Siehe etwa *Honsell*, in: FS Westermann, 315: „juristischer Atavismus“.

nicht nur die Reichweite der vertraglichen Rechtsbehelfe selbst, sondern auch der maßgebliche Gerechtigkeitsbegriff im Vertragsrecht,⁸ die Zulässigkeit der Verhaltenssteuerung durch vertragsrechtliche Instrumente⁹ sowie der Stellenwert moralischer und ökonomischer Argumente im privatrechtlichen Diskurs.¹⁰ Offene und verdeckte Uneinigkeit hinsichtlich dieser Prämissen erschwert die Diskussion.

Mit einer gewissen Verzögerung hat die Frage der Vorteils- und Gewinnhaftung wegen Vertragsverletzungen auch das CISG erreicht.¹¹ Der Text des Übereinkommens kennt keinen Rechtsbehelf auf Herausgabe des Verletzergewinns. Dies kann kaum überraschen, da zur Zeit der Erarbeitung des CISG eine vertragliche Gewinnhaftung nicht in Rede stand und auch in den vergleichenden Vorarbeiten *Ernst Rabels* kaum eine Rolle gespielt hatte. Der Anspruch auf das stellvertretende *commodum* nach Vorbild von § 285 BGB scheiterte bereits im UNIDROIT-Kaufrechtsausschuss.¹² Vielmehr bestand weitgehende Einigkeit, dass der Verlust des Gläubigers den Umfang des Schadensersatzanspruchs bestimmen müsse. Die reine Kompensationsfunktion des Schadensersatzanspruchs war axiomatisch. Umstritten waren allenfalls die Voraussetzungen der abstrakten Schadensberechnung¹³ oder die Begrenzung auf den bei Vertragsschluss vorhersehbaren Verlust.¹⁴ Ansprüche auf Vorteils- und Erlösherausgabe finden sich daher lediglich vereinzelt in der Rückabwicklung gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG sowie in den Rechtsfolgen der Erhaltungspflichten gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG, denen in der Erarbeitung des CISG keine allgemeine Bedeutung zugemessen wurde.

In der jüngeren einheitsrechtlichen Diskussion ist nun versucht worden, entsprechend den Entwicklungen und dem Diskurs in den internen Rechten auch auf Ebene des CISG der Vorteils- und Gewinnhaftung wegen Vertrags-

⁸ *Weinrib*, 78 Chi.-Kent. L. Rev. (2003), 55, 103, der eine Gewinnhaftung für mit der ausgleichenden Gerechtigkeit unvereinbar hält; ebenso *Unberath*, Vertragsverletzung, 291.

⁹ Eingehend *Gerhard Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 476.

¹⁰ Für eine Berücksichtigung moralischer Erwägungen für die Reichweite der vertraglichen Haftung *Shiffrin*, 107 Mich. L. Rev. (2009), 1551, 1568; *contra*, allerdings mit verschiedenen ökonomischen Begründungen, *Richard A. Posner*, 107 Mich. L. Rev. (2009), 1349, 1363; *Shavell*, 56 Emory L.J. (2006), 439; *ders.*, 107 Mich. L. Rev. (2009), 1569, 1582.

¹¹ *Bock*, in: FS Schwenzer, 175, 189; *Demir*, Schadensersatzregelung, 133 ff.; *Hartmann*, IHR 2009, 189, 102; *Jardine*, 21 VJ (2017), 36, 65; *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 219; *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenzer/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 102; *Schwenzer/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 100 f.

¹² *Rabel*, *RabelsZ* 9 (1935), 1, 69; siehe hierzu ausführlich unten, S. 192.

¹³ UNCITRAL Yearbook VIII (1977), 59 f.

¹⁴ UNCITRAL Yearbook V (1974), 44, Nr. 164; UNCITRAL Yearbook VI (1975), 62, Nr. 114; UNCITRAL Yearbook VIII (1977), 59, Nr. 475 ff.; Official Records, 394, Nr. 19 ff.

verletzungen zu einer größeren Bedeutung zu verhelfen.¹⁵ Die Begründungswege sind vielfältig und erfassen sowohl Ansprüche auf die Herausgabe eines Ersatzes oder Erlöses nach dem Vorbild des Anspruchs auf das stellvertretende *commodum*¹⁶ als auch eine Gewinnherausgabe im Rahmen des Schadensersatzanspruchs gemäß Art. 74 S. 1 CISG.¹⁷ Zum Teil wird sogar die Entwicklung eines eigenständigen Rechtsbehelfs durch eine eigenständige Weiterentwicklung des Übereinkommens erwogen.¹⁸

Die bereits im internen nationalen Recht sehr schwierige und vielschichtige Debatte trifft auf einheitsrechtlicher Ebene auf zusätzliche Herausforderungen. Zum einen fehlt es mehr noch als im nationalen Recht an normativen Anknüpfungspunkten, die der Diskussion einen Rahmen geben könnten. Während sich im internen Recht ein großer Teil des Diskurses mit der Einführung einer Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen *de lege ferenda* befasst,¹⁹ erübrigt sich eine solche Diskussion auf Ebene des Einheitsrechts, da eine Ergänzung oder Korrektur oder Neufassung des Übereinkommens lediglich über eine neue diplomatische Konferenz und die Ratifikation eines Protokolls oder einer neuen Konvention durch alle Vertragsstaaten möglich wäre.²⁰ Dies erscheint weder praktisch möglich noch wünschenswert.²¹ Im CISG muss daher mit den normativen Anknüpfungspunkten gearbeitet werden, die bereits im Übereinkommen enthalten oder zumindest in Gestalt von allgemeinen Grundsätzen angelegt sind. Zum anderen bringen verschiedene Interpreten sehr diverse nationale Vorprägungen aus den parallel verlaufenden Diskussionen zum internen Recht mit in den einheitsrechtlichen Diskurs ein. Da es bereits im internen nationalen Recht oft an einem Abschluss und einer Konsolidierung der Diskussion mangelt,²² wird das

¹⁵ Bock, in: FS Schwenger, 175, 189; Demir, Schadensersatzregelung, 133 ff.; Hartmann, IHR 2009, 189, 102; Jardine, 21 VJ (2017), 36, 65; Muñoz/Ament-Guemez, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 219; Schmidt-Ahrendts, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 102; Schwenger/Hachem, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 100 f.

¹⁶ Hartmann, IHR 2009, 189, 102; ders., in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 42.

¹⁷ Muñoz/Ament-Guemez, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 219; Schwenger/Hachem, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 100 f.; Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 43.

¹⁸ Bock, in: FS Schwenger, 175, 184 f.

¹⁹ Siehe etwa die deutsche Diskussion anlässlich des 66. Deutschen Juristentages: 66. Deutscher Juristentag, Beschlüsse, Zivilrecht, IV. 3 a); IV. 6, auf den Vorschlag von Gerhard Wagner hin; siehe Gerhard Wagner, Gutachten (A), 97; siehe hierzu ausführlich unten, S. 237.

²⁰ Schroeter, RabelsZ 81 (2017), 32, 69 f.

²¹ Schroeter, RabelsZ 81 (2017), 32, 69.

²² Helms, Gewinnherausgabe, 15, 20 ff.

rechtsvergleichende Verständnis für unterschiedliche nationale Vorprägungen erschwert. Schließlich stellt jeder Versuch der Entwicklung einer Vorteils- oder Gewinnhaftung im CISG einen Drahtseilakt zwischen der zur Sicherung der internationalen Einheitlichkeit im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG gebotenen Zurückhaltung einerseits und der unerlässlichen zeitgemäßen Weiterentwicklung des Übereinkommens anderseits dar.²³ Welchen Platz die Vorteils- und Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen vor diesem normativen Hintergrund einnehmen kann und welche Kriterien für eine solche Weiterentwicklung maßgeblich sein können, soll in dieser Arbeit untersucht werden.

²³ Siehe die treffenden Formulierungen bei *Honnold/Flechtner*, para. 102: „Boldness v. Restraint“; *Lookofsky*, *Walking the Art. 7 (2) Tightrope between CISG and Domestic Law*, 25 *J.L. & Com.* (2005–2006), 87, 105.

Kapitel 1

Grundsätzliches zur Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG

Zunächst soll der Untersuchungsgegenstand der Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG vorgestellt und eingegrenzt werden (A.), bevor die theoretischen Grundlagen der Diskussion um vorteilsorientierte Rechtsbehelfe im internen nationalen Recht skizziert werden sollen (B.). Im Anschluss sollen mögliche Ansprüche auf Vorteils- und Gewinnherausgabe in die Struktur des CISG eingeordnet werden (C.).

A. Die Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG als Untersuchungsgegenstand

Die Untersuchung wird sich Vorteils- und Gewinnherausgabeansprüchen im CISG widmen. Die Begriffe der Vorteils- und Gewinnherausgabe erklären sich nicht von selbst. Es bedarf daher einer kurzen Begriffsbestimmung (I.) sowie einer Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands (II.).

I. Der Begriff der Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG

Im Diskurs um die Vorteils- und Gewinnherausgabe im internen nationalen Recht ist eine Vielzahl von verschiedenen Begriffen gebräuchlich (1.). Für die Zwecke dieser Untersuchung soll auf der Ebene des CISG versucht werden, unabhängig von nationalen Vorprägungen einen funktionalen Begriff für die Vorteils- und Gewinnherausgabe zu finden (2.).

1. Begriffsvielfalt in der Diskussion in den nationalen Rechtsordnungen

Ansprüche auf die Herausgabe eines Vorteils oder Gewinns des Schuldners haben gemeinsam, dass sie jeweils auf die Vermögensentwicklung des Schuldners infolge der Vertragsverletzung abstellen, und nicht wie der Schadensersatz auf die des Gläubigers.¹ Diese Ansprüche stellen damit in ihrer Rechtsfolge die Kehrseite von Schadensersatzansprüchen dar.² Die Einzelheiten der Voraussetzungen und Rechtsfolgen sind indes in der Diskussion im

¹ Bock, Gewinnherausgabe, 5.

internen nationalen Recht bereits sehr umstritten. Dabei springen nicht nur inhaltliche Unterschiede, sondern auch die begriffliche Vielfalt in der Bezeichnung solcher Ansprüche ins Auge.

In der deutschsprachigen Diskussion wird zum Teil von der Gewinnabschöpfung,³ der Gewinnherausgabe⁴ oder -haftung⁵ oder dem Gewinnausgleich⁶ gesprochen, während andere den Begriff der Vorteilshaftung⁷ oder des Vorteilsausgleichs⁸ bevorzugen. Hierbei handelt es sich nicht um Synonyme, da die Begriffsbildungen jeweils bestimmte Funktionen oder Beschränkungen der Ansprüche vorwegnehmen.⁹ Dennoch bestehen bedeutende Überschneidungen der Zielrichtung und des Anwendungsbereichs der verschieden bezeichneten Ansprüche, so dass die Vielfalt in der Begriffsbildung überraschen muss.

Noch unübersichtlicher wird es auf internationaler Ebene. In der englischen Diskussion finden sich vor allem die Bezeichnungen *disgorgement of profits*¹⁰ oder *disgorgement damages* sowie der Begriff *restitutionary damages*,¹¹ während von anderen die allgemeine Bezeichnung des *account of profits* verwendet wird.¹² Als übergeordnete Kategorie findet sich zum Teil der Begriff der *gain-based damages*.¹³ *James Edelman* hat überzeugend dargelegt, dass insbesondere die Unterscheidung zwischen *restitutionary damages* und *disgorgement damages* sinnvoll ist, da diese eine Herausgabe des tatsächlich erzielten Verletzergewinns bezeichnen, während jene eine Vergütung für den pflichtwidrig gezogenen Vorteil unabhängig vom daraus erwachsenen

² *Dornscheidt*, Gewinnhaftung, 23; *Helms*, Gewinnherausgabe, 4; kritisch *Boosfeld*, Gewinnausgleich, 1, die zutreffend darauf hinweist, dass den beiden Anspruchskategorien strukturell unterschiedliche Rechtfertigungen zugrunde liegen können.

³ *Bollenberger*, ZEuP 2000, 893; *Canaris*, in: FS Deutsch, 85, 109; *Köndgen*, RabelsZ 56 (1992), 697, 756; *ders.*, RabelsZ 64 (2000), 661, 695.

⁴ *Bock*, Gewinnherausgabe als Folge einer Vertragsverletzung; *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem.

⁵ *Dornscheidt*, Grenzen der vertraglichen Gewinnhaftung; *Rusch*, ZEuP 2002, 122, 125, Fn. 1; *Soeffky*, Vertragliche Gewinnhaftung in Europa.

⁶ *Boosfeld*, Gewinnausgleich.

⁷ *Böger*, System der vorteilsorientierten Haftung im Vertrag.

⁸ *Stoll*, Vorteilsausgleich bei Leistungsverweigerung, in: FS Schlechtriem, 677, 696.

⁹ Siehe auch *Boosfeld*, Gewinnausgleich, 6 f.; *Helms*, Gewinnherausgabe, 13 f.

¹⁰ *Farnsworth*, 94 Yale L.J. (1984–1985), 1339, 1393; *McCamus*, 36 Loy. L.A. L. Rev. (2003), 943, 974.

¹¹ *Chen-Wishart*, 114 LQR (1998), 363, 370; *Dagan*, 1 Theoretical Inquiries L. (2001), 115, 154; *Edelman*, Gain-based damages, 65 ff.; kritisch zum Begriff allerdings, *Attorney General v Blake*, [2001] 1 AC 268, 284 (HL) (*per Lord Nicholls*): „I prefer to avoid the unhappy expression ‘restitutionary damages’.“

¹² *Attorney General v Blake*, [2001] 1 AC 268 (HL); *Barnett*, Accounting for Profit for Breach of Contract; siehe auch *Burrows*, Restatement, 22(1) b, (5); ausführlich *Doyle/Wright*, 25 Melb. U. L. Rev. (2001), 1, 23.

¹³ *Cunnington*, 3 J. Obligations & Remedies (2004), 46, 54; *Edelman*, Gain-based damages.

Gewinn darstellen.¹⁴ Diese Unterscheidung wurde indes, soweit ersichtlich, von der Rechtsprechung nicht aufgegriffen. Der *Supreme Court* des Vereinigten Königreichs unterschied in seiner jüngsten Entscheidung zum Thema etwa ausdrücklich zwischen den *negotiating damages* als besondere Form der Schadensbemessung einerseits und dem *account of profits for breach of contract* als gewinnabschöpfendem Rechtsbehelf andererseits.¹⁵

In der französischen Diskussion ist für vorsätzliche und gewinnbringende Pflichtverletzungen der Begriff *faute lucrative* gebräuchlich.¹⁶ Im Übrigen finden sich allgemein der Begriff des *prélevement des bénéfices* für das öffentliche Recht¹⁷ sowie in jüngerer Zeit auch, in Anlehnung an den Diskurs im englischen Recht, der Begriff der *dommages-intérêts restitutoires*.¹⁸

Diese unterschiedlichen Bezeichnungen sind weit überwiegend nicht rein terminologischer Natur, sondern nehmen bereits bestimmte Eingrenzungen und Zielsetzungen der Ansprüche vorweg.¹⁹ Letztlich beruht die Begriffsvielfalt allerdings zumindest auch auf einer fehlenden Systematisierung der Anspruchskategorien.²⁰ Dies gilt nicht nur, aber in besonderem Maße für die vertraglichen Sekundäransprüche. Ein möglicher Grund hierfür ist die tradierte Dominanz verlustorientierter Schadensersatzansprüche im Vertragsrecht, die einer Systematisierung vorteils- oder gewinnorientierter Ansprüche bisher entgegenstand.²¹ Im Übrigen bereitet auch die Einordnung bestimmter Ansprüche Schwierigkeiten. So werden etwa Ansprüche auf einen hypothetisch verhandelten Betrag für die Erlaubnis der Verletzungshandlung im Sinne einer Lizenzanalogie zum Teil als bloße Form der Schadensbemessung im Rahmen eines auf Kompensation gerichteten Schadensersatzanspruchs²² und zum Teil als besondere Form einer vorteilsorientierten, funktional bereicherungsrechtlichen Haftung angesehen.²³

¹⁴ *Edelman*, Gain-based damages, 65 ff.

¹⁵ *One Step (Support) v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1379 (SC) (*per Lord Reed*).

¹⁶ *Méadel*, LPA 2017, n° 77, 6; *Vingiano-Viricel*, RTD Com. 2017, 18, 30.

¹⁷ *Boosfeld*, Gewinnausgleich, 15.

¹⁸ Cour d'appel de Paris, Groupe de travail, rapport sur „La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques“, 54 ff.

¹⁹ *Doyle/Wright*, 25 Melb. U. L. Rev. (2001), 1, 23.

²⁰ *Helms*, Gewinnherausgabe, 15.

²¹ *Helms*, Gewinnherausgabe, 17.

²² *One Step (Support) v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1381 (SC) (*per Lord Reed*); *Sharpe/Waddams*, 2 OJLS (1982), 290, 297; *Tettenborn*, 14 RLR (2006), 112, 113.

²³ *Burrows*, in: *Saidov/Cunnington* (Hrsg.), *Contract Damages*, 165, 185; *Campbell/Harris*, 22 Legal Stud. (2002), 208, 214 f.; *Cunnington*, 3 J. Obligations & Remedies (2004), 46, 50; *Edelman*, 9 RLR (2001), 104, 105; *Rotherham*, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 2008, 25, 55; siehe auch *Surrey County Council v Bredero Homes Ltd*, [1993] 1 WLR 1361 (CA) (*per Steyn LJ*): „only defensible on the basis of the [...] restitutionary principle [...]“

Diese Begriffsvielfalt in der internen nationalen Diskussion erschwert die Begriffsbildung im Rahmen des CISG. Die meisten Autoren haben auf Ebene des Übereinkommens den Begriff *disgorgement of profits* aus dem englischen Recht rezipiert, ohne allerdings genauer auf die damit importierten Prämissen einzugehen.²⁴ In der deutschsprachigen Diskussion finden sich die Begriffe Ersatz- und Erlösherausgabe,²⁵ Gewinnherausgabe²⁶ sowie Gewinnabschöpfung.²⁷ Es soll in dieser Arbeit versucht werden, sich möglichst weit von nationalen Vorverständnissen zu lösen und eine autonome Begriffsfindung auf Ebene des CISG im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG durchzuführen. Gänzlich unabhängig von nationalen Vorarbeiten und Systematisierungen kann und muss dies freilich nicht erfolgen.

2. Versuch einer autonomen Begriffsbildung im CISG

Je nach ihrer konkreten Ausgestaltung und Funktion kann die Vorteils- und Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen sehr unterschiedliche Gestalten annehmen. Es kann sich etwa um die isolierte Auskehr eines bestimmten Vorteils, etwa in Gestalt eines für die geschuldete Ware erlangten Surrogates, oder um den Zugriff auf den aus der Vertragsverletzung realisierten Brutto- oder Nettogewinn handeln. Wesentliches und gemeinsames Merkmal dieser verschiedenen Ansprüche ist indes, dass sie auf die Vermögenslage des Schuldners infolge der Vertragsverletzung, und nicht auf diejenige des Gläubigers abstellen. Dieses Merkmal des Zugriffs auf einen Vermögensvorteil des Schuldners unabhängig von der Vermögensentwicklung des Gläubigers, das auf ein weites Verständnis der Vorteils- und Gewinnherausgabe hinausläuft, soll hier als Ausgangspunkt für eine Begriffsbildung im CISG dienen. Zunächst soll das Übereinkommen selbst auf Begriffe hin untersucht werden, die für eine Vorteils- oder Gewinnherausgabe fruchtbar gemacht werden können (a). Im Anschluss soll versucht werden, eine autonome und möglichst offene Arbeitsdefinition für die Zwecke dieser Untersuchung zu finden (b).

a) Unergiebigkeit der Vorschriften des CISG für die Ausgestaltung der Vorteils- und Gewinnherausgabe

Eine Begriffsbestimmung für das CISG hat gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG autonom und ohne Rückgriff auf Kategorien des internen nationalen Rechts zu

²⁴ Schmidt-Ahrendts, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 102; Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 45; Schwenger/Hachem, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 100 f.

²⁵ Hartmann, IHR 2009, 89, 102.

²⁶ Bock, in: FS Schwenger, 175, 189.

²⁷ Schlechtriem/Schroeter, Rn. 738a; Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 43.

erfolgen. Dabei sollte wie auch sonst im CISG auf eine neutrale Terminologie geachtet werden, die nicht zur Übernahme nationaler Vorverständnisse führt.²⁸ Ausgangspunkt ist daher zunächst die in den Vorschriften des Übereinkommens selbst verwendete Terminologie. Das CISG verwendet an verschiedenen Stellen und in unterschiedlichen Kontexten drei Begriffe, die für die Zwecke dieser Untersuchung von Bedeutung sein können.

Der erste Anhaltspunkt findet sich in Form des Begriffs entgangenen Gewinns (*loss of profit* oder *gain manqué*) in Art. 44, 74 S. 1, 77 CISG. Das Übereinkommen kennt also den Begriff des Gewinns, der gemeinhin als Nettogewinn des Gläubigers verstanden wird, der ihm wegen der Vertragsverletzung entgangen ist.²⁹ Beim entgangenen Gewinn handelt es sich zwar ausdrücklich um den Gewinn des Gläubigers, der Begriff selbst könnte allerdings auch als Ausgangspunkt für die Entwicklung einer Herausgabe des Verletzergewinns dienen.

Der zweite mögliche Anknüpfungspunkt besteht im Begriff der Vorteile im Sinne von Art. 84 Abs. 2 CISG. Die englische Fassung verwendet hier den Begriff *benefits*, die französische den Begriff *tout profit*. Dieser Begriff wird weiter verstanden als der des Gewinns und erfasst grundsätzlich jeden messbaren Vermögenszuwachs des Rückgewährschuldners.³⁰ Auch hier gilt das Nettoprinzip, allerdings nur in Bezug auf die Ziehung des Vorteils, nicht im Hinblick auf die Profitabilität des Geschäfts des Schuldners.³¹ Die sehr weite Definition des Vorteils erlaubt daher den Zugriff auf Surrogate, Gebrauchsvorteile oder Veräußerungsgewinne.³² Der Vorteilsbegriff in Art. 84 Abs. 2 CISG kann also als Anhaltspunkt für eine besonders weiten Begriff der Vorteils- und Gewinnherausgabe herangezogen werden.

Schließlich verwendet das Übereinkommen im Kontext der Veräußerung der Ware durch die erhaltungspflichtige Partei in Art. 88 Abs. 3 S. 1 CISG den Begriff des Erlöses (*proceeds of sale* oder *produit de la vente*). Dieser aus einem Selbsthilfe- oder Notverkauf erzielte Erlös ist gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG abzüglich der Erhaltungs- und Verkaufskosten an die andere Partei herauszugeben. Der hier verwendete Begriff des Erlöses ist daher sehr eng und bezeichnet nur eine bestimmte Art von Vorteil, nämlich den Veräußerungserlös.

²⁸ Bonell, DPCI 1981, 7, 10; Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 204; Honnold/Flechtner, para. 87.

²⁹ Bach, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 27; Gillette/Walt, UN Convention, 348 f.; Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 36.

³⁰ Siehe hierzu ausführlich unten, S. 92.

³¹ Siehe hierzu ausführlich unten, S. 97.

³² Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 20, 34; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 17, 23.

Das Übereinkommen bietet also zwar verschiedene Anknüpfungspunkte für die Bildung eines Begriffs der Vorteils- oder Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen. Aufgrund des unterschiedlichen Zuschnitts der Begriffe und den sehr unterschiedlichen Regelungskontexten drängt sich indes keine der Vorschriften für eine allgemeine Begriffsbildung für die Vorteils- und Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen auf. Eine begriffliche Umschreibung der Vorteils- und Gewinnherausgabe allein anhand der vom CISG verwendeten Begriffe erscheint daher nicht möglich. Vielmehr soll eine weite Arbeitsdefinition gefunden werden, die die verschiedenen Arten der Vorteils- oder Gewinnherausgabe erfassen kann.

b) Funktionale Erfassung der am Vermögen des Schuldners ausgerichteten Rechtsbehelfe

Da eine Bestimmung des Begriffs der Vorteils- oder Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen anhand der oben untersuchten Vorschriften allein nicht möglich erscheint, soll für die Zwecke dieser Untersuchung ein möglichst neutraler und funktionaler Begriff zugrunde gelegt werden.

Die oben untersuchten Vorschriften zeigen, dass das Übereinkommen die verschiedenen Begriffe des Gewinns, des Vorteils und des Erlöses kennt und ihnen unterschiedliche Bedeutungen beimisst. Daher sollte ein Oberbegriff gefunden werden, der diese verschiedenen Begriffe im Rahmen einer vorteils- oder gewinnorientierten Haftung erfassen kann. Um eine zu starke Übernahme nationaler Vorprägungen sowie eine zu starke inhaltliche Vorfestlegung zu vermeiden, soll daher die Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG weit verstanden werden, nämlich als jegliche Form von Rechtsbehelf, dessen Umfang sich aufgrund der Vermögensentwicklung des Schuldners und nicht derjenigen des Gläubigers bestimmt. In diese Definition fallen alle Ansprüche, die auf einen vom Schuldner realisierten Vorteil oder Gewinn zugreifen. Sie entfernt sich damit von Kategorien des internen Rechts und kann daher sowohl Ansprüche auf das stellvertretende *commodum* nach deutschem Vorbild als auch Ansprüche auf Gewinnherausgabe im Rahmen des Schadensersatzes oder eigenständige Rechtsbehelfe auf Gewinnherausgabe erfassen, ohne eine Eingrenzung hinsichtlich der verfolgten Zwecke oder der zugrunde liegenden Prämissen vorzunehmen. Eine Unterscheidung zwischen bestimmten Formen dieser Ansprüche, etwa ob eine Vorteilsvergütung oder eine echte Gewinnherausgabe in bestimmten Kontexten gegeben sein kann, soll dann im Rahmen der verschiedenen Rechtsbehelfe gesondert betrachtet werden.

Die vorliegende Arbeit erfasst damit alle auf einen Vermögensvorteil des Schuldners gerichteten Ansprüche. Dabei soll hier von Vorteils- oder Gewinnherausgabe gesprochen werden, da der zuweilen verwandte Begriff Gewinnabschöpfung bereits einen Sanktionscharakter des Rechtsbehelfs impli-

zieren könnte.³³ Geeignet wäre auch der Begriff der Vorteils- oder Gewinnhaftung, der hier als grundsätzlich synonym mit dem der Vorteils- und Gewinnherausgabe verstanden wird.³⁴ Vorzugswürdig erscheint dennoch die Verwendung des neutralen Begriffs der Vorteils- und Gewinnherausgabe, da der Begriff der Herausgabe frei von etwaigen nationalen Vorprägungen hinsichtlich einer rein kompensatorischen Ausgestaltung des Haftungsrechts im engeren Sinne ist.³⁵

II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Die vorliegende Untersuchung ist auf Ansprüche im Anwendungs- und Regelungsbereich des CISG beschränkt (1.). Sie befasst sich dabei lediglich mit Ansprüchen auf Vorteils- und Gewinnherausgabe, und nicht mit den scheinbar verwandten *punitive damages* oder Gewinnabschöpfungsansprüchen im öffentlichen Interesse (2.).

1. Vertragliche Rechtsbehelfe im Anwendungs- und Regelungsbereich des CISG

Die Untersuchung beschränkt sich auf vertragliche Ansprüche im Anwendungsbereich des CISG. Das CISG ist gemäß Art. 1 Abs. 1 CISG auf internationale Kaufverträge anwendbar und regelt gemäß Art. 4 S. 1, 7 Abs. 2 CISG insbesondere deren Abschluss sowie die für die Parteien erwachsenden Rechte und Pflichten. Die Untersuchung ist daher sowohl durch den Anwendungsbereich des CISG gemäß Art. 1 Abs. 1 CISG als auch durch den Regelungsbereich des Übereinkommens gemäß Art. 4 S. 1, 7 Abs. 2 CISG beschränkt.

Die erste Beschränkung auf den Anwendungsbereich des CISG schließt andere Vertrags- oder Sonderverhältnisse aus, in denen eine Gewinnhaftung wegen Pflichtverletzungen statthaft sein kann. Eine Pflicht zur Auskehr des Erlangten besteht etwa im Auftragsrecht gemäß § 667 BGB. Im Verhältnis zwischen dem Geschäftsführer oder dem Vorstand und der Gesellschaft oder zwischen dem Handlungsgehilfen und dem Kaufmann bestehen besondere Eintrittsrechte gemäß § 61 Abs. 1, § 113 Abs. 1 HGB, § 88 Abs. 2 S. 2 AktG. Eine gewisse Sonderstellung im Schuldrecht können solche Pflichten einnehmen, denen ein besonderes Vertrauensverhältnis beziehungsweise eine besondere Treupflicht zugrunde liegt.³⁶ Diese Pflichten werden im englischen Recht als

³³ *Boosfeld*, Gewinnausgleich, 7.

³⁴ Siehe zum Haftungsbegriff *Helms*, Gewinnherausgabe, 8 ff.; siehe auch zur mehrdeutigen Verwendung des Begriffs der Haftung *Weller*, Vertragstreue, 32.

³⁵ Siehe hierzu *Boosfeld*, Gewinnausgleich, 7.

³⁶ *Dornscheidt*, Gewinnhaftung, 34; siehe ausführlich aus vergleichender Sicht *Böger*, System der vorteilsorientierten Haftung, 163 ff.; *Rusch*, Treupflichten.

fiduciary duties bezeichnet.³⁷ Eine Gewinnherausgabe wird bei der Verletzung solcher Treuepflichten im internen nationalen Recht vielfach möglich sein.³⁸ Das CISG regelt solche Treuepflichten oder von einem besonderen Vertrauensverhältnis geprägte Pflichten nicht ausdrücklich. Ein solches besonderes Vertrauensverhältnis wird in internationalen Kaufverträgen auch eher selten gegeben sein. Für die vorliegende Arbeit spielen diese von einem besonderen Vertrauensverhältnis geprägten Pflichten daher nur insoweit eine Rolle, wie sie ausnahmsweise in internationalen Kaufverträgen enthalten sind und damit in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen.

Die zweite Einschränkung ergibt sich aus dem Regelungsbereich des Übereinkommens gemäß Art. 4 S. 1, 7 Abs. 2 CISG, denn das CISG regelt Ansprüche wegen der Verletzung des vertraglichen Rechts, nicht aber außervertragliche Ansprüche. Außerhalb des Vertragsrechts findet sich eine Vielzahl verschiedener Ansprüche, die eine Herausgabe eines Vorteils oder Gewinns des Schuldners nach sich ziehen können.³⁹ Für das deutsche Recht besteht etwa ein Gewinnherausgabeanspruch in Form der angemessenen Eigen-geschäftsführung gemäß §§ 687 Abs. 2, 667 BGB sowie ein Anspruch auf Erlösherausgabe gemäß § 816 Abs. 1 BGB. Ebenso gilt bei Verletzung von Immaterialgüterrechten die sogenannte dreifache Schadensberechnung, der zufolge der Schaden sowohl anhand des konkret entgangenen Gewinns als auch in Gestalt einer hypothetischen Lizenzgebühr oder des tatsächlich erzielten Verletzergewinns bemessen werden kann.⁴⁰ Diese außervertraglichen Ansprüche folgen ihren jeweils eigenen Zwecken, die nur sehr eingeschränkt auf die Ausgestaltung des Haftungssystems im Vertragsrecht übertragen werden können. Aufgrund der Beschränkung auf das CISG sind diese außervertraglichen Ansprüche nicht Gegenstand der Untersuchung. Sie sind für die Zwecke der vorliegenden Arbeit nur relevant im Hinblick auf ihre mögliche Konkurrenz zu den vertraglichen Ansprüchen aus dem Übereinkommen.

³⁷ Böger, System der vorteilsorientierten Haftung, 183 f.; Edelman, Gain-based damages, 191 f.; Rusch, Treuepflichten, 31 ff.

³⁸ Siehe zum englischen Recht Edelman, Gain-based damages, 191 ff.; dens., McGregor on Damages, para. 15-008; siehe auch zum deutschen Recht Helms, Gewinnherausgabe, 472; ähnlich Rusch, Treuepflichten, 242 ff., der allerdings vom Vorliegen vieler Einzel-tatbestände ausgeht; siehe hierzu ausführlich unten, S. 237 ff.

³⁹ Helms, Gewinnherausgabe, 25 ff.; siehe rechtsvergleichend Bock, Gewinnherausgabe, 9 ff.; Boosfeld, Gewinnausgleich, 13.

⁴⁰ BGH, 8.10.1971, BGHZ 57, 116, 123; BGH, 17.6.1992, BGHZ 119, 20, 31; Haedicke, GRUR 2005, 529, 535; kritisch zum Begriff der dreifachen Schadensberechnung Beuthien/Wasmann, GRUR 1997, 255, 261.

2. Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten

Die Ansprüche auf Vorteils- und Gewinnherausgabe sind von anderen Ansprüchen und Sanktionsmechanismen zu unterscheiden. Wesentliche Unterschiede bestehen insbesondere zu Strafschadensersatzansprüchen (*punitive* oder *exemplary damages*), in denen über den Ausgleich des Schadens des Gläubigers hinaus ein zusätzlicher Betrag zu Bestrafungs- und Abschreckungszwecken zugesprochen wird. Auf den ersten Blick können Strafschadensersatz und Gewinnherausgabe als ähnliche Rechtsinstitute erscheinen, denn sowohl *punitive damages* als auch die Vorteils- und Gewinnherausgabe richten sich nicht auf den Ausgleich eines Schadens des Gläubigers.⁴¹ Beide Anspruchsarten können daher zu einer Überkompensation des Gläubigers führen und müssen einen möglichen Zufallsgewinn des Gläubigers rechtfertigen.

Trotz dieser Gemeinsamkeiten unterscheiden sich Strafschadensersatzansprüche von vertragsrechtlichen Ansprüchen auf Vorteils- und Gewinnherausgabe sowohl hinsichtlich ihrer primären Zweckrichtung als auch in den gewählten Mitteln und ihrer konkreten Ausgestaltung. Der Zweck von *punitive damages* besteht in der Abschreckung und Bestrafung von unerwünschtem Verhalten. Die meisten Rechtsordnungen gewähren daher keinen Strafschadensersatz wegen Vertragsverletzungen unabhängig von der Verwirklichung eines *tort*,⁴² auch wenn eine Ausweitung der Ansprüche auf das Vertragsrecht teilweise befürwortet wird.⁴³ Überschneidungen in der Zweckrichtung der verschiedenen Ansprüche bestehen hier allenfalls im Hinblick auf solche vertraglichen Vorteils- oder Gewinnherausgabeansprüche, die ebenfalls gerade besonders verwerfliche Verhaltensweisen des Schuldners verhindern sollen. Doch selbst in diesen Fällen besteht ein grundlegender Unterschied in der Wahl der Mittel. Während sich die Ansprüche auf Vorteils- und Gewinnherausgabe auf die Auskehr des durch die konkrete Pflichtverletzung erzielten Vorteils oder Gewinns beschränken, stellt dieser für die *punitive damages* nur eines von vielen Kriterien für die Anspruchsbemessung dar.⁴⁴ Die Profitabilität des Fehlverhaltens ist dabei zwar ein bedeutender Faktor für die Bemessung

⁴¹ Siehe zu den Parallelen der Rechtsinstitute *Köndgen*, *RabelsZ* 56 (1992), 698, 719, 729.

⁴² Siehe für das englische Recht *Addis v. Gramophone Company Ltd*, [1909] AC 488 (HL); *Johnson v Unisys Ltd*, [2003] 1 AC 518, 530 (HL) (*per Lord Steyn*); Law Commission, Report No. 247, p. 63; *Beale*, in: *Chitty on Contracts*, para. 26-048; *Bock*, *Gewinnherausgabe*, 201; *Goudkamp/Katsampouka*, 38 *OJLS* (2018), 90, 95; *Oliphant/Wilcox*, in: *Martin-Casals* (Hrsg.), *The Borderlines of Tort Law*, 69, 98; siehe für das US-amerikanische Recht, § 355 *Restatement* (2nd) of *Contracts*; siehe allerdings auch die kanadische Entscheidung *Royal Bank of Canada v. W. Got & Associates Electric Ltd*, (2000) 178, D.L.R. (4th) 385, die sich für *punitive damages* für Vertragsverletzungen ausgesprochen hat.

⁴³ *Edelman*, *McGregor on Damages*, para. 13-016.

⁴⁴ *Rookes v Barnard*, [1964] AC 1129, 1227 (HL) (*per Lord Devlin*).

sung des Strafschadensersatzes.⁴⁵ Neben dem Gewinn aus der Pflichtverletzung gegenüber dem Gläubiger können allerdings sämtliche Gewinne aus einer bestimmten Geschäftspraxis ebenso berücksichtigt werden⁴⁶ wie die finanzielle Leistungsfähigkeit der Parteien.⁴⁷ Strafschadensersatz und Ansprüche auf Vorteils- oder Gewinnherausgabe mögen zwar jeweils zu einer Überkompensation des Gläubigers führen, stellen jedoch zwei sehr unterschiedliche Sanktionen von Pflichtverletzungen dar.

Eine weitere Abgrenzung ist zu der Gewinnabschöpfung zugunsten der öffentlichen Hand oder gemeinnützigen Einrichtungen vorzunehmen. Eine solche Gewinnabschöpfung findet sich etwa in § 10 UWG. Hierbei handelt es sich zwar um zivilrechtliche Ansprüche eigener Art,⁴⁸ die auf den durch eine Pflichtverletzung erzielten Gewinn abzielen. Die Rechtsfolge der Gewinnauskehr an den Staat verdeutlicht, dass allein eine Steuerungs- oder Abschreckungswirkung im öffentlichen Interesse bezweckt wird und der Gewinn nicht der anderen Partei als Ausgleich für die Pflichtverletzung zugeordnet werden soll.⁴⁹

B. Theoretische Grundlagen der Vorteils- und Gewinnherausgabe

Die Vorteils- und Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen betrifft die Grundlagen des Vertragsrechts. Die Diskussion legt daher unterschiedliche Konzepte des Vertragsrechts frei und zeigt die konkreten Auswirkungen vertragsrechtlicher Theorien auf die Ausgestaltung vertraglicher Rechtsbehelfe auf (I.). Die unterschiedlichen Prämissen führen zu verschiedenen Funktionszuschreibungen der Ansprüche auf Vorteils- und Gewinnherausgabe (II.).

I. Die Vorteils- und Gewinnherausgabe als Problem der Vertragsrechtstheorie

Die Diskussion um Vorteils- und Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen ist in ihren Einzelheiten bereits für die internen nationalen Rechtsord-

⁴⁵ Siehe für den Überblick für die *exemplary damages* im englischen Recht *Edelman, McGregor on Damages*, para. 13-031 ff.; siehe für die *punitive damages* im US-amerikanischen Recht *Gotanda*, 42 Col. J. Transnat'l L. (2003–2004), 391, 396, 424, 441.

⁴⁶ Siehe hierzu und zu den Grenzen im US-amerikanischen Recht *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 US 559 (1996); siehe hierzu ausführlich *Gotanda*, 42 Col. J. Transnat'l L. (2003–2004), 391, 396, 424.

⁴⁷ Siehe für das englische Recht *Edelman, McGregor on Damages*, para. 13-038.

⁴⁸ *Micklitz*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Auflage 2014, UWG, § 10, Rn. 60.

⁴⁹ *Böger*, System der vorteilsorientierten Haftung, 70; *Micklitz*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Auflage 2014, UWG, § 10, Rn. 60.

nungen kaum nachzuvollziehen. Ein wesentlicher Grund für die Unübersichtlichkeit ist, dass es zwar vordergründig lediglich um einen Ausnahmerechtsbehelf wegen Vertragsverletzungen geht, allerdings immer gleichzeitig auch die Fragen der Natur und der Zwecke des Vertragsrechts mitverhandelt werden.⁵⁰ Die Prämissen verschiedener Begründungsansätze sollen hier im Hinblick auf die Vorteils- und Gewinnherausgabe kurz skizziert werden. Insbesondere stellen sich die Fragen des Verhältnisses von Vertragsrechten und Eigentumsrechten (1.), der Gerechtigkeit im Vertragsrecht (2.) sowie der Rolle von Verhaltenssteuerung und Strafe (3.) und ökonomischer Argumente (4.) im Vertragsrecht.

1. Vertragsrechte und Eigentumsrechte

Vertragliche Rechte entfalten ihre Wirkung grundsätzlich nur *inter partes*. Für die Ausgestaltung der vertraglichen Haftung und den Schutz des vertraglichen Rechts zwischen den Parteien wird die Sonderstellung von relativen Rechten gegenüber absoluten Rechten indes zunehmend in Zweifel gezogen.⁵¹ So hat etwa *Eduard Picker* für das deutsche Recht die Ansicht vertreten, das vertragliche Recht sei zwar gegenüber Dritten nur eingeschränkt geschützt, müsse aber *inter partes* den gleichen Schutz genießen wie absolute Rechte.⁵² Auch im Rahmen von § 667 Abs. 2 BGB spricht sich eine zunehmend vertretene Ansicht für eine Einbeziehung von relativen Rechtspositionen im Rahmen der angemessenen Eigengeschäftsführung aus.⁵³ Auch in anderen Rechtsordnungen ist zum Teil hervorgehoben worden, dass die wirtschaftliche Bedeutung eines vertraglichen Rechts sich für den Gläubiger nicht wesentlich von derjenigen eines Eigentumsrechts unterscheidet.⁵⁴ Es sei daher nur schwer einzusehen, warum zwischen den Vertragsparteien ein vertragliches Recht geringeren Schutz genießen solle als ein Eigentumsrecht.⁵⁵ Dies rechtfertige nicht nur eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse des Gläubigers, sondern auch die bereicherungsrechtliche Auskehr des durch die Ver-

⁵⁰ *Benson*, in: Neyers/McInnes/Pitel (Hrsg.), *Understanding Unjust Enrichment*, 310, 330; *Dagan*, 1 *Theoretical Inquiries L.* (2001), 115; *Weinrib*, 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 55 (2003), 55.

⁵¹ *Benson*, in: Neyers/McInnes/Pitel (Hrsg.), *Understanding Unjust Enrichment*, 310, 324; siehe ausführlich *Bock*, *Gewinnherausgabe*, 118 ff.

⁵² *Picker*, *JZ* 1987, 1041, 1055 ff.; *ders.*, in: *FS Canaris*, 579, 615; siehe auch *Hartmann*, *commodum*, 24; *Hoffmann*, *JURA* 2014, 71, 74; siehe hierzu ausführlich im Hinblick auf die Gewinnherausgabe, *Bock*, *Gewinnherausgabe*, 122 f.

⁵³ *Bock*, *Gewinnherausgabe*, 250 ff.; *Hartmann*, in: *BeckOGK-BGB*, 1.7.2020, § 687, Rn. 54; *Helms*, *Gewinnherausgabe*, 179 ff.

⁵⁴ *Friedmann*, 80 *Colum. L. Rev.* (1980), 504, 513 f.; *Smith*, 24 *Can. Bus. L.J.* (1994–1995), 121, 132.

⁵⁵ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268, 283 (HL) (*per Lord Nicholls*); *Smith*, 24 *Can. Bus. L.J.* (1994–1995), 121, 132.

tragsverletzung erzielten Vorteils.⁵⁶ Das Postulat, das vertragliche Recht müsse *inter partes* wie das absolute Recht geschützt sein, hat zwar verschiedentlich Befürworter gefunden, konnte die unterschiedliche Ausgestaltung von vertraglicher und außervertraglicher Haftung allerdings (noch) nicht grundlegend erschüttern. Der *Supreme Court* des Vereinigten Königreichs hat in *One Step (Support) v Morris-Garner* etwa ausdrücklich klargestellt, dass es für Vertragsverletzungen grundsätzlich beim Ersatz des Erfüllungsinteresses bleibt und dass eine Gewinnherausgabe besonderen Ausnahmefällen vorbehalten bleiben soll.⁵⁷ Die Frage der Vorteils- und Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen ist vor diesem Hintergrund von besonderer Relevanz, da eine allgemeine Anerkennung einer Vorteils- oder Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen zu einer weitgehenden Annäherung des Schutzes von vertraglichen und absoluten Rechten führen würde.⁵⁸

2. Vertragsrecht und Gerechtigkeit

Eine durchaus verwandte Diskussion um die Vorteils- und Gewinnherausgabe betrifft die Konzeption des Privatrechts als Feld der ausgleichenden Gerechtigkeit, das aufgrund seiner bipolaren Struktur Rechtsfolgen sowohl im Hinblick auf den Schuldner als auch im Hinblick auf den Gläubiger rechtfertigen muss.⁵⁹ Vertreter eines solchen Verständnisses betonen, dass eine Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen dieser bipolaren Rechtfertigung nicht genügen kann, da die Vertragsverletzung zwar eine Sanktion des Verhaltens des Schuldners rechtfertige, nicht aber die Zuweisung des Gewinns an den Gläubiger, sofern sie sein Erfüllungsinteresse übersteigt.⁶⁰ Ein solcher Zufallsgewinn sei mit der Struktur des Privatrechts nicht vereinbar. Grundannahme dieser auf der ausgleichenden Gerechtigkeit beruhenden Theorie ist, dass eine Instrumentalisierung des Vertragsrechts zur Förderung externer

⁵⁶ *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235, 266 ff. (per Barak J); Friedmann, 80 Colum. L. Rev. (1980), 504, 513 f.; Smith, 24 Can. Bus. L.J. (1994–1995), 121, 132.

⁵⁷ *One Step (Support) v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1383 (SC) (per Lord Reed).

⁵⁸ Benson, in: Neyers/McInnes/Pitel (Hrsg.), *Understanding Unjust Enrichment*, 310, 313; Bock, *Gewinnherausgabe*, 118; ablehnend Weinrib, 78 Chi.-Kent L. Rev. 55 (2003), 55, 77.

⁵⁹ Boosfeld, ERPL 2019, 823, 827; Franz Bydlinski, AcP 204 (2004), 309, 341 ff.; Unberath, *Vertragsverletzung*, 291 f.; noch weitergehend Weinrib, *Corrective justice*, 4, der annimmt, die Rechtfertigung müsse sich gerade auf das Verhältnis der Parteien zueinander beziehen.

⁶⁰ Unberath, *Vertragsverletzung*, 291.

Zwecke entweder überhaupt nicht⁶¹ oder allenfalls unter gleichzeitiger bipolarer Rechtfertigung der Rechtsfolgen erfolgen kann.⁶²

3. *Vertragsrecht, Verhaltenssteuerung und Strafe*

Dem Postulat der ausgleichenden Gerechtigkeit als bestimmendes Prinzip des Privatrechts steht die Förderung externer Zwecke durch die Ausgestaltung des Privatrechts gegenüber. Für das außervertragliche Haftungsrecht ist mittlerweile allgemein anerkannt, dass es nicht nur der Kompensation, sondern auch der Prävention von Rechtsverletzungen dient.⁶³ Für das Vertragsrecht und die Ausgestaltung vertraglicher Rechtsbehelfe erscheint eine solche präventive Zielrichtung zur Verhinderung von Vertragsverletzungen indes weniger selbstverständlich. Die Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen wird dennoch vielfach insbesondere gerade durch präventive Überlegungen gerechtfertigt, da sie der vertragsbrüchigen Partei den Anreiz zur Vertragsverletzung nehme und sie vielmehr anhalte, in Verhandlungen mit der anderen Partei einzutreten.⁶⁴ Die Diskussion um eine Vorteils- oder Gewinnherausgabe mit präventiver Zielrichtung wirft damit auch stets die Frage auf, welchen Platz präventive Erwägungen überhaupt im Vertragsrecht einnehmen können.

Nicht immer sauber getrennt wird zwischen präventiven Erwägungen durch Änderung der Anreizstruktur des Vertragsrechts einerseits und einer Straffunktion im Sinne der Vergeltung eines verwirkten Unrechts andererseits.⁶⁵ Während Prävention im Privatrecht für überwiegend zulässig erachtet wird, wird ein Vergeltungszweck im Sinne der absoluten Straftheorien für die vertraglichen Rechtsbehelfe überwiegend abgelehnt.⁶⁶

4. *Vertragsrecht und Rechtsökonomik*

Schließlich ist die Diskussion um die Vorteils- und Gewinnherausgabe auch erheblich von rechtsökonomischen Argumenten geprägt. Obwohl gerade die Ablehnung der Gewinnherausgabe durch die Theorie des effizienten Ver-

⁶¹ *Weinrib*, 78 Chi.-Kent L. Rev. 55 (2003), 55, 73 f.

⁶² *Franz Bydlinski*, AcP 204 (2004), 309, 343.

⁶³ *Janssen*, Gewinnabschöpfung, 72 ff.; *Kötz/Gerhard Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 59 ff.; *Spindler*, in: BeckOGK-BGB, 1.5.2020, § 823, Rn. 11; siehe rechtsvergleichend *Magnus*, in: Smits (Hrsg.), Elgar Encyclopedia, 873, 874; siehe auch Art. 10:101 S. 2 Principles of European Tort Law: „Damages also serve the aim of preventing harm“.

⁶⁴ *Hofmann*, AcP 213 (2013), 469, 490.

⁶⁵ *Gerhard Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 360 ff.; die ähnliche Unterscheidung auch bei *Barnett*, Accounting for Profit, 12.

⁶⁶ *Franz Bydlinski*, AcP 204 (2004), 309, 343 ff.; *Medicus*, JZ 2006, 805, 809; *Gerhard Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 362, 422; andere Ansicht *Barnett*, Accounting for Profit, 33.

tragsbruchs besondere Aufmerksamkeit erfahren hat,⁶⁷ werden zuweilen auch rechtsökonomische Argumente für eine Gewinnherausgabe vorgebracht.⁶⁸ Ungeachtet dessen stellt sich grundlegend die Frage, inwieweit vertragsrechtliche Rechtsbehelfe ein Instrument zur effizienten Güterallokation darstellen sollten und ob das Effizienzprinzip neben dem Grundsatz der ausgleichenden Gerechtigkeit überhaupt eine Rolle für die Ausgestaltung der vertraglichen Rechtsbehelfe spielen sollte.⁶⁹

II. Mögliche Funktionen einer Vorteils- und Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen

Vorteils- und Gewinnherausgabeansprüche wegen Vertragsverletzungen können zur Erfüllung sehr verschiedener Funktionen erwogen werden.⁷⁰ Die jeweilige Funktionszuschreibung bestimmt in diesem Fall nicht nur die theoretische Einbettung in das Vertragsrecht, sondern auch die konkrete Ausgestaltung des Anspruchs in Form seiner Voraussetzungen und seines Umfangs. In der Diskussion finden sich verschiedene Begründungsmuster für eine Vorteils- oder Gewinnherausgabe, die vielfach auch in Kombination auftreten.⁷¹

I. Präventionsfunktion

Zur Begründung von Gewinnherausgabeansprüchen wird vor allem auf deren präventive Funktion hingewiesen.⁷² Dem Schuldner werde durch die Gewinnherausgabe der Anreiz genommen, die Vertragsverletzung zu begehen und er werde daher im Fall einer lukrativen Geschäftsmöglichkeit mit einem

⁶⁷ Richard A. Posner, *Economic Analysis*, 131.

⁶⁸ Friedmann, 18 *J. Legal Studies* (1989), 1, 8; Smith, 24 *Can. Bus. L.J.* (1994–1995), 121, 133 ff.; Thel/Siegelmann, 52 *Wm. & Mary L. Rev.* (2010–2011), 1181, 1224 f.; siehe auch, beschränkt auf bestimmte Fälle des *willful breach*, Bar-Gill/Ben-Shahar, 107 *Mich.L.Rev.* (2009), 1479, 1499.

⁶⁹ Ablehnend Weinrib, 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 55 (2003), 55, 73 f.; differenzierend Franz Bydlinksi, *AcP* 204 (2004), 309, 343; siehe ausführlich zur Rolle der ökonomischen Analyse bei der Ausbildung des Vertragsrechts Craswell, 112 *Yale L.J.* (2003), 903, 924; Eric A. Posner, 112 *Yale L.J.* (2003), 829, 880.

⁷⁰ Siehe auch die ausführlichen Darstellungen bei Barnett, *Accounting for Profit*, 14 ff.; Bock, *Gewinnherausgabe*, 103 ff.; Dornscheidt, *Gewinnhaftung*, 26 ff.; Soeffky, *Gewinnhaftung*, 55.

⁷¹ Dornscheidt, *Gewinnhaftung*, 26.

⁷² Barnett, *Accounting for Profit*, 26; *dies.*, 17 *RLR* (2009), 79, 80 f.; Birks, 109 *LQR* (1993), 518, 519; Bock, *Gewinnherausgabe*, 7; Edelman, *Gain-based damages*, 83; *ders.*, 11 *RLR* (2003), 101, 103; Friedmann, 80 *Colum. L. Rev.* (1980), 504, 551 ff.; Köndgen, *RabelsZ* 56 (1992), 696, 729 f.; Smith, 24 *Can. Bus. L.J.* (1994–1995), 121, 123; siehe auch Böger, *System der vorteilsorientierten Haftung*, 63 ff.: „eigentliche oder präventive Vorteilshaftung“.

Dritten in Verhandlungen mit dem Gläubiger eintreten.⁷³ Die Prävention wird hier insbesondere zur Durchsetzung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* für notwendig erachtet (a). Der Gewinnherausgabe zur Durchsetzung von *pacta sunt servanda* stehen allerdings die Figur des *efficient breach of contract* (b) sowie das Problem des Zufallsgewinns für den Gläubiger gegenüber (c).

a) *Verhinderung von Vertragsverletzungen (pacta sunt servanda)*

Die meist zitierte Rechtfertigung für Gewinnherausgabeansprüche ist die der Prävention oder Abschreckung von Vertragsverletzungen.⁷⁴ Grundsätzlich ist die Prävention als Regelungsziel im Privatrecht anerkannt, auch wenn die Zulässigkeit der Verhaltenssteuerung vom jeweiligen Regelungskontext abhängig bleibt.⁷⁵ Vertragliche Ansprüche auf Gewinnherausgabe sollen lukrativen Vertragsverletzungen vorbeugen und mithin dem Grundsatz *pacta sunt servanda* Zähne verleihen.⁷⁶ Der Grundsatz ist Grundpfeiler eines jeden Vertragsrechts.⁷⁷ Ihm wird zum Teil, in Anlehnung an den aus dem Deliktsrecht bekannten Grundsatz „tort must not pay“,⁷⁸ das Postulat „breach of contract must not pay“ entnommen.⁷⁹ Andernorts wird ausdrücklich die moralische Dimension des Versprechens betont.⁸⁰ Selbst wenn man die Gewinnerzielung unter Verletzung eines Vertragsrechts für grundsätzlich verhinderungswürdig hielte, gibt dieser allgemeine gefasste Ausspruch indes keine konkreten Kriterien oder Grenzen einer vertraglichen Gewinnherausgabe vor.⁸¹ Er ist daher hinsichtlich sowohl des Präventionsbedürfnisses als auch des Schutzgutes *pacta sunt servanda* zu präzisieren.

Voraussetzung für eine Präventionswirkung ist zunächst, dass ein steuerbares Verhalten des Schuldners vorliegt, da nur in diesen Fällen der Schuldner

⁷³ Hofmann, AcP 213 (2013), 469, 490 f.

⁷⁴ Barnett, 17 RLR (2009), 79, 80; Edelman, Gain-based damages, 83 f., allerdings beschränkt auf die *disgorgement damages*; siehe allgemein für die Bedeutung des subjektiven Elements für die Gewinnherausgabe Boosfeld, ERPL 2019, 823, 834 f.

⁷⁵ Gerhard Wagner, AcP 206 (2006), 352, 362 f.; Medicus, JZ 2006, 805, 809; kritisch allerdings Honsell, in: FS Westermann, 315, 336.

⁷⁶ Barnett, 17 RLR (2009), 79, 80 f.: „Disgorgement damages give teeth to the principle of *pacta sunt servanda*“; siehe auch zuvor bereits Weinrib, 78 Chi.-Kent L. Rev. 55 (2003), 55, 73.

⁷⁷ Hachem, in: FS Schwenger, 647; Schmidt-Ahrendts, Verhältnis, 1.

⁷⁸ *Rookes v Barnard*, [1964] AC 1129, 1227 (HL) (per Lord Devlin); siehe insbesondere auch den berühmten Ausspruch von Lord Hatherley LC, in: *Jegon v Vivian* (1871) LR 6 Ch App, 742, 762: „[T]his Court never allows a man to make of profit by a wrong“.

⁷⁹ Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 45.

⁸⁰ *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235, 272 (per Barak J): „Promise keeping is the basis of our life, as a society and nation.“

⁸¹ Dornscheidt, Gewinnhaftung, 27; Helms, Gewinnherausgabe, 23.

sein Verhalten anpassen kann. Obwohl eine Verhaltenssteuerung auch bei bloß fahrlässigen Vertragsverletzungen des Schuldners sinnvoll sein kann, ist eine Vorteils- oder Gewinnherausgabe insbesondere für vorsätzlich-lukrative Vertragsverletzungen erwogen worden.⁸² Besondere Bedeutung kann die Gewinnherausgabe als präventiver Rechtsbehelf in diesen Fällen erlangen, da der verlustorientierte Schadensersatzanspruch zur Abschreckung nicht ausreicht und die Naturalerfüllung oder Unterlassungsverfügungen nicht rechtzeitig geltend gemacht werden können.⁸³ Der Rechtsbehelf der Gewinnherausgabe kann den Schuldner daher unabhängig von der Durchsetzung einer Unterlassungsverfügung anhalten, in Verhandlungen über eine Erlaubnis der Vertragsverletzung einzutreten.⁸⁴

Der Grundsatz *pacta sunt servanda* genießt zwar als Schutzgut vertraglicher Rechtsbehelfe allgemeine Anerkennung.⁸⁵ Dennoch gilt er nicht uneingeschränkt und jedes Vertragsrecht muss im Einzelnen austarieren, inwieweit es den Grundsatz aufrecht erhält und durch welche Sanktionen es ihn schützt.⁸⁶ Aus der Geltung des Grundsatzes ergeben sich nicht bereits *eo ipso* die Sanktionen wegen seiner Verletzung.⁸⁷ Während Rechtsordnungen mit kontinental-europäischer Tradition etwa grundsätzlich den Anspruch auf Naturalerfüllung anerkennen, stellt der Rechtsbehelf der *specific performance* in *common law* Rechtsordnungen traditionell die Ausnahme dar.⁸⁸ Die praktische Bedeutung dieses historisch gewachsenen Unterschieds sollte zwar nicht überschätzt werden.⁸⁹ Dennoch bestehen selbst bei grundsätzlicher Anerkennung eines Anspruchs auf Naturalerfüllung verschiedene Stellschrauben sowohl im materiellen als auch im prozessualen Recht, anhand derer die Bedeutung des Naturalerfüllungsprinzips im vertraglichen Rechtsbehelfssystem reguliert werden

⁸² *Boosfeld*, ERPL 2019, 823, 834; *Edelman*, Gain-based damages, 84 f.; siehe auch den Vorschlag des *Projet Terré* im französischen Recht, Terré (Hrsg.), Pour une réforme de la responsabilité civile, Art. 54; siehe für das US-amerikanische Recht, Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, § 39 (2011); siehe auch den rechtsökonomischen Begründungsversuch einer strengeren Haftung wegen vorsätzlichen Vertragsverletzungen bei *Bar-Gill/Ben-Shahar*, 107 Mich.L.Rev. (2009), 1479, 1483 ff.

⁸³ *Hofmann*, AcP 213 (2013), 469, 491.

⁸⁴ *Hofmann*, AcP 213 (2013), 469, 491.

⁸⁵ Siehe grundlegend *Hachem*, in: FS Schwenzer, 647, 667.

⁸⁶ *Dagan*, 1 Theoretical Inquiries L. (2001), 115, 121; *Laithier*, Sanctions de l'inexécution, 58.

⁸⁷ *Laithier*, Sanctions de l'inexécution, 58.

⁸⁸ *Farnsworth*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), Oxford Handbook of Comparative Law, 2006, 900, 931; *Pargendler*, 43 Yale J. Int'l L. (2018), 143, 167 ff.

⁸⁹ *Farnsworth*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), Oxford Handbook of Comparative Law, 2006, 900, 931; *Pargendler*, 43 Yale J. Int'l L. (2018), 143, 167 ff.; *Unberath*, Vertragsverletzung, 268, der zutreffend darauf verweist, dass im deutschen Recht insbesondere das Vollstreckungsrecht miteinbeziehen ist.

kann.⁹⁰ Eine dieser Stellschrauben besteht in der Gewähr oder Ablehnung vorteilsorientierter Rechtsbehelfe wegen Vertragsverletzungen.

Auf Ebene des CISG ist daher zweierlei anzumerken. Erstens ist *pacta sunt servanda* fest als allgemeiner Grundsatz im CISG verankert.⁹¹ Im Hinblick auf den Erfüllungsanspruch findet sich aufgrund der oben beschriebenen Differenz zwischen *civil law* und *common law* indes in Art. 28 CISG eine Kompromisslösung hinsichtlich der gerichtlichen Durchsetzung des Naturalerfüllungsanspruchs, der zufolge ein Gericht den Erfüllungsanspruch nicht zusprechen muss, wenn es dies nach seinem internen nationalen Recht nicht täte.⁹² Inwieweit der Grundsatz *pacta sunt servanda* auf Ebene des CISG eine Gewinnherausgabe begründen kann, bedarf daher einer näheren Prüfung. Zweitens ist fraglich, inwieweit Präventionsgedanken überhaupt im Rahmen des Übereinkommens Geltung beanspruchen können. Hierbei ist insbesondere das Gebot der international einheitlichen und autonomen Anwendung des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG von Bedeutung.⁹³ Bestimmte politische oder moralische Überzeugungen gelten regelmäßig nicht in allen Vertragsstaaten gleichermaßen und müssen daher im Rahmen einer international einheitlichen Anwendung des CISG außen vor bleiben.⁹⁴ Eine Rechtfertigung von Prävention muss daher, wenn überhaupt, in den Grundwertungen des CISG selbst bestehen. Ob präventive Überlegungen Gewinnherausgabeansprüche rechtfertigen können, kann daher für das CISG nicht abstrakt auf Grundlage des allgemeinen Grundsatzes *pacta sunt servanda* beantwortet werden, sondern nur anhand des jeweiligen normativen Kontexts im Übereinkommen.

Neben grundsätzlichen Bedenken gegen präventive Überlegungen im Zivilrecht ist insbesondere in der rechtsökonomischen Forschung das Desiderat einer Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen auf Grundlage der Figur des effizienten Vertragsbruchs bestritten worden.

b) Rechtsökonomische Kritik (*efficient breach of contract*)

Das Bedürfnis, lukrative Vertragsverletzungen zu verhindern, wird insbesondere auf Grundlage der Theorie des *efficient breach of contract* bestritten.⁹⁵

⁹⁰ Ausführlich Riehm, Naturalerfüllung, 31 ff.

⁹¹ Perales Viscasillas, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 64; Schmidt-Ahrendts, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 93.

⁹² Gruber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 28, Rn. 1; Müller-Chen, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 28, Rn. 1.

⁹³ Schlechtriem, 19 Pace Int'l L. Rev. (2007), 89, 97 ff.

⁹⁴ Schlechtriem, 19 Pace Int'l L. Rev. (2007), 89, 97 ff.

⁹⁵ Campbell/Harris, 22 Legal Stud. (2002), 208, 218 ff.; Richard A. Posner, Economic Analysis, 131; ders., 107 Mich.L.Rev 2008–2009, 1349, 1363.

Diese in den USA in der rechtsökonomischen Forschung entwickelte Lehre besagt, dass der Vertragsbruch wünschenswert sein könne, wenn der durch den Vertragsbruch erzielte Vorteil beim Schuldner das Leistungsinteresse des Gläubigers übersteigt.⁹⁶ Der Schuldner könne dann das Erfüllungsinteresse des Gläubigers ersetzen und den überschüssigen Gewinn behalten. Die Vertragsverletzung erfülle das Kriterium der Pareto-Effizienz, da der Gläubiger nicht schlechter und der Schuldner besser stehe als bei hypothetischer Erfüllung des Vertrages.⁹⁷ Der Vertragsbruch wirke damit wohlfahrtssteigernd und führe zu einer effizienteren Güterallokation.⁹⁸ Eine Gewinnherausgabe verhindere solche effiziente Vertragsverletzungen, da dem Schuldner der Anreiz zur Vertragsverletzung genommen werde. Eine Ausnahme wird lediglich für sogenannte *opportunistic breaches* gemacht, die sich durch das Ausnutzen eines faktischen Leistungsmonopols des Schuldners auszeichnen.⁹⁹ Der normative Hintergrund der Theorie besteht in dem Verständnis des Vertrages als bloßes Haftungs- und nicht als Erfüllungsversprechen.¹⁰⁰ Diese maßgeblich von *Oliver Wendell Holmes* geprägte Idee des Vertragsrechts sieht im vertraglichen Recht lediglich ein Recht auf Zahlung von Schadensersatz, nicht auf Naturalerfüllung.¹⁰¹ Ob er den Vertrag erfülle oder Schadensersatz zahle, bleibe dem Schuldner überlassen.¹⁰²

Die Theorie des effizienten Vertragsbruchs hat sowohl in innerhalb¹⁰³ als auch außerhalb¹⁰⁴ der USA viel Aufmerksamkeit in der Lehre erhalten. Die US-amerikanische Gerichtspraxis scheint sie indes nicht erheblich beeinflusst

⁹⁶ *Richard A. Posner*, *Economic Analysis*, 131.

⁹⁷ *Richard A. Posner*, *Economic Analysis*, 131; *Weller*, *Vertragstreue*, 358.

⁹⁸ *Kirstein/Schmidtchen*, *Ökonomische Analyse*, 59 f.

⁹⁹ *Richard A. Posner*, *Economic Analysis*, 129; siehe kritisch zu diesem Begriff, *Friedmann*, 18 *J. Leg. Stud.* (1989), 1, 3 f.; *Hachem*, in: *FS Schwenzer*, 647, 651.

¹⁰⁰ *Weller*, in: *GS Unberath*, 443, 448.

¹⁰¹ *Holmes*, 10 *Harv. L. Rev.* (1896–1897), 457, 462; zum Teil wird darauf hingewiesen, dass *Holmes* missverstanden worden sei und dieser tatsächlich nicht davon ausgegangen sei, dass es dem Schuldner freistehe, den Vertrag nicht zu erfüllen, siehe in diesem Sinne etwa *Brooks*, 116 *Yale L.J.* (2005–2006), 558, 572; *Perillo*, 68 *Fordham L. Rev.* (1999–2000), 1085, 1106; siehe hierzu auch *Unberath*, *Vertragsverletzung*, 227.

¹⁰² *Holmes*, 10 *Harv. L. Rev.* (1896–1897), 457, 462.

¹⁰³ *Craswell*, 61 *S. Cal. L. Rev.* (1987–1988), 629, 670; *Eisenberg*, 93 *Cal. L. Rev.* (2005), 975, 1050; *Macneil*, 68 *Va. L. Rev.* (1982), 947, 969; *Markovits/Schwartz*, 97 *Va. L. Rev.* (2011), 1939, 2008; *McChesney*, 28 *J. Leg. Stud.* (1999), 131, 186; *Schwartz*, 89 *Yale L.J.* (1979), 271, 306; *Shavell*, 84 *Tex. L. Rev.* (2006), 831, 876.

¹⁰⁴ *Ameer*, *UCL Jurisprudence Rev.* (1995), 194, 214; *Campbell/Harris*, 22 *Legal Stud.* (2002), 208, 218 ff.; *Jaffey*, 22 *Legal Stud.* (2002), 570, 577; *Köndgen/von Randow*, in: *Ott/Schäfer* (Hrsg.), *Allokationseffizienz*, 122, 130 ff.; *Maultzsch*, *AcP* 207 (2007), 530, 535; *Riehm*, *Naturalerfüllung*, 173 ff.; *Unberath*, *Vertragsverletzung*, 232 ff.; *Weller*, *Vertragstreue*, 355 ff.

zu haben.¹⁰⁵ Die ausführliche und differenzierte Diskussion zum *efficient breach* kann hier weder nachgezeichnet noch ergänzt werden.¹⁰⁶ Hier soll der Hinweis auf einige Schwächen der Theorie genügen.¹⁰⁷ Erstens geht die Theorie davon aus, dass das Erfüllungsinteresse vollständig vom Schadensersatzanspruch erfasst wird,¹⁰⁸ obwohl selbst im Falle der erfolgreichen Durchsetzung des Anspruchs regelmäßig nicht alle Kosten ersatzfähig oder beweisbar sind.¹⁰⁹ Zweitens setzt die Theorie voraus, dass der Schuldner das Erfüllungsinteresse des Gläubigers kennt und die Effizienz des Vertragsbruchs daher beurteilen kann.¹¹⁰ Gerade vor Vertragsschluss kann es für den Gläubiger allerdings vorteilhaft sein, sein Leistungsinteresse nicht offenzulegen.¹¹¹ Drittens erscheint die wohlfahrtssteigernde Wirkung der Vertragsverletzung jedenfalls dann zweifelhaft, wenn man einerseits die Mehrkosten aufgrund der Unsicherheit der Leistung für den Gläubiger und andererseits durch die Vertragsverletzung entstehende Transaktions- und Streitbeilegungskosten berücksichtigt.¹¹² In vielen Fällen wird insbesondere der Streit um die Schadenshöhe besonders kostspielig sein, da ein Vergleich bei unterschiedlichen Schadensvorstellungen unwahrscheinlich werden kann.¹¹³ In diesem Zusammenhang wird dem *efficient breach* die Figur der *efficient performance* gegenübergestellt.¹¹⁴ Schließlich bestehen auch für das *common law* auf normativer Ebene Zweifel, ob der Schuldner tatsächlich zwischen Erfüllung und Schadensersatz wählen können soll.¹¹⁵

Für die Zwecke dieser Untersuchung ist insbesondere fraglich, welche Rolle der Theorie des *efficient breach* im CISG zukommen kann. Grundsätzlich können auch im Rahmen des CISG rechtsökonomische Argumente Berücksichtigung finden, soweit sie die in Art. 7 Abs. 1 CISG enthaltenen Zielbestimmungen umsetzen und in Übereinstimmung mit allgemeinen Grundsätzen

¹⁰⁵ Warkol, 20 Cardozo L. Rev. (1998–1999), 321, 353.

¹⁰⁶ Siehe für einen Überblick Riehm, *Naturalerfüllung*, 173 ff.; Weller, *Vertragstreue*, 355 ff.

¹⁰⁷ Siehe für einen ausführlichen Überblick Riehm, *Naturalerfüllung*, 174 ff.; Unberath, *Vertragsverletzung*, 232 ff.; grundlegend Friedmann, 18 J. Leg. Stud. (1989), 1, 24.

¹⁰⁸ Campbell/Harris, 22 Legal Stud. (2002), 208, 219 f.; Maultzsch, AcP 207 (2007), 530, 543 f.; Riehm, *Naturalerfüllung*, 175; Shavell, 99 Q.J. Econ. (1984), 121, 123, Fn. 6.

¹⁰⁹ Bock, *Gewinnherausgabe*, 128; Köndgen/von Randow, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), *Allokationseffizienz*, 122, 132; Riehm, *Naturalerfüllung*, 175 f.

¹¹⁰ Riehm, *Naturalerfüllung*, 178 f.

¹¹¹ Shavell, *Foundations of Economic Analysis*, 354.

¹¹² Friedmann, 18 J. Leg. Stud. (1989), 1, 7; Riehm, *Naturalerfüllung*, 179 f., 184 f.; Unberath, *Vertragsverletzung*, 234 f.; Schwartz, 89 Yale L.J. (1979), 271, 291.

¹¹³ Shavell, *Foundations of Economic Analysis*, 406.

¹¹⁴ Brooks, 116 Yale L.J. (2006–2007), 568, 596; Weller, *Vertragstreue*, 366 ff.

¹¹⁵ Unberath, *Vertragsverletzung*, 228; zustimmend Weller, in: GS Unberath, 443, 452; siehe auch Perillo, 68 Fordham L. Rev. (1999–2000), 1085, 1106.

des CISG stehen.¹¹⁶ Die Theorie des *efficient breach* erscheint indes mit den normativen Grundlagen des CISG nur schwerlich vereinbar. Das Übereinkommen sieht in Art. 46 Abs. 1, 62 CISG ausdrücklich einen Anspruch auf Naturalerfüllung vor. Der Vertrag wird, unter dem Vorbehalt von Art. 28 CISG, damit grundsätzlich als Erfüllungsversprechen verstanden. Es fehlt mithin an der normativen Grundannahme der Theorie des effizienten Vertragsbruchs.¹¹⁷ Die Theorie kann daher allenfalls über den Umweg von Art. 28 CISG als Bestandteil der maßgeblichen *lex fori* Berücksichtigung finden. Für die Ausbildung des Haftungssystems des Übereinkommens kann sie hingegen keine Rolle spielen.

c) *Die Ablehnung eines Zufallsgewinns (windfall profit)*

Gewichtiger als die rechtsökonomische Kritik ist für das CISG der Einwand des Zufallsgewinns für den Gläubiger. Die Prävention der Vertragsverletzung allein vermag zwar die Abschöpfung des Vorteils beim Schuldner zu rechtfertigen, nicht aber warum der Vorteil gerade dem Gläubiger zugewiesen werden sollte.¹¹⁸ Hat er keinen entsprechenden Schaden und hätte er den Gewinn auch selbst nicht erzielen können, fehlt es an einem positiven Grund, ihm den Gewinn zuzuordnen.¹¹⁹ Es mangle daher an einer für das Vertragsrecht grundsätzlich erforderlichen zweiseitigen Rechtfertigung der Rechtsfolgen.¹²⁰ Die ausgleichende Gerechtigkeit spreche für eine Beschränkung der Ansprüche auf das Erfüllungsinteresse des Gläubigers.¹²¹ Darüber hinaus wird eingewandt, dass der realisierte Gewinn in der Regel nicht nur auf der Vertragsverletzung, sondern auch auf Mühen und Fähigkeiten des Schuldners beruhe.¹²² Dem Argument des Zufallsgewinns wird allerdings vielfach entgegengehalten, dass der durch die Vertragsverletzung erzielte Gewinn des Schuldners

¹¹⁶ Siehe ausführlich *Cenini/Parisi*, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG, Methodology, 151, 170.

¹¹⁷ Siehe zu den Problemen der Theorie des *efficient breach* in *civil law* Rechtsordnungen *Scalise Jr.*, 55 Am. J. Comp. L. (2007), 721, 734, der allerdings den Erfüllungsanspruch nicht als das maßgebliche Hindernis ansieht.

¹¹⁸ *Franz Bydlinski*, AcP 204 (2004), 309, 343 ff.: „Lotteriegewinn“; *Unberath*, Vertragsverletzung, 291 f.; *Weinrib*, 78 Chi.-Kent L. Rev. 55 (2003), 55, 86.

¹¹⁹ *Unberath*, Vertragsverletzung, 291 f.

¹²⁰ *Franz Bydlinski*, AcP 204 (2004), 309, 343 ff.; *Weinrib*, Corrective justice, 168 f.

¹²¹ *Weinrib*, 78 Chi.-Kent L. Rev. 55 (2003), 55, 83.

¹²² *Medicus*, JZ 2006, 805, 810.

auch für ihn einen *windfall profit* darstelle.¹²³ Entscheidend sei daher lediglich, welcher Partei man den Zufallsgewinn eher zubilligen möchte.¹²⁴

Das Problem des *windfall profit* ist auch für das CISG grundsätzlich beachtlich, denn auch auf Ebene des Übereinkommens bedürfte die Zuweisung des Vorteils an den Gläubiger einer Rechtfertigung. Die Bedeutung der Frage kann indes nicht abstrakt und unabhängig vom konkreten Regelungskontext beantwortet werden. Vielmehr muss vor dem jeweiligen normativen Hintergrund bestimmt werden, ob tatsächlich ein *windfall* vorliegt oder ob die Zuweisung des Gewinns an den Gläubiger gerechtfertigt ist.¹²⁵

2. Kompensationsfunktion

Der zweite maßgebliche Begründungsstrang für Ansprüche auf Vorteils- und Gewinnherausgabe besteht in Kompensationserwägungen.¹²⁶ Die Gewinnherausgabe wird dabei zum einen als Ausgleich für eine strukturelle Unterkompensation des Gläubigers verstanden (a). Andere sprechen sich für eine Erweiterung des Ausgleichsgedankens auf den Ersatz für den Rechtsverlust oder eine entgangene Verhandlungsgelegenheit aus (b), für dessen Bemessung der Verletzergewinn eine Rolle spielen kann. Kritik an der schadensrechtlichen Variante der Vorteils- und Gewinnherausgabe wird insbesondere auf Grundlage des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots geübt (c).

a) Die Gewinnherausgabe zur Verhinderung einer Unterkompensation des Gläubigers

Ansprüche auf Vorteils- und Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen werden oft zur Abhilfe einer Unterkompensation des Gläubigers gefordert.¹²⁷ Diese Unterkompensation wird in der Diskussion auf verschiedene vermeintliche Defizite des Schadensersatzanspruchs gestützt. Zum einen wird darauf hingewiesen, dass das Erfüllungsinteresse im schadensrechtlichen Sinne oftmals das tatsächliche Interesse des Gläubigers an der Naturalerfüllung nur unzureichend treffe, insbesondere wenn der vertraglichen Pflicht kein direktes

¹²³ Schwenger, 22 Unif. L. Rev. (2017), 122, 130; siehe auch allgemein für das Schadensrecht, Gerhard Wagner, AcP 206 (2006), 352, 470.

¹²⁴ Schmidt-Ahrendts, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 99; Schwenger, 22 Unif. L. Rev. (2017), 122, 130; siehe zu diesem Argument im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG unten, S. 279 f.

¹²⁵ Schmidt-Ahrendts, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 99.

¹²⁶ Bock, in: FS Schwenger, 175, 180 f.; siehe für das englische Recht die Übersicht bei Barnett, Accounting for Profit, 14; siehe rechtsvergleichend, Bock, Gewinnherausgabe, 115 ff.

¹²⁷ Bock, in: FS Schwenger, 175, 180 f.; Demir, Schadensersatzregelung, 136.

Gewinnerzielungsinteresse zugrunde liege.¹²⁸ Zum anderen werden Beweis- und Bezifferungsprobleme angeführt, die zu einer Unterkompensation des Gläubigers führen können.¹²⁹ Zur Vermeidung einer solchen Unterkompensation kann der Verletzererfolg entweder durch einen genuin vorteilsorientierten Rechtsbehelf abgeschöpft oder lediglich bei der Bemessung des Schadens im Rahmen des Schadensersatzanspruchs zugrunde gelegt werden.¹³⁰ Die Ausrichtung des Anspruchs am Verletzererfolg kann in diesen Fällen auch lediglich der Vereinfachung der Bestimmung des Schadens dienen.¹³¹

Auch im CISG gilt für den Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 S. 1 CISG der Grundsatz der Totalreparation, dem zufolge der Gläubiger möglichst in die Lage versetzt werden soll, in der er sich bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages befände.¹³² Eine Unterkompensation des Gläubigers wird zum Teil als Verstoß gegen diese Zielvorgabe eingeordnet und erlaubt daher eine Gewinnherausgabe oder eine Schadensberechnung anhand des Gewinns.¹³³ Dennoch erscheint die orthodoxe Ausgestaltung des Schadensersatzanspruchs gemäß Art. 74 S. 1 CISG einer Vorteils- oder Gewinnherausgabe *prima facie* entgegenzustehen. Ob eine Unterkompensation eine Gewinnherausgabe gerade zur Durchsetzung des Ausgleichsgedanken zu rechtfertigen vermag, ist daher für Art. 74 S. 1 CISG genauer zu untersuchen.

b) Die Gewinnherausgabe und die Kompensation des Rechtsverlusts oder einer entgangenen Verhandlungsmöglichkeit

Neben dem Fokus auf Probleme des klassischen Schadensersatzanspruchs wird ein Augenmerk auch auf eine Erweiterung der Kompensationsfunktion durch den Ersatz einer entgangenen Verhandlungsmöglichkeit oder eines Rechtsverlusts gelegt.¹³⁴ Grundannahme der ersten Theorie ist, dass der Schadensersatzanspruch nicht bloß die negativen wirtschaftlichen Folgen der konkreten Vertragsverletzung in den Blick nehmen könne, sondern den Gläubiger auch für die verlorene Gelegenheit, über eine Anpassung des Vertrages zu

¹²⁸ Bock, Gewinnherausgabe, 117; siehe auch die Beispiele bei Schwenger/Hachem, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 94 f.

¹²⁹ Bock, Gewinnherausgabe, 116; Demir, Schadensersatzregelung, 136.

¹³⁰ Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 43; Schwenger/Hachem/Kee, Global Sales Law, para. 44.251.

¹³¹ Bock, in: FS Schwenger, 175, 181; Demir, Schadensersatzregelung, 136; Dornscheidt, Gewinnhaftung, 29.

¹³² Bach, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 4, 5; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 16

¹³³ Demir, Schadensersatzregelung, 135 ff.; in diese Richtung auch Muñoz/Ament-Guemez, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 205 f.

¹³⁴ Siehe für das englische Recht die Übersicht bei Barnett, Accounting for Profit, 14; siehe rechtsvergleichend Bock, Gewinnherausgabe, 115 ff.

verhandeln, entschädigen könne.¹³⁵ So haben sich insbesondere *Robert Sharpe* und *Stephen Waddams* für eine grundsätzliche Ersatzfähigkeit der *lost opportunity to bargain* ausgesprochen.¹³⁶ Diese Art der Schadensbemessung findet sich auch in der englischen Rechtsprechung,¹³⁷ in Anlehnung an die Leitentscheidung¹³⁸ zunächst unter der Bezeichnung *Wrotham Park damages* und nun nach der Terminologie des *Supreme Court* als *negotiating damages*.¹³⁹ Der Schaden besteht dann in dem Betrag, auf den sich der Schuldner und der Gläubiger als Gegenleistung für die Erlaubnis der Vertragsverletzung vernünftigerweise geeignet hätten.¹⁴⁰ Der Verletzergewinn ist also nicht direkt für die Schadensbemessung maßgeblich, kann aber indirekt für das hypothetische Verhandlungsergebnis von Bedeutung sein, da die Verhandlungen zu einer Aufteilung des vom Schuldner erzielten Gewinns führen könnten.¹⁴¹ Die Rechtsnatur dieser Ansprüche ist umstritten. Entgegen der in der Rechtsprechung vorherrschenden kompensatorischen Lesart¹⁴² werden sie von vielen Autoren als bereicherungsrechtliche Ansprüche eingestuft.¹⁴³

Eine andere, aber nicht unverwandte Form der Erweiterung der kompensatorischen Rechtsbehelfe besteht in der Entschädigung für die Rechtsverletzung oder den Rechtsverlust selbst, unabhängig von den konkreten wirtschaftlichen Konsequenzen für den Rechtsinhaber.¹⁴⁴ Der Rechtsbehelf soll dann nicht lediglich dem Ausgleich eines finanziellen Verlusts dienen, son-

¹³⁵ *Sharpe/Waddams*, 2 OJLS (1982), 290, 297.

¹³⁶ *Sharpe/Waddams*, 2 OJLS (1982), 290, 297.

¹³⁷ *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc*, [2003] EWCA Civ 323, para. 45; *Gafford v Graham*, (1999) 77 P. & C.R. 73 (CA); *Jaggard v. Sawyer*, [1995] 1 WLR 269 (CA).

¹³⁸ *Wrotham Park Estate Co v Parkside Holmes Ltd*, [1974] 1 WLR 798, 815.

¹³⁹ *One Step (Support) v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1358 (SC) (*per Lord Reed*); im Anschluss an *Lunn Poly Ltd v Liverpool & Lancashire Properties Ltd*, [2006] 2 EGLR 29 (*per Neuberger LJ*).

¹⁴⁰ *Chen-Wishart*, Contract Law, 531.

¹⁴¹ Siehe etwa die Schadensbestimmung in Form eines Gewinnanteils, *Wrotham Park Estate Co v Parkside Holmes Ltd*, [1974] 1 WLR 798, 815.

¹⁴² *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1382 f. (SC) (*per Lord Reed*); *Jaggard v Sawyer* [1995] 1 WLR 269, 291 f. (CA) (*per Millet LJ*); *World Wide Fund for Nature v World Wide Wrestling Federation*, [2006] EWHC 184 (Ch); *World Wide Fund for Nature v World Wide Wrestling Federation*, [2007] EWCA Civ 286, para. 59.

¹⁴³ *Burrows*, in: Saidov/Cunnington (Hrsg.), Contract Damages, 165, 185; *Campbell/Harris*, 22 Legal Stud. (2002), 208, 214 f.; *Cunnington*, 3 J. Obligations & Remedies (2004), 46, 50; *Edelman*, 9 RLR (2001), 104, 105; *Rotherham*, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 2008, 25, 55.

¹⁴⁴ Siehe in diese Richtung *Benson*, in: Neyers/McInnes/Pitel (Hrsg.), Understanding Unjust Enrichment, 311, 321 ff.; *Stevens*, Torts and Rights, 59 ff.; siehe auch ähnlich unter Verwendung des Begriffs *vindictory damages*, *Pearce/Halson*, 28 OJLS (2008), 73, 91 ff.; kritisch *Burrows*, in: Saidov/Cunnington (Hrsg.), Contract Damages, 165, 185; *Edelman*, „Vindictory“ Damages, 3 ff.

dem einen Ersatz für den Wert des verletzten Rechts darstellen. Auch diese Form der Kompensation läuft nicht unmittelbar auf eine Vorteils- oder Gewinnherausgabe hinaus, sondern kann den Verletzergewinn allenfalls indirekt berücksichtigen, um den Wert des verletzten Rechts zu bestimmen.¹⁴⁵

Diese Formen der Schadensbestimmung sind sowohl hinsichtlich ihrer Zulässigkeit als auch ihrer Einordnung bereits für das interne Recht äußerst umstritten. Auch hier muss auf Ebene des CISG eine Einordnung in den normativen Kontext erfolgen, um zu prüfen, ob solche Erweiterungen des Ausgleichsgedankens in oder neben Art. 74 S. 1 CISG einen Platz im Haftungssystem des Übereinkommens finden können.

c) Kritik auf Grundlage des Bereicherungsverbots (*windfall profit*)

Auch einer kompensatorischen Deutung der Vorteils- und Gewinnherausgabe steht der Einwand der ungerechtfertigten Bereicherung des Gläubigers grundsätzlich entgegen. Dieser Gedanke hat im Schadensrecht in Gestalt des Bereicherungsverbots eine Konkretisierung erfahren, die gegen eine suprakompensatorische Gewinnherausgabe sprechen kann. Das schadensrechtliche Bereicherungsverbot ist auch im internen Recht nicht unumstritten.¹⁴⁶ Auf Ebene des CISG wird es zwar überwiegend als Ausfluss des Ausgleichsgedankens im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG anerkannt.¹⁴⁷ Seine konkrete Ausgestaltung und Bedeutung sind allerdings noch weitgehend ungeklärt.¹⁴⁸ Das konkrete Verhältnis zwischen dem Grundsatz der Totalreparation einerseits und der Beschränkung auf den tatsächlichen Schaden des Gläubigers andererseits bedarf daher auch für das CISG einer näheren Untersuchung.

3. Rechtsfortsetzungsfunktion

Der dritte Begründungsweg für Ansprüche auf Vorteils- und Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen besteht in einer Rechtsfortsetzungsfunktion.¹⁴⁹ Die Gewinnherausgabe rechtfertigt sich dann daraus, dass das vertragliche Recht bereits eine Zuweisung bestimmter wirtschaftlicher Verwertungsmöglichkeiten enthalte. Diese Zuweisung setzt sich folglich am Vorteil oder

¹⁴⁵ Barnett, *Accounting for Profit*, 20; Stevens, *Torts and Rights*, 59, 70 ff.

¹⁴⁶ Kritisch Gerhard Wagner, *AcP* 206 (2006), 352, 470 f.

¹⁴⁷ Atamer, in: FS Magnus, 145, 146; Brölsch, *Schadensersatz*, 43; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 22; Mankowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 74, Rn. 12; Zeller, *Damages*, 115; andere Ansicht Mareike Schmidt, in: FS Schwenger, 1499, 1501; Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 8; siehe kritisch auch Gotanda, *Villanova Working Paper No. 2015–1016*, 4.

¹⁴⁸ Siehe ausführlich Mareike Schmidt, in: FS Schwenger, 1499, 1501.

¹⁴⁹ Böger, *System der vorteilsorientierten Haftung*, 97 ff.; Dornscheidt, *Gewinnhaftung*, 28.

Gewinn des Schuldners fort, der an die Stelle des vertraglichen Rechts tritt. Hier wird deutlich, dass die Tragfähigkeit der Rechtsfortsetzungsfunktion von der Ausgestaltung und der Reichweite des vertraglichen Rechts abhängt. Bietet das vertragliche Recht lediglich einen Schutz der Erfüllungserwartung, kommt eine Rechtsfortsetzung unabhängig davon nicht in Betracht. Enthält das vertragliche Recht indes bereits *inter partes* eine abschließende Zuweisung bestimmter wirtschaftlicher Vorteile und Verwertungsmöglichkeiten, kann die Zuweisungsentscheidung durch die Gewinnherausgabe fortgesetzt werden.¹⁵⁰ Welche wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten das vertragliche Recht vermittelt, kann unterschiedlich beurteilt werden. Der israelische *Supreme Court* ging etwa in der Entscheidung *Adras v Harlow* davon aus, dass es grundsätzlich keinen Grund gebe, dem vertraglichen Recht einen geringeren Schutz zukommen zu lassen als Eigentumsrechten,¹⁵¹ während der *Supreme Court* des Vereinigten Königreichs in der Entscheidung *One Step (Support) v Morris-Garner* kürzlich klarstellte, dass Vertragsverletzungen grundsätzlich nur den Ersatz des Erfüllungsinteresses nach sich ziehen und dass eine Berechnung des Ersatzes anhand einer hypothetischen Ablösegebühr nur bei Verletzungen von eigentumsähnlichen Vertragspflichten zulässig sei.¹⁵²

Der Rechtsfortsetzungsgedanke unterscheidet sich wesentlich von vor allem präventiv oder kompensatorisch geprägten Vorstellungen der Gewinnherausgabe, da es bei einer Fortwirkung von Zuweisungsentscheidungen nicht auf den Verschuldensgrad des Schuldners oder den Schaden des Gläubigers ankommen dürfte. Der Rechtsfortwirkungsgedanke kann auch, anders als präventive oder kompensatorische Begründungen, eine überzeugende Antwort auf das Problem des Zufallsgewinns geben, da sich aus der Zuweisung von Gewinnerzielungschancen eine Rechtfertigung für die Gewinnherausgabe gerade an den Gläubiger ergibt. Dennoch müssen gerade diese Zuweisungsentscheidungen konkret herausgearbeitet werden und können nicht als apriorische Eigenschaften des vertraglichen Rechts vorausgesetzt werden. Für das CISG kann der Rechtsfortsetzungsgedanke daher nur insoweit Bedeutung erlangen, wie sich bei autonomer und international einheitlicher Ausgestaltung des Haftungssystems gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG eine solche vertragliche Zuweisung von Gewinnerzielungsmöglichkeiten ergibt.

¹⁵⁰ Böger, System der vorteilsorientierten Haftung, 97; siehe auch sehr weitgehend, *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235, 266 ff. (per Barak J).

¹⁵¹ *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235, 266 ff. (per Barak J).

¹⁵² *One Step (Support) v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1382 f. (SC) (per Lord Reed).

4. Straffunktion

Schließlich kann einer Gewinnherausgabe auch eine Straffunktion zugrunde liegen.¹⁵³ Strafe für die Zwecke dieser Untersuchung soll dabei im Unterschied zur oben beschriebenen Verhaltenssteuerung als Vergeltung eines verwirkten Unrechts im Sinne der absoluten Straftheorien verstanden werden.¹⁵⁴ Gewinnabschöpfungsansprüche mit einer solchen Straffunktion weisen erhebliche Überschneidungen zu den Gewinnabschöpfungsansprüchen im öffentlichen Interesse oder dem Strafschadensersatz auf.

Eine veritable Straffunktion wird für die Rechtfertigung vertragsrechtlicher Vorschriften ganz überwiegend abgelehnt.¹⁵⁵ Eine Vorteils- und Gewinnherausgabe nach hiesigem Verständnis wird daher nur vereinzelt mit Straferwägungen gerechtfertigt,¹⁵⁶ auch wenn die Abgrenzung zwischen Verhaltenssteuerung und Strafzwecken im Einzelnen schwierig sein kann. So beginnt etwa *Lord Nicholls* sein berühmtes Votum in *Attorney-General v Blake*, das für das englische Recht den Ausnahmerechtsbehelf der Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen eingeführt hat, mit der Feststellung, der Beklagte sei ein „notorious, self-confessed traitor“.¹⁵⁷ Dass der ehemalige Doppelagent *Blake* eine Bestrafung verdient, wird dem Leser damit gleich zu Beginn der Entscheidung unmissverständlich verdeutlicht, auch wenn die Entscheidung sich in der Begründung der Gewinnherausgabe nicht ausdrücklich auf Strafzwecke stützt.¹⁵⁸

Neben den grundsätzlichen Bedenken gegen die Einführung von Strafzwecken in das Zivilrecht sind pönale Funktionszuschreibungen jedenfalls für das CISG rundheraus abzulehnen.¹⁵⁹ Das Übereinkommen enthält keinerlei mora-

¹⁵³ *Barnett*, Accounting for Profit, 33.

¹⁵⁴ *Gerhard Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 360 ff.; ähnlich *Barnett*, Accounting for Profit, 33.

¹⁵⁵ *Honsell*, in: FS Westermann, 315, 336; *Medicus*, JZ 2006, 805, 809; *Gerhard Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 360.

¹⁵⁶ *Barnett*, Accounting for Profit, 32 ff.

¹⁵⁷ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268, 275 (HL) (*per Lord Nicholls*); siehe hierzu *Barnett*, Accounting for Profit, 33.

¹⁵⁸ Siehe auch das abweichende Votum von *Lord Hobhouse*, in: *Attorney-General v Blake*, [2001], 1 AC 268, 295 (HL): „The answer given by my noble and learned friend does not reflect the essentially punitive nature of the claim“.

¹⁵⁹ Cour d'appel Poitiers, 26.2.2009, CISG-online Nr. 2208, zustimmend *Piltz*, NJW 2011, 2261, 2266; CISG-AC Opinion no. 6, Calculation of Damages under CISG Art. 74, Rapporteur: *Gotanda*, Rule 9, B; *Farnsworth*, 27 Am. J. Comp. L. (1979), 247, 248; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 17; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 74, Rn. 8; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 736; siehe aber für die Berücksichtigung pönaler Elemente für die Schadensbemessung *Schwenzer*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 8.

liche oder rechtspolitische Wertungen, die ein Unwerturteil erlauben würden und knüpft auch keinerlei Sanktionen an verwerfliches Verhalten einer Partei.¹⁶⁰ So gilt anders als im französischen Recht etwa die Beschränkung in Art. 74 S. 2 CISG auf den Ersatz des vorhersehbaren Schadens auch für den vorsätzlich oder arglistig handelnden Schuldner.¹⁶¹ Besondere Ansprüche wegen fraudulösem Parteiverhalten¹⁶² wurden ebenso dem nationalen Recht überlassen wie die Gültigkeit des Vertrages,¹⁶³ da beide Fragen den *ordre public* der Vertragsstaaten betreffen und nicht im CISG gelöst werden sollten. Für das Übereinkommen sind Strafzwecke daher grundsätzlich nicht geeignet, Ansprüche auf Vorteils- oder Gewinnherausgabe zu begründen.

Die Diskussion zeigt, dass die Funktionszuschreibungen aus dem internen nationalen Recht zwar grundsätzlich für das CISG relevant sein können, jedoch im Einzelnen auf ihre Übertragbarkeit auf das Übereinkommen hin geprüft werden müssen.

C. Einordnung der Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG

Wie bereits oben dargelegt, stellen Vorteils- und Gewinnherausgabeansprüche keine vorgegebene Kategorie des Übereinkommens dar. Es soll daher kurz skizziert werden, für welche Konstellationen eine solche vorteilsorientierte Haftung erwogen werden kann (I.) und welche methodischen Herausforderungen die Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG zu bewältigen hat (II.). Schließlich soll hierauf aufbauend der weitere Gang der Untersuchung skizziert werden (III.).

I. Mögliche Erscheinungsformen der Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG

Die Frage der Vorteils- und Gewinnherausgabe kann in sehr verschiedenen Regelungskontexten im CISG auftreten. Ausdrückliche Regelungen der Herausgabe eines Vorteils oder Gewinns finden sich nur an zwei Stellen im Übereinkommen, nämlich einerseits im Fall der Rückabwicklung des Vertrages gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG in Gestalt der Pflicht des Käufers neben der Kaufsache auch die aus ihr gezogenen Vorteile herauszugeben sowie andererseits in Form der Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG infolge eines Selbsthilfe- oder Notverkaufs. Diese beiden Vorschriften bilden die beiden ersten Anknüpfungspunkte für eine Vorteils- und Gewinnherausgabe. Auch

¹⁶⁰ *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 736.

¹⁶¹ Secretariat Commentary, Art. 70, Comment 9.

¹⁶² *Honnold/Flechtner*, para. 65; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 194 ff.

¹⁶³ UNCITRAL Yearbook VIII (1977), 93; *Schroeter*, 41 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* (2017), 1, 28.

wenn beide Vorschriften nicht an eine Vertragsverletzung des Schuldners anknüpfen und unterschiedliche Formen der Vorteils- und Gewinnherausgabe darstellen, können sie für eine allgemeine Untersuchung der Vorteils- oder Gewinnherausgabe als Rechtsbehelf wegen Vertragsverletzungen von Bedeutung sein.

Die Frage der Vorteils- oder Gewinnherausgabe als Rechtsbehelf wegen einer Vertragsverletzung kann sich ebenfalls in verschiedenen Kontexten stellen. Zum einen kann eine Vorteils- und Gewinnherausgabe nach dem Vorbild des Anspruchs auf das stellvertretende *commodum* erwogen werden. Hier wird von der überwiegenden Meinung in der Literatur an den Vorteilsauskehrgedanken aus Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG angeknüpft.¹⁶⁴ Zum anderen ist die Entwicklung einer schadensrechtlichen Gewinnherausgabe denkbar, die den Verletzerertrag entweder abschöpfen oder der Schadensbemessung zugrunde legen soll.¹⁶⁵ Schließlich ist auch die Entwicklung einer Vorteils- oder Gewinnherausgabe als eigenständiger Rechtsbehelf für bestimmte Vertragsverletzungen denkbar.¹⁶⁶ Das Problem der Vorteils- oder Gewinnherausgabe stellt sich damit in ähnlichen Konstellationen wie in der Diskussion zum internen nationalen Recht, ist allerdings gemäß Art. 7 Abs. 1, 2 CISG in autonomer und international einheitlicher Auslegung und Weiterentwicklung des Übereinkommens unabhängig von Lösungen des internen nationalen Rechts zu bewältigen. Dies führt zu einigen methodischen Herausforderungen.

II. Die Vorteils- und Gewinnherausgabe als Prüfstein für die Zulässigkeit und die Grenzen einer zeitgemäßen Weiterentwicklung des CISG

Die nur sehr rudimentäre Regelung der Vorteils- und Gewinnherausgabe wirft insbesondere im Lichte der Entwicklungen im internen nationalen Recht die Frage auf, welche Rolle die Vorteils- und Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen im CISG spielen kann. Dies ist nicht zuletzt eine Frage der Zulässigkeit und der Grenzen der Fortbildung des Übereinkommens über seinen

¹⁶⁴ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 79, Rn. 62; *Brunner*, in: Brunner/Gottlieb (Hrsg.), CISG, Commentary, 2019, Art. 79, para. 46; *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.5.2020, Art. 45, Rn. 42; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 45, Rn. 21; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 54; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 11; *Pichonnaz*, *Impossibilité*, 421; *Schnyder/Straub*, in: Honsell (Hrsg.), UN-Kaufrecht, Kommentar, 2. Auflage 2010, Art. 46, Rn. 31a; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 50.

¹⁶⁵ *Demir*, Schadensersatzregelung, 133 ff.; *Hartmann*, IHR 2009, 189, 102; *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 219; *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenzer/Spagnolo (Hrsg.), *State of Play*, 89, 102; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74 Rn. 43; *Schwenzer/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), *Contract Damages*, 91, 100 f.

¹⁶⁶ In diese Richtung *Bock*, in: FS Schwenzer, 175, 189.

Wortlaut und die Absichten der Verfasser des Übereinkommens hinaus. Mehr noch als für das Ausloten der Grenzen der Rechtsfortbildung im internen Recht stellt sich die Fortentwicklung des Übereinkommens als Gratwanderung dar zwischen der gebotenen Zurückhaltung bei der Fortbildung eines Textes, der den nationalen Ratifikations- und Umsetzungsgesetzgebern nur in seiner ursprünglichen Form vorlag, und der ebenso gebotenen zeitgemäßen Fortentwicklung des Übereinkommens, um es als effektives und praxistaugliches Regelungsinstrument zu erhalten. Während die grundsätzlichen Wertungen und Weichenstellungen des Übereinkommens erhalten bleiben müssen, ergibt sich für vielerlei Detailfragen das Bedürfnis einer Modernisierung, die oftmals bereits unter Zuhilfenahme der anerkannten Auslegungsgrundsätze oder jedenfalls der Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG möglich ist.¹⁶⁷ Die Frage der Vorteils- und Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen befindet sich im Graubereich zwischen unverrückbaren Grundwertungen des CISG und der gebotenen Modernisierung in Einzelfragen. Im Ergebnis kann die Vorteils- und Gewinnherausgabe eine Korrektur des Rechtsbehelfssystem in Ausnahmefällen darstellen. Allerdings kann sie sich dennoch damit in Widerspruch zu den Grundentscheidungen des CISG setzen. Sie stellt daher ein hervorragendes Beispiel für den Balanceakt der zeitgemäßen Fortbildung des Übereinkommens dar.

III. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung widmet sich zunächst den soeben angesprochenen methodischen Fragen, nämlich unter welchen Umständen das Übereinkommen auch jenseits seiner Bestimmungen und gegebenenfalls sogar seiner allgemeinen Grundsätze im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG weiterentwickelt werden kann (Kapitel 2). Im Anschluss soll die Behandlung der Vorteils- und Gewinnherausgabe mit einer Darstellung der im Übereinkommen vorgesehenen Ansprüche auf Herausgabe eines Vorteils oder Gewinns beginnen, nämlich mit der Vorteilsherausgabe in der Rückabwicklung gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG und der Erlösherausgabe bei Selbsthilfe- oder Notverkauf der erhaltenen Ware gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG (Kapitel 3). Aufbauend auf den methodischen Grundlagen und der disparaten normativen Verankerung der Vorteils- und Gewinnherausgabe im Übereinkommen soll in den folgenden Kapiteln der Frage nachgegangen werden, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen sich vorteilsorientierte Ansprüche wegen Vertragsverletzungen im Übereinkommen rechtfertigen lassen. Als erste Konstellation der Vorteils- oder Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzung soll die Herausgabe des Ersatzes oder Erlöses bei Vereitelung des Erfüllungsanspruchs nach Vorbild des Anspruchs auf das stellvertretende commodum untersucht werden (Kapitel 4).

¹⁶⁷ *Olaf Meyer*, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG, Methodology, 319, 342.

Im Anschluss soll die Zulässigkeit einer schadensersatzrechtlichen Gewinnherausgabe, entweder in Form einer veritablen Gewinnabschöpfung oder in Form der Schadensbemessung anhand des Verletzergewinns, überprüft werden (Kapitel 5), bevor schließlich die mögliche Begründung einer Vorteils- oder Gewinnherausgabe als eigenständiger Rechtsbehelf erwogen werden soll. Ein solcher eigenständiger Rechtsbehelf ist zum einen als allgemeiner Rechtsbehelf wegen Vertragsverletzungen unter bestimmten Voraussetzungen (Kapitel 6) oder als Ausnahmerechtsbehelf wegen der Verletzung von einem besonderen Vertrauensverhältnis geprägter Pflichten (Kapitel 7) denkbar.

Kapitel 2

Methodische Grundlagen der Auslegung und Weiterentwicklung des CISG

Ansprüche auf Vorteils- und Gewinnherausgabe sind nur vereinzelt ausdrücklich im Text des CISG geregelt. Die Herleitung anderer Ansprüche hängt von einer Auslegung des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG oder einer Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG ab. Die Methoden der Auslegung und Lückenfüllung rücken daher für die Vorteilshaftung besonders in den Fokus. Es erscheint deshalb geboten, sich zunächst über die Grundsätze der Auslegung und der Fortentwicklung des Übereinkommens Klarheit zu verschaffen. Das CISG enthält in Art. 7 eine Grundbestimmung zur Auslegung und Lückenfüllung. Die Diskussion folgt zunächst der in Art. 7 CISG vorgenommenen Zweiteilung und beginnt mit der Auslegung des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG (A.), bevor sie sich der Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG widmet (B.). Im Anschluss soll der Frage nachgegangen werden, ob über Art. 7 Abs. 2 CISG hinaus eine eigenständige Fortentwicklung im Sinne einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung anerkannt werden sollte (C.), bevor auf das subsidiär anwendbare Recht zurückzugreifen ist (D.).

A. Die Auslegung gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG

Auch im CISG wird zwischen den Zielen der Auslegung (I.) und den Methoden der Auslegung (II.) unterschieden.¹

I. Die Ziele der Auslegung

Die Frage nach dem Ziel der Auslegung ist in der deutschen Methodenlehre als „juristischer Klassiker“ bezeichnet worden.² Für das Übereinkommen ist ein Rückgriff auf das maßgebliche Auslegungsziel im internen nationalen Recht allerdings ausgeschlossen. Vielmehr finden sich in Art. 7 Abs. 1 CISG auto-

¹ Ferrari, IHR 2013, 137, 155, 181; Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 104 f.; Kramer, JBl 1996, 137, 141; Schroeter, RabelsZ 81 (2017), 32, 48.

² Würdinger, JuS 2016, 1, 6.

nome Zielbestimmungen³ oder Grundsätze⁴ für die Auslegung des Übereinkommens, nämlich die international autonome Auslegung (1.), die Förderung der einheitlichen Anwendung (2.) und die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel (3.). Diese in Art. 7 Abs. 1 CISG genannten Grundsätze können durch einige weitere Auslegungsgrundsätze ergänzt werden (4.).

1. Autonome Auslegung im Hinblick auf den internationalen Charakter des Übereinkommens

Als formales Auslegungsziel ist in Art. 7 Abs. 1 CISG das Gebot der autonomen Auslegung niedergelegt. Dort heißt es, bei der Auslegung des Übereinkommens sei sein internationaler Charakter zu berücksichtigen. Das CISG ist daher grundsätzlich ohne direkten Rückgriff auf internes nationales Recht oder nationale Begriffe auszulegen.⁵ Aus dieser Zielbestimmung lässt sich zwar keine direkte inhaltliche Aussage über das Auslegungsergebnis ableiten, allerdings enthält die Norm die Maßgabe, auf die Autonomie und internationale Konsensfähigkeit des Auslegungsvorgangs zu achten.⁶

2. Internationale Einheitlichkeit

Gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG ist darüber hinaus bei der Auslegung die Notwendigkeit zu berücksichtigen, die international einheitliche Anwendung des Übereinkommens zu fördern.⁷ Die Norm gebietet einerseits, ebenso wie bereits das Gebot der autonomen Auslegung, international konsensfähige Lösungen zu entwickeln.⁸ Andererseits hält sie den Rechtsanwender zur Berücksichtigung vorheriger ausländischer Entscheidungen an, die zwar nach nahezu allgemeiner Ansicht mangels einer entsprechenden Anordnung im Überein-

³ *Magnus*, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 33, 40; *Schroeter*, *RabelsZ* 81 (2017), 32, 48.

⁴ *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 8.

⁵ BGH, 2.3.2005, IHR 2005, 158; OGH, 23.5.2005, IHR 2005, 165; *Ferrari*, IHR 2013, 137, 140; siehe auch zu den Grenzen der autonomen Auslegung, *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 12 ff.; *Schwenzer*, in: Schwenzer/Atamer/Butler (Hrsg.), *Current Issues in the CISG and Arbitration*, 109, 110.

⁶ *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 16; *Gruber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 29.

⁷ Siehe ausführlich zur internationalen Einheitlichkeit *Andersen*, *Uniform Application*.

⁸ *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 16; *Gruber*, *Methoden des Einheitsrechts*, 106; *Magnus*, in: *Staudinger-BGB, CISG*, [Neubearbeitung 2018], Art. 7, Rn. 20.

kommen keine echte Bindungswirkung entfalten (*binding authority*),⁹ allerdings zur Kenntnis zu nehmen und sowohl hinsichtlich ihrer Begründung als auch hinsichtlich ihres Ergebnisses in Erwägung zu ziehen sind (*inspirational authority*¹⁰ oder *persuasive authority*¹¹). Auch das internationale Schrifttum ist nach Möglichkeit zu berücksichtigen.¹²

3. Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel

Art. 7 Abs. 1 CISG enthält darüber hinaus auch eine materielle Zielbestimmung in Form der Wahrung des guten Glaubens¹³ im internationalen Handel.¹⁴ Der konkrete Gehalt des guten Glaubens im internationalen Handel ist allerdings nur schwer greifbar,¹⁵ da die Vorstellungen über den Inhalt des guten Glaubens international sehr weit auseinandergehen.¹⁶ Welcher Stellenwert

⁹ BGer, 2.4.2015, CISG-online Nr. 2592, IHR 2015, 250, 257; Andersen, Uniform Application, 50; Bridge, International Sale of Goods, para. 10.40; Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 22; Gruber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 46; Martin Köhler, Haftung nach UN-Kaufrecht, 22; Magnus, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 33, 40; Perales Viscasillas, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 45; Schlechtriem/Schroeter, Rn. 96; andere Ansicht wohl bei Bonell, in: Bianca/Bonell (Hrsg.), CISG, Commentary, 1987, Art. 7, no. 3.1.3: „If there is already a body of international case law, it may well be accepted as a sort of binding precedent“; DiMatteo, 23 Syracuse J. Intl. L. & Com (1997), 67, 79, 93: „informal system of stare decisis“; Mazzacano, Pace Rev. of the CISG (2005–2006), 85, 89: „ipso facto stare decisis“.

¹⁰ Andersen, Uniform Application, 52 ff.

¹¹ BGer, 28.5.2019, IHR 2019, 236, 240; Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 22; Peter Huber, IHR 2006, 228, 229; Martin Köhler, Haftung nach UN-Kaufrecht, 22; Magnus, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 33, 42; Schroeter, RabelsZ 81 (2017), 32, 49; Spagnolo, 10 Melb. J. Int'l L. (2009), 141, 165; siehe allerdings auch Van Alstine, 146 U. Pa. L. Rev. (1998), 687, 790: „more potent than mere persuasion“.

¹² Bridge, International Sale of Goods, para. 10.40; Gruber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 31; Perales Viscasillas, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 47.

¹³ Der englische Begriff *good faith* wird hier in Übereinstimmung mit der deutschen Übersetzung von Art. 7 Abs. 1 CISG mit „guter Glaube“ übersetzt. Siehe für eine Kritik dieser Übersetzung, Jan Peter Schmidt, in: Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Art. 1:201, para. 5.

¹⁴ Schlechtriem/Schroeter, Rn. 101 ff.

¹⁵ Bridge, International Sale of Goods, 4. Auflage 2017, para. 10.42: „something of a mystery.“; siehe für eine historisch-vergleichende Übersicht zu *good faith and fair dealing*: Jan Peter Schmidt, in: Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Art. 1:201, para. 14 ff.

¹⁶ Ein besonders kontroverses Beispiel ist die Entscheidung des belgischen Kassationshofes, Hof van Cassatie, 19.6.2009, CISG-Online Nr. 1963, zu möglichen Nachverhand-

dieser Zielbestimmung im Einzelnen beizumessen ist, muss daher unter Beachtung der Auslegungsmethoden und unter Berücksichtigung des Gebots der international einheitlichen Auslegung bestimmt werden. Hier deutet sich bereits ein gewisses Spannungsverhältnis an, da das Gebot der Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel ein Einfallstor für die Übernahme nationaler Vorprägungen sein kann.¹⁷ Die konkrete Rolle des guten Glaubens im CISG ist daher seit jeher besonders umstritten.¹⁸ Die Uneinigkeit betrifft insbesondere die Frage, ob der gute Glaube lediglich bei der Auslegung des Übereinkommens zu berücksichtigen ist, ob er darüber hinaus auch als allgemeiner Grundsatz im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG anzuerkennen ist oder ob er sogar geeignet ist, positive Verhaltenspflichten der Parteien zu begründen.¹⁹

Neben dieser Grundsatzfrage besteht indes auch für die bloße Berücksichtigung des guten Glaubens als Auslegungsziel im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG das Bedürfnis einer normativen Ausfüllung des Begriffs.²⁰ Auch hier werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Zum Teil wird die Regelung als mögliches Einfallstor für ethische Grundsätze im Vertragsrecht verstanden.²¹ Andere beschränken den normativen Gehalt des Gutglaubensgebots auf die im Übereinkommen selbst angelegten Manifestationen des Grundsatzes, insbesondere das Verbot rechtsmissbräuchlichen oder widersprüchlichen Verhaltens.²² Schließlich wird *good faith* für einer internationalen Definition nicht zugänglich gehalten.²³

lungspflichten im Falle einer Äquivalenzstörung des Vertrages. Der belgische Kassationshof leitete für diesen Fall eine solche Nachverhandlungspflicht aus Art. 7 Abs. 2 CISG in Verbindung mit Art. 6.2.3. UPICC her, ohne sich indes ausdrücklich auf den guten Glauben im internationalen Handel zu stützen. Diese Entscheidung wurde zum Teil sehr scharf kritisiert: *Bridge*, 22 Unif. L. Rev. (2017), 98, 110; *Flechtner*, in: FS Magnus, 193, 200 f.; kritisch hinsichtlich des Begründungsweges auch *Veneziano*, 15 Unif. L. Rev. (2010), 137, 142 f.

¹⁷ *Ferrari*, IHR 2013, 137, 153; *Mankowski*, in: Mankowski (Hrsg.), Commercial Law, CISG, Art. 7, para. 11; *Schroeter*, 41 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. (2017), 1, 26; *Zeller/Andersen*, 28 Pace Int'l L. Rev. (2016), 1, 2.

¹⁸ *Bridge*, 22 Uniform of Law Review 2017, 98, 115; *Farnsworth*, 3 Tul. J. Int'l & Comp. L. (1995), 47, 57; *Schroeter*, 41 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. (2017), 1, 25 ff.

¹⁹ Siehe ausführlich zum Streitstand, *Ferrari*, IHR 2013, 137, 152 ff.; *Perales Viscasillas*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 21 ff.

²⁰ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 7, Rn. 25.

²¹ *Perales Viscasillas*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 23.

²² Siehe etwa *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 7, Rn. 25, 43.

²³ *Andersen*, 17 Int'l Trade & Bus. L. Rev. (2014), 310, 311; *Zeller/Andersen*, 28 Pace Int'l L. Rev. (2016), 1, 3.

Diese wissenschaftliche Kontroverse hat die Rechtsprechung nicht davon abgehalten, in vielen verschiedenen Fällen Entscheidungen auf die Förderung des guten Glaubens im internationalen Handel zu stützen.²⁴ Die obige Diskussion zeigt allerdings, welche Risiken für die international einheitliche Anwendung des Übereinkommens mit dem Begriff des guten Glaubens verbunden sind. Im Zweifelsfall sollte daher versucht werden, Konkretisierungen des guten Glaubens durch weitere Anknüpfungspunkte oder Wertungen im Übereinkommen abzusichern.

4. Ergänzung der in Art. 7 Abs. 1 CISG genannten Auslegungsziele

Die ausdrücklich in Art. 7 Abs. 1 CISG genannten Auslegungsziele können durch weitere Grundsätze ergänzt werden. Erste Anhaltspunkte liefert die Präambel des Übereinkommens (a). Im Anschluss soll auf weitere mögliche Auslegungsziele eingegangen werden (b).

a) Die Bedeutung der Präambel

Die Präambel nennt selbst einige Zwecke des Übereinkommens. Während Absatz 2 der Präambel die Beziehungen von Staaten untereinander beschreibt,²⁵ nennt sie in Absatz 3 konkrete Ziele des CISG, nämlich „the removal of legal barriers“ sowie „the development of international trade“.²⁶ Ob diesen Erklärungen Parameter für die Auslegung entnommen werden können²⁷ oder ob es sich bloß um für die Auslegung unbeachtliche Erklärungen

²⁴ BGH, 31.10.2001, BGHZ 149, 113, 118 f.; Thüringer Oberlandesgericht, 29.9.2015, IHR 2016, 194, 198; OLG Celle, 24.7.2009, CISG-online Nr. 1906; Tribunale di Padova, 31.3.2004, IHR 2005, 33, CISG-online Nr. 823; *Renard Constructions v. Minister for Public Works*, Court of Appeal of New South Wales, 12.3.1992, CISG-online Nr. 44; siehe für weitere Nachweise UNCITRAL, Digest, Edn. 2016, Art. 7, para. 13; kritisch *Bridge*, 22 Unif. L. Rev. (2017), 98, 115: „[T]he standard of discussion of good faith in the case law is profoundly disappointing.“

²⁵ CISG, Präambel, Abs. 2: „[C]onsidering that the development of international trade on the basis of equality and mutual benefit is an important element in promoting friendly relations among States“.

²⁶ Siehe für eine entsprechende Differenzierung zwischen Absatz 2 und 3, *Perales Viscasillas*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 43; für eine Berücksichtigung der gesamten Präambel, *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Präambel, Rn. 7 ff.; *Schwenzer/Hachem*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Preamble, para. 3

²⁷ *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Präambel, Rn. 3; *Gruber*, Methoden des Einheitsrechts, 179; *Perales Viscasillas*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 43; *Schwenzer/Hachem*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Preamble, para. 3.

zum Verhältnis der Vertragsstaaten handelt,²⁸ ist umstritten. Gegen ein zu hohes Gewicht der Präambel spricht zwar, dass sie sehr spät ohne inhaltliche Diskussion eingefügt wurde und eher allgemein gehalten ist.²⁹ Allerdings bietet sie ungeachtet dieser Allgemeinheit eine textliche Verankerung der Gründe für die Erarbeitung des Übereinkommens und kann daher die in Art. 7 Abs. 1 CISG genannten Auslegungsziele ergänzen.³⁰ Dies gilt insbesondere, da sowohl der internationale Handel als auch die angesprochenen Handelshindernisse einem ständigen Wandel unterliegen. Die Präambel gibt daher einen ersten Anhaltspunkt für eine dynamische Interpretation des CISG.³¹ Die Heranziehung der Präambel kann sich darüber hinaus auf Art. 31 Abs. 2 der Wiener Vertragsrechtskonvention stützen, der sie dem Vertragswortlaut zuordnet.³² Sie sollte daher in Ergänzung zu Art. 7 Abs. 1 CISG bei Bestimmung der Auslegungsziele berücksichtigt werden.

b) Sonstige Auslegungsziele

Urs Peter Gruber hat vorgeschlagen, neben den in Art. 7 Abs. 1 CISG genannten Auslegungszielen weitere Auslegungsziele anzuerkennen, die international akzeptiert und in den meisten nationalen Methodenlehren verankert sind.³³ Dabei seien zunächst insbesondere die Vorstellungen und Absichten der Verfasser des Übereinkommens als Auslegungsziel beachtlich.³⁴ Dem historischen Willen der Verfasser sei aufgrund des Gebots der internationalen Einheitlichkeit eine besonders hohe Bedeutung beizumessen, da sie ein einheitsstiftendes Element³⁵ darstellen könne.³⁶ Neben dieser historischen sowie subjektiv-teleologischen Komponente spricht er sich für die Berücksichtigung

²⁸ *Honnold/Flechtner*, para. 475; *Schlechtriem*, Uniform Sales Law, 38, Fn. 111.

²⁹ *Honnold/Flechtner*, para. 475; *Schroeter*, 41 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. (2017), 1, 18; zurückhaltend auch *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Präambel, Rn. 1: „sehr allgemein gehalten“.

³⁰ *Schwenzer/Hachem*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Preamble, para. 3.

³¹ *Perales Viscasillas*, in: *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas* (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 43; *Scheuch*, ZVglRWiss 2019, 375, 386.

³² *Magnus*, in: *Staudinger-BGB, CISG*, [Neubearbeitung 2018], Präambel, Rn. 7; *Schwenzer/Hachem*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Preamble, para. 3; *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach* (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 31, para. 49.

³³ *Gruber*, Methoden des Einheitsrechts, 104 f.; ähnlich zum Einheitsrecht allgemein bereits *Kropholler*, Einheitsrecht, 259 f.

³⁴ *Gruber*, Methoden des Einheitsrechts, 105; *Gruber*, in: *Janssen/O. Meyer* (Hrsg.), CISG Methodology, 91.

³⁵ So, für das Wechselrecht, *Canaris*, JZ 1987, 543, 548; ähnlich bereits allgemein, *Kropholler*, Einheitsrecht, 275.

³⁶ *Gruber*, Methoden des Einheitsrechts, 106; anders noch *Kropholler*, Einheitsrecht, 259, der den Schwerpunkt eher auf die Ermittlung des objektiven Sinns legt.

objektiver Elemente bei einem „Weiterdenken“ des Willens der Verfasser aus.³⁷ Beide Vorschläge überzeugen. Grundsätzlich sind die Vorstellungen der Teilnehmer der diplomatischen Konferenz, soweit feststellbar, für die Auslegung des CISG maßgebend. Zugleich war Zweck der Erarbeitung des Übereinkommens, ein Instrument zu schaffen, das die Entwicklung des internationalen Handels begleitet und fördert.

II. Die Methoden der Auslegung

Da das Übereinkommen nur die Ziele, nicht aber die Methoden oder Kriterien der Auslegung regelt, soll zunächst die Notwendigkeit der Entwicklung autonomer Auslegungsmethoden begründet werden (1.), bevor diese im Einzelnen kurz vorgestellt werden sollen (2.).

1. Die Notwendigkeit autonomer Auslegungsmethoden

Art. 7 Abs. 1 CISG nennt zwar einige Zielbestimmungen der Auslegung, sieht indes keine eigenen Auslegungsmethoden vor.³⁸ Dies wirft die Frage auf, ob die Auslegungsmethoden autonom für das Übereinkommen zu entwickeln sind³⁹ oder ob auf die nationalen Methoden der Rechtsauslegung zurückgegriffen werden kann.⁴⁰ Für die letztgenannte Ansicht spricht zunächst, dass Art. 7 Abs. 1 CISG keine Auslegungsmethoden nennt und daher ein Rückgriff auf bereits entwickelte nationale Methoden nicht fernliegt, soweit die Auslegungsziele gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG trotzdem erreicht werden können.⁴¹ Eine solche Übernahme nationaler Methoden läge auch praktisch näher, da der Rechtsanwender bereits in den nationalen Methoden geschult ist. Träten die nationalen Methoden in Konflikt mit den Zielbestimmungen in Art. 7 Abs. 1 CISG, wären sie im Einzelfall entsprechend anzupassen.⁴²

³⁷ Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 105.

³⁸ Eiselen, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 61, 74; Magnus, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 33, 40; Melis, in: Honsell (Hrsg.), UN-Kaufrecht, Kommentar, 2. Auflage 2010, Art. 7, Rn. 3; Schroeter, RabelsZ 81 (2017), 32, 48; Claude Witz, Int'l Bus. L.J. (2001), 253, 255.

³⁹ Ferrari, IHR 2013, 137, 181; Gruber, in Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 12 f.; Magnus, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 33, 52; ähnlich auch Schwenzler/Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzler (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 7, para. 20, die darauf hinweisen, die nationalen Methoden unterschieden sich nicht mehr fundamental und könnten unterstützend herangezogen werden.

⁴⁰ Schroeter, RabelsZ 81 (2017), 32, 48: „(bleibt) den nationalen Rechten überlassen“.

⁴¹ Schroeter, RabelsZ 81 (2017), 32, 48: „Art. 7 (1) CISG gibt [...] Interpretationsziele vor, nicht aber den Weg dorthin.“

⁴² Schroeter, RabelsZ 81 (2017), 32, 48.

Dem Rekurs auf nationale Methodenlehren ist entgegenzuhalten, dass trotz bestimmter Vereinheitlichungstendenzen⁴³ im Detail immer noch Unterschiede zwischen den verschiedenen nationalen Auslegungsmethoden bestehen.⁴⁴ Selbst bei punktuellen Korrekturen im Lichte von Art. 7 Abs. 1 CISG ist die Anwendung nationaler Methoden nicht geeignet, dauerhaft die international einheitliche Anwendung des Übereinkommens zu gewährleisten.⁴⁵ Dies gilt insbesondere, da die Anwendung nationaler Methoden die Nachvollziehbarkeit der Entscheidungsbegründung für die Gerichte anderer Vertragsstaaten erheblich erschwert. Der Rückgriff auf nationale Auslegungskriterien träte damit nicht nur punktuell in Konflikt mit den Zielbestimmungen in Art. 7 Abs. 1 CISG, sondern setzte sich strukturell in Widerspruch zur Förderung einer einheitlichen Anwendung des Übereinkommens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG.⁴⁶ Die Berücksichtigung einheitlicher Auslegungskriterien überfordert auch die Gerichte der Vertragsstaaten nicht, die auch für andere internationale Abkommen grundsätzlich nicht auf ihre nationalen Auslegungsmethoden zurückgreifen dürfen, sondern vielmehr die in Art. 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention niedergelegten Auslegungskriterien anzuwenden haben.⁴⁷ Im Zweifelsfall sollte daher eher auf die in Art. 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention enthaltenen Grundsätze zurückgegriffen werden als auf nationale Methodenlehren.⁴⁸ Schließlich stimmt die Entwicklung autonomer Auslegungsmethoden auch mit dem in Art. 7 Abs. 2 CISG enthaltenen Gebot autonomer Lückenfüllung überein.⁴⁹ Der Lückenfüllungsmechanismus in Art. 7 Abs. 2 CISG stellt klar, dass der nationale Rechtsanwender nicht auf nationale Methoden der Lückenfüllung zurückgreifen darf, sondern das Über-

⁴³ Siehe hierzu ausführlich *Gruber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 8 ff.; siehe auch *Van Alstine*, 146 U. Pa. L. Rev. (1998), 687, 741; siehe auch ausführlich für die Auslegung in kontinental-europäischen Rechtsordnungen und im englischen Recht, *Vogenauer*, Auslegung von Gesetzen, 1295 ff.

⁴⁴ Siehe etwa zur ungeklärten Rolle der Gesetzesmaterialien im US-amerikanischen Recht, *Fleischer*, in: Fleischer (Hrsg.), Gesetzesmaterialien, 1, 33.

⁴⁵ *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 9, 29; *Gruber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 12 f.

⁴⁶ *Gruber*, Methoden des Einheitsrechts, 109; *Van Alstine*, 146 U. Pa. L. Rev. (1998), 687, 740.

⁴⁷ *Dörr*, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 31, para. 17; *Roth/Happ*, 4 Int'l Trade & Bus. L. Ann. (1999), 1, 9.

⁴⁸ *Basedow*, 11 Unif. L. Rev. (2006), 731, 744; *Gruber*, Methoden des Einheitsrechts, 124; *Magnus*, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 33, 51 f.; *Roth/Happ*, 4 Int'l Trade & Bus. L. Ann. (1999), 1, 9; ablehnend *Karollus*, UN-Kaufrecht, 13; *Van Alstine*, 146 U. Pa. L. Rev. (1998), 687, 706 f.

⁴⁹ *Gruber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 13.

einkommen im Rahmen des Art. 7 Abs. 2 CISG fortzuentwickeln hat. Die Entwicklung autonomer Auslegungskriterien im Rahmen des Art. 7 Abs. 1 CISG ermöglicht daher die methodologische Ergänzung der autonomen Lückenfüllung und Rechtsfortbildung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG.⁵⁰ Die besseren Argumente sprechen daher für die Entwicklung autonomer Auslegungskriterien im Rahmen von Art. 7 Abs. 1 CISG.⁵¹

2. Die Auslegungsmethoden im Einzelnen

Das Übereinkommen ist anhand seines Wortlauts und seiner Systematik (a), seiner Entstehungsgeschichte (b) sowie seiner allgemeinen Zwecke und der Zwecke seiner einzelnen Bestimmungen (c) auszulegen. Schließlich kann auch die Rechtsvergleichung eine wichtige Rolle bei der Auslegung des Übereinkommens spielen (d).

a) Auslegung anhand des Wortlauts und der Systematik

Ausgangspunkt der Auslegung im CISG ist der Wortlaut der Norm.⁵² Bei der Wortlautauslegung sind daher, soweit möglich, alle offiziellen Fassungen zu berücksichtigen,⁵³ auch wenn die englische Sprache als überwiegende Sprache der Vorarbeiten und der diplomatischen Konferenz praktisch eine herausgehobene Stellung einnimmt.⁵⁴ Keinen hohen Erkenntniswert in schwierigen Fällen bietet hingegen die Auslegung des Wortlauts der deutschen Übersetzung des Übereinkommens ohne Rückkoppelung an die offiziellen Sprachfassungen.⁵⁵ Ungeachtet der großen Bedeutung der Wortlautauslegung besteht Einigkeit, dass diese durch weitere Auslegungskriterien zu ergänzen ist.⁵⁶

⁵⁰ *Schwenzer/Hachem*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4. Auflage 2016, Art. 7, para. 20.

⁵¹ *Ferrari*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 9, 29; *Gruber*, in: *Münchener Kommentar zum BGB, CISG*, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 13; *Magnus*, in: *Janssen/Meyer* (Hrsg.), *CISG Methodology*, 33, 53.

⁵² *Bridge*, *International Sale of Goods*, para. 10.41; *Gruber*, in: *Münchener Kommentar zum BGB, CISG*, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 14; *Lookofsky*, *Understanding the CISG*, 29; *Magnus*, in: *Janssen/Meyer* (Hrsg.), *CISG Methodology*, 33, 53; *Schwenzer*, in: *Schwenzer/Atamer/Butler* (Hrsg.), *Current Issues in the CISG and Arbitration*, 109, 113.

⁵³ *Magnus*, in: *Janssen/Meyer* (Hrsg.), *CISG Methodology*, 33, 53.

⁵⁴ *Ferrari*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 35; *Gruber*, *Methoden des Einheitsrechts*, 141; *Magnus*, in: *Janssen/Meyer* (Hrsg.), *CISG Methodology*, 33, 53; *Mankowski*, in: *Mankowski* (Hrsg.), *Commercial Law, CISG*, Art. 7, para. 3; andere Ansicht *Perales Viscasillas*, in: *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas* (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 38.

⁵⁵ *Gruber*, in: *Münchener Kommentar zum BGB, CISG*, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 14; *Ferrari*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 31; *Perales Viscasillas*, in: *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas* (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 38.

Die Auslegung anhand des Wortlauts wird ergänzt durch die systematische Auslegung des Übereinkommens.⁵⁷ Der Rechtsanwender hat die Systematik und dabei insbesondere die allgemeinen Grundsätze des Übereinkommens zu berücksichtigen.⁵⁸ Genau genommen dienen die allgemeinen Grundsätze des Übereinkommens also nicht lediglich zur Lückenfüllung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG, sondern bilden besondere systematische Fixpunkte der Auslegung gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG.⁵⁹

Fraglich ist indes, ob, wie zum Teil vertreten,⁶⁰ auch eine konventionsübergreifende Auslegung zulässig ist. Ein Argument für eine solche erweiterte systematische Auslegung ist, dass privatrechtliche Staatsverträge häufig identische oder ähnliche Begriffe verwendeten, die auch konventionsübergreifend einheitlich auszulegen seien.⁶¹ Es seien zumindest solche Staatsverträge einzubeziehen, die auf den gleichen legislativen Absichten beruhen.⁶² Nur so könne ein wahrhaft einheitliches Privatrecht geschaffen werden.⁶³ Zum Teil wird darüber hinaus sogar gefordert, auch *soft law* wie die UNIDROIT Principles und die PECL einzubeziehen, da auch diese Regelwerke heute Teil des internationalen Einheitsrechts bildeten.⁶⁴ Obwohl ein einheitliches Verständnis von Einheitsrecht zweifelsohne wünschenswert erscheinen mag, kann das Übereinkommen grundsätzlich nicht anhand anderer Übereinkommen oder anhand von *soft law* ausgelegt werden.⁶⁵ Rein formal scheidet die konventionsübergreifende Auslegung daran, dass nur Vertragsstaaten an die jeweiligen Übereinkommen gebunden sind. Darüber hinaus ist auch inhaltlich zu bedenken, dass selbst bei Übereinkommen zur Vereinheitlichung des Privatrechts oft sehr unterschiedliche internationale Interessen auszugleichen sind. Ein Übereinkommen zum internationalen Kaufrecht hat andere Rechte und Interessen zu berücksichtigen als staatsvertragliches Einheitsrechts zum Factoring oder zu Kreditsicherheiten an beweglichen

⁵⁶ Eiselen, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 61, 88 f.

⁵⁷ Bodenheimer, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 7, Rn. 14; Gruber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 17.

⁵⁸ Metzger, Allgemeine Rechtsgrundsätze, 508.

⁵⁹ Metzger, Allgemeine Rechtsgrundsätze, 508; andere Ansicht: Andersen, Uniformity, 129: „important distinction [...] which we must be wary not to blur“.

⁶⁰ Ferrari, IHR 2013, 181, 186; Ferrari/Torsello, International Sales Law, 20 f.; Magnus, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 33, 55; Torsello, Common Features, 165 f., 275 ff.; wohl auch Bodenheimer, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 7, Rn. 14: „unter bestimmten Voraussetzungen“.

⁶¹ Magnus, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 33, 55.

⁶² Ferrari, IHR 2013, 181, 187: „based upon the same legislative intentions“.

⁶³ Ferrari, IHR 2013, 181, 187; siehe auch Metzger, Allgemeine Rechtsgrundsätze, 503 f.

⁶⁴ Magnus, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 33, 55.

⁶⁵ Gruber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 17; Schlechtriem/Schroeter, Rn. 109.

Sachen. Das Risiko, ungleiches gleich zu behandeln, erscheint hier größer als der mögliche Erkenntnisgewinn des interkonventionalen Vergleichs. Schließlich ist es auch nicht Auslegungsziel des CISG, ein umfassend einheitliches Privatrecht zu schaffen. Privatrechtliches Einheitsrecht, das durch Staatsverträge in bestimmten Rechtsgebieten von unterschiedlichen Staaten geschaffen wurde, steht grundsätzlich für sich und ist jeweils autonom auszulegen.⁶⁶ Etwas anderes mag selbstverständlich gelten, wenn sich die Verfasser des Übereinkommens bewusst auf einen Begriff oder eine Regelung in einem anderen Text bezogen haben.⁶⁷

b) Historische Auslegung

Es besteht weitgehend Einigkeit, dass auch die Entstehungsgeschichte des Übereinkommens zur Auslegung heranzuziehen ist.⁶⁸ Die historische Auslegung des Übereinkommens wird erleichtert durch die Verfügbarkeit der vorbereitenden Materialien,⁶⁹ auch wenn im Einzelfall darauf zu achten ist, ob ein bestimmter Beitrag die Auffassung der Mehrheit der Delegierten widerspiegelte oder aus welchen Gründen bestimmte Anträge tatsächlich abgelehnt wurden.⁷⁰

Anschauungsgegenstand der historischen Auslegung ist die gesamte Entstehungsgeschichte des Übereinkommens. Sie beginnt bereits mit den rechtsvergleichenden Arbeiten *Ernst Rabels* und der von ihm angeregten Arbeit im

⁶⁶ *Gruber*, Methoden des Einheitsrechts, 150; *Kropholler*, Einheitsrecht, 273: „Jeder Text des Einheitsrechts ist [...] ein kleines Rechtssystem für sich“, der allerdings in Ausnahmefällen eine konventionsübergreifende Auslegung zulassen will; andere Ansicht *Magnus*, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 33, 55: „[T]he interconventional interpretation modifies or even supersedes the autonomous interpretation“.

⁶⁷ *Gruber*, Methoden des Einheitsrechts, 162.

⁶⁸ *Ferrari*, IHR 2013, 181, 183 ff.; *Gruber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 18; *Kramer*, JBl 1996, 137, 144; *Magnus*, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 33, 56; *Perales Viscasillas*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 39; *Saenger*, in: BeckOK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 7, Rn. 2; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 105; *Schwenzer/Hachem*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 7, para. 22.

⁶⁹ *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 36; *Gruber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 18; *Perales Viscasillas*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 39; *Schwenzer/Hachem*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 7, para. 22.

⁷⁰ *Gruber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 19; *Perales Viscasillas*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 40; *Van Alstine*, 146 U. Pa. L. Rev. (1998), 687, 748; *Claude Witz*, Int'l Bus. L.J. (2001), 253, 255.

Kaufrechtsausschuss von UNIDROIT.⁷¹ Bereits hier wurden einige Weichenstellungen für die folgenden Übereinkommen zur Kaufrechtsvereinheitlichung getroffen. Aus diesen Vorarbeiten gingen zunächst das Haager Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (ULIS) sowie das Haager Einheitliche Gesetz über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen (ULFS) hervor,⁷² die allerdings nicht die erwartete Zahl von Vertragsstaaten anzuziehen vermochten.⁷³ Aufgrund dieses relativen Misserfolgs der Haager Kaufrechtsübereinkommen wurde sodann im Rahmen von UNCITRAL das CISG entwickelt, das zwar inhaltlich in weiten Teilen an das ULIS und das ULFS anknüpfte, aber vielfach auch von ihnen abwich und andere, innovative Lösungen enthielt, um für Rechtsordnungen außerhalb Westeuropas attraktiver zu werden.⁷⁴ Es ergibt sich bereits aus diesem nicht linearen Ablauf der Entstehungsgeschichte, dass nicht allen ihrer Stufen derselbe Stellenwert bei der Auslegung des Übereinkommens beigemessen werden kann. Bestimmte Festlegungen, die bereits im Kaufrechtsausschuss von UNIDROIT getroffen wurden, wurden in der Folge nicht mehr thematisiert oder in Frage gestellt. Inwieweit darin eine bewusste Entscheidung im Zeitpunkt der diplomatischen Konferenz gesehen werden kann, ist jeweils anhand der konkreten Frage zu beantworten. Während eine Maßgeblichkeit für grundlegende Weichenstellungen naheliegt, kann dies eher nicht für jedes Detail angenommen werden. Dies gilt umso mehr, da zwischen den ersten Verhandlungen im Kaufrechtsausschuss und der diplomatischen Konferenz fünfzig Jahre liegen.

Eine weitere Schwierigkeit besteht darin festzustellen, ob die Gründe für bestimmte Entscheidungen noch vorliegen oder ob sie dem Kontext der Entstehungszeit geschuldet sind. Hat sich die Vertragspraxis im internationalen Handel derart verändert, dass die Grundlage für die Entscheidung entfallen ist,⁷⁵ sollte es möglich sein, sich von solchen Festlegungen zu lösen und eine aktualisierte, zeitgemäße Auslegung vorzunehmen, insbesondere da eine Überarbeitung des Übereinkommens eine neue diplomatische Konferenz

⁷¹ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Einleitung, Rn. 20; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Einleitung, I.

⁷² *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Einleitung, Rn. 22; siehe ausführlich hierzu von *Caemmerer*, *RabelsZ* 29 (1965), 101, 102 ff.

⁷³ *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Einleitung, I.

⁷⁴ *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Introduction to the CISG, para. 8; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Einleitung, Rn. 24.

⁷⁵ *Perales Viscasillas*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 40; *Schwenzer/Hachem*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 7, para. 22.

erforderte und daher wohl aus praktischen Gründen ausscheidet.⁷⁶ Eine solche dynamische Auslegung des Übereinkommens verhindert eine Erstarrung des CISG, die letztlich zu seiner Unbrauchbarkeit führen könnte, und muss damit als im Interesse der Verfasser des Übereinkommens angesehen werden.⁷⁷

c) Teleologische Auslegung

Viele Autoren zählen auch die teleologische Auslegung (*purposive interpretation*)⁷⁸ zu den Methoden der Auslegung des Übereinkommens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG.⁷⁹ Das teleologische Element richtet sich dabei nicht lediglich auf die oben genannten allgemeinen Auslegungsziele des Art. 7 Abs. 1 CISG, sondern insbesondere auch auf die Zwecke bestimmter Einzelregelungen im Übereinkommen.⁸⁰ Diese Zwecke dürfen indes nicht aus dem nationalen Recht ergeben, sondern sind ihrerseits autonom und international einheitlich zu bestimmen.⁸¹

d) Rechtsvergleichende Auslegung

Die Rolle der Rechtsvergleichung für die Auslegung des Übereinkommens ist umstritten. Während zum Teil auf die große Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Auslegung des Einheitsrechts hingewiesen wird,⁸² sehen andere Autoren die rechtsvergleichende Auslegung als Antonym der autonomen Auslegung an.⁸³ Selbst unter grundsätzlichen Befürwortern der Rechtsvergleichung als Auslegungsmethode besteht allerdings Einigkeit, dass eine rechts-

⁷⁶ Van Alstine, 146 U. Pa. L. Rev. (1998), 687, 746.

⁷⁷ Perales Viscasillas, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 40; Schwenzler/Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzler (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 7, para. 22; kritisch in Bezug auf eine dynamische Auslegung *Bridge*, International Sale of Goods, para. 10.41.

⁷⁸ Magnus, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 33, 56.

⁷⁹ Bodenheimer, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 7, Rn. 16; Gruber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 19; Peter Huber, IHR 2006, 228, 230; Kramer, JBl 1996, 137, 144; Magnus, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 33, 56 f.; Schlechtriem/Schroeter, Rn. 108; Schwenzler, in: Schwenzler/Atamer/Butler (Hrsg.), Current Issues in the CISG and Arbitration, 109, 133; Claude Witz, Int'l Bus. L.J. (2001), 253, 255; kritisch Hager, in: FS Huber, 319, 323.

⁸⁰ Kramer, JBl 1996, 137, 144; Münch, in: jurisPK-BGB, CISG, 8. Auflage 2017, Art. 7, Rn. 50; Schlechtriem/Schroeter, Rn. 108.

⁸¹ Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 187; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 7, Rn. 36.

⁸² Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 198; Kadner Graziano, in: Blaurock/Maultzsch (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht und Vereinheitlichung der Rechtsanwendung, 13, 38; Martin Köhler, Haftung nach UN-Kaufrecht, 43 f.; Schwenzler/Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzler (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 7, para. 24.

⁸³ Siehe etwa Ferrari, IHR 2013, 181, 187; Schlechtriem/Schroeter, Rn. 110.

vergleichende Auslegung eine eher ergänzende Rolle einnimmt⁸⁴ und nicht zur blinden Übernahme nationaler Lösungen führen darf.⁸⁵ Ziel einer rechtsvergleichenden Methode ist daher nicht, durch den Vergleich einiger nationaler Rechte zu einer letztverbindlichen Lösung zu kommen, sondern vielmehr sich den internationalen Resonanzraum für eine autonome Auslegung zu vergegenwärtigen und damit den Rahmen einer international einheitlichen Auslegung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG zu bestimmen.⁸⁶ Schon aufgrund ihrer vergleichenden Natur ist die Methode nicht geeignet, verbindliche Lösungen zu generieren, sondern bietet zusätzliche Argumente für die Praktikabilität einer Lösung oder deren internationale Akzeptanzfähigkeit.⁸⁷ Stehen nach Erschöpfung der übrigen Methoden mehrere denkbare Auslegungsergebnisse zur Verfügung, kann die rechtsvergleichende Methode dabei behilflich sein, diejenige mit dem höchsten Potenzial internationaler Akzeptanz auszuwählen.⁸⁸

Führt die Auslegung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG nicht zu einem Ergebnis, wird der Rechtsanwender auf die Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG verwiesen.

B. Die Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG

Die Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG beginnt mit der Feststellung einer Lücke im Sinne des Übereinkommens (I.), die dann auf die gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG vorgegebene Art und Weise zu füllen ist (II.).

I. Die Feststellung von Lücken im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG

Art. 7 Abs. 2 CISG nennt zwei Voraussetzungen für das Vorliegen einer Lücke. Die Norm spricht zunächst von „questions concerning matters governed by this Convention“. Die angesprochenen Fragen müssen daher in den Regelungsbereich des Übereinkommens fallen (1.). Eine Lückenfüllung gemäß

⁸⁴ Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 224.

⁸⁵ Magnus, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 33, 56; Schwenger/Hachem, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 7, para. 24.

⁸⁶ Schwenger, in: Schwenger/Atamer/Butler (Hrsg.), Current Issues in the CISG and Arbitration, 109, 114.

⁸⁷ Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 199, 224; Schwenger, in: Schwenger/Atamer/Butler (Hrsg.), Current Issues in the CISG and Arbitration, 109, 114; ähnlich Martin Köhler, Haftung nach UN-Kaufrecht, 44: „einseitige Prägung durch nationale Strukturen vermeiden“.

⁸⁸ Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 224.

Art. 7 Abs. 2 CISG ist dann für solche Fragen möglich, die nicht ausdrücklich vom Übereinkommen entschieden werden („not expressly settled in it“) (2.).

1. Die Bestimmung des Regelungsbereichs

Das Übereinkommen erkennt in der Regelung des Art. 7 Abs. 2 CISG selbst an, dass sein Regelungsbereich über die ausdrücklich getroffenen Regelungen hinausgeht. Es gibt also Fragen, die in den Regelungsbereich des Übereinkommens fallen, aber nicht ausdrücklich entschieden werden.⁸⁹ Die begriffliche Trennung zwischen sogenannten internen Lücken einerseits und externen Lücken andererseits⁹⁰ wird hier nicht aufgegriffen, da eine Lücke ohnehin nur dort bestehen kann, wo grundsätzlich eine Regelung erwartet werden kann.⁹¹ Lücken sind daher stets interne Lücken.⁹² Materien außerhalb des Regelungsbereichs stellen hingegen gar keine Lücken des Übereinkommens dar, sondern sind schlichtweg von diesem nicht erfasst.⁹³ Der Begriff der ‚internen Lücke‘ ist daher tautologisch und der Begriff der ‚externen Lücke‘ eine *contradictio in adiecto*.⁹⁴

Die konkrete Bestimmung des in Art. 7 Abs. 2 CISG angesprochenen Regelungsbereichs ist indes schwieriger. Auch sie hat insgesamt autonom und international einheitlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG zu erfolgen.⁹⁵ Auf Qualifikationen aus dem nationalen Recht kann nicht zurückgegriffen werden.⁹⁶ Eine erste negative Abgrenzung erlauben die ausdrücklichen Ausschlüsse in Art. 4 CISG hinsichtlich Eigentums- und Gültigkeitsfragen, die nicht dem Übereinkommen unterfallen. Einigkeit besteht des Weiteren dahingehend, dass die Wendung in Art. 4 S. 1 CISG, das Übereinkommen regele ausschließlich den Abschluss des Kaufvertrages und die Rechte und Pflichten der Parteien, nicht wörtlich zu verstehen ist, da das Übereinkommen selbst

⁸⁹ *Schwenzer/Hachem*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4. Auflage 2016, Art. 7, para. 30.

⁹⁰ *Bodenheimer*, in: *BeckOGK-BGB, CISG*, 1.7.2020, Art. 7, Rn. 19; *Gruber*, in: *Münchener Kommentar zum BGB, CISG*, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 36; *Mankowski*, in: *Münchener Kommentar zum HGB, CISG*, 4. Auflage 2018, Art. 4, Rn. 4; siehe für die englische Bezeichnung *internal gap*, *Basedow*, 5 *Unif. L. Rev.* (2000), 129, 135; *McMahon*, 44 *Col. J. Transnat'l L.* (2006), 992, 1032.

⁹¹ *Kramer*, *JB* 1996, 137, 147; *Martin Köhler*, *Haftung nach UN-Kaufrecht*, 45.

⁹² *Gruber*, *Methoden des Einheitsrechts*, 282.

⁹³ *Kramer*, *JB* 1996, 137, 147; *Martin Köhler*, *Haftung nach UN-Kaufrecht*, 45; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 147.

⁹⁴ *Himmen*, *Lückenfüllung*, 61; siehe auch *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 147: „sprachlich unschöne[r] und sachlich ungenaue[r] Begriff“.

⁹⁵ *Himmen*, *Lückenfüllung*, 61 ff.; *Schwenzer*, in: *Schwenzer/Atamer/Butler* (Hrsg.), *Current Issues in the CISG and Arbitration*, 109, 115.

⁹⁶ *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 117; *Schwenzer*, in: *Schwenzer/Atamer/Butler* (Hrsg.), *Current Issues in the CISG and Arbitration*, 109, 115.

auch andere Fragen ausdrücklich regelt.⁹⁷ Wie im Übrigen die Wendung „matters governed by this Convention“ zu verstehen ist, ist umstritten.⁹⁸

Zum Teil wurde vorgeschlagen, den Regelungsbereich des Übereinkommens von vornherein ausschließlich anhand seiner Vorschriften und seiner allgemeinen Grundsätze zu bestimmen.⁹⁹ Danach seien insbesondere die allgemeinen Grundsätze im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG entscheidend, um den Regelungsbereich des Übereinkommens zu ermitteln.¹⁰⁰ Könne ein allgemeiner Grundsatz zur Beantwortung der Rechtsfrage herangezogen werden, erhebe das Übereinkommen einen Regelungsanspruch.¹⁰¹ Halte das Übereinkommen weder eine ausdrückliche Regelung noch einen allgemeinen Grundsatz für die Beantwortung der Frage bereit, könne nicht von einem Regelungsanspruch des Übereinkommens ausgegangen werden.¹⁰² Lässt sich die Frage weder anhand des Übereinkommens noch anhand seiner allgemeinen Grundsätze entscheiden, liege sie folglich außerhalb des Regelungsbereichs des Übereinkommens.¹⁰³

Diesem Verständnis der Abgrenzung des Regelungsbereichs ist zuzugeben, dass die Lückenfeststellung und die Lückenausfüllung oft eng miteinander verbunden sind und von denselben Wertungen abhängen können.¹⁰⁴ In vielen Fällen wird sich daher auch im Übereinkommen die Eröffnung des Regelungsbereichs daraus ergeben, dass sich ein allgemeiner Grundsatz oder eine Analogie zur Lösung der Frage aufdrängen.¹⁰⁵ Dennoch taugt diese Methode nicht allgemein zur Bestimmung des Regelungsbereichs. Sie setzt sich zunächst klar in Widerspruch zum Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 CISG, der eindeutig zwischen Feststellung der Lücke als Tatbestand und der Lückenausfüllung durch allgemeine Grundsätze als Rechtsfolge unterscheidet.¹⁰⁶ Darüber hinaus

⁹⁷ *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, Art. 4, para. 6; *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 4, Rn. 8; *Slechtriem/Schroeter*, Rn. 115; ähnlich *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 4, Rn. 8 f., der für eine weite Auslegung der Begriffe eintritt und darunter alle Bereiche subsumiert, für die das Übereinkommen einen Regelungswillen ausdrückt.

⁹⁸ *Himmen*, Lückenfüllung, 62.

⁹⁹ *Frigge*, Externe Lücken, 71; *Martin Köhler*, Haftung nach UN-Kaufrecht, 46; in diese Richtung wohl auch *Magnus*, *RabelsZ* 59 (1995), 469, 475.

¹⁰⁰ *Frigge*, Externe Lücken, 71; *Martin Köhler*, Haftung nach UN-Kaufrecht, 46.

¹⁰¹ *Magnus*, *RabelsZ* 59 (1995), 469, 475; *Martin Köhler*, Haftung nach UN-Kaufrecht, 46; zurückhaltender *Schwenzer/Hachem*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 7 para. 30.

¹⁰² *Martin Köhler*, Haftung nach UN-Kaufrecht, 46 f.

¹⁰³ *Frigge*, Externe Lücken, 71; *Martin Köhler*, Haftung nach UN-Kaufrecht, 47.

¹⁰⁴ Siehe ausführlich *Canaris*, Feststellung von Lücken, 56 f., 72 ff.

¹⁰⁵ *Schmid*, Lückenfüllung und Normenkonkurrenz, 54; *Schwenzer/Hachem*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 7, para. 30.

¹⁰⁶ *Himmen*, Lückenfüllung, 63.

wäre bei konsequenter Durchführung dieses Ansatzes der Rekurs auf das nationale Recht im Rahmen des Art. 7 Abs. 2 CISG überflüssig, da in diesen Fällen die Anwendung von Art. 7 Abs. 2 CISG von vornherein ausschiede.¹⁰⁷ Schließlich trägt dieser Ansatz der Unterscheidung in Art. 7 Abs. 2 CISG zwischen den Begriffen *matters* und *questions* nicht ausreichend Rechnung, die zwischen der konkret zu entscheidenden Frage und der Zugehörigkeit dieser Frage zu einem Regelungsgegenstand differenziert.¹⁰⁸ Diese Unterscheidung im Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 CISG würde durch die Verquickung der Bestimmung des Regelungsbereichs mit der Beantwortbarkeit der Frage anhand allgemeiner Grundsätze aufgehoben. Im Ergebnis wird sich also zwar in vielen Fällen die Eröffnung des Regelungsbereichs aus dem Vorliegen einschlägiger allgemeiner Grundsätze ergeben, umgekehrt sind indes ausweislich Art. 7 Abs. 2 CISG auch Fälle denkbar, in denen einschlägige allgemeine Grundsätze fehlen und eine Regelung dennoch dem Regelungsbereich des Übereinkommens unterfällt.¹⁰⁹

Ulrich G. Schroeter hat zur Konkretisierung der Bestimmung des Regelungsbereichs eine zweigliedrige Abgrenzungsformel vorgeschlagen.¹¹⁰ Erstes Element der Abgrenzung soll danach der vom Übereinkommen erfasste Sachverhalt sein.¹¹¹ Ob ein bestimmter Lebenssachverhalt geregelt ist, sei durch Auslegung der Vorschriften des Übereinkommens zu bestimmen.¹¹² Wird der Lebenssachverhalt grundsätzlich vom Übereinkommen geregelt, ist in einem zweiten Schritt entscheidend, hinsichtlich welcher Fragen das Übereinkommen einen abschließenden Interessenausgleich oder eine abschließende Risikoallokation beabsichtigt.¹¹³ Insbesondere das von *Ulrich G. Schroeter* entwickelte rechtliche Kriterium des Interessenausgleichs durch das Übereinkommen erscheint geeignet, der ansonsten schwierigen Bestimmung des Regelungsbereichs mehr Kontur und ein materielles Abgrenzungsmerkmal zu geben. Für das Kriterium des Interessenausgleichs ist nicht zu verlangen, dass eine erschöpfende Regelung hinsichtlich jeder Frage des Bereichs vorliegt. Vielmehr ist ausreichend, dass das Übereinkommen einen solchen Interessen-

¹⁰⁷ *Himmen*, Lückenfüllung, 63; *Schmid*, Lückenfüllung und Normenkonkurrenz, 54; so *Martin Köhler*, Haftung nach UN-Kaufrecht, 47, der Art. 7 Abs. 2 CISG in dieser Hinsicht lediglich die Klarstellung entnimmt, dass anders als für das Haager Kaufrecht kein Rückgriff auf rechtsvergleichend ermittelte allgemeine Grundsätze statthaft sei, siehe zu diesem Problem für das ULIS, *Magnus*, *RabelsZ* 59 (1995), 469, 474.

¹⁰⁸ Siehe zu dieser Unterscheidung im Text, *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 133.

¹⁰⁹ *Schmid*, Lückenfüllung und Normenkonkurrenz, 54.

¹¹⁰ *Schroeter*, 58 *Vill. Law Review* (2013), 553, 564; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 124.

¹¹¹ *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 125 ff.

¹¹² *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 125 ff.

¹¹³ *Schroeter*, 58 *Vill. Law Review* (2013), 553, 564; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 130 f.

ausgleich oder eine solche Risikoallokation grundsätzlich beabsichtigt.¹¹⁴ Fehlt es an einem solchen beabsichtigten Interessensausgleich, spricht dies grundsätzlich gegen die Eröffnung des Regelungsbereichs des Übereinkommens. Diese zweigliedrige Prüfung wird daher in der Folge bei der Bestimmung des Regelungsbereiches gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG zugrunde gelegt.

2. Nicht ausdrücklich entschiedene Fragen im Regelungsbereich

Das zweite Merkmal des Art. 7 Abs. 2 CISG ist eine vom Übereinkommen nicht ausdrücklich entschiedene Frage („not expressly settled“ bzw. „pas expressément tranchées“). Die Norm nimmt daher Fragen in den Blick, für die die Vorschriften des Übereinkommens keine ausdrückliche Lösung bieten und eine solche sich auch nicht unter Verwendung der oben genannten Auslegungsmethoden herleiten lässt.¹¹⁵ Eine Frage ist demnach nicht ausdrücklich entschieden, wenn sich auch unter Auslegung der Vorschriften des Übereinkommens keine klare Antwort auf die aufgeworfene Rechtsfrage ergibt. Die Grenze zwischen Auslegung und Lückenfüllung kann allerdings im Einzelfall fließend sein.¹¹⁶

Probleme bereiten hinsichtlich der nicht ausdrücklich entschiedenen Fragen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG insbesondere bewusste Auslassungen der Verfasser des Übereinkommens. Haben die Verfasser des Übereinkommens also im Regelungsbereich des Übereinkommens eine Frage bewusst nicht geregelt, etwa weil ein bestimmtes Rechtsinstitut nicht eingeführt werden sollte¹¹⁷ oder weil ein Rekurs auf das nationale Recht für die beste Lösung gehalten wurde,¹¹⁸ wird nach traditioneller Auffassung das Vorliegen einer nicht entschiedenen Frage im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG abgelehnt.¹¹⁹ In diesen Fällen wird von einem qualifizierten oder beredten Schweigen gesprochen.¹²⁰ Solche bewussten Auslassungen der Verfasser

¹¹⁴ *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 130, 133.

¹¹⁵ *Himmen*, Lückenfüllung, 80; siehe zum Vorrang der Auslegung vor Art. 7 Abs. 2 CISG *Gruber*, Methoden des Einheitsrechts, 134; *Schwenzer/Hachem*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 7, para. 29.

¹¹⁶ *Deumier*, in: *Mélanges Cl. Witz*, 265, 270; *Schwenzer/Hachem*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 7, para. 29.

¹¹⁷ Siehe für das Beispiel des kaufmännischen Bestätigungsschreibens, *Van Alstine*, 146 U. Pa. L. Rev. (1998), 687, 768.

¹¹⁸ Siehe etwa für das Beispiel der Zinshöhe im Rahmen von Art. 78 CISG, *Schwenzer/Hachem*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 7, para. 30.

¹¹⁹ *Schlechtriem/Butler*, para. 46.

¹²⁰ *Hartmann*, IHR 2009, 189, 190; *Paal*, ZvglRWiss 110 (2011), 64, 71.

sollten grundsätzlich geachtet werden.¹²¹ Nach deutscher Terminologie fehlt es an der Planwidrigkeit der Nichtregelung.¹²²

Gleichzeitig sollte allerdings stets geprüft werden, ob die Gründe für die Entscheidung der Verfasser, soweit feststellbar, noch vorliegen oder ob sich der rechtliche und tatsächliche Kontext der Rechtsfrage derart verändert hat, dass die Entscheidung der Verfasser des Übereinkommens nicht mehr als bindend anzusehen ist.¹²³ Mit dem historischen Kontext kann sich dann auch die zu entscheidende Frage im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG ändern. Der Rechtsanwender muss sich also mit den Hintergründen der Entscheidung auseinandersetzen und feststellen, ob diese Gründe nach wie vor gelten. Entbehrt die ursprüngliche Entscheidung im Lichte tatsächlicher oder rechtlicher Entwicklungen nunmehr ihrer Grundlage, sollte einer Lückenfüllung oder Weiterentwicklung des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG grundsätzlich nichts im Wege stehen.¹²⁴ Zum Teil wird in diesem Zusammenhang von einer nachträglichen Lücke gesprochen.¹²⁵ Eine Verhinderung der Anpassung des Übereinkommens in diesen Fragen würde demgegenüber zu einer Versteinerung des Übereinkommens und langfristig zu seiner Unbrauchbarkeit führen.¹²⁶ Eine Schwierigkeit kann indes darin bestehen, taugliche inhaltliche Anknüpfungspunkte im CISG zu finden, um diese nachträglichen Lücken anhand von Wertungen des Übereinkommens zu füllen.¹²⁷

II. Die Art und Weise der Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG

Liegt eine nicht entschiedene Frage im Regelungsbereich des Übereinkommens vor, ist diese Lücke gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG zu schließen. In Betracht kommt eine Lückenfüllung durch Analogie (1.) sowie anhand der allgemeinen Grundsätze, die dem CISG im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG zugrunde liegen (2.).

1. Die Lückenfüllung kraft Analogie

Trotz der Stille des Übereinkommens ist allgemein anerkannt, dass auch der Analogieschluss zur Lückenfüllung im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 CISG statt-

¹²¹ *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 137.

¹²² *Paal*, *ZvglRWiss* 110 (2011), 64, 71.

¹²³ *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 137.

¹²⁴ *Schroeter*, *RabelsZ* 81, 32, 70.

¹²⁵ *Gruber*, *Methoden des Einheitsrechts*, 280; siehe für das deutsche Recht, *Canaris*, *Feststellung von Lücken*, 135 f.

¹²⁶ *Van Alstine*, 146 *U. Pa. L. Rev.* (1998), 687, 694, 777; siehe auch *Schwenzer/Hachem*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4. Auflage 2016, Art. 7, para. 28, 30.

¹²⁷ Siehe hierzu ausführlich unten, S. 74 ff.

haft ist.¹²⁸ Gleiches gilt für das *argumentum a fortiori* und das *argumentum e contrario*.¹²⁹ Zur Begründung wird – bezeichnenderweise bereits unter Verwendung eines *argumentum a maiore ad minus*¹³⁰ – angeführt, dass dem Rechtsanwender gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG die Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze offenstehe und daher erst recht auch schonendere, gesetzesnähere Formen der Lückenfüllung wie die Analogie, der Größenschluss oder der Umkehrschluss zulässig sein müssten.¹³¹ Jedenfalls werden die oben genannten Schlussformen in den meisten Rechtsordnungen verwendet und es ist kein Grund ersichtlich, sie nicht auch auf Ebene des Einheitsrechts nutzbar zu machen.¹³² Die Analogie rechtfertigt sich aus dem Gleichheitssatz, der es gebietet, nach der *ratio legis* vergleichbare Fälle gleich zu behandeln.¹³³ Die Vergleichbarkeit des geregelten und des nicht geregelten Sachverhalts im Lichte der Gesetzeszwecke muss auch der Ausgangspunkt für das Übereinkommen sein,¹³⁴ wobei die rechtliche Vergleichbarkeit aus den Wertungen und Zwecken des Übereinkommens selbst und nicht aus dem internen nationalen Recht zu folgen hat.¹³⁵ Eine Analogie ist daher im CISG gerechtfertigt, wenn die nicht geregelte Frage nach der *ratio legis* der geregelten Frage derart gleicht, dass eine gleichartige Behandlung geboten erscheint.

¹²⁸ Bonell, Riv. Dir. Civ. 1986, 221, 234; Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 47; Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 286 ff.; Hellner, in: FS Hjerner, 219, 233; Perales Viscasillas, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 57; Schmid, Lückenfüllung und Normenkonkurrenz, 66 f.; Schwenzer/Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 7, para. 31; kritisch Himmen, Lückenfüllung, 215, der zufolge die Analogie zwar zulässig sei, allerdings „bedeutungslos für Rechtsanwendungspraxis“; siehe auch Schlechtriem/Schroeter, Rn. 139, denen zufolge eine Grenzziehung zwischen Analogie und allgemeinen Grundsätzen „theoretisch zwar möglich, praktisch aber kaum von Bedeutung sein (dürfte)“.

¹²⁹ Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 286 ff.

¹³⁰ Paal, ZvgIRWiss 110 (2011), 64, 87.

¹³¹ Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 287; Himmen, Lückenfüllung, 215; Paal, ZvgIRWiss 110 (2011), 64, 86.

¹³² Siehe insbesondere Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 290 ff., der darauf hinweist, dass sich in Rechtsordnungen des *common law* zwar eine gewisse Zurückhaltung bei der Fortentwicklung statutorischen Rechts ausmachen lasse, die Schlussformen allerdings fest in der Fortentwicklung des Fallrechts verankert seien; so auch Langenbucher, 57 CLJ (1998), 481, 491 ff.; siehe für das französische Recht, Roland/Boyer, Introduction au droit, n° 367; Terré, Introduction générale au droit, n° 551; siehe für das Recht der EU Neuner, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, §12, Rn. 32 ff.

¹³³ Larenz, Methodenlehre, 381; Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 260; Kropholler, Einheitsrecht, 293 f.; siehe auch für einen Vergleich mit dem englischen Recht, Langenbucher, 57 CLJ (1998), 481, 504 ff.

¹³⁴ Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 292; Kropholler, Einheitsrecht, 293 f.; Schmid, Lückenfüllung und Normenkonkurrenz, 66 f.

¹³⁵ Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 292.

Die Analogie wird allgemein als vorrangige Form der Lückenfüllung betrachtet, da der Richter einen geringeren Ermessenspielraum habe und sie daher gesetzesnäher als die Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze sei.¹³⁶ Zutreffend ist, dass der Richter bei der Analogie jedenfalls hinsichtlich der übertragenen Rechtsfolge einen geringeren Spielraum hat. Ob sich es sich bei der Analogie tatsächlich regelmäßig um eine gesetzesnähere Form der Lückenfüllung handelt, erscheint allerdings jedenfalls in dieser Allgemeinheit fraglich.¹³⁷ Bei der Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG müssen auch im Rahmen eines Analogieschlusses die allgemeinen Grundsätze, auf denen das Übereinkommen beruht, Berücksichtigung finden. Auch eine Analogie muss an diesen Grundsätzen gemessen werden und darf sich nicht in Widerspruch zu ihnen setzen. Für eine konkrete Rechtsfrage ist daher nicht die Analogie stets vorrangig, sondern diejenige Lösung, die sich am besten in das Gesamtsystem des Übereinkommens einfügt und den Zielen der einheitlichen und international autonomen Anwendung des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG am ehesten gerecht wird, unabhängig davon, ob es sich um eine Analogie oder eine Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze handelt.¹³⁸

2. Die Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze des Übereinkommens

Zunächst sollen die Herleitung allgemeiner Grundsätze (a) sowie deren Konkretisierung für die Lückenfüllung (b) dargelegt werden, bevor die Grenzen der Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG untersucht werden sollen (c).

a) Die Herleitung allgemeiner Grundsätze

Gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG hat die Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze zu erfolgen, die dem CISG zugrunde liegen („general principles on which it is based“ bzw. „les principes généraux dont elle s’inspire“). Der Rechtsanwender hat also zunächst einen einschlägigen allgemeinen Grundsatz im Übereinkommen zu identifizieren und zu konturieren, bevor dessen Aussagegehalt für die konkrete Frage im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG festzustellen ist.

¹³⁶ Bonell, in: Bianca/Bonell (Hrsg.), CISG, Commentary, Art. 7, no. 2.3.2.1.; Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 47; Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 288; Karner/Koziol, Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts, 25; Perales Viscasillas, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 57; Schmid, Lückenfüllung und Normenkonkurrenz, 66.

¹³⁷ Kritisch auch Himmen, Lückenfüllung, 163.

¹³⁸ Etwas zurückhaltender Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 47, dem zufolge eine Analogie nicht vorrangig ist, wenn sich die zu entscheidende Frage zu sehr von der geregelten Frage unterscheidet.

Das CISG enthält keine Aufzählung seiner allgemeinen Grundsätze. Es obliegt daher der Lehre und der Rechtsprechung diese Grundsätze zu identifizieren und auszufüllen.¹³⁹ Ein allgemeiner Grundsatz, der dem CISG zugrunde liegt, kann dabei sowohl aus mehreren Bestimmungen in einer Gesamtschau hergeleitet werden¹⁴⁰ als auch einzelnen Vorschriften entnommen werden, die einen verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken enthalten.¹⁴¹ Darüber hinaus können Grundsätze dem Übereinkommen auch zugrunde liegen, ohne ausdrücklich genannt zu werden, soweit das CISG einen solchen Grundsatz erkennbar voraussetzt.¹⁴²

Die allgemeinen Grundsätze sind grundsätzlich dem Übereinkommen oder seiner Entstehungsgeschichte zu entnehmen, nicht hingegen späteren Regelwerken oder *soft law* wie den UNIDROIT Principles.¹⁴³ Dies schließt indes nicht aus, dass auch spätere Regelwerke oder *soft law* zum Verständnis der fortschreitenden Entwicklung bestimmter allgemeiner Grundsätze im internationalen Handelsrecht und ihrer internationalen Konsensfähigkeit zugezogen werden.¹⁴⁴ Die UNIDROIT Principles können dann gegebenenfalls zur Kontextualisierung bestimmter allgemeiner Grundsätze herangezogen werden, um dem dynamischen Verständnis eines allgemeinen Grundsatzes Kontur zu verleihen.¹⁴⁵ Eigenständige Grundsätze können aus diesen Regelwerken allerdings nicht in das CISG importiert werden.¹⁴⁶

¹³⁹ Andersen, Uniformity, 127; Bridge, International Sale of Goods, para. 10.47; Perales Viscasillas, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 62; siehe für eine Übersicht mittlerweile weitgehend anerkannter allgemeiner Grundsätze im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG, Magnus, Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 7, Rn. 41 ff.

¹⁴⁰ Magnus, RabelsZ 59 (1995), 469, 477 f.

¹⁴¹ Magnus, RabelsZ 59 (1995), 469, 477 f.; Schroeter, 41 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. (2017), 1, 19; zurückhaltend Metzger, Allgemeine Rechtsgrundsätze, 502.

¹⁴² Magnus, RabelsZ 59 (1995), 469, 478, mit Verweis auf den Grundsatz *pacta sunt servanda*.

¹⁴³ Flechtner, in: FS Magnus, 193, 205; Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 304 ff.; Michaels, RabelsZ 62 (1998), 580, 606; Schroeter, RabelsZ 81 (2017), 32, 65; Schwenger, in: Schwenger/Atamer/Butler (Hrsg.), Current Issues in the CISG and Arbitration, 109, 117 f.; Claude Witz, Int'l Bus. L.J. (2001), 253, 272; andere Ansicht: Magnus, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 33, 45 f.; siehe auch Perales Viscasillas, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 67, der zufolge die Legitimität der UPICC durch die Empfehlung durch UNCITRAL gestiegen sei.

¹⁴⁴ Schwenger/Hachem, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 7, para. 36; Van Alstine, 146 U. Pa. L. Rev. (1998), 687, 784; Veneziano, 15 Unif. L. Rev. (2010), 137, 142.

¹⁴⁵ Schwenger, in: Schwenger/Atamer/Butler (Hrsg.), Current Issues in the CISG and Arbitration, 109, 118; Veneziano, 15 Unif. L. Rev. (2010), 137, 142; Claude Witz, Int'l Bus. L.J. (2001), 253, 272.

¹⁴⁶ Flechtner, in: FS Magnus, 193, 205; Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 304 ff.; Michaels, RabelsZ 62 (1998), 580, 606; Schroeter, RabelsZ 81 (2017), 32, 65; Schwenger,

b) *Die Konkretisierung allgemeiner Grundsätze zur Lückenfüllung*

Sofern ein einschlägiger allgemeiner Grundsatz gefunden oder hergeleitet werden kann, ist in einem zweiten Schritt dieser Grundsatz für die Lösung der Rechtsfrage zu konkretisieren.¹⁴⁷ Dabei ist die für die zu beantwortende Frage entscheidende Wertung, auf der das Übereinkommen beruht, zu extrahieren und für die Lückenfüllung greifbar zu machen. Dies zeigt, dass die Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze keine freie Lückenfüllung darstellt, sondern darin besteht, im Übereinkommen angelegte Wertungen zu erkennen und auf neue Fragen zu übertragen.

Bedeutsam ist dies insbesondere im Fall der unbestimmteren Grundsätze wie des guten Glaubens im internationalen Handel¹⁴⁸ oder des Grundsatzes des Vernünftigen (*reasonableness*).¹⁴⁹ Allerdings gilt es auch bei Heranziehung konkreterer Grundsätze, wie etwa der Totalreparation¹⁵⁰ oder des *favor-contractus*-Grundsatzes,¹⁵¹ die Teleologie des Grundsatzes, seine normative Ausgestaltung im Übereinkommen und deren spezifische Bedeutung für die zu beantwortende Rechtsfrage herauszuarbeiten. Sodann ist zu prüfen, wie sich die derart konkretisierte Lösung in das Gesamtsystem des Übereinkommens einfügen kann und in welchem Verhältnis sie zu anderen allgemeinen Grundsätzen steht.

c) *Die Grenzen der Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze*

Der in Art. 7 Abs. 2 CISG vorgesehene Mechanismus hat sich grundsätzlich bewährt und wird sowohl von der Rechtsprechung als auch der Lehre regel-

in: Schwenger/Atamer/Butler (Hrsg.), *Current Issues in the CISG and Arbitration*, 109, 117 f.

¹⁴⁷ Karollus, UN-Kaufrecht, 17.

¹⁴⁸ Die überwiegende Ansicht erkennt einen solchen Grundsatz im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG an, siehe etwa Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 48 f.; Magnus, *RabelsZ* 59 (1995), 469, 480; Schwenger/Hachem, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4. Auflage 2016, Art. 4, para. 28; kritisch Farnsworth, 3 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* (1995), 47, 57.

¹⁴⁹ Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 53; Magnus, *RabelsZ* 59 (1995), 469, 482; Perales Viscasillas, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 64.

¹⁵⁰ Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 52; Perales Viscasillas, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 64.

¹⁵¹ Bonell, in: Bianca/Bonell (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 1987, Art. 7, no. 2.3.2.2.; Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 54; Magnus, *RabelsZ* 59 (1995), 469, 482; Schwenger/Hachem, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4. Auflage 2016, Art. 7, para. 35.

mäßig zur Füllung von Lücken des Übereinkommens angewandt.¹⁵² Zum Teil wurde die Lückenfüllung indes recht freihändig gehandhabt.¹⁵³ Als jüngstes Beispiel einer gesteigerten Audazität bei der Lückenfüllung kann die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Aufrechnung konventionsinterner Forderungen aus demselben Vertragsverhältnis gelten.¹⁵⁴ Entgegen der ursprünglich überwiegenden Auffassung¹⁵⁵ entschied der Bundesgerichtshof im Anschluss an eine im Vordringen befindliche Ansicht,¹⁵⁶ dass die Aufrechnung konventionsinterner Forderungen aus demselben Vertragsverhältnis in den Regelungsbereich des Übereinkommens falle und dass es im CISG grundsätzlich einer Aufrechnungserklärung bedürfe.¹⁵⁷ Die Entscheidung hat in der Sache viel Zustimmung,¹⁵⁸ aber auch Kritik erfahren.¹⁵⁹ Ungeachtet der Bewertung des Ergebnisses der Entscheidung wirft sie die methodische Frage auf, ob es sich tatsächlich noch um eine bloße Lückenfüllung handelt oder ob vielmehr schon um eine freihändigere Weiterentwicklung des Übereinkommens vorliegt.¹⁶⁰

Diese gesteigerte Art von Lückenfüllung macht sich zwar die in Art. 7 Abs. 2 CISG enthaltenen Werkzeuge zu Nutze, regelt allerdings zum Teil

¹⁵² *Schroeter*, *RabelsZ* 81 (2017), 32, 65.

¹⁵³ *Gruber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 42, mit Verweis auf das Übersendungserfordernis für allgemeine Geschäftsbedingungen; siehe auch *Schroeter*, *RabelsZ* 81 (2017), 32, 65, zur Begründung einer allgemeinen Kooperations- und Informationspflicht der Parteien in BGH, 31.10.2001, BGHZ 149, 113, 118.

¹⁵⁴ BGH, 24.9.2014, BGHZ 202, 258, 278 ff., siehe auch die kritischen Anmerkungen von *Peter Huber*, *IPRax* 2017, 268, 272; *Förster*, *NJW* 2015, 830, 833.

¹⁵⁵ U.S. District Court, Northern District of Illinois, *Maxxsonics USA, Inc. v. Fengshung Peiying Electro Acoustic Company Ltd*, 21.3.2012, CISG-online Nr. 2372; OLG Düsseldorf *NJW-RR* 1997, 822; 823; *Bonell*, 56 *Am. J. Comp. L.* (2008), 1, 3; *Ferrari*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Art. 4, Rn. 39; *Honnold/Flechtner*, para. 70; *Piltz*, *NJW* 2000, 553, 556.

¹⁵⁶ *Magnus*, in: *Staudinger-BGB, CISG*, [Neubearbeitung 2018], Art. 4, Rn. 47; *Schwenzer/Hachem*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4. Auflage 2016, Art. 4, para. 28.

¹⁵⁷ BGH, 24.9.2014, BGHZ 202, 258, 278 ff.

¹⁵⁸ *Djordjevic*, in: *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas* (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 2. Auflage 2018, Art. 4, para. 41; *Magnus*, in: *Staudinger-BGB, CISG*, [Neubearbeitung 2018], Art. 4, Rn. 47; siehe auch *CISG-AC*, Opinion no. 18, Set-off under the CISG, Rapporteur: *Fountoulakis*, Rule 1, wobei gemäß Comment 1.8 irrelevant sein soll, ob die Forderungen aus demselben Vertragsverhältnis erwachsen.

¹⁵⁹ *Ferrari*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Art. 4, Rn. 39; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 39; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 199; *Philipp Wagner*, in: *BeckOGK-BGB, CISG*, 15.7.2020, Art. 4, Rn. 24.

¹⁶⁰ *Gruber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 42.

Fragen, deren Regelung innerhalb des Übereinkommens nicht ursprünglich beabsichtigt war und für deren konkrete Handhabung klare Anhaltspunkte im CISG zunächst fehlen.¹⁶¹ Ein solches progressives Verständnis des Übereinkommens ist zwar grundsätzlich begrüßenswert, insbesondere im Lichte der sonst drohenden Versteinerung des Übereinkommens.¹⁶² Da eine Regelung jedoch ursprünglich nicht beabsichtigt war und die hergeleiteten Regelungen sich recht weit von den Vorschriften des Übereinkommens selbst entfernen, besteht ein gesteigertes Risiko der internationalen Uneinheitlichkeit.¹⁶³ Dies gilt insbesondere dort, wo nicht bereits im Übereinkommen angelegte Wertungen auf neue Rechtsfragen übertragen werden, sondern neue Rechtsinstitute unter Einbringung eigener Zweckmäßigkeitserwägungen durch den Rechtsanwender erst geschaffen werden. Es ist daher fraglich, ob es sich bei dieser Art der Weiterentwicklung des Übereinkommens tatsächlich noch um eine bloße Lückenfüllung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG oder nicht bereits um eine eigenständige Fortentwicklung jenseits von Art. 7 Abs. 2 CISG handelt. Der Möglichkeit einer solchen eigenständigen Fortentwicklung soll im Folgenden nachgegangen werden.

C. Die eigenständige Fortentwicklung des CISG

Zunächst soll kurz etwas zur Terminologie gesagt werden (I.), bevor die Notwendigkeit einer eigenständigen Fortentwicklung in Ausnahmefällen begründet werden soll (II.). Im Anschluss sollen die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer eigenständigen Fortentwicklung im Einzelfall dargelegt (III.) und ein Vorschlag zu materiellen Kriterien einer solchen Fortentwicklung unterbreitet werden (IV.).

I. Der Begriff der eigenständigen Fortentwicklung

Zunächst soll der Begriff der eigenständigen Fortentwicklung erläutert werden (1.). Im Anschluss soll der Unterschied zwischen der Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG und der eigenständigen Fortentwicklung jenseits von Art. 7 Abs. 2 CISG herausgearbeitet werden (2.).

¹⁶¹ Siehe für die Frage der Aufrechnung, *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 199: „kein eindeutiger Grundsatz aus dem Übereinkommen“; siehe auch zu den vielen offenen Fragen hinsichtlich der Aufrechnung, *Peter Huber*, IPRax 2017, 268, 272; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 4, Rn. 21 ff.

¹⁶² *Schroeter*, *RabelsZ* 81 (2017), 32, 70; *Van Alstine*, 146 U. Pa. L. Rev. (1998), 687, 761 ff.

¹⁶³ *Gruber*, *Methoden des Einheitsrechts*, 326 ff.

1. Die eigenständige Fortentwicklung des CISG als autonomer Begriff für die Weiterentwicklung des Übereinkommens jenseits von Art. 7 Abs. 2 CISG

Eine Fortbildung des CISG jenseits der reinen Lückenfüllung wird nur selten ausdrücklich angesprochen.¹⁶⁴ Thematisiert wird eine über Art. 7 Abs. 2 CISG hinausgehende Weiterentwicklung des Übereinkommens insbesondere von *Urs Peter Gruber*, der in diesem Zusammenhang von gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung spricht.¹⁶⁵ Der Begriff der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung wird im Folgenden nicht aufgegriffen, da er in der deutschen Methodenlehre für das nationale Recht entwickelt wurde¹⁶⁶ und bereits gewisse methodologische Prämissen transportiert.¹⁶⁷ Außerhalb des deutschen Rechtskreises findet sich oftmals keine vergleichbare Differenzierung zwischen Auslegung, Rechtsfortbildung und gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung.¹⁶⁸ In anderen Rechtsordnungen werden vielmehr sowohl die Auslegung im Rahmen des möglichen Wortsinnes als auch die Rechtsfortbildung jenseits des Wortsinns unter den einheitlichen Begriff der Interpretation gefasst.¹⁶⁹ Dennoch sollte nicht der Eindruck entstehen, dass mit der Frage nach einer eigenständigen Rechtsfortbildung ein spezifisch deutscher Diskurs in das CISG importiert wird, denn unabhängig von der konkreten Bezeichnung geht es um die Frage, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen der Richter ausnahmsweise in den eigentlich dem Gesetzgeber vorbehaltenen Bereich vordringen und anhand eigener Zweckmäßigkeitserwägungen jenseits des Gesetzeszwecks oder des gesetzgeberischen Plans Recht schaffen darf. Die Grenzen der richterlichen Kompetenz in diesem Sinne muss jede Rechtsordnung bestimmen, unabhängig von der gewählten Terminologie.¹⁷⁰ Die deutsche Diskussion zur Zulässigkeit der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung bringt diesen institutionellen Konflikt nur besonders pointiert zum Ausdruck.

¹⁶⁴ *Gruber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 41; siehe auch *Bock*, in: FS Schwenzler, 175, 185: „uniform evolution“; siehe auch *Karollus*, UN-Kaufrecht, 15: „rechtsfortbildende Umdeutung“; zurückhaltend *Metzger*, Allgemeine Rechtsgrundsätze, 516 f.

¹⁶⁵ *Gruber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 41 ff.; ausführlich *Gruber*, Methoden des Einheitsrechts, 276 ff., 313 ff., 326 ff.

¹⁶⁶ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 232 ff.; siehe auch für eine Verwendung des Begriffs im schweizerischen Recht, *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 239 ff.

¹⁶⁷ Siehe zu diesem Begriff und den Unterschieden zum Einheitsrecht auch, *Schmid*, Lückenfüllung und Normenkonkurrenz, 27.

¹⁶⁸ *Unger*, in: Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Art. 1:106 (2), para. 1; *Zimmermann*, *RabelsZ* 83 (2019), 241, 268.

¹⁶⁹ *Unger*, in: Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Commentaries on European Contract Law, Art. 1:106 (2), para. 1; *Vogenauer*, Auslegung von Gesetzen, 289 ff.; *Zimmermann*, *RabelsZ* 83 (2019), 241, 268.

¹⁷⁰ *Zimmermann*, *RabelsZ* 83 (2019), 241, 268.

Die Wahl einer neutralen Terminologie in Abgrenzung zum deutschen Begriff der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung ist für die einheitsrechtliche Rechtsfortbildung geboten. Dies folgt nicht allein aus dem Gebot einer möglichst autonomen Begriffswahl im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG, sondern auch aus einigen Besonderheiten für die Rechtsfortbildung im einheitsrechtlichen Kontext. Einerseits ist der Richter im Rahmen des CISG gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG regelmäßig nicht zur Rechtsfortbildung durch das Verbot der Rechtsverweigerung gezwungen, da die Möglichkeit des Rückgriffs auf das anwendbare nationale Recht auch im Regelungsbereich des Übereinkommens besteht.¹⁷¹ Bereits aus diesem Unterschied zwischen nationalem Recht und CISG folgt, dass eine eigenständige Weiterentwicklung des Übereinkommens anderen, wohl grundsätzlich restriktiveren Voraussetzungen als im nationalen Recht zu unterliegen hat.¹⁷² Andererseits unterscheidet sich der institutionelle Konflikt mit dem nationalen Gesetzgeber vom internen nationalen Recht, da eine Änderung oder Ergänzung des CISG durch den nationalen Gesetzgeber völkerrechtswidrig wäre. Um diesen Unterschieden zur Rechtsfortbildung im internen nationalen Recht Rechnung zu tragen, soll hier der Begriff der eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens Verwendung finden.

2. Die Abgrenzung der eigenständigen Fortentwicklung von der Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG

Um die Kategorie der eigenständigen Fortentwicklung zu beschreiben, erscheint zunächst eine Abgrenzung zu einer herkömmlichen Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG geboten. Die Lückenfüllung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG setzt voraus, dass die Rechtsfrage erstens grundsätzlich Teil des Regelungsbereichs des Übereinkommens ist und zweitens, dass eine Ausfüllung der Lücke durch eine Übertragung von Wertungen erfolgt, die den allgemeinen Grundsätzen des Übereinkommens entnommen sind, und nicht durch eine freiere, schöpferische Rechtsfindung durch den Rechtsanwender.¹⁷³ Gegenüber der Lückenfüllung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG zeichnet sich eine darüber hinausgehende eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens also durch die Weiterentwicklung des Übereinkommens jenseits des Plans der diplomatischen Konferenz durch die selbstständige Schaffung von Rechtsinstituten anhand eines nicht vom Übereinkommen angelegten Interessenausgleichs und der Einbringung eigener Zweckmäßigkeitserwägungen aus. Diese Annäherung an eine Abgrenzung von Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG und eigenständiger Fortentwicklung jenseits von Art. 7 Abs. 2 CISG zeigt, dass es sich nicht um einen qualitativen, son-

¹⁷¹ Kropholler, Einheitsrecht, 301; Schmid, Lückenfüllung und Normenkonkurrenz, 27.

¹⁷² Olaf Meyer, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 319, 321; siehe grundsätzlich für das Einheitsrecht, Kropholler, Einheitsrecht, 304.

¹⁷³ Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 276 f.

dem einen graduellen Unterschied handelt.¹⁷⁴ Sie verdeutlicht auch, dass es im Einzelnen schwierig und streitig sein kann, ob noch ein Fall der Lückenfüllung im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 CISG vorliegt oder ob die Rechtsschöpfung bereits über die Grenzen der Vorschrift hinausgeht. Im Kern geht es aber stets um die Frage, inwieweit die Fortentwicklung ihre Legitimation noch aus den von den Verfassern des Übereinkommens getroffenen und von den nationalen Ratifikations- und Umsetzungsgesetzgebern übernommenen Wertentscheidungen und Weichenstellungen ziehen kann. Fehlt es an einer solchen Rückkoppelung an diese Wertentscheidungen insbesondere in Gestalt der allgemeinen Grundsätze, bedarf eine Fortentwicklung einer anderen Rechtfertigung, die sich jenseits von Art. 7 Abs. 2 CISG, wenn überhaupt, nur aus gesteigerten Begründungsanforderungen hinsichtlich der Zulässigkeit im Einzelfall und ihrer konkreten Ausfüllung ergeben kann.

Zwischen herkömmlicher Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG und eigenständiger Fortentwicklung des Übereinkommens zu unterscheiden, bietet daher Gelegenheit, sich über die zusätzlichen Voraussetzungen der eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens gewahr zu werden, wenn die zu entscheidende Frage jedenfalls ursprünglich nicht Teil des Regelungsbereichs des Übereinkommens war oder konkrete Grundsätze zu ihrer Beantwortung dem Übereinkommen nicht zu entnehmen sind. Die Anerkennung solcher Rechtsfortbildungen als eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens bewahrt die klassische Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG vor einer Überfrachtung und lenkt den Blick auf die tatsächlich maßgeblichen Kriterien der Fortentwicklung des Übereinkommens jenseits der ursprünglich getroffenen Weichenstellungen.¹⁷⁵

II. Notwendigkeit der eigenständigen Fortentwicklung des CISG

Die grundsätzliche Notwendigkeit einer eigenständigen Fortentwicklung des CISG jenseits von Art. 7 Abs. 2 CISG soll zunächst dargelegt werden (1.), bevor auf einige mögliche Bedenken gegen eine solche Fortentwicklung eingegangen werden soll (2.).

1. Grundsätzliche Notwendigkeit einer eigenständigen Fortentwicklung in Ausnahmefällen

Für eine eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens in Ausnahmefällen sprechen mehrere Gründe. Zunächst streitet grundsätzlich der Charak-

¹⁷⁴ Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 276; siehe allgemein zur Unterscheidung zwischen gesetzesimmanenter und gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung, Larenz/Canaris, Methodenlehre, 188; Zimmermann, RabelsZ 83 (2019), 241, 269.

¹⁷⁵ Siehe allgemein zur Notwendigkeit dieser Differenzierung auch im Einheitsrecht, Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 277.

ter des Übereinkommens als staatsvertragliches Einheitsprivatrecht für die Möglichkeit einer solchen Fortentwicklung. Eine Neufassung oder Anpassung des CISG erforderte eine neue diplomatische Konferenz und die Zustimmung aller, derzeit 93¹⁷⁶ Vertragsstaaten.¹⁷⁷ Eine solche Lösung scheint daher praktisch ausgeschlossen.¹⁷⁸ Ungeachtet dieser praktischen Schwierigkeiten erscheint sie auch nicht wünschenswert,¹⁷⁹ da sie die durch das Übereinkommen weitgehend erreichte Rechtsvereinheitlichung grundsätzlich in Frage stellen würde. Die Zahl der Vertragsstaaten wächst stetig und darüber hinaus hat das CISG direkt oder indirekt über die UNIDROIT Principles erheblichen Einfluss auf verschiedene nationale Vertragsrechte und das europäische Richtlinienrecht ausgeübt.¹⁸⁰ Im Übrigen würde eine Neuregelung ihrerseits neue Lücken enthalten und ungeklärte Fragen aufwerfen.¹⁸¹ Eine solche Anpassung oder Neufassung würde daher die Frage der eigenständigen Fortentwicklung nicht lösen, sondern allenfalls aufschieben.

Aus diesen Gründen wird bereits vielfach für ein progressives Verständnis des Übereinkommens eingetreten.¹⁸² Dieses zeitgemäße Verständnis soll sowohl bei der Auslegung als auch bei der Lückenfüllung beachtet werden.¹⁸³ Soweit die Herausforderungen für das Übereinkommen im Rahmen einer dynamischen Auslegung oder Lückenfüllung im Sinne von Art. 7 Abs. 1, 2 CISG überzeugend und international einheitlich gelöst werden können, besteht kein Bedarf für eine darüber hinausgehende Fortentwicklung. Die weit überwiegende Mehrheit auch neuartiger Fragen wird sich auf diesem Wege regeln lassen.¹⁸⁴ Ausnahmsweise ergeben sich allerdings auch im Regelungs-

¹⁷⁶ Siehe UNCITRAL, CISG, Status, abrufbar unter <https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status> (31.7.2020).

¹⁷⁷ Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 107; Jarass, Privates Einheitsrecht, 58; Schroeter, RabelsZ 81 (2017), 32, 69 f.

¹⁷⁸ Schroeter, RabelsZ 81 (2017), 32, 69 f.; Van Alstine, 146 U. Pa. L. Rev. (1998), 687, 746; andere Ansicht Tripodi, New CISG, 12.

¹⁷⁹ Siehe auch den Hinweis von Jarass, Privates Einheitsrecht, 58; andere Ansicht Tripodi, New CISG, 158, der für die Entwicklung eines neuen Übereinkommens eintritt, das auch Dienstleistungen erfassen soll.

¹⁸⁰ Schlechtriem, IHR 2001, 12, 18; siehe etwa für die deutsche Schuldrechtsreform, Magnus, in: Ferrari (Hrsg.), The CISG and its Impact on National Legal Systems, 143, 158.

¹⁸¹ Olaf Meyer, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 319, 321.

¹⁸² Olaf Meyer, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 319, 342; Perales Viscasillas, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 40; Schroeter, RabelsZ 81 (2017), 32, 69 f.; Schwenger, in: Schwenger/Atamer/Butler (Hrsg.), Current Issues in the CISG and Arbitration, 109, 115; Van Alstine, 146 U. Pa. L. Rev. (1998), 687, 776 f.

¹⁸³ Schwenger, in: Schwenger/Atamer/Butler (Hrsg.), Current Issues in the CISG and Arbitration, 109, 115; Van Alstine, 146 U. Pa. L. Rev. (1998), 687, 776 f.

¹⁸⁴ Olaf Meyer, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 319, 342.

bereich des Übereinkommens Fragen, die keiner befriedigenden Lösung durch Auslegung oder traditionelle Lückenfüllung zugeführt werden können. Für einige dieser Fragen, wie etwa der Kollision sich widersprechender allgemeiner Geschäftsbedingungen¹⁸⁵ oder möglicher Nachverhandlungspflichten bei Leistungserschwernissen (*hardship*),¹⁸⁶ wurden bereits im Wege der Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG Lösungen entwickelt. Teilweise wurde diesen Lösungen indes die internationale Gefolgschaft versagt.¹⁸⁷ Gerade in Fällen dieser besonders innovativen Lösungen erscheint es nicht ausgeschlossen, dass das Fehlen internationaler Einheitlichkeit auch methodische Gründe hat. Die Entwicklung einer eigenen Kategorie für innovative Weiterentwicklungen des CISG erscheint schon aus diesem Grund ratsam. Dies gilt umso mehr, da anzunehmen ist, dass die Zahl der Fragen, die innovative Lösungen im Rahmen des Übereinkommens erfordern, die über eine bloße Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG hinausgehen, mit weiterer Entfernung von der Ausarbeitung und Verabschiedung des Übereinkommens zunehmen wird. Für die Funktionsfähigkeit des CISG wird es entscheidend sein, dass einerseits Lösungen entwickelt werden können, die einen vorschnellen Rückgriff auf das nationale Recht gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG verhindern und ande-

¹⁸⁵ Die überwiegende Ansicht in der Lehre geht für die Kollision allgemeiner Geschäftsbedingungen von der *knock-out-rule* oder Restgültigkeitstheorie aus, siehe CISG-AC, Opinion no. 13, Inclusion of Standard Terms under the CISG, Rapporteur: *Eiselen*, Rule 10; *Buchwitz*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.8.2020, Art. 19, Rn. 41; *Gruber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 19, Rn. 24; *Schroeter*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 19, Rn. 80. Die Begründung erfolgt nicht über Art. 7 Abs. 2 CISG, sondern über Art. 6, 19 CISG in Form der Abbedingung von Art. 19 CISG. Dies stellt indes letztlich eine Fiktion dar, die über die Nichtregelung der Frage im Rahmen des Übereinkommens hinweghelfen soll. In der Sache handelt es sich zumindest um eine Lückenfüllung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG, nach hier vertretener Ansicht geht die Restgültigkeitstheorie sogar darüber hinaus und stellt eine eigenständige Weiterentwicklung des Übereinkommens dar, siehe *Gruber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 42.

¹⁸⁶ Siehe für eine solche Nachverhandlungspflicht bei *hardship* über Art. 7 Abs. 2 CISG in Verbindung mit Art. 6.2.3. UPICC Hof van Cassatie, 19.6.2009, CISG-online 1963; siehe auch für eine Anwendung von Art. 6.2.2. UPICC im Rahmen des Übereinkommens, Cass. com., 17.2.2015, n° 13-20230, CISG-France n° 238, mit kritischer Anmerkung von *Claude Witz*, in: *Witz/Köhler*, Recueil Dalloz 2017, 613, 623.

¹⁸⁷ Siehe insbesondere die Kritik an der Entscheidung des belgischen Kassationshofs bei *Bridge*, 22 Unif. L. Rev. (2017), 98, 110; *Ferrari/Gillette/Torsello/Walt*, IHR 2017, 97, 98 ff.; *Flechtner*, in: FS Magnus, 193, 200 f.; *Lookofsky*, 29 J.L. & Com. (2011), 141, 165; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 54; siehe auch CISG-AC, Opinion no. 20, Hardship under the CISG, Rapporteur: *Muñoz*, Rule 11; siehe ablehnend gegenüber der Restgültigkeitstheorie *Ferrari*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 19, para. 15.

rerseits diese Lösungen international Anerkennung finden und nicht zu einer Zersplitterung in der Anwendung des CISG führen.¹⁸⁸

Eine eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens erscheint darüber hinaus geboten, da die Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG in den oben benannten Ausnahmefällen auch dann gewissen Grenzen unterworfen ist, wenn konkurrierende Grundsätze aufgeboten werden können oder die Stoßrichtung bestimmter Grundsätze unterschiedlich verstanden werden kann. Geht man nicht von einer internen Hierarchie der allgemeinen Grundsätze aus,¹⁸⁹ bedarf es einer weiteren Wertungsentscheidung, wie verschiedenen Grundsätzen zu größtmöglicher Geltung verholfen werden kann. In diesen Fällen kann zwar im Sinne einer praktischen Konkordanz die größtmögliche Geltung der allgemeinen Grundsätze angestrebt werden.¹⁹⁰ Eine solche Optimierung verschiedener allgemeiner Grundsätze für eine zu entscheidende Frage mag im Ausgangspunkt noch von der Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG erfasst sein. Oftmals wird sich eine solche Gewichtung und Abwägung allgemeiner Grundsätze allerdings inhaltlich nicht mehr als bloße Ergänzung des Übereinkommens anhand seiner allgemeinen Grundsätze im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG darstellen, sondern selbstständige Wert- und Zweckmäßigkeitentscheidungen des Rechtsanwenders erfordern.¹⁹¹

Schließlich sollte die Anerkennung einer eigenen Kategorie der eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens zu einer Disziplinierung der Fortentwicklung im Rahmen der Lückenfüllung führen. Da zwischen Lückenfüllung und Fortentwicklung unterschieden wird, können an die Fortentwicklung gegenüber der Lückenfüllung gesteigerte Anforderungen gestellt werden, die vom Rechtsanwender zu erfüllen sind. Im Falle der Aufrechnung

¹⁸⁸ Siehe etwa zur Divergenz der US-amerikanischen und deutschen Rechtsprechung zur Frage der Einbeziehung der allgemeinen Geschäftsbedingungen, *Gruber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 42.

¹⁸⁹ So etwa *Ferrari*, IHR 2013, 181, 190, der für einen erhöhten Stellenwert des Grundsatzes der Parteiautonomie eintritt; siehe auch *Himmen*, Lückenfüllung, 152 ff. Eine erhöhte Stellung der Parteiautonomie mag sich aufgrund der Stellung von Art. 6 CISG und des insgesamt dispositiven Charakters des Übereinkommens begründen lassen. Die konkrete Bedeutung einer solchen Rangfolge erscheint indes unklar, da eine Lückenfüllung ohnehin nur dann in Betracht kommt, soweit keine vorrangige Parteiregelung vorliegt. Inwiefern der Grundsatz der Parteiautonomie in Abwesenheit einer Parteivereinbarung gegenüber anderen Grundsätzen Vorrang beanspruchen kann, erscheint zumindest unklar. Vielmehr wird es auf die konkrete Frage und ihre konkrete Beziehung zu den einschlägigen Grundsätzen ankommen, welcher Grundsatz welches Gewicht einnimmt.

¹⁹⁰ Siehe für das deutsche Recht *Rüßmann*, in: Behrends/Dießelhorst/Dreier (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, 35, 55 f., siehe auch *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 244, 262, die von einer Optimierungsaufgabe sprechen.

¹⁹¹ Siehe für das deutsche Recht *Rüßmann*, in: Behrends/Dießelhorst/Dreier (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, 35, 55 f.

hätte die Begründung des Regelungsanspruchs des CISG hinsichtlich der Aufrechnung konventionsinterner Forderungen aus demselben Vertragsverhältnis nicht lediglich des Nachweises eines allgemeinen Grundsatzes bedurft,¹⁹² sondern auch eine eingehende Auseinandersetzung mit der internationalen Konsensfähigkeit und der Notwendigkeit einer internationalen Regelung erfordert.¹⁹³ Die Schaffung einer gesonderten Kategorie der eigenständigen Fortentwicklung in Abgrenzung zur Lückenfüllung sollte daher dazu führen, dass derart innovative Lösungen methodisch zurückhaltender und gründlicher entwickelt und begründet werden.

Die eigenständige Fortentwicklung hat damit zwei scheinbar gegenläufige Funktionen. Erstens dient sie dazu, ein solides methodisches Fundament für international einheitliche Lösungen für neue Probleme im Rahmen des Übereinkommens zu bieten, um eine Erstarrung des Übereinkommens zu verhindern. Zweitens soll sie eine disziplinierende Wirkung gegenüber zu freihändigen Fortentwicklungen des Übereinkommens über die Lückenfüllung im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 CISG entfalten.

2. Bedenken gegen eine eigenständige Fortentwicklung

Eine eigenständige Fortentwicklung begegnet Bedenken, von denen einige hier diskutiert werden sollen. Die möglichen Bedenken betreffen die Reichweite von Art. 7 CISG (a), die international einheitliche Anwendung (b) und die Grundsätze der Gewaltenteilung und Rechtssicherheit (c).

a) Die Reichweite von Art. 7 CISG

Der erste mögliche Einwand ist, dass die eigenständige Fortentwicklung im Text des Übereinkommens nicht vorgesehen ist. Vielmehr beschränkt sich das CISG auf die Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG. Die Verfasser des Übereinkommens entschieden sich, in Abkehr von Art. 17 ULIS nicht alle Fragen durch die Ermittlung rechtsvergleichender Grundätze konventionsintern zu lösen, sondern in Ermangelung allgemeiner Grundsätze im Übereinkommen selbst auf das anwendbare nationale Recht zu verweisen.¹⁹⁴ Diese Entscheidung muss auch grundsätzlich geachtet werden. Es sollte daher nicht um jeden Preis nach konventionsinternen Lösungen gesucht werden, wo sich keine finden lassen. Dies gilt umso

¹⁹² So aber BGH, 24.9.2014, BGHZ 202, 258, 278 ff.

¹⁹³ Siehe für eine solche eingehende Begründung für die Aufrechnung konventionsinterner Forderungen CISG-AC, Opinion no. 18, Set-off under the CISG, Rapporteur: *Fountoulakis*.

¹⁹⁴ Siehe zur Entstehungsgeschichte und den Unterschieden zwischen Art. 7 Abs. 2 CISG und Art. 17 ULIS, *Bergsten*, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG, Methodology, 5, 27 ff.; *Magnus*, *RebelsZ* 59 (1995), 469, 474 f.

mehr, da dem Richter der Weg ins anwendbare nationale Recht offensteht und er daher nicht durch das Rechtsverweigerungsverbot zu einer Rechtsfortbildung gezwungen ist.¹⁹⁵ Dennoch kann sich der Rechtsanwender sprichwörtlich zwischen Skylla und Charybdis befinden, da einerseits ein vor-schneller Rückgriff auf das nationale Recht in eigentlich vom Übereinkommen geregelten Fragen den einheitsrechtlichen Interessensausgleich konterkarieren kann und andererseits auch eine Überdehnung der herkömmlichen Lückenfüllung in Art. 7 Abs. 2 CISG zum Fehlen internationaler Einheitlichkeit führen kann. Besonders deutlich hat sich diese Gratwanderung anhand der Frage der Nachverhandlungspflichten im Falle von *hardship* gezeigt, für die neben dem Rekurs des belgischen Kassationshofs auf Art. 6.2.3. UPICC im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 CISG¹⁹⁶ sowohl ein Rückgriff auf das nationale Recht,¹⁹⁷ eine Lösung über die Anreize der normalen Rechtsbehelfe des CISG und der Schadensminderungsobliegenheit gemäß Art. 77 CISG¹⁹⁸ als auch eine Verhandlungspflicht aus allgemeinen Grundsätzen gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG¹⁹⁹ vorgeschlagen wurden. Diese vielfältigen Lösungsansätze zeigen, dass eine Entscheidung der Frage im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 CISG ohne weitere methodische Leitlinien schwerfällt. Dennoch hält die überwiegende Mehrheit der Gerichte und Autoren die Lösung innerhalb des Übereinkommens für geboten.²⁰⁰ Die Anerkennung einer eigenständigen Fortbildung des Übereinkommens kann sich demgegenüber solcher schwierigen Fälle annehmen, in denen eine konventionsinterne Lösung notwendig ist, obwohl eine klare und eindeutige Anleitung im Übereinkommen fehlt. Paradoxerweise könnte ihre grundsätzliche Anerkennung in Verbindung mit gesteigerten Voraussetzungen und Begründungserfordernissen zu einer größeren Zurückhaltung bei der Weiterentwicklung des Übereinkommens führen. Die Anerkennung einer eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens kann daher zu einer Entlastung der Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG führen und eine über die bloße Lückenfüllung hinausgehende Rechtsfortbildung als solche kenntlich und einer transparenteren Diskussion zugänglich machen.

¹⁹⁵ Kropholler, Einheitsrecht, 301; Schmid, Lückenfüllung und Normenkonkurrenz, 27.

¹⁹⁶ Hof van Cassatie, 19.6.2009, CISG-online 1963.

¹⁹⁷ Lookofsky, 29 J.L. & Com. (2011), 141, 165.

¹⁹⁸ Schwenger/Muñoz, 24 Unif. L. Rev. (2019), 149, 164 f.; Schwenger, 39 Vict. U. Well. L. Rev. (2009), 709, 721 ff. Diese Lösung setzt indes voraus, dass der Käufer gemäß Art. 77 CISG die Obliegenheit hat, ein Angebot des Verkäufers zur Vertragsänderung bei *hardship* anzunehmen, siehe Schwenger/Muñoz, 24 Unif. L. Rev. (2019), 149, 164.

¹⁹⁹ Veneziano, 15 Unif. L. Rev. (2010), 137, 144 ff.; Claude Witz, in: Witz/Köhler, Recueil Dalloz 2017, 613, 623.

²⁰⁰ Hof van Cassatie, 19.6.2009, CISG-online 1963; Schwenger, 39 Vict. U. Well. L. Rev. (2009), 709, 721 ff.; Claude Witz, in: Witz/Köhler, Recueil Dalloz 2017, 613, 623; andere Ansicht Lookofsky, 29 J.L. & Com. (2011), 141, 165.

b) *Die internationale Einheitlichkeit im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG*

Der zweite mögliche Einwand gegen eine eigenständige Fortentwicklung betrifft das von Art. 7 Abs. 1 CISG vorgegebene Ziel der internationalen Einheitlichkeit.²⁰¹ Hier besteht die Gefahr, dass die eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens durch den nationalen Richter zu einer internationalen Uneinheitlichkeit der Rechtsanwendung führt.²⁰² Für das CISG besteht in dieser Hinsicht insbesondere das Problem, dass es an einem obersten Gericht fehlt, das eine Rechtsfortbildung letztverbindlich vornehmen könnte.²⁰³ Eine eigenständige Fortentwicklung setzte sich daher jedenfalls dann in Widerspruch zum Ziel der internationalen Einheitlichkeit im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG, wenn sie dazu führte, dass die entwickelten Lösungen nicht international Anerkennung finden könnten. Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass ein solches Risiko allerdings bereits derzeit für gewisse Fälle der Lückenfüllung besteht. Insoweit kann die Schaffung einer eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens für bestimmte Rechtsfragen, für die das CISG keinerlei Wertungen bereithält, zu einer größeren Zurückhaltung und einem erhöhten Begründungsaufwand führen. Internationale Einheitlichkeit ist dadurch im Ergebnis ebenso wenig garantiert wie für die Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG, sondern hängt letztlich von der jeweiligen Frage und der Überzeugungskraft der inhaltlichen Begründung ab. Eine Fortentwicklung sollte jedenfalls im Sinne der internationalen Einheitlichkeit ausscheiden, wenn eine überwiegende Meinung bereits eine praktikable und international konsensfähige Lösung entwickelt hat.²⁰⁴ Allerdings kann der gesteigerte Begründungsaufwand im Vergleich zur herkömmlichen Lückenfüllung auch zu einer vertieften Diskussion und einer größeren Wahrscheinlichkeit eines internationalen Übereinstimmens führen. Dadurch wird jedenfalls verhindert, dass durch die Verwendung bestimmter Reizwörter wie *good faith* eine Diskussion von vornherein ausscheidet. Eine entscheidende Rolle bei der Gewährleistung der internationalen Einheitlichkeit im Rahmen der eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens wird zudem der Lehre zukommen. Hier können internationale Zusammenschlüsse von Experten wie das *CISG Advisory Council* durch eine tiefgehende und international sichtbare Diskussion zur internationalen Einheitlichkeit beitragen.²⁰⁵

²⁰¹ Gruber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 43.

²⁰² Behrens, *RabelsZ* 50 (1986), 19, 27; Olaf Meyer, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), *CISG Methodology*, 319, 321 f.

²⁰³ Gruber, *Methoden des Einheitsrechts*, 326 ff.

²⁰⁴ Schlechtriem/Schroeter, Rn. 97; siehe auch bereits oben zur *persuasive authority* von ausländischen Entscheidungen, S. 36.

²⁰⁵ Siehe etwa die ausführliche Begründung hinsichtlich der Notwendigkeit der Zurechnung der Aufrechnung zum Regelungsbereich des Übereinkommens in CISG-AC, *Opinion* no. 18, *Set-off under the CISG*, Rapporteur: Fountoulakis, *Comments* 0.4, 1.2. *et seq.*

c) Gewaltenteilung

Der Einwand der Gewaltenteilung ist grundsätzlich für jede Form der sogenannten gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung bedeutsam²⁰⁶ und ist auch für das CISG erhoben worden.²⁰⁷ Grundsätzlich ist es Aufgabe des Gesetzgebers, Gesetze zu erlassen. Nur die ursprünglich verhandelte Version des Übereinkommens lag aber den nationalen Ratifizierungs- und Umsetzungsgesetzgebern vor.²⁰⁸ Eine eigenständige Fortentwicklung entfernt sich von der aus Ratifizierung und Umsetzung abgeleiteten demokratischen Legitimation. Für das CISG ist demgegenüber allerdings auf zweierlei hinzuweisen.

Erstens ist in Art. 7 Abs. 2 CISG bereits eine Weiterentwicklung des Übereinkommens in Gestalt der Lückenfüllung angelegt. Das Übereinkommen ist daher von vornherein nicht als statisches Recht verabschiedet worden. Vielmehr haben die Verfasser eine Weiterentwicklung ausdrücklich vorgesehen. Die eigenständige Fortentwicklung geht zwar inhaltlich über die in Art. 7 Abs. 2 CISG vorgesehene Lückenfüllung hinaus, stellt allerdings eine Fortsetzung des dynamischen Charakters des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG dar.

Zweitens ist eine Grundannahme des auf die Gewaltenteilung gestützten Einwandes, dass der Gesetzgeber jederzeit einschreiten kann und einen Missstand durch ein neues Gesetz oder eine Gesetzesänderung beseitigen kann.²⁰⁹ Darauf kann einerseits ein Auftrag an den Gesetzgeber und andererseits eine *prima facie* Unzuständigkeit der Rechtsprechung zur gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung gestützt werden.²¹⁰ Diese Argumente greifen jedenfalls nicht für die Rechtsfortbildung im Rahmen des CISG.²¹¹ Für das CISG besteht eine solche Möglichkeit der Rechtsänderung durch den nationalen Gesetzgeber rechtlich nicht, da er sich bei einseitiger Änderung des CISG völkerrechtswidrig verhalten würde.²¹² Eine staatsvertragliche Änderung durch eine neue diplomatische Konferenz ist zwar rechtlich möglich, erscheint aber

²⁰⁶ Siehe zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für das deutsche Recht BVerfG, 14.2.1973, E 34, 269; BVerfG, 25.1.2011, NJW 2011, 836, 837 f.; siehe grundsätzlich zur Gewaltenteilung und Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht, *Bruns*, JZ 2014, 162, 163; *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 253 ff.

²⁰⁷ *Zeller*, 7 Int'l Trade & Bus. L. Ann. (2002), 251, 253: „trap of ‘manufacturing’ laws“; siehe auch *Bridge*, 22 Unif. L. Rev. (2017), 98, 111: „A legal instrument that blows in the discretionary winds cannot provide the uniformity and certainty that prompted the quest for legal uniformity“.

²⁰⁸ *Schlechtriem*, 19 Pace Int'l L. Rev. (2007), 89.

²⁰⁹ *Van Alstine*, 146 U. Pa. L. Rev. (1998), 687, 721 ff.

²¹⁰ *Van Alstine*, 146 U. Pa. L. Rev. (1998), 687, 722.

²¹¹ *Van Alstine*, 146 U. Pa. L. Rev. (1998), 687, 746.

²¹² *Schroeter*, *RabelsZ* 81 (2017), 32, 69; *Van Alstine*, 146 U. Pa. L. Rev. (1998), 687, 746 f.

praktisch ausgeschlossen.²¹³ Ein Erstarren des Übereinkommens kann daher nur durch ein Eingreifen der Rechtsprechung verhindert werden.²¹⁴ Die Kehrseite dieser einheitsrechtlichen Besonderheit ist freilich, dass auch eine nachträgliche Korrektur der richterlichen Rechtsfortbildung durch den Gesetzgeber ausscheidet. Im internen nationalen Recht wiegt eine Kompetenzanmaßung der Rechtsprechung gegenüber dem Gesetzgeber auch deswegen weniger schwer, weil der Gesetzgeber jederzeit die Möglichkeit hat, die gewählte Lösung *ex post* zu korrigieren. Auf einheitsrechtlicher Ebene fehlt es an einer solchen Korrekturmöglichkeit des Gesetzgebers. Ein korrektives Element kann indes im internationalen Zusammenwirken der Gerichte der verschiedenen Mitgliedsstaaten gesehen werden, die Rechtsfortbildungen anderer Gerichte aufgreifen oder verwerfen können. Anders als im nationalen Recht fehlt es also an einem einzelnen Akteur, etwa in Gestalt eines obersten Gerichtshofes, dessen Entscheidungen keiner Korrektur mehr unterliegen. Die Rechtsfortbildungen müssen sich im internationalen Raum durchsetzen können und ziehen ihre Autorität daher vorwiegend aus der Überzeugungskraft ihrer Begründung und weniger aus der Stellung des Gerichts in der Hierarchie der nationalen Gerichtsverfassung.

Schließlich kann im Hinblick auf die Gewaltenteilung grundsätzlich darauf hingewiesen werden, dass das Problem der Anpassung von völkerrechtlichen Verträgen sich nicht nur für das CISG, sondern allgemein im Völkerrecht stellt.²¹⁵ Auch wenn die völkerrechtliche Diskussion nicht gänzlich unbesehen auf das Einheitsprivatrecht übertragen werden kann, gilt doch jeweils, dass ein dynamisches Verständnis der Rechtsakte eine Erstarrung vermeiden kann.²¹⁶

d) *Rechtssicherheit*

Schließlich ist auch die Frage der Rechtssicherheit für das CISG besonders bedeutsam, da es einerseits an einem für die Rechtssicherheit bei Rechtsfortbildungen wichtigen obersten Gericht fehlt und andererseits der Weg ins anwendbare nationale Recht offensteht und daher kein Verstoß gegen das Rechtsverweigerungsverbot droht. Die Rechtssicherheit ist daher ein wichtiger Grundsatz, der vor jeder eigenständigen Fortentwicklung in die Abwägung einzustellen ist. Aus den oben genannten Gründen sollte die Rechtssicherheit allerdings nicht grundsätzlich gegen die Zulässigkeit der eigenständigen Fortentwicklung im Ausnahmefall sprechen. Vielmehr sollte die

²¹³ *Schroeter*, *RabelsZ* 81 (2017), 32, 69.

²¹⁴ *Schroeter*, *RabelsZ* 81 (2017), 32, 70.

²¹⁵ *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach* (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties, Commentary*, 2. Auflage 2018, Art. 31, para. 24 ff.

²¹⁶ *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach* (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties, Commentary*, 2. Auflage 2018, Art. 31, para. 24 ff.

Rechtssicherheit die Begründungsanforderungen für die Notwendigkeit der Fortbildung des Übereinkommens erhöhen. So wird der Grundsatz der Rechtssicherheit gegen eine Fortentwicklung sprechen, wenn sich für eine Frage bereits eine praktikable Lösung entwickelt hat, die international überwiegend anerkannt ist.²¹⁷

Bei näherer Betrachtung bestehen daher gegenüber der grundsätzlichen Möglichkeit einer eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens keinen durchgreifenden Bedenken. Sie sollte deshalb in Ausnahmefällen, in denen die Auslegung und die herkömmliche Lückenfüllung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG nicht ausreichen, eine konventionsinterne Lösung aber notwendig erscheint, zulässig sein.²¹⁸ Die hier genannten Bedenken zeigen allerdings auch die Risiken auf, die mit einer solchen Fortentwicklung verbunden sind. Diesen legitimen Bedenken muss bei Ausgestaltung der Voraussetzungen und Kriterien einer Weiterentwicklung des Übereinkommens Rechnung getragen werden. Diese Voraussetzungen und Kriterien sollen nun untersucht werden.

III. Die Zulässigkeit der eigenständigen Fortentwicklung im Einzelfall

Für die Beurteilung der Frage, ob eine eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens im Einzelfall zulässig ist, soll hier zwischen zwei verschiedenen Formen der Fortentwicklung unterschieden werden: Erstens der Ergänzung des Regelungsbereichs des Übereinkommens um neue Regelungsgegenstände (1.) und zweitens der Ergänzung des Übereinkommens um neue Rechtsinstitute innerhalb seines Regelungsbereichs (2.).

1. Die eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens durch Ergänzung des Regelungsbereichs

Die erste Form der eigenständigen Fortentwicklung des CISG besteht in der Erstreckung des Regelungsbereichs des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG auf weitere, ursprünglich nicht erfasste Regelungsgegenstände.²¹⁹ Bei einer solchen horizontalen Fortentwicklung des CISG besteht die Schwierigkeit darin, zu begründen, warum die Frage überhaupt in den Regelungsbereich des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG fallen sollte. Diese Kategorie bilden insbesondere Fragen, die zwar nach dem ursprünglichen Verständnis nicht vom Übereinkommen erfasst werden, aber derart mit den Kernfragen des Übereinkommens verwoben sind, dass ein Rückgriff auf

²¹⁷ Siehe hierzu bereits oben, S. 62 f.

²¹⁸ Im Ergebnis auch *Gruber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 43.

²¹⁹ *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Einleitung, sub. III.2.

das anwendbare nationale Recht die Förderung der einheitlichen Anwendung des Übereinkommens in Frage stellen würde.²²⁰ Entscheidend ist also ein derart enger Sinnzusammenhang mit den Regelungen des Übereinkommens, dass eine einheitsrechtliche Regelung der Frage zur effektiven Erreichung der in Art. 7 Abs. 1 CISG genannten Ziele zwingend geboten erscheint. Dabei wird im Detail aufzuzeigen sein, wo die Risiken und Schwierigkeiten einer nichteinheitlichen Handhabung durch das anwendbare nationale Recht liegen und welche Vorteile demgegenüber eine einheitliche Regelung im Rahmen des Übereinkommens aufweist. An das Merkmal der Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung sind also im Lichte des Gebots der einheitlichen Anwendung gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG hohe Anforderungen zu stellen. Nicht ausreichend dürfte daher sein, dass eine einheitliche Regelung aufgrund der mit der Ermittlung und Feststellung des anwendbaren nationalen Rechts regelmäßig verbundenen Unwägbarkeiten lediglich wünschenswert wäre.

Diese Art von Fortentwicklung kann man als Annexzuständigkeit des Übereinkommens bezeichnen.²²¹ Inhaltlich kann die Zulassung der eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens in Gestalt der Erstreckung seines Regelungsbereichs auf weitere Regelungsgegenstände zum Teil mit einem dynamischen Verständnis des Begriffs *matters governed by this Convention* übereinstimmen.²²² Solche nachträgliche Lücken sind ein Teil der hier beschriebenen Erstreckung des Regelungsbereichs auf weitere Regelungsgegenstände im Wege der eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens.

2. Die eigenständige Fortentwicklung innerhalb des Regelungsbereichs des Übereinkommens

Neben der Erweiterung des Regelungsbereichs kann eine eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens auch im Hinblick auf Fragen innerhalb des klassischen Regelungsbereichs im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG in Betracht kommen. Von einer solchen vertikalen Fortentwicklung des Übereinkommens werden Fragen erfasst, die zu den Regelungsgegenständen des Übereinkommens gehören, für deren Lösung das Übereinkommen allerdings dennoch keine konkreten Anhaltspunkte bereithält. Damit angesprochen sind insbesondere Rechtsfragen, deren Regelung sich nicht in der Erstreckung von im Übereinkommen angelegten Wertungen auf nicht geregelte Einzelfragen erschöpft, sondern die eine komplexe und ausgewogene Gesamtregelung erfordern. In diesen Fällen muss ein stimmiges Gesamtkonstrukt geschaffen werden, dessen

²²⁰ Siehe etwa *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Einleitung, sub. III.2.: „Hereinnahme in das CISG [...] ermöglichen, um [...] ein Aufweichen des CISG in seinen Kernbereichen zu verhindern.“

²²¹ Siehe allgemein zur Bestimmung des Regelungsbereichs über den Sachzusammenhang, *Gruber*, Methoden des Einheitsrechts, 283.

²²² *Schroeter*, *RabelsZ* 81 (2017), 32, 70; siehe hierzu bereits oben, S. 52 f.

genaue Ausgestaltung selten noch von bestimmten, allgemeinen Grundsätzen determiniert ist. Es geht also letztlich um die Erfindung neuer Rechtsinstitute.²²³

Eine Erschaffung einer solchen neuen Regelung sollte daher nur in Ausnahmefällen zulässig sein. Voraussetzung für die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens in diesem Sinne ist daher, dass die zu entscheidende Frage zur Verwirklichung der in Art. 7 Abs. 1 CISG genannten Ziele, insbesondere nämlich der Förderung der internationalen Einheitlichkeit sowie der allgemeinen Funktionsfähigkeit des Übereinkommens als Regelungsinstrument des internationalen Kaufrechts, international einheitlich im Rahmen des Einheitsrechts geregelt werden sollte und ein Rückgriff auf das interne nationale Recht diese vom Übereinkommen verfolgten Zwecke konterkarieren würde. Es muss also im Lichte der Zwecke des CISG eine besondere Notwendigkeit für eine einheitliche Lösung bestehen. Eine solche Notwendigkeit besteht insbesondere für Fragen, die einen hohen Sinnzusammenhang mit Kernfragen des Übereinkommens aufweisen.²²⁴ Als Beispiele hierfür können hier die Restgültigkeitstheorie bei der Kollision allgemeiner Geschäftsbedingungen²²⁵ oder mögliche Nachverhandlungspflichten bei einer erheblichen Leistungserschwerung (*hardship*) gelten. So ist etwa die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen untrennbar mit den Regeln über den Vertragsschluss verbunden. Eine Aufspaltung zwischen Vertragsschluss einerseits und Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen andererseits erscheint kaum praktikabel und würde die Vorteile einer Vereinheitlichung für den Vertragsschluss in Frage stellen. Dies gilt insbesondere, da aufgrund der tatsächlichen Vertragspraxis und der hohen praktischen Bedeutung allgemeiner Geschäftsbedingungen ein Instrument, das keine Regeln hierfür anbietet, nicht als effektive Regelung für den internationalen Rechtsverkehr gelten kann. Ebenso ist die Frage der Nachverhandlungspflichten bei *hardship* eng mit den Rechtsbehelfen des Übereinkommens und der Entlastungsvorschrift des Art. 79 CISG verknüpft. Rückgriffe auf nationales Recht laufen hier jeweils Gefahr, die durch das Übereinkommen getroffenen Wertungen durch die Hintertür des Subsidiärstatuts auszuhebeln.²²⁶ Nicht ausreichend sein sollte demgegenüber, dass eine einheitsrechtliche Regelung lediglich vorteilhaft erscheint, um der Willkür des Kollisionsrechts zu entgehen. So erschiene eine einheitliche Bestimmung der Zinshöhe im Rahmen von Art. 78 CISG zwar grundsätzlich wünschenswert,

²²³ Siehe zum deutschen Recht, *Bruns*, JZ 2014, 162, 163.

²²⁴ *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Einleitung, sub. III.

²²⁵ *Gruber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 42.

²²⁶ Siehe für die Frage von *hardship*, *Schwenzer/Muñoz*, 24 Unif. L. Rev. (2019), 149, 153.

ohne allerdings eine Bedingung für die Funktionsfähigkeit des CISG als erfolgreiches und kohärentes Regelungsinstrument für internationale Kaufverträge darzustellen.²²⁷

Die beiden hier unterschiedenen Formen der eigenständigen Fortentwicklung können ausnahmsweise auch in Kombination angewandt werden. So kann in einem ersten Schritt der Regelungsbereich des Übereinkommens im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG auf einen Regelungsgegenstand erstreckt werden, um dann wiederum in einem zweiten Schritt in eigenständiger Fortentwicklung des Übereinkommens Regelungen für diese Gegenstände zu entwickeln. Hier zeigt sich indes bereits, dass an eine solche doppelte Weiterentwicklung besonders hohe Anforderungen zu stellen sind, da eine Rückkopplung an das Übereinkommen hier besonders fragil erscheint. Die Kontroverse um die Aufrechnung konventionsinterner Forderungen aus demselben Vertragsverhältnis zeigt, dass es im Falle einer solchen Erweiterung des Regelungsbereichs schwierig sein kann, im Übereinkommen ausreichend Anhaltspunkte für die umfassende Regelung einer Vielzahl von aufgeworfenen Rechtsfragen zu finden.²²⁸

Ist eine eigenständige Fortbildung des Übereinkommens ausnahmsweise zulässig, müssen für sie inhaltlich gesteigerte Begründungsanforderungen gelten. Die materiellen Kriterien für die Begründung einer eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens sollen in der Folge untersucht werden.

IV. Materielle Kriterien für eine eigenständige Fortentwicklung

Der Ausnahmecharakter der eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens gibt die hohen materiellen Voraussetzungen für eine Fortentwicklung vor. Diese Voraussetzungen sind aus den Zielen des Übereinkommens in Art. 7 Abs. 1 CISG und seiner Funktionsfähigkeit als zeitgemäßes Regelungsinstrument für internationale Kaufverträge heraus zu entwickeln (1.) Einige konkrete Vorschläge für die materiellen Kriterien einer eigenständigen Fortentwicklung finden sich im Anschluss (2.).

1. Anknüpfungspunkte für materielle Kriterien einer eigenständigen Fortentwicklung

Zunächst ist fraglich, wie sich überhaupt Anknüpfungspunkte finden lassen, um Kriterien für eine eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens zu identifizieren. Solche Kriterien für eine Fortbildung des Übereinkommens

²²⁷ Siehe allerdings auch den Vorschlag des CISG-AC, die Zinshöhe danach zu bestimmen, welche Regeln das Gericht an der Niederlassung des Gläubigers anwenden würde, CISG-AC, Opinion no. 14, Interest Under Article 78 CISG, Rapporteur: *Atamer*, Rule 9.

²²⁸ *Förster*, NJW 2015, 830, 833; *Peter Huber*, IPRax 2017, 268, 272; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 4, Rn. 21 ff.

müssen – wie auch die Auslegungs- und Lückenfüllungskriterien – autonom und im Hinblick auf den internationalen Charakter des Übereinkommens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG entwickelt werden. Die Übernahme nationaler Grundsätze und Kriterien für die Rechtsfortbildung scheidet aus, insbesondere da die nationalen Rechtsordnungen sich in Fragen der Rechtsfortbildung erheblich unterscheiden.²²⁹

Das Übereinkommen gibt in Art. 7 Abs. 1 CISG bereits die Ziele für seine Weiterentwicklung vor. Es sind Lösungen zu entwickeln, die die internationale Einheitlichkeit der Anwendung des Übereinkommens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG ebenso fördern wie die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel. Anhaltspunkte ergeben sich auch in Art. 7 Abs. 2 CISG in Form des Verweises auf die allgemeinen Grundsätze des Übereinkommens, die erst recht auch für eine eigenständige Fortentwicklung fruchtbar zu machen sind. Während die Bestimmungen der Art. 7 Abs. 1, 2 CISG daher bereits eine erste Annäherung an die Kriterien der eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens erlauben, erscheinen weitere Parameter für die Entwicklung materieller Kriterien für eine solche Fortentwicklung notwendig. Daher sind auch die allgemeinen Zwecke zu berücksichtigen, die die Vertragsstaaten mit der Erarbeitung und der Ratifizierung des oder dem Beitritt zum Übereinkommen selbst verfolgt haben. Diese Zwecke bestehen ausweislich der Präambel darin, effiziente Regeln für den internationalen Handel bereitzustellen und rechtliche Hindernisse des Handels zu beseitigen.²³⁰ Diese Zielsetzung ist auch bei der Entwicklung der Kriterien für eine Fortentwicklung des Übereinkommens zu achten.

Fraglich ist, ob über die in Art. 7 Abs. 1 CISG genannten Zielbestimmungen hinaus überhaupt konkrete materielle Kriterien für eine eigenständige Fortentwicklung benannt werden sollten. Anstatt von spezifischen Kriterien für eine solche Fortbildung könnte auch für die hier beschriebenen Fälle schlicht ein höherer Begründungsaufwand gefordert werden. Eine eigenständige Fortentwicklung bedürfte dann lediglich einer besonders ausführlichen Begründung, warum eine bestimmte Lösung die in Art. 7 Abs. 1 CISG benannten Zielbestimmungen umsetzt. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob ein derart allgemein gehaltenes Begründungserfordernis als methodisches Fundament für eine eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens ausreicht. Gerade um eine möglichst hohe internationale Akzeptanz der Rechtsfortbildung zu gewährleisten, erscheint es durchaus sinnvoll, bestimmte materielle Kriterien für solche Rechtsfortbildungen zu identifizieren, die auf die Herstellung eines internationalen Konsenses gerichtet sind oder jedenfalls eine fruchtbare internationale Diskussion anstoßen können. Die hier untersuchten Kriterien sollen

²²⁹ Gruber, Methoden des Einheitsrechts, 315 ff.

²³⁰ Siehe hierzu ausführlich bereits oben, S. 39; CISG, Präambel, Abs. 3.

daher als Vorschlag für Marker einer überzeugenden Rechtsfortbildung dienen und eine weitere Strukturierung der Diskussion ermöglichen.

Abgesehen von den Zielbestimmungen in Art. 7 Abs. 1 CISG sollten die Kriterien allgemein den Besonderheiten der Entwicklung von Einheitsrecht gerecht werden. In diesem Sinne sollte – in Anlehnung an Art. 1 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs²³¹ – sich der Rechtsanwender in die Rolle der Verfasser des Übereinkommens hineinversetzen und Regeln nach denselben Kriterien entwickeln, nach denen die Verfasser des CISG sie entwickelt haben. Wie auch im Rahmen von Art. 1 Abs. 2 ZGB soll der Wechsel in den *modo legislatoris* nicht als Einladung zur freien dezisionistischen Rechtsfindung verstanden werden, sondern die erhöhten Begründungsanforderungen an den Richter verdeutlichen, der nicht lediglich den gesetzlichen Zweck fortschreibt, sondern eigene Zweckmäßigkeitserwägungen anstellen muss.²³² Für die eigenständige Rechtsfortbildung soll der Hinweis auf Art. 1 Abs. 2 ZGB nicht als Import einer weiteren Methodennorm neben Art. 7 Abs. 2 CISG in das Übereinkommen dienen, sondern auf die besonderen Voraussetzungen für die Schaffung von Einheitsrecht aufmerksam machen, mit denen sich die Verfasser des CISG konfrontiert sahen. Die Schaffung von Einheitsrecht setzt nämlich zum einen eine ausgiebige rechtsvergleichende Vorarbeit voraus.²³³ Nur so können Lösungen identifiziert werden, die international konsensfähig sind. Zum anderen ist auf die Balance der Interessen von Käufern und Verkäufern zu achten und der Charakter des CISG als neutrales Regelwerk zu wahren. Schließlich war für die Verfasser auch die Effizienz der Regeln des Übereinkommens und ihre Eignung für den internationalen Geschäftsverkehr maßgeblich. Nur Regeln, die diesen Anforderungen genügen, hätten bei der Schaffung des Einheitsrechts selbst Aussicht auf Erfolg gehabt. Aus diesem Vorgehen der Verfasser bei Schaffung des Übereinkommens sind auch die materiellen Kriterien der eigenständigen Fortentwicklung des CISG zu entwickeln. Im Folgenden sollen einige mögliche Kriterien vorgeschlagen werden.

2. Ein Vorschlag materieller Kriterien für eine eigenständige Fortentwicklung

In der Folge sollen in Übereinstimmung mit den oben genannten Anknüpfungspunkten einige materielle Kriterien für eine eigenständige Fortentwicklung vorgeschlagen werden. Zunächst ist eine Übereinstimmung mit den

²³¹ Art. 1 Abs. 2 ZGB: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde“, siehe für die Lückenfüllung anhand rechtsvergleichender Grundsätze, *Gruber*, Methoden des Einheitsrechts, 298.

²³² *Honsell*, in: Geiser/Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, ZGB I, 6. Auflage 2018, Art. 1, Rn. 36; *Tuor/Schnyder/Schmid*, ZGB, 42.

²³³ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 7, Rn. 37.

Vorschriften und den allgemeinen Grundsätzen des Übereinkommens erforderlich (a). Die Lösung muss – wie das Übereinkommen im Übrigen auch – einen angemessenen Ausgleich zwischen Interessen von Käufern und Verkäufern herbeiführen (b) und die weltanschauliche und politische Neutralität des CISG wahren (c). Sie muss darüber hinaus auch international Akzeptanz finden können (d) und für die internationale Vertragspraxis tauglich sein (e).

a) Übereinstimmung mit den Vorschriften und allgemeinen Grundsätzen des CISG

Die eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens kann selbstredend nicht gänzlich freihändig und unabhängig von den Grundwertungen und allgemeinen Grundsätzen des Übereinkommens erfolgen. Da es sich gegenüber der herkömmlichen Lückenfüllung um eine gesteigerte Form der Rechtsfortbildung handelt, muss für eine solche Fortentwicklung zwingend eine Rückkoppelung an die allgemeinen Grundsätze im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG erfolgen. Dabei sollten, wenn möglich, alle für die Frage relevanten Grundsätze auf ihren Aussagegehalt für die Rechtsfrage hin untersucht werden. Sind mehrere Grundsätze von der zu entscheidenden Frage berührt, sollte im Sinne einer praktischen Konkordanz den allgemeinen Grundsätzen zu ihrer größtmöglichen Geltung verholfen werden.²³⁴ Je mehr allgemeine Grundsätze für eine Lösung herangezogen werden können, desto wahrscheinlicher erscheint die von Art. 7 Abs. 1 CISG bezweckte internationale Einheitlichkeit. Besondere Relevanz hat dabei die Konkretisierung der allgemein gehaltenen, normativ ausfüllbaren Grundsätze wie der *reasonableness*, des guten Glaubens im internationalen Handel und der Parteiautonomie. Diese ausfüllungsbedürftigen Grundsätze geben flexible Anhaltspunkte für die meisten Rechtsfragen, müssen allerdings für jede konkrete Frage neu austariert und weiter ausgestaltet werden. Entscheidend ist dabei, diese allgemeinen Grundsätze nicht bloß als Schlagwörter einzuführen, sondern ihren konkreten normativen Gehalt für die aufgeworfene Frage im Lichte ihrer Rolle im Übereinkommen herauszuarbeiten. In einem zweiten Schritt sollte untersucht werden, ob sich die gefundene Lösung insgesamt auch nahtlos in das Gesamtgefüge des Übereinkommens einfügen kann oder ob durch die Einführung der Lösung Friktionen an anderer Stelle entstünden oder Grundwertungen des Übereinkommens in Frage gestellt würden.

b) Angemessener Ausgleich zwischen Interessen von Käufern und Verkäufern

Neben der größtmöglichen Bindung an allgemeine Grundsätze im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG muss die gefundene Lösung auch einen angemessenen Aus-

²³⁴ Siehe für das deutsche Recht *Rüßmann*, in: Behrends/Dießelhorst/Dreier (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, 35, 55; siehe auch *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 244, 262, die von einer Optimierungsaufgabe sprechen.

gleich der widerstreitenden Interessen der Parteien darstellen. Schon die Verfasser des Übereinkommens bemühten sich bewusst verschiedentlich um einen solchen fairen Ausgleich der Käufer- und Verkäuferinteressen.²³⁵ Im Ergebnis bietet das CISG eine gelungene Balance zwischen Rechten und Interessen von Käufern einerseits und Verkäufern andererseits.²³⁶ Das Übereinkommen ist mithin ein neutrales Instrument, das als „level playing field“ für Käufer und Verkäufer bezeichnet wird.²³⁷ Eine eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens muss sich daher an diesem fairen Interessenausgleich messen lassen. Es scheiden damit Lösungen aus, die einseitig oder überwiegend den Käufer oder den Verkäufer begünstigen, ohne die Interessen der jeweils anderen Partei hinreichend zu berücksichtigen. Vielmehr müssen sich Lösungen jeweils gegenüber dem Käufer und dem Verkäufer rechtfertigen lassen.²³⁸

c) Weltanschauliche Neutralität des Übereinkommens

Neben einer ausgewogenen Balance zwischen Käufer- und Verkäuferinteressen ist bei einer Rechtsfortbildung auch insgesamt die weltanschauliche und politische Neutralität des CISG zu wahren. Das CISG ist ein neutrales Regelungsinstrument für internationale Kaufverträge, das grundsätzlich frei von einer weltanschaulichen, politischen oder religiösen Aufladung ist.²³⁹ Eine so verstandene Neutralität ist möglich, da das CISG zum einen politisch oder religiös sensible Materien wie etwa Verbrauchergeschäfte,²⁴⁰ die Gültigkeit des Vertrages,²⁴¹ fraudulöses Parteiverhalten²⁴² oder die Frage der Zinshöhe²⁴³ von seinem Anwendungs- oder Regelungsbereich ausschließt²⁴⁴ und

²³⁵ Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Einleitung, Rn. 8; Schwenger/Hachem, 57 Am. J. Comp. L. (2009), 457, 476 f., mit Hinweis auf den in Art. 44 CISG gefundenen Kompromiss.

²³⁶ Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Einleitung, Rn. 8; Schroeter, 41 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. (2017), 1, 21: „equal balance“; Schwenger, in: Schwenger/Pereira/Tripodi (Hrsg.), CISG and Latin America, Regional and Global Perspectives, 79, 91, insbesondere im Hinblick auf die Regelungen der Vertragswidrigkeit und der Rechtsbehelfe.

²³⁷ Schroeter, 41 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. (2017), 1, 21; kritisch hinsichtlich des Begriffs der Fairness und der Neutralität des CISG, Micklitz/Diez Sanchez, in: Schwenger (Hrsg.), 35 Years CISG and Beyond, 269, 277.

²³⁸ Siehe für eine zweiseitige Begründung im Zivilrecht generell, Franz Bydliniski, AcP 204 (2004), 309, 395.

²³⁹ Schroeter, 41 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. (2017), 1, 24, 27; kritisch Micklitz/Diez Sanchez, in: Schwenger (Hrsg.), 35 Years CISG and Beyond, 269, 277.

²⁴⁰ Siehe Art. 2 lit. a CISG.

²⁴¹ Siehe Art. 4 S. 2 lit. a CISG.

²⁴² Schlechtriem/Schroeter, Rn. 194 ff.

²⁴³ Siehe für die Nichtregelung der Zinshöhe in Art. 78 CISG, Schroeter, 41 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. (2017), 1, 38.

zum anderen durch den Grundsatz der Parteiautonomie gemäß Art. 6 CISG sowie der Berücksichtigung von Handelsbräuchen und Gepflogenheiten gemäß Art. 9 CISG marktspezifische oder regionale Besonderheiten einzubeziehen vermag.²⁴⁵ Zutreffend ist zwar, dass dem CISG damit im Grundsatz ein formales Gerechtigkeitskonzept zugrunde liegt, das jedenfalls im Ausgangspunkt unterstellt, dass die Parteien sich auf Augenhöhe begegnen.²⁴⁶ Allerdings lässt das Übereinkommen an verschiedenen Stellen Raum für eine Korrektur dieser Annahme und eine gerechte Lösung im Einzelfall.²⁴⁷ Die Neutralität im Sinne eines „level playing field“ hat sich als taugliche Grundlage für die Regelung internationaler Kaufverträge erwiesen, die zur hohen Attraktivität und Akzeptanz des Übereinkommens beigetragen hat.²⁴⁸

Trotz der grundsätzlichen Neutralität des CISG wird zum Teil vertreten, dass bei der internationalen Auslegung, Lückenfüllung und Weiterentwicklung ethische und menschenrechtliche Standards einzubeziehen und zu fördern sind.²⁴⁹ Als Grundlage für die Einbeziehung solcher Vorstellungen werden teilweise der gute Glaube im internationalen Handel²⁵⁰ oder der internationale Charakter des Übereinkommens²⁵¹ gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG genannt. Andernorts wird auch eine nur punktuelle Berücksichtigung solcher Grundsätze im Rahmen der Vertragswidrigkeit gemäß Art. 35 Abs. 1, 2 lit. a, b CISG²⁵² oder der Schadensbemessung gemäß Art. 74 S. 1 CISG²⁵³ vorgeschlagen. Eine solche punktuelle Berücksichtigung ethischer Grundsätze und menschenrechtlicher Standards erscheint grundsätzlich im Wege der Ausle-

²⁴⁴ *Menon*, Roadmaps for the Transnational Convergence of Commercial Law: Lessons Learnt from the CISG, 16; *Micklitz/Diez Sanchez*, in: *Schwenzer* (Hrsg.), 35 Years CISG and Beyond, 269, 286.

²⁴⁵ *Schroeter*, 41 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* (2017), 1, 24, 39.

²⁴⁶ Siehe hierzu die Kritik von *Micklitz/Diez Sanchez*, in: *Schwenzer* (Hrsg.), 35 Years CISG and Beyond, 269, 277 ff.

²⁴⁷ Siehe etwa für Art. 35 Abs. 2 lit. b CISG und Art. 44 CISG, *Schroeter*, 41 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* (2017), 1, 43 ff.; *Schwenzer*, in: *Schwenzer/Pereira/Tripodi* (Hrsg.), CISG and Latin America, Regional and Global Perspectives, 79, 83 ff.

²⁴⁸ *Schroeter*, 41 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* (2017), 1, 21.

²⁴⁹ Siehe etwa für die Einbeziehung von Gewohnheitsvölkerrecht und Menschenrechten im CISG, *Butler*, in: *Schwenzer* (Hrsg.), 35 Years CISG and Beyond, 295, 299 ff., die sich in dieser Hinsicht entgegen Art. 6 CISG für eine Beschränkung der Parteiautonomie ausspricht; siehe auch *Perales Viscasillas*, in: *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas* (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 23.

²⁵⁰ *Perales Viscasillas*, in: *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas* (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 23.

²⁵¹ *Butler*, in: *Schwenzer* (Hrsg.), 35 Years CISG and Beyond, 295, 299 ff., mit Verweis auf Art. 31 Abs. 3 lit. c der Wiener Vertragsrechtskonvention.

²⁵² *Schwenzer*, 22 *Unif. L. Rev.* (2017), 122, 124, 126 ff.

²⁵³ *Schwenzer*, 22 *Unif. L. Rev.* (2017), 122, 130; *Schwenzer/Leisinger*, in: *FS Hellner*, 249, 270 f.

gung von Parteivereinbarungen gemäß Art. 6, 8 Abs. 2, Art. 35 Abs. 1 CISG oder durch Einbeziehung von Handelsbräuchen oder Gepflogenheiten gemäß Art. 9 CISG möglich, soweit die jeweiligen Voraussetzungen dieser Vorschriften erfüllt sind.²⁵⁴ Völkerrechtliche oder ethische Mindestanforderungen können darüber hinaus auch je nach Vertragskontext über die Bestimmung der Vertragswidrigkeit gemäß Art. 35 Abs. 2 lit. a, b CISG durchgesetzt werden, da die Normen auf den konkreten Absatzmarkt, das Verhältnis der Parteien und den Vertragszweck abstellen und damit flexible Anknüpfungspunkte für ethische Standards bieten.²⁵⁵

Demgegenüber sollte im Allgemeinen bei der Weiterentwicklung des Übereinkommens auf eine politische oder ethische Aufladung verzichtet werden.²⁵⁶ Dies entspricht zum einen, wiederum in Anlehnung an Art. 1 Abs. 2 ZGB, der Vorgehensweise der Verfasser des Übereinkommens, die umstrittene politische, soziale und ökonomische Grundsatzfragen bewusst ausklammerten.²⁵⁷ Zum anderen gebietet das Ziel einer international einheitlichen Anwendung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG Zurückhaltung bei der Einführung ethischer oder politischer Grundsätze.²⁵⁸ Das Erfordernis einer international einheitlichen Anwendung spricht auch gegen eine auf den guten Glauben gestützte Einbringung ethischer Standards in das CISG, da die für den guten Glauben ohnehin bestehende Gefahr uneinheitlicher Anwendung durch eine zu starke moralische Aufladung über die anerkannten Fallgruppen hinaus potenziert würde. Inwieweit ethische oder menschenrechtliche Zwecke über die Anpassung und Weiterentwicklung zivilrechtlicher Regelungen zu fördern sind, ist eine Frage, bei der daher zumindest für das Übereinkommen im Sinne der internationalen Einheitlichkeit gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG Zurückhaltung geboten scheint und die überzeugender über die Gültigkeitsregeln des nationalen Rechts gemäß Art. 4 S. 2 lit. a CISG zu lösen ist.²⁵⁹ Zu entwickeln sind daher weltanschaulich neutrale Regeln, die sich in das weltanschaulich neutrale Gesamtgefüge des Übereinkommens einfügen können.

²⁵⁴ *Schwenzer/Leisinger*, in: FS Hellner, 249, 264 ff.; siehe auch *Butler*, in: Schwenzer (Hrsg.), 35 Years CISG and Beyond, 295, 304.

²⁵⁵ *Schwenzer*, in: Schwenzer/Pereira/Tripodi (Hrsg.), CISG and Latin America, Regional and Global Perspectives, 79, 82; *Schwenzer/Leisinger*, in: FS Hellner, 249, 267.

²⁵⁶ Siehe auch *Schlechtriem*, 19 Pace Int'l L. Rev. (2007), 89, 97 ff.

²⁵⁷ Siehe etwa für die Gültigkeit von Verträgen, UNCITRAL Yearbook VIII (1977), 93, Nr. 25: „[T]he validity of contracts is [...] an important vehicle by which the political, social and economic philosophy of the particular society is made effective in respect of contracts.“

²⁵⁸ Siehe für die Auslegung, *Schlechtriem*, 19 Pace Int'l L. Rev. (2007), 89, 99.

²⁵⁹ Andere Ansicht: *Butler*, in: Schwenzer (Hrsg.), 35 Years CISG and Beyond, 295, 301; *Perales Viscasillas*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 23.

d) Internationale Konsensfähigkeit der Lösung

Aus dem Ziel einer einheitlichen Anwendung des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG folgt, dass eine Lösung grundsätzlich geeignet sein muss, international Anerkennung zu finden.²⁶⁰ Die Entwicklung solcher konsensfähiger Lösungen muss im Vergleich zu Auslegung und Lückenfüllung erst recht bei der eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens gelten. Bei der Weiterentwicklung des Übereinkommens muss daher eine rechtsvergleichende Analyse vorgenommen und eine Konsensprognose erstellt werden.²⁶¹ Die rechtsvergleichende Vorarbeit mag zwar zum Teil aufwändig sein,²⁶² entspricht allerdings dem Verfahren der Verfasser des Übereinkommens, die sich auf Jahrzehnte rechtsvergleichender Arbeiten, insbesondere von *Ernst Rabel*, stützen konnten.²⁶³ Die Vorschriften des CISG selbst werden daher teilweise als „geronnene Rechtsvergleichung“ bezeichnet.²⁶⁴ Entscheidende Vorarbeit einer Fortentwicklung des Übereinkommens ist daher, rechtsvergleichend den internationalen Resonanzraum für die Weiterentwicklung des Übereinkommens zu bestimmen. Zweck dieser rechtsvergleichenden Vorgehensweise ist nicht, den kleinsten gemeinsamen Nenner zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen zu identifizieren,²⁶⁵ sondern vielmehr zu untersuchen, ob sich eine Lösung in Widerspruch zu Grundwertungen eines anderen Rechtskreises setzen würde oder ob sich durch die Rechtsvergleichung funktional ähnliche Rechtsgedanken oder Wertungen zur aufgeworfenen Frage in einer Vielzahl verschiedener Rechtsordnungen finden lassen.

Für die Weiterentwicklung des Übereinkommens können selbstredend nicht die Rechtsordnungen aller Vertragsstaaten im Detail untersucht werden.²⁶⁶ Erste Anhaltspunkte zu international konsensfähigen Lösungen können etwa den UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts entnommen werden, auch wenn hier im Einzelfall zu prüfen ist, ob es sich um eine innovative oder eine aufgrund eines rechtsvergleichenden Konsens gefundene Lösung handelt. Des Weiteren gibt es mittlerweile einige große

²⁶⁰ *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 16; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 7, Rn. 20, jeweils zur international einheitlichen Auslegung gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG.

²⁶¹ *Gruber*, Methoden des Einheitsrechts, 300.

²⁶² Siehe für die Auslegung, *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 8. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 40; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 7, Rn. 37.

²⁶³ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 7, Rn. 37.

²⁶⁴ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 7, Rn. 37.

²⁶⁵ *Gruber*, Methoden des Einheitsrechts, 301, zur Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG.

²⁶⁶ *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 40, für die rechtsvergleichende Auslegung.

rechtsvergleichende Nachschlagewerke, die die komparatistische Vorarbeit erheblich erleichtern und einen sehr guten internationalen Überblick bieten,²⁶⁷ speziell für das Kaufrecht insbesondere das sehr umfassende Werk *Global Sales and Contract Law* von *Ingeborg Schwenzer*, *Pascal Hachem* und *Christopher Kee*.²⁶⁸ Praktisch eine besonders wichtige Rolle zur Herstellung eines internationalen Konsenses bei der eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens nimmt dabei der private Zusammenschluss von Experten im *CISG Advisory Council* ein. Die internationale Zusammensetzung des Gremiums wirkt dabei als Schutz vor der Übernahme nationaler Vorstellungen und die ausführlichen *opinions* bieten ausreichend Raum für differenzierte Begründungen, die auch von der Rechtsprechung zunehmend aufgegriffen werden.²⁶⁹ Bemerkenswert ist dabei, dass der *Council* sowohl für die Frage der Kollision der allgemeinen Geschäftsbedingungen²⁷⁰ als auch für die Frage der Aufrechnung konventionsinterner Forderungen jeweils progressive Positionen vertritt,²⁷¹ die hier als eigenständige Fortentwicklungen eingeordnet wurden.²⁷² Obwohl der *Council* keine offizielle Funktion ausübt, scheint er aufgrund seiner diversen Zusammensetzung und der Expertise der Mitglieder grundsätzlich geeignet, die Diskussion und Begründung einer eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens zu begleiten und zu kanalisieren und dadurch die internationale Akzeptanzfähigkeit eigenständiger Fortentwicklungen zu erhöhen.²⁷³

e) *Tauglichkeit der Lösung für die internationale Vertragspraxis*

Zweck des CISG ist es, effektive und effiziente Rechtsregeln für den grenzüberschreitende Kaufverträge bereitzustellen und internationale Handelshindernisse zu beseitigen.²⁷⁴ Eine eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens muss sich daher auch an den praktischen Bedürfnissen des internationalen Rechtsverkehrs orientieren. Dies gilt umso mehr, da das CISG gemäß Art. 6 CISG von den Parteien abgewählt werden kann. Die durch eine

²⁶⁷ Siehe etwa Jansen/Zimmermann (Hrsg.), *Commentaries on European Contract Laws*; Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *Oxford Handbook of Comparative Law*; Smits (Hrsg.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*.

²⁶⁸ *Schwenzer/Hachem/Kee*, *Global Sales and Contract Law*.

²⁶⁹ Siehe etwa BGH, 28.5.2014, NJW-RR 2014, 1202, 1204; OLG Stuttgart, 21.12.2015, RdTW 2018, 434; 436, *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 98, mit weiteren Nachweisen.

²⁷⁰ CISG-AC, Opinion no. 13, Inclusion of Standard Terms under the CISG, Rapporteur: *Eiselen*, Rule 10.

²⁷¹ CISG-AC, Opinion no. 18, Set-off under the CISG, Rapporteur: *Fountoulakis*, Rule 1.

²⁷² Siehe grundsätzlich zur dezidiert progressiven Vorgehensweise des *Advisory Council*, *Schwenzer*, in: *Schwenzer* (Hrsg.), *The CISG-AC Opinions*, 1, 12.

²⁷³ *Bridge*, *International Sale of Goods*, para. 10.40.

²⁷⁴ CISG, Präambel, Abs. 3.

eigenständige Fortentwicklung entwickelten Regelungen sollten daher den Parteien keinen weiteren Anreiz bieten, die Geltung des Übereinkommens auszuschließen. Es sollten also nur Lösungen entwickelt werden, die effiziente und praktikable Regelungen für die internationale Vertragspraxis enthalten. Ein besonderes Augenmerk sollte dabei auf der Vermeidung unnötiger Transaktions- und Transportkosten liegen, die auch die Verfasser des Übereinkommens zu reduzieren versuchten.²⁷⁵ Zur Bewertung der Lösungen hinsichtlich ihrer Effizienz in der Vertragspraxis kann die ökonomische Analyse des Rechts beitragen.²⁷⁶

D. Der Rekurs auf das nach dem Kollisionsrecht anwendbare Recht

Gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG ist letztes Mittel der Lückenfüllung der Rückgriff auf das anwendbare nationale Recht, wenn sich eine Lösung nicht aus den allgemeinen Grundsätzen, auf denen das Übereinkommen beruht, herleiten lässt. Da das CISG keine eigenen Kollisionsregeln enthält, bestimmt sich das Subsidiärstatut nach dem Kollisionsrecht des Forums.²⁷⁷ Nach dem hier vorgeschlagenen Modell der Weiterentwicklung des Übereinkommens sollte ein Rückgriff auf das Subsidiärstatut ausnahmsweise nicht erfolgen, wenn eine eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens notwendig erscheint und anhand der oben vorgeschlagenen Kriterien möglich ist. Nur wenn eine solche eigenständige Fortentwicklung entweder für die aufgeworfene Frage nicht notwendig ist oder eine international konsensfähige und praktikable Lösung sich nicht entwickeln lässt, sollte auf das nach dem Kollisionsrecht des Forums anwendbare Recht zurückgegriffen werden.

²⁷⁵ Siehe etwa zur Ersatzlieferung in Art. 46 Abs. 2 CISG, *Olaf Meyer*, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), *CISG Methodology*, 319, 324; *Müller-Chen*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 23; *Will*, in: Bianca/Bonell (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 1987, Art. 46, no. 1.1.2., 2.2.1.2; siehe zu Art. 49 CISG etwa, *Herber/Czerwenka*, *Internationales Kaufrecht*, 1991, Art. 49, Rn. 2.

²⁷⁶ Siehe zur ökonomischen Analyse im CISG, *Cenini/Parisi*, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), *CISG Methodology*, 151, 170.

²⁷⁷ *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 57; *Gruber*, *Methoden des Einheitsrechts*, 309; *Kramer*, *JB1* 1996, 137, 149; *Slechtriem/Schroeter*, Rn. 146; anders nur *Stoll*, *IPRax* 1993, 75, 78, der dem Übereinkommen selbst spezifische Kollisionsregeln entnehmen will.

E. Zwischenergebnis

Für die weit überwiegende Anzahl der Rechtsprobleme bietet das CISG mit der Auslegung gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG und der Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG das notwendige Handwerkszeug, um eine international einheitliche und zugleich zeitgemäße Anwendung des Übereinkommens zu gewährleisten. Im Ausnahmefall, wenn eine international einheitliche Regelung notwendig ist, aber vom Übereinkommen ursprünglich nicht erfasst ist oder das Übereinkommen keine hinreichenden inhaltlichen Anknüpfungspunkte für eine Lückenfüllung bietet, sollte indes auch eine über die bloße Lückenfüllung hinausgehende eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens zulässig sein. Eine solche Weiterentwicklung unterliegt selbstredend hohen Begründungsanforderungen und hat sich an den Maßstäben zu orientieren, die für die Verfasser des Übereinkommens selbst maßgeblich waren. Insbesondere ist die internationale Einheitlichkeit zu wahren und ein fairer Interessenausgleich zwischen den Parteien zu verwirklichen.

In der Folge sollen die oben beschriebenen Möglichkeiten der Auslegung, Lückenfüllung und eigenständigen Fortentwicklung genutzt werden, um die Möglichkeiten der Begründung von Vorteils- und Gewinnherausgabeansprüchen auszuloten.

Kapitel 3

Anknüpfungspunkte einer Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG

Vorteilsorientierte Ansprüche finden sich im CISG nur an zwei Stellen ausdrücklich: Zum einen im Rahmen der Vorteilsherausgabepflicht in der Rückabwicklung des Vertrages gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG (A.) und zum anderen in Form der Erlösherausgabe bei einem Verkauf gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG (B.). Beide Ansprüche sollen hier vorgestellt werden.

A. Die Vorteilsherausgabe in der Rückabwicklung gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG

Zunächst sollen der Regelungszusammenhang (I.) und die Entstehungsgeschichte des Vorteilsausgleichs in Art. 84 Abs. 2 CISG dargestellt werden (II.). Im Anschluss sollen die jeweiligen Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG (III.) und Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG (IV.) skizziert werden, bevor auf Erweiterungen des Anwendungsbereichs von Art. 84 Abs. 2 CISG eingegangen wird (V.). Schließlich sollen die Besonderheiten bei nachträglichen Störungen des Rückabwicklungsverhältnisses erläutert werden (VI.).

I. Der Regelungszusammenhang der Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG

Eine Kodifizierung des Anspruchs auf Vorteilsherausgabe findet sich im Recht der Rückabwicklung des Vertrages in Art. 84 Abs. 2 CISG. Nach dieser Regelung hat der Käufer alle Vorteile herauszugeben, die er aus der Ware gezogen hat, wenn er die Ware ganz oder teilweise zurückgeben muss oder wenn es ihm unmöglich ist, die Ware im Wesentlichen in dem Zustand zurückzugeben, in dem er sie erhalten hat und dennoch die Aufhebung des Vertrages erklärt hat. Die Bedeutung der Norm erschließt sich nicht auf den ersten Blick,¹ sondern erst durch ihre Rolle im Rückgewährregime der Art. 81 ff.

¹ Siehe etwa die Bemerkung von *Bridge*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 84, para. 17: „The meaning of this provision is obscure“.

CISG. Zum besseren Verständnis soll zunächst der Regelungszusammenhang der Norm skizziert werden. Dabei soll die Rechtslage bei ungestörter (1.) und gestörter Rückabwicklung (2.) dargestellt werden.

1. Das ungestörte Rückabwicklungsverhältnis

Nach Art. 81 Abs. 1 S. 1 CISG werden die Parteien im Fall der Aufhebung des Vertrages von ihren Leistungspflichten frei. Haben die Parteien ihre Leistungen bereits erbracht, geht das Übereinkommen gemäß Art. 81 Abs. 2 S. 1 CISG grundsätzlich von einer vollständigen Rückabwicklung der vertraglichen Leistungen aus,² die gemäß Art. 81 Abs. 2 S. 2 CISG Zug-um-Zug erfolgen soll. Gemäß Art. 84 Abs. 1 CISG ist der Verkäufer zur Zinszahlung seit Empfang der Zahlung verpflichtet. Spiegelbildlich hat der Käufer gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG den Gegenwert der Vorteile zu erstatten, die er aus der Ware gezogen hat.

2. Das gestörte Rückabwicklungsverhältnis

Das Rückgewährschuldverhältnis ist gestört, wenn die Ware nicht im Wesentlichen in dem Zustand, in dem sie geliefert wurde, zurückgegeben werden kann. Gemäß Art. 82 Abs. 1 CISG entfällt in diesem Fall das Aufhebungsrecht des Käufers. Das CISG schließt also die Vertragsaufhebung in diesen Fällen gänzlich aus, statt die Unmöglichkeit der unversehrten Rückgabe lediglich im Rahmen der Rückabwicklungsfolgen – etwa in Form eines Wertersatzanspruchs³ – zu berücksichtigen.⁴ Die entsprechende Vorgängerregelung findet sich in Art. 79 ULIS.⁵

Der Ausschluss des Aufhebungsrechts des Käufers erfährt in Art. 82 Abs. 2 CISG seinerseits eine Einschränkung. Gemäß Art. 82 Abs. 2 CISG verliert der Käufer sein Aufhebungsrecht nicht, wenn der Untergang oder die Verschlechterung nicht auf seinem Verhalten beruht (lit. a) oder aufgrund der gemäß Art. 38 CISG vorgenommenen Untersuchung eintritt (lit. b). Ebenso verliert er das Aufhebungsrecht nicht, wenn er die Ware im normalen Geschäftsverkehr verkauft oder der normalen Verwendung entsprechend verbraucht oder verändert hat, bevor er die Vertragswidrigkeit entdeckt hat oder hätte entdecken müssen (lit. c). In diesen Fällen kann der Käufer die Aufhebung erklären und gemäß Art. 81 Abs. 2 S. 1 CISG die Rückgewähr des

² *Fountoulakis*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Vor Artt. 81–84, Rn. 11; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 774.

³ Siehe für eine solche Wertersatzlösung im deutschen Recht etwa § 346 Abs. 2 BGB.

⁴ *Mankowski*, in: *Münchener Kommentar zum HGB, CISG*, 4. Auflage 2018, Art. 82, Rn. 1; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 758.

⁵ Siehe zum Vorschlag im ULIS die Wertersatzlösung einzuführen, *Conférence Diplomatique, II, Documents*, 356 f., siehe hierzu ausführlich unten, S. 87.

Kaufpreises verlangen kann, obwohl er die Ware nicht im Wesentlichen in dem Zustand zurückgeben kann, in dem er sie erhalten hat.⁶

In dieser Situation erlaubt Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG dem Verkäufer zumindest, auf den Gegenwert der Vorteile zuzugreifen, die der Käufer aus der Ware gezogen hat.⁷ Es handelt sich bei unvoreingenommener Betrachtung um einen Ausgleich für den Verkäufer für die nachteilige Regelung des Art. 82 Abs. 2 CISG. Der Käufer soll nicht durch Einbehalt der Vorteile bereichert bleiben, denn er erhält bereits den Kaufpreis zuzüglich Zinsen gemäß Art. 81 Abs. 2 S. 1, Art. 84 Abs. 1 CISG zurück.⁸ Hat der Käufer aufgrund des Untergangs der Ware einen Ersatz oder einen Erlös erhalten, tritt dieses Surrogat gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG an deren Stelle.⁹

II. Die Entstehungsgeschichte der Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG

Um die Entstehungsgeschichte des Art. 84 Abs. 2 CISG nachzuzeichnen (2.), muss zunächst die Genese der Vorgängerbestimmung in Art. 81 Abs. 2 ULIS dargestellt werden (1.). Insgesamt ist die Entstehungsgeschichte für das Verständnis und die Auslegung des Art. 84 Abs. 2 CISG von eingeschränktem Wert (3.).

1. Die Entstehungsgeschichte von Art. 81 Abs. 2 ULIS

Vorläufer der Regelung in Art. 84 Abs. 2 CISG ist Art. 81 Abs. 2 ULIS.¹⁰ Gemäß Art. 81 Abs. 2 ULIS schuldet der Käufer den Gegenwert aller Nutzungen und Vorteile, die er aus der Sache gezogen hat, wenn er die Sache zurückgeben muss oder wenn es ihm unmöglich ist, die Sache ganz oder teilweise zurückzugeben, der Vertrag aber dennoch aufgehoben ist.

Diese Regelung wurde vergleichsweise spät in die Entwürfe zum ULIS eingefügt.¹¹ Die Bestimmungen über die Aufhebungsfolgen in den vorherigen Entwürfen enthielten keine vergleichbare Vorschrift.¹² Sie sahen lediglich

⁶ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 82, para. 14; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 82, Rn. 28; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 20.

⁷ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 20.

⁸ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 15.

⁹ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, Art. 84, Rn. 34; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 8, 15.

¹⁰ *Honnold*, Documentary, A. Working Group, 189 f.

¹¹ *Weitnauer*, in: Dölle (Hrsg.), EKG, Kommentar, 1976, Vor Artt. 78–81, Rn. 38.

den Verlust des Aufhebungsrechts des Käufers vor, wenn er die Ware nicht im ursprünglichen Zustand zurückgewähren kann.¹³ Die israelische Delegation schlug sodann vor, anstelle des Verlustes des Aufhebungsrechts bei Unmöglichkeit der Rückgabe eine Wertersatzlösung aufzunehmen.¹⁴ Danach sollte der Käufer sein Aufhebungsrecht behalten, allerdings sollte der Wert der untergegangenen oder verschlechterten Sache bei der Berechnung des Schadensersatzes berücksichtigt werden.¹⁵ Die von der eigens eingesetzten Arbeitsgruppe einstimmig vorgeschlagene Wertersatzlösung¹⁶ fand keine Mehrheit.¹⁷ Die Delegierten waren nicht bereit, in letzter Minute den Verlust des Aufhebungsrechts durch die grundlegend verschiedene Wertersatzlösung zu ersetzen.¹⁸ Allerdings wurde auf Vorschlag der französischen Delegation beschlossen, eine Bestimmung der „enrichissement sans cause“¹⁹ einzufügen.²⁰ Anstelle eines grundsätzlichen Wechsels vom Verlust des Aufhebungsrechts hin zu einer Wertersatzlösung sollten also die Härten einer Vertragsaufhebung trotz Unmöglichkeit der Rückgewähr der Ware durch die Einführung einer auf dem Bereicherungsgedanken fußenden Vorteilsauskehr abgemildert werden. Das Ergebnis war Art. 81 Abs. 2 ULIS.

2. Die Entstehungsgeschichte von Art. 84 Abs. 2 CISG

Die Vorgängerregelung des Art. 81 Abs. 2 ULIS wurde in Art. 84 Abs. 2 CISG mit nur geringfügigen Änderungen übernommen. Im Gegensatz zur Vorgängerregelung enthält Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG die Präzisierung, dass der Käufer die Vertragsaufhebung erklärt hat. Außerdem wurde der Fall des Verlangens der Ersatzlieferung aufgenommen.²¹ Der Wortlaut wurde damit an Art. 82 CISG angepasst.²² Darüber hinaus bestehen keine Anzeichen, dass

¹² Siehe in dieser Hinsicht etwa Art. 91 ff. des Entwurfs von 1956, in: *Rabel*, Warenkauf, II, 436 f.

¹³ Siehe in dieser Hinsicht etwa Art. 91, 92 des Entwurfs von 1956, in: *Rabel*, Warenkauf, II, 436 f.

¹⁴ Conférence Diplomatique, II, Documents, 354.

¹⁵ Conférence Diplomatique, II, Documents, 354.

¹⁶ Conférence Diplomatique, II, Documents, 356 f.

¹⁷ Conférence Diplomatique, I, Actes, 183.

¹⁸ In diesem Sinne insbesondere ein Mitglied der westdeutschen Delegation: „[...] il est dangereux de remplacer le système [...] par un autre système baclé en dernière minute“, in: Conférence Diplomatique, I, Actes, 181.

¹⁹ In der englischen Fassung der Dokumentation heißt es „unjust enrichment“.

²⁰ Conférence Diplomatique, I, Actes, 182 f.

²¹ UNCITRAL Yearbook V (1974), 44, Art. 81, Nr. 156; *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 2.

²² UNCITRAL Yearbook VII (1976), 133, Art. 54, Nr. 3; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 5; *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 2.

inhaltliche Abweichungen von Art. 81 Abs. 2 ULIS beabsichtigt waren. Anders als bei der Haager Konferenz führte die Vorschrift auf der diplomatischen Konferenz in Wien nicht zu längeren Diskussionen.²³

3. Der Regelungsgrund des Art. 84 Abs. 2 CISG

Die Entstehungsgeschichte von Art. 84 Abs. 2 CISG bietet nur wenige Anhaltspunkte für die Einordnung der Norm im Allgemeinen und ihre Auslegung im Einzelnen. Dies liegt zunächst daran, dass die inhaltlichen Diskussionen über die Änderungen von Art. 81 Abs. 2 ULIS kaum festgehalten sind. Bei der in Art. 81 Abs. 2 ULIS gefundenen Lösung scheint es sich um einen Kompromiss zu handeln zwischen Delegationen, die grundsätzlich einer Wertersatzlösung anhängen, und Delegationen, die eine solche aus verschiedenen Gründen ablehnten.²⁴ Als Regelungsgrund nannte der französische Delegierte *Tunc* zwar den „principe de l'enrichissement sans cause“.²⁵ Dieses Konzept unterscheidet sich allerdings erheblich in seinen Grundstrukturen und in seiner konkreten Ausgestaltung in verschiedenen Rechtsordnungen.²⁶

Diesem Hinweis kann immerhin der Grundgedanke entnommen werden, dass eine beim Käufer verbleibende Bereicherung abgeschöpft werden soll. Der Grund für die Regelung besteht also darin, dass der Käufer nicht doppelt von seiner Vertragsaufhebung durch Rückerhalt des Kaufpreises einerseits und Einbehalt der Vorteile andererseits profitieren soll. Auf der anderen Seite soll der Verkäufer nicht gemäß Art. 81 Abs. 2 S. 1, 84 Abs. 1 CISG grundsätzlich den Kaufpreis zuzüglich Zinsen zurückgewähren müssen, ohne bei Untergang der Ware selbst etwas zurückzuerhalten. Spiegelbildlich zur Zuweisung der Zinsen an den Käufer gemäß Art. 84 Abs. 1 CISG werden dem Verkäufer die Vorteile aus der Ware zugewiesen. Hierdurch wurde eine Schwäche des Rückabwicklungsrechts des ULIS im Wege eines Kompromisses durch eine wechselseitige Zuweisung von Vorteilen ausgeglichen. Die Ansprüche in Art. 84 Abs. 1, 2 CISG stellen daher eigenständige Vorteilsabschöpfungsansprüche dar, die dem Ziel einer möglichst umfassenden Rückabwicklung dienen.²⁷

Über diesen Grundgedanken hinaus lässt sich der Entstehungsgeschichte indes wenig entnehmen. Insbesondere die Fragen des Vorteilsbegriffs und des Umfangs der Vorteilsherausgabe bleiben unbeantwortet. Diese Fragen sollen

²³ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 5.

²⁴ Conférence Diplomatique, I, Actes, 182.

²⁵ Conférence Diplomatique, I, Actes, 182.

²⁶ Siehe bereits in diesem Sinne die Bedenken des schwedischen Delegierten *Hellner*, in: Conférence Diplomatique, I, Actes, 183.

²⁷ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 5; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Auflage 2018, Art. 84, Rn. 1.

zunächst für Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG (III.) und dann für Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG (IV.) beantwortet werden.

III. Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG

Die Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG setzt sowohl eine Rückgabepflicht wegen Vertragsaufhebung oder Ersatzlieferung voraus (1.) als auch einen aus der Ware gezogenen Vorteil (2.). Rechtsfolge ist die Herausgabepflicht des Gegenwerts des Vorteils (3.).

1. Rückgabepflicht wegen Vertragsaufhebung oder Ersatzlieferung

Der Vorteilsausgleich gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG setzt voraus, dass der Käufer die Ware zurückgeben muss. Erforderlich ist also eine Rückgabepflicht des Käufers. Eine solche Rückgabepflicht entsteht zum einen gemäß Art. 81 Abs. 2 S. 1 CISG, wenn der Vertrag aufgehoben wird. Anders als in Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG gilt dies schon nach dem Wortlaut der Norm unabhängig davon, welche Partei die Aufhebung des Vertrages erklärt oder ob der Vertrag einvernehmlich aufgehoben wurde.²⁸ Ebenso wie Art. 84 Abs. 1 CISG differenziert Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG nicht nach dem Grund des Eintritts der Rückgewährpflicht.

Zum anderen ergibt sich eine solche Rückgabepflicht aus Art. 82 Abs. 1 CISG indirekt auch für die Ersatzlieferung, da Art. 82 Abs. 1 CISG die Ersatzlieferung ausschließt, wenn die Ware nicht zurückgewährt werden kann.²⁹ Dennoch lehnt die ganz überwiegende Meinung eine Vorteilsauskehr gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG im Falle der Ersatzlieferung ab.³⁰ Begründet wird dies mit der Pflicht des Verkäufers vertragskonforme Ware zu liefern, bei deren Erfüllung bei der ersten Lieferung der Käufer auch keine Nutzungsgütung geschuldet hätte.³¹

²⁸ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 22; anders wohl *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 14, 25: „insgesamt analog“.

²⁹ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 43; *Müller-Chen*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 46, para. 34.

³⁰ *Benicke*, in: Münchener Kommentar zum HBG, CISG, 3. Auflage 2013, Art. 84, Rn. 13; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, CISG, Art. 84, Rn. 11; *Junker*, in: jurisPK-BGB, CISG, 9. Auflage 2020, Art. 84, Rn. 18; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 20; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HBG, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 84, Rn. 13; *Saenger*, in: BeckOK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 84, Rn. 4; *Slechtriem/Schroeter*, Rn. 781; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 84, Rn. 6; andere Ansicht *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, Intro to Arts. 81–84, para. 7.

Dieser auf den ersten Blick eingängige Gedanke überzeugt bei genauerer Betrachtung allerdings nicht.³² Der Wortlaut des Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG bietet für eine solche Einschränkung keinen Anhaltspunkt, denn die Norm fordert lediglich, dass der Käufer die Ware zurückgeben muss. Bei unbefangener Anwendung des Wortlauts erfasst Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG daher auch die Ersatzlieferung. Auch die Lektüre der übrigen Bestimmungen bestätigt dieses Verständnis. Sowohl Art. 82 Abs. 1 CISG als auch Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG nennen die Vertragsaufhebung und die Ersatzlieferung in einem Zug. Dies zeigt, dass das Übereinkommen die Rechtsfolgen der Rückgabe der Ware einheitlich bestimmt, unabhängig davon ob dies aufgrund einer Vertragsaufhebung oder aufgrund eines Ersatzlieferungsverlangens erfolgt.³³

Eine Einschränkung, wie von der überwiegenden Ansicht vorgeschlagen, ist auch nicht erforderlich, denn sie vermischte die grundsätzlich neutrale Ausgestaltung des Vorteilsausgleichs in Art. 84 Abs. 2 CISG mit Erwägungen, die ins Schadensrecht gehören. Ein begleitender Vorteilsausgleich erscheint bei isolierter Betrachtung gerechtfertigt, da der Käufer durch die Ersatzlieferung neue Ware erhält und die Nutzung der vertragswidrigen Ware wirtschaftlich nicht zu tragen hat. Hierin liegt ein Vorteil gegenüber einer bereits ursprünglich ordnungsgemäßen Erfüllung. Das Argument der überwiegenden Ansicht, den Käufer hätte bei ordnungsgemäßer Erstlieferung keine Pflicht zur Vorteilsauskehr getroffen, trifft daher den Kern der Sache nicht. Diese Erwägungen genügen, um eine Nutzungsvergütung zu rechtfertigen,³⁴ insbesondere da eine Nutzungsvergütung nur in Höhe des Nutzungswertes erfolgen kann, der trotz Vertragswidrigkeit der Ware für den Käufer tatsächlich bestand. Übrige Nachteile des Käufers, insbesondere ein entgangener Gewinn, sind über den Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74–77 CISG auszugleichen. Da wirtschaftlich alle Erwägungen im Rahmen der Schadensersatzpflicht Berücksichtigung finden werden, wird Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG daher vor allem relevant, wenn der Käufer keinen Schaden hat oder er seinen Schaden aufgrund von Art. 77, 79 CISG nicht ersetzt verlangen kann. Die begleitende Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG ist daher entgegen der weit überwiegenden Ansicht auch bei Verlangen einer Ersatzlieferung gemäß Art. 46 Abs. 2 CISG anwendbar.³⁵

³¹ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 11; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 20; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 84, Rn. 6.

³² *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 5.

³³ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Intro to Arts. 81–84, para. 7.

³⁴ Andere Ansicht *Slechtriem*, Internationales Kaufrecht, Rn. 322.

³⁵ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Intro to Arts. 81–84, para. 7.

2. Vorteil aus der Ware gezogen

Zunächst soll der Vorteilsbegriff vorgestellt werden (a), bevor die Merkmale „aus der Ware gezogen“ (b) und Gegenwert (c) dargestellt werden und der maßgebliche Zeitpunkt für die Bemessung der Vorteile (d) bestimmt werden soll.

a) Vorteilsbegriff

Der Vorteilsbegriff hat im CISG keine Definition erfahren.³⁶ Er findet sich lediglich in Art. 84 Abs. 2 CISG und sonst an keiner weiteren Stelle des Übereinkommens. Gleiches gilt für die in der englischen sowie französischen Fassung verwandten Begriffe „benefit“ und „profit“. Die genaue Bedeutung des Begriffs Vorteil ist daher durch autonome Auslegung gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG zu bestimmen.

Eine erste wichtige Unterscheidung ist diejenige zwischen Vorteil und Gewinn. Es fällt bereits bei unbefangenen Vergleich der englischen und französischen Sprachfassungen auf, dass die verwendeten Begriffe nicht eindeutig hinsichtlich ihrer Reichweite sind. Ein konventionsinterner Vergleich bietet einen ersten Hinweis. Hinsichtlich des entgangenen Gewinns im Schadensersatzrecht sprechen Art. 44, 74 S. 1 CISG in der französischen Fassung vom „gain manqué“ und in der englischen Fassung vom „loss of profit“. Deutlich wird daher in beiden Sprachfassungen, dass das Übereinkommen zwischen Vorteil einerseits und Gewinn andererseits unterscheidet und dass das Verständnis der Vorteile im Sinne des Art. 84 Abs. 2 CISG weiter gefasst zu sein scheint als der Begriff des (entgangenen) Gewinns in Art. 44, 74 S. 1 CISG.

Vorteile im Sinne des Art. 84 Abs. 2 CISG sind daher nicht nur Gewinne im engeren Sinne, die der Käufer im Rahmen seines Geschäftsbetriebs erzielt, sondern auch sonstige Vorteile, die seinem Vermögen zufließen. Eine weitere Eingrenzung erscheint aufgrund des offenen Wortlauts weder möglich noch notwendig. Der Begriff des Vorteils ist daher weit zu verstehen, als jeder messbare Vermögenszuwachs des Käufers.³⁷ Dabei unterscheiden sich in der Regel in faktischer Hinsicht diejenigen Vorteile, die im Sinne einer begleitenden Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG herauszugeben sind, von denjenigen, die gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG anstelle der unverehrten Ware zurückzugewähren sind. Unter lit. a fallen insbesondere Gebrauchsvorteile sowie Früchte oder Mieteinnahmen,³⁸ während unter lit. b für

³⁶ *Bridge*, International Sale of Goods, para. 12.45.

³⁷ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 9: „jede Bereicherung“.

³⁸ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 17; *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 23.

die Ware erlangte Surrogate fallen können.³⁹ Hat der Käufer vor Eintritt der Unmöglichkeit der Rückgabe Vorteile aus der Ware gezogen und später aufgrund des Eintritts der Unmöglichkeit ein Surrogat erhalten, erfasst Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG allerdings seinem Wortlaut nach sowohl die zuvor gezogenen Vorteile als auch das Surrogat.

b) *Aus der Ware gezogen*

Das Erfordernis, dass die Vorteile aus der Ware gezogen worden sein müssen, beschränkt den Vorteilsausgleich auf diejenigen Vorteile, die gerade durch die Verwendung oder Verwertung der zurückzugewährenden Ware erzielt wurden. Nutzt der Käufer etwa eine Maschine, um Waren herzustellen und diese anschließend zu veräußern, so gilt als Vorteil im Sinne von Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG nur derjenige Vorteil, der aus der Nutzung der Maschine selbst stammt, nicht aber der gesamte Veräußerungserlös aus der hergestellten Ware.⁴⁰ Den Veräußerungserlös hat der Käufer nämlich nicht aus der Nutzung der Maschine gezogen. Vielmehr beruht der Veräußerungserlös auf der Gesamtheit der materiellen und immateriellen Mittel des Käufers, einschließlich der Arbeitsleistung seiner Mitarbeiter.⁴¹ Aus der Maschine zieht er lediglich den Gebrauchsvorteil. Hier zeigt sich die oben angesprochene Unterscheidung zwischen Vorteil und Gewinn. Der von Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG erfasste Vorteil wird daher in der Regel geringer sein als der Gewinn des Käufers. Umgekehrt liegt der Nutzungsvorteil des Käufers im Sinne von Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG auch dann vor, wenn der Käufer gar keinen Gewinn, sondern Verluste erzielt, da die Nutzung der Ware unabhängig von der Profitabilität des Unternehmens einen wirtschaftlichen Vorteil darstellt, der objektiv zu bemessen ist.⁴²

Art. 84 Abs. 2 CISG beschränkt sich ausdrücklich auf Vorteile, die auch tatsächlich gezogen wurden.⁴³ Zum Teil wird in der Lehre zwar angenommen, dass auch der Gegenwert von Vorteilen zu erstatten ist, die der Schuldner

³⁹ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 23; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 84, Rn. 46.

⁴⁰ *Bridge*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 84, para. 16.

⁴¹ *Bridge*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 84, para. 16.

⁴² *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 26.

⁴³ CISG-AC, Opinion no. 9, Consequences of Avoidance of the Contract, Rapporteur: *Bridge*, Comment 3.28; *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 36; *Heß*, Rückabwicklung, 55; *Slechtriem/Witz*, n° 438; *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 553; *Ziegler*, Leistungsstörungenrecht, 198.

hätte ziehen müssen.⁴⁴ Allerdings lässt bereits der Wortlaut für eine solche Auslegung wenig Spielraum.⁴⁵ Die Norm beschränkt die Herausgabe gerade auf Vorteile, die der Käufer gezogen hat. Dass der Vorteilsausgleich sich insoweit von der Zinszahlungspflicht des Verkäufers gemäß Art. 84 Abs. 1 CISG unterscheidet, ist nicht weiter schlimm, da sich dies aus der besonderen Natur der Geldschuld selbst ergibt.⁴⁶ Dies sahen auch die Verfasser des Übereinkommens so, denn sie stellten klar, dass es im Unterschied zum Zinsanspruch des Käufers für die Rückgewähr der Ware nicht sicher sei, ob der Käufer tatsächlich Vorteile aus der Ware gezogen habe.⁴⁷ Ein Wertungswiderspruch liegt daher nicht vor. Die fiktiven Nutzungsvorteile oder sonstige Schäden durch Nichtnutzung kann der Verkäufer indes gegebenenfalls im Wege eines Schadensersatzanspruchs geltend machen.⁴⁸ Dies gilt allerdings nur, wenn eine Vertragsverletzung des Käufers zur Vertragsaufhebung geführt hat, da den Käufer keine Nutzungspflicht trifft und die Nichtnutzung daher keine eigenständige Vertragsverletzung darstellt.⁴⁹ Der Käufer schuldet daher gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG grundsätzlich nur den Gegenwert tatsächlich gezogener Vorteile.

Umgekehrt stellt sich die Frage, ob der Gegenwert von Vorteilen herauszugeben ist, die im Vermögen des Schuldners nicht mehr vorhanden sind. Ein Entreichereungseinwand wird zu Recht abgelehnt.⁵⁰ Der Wortlaut des Art. 84 Abs. 2 CISG spricht lediglich von gezogenen Vorteilen, unabhängig davon, ob diese im Vermögen des Käufers noch vorhanden sind. Ein solcher Entreichereungseinwand des Käufers wäre auch vor dem Hintergrund seines eigenen Zinsanspruches aus Art. 84 Abs. 1 CISG ab Zahlung des Kaufpreises nicht gerechtfertigt.

⁴⁴ *Weber*, in: Bucher (Hrsg.), Wiener Kaufrecht, 165, 188 f.

⁴⁵ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 13; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 19; *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 553.

⁴⁶ *Krebs*, Rückabwicklung, 73; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 84, Rn. 32.

⁴⁷ UNCITRAL Yearbook VII (1976), 133.

⁴⁸ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 36; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 19; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 84, Rn. 33.

⁴⁹ *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 84, Rn. 11; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 84, Rn. 33; andere Ansicht wohl mit Verweis auf Art. 77 CISG, *Salger*, in: Witz/Salger/M. Lorenz, Einheitliches Kaufrecht, Kommentar, 2. Auflage 2016, Art. 84, Rn. 3.

⁵⁰ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 25; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 12; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 18.

c) *Gegenwert*

Das Merkmal *Gegenwert* enthält eine Bestimmung der Modalität der Rückabwicklung. Die Vorteile sind damit nicht in Natur, sondern in der Form eines Wertersatzes in Geld herauszugeben.⁵¹

Entgegen einer zunehmend vertretenen Ansicht⁵² gilt dies auch für solche Früchte, die noch in Natur vorhanden sind.⁵³ Eine Herausgabe von Früchten in Natur ist zunächst im Wortlaut in keiner Weise angelegt. Die Norm spricht insbesondere in der französischen Fassung von „l'équivalent de tout profit“.⁵⁴ Eine Herausgabe in Natur entspricht auch in der Regel nicht der Interessenlage der Parteien. Erstens wird der Verkäufer regelmäßig kein Interesse an den Früchten haben, während der Käufer sie auf effizientere Weise wirtschaftlich nutzen kann. Da er die Früchte im Rahmen seines Geschäftsbetriebs gezogen hat, ist davon auszugehen, dass er beabsichtigte, sie entweder selbst zu nutzen, sie weiterzuverarbeiten oder sie zu verkaufen. Im letzteren Fall ist anzunehmen, dass der Käufer Zugang zu einem Markt hat, auf dem er die Früchte absetzen kann. Für den Einwand, der Verkäufer sei in der Regel besser geeignet für den Absatz der Früchte zu sorgen,⁵⁵ fehlt demgegenüber jeder Anhaltspunkt.

Zweitens streitet auch der Anfall von Transport- und sonstigen Transaktionskosten gegen eine Herausgabe in Natur.⁵⁶ Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass auch die Ware gemäß Art. 81 Abs. 2 S. 1 CISG zurücktransportiert werden muss,⁵⁷ da durch einen zusätzlichen Rücktransport der Früchte sowohl die Transport- als auch die Versicherungskosten steigen. Durch den Zahlungsanspruch wird auch die Abwicklung der Vorteilsauskehr erleichtert, da die Nutzungsvorteile schlichtweg auf die Rückzahlungspflicht gemäß

⁵¹ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 25; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 14.

⁵² *Krebs*, Rückabwicklung, 69 f.; *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 547; *Stathouli*, Haftung des Verkäufers, 294 f.; ebenso für das ULIS, *Weitnauer*, in: Dölle (Hrsg.), EKG, Kommentar, Art. 81, Rn. 5; für die Maßgeblichkeit des anwendbaren Sachenrechts, *Neumayer/Ming*, CVIM, Commentaire, Art. 84, n° 1.

⁵³ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 25; *Leser*, in: Schlechtriem (Hrsg.), Fachtagung, 225, 250; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 84, Rn. 10a.

⁵⁴ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 25, Fn. 65, mit Verweis auf das Merkmal *Gegenwert*.

⁵⁵ *Krebs*, Rückabwicklung, 70; *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 547.

⁵⁶ *Maskow*, in: Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 84, Anm. 4.2; *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 25, Fn. 65.

⁵⁷ So aber *Krebs*, Rückabwicklung, 69 f.; *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 547.

Art. 81 Abs. 2 S. 1 CISG angerechnet werden können.⁵⁸ Schließlich spricht auch nicht für eine Herausgabe in Natur, dass dem Verkäufer die Dispositionsfreiheit über die Ware wieder eingeräumt werden soll.⁵⁹ Zweck des Art. 84 Abs. 2 CISG ist nicht der Schutz der Dispositionsfreiheit der Parteien. Vielmehr erfüllt Art. 84 Abs. 2 CISG eine Zuordnungsfunktion⁶⁰ und sorgt für einen Bereicherungsausgleich.⁶¹ Dieser Bereicherungsausgleich wird durch die Herausgabe in Geld ebenso erreicht wie durch die Herausgabe in Natur. Der Anspruch des Verkäufers gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG ist daher auch bei Früchten in Natur ein reiner Zahlungsanspruch.

d) Maßgeblicher Zeitpunkt

Der Wortlaut des Art. 84 Abs. 2 CISG enthält keine Bestimmung der maßgeblichen Beginn- und Endzeitpunkte. Da der Käufer die Vorteile allerdings aus der Ware gezogen haben muss, kommt in aller Regel einzig die Lieferung der Ware als Beginn der Vorteilsvergütungspflicht in Betracht. Dies stimmt auch mit der Verzinsung des Kaufpreistrückzahlungsanspruchs ab dem Tag der Zahlung gemäß Art. 84 Abs. 1 CISG überein. Schwierigkeiten ergeben sich einzig, wenn die Lieferung vor Abschluss des Kaufvertrages erfolgte. Es ist dann fraglich, ob der Käufer auch den Gegenwert derjenigen Vorteile herauszugeben hat, die er vor Abschluss des Kaufvertrages gezogen hat. Hierfür spricht, dass er den Gegenwert aller Vorteile herauszugeben hat und im Hinblick auf den Zinsanspruch gemäß Art. 84 Abs. 1 CISG eine Einschränkung auch nicht geboten erscheint. Etwas anderes gilt nur, wenn die Vorteilsziehung nicht im Hinblick auf Abschluss des Kaufvertrages, sondern aufgrund eines anderen Rechtsverhältnisses erfolgt. Hat der Käufer etwa die Ware zunächst als Mieter oder Leasingnehmer genutzt, so hat er die gezogenen Vorteile bereits in diesem Rahmen vergütet. Ein Anspruch gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG muss für diesen Zeitraum daher ausscheiden. Gleiches gilt, wenn die Parteien übereingekommen sind, dass die Nutzung in der vorvertraglichen Phase ausdrücklich unentgeltlich erfolgen soll, etwa wenn dem Käufer eine kostenlose Erprobung der Ware gestattet wird. Hierin ist dann für den Erprobungszeitraum im Sinne von Art. 6 CISG eine Modifikation der grundsätzlichen Pflicht zur Herausgabe des Gegenwertes gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG zu sehen.

Eine Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG tritt in jedem Fall nur ein, wenn der Vertrag tatsächlich zustande kommt und später aufgehoben

⁵⁸ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 8.

⁵⁹ So aber *Krebs*, Rückabwicklung, 70; *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 548.

⁶⁰ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 25, Fn. 65.

⁶¹ Siehe hierzu oben, S. 89.

wird. Art. 84 Abs. 2 CISG kann weder direkte noch analoge Anwendung erfahren, wenn der Vertrag trotz Lieferung der Sache nicht zustande kommt. Die Rechtsfolgen des Scheiterns des Vertragsschlusses fallen nämlich, von den eng auszulegenden Ausnahmen in Art. 16 Abs. 2 CISG abgesehen, nicht in den Regelungsbereich des Übereinkommens.⁶² Die Verteilung der Vorteile ist dann nach dem anwendbaren nationalen Bereicherungsrecht vorzunehmen.

Neben dem Zeitpunkt des Beginns ist auch der Endzeitpunkt der begleitenden Vorteilsherausgabe zu bestimmen. Die Pflicht zur Vorteilsherausgabe besteht hinsichtlich aller Vorteile, die bis zur Rückgabe der Ware gezogen werden. Die Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG läuft also ungeachtet der Erklärung der Vertragsaufhebung und der Umgestaltung des Vertrages in ein Rückgewährschuldverhältnis weiter. Dies zeigt bereits der Wortlaut, der lediglich eine Rückgabepflicht ohne Einschränkung hinsichtlich des Zeitpunktes vorsieht. Zugleich ergibt sich dies wiederum spiegelbildlich aus der Verzinsung des Rückzahlungsanspruchs gemäß Art. 84 Abs. 1 CISG, die ebenfalls von Empfang der Zahlung bis zur Rückzahlung läuft.⁶³

3. Umfang der Herausgabepflicht

Die Herausgabe des Gegenwerts von Vorteilen folgt dem Nettoprinzip (a). Schwierigkeiten bereiten im Rahmen der Bemessung der Vorteile insbesondere Gebrauchsvorteile (b) sowie Aufwendungen des Käufers auf die Ware (c). Ein Anspruch des Käufers auf Ersatz seiner über einen Vorteil hinausgehender Verwendungen besteht indes nicht (d).

a) Nettoprinzip

Der dem Art. 84 Abs. 2 CISG zugrunde liegende Bereicherungsgedanke gibt hinsichtlich des Umfangs der Herausgabepflicht die Richtung vor. Richtigerweise wird daraus abgeleitet, dass der Käufer nur seinen Nettovorteil, also den Betrag, der nach Abzug seiner Kosten verbleibt, herausgeben muss.⁶⁴ Fraglich ist allerdings, welche Kosten genau zu berücksichtigen sind. Unzweifelhaft sind solche Kosten abzuziehen, die zur Erlangung des Vorteils

⁶² Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 4, Rn. 42.

⁶³ Bridge, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 84, para. 13; Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, Art. 84, Rn. 12a; Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 5; Junker, in: jurisPK-BGB, CISG, 9. Auflage 2020, Art. 84, Rn. 16.

⁶⁴ CISG-AC, Opinion no. 9, Consequences of Avoidance of the Contract, Rapporteur: Bridge, Comment 3.28; Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 27; Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 14; Krebs, Rückabwicklung, 77 ff.; Leser, in: Schlechtriem (Hrsg.), Fachtagung, 225, 250; Schlechtriem/Schroeter, Rn. 782.

erforderlich waren.⁶⁵ Hat der Käufer die Ware etwa vermietet, so sind diejenigen Kosten abzuziehen, die durch die Vermietung der Ware entstanden sind und vom Käufer getragen werden.

Zweifelhaft erscheint demgegenüber die anteilmäßige Berücksichtigung von Gemeinkosten (sog. *overhead*) des Käufers. Bei strikter Beachtung des Nettoprinzips müssten die Gemeinkosten anteilig berücksichtigt werden, da auch sie bei wirtschaftlicher Betrachtung den Vorteil des Käufers mindern.⁶⁶ Eine solche Berücksichtigung der Gemeinkosten schränkte die Vorteilsherausgabe indes zu stark ein, denn eine anteilige Berücksichtigung der Gemeinkosten würde dazu führen, dass der Verkäufer das Risiko trüge, dass der Käufer unwirtschaftlich arbeitet. Da der Verkäufer nur solche Vorteile verlangen kann, die aus der konkreten Verwendung der Ware gezogen wurden, sollten auch nur solche Kosten des Käufers abgezogen werden, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Verwendung der Ware stehen. Dies folgt gewissermaßen spiegelbildlich aus dem Merkmal „aus der Ware gezogen“. Der Käufer wird durch die Nichtberücksichtigung seiner Gemeinkosten auch nicht übermäßig belastet, da ihm gemäß Art. 84 Abs. 1 CISG die Zinsen seit der Kaufpreiszahlung zustehen. Durch die Zuweisung der wirtschaftlichen Vorteile aus dem Kapital sind die allgemeinen Kosten des Käufers als abgegolten anzusehen.⁶⁷ Eine Berücksichtigung der Gemeinkosten des Käufers würde demgegenüber zu einer übermäßigen Bevorteilung des Käufers führen.⁶⁸

b) Höhe der Herausgabepflicht bei Gebrauchsvorteilen

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung des Gegenwerts der bloßen Gebrauchsvorteile der Ware. Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn der Käufer eine erworbene Maschine oder einen anderen Gegenstand bis zur Vertragsaufhebung oder Ersatzlieferung nutzt. Dabei ist zunächst die Frage zu klären, ob der bloße Gebrauch der Ware stets als Vorteil zu werten ist. Dem ist für den Gebrauch vertragswidriger Ware mit Hinweis auf den Gedanken der aufgedrängten Bereicherung widersprochen worden.⁶⁹ Diese Einschränkung vermag indes nicht zu überzeugen. Auch die Nutzung vertrags-

⁶⁵ Brunner/Santschi, in: Brunner/Gottlieb (Hrsg.), CISG, Commentary, 2019, Art. 84, para. 6; Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 28; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 17.

⁶⁶ Bridge, International Sale of Goods, para. 12.45.

⁶⁷ Andere Ansicht Bridge, International Sale of Goods, para. 12.45.

⁶⁸ Hierauf weist auch Michael Bridge hin, der sich dennoch für eine Berücksichtigung der Fixkosten des Käufers ausspricht, siehe Bridge, International Sale of Goods, para. 12.45: „The balance of advantage as between the seller and the buyer in the secondary restitution process therefore comes down heavily in favour of the buyer.“

⁶⁹ OLG Oldenburg, 1.2.1995, CISG-online Nr. 253; Salger, in: Witz/Salger/Lorenz, Einheitliches Kaufrecht, Kommentar, 2. Auflage 2016, Art. 84, Rn. 3.

widriger Ware stellt für den Käufer in aller Regel einen wirtschaftlichen Vorteil dar, der gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG auszugleichen ist. Die Vertragswidrigkeit macht diesen Vorteil auch nicht *per se* zu einer aufgedrängten Bereicherung, da der Käufer sich selbst zum Gebrauch entscheidet. Bei der Bemessung des Umfangs ist freilich zu berücksichtigen, dass die Ware vertragswidrig war und dementsprechend der Wert des Nutzungsvorteils in aller Regel niedriger zu bemessen ist als derjenige einer vertragskonformen Ware.⁷⁰ Im Übrigen sind die Interessen des Käufers durch den begleitenden Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 CISG hinreichend geschützt.

Fraglich ist allerdings, wie der Wert der Gebrauchsvorteile konkret zu bemessen ist. Hierzu haben sich verschiedene Lösungen entwickelt. Während die überwiegende Meinung im Schrifttum die marktüblichen Nutzungsentgelte für maßgeblich hält,⁷¹ gehen Vertreter einer anderen Ansicht davon aus, dass die tatsächliche Nutzungsdauer zur voraussichtlich möglichen Nutzungsdauer der Ware ins Verhältnis zu setzen ist und der entsprechende Teil des Verkehrswerts der Ware als Vorteil auszukehren ist.⁷²

Für die erste These spricht, dass die Nutzung der Ware in aller Regel einen Marktwert hat und dieser in Form von Nutzungsentgelten leicht festgestellt werden kann.⁷³ Die Anknüpfung an den Marktwert bietet außerdem einen objektiven Maßstab für die Bemessung der Vorteile im Sinne von Art. 84 Abs. 2 CISG.⁷⁴ Die Heranziehung der marktüblichen Kosten für eine Anmietung impliziert allerdings, dass der Vorteil des Käufers darin besteht, dass er die Ware nicht für den Nutzungszeitraum anmieten musste. Wirtschaftlich betrachtet geht dies am Vorteil des Käufers vorbei, denn dieser hätte die Ware in aller Regel ohnehin nicht gemietet, sondern bei einem anderen Anbieter gekauft.⁷⁵ Der Vorteil besteht daher darin, dass er für die Nutzungszeit die Ware nutzen konnte, ohne deren Abnutzung wirtschaftlich tragen zu müssen. Der Wert dieses Vorteils kann durch Division der tatsächlichen durch die durchschnittlich mögliche Nutzungsdauer und die Multiplikation mit dem

⁷⁰ Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 17.

⁷¹ Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 26; Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 12; Kiene, Vertragsaufhebung, 285; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 17.

⁷² Mankowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 84, Rn. 10; Krebs, Rückabwicklung, 71; Sonnentag, Rückgewährschuldverhältnis, 550.

⁷³ Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 26.

⁷⁴ Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 26.

⁷⁵ Benicke, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 3. Auflage 2013, Art. 84, Rn. 10; Krebs, Rückabwicklung, 71; Sonnentag, Rückgewährschuldverhältnis, 550.

Verkehrswert ermittelt werden.⁷⁶ Bei der Ermittlung des Verkehrswertes ist selbstverständlich zu berücksichtigen, ob und inwieweit die gelieferte Ware vertragswidrig ist.⁷⁷ Hierin dürfte ein weiterer Vorteil gegenüber der Maßgeblichkeit der marktüblichen Nutzungsentgelte liegen, da vielmals ein Markt für die Gebrauchsüberlassung vertragswidriger oder mangelbehafteter Waren nicht bestehen wird und die Berücksichtigung dieses Abschlages bei Zugrundelegung der marktüblichen Nutzungsentgelte daher schwerfallen wird. Die Gebrauchsvorteile sind daher entgegen der überwiegenden Ansicht nicht nach den üblichen Nutzungsentgelten, sondern anhand des Verhältnisses zwischen tatsächlicher und durchschnittlich möglicher Nutzungsdauer zu bestimmen.⁷⁸

c) Aufwendungen des Käufers auf die Ware

Ein wesentlicher Streitpunkt im Rahmen des Vorteilsausgleichs gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen Aufwendungen des Käufers auf die Ware abzugsfähig und daher auf den Vorteil im Sinne von Art. 84 Abs. 2 CISG anzurechnen sind.⁷⁹ Allgemein anerkannt ist, dass solche Aufwendungen, die notwendig waren, um den Vorteil aus der Ware zu ziehen, stets abzugsfähig sind.⁸⁰ Dies ergibt sich schon aus dem Verständnis des Vorteilsbegriffs. Hierzu zählen auch die notwendigen Erhaltungskosten der Sache, da eine Sache in der Regel nur wirtschaftlich vorteilhaft genutzt werden kann, wenn sie auch erhalten wird.⁸¹

Im Übrigen ist die Berücksichtigung von Aufwendungen hinsichtlich der Ware sehr streitig. Die erste Streitfrage besteht bereits darin, ob die Frage noch aus dem Übereinkommen selbst⁸² oder unter Rückgriff auf das nach dem Kollisionsrecht anwendbare nationale Recht zu beantworten ist.⁸³ Zunächst ist die Lösung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG erst im Übereinkommen

⁷⁶ Benicke, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 3. Auflage 2013, Art. 84, Rn. 10.

⁷⁷ Krebs, Rückabwicklung, 71; Sonnentag, Rückgewährschuldverhältnis, 549.

⁷⁸ Benicke, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 3. Auflage 2013, Art. 84, Rn. 10; Krebs, Rückabwicklung, 71; Sonnentag, Rückgewährschuldverhältnis, 550.

⁷⁹ Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 33; Krebs, Rückabwicklung, 77 ff.; Sonnentag, Rückgewährschuldverhältnis, 558.

⁸⁰ Krebs, Rückabwicklung, 77 ff.; Mankowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 84, Rn. 11; Sonnentag, Rückgewährschuldverhältnis, 558.

⁸¹ Sonnentag, Rückgewährschuldverhältnis, 559.

⁸² Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 33; Schlechtriem/Schroeter, Rn. 782; Sonnentag, Rückgewährschuldverhältnis, 559.

⁸³ Benicke, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 3. Auflage 2013, Art. 84, Rn. 11; Krebs, Rückabwicklung, 78 f.; Tallon, in: Bianca/Bonell (Hrsg.), CISG, Commentary, 1987; Art. 84, n° 2.2; wohl auch Stathouli, Haftung des Verkäufers, 308 f.

selbst zu suchen, denn der gesamte Bereicherungsausgleich im Rahmen der Rückabwicklung des Vertrags fällt ausweislich Art. 84 Abs. 2 CISG in den Regelungsbereich des Übereinkommens im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG. Ein Rückgriff auf das nach dem Kollisionsrecht berufene nationale Recht würde den in den Art. 81 CISG ff. geregelten Interessenausgleich aus dem Gleichgewicht bringen.

aa) Meinungsstand

Für eine konventionsinterne Lösung werden die Verwendungen auf die Ware überwiegend in notwendige, nützliche und luxuriöse oder sonstige Aufwendungen aufgeteilt.⁸⁴ Einigkeit besteht dahingehend, dass notwendige Verwendungen zur Erhaltung der Ware abzugsfähig sind⁸⁵ und dass luxuriöse Verwendungen, das heißt solche, die sich nicht wertsteigernd auf die Ware auswirken, nicht in Abzug gebracht werden können.⁸⁶ Streitpunkt sind nützliche Verwendungen, die zwar nicht notwendig, aber wertsteigernd sind. Die überwiegende Ansicht spricht sich für eine Beschränkung der Abzugsfähigkeit auf notwendige Verwendungen aus.⁸⁷ Dies wird zum Teil mit einer Parallele zur Kostenerstattung im Rahmen der Erhaltungspflichten gemäß Art. 86 Abs. 1 S. 2 CISG gerechtfertigt, da auch hier lediglich angemessene Erhaltungskosten ersatzfähig sind.⁸⁸ Andere Autoren halten darüber hinaus auch nützliche Verwendungen, die für den Gläubiger noch von Wert sind, für abzugsfähig.⁸⁹ Dies wird insbesondere damit begründet, dass die Parteien in ihre ursprüngli-

⁸⁴ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 29 ff.; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 14; *Krebs*, Rückabwicklung, 77 ff.; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2013], Art. 84, Rn. 17; *Schmidt-Ahrendts*, IHR 2006, 67 f.; *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 558.

⁸⁵ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 29; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 14; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 84, Rn. 40.

⁸⁶ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 30; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 14.

⁸⁷ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 14; *Junker*, in: jurisPK-BGB, CISG, 9. Auflage 2020, Art. 84, Rn. 25; *Mankowksi*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 84, Rn. 11; *Slechtriem/Schroeter*, Rn. 782.

⁸⁸ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 14; *Junker*, in: jurisPK-BGB, CISG, 9. Auflage 2020, Art. 84, Rn. 25; *Mankowksi*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 84, Rn. 11.

⁸⁹ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 33; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 17.

che wirtschaftliche Lage zurückversetzt werden sollten und der Gläubiger den zusätzlichen Wert nicht auf Kosten des Schuldners erhalten sollte.⁹⁰

bb) Stellungnahme

Die aus der gemeinrechtlichen Terminologie stammende Einteilung zwischen notwendigen, nützlichen und luxuriösen Verwendungen⁹¹ ist bereits im deutschen Recht auf Kritik gestoßen.⁹² Jedenfalls im Einheitsrecht vermag sie nicht zu überzeugen, denn sie findet weder in Art. 84 Abs. 2 CISG noch sonst im Übereinkommen eine Stütze.⁹³ Sie dient auch nicht der bloßen Strukturierung der Diskussion,⁹⁴ sondern enthält allein in der Unterscheidung der verschiedenen Arten von Verwendungen bereits eine vorweggenommene Wertung. Insbesondere lenkt die Klassifizierung den Fokus auf die Wertsteigerung an der Ware, für deren Maßgeblichkeit sich, im Unterschied zu §§ 347 Abs. 2 S. 2, 996 BGB, im Übereinkommen keine Anhaltspunkte finden lassen.

Naheliegender ist daher der Gedanke der überwiegenden Ansicht, die für die Erhaltungspflichten gemäß Art. 85, 86 CISG getroffenen Wertungen zu übertragen.⁹⁵ Diese Lösung führt dazu, dass lediglich angemessene Erhaltungskosten ersatzfähig sind.⁹⁶ Obwohl diese Grundsätze den Vorzug haben, dass sie im Übereinkommen selbst verankert sind und einen Gleichlauf von Art. 84 Abs. 2 CISG einerseits und Art. 85, 86 CISG andererseits herstellen würden, überwiegen dennoch Bedenken gegen eine Übertragung dieser Grundsätze auf den Vorteilsausgleich gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG.⁹⁷ Die Interessenlage der Parteien in Art. 85, 86 CISG zeichnet sich nämlich dadurch aus, dass die erhaltungspflichtige Partei weiß, dass sie die Ware im Interesse und

⁹⁰ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 33.

⁹¹ *Raff*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, §996, Rn. 3.

⁹² *Fritzsche*, in: BeckOK-BGB, 54. Edn. 2020, § 996, Rn. 11; *Raff*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 996, Rn. 4; *Spohnheimer*, in: BeckOGK-BGB, 1.5.2020, § 996, Rn. 2.1.

⁹³ *Sonntag*, Rückgewährschuldverhältnis, 562; kritisch auch *Slechtriem/Schroeter*, Rn. 782: „(nur) Anhaltspunkt“.

⁹⁴ So aber *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 29.

⁹⁵ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 14; *Junker*, in: jurisPK-BGB, CISG, 9. Auflage 2020, Art. 84, Rn. 18; jedenfalls für Art. 86 S. 2 CISG: *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 84, Rn. 11; *Slechtriem/Schroeter*, Rn. 782.

⁹⁶ *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 84, Rn. 11.

⁹⁷ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 31; siehe auch *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 17, der die Wertungen der Art. 85, 86 CISG erst ab Kenntnis des Aufhebungsrechts heranziehen will.

für Rechnung der anderen Partei verwahrt und erhält. Es ist daher sinnvoll, nur solche Verwendungen zuzulassen, die zur Erhaltung der Ware angemessen sind, um die übrigen Entscheidungen derjenigen Partei zu überlassen, die die wirtschaftlichen Folgen der Entscheidung trägt. Im Gegensatz hierzu liegt Art. 84 Abs. 2 CISG der Gedanke zugrunde, dass der Käufer die Ware zunächst als eigene Ware nutzt oder verwertet.⁹⁸ Er investiert nicht in fremde Ware für fremde Rechnung, sondern geht davon aus, die Ware selbst nutzen zu können.⁹⁹ Eine Anlegung derselben Maßstäbe für diese unterschiedlichen Situationen erscheint nicht interessengerecht und schränkte die Abzugsfähigkeit von Aufwendungen im Rahmen von Art. 84 Abs. 2 CISG zu stark ein. Zwar kann der Käufer wertsteigernde Aufwendungen möglicherweise durch einen Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 S. 1 CISG geltend machen.¹⁰⁰ Dieser Anspruch besteht indes nicht, wenn der Käufer selbst durch eine Vertragsverletzung Anlass zur Vertragsaufhebung gegeben hat oder der Verkäufer sich gemäß Art. 79 CISG von der Haftung befreien kann.¹⁰¹

Christiana Fountoulakis begründet demgegenüber den Ersatz wertsteigernder Aufwendungen damit, dass dem Verkäufer sonst auf Kosten des Käufers ein Vorteil zuteilwerde.¹⁰² Dem ist insoweit zuzustimmen, als dass Art. 84 Abs. 2 CISG einen Bereicherungsausgleich beabsichtigt und dass der Umfang der abzugsfähigen Verwendungen nach diesem Zweck zu bestimmen ist. Die bereicherungsrechtliche Funktion besteht allerdings in einer wechselseitigen Zuweisung der aus der Leistung der anderen Partei gezogenen Vorteile. Insbesondere für die Vorteilsauskehr Art. 84 Abs. 2 CISG sollte der Fokus daher nicht auf der realen oder hypothetischen Vermögenssituation des Verkäufers vor oder ohne Vertragsschluss, sondern auf der Vermögenssituation des Käufers vor Rückabwicklung liegen. Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, was beim Rückgewährgläubiger als Vorteil ankommt,¹⁰³ sondern was beim Rückgewährschuldner an Vorteilen angefallen ist. Das Kriterium der Wertsteigerung der Ware wird diesem Zweck nur teilweise gerecht. Es stellt zwar sicher, dass der Verkäufer nicht von einer Wertsteigerung auf Kosten des Käu-

⁹⁸ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 31.

⁹⁹ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 31; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 17.

¹⁰⁰ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 31; ausführlich *Schmidt-Ahrendts*, IHR 2006, 67, 70 ff.

¹⁰¹ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 31.

¹⁰² *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 31.

¹⁰³ So aber *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 30, 31.

fers profitiert. Das Kriterium löst allerdings nicht diejenigen Fälle, in denen zwar keine Wertsteigerung eingetreten ist, der Käufer aber *ex ante* vernünftige Investitionen in die Sache getätigt hat. In diesen Fällen hat der Käufer wirtschaftlich keinen Vorteil aus der Sache gezogen.

Überzeugender erscheint es daher, die Frage der Verwendungen unabhängig von nationalen Vorprägungen anhand des Art. 84 Abs. 2 CISG zugrundeliegenden Bereicherungsgedankens und der einheitlichen Verhaltensstandards des Übereinkommens zu bestimmen. Das Übereinkommen misst das Verhalten der Parteien in jeder Lebensphase des Vertrages am Maßstab des Vernünftigen (*reasonableness*).¹⁰⁴ Dies gilt sowohl in Situationen, in denen es um die Wahrnehmung eigener Interessen geht,¹⁰⁵ als auch in solchen, in denen fremde Interessen zu achten sind.¹⁰⁶ Der Standard des Vernünftigen ist daher als allgemeiner Grundsatz des Übereinkommens im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG anerkannt.¹⁰⁷ In Übereinstimmung mit diesem allgemeinen Grundsatz ist es sinnvoll, dem Käufer den Abzug solcher Verwendungen zu gestatten, die eine vernünftige, wirtschaftlich denkende Partei in seiner Situation auch getroffen hätte. Mit diesem flexiblen Maßstab lassen sich auch feinsinnige Differenzierungen je nach Kenntnis und Zeitpunkt der Entscheidung treffen. Kennt der Käufer etwa sein Aufhebungsrecht und beabsichtigt, es auszuüben, so ist es nicht vernünftig, andere als notwendige Verwendungen zu treffen. Umgekehrt kann der Käufer für den Fall, dass er sein Aufhebungsrecht noch nicht kennt, diejenigen Verwendungen abziehen, die eine wirtschaftlich denkende Partei in seiner Situation auch getroffen hätte, unabhängig davon, in welchem Maße dadurch eine unmittelbare Wertsteigerung der Ware eintritt, von der der Verkäufer direkt profitiert. Hierdurch wird auch nicht eine zu weite Abzugsfähigkeit der Verwendungen eingeführt. Vielmehr wird durch diese etwas erweiterte Berücksichtigung der Verwendungen der der Vorschrift zugrundeliegende Bereicherungsgedanke verwirklicht, denn anderenfalls müsste der Käufer gegebenenfalls Vorteile in einer Höhe herausgeben, die aufgrund vernünftiger Investitionen in die Ware nicht bestehen.¹⁰⁸ Die Frage nach einer möglichen Wertsteigerung der Ware ist dabei insoweit irreführend, als dass sie den Blick auf die eigentlich wesentliche Frage verstellt, nämlich ob der Käufer überhaupt Vorteile aus der Ware gezo-

¹⁰⁴ Siehe etwa Art. 8 Abs. 2, Art. 16 Abs. 2 lit. b, Art. 35 Abs. 2 lit. b, Art. 77, 85 Abs. 1 S. 1, Art. 86 Abs. 1 S. 1 CISG.

¹⁰⁵ Siehe etwa Art. 16 Abs. 2 lit. b, Art. 35 Abs. 2 lit. b, Art. 77 CISG.

¹⁰⁶ Siehe etwa Art. 85 Abs. 1 S. 1, Art. 86 Abs. 1 S. 1 CISG.

¹⁰⁷ *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 53; *Magnus*, *RabelsZ* 59 (1995), 469, 482; *Perales Viscasillas*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 64.

¹⁰⁸ Im Ergebnis ähnlich *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 33.

gen hat. Dies ist abzulehnen, wenn *ex ante* vernünftige Investitionen in die Ware die wirtschaftlichen Vorteile der Nutzung überwiegen.

Auch bei Anlegung dieses flexiblen Maßstabes sind allerdings nicht alle vernünftigen Aufwendungen des Käufers zu berücksichtigen. Vielmehr sind nur solche in die Rechnung des Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG einzustellen, die spezifisch auf die Ware erbracht werden. Nicht abzugsfähig sind daher solche Investitionen, die der Käufer lediglich im Hinblick auf die Nutzung der Ware tätigt. Solche Aufwendungen sind etwa Schulungen des Personals des Käufers oder die sonstige Einrichtung seines Betriebes auf die Nutzung der Ware, wie etwa ein Umbau oder die Anschaffung anderer Maschinen, deren Anschaffung durch die Rückgewähr der Ware nutzlos wird. Diese sogenannten frustrierten Aufwendungen, die nicht auf die Ware selbst erfolgen, sondern lediglich deren Verwendung durch den Käufer ermöglichen oder verbessern sollen, können nur über einen Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 CISG ausgeglichen werden, nicht aber durch eine Kürzung des Vorteilsausgleichs gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG.¹⁰⁹ Diese Fragen verlassen den Bereich eines bloßen Vorteilsausgleichs durch Rückgewähr der Leistungen und lassen sich aufgrund der Wertungen des Schadensrechts insbesondere in Art. 74 S. 2, 77 CISG überzeugender lösen.¹¹⁰ Auch hier ist insbesondere zu fragen, ob die Investitionen angemessen waren und der Verlust daher aufgrund der Vertragsverletzung eintritt.¹¹¹

Da dieser Maßstab des Abzugs angemessener Verwendungen auf die Sache eine interessengerechte Lösung für alle Arten von Verwendungen bietet, die sich auf einen allgemeinen Grundsatz des Übereinkommens zu stützen vermag, ist ein Rückgriff auf nationales Recht im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG weder notwendig noch statthaft.¹¹²

d) *Kein eigener Verwendungsersatzanspruch gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG*

Übersteigen die Verwendungen des Käufers die aus der Ware gezogenen Vorteile, ergibt sich entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht¹¹³ demge-

¹⁰⁹ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 32; siehe ausführlich hierzu *Schmidt-Ahrendts*, IHR 2006, 67, 73.

¹¹⁰ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 32; siehe ausführlich hierzu *Schmidt-Ahrendts*, IHR 2006, 67, 70 f., der sich für den Ersatz von „reasonable expenses“ über den Schadensersatzanspruch ausspricht.

¹¹¹ *Schmidt-Ahrendts*, IHR 2006, 67, 70 f.

¹¹² *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 33; *Sonntag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 84, Rn. 42.

¹¹³ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 29: „Anspruch auf umfassenden Ersatz der notwendigen Aufwendungen“; *Herber/Czerwenka*, Internationales Kaufrecht, 1991, Art. 84, Rn. 8; wohl

genüber aus Art. 84 Abs. 2 CISG kein eigenständiger Anspruch des Käufers auf Verwendungsersatz.¹¹⁴ Art. 84 Abs. 2 CISG enthält einen Anspruch des Verkäufers, nicht des Käufers. Die Verwendungen finden lediglich Berücksichtigung, um eine Bereicherung des Verkäufers auf Kosten des Käufers, der in die Ware investiert hat, auszugleichen. Sie mindern einen Anspruch des Verkäufers, sollen indes nicht das Risiko einer unwirtschaftlichen Nutzung der Ware vollends auf den Verkäufer abwälzen. Übersteigen die Erhaltungskosten die wirtschaftlichen Vorteile der Ware, materialisiert sich das Verwendungsrisiko der Ware, das grundsätzlich der Käufer zu tragen hat. Ein eigenständiger Anspruch auf Ersatz der Erhaltungskosten – wie etwa im deutschen Recht in § 347 Abs. 2 BGB vorgesehen – wäre darüber hinaus nur gerechtfertigt, wenn dem Verkäufer auch ein Anspruch auf Vorteile, die der Käufer nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft hätte ziehen müssen, zustünde, wie dies etwa in § 347 Abs. 1 BGB vorgesehen ist.

Verzichtet man mit der fast allgemeinen Ansicht zu Recht auf den Ersatz fiktiver Vorteile im Rahmen von Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG,¹¹⁵ führt ein dennoch zugestandener Anspruch auf Verwendungsersatz des Käufers zu absurden Ergebnissen, wenn der Käufer keine Vorteile aus der Ware zieht. Der Käufer erhalte den Kaufpreis mit Zinsen ab Zahlung des Kaufpreises gemäß Art. 84 Abs. 1 CISG sowie Ersatz für die angemessenen Erhaltungskosten hinsichtlich der Ware, während der Verkäufer lediglich die Ware erhalte. Mit anderen Worten erhalte der Käufer die Vorteile des Kapitals ohne Kosten zu tragen, während der Verkäufer die Kosten der Warenerhaltung trägt, ohne Vorteile aus der Ware zu erhalten. Ein eigenständiger Anspruch auf Verwendungsersatz im Rahmen der Rückabwicklung, das heißt unabhängig von Art. 74–77 CISG oder Art. 86 Abs. 1 S. 2 CISG, ist daher kein Gebot der Gerechtigkeit und der Gleichbehandlung der Parteien,¹¹⁶ sondern – im Kontext des Rückabwicklungssystems des CISG, das sich durch den Nichtersatz nicht gezogener Vorteile und die Zinspflicht ab Zahlung des Kaufpreises gemäß Art. 84 Abs. 1 CISG auszeichnet – eine ungerechte Bevorzugung des Käufers zu Lasten des Verkäufers.¹¹⁷

auch *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 559: „Anspruch auf Ersatz notwendiger Verwendungen.“

¹¹⁴ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 26; wohl auch *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 14: „(nur) nach den Grundwertungen der Art. 85 ff. zu beantworten“.

¹¹⁵ Siehe hierzu oben, S. 93.

¹¹⁶ So aber *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 559.

¹¹⁷ Wie bereits angedeutet, hängt diese Einschätzung wesentlich davon ab, ob der Verkäufer einen Anspruch auf Ersatz nicht gezogener Nutzungen oder Vorteile hat. Ist dies wie etwa in § 347 Abs. 1 BGB der Fall, kann ein Anspruch auf Verwendungsersatz grundsätzlich erwogen werden, siehe auch § 347 Abs. 2 S. 1 BGB.

Der Anspruch auf Verwendungsersatz lässt sich auch nicht auf ein aus Art. 85 Abs. 1, Art. 86 Abs. 1 CISG abgeleiteten allgemeinen Grundsatz im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG stützen,¹¹⁸ denn in diesen Situationen verwahrt und erhält die erhaltungspflichtige Partei die Ware im Interesse und für Rechnung der anderen Partei. Den Wertungen der Art. 85, 86 CISG kann daher allenfalls der Ersatz von Erhaltungskosten im Fall der Verwahrung der Ware für fremde Rechnung entnommen werden. Im Rahmen von Art. 84 Abs. 2 CISG werden die Investitionen indes grundsätzlich im eigenen Interesse getroffen, so dass eine Übertragung der Wertung aus Art. 85 Abs. 1 S. 1, 86 Abs. 1 S. 1 CISG nicht gerechtfertigt erscheint.

Begehrt der Käufer daher Ersatz der die Vorteile übersteigenden Verwendungen auf die Ware, steht ihm neben dem unter bestimmten Voraussetzungen gegebenen Kostenerstattungsanspruch gemäß Art. 86 Abs. 1 S. 2 CISG der Rechtsbehelf des Schadensersatzes gemäß Art. 74-77 CISG zur Verfügung, sofern die Vertragsaufhebung auf einer Vertragsverletzung des Verkäufers beruht.¹¹⁹

IV. Die Voraussetzungen des Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG

Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG setzt eine Vertragsaufhebung oder ein Ersatzlieferungsverlangen (1.) sowie die Unmöglichkeit der Rückgabe der Ware im Wesentlichen im ursprünglichen Zustand voraus (2.). Die Rechtsfolge ist wie im Fall von Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG die Herausgabe des Gegenwerts der aus der Ware gezogenen Vorteile, auf deren Besonderheiten eingegangen werden soll (3.).

1. Vertragsaufhebung oder Ersatzlieferungsverlangen

Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG erfasst bereits nach seinem Wortlaut ausdrücklich sowohl die Vertragsaufhebung als auch das Verlangen der Ersatzlieferung durch den Käufer. Anders als für Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG kann die Anwendbarkeit der Norm bei Ersatzlieferung daher nicht bestritten werden.¹²⁰

Der Wortlaut erhält allerdings eine andere interessante Einschränkung. Anders als die Vorgängerbestimmung in Art. 81 ULIS¹²¹ erfasst Art. 84

¹¹⁸ Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 29; Herber/Czerwenka, Internationales Kaufrecht, 1991, Art. 84, Rn. 8; ähnlich Sonntag, Rückgewährschuldverhältnis, 559.

¹¹⁹ Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 26; Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 14.

¹²⁰ Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 15; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 21.

¹²¹ Art. 81 Abs. 2 lit. b ULIS: „[...] es ihm unmöglich ist, die Sache ganz oder teilweise zurückzugeben, der Vertrag aber dennoch aufgehoben ist.“

Abs. 2 lit. b CISG lediglich die Vertragsaufhebung durch den Käufer.¹²² Grund hierfür ist die sprachliche Abstimmung des Wortlauts auf Art. 82 Abs. 2 CISG, der dem Käufer nur ausnahmsweise das Recht einräumt, den Vertrag aufzuheben, obwohl er die Ware nicht zurückgewähren kann.¹²³ Eine bewusste Beschränkung auf die Vertragsaufhebung nur durch den Käufer ist hingegen nicht ersichtlich.¹²⁴

Es sollte daher aus dem Wortlaut nicht der Schluss gezogen werden, dass die Bestimmung nicht auch bei einer Vertragsaufhebung durch den Verkäufer eingreifen kann. Zwar scheidet eine unmittelbare Anwendung aufgrund des eindeutigen Wortlauts aus.¹²⁵ Von der überwiegenden Ansicht wird indes zu Recht eine Analogie für Fälle der Vertragsaufhebung durch den Verkäufer angenommen.¹²⁶ Es ist nämlich nicht einzusehen, warum der Verkäufer schlechter stehen soll, wenn eine Vertragsverletzung des Käufers zur Aufhebung des Vertrages geführt hat, als wenn er selbst die Vertragsaufhebung verursacht hat.¹²⁷ Auch die Verfasser des Übereinkommens hielten ausdrücklich fest, dass es für die Frage des Vorteilsausgleichs irrelevant sei, welche Partei die Vertragsaufhebung verursacht oder erklärt habe.¹²⁸ Zwar wird der Verkäufer durch einen Schadensersatzanspruch gemäß Art. 61 Abs. 1 lit. b, 74 CISG in der Regel hinreichend geschützt. Allerdings gibt es keinen Grund ihm den Anspruch auf das Surrogat zu verwehren, wenn dieses ausnahmsweise über den Schaden hinausgeht.¹²⁹ Der Käufer hat daher analog Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG das Surrogat auch dann herauszugeben, wenn der Verkäufer die Vertragsaufhebung erklärt hat oder wenn die Parteien den Vertrag einvernehmlich aufgehoben haben.¹³⁰

¹²² *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 25.

¹²³ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 5.

¹²⁴ UNCITRAL Yearbook VII (1976), 133.

¹²⁵ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 20; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 25; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 84, Rn. 4.

¹²⁶ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 6; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 20; *Junker*, in: jurisPK-BGB, CISG, 9. Auflage 2020, Art. 84, Rn. 21; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 25; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 84, Rn. 18; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 84, Rn. 4.

¹²⁷ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 6.

¹²⁸ UNCITRAL Yearbook VII (1976), 133, Art. 54, Comment 1: „[...] Where the obligation arises because of the avoidance of the contract, it is irrelevant which party's failure gave rise to the avoidance of the contract or who demanded restitution“.

¹²⁹ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 20; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 25.

2. Die Unmöglichkeit der Rückgabe der Ware im Wesentlichen im ursprünglichen Zustand

Der Vorteilsausgleich nach Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG setzt weiterhin voraus, dass der Käufer die Ware nicht im Wesentlichen in dem Zustand zurückgeben kann, in dem er sie erhalten hat. Dies erfasst ohne Zweifel Fälle, in denen der Käufer die Ware gar nicht zurückgeben kann, etwa weil er sie veräußert hat oder weil sie untergegangen ist.

Schwieriger zu beurteilen sind diejenigen Fälle, in denen der Käufer die Ware zurückgeben kann, sie sich allerdings nicht mehr im Wesentlichen in dem Zustand befindet, in dem der Käufer sie erhalten hat. Zunächst fragt sich, warum es überhaupt der Aufnahme dieses Falles in Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG bedarf. Geht man zutreffend davon aus, dass der Anspruch auf Rückgewähr der beschädigten Ware gemäß Art. 81 Abs. 2 S. 1 CISG in diesem Fall ungeachtet der Verschlechterung der Ware fortbesteht,¹³¹ so bietet die zusätzliche Regelung in lit. b Var. 2 keinen Mehrwert für den Verkäufer, denn der Käufer müsste auch unter lit. a neben der beschädigten Ware die aus ihr gezogenen Vorteile herausgeben. Der Sinn dieser Regelung mag daher in einer Abstimmung des Wortlauts mit Art. 82 Abs. 1 CISG bestehen. In welchen Fällen die Ware sich nicht im Wesentlichen im ursprünglichen Zustand befindet, ist daher vor allem für den Verlust des Aufhebungsrechts des Käufers gemäß Art. 82 Abs. 1 CISG von Bedeutung, während sich die Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung, insbesondere in Form des Ausmaßes des Vorteilsausgleichs gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG, bei Rückgabe unwesentlich oder wesentlich beschädigter Ware nicht unterscheiden.

Die Ware befindet sich im Wesentlichen nicht in dem Zustand, in dem der Käufer sie erhalten hat, wenn sich ihr Zustand derart verschlechtert hat, dass sie ihrem Wert nach nicht der ursprünglichen Leistung des Verkäufers entspricht.¹³² Nicht ausreichend ist indes, dass die Wertminderung auf Preisschwankungen oder sonstige Faktoren zurückgeht, die ihren Grund nicht in der Verschlechterung des Zustands der Ware haben. Der Verkäufer hat darüber hinaus auch solche wertmindernde Veränderungen des Zustandes der Ware hinzunehmen, die eine vernünftige Person als unwesentlich empfinden

¹³⁰ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 84, para. 7; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 20; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 25; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 84, Rn. 4.

¹³¹ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 20; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 82, Rn. 28.

¹³² *Benicke*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 3. Auflage 2013, Art. 82, Rn. 3; *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 6; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 82, Rn. 6.

würde.¹³³ Auch ohne Wertverlust können die Besonderheiten des Marktes oder der Warenart für eine wesentliche Beeinträchtigung sprechen.¹³⁴ Entscheidend ist unabhängig des konkreten Wertverlusts, ob die Rückgabe der Ware im verschlechterten Zustand unter Berücksichtigung der Art der Ware und des Marktes aus Sicht einer vernünftigen Person im Sinne von Art. 8 Abs. 2 CISG dem Verkäufer zugemutet werden kann.¹³⁵ Der Maßstab in Art. 82 Abs. 1 CISG unterscheidet sich mithin diametral von der wesentlichen Vertragsverletzung im Sinne von Art. 25 CISG.¹³⁶ Während letztere bei Vertragswidrigkeiten der Ware lediglich vorliegt, wenn die Ware schlicht keiner vernünftigen Verwendung durch den Käufer zugeführt werden kann,¹³⁷ kann im Rahmen der Bagatellklausel in Art. 82 Abs. 1 CISG schon eine spürbare Wertminderung zum Ausschluss des Aufhebungsrechts führen.¹³⁸

3. Der Umfang der Vorteilsherausgabe

Zunächst sollen die Grundsätze des Umfangs der Vorteilsherausgabe in Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG dargestellt werden (a), bevor zwischen der Herausgabe des *commodum ex re* (b) und des *commodum ex negotiatione* (c) unterschieden werden soll.

a) Grundsatz

Grundsätzlich umfasst der Anspruch aus Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG den Gegenwert aller tatsächlich erlangten Vorteile, die aus der Sache gezogen wurden. Dabei gilt sowohl derselbe Vorteilsbegriff wie für Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG als auch das oben dargelegte Nettoprinzip der Vorteilsherausgabe.¹³⁹

¹³³ Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 6.

¹³⁴ Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 6; Mankowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 82, Rn. 3.

¹³⁵ Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 82, Rn. 6; Mankowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 82, Rn. 3.

¹³⁶ Bridge, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 82, para. 17; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 82, Rn. 6.

¹³⁷ BGH, 3.4.1996, NJW 1996, 2364; BGer, 2.4.2015, CISG-online Nr. 2592, IHR 2015, 250, 265, CISG-online Nr. 2592; Gruber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 25, Rn. 22; Schmidt-Ahrendts, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.7.2020, Art. 25, Rn. 65; Schroeter, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 25, Rn. 168 ff.

¹³⁸ BGer, 18.5.2009, CISG-online Nr. 1900, IHR 2010, 27, 31; Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 6; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 82, Rn. 6.

¹³⁹ Siehe hierzu oben, S. 97.

Auch unter Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG hat der Käufer die Gebrauchsvorteile und Früchte wie gemäß Art. 82 Abs. 2 lit. a CISG an den Verkäufer herauszugeben.¹⁴⁰ Dies gilt auch für solche Vorteile, die der Käufer vor Untergang der Ware, etwa durch Nutzung der Ware, gezogen hat. Wichtiger sind im Rahmen von Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG indes die Surrogate, die der Käufer für die Ware erhält, sei es aufgrund einer Beschädigung oder Zerstörung der Sache oder aufgrund einer Weiterveräußerung.¹⁴¹ Für diese Surrogate stellen sich einige Sonderfragen, die in der Folge besprochen werden sollen. Die überwiegende Meinung differenziert hierbei zwischen dem *commodum ex re* und dem *commodum ex negotiatione*.¹⁴²

b) Der Anspruch auf das *commodum ex re*

Der Anspruch aus Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG richtet sich grundsätzlich auf den Gegenwert der für die Ware erhaltenen Surrogate (aa), abzüglich der Kosten, die für die Erlangung des Surrogats aufgewendet wurden (bb). Der Anspruch ist grundsätzlich ein Zahlungsanspruch (cc).

aa) Surrogat für die Ware

Nach allgemeiner Ansicht erfasst der Anspruch aus Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG das Surrogat, das aufgrund des Untergangs oder der Beschädigung der Ware erlangt wird (*commodum ex re*).¹⁴³ Das *commodum ex re* erfasst insbesondere Versicherungssummen sowie Schadensersatzansprüche gegen Dritte wegen Beschädigung oder Zerstörung der Sache.¹⁴⁴ Es kann sich allerdings grundsätzlich auch um staatliche Entschädigungszahlungen wegen einer Enteignung oder einer Verkaufsbeschränkung handeln. Eine Herausgabepflicht besteht freilich nur, wenn und soweit das Surrogat gerade für die Ware selbst

¹⁴⁰ Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 22.

¹⁴¹ Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 23; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 84, Rn. 46.

¹⁴² *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 34; *Junker*, in: jurisPK-BGB, CISG, 9. Auflage 2020, Art. 84, Rn. 30 f.; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 23 f.; *Saenger*, in: BeckOK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 84, Rn. 6 f.; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 84, Rn. 46.

¹⁴³ *Benicke*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 3. Auflage 2013, Art. 84, Rn. 15; *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 35; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 17; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 23.

¹⁴⁴ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 35; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 17; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 23.

erlangt wurde.¹⁴⁵ Diese Einschränkung ergibt sich aus dem Merkmal „aus der Ware gezogen“ in Art. 84 Abs. 2 CISG.¹⁴⁶ Der Konnex ist erforderlich, damit der Käufer nicht Vorteile auskehren muss, die in keinem Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis stehen. Bei Versicherungssummen muss die Versicherung daher grundsätzlich für die Ware selbst bestanden haben¹⁴⁷ oder für eine Sachgesamtheit, die sich auch auf die Ware erstreckt. In letzterem Fall kann jedenfalls der Teil der Versicherungssumme verlangt werden, der im Rahmen der Gesamtsumme für den Untergang oder die Beschädigung der konkreten Ware gezahlt wurde oder zu zahlen ist, soweit sich dieser Teil individuell abgrenzen lässt. Kein Vorteil im Sinne des Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG liegt dann vor, wenn eine Versicherungsleistung aufgrund des Ereignisses selbst gezahlt wird, ohne dass sie eine konkrete Entschädigung für die untergegangene Ware darstellt,¹⁴⁸ da in diesem Fall wiederum der Bezug zum konkreten Rückabwicklungsverhältnis fehlt.

bb) Abzugsfähige Kosten

Aus dem oben erläuterten Nettoprinzip¹⁴⁹ folgt, dass eigene Aufwendungen und Kosten des Käufers die Herausgabepflicht mindern.¹⁵⁰ Wichtig ist dies insbesondere für vom Käufer entrichtete Versicherungsprämien¹⁵¹ und angefallene Rechtsverfolgungs- oder Inkassokosten, soweit diese zur Realisierung des Anspruchs angemessen waren. Wie bereits oben ausgeführt, sind demgegenüber die Gemeinkosten des Käufers nicht berücksichtigen.¹⁵² Bei Rechtsverfolgungskosten zur Verwirklichung von Ersatzansprüchen sollte aus denselben Erwägungen wie für Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG der Maßstab des Vernünftigen angelegt werden.¹⁵³ Daraus folgt, dass der Käufer solche Rechtsver-

¹⁴⁵ Allgemein für das stellvertretende commodum auf Ebene der Vertragserfüllung, *Hartmann*, IHR 2009, 189, 194.

¹⁴⁶ Allgemein für das stellvertretende commodum auf Ebene der Vertragserfüllung, *Hartmann*, IHR 2009, 189, 194.

¹⁴⁷ So für das stellvertretende commodum für die Ebene der Vertragserfüllung, *Hartmann*, IHR 2009, 189, 194; *Magnus*, in: *Staudinger-BGB, CISG*, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 54.

¹⁴⁸ So für das stellvertretende commodum für die Ebene der Vertragserfüllung, *Magnus*, in: *Staudinger-BGB, CISG*, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 54.

¹⁴⁹ Siehe hierzu bereits ausführlich oben, S. 97.

¹⁵⁰ *Peter Huber*, in: *Münchener Kommentar zum BGB, CISG*, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 16; *Magnus*, in: *Staudinger-BGB, CISG*, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 23.

¹⁵¹ *Peter Huber*, in: *Münchener Kommentar zum BGB, CISG*, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 16; *Magnus*, in: *Staudinger-BGB, CISG*, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 23; *Sonnentag*, in: *BeckOGK-BGB, CISG*, 1.7.2020, Art. 84, Rn. 47.

¹⁵² Andere Ansicht *Bridge*, *International Sale of Goods*, para. 12.45; siehe hierzu bereits ausführlich oben, S. 97.

¹⁵³ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 102.

folgungskosten, insbesondere auch eigene Anwaltskosten, abziehen kann, die in Anbetracht der Umstände von einer vernünftigen Partei in seiner Situation ebenfalls aufgewandt worden wären. Entscheidend ist in all diesen Fällen wiederum, dass die Kosten sich der Realisierung gerade des für die Ware erlangten Vorteils zuordnen lassen. Beziehen sich diese Kosten auf die Geltendmachung von Ansprüchen gegen einen oder mehrere Dritte, die nur teilweise in Bezug auf Ersatz für die konkrete Ware angefallen sind, so sind diese Kosten auch nur anteilig bei der Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG zu berücksichtigen.

cc) Art und Weise der Herausgabe

Der Anspruch aus Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG ist nach allgemeiner Meinung grundsätzlich ein Zahlungsanspruch.¹⁵⁴ Dies ergibt sich besonders deutlich aus dem Wortlaut der englischen Fassung („account [...] for all benefits“) und der französischen Fassung („l'équivalent de tout profit“). Für Ansprüche gegen Dritte wird vielfach ein Anspruch auf Abtretung gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG vorgeschlagen (1), der allerdings in bestimmten Fällen praktische Schwierigkeiten bereiten kann (2).

(1) Grundsatz der Abtretung von Ansprüchen gegen Dritte

In vielen Fällen wird das durch den Käufer erlangte Surrogat in einem oder mehreren Ansprüchen gegen Dritte bestehen. Dies können Schadensersatz- oder Versicherungsansprüche sein. Für solche nicht erfüllte Forderungen kann der wirtschaftliche Wert eines Anspruchs indes nicht mit seinem Nennwert gleichgesetzt werden. Wirtschaftlich erhebliche Risiken bestehen insbesondere in Gestalt der Rechtsdurchsetzung und der Bonität des Schuldners. Es erscheint daher jedenfalls nicht gerechtfertigt, im Falle eines noch nicht realisierten Anspruchs den Nennwert der Forderung als Gegenwert im Sinne von Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG anzusetzen. Nach der überwiegenden Meinung kann der Verkäufer daher in diesen Fällen lediglich Abtretung verlangen, nicht hingegen Geldersatz in Höhe des Anspruchswertes.¹⁵⁵

¹⁵⁴ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 22; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 14; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 84, Rn. 14a; *Salger*, in: Witz/Salger/Lorenz, Einheitliches Kaufrecht, Kommentar, 2. Auflage 2016, Art. 84, Rn. 3.

¹⁵⁵ *Benicke*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 3. Auflage 2013, Art. 84, Rn. 15, Fn. 40; *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 35; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 17; *Magnus*, in: Staudinger, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 23; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 84, Rn. 15, Fn. 54; *Weber*, in: Honsell (Hrsg.), UN-Kaufrecht,

Der Wortlaut des Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG scheint zunächst gegen eine Abtretungslösung zu sprechen. Anders als § 285 Abs. 1 BGB sieht er einen Anspruch auf Abtretung nicht selbst ausdrücklich vor, sondern ordnet die Herausgabe des Gegenwerts aller Vorteile an. Aus der Verwendung des Wortes *Gegenwertes* (*équivalent*) lässt sich schließen, dass es sich stets um einen Anspruch auf Geld handeln soll. Die Abtretungslösung kann allerdings aus dem Zweck des Art. 84 Abs. 2 CISG hergeleitet werden. Art. 84 Abs. 2 CISG weist dem Verkäufer die Vorteile zu, die der Käufer aus der Ware gezogen hat. Zweck der Vorschrift ist den gesamten Gegenwert der Vorteile des Käufers abzuschöpfen, aber nicht mehr. Der maßgebliche Vorteil der Abtretung des Ersatzanspruchs besteht darin, dass der wirtschaftliche Wert des Vorteils nicht näher bestimmt werden muss und daher auch keine Gefahr einer übermäßigen Be- oder Entlastung des Schuldners besteht. Durch die Abtretung gibt der Käufer alle Vorteile ab, inklusive der ihnen immanenten Risiken.

Verzichtete man auf die Abtretungslösung im Rahmen von Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG, bestünde die Möglichkeit den Käufer zu verpflichten, den Anspruch in eigenem Namen für Rechnung des Verkäufers durchzusetzen. Es erscheint indes zweifelhaft, ob der Käufer alle angemessenen Anstrengungen unternehmen würde, den Anspruch durchzusetzen, ohne von der Durchsetzung selbst unmittelbar zu profitieren. Darüber hinaus führte eine solche Lösung in vielen Fällen zu einer erheblichen Hinauszögerung der Rückabwicklung, da der Verkäufer in der Regel nicht zur Rückzahlung des Kaufpreises vor Auskehr des Vorteils bereit wäre. Aus diesen Gründen wird in den meisten Fällen eine Abtretung des Ersatzanspruchs die einzige praktikable Lösung sein, um die von Art. 81 Abs. 2, Art. 84 CISG bezweckte effiziente und reibungslose Rückabwicklung zu gewährleisten.

(2) Schwierigkeiten der Abtretungslösung in Sonderfällen

Die Abtretungslösung ist daher grundsätzlich überzeugend. Es soll dennoch auf einige Schwierigkeiten einer solchen Abtretungslösung im Einheitsrecht hingewiesen werden, die im Einzelfall eine andere Bewertung rechtfertigen können.

Ein erster Problemfall für den Anspruch auf Abtretung von Drittansprüchen besteht in möglichen Abtretungsverboten. Während ein solches Abtretungsverbot jedenfalls für außervertragliche Schadensersatzansprüche keine Rolle spielen wird, wird in der Praxis häufig ein solches Verbot oder ein Genehmigungsvorbehalt in Versicherungsbedingungen enthalten sein.¹⁵⁶ Die Wirksamkeit eines solchen Genehmigungsvorbehalts oder Abtretungsverbo-

2. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 19; andere Ansicht wohl *Ferrari*, in: Ferrari/Mankowski/Kieninger u. a. (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 2007, CISG, Art. 84, Rn. 14, 15, der sich für eine Kooperationspflicht ausspricht, der zufolge der Käufer die Ansprüche gegenüber Dritten selbst geltend zu machen hat.

tes bemisst sich in aller Regel nach dem Forderungsstatut.¹⁵⁷ Ist ein solches Abtretungsverbot wirksam, scheidet der Anspruch auf Abtretung ungeachtet Art. 84 Abs. 2 CISG an der rechtlichen Unmöglichkeit der Abtretung.

Ein weiteres Problem stellt sich, wenn der Anspruch der Käufer Aufwendungen für die Erlangung des Anspruchs erbracht hat, die er im Sinne des Nettoprinzips von der Vorteilsherausgabe abziehen darf.¹⁵⁸ Dies betrifft insbesondere den Fall gezahlter Versicherungsprämien.¹⁵⁹ Schwierigkeiten ergeben sich hier, da der Käufer grundsätzlich zur Abtretung des gesamten Anspruchs verpflichtet ist. Während eine Abtretung des Anspruchs Zug um Zug gegen Ersatz der Kosten die Bedürfnisse des Käufers befriedigen mag, dürfte der Verkäufer eine solche Verteilung der Insolvenzrisiken als unvorteilhaft empfinden, da er die Aufwendungen des Käufers ersetzt und das Rechtsdurchsetzungs- und Bonitätsrisiko des Vertragspartners des Käufers trägt. Eine andere Lösung besteht in einer Teilabtretung des Anspruchs, so dass dem Käufer ein Anspruchsteil verbleibt, um sich am Dritten hinsichtlich seiner Aufwendungen schadlos zu halten. Die Teilabtretung sichert eine gerechte Verteilung des Insolvenzrisikos des Dritten, das die Parteien dann anteilig tragen. Allerdings ist auch die Teilabtretung nicht frei von praktischen Problemen. Ob eine solche Teilabtretung überhaupt zulässig ist, ist gemäß Art. 4 CISG nicht anhand des Übereinkommens zu bestimmen, sondern wiederum nach dem anwendbaren Recht.¹⁶⁰ Im deutschen Recht ist eine solche Teilabtretung für Zahlungsansprüche grundsätzlich zulässig.¹⁶¹ Ist die Teilabtretung nach dem Abtretungsstatut unzulässig, besteht auch hier eine rechtliche Unmöglichkeit der Abtretung. Darüber hinaus erfordert auch eine Teilabtretung grundsätzlich eine wirtschaftliche Bewertung des Anspruchs, um festzustellen, welcher Nomi-

¹⁵⁶ Siehe für einen solchen Fall zum deutschen Recht etwa BGH, 25.3.2015, NJW 2015, 1748, siehe auch *Stephan Lorenz*, NJW 2015, 1725, 1728.

¹⁵⁷ Vertragliche Abtretungsverbote richten sich gemäß Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO nach dem Recht, dem die Forderung unterliegt, siehe hierzu *Hübner*, in: BeckOGK-BGB, Rom I-VO, 1.6.2020, Art. 14, Rn. 20; *Rosch*, in: jurisPK-BGB, Rom I-VO, 9. Auflage 2020, Art. 14, Rn. 34; im deutschen Recht würde in vielen Fällen wohl § 354a HGB eingreifen, was wiederum zu einer Wirksamkeit der Abtretung führen würde.

¹⁵⁸ Siehe zur Abzugsfähigkeit im Rahmen von Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG, *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 23.

¹⁵⁹ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 23.

¹⁶⁰ *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 4, para. 28; *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 4, Rn. 38.

¹⁶¹ Siehe für das deutsche Recht: BGH, 18.1.1966, BGHZ 44, 382; *Rohe*, in: BeckOK-BGB, 54. Edn., 1.5.2020, § 398, Rn. 44; *Rosch*, in: jurisPK-BGB, 9. Auflage 2020, § 398, Rn. 14; kritisch *Roth/Kieninger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, 2019, § 398, Rn. 65; siehe für das französische Recht Art. 1321 C. civ.; siehe rechtsvergleichend *Nils Jansen*, in: Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Commentaries on European Contract Law, Art. 11:103, para. 1 ff.

nalwert beim Käufer verbleiben sollte, damit sich dieser hinsichtlich seiner Kosten schadlos halten kann. Denkbar ist in dieser Hinsicht auch eine Rangvereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer zugunsten des Käufers, deren Zulässigkeit sich indes nach dem anwendbaren Recht beurteilt und jedenfalls nach deutschem Recht grundsätzlich möglich ist.¹⁶²

Schließlich kann die bloße Abtretung des Anspruchs in Ausnahmefällen für den Verkäufer unzumutbar erscheinen. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Auseinandersetzung mit dem Drittschuldner nur unter unzumutbaren Anstrengungen möglich ist, während der Käufer den Anspruch vergleichsweise leicht durchsetzen könnte. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Rechtsdurchsetzungskosten, einschließlich der Rechtsanwalts-, Übersetzungs- und Korrespondenzkosten für den Verkäufer im Vergleich zum Anspruchswert als unzumutbar erscheinen. Im internationalen Handel ist hierbei zu beachten, dass eine internationale Anspruchsdurchsetzung in der Regel deutlich ineffizienter sein kann als eine nationale Anspruchsdurchsetzung. Während diese Ineffizienz aus den oben genannten Gründen die Vorteile der Abtretungslösung nicht insgesamt überwiegt, sollte dennoch in Ausnahmefällen von der Abtretung wegen Unzumutbarkeit abgesehen werden.

In den oben genannten Fällen, in denen eine Abtretung rechtlich unmöglich oder tatsächlich unzumutbar ist, sollte der Käufer im Rahmen seiner Pflicht zur Vorteilsauskehr gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG verpflichtet sein, sich zu bemühen, den Anspruch für fremde Rechnung durchzusetzen und den realisierten Vorteil abzüglich seiner Kosten sodann an den Verkäufer auszukehren.¹⁶³ Solange der Käufer den Ersatzanspruch nicht durchzusetzen versucht, könnte der Verkäufer etwa gemäß Art. 81 Abs. 2 S. 2 CISG berechtigt sein, die Rückzahlung des Kaufpreises und der Zinsen verweigern. Aufgrund dieses Druckmittels des Verkäufers sollte sich in aller Regel ein hinreichender Anreiz für den Käufer ergeben, den Anspruch durchzusetzen. Selbstverständlich steht es den Parteien darüber hinaus frei, sich gemäß Art. 6 CISG über eine andere Art und Weise des Vorteilsausgleichs zu einigen.

c) *Der Anspruch auf das commodum ex negotiatione*

Der Anspruch aus Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG erfasst nach einhelliger Meinung grundsätzlich auch den Verkaufserlös bei einer Veräußerung der Ware, die ihre Rückgewähr unmöglich macht.¹⁶⁴ Auch hier sind indes zwei Fragen

¹⁶² BGH, 7.5.1991, NJW 1991, 2629; *Busche*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2017], § 398, Rn. 48; *Lieder*, in: BeckOGK-BGB, 1.8.2020, § 398, Rn. 142; *Rosch*, in: jurisPK-BGB, 9. Auflage 2020, § 398, Rn. 15.

¹⁶³ Für eine solche Pflicht generell, *Ferrari*, in: Ferrari/Mankowski/Kieninger u.a. (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 2007, CISG, Art. 84, Rn. 15.

¹⁶⁴ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 36; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB,

grundsätzlich offen. Zum einen ist fraglich, ob der Veräußerungserlös lediglich bis zum Verkehrswert der Ware oder auch darüber hinaus auszukehren ist (aa) und zum anderen ist zu klären, welche Verkaufskosten der Käufer vom Veräußerungserlös abzuziehen berechtigt ist (bb).

aa) Herausgabe des gesamten Erlöses unabhängig vom Verkehrswert

Zunächst soll der Meinungsstand zum Umfang der Erlösherausgabe dargestellt werden (1), bevor eine Stellungnahme erfolgt (2).

(1) Meinungsstand

Die Frage, in welcher Höhe der Veräußerungserlös herauszugeben ist, ist sehr umstritten.¹⁶⁵ Die überwiegende Ansicht befürwortet eine Erstreckung des Anspruchs aus Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG auch auf den über den Verkehrswert hinausgehenden Gewinn des Käufers.¹⁶⁶ Dies wird zum einen mit dem Grundgedanken und Wortlaut des Vorteilsausgleichs in Form des „Gegenwert(s) aller Vorteile“¹⁶⁷ begründet.¹⁶⁸ Zum anderen wird auf die praktischen Schwierigkeiten verwiesen, die entstünden, wenn zwischen dem Verkehrswert der Sache und dem überschießenden Gewinn unterschieden werden müsste.¹⁶⁹ *Michael Sonnentag* führt überdies an, eine Gewinnhaftung über den Verkehrswert hinaus ergebe sich auch aus einem Vergleich mit Art. 86 Abs. 1 S. 1, 88 Abs. 3 CISG.¹⁷⁰ Auch hier sei nach Abzug der Erhaltungs- und Verkaufskosten der volle Verkaufserlös herauszugeben.¹⁷¹ Dies müsse auch auf Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG übertragen werden, um Wertungswidersprüche zu vermeiden.¹⁷²

CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 18; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 24; *Saenger*, in: BeckOK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 84, Rn. 7; *Salger*, in: Witz/Salger/Lorenz, Einheitliches Kaufrecht, Kommentar, 2. Auflage 2016, Art. 84, Rn. 3.

¹⁶⁵ *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 463 ff.

¹⁶⁶ *Boels*, Rücktritt, 199; *Ferrari*, in: Ferrari/Mankowski/Kieninger u. a. (Hrsg.), CISG, Art. 84, Rn. 16; *Herber/Czerwenka*, Art. 84, Rn. 6; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 19; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 24; *Neumayer/Ming*, Art. 84, Nr. 3; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, § 5-323; *Saenger*, in: BeckOK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 84, Rn. 7; *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 466; *Ziegler*, Leistungsstörungenrecht, 198; *Zuber*, in: Brunner (Hrsg.), UN-Kaufrecht, 2. Auflage 2014, Art. 84, Rn. 9.

¹⁶⁷ In der englischen Fassung heißt es: „all benefits“; in der französischen: „l'équivalent de tout profit“; in der spanischen „todos los beneficios“.

¹⁶⁸ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 84, Rn. 24; *Saenger*, in: BeckOK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 84, Rn. 7.

¹⁶⁹ *Saenger*, in: BeckOK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 84, Rn. 7.

¹⁷⁰ *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 466.

¹⁷¹ *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 466.

¹⁷² *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 466.

Nach einer anderen Ansicht beschränkt sich der Anspruch auf den Verkehrswert der Sache.¹⁷³ Ein etwaiger Mehrerlös soll beim Käufer verbleiben.¹⁷⁴ Auch Vertreter dieser Ansicht stützen sich auf den Wortlaut des Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG. Sie betonen das Merkmal „aus der Ware gezogen“.¹⁷⁵ Hiervon sei nur der in der Sache verkörperte Wert erfasst, nicht hingegen zusätzliche Gewinne, die auf der Geschäftstüchtigkeit des Verkäufers beruhen.¹⁷⁶ Zur Begründung wird insbesondere der Wortlaut des Art. 82 Abs. 2 lit. c CISG angeführt.¹⁷⁷ Da der Käufer nach dieser Vorschrift sein Aufhebungsrecht nur behalte, wenn eine Veräußerung im normalen Geschäftsverkehr erfolgt, sollen dem Verkäufer Verkaufserlöse über dem Marktwert nicht zukommen.¹⁷⁸ Im Übrigen wird auf die Vertragsverletzung des Verkäufers verwiesen, die es als ungerechtfertigt erscheinen lasse, ihm den Veräußerungserlös zuzuweisen.¹⁷⁹

Neben den soeben dargestellten Positionen haben sich zwei andere Lösungen entwickelt. *Rolf H. Weber* differenziert etwa nach der Verantwortlichkeit für die Vertragsaufhebung.¹⁸⁰ Der Käufer soll seinen Veräußerungsgewinn lediglich herausgeben müssen, wenn er selbst die Vertragsaufhebung verursacht hat.¹⁸¹ Schließlich geht *Denis Tallon* davon aus, dass das Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG keinerlei Regelung bezüglich der Bemessung des Anspruchs auf die Surrogate enthält.¹⁸² Er schlägt vor, den Umfang der Herausgabe des Surrogats gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG anhand des aufgrund des Kollisionsrechts des Forums anwendbaren Bereicherungsrechts zu bestimmen.¹⁸³

¹⁷³ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 37; *Heß*, Rückabwicklung, 55 f.; *Hornung*, Rückabwicklung, 288; *Krebs*, Rückabwicklung, 75 f.; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 84, Rn. 16; *ders.*, in: Mankowski (Hrsg.), Commercial Law, 2019, CISG, Art. 84, para. 15; in diese Richtung wohl auch *Leser*, in: Schlechtriem (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht, 250 f.

¹⁷⁴ *Benicke*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 3. Auflage 2013, Art. 84, Rn. 16; *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 37; *Krebs*, Rückabwicklung, 75 f.

¹⁷⁵ *Krebs*, Rückabwicklung, 75 f.

¹⁷⁶ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 37; *Krebs*, Rückabwicklung, 75 f.

¹⁷⁷ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 37; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 84, Rn. 16.

¹⁷⁸ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 37.

¹⁷⁹ *Hornung*, Rückabwicklung, 288.

¹⁸⁰ *Weber*, in: Honsell (Hrsg.), UN-Kaufrecht, 2. Auflage 2010, Art. 84, Rn. 21.

¹⁸¹ *Weber*, in: Honsell (Hrsg.), UN-Kaufrecht, 2. Auflage 2010, Art. 84, Rn. 21.

¹⁸² *Tallon*, in: Bianca/Bonell (Hrsg.), CISG, Commentary, 1987, Art. 84, Rn. 2.2.

¹⁸³ *Tallon*, in: Bianca/Bonell (Hrsg.), CISG, Commentary, 1987, Art. 84, Rn. 2.2.

(2) Stellungnahme

Der Anspruch aus Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG erfasst im Falle einer Weiterveräußerung auch den über den Verkehrswert hinausgehenden Gewinn des Käufers. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut (a) als auch aus einer systematischen Auslegung (b). Dem steht auch die Entstehungsgeschichte nicht entgegen (c). Schließlich stimmt eine solche vollständige Herausgabepflicht auch mit dem Zweck der Vorschrift überein (d).

(a) Wortlaut

Für die Erstreckung des Anspruchs auf den über den Verkehrswert hinausgehenden Gewinn spricht bereits der Wortlaut des Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG. Das Merkmal „all benefits“ oder „tout profit“ spricht bereits auf den ersten Blick für einen Einschluss des Veräußerungsgewinns. Dieses weite Verständnis wird auch nicht durch die Verwendung der Worte „aus der Ware [...] gezogen hat“ in Frage gestellt.¹⁸⁴ Die Unterscheidung zwischen Vorteilen, die aus der Ware selbst gezogen werden und Vorteilen, die auf einem besonderen Geschick des Verkäufers beruhen, erscheint künstlich. Vielmehr zieht der Käufer auch bei einem besonders geschickten Verkauf den Vorteil aus der Ware. Die Gegenleistung des Drittkäufers wird nicht für das Geschick des Käufers erbracht, sondern für die Übereignung der Ware. Der Verkauf der Ware ermöglicht ihm gerade erst, den Gewinn zu realisieren.¹⁸⁵ Die Formulierung „hat“ deutet darüber hinaus darauf hin, dass die tatsächlichen Vorteile gemeint sind und nicht der Marktwert der Sache.

Eine Beschränkung der Herausgabe auf den Verkehrswert der Ware kann sich auch nicht darauf stützen, dass der Verkäufer Anlass zur Vertragsverletzung gegeben hat. Zwar fasst der Wortlaut von Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG die Vertragsaufhebung durch den Käufer ins Auge. Die Verfasser wollten indes nicht unterschiedliche Rückabwicklungsregime für die Vertragsaufhebung des Käufers einerseits und des Verkäufers andererseits einführen.¹⁸⁶ Es ist daher allgemein anerkannt, dass Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG auf eine Vertragsaufhebung des Verkäufers analog anzuwenden ist.¹⁸⁷ Die Rückabwicklungsvorschriften in Art. 84 CISG sind auch sonst grundsätzlich wertneutral ausgestaltet und hängen nicht unmittelbar davon ab, welche Partei eine Vertragsverletzung begangen hat.¹⁸⁸ Dies ist Sache des Schadensersatzanspruchs ge-

¹⁸⁴ So aber *Krebs*, Rückabwicklung, 75.

¹⁸⁵ *Boels*, Rücktritt, 199.

¹⁸⁶ UNCITRAL Yearbook VII (1976), 133, Art. 54, Comment 1: „[...] Where the obligation arises because of the avoidance of the contract, it is irrelevant which party's failure gave rise to the avoidance of the contract or who demanded restitution“.

¹⁸⁷ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 107.

¹⁸⁸ *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 466.

mäß Art. 74–77 CISG, sofern keine Befreiung nach Art. 79 Abs. 1 CISG vorliegt.¹⁸⁹ Der Wortlaut spricht daher für eine Herausgabepflicht des gesamten Veräußerungserlöses, unabhängig vom Verkehrswert der Ware.

(b) *Systematik*

Dieses Verständnis des Wortlauts wird auch durch eine systematische Auslegung von Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG nicht in Frage gestellt. Dies ergibt sich entgegen der Ansicht *Michael Sonnentags*¹⁹⁰ allerdings nicht bereits aus einem Vergleich mit Art. 88 Abs. 3, Art. 86 Abs. 1 S. 1 CISG. Diese Normen betreffen nämlich den Fall, dass der Käufer die Ware für fremde Rechnung verwahrt und verkauft. Der Käufer muss seine Verkaufsabsicht auch grundsätzlich gemäß Art. 88 Abs. 1 CISG dem Verkäufer gegenüber anzeigen. Die Anordnung der vollständigen Erlösauskehr gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG erklärt sich daher aus der Veräußerung der Ware für fremde Rechnung in Kenntnis des Aufhebungsrechts. Im Rahmen des Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG erfolgt der Verkauf hingegen in der Regel vor Kenntnis der Vertragswidrigkeit. Veräußert der Käufer die Ware bereits in Kenntnis der Vertragswidrigkeit, ist sein Aufhebungsrecht in aller Regel gemäß Art. 82 Abs. 1, 2 lit. c CISG ausgeschlossen. Der Käufer verkauft die Ware im Rahmen von Art. 84 Abs. 2 CISG daher grundsätzlich auf eigene Rechnung, ohne dass es der Voraussetzungen des Art. 88 Abs. 1 CISG bedürfte. Es ergeben sich also weder Wertungswidersprüche zwischen den Normen noch können aus Art. 86 Abs. 1, Art. 88 CISG unmittelbare Rückschlüsse auf den Umfang der Erlösherausgabe in Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG gezogen werden.

Ebenso wenig streitet allerdings entgegen der anderen Ansicht der Vergleich mit Art. 82 Abs. 2 lit. c CISG für eine Beschränkung des Anspruchs auf den Marktwert der Ware. Dem Merkmal „im normalen Geschäftsverkehr“ wird zum Teil entnommen, Art. 82 Abs. 2 lit. c CISG erfasse nur Verkäufe zum Marktwert.¹⁹¹ Dies schütze den Verkäufer zwar vor besonders ungünstigen Geschäften des Käufers, begrenze jedoch im Gegenzug auch seinen Anspruch aus Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG auf den Verkehrswert.¹⁹² Dem Regelungszweck von Art. 82 Abs. 2 lit. c CISG lässt sich dieser Schluss indes nicht entnehmen. Zunächst betrifft Art. 82 Abs. 2 lit. c CISG die Voraussetzungen der Vertragsaufhebung, während Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG die Rechtsfolgen

¹⁸⁹ *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 466.

¹⁹⁰ *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 466 f.

¹⁹¹ *Benicke*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 3. Auflage 2013, Art. 84, Rn. 16; *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 37; *Hornung*, Rückabwicklung, 288.

¹⁹² *Benicke*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 3. Auflage 2013, Art. 84, Rn. 16; *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 37; *Hornung*, Rückabwicklung, 288.

der Aufhebung regelt. Grund für die Regelung in Art. 82 Abs. 2 lit. c CISG ist, dass der Käufer, der darauf vertraut über die Ware auf eigene Rechnung verfügen zu können, schutzwürdig ist. Schutzwürdig ist er allerdings nur, wenn er darüber im normalen Geschäftsgang verfügt, nicht hingegen, wenn er die Ware zu Ramschpreisen veräußert.¹⁹³ Die Einschränkung in Art. 82 Abs. 2 lit. c CISG auf Verkäufe im normalen Geschäftsverkehr dient daher ausschließlich dem Schutz des Verkäufers. Eine begrenzende Funktion bezüglich seiner Ansprüche aus Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG kann Art. 82 Abs. 2 lit. c CISG demgegenüber nicht entnommen werden. So würde auch eine Vertragsaufhebung des Käufers nicht an Art. 82 Abs. 1, 2 lit. c CISG scheitern, wenn die Ware zu einem Preis weit über dem Marktwert veräußert würde.¹⁹⁴ Warum der Bestimmung dann aber eine solche beschränkende Funktion bei der Bemessung der Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG entnommen werden sollte, ist nicht ersichtlich. Schließlich erscheint auch eine Gleichsetzung des Verkaufs im normalen Geschäftsverkehr mit dem Verkehrswert der Ware jedenfalls nicht selbstverständlich. Eine Ware kann im normalen Geschäftsverkehr des Käufers auch regelmäßig zu Preisen über dem Marktwert veräußert werden, etwa weil der Käufer über ein besonderes Verhandlungsgeschick oder einen besonders guten Ruf verfügt. Dem Merkmal der Veräußerung im normalen Geschäftsverkehr in Art. 82 Abs. 2 lit. c CISG kann daher keine Beschränkung der Vorteilsauskehr gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG auf den Verkehrswert der Ware entnommen werden.

(c) Entstehungsgeschichte

Die Entstehungsgeschichte des Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG steht einem Anspruch auf einen über dem Marktwert liegenden Veräußerungserlös des Käufers nicht entgegen. Vielmehr ist die Entstehungsgeschichte für beide Positionen unergiebig. Für eine Beschränkung auf den Sachwert könnte zwar auf den ersten Blick sprechen, dass hinsichtlich Art. 81 Abs. 2 ULIS der ursprüngliche Änderungsvorschlag der Arbeitsgruppe dahinging, einen allgemeinen Wertersatzanspruch in der Rückabwicklung einzuführen.¹⁹⁵ Allerdings wurde dieser Vorschlag abgelehnt. Art. 81 Abs. 2 ULIS entstand zwar im Anschluss an diese Debatte, wurde aber eher als Ausdruck eines allge-

¹⁹³ Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 26; Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 18.

¹⁹⁴ Siehe etwa die Beispiele bei Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 26, die insbesondere Verschleuderungen oder Verpfändungen nennt; ähnlich Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 18: „unwirtschaftliche Verhaltensweisen des Käufers“.

¹⁹⁵ Siehe hierzu oben, S. 87.

meinen Prinzips der ungerechtfertigten Bereicherung bezeichnet.¹⁹⁶ Eine solche Bereicherungshaftung kann aber sowohl als eine Beschränkung auf den Sachwert als auch als eine Gewinnhaftung verstanden werden.¹⁹⁷

(d) Zweck der Vorschrift

Für eine weite Auslegung der Norm, die auch den Veräußerungserlös über dem Verkehrswert erfasst, spricht die Zuweisungsfunktion, die der Vorschrift zugrunde liegt. Nach diesem Regelungszweck werden dem Käufer der Kaufpreis sowie die Zinsen zugewiesen, während die Vorteile aus der Ware dem Verkäufer zugewiesen sind. Eine Begrenzung auf den Verkehrswert würde für den Verkäufer bedeuten, dass er gegebenenfalls die Nachteile der Vorteilsherausgabe zu tragen hat, insbesondere nämlich, dass sich ein schlechtes Geschäft des Käufers zu seinen Lasten auswirkt, während der Käufer im umgekehrten Fall den über den Wert hinausgehenden Veräußerungserlös behalten darf. Dem Käufer verblieben bei einer solchen Auslegung daher zugleich die wirtschaftlichen Vorteile aus der Nutzung des Kapitals und der Ware. Dies lässt sich im grundsätzlich neutral ausgestalteten Rückgewährrecht nicht mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien und dem bereicherungsrechtlichen Verständnis des Art. 84 Abs. 2 CISG vereinbaren.

Die Vorteilshaftung gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG erfasst daher auch das *commodum ex negotiatione*, einschließlich des über den Marktwert der Ware hinausgehenden Gewinns des Käufers.

bb) Abzugsfähige Verkaufskosten

Auch im Rahmen von Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG gilt grundsätzlich die Herausgabe des Nettoerlöses.¹⁹⁸ Nicht beantwortet ist damit indes die Frage, welche konkreten Kosten der Käufer vom Veräußerungserlös abziehen kann. Unzweifelhaft kann er die konkreten Kosten des Verkaufs abziehen, insbesondere spezifische Personal-, Transaktions- und Transportkosten.¹⁹⁹ Fraglich ist wiederum, ob dies auch anteilig für seine Gemeinkosten gilt. Der Käufer könnte dann insbesondere allgemeine Immobilien-, Personal- und Werbekos-

¹⁹⁶ Siehe oben, S. 87.

¹⁹⁷ Im deutschen Recht ist etwa die Frage, ob auch der über den Wert hinausgehende Veräußerungserlös auszukehren ist, sowohl im Rahmen des § 285 BGB als auch im Rahmen des § 816 Abs. 1 BGB umstritten: Böger, System der vorteilsorientierten Haftung, 650 ff.; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, §72, I.2., 267 f.

¹⁹⁸ Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 38; siehe hierzu bereits ausführlich oben, S. 97.

¹⁹⁹ Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 38; Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 18; Mankowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 84, Rn. 16.

ten anteilig ansetzen.²⁰⁰ Wie für Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG ist eine Berücksichtigung der Gemeinkosten dennoch abzulehnen, da der Konnex zur konkreten Ware und zum konkreten Rückabwicklungsverhältnis fehlt und dem Käufer in Art. 84 Abs. 1 CISG bereits die Vorteile aus dem Kapital zugewiesen sind.²⁰¹

V. Erweiterungen des Anwendungsbereiches des Art. 84 Abs. 2 CISG

Die in Art. 84 Abs. 2 CISG enthaltene Pflicht zur Vorteilsherausgabe gilt über ihren Wortlaut hinaus sowohl für andere Leistungen des Verkäufers als die Warenlieferung (1.) als auch für andere Leistungen des Käufers als die Kaufpreiszahlung (2.). Sie kann indes nicht als Grundlage für einen allgemeinen Wertersatzanspruch in der Rückabwicklung dienen (3.).

1. Vorteilsherausgabepflicht des Käufers bei sonstigen Leistungen des Verkäufers

Art. 84 Abs. 2 CISG erfasst grundsätzlich aus der „Ware“ gezogene Vorteile. Das Pflichtenprogramm des Verkäufers erschöpft sich jedoch in vielen Fällen nicht in einer Warenlieferung, sondern kann insbesondere auch Dienstleistungen umfassen. Soweit das Übereinkommen gemäß Art. 3 Abs. 2 CISG oder nach Vereinbarung der Parteien gemäß Art. 6 CISG auch auf solche Leistungen des Verkäufers Anwendung findet, sollte für die Rückabwicklung dieser Leistungen auch eine Vorteilsherausgabe entsprechend Art. 84 Abs. 2 CISG stattfinden.²⁰² Da der Wortlaut sich allein auf die Ware bezieht, kann die Anwendung von Art. 84 Abs. 2 CISG auf sonstige Leistungen durch eine Analogie gerechtfertigt werden. Grundsätzlich unterfallen nämlich alle Vertragspflichten, ob genuin kaufrechtlich oder nicht, bei Anwendbarkeit des Übereinkommens dessen Bestimmungen, die entsprechend anzupassen sind.²⁰³ Ein anderer Ansatz zur Begründung der Vorteilsherausgabe kann darin bestehen, Art. 84 Abs. 2 CISG einen allgemeinen Grundsatz im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG zu entnehmen, der zur Herausgabe gezogener Vorteile bei Rückabwicklung des Vertrages verpflichtet.²⁰⁴ Im Ergebnis führen beide Begründungswege zu einer umfassenden Vorteilsherausgabe, unabhängig

²⁰⁰ *Bridge*, International Sale of Goods, para. 12.45.

²⁰¹ Andere Ansicht *Bridge*, International Sale of Goods, para. 12.45; siehe hierzu ausführlich oben, S. 97.

²⁰² *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 144, 785.

²⁰³ *Ferrari*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 3, Rn. 16; *Peter Huber*, in: *Münchener Kommentar zum BGB, CISG*, 8. Auflage 2019, Art. 3, Rn. 17; *Magnus*, in: *Staudinger-BGB, CISG*, [Neubearbeitung 2018], Art. 3, Rn. 29; *Saenger*, in: *BeckOK-BGB, CISG*, 52. Edn. 2019, Art. 3, Rn. 7.

²⁰⁴ *Polimeles Protodikio Athinon*, 4505/2009, CISG-online Nr. 2228; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 144, 785.

davon, ob die Leistungspflicht sich auf die Lieferung von Ware oder sonstige Leistungspflichten bezieht.

Hat der Verkäufer zum Beispiel die Mitarbeiter des Käufers umfassend zur Bedienung der Ware schulen lassen, so sind analog Art. 84 Abs. 2 CISG hieraus gezogene Vorteile herauszugeben. Freilich ist der Gegenwert dieser Vorteile in enger Abstimmung mit den aus der Ware gezogenen Vorteilen zu bestimmen. Ermöglichte die Schulung lediglich die Bedienung der Ware, etwa einer komplexen Maschine oder einer bestimmten Software, ohne dass der Käufer nach Rückabwicklung des Kaufvertrages einen Mehrwert davon hat, so sind regelmäßig über die aus der Ware selbst gezogenen Vorteile hinaus keine Vorteile zu entgelten. Anders kann der Fall indes liegen, wenn die Schulung unabhängig von der konkret gelieferten Ware einen Wert für den Käufer hat, etwa weil die geschulten Mitarbeiter die Kenntnisse auch für die Nutzung vergleichbarer Maschinen oder Programme einsetzen können und dies in der Zukunft auch tun werden. Der Käufer zieht dann einen Vorteil aus der Leistung des Verkäufers, dessen Gegenwert aufgrund des allgemeinen Grundsatzes des Art. 84 Abs. 2 lit. a CISG herauszugeben ist.

2. Vorteilsherausgabepflicht des Verkäufers bei sonstigen Leistungen des Käufers

Die zentralen Leistungspflichten des Käufers im Kaufvertrag sind die Zahlung des Kaufpreises und die Abnahme der Ware gemäß Art. 53 CISG.²⁰⁵ Tauschgeschäfte sind grundsätzlich jedenfalls nach überwiegender Ansicht keine Kaufverträge im Sinne der Art. 1, 3 CISG.²⁰⁶ Allerdings fallen auch Verträge, bei denen die Gegenleistung des Käufers zumindest zum Teil nicht aus einer Zahlung besteht, in den Anwendungsbereich des Übereinkommens, sofern entsprechend Art. 3 Abs. 2 CISG die andersartige Gegenleistung die Zahlung des Preises nicht überwiegt.²⁰⁷ Für diese Fälle findet sich in den

²⁰⁵ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 53, Rn. 1; *Mohs*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 53, Rn. 1.

²⁰⁶ *Achilles*, CISG, Kommentar, 2. Auflage 2019, Art. 1, Rn. 3; *Ferrari*, *Vendita internazionale*, 100 f.; *Karollus*, UN-Kaufrecht, 25; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 1, Rn. 29; *Piltz*, *Internationales Kaufrecht*, § 2-23; *Slechtriem/Schroeter*, Rn. 61; *Siehr*, in: Honsell (Hrsg.), UN-Kaufrecht, 2. Auflage 2010, Art. 3, Rn. 8; andere Ansicht *Maskow*, in: Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 1, Anm. 1; *Schwenzer/Hachem*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 1, para. 11; *Schwenzer/Kee*, IHR 2009, 229, 232.

²⁰⁷ *Magnus*, in: Staudinger, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 1, Rn. 30; *Piltz*, *Internationales Kaufrecht*, § 2-25; *Scheuch*, ZVglRWiss 2019, 375, 419; bereits zum ULIS: *Herber*, in: Dölle (Hrsg.), EKG, Art. 1, Rn. 7; siehe auch *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 1, Rn. 9, der das Übereinkommen bereits für anwendbar hält, wenn ein geringer Teil in einer Geldzahlung besteht.

Art. 82 ff. CISG keine Regelung über die Rückgewähr der Leistung des Käufers, die nicht in der Kaufpreiszahlung besteht. Stellt die Gegenleistung des Käufers etwa nach dem Vertrag neben der Kaufpreiszahlung eine Dienstleistung oder Warenlieferung dar, so hat auch der Verkäufer über die Rückzahlung des Kaufpreises samt Zinsen gemäß Art. 81 Abs. 2 S. 1, Art. 84 Abs. 1 CISG hinaus den Gegenwert der Vorteile herauszugeben, die er aus der geleisteten Ware oder Dienstleistung des Käufers gezogen hat. Da dem Verkäufer gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG die Vorteile, die der Käufer aus seiner Leistung gezogen hat, zugewiesen sind, ist es bei gemischten Leistungen des Käufers nur konsequent, diesem im Gegenzug auch die Vorteile aus dieser Leistung entsprechend Art. 84 Abs. 2 CISG zuzuweisen. Dies kann sich gleichermaßen aus dem allgemeinen Prinzip der Vorteilsherausgabe bei Rückabwicklung gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG ergeben. Nimmt man mit der anderen Ansicht an, dass das Übereinkommen auch auf reine Tauschgeschäfte Anwendung findet,²⁰⁸ so gilt nach dem allgemeinen Grundsatz der Vorteilsherausgabe in der Rückabwicklung Art. 84 Abs. 2 CISG für beide Parteien.

Die vorstehenden Ausführungen können insbesondere Bedeutung erlangen, wenn der Käufer als Teil seiner Gegenleistung Daten an den Verkäufer weiterzugeben hat.²⁰⁹ Gibt etwa der Verkäufer eine Maschine besonders günstig an den Käufer ab, damit dieser sie testet und dem Verkäufer die Testergebnisse zur Verfügung stellt, damit dieser seine Produkte verbessern kann, besteht die vertragliche Gegenleistung des Käufers teilweise in der Zahlung und teilweise in der Weitergabe der Daten. Der Verkäufer kann selbstverständlich die Daten selbst an den Käufer zurückgeben, der indes bereits über die Daten verfügt. Diese Situation entspricht daher Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG, da die Rückgabe zwar nicht im eigentlichen Sinne unmöglich, wohl aber wirtschaftlich sinnlos ist.²¹⁰ Der Verkäufer hat in diesem Fall daher entsprechend Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG den Gegenwert der Vorteile, die er aus den Daten oder den sonstigen Informationen gezogen hat, herauszugeben. Da im Falle von Daten eine Bestimmung des Gebrauchswerts anhand der durchschnittlichen Nutzungsdauer, anders als bei körperlichen Waren,²¹¹ nicht möglich erscheint, ist im Rahmen von Art. 84 Abs. 2 lit. a, b CISG der Marktwert für die erstmalige Zurverfügungstellung vergleichbarer Daten herauszugeben. Fehlt es aufgrund der besonderen Eigenart der Daten an einem Marktwert,

²⁰⁸ Maskow, in: Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 1, Anm. 1; Schwenger/Hachem, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 1, para. 11; Schwenger/Kee, IHR 2009, 229, 232.

²⁰⁹ Siehe hierzu allgemein Scheuch, ZVglRWiss 2019, 375, 418.

²¹⁰ Siehe aber auch Scheuch, ZVglRWiss 2019, 375, 390, der aus Art. 81 Abs. 2 CISG einen Lösungsanspruch herleitet.

²¹¹ Siehe hierzu oben, S. 98.

kann die vertragliche Bewertung der Parteien einen subsidiären Anhaltspunkt für die Bemessung des Vorteils bieten.²¹²

3. Art. 84 Abs. 2 CISG als Grundlage eines allgemeinen Wertersatzanspruchs?

Insbesondere *Michael Sonnentag* und *Markus Krebs* leiten aus der Vorteilsherausgabe in Art. 84 Abs. 2 CISG einen allgemeinen Wertersatzanspruch des Verkäufers gegen den Käufer her.²¹³ Sie begründen diesen zusätzlichen Anspruch damit, dass der Verkäufer insbesondere in Fällen, in denen trotz Verschlechterung oder Veränderung der Ware ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Rückgewährpflicht gemäß Art. 81 Abs. 2 S. 1 CISG nicht gegeben ist, ein schutzwürdiges Interesse an einem Wertersatzanspruch hat.²¹⁴ Rechtsfolge eines solchen Anspruchs wäre, dass der Käufer bei Rückabwicklung des Kaufvertrages den Wert der Ware zu ersetzen hätte, wenn er die Ware nicht im ursprünglichen Zustand zurückgeben kann und der Vertrag dennoch aufgehoben ist.²¹⁵ Ein solcher Wertersatz soll unabhängig der Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs gegeben sein, sich indes nur auf den Wert der Ware bei Rückabwicklung richten und nicht über den Kaufpreis hinausgehen.²¹⁶ Grundlage soll der Rechtsgedanke einer umfassenden Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG²¹⁷ oder die analoge Anwendung von Art. 84 Abs. 2 CISG sein.²¹⁸ Die Wertersatzpflicht soll insbesondere zur Anwendung kommen, wenn der Käufer die Ware mit unwesentlichen Verschlechterungen im Sinne von Art. 82 Abs. 1 CISG zurückgibt, wenn die Verschlechterung oder der Untergang der Ware nach Erklärung der Vertragsaufhebung eintritt oder Käufer und Verkäufer jeweils anteilig für die Verschlechterung oder den Untergang der Ware verantwortlich sind.²¹⁹ Grundsätzlich soll der Anspruch unabhängig davon bestehen, welche Partei den Vertrag aufgehoben hat.²²⁰ Sind allerdings bei der Vertragsaufhebung durch den Käufer die Voraussetzungen des Art. 82 Abs. 2 CISG erfüllt, soll auch der Wertersatzanspruch des Verkäufers wegfallen, unabhängig davon, ob es sich um eine wesentliche oder unwesentliche Verschlechterung handelt.²²¹

²¹² Siehe auch § 346 Abs. 2 S. 2 BGB für das Wertersatzsystem im deutschen Recht, wonach die Gegenleistung bei der Bewertung zugrunde zu legen ist.

²¹³ *Krebs*, Rückabwicklung, 123 f., 125 f.; *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 445 ff., 479.

²¹⁴ *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 445, 479.

²¹⁵ *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 445.

²¹⁶ *Krebs*, Rückabwicklung, 124; *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 447.

²¹⁷ *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 446, 480.

²¹⁸ *Krebs*, Rückabwicklung, 123 f.

²¹⁹ *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 445, 479 f.

²²⁰ *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 445 ff., 479.

²²¹ *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 445.

Dieser Vorschlag eines allgemeinen Wertersatzanspruchs hat in der Tat den Vorzug, dass der Verkäufer nicht das Risiko einer Verschlechterung der Ware unabhängig von einem Schadensersatzanspruch trüge.²²² Allerdings bestehen Bedenken gegen einen solchen Wertersatzanspruch, zum einen aufgrund der Entstehungsgeschichte der Vorschrift und zum anderen aufgrund seiner Rolle im Rückabwicklungssystem des Übereinkommens. Bereits der Vorteilsbegriff lässt Zweifel an der Geeignetheit von Art. 84 Abs. 2 CISG für einen Wertersatzanspruch aufkommen. Art. 84 Abs. 2 CISG sieht nämlich nur einen Anspruch auf den Gegenwert der tatsächlich aus der Ware gezogenen Vorteile vor. Eine Verschlechterung der Ware stellt indes keinen Vorteil für den Käufer dar, sondern allenfalls einen Nachteil, der im Fall der Rückabwicklung auf den Verkäufer abgewälzt wird.²²³ *Markus Krebs* und *Michael Sonntag* verstehen den Begriff des Vorteils daher in diesem Fall dergestalt, dass der Käufer den Vorteil hat, die Ware in verschlechtertem Zustand zurückgeben zu dürfen.²²⁴ Dieser Vorteil sei zwar nicht aus der Ware gezogen, aber Art. 84 Abs. 2 CISG sei als abschließendes *règlement de comptes* zu lesen.²²⁵ Hier stellt sich jedoch die Frage, nach welchen Parametern die Rückgabemöglichkeit beschädigter Ware überhaupt einen solchen Vorteil darstellen kann. Ein Vorteil kann hierin nur gesehen werden, wenn der Käufer eigentlich verpflichtet wäre, die Ware im ursprünglichen Zustand zurückzugeben. Gemäß Art. 81 Abs. 2 S. 1, Art. 84 Abs. 2 CISG ist er allerdings im Falle der Vertragsaufhebung lediglich verpflichtet, die Ware in Natur zurückzugewähren²²⁶ und den Wert der aus ihr gezogenen Vorteile gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. a, b CISG zu ersetzen. Ob die Ware sich noch im Wesentlichen im ursprünglichen Zustand befindet, beeinflusst gemäß Art. 82 Abs. 1 CISG möglicherweise das Bestehen des Aufhebungsrechts des Käufers, nicht aber seine Rückgewährpflicht der Ware und die Grundsätze des Vorteilsausgleichs. Die Möglichkeit, die Ware in verschlechtertem Zustand zurückzugeben, stellt daher nur gemessen am normativen Desiderat eines allgemeinen Wertersatzanspruchs, nicht aber am tatsächlichen Pflichtenprogramm des Käufers einen Vorteil dar. Der Vorteilsbegriff würde damit bei Anerkennung eines solchen Anspruchs nicht lediglich weit verstanden, sondern faktisch aufgegeben. Dies ist insbesondere abzulehnen, da in der *Working Group* die Vorteilsherausgabe auf solche Vorteile beschränkt werden sollte, die der Käufer auch tatsächlich aus der Ware gezogen hat.²²⁷ Ein allgemeiner Wert-

²²² *Krebs*, Rückabwicklung, 125.

²²³ So auch *Krebs*, Rückabwicklung, 122.

²²⁴ *Krebs*, Rückabwicklung, 124; *Sonntag*, Rückgewährschuldverhältnis, 446.

²²⁵ *Krebs*, Rückabwicklung, 124.

²²⁶ *Fountoulakis*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 81, Rn. 17 f.

²²⁷ Siehe hierzu bereits oben, S. 93.

satzanspruch unterscheidet sich also in grundlegender Weise vom Vorteilsbegriff in Art. 84 Abs. 2 CISG.

Gegen ein solches Verständnis sprechen überdies auch grundsätzliche Entscheidungen in der Entstehungsgeschichte der Norm. Zum einen läuft ein Wertersatzanspruch dem in Art. 82, 84 CISG gewählten Rückabwicklungsmodell entgegen. Die Verfasser des Haager Kaufrechts stritten gerade darüber, ob ein Wertersatzanspruch eingeführt werden oder ob der Käufer sein Aufhebungsrecht verlieren sollte.²²⁸ Da sich die Verfechter einer Wertersatzlösung nicht durchsetzen konnten, wurde der Vorteilsausgleich eingeführt, um mögliche Härten der Vertragsaufhebung trotz Sachuntergang auszugleichen. Zweck der Einführung des Vorteilsausgleichs war hingegen ausdrücklich nicht, einen allgemeinen Wertersatzanspruch einzuführen.²²⁹ Die Anerkennung eines allgemeinen Wertersatzanspruchs liefe auf eine Umkehr dieser Entscheidung und auf die Einführung eines Wertersatzsystems durch die Hintertür des Art. 84 Abs. 2 CISG hinaus. Es liegt daher, entgegen der Ansicht von *Markus Krebs*, keine Lücke im Übereinkommen vor,²³⁰ denn die wesentlichen Wertentscheidungen finden sich in Art. 82 Abs. 1, 2 CISG hinsichtlich der Möglichkeit der Vertragsaufhebung und in Art. 84 CISG hinsichtlich der Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung, nämlich in Gestalt der wechselseitigen Zuweisung von Vorteilen. Hinter der vorgeschlagenen Analogie versteckt sich also ein grundlegender Wechsel des Rückabwicklungssystems. Obwohl man die Ausgestaltung des Rückabwicklungssystems im Übereinkommen bedauern und ein Wertersatzsystem für insgesamt interessengerechter halten mag,²³¹ führt dies nicht zu einer Notwendigkeit durch Anerkennung eines allgemeinen Wertersatzanspruchs die Grundwertungen der Art. 81 ff. CISG auszuhebeln. Ein auf den Rechtsgedanken des Art. 84 Abs. 2 CISG gestützter allgemeiner Wertersatzanspruch ist mithin abzulehnen.

VI. Die Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG bei nachträglichen Störungen des Rückabwicklungsverhältnisses

Die Besonderheiten der Vorteilsauskehr gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG sollen hier zunächst für Störungen des Rückgewährschuldverhältnisses zwischen der Erlangung der Kenntnis vom Aufhebungsrecht und der Erklärung der Vertragsaufhebung dargelegt werden (1.), bevor die Vorteilsherausgabe bei Störungen nach Erklärung der Vertragsaufhebung behandelt werden soll (2.).

²²⁸ Siehe hierzu bereits ausführlich oben, S. 87.

²²⁹ Siehe hierzu bereits ausführlich oben, S. 87.

²³⁰ So aber *Krebs*, Rückabwicklung, 123.

²³¹ *Schlechtriem/Witz*, n° 418.

1. Störungen nach Kenntnis des Aufhebungsrechts des Käufers vor Erklärung der Vertragsaufhebung

Die Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG unterliegt im Falle eines Untergangs oder einer Beschädigung der Ware nach Erlangung der Kenntnis vom Aufhebungsrecht keinen größeren Besonderheiten, sofern der Käufer trotz Art. 82 Abs. 1 CISG zur Aufhebung des Vertrages berechtigt bleibt. Ein Fortbestehen des Aufhebungsrechts kann sich nach Kenntnis der Vertragsaufhebung vor allem aus Art. 82 Abs. 2 lit. a CISG ergeben. In Ausnahmefällen kann das Aufhebungsrecht auch gemäß Art. 82 Abs. 2 lit. b CISG bestehen bleiben, wenn trotz Kenntnis des Aufhebungsrechts eine Untersuchung gemäß Art. 38 CISG erforderlich bleibt.²³² Art. 82 Abs. 2 lit. c CISG schließt hingegen eine Vertragsaufhebung bei einer Veräußerung nach Kenntnis oder Kennenmüssen der Vertragswidrigkeit ausdrücklich aus.²³³

Die Pflicht zur Vorteilsauskehr wird grundsätzlich vom Untergang oder der Beschädigung der Ware nicht berührt. Surrogate, die der Käufer anstelle der Ware erwirbt, sind unabhängig von der Kenntnis des Käufers gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG an den Verkäufer herauszugeben. Allerdings kann es zu Überschneidungen zwischen Art. 82, 84 Abs. 2 CISG einerseits und Art. 86 Abs. 1, Art. 88 CISG andererseits kommen. Aus Art. 86 Abs. 1 CISG ergibt sich eine Erhaltungspflicht, wenn der Käufer sein Aufhebungsrecht kennt und beabsichtigt den Vertrag aufzuheben. Daher sind zum einen im Falle einer Vertragsaufhebung die Wertungen des Art. 86 Abs. 1 CISG bei Abzug der Aufwendungen des Käufers²³⁴ zu beachten. Aufwendungen des Käufers über die angemessenen Erhaltungskosten im Sinne von Art. 86 Abs. 1 S. 1 CISG hinaus sind dann auch im Rahmen des Vorteilsausgleichs nicht vom Vorteil des Käufers abzuziehen. Zum anderen kann bei Veräußerung der Ware eine Erlösherausgabepflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG neben die Vorteilsherausgabepflicht gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG treten. Die Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG geht in diesem Fall der Vorteilsauskehr gemäß Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG als *lex specialis* vor.

2. Störungen nach Erklärung der Vertragsaufhebung

Schließlich stellt sich die Frage, welche Auswirkungen Störungen des Rückgewährverhältnisses nach Erklärung der Vertragsaufhebung auf die Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG haben können. Die Rechtsfolgen von Störungen im Rückgewährverhältnis nach Erklärung der Vertragsaufhebung

²³² *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 284 f.

²³³ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 25.

²³⁴ Siehe oben, S. 102.

sind im Übereinkommen nicht ausdrücklich geregelt.²³⁵ Da die Rückgewährpflichten allerdings gemäß Art. 81 Abs. 2 CISG vom Übereinkommen geregelt sind, werden auch die Rechtsfolgen ihrer Verletzung grundsätzlich dem Regelungsbereich des Übereinkommens zugeordnet.²³⁶ Es haben sich daher im Rahmen der Lückenfüllung verschiedene Lösungen für die Ausgestaltung der Haftung wegen Verletzung der Rückgewährpflichten entwickelt.²³⁷ Für die Vorteils herausgabe ist zunächst bedeutsam, dass Störungen nach Vertragsaufhebung nicht zu einem rückwirkenden Wegfall des Aufhebungsrechts führen (a). Unabhängig von der Ausgestaltung einer möglichen Einstandspflicht des Käufers wegen Verletzung seiner Rückgewährpflicht hat der Verkäufer einen Anspruch auf Vorteilsauskehr gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG (b).

a) *Kein rückwirkender Wegfall des Aufhebungsrechts analog Art. 82 Abs. 1 CISG*

Tritt die Unmöglichkeit der unversehrten Rückgewähr der Ware vor Absendung der Aufhebungserklärung gemäß Art. 27 CISG ein, fällt ein etwaiges Aufhebungsrecht des Käufers grundsätzlich gemäß Art. 82 Abs. 1 CISG weg und kann allenfalls gemäß Art. 82 Abs. 2 CISG fortbestehen. Einige Autoren haben daher vorgeschlagen, auch bei Störungen nach Absendung der Aufhebungserklärung von einem rückwirkenden Wegfall des Aufhebungsrechts analog Art. 82 Abs. 1 CISG auszugehen.²³⁸ Die rechtsgestaltende Wirkung der Aufhebungserklärung entfiere und der Vertrag lebe *ipso facto* wieder auf.²³⁹ Zum Teil wird der Vorschlag mit der Einschränkung versehen, das Aufhebungsrecht solle nur wegfallen, wenn der Verkäufer sich noch nicht auf die Vertragsaufhebung eingestellt habe.²⁴⁰ Begründet wird der Wegfall mit

²³⁵ *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 276.

²³⁶ *Schlechtriem*, Uniform Sales Law, 106 f.; *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 276.

²³⁷ Siehe die Übersicht bei *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 269 ff.

²³⁸ *Benicke*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 3. Auflage 2013, Art. 82, Rn. 5; *Maskow*, in: Enderlein/Maskow/Strohbach, Internationales Kaufrecht, 1991, Art. 82, Rn. 1.3; ähnlich *Bridge*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 82, para. 12.

²³⁹ *Benicke*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 3. Auflage 2013, Art. 82, Rn. 5, Art. 82, Rn. 5, der auf §§ 108 Abs. 2 S. 1, 177 Abs. 2 S. 1 BGB verweist, bei denen ebenfalls die rechtsgestaltende Wirkung der Genehmigung entfallen kann. Diese Normen können gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG freilich nichts zu einer international einheitlichen Auslegung des Übereinkommens beitragen. Im Übrigen stellen diese Bestimmungen auch im deutschen Recht die Ausnahme dar und erklären sich aus dem Schutz des Vertragspartners bei Vertragsabschluss durch einen beschränkt Geschäftsfähigen oder einen *falsus procurator*. Solche Erwägungen des Verkehrsschutzes bei Abschlussmängeln spielen bei der hier behandelten Frage der nachträglichen Störung des Rückgewährschuldverhältnisses keine Rolle.

²⁴⁰ *Krebs*, Rückabwicklung, 102.

der Interdependenz der Rückgabepflichten.²⁴¹ Ein alternativer Begründungsweg stellt auf die Gefahrverteilung im Übereinkommen ab und leitet den rückwirkenden Wegfall des Aufhebungsrechts aus der Gefahrtragung der über die Ware verfügenden Partei her.²⁴²

Diese Ansicht ist indes mit der ganz überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur abzulehnen.²⁴³ Das Wiederaufleben des Vertrages trotz ursprünglich wirksam erklärter Aufhebung ist mit dem System des Übereinkommens nicht vereinbar. Die Vertragsaufhebung im CISG vollzieht sich durch eine einseitige Aufhebungserklärung.²⁴⁴ Ratio der Vertragsaufhebung durch Erklärung gemäß Art. 26 CISG ist die Rechtssicherheit.²⁴⁵ Spiegelbildlich lässt sich daraus herleiten, dass, wenn die Erklärung einmal wirksam erfolgt ist, deren Wirkung nicht durch einen tatsächlich eintretenden Umstand wieder entfallen kann.²⁴⁶ Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Grundsatz *favor contractus*.²⁴⁷ Dieser allgemeine Grundsatz des CISG²⁴⁸ steht nämlich gerade unter dem Vorbehalt der wirksamen Vertragsaufhebung.²⁴⁹ Aus ihm kann nicht darüber hinaus abgeleitet werden, dass der Vertrag auch erhalten werden soll, wenn die hohen Voraussetzungen einer wirksamen Vertragsaufhebung erfüllt sind und der Vertrag bereits wirksam aufgehoben worden ist. Ein solches Wiederaufleben des Vertrages *ex tunc* mag allenfalls bei einer Anfechtung der Aufhebungserklärung eintreten, die sich allerdings gemäß Art. 4 S. 2 lit. a CISG nach dem anwendbaren nationalen Recht richtet.

²⁴¹ Maskow, in: Enderlein/Maskow/Strohbach, Internationales Kaufrecht, 1991, Art. 82, Rn. 1.3.

²⁴² Bridge, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 82, para. 10, 12.

²⁴³ Cass. com., 22.3.2016, n° 14-16.585, mit Anm. Claude Witz, in: Witz/Köhler, Recueil Dalloz 2018, 1986, 1998; Boels, Rücktritt, 212 f.; Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 27; Freiburg, Vertragsaufhebung, 259; Salger, in: Witz/Salger/Lorenz (Hrsg.), International Einheitliches Kaufrecht, Kommentar, 2. Auflage 2016, Art. 82, Rn. 3; Sonnentag, Rückgewährschuldverhältnis, 263 ff.; Ziegler, Leistungsstörungenrecht, 187; Zuber, in: Brunner (Hrsg.), UN-Kaufrecht, 2. Auflage 2014, Art. 82, Rn. 6.

²⁴⁴ Benicke, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 26, Rn. 1; Björklund, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 26, para. 1; Stathouli, Haftung des Verkäufers, 240.

²⁴⁵ Benicke, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 26, Rn. 1; Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 26, Rn. 3; Sonnentag, Rückgewährschuldverhältnis, 265.

²⁴⁶ Sonnentag, Rückgewährschuldverhältnis, 265.

²⁴⁷ Treffend Sonnentag, Rückgewährschuldverhältnis, 264 f.

²⁴⁸ Bonell, in: Bianca/Bonell (Hrsg.), CISG, Commentary, 1987, Art. 7, Rn. 2.3.2.2.; allgemein zu diesem Grundsatz im CISG: Keller, in: FS Kritzer, 247, 266.

²⁴⁹ Flessner, ZEuP, 2001, 797 f.

Der rückwirkende Wegfall des Aufhebungsrechts führte auch nicht grundsätzlich zu denselben Ergebnissen wie die Aufrechterhaltung der Vertragsaufhebung trotz nachträglichem Sachuntergang.²⁵⁰ Zwar ist richtig, dass bei Vertragsaufhebung trotz nachträglichem Sachuntergang der Verkäufer einen Schadensersatzanspruch gegen den Käufer wegen Verletzung der Rückgabepflicht hat, der allerdings nur in Höhe des Marktwertes der (vertragswidrigen) Ware im Zeitpunkt der Rückabwicklung besteht. Für den Käufer dürfte indessen wichtig sein, dass er bei Vertragsaufhebung einen Anspruch auf Rückzahlung des gesamten Kaufpreises zuzüglich Zinsen gemäß Art. 84 Abs. 1 CISG seit Zahlung des Kaufpreises hat und demgegenüber nur die Vorteile aus der Ware gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG auszukehren hat, die im Falle vertragswidriger Ware oft gering ausfallen werden. Bei rückwirkendem Wegfall der Vertragsaufhebung verbleiben dem Käufer lediglich sein Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 CISG sowie sein Minderungsrecht gemäß Art. 50 CISG. Von größerer Bedeutung für den Käufer dürften allerdings regelmäßig die Auswirkungen der Aufhebung auf die Schadensersatzberechnung gemäß Art. 74 ff. CISG sein. Hebt der Käufer den Vertrag auf, so kann er grundsätzlich gemäß Art. 75, 76 CISG die Kosten eines echten oder fiktiven Deckungsgeschäfts geltend machen. Fällt nun die Vertragsaufhebung rückwirkend weg, so fallen mit ihr auch die Voraussetzungen der Art. 75, 76 CISG weg. Das schadensrechtliche Schicksal des Deckungsgeschäfts steht folglich rückwirkend in Frage. Dies ist für den Käufer insbesondere von Bedeutung, wenn man auch unter Art. 74 CISG den Ersatz des Deckungskaufs von der Vertragsaufhebung abhängig macht.²⁵¹ Auch andernfalls wirken die Berechnungsmethoden der Art. 75, 76 CISG allerdings für den Käufer als erhebliche Erleichterung für den Nachweis seines Schadens.²⁵² Es zeigt sich also, dass auch der Käufer für seine Schadensberechnung der durch die Aufhebungserklärung erreichte Rechtssicherheit bedarf.²⁵³ Im Ergebnis ist ein rückwirkender Wegfall des Aufhebungsrechts analog Art. 82 Abs. 1 CISG daher mit der überwiegenden Ansicht abzulehnen.²⁵⁴

²⁵⁰ So aber *Benicke*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 3. Auflage 2013, Art. 82, Rn. 5; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 82, Rn. 5.

²⁵¹ Sehr streitig, für einen Ersatz des Deckungskaufs nur nach Art. 75, 76 CISG, *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 9; wohl auch *Stoll*, *RabelsZ* 52 (1988), 617, 634 f.; andere Ansicht, für einen Ersatz auch nach Art. 74 CISG, *Magnus*, in: *Staudinger-BGB, CISG*, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 40; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 729; *Schmidt-Ahrendts*, *Verhältnis*, 150 f.; *Schwenzer*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), *CISG*, 7. Auflage 2019, Kommentar, Art. 74, Rn. 22.

²⁵² *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 729; *Schmidt-Ahrendts*, *Verhältnis*, 150 f.

²⁵³ Dies kommt bei *Krebs* zu kurz, der nur darauf abstellt, ob sich der Verkäufer bereits auf die Vertragsaufhebung eingestellt hat, siehe *Krebs*, *Rückabwicklung*, 129.

b) *Vorteilsherausgabepflicht gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG unabhängig von der Einstandspflicht für die Ware*

Da der Vertrag also nach hier vertretener Ansicht auch bei nachträglicher Störung des Rückabwicklungsverhältnisses aufgehoben bleibt, stellt sich die Frage, wie sich der Untergang oder die Beschädigung der Ware auf die Haftung des Käufers im Rückgewährschuldverhältnis auswirkt. Die Rechtsfolgen einer nachträglichen Störung sind auch unter den Befürwortern des Fortbestands des Aufhebungsrechts äußerst umstritten. Einigkeit besteht grundsätzlich, dass der Käufer grundsätzlich analog Art. 74 S. 1 CISG für die Verletzung seiner Rückgewährpflicht gemäß Art. 81 Abs. 2 S. 1 CISG haften kann.²⁵⁵ Umstritten ist indes, unter welchen Voraussetzungen der Käufer sich von dieser Haftung wegen Verletzung der Rückgewährpflicht befreien kann.

Nach einer Ansicht haftet der Käufer für jede Verletzung der Rückgewährpflicht auf Schadensersatz, wenn nicht die Voraussetzungen der Haftungsbefreiung analog Art. 79 CISG erfüllt sind.²⁵⁶ Die Rechtsfolgen der Verletzung der Rückgewährpflicht sollen sich hiernach spiegelbildlich zu denjenigen der Verletzung der Lieferpflicht durch den Verkäufer bestimmen.²⁵⁷ Eine andere Ansicht hält zusätzlich zur Haftungsbefreiung analog Art. 79 CISG auch eine Übertragung der Wertungen aus Art. 82 Abs. 2 CISG und Art. 86 CISG für geboten.²⁵⁸ Demzufolge hafte der Käufer insbesondere entsprechend Art. 82 Abs. 2 lit. a CISG nicht für Verschlechterungen der Ware, die unabhängig von seinem Handeln oder Unterlassen eintreten und könne in diesen Fällen trotz Verschlechterung oder Untergang der Ware die Rückzahlung des Kauf-

²⁵⁴ Cass. com., 22.3.2016, n° 14-16.585, mit Anm. *Claude Witz*, in: *Witz/Köhler*, *Recueil Dalloz* 2018, 1986, 1998; *Boels*, *Rücktritt*, 212 f.; *Fountoulakis*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 27; *Freiburg*, *Vertragsaufhebung*, 259; *Salger*, in: *Witz/Salger/Lorenz* (Hrsg.), *International Einheitliches Kaufrecht, Kommentar*, 2. Auflage 2016, Art. 82, Rn. 3; *Sonnentag*, *Rückgewährschuldverhältnis*, 263 ff.; *Ziegler*, *Leistungsstörungenrecht*, 187; *Zuber*, in: *Brunner* (Hrsg.), *UN-Kaufrecht*, 2. Auflage 2014, Art. 82, Rn. 6.

²⁵⁵ *Brunner/Santschi*, in: *Brunner/Gottlieb* (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 2019, Art. 82, para. 6; *Fountoulakis*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 27; *Junker*, in: *jurisPK-BGB, CISG*, 9. Auflage 2020, Art. 82, Rn. 13; *Karollus*, *UN-Kaufrecht*, 149; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 776.

²⁵⁶ *Brunner/Santschi*, in: *Brunner/Gottlieb* (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 2019, Art. 82, para. 6; *Fountoulakis*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 27; *Karollus*, *UN-Kaufrecht*, 149; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 776; *Schlechtriem/Witz*, n° 436; *Weber*, in: *Honsell* (Hrsg.), *UN-Kaufrecht*, 2. Auflage 2010, Art. 82, Rn. 13.

²⁵⁷ *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 776.

²⁵⁸ *Honnold/Flechtner*, para. 448.1A; *Peter Huber*, in: *Münchener Kommentar zum BGB, CISG*, 8. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 9; *Magnus*, in: *Staudinger-BGB, CISG*, [Neubearbeitung 2018], Art. 82, Rn. 15; *Saenger*, in: *BeckOK-BGB, CISG*, 54. Edn. 2020, Art. 82, Rn. 4.

preises gemäß Art. 81 Abs. 2 S. 1, Art. 84 Abs. 1 CISG verlangen. Schließlich wird für einen noch größeren Schutz des Käufers vertreten, dass eine Haftung des Käufers nur bei einer Verletzung der Erhaltungspflicht gemäß Art. 86 Abs. 1 CISG in Betracht komme.²⁵⁹ Der Erhaltungspflicht komme in dieser Hinsicht eine haftungsbegrenzende Funktion zu, die auch die Voraussetzungen der Verletzung der Rückgewährpflicht gemäß Art. 81 Abs. 2 S. 1 CISG determiniere.²⁶⁰

Für die Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG ist die Frage, nach welchen Maßstäben der Käufer für die Verletzung seiner Rückgewährpflicht haftet, zweitrangig. Selbst wenn der Käufer nämlich analog Art. 79 CISG oder analog Art. 82 Abs. 2 CISG von einer Schadensersatzhaftung wegen Verletzung der Rückgewährpflicht befreit sein sollte, bleibt der Anspruch auf Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG als selbstständige Folge der Vertragsaufhebung bestehen. Zwar stellt Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG durch die Verwendung des Wortes „dennoch“ (*nevertheless; néanmoins*) auf den Untergang oder die Beschädigung der Ware vor Erklärung der Vertragsaufhebung ab. Dies steht einer Herausgabepflicht auch für nach der Vertragsaufhebung gezogene Vorteile allerdings nicht entgegen, da alle Vorteile aus der Ware seit ihrer Lieferung gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG dem Verkäufer zugewiesen sind, so wie der Zinsanspruch des Käufers gemäß Art. 84 Abs. 1 CISG auch ungeachtet der Vertragsaufhebung bis zur Rückzahlung weiterläuft. Der Käufer hat also unabhängig von einer etwaigen Einstandspflicht analog Art. 74 S. 1 CISG die Vorteile aus der Ware auszukehren. Liegt zugleich ein Fall von Art. 88 Abs. 3 CISG vor, gebührt dieser spezielleren Vorschrift im Hinblick auf einen etwaigen Veräußerungserlös indes wiederum der Vorrang.

VII. Zwischenergebnis

In Gestalt von Art. 84 Abs. 2 CISG gewährt das Übereinkommen einen Anspruch auf Vorteilsherausgabe in der Rückabwicklung. Die Norm beruht auf der Zuweisung der aus der Ware gezogenen Vorteile zum Vermögen des Verkäufers, die ihr Gegenstück im Zinsanspruch des Käufers seit Zahlung des Kaufpreises gemäß Art. 84 Abs. 1 CISG findet. Der Zweck des Anspruchs besteht in der Verhinderung einer Bereicherung des Käufers auf Kosten des Verkäufers. Der Anspruch fungiert daher als korrigierende Zuweisungsnorm in der Rückabwicklung unabhängig von einer Pflichtverletzung der Parteien. Diese Funktion als bereicherungsrechtliches Korrektiv in der Rückabwicklung gibt damit den Umfang als auch die Grenzen der Vorteilshaftung vor. Der Käu-

²⁵⁹ In diese Richtung wohl *Lüderitz/Dettmeier*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, CISG, 13. Auflage 2000, Art. 81, Rn. 7.

²⁶⁰ *Lüderitz/Dettmeier*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, CISG, 13. Auflage 2000, Art. 81, Rn. 7.

fer hat daher alle Vorteile, einschließlich eines realisierten Gewinns auszukehren. Mehr als seinen tatsächlichen Vorteil muss er jedoch nicht auskehren, sodass er eigene Aufwendungen in vernünftigem Maße abziehen kann.

B. Die Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG

Der zweite vorteilsorientierte Rechtsbehelf des Übereinkommens findet sich im Anspruch auf Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG. Die Vorschrift bietet eine Grundlage für die Erlösherausgabe im Falle einer Veräußerung durch die Partei, der gemäß Art. 85 Abs. 1, Art. 86 Abs. 1 CISG die Erhaltung der Ware obliegt. Die Rechtsgedanken hinter den Erhaltungspflichten sollen kurz vorgestellt werden (I.), bevor der Regelungskontext in Art. 85 ff. CISG skizziert wird (II.). Im Anschluss sollen Tatbestand und Rechtsfolgen der Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG dargelegt werden (III.).

I. Die Rechtsgedanken hinter den Erhaltungspflichten gemäß Art. 85 S. 1, 86 Abs. 1 S. 1 CISG

Die Erhaltungspflichten gemäß Art. 85 S. 1, Art. 86 Abs. 1, S. 1 CISG und die Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG stellen Ausgestaltungen des Gebots des guten Glaubens im internationalen Handel dar (1.), der durch den Gedanken der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen im eigenen Einflussbereich konkretisiert wird (2.). Die Normen sind demgegenüber nicht direkt mit der Gefahrtragung und dem Eigentumsübergang verknüpft (3.).

1. Der gute Glaube im internationalen Handel

Die Gesamtregelung der Art. 85 ff. CISG wird als Ausdruck des Prinzips von Treu und Glauben im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG und der Fürsorge und Kooperation zwischen den Parteien eingeordnet.²⁶¹ Die Erhaltungspflichten in Art. 85 ff. CISG ergänzen die sonstigen Pflichten der Parteien nach dem Übereinkommen und stellen eine besondere Ausgestaltung des Gutglaubensgebots dar.²⁶² Zusätzlich wird auf den Rechtsgedanken der Schadensminderung aus Art. 77 CISG verwiesen.²⁶³

²⁶¹ *Bacher*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Vor Art. 85–88, Rn. 6; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 85, Rn. 3; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Vor Art. 85 ff., Rn. 1; *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 35.

²⁶² *Bacher*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Vor Art. 85–88, Rn. 6; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB,

Diese Einordnung der Normen ist grundsätzlich zutreffend, vermag zum konkreten Verständnis der Erhaltungspflichten freilich wenig beitragen. Dem Grundsatz von Treu und Glauben lassen sich zum einen nicht der Umfang und die Grenzen der Pflichten entnehmen. Zum anderen liefern weder der Grundsatz des guten Glaubens noch der Schadensminderungsgedanke eine hinreichende Erklärung für die Zuweisung des Veräußerungserlöses an die andere Partei gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG. Die oben genannten Grundsätze bedürfen daher einer besonderen Konkretisierung im Rahmen der Art. 85 ff., 88 Abs. 3 CISG.

2. Die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen im eigenen Einflussbereich

Diese ergänzende Rechtfertigung der Erhaltungspflichten und der Erlösherausgabe kann im Rechtsgedanken der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen im eigenen Einflussbereich gefunden werden. Die erhaltungspflichtige Partei verwaltet die Ware nicht für eigene Rechnung, sondern für Rechnung der anderen Partei. Sie wird daher als Sachwalterin der anderen Partei tätig und hat deren Interessen zu wahren. Da die Ware in den von Art. 85, 86 CISG erfassten Situationen dem Vermögen der anderen Partei zugewiesen ist und sie die Kosten der Erhaltung zu tragen hat, setzt sich diese Zuweisung zum Vermögen anderer Partei gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG am Erlös fort. Der Gedanke der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen im eigenen Einflussbereich bietet daher eine taugliche Grundlage, die oben genannten Rechtsgedanken des guten Glaubens im internationalen Handel und der Schadensminderung zu ergänzen und zu konkretisieren.

Darüber hinaus wurde vorgeschlagen, aus dem Rechtsgedanken der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen einen allgemeinen Grundsatz der Fürsorge für Rechtsgüter der anderen Partei abzuleiten, die einer Partei anvertraut sind oder sich aufgrund des Vertragsverhältnisses in ihrem Einflussbereich befinden und Fürsorge erwartet werden kann.²⁶⁴ Dieser allgemeine Grundsatz trifft den Kern der in Art. 85, 86, 88 CISG enthaltenen Rechte und

CISG, 8. Auflage 2019, Art. 85, Rn. 1, 3; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Vor Art. 85 ff., Rn. 1.

²⁶³ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 85, Rn. 3; *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 35.

²⁶⁴ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 85, Rn. 19; *Manowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Vor Art. 85–88, Rn. 5; zustimmend *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 80; für eine allgemeine Obhutspflicht hinsichtlich der Ware: *Herber/Czerwenka*, Internationales Kaufrecht, 1991, Vor Art. 85, Rn. 1, 3; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 85, Rn. 3; zurückhaltend: *Bacher*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 85, Rn. 15: „jede Verallgemeinerung und Schematisierung mit größter Vorsicht zu behandeln“.

Pflichten und kann insbesondere für atypische Pflichten in Verträgen, die eine engere, längerfristige Kooperation der Parteien vorsehen, fruchtbar gemacht werden.²⁶⁵ Erfasst werden können dabei auch Fälle, in denen Rechtsgüter einer Partei der anderen zu Zwecken der Vertragsdurchführung zur Verfügung gestellt werden.²⁶⁶ Zwar sprechen die Art. 85 S. 1, Art. 86 Abs. 1 S. 1 CISG grundsätzlich nur von der Ware. Die Art. 85 S. 1, 86 Abs. 1 CISG zugrunde liegende Interessenlage besteht indes auch für andere Rechtsgüter, die sich im Einflussbereich der anderen Partei befinden. Eine Anwendung auf Rechtsgüter, die aufgrund ordnungsgemäßer Durchführung des Vertrages in den Einflussbereich der anderen Partei gelangen, erscheint *a fortiori* gerechtfertigt, da die Erhaltungspflichten gemäß Art. 85 S. 1, Art. 86 Abs. 1 S. 1 CISG trotz Vertragsverletzung der anderen Partei bestehen. Natürlich sind hier vorrangige vertragliche Abreden gemäß Art. 6 CISG zu achten.

3. Keine zwingende Verknüpfung zwischen Erhaltungspflichten und Gefahrtragung oder Eigentumsübergang

Die Erhaltungspflichten in Art. 85 S. 1, 86 Abs. 1 S. 1 CISG bestehen nach allgemeiner Ansicht unabhängig von den Eigentumsverhältnissen an der Ware.²⁶⁷ Fragen des Eigentumsübergangs sind gemäß Art. 4 S. 2 lit. b CISG ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgeschlossen und sind grundsätzlich nicht geeignet, den Umfang der Rechte und Pflichten nach dem Übereinkommen zu bestimmen.²⁶⁸

Das Verhältnis der Erhaltungspflichten und des Gefahrübergangs ist hingegen umstritten.²⁶⁹ Der überwiegenden Meinung nach bestimmen sich die Erhaltungspflichten in Art. 85, 86 CISG unabhängig von der Gefahrtragung,²⁷⁰ auch wenn zum Teil darauf hingewiesen wird, dass sich in den meis-

²⁶⁵ Siehe hierzu ausführlich unten, S. 332.

²⁶⁶ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 85, Rn. 19; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Vor Art. 85–88, Rn. 5; zustimmend *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 80.

²⁶⁷ *Bacher*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 85, Rn. 11; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 85, Rn. 3; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Vor Art. 85–88, Rn. 1; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Vor Art. 85–88, Rn. 6; *Mazzotta*, in: Felemegas (Hrsg.), International Approach, 518, 519; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 85, Rn. 2.

²⁶⁸ *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 4, Rn. 29; *Philipp Wagner*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.7.2020, Art. 4, Rn. 19.

²⁶⁹ Siehe hierzu ausführlich *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 46 ff.

²⁷⁰ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 85, Rn. 6; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Vor Art. 85–88, Rn. 1;

ten Fällen ein Gleichlauf zwischen Gefahrübergang und Eintritt der Erhaltungspflicht ergebe.²⁷¹ Nach anderer Ansicht ist der Gefahrübergang maßgebliche Voraussetzung für den Eintritt der Erhaltungspflichten.²⁷² Letzterer Ansicht ist zuzugeben, dass in den meisten Anwendungsfällen der Art. 85 S. 1, Art. 86 Abs. 1 S. 1 CISG die Erhaltungspflichten gleichzeitig mit dem Gefahrübergang entstehen.²⁷³ Dies gilt insbesondere, wenn man mit der überwiegenden Meinung davon ausgeht, dass auch ein bloßer Zahlungsverzug des vorleistungspflichtigen Käufers zu einem Gefahrübergang gemäß Art. 69 Abs. 1 Alt. 2 CISG analog führt.²⁷⁴

Dennoch erscheint eine Anwendung der Art. 85, 86 CISG auch dann möglich, wenn ein solcher Gefahrübergang noch nicht eingetreten ist.²⁷⁵ Hierbei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass die Parteien gemäß Art. 6 CISG den Übergang der Gefahr abweichend von Art. 66 ff. CISG privatautonom bestimmen können.²⁷⁶ In diesen Fällen beeinträchtigt ein verzögerter Gefahrübergang nicht notwendigerweise die Entstehung der Erhaltungspflichten gemäß Art. 85 S. 1, Art. 86 Abs. 1 S. 1 CISG. Eine Verknüpfung von Gefahrübergang und Erhaltungspflichten gemäß Art. 85 ff. CISG erscheint daher nicht zwingend.

II. Der Regelungszusammenhang der Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG

Zum Verständnis des Regelungskontexts des Art. 88 Abs. 3 CISG sollen zunächst die Erhaltungspflichten (1.) und der Kostenerstattungsanspruch (2.)

Jentsch, Erhaltungspflichten, 52; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 85, Rn. 2.1.

²⁷¹ *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 790.

²⁷² *Bacher*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 85, Rn. 11; *Mankowski*, in: *Münchener Kommentar zum HGB*, CISG, 4. Auflage 2018, Vor Art. 85–88, Rn. 6.

²⁷³ *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 790.

²⁷⁴ *Al-Deb'i*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 69, Rn. 5; *Hachem*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 69, Rn. 15; *Peter Huber*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 69, Rn. 7; *Magnus*, in: *Staudinger-BGB*, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 69, Rn. 16; andere Ansicht *Benicke*, in: *Münchener Kommentar zum HGB*, CISG, 3. Auflage 2013, Art. 69, Rn. 4; *Nicholas*, in: *Bianca/Bonell* (Hrsg.), CISG, Commentary, 1987, Art. 69, n° 3.4; wohl auch *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 85, Rn. 2.1.; siehe ausführlich zu dieser Frage im Kontext der Erhaltungspflichten, *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 48.

²⁷⁵ *Magnus*, in: *Staudinger-BGB*, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 85, Rn. 6; *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 52; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 85, Rn. 2.1.

²⁷⁶ *Hachem*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Vor Art. 66–70, Rn. 24; *Magnus*, in: *Staudinger-BGB*, CISG, [Neubearbeitung 2018], Vor Art. 66 ff., Rn. 1.

erläutert werden, bevor das Veräußerungsrecht gemäß Art. 88 Abs. 1 CISG (3.) und die Veräußerungspflicht gemäß Art. 88 Abs. 2 CISG dargestellt werden sollen (4.).

1. Die Erhaltungspflichten gemäß Art. 85, 86 Abs. 1 CISG

Die Erlösherausgabe in Art. 88 Abs. 3 CISG knüpft stets an das Bestehen einer Erhaltungspflicht an. Diese Pflichten teilen sich in die Erhaltungspflicht des Verkäufers gemäß Art. 85 S. 1 CISG (a) und die Erhaltungspflicht des Käufers gemäß Art. 86 Abs. 1 CISG (b).

a) Die Erhaltungspflicht des Verkäufers gemäß Art. 85 CISG

Gemäß Art. 85 S. 1 CISG ist der Verkäufer zur Erhaltung der Ware verpflichtet, wenn der Käufer sie nicht rechtzeitig abnimmt oder den Kaufpreis trotz Fälligkeit nicht zahlt und die Lieferung Zug-um-Zug gegen die Zahlung erfolgen soll. Dies gilt überdies erst recht, wenn der Käufer nicht zahlt, obwohl er vorleistungspflichtig ist oder das Akkreditiv vertragswidrig nicht eröffnet.²⁷⁷ Eine Anwendung von Art. 85 S. 1 CISG kommt auch in Betracht, wenn der Käufer die Ware zurückweist, obwohl er hierzu nicht berechtigt ist.²⁷⁸ Im Kern stellt Art. 85 S. 1 CISG also eine Regelung dar, die dem Verkäufer eine Erhaltungspflicht auferlegt, falls der Käufer mit seinen in Art. 53 CISG geregelten Hauptpflichten in Verzug gerät und damit die Übergabe der Ware vertragswidrig verzögert.²⁷⁹ Die Erhaltungspflicht setzt weiter voraus, dass die Ware sich noch im Besitz oder zumindest unter der Kontrolle des Verkäufers befindet.²⁸⁰

Rechtsfolge der Pflicht in Art. 85 S. 1 CISG ist zunächst, dass der Verkäufer die notwendigen Maßnahmen zur Erhaltung der Ware zu treffen hat. Die erhaltungspflichtige Partei ist allerdings nur zu angemessenen, zumutbaren Maßnahmen verpflichtet.²⁸¹ Art und Umfang der Maßnahmen sowie die

²⁷⁷ Bacher, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 85, Rn. 6; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 85, Rn. 7; *Sono*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 85, para. 12, 13.

²⁷⁸ LG Köln, 5.12.2006, IHR 2007, 162 f.

²⁷⁹ Schiedsgericht der freundlichen Arbitrage Hamburg, IHR 2001, 35, 38; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage, 2018, Art. 85, Rn. 3; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 85, Rn. 4.

²⁸⁰ Bacher, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 85, Rn. 8; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 85, Rn. 8; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 85, Rn. 9.

²⁸¹ Bacher, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 85, Rn. 12; *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 85; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 85, Rn. 9.

Grenze der Zumutbarkeit hängen von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von den besonderen Eigenschaften der Ware.²⁸² Über eine bloße Schutzpflicht hinaus kann für den Verkäufer etwa die Pflicht bestehen, die Ware durch aktive Maßnahmen wie Fütterung von Tieren oder Wartung von Maschinen zu erhalten²⁸³ oder eine Versicherung abzuschließen, soweit ein solcher Abschluss nach den Umständen des Einzelfalls erforderlich erscheinen musste.²⁸⁴ Ebenfalls in diese Kategorie fällt die Abwehr von Drittansprüchen in Bezug auf die Ware, etwa in Gestalt der Erhebung einer Drittwiderpruchsklage.²⁸⁵

b) Die Erhaltungspflicht des Käufers gemäß Art. 86 Abs. 1 S. 1 CISG

Gemäß Art. 86 Abs. 1 CISG ist der Käufer verpflichtet, die Ware zu erhalten, wenn er sie bereits im Besitz hat und beabsichtigt, ein Zurückweisungsrecht auszuüben. Der Käufer muss tatsächlich nach dem Übereinkommen berechtigt sein, die Ware zurückzuweisen.²⁸⁶ Die unbegründete Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts ist nicht ausreichend, um die Erhaltungspflicht gemäß Art. 86 Abs. 1 S. 1 CISG und den damit verbundenen Aufwendungsersatzanspruch zu begründen.²⁸⁷ Umstritten ist allerdings, ab welchem Zeitpunkt die Erhaltungspflicht und der damit gemäß Art. 86 Abs. 1 S. 2 CISG verbundene Kostenerstattungsanspruch eingreifen.²⁸⁸ Mindestvoraussetzung ist die Kenntnis des Zurückweisungsrechts, da der Wortlaut die Absicht erfordert, die Ware berechtigterweise zurückzuweisen.²⁸⁹ Darüber hinaus wird mehrheitlich gefordert, die Zurückweisungsabsicht müsse sich bereits in irgendeiner Form manifestiert haben.²⁹⁰ Damit soll ein missbräuchliches Ab-

²⁸² *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage, 2018, Art. 85, Rn. 6; *Sono*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 85, para. 19.

²⁸³ *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage, 2018, Art. 85, Rn. 6; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 85, Rn. 11; *Sono*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 85, para. 19.

²⁸⁴ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 85, Rn. 10; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage, 2018, Art. 85, Rn. 6; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 85, Rn. 11; *Sono*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 85, Rn. 23.

²⁸⁵ *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 85.

²⁸⁶ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 86, Rn. 3; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 86, Rn. 9.

²⁸⁷ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 86, Rn. 9.

²⁸⁸ *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 324 ff.

²⁸⁹ *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 60; *Sonnentag*, Rückgewährschuldverhältnis, 326; *Sono*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 86, para. 9.

²⁹⁰ *Achilles*, CISG, Kommentar, 2. Auflage 2019, Art. 86, Rn. 2; *Bacher*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 86, Rn. 7;

wälzen von Erhaltungskosten auf den Verkäufer durch opportunistische Geltendmachung des Kostenerstattungsanspruchs verhindert werden.²⁹¹

Eine solche Manifestation der Zurückweisungsabsicht erscheint entgegen der überwiegenden Meinung nicht erforderlich.²⁹² Erstens ist eine solche Manifestation im Wortlaut nicht vorgesehen. Dies spricht insbesondere gegen ein solches Erfordernis, da Art. 88 Abs. 1 CISG für den Fall des Selbsthilfeverkaufs ausdrücklich eine Anzeigepflicht statuiert. Zweitens muss der Käufer bereits den Zeitpunkt der Kenntnis seines Zurückweisungs- oder Aufhebungsrechts darlegen und beweisen, wenn er den Anspruch auf Kostenerstattung gemäß Art. 86 Abs. 1 S. 2 CISG geltend macht.²⁹³ Hat er aber Kenntnis von seinem Zurückweisungsrecht erlangt, ist davon auszugehen, dass ein wirtschaftlich denkender Käufer die Zurückweisung oder die Vertragsaufhebung zumindest in Betracht zieht. Ein Erfordernis einer eindeutigen Manifestation der Zurückweisungsabsicht schränkt den Käufer hingegen zu sehr ein. Vielmehr sollte er nicht gezwungen sein, sich zu früh auf eine Zurückweisung festlegen zu müssen, da es durchaus im Interesse des Verkäufers sein kann, dass der Käufer trotz des Zurückweisungsrechts sich auch andere sinnvolle Verwendungen der Ware offenhält. Ein hinreichender Schutz des Verkäufers ergibt sich darüber hinaus gemäß Art. 38, 39 CISG, wenn sich die Zurückweisung, wie in den meisten Fällen, aus einer Vertragswidrigkeit ergibt. In diesen Fällen obliegt es dem Käufer ohnehin, die Vertragswidrigkeit gemäß Art. 39 Abs. 1 CISG innerhalb einer angemessenen Frist zu rügen, um seine Rechte aus der Vertragswidrigkeit zu wahren. Der Verkäufer muss daher in diesen Fällen auch mit einer Zurückweisung der Ware rechnen. Schließlich weist *Armin Jentsch* zutreffend darauf hin, dass auch im Rahmen von Art. 82 Abs. 2 lit. c CISG die bloße Kenntnis genügt, um den Ausschluss des Aufhebungsrechts bei Verwendung der Ware im normalen Geschäftsverkehr zu begründen.²⁹⁴ Verliert der Käufer aber sein Aufhebungsrecht, und damit auch sein Zurückweisungsrecht, bei Verwendung der Ware ab Kenntnis von seinem Zurückweisungsrecht, so ist es nur folgerichtig ihm für die Erhaltung der Ware ab diesem Zeitpunkt auch den Kostenerstattungsanspruch zu gewähren.²⁹⁵

Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 86, Rn. 4; *Saenger*, in: BeckOK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 86, Rn. 4.

²⁹¹ *Bacher*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 86, Rn. 7; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, Art. 86, Rn. 4; *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 59 f.; *Saenger*, in: BeckOK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 86, Rn. 4.

²⁹² *Krebs*, Rückabwicklung, 112; *Sonntag*, Rückgewährschuldverhältnis, 326 f.

²⁹³ *Sonntag*, Rückgewährschuldverhältnis, 329.

²⁹⁴ *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 61.

²⁹⁵ Siehe aber auch *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 61, der dennoch für eine Manifestation der Zurückweisungsabsicht eintritt.

Der Inhalt der Erhaltungspflicht entspricht im Wesentlichen derjenigen in Art. 85 S. 1 CISG.²⁹⁶ Der Käufer schuldet die angemessenen, zumutbaren Maßnahmen zur Erhaltung der Ware.²⁹⁷ Flankiert wird die Erhaltungspflicht gemäß Art. 86 Abs. 1 S. 1 CISG durch die in Art. 86 Abs. 2 S. 1 CISG vorgesehene Pflicht des Käufers die Ware in Besitz zu nehmen, soweit dies für ihn möglich und zumutbar ist und der Verkäufer nicht hierzu in der Lage ist.

2. Der Kostenerstattungsanspruch gemäß Art. 85 S. 1, Art. 86 Abs. 1 S. 2 CISG

Mit den Erhaltungspflichten geht gemäß Art. 85 S. 2, Art. 86 Abs. 1 S. 2 CISG ein Anspruch der erhaltungspflichtigen Partei auf Erstattung der Kosten der angemessenen Erhaltungsmaßnahmen einher. Art. 85 S. 2, 86 Abs. 1 S. 2 CISG halten fast wortgleich fest, dass die erhaltungspflichtige Partei berechtigt ist, die Ware zurückzubehalten, bis die andere Partei die angemessenen Erhaltungskosten erstattet hat. Die Normen gewähren damit auf den ersten Blick lediglich ein Zurückbehaltungsrecht und setzen einen Anspruch der erhaltungspflichtigen Partei auf Kostenerstattung voraus. Auch wenn ein solcher Anspruch sich regelmäßig auch aus einem Schadensersatzanspruch gemäß Art. 61 Abs. 1 lit. b, Art. 74 S. 1 CISG beziehungsweise Art. 45 Abs. 1 lit. b, Art. 74 S. 1 CISG ergibt,²⁹⁸ nimmt die weit überwiegende Meinung zu Recht an, dass Art. 85 S. 2, Art. 86 Abs. 1 S. 2 CISG einen eigenständigen Kostenerstattungsanspruch enthalten, der insbesondere unabhängig von einer möglichen Befreiung vom Schadensersatz gemäß Art. 79 Abs. 1 CISG besteht.²⁹⁹ Der Kostenerstattungsanspruch rechtfertigt sich durch das Handeln für Rechnung und im Interesse der anderen Partei.³⁰⁰

Die Kostenerstattung ist auf angemessene Aufwendungen begrenzt. Überschießen die tatsächlichen Aufwendungen der erhaltungspflichtigen Partei das Maß des Angemessenen, so werden lediglich die angemessenen Kosten

²⁹⁶ *Bacher*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 86, Rn. 18; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 86, Rn. 5; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 86, Rn. 11.

²⁹⁷ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 139.

²⁹⁸ *Bacher*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 85, Rn. 15; *Sono*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 85, para. 28.

²⁹⁹ *Bacher*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 85, Rn. 15; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 85, Rn. 13; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 85, Rn. 17; *Sonntag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 85, Rn. 21, 26; *Sono*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 85, para. 29.

³⁰⁰ Siehe hierzu oben, S. 136.

ersetzt.³⁰¹ Was im Einzelfall angemessen ist, ist anhand eines objektiven Maßstabs aus der Sicht eines vernünftigen Dritten in der Situation der erhaltungspflichtigen Partei zu bestimmen.³⁰² Die erhaltungspflichtige Partei jeweils auf die billigste unter gleich geeigneten Maßnahmen zu verweisen,³⁰³ erscheint indes zu restriktiv. Es sollte im Lichte des Regelungskontexts und der Interessenlage der Parteien ein nicht zu strenger Maßstab angelegt werden. Erstens entsteht die Erhaltungspflicht regelmäßig aufgrund einer Vertragsverletzung der anderen Partei, sodass es unangemessen erscheint, der erhaltungspflichtigen Partei ein zu hohes Kostenrisiko aufzuerlegen. Zweitens besteht die Erhaltungspflicht im Interesse der anderen Partei. Eine besonders vorsorgliche Erhaltung der Ware ist daher *ex ante* auch in ihrem Interesse. Die erhaltungspflichtige Partei sollte nicht durch eine zu strenge Handhabung der Kostenerstattung von sinnvollen Maßnahmen der Erhaltung abgeschreckt werden. Hieraus ergibt sich, dass der erhaltungspflichtigen Partei im Rahmen des Kostenerstattungsanspruchs ein gewisser Beurteilungsspielraum zugestanden werden muss. Es sollten daher solche Kosten ersetzt werden, die insgesamt marktgerecht sind und nicht als *per se* unangemessen erscheinen.

Die Erhaltungspflichten und der korrespondierende Kostenerstattungsanspruch werden komplettiert durch die Regelung der Veräußerung der Ware für fremde Rechnung in Art. 88 CISG. Die Norm unterscheidet zwei verschiedene Veräußerungsgründe: den Selbsthilfeverkauf gemäß Art. 88 Abs. 1 CISG und den Notverkauf gemäß Art. 88 Abs. 2 CISG.

3. Der Selbsthilfeverkauf gemäß Art. 88 Abs. 1 CISG

Art. 88 Abs. 1 CISG enthält ein Veräußerungsrecht der erhaltungspflichtigen Partei, wenn die andere Partei die Inbesitz- oder Rücknahme der Ware oder die Zahlung des Kaufpreises oder der angemessenen Erhaltungskosten gemäß Art. 85 Abs. 1 S. 2, Art. 86 Abs. 1 S. 2 CISG ungebührlich hinauszögert. Hierdurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Erhaltungspflicht bereits aufgrund einer Vertragsverletzung der anderen Partei eingetreten ist und dass es der erhaltungspflichtigen Partei nicht zumutbar ist, die Ware auf Dauer für Rechnung der anderen Partei aufzubewahren und zu erhalten.³⁰⁴

³⁰¹ Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 85, Rn. 17; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 85, Rn. 23.

³⁰² Mankowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage, 2018, Art. 85, Rn. 11; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 85, Rn. 23.

³⁰³ Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 85, Rn. 7; Mankowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage, 2018, Art. 85, Rn. 11.

³⁰⁴ Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 88, Rn. 1.

Der Schutz der erhaltungspflichtigen Partei zeigt sich insbesondere daran, dass Art. 88 Abs. 1 CISG einen Verkauf ermöglicht, aber nicht erzwingt.

Wann eine Verzögerung im Sinne von Art. 88 Abs. 1 CISG die Schwelle zur Ungebührlichkeit überschreitet, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen, wobei insbesondere auch die Erhaltungskosten der erhaltungspflichtigen Partei sowie die Wahrscheinlichkeit der Erstattung dieser Kosten zu berücksichtigen sind.³⁰⁵ Unabhängig von der Dauer der Verzögerung ist von einer Ungebührlichkeit im Fall einer endgültigen Weigerung der anderen Partei auszugehen.³⁰⁶

Die erhaltungspflichtige Partei hat der anderen Partei die Veräußerung allerdings in vernünftiger Weise gemäß Art. 88 Abs. 1 CISG anzuzeigen.³⁰⁷ Zweck der Anzeigepflicht ist es, der anderen Partei zu ermöglichen, selbst darüber zu entscheiden, ob sie einem Selbsthilfeverkauf gegebenenfalls zuvorkommen möchte, indem sie ihren in Art. 88 Abs. 1 CISG genannten Pflichten nachkommt.³⁰⁸ Entscheidet sich die andere Partei daher dafür, durch Erfüllung ihrer Pflichten den Verkauf zu verhindern, fällt das Veräußerungsrecht gemäß Art. 88 Abs. 1 CISG trotz ungebührlicher Verzögerung weg. Nicht ausreichend ist demgegenüber der bloße Widerspruch der säumigen Partei.³⁰⁹ Sie hat durch ihre Vertragsverletzung das Veräußerungsrecht entstehen lassen und kann es nach der Anzeige nur durch Erfüllung ihrer Pflichten beseitigen.³¹⁰ Der Verkauf muss grundsätzlich auf eine angemessene Weise erfolgen, wobei sowohl die Besonderheiten der Branche und des Marktes zu berücksichtigen sind.³¹¹ Grundsätzlich kann die erhaltungspflichtige Partei die Ware auch zum Marktpreis selbst übernehmen.³¹²

³⁰⁵ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 88, Rn. 3; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 88, Rn. 7; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage, 2018, Art. 88, Rn. 4.

³⁰⁶ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage, 2019, Art. 88, Rn. 3; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 88, Rn. 7; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage, 2018, Art. 88, Rn. 4.

³⁰⁷ OLG Graz, 16.9.2002, IHR 2006, 210, 212.

³⁰⁸ OLG Graz, 16.9.2002, IHR 2006, 210, 212; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage, 2018, Art. 88, Rn. 4.

³⁰⁹ *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 100; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 88, Rn. 10.

³¹⁰ *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 100; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 88, Rn. 10.

³¹¹ Iran-United States Claims Tribunal, *Watkins-Johnson Co. & Watkins-Johnson Ltd. v. The Islamic Republic of Iran & Bank Saderat Iran*, 28.7.1989, Unilex no. 38; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 88, Rn. 13.

³¹² *Bacher*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 88, Rn. 9; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 88, Rn. 13.

4. Die Veräußerungspflicht gemäß Art. 88 Abs. 2 CISG

In Art. 88 Abs. 2 CISG findet sich demgegenüber eine Pflicht, die Ware für Rechnung der anderen Partei zu veräußern. Es handelt sich dabei nicht um eine Erfolgspflicht (*obligation of result; obligation de résultat*), sondern um eine bloße Bemühenspflicht (*obligation of best efforts; obligation de moyens*).³¹³ Inhalt der Pflicht ist damit, dass die erhaltungspflichtige Partei sich in vernünftiger Weise um die Veräußerung zu bemühen hat.³¹⁴ Verletzt die erhaltungspflichtige Partei diese Bemühenspflicht, hat sie der anderen Partei Schadensersatz zu leisten.³¹⁵ Die Veräußerungspflicht gemäß Art. 88 Abs. 2 CISG tritt ein, wenn entweder die Ware einer raschen Verschlechterung ausgesetzt ist oder die Aufbewahrung der Ware unverhältnismäßige Kosten verursachen würde. Der Begriff der Verschlechterung der Ware ist eng zu verstehen.³¹⁶ Die Verschlechterung muss die Ware selbst in ihrer Substanz oder in ihren wertbildenden Faktoren betreffen, nicht lediglich ihren Marktwert.³¹⁷ Der Preisverfall der Ware wurde in der Entstehungsgeschichte ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommen, um der erhaltungspflichtigen Partei nicht das Risiko einer wirtschaftlich ungünstigen Entscheidung aufzuerlegen.³¹⁸ Auch im Rahmen von Art. 88 Abs. 2 S. 2 CISG besteht grundsätzlich eine Anzeigepflicht hinsichtlich des Verkaufs, allerdings nur, soweit die Anzeige in Anbetracht der Gesamtumstände möglich ist und die andere Partei noch vor dem Notverkauf auf sie reagieren kann.³¹⁹ Gerade bei Ware, die einem schnellen Verfall ausgesetzt ist, kann die Zeit fehlen, um eine Reaktion der anderen Partei abwarten zu können.³²⁰

³¹³ Bacher, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 2019, Art. 88, Rn. 14a; Mankowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage, 2018, Art. 88, Rn. 11.

³¹⁴ Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 88, Rn. 17.

³¹⁵ Bacher, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 2019, Art. 88, Rn. 14a; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 88, Rn. 19.

³¹⁶ Jentsch, Erhaltungspflichten, 101 ff.

³¹⁷ OLG Braunschweig, 28.10.1999, CISG-online Nr. 510; Official Records, 227; Jentsch, Erhaltungspflichten, 103; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 88, Rn. 15; Schlechtriem/Witz, n° 451; andere Ansicht bei Barrera Graf, in: Bianca/Bonell (Hrsg.), CISG, Commentary, 1987, Art. 88, n° 2.8.

³¹⁸ Official Records, 227; Jentsch, Erhaltungspflichten, 103.

³¹⁹ Mankowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 88, Rn. 12; Sonntag, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 88, Rn. 24.

³²⁰ Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage, 2019, Art. 88, Rn. 12; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 88, Rn. 18.

III. Tatbestand und Rechtsfolge der Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG

Im Lichte des oben skizzierten Regelungszusammenhangs sollen nun der Tatbestand (1.) und die Rechtsfolge (2.) der Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG erläutert werden.

1. Tatbestand der Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG

Voraussetzung einer Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG ist grundsätzlich, dass die veräußernde Partei gemäß Art. 85 S. 1, 86 Abs. 1 S. 1 CISG erhaltungspflichtig ist und dass entweder ein Veräußerungsrecht gemäß Art. 88 Abs. 1 CISG oder eine Veräußerungspflicht gemäß Art. 88 Abs. 2 CISG besteht.

Hinsichtlich des Bestehens des Veräußerungsrechts ist indes im Rahmen des Art. 88 Abs. 3 CISG zwischen Kostenerstattung und Erlösherausgabe zu differenzieren. Unmittelbar einleuchtend ist, dass die erhaltungspflichtige Partei ihre Kosten aus dem Erlös nur mit den Erhaltungs- und Verkaufskosten verrechnen darf, wenn sie aufgrund eines Veräußerungsrechts gemäß Art. 88 Abs. 1, 2 CISG handelte, denn andernfalls könnte sie sich jederzeit, unabhängig von den Voraussetzungen in Art. 88 Abs. 1, 2 CISG, aus der Ware befriedigen. Für die Befugnis, sich aus dem Erlös hinsichtlich der Erhaltungskosten zu befriedigen, ist eine Berechtigung zum Verkauf gemäß Art. 88 Abs. 1, 2 CISG daher unerlässlich.

Weniger selbstverständlich ist freilich, dass der Anspruch auf Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG von einem Veräußerungsrecht gemäß Art. 88 Abs. 1, 2 CISG abhängt. Überschreitet die erhaltungspflichtige Partei ihre in Art. 88 Abs. 1, 2 CISG niedergelegten Veräußerungsbefugnisse, bleibt der Veräußerungserlös der anderen Partei zugewiesen, für deren Rechnung die erhaltungspflichtige Partei die Ware veräußert hat. Der anderen Partei müsste daher in diesem Fall erst recht ein Anspruch auf den Erlös gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG zustehen. Dies spielt insbesondere eine Rolle, wenn die erhaltungspflichtige Partei die Ware ausnahmsweise über dem Marktwert veräußert hat. Tritt durch die pflichtwidrige Veräußerung indes ein Schaden bei der anderen Partei ein, etwa aufgrund einer Veräußerung unter Wert, kann diese selbstverständlich neben der Erlösherausgabe einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Erhaltungspflichten gemäß Art. 85, 86 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 74 CISG analog geltend machen.³²¹ Wird der Anspruch auf Erlösherausgabe geltend gemacht, muss die andere Partei allerdings auch den Abzug der Verkaufskosten gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 1 CISG gegen sich

³²¹ *Mazzotta*, in: Felemegas (Hrsg.), *International Approach*, 518, 523; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 88, Rn. 18.

gelten lassen, soweit der Erlös über den durch die pflichtwidrige Veräußerung entstandenen Schaden hinausgeht.

Art. 88 Abs. 3 S. 1 CISG erfordert darüber hinaus, dass die Ware verkauft wurde. Das Wort „verkauft“ erfasst zunächst jeden Veräußerungsvorgang gegen Entgelt. Fraglich ist demgegenüber, ob auch andere Formen wirtschaftlicher Verwertung von einer Erlösherausgabe gemäß Art. 88 Abs. 3 CISG erfasst sind. In Betracht kommt hier insbesondere die Vermietung der Ware an einen Dritten. Auch wenn der Wortlaut der Norm dies grundsätzlich nicht erlaubt, sollte einem Anspruch auf Herausgabe des Mietzinses analog Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG abzüglich der Erhaltungs- und Verwertungskosten gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 1 CISG eigentlich nichts im Wege stehen. Die Herausgabe des Erlöses rechtfertigt sich daraus, dass die erhaltungspflichtige Partei die Ware im Interesse und für Rechnung der anderen Partei verwahrt und die aus der Verwertung der Ware gezogenen Vorteile unabhängig von der konkreten Verwertungsform der anderen Partei zugewiesen sind.

2. Rechtsfolgen des Art. 88 Abs. 3 CISG

Gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 1 CISG kann die erhaltungspflichtige Partei einen Betrag in Höhe der angemessenen Erhaltungs- und Verkaufskosten vom Veräußerungserlös abziehen und einbehalten. Den Resterlös hat sie gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG an die andere Partei herauszugeben. Die in Art. 88 Abs. 3 S. 1 CISG erwähnten Verkaufskosten können Verkaufsprovisionen oder -kommissionen, Versteigerungskosten, aber auch sonstige Transaktionskosten wie Transport- oder Beratungskosten umfassen.³²² Wie auch die Erhaltungskosten gemäß Art. 85 Abs. 1 S. 2, Art. 86 Abs. 1 S. 2 CISG dürfen die Verkaufskosten den Rahmen des Angemessenen nicht überschreiten. Auch hier sollte ein nicht zu strenger Maßstab angelegt werden. Die erhaltungspflichtige Partei muss sich nicht auf die billigste Lösung verweisen lassen, vielmehr reicht es aus, dass die Kosten marktgerecht und nicht *per se* unangemessen sind.³²³

Art. 88 Abs. 3 CISG sieht nicht ausdrücklich einen Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung vor. Die überwiegende Meinung geht indes zu Recht davon aus, dass ein solcher zwingende Voraussetzung für eine interessengerechte Anwendung von Art. 88 Abs. 3 CISG ist.³²⁴ Die Rechnungslegung

³²² Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 88, Rn. 22; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 88, Rn. 13; *Sono*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 85, para. 38.

³²³ Siehe hierzu bereits oben, S. 142.

³²⁴ *Bacher*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 88, Rn. 19; *Herber/Czerwenka*, Internationales Kaufrecht, 1991, Art. 88, Rn. 8; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 88, Rn. 26; *Man-*

kann bereits im Verweis auf die Verwendung des Wortes „account“ in der englischen Fassung gerechtfertigt werden.³²⁵ Methodisch kann die Herleitung des Anspruchs sich allerdings auch auf eine klassische Lückenfüllung im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 CISG stützen. Die Erlösherausgabe fällt grundsätzlich in den Regelungsbereich des Übereinkommens, ohne allerdings die Frage der Rechnungslegung ausdrücklich zu entscheiden. Die allgemeinen Grundsätze, die den Erhaltungspflichten und der Erlösherausgabe zugrunde liegen, nämlich der Grundsatz von Treu und Glauben sowie die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen, rechtfertigen einen solchen Anspruch auf Rechnungslegung, da die andere Partei keine eigenständigen Erkenntnismöglichkeiten über den Verkaufsvorgang zur Verfügung hat und daher in keiner Weise selbstständig Kostenabzug und Veräußerungserlös überprüfen kann.³²⁶

Art. 88 Abs. 3 S. 1 CISG selbst sieht bereits die Verrechnung von Erlösherausgabeanspruch und Kostenerstattungsanspruch vor. Fraglich ist darüber hinaus, ob die erhaltungspflichtige Partei sich auch bezüglich anderer Ansprüche aus dem Veräußerungserlös befriedigen kann.³²⁷ Angesprochen sind damit insbesondere Ansprüche auf Zahlung oder Rückzahlung des Kaufpreises oder Schadensersatzansprüche. Eine solche direkte Verrechnung ist in Art. 88 Abs. 3 S. 1 CISG selbst nicht vorgesehen und wird daher von der überwiegenden Ansicht mit Verweis auf den insoweit klaren Wortlaut zu Recht abgelehnt.³²⁸ Allerdings bestehen für die herausgabepflichtigen Partei grundsätzlich sowohl die Zurückbehaltungsrechte gemäß Art. 58 Abs. 1 S. 2, Art. 81 Abs. 1 S. 2 CISG, die auch für die Herausgabe der Ware bestanden hätten, sowie die Möglichkeit, gegenüber dem Anspruch auf Erlösherausgabe mit anderen Ansprüchen die Aufrechnung zu erklären.³²⁹

kowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 88, Rn. 15; *Schlechtriem/Witz*, n° 453; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 88, Rn. 33; *Weber*, in: Honsell (Hrsg.), UN-Kaufrecht, 2. Auflage 2010, Art. 88, Rn. 20; siehe auch bereits Secretariat Commentary, Art. 77, Comment 9.

³²⁵ *Bacher*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 88, Rn. 19.

³²⁶ *Bacher*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 88, Rn. 19; *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 116.

³²⁷ Siehe hierzu allgemein *Bacher*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 88, Rn. 18.

³²⁸ *Bacher*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 88, Rn. 18; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage, 2019, Art. 88, Rn. 16; *Saenger*, in: BeckOK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 88, Rn. 9; *Sono*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 88, para. 38.

³²⁹ OLG Hamburg IHR 2001, 19, 22; *Bacher*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 2019, Art. 88, Rn. 18; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 88, Rn. 25; *Saenger*, in: BeckOK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 88, Rn. 9; *Schlechtriem/Witz*, n° 454; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG,

IV. Zwischenergebnis

Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG stellt ebenso wie Art. 84 Abs. 2 CISG keine Sanktion für eine Pflichtverletzung dar, sondern fungiert als Norm der Vermögenszuweisung im Falle des Scheiterns des kaufvertraglichen Austausches. Grundgedanke der Vorschrift ist indes im Unterschied zu Art. 84 Abs. 2 CISG nicht eine bereicherungsrechtliche Vorteilsabschöpfung, sondern vielmehr die Auskehr eines im Rahmen der Wahrnehmung fremder Interessen erzielten Erlöses. Die Struktur der Vorschrift gleicht daher eher einer auftragsrechtlichen Gewinnherausgabe als einer bereicherungsrechtlichen Haftung. Auch hier gibt die Funktion der Norm den Umfang der Herausgabepflicht vor. Der Schuldner hat unabhängig des Sachwerts den gesamten Erlös abzüglich seiner Kosten auszukehren, da der Erlös ebenso wie die veräußerte Ware dem Vermögen des Gläubigers zugeordnet ist.

1.7.2020, Art. 88, Rn. 35; *Sono*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 88, para. 38.

Kapitel 4

Der Anspruch auf das stellvertretende commodum im CISG

Als erster vorteilsorientierter Rechtsbehelf wegen einer Vertragsverletzung soll hier der Anspruch auf das stellvertretende commodum untersucht werden. Dieser Anspruch ist von dem hier zugrunde gelegten weiten Begriff der Vorteils- und Gewinnherausgabe erfasst, da er sich auf einen Vorteil richtet, den der Schuldner infolge der Vereitelung seiner Leistung anstelle des Leistungsgegenstandes erlangt hat.

Der Anspruch auf das stellvertretende commodum findet sich an zentraler Stelle im Leistungsstörungsrecht des BGB. Der Anspruch aus § 285 Abs. 1 BGB ist ein Kontinuum des deutschen Schuldrechts und galt sowohl den Verfassern des BGB¹ als auch dem Reformgesetzgeber als Gebot der Billigkeit und Gerechtigkeit.² Umso überraschender erscheint es aus deutscher Sicht, dass dieser Anspruch weder im CISG noch sonstigen Vereinheitlichungsprojekten ausdrücklich erwähnt wird.³ Dies hat insbesondere für das CISG die Frage aufgeworfen, ob der Anspruch auch für vom Übereinkommen erfasste Kaufverträge besteht und wie er gegebenenfalls herzuleiten wäre.

Dieses Kapitel widmet sich der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein solcher Anspruch sich in das Rechtsbehelfssystem des Übereinkommens einfügen kann. Die Untersuchung beginnt mit einem kurzen rechtsvergleichenden Überblick in Bezug auf den Commodumsanspruch, um die Übernahme nationaler Vorprägungen zu vermeiden und den rechtsvergleichenden Hintergrund eines solchen Anspruchs deutlich hervortreten zu lassen (A.). Im Anschluss soll der Regelungskontext der Leistungsvereitelung im CISG skizziert werden (B.), bevor schließlich die Herleitung möglicher Ansprüche auf das stellvertretende commodum im CISG geprüft werden soll (C.). Ein Rückgriff auf das subsidiär anwendbare interne Kaufrecht gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG scheidet aus (D.).

¹ Mugdan II, 25.

² BT-Drucks. 14/6040, 144 f.

³ Zimmermann, Breach of Contract, *sub V; ders.*, in: Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Art. 9:502, para. 14.

A. Rechtsvergleichender Überblick

Da Ansprüche auf das stellvertretende commodum wegen Vertragsverletzung im CISG nicht ausdrücklich geregelt sind, soll der Untersuchung ein rechtsvergleichender Überblick vorangestellt werden. Es handelt sich dabei nicht um eine vollständige Darstellung der jeweiligen Systeme, sondern um eine kurze Skizze, die einen rechtsvergleichenden Resonanzraum für die einheitsrechtliche Diskussion bilden soll.

I. *Deutschland*

Der Anspruch auf das stellvertretende commodum war vor der Schuldrechtsreform in § 281 BGB a.F. geregelt und findet sich weiterhin an zentraler Stelle in § 285 Abs. 1 BGB. Mit der Neuregelung sollte die zuvor bestehende Regelung auf das neue Leistungsstörungenrecht angepasst werden.⁴

1. *Grundstruktur des § 285 BGB*

Der Anspruch auf das stellvertretende commodum gilt als Teil des allgemeinen Schuldrechts grundsätzlich für alle schuldrechtlichen Ansprüche, die sich auf Leistung eines Gegenstandes richten.⁵ Er knüpft tatbestandlich an eine Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit gemäß § 275 Abs. 1–3 BGB an.⁶ Der Ersatz oder Ersatzanspruch im Sinne des § 285 Abs. 1 BGB muss auch gerade infolge des Umstandes im Sinne von § 275 BGB erlangt worden sein. Dies wird als Erfordernis der Identität bezeichnet.⁷ Nach der (noch) überwiegenden Ansicht ist § 285 BGB nicht auf Handlungs- und Unterlassungspflichten anwendbar.⁸ Insbesondere der Verstoß gegen vertragliche Unterlassungspflichten zieht daher nach dieser Ansicht keine Herausgabe des Erlöses nach

⁴ BT-Drucks. 14/6040, 144 f.; siehe auch bereits Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht, 132; kritisch zur Umsetzung, insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis von § 285 BGB und § 311a BGB, *Hammen*, in: FS Hadding, 41, 56; siehe hierzu die Republik von *Canaris*, in: FS Heldrich, 11, 38.

⁵ *Caspers*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2019], § 285, Rn. 11, 22; *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 285, Rn. 3.

⁶ *Caspers*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2019], § 285, Rn. 27 ff.; *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 285, Rn. 3.

⁷ *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 285, Rn. 24; *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, 54. Edn. 2020, § 285, Rn. 12; *Westermann*, in: Erman, BGB Kommentar, 15. Auflage 2017, § 285, Rn. 8.

⁸ *Bollenberger*, *Commodum*, 182 f.; *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 285, Rn. 5 f.; *Westermann*, in: Erman, BGB Kommentar, 15. Auflage 2017, § 285, Rn. 2; siehe auch für die ausführliche Begründung der anderen Ansicht, *Hartmann*, *commodum*, 96 ff.; *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, 54. Edn. 2020, § 285, Rn. 7, der für eine Anwendbarkeit auf Dienstverträge eintritt.

sich.⁹ Umstritten ist vor allem die Anwendbarkeit von § 285 BGB im Rückgewährschuldverhältnis.¹⁰

Der Anspruch in § 285 Abs. 1 BGB umfasst nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹¹ und der einhelligen Meinung im Schrifttum¹² sowohl das *commodum ex re* als auch das *commodum ex negotiatione*. Der Anspruch auf das *commodum ex negotiatione* schließt dabei nach der überwiegenden Meinung grundsätzlich auch den Gewinn des Schuldners ein.¹³ Andere Autoren beschränken den Anspruch auf den objektiven Gegenstandswert¹⁴ oder auf den Schaden des Gläubigers.¹⁵

2. Dogmatische Einordnung des § 285 BGB

Die dogmatische Einordnung des Commodumsanspruchs ist umstritten.¹⁶ Dies mag vor allem daran liegen, dass der historische Gesetzgeber sich bewusst von den historischen Vorbildern des Rechtsinstituts löste,¹⁷ ohne allerdings eine über die Billigkeit des Ergebnisses hinausgehende alternative theoretische Einordnung im Sinn zu haben.¹⁸ Auch der Reformgesetzgeber verweist bloß auf den „offenkundigen Gerechtigkeitsgehalt“ der Bestimmung.¹⁹ Zur Deutung des § 285 BGB haben sich im Wesentlichen vier Ansichten entwickelt.

⁹ *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 285, Rn. 5 f.

¹⁰ Offen gelassen in BGH, 25.3.2015, NJW 2015, 1748, 1749; für eine Anwendung auch im Rückgewährschuldverhältnis, *Looschelders*, Schuldrecht AT, 250; *Lorenz*, NJW 2015, 1725, 1728; *Westermann*, in: Erman, BGB-Kommentar, 15. Auflage 2017, § 285, Rn. 3; *contra*, *Caspers*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2019], § 285, Rn. 13; *Dornis*, in: BeckOGK-BGB, 1.3.2020, § 285, Rn. 28; für eine Anwendbarkeit ab Zugang der Rücktrittserklärung *Eichel/Fritzsche*, NJW 2018, 3409, 3414.

¹¹ BGH, 17.4.1958, NJW 1958, 1040 f.; BGH, 11.10.1979, BGHZ 75, 203; BGH, 15.10.2004, NJW-RR 2005, 241 f.

¹² *Böger*, System der vorteilsorientierten Haftung, 659; *Caspers*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2019], § 285, Rn. 37; *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 285, Rn. 23, 30; *Helms*, Gewinnherausgabe, 316.

¹³ *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 285, Rn. 23; *Lehmann/Zschache*, JuS 2006, 502, 503; *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, 54. Edn. 2020, § 285, Rn. 15; *Westermann*, in: Erman, BGB Kommentar, 15. Auflage 2017, § 285, Rn. 10.

¹⁴ *Bock*, Gewinnherausgabe, 162; *Jakobs*, *lucrum*, 105 ff.; *Helms*, ZEuP 2008, 150, 155; *Herbert Roth*, in: FS Niederländer, 363, 370 f.; siehe auch *Bollenberger*, *Commodum*, S. 337 f., der eine Gewinnherausgabe nur bei wissentlichem Vertragsbruch zulassen will.

¹⁵ *Caspers*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2019], § 285, Rn. 41; *Löwisch*, NJW 2003, 2049, 2051 f.

¹⁶ Siehe die Übersicht bei *Dornscheidt*, Gewinnhaftung, 66 ff.; siehe zur historischen Entwicklung des Anspruchs, *Schermaier*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK-BGB, §§ 280–285, Rn. 79.

¹⁷ *Bollenberger*, *Commodum*, 44 ff.; *Hartmann*, *commodum*, 46 ff.

¹⁸ *Bollenberger*, *Commodum*, 49; *Hartmann*, *commodum*, 49 f.

¹⁹ BT-Drucks. 14/6040, 144 f.

Die überwiegende Ansicht im Schrifttum, die im Wesentlichen auf Arbeiten von *Fritz Schulz*²⁰, *Ernst von Caemmerer*²¹ und von *Eduard Picker*²² zurückgeht, versteht den Anspruch auf das stellvertretende commodum als bereicherungsrechtliche Absicherung der Zuweisung des geschuldeten Gegenstandes *inter partes*.²³ Ein solcher funktional bereicherungsrechtlicher Schutz *inter partes* ist notwendig, da infolge des Trennungs- und Abstraktionsprinzips ein deliktischer oder bereicherungsrechtlicher Schutz des Gläubigers durch den Kausalvertrag allein in der Regel nicht begründet wird.²⁴ So führt *Ernst von Caemmerer* führt zu § 281 BGB a.F. aus: „Er stellt *inter partes* den Zustand her, der gegeben wäre, wenn auch im deutschen Recht für die Über-eignung das Konsensualprinzip gälte.“²⁵ Innerhalb dieser Ansicht bestehen allerdings weitere Verästelungen.²⁶ In jüngerer Zeit wurde etwa von *Raimund Bollenberger* die Relevanz der Existenz eines vollstreckbaren Erfüllungsanspruchs für die Zuweisung betont,²⁷ während *Felix Hartmann* auf das widerrechtliche Haben abstellt.²⁸

Nach einer anderen Ansicht folgt der Anspruch auf das stellvertretende commodum aus dem Gedanken der Vorteilsausgleichung.²⁹ Der auszukehrende Erlös sei der „erste handgreifliche Schaden“,³⁰ da der Gläubiger regelmäßig jedenfalls in der Höhe des Erlöses einen Schaden erlitten habe. Eine Konsequenz dieser kompensatorischen Deutung ist die Begrenzung des Anspruchs auf den Schaden des Gläubigers.³¹ Ein dritter Begründungsweg ordnet das stellvertretende commodum als Fortsetzung des Primärleistungsanspruchs ein.³² Der Anspruch auf Ersatzherausgabe sei vom ursprünglichen

²⁰ *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 485.

²¹ *von Caemmerer*, in: FS Rabel I, 1954, 333, 389; *ders.*, RabelsZ 12 (1938/39), 675, 686.

²² *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 511 f.; *ders.*, JZ 1987, 1041, 1044, Fn. 17; *ders.*, ZfPW 2015, 385, 391.

²³ *Bollenberger*, Commodum, 105, 111 ff.; *Hartmann*, commodum, 21 ff., *Hoffmann*, JURA 2014, 71, 75; *Lobinger*, JuS 1993, 453, 456.

²⁴ *von Caemmerer*, RabelsZ 12 (1938/39), 675, 686.

²⁵ *von Caemmerer*, in: FS Rabel I, 333, 389, Fn. 211; siehe auch *dens.*, RabelsZ 12 (1938/39), 675, 686: „Auf Grund des § 281 BGB ist der Erwerber [...], soweit allein das Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber in Betracht kommt, im Ergebnis genauso gestellt, wie in den Rechten des Konsensprinzips.“

²⁶ *Dornis*, in: BeckOGK-BGB, 1.3.2020, § 285, Rn. 16; siehe ausführlich auch zur historischen Entwicklung, *Hartmann*, commodum, 7 ff.

²⁷ *Bollenberger*, Commodum, 121, 139; *ders.*, ZEuP 2000, 893, 900.

²⁸ *Hartmann*, commodum, 26, 40.

²⁹ Grundlegend *Stoll*, in: FS Schlechtriem, 677, 688; *Caspers*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2019], § 285, Rn. 3; *Löwisch*, NJW 2003, 2049, 2051.

³⁰ *Stoll*, JZ 2001, 589, 592.

³¹ *Caspers*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2019], § 285, Rn. 41.

³² *Dornis*, in: BeckOGK-BGB, 1.3.2020, § 285, Rn. 20.

Gehalt der Obligation erfasst und stelle mithin einen „Rest der ursprünglichen Pflicht dar“,³³ die aufgrund privatautonomer Verpflichtung oder Anordnung der Rechtsordnung bestehe.³⁴ Schließlich wird § 285 BGB als Kodifizierung eines vermuteten Parteiwillens³⁵ beziehungsweise als gesetzlicher Fall der ergänzenden Vertragsauslegung gesehen.³⁶ Diese Deutung findet sich auch in einigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs.³⁷

Die Diskussion zeigt, dass § 285 BGB zwar für einen selbstverständlichen Teil der Haftungsordnung gehalten wird, seine dogmatische Einordnung aber Schwierigkeiten bereitet.

3. Bedeutung der Diskussion für das CISG

Die verschiedenen dogmatischen Einordnungen von § 285 BGB können grundsätzlich auch bei der Untersuchung des CISG auf Ansprüche auf das stellvertretende *commodum* hilfreich sein. Dabei ist einerseits allerdings stets das Gebot der international einheitlichen Auslegung gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG zu achten. Es können daher nicht nationale Regelungen oder dogmatische Einordnungen unbesehen auf das Übereinkommen übertragen werden.³⁸ Andererseits besteht ein entscheidender Unterschied zwischen der deutschen Diskussion und dem Einheitsrecht darin, dass die im deutschen Schrifttum entwickelten Lehren § 285 BGB theoretisch unterfüttern und dogmatisch ins Haftungssystem des BGB einordnen sollen, während im CISG eine solche eindeutige gesetzgeberische Entscheidung fehlt und gerade fraglich ist, ob ein solcher Anspruch hergeleitet werden kann. Mit anderen Worten stellt sich im deutschen Recht nur die Frage, *warum* es den Anspruch gibt. Im CISG ist hingegen die Frage, *ob* ein solcher Anspruch überhaupt hergeleitet werden kann.

II. Schweiz

In der Schweiz fehlt es an einer gesetzlichen Regelung des Anspruchs auf das stellvertretende *commodum*.³⁹ Dennoch besteht heute Einigkeit, dass der Gläubiger im Fall der Unmöglichkeit das stellvertretende *commodum* beanspruchen kann.⁴⁰ Dies gilt bei unverschuldeter Unmöglichkeit gemäß Art. 119

³³ Heck, Schuldrecht, § 34 Anm. 1, 103; zustimmend Dornis, in: BeckOGK-BGB, 1.6.2019, § 285, Rn. 20.

³⁴ Dornis, in: BeckOGK-BGB, 1.3.2020, § 285, Rn. 21.

³⁵ Lorenz, in: BeckOK-BGB, 54. Edn. 2020, § 285, Rn. 1.

³⁶ Schulze, in: Schulze (Hrsg.), BGB-Kommentar, 10. Auflage 2019, § 285, Rn. 1; Stadler, in: Jauernig, BGB-Kommentar, 17. Auflage 2018, § 285, Rn. 2.

³⁷ BGH, 19.6.1967, BGHZ 25, 1, 9; BGH, 30.1.1987, BGHZ 99, 385, 388; BGH, 25.4.1997, BGHZ 135, 284, 289.

³⁸ Siehe hierzu bereits ausführlich oben, S. 36.

³⁹ Bucher, OR AT, 425; Schwenzler, Obligationenrecht, Rn. 64.14.

OR⁴¹ ebenso wie bei verschuldeter Unmöglichkeit gemäß Art. 97 OR^{42,43}. Nach der überwiegenden Ansicht besteht grundsätzlich ein Anspruch auf das gesamte commodum, auch wenn es den Wert des ursprünglichen Leistungsgegenstandes übersteigt.⁴⁴ Der Anspruch auf das stellvertretende commodum ist damit ein fester Bestandteil des schweizerischen Obligationenrechts. Allerdings liegt ein akademischer Entwurf für eine Reform des Obligationenrechts vor,⁴⁵ in dem der Anspruch auf das stellvertretende commodum nicht auftaucht.⁴⁶ Im Rahmen der an Art. 45 CISG angelehnten⁴⁷ abschließenden⁴⁸ Aufzählung der Gläubigerrechte wird der Commodumsanspruch weder in Normtext noch in der Kommentierung erwähnt,⁴⁹ obwohl er wohl beibehalten werden soll.⁵⁰ Ob der Entwurf vom Gesetzgeber aufgegriffen werden wird, erscheint derzeit ungewiss.⁵¹

III. Österreich

Auch in Österreich hat der Anspruch auf das stellvertretende commodum keine Kodifizierung im ABGB erfahren.⁵² Diese gesetzliche Lücke wurde

⁴⁰ BGE 46 II 429; *Berger*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 1607 ff.; *Bucher*, OR AT, 424 ff.; *Furrer/Müller-Chen*, Obligationenrecht, Kap. 18, Rn. 69; *Huguenin*, OR, Rn. 833; *Schwenzer*, Obligationenrecht, Rn. 64.14, 64.23.

⁴¹ Art. 119 Abs. 1 OR: „Soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen.“

⁴² Art. 97 Abs. 1 OR: „Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.“

⁴³ *Huguenin*, Obligationenrecht, Rn. 833; *Schwenzer*, Obligationenrecht, Rn. 64.23; *Wiegang*, in: Basler Kommentar, OR I, 6. Auflage 2015, Art. 119, Rn. 15.

⁴⁴ *Berger*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 1611; *Furrer/Müller-Chen*, Obligationenrecht, Kap. 18, Rn. 60; *Schwenzer*, Obligationenrecht, Rn. 64.23; *Wiegang*, in: Basler Kommentar, OR I, Art. 119, Rn. 16; im Grundsatz zustimmend, aber mit Verweis auf Billigkeit im Einzelfall, *Bucher*, OR AT, 426 f.

⁴⁵ Siehe für den Entwurf samt Kommentierung *Huguenin/Hilty* (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020; siehe hierzu, *Huguenin/Meise*, SZW 2015, 280, 300; kritisch *Honsell*, SJZ 109 (2013), 457, 460; *Schmidlin*, SJZ 111 (2015), 25, 34.

⁴⁶ *Honsell*, SJZ 109 (2013), 457, 460.

⁴⁷ *Müller-Chen*, in: *Huguenin/Hilty* (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, Vor Art. 118–134, Rn. 10; siehe ausführlich zum Leistungsstörungsrecht *Faust*, § 7 Leistungsstörungen, in *Harke/Riesenhuber* (Hrsg.), OR 2020, 169–193.

⁴⁸ *Müller-Chen*, in: *Huguenin/Hilty* (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, Art. 118, Rn. 15.

⁴⁹ Siehe *Müller-Chen*, in: *Huguenin/Hilty* (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, Art. 118; kritisch *Faust*, in: *Harke/Riesenhuber* (Hrsg.), OR 2020, 169, 192; *Honsell*, SJZ 109 (2013), 457, 460.

⁵⁰ *Faust*, in: *Harke/Riesenhuber* (Hrsg.), OR 2020, 169, 192.

⁵¹ Zweifelnd *Schwenzer*, Obligationenrecht, I.13: „keine Chance“

⁵² *Bollenberger*, Commodum, 139 f.

allerdings im Zusammenspiel von Rechtsprechung und Lehre durch die Entwicklung eines allgemeinen Anspruchs auf das stellvertretende commodum geschlossen.⁵³ Konstruktiv wird der Anspruch entweder über §1447 ABGB a.E.⁵⁴, aus § 1041 ABGB⁵⁵ oder aus den natürlichen Rechtsgrundsätze im Sinne von § 7 S. 2 ABGB⁵⁶ hergeleitet. Der Anspruch besteht unabhängig davon, weshalb der Schuldner nicht leisten kann⁵⁷ und erfasst sowohl das commodum *ex re* als auch das commodum *ex negotiatione*.⁵⁸

IV. Frankreich

Dem französischen Recht ist eine Ersatzherausgabe im Sinne eines stellvertretenden commodums zwar nicht gänzlich unbekannt (1.). Sie spielt allerdings praktisch kaum eine Rolle.⁵⁹ Ihre Funktionen werden von anderen Rechtsinstituten erfüllt (2.).

1. Der Commodumsanspruch im französischen Recht

Zunächst soll der Commodumsanspruch bei nicht zu vertretener Unmöglichkeit dargestellt werden (a), bevor auf die zu vertretene Unmöglichkeit eingegangen werden soll (b). Die Einteilung nach Unmöglichkeit aufgrund von *force majeure* und sonstigen Fällen der Unmöglichkeit soll hier erfolgen, obwohl der Begriff der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung im französischen Vertragsrecht im Vergleich zum deutschen Recht nur eine untergeordnete Rolle spielt.⁶⁰ Das französische Recht legt vielmehr gemäß Art. 1217 C. civ. den einheitlichen Begriff der *inexécution contractuelle* zugrunde und unterscheidet zunächst nicht zwischen verschiedenen Arten der Vertragsver-

⁵³ Siehe für die Entwicklung im Einzelnen *Bollenberger*, Commodum, 50 ff., 139 ff.; heute ist der Anspruch allgemein anerkannt, *Dullinger*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Rn. 3/53; *Griss/Peter Bydlinski*, in: Koziol/Peter Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), ABGB, Kommentar, 5. Auflage 2017, § 1447, Rn. 10; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II, Rn. 227

⁵⁴ *Dullinger*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Rn. 3/53; *Griss/Peter Bydlinski*, in: Koziol/Peter Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), ABGB, Kommentar, 5. Auflage 2017, § 1447, Rn. 10.

⁵⁵ *Bollenberger*, Commodum, 150.

⁵⁶ *Dullinger*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Rn. 3/53.

⁵⁷ *Dullinger*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Rn. 3/53; *Griss/Peter Bydlinski*, in: Koziol/Peter Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), ABGB, Kommentar, 5. Auflage 2017, § 1447, Rn. 10.

⁵⁸ *Bollenberger*, Commodum, 252; *Griss/Peter Bydlinski*, in: Koziol/Peter Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), ABGB, Kommentar, 5. Auflage 2017, § 1447, Rn. 10; *Leupold*, in: Schwimann/Neumayr (Hrsg.), ABGB, Kommentar, 4. Auflage, 2017, § 1447, Rn. 8.

⁵⁹ *Bollenberger*, Commodum, 132; *Hartmann*, commodum, 37.

⁶⁰ *Ancel*, in: *Mélanges Cl. Witz*, 25, 26; *Fromont/Knetsch*, Droit privé allemand, n° 258.

letzung. Die Unmöglichkeit der Leistung schließt zwar den Naturalerfüllungsanspruch gemäß Art. 1221 C. civ. aus, hat allerdings sonst keine Regelung unabhängig von der *force majeure* erfahren.⁶¹ Die Diskussion hier soll dennoch auf Grundlage der Unmöglichkeit der Leistung erfolgen, da der hier besprochene Anspruch in Art. 1351-1 C. civ. gerade an den Untergang der Sache als besonderen Fall der Unmöglichkeit der Leistung anknüpft.

a) *Der Sachuntergang wegen force majeure im Sinne von Art. 1351-1 C. civ.*

Bereits im *Code Napoléon* von 1804 fand sich ein Anspruch auf Abtretung von Ersatzansprüchen in *ancien* Art. 1303 C. civ. Gemäß *ancien* Art. 1302 al. 1^{er} C. civ. erlosch die Obligation, wenn die Sache ohne Verschulden und vor Verzug des Schuldners unterging. Trotz dieses Erlöschens der Obligation galt nach *ancien* Art. 1303 C. civ.:

„Lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s’il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier.“

Der Gläubiger hatte also im Fall des unverschuldeten Untergangs einer individuell bestimmten Sache (*corps certain*) einen Anspruch auf Abtretung der Ersatzansprüche des Schuldners. Die Verfasser des *Code Napoléon* ließen sich hier von *Pothier* inspirieren, der eine solche Regel fast wortgleich formuliert hatte.⁶² Bereits früh wurde in der französischen Literatur zum *Code civil* angemerkt, dass die Regelung im Lichte der Eigentumsübertragung nach dem Prinzip *solo consensu* deplatziert wirkt, da die Entschädigungsrechte aufgrund des sofortigen Eigentumsübergangs bereits in der Person des Erwerbers selbst entstehen.⁶³ *Pothier* war demgegenüber noch nicht vom Konsensprinzip ausgegangen.⁶⁴ Art. 1303 C. civ. wurde daher überwiegend als korrekturbedürftiger Fehlgriff betrachtet⁶⁵ und der Vorschrift wurde die prak-

⁶¹ *Ancel*, in: *Mélanges Cl. Witz*, 25, 27: „L’impossibilité d’exécution non constitutive de force majeure [...] constitue une sorte d’angle mort, une boîte noire [...].“

⁶² *Pothier*, *Œuvres de Pothier*, Tome III, *Traité des Obligations*, n° 670: „Lorsque sans la faute du débiteur la chose qu’il devoit est périe, ou mise hors du commerce, ou perdue de manière qu’on ne sache pas ce qu’elle est devenue, si le débiteur a quelques droits et actions par rapport à cette chose, son obligation subsiste à l’effet qu’il soit tenu de subroger son créancier auxdits droits et actions“.

⁶³ Siehe etwa *Aubry/Rau*, *Droit civil*, IV, § 331, 365: „une règle qui trouve difficilement son application“; von *Lingenthal/Crome*, *Handbuch des französischen Civilrechts*, Band II, 377; *Huc*, *Code civil*, Tome VIII, n° 185, 233; *Larombière*, *Théorie des Obligations*, Tome V, Art. 1303, n° 4; *Toullier*, *Le droit civil*, n° 476; siehe aus jüngerer Zeit *Deshayes/Genicon/Laithier*, *Réforme du droit des contrats*, 916.

⁶⁴ *Demolombe*, *Traité des contrats*, V, n° 791; *Toullier*, *Le droit civil*, n° 476.

⁶⁵ Siehe bereits sehr früh *Toullier*, *Le droit civil*, n° 476; *Demogue*, in: *Fuzier/Herman*, *Code civil*, III, Art. 1303, n° 1: „Les rédacteurs ont perdu de vue cette situation“; *Demo-*

tische Bedeutung abgesprochen.⁶⁶ Beispiele in der Rechtsprechung finden sich tatsächlich nur wenige, die vor allem Verträge ohne Eigentumsübergang betreffen.⁶⁷ Eine Sonderregelung für Versicherungsansprüche besteht in L. 121-10 Code des assurances, dem zufolge der Versicherungsvertrag bei Veräußerung der versicherten Sache mit Eigentumserwerb auf den Erwerber übergeht.⁶⁸

Die Regelung in *ancien* Art. 1303 C. civ. findet sich nach der Reform des Vertrags- und Obligationsrechts in leicht veränderter Form in Art. 1351-1 C. civ. unter dem Titel „L'impossibilité d'inexécution“.⁶⁹ Gemäß Art. 1351 C. civ. wird der Schuldner von der Leistung frei, wenn aufgrund von *force majeure* die Leistung dauerhaft unmöglich wird, es sei denn der Schuldner hat vertraglich das Risiko übernommen oder ist vor Eintritt der Unmöglichkeit in Verzug gesetzt worden.⁷⁰

Art. 1351-1 al. 1er C. civ. fügt sodann eine Ausnahme vom grundsätzlichen Fortbestand der Haftung trotz Unmöglichkeit wegen vorherigen Verzugs des Schuldners hinzu, wenn die Sache auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung untergegangen wäre.⁷¹ Der Schuldner kann sich also auch bei Sachuntergang nach der *mise en demeure* befreien, wenn er nachweist, dass die Sache auch beim Gläubiger untergegangen wäre. Art. 1351-1 al. 2 C. civ. ordnet allerdings für diesen Fall trotz der Befreiung eine Abtretungspflicht des Schuldners an: „Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose.“

Anders als noch in *ancien* Art. 1303 C. civ. wird durch die Verwendung der Worte „il“ und „cependant“ in Art. 1351-1 al. 2 C. civ. der Eindruck er-

lombe, Traité des contrats, V, n° 791; *Larombière*, Théorie des obligations, Art. 1303, n° 4; *Marcade*, Explication du code napoléon, IV, n° 867: „Quant à l'art. 1303, c'est un non sens dans le Code“.

⁶⁶ *Demolombe*, Traité des contrats, V, n° 791; *Kaden*, in: Heinsheimer/Wolff/Kaden/Merk (Hrsg.), Code civil, Art. 1303, 408.

⁶⁷ Siehe etwa Cass. civ. 1^{ère}, 27.6.1995, Bull. civ. I n° 284: Herausgabe einer Versicherungssumme bei Sachuntergang beim Entleiher vor Rückgabe der Sache.

⁶⁸ *Chagny/Perdrix*, Droit des assurances, n° 582; siehe hierzu auch *Hartmann*, *commodum*, 37.

⁶⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25, Chapitre IV: L'extinction de l'obligation, Section 5: L'impossibilité d'exécuter; siehe auch die Tabelle bei *Simler*, Commentaire de la réforme, 106.

⁷⁰ Siehe allerdings auch Art. 1218 al. 2 C. civ., dem zufolge der Vertrag bei vollständiger und endgültiger Unmöglichkeit der Leistung von Rechts wegen aufgelöst ist. Siehe zum Verhältnis der Vorschriften, *Chantepie/Latina*, Réforme, n° 624, 1049.

⁷¹ Art. 1351-1 al. 1er C. civ. entspricht im Wesentlichen *ancien* Art. 1302 al. 2 C. civ.; siehe für die gleiche Ausnahme von der Zufallshaftung bei Verzug im deutschen Recht, § 287 S. 2 BGB.

weckt, dass lediglich der in Verzug gesetzte Schuldner, der sich nach dem ersten *alinéa* der Vorschrift befreien kann, zur Abtretung seiner Rechte verpflichtet ist.⁷² Allerdings wird angenommen, dass die Abtretungspflicht trotz der sprachlichen Beschränkung auf diesen Sonderfall allgemein für den Sachuntergang aufgrund von *force majeure* im Sinne von Art. 1351 C. Civ. gelten soll, sofern sich der Schuldner der Sachleistung befreien kann.⁷³ Dieses Verständnis würde zu einer Abtretung in denjenigen Fällen führen, in denen der Käufer die Gefahr des Sachuntergangs trägt und daher der Rechtslage vor der Reform entsprechen.⁷⁴ Die Entstehungsgeschichte vermag zur Beantwortung der Frage nichts beizutragen. Die Stellung der Norm im Zusammenhang mit dem Erlöschen der Obligation geht auf den *Projet Terré* zurück,⁷⁵ der allerdings keine Abtretungspflicht im Sinne von Art. 1351-1 al. 2 C. civ. vorsah. Im Übrigen sind die Gründe für die Neugestaltung der Art. 1351 s. C. civ. durch die Reform unklar, da aufgrund der Wahl des Verordnungsverfahrens Gesetzgebungsmaterialien nicht zur Verfügung stehen⁷⁶ und die Frage auch im Rahmen der Ratifikation keine Rolle mehr gespielt hat. Anzeichen für eine bewusste Beschränkung des Anwendungsbereichs der Abtretungspflicht gegenüber *ancien* Art. 1303 C. civ. sind jedoch nicht ersichtlich. Es ist daher, wie für *ancien* Art. 1303 C. civ., davon auszugehen, dass die Abtretungspflicht über Art. 1351-1 C. civ. hinaus für alle Fälle der Befreiung des Schuldners wegen *force majeure* gelten soll.⁷⁷

Auffällig ist des Weiteren, dass der Wortlaut von Art. 1351 C. civ. anders als *ancien* Art. 1302 C. civ. sich nicht auf den Sachverlust beschränkt, sondern die Unmöglichkeit der Leistung allgemein regelt.⁷⁸ Art. 1351-1 C. civ. beschränkt seinen Anwendungsbereich hingegen ausdrücklich auf den Unterfall der Unmöglichkeit wegen Sachuntergang. Diese Unterscheidung legt eine bewusste Beschränkung von Art. 1351-1 C. civ. auf Verträge mit Gefahrübergang nahe.⁷⁹ Die Pflicht zur Abtretung der Ersatzansprüche hat sich durch die Reform des Obligationenrechts daher im Ergebnis nicht wesentlich geändert. Kurz gesagt gewährt die Norm demjenigen Käufer einen Anspruch auf Abtretung der Ersatzvorteile, der bei zufälligem Untergang der Sache vor Lieferung die Gefahr trägt.

⁷² In diese Richtung wohl *Julienne*, Régime général des obligations, n° 590.

⁷³ *Deshayes/Genicon/Laithier*, Réforme du droit des contrats, 916.

⁷⁴ *Deshayes/Genicon/Laithier*, Réforme du droit des contrats, 916.

⁷⁵ Terré (Hrsg.), Pour une réforme général des obligations, Art. 107, 108; siehe hierzu *Martin*, in: Terré (Hrsg.), Pour une réforme du régime général des obligations, 93.

⁷⁶ *Babusiaux/Witz*, JZ 2017, 496, 497, Fn. 11; *Limbach*, GPR 2016, 161.

⁷⁷ *Deshayes/Genicon/Laithier*, Réforme du droit des contrats, 916.

⁷⁸ *Chénéde*, Le nouveau droit des obligations, n° 214.221.

⁷⁹ *Deshayes/Genicon/Laithier*, Réforme du droit des contrats, 914.

b) Die zu vertretene Unmöglichkeit

Beruhet die Unmöglichkeit nicht auf *force majeure*, ist Art. 1351-1 C. civ. nicht anwendbar.⁸⁰ Die Obligation erlischt nicht gemäß Art. 1351 C. civ. und dem Käufer steht grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch zu.⁸¹ Der Erfüllungsanspruch scheidet allerdings ungeachtet dessen gemäß Art. 1221 C. civ. wegen Unmöglichkeit aus.

Für den Fall der Doppelveräußerung der Kaufsache enthält das französische Sachenrecht indes eine interessante Sonderregelung,⁸² die inhaltlich durch die Reform nicht geändert wurde.⁸³ Gemäß Art. 1198 C. civ. erwirbt bei einer doppelten Veräußerung durch den Verkäufer derjenige Käufer das Eigentum, der den Besitz an der Sache zuerst erhält. Dies gilt auch für den zweiten Käufer, wenn er guten Glaubens ist. Diese Lösung stellt eine offensichtliche Einschränkung des Konsensprinzips dar,⁸⁴ dessen strikte Anwendung zum Eigentumserwerb des Erstkäufers führen würde.⁸⁵ Es handelt sich um einen besonderen Anwendungsfall des sachenrechtlichen Grundsatzes *possession vaut titre* gemäß Art. 2276 al. 1er C. civ.⁸⁶ Durch diese Lösung kann es bei Besitzerlangung des Zweitkäufers also dazu kommen, dass trotz dem zunächst wirksamen ersten Vertrag der Zweitkäufer Eigentümer wird.⁸⁷ Dennoch verbleiben dem nicht belieferten Käufer gegenüber dem Verkäufer lediglich Schadensersatzansprüche.⁸⁸ Zugriff auf den Veräußerungserlös erhält er nicht.⁸⁹

2. Gründe für die geringe Relevanz des Commodumsanspruchs

Die geringe Relevanz des Commodumsanspruchs im französischen Recht wirft die Frage auf, warum ein solcher Anspruch in der Rechtspraxis nicht vermisst wird.⁹⁰ Wie bereits angedeutet, liegt die wichtigste Erklärung in der Eigentumsübertragung durch den Kaufvertrag nach dem Konsensprinzip ge-

⁸⁰ Siehe aber noch *Larombière*, Théorie des obligations, Art. 1303, n° 3, der grundsätzlich für eine Erweiterung auf den verschuldeten Sachuntergang eintritt.

⁸¹ *Laithier*, in: Cartwright/Fauvarque-Cosson/Whittaker (Hrsg.), La réécriture du code civil, 271, 283.

⁸² Ancien article 1141 C. civ.

⁸³ *Simler*, Commentaire de la réforme, n° 58.

⁸⁴ *Michaels*, Sachzuordnung, 157; *Terré/Simler*, Droit civil, Les biens, n° 396.

⁸⁵ *Simler*, in: JCl. Civil, Art. 1196 à 1198, n° 57.

⁸⁶ *Barret/Brun*, Répertoire de droit civil, Vente: effets, n° 189; *Bergel/Bruschi/Cimamonti*, Les biens, n° 226; *Simler*, Commentaire de la réforme, n°58.

⁸⁷ *Simler*, in: JCl. Civil, Art. 1196 à 1198, n° 57.

⁸⁸ *Simler*, in: JCl. Civil, Art. 1196 à 1198, n° 57.

⁸⁹ Siehe etwa zu Art. 1382 C. civ.: Cass. Com., 25.11.1969, Bull. n° 351; *Simler*, in: JCl. Civil, Art. 1196 à 1198, n° 57.

⁹⁰ Siehe auch *Hartmann*, Commodum, 36 ff.

mäß Art. 1196 al. 1er, Art. 1583 C. civ.⁹¹ Da mit Abschluss des Kaufvertrages der Käufer bereits in der Regel Eigentümer der Speziessache wird, stehen ihm bei Verlust der Sache kraft seines Eigentums mögliche Ansprüche gegen Dritte oder gemäß Art. L.120-10 Code des assurances gegen die Versicherung zu.⁹² Gleiches gilt grundsätzlich für Gattungsschulden ab dem Zeitpunkt der Individualisierung der Ware, mit der grundsätzlich gemäß Art. 1585 C. Civ. die Gefahr und das Eigentum übergehen.⁹³ Der Anspruch auf das stellvertretende commodum im deutschen Recht wird daher gerade im Vergleich zum französischen Recht teilweise als Ausgleich für die Nachteile des Schuldners bei Geltung des Traditionsprinzips gesehen.⁹⁴ Diese Erklärung ist mit dem Argument bezweifelt worden, dass auch im französischen Recht die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts möglich sei und der Eigentumserwerb damit hinausgeschoben werden könne.⁹⁵ Die Geltung des Konsensprinzips kann daher nicht allein für die Absenz eines allgemeinen Commodumsanspruchs verantwortlich sein. Ein mindestens ebenso wichtiger Grund für das Fehlen eines Commodumsanspruchs liegt daher in der Weite des Deliktsrechts, das dem Käufer selbst einen Schadensersatzanspruch gegen einen Drittschädiger gewähren kann.⁹⁶ Die geringe praktische Relevanz des Commodumsanspruchs erklärt sich also nicht aus dem Vertragsrecht allein, sondern aus dem Zusammenspiel von Vertrags-, Delikts- und Versicherungsrecht.

Nicht erklärt ist damit hingegen, warum das französische Recht dem Käufer den Zugriff auf den Veräußerungserlös im Falle eines Doppelverkaufs verwehrt. Dies ergibt sich jedenfalls nicht aus dem Konsensprinzip, da dieses für den Mehrfachverkauf gemäß Art. 1198 C. civ. durchbrochen wird.⁹⁷ Ebenso wenig eröffnet ein anderes Rechtsinstitut außerhalb des Vertragsrechts den Zugriff auf den Veräußerungserlös. Hier zeigt sich daher ein echter Wertungsunterschied zwischen französischem und deutschem Recht. Während das deutsche Recht den Veräußerungserlös dem Käufer gemäß § 285 BGB zugesteht, verzichtet das französische Recht beim Doppelverkauf auf eine Auskehr des Erlöses und belässt es bei einem Schadensersatzanspruch. Eine Erklärung dieses Unterschieds liegt in der Entstehungsgeschichte von § 281 BGB a.F. Den ersten Vorarbeiten zu § 281 BGB a.F. hatte *ancien*

⁹¹ *Aubry/Rau*, Droit civil, IV, § 331, 365; von *Caemmerer*, in: FS Rabel I, 389, Fn. 211; *Larombière*, Théorie des obligations, Art. 1303, n° 4.

⁹² *Hartmann*, commodum, 37.

⁹³ *Dutilleul/Delebecque*, Contrats civils et commerciaux, n° 180.

⁹⁴ von *Caemmerer*, in: FS Rabel I, 389, Fn. 211; kritisch hierzu *Hartmann*, commodum, 18 ff., 36 f.

⁹⁵ *Huc*, Code civil, Tome VIII, n° 185, 233; siehe auch *Hartmann*, commodum, 37.

⁹⁶ *Aubry/Rau*, Droit civil, IV, § 331, 365; *Demogue*, in: Fuzier/Herman, Code civil, III, Art. 1303, n° 2.

⁹⁷ *Michaels*, Sachzuordnung, 157.

Art. 1303 C. civ. noch als Vorbild gedient,⁹⁸ da auch im deutschen Recht in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht ursprünglich nicht von einem Commodumsanspruchs bei zu vertretener Unmöglichkeit ausgegangen wurde.⁹⁹ Die zweite Kommission erweiterte den Anspruch dann auch auf Fälle der zu vertretenen Unmöglichkeit,¹⁰⁰ wohl ohne den Anspruch auch auf das rechtsgeschäftliche commodum erstrecken zu wollen.¹⁰¹ Das Reichsgericht erstreckte den Anspruch aus § 281 BGB a.F. dann allerdings auch auf das commodum *ex negotiatione*.¹⁰²

V. England

Dem englischen Recht ist ein allgemeiner Anspruch auf das stellvertretende commodum fremd (1.). Lediglich in bestimmten Ausnahmefällen bestehen ähnliche Rechtsinstitute (2.).

1. Grundsätzliche Ablehnung eines Commodumsanspruchs

Dem englischen Recht sind Commodumsansprüche grundsätzlich nicht bekannt.¹⁰³ Bereits *Ernst Rabel* bemerkte über die Verständigung im UNIDROIT-Kaufrechtsausschuss, der Commodumsanspruch sei dem englischen Recht fremd.¹⁰⁴ Das Fehlen eines Anspruchs auf das stellvertretende commodum ist zum Teil in der englischen Literatur bedauert worden.¹⁰⁵ Dem Grundsatz nach gilt im Vertragsrecht, dass der Käufer bei Nichtlieferung lediglich einen Schadensersatzanspruch hat, durch den er wirtschaftlich so gestellt wird, als sei der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden.¹⁰⁶ Dieses sogenannte *expectation interest*¹⁰⁷ errechnet sich bei Nichtlieferung der Ware grundsätzlich anhand der Differenz zwischen dem Marktpreis zum vertraglichen Lie-

⁹⁸ *Bollenberger*, Commodum, 46; *Hartmann*, commodum, 36.

⁹⁹ *Helms*, Gewinnherausgabe, 312.

¹⁰⁰ *Bollenberger*, Commodum, 49; *Hartmann*, commodum, 47 f.; *Helms*, Gewinnherausgabe, 314; *Schermaier*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK-BGB, §§ 280–285, Rn. 80.

¹⁰¹ *Helms*, Gewinnherausgabe, 314; *Henning Meyer*, Ersatz und Erlösherausgabe, 77; andere Ansicht: *Hartmann*, commodum, 277, dem zufolge unklar ist, ob „das Problem der Erlösherausgabe übersehen oder bewusst ausgespart geblieben ist“.

¹⁰² RG, 26.6.1992, RGZ 105, 84, 89 f.; *Helms*, Gewinnherausgabe, 315.

¹⁰³ *Treitel*, Unmöglichkeit, 129 ff.

¹⁰⁴ *Rabel*, Warenkauf, I, 370, Fn. 3.

¹⁰⁵ *Williston*, Contracts, § 1978.

¹⁰⁶ *Robinson v Harman*, (1848) 1 Exch 850, 855; *Andrews*, Contract Law, para. 18.07; *McKendrick*, in: Burrows (Hrsg.), English Private Law, para. 10.66 f.

¹⁰⁷ *Cartwright*, Contract Law, 288; *Treitel*, Remedies, para. 82.

ferdatum und dem Kaufpreis.¹⁰⁸ Im Übrigen wird der Schadensersatzanspruch auf bei Vortragschluss vorhersehbare Schäden beschränkt.¹⁰⁹

Geht die Speziesware vor dem Eigentumsübergang ohne Verschulden der Parteien unter, gilt der Kaufvertrag wegen *frustration* als aufgelöst,¹¹⁰ ohne dass der Käufer einen Anspruch auf Auskehr einer Versicherungssumme oder eines Schadensersatzanspruch gegen Dritte hat.¹¹¹ Versicherungsansprüche werden vielmehr gemäß s 1 (5) *Frustrated Contracts Act* 1943¹¹² ausdrücklich dem Schuldnervermögen zugewiesen.¹¹³ Bisher nicht durchgesetzt hat sich die Idee, den Einwand der *frustration* nur zuzulassen, wenn die aus der Leistungsvereitelung gezogenen Vorteile ausgekehrt werden.¹¹⁴ Allerdings versagen englische Entscheidungen zum Teil die Auflösung des Vertrages, wenn der Schuldner aufgrund der Leistungsvereitelung einen Ausgleichsanspruch gegen einen Dritten erlangt hat, um eine Bereicherung zulasten der anderen Partei zu verhindern.¹¹⁵ Als Rechtsfolge der Vertragsverletzung bleibt es dennoch grundsätzlich beim Schadensersatz.

Ein dem Commodumsanspruch nicht unähnlicher Rechtsgedanke klingt in einigen Entscheidungen der englischen Gerichte aus dem frühen 20. Jahrhundert an.¹¹⁶ Es handelt sich hierbei um Streitfälle, die auf die Beschlagnahme von Schiffen durch die englische Krone für die Zwecke des Ersten Weltkrieges zurückgehen und sich mit den Auswirkungen auf den Chartervertrag zwischen Schiffseigentümer und Charterer beschäftigen.¹¹⁷ Insbesondere ging

¹⁰⁸ *Williams Bros v Ed T Agius Ltd*, [1914] AC 510 (HL); *McKendrick*, in: Burrows (Hrsg.), *English Private Law*, para. 10.66 f.; siehe auch s 51 (3) *Sale of Goods Act* 1979.

¹⁰⁹ *Hadley v Baxendale*, (1854) 9 Exch 341.

¹¹⁰ *Bridge*, in: Benjamin's *Sale of Goods*, para. 6-036; siehe auch s 7 *Sale of Goods Act* 1979.

¹¹¹ *Treitel*, *Unmöglichkeit*, 132.

¹¹² *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* 1943, s 1 (5): „In considering whether any sum ought to be recovered or retained under the foregoing provisions of this section by any party to the contract, the court shall not take into account any sums which have, by reason of the circumstances giving rise to the frustration of the contract, become payable to that party under any contract of insurance unless there was an obligation to insure imposed by an express term of the frustrated contract or by or under any enactment.“

¹¹³ Der *Frustrated Contracts Act* 1943 ist gemäß s 2 (5) (c) allerdings nicht auf die Auflösung von Warenkaufverträgen wegen des Untergangs von *specific or ascertained goods* im Sinne von s 7 *Sale of Goods Act* 1979 anwendbar, siehe zu den Gründen und zur Reichweite dieses Ausschlusses, *Bridge*, in: Benjamin's *Sale of Goods*, para. 6-059.

¹¹⁴ *Treitel*, *Unmöglichkeit*, 129; siehe auch *Bock*, *Gewinnherausgabe*, 138.

¹¹⁵ Siehe hierzu die Beispiele bei *Treitel*, *Unmöglichkeit*, 132.

¹¹⁶ *FA Tamplin Steamship Co Ltd v Anglo Mexican Petroleum Products Company Ltd*, [1916] 2 AC 397 (HL); *Metropolitan Water Board v Dick Kerr & Co Ltd*, [1918] AC 119 (HL), zu einem Werkvertrag; *Bank Line Ltd v Arthur Capel & Co*, [1919] AC 435 (HL); siehe hierzu *Hartmann*, IHR 2009, 189, 192.

¹¹⁷ *FA Tamplin Steamship Co Ltd v Anglo Mexican Petroleum Products Company Ltd*, [1916] 2 AC 397 (HL); *Bank Line Ltd v Arthur Capel & Co*, [1919] AC 435 (HL).

es um die Frage, ob durch Kriegsbeginn oder Beschlagnahme des Schiffs *frustration* eingetreten sei. In diesen Fällen tauchen teilweise dem Commodumsgedanken nicht unähnliche Formulierungen auf.¹¹⁸ In *FA Tamplin Steamship Co Ltd v Anglo Mexican Petroleum Products Company Ltd*¹¹⁹ wurde der Vertrag etwa trotz Beschlagnahme aufrecht erhalten und in einem *obiter dictum* erwähnt, dass der Schiffseigentümer, der die Entschädigungszahlung erhält, diese an den Charterer herauszugeben habe.¹²⁰ Hier sind allerdings die Besonderheiten dieser Fälle zu beachten, insbesondere da der Schiffseigentümer sich auf *frustration* berief, obwohl der Charterer trotz Beschlagnahme bereit war, den Vertrag zu erfüllen.¹²¹ Eher als der Commodumsgedanke¹²² erscheint insbesondere die Frage entscheidend, wer Gläubiger der Entschädigungszahlung sein sollte, die an die *owner* der beschlagnahmten Schiffe ausgezahlt wurde.¹²³ Jedenfalls konnte sich die Aufrechterhaltung des Vertrages trotz der Beschlagnahme unter Aufteilung der Entschädigungszahlung nicht durchsetzen.¹²⁴ Die Regel blieb vielmehr, dass *frustration* angenommen und der Vertrag als aufgelöst betrachtet wurde.¹²⁵

Grundsätzlich kann der Erstkäufer daher weder auf den durch den Verkäufer erzielten Veräußerungserlös noch auf etwaige Versicherungssummen oder Ansprüche gegen Dritte zugreifen.¹²⁶ Derartige Ansprüche können sich daher

¹¹⁸ Schmidt-Kessel, Standards vertraglicher Haftung, 52. Fn. 54.

¹¹⁹ Siehe etwa *Earl Loreburn*, in: *FA Tamplin Steamship Co Ltd v Anglo Mexican Petroleum Products Company Ltd*, [1916] 2 AC 397, 405 (HL): „if [...] the owner received from the Government any sums of money for the use of her, he will be accountable to the charterer“; siehe hierzu *Williston*, Contracts, § 1978; siehe hierzu auch *Rheinstein*, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses, 181, Fn. 149.

¹²⁰ *FA Tamplin Steamship Co Ltd v Anglo Mexican Petroleum Products Company Ltd*, [1916] 2 AC 397, 405 (HL) (per *Earl Loreburn*).

¹²¹ Siehe etwa *Lewins*, J.B.L. (2016), 589, 595; *Henning Meyer*, Ersatz und Erlösherausgabe, 242 f.

¹²² So auch *Williston*, Contracts, § 1978, der die Entscheidungen bewusst vom Anspruch auf das allgemeine Commodum unterscheidet.

¹²³ So etwa *Lord Parker*, in: *FA Tamplin Steamship Co Ltd v Anglo Mexican Petroleum Products Company Ltd*, [1916] 2 AC 397, 428 (HL): „[T]he question really at issue has been somewhat obscured by the fact that the Government has under the terms of the Royal Proclamation [...] to pay compensation to ‘the owners’, [...]. The case was argued before your Lordships on the footing that it would determine which of two possible claimants was to be held entitled to all which might be payable by the Government [...]. I entirely dissent from this view.“ Dieser Umstand wurde von *Lord Finlay L.C.*, in: *Metropolitan Water Board v Dick Kerr & Co Ltd*, [1918] AC 119 (HL), ausdrücklich als Unterscheidungskriterium angeführt; siehe auch *FA Tamplin Steamship Co Ltd v Anglo Mexican Petroleum Products Company Ltd*, [1916] 2 AC 397, 428 (HL) (per *Lord Parker*): „Owners must in this Proclamation include all parties interested.“

¹²⁴ *Henning Meyer*, Ersatz und Erlösherausgabe, 243 ff.

¹²⁵ Siehe zum Beispiel *Blane Steamships LD v Minister of Transport*, [1951] 2 KB 965; weitere Beispiele bei *Henning Meyer*, Ersatz und Erlösherausgabe, 243 f.

allenfalls aus der Auslegung des Vertrages ergeben,¹²⁷ insbesondere für eine vom Verkäufer erhaltene Versicherungsleistung.¹²⁸

2. Ersatz- und Erlösherausgabe beim Grundstückskauf

Auch das englische Recht kennt dennoch einige spezielle Ausnahmeregeln, die den Commodumsanspruch in Teilbereichen funktional ersetzen.¹²⁹ Wichtigster Anwendungsfall ist der Grundstückskauf. Hier kann der Käufer bereits vor Eigentumserwerb sowohl die Herausgabe des Veräußerungserlöses im Falle einer Doppelveräußerung als auch der Versicherungssumme im Falle einer Beschädigung des Grundstücks verlangen. Für die Versicherungssumme besteht eine Sonderregelung in s 47 (1) Law Property Act. Diese Ausnahme erklärt sich aus einer Besonderheit des Grundstückskaufs im *commom law*.¹³⁰ Die Beschädigung des Grundstücks führt nach der in *Paine v Meller* aufgestellten Regel nicht *ipso iure* zum Wegfall des Vertrages.¹³¹ Mit Abschluss des Kaufvertrages wird das Grundstück vielmehr im Verhältnis zum Verkäufer als dem Käufer gehörend angesehen,¹³² der zum *equitable owner* wird. Der Käufer trägt daher mit Abschluss des Kaufvertrages die Gefahr einer Verschlechterung,¹³³ was durch s 47 (1) Law of Property Act in gewissem Maße kompensiert wird.¹³⁴ In der Vertragspraxis wird von dieser Grundregel regelmäßig abgewichen und der Gefahrübergang hinausgeschoben.¹³⁵ Die Erlösherausgabe beim Doppelverkauf eines Grundstücks wird mit der Annahme eines *constructive trust* begründet.¹³⁶ Der Verkäufer ist zwar nicht im eigentlichen Sinne *trustee* des Käufers, da er im eigenen Interesse tätig wird und ihn nicht die weitgehenden *fiduciary duties* des *trustee* treffen.¹³⁷ Der *constructive trust* entsteht aber am Veräußerungserlös, den der Verkäufer an den Käufer auszukehren hat.¹³⁸

¹²⁶ Treitel, Unmöglichkeit, 129.

¹²⁷ Peel, in: Treitel on the Law of Contract, Rn. 19-014.

¹²⁸ Peel, in: Treitel on the Law of Contract, Rn. 19-014; Treitel, Unmöglichkeit, 132; siehe auch die Ausnahme in Frustrated Contracts Act 1943, s 1 (5).

¹²⁹ Treitel, Unmöglichkeit, 130 ff.

¹³⁰ Treitel, Unmöglichkeit, 131.

¹³¹ *Paine v Meller*, (1801) 6 Ves. 349, 31 ER 1088; Treitel, Unmöglichkeit, 131.

¹³² *Paine v Meller*, (1801) 6 Ves. 349, 31 ER 1088.

¹³³ *Paine v Meller*, (1801) 6 Ves. 349, 31 ER 1088; Peel, in: Treitel on the Law of Contract, 19-062.

¹³⁴ Treitel, Unmöglichkeit, 131.

¹³⁵ Treitel, Unmöglichkeit, 25.

¹³⁶ *Lake v. Bayliss*, [1974] 1 WLR 1073; siehe hierzu Boosfeld, Gewinnausgleich, 139; Hartmann, commodum, 34; Henning Meyer, Ersatz und Erlösherausgabe, 247.

¹³⁷ Bock, Gewinnherausgabe, 218; Farnsworth, 94 Yale L.J. (1984–1985), 1339, 1364; Swadling, in: Degeling/Edelman (Hrsg.), Equity in Commercial Law, 463, 466.

Eine Ausweitung dieser Regel auf sonstige einzigartige Güter oder allgemein auf den Spezieskauf ist vielfach erwogen worden.¹³⁹ Die Begründung über den Zusammenhang von *specific performance*, *equitable ownership* und den *constructive trust* wäre wohl grundsätzlich auch auf Verkauf einzigartiger beweglicher Sachen übertragbar,¹⁴⁰ auch wenn es im Vergleich zum Grundstückskauf weniger eindeutig erscheint, dass auch der Erstkäufer den Erlös hätte erzielen können.¹⁴¹ Ähnlich wie für das französische Recht kann hier indes die Betrachtung nicht ganz ohne sachen- und deliktsrechtliche Bezüge auskommen. Ein Grund, warum die Erlösherausgabe bisher nicht auf den Warenkauf übertragen wurde, kann darin gesehen werden, dass bei Speziesware bereits mit Vertragsschluss¹⁴² und bei Gattungsschulden mit einer hinreichenden Individualisierung der Ware (*unconditional appropriation*) das Eigentum übergegangen sein kann.¹⁴³ Hat der Käufer vor einer vertragswidrigen Weiterveräußerung durch den Verkäufer bereits ein direktes Besitzrecht erlangt, kann bei einem weiteren Verkauf durch den Verkäufer der Tatbestand der *conversion* erfüllt sein,¹⁴⁴ was eine Erlösherausgabe infolge der *conversion* oder eines *waiver of tort* ermöglichen würde.¹⁴⁵

Der Fall des Grundstücksverkaufs zeigt, dass der Gedanke der Vorteilsauskehr dem englischen Recht nicht vollkommen fremd ist. Die Diskussion einer darüber hinausgehenden Gewinnhaftung findet im englischen Recht vor allem im Kontext der Gewinnherausgabe als eigenständiger Sanktion einer Vertragsverletzung (*disgorgement of profits*) sowie im Rahmen der Reichweite des Schadensersatzanspruchs statt.¹⁴⁶ In diese Kategorie fallen auch die bekannten Entscheidungen *Attorney-General v Blake*¹⁴⁷ und *Wrotham Park*

¹³⁸ *Lake v. Bayliss*, [1974] 1 WLR 1073; *Farnsworth*, 94 Yale L.J. (1984–1985), 1339, 1364.

¹³⁹ *Farnsworth*, 94 Yale L.J. (1984–1985), 1339, 1364 f.; *Treitel*, Unmöglichkeit, 131.

¹⁴⁰ *Dornscheidt*, Gewinnhaftung, 204; *Farnsworth*, 94 Yale L.J. (1984–1985), 1339, 1364.

¹⁴¹ *Farnsworth*, 94 Yale L.J. (1984–1985), 1339, 1364 f.

¹⁴² Section 18, Rule 1 Sale of Goods Act 1979. Hierbei handelt es sich jedoch lediglich um eine widerlegbare Vermutung. Letztlich kommt es auf den Parteiwillen an. Siehe hierzu *McKendrick*, in: Burrows (Hrsg.), *English Private Law*, para. 10.16.

¹⁴³ Section 18, Rule 5 (1), (2) Sale of Goods Act 1979. Siehe hierzu *Bridge*, *International Sale of Goods*, para. 7.06 ff.; *McKendrick*, in: Burrows (Hrsg.), *English Private Law*, para. 10.20.

¹⁴⁴ *Schlechtriem*, *Restitution*, II, 119; *Bridge*, in: Benjamin's *Sale of Goods*, para. 7-003. Die Erlangung des Besitzrechts kann davon abhängen, ob der Käufer bereits gezahlt hat oder ob sonstige Zahlungsabreden bestehen.

¹⁴⁵ *United Australia Ltd v Barclays*, [1941] AC 1 (HL); *Boosfeld*, *Gewinnausgleich*, 138; *Peter Huber*, *RabelsZ* 62 (1998), 59, 83; *Schlechtriem*, *Restitution*, II, 118 f.; *Virgo*, *Restitution*, 459 f.

¹⁴⁶ Siehe hierzu ausführlich unten, S. 248 ff.

¹⁴⁷ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268 (HL).

*Estate Co v Parkside Holmes Ltd.*¹⁴⁸ Diesen Entscheidungen liegt nicht der Commodumsgedanke zugrunde, vielmehr handelt es sich um Fragen der Reichweite und des Inhalts des vertraglichen Schadensersatzanspruchs sowie der Einführung eines selbstständigen Rechtsbehelfs der Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen.¹⁴⁹ Sie sollen unten im Zusammenhang mit dem Schadensersatzanspruch besprochen werden.¹⁵⁰

VI. USA

Auch das US-amerikanische Zivilrecht kennt keinen allgemeinen Commodumsanspruch im Sinne von § 285 BGB.¹⁵¹ Eine Ausnahme gilt wie auch im englischen Recht für den Grundstückskauf, bei dem sowohl die Versicherungssumme als auch der Veräußerungserlös dem Käufer zustehen.¹⁵² Die Begründung erfolgt ebenfalls über die Figur des *constructive trust*.¹⁵³

Dennoch finden sich einige Regeln, die eine gewisse Ähnlichkeit zum Commodumsgedanken aufweisen. So kann sich etwa der Verkäufer nach Comment 5 zu s 2-615 UCC¹⁵⁴ bei Ausfall der vertraglich vereinbarten Lieferquelle nur entschuldigen, wenn er die Ansprüche gegen die ausfallende Lieferquelle abtritt.¹⁵⁵ Der Grundgedanke der Verknüpfung von Entlastung des Schuldners und Abtretung der Ansprüche gegen Dritte gleicht damit in gewisser Weise Art. 1351-1 al. 2 C. civ. Eine weitere Bestimmung, die eine gewisse Nähe zum Commodumsgedanken aufweist, ist s 2-722 UCC.¹⁵⁶ Die Vorschrift legt fest, wem Schadensersatzansprüche gegen Dritte wegen Beschädigung von identifizierter Ware („identified goods“) zustehen. Neben der Berechtigung aus

¹⁴⁸ *Wrotham Park Estate Co v Parkside Holmes Ltd.*, [1974] 1 WLR 798.

¹⁴⁹ Kritisch, im Ergebnis aber wohl auch *Hartmann*, IHR 2009, 189, 197: „schadensersatzrechtliche Deutung [...] weit verbreitet“.

¹⁵⁰ Siehe hierzu unten, S. 248 ff.

¹⁵¹ *Henning Meyer*, Ersatz und Erlösherausgabe, 237; *Treitel*, Unmöglichkeit, 130.

¹⁵² *Henning Meyer*, Ersatz und Erlösherausgabe, 240.

¹⁵³ *Farnsworth*, 94 Yale L.J. (1984–1985), 1339, 1364 f.; *Henning Meyer*, Ersatz und Erlösherausgabe, 240.

¹⁵⁴ s 2-615 UCC, Comment 5: „A condition to his making good the claim of excuse is the turning over to the buyer of his rights against the defaulting source of supply to the extent of the buyer’s contract in relation to which excuse is being claimed.“

¹⁵⁵ Siehe hierzu *Henning Meyer*, Ersatz und Erlösherausgabe, 247; *Treitel*, Unmöglichkeit, 130.

¹⁵⁶ s 2-722 UCC: „Where a third party so deals with goods which have been identified to a contract for sale as to cause actionable injury to a party to that contract: (a) a right of action against the third party is in either party to the contract for sale who has title to or a security interest or a special property or an insurable interest in the goods; and if the goods have been destroyed or converted a right of action is also in the party who either bore the risk of loss under the contract for sale or has since the injury assumed that risk as against the other [...]“.

dem Eigentum oder Kreditsicherungsrechten nennt s 2-722 UCC insbesondere diejenige Partei, die vertraglich die Gefahr des Sachuntergangs trägt.¹⁵⁷

VII. Weitere Regelungen

In einigen anderen Rechtsordnungen bestehen Regelungen, die einem Commodumsanspruch ähneln, insbesondere etwa die italienische Regelung in Art. 1259 *Codice civile*¹⁵⁸ und die spanische Regelung in Art. 1186 *Código Civil*. In den internationalen Vereinheitlichungsprojekten findet sich ein Anspruch auf das stellvertretende commodum hingegen nicht.¹⁵⁹ Dies gilt sowohl für die UNIDROIT Principles als auch für die Principles of European Contract Law und den Draft Common Frame of Reference.¹⁶⁰ Dies mag aus deutscher Sicht überraschen.¹⁶¹ Eine mögliche Erklärung kann im Schweigen des CISG gesehen werden, da es als Vorbild für die folgenden Vereinheitlichungsprojekte diente.¹⁶²

VIII. Zwischenergebnis

Der rechtsvergleichende Überblick zeigt, dass der allgemeine Anspruch auf das stellvertretende commodum insbesondere im deutschen Rechtskreis fest verankert ist. Viele Rechtsordnungen erkennen den Commodumsgedanken in bestimmten Konstellationen zumindest im Grundsatz in Form einer Ersatzherausgabe bei Befreiung von einer Verbindlichkeit an. Obwohl diese Vorschriften etwa im französischen oder US-amerikanischen Recht auf Sonderkonstellationen zugeschnitten sind, kann ihnen doch die Wertung entnommen werden, dass das Schuldverhältnis sich auch auf die Auskehr des Ersatzes erstrecken kann. Selbst im englischen Recht findet sich dieser Gedanke ausnahmsweise in denjenigen Konstellationen, in denen der Vertrag nicht im Wege der *frustration* aufgelöst ist. Lohnend ist auch der Blick über den Tellerrand des Vertragsrechts hinaus. Hier hat sich insbesondere für das französische Recht und die angloamerikanischen Rechte gezeigt, dass ein früh erfolgender Eigentumsübergang und der daran anknüpfende deliktische Schutz den Commodumsanspruch funktionell ersetzen können.

¹⁵⁷ Henning Meyer, Ersatz und Erlösherausgabe, 258.

¹⁵⁸ Siehe zu dieser Vorschrift Alessio Zaccaria, in: Cian/Trabucchi (Hrsg.), *Codice civile*, 12. Auflage 2016, Art. 1259, *sub I.*, der auch auf den beschränkten Anwendungsbereich aufgrund der Geltung des Konsensprinzips hinweist.

¹⁵⁹ Hartmann, IHR 2009, 189.

¹⁶⁰ Zimmermann, in: Jansen/Zimmermann (Hrsg.), *Commentaries on European Contract Laws*, Art. 9:502, para. 14.

¹⁶¹ Zimmermann, in: Jansen/Zimmermann (Hrsg.), *Commentaries on European Contract Laws*, Art. 9:502, para. 14.

¹⁶² Hartmann, IHR 2009, 189.

B. Naturalerfüllung und Unmöglichkeit im CISG

Der Anspruch auf das stellvertretende commodum hängt eng mit dem Anspruch auf Naturalerfüllung und dessen Erlöschen bei Unmöglichkeit der Leistung zusammen. Bevor daher die Herleitung möglicher Ansprüche auf Ersatz- und Erlösherausgabe im CISG diskutiert wird, sollen die Naturalerfüllung im CISG (I.) sowie das Schicksal von Leistung und Gegenleistung bei Unmöglichkeit skizziert werden (II.).

I. Die Naturalerfüllung im CISG

Das CISG gewährt beiden Parteien grundsätzlich einen Naturalerfüllungsanspruch (1.) und macht das Erfüllungsverlangen zur Voraussetzung anderer Rechtsbehelfe (2.). Beschränkt wird der Anspruch durch den Vorbehalt zugunsten der *lex fori* gemäß Art. 28 CISG (3.).

1. Die Naturalerfüllung als Rechtsbehelf im CISG

Das CISG erkennt den Naturalerfüllungsanspruch grundsätzlich in Art. 46 Abs. 1, Art. 62 CISG an.¹⁶³ Modifizierte Erfüllungsansprüche finden sich für den Käufer bei vertragswidriger Ware in Gestalt des Nachlieferungsanspruchs in Art. 46 Abs. 2 CISG und des Nachbesserungsanspruchs in Art. 46 Abs. 3 CISG.¹⁶⁴ Eine Einschränkung der Naturalerfüllung ergibt sich aus Art. 46 Abs. 1, Art. 62 CISG. Nach diesen Vorschriften können die Parteien jeweils Erfüllung in Natur verlangen, wenn das Erfüllungsverlangen nicht unvereinbar mit einem (anderen) Rechtsbehelf ist, den die Partei ausübt.¹⁶⁵ Die Naturalerfüllung kann danach nicht verlangt werden, wenn der Gläubiger den Vertrag aufgehoben hat, Ersatz des Erfüllungsschadens verlangt oder eine Minderung gemäß Art. 50 CISG geltend macht.¹⁶⁶

Das Übereinkommen folgt damit grundsätzlich den Rechtsordnungen des *civil law*, in denen die Naturalerfüllung als primärer Anspruch des Gläubigers

¹⁶³ *Honnold/Flechtner*, para. 192; *Kastely*, 63 Wash. L. Rev. (1988), 607, 613 ff.; *Lookofsky*, Understanding the CISG, 118 f.; *Torsello*, 9 VJ (2005), 253, 268 f.

¹⁶⁴ *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 46, Rn. 8; *Müller-Chen*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 6.

¹⁶⁵ *Fountoulakis*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.8.2020, Art. 62, Rn. 6; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 46, Rn. 19 ff.; *Müller-Chen*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 7.

¹⁶⁶ *Bell*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 62, para. 9; *Fountoulakis*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.8.2020, Art. 62, Rn. 6; *Peter Huber*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 46, para. 15, 16.

angesehen wird,¹⁶⁷ während in den Rechtsordnungen des *common law specific performance*¹⁶⁸ traditionell als Ausnahmerechtsbehelf angesehen wird, der nur gewährt wird, wenn Schadensersatz zur adäquaten Befriedigung der Interessen des Gläubigers ungeeignet ist.¹⁶⁹ Es wurde bereits vielfach gezeigt, dass die praktischen Auswirkungen dieser unterschiedlichen Grundverständnisse nicht überschätzt werden sollten.¹⁷⁰ Dies gilt einerseits, da für einen sinnvollen Vergleich bei den Rechtsordnungen des *civil law* grundsätzlich auch das Vollstreckungsrecht in die Analyse einzubeziehen ist.¹⁷¹ Andererseits zeichnet sich auch in Rechtsordnungen des *common law* zum Teil eine Öffnung für den Erfüllungsanspruch ab.¹⁷² So besteht gemäß s 2-716 (1) UCC das Recht auf *specific performance* nicht nur für einzigartige Güter, sondern bereits in *proper circumstances*, für deren Vorliegen der Nachweis von Schwierigkeiten bei der Vornahme eines Deckungskaufs ausreichen kann.¹⁷³

2. Das Verlangen der Naturalerfüllung als Voraussetzung anderer Rechtsbehelfe im CISG

Das CISG kennt keine formale Hierarchie der verschiedenen Rechtsbehelfe.¹⁷⁴ Grundsätzlich kann jede Partei bei einer Vertragsverletzung zwischen den verschiedenen Rechtsbehelfen wählen.¹⁷⁵ Dennoch räumt das Rechtsbehelfensystem des Übereinkommens der Naturalerfüllung inzident eine Vorrangstellung ein.¹⁷⁶ So wird etwa die Vertragsaufhebung gemäß Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG davon abhängig gemacht, dass der Käufer dem Verkäufer eine angemess-

¹⁶⁷ Müller-Chen, Folgen der Vertragsverletzung, 92.

¹⁶⁸ Siehe kritisch zum Begriff *Faust/Wiese*, in: Smits/Haas/Heesen (Hrsg.), *Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, 47, 48; für die Verwendung des Begriffs *direct performance* im Kontext des CISG, siehe *Bridge*, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze (Hrsg.), *International Sales Law*, Chapter 19, Rn. 98.

¹⁶⁹ *Bridge*, in: FS Magnus, 161, 168; *Hogg*, *Promises*, 350 ff.; *Peel*, in: *Treitel on the Law of Contract*, Rn. 21-016 ff.; *Zimmermann*, *Law of Obligations*, 776, 781.

¹⁷⁰ *Omlor*, in: Mankowski (Hrsg.), *Commercial Law, CISG*, Art. 28, para. 1; *Thomale/Lindemann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 28, Rn. 2.2.

¹⁷¹ *Unberath*, *Vertragsverletzung*, 268.

¹⁷² *Chirelstein*, *Contracts*, 197; *Hachem*, in: FS Schwenger, 647, 655; *Schwenger/Hachem/Kee*, *Global Sales Law*, para. 43.40; zurückhaltend noch *Farnsworth*, 70 Col. L. Rev. (1970), 1145, 1155.

¹⁷³ *Magellan International Corporation v. Salzgitter Handel GmbH*, District Court for the Northern District of Illinois, 1999 WL 1128468 (N.D.Ill.), 7.12.1999, CISG-online Nr. 439; *Sedmak v. Charlie's Chevrolet*, Missouri Court of Appeals, 16.6.1981, 622 S.W.2d 694; *Cerutti*, *Warenkaufrecht*, Rn. 732; *Palumbo*, *Modern Law of Sales*, 136 f.

¹⁷⁴ *Bridge*, in: FS Magnus, 161, 169.

¹⁷⁵ *Bridge*, in: FS Magnus, 161, 169.

¹⁷⁶ *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 46, Rn. 3; *Riehm*, *Naturalerfüllung*, 451.

sene Erfüllungsfrist gemäß Art. 47 Abs. 1 CISG setzt.¹⁷⁷ Das Erfordernis einer solchen Nachfrist hängt nicht von der prozessualen Durchsetzbarkeit des Erfüllungsanspruchs gemäß Art. 28 CISG ab.¹⁷⁸ Ein faktischer Vorrang der Naturalerfüllung kann auch daraus folgen, dass man mit Teilen der Rechtsprechung und des Schrifttums bei Vertragswidrigkeiten der Ware, die in angemessener Frist behoben werden können, das Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung ablehnt.¹⁷⁹ Durch ein solches Verständnis der wesentlichen Vertragsverletzung wird die Naturalerfüllung gegenüber der Vertragsaufhebung privilegiert. Folgt man dieser Ansicht, ergibt sich die Notwendigkeit eines erfolglosen Nacherfüllungsverlangens insbesondere um Schadensersatz gemäß Art. 75, 76 CISG verlangen zu können.¹⁸⁰ Selbst aus der Schadensminderungsobliegenheit gemäß Art. 77 CISG kann indirekt ein gewisser Vorrang der Naturalerfüllung hergeleitet werden, wenn, wie zum Teil vertreten, der Gläubiger im Rahmen des Art. 77 CISG darauf verwiesen werden kann, dem Schuldner eine Gelegenheit zur Nachbesserung oder Naturalerfüllung zu geben.¹⁸¹ Sowohl die Vertragsaufhebung als auch der Schadensersatzanspruch können damit unter dem Vorbehalt der Naturalerfüllung stehen.

3. *Der Vorbehalt des Art. 28 CISG*

Der Anspruch auf Naturalerfüllung wird durch Art. 28 CISG beschränkt. Gemäß Art. 28 CISG kann ein Gericht auf die Anordnung der Erfüllung in Natur verzichten, wenn es dies auch nach seinem eigenen Recht bei gleichartigen Kaufverträgen täte. Die Anordnung der Naturalerfüllung steht daher im Ermessen des Gerichts, wenn die *lex fori*¹⁸² für gleichartige Kaufverträge keine ge-

¹⁷⁷ *Riehm*, Naturalerfüllung, 451.

¹⁷⁸ *Riehm*, Naturalerfüllung, 451.

¹⁷⁹ OLG Linz, 18.5.2011, CISG-online Nr. 2443; OLG Köln, 14.10.2002, CISG-online Nr. 709, IHR 2003, 15 f.; OLG Koblenz, 31.1.1997, CISG-online Nr. 256, IHR 2003, 172, 175; Cour d'appel Grenoble, 26.4.1995, CISG-online Nr. 154; *Benicke*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 25, Rn. 40; *Ferrari*, Int'l Bus. L.J. (2005), 389, 392; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 25, Rn. 26 f.; *Riehm*, Naturalerfüllung, 454 ff.; im Grundsatz zustimmend mit einigen Präzisierungen, *Schroeter*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 25, para. 48.

¹⁸⁰ Siehe ausführlich zu diesem Problem, *Riehm*, Naturalerfüllung, 452 ff.

¹⁸¹ Siehe in diese Richtung etwa *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 77, Rn. 8.

¹⁸² Die ganz überwiegende Ansicht geht davon aus, dass Art. 28 CISG auf das Recht des Forums unter Ausschluss des Kollisionsrechts verweist. Siehe bereits für Art. 16 ULIS *Zweigert/Drobnig*, *RabelsZ* 29 (1965), 146, (165); siehe für das CISG, *Björklund*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Art. 28, para. 16; *Ferrari*, *RabelsZ* 71 (2007), 52, 57; *Freund*, *Erfüllungszwang*, 371; *Heuzé*, n°410, Fn. 153; *Müller-Chen*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), *Commentary*, Art. 28, para. 9; *Omlor*, in: *Mankowski* (Hrsg.), *Commercial Law, CISG*, Art. 28, para. 4; *Torsello*, 9 *VJ* (2005), 253, 268 f.

richtliche Durchsetzung eines Naturalerfüllungsanspruchs vorsieht.¹⁸³ Sieht allerdings umgekehrt das Recht des Forums einen gerichtlich durchsetzbaren Naturalerfüllungsanspruch vor, ist das Gericht gemäß Art. 28 CISG gebunden, diesen auch bei Anwendung des Übereinkommens zuzusprechen.¹⁸⁴

Art. 28 CISG ist Ausdruck der grundlegenden konzeptuellen Unterschiede zwischen Rechtsordnungen des *common law* einerseits und des *civil law* andererseits.¹⁸⁵ Eine darüber hinausgehende Verständigung in dieser Grundsatzfrage erschien von Beginn an unmöglich.¹⁸⁶ Bereits die frühen Entwürfe eines einheitlichen Kaufrechts gewährten die Naturalerfüllung nur unter dem Vorbehalt, dass dies nach der *lex fori* zulässig ist.¹⁸⁷ Dieses „agreement to disagree“¹⁸⁸ wurde zum Teil heftig kritisiert.¹⁸⁹ Die Kritik berücksichtigt freilich nicht die tatsächlichen Schwierigkeiten der internationalen Rechtsvereinheitlichung.¹⁹⁰ In der Rückschau erscheint es vielmehr als sehr glücklich, dass der Kompromiss gefunden wurde und die Kaufrechtsvereinheitlichung nicht an dieser theoretischen Grundsatzfrage scheiterte.¹⁹¹ Die Bedeutung der Vorschrift sollte auch nicht überschätzt werden.¹⁹² Praktisch wird von ihr kaum Gebrauch gemacht.¹⁹³ Da es sich lediglich um einen prozessualen Vorbehalt

¹⁸³ Björklund, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 28, para. 19; Ferrari, *RabelsZ* 71 (2007), 52, 57; Lando, in: Bianca/Bonell (Hrsg.), CISG, Commentary, 1987, Art. 28, n° 2.1; Lookofsky, *Understanding the CISG*, 120.

¹⁸⁴ Ferrari, *RabelsZ* 71 (2007), 52, 57.

¹⁸⁵ Eiselen, in: DiMatteo (Hrsg.), *International Sales Law, A Global Challenge*, 613, 627; Gruber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 28, Rn. 1; Unberath, *Vertragsverletzung*, 268 ff.

¹⁸⁶ Siehe hierzu bereits Rabel, *RabelsZ* 9 (1935), 1, 69: „Diese entgegengesetzten Grundauffassungen lassen sich nicht ausrotten und nicht verschmelzen“; *denselben*, 5 U. Chi. L. Rev. 1938, 543, 559 f.

¹⁸⁷ Rabel, *RabelsZ* 9, (1935), 1, 69 f.; siehe auch zu Art. 16 ULIS, Reinhart, in: Dölle (Hrsg.), EKG, Kommentar, 1976, Art. 16, Rn. 1.

¹⁸⁸ So treffend Kearney, 81 *Am. J. Int. L.* (1987), 724, 730.

¹⁸⁹ Farnsworth, 27 *Am. J. Comp. L.* (1979), 247, 249 f.; Freund, *Erfüllungszwang*, 374: „Charakterlosigkeit“; Medicus, in: Basedow (Hrsg.), *Europäische Rechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 179, 190; Heuzé, n° 410: „Une telle solution [...] est certainement regrettable“.

¹⁹⁰ Unberath, *Vertragsverletzung*, 270.

¹⁹¹ Magnus, in: FS Institut für Rechtsvergleichung, 89, 96: „klug und weitsichtig“.

¹⁹² Siehe etwa für das Verhältnis zwischen UCC und Art. 28 CISG, Lookofsky, *Understanding the CISG*, 120: „Art. 28 hardly placed a significant limit on Art. 46“; siehe auch Müller-Chen, *Folgen der Vertragsverletzung*, 93.

¹⁹³ So werden etwa nur sechs Entscheidungen im UNCITRAL Digest 2016, Art. 28 zitiert; siehe auch Freund, *Erfüllungszwang*, 374 f.; Magnus, 3 *J. Civ. L. Stud.* (2010), 67, 77; *ders.*, in: FS Institut für Rechtsvergleichung, 89, 96.

im Ermessen des Gerichts handelt, berührt die Norm nicht die Grundlagen des Haftungssystems des CISG.¹⁹⁴

II. Die Unmöglichkeit der Naturalerfüllung im CISG

Die Regelung der Unmöglichkeit der Naturalerfüllung im CISG (1.) sowie ihre konkreten Rechtsfolgen (2.) sollen in der Folge kurz skizziert werden.

1. Die Regelung der Unmöglichkeit der Naturalerfüllung im CISG

Die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der Leistung fallen grundsätzlich in den Regelungsbereich des CISG.¹⁹⁵ Die Unmöglichkeit der Leistung zählt als Vertragsverletzung zur Regelung der Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Kaufvertrag gemäß Art. 4 S. 1 CISG.¹⁹⁶ Dies gilt auch für die anfängliche Unmöglichkeit, die in einigen Rechtsordnungen als Wirksamkeitshindernis angesehen wird.¹⁹⁷ Aus Art. 68 S. 3 CISG sowie Art. 79 Abs. 1 CISG folgt,¹⁹⁸ dass das Übereinkommen von der Wirksamkeit des Vertrages trotz anfänglicher Unmöglichkeit ausgeht.¹⁹⁹ Nationale Regelungen zur Unwirksamkeit des Vertrages bei anfänglicher Unmöglichkeit können daher auch nicht im Rahmen von Art. 4 S. 2 lit. a CISG zur Anwendung kommen.²⁰⁰ Die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit sind folglich ohne Rückgriff auf das nationale Recht allein anhand des Übereinkommens zu bestimmen.

Die Unmöglichkeit der Leistung ist allerdings selbst keine Kategorie des CISG.²⁰¹ Im Zentrum des Haftungssystems des Übereinkommens steht hingegen der einheitliche Begriff der Vertragsverletzung,²⁰² der alle Arten der

¹⁹⁴ *Unberath*, Vertragsverletzung, 270.

¹⁹⁵ *Bach/Stieber*, IHR 2006, 59, 60.

¹⁹⁶ *Bach/Stieber*, IHR 2006, 59, 60.

¹⁹⁷ Siehe etwa für das französische Recht, Art. 1163 al. 2 C. civ. sowie speziell für das Kaufrecht Art. 1601 al. 1 C. civ.: „Si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle“; siehe für das deutsche Recht vor der Schuldrechtsreform § 306 BGB a.F.: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.“

¹⁹⁸ Art. 68 S. 3 CISG: „Wenn dagegen der Verkäufer bei Abschluß des Kaufvertrages wußte oder wissen mußte, daß die Ware untergegangen oder beschädigt war, und er dies dem Käufer nicht offenbart hat, geht der Untergang oder die Beschädigung zu Lasten des Verkäufers.“

¹⁹⁹ *Keil*, Haftungsbefreiung, 120; *Magnus*, in: Staudinger, BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 68, Rn. 22, Art. 79, Rn. 17, 33; *Schlechtriem/Witz*, n°373.

²⁰⁰ *Schlechtriem/Witz*, n°373; andere Ansicht *Marchand*, *Limites*, 202.

²⁰¹ *Fischer*, Unmöglichkeit, 37; *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 46, Rn. 20; *Salger*, in: *Witz/Salger/Lorenz*, International Einheitliches Kaufrecht, Kommentar, Art. 45, Rn. 4.

²⁰² *Benicke*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 45, Rn. 1; *Fischer*, Unmöglichkeit, 37; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 45, Rn. 4; *Ziegler*, Leistungsstörungenrecht, 29.

Vertragsverletzungen erfasst und grundsätzlich denselben Rechtsfolgen unterwirft.²⁰³ Die Unmöglichkeit der Leistung stellt dabei lediglich eine Variante der Vertragsverletzung in Form der Nichtleistung dar.²⁰⁴ Erwähnung findet die Unmöglichkeit daher allenfalls beiläufig,²⁰⁵ ohne dass dem Übereinkommen ein einheitliches Konzept der Unmöglichkeit zugrunde läge.²⁰⁶

Gewisse Überschneidungen mit der Unmöglichkeit der Leistung weist der Befreiungstatbestand gemäß Art. 79 CISG auf.²⁰⁷ Die Konzepte sind jedoch nicht deckungsgleich. Während der Begriff der Unmöglichkeit grundsätzlich auch die selbst zu vertretene Leistungsverweigerung erfasst, erstreckt sich der Anwendungsbereich von Art. 79 CISG über die Unmöglichkeit im engeren Sinne hinaus auf Leistungshindernisse die jenseits der Zumutbarkeitsgrenze liegen (*cannot be reasonably expected to overcome*),²⁰⁸ was nach der überwiegenden Ansicht auch Fälle von erheblichen Preissteigerungen (*hardship*) einschließt.²⁰⁹ Sind die Voraussetzungen von Art. 79 Abs. 1 CISG bei Unmöglichkeit der Leistung erfüllt, ist der Schuldner gemäß Art. 79 Abs. 5 CISG von der Schadensersatzpflicht befreit. Anders als die Vorgängerregelung in Art. 74 ULIS²¹⁰ bietet Art. 79 Abs. 1, Abs. 5 CISG demgegenüber keinen direkten Aufschluss hinsichtlich des Schicksals des Naturalerfüllungsanspruchs gemäß Art. 45 Abs. 1 lit. a, Art. 46 Abs. 1 CISG. Ein Antrag der

²⁰³ Fischer, Unmöglichkeit, 41; Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 45, Rn. 4 f.; Müller-Chen, Folgen der Vertragsverletzung, 67.

²⁰⁴ Müller-Chen, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 45, Rn. 5; siehe hierzu bereits Rabel, *RabelsZ* 9 (1935), 1, 65: „Der Begriff der Unmöglichkeit der Leistung verliert die ungesunde Wichtigkeit, die er im BGB hat.“

²⁰⁵ S. Art. 66, 68 S. 3, Art. 82 Abs. 1, Art. 84 Abs. 2 CISG.

²⁰⁶ Fischer, Unmöglichkeit, 27.

²⁰⁷ Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 46, Rn. 26.

²⁰⁸ Mankowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 38.

²⁰⁹ CISG-AC, Opinion no. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Garro, Comment 26, n° 28; CISG-AC, Opinion no. 20, Hardship under the CISG, Rapporteur: Muñoz, Rule 4; Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 21; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 24a; Mankowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 38; Mazzacano, Exemptions, 103; Schwenzer, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 30; andere Ansicht DiMatteo, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze (Hrsg.), International Sales Law, Chapter 22, Rn. 32; Stoll, in: Schlechtriem (Hrsg.), Fachtagung, 257, 274; Tallon, in: Bianca/Bonell (Hrsg.), CISG, Commentary, 1987, Art. 79, n° 3.1.2; für die Anwendung des internen nationalen Rechts hingegen, Bach, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 79, Rn. 36; Lookofsky, 25 *J.L. & Com.* (2005–2006), 87, 102.

²¹⁰ Stoll, in: Dölle (Hrsg.), EKG, Kommentar, 1976, Art. 74, Rn. 116.

deutschen Delegation, die Befreiungsregelung ausdrücklich auf den Erfüllungsanspruch zu erstrecken, fand keine Mehrheit.²¹¹

Erwähnung findet die Unmöglichkeit in Art. 66 CISG, demzufolge der Käufer bei Untergang der Ware nach Gefahrübergang nicht von der Kaufpreiszahlungspflicht frei wird, es sei denn der Untergang beruht auf dem Verhalten des Verkäufers. Der Käufer trägt also mit Gefahrübergang gemäß Art. 66 ff. CISG sowohl die Preisgefahr²¹² als auch die nicht ausdrücklich im Übereinkommen geregelte Leistungsgefahr.²¹³

2. Die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit im CISG

Für die Rechtsfolgen der Leistungsverweigerung der Warenlieferung ist zwischen dem Schicksal der Lieferpflicht des Verkäufers (a) und der Kaufpreiszahlungspflicht des Käufers (b) zu differenzieren.

a) Der Anspruch des Käufers auf Lieferung der Kaufsache

Die Frage des Fortbestands des Erfüllungsanspruchs bei Unmöglichkeit stellt eine Lücke im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG dar (aa), die anhand der allgemeinen Grundsätze des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG auszufüllen ist (bb).

aa) Lücke im CISG im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG

Da die Unmöglichkeit der Leistung im Einheitstatbestand der Vertragsverletzung aufgeht, überrascht es nicht, dass das CISG keine ausdrückliche Regelung über das Schicksal des Leistungsanspruchs im Fall der Unmöglichkeit vorsieht. Während Art. 79 Abs. 5 CISG sich nach seinem Wortlaut und seiner Entstehungsgeschichte auf Schadensersatzansprüche beschränkt,²¹⁴ regelt Art. 66 CISG a. E. lediglich den Wegfall der Gegenleistung nach Übergang der Preisgefahr im Falle der Verantwortlichkeit des Verkäufers. Das Schicksal des Erfüllungsanspruchs bei Unmöglichkeit ist also eine nicht entschiedene Frage.²¹⁵

Eine Ausfüllung dieser Lücke scheitert auch nicht an einem entgegenstehenden Willen der Verfasser des Übereinkommens. Ein solcher Wille kann jedenfalls nicht aus der Ablehnung des deutschen Antrags hergeleitet werden, den Erfüllungsanspruch in die Befreiung gemäß Art. 79 Abs. 5 CISG aufzu-

²¹¹ Official Records, 385.

²¹² *Erauw*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 66, para. 7; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 536.

²¹³ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 66, Rn. 15; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, §4-289.

²¹⁴ Siehe zur Ablehnung des deutschen Antrags bereits oben, S. 174 f.

²¹⁵ *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 33; kritisch *Schlechtriem*, in: FS Sonnenberger, 125, 126: „Fehler“.

nehmen.²¹⁶ Die Gründe für die Ablehnung sind nicht hinreichend deutlich und zum Teil missverständlich.²¹⁷ Auch die Delegierten, die den Antrag ablehnten, gingen davon aus, dass ein Erfüllungsanspruch bei Unmöglichkeit nicht geltend gemacht und auch nicht zugesprochen würde.²¹⁸ So begründete etwa der französische Delegierte *Plantard* seine Ablehnung damit, dass ein Erfüllungsanspruch bei Unmöglichkeit ohnehin nicht gegeben sei.²¹⁹ Die Diskussion gibt daher nur Aufschluss über den Anwendungsbereich von Art. 79 Abs. 5 CISG selbst, nicht über den Fortbestand des Erfüllungsanspruchs insgesamt.²²⁰

bb) Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG

Die Frage des Fortbestands des Erfüllungsanspruchs gemäß Art. 45, 46 Abs. 1 CISG bei Unmöglichkeit ist daher anhand der allgemeinen Grundsätze des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG zu beantworten. Dabei soll zwischen objektiver (1) und subjektiver Unmöglichkeit (2) unterschieden werden.

(1) Objektive Unmöglichkeit

Für die objektive Unmöglichkeit werden Lösungen über Art. 28 CISG, Art. 79 Abs. 5 CISG analog sowie über allgemeine Grundsätze gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG vorgeschlagen.

Eine weit verbreitete Ansicht löst den Fortbestand des Erfüllungsanspruchs über Art. 28 CISG.²²¹ Die Frage, ob trotz Unmöglichkeit ein Erfüllungsanspruch fortbesteht, richtete sich demzufolge nach der *lex fori*. Das Gericht ist dann nur zur Verurteilung zur Naturalerfüllung gezwungen, wenn es dies auch bei einem dem nationalen Kaufrecht unterliegenden Vertrag täte.²²² Der Weg über Art. 28 CISG ist mit der überwiegenden Ansicht abzulehnen.²²³ Zum einen

²¹⁶ *Bach/Stieber*, IHR 2006, 59, 61 f.

²¹⁷ *Lautenbach*, Haftungsbefreiung, 17; andere Ansicht *Fischer*, Unmöglichkeit, 117 f.

²¹⁸ *Schlechtriem*, Uniform Sales Law, 103.

²¹⁹ Official Records, 384, n° 26: „Art. 65 provided for cases where performance was impossible; where that was so, there was little sense in referring to the case where a party might wish to force the other party to perform, since performance was impossible by definition.“

²²⁰ *Bach/Stieber*, IHR 2006, 59, 62; andere Ansicht *Herber/Czerwenka*, UN-Kaufrecht, Kommentar, 1991, Art. 79, Rn. 23.

²²¹ Secretariat Commentary, Art. 65, para. 9; *Flambouras*, 13 Pace Intl'l L. Rev. (2001), 261, 275 f.; *Lando*, in: Bianca/Bonell (Hrsg.), CISG, Commentary, 1987, Art. 28, n° 2.2; *Herber/Czerwenka*, UN-Kaufrecht, Kommentar, 1991, Art. 79, Rn. 23; *Honnold/Flechtner*, para. 435; *Keil*, Haftungsbefreiung, 42; *Neumayer/Ming*, Convention de Vienne, Commentaire, 1993, Art. 46, n° 2; *Weber*, in: Bucher (Hrsg.), Wiener Kaufrecht, 165, 176; *Zeller*, Damages, 180 f.

²²² Siehe hierzu ausführlich oben, S. 172.

²²³ *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 30; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG,

setzt Art. 28 CISG nach seinem Wortlaut bereits voraus, dass nach dem Übereinkommen ein Anspruch auf Naturalerfüllung besteht.²²⁴ Gerade die Fortexistenz des Erfüllungsanspruchs im CISG steht hier allerdings in Frage. In diesem Rahmen muss das Übereinkommen daher zunächst sein Leistungsstörungenrecht selbst regeln, bevor auf Art. 28 CISG zurückgegriffen werden kann.²²⁵ Art. 28 CISG sollte nicht zum Einfallstor für nationales Leistungsstörungenrecht werden. Zum anderen eröffnet Art. 28 CISG dem Gericht lediglich ein Ermessen, den Anspruch auf Naturalerfüllung nicht zuzusprechen, wenn es dies nach der *lex fori* in gleichartigen Fällen nicht täte.²²⁶ Das Gericht wäre allerdings nicht daran gehindert die Naturalerfüllung trotzdem zuzusprechen.²²⁷ Art. 28 CISG kann daher aufgrund dieses Ermessens die Frage der Unmöglichkeit der Naturalerfüllung nicht angemessen lösen. Letztlich würde eine Lösung über Art. 28 CISG dem Gebot der einheitlichen Auslegung des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG widersprechen, da es die Entscheidung über den Fortbestand des Erfüllungsanspruchs der *lex fori* überließe.²²⁸

Zum Teil wird das Problem der Unmöglichkeit des Erfüllungsanspruchs durch erweiternde Auslegung oder Analogie zur Befreiungsregelung des Art. 79 Abs. 5 CISG gelöst.²²⁹ Art. 79 Abs. 5 CISG wird dann so ausgelegt, dass er neben Schadensersatzansprüchen auch Erfüllungsansprüche erfasst. Diese Regelung ist indes nicht zur Problemlösung geeignet, denn ihre Aussagekraft für den Fortbestand des Erfüllungsanspruchs ist in doppelter Hinsicht

8. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 18; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 59; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 9; *Müller-Chen*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 28, para. 13; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 53.

²²⁴ *Bach/Stieber*, IHR 2006, 59, 63; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 9.

²²⁵ *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 30; *Ulrich Huber*, in: Schlechtriem (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht, 199, 207.

²²⁶ *Björklund*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 28, para. 19; *Ferrari*, *RabelsZ* 71 (2007), 52, 57; *Lando*, in: Bianca/Bonell (Hrsg.), CISG, Commentary, 1987, Art. 28, n°2.1; *Lookofsky*, *Understanding the CISG*, 120.

²²⁷ *Ferrari*, *RabelsZ* 71 (2007), 52, 57.

²²⁸ *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 33; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 9; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 53.

²²⁹ *Brunner*, *Force Majeure*, 360 ff.; *Fischer*, *Unmöglichkeit*, 119 ff.; *Honnold/Flechtner*, Rn. 435.5; *Ulrich Huber*, in: Schlechtriem (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht, 199, 206; *Müller-Chen*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 28, para. 14; *Slechtriem*, *Uniform Sales Law*, 103.

begrenzt. Zum einen erfasst die Regelung bewusst nur Schadensersatzansprüche.²³⁰ Die von den Delegierten geäußerten Bedenken sind zwar zu Recht als missverständlich²³¹ oder weitgehend unbegründet bezeichnet worden.²³² Dennoch ist die Entscheidung der Verfasser jedenfalls bei der Anwendung von Art. 79 Abs. 5 CISG zu achten,²³³ auch wenn ihr keine allgemeinen Erkenntnisse über den Fortbestand des Erfüllungsanspruchs entnommen werden können. Zum anderen ist Art. 79 Abs. 5 CISG lediglich anwendbar, wenn eine Befreiung gemäß Art. 79 Abs. 1–3 CISG vorliegt. Andernfalls ergibt sich auch bei erweiternder Auslegung des Art. 79 Abs. 5 CISG kein Erlöschen des Erfüllungsanspruchs.²³⁴ Eine Anwendung des Art. 79 CISG löst damit das Problem der Unmöglichkeit der Leistung nur unzureichend, da die Fälle der zu vertretenen Unmöglichkeit nicht erfasst werden.²³⁵

Dass der Erfüllungsanspruch bei tatsächlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit erlischt, ergibt sich in Übereinstimmung mit der überwiegenden Ansicht aus den allgemeinen Grundsätzen des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG.²³⁶ Insbesondere kann dem CISG ein Grundsatz mit dem Gehalt *impossibilium nulla est obligatio* entnommen werden.²³⁷ Für eine Beschränkung des Erfüllungsanspruchs im Sinne dieses Grundsatzes finden sich verschiedene Anknüpfungspunkte im Übereinkommen.²³⁸ Nach Art. 46 Abs. 1 Hs. 2 CISG kann die Naturalerfüllung nicht verlangt werden, wenn sie mit einem Rechtsbehelf des Käufers unvereinbar ist.²³⁹ Art. 46 Abs. 3 CISG versagt den Nachbesserungsanspruch in unzumutbaren Fällen.²⁴⁰ Gegen diese Begrenzungen der Zumutbarkeit für den Schuldner verstieße erst recht auch das Erfüllungs-

²³⁰ Bach/Stieber, IHR 2006, 59, 62.

²³¹ Lautenbach, Haftungsbefreiung, 17.

²³² Brunner, Force Majeure, 361 f.; Fischer, Unmöglichkeit, 119 ff.

²³³ Ziegler, Leistungsstörungenrecht, 150.

²³⁴ Atamer, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 32.

²³⁵ Atamer, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 32.

²³⁶ Bach/Stieber, IHR 2006, 59, 62.

²³⁷ Bach/Stieber, IHR 2006, 59, 62 f.; Benicke, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 46, Rn. 7; Mankowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 8; im Ergebnis ebenso Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 59.

²³⁸ Atamer, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 34.

²³⁹ Atamer, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 34; Mankowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 9.

²⁴⁰ Atamer, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 34; Mankowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 9.

verlangen trotz Unmöglichkeit. Hiervon gingen auch die Verfasser der Konvention aus.²⁴¹ Weitere Argumente für eine Beschränkung der Naturalerfüllung finden sich in Art. 82, 84 Abs. 2 lit. b CISG.²⁴² Diese Normen gehen implizit davon aus, dass bei Unmöglichkeit der Rückgabe der Ware keine Rückabwicklung stattfindet.²⁴³ Schließlich wird auf die Regelungen des Gefahrübergangs²⁴⁴ sowie auf die in Art. 79, 80 CISG enthaltenen Wertungen verwiesen, denen eine Opfergrenze für den Schuldner entnommen werden könne.²⁴⁵ Die Gesamtschau dieser Bestimmungen ergibt, dass sich dem CISG der allgemeine Grundsatz *impossibilium nulla est obligatio* entnehmen lässt und der Erfüllungsanspruch bei objektiver Unmöglichkeit erlischt.

(2) Subjektive Unmöglichkeit

Anders stellt sich das Meinungsbild für die subjektive Unmöglichkeit dar. Subjektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn der Schuldner die Leistung zwar nicht selbst und auch nicht unter Hinzuziehung von Dritten erbringen kann, die Leistung aber nicht für jedermann unmöglich ist.²⁴⁶ Sie liegt vor, wenn ein Dritter als Eigentümer der geschuldeten Speziessache nicht zur Veräußerung bereit ist, scheidet hingegen aus, wenn der Verkäufer die Ware am Markt oder von einem Dritten beschaffen kann.²⁴⁷ Nicht subjektive Unmöglichkeit, sondern eine bloße Leistungserschwerung liegt vor,²⁴⁸ wenn der Schuldner zwar derzeit nicht zu leisten vermag, sich aber in die Lage der Leistungsfähigkeit versetzen könnte.²⁴⁹

Die weit überwiegende Ansicht geht davon aus, dass der Anspruch auf Naturalerfüllung trotz subjektiver Unmöglichkeit grundsätzlich bestehen bleibt.²⁵⁰

²⁴¹ Official Records, 384.

²⁴² *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 34.

²⁴³ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 79, Rn. 69.

²⁴⁴ *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 53.

²⁴⁵ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 18.

²⁴⁶ Siehe zum Begriff im deutschen Recht, *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 275, Rn. 56e; *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, 54. Edn. 2020, § 275, Rn. 45; *Riehm*, in: BeckOGK-BGB, 1.2.2020, § 275, Rn. 128.

²⁴⁷ *Riehm*, in: BeckOGK-BGB, 1.2.2020, § 275, Rn. 134.

²⁴⁸ So treffend *Bach/Stieber*, IHR 2006, 59, 65, Fn. 60; siehe auch für das deutsche Recht, *Riehm*, in: BeckOGK-BGB, 1.2.2020, § 275, Rn. 128.

²⁴⁹ So auch ausdrücklich *Bach/Stieber*, IHR 2006, 59, 65; anderes Begriffsverständnis wohl bei *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 46, Rn. 27, der davon ausgeht, dass subjektive Unmöglichkeit auch bei für den Schuldner überwindbaren Leistungshindernissen vorliegen kann, wie etwa der Beschaffung der Ware bei einem Dritten.

²⁵⁰ *Achilles*, CISG, Kommentar, 2. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 16; *Akikol/Bürki*, in: Brunner (Hrsg.), UN-Kaufrecht, 2. Auflage 2014, Art. 46, Rn. 14; *Benicke*, in: Münchener

Dabei wird zum Teil davon ausgegangen, dass in entsprechender Anwendung von Art. 79 Abs. 1 CISG die Durchsetzbarkeit des Anspruchs entfallen kann.²⁵¹ Nach anderer Ansicht ist die subjektive der objektiven Unmöglichkeit gleichzustellen, so dass der Erfüllungsanspruch auch in diesem Fall als erloschen anzusehen sei.²⁵²

Die von der überwiegenden Meinung vorgenommene Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit findet keinen Rückhalt in den Grundsätzen des CISG.²⁵³ Vielmehr sollte zwischen für den Schuldner überwindbaren und unüberwindbaren Leistungshindernissen unterschieden werden.²⁵⁴ Wo sich das Übereinkommen selbst zur Unmöglichkeit der Leistung verhält, wird diese in der Regel im Hinblick auf die Person des Schuldners beurteilt. So wird im Rahmen der Auslegung des Wortes Untergang²⁵⁵ in Art. 66 CISG allgemein auch der Diebstahl der Ware²⁵⁶ oder die irrtümliche Fehlzustellung durch die Transportperson gefasst,²⁵⁷ die jeweils Fälle der subjektiven Unmöglichkeit darstellen dürften.²⁵⁸ Für eine Gleichstellung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit streitet auch der Vergleich zu Art. 82 Abs. 1, Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG. Art. 82 Abs. 1 CISG spricht davon, dass es „(dem Käufer) unmöglich ist, die Ware [...] zurückzugeben“.²⁵⁹ Dies wird durch den Regelungszusammenhang bestätigt, denn Art. 82 Abs. 2 lit. c

Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 46, Rn. 8; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 46, Rn. 27; *Müller-Chen*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 12; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, §4-252; *Saenger*, in: BeckOK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 46, Rn. 3; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 54.

²⁵¹ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 46, Rn. 27; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 54.

²⁵² *Bach/Stieber*, IHR 2006, 59, 65; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 10.

²⁵³ *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 10.

²⁵⁴ So insbesondere *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 79, Rn. 69.

²⁵⁵ Vgl. auch die englische (*loss*) und die französische Fassung (*perte*).

²⁵⁶ *Benicke*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 3. Auflage 2013, Art. 66, Rn. 3; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 66, Rn. 6.

²⁵⁷ *Erauw*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 66, para. 29; *Hachem*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 66, para. 5; *Schönle/Koller*, in: Honsell (Hrsg.), Kommentar, Art. 66, Rn. 17.

²⁵⁸ So jedenfalls für das deutsche Recht für die Herausgabe der eingelagerten Ware an die falsche Person, *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 275, Rn. 59; *Riehm*, in: BeckOGK-BGB, 1.2.2020, § 275, Rn. 132; für den Diebstahl, *Benicke*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 46, Rn. 8.

²⁵⁹ Siehe insbesondere auch die englische Fassung („impossible for him“).

CISG erfasst ausdrücklich den Fall der Weiterveräußerung der Sache im Geschäftsverkehr des Käufers, mithin, wenn überhaupt, einen Fall der subjektiven Unmöglichkeit. Die besseren Gründe sprechen daher für das Erlöschen des Erfüllungsanspruchs auch im Fall der lediglich subjektiven Unmöglichkeit. Liegt indes eine überwindbare Leistungerschwerung vor, bleibt der Erfüllungsanspruch bestehen, soweit die Opfergrenze des Art. 79 Abs. 1 CISG nicht erreicht ist.²⁶⁰

Ungeachtet des Erlöschens des Erfüllungsanspruchs gemäß Art. 45, 46 CISG verbleiben dem Käufer grundsätzlich die übrigen Rechtsbehelfe gemäß Art. 45 CISG. Der Schadensersatzanspruch gemäß Art. 45 Abs. 1 lit. b, Art. 74–77 CISG steht freilich unter dem Vorbehalt einer Befreiung des Schuldners gemäß Art. 79 Abs. 1 CISG.

b) Der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises

Erlischt der Anspruch auf Lieferung der Ware wegen Unmöglichkeit, stellt sich die Frage, ob spiegelbildlich der Anspruch auf Kaufpreiszahlung entfallen sollte.²⁶¹ Auch diesbezüglich hüllt sich das CISG in Schweigen.²⁶² Im Ergebnis wird der Käufer grundsätzlich von der Kaufpreiszahlung befreit (aa). Seine Zahlungspflicht besteht nur ausnahmsweise fort (bb).

aa) Grundsätzliche Befreiung des Käufers von der Zahlungspflicht

Es besteht Einigkeit, dass grundsätzlich bei Unmöglichkeit der Lieferung der Ware auch die Zahlungspflicht des Käufers entfallen muss. Zur Begründung dieses Ergebnisses haben sich drei Ansichten gebildet.

Vereinzelt wurde vorgeschlagen, dass mit Wegfall der Leistung auch der Vertrag in seiner Gesamtheit entfällt.²⁶³ Dem steht jedoch entgegen, dass ein solcher Wegfall des Vertrages einer gesetzlichen Grundlage entbehrt. In der Regel entspricht ein gänzlicher Wegfall des Vertrages auch nicht den Interessen der Parteien, insbesondere wenn Nebenpflichten oder sonstige Abreden bestehen, die trotz Unmöglichkeit der Leistung relevant bleiben.²⁶⁴ Nach einer anderen Ansicht soll daher lediglich die Gegenleistung des Käufers *ipso iure* entfallen, soweit der Verkäufer selbst infolge der Unmöglichkeit nicht

²⁶⁰ *Bach/Stieber*, IHR 2006, 59, 65, Fn. 60.

²⁶¹ So etwa die deutsche Regelung in § 326 Abs. 1 S. 1 BGB.

²⁶² *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 19a.

²⁶³ *Tallon*, in: Bianca/Bonell (Hrsg.), CISG, Commentary, 1987, Art. 79, n° 2.10.2.

²⁶⁴ *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 9.

leisten muss.²⁶⁵ Dies wird aus der synallagmatischen Interdependenz der Leistungspflichten hergeleitet,²⁶⁶ soweit nicht eine vorrangige Wertung gemäß Art. 66, 79, 80 CISG zu achten ist.²⁶⁷

Nach der dritten Lösung bleibt der Anspruch auf Kaufpreiszahlung grundsätzlich zunächst vom Erlöschen des Erfüllungsanspruchs unberührt.²⁶⁸ Der Käufer kann sich der Pflicht zur Kaufpreiszahlung allerdings durch die Vertragsaufhebung entledigen.²⁶⁹ Ist eine Vorleistungspflicht nicht vereinbart, so wird der Kaufpreisanspruch gemäß Art. 58 Abs. 1 S. 1 CISG ohnehin erst bei Lieferung der Ware fällig.²⁷⁰ Ein Zurückbehaltungsrecht ergibt sich darüber hinaus aus Art. 71 Abs. 1 lit. a CISG, wenn bereits vor Fälligkeit feststeht, dass der Verkäufer seine Lieferpflicht nicht erfüllen wird.²⁷¹ Obwohl der Kaufpreisanspruch damit nach dieser Ansicht rechtlich zunächst bestehen bleibt, kann sich der Käufer seiner Zahlungspflicht sowohl durch die Einreden gemäß Art. 58 Abs. 1 S. 1, Art. 71 Abs. 1 lit. a CISG als auch durch die Aufhebung des Vertrages gemäß Art. 49 Abs. 1 lit. a, Art. 25 CISG oder gemäß Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG nach Setzung einer Nachfrist entziehen. Hat er den Kaufpreis bereits entrichtet, kann er nach Erklärung der Vertragsaufhebung gemäß Art. 81 Abs. 2 CISG Rückzahlung verlangen. Vorzugswürdig erscheint die letztgenannte Ansicht. Durch die Erforderlichkeit einer Aufhebungserklärung wird die Rechtssicherheit gewährleistet. Darüber hinaus spricht auch die Entscheidung gegen einen automatischen Wegfall des Vertrages in der Entstehungsgeschichte dafür, eine Vertragsaufhebungserklärung für das Erlöschen des Zahlungsanspruchs zu verlangen, da der Käufer über die Zurückbehaltungsrechte des Übereinkommens hinreichend geschützt ist.

Unabhängig von der gewählten Begründung muss der Käufer im Ergebnis die Gegenleistung nicht erbringen, wenn die Leistungspflicht des Verkäufers wegen Unmöglichkeit entfällt. Hiervon gibt es zwei wichtige Ausnahmen, die in der Folge kurz dargestellt werden sollen.

²⁶⁵ Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 63; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 16; *Saenger*, in: BeckOK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 79, Rn. 11.

²⁶⁶ Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 63; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 16; *Saenger*, in: BeckOK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 79, Rn. 11.

²⁶⁷ Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 64.

²⁶⁸ *Bach/Stieber*, IHR 2006, 59, 64; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 20.

²⁶⁹ *Bach/Stieber*, IHR 2006, 59, 64; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 20.

²⁷⁰ Siehe hierzu *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 58, Rn. 10.

²⁷¹ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, Art. 71, Rn. 15; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 71, Rn. 24; jeweils mit Verweis auf Fälle der Unmöglichkeit der Leistung.

bb) Ausnahmen von der Befreiung von der Zahlungspflicht

Der Kaufpreisanspruch des Verkäufers kann trotz Erlöschen des Erfüllungsanspruchs des Käufers ausnahmsweise bestehen bleiben, wenn der Käufer gemäß Art. 80 CISG für die Unmöglichkeit verantwortlich ist.²⁷² Gemäß Art. 80 CISG kann sich eine Partei nicht auf die Nichterfüllung von Pflichten durch die andere Partei berufen, soweit sie diese selbst verursacht hat. Der Käufer verliert also in diesem Fall grundsätzlich sowohl seine Zurückbehaltungsrechte gemäß Art. 58 Abs. 1 S. 1, Art. 71 Abs. 1 lit. a CISG²⁷³ als auch das Aufhebungsrecht gemäß Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG.²⁷⁴ Er muss selbst den vereinbarten Kaufpreis zahlen, als sei die Ware vertragsgemäß geliefert worden.²⁷⁵ Da dies zu einer unbilligen Begünstigung des Verkäufers führen kann, muss sich der Verkäufer nach allgemeiner Ansicht auf den Kaufpreisanspruch dasjenige anrechnen lassen, das er durch das Unterbleiben der Leistung erspart hat.²⁷⁶

Die Kaufpreiszahlungspflicht des Käufers bleibt auch bestehen, wenn die Ware untergeht, nachdem die Preisgefahr gemäß Art. 66 CISG auf den Käufer übergegangen ist. Hiervon bestehen wiederum zwei Rückausnahmen, nämlich wenn der Untergang der Ware gemäß Art. 66 CISG a.E. vom Verkäufer verursacht wurde²⁷⁷ oder wenn der Verkäufer gemäß Art. 25, 70 CISG eine wesentliche Vertragsverletzung begangen hat.²⁷⁸

²⁷² *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 80, para. 16; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 80, Rn. 12; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 80, Rn. 8.

²⁷³ OGH, 6.2.1996, CISG-online Nr. 224; *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 80, para. 12; *Slechtriem/Schroeter*, Rn. 689; *Schwenzer/Manner*, in: FS Kritzer, 470, 478.

²⁷⁴ OGH, 22.11.2011, CISG-online Nr. 2239; OLG Düsseldorf, 18.11.1993, CISG-online Nr. 92; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 80, Rn. 7; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 80, Rn. 8; siehe für den umstrittenen Fall der beidseitigen Verursachung, *Schwenzer/Manner*, in: FS Kritzer, 470, 478.

²⁷⁵ *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 80, para. 15; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 80, Rn. 18.

²⁷⁶ *Atamer*, in: Kröll/Mistelis, Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, 2. Auflage 2018, Art. 80, para. 16; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 80, Rn. 18; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 80, Rn. 12; *Saenger*, in: FS Magnus, 291, 296; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 80, Rn. 8; kritisch hinsichtlich der Herleitung über die Auslegung von Art. 80 CISG, *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 80, Rn. 21.1.

²⁷⁷ OLG Koblenz, 14.12.2006, IHR 2007, 36 f.; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 66, Rn. 12.

III. Zwischenergebnis

Der Käufer hat grundsätzlich gemäß Art. 45 Abs. 1 lit. a, Art. 46 Abs. 1 CISG einen Anspruch auf Naturalerfüllung, der lediglich unter dem Vorbehalt von Art. 28 CISG steht. Dieser Anspruch erlischt allerdings bei Unmöglichkeit der Warenlieferung aufgrund des allgemeinen Grundsatzes *impossibilium nulla est obligatio*. Dem Käufer verbleibt vorbehaltlich der Art. 79, 80 CISG ein Schadensersatzanspruch und er kann sich in der Regel durch die Vertragsaufhebung und seine Zurückbehaltungsrechte von der Kaufpreiszahlungspflicht befreien, soweit sich nicht aus Art. 66, 80 CISG etwas anderes ergibt. Diese Regelung der Unmöglichkeit bildet den normativen Hintergrund der Diskussion um die Ersatz- und Erlösherausgabe bei Leistungsverweigerung im CISG.

C. Ersatz- und Erlösherausgabe bei Leistungsverweigerung im CISG

Das CISG erwähnt weder einen Anspruch auf das stellvertretende *commodum* noch einen sonstigen Anspruch auf Ersatz- oder Erlösherausgabe wegen einer Vertragsverletzung ausdrücklich.²⁷⁹ Dennoch erkennt die überwiegende Meinung einen solchen Anspruch in bestimmten Fällen an. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur soll zunächst vorgestellt werden (I.), bevor begründet werden soll, dass die Verteilung von Ersatz und Erlös bei Leistungsverweigerung eine nicht entschiedene Frage im Regelungsbereich des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG darstellt (II.), die anhand der allgemeinen Grundsätze des Übereinkommens gefüllt werden kann (III.). Ein Rückgriff auf das anwendbare interne Kaufrecht gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG scheidet daher aus (IV.).

I. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Bevor der Meinungsstand im Schrifttum vorgestellt wird (2.), sollen die viel besprochenen Entscheidungen des israelischen *Supreme Court* in der Sache *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*²⁸⁰ dargestellt werden (1.).

²⁷⁸ Peter Huber, in: Huber/Mullis, CISG, 317; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 66, Rn. 11.

²⁷⁹ Hartmann, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 42.

²⁸⁰ *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235, 277.

1. *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*

Die Entscheidungen in der Sache *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH* sollen kurz vorgestellt werden (a), bevor auf ihre Rezeption im Schrifttum eingegangen werden soll (b).

a) *Die Entscheidungen des israelischen Supreme Court*

Der meistbesprochene Fall zur Herausgabe eines Veräußerungserlöses im Einheitsrecht ist die zweite Entscheidung des israelischen *Supreme Court* in der Rechtssache *Adras Building Material Ltd v. Harlow v Jones GmbH*.²⁸¹ Die Entscheidung ist zwar zum ULIS ergangen, wirft allerdings im Wesentlichen die gleichen Probleme wie bei Anwendung des CISG auf.²⁸²

Die Verkäuferin mit Sitz in Deutschland schloss mit dem Käufer mit Sitz in Israel einen Kaufvertrag über 7000 t Stahl ab. Sie teilte dem Käufer mit, sie habe den Stahl aus Polen erhalten und lieferte den Großteil der Ware. Nach Ausbruch des Yom-Kippur-Kriegs im Jahr 1973 verkaufte und lieferte die Verkäuferin den restlichen Stahl zu einem höheren Preis an einen Dritten und lehnte eine Lieferung an den Käufer ab. Der Käufer verlangte daraufhin Schadensersatz sowie hilfsweise Herausgabe des Veräußerungserlöses. Der *District Court Haifa* wies das Argument der Verkäuferin zurück, durch den Kriegsausbruch sei *frustration* eingetreten.²⁸³ Vielmehr habe die Beklagte ihre Lieferpflicht trotz Liefermöglichkeit verletzt und der Kläger habe durch sein Verhalten den Vertrag aufgehoben. Der *District Court* sprach daher dem Kläger Schadensersatz in Höhe der Differenz zwischen Kaufpreis und Marktpreis bei Vertragsaufhebung zu. Der israelische *Supreme Court* hob das Urteil des *District Court* auf und wies die Schadensersatzklage des Käufers ab, da dieser den Vertrag nicht aufgehoben habe, weswegen ihm die abstrakte Schadensberechnung gemäß Art. 84 ULIS nicht offenstehe. Er habe auch seinen konkreten Schaden im Sinne von Art. 82 ULIS nicht nachgewiesen.²⁸⁴ Der Hilfsantrag auf Herausgabe des Veräußerungserlöses wurde vom Gericht ebenfalls wegen Vorliegen einer Vertragsbeziehung abgewiesen.²⁸⁵ Der Käufer beantragte daraufhin eine zusätzliche Verhandlung, die hinsichtlich des Anspruchs auf den Veräußerungserlös gewährt wurde.²⁸⁶

²⁸¹ *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235, 277.

²⁸² *Hartmann*, IHR 2009, 189.

²⁸³ Siehe zur vorangehenden Entscheidung des District Court of Haifa, zitiert in: *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235, 238.

²⁸⁴ *Harlow & Jones Ltd. v Adras Building Material Ltd*, (1983) 37 (4) PD 225; siehe die deutsche Übersetzung bei *Schlechtriem/Magnus*, Internationale Rechtsprechung, 449, 452.

²⁸⁵ Siehe *Ben-Porath V-P*: „The law of unjust enrichment has always applied only in cases where there is no contract between the parties“, in: *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235, 239.

²⁸⁶ *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235, 239.

In seiner zweiten Entscheidung hatte der *Supreme Court* daher nur noch über die Erlösherausgabe zu befinden. Er erkannte einen solchen Anspruch des Käufers aus ungerechtfertigter Bereicherung aufgrund der Vertragsverletzung grundsätzlich an, obwohl der Kaufvertrag bis zur Klageerhebung Bestand hatte.²⁸⁷ Die Begründung der Entscheidung fiel nicht einheitlich aus.²⁸⁸ Entscheidend war für die Mehrheit der Richter wohl die Gleichstellung der vertraglichen Lieferpflicht mit einem Eigentumsrecht *inter partes*.²⁸⁹ Diese Erwägung zeigt, dass die Lösung des Gerichtshofes zwar auf Ebene des Bereicherungsrechts gefunden wurde, in ihrer Begründung allerdings eine große Ähnlichkeit zur deutschen Lehre der relativen Zuweisung aufweist. Maßgeblich ist jeweils die Prämisse, dass auch das vertragliche Recht einer bereicherungsrechtlichen Absicherung *inter partes* bedarf.

b) Kritik der Entscheidung

Diese zweite Entscheidung des *Supreme Court* wurde unterschiedlich aufgenommen. Während sie im Hinblick auf das grundsätzliche Verhältnis von Vertrags- und Bereicherungsrecht zum Teil gelobt²⁹⁰ und zum Teil kritisiert²⁹¹ wurde, erfuhr sie insbesondere vom Standpunkt des Einheitsrechts aus erhebliche Kritik.²⁹² In dieser Hinsicht fällt auf, dass sich die Entscheidung in keiner Weise über das Verhältnis zwischen Einheitsrecht und nationalem Bereicherungsrecht erklärt.²⁹³ Da es im Kern um die Abgrenzung von Vertrags-

²⁸⁷ *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235, 246 (per *S Levin J*).

²⁸⁸ Siehe insbesondere die abweichenden Voten von *Ben-Porath V-P* und *D Levin J*, in: *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235, 254 (per *Ben-Porath V-P*): „[R]ecognition that any breach of any contractual promise may found a claim for unjust enrichment is undesirable and dangerous“; 255 (per *D Levin J*): „[W]hen there is a contract between the parties and that contract is breached, all the problems that arise from this breach should be resolved solely by the law of contract, and not by any other body of law.“

²⁸⁹ *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235, 242 (per *S Levin J*): „[A] party to a contract who is in breach and received a benefit as a result of the breach at the innocent party’s expense must pay this benefit back to the performing party“; 270 (per *Barak J*): „[A] contractual right is part of a person’s property, and therefore part of his assets, in such a way that taking such rights may amount to enrichment at his expense.“

²⁹⁰ *Friedmann*, 104 LQR (1988), 383, 388

²⁹¹ *Einhorn*, in: FS Max-Planck-Institut, 905, 919 ff.; *Weinrib*, 78 Chi.-Kent. L. Rev. (2003), 55, 75 ff.

²⁹² *Hartmann*, IHR 2009, 189 f.; *Einhorn*, in: FS Max-Planck-Institut, 905, 918; *Schlechtriem*, Juridisk Tidskrift 1991/92, 1, 11, 12.

²⁹³ Siehe allerdings das abweichende Votum von *Ben Porath V-P*, in: *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235, 249, allerdings wird auch hier die Konkurrenz nicht auf Grundlage des Einheitsrechts bestimmt, sondern auf vom Standpunkt des Bereicherungsrechts aus.

recht und Bereicherungsrecht ging, wäre als Vorfrage zu klären gewesen, welche Besonderheiten sich aus der Anwendbarkeit des ULIS ergeben.

Für die Frage der Ersatz- und Erlösherausgabe im Einheitsrecht ist die Entscheidung in zweierlei Hinsicht interessant. Zum einen ist der Entscheidung implizit zu entnehmen, dass jedenfalls nach dem Haager Kaufrecht eine vertragsrechtliche Gewinnhaftung ausscheidet und nur ein herkömmlicher Schadensersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse in Betracht kommen soll. Zum anderen ist die Entscheidung relevant für die Abgrenzung des Regelungsberreichs des Übereinkommens einerseits und des nationalen Bereicherungsrechts andererseits.²⁹⁴ Der *Supreme Court* scheint ohne weitere Erklärung davon auszugehen, dass das nationale Bereicherungsrecht unbeschränkt zur Anwendung kommen kann, auch wenn lediglich eine rein vertragsrechtlich begründete Rechtsposition geschützt werden soll. Im Ergebnis führt die Entscheidung *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH* daher zu einer Verlagerung der Problemstellung der Ersatz- und Erlösherausgabe auf das berufene interne Bereicherungsrecht. Dass dies zu einer Gefährdung der international einheitlichen Anwendung des CISG gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG führt, ist offensichtlich.²⁹⁵ Es soll daher unten gezeigt werden, dass ein solcher Rückgriff auf das interne nationale Recht in der Regel ausgeschlossen ist.²⁹⁶

Andere Anwendungsbeispiele für Ansprüche auf das stellvertretende commodum finden sich in der Rechtsprechung zum CISG bisher, soweit ersichtlich, nicht.

2. Schrifttum

Der Anspruch auf das stellvertretende commodum wird vor allem im Schrifttum aus dem deutschen Rechtskreis thematisiert,²⁹⁷ auch wenn eine eingehende Begründung des Anspruchs nur vereinzelt erfolgt ist.²⁹⁸ Heute geht die fast allgemeine Ansicht im Schrifttum aus dem deutschen Rechtskreis davon aus, dass ein Anspruch auf das stellvertretende commodum auch im Rahmen des CISG zumindest in bestimmten Fällen gegeben ist.²⁹⁹ Die mittlerweile weit

²⁹⁴ *Schlechtriem*, Juridisk Tidskrift 1991/92, 1, 11, 12; siehe hierzu ausführlich unten, S. 195 f.

²⁹⁵ *Hartmann*, IHR 2009, 189, 190; *Schlechtriem*, Juridisk Tidskrift 1991/92, 1, 11, 12.

²⁹⁶ Siehe hierzu unten, S. 195.

²⁹⁷ *Bock*, in: FS Schwenger, 175, 188; *Brunner*, in: Brunner/Gottlieb (Hrsg.), CISG, Commentary, 2019, Art. 79, para. 46; *Hartmann*, IHR 2009, 189, 201; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 54; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 11; *Pichonnaz*, Impossibilité, 421; *Schwenger*, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 50; *Weber*, in: Bucher (Hrsg.), Wiener Kaufrecht, 165, 176.

²⁹⁸ Siehe insbesondere *Hartmann*, IHR 2009, 189, 201; *Pichonnaz*, Impossibilité, 421.

²⁹⁹ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 79, Rn. 62; *Bach/Stieber*, IHR 2006, 59, 64 f.; *Hartmann*, IHR 2009, 189, 194; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar

überwiegende Ansicht leitet den Commodumsanspruch aus Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG her.³⁰⁰ Zum Teil wird die Vorschrift im Wege der Analogie herangezogen,³⁰¹ während andere Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG ein entsprechendes allgemeines Prinzip entnehmen wollen.³⁰² Zusätzlich wird zuweilen auf das Bestreben des CISG verwiesen, den Vertrag zu erhalten (*favor contractus*).³⁰³ Früher wurde vereinzelt auch auf eine ergänzende Vertragsauslegung zur Begründung rekurriert.³⁰⁴

Die Befürworter eines Anspruchs auf das stellvertretende commodum unterscheiden sich zumindest dem Anschein nach hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Anspruchs.³⁰⁵ Während ein Teil der Autoren den Commodumsanspruch im Rahmen der Befreiung gemäß Art. 79 CISG diskutiert und wohl auch auf dessen Anwendungsbereich beschränkt,³⁰⁶ geht ein anderer

zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 21; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 54; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 11; *Schnyder/Straub*, in: Honsell (Hrsg.), UN-Kaufrecht, Kommentar, 2. Auflage 2010, Art. 46, Rn. 31a; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 50.

³⁰⁰ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 79, Rn. 62; *Brunner*, in: Brunner/Gottlieb (Hrsg.), CISG, Commentary, 2019, Art. 79, para. 46; *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 42; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 45, Rn. 21; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 54; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 11; *Pichonnaz*, Impossibilité, 421; *Schnyder/Straub*, in: Honsell (Hrsg.), UN-Kaufrecht, Kommentar, 2. Auflage 2010, Art. 46, Rn. 31a; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 50.

³⁰¹ *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 26; *Brunner*, in: Brunner/Gottlieb (Hrsg.), CISG, Commentary, 2019, Art. 79, para. 46; *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 42; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 54; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 11; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 50.

³⁰² *Peter Huber*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 46, para. 24; *Schnyder/Straub*, in: Honsell (Hrsg.), UN-Kaufrecht, Kommentar, 2. Auflage 2010, Art. 46, Rn. 31a.

³⁰³ *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 26; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 11.

³⁰⁴ *Stoll*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Kommentar, 3. Auflage 2000, Art. 79 Rn. 53.

³⁰⁵ *Bock*, in: FS Schwenzer, 175, 189; *Hartmann*, IHR 2009, 189, 194.

³⁰⁶ *Bock*, in: FS Schwenzer, 175, 189; *Bollenberger*, Commodum, 154; *Brunner*, in: Brunner/Gottlieb (Hrsg.), CISG, Commentary, 2019, Art. 79, para. 46; *Pichonnaz*, Impossibilité, 421 f.; wohl auch implizit *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung

Teil der Lehre von einer allgemeinen Geltung des Commodumsanspruchs im Falle der Unmöglichkeit der Warenlieferung unabhängig von einer Befreiung des Schuldners nach Art. 79 CISG aus.³⁰⁷ Ein noch weitergehender Ansatz befürwortet eine allgemeine Ersatz- und Erlösherausgabe als Folge jeder vertraglichen Nichterfüllung unabhängig von einer Leistungsverweigerung.³⁰⁸

Für die Ersatz- und Erlösherausgabe ist unabhängig von nationalen Vorprägungen eine autonome und international einheitliche Lösung gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG zu finden. Dies soll im Folgenden versucht werden.

II. Ersatz- und Erlösherausgabe als nicht entschiedene Frage im Regelungsbereich des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG

Die Frage der Ersatz- und Erlösherausgabe bei Leistungsverweigerung fällt in den Regelungsbereich des CISG (1.) und wird im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG nicht ausdrücklich entschieden (2.). Schwierigkeiten bereitet das Verhältnis des Übereinkommens zu Ansprüchen auf Ersatz- oder Erlösherausgabe aus nationalem Recht (3.).

1. Ersatz- und Erlösherausgabe als Regelungsgegenstand des Übereinkommens

Für eine Diskussion der Ansprüche auf das stellvertretende commodum im Rahmen des CISG ist zunächst Voraussetzung, dass die Commodumsansprüche im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG in den Regelungsbereich des Übereinkommens fallen.³⁰⁹ Unabhängig von nationalen Qualifikationen ist für jeden Regelungsgegenstand autonom von der Warte des CISG aus zu bestimmen, ob er in den Regelungsbereich des Übereinkommens fällt.³¹⁰ Nach der von *Ulrich G. Schroeter* vorgeschlagenen zweigliedrigen Formel ist zu fragen, ob das CISG den erfassten Lebenssachverhalt regelt und inwieweit das Übereinkommen einen (abschließenden) Interessenausgleich zwischen den Parteien selbst vornimmt.³¹¹ Auch wenn die Anwendung dieser Kriterien im Einzelfall

2018], Art. 79, Rn. 54; *Schwenzer*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 50.

³⁰⁷ *Atamer*, in: FS *Schwenzer*, 83, 89, Fn. 29; *dieselbe*, in: *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas* (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 25, Fn. 55; *Dornis*, in: *BeckOGK-BGB, CISG*, 1.3.2020, § 285, Rn. 137; *Peter Huber*, in: *Münchener Kommentar zum BGB, CISG*, 8. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 21; *Mankowski*, in: *Münchener Kommentar zum HGB, CISG*, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 11; *Schnyder/Straub*, in: *Honsell* (Hrsg.), *UN-Kaufrecht, Kommentar*, 2. Auflage 2010, Art. 46, Rn. 31a.

³⁰⁸ *Hartmann*, in: *BeckOGK-BGB, CISG*, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 42.1.

³⁰⁹ *Hartmann*, IHR 2009, 189 f.

³¹⁰ *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 117 ff.

³¹¹ *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 124 ff.; *Schroeter*, 58 Vill. L. Rev. (2013), 553, 563 ff.; siehe hierzu ausführlich oben, S. 49.

schwierig sein kann, besteht Einigkeit, dass das vertragliche Leistungsstörungenrecht grundsätzlich allein vom CISG geregelt wird.³¹²

Der hier betroffene Lebenssachverhalt ist die Nichterfüllung des Vertrages und ihre Rechtsfolgen im Verhältnis der Parteien. Die Ansprüche auf das stellvertretende *commodum* knüpfen an den Tatbestand der Nichterfüllung des Vertrages im Sinne des Übereinkommens an, auch wenn sie zum Teil nur für bestimmte Formen der Nichterfüllung wie der Unmöglichkeit oder nur unter bestimmten Umständen wie der Befreiung gemäß Art. 79 CISG erwogen werden.³¹³ Letztlich geht es um die Verteilung von Vermögensvorteilen, die durch die Vertragsverletzung erlangt wurden. Auch das rechtliche Kriterium des Interessensausgleichs³¹⁴ durch das Übereinkommen ist hinsichtlich der Ersatz- und Erlösherausgabe bei Vertragsverletzung erfüllt. Die Regelungen zu den Rechtsbehelfen in Art. 45, 61 CISG zeigen bereits, dass das Übereinkommen die Rechtsfolgen einer Vertragsverletzung abschließend behandeln möchte.³¹⁵ Als Teil des vertraglichen Leistungsstörungenrechts fallen mögliche Ansprüche auf Ersatz- und Erlösherausgabe wegen Nichterfüllung daher in den Regelungsbereich des CISG im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG.

2. *Nicht ausdrücklich entschiedene Frage im Übereinkommen gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG*

Im Text des CISG findet sich keine ausdrückliche Entscheidung über die Verteilung des infolge einer Leistungsverweigerung erlangten Ersatzes oder Erlöses (a). Fraglich ist allerdings, ob dies als beredtes Schweigen des Übereinkommens zu verstehen ist (b).

a) *Keine ausdrückliche Entscheidung im Text des Übereinkommens*

Eine nicht ausdrücklich vom Übereinkommen entschiedene Frage gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG liegt vor, wenn sich aus der Auslegung der Bestimmungen des Übereinkommens keinerlei Antwort auf die aufgeworfene Frage ergibt.³¹⁶ Für die Ersatz- und Erlösherausgabe gelangt die Auslegung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG früh an ihre Grenzen. Die Ersatz- und Erlösherausgabe hat keinen allgemeinen Niederschlag im Wortlaut der Konvention gefunden. Einzig in Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG sowie in Art. 88 Abs. 3 CISG sind bestimmte Formen einer Ersatz- oder Erlösherausgabe verankert, die

³¹² Benicke, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 45, Rn. 3; Hartmann, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 47; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Vor Art. 45, Rn. 6.

³¹³ Siehe hierzu oben, S. 188.

³¹⁴ Schlechtriem/Schroeter, Rn. 130; ähnlich Herber, IHR 2001, 187, 190.

³¹⁵ Benicke, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 45, Rn. 3; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Vor Art. 45, Rn. 6.

³¹⁶ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 52.

allerdings keine Rechtsbehelfe wegen Vertragsverletzungen darstellen. Eine Ausweitung dieser Normen lässt sich im Wege der Auslegung gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG nicht begründen. Aus der Auslegung des CISG ergibt sich indes auch keine endgültige Absage an eine Ersatz- oder Erlösherausgabe, denn das Leistungsstörungsrecht weist den Ersatz oder den Erlös im Fall der Leistungsvereitelung auch nicht unmissverständlich dem Verkäufer zu.³¹⁷

b) Kein beredtes Schweigen des Übereinkommens

Eine implizite Entscheidung der Frage könnte sich aus einer bewussten Absage der Verfasser an die Ersatz- und Erlösherausgabe ergeben.³¹⁸ Entscheidend ist daher, ob für die Ersatz- und Erlösherausgabe ein solches beredtes Schweigen angenommen werden kann. Bereits *Ernst Rabel* stieß auf das Problem des Commodumsanspruchs im Prozess der Rechtsvereinheitlichung im UNIDROIT-Kaufrechtsausschuss:

„Gestrichen wurde das Recht auf das stellvertretende commodum [...], das mir immer ganz nützlich schien, aber gewiß nicht völlig unentbehrlich ist.“³¹⁹

Soweit ersichtlich, wurde der Anspruch auf das stellvertretende commodum in den Folgejahren nicht nochmals diskutiert.³²⁰ Lediglich zur Vorgängerregelung zu Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG wurde im Rahmen der Rückabwicklung über den Ausschluss der Vertragsaufhebung und die Abschöpfung einer Bereicherung diskutiert, nicht aber über einen allgemeinen Commodumsanspruch bei einer Leistungsvereitelung. Abgesehen von der Bemerkung *Ernst Rabels* findet sich also in der Entstehungsgeschichte kein Anhaltspunkt für die Verteilung der infolge der Vertragsverletzung erlangten Vorteile. Die Annahme eines qualifizierten Schweigens erfordert allerdings, dass auch im Zeitpunkt der diplomatischen Konferenz ein Anspruch auf stellvertretende commodum ausgeschlossen werden sollte.³²¹ Dies soll hier anhand einiger Überlegungen überprüft werden. Zunächst ist *Rabels* Bemerkung im Kontext zu betrachten (aa). Dann ist auf spätere Entwicklungen im *common law* (bb) und auf die Lage bei der diplomatischen Konferenz (cc) einzugehen.

aa) Ernst Rabels Bemerkung im Kontext

Ernst Rabels ursprünglicher Kommentar zum Commodumsanspruch bezog sich auf die Rechtsbehelfe des Käufers im Vorentwurf des einheitlichen Kauf-

³¹⁷ *Pichonnaz*, *Impossibilité*, 421.

³¹⁸ *Schlechtriem/Butler*, n° 46; siehe hierzu ausführlich oben, S. 52 f.

³¹⁹ *Rabel*, *RabelsZ* 9 (1935), 1, 69; siehe auch *Rabel*, *Warenkauf*, I, 370.

³²⁰ *Hartmann*, *IHR* 2009, 189, 192.

³²¹ *Gruber*, *Methoden des Einheitsrechts*, 180, siehe hierzu bereits ausführlich oben, S. 52 f.

rechts von 1935,³²² der den *common law* Rechtsordnungen für die Frage des Anspruchs auf Naturalerfüllung erheblich weiter entgegenkam als heute das CISG.³²³ Nach Art. 24 dieses Entwurfs sollte die Klage auf Naturalerfüllung ausgeschlossen sein, wenn ein Deckungskauf handelsüblich oder ohne beträchtliche Unzuträglichkeiten und Kosten möglich ist.³²⁴ Der Entwurf übernahm also in dieser Frage die angloamerikanische Tradition, die den Erfüllungsanspruchs als Ausnahmerechtsbehelf nur bei Unangemessenheit des Schadensersatzanspruchs gewährt.³²⁵ *Rabel* selbst bemerkte hierzu, dass es sich um ein besonders bedeutsames theoretisches Zugeständnis gegenüber der angloamerikanischen Tradition handele, das allerdings aufgrund der so erreichten schnellen Liquidierung des Vertragsverhältnisses vorzugswürdig sei.³²⁶ Es erscheint daher nicht fernliegend, dass mit dem weitgehenden Ausschluss des Erfüllungsanspruchs auch der Anspruch auf das stellvertretende *commodum* als Folgeanspruch im Entwurf ausgeschlossen wurde. Eine Ersatzherausgabe unabhängig vom Rechtsbehelf des Erfüllungsanspruchs wäre zwar theoretisch denkbar. Dennoch erschiene es widersprüchlich, den Erfüllungsanspruch einerseits weitgehend auszuschließen und dessen ungeachtet das stellvertretende *commodum* andererseits dem Gläubiger zuzuweisen. Im Vergleich zu diesem ersten Entwurf hat sich die Regelung des Erfüllungsanspruchs im CISG ins Gegenteil verkehrt.³²⁷ Nach dem Vorbild der *civil law* Rechtsordnungen gewährt das CISG grundsätzlich den Erfüllungsanspruch gemäß Art. 46 Abs. 1, Art. 62 CISG, der lediglich unter dem Vorbehalt von Art. 28 CISG steht.³²⁸ Mit der Gewähr des Erfüllungsanspruchs scheint auch die Frage der Verteilung von Vorteilen bei Leistungsvereitelung wieder neu aufgeworfen.

bb) Spätere Entwicklungen im common law

Über den Kontext der Bemerkung hinaus ist auch der Zeitpunkt der Diskussion beachtlich. Der Entwurf entstand Anfang der 1930er Jahre und mithin vor Erarbeitung des *Uniform Commercial Code* unter Federführung von *Ernst Rabels* Gesprächspartner *Karl Llewellyn*. Wie bereits oben dargelegt, findet

³²² *Rabel*, *RabelsZ* 9 (1935), 1, 79.

³²³ *Freund*, *Erfüllungszwang*, 362.

³²⁴ *Rabel*, *RabelsZ* 9 (1935), 1, 15: „Selbst wenn das Landesgesetz des angegangenen Gerichtes dem Käufer das Recht zuerkennt, auf Lieferung der Sache zu klagen, so steht ihm dieses Recht nicht zu, wenn für die Kaufsache ein Deckungskauf handelsüblich ist oder wenn der Käufer einen Deckungskauf ohne beträchtliche Unzuträglichkeiten und Kosten vornehmen kann.“

³²⁵ *Freund*, *Erfüllungszwang*, 362 f.

³²⁶ *Rabel*, *RabelsZ* 9 (1935), 1, 70.

³²⁷ *Freund*, *Erfüllungszwang*, 365.

³²⁸ *Bridge*, in: *FS Magnus*, 161, 169.

sich im Rahmen von s 2-615 UCC eine Form der Ersatzherausgabe, die dem Commodumsgedanken jedenfalls nicht unähnlich ist.³²⁹ Hätte eine neuerliche Diskussion des Commodumsanspruchs daher vor Verabschiedung des CISG stattgefunden, erscheint es nicht ausgeschlossen, dass der Anspruch jedenfalls gegenüber US-amerikanischen Juristen mit Verweis auf die Regelung in s 2-615 UCC vermittelbar gewesen wäre. Auch das englische Recht öffnet sich für Ansprüche auf Vorteilsherausgabe,³³⁰ auch wenn sich die aktuelle Diskussion vor allem im Schadensersatz- und Bereicherungsrecht abspielt.³³¹ Der Widerstand gegenüber dem Anspruch auf das stellvertretende commodum, den *Ernst Rabel* nicht überwinden konnte, wäre daher im Zeitpunkt der Erarbeitung des CISG wohl bereits deutlich schwächer ausgefallen, wenn die Frage nochmals diskutiert worden wäre.

cc) Unergiebigkeit der Vorarbeiten des CISG

Eine Diskussion des Commodumsanspruchs während der Erarbeitung des CISG findet sich trotz der grundsätzlichen Gewähr des Erfüllungsanspruchs im CISG und der Öffnung des US-amerikanischen Rechts für bestimmte Formen der Ersatzherausgabe nicht. Dies überrascht umso mehr, als dass den deutschen Teilnehmern der diplomatischen Konferenz ein grundsätzliches Fehlen des Commodumsanspruchs im Text bewusst gewesen sein müsste, wie nicht nur *Rabels* Bemerkung, sondern auch eine Kommentierung des ULIS zeigt.³³² Eine Erklärung hierfür mag darin liegen, dass die Verhandler aus dem deutschen Rechtskreis den Anspruch, wie auch *Rabel* zuvor, nicht für unverzichtbar hielten und davon ausgingen, dass sich die angloamerikanische Position nicht geändert habe. Vielleicht wurde die Frage auch schlicht vergessen. Entscheidend ist allerdings, dass es dadurch nicht zu einer neuerlichen Verhandlung der Angelegenheit kam, um Klarheit über die Rolle der Ersatzvorteile im Leistungsstörungsrecht des CISG herzustellen. Ohne eine derartige Diskussion fehlt es an einer Entscheidung der Verfasser des Übereinkommens über die aus der Ware gezogenen Vorteile. Es erscheint jedenfalls zweifelhaft, dass der Schuldner jeglichen Ersatz oder Erlös, den er anstelle der Ware erhält, behalten sollte.³³³ Eine Wertentscheidung, wem die infolge der Leistungsverweigerung erlangten Vorteile zustehen sollen, wurde von den Verfassern des Übereinkommens vielmehr nicht getroffen. Da die Verfasser der Konvention die Frage nicht beantwortet haben, müssen die

³²⁹ Official Comment 5 zu s 2-615 UCC; siehe hierzu oben, S. 168.

³³⁰ Siehe hierzu im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 CISG, *Hartmann*, IHR 2009, 189, 192.

³³¹ Siehe hierzu unten, S. 248 ff.

³³² *Stoll*, in: Dölle (Hrsg.), EKG, Kommentar, 1976, Art. 74, Rn. 118.

³³³ *Pichonnaz*, Impossibilité, 420 f.

allgemeinen Grundsätze des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG über die Verteilung der Vorteile entscheiden.³³⁴

3. Konkurrenz zu Ersatz- und Erlösherausgabeansprüchen aus nationalem Recht

Die Konkurrenz zwischen dem Leistungsstörungenrecht des CISG und außervertraglichen Ansprüchen im internen nationalen Recht wirft diffizile Abgrenzungsfragen auf. Die Relevanz dieser Fragestellung zeigt der oben besprochene Fall *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*.³³⁵ Der israelische *Supreme Court* zog hier keinesfalls in Zweifel, dass die Rechtsfolgen einer Vertragsverletzung grundsätzlich dem ULIS unterlagen, wandte allerdings neben dem Einheitsrecht das nationale Bereicherungsrecht an, um die Erlösherausgabe zu begründen.

Es soll für die Zwecke dieser Untersuchung zwischen nationalen Ansprüchen aus Vertrag, Bereicherungsrecht und Eigentum unterschieden werden. Die wenigsten Schwierigkeiten bereiten Ansprüche auf Ersatz und Erlösherausgabe, die bereits im nationalen Recht vertragsrechtlich ausgestaltet sind. Diese sind aufgrund des Vorrangs des Übereinkommens in seinem Regelungsbereich in aller Regel ausgeschlossen.³³⁶ Dies gilt etwa für § 285 BGB, der zwar auch auf gesetzliche Schuldverhältnisse Anwendung findet und von einer beachtlichen Ansicht im Schrifttum eine quasi-bereicherungsrechtliche Deutung erfährt,³³⁷ aber im Vertragsverhältnis dem Schutz der vertraglich begründeten Rechtsposition dient.

Nicht hingegen dem Anwendungsbereich des Übereinkommens unterliegen Ansprüche, die an das Eigentum oder ein eigentumsähnliches Recht des Käufers anknüpfen. Art. 4 S. 2 lit. b CISG schließt den Eigentumsübergang und *a fortiori* auch die Rechtsfolgen des Eigentumserwerbs ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Übereinkommens aus.³³⁸ Ist also im Fall einer Doppelveräußerung das Eigentum bereits vor der zweiten Veräußerung an den Erstkäufer übergegangen, so hindert das CISG den Käufer selbstverständlich

³³⁴ Hartmann, IHR 2009, 189, 192; Pichonnaz, *Impossibilité*, 420 f.; so auch im Ergebnis *Demir*, Schadensersatzregelung, 135, aber im Hinblick auf den Schadensersatz gemäß Art. 74 S. 1 CISG.

³³⁵ Siehe hierzu oben, S. 186 ff.

³³⁶ Hartmann, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 47; derselbe, IHR 2009, 189, 190; Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 45, Rn. 18; Müller-Chen, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 45, Rn. 32.

³³⁷ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 153.

³³⁸ Bridge, *International Sale of Goods*, para. 10.29; Djordjevic, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 4, para. 28; Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 4, Rn. 30.

nicht, sich auf die Eigentümerrechte nach dem anwendbaren Recht zu berufen,³³⁹ unabhängig davon, ob diese unmittelbar dem Sachenrecht oder dem Delikts- oder Bereicherungsrecht entstammen.

Schwieriger gestaltet sich die Lage für das Verhältnis zwischen dem Übereinkommen einerseits und dem nationalen Bereicherungsrecht andererseits. Hier wird überwiegend davon ausgegangen, dass das nationale Bereicherungsrecht neben dem CISG vollumfänglich Anwendung finden kann.³⁴⁰ Dies wird meist mit dem Hinweis versehen, dass die Anwendung des Bereicherungsrechts bei Vorliegen eines Vertrages regelmäßig ohnehin ausscheide.³⁴¹ Dies ist indes eine Frage des nationalen Rechts. Die Entscheidung des israelischen *Supreme Court* in *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH* zeigt, dass man sich auf eine solche Ausschlusswirkung des Vertragsrechts nicht verlassen kann. Richtig erscheint vielmehr, dass autonome Kriterien der Abgrenzung des CISG und des nationalen Bereicherungsrechts im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG gefunden werden müssen.³⁴²

Entscheidend ist auch hier, inwieweit das Übereinkommen selbst bereits Wertungsentscheidungen trifft und einen abschließenden Interessenausgleich vornimmt.³⁴³ Da das Übereinkommen einen solchen Interessenausgleich im vertraglichen Leistungsstörungsrecht für die vertraglich begründeten Rechtspositionen der Parteien selbst vornimmt, sollten diese Wertentscheidungen für das Vertragsverhältnis nicht durch die Hintertür des Bereicherungsrechts in Frage gestellt werden. Leitet danach der Gläubiger seine Rechte im nationalen Bereicherungsrecht ausschließlich aus dem Schutz des vertraglichen Sonderverhältnisses *inter partes* her, bleibt für die Anwendung des nationalen Bereicherungsrechts und seiner Ansprüche kein Raum. Mit anderen Worten ist das nationale Bereicherungsrecht insoweit ausgeschlossen, als dass der Gläubiger sich für die Begründung dafür, dass die Bereicherung des Schuldners auf seine Kosten erfolgt, einzig auf die vertraglich begründete, relative Rechtsposition gegenüber dem Schuldner stützt.³⁴⁴ Der Schutz der vertragli-

³³⁹ Nach deutschem Recht kommt hier etwa § 816 Abs. 1 BGB in Betracht.

³⁴⁰ BGer, 7.7.2004, CISG-online Nr. 848, IHR 2004, 252 f., allerdings zur Rückforderung eines Teils des Kaufpreises nach Minderung; *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 4, para. 10; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn.16; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, Art. 4, Rn. 15; *Philipp Wagner*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.7.2020, Art. 4, Rn. 10; in diese Richtung auch *Demir*, Schadensersatzregelung, 133.

³⁴¹ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 18.

³⁴² *Hartmann*, IHR 2009, 189 f.

³⁴³ *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 124 ff.; *Schroeter*, 58 Vill. L. Rev. (2013), 553, 563 ff.

³⁴⁴ *Electrocraft Arkansas Inc. v. Electric Motors Ltd. Et al.*, U.S. Federal District Court, 23.12.2009, CISG-online Nr. 2045; *Miami Valley Paper LLC v. Lebbing Engineering & Consulting GmbH*, U.S. District Court, Southern District of Ohio, Western Division, 26.3.2009, CISG-online Nr. 1880; *Hartmann*, IHR 2009, 189, 190; siehe auch zur

chen begründeten Rechtsposition im Anwendungsbereich des CISG ergibt sich allein aus den vom Übereinkommen anerkannten Rechtsbehelfen, die nicht durch die Anwendung des nationalen Rechts erweitert oder ergänzt werden können. Etwas anderes kann gelten, wenn sich die Bereicherung zwar aus der Vertragsverletzung ergibt, die nationale Regelung allerdings nicht allein an die Vertragsverletzung, sondern an ein bestimmtes Verhalten des Schuldners anknüpft,³⁴⁵ etwa ein sittenwidriges Verhalten oder eine arglistige Täuschung.³⁴⁶ Für diese besonders missbilligten Verhaltensweisen enthält das CISG nämlich bewusst keinen abschließenden Interessenausgleich.³⁴⁷ Wann ein solch missbilligtes Verhalten einer Partei vorliegt, ist wiederum anhand der autonomen und einheitlichen Maßstäbe des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG zu bestimmen.³⁴⁸

Bei Anwendung dieser Kriterien wäre im Fall *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH* ein Rückgriff auf das nationale Bereicherungsrecht ausgeschlossen gewesen, da die einzige Rechtsposition, auf die der Käufer sich bereicherungsrechtlich stützen konnte, sein vertragliches Forderungsrecht gegen die Verkäuferin war.³⁴⁹ Das in *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH* geäußerte Argument, auch das Forderungsrecht stelle einen Wertgegenstand dar, der bereicherungsrechtlich zu schützen sei,³⁵⁰ spielt für die Begrenzung des Regelungsbereichs nur insoweit eine Rolle, als dass zwischen der Forderungszuständigkeit und der Forderungsbeziehung selbst unterschieden werden kann. Während die Forderungsbeziehung das Rechtsverhältnis *inter partes* beschreibt, stellt die Forderungszuständigkeit die Gläubigerstellung des Gläubigers gegenüber Dritten heraus. Das Rechtsverhältnis des Gläubigers zu Dritten wird vom CISG nicht geregelt³⁵¹ und für Eingriffe Dritter in die Forderungszuständigkeit ist das berufene nationale Recht ohne weiteres anwendbar.³⁵² Für den Schutz der Forderungsbeziehung *inter partes* ist indes das CISG ausschließlich maßgebend.

Abgrenzung von ULIS und Deliktsrecht, *Pamesa Ceramica v. Yisrael Mendelson Ltd*, Supreme Court of Israel, 17.3.2009, PACE.

³⁴⁵ *Miami Valley Paper LLC v. Lebbing Engineering & Consulting GmbH*, U.S. District Court, Southern District of Ohio, Western Division, 26.3.2009, CISG-online Nr. 1880; siehe für das deutsche Deliktsrecht etwa § 826 BGB.

³⁴⁶ *Miami Valley Paper LLC v. Lebbing Engineering & Consulting GmbH*, U.S. District Court, Southern District of Ohio, Western Division, 26.3.2009, CISG-online Nr. 1880; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 194.

³⁴⁷ *Schroeter*, 58 Vill. L. Rev. (2013), 553, 583 ff.

³⁴⁸ *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 195.

³⁴⁹ *Hartmann*, IHR 2009, 189 f.

³⁵⁰ *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235, 270 (per *Barak J*): „[A] contractual right is part of a person’s property, and therefore part of his assets, in such a way that taking such rights may amount to enrichment at his expense.“

³⁵¹ *Usinor Steel v. Leeco Steel Products*, U.S. District Court Connecticut, 28.2.2002, CISG-online Nr. 696; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 204.

Im Ergebnis kann daher ein nationaler Anspruch auf Ersatz- oder Erlösherausgabe wegen einer Vertragsverletzung in aller Regel nicht neben dem CISG zur Anwendung kommen. Etwas anderes gilt für Ansprüche aus dem Eigentum oder eigentumsähnlichen Rechten sowie für Ansprüche aufgrund eines sittenwidrigen oder arglistigen Verhaltens des Schuldners.

III. Die Begründung des Anspruchs auf das stellvertretende commodum gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG

Zunächst sollen die gängigen Begründungsansätze für den Anspruch auf das stellvertretende commodum kritisch überprüft werden (1.), bevor der Anspruch auf das stellvertretende commodum aus dem Erfüllungsanspruch gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG und dem Grundsatz der Naturalerfüllung heraus entwickelt werden soll (2.).

1. Begründungsansätze für den Anspruch auf das stellvertretende commodum

Die überwiegende Ansicht stützt den Commodumsanspruch im CISG auf eine analoge Anwendung von Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG (a). Teilweise wird ergänzend auf den Grundsatz *favor contractus* verwiesen (b). Außerdem soll auf mögliche Begründungen aus dem Zweck von Art. 79 CISG (c), der ergänzenden Vertragsauslegung (d) oder eines Handelsbrauches gemäß Art. 9 Abs. 2 CISG (e) eingegangen werden.

a) Analogie zu Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG

Die überwiegende Meinung im Schrifttum leitet einen Anspruch auf das stellvertretende commodum aus einer Analogie zu Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG her, unabhängig davon, ob der Anspruch auf Fälle der Haftungsbefreiung gemäß Art. 79 CISG begrenzt wird³⁵³ oder nicht.³⁵⁴ Voraussetzung einer Analogie ist, dass der geregelte Sachverhalt dem nicht geregelten Sachverhalt bei rechtlicher Betrachtung derart ähnlich ist, dass eine gleichartige Behandlung

³⁵² Daher ist etwa § 816 Abs. 2 BGB neben dem Übereinkommen ohne weiteres anwendbar.

³⁵³ Brunner, in: Brunner/Gottlieb (Hrsg.), CISG, Commentary, 2019, Art. 79, para. 46; Pichonnaz, *Impossibilité*, n° 1830; wohl auch Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 54; Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 50

³⁵⁴ Atamer, in: Kröll/Mistel/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 26, Fn. 55; Hartmann, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 42; ders., IHR 2009, 189, 193; Schnyder/Straub, in: Honsell (Hrsg.), UN-Kaufrecht, Kommentar, 2. Auflage 2010, Art. 46, Rn. 31a.

geboten erscheint.³⁵⁵ Es ist daher zu untersuchen, ob der in Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG geregelte Fall tatsächlich nach den Wertungen des CISG mit der Ersatz- und Erlösherausgabe auf Ebene der Leistungserfüllung vergleichbar ist. Einige Gemeinsamkeiten zwischen Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG und der Leistungsverweigerung auf Ebene der Vertragserfüllung sind offensichtlich. So erfasst Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG den Fall, dass die Rückgabe der Ware im ursprünglichen Zustand unmöglich ist und gibt dem Gläubiger einen Anspruch auf die Vorteile, die aus der Ware gezogen wurden. Gerade im Anwendungsbereich von Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG wird darauf hingewiesen, dass es sich hierbei um stellvertretende *commoda* wie Versicherungsleistungen, Schadensersatzansprüche oder einen Veräußerungserlös handeln kann.³⁵⁶ Es könnte daher widersprüchlich erscheinen, dem Verkäufer als Gläubiger der Warenlieferung in der Rückabwicklung einen solchen Anspruch zuzubilligen und ihm dem Käufer auf Ebene der Vertragserfüllung zu verweigern.³⁵⁷ Diese scheinbare Vergleichbarkeit sollte indes den Blick auf erhebliche Wertungsunterschiede nicht verstellen.

aa) Gegenleistungsgefahr und Vorteilszuweisung: Gefahrtragung als maßgebliches Zuweisungskriterium im Rahmen von Art. 84 Abs. 2 CISG

Ein maßgeblicher Unterschied zwischen Rückabwicklung und Erfüllungsebene besteht im Fortbestand der Gegenleistungspflicht. Wie der Blick auf die Entstehungsgeschichte zeigt, war Zweck der Einführung der Vorgängerregelung zu Art. 84 Abs. 2 CISG, die Härten der Rückabwicklung trotz Unmöglichkeit der Rückgabe und ohne Wertersatzanspruch auszugleichen.³⁵⁸ Gemäß Art. 82 Abs. 2 lit. a CISG trägt der Verkäufer bei Vertragsaufhebung durch den Käufer die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Beschädigung der Ware. Die Vorschrift gilt nicht nur vor Erklärung der Vertragsaufhebung, sondern wird zu Recht von der überwiegenden Ansicht auch entsprechend auf die Zeit nach der Vertragsaufhebung angewendet.³⁵⁹ Der Ver-

³⁵⁵ Siehe hierzu oben, S. 53.

³⁵⁶ *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 35 f.; *Sonnentag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 84, Rn. 46 f.; siehe hierzu ausführlich oben, S. 110 ff.

³⁵⁷ *Hartmann*, IHR 2009, 189, 193; *Pichonnaz*, *Impossibilité*, n° 1828: „Ce qui est valable pour l'acheteur en cas de résolution devrait dès lors l'être également pour le vendeur en cas d'exonération“.

³⁵⁸ Siehe hierzu oben, S. 87.

³⁵⁹ *Honnold/Flechtner*, para. 448.1A; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 9; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 82, Rn. 15; *Saenger*, in: BeckOK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 82, Rn. 4; andere Ansicht *Brunner/Santschi*, in: Brunner/Gottlieb (Hrsg.), CISG, Commentary, 2019, Art. 82, para. 6; *Fountoulakis*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 27.

käufer soll daher als Ausgleich die aus der Ware gezogenen Vorteile erhalten, wenn er schon den Kaufpreis zuzüglich Zinsen erstatten muss und die Ware nicht in einem zumutbaren Zustand zurückerhält. Art. 84 Abs. 2 CISG stellt also eine Vorteilszuweisung infolge der Gefahrtragung dar und verhindert in der Rückabwicklung eine doppelte Bereicherung des Käufers, der nicht gleichzeitig den Kaufpreis samt Zinsen ab Zahlung und die Vorteile aus der Ware erhalten sollte.

Ganz anders stellt sich die Lage des Käufers auf Ebene der Vertragserfüllung dar. Zum einen verfügt der Käufer bei vollständiger Leistungsverweigerung über ein Aufhebungsrecht gemäß Art. 25, 49 Abs. 1 lit. a CISG.³⁶⁰ Er kann sich also der Gegenleistungspflicht entledigen und bleibt anders als in der Rückabwicklung nicht zur Leistung verpflichtet. Während der Verkäufer in der Rückabwicklung gemäß Art. 82 Abs. 2 lit. a CISG grundsätzlich die Gefahr einer zufälligen Verschlechterung oder eines zufälligen Sachuntergangs trägt, liegt die Preisgefahr auf Ebene der Vertragserfüllung grundsätzlich nicht beim Käufer als Gläubiger der Warenlieferung, sondern ebenfalls beim Verkäufer. Etwas anderes gilt nur, wenn der Käufer gemäß Art. 80 CISG selbst für die Leistungsverweigerung verantwortlich ist oder wenn die Preisgefahr gemäß Art. 66 ff. CISG übergegangen ist. Im Rahmen von Art. 80 CISG wird eine übermäßige Bereicherung des Verkäufers in diesen Fällen indes bereits durch eine Anrechnung des Vorteils auf den Kaufpreis verhindert.³⁶¹ Eine Vergleichbarkeit zwischen Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG und der Leistungsverweigerung auf Ebene der Vertragserfüllung besteht daher allenfalls für Fälle, in denen die Preisgefahr bereits gemäß Art. 66 ff. CISG übergegangen ist.

Zum anderen steht dem Käufer bei Leistungsverweigerung gemäß Art. 74 S. 1 CISG grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch zu, der nur bei Leistungshindernissen außerhalb der Risikosphäre des Verkäufers gemäß Art. 79 Abs. 1, 5 CISG ausscheidet. Der Käufer kann somit den Ausgleich trotz Vertragsaufhebung verbleibender Nachteile verlangen, während der Verkäufer auf Ebene der Rückabwicklung keinen Schadensersatzanspruch wegen Be-

³⁶⁰ *Bach/Stieber*, IHR 2006, 59, 64; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 20. Zum gleichen Ergebnis kommt die andere Ansicht, die bei Unmöglichkeit von einem Erlöschen der Gegenleistung *ipso iure* ausgeht, *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 63; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 16; *Saenger*, in: Beck-OK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 79, Rn. 11; siehe zum Ganzen bereits oben, S. 182 ff.

³⁶¹ *Atamer*, in: Kröll/Mistelis, Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, 2. Auflage 2018, Art. 80, para. 16; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 80, Rn. 18; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 80, Rn. 12; *Saenger*, in: FS Magnus, 291, 296; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 80, Rn. 8; kritisch hinsichtlich der Herleitung über die Auslegung von Art. 80 CISG, *Bach*, in: Beck-OK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 80, Rn. 21.1.

schädigung der Ware vor Vertragsaufhebung geltend machen kann, sofern der Käufer nicht gegen eine Erhaltungspflicht gemäß Art. 86 Abs. 1 CISG verstoßen hat. Nach Vertragsaufhebung scheidet ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Rückgewährpflicht oftmals analog Art. 82 Abs. 2 lit. a CISG aus.³⁶²

bb) Keine bereicherungsrechtliche Absicherung des Leistungsanspruchs

Als weiterer Grund für die Analogie zu Art. 84 Abs. 2 CISG wird von *Felix Hartmann* angeführt, dass es sich bei Art. 84 Abs. 2 CISG um eine bereicherungsrechtliche Absicherung des Rückgewähranspruchs handele und eine Übertragung dieser Absicherung auf die Ebene der Vertragserfüllung daher naheliege.³⁶³

Erstens erscheint bereits die Prämisse, dass Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG eine bereicherungsrechtliche Absicherung des Rückabwicklungsanspruchs darstellt, zweifelhaft. Zutreffend ist zwar, dass Art. 84 Abs. 2 CISG eine bereicherungsrechtliche Funktion erfüllt.³⁶⁴ Allerdings enthält Art. 84 Abs. 2 CISG einen eigenständigen Anspruch auf Vorteilsauskehr, der unabhängig vom Anspruch auf Rückgewähr der Ware besteht. Geht die Ware vor Absendung der Aufhebungserklärung unter, entsteht der Rückgewähranspruch gemäß Art. 81 Abs. 2 S. 1 CISG erst gar nicht. Diese Entkoppelung von Rückgewähranspruch einerseits und Vorteilsausgleich andererseits zeigt, dass Art. 84 Abs. 2 CISG nicht im eigentlichen Sinne einen bereicherungsrechtlichen Schutz des Rückgewähranspruchs bezweckt. Seine bereicherungsrechtliche Funktion besteht vielmehr darin, dass der Vertrag vollständig rückabgewickelt wird und die Vorteile umfassend abgeschöpft werden.³⁶⁵ Die von *Felix Hartmann* vorgenommene Einordnung beruht dabei auf einer zu starken Betonung der Unterscheidung zwischen lit. a und lit. b im Rahmen von Art. 84 Abs. 2 CISG.³⁶⁶ Art. 84 Abs. 2 CISG liegen nicht zwei unterschiedliche Regelungszwecke zugrunde.³⁶⁷ Vielmehr ordnet die Norm in beiden Fällen dieselbe Rechtsfolge an und ist als einheitliche und umfassende Vorteilszuweisung in der Rückabwicklung zu verstehen.³⁶⁸

³⁶² *Honnold/Flechtner*, para. 448.1A; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 82, Rn. 9; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 82, Rn. 15; *Saenger*, in: BeckOK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 82, Rn. 4.

³⁶³ *Hartmann*, IHR 2009, 189, 193.

³⁶⁴ Siehe auch den Vergleich bei *Hartmann*, IHR 2009, 189, 193.

³⁶⁵ Siehe hierzu oben, S. 89 f.

³⁶⁶ *Hartmann*, IHR 2009, 189, 193.

³⁶⁷ So aber *Hartmann*, IHR 2009, 189, 193, Fn. 46.

³⁶⁸ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 89.

Zweitens fehlt es, selbst bei unterstellter bereicherungsrechtlicher Absicherung des Rückgewähranspruchs durch Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG, an Gründen, eine solche bereicherungsrechtliche Absicherung auf die Ebene der Leistungserfüllung zu übertragen. Die Belastung des Verkäufers mit der Gegenleistungsgefahr in der Rückabwicklung mag eine solche Zuweisung der Vorteile rechtfertigen, insbesondere da umgekehrt dem Käufer der Anspruch auf Rückzahlung samt Zinsen ab Zahlung gemäß Art. 84 Abs. 1 CISG zusteht. Da der Käufer auf Ebene der Vertragserfüllung grundsätzlich nicht mit der Gegenleistungsgefahr belastet ist, fehlt es an einem vergleichbaren Zuweisungsgrund, der eine Übertragung rechtfertigen würde. Eine solche bereicherungsrechtliche Absicherung müsste daher auf andere, selbstständige Wertungen des Übereinkommens gestützt werden. Die Verankerung eines umfassenden bereicherungsrechtlichen Schutzes der vertraglichen Forderung findet im Übereinkommen indes keine Stütze.

cc) Vorteilsbegriff in Art. 84 Abs. 2 CISG als untaugliche Grundlage für den Commodumsanspruch

Ein weiterer maßgeblicher Unterschied zwischen Art. 84 Abs. 2 CISG und dem Commodumsanspruch bei Leistungsverweigerung besteht im zugrunde liegenden Vorteilsbegriff. Art. 84 Abs. 2 CISG weist jeden aus der Ware gezogenen Vorteil dem Verkäufer zu, unabhängig davon ob dieser gerade infolge der Unmöglichkeit der Ware erlangt wurde und an deren Stelle tritt. Insbesondere sind auch vor der Unmöglichkeit erlangte Gebrauchsvorteile oder Früchte erfasst.³⁶⁹ Eine vollständige Übertragung der Rechtsfolge würde daher dazu führen, dass bei Leistungsverweigerung alle aus der Ware gezogenen Vorteile einschließlich der Gebrauchsvorteile und Früchte an den Käufer herauszugeben wären. Diese Konsequenz wird von der überwiegenden Ansicht freilich zumeist nicht gezogen, da die Analogie in der Regel ausdrücklich auf solche Vorteile beschränkt wird, die gerade infolge der Leistungsverweigerung an die Stelle der Ware getreten sind.³⁷⁰ Es soll damit letztlich ein Unterfall der Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG auf die Leistungsverweigerung übertragen werden. Dies zeigt, dass sich die Norm nicht für eine solche Analogie eignet. Vielmehr wird der Commodumsgedanke in die Norm hineingelesen und dann isoliert auf die Leistungsverweigerung übertragen.

In Abweichung von der überwiegenden Ansicht geht *Felix Hartmann* indes davon aus, dass jegliche Vorteile, die aus einer Vertragsverletzung des Verkäufers gezogen wurden, entsprechend Art. 84 Abs. 2 CISG dem Käufer zustehen.³⁷¹ Dieser Vorschlag führt die Analogie zu Art. 84 Abs. 2 CISG konse-

³⁶⁹ Siehe hierzu oben, S. 92 ff.

³⁷⁰ *Hartmann*, IHR 2009, 189, 194.

³⁷¹ *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 42.1.

quent zu Ende, da der Anspruch auf den einheitlichen Tatbestand der Vertragsverletzung im Übereinkommen angepasst wird und die umfassende Zuweisung aller Vorteile gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG auf die Ebene der Vertragserfüllung übertragen wird. Dennoch zeigt gerade diese konsequente Umsetzung der Wertungen von Art. 84 Abs. 2 CISG, dass eine Analogie sich nicht recht in das Haftungssystem des Übereinkommens auf Ebene der Vertragserfüllung einzufügen vermag. Eine solche Lösung führte nämlich zu einem allgemeinen Abschöpfungsprinzip, dass eine umfassende Vorteilsherausgabe wegen Vertragsverletzung im Übereinkommen einführen würde. Zum einen verstieße eine solche Lösung gegen die grundsätzliche Verteilung von Gefahr, Nutzungen und Lasten der Ware. Das Übereinkommen regelt zwar den Übergang der Nutzungen und Lasten nicht ausdrücklich.³⁷² Nach allgemeiner Ansicht gehen diese allerdings zeitgleich mit der Preisgefahr gemäß Art. 66 ff. CISG über.³⁷³ Zuvor verbleiben sie beim Verkäufer.³⁷⁴ Warum entgegen dieses allgemeinen Gleichlaufs von Nutzungen, Lasten und Gefahr im Falle der Vertragsverletzung Vorteile entsprechend Art. 84 Abs. 2 CISG abgeschöpft werden sollten, erscheint unklar, insbesondere da der Vertragsaufhebung und der Rückabwicklung verschiedene Gefahrverteilungen zugrunde liegen.³⁷⁵ Zum anderen ginge die Einführung eines solchen allgemeinen Abschöpfungsrechtsbehelfs weiter als jede der hier untersuchten Rechtsordnungen, insbesondere auch als das deutsche Recht in § 285 BGB.³⁷⁶ Eine allgemeine Zuweisung des Verletzergewinns erscheint daher als Lückenfüllung oder Weiterentwicklung des CISG nicht international konsensfähig.³⁷⁷

Art. 84 Abs. 2 CISG regelt im Ergebnis also einen mit der Leistungsverteilung auf Ebene der Vertragserfüllung nicht vergleichbaren Fall. Die maßgeblichen Unterschiede bestehen sowohl im Hinblick auf den Regelungskontext in Gestalt der Gefahrtragung als auch hinsichtlich des zu Grunde liegenden Vorteilsbegriffs. Eine analoge Anwendung von Art. 84 Abs. 2 CISG scheidet mithin aus. Aus den gleichen Gründen scheidet auch die Herleitung des Commodumsanspruchs aus einem Art. 84 Abs. 2 CISG entnommenen

³⁷² *Hachem*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Vor Art. 66–70, Rn. 22; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Vor Art. 66 ff., Rn. 10.

³⁷³ *Hachem*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Vor Art. 66–70, Rn. 22; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 66, Rn. 15; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Vor Art. 66 ff., Rn. 10; *Wertenbruch*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 66, Rn. 8.

³⁷⁴ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 66, Rn. 10.

³⁷⁵ Siehe hierzu oben, S. 199.

³⁷⁶ Siehe hierzu oben, S. 152 f.

³⁷⁷ Siehe zu diesem Kriterium für die Auslegung und Fortbildung des Übereinkommens oben, S. 81.

allgemeinen Grundsatz gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG.³⁷⁸ Zwar ist Art. 84 Abs. 2 CISG ein allgemeiner Grundsatz des Vorteilsausgleichs in der Rückabwicklung zu entnehmen.³⁷⁹ Der Aussagegehalt des Grundsatzes reicht indes nur soweit, wie die für Art. 84 Abs. 2 CISG maßgeblichen Wertungen dies zu rechtfertigen vermögen. Diese Wertungen begrenzen den auf Art. 84 Abs. 2 CISG gestützten Vorteilsausgleich auf die Rückabwicklung und lassen sich nicht auf die Ebene der Vertragserfüllung erstrecken.

b) Der Grundsatz favor contractus

Auch die Tendenz des Übereinkommens, den Vertrag aufrecht zu erhalten und eine Vertragsaufhebung zu vermeiden, wird zur Rechtfertigung eines Commodumsanspruchs angeführt.³⁸⁰ Dieser *favor contractus* genannte Grundsatz wird aus Art. 25, 49 Abs. 1 lit. a, Art. 64 Abs. 1 lit. a, Art. 71, 72 CISG hergeleitet, die die Anforderungen für die Vertragsaufhebung besonders hoch ansetzen.³⁸¹ Zuzustimmen ist dem Argument daher insoweit, als dass das Übereinkommen die Vertragsaufhebung erschwert und durch den Anspruch auf das stellvertretende commodum das Schuldverhältnis in veränderter Form aufrechterhalten werden kann.³⁸² Dennoch erscheint der Aussagegehalt des Grundsatzes für die Herleitung eines Anspruchs auf Ersatz- und Erlösherausgabe begrenzt. Ratio der Aufrechterhaltung des Vertrages ist die Verhinderung von Transaktions- und insbesondere Transportkosten aufgrund der Rückabwicklung des Vertrages.³⁸³ Die Rückabwicklung wurde bei internationalen Kaufverträgen als besonders ineffizient angesehen, da die Transaktionskosten der Rückabwicklung in der Regel höher ausfallen als bei reinen Binnengeschäften.³⁸⁴ Das CISG verweist die Parteien daher in der Regel auf

³⁷⁸ Für eine Herleitung aus einem solchen allgemeinen Grundsatz: *Peter Huber*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 46, para. 24; *Schnyder/Straub*, in: Honsell (Hrsg.), UN-Kaufrecht, Kommentar, 2. Auflage 2010, Art. 46, Rn. 31a.

³⁷⁹ Siehe hierzu oben, S. 123 ff.

³⁸⁰ *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 26; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 11; siehe zu diesem Argument im deutschen Recht, *Böger*, System der vorteilsorientierten Haftung, 638 f.

³⁸¹ *Bonell*, in: Bianca/Bonell (Hrsg.), CISG, Commentary, 1987, Art. 7, n° 2.3.2.2.

³⁸² *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 21; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 11; siehe auch für das deutsche Recht, *Böger*, System der vorteilsorientierten Haftung, 638 ff.

³⁸³ *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 49, Rn. 4; *Peter Huber*, *RabelsZ* 71 (2007), 13, 20; *Schmidt-Ahrendts*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.7.2020, Art. 25, Rn. 4.1; *Schroeter*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 25, Rn. 15.

bloße Zahlungsansprüche wie den Schadensersatz oder die Minderung, die nicht zu einem weiteren Transport der Ware führen. Die Erhaltung des Vertrages ist also nicht Selbstzweck, sondern dient der effizienten Durchführung internationaler Verträge.³⁸⁵ Ein Anspruch auf das stellvertretende commodum ist allerdings nicht geeignet, solche Transaktionskosten zu vermeiden. Wird die Leistung des Verkäufers vor dem Warentransport vereitelt, kommt es ohnehin nicht zu Transportkosten. Kommt es während des Transports der Ware zur Unmöglichkeit, sind die Transportkosten bereits angefallen. Mit dem Anspruch auf Auskehr des stellvertretenden commodums träte lediglich ein weiterer Zahlungs- oder Abtretungsanspruch zu den etwaigen Kaufpreis- und Schadensersatzansprüchen hinzu. Ein vermeidbarer Warentransport findet unabhängig von der Verteilung der Vorteile nicht statt.

Darüber hinaus erscheint zweifelhaft, wie aussagekräftig der Grundsatz *favor contractus* in Fällen der vollständigen Leistungsvereitelung tatsächlich ist. Der Grundsatz wird aus Vorschriften abgeleitet, die die Vertragsaufhebung erschweren, um Transaktionskosten zu vermeiden.³⁸⁶ Sind indessen die Voraussetzungen der Vertragsaufhebung erfüllt, stellt das Übereinkommen den Rechtsbehelf der Aufhebung hingegen zur Wahl.³⁸⁷ Da in Fällen der vollständigen Leistungsvereitelung in der Regel eine wesentliche Vertragsverletzung gemäß Art. 25 CISG vorliegen wird und das Übereinkommen selbst die Vertragsaufhebung ermöglicht,³⁸⁸ erscheint die Aussagekraft des Grundsatzes begrenzt.

c) Art. 79 CISG

Die Betonung des Commodumsanspruchs im Rahmen der Befreiungsregelung gemäß Art. 79 CISG³⁸⁹ legt nahe, sich auch mit dieser Vorschrift und ihrem Aussagegehalt für die Ersatz- und Erlösherausgabe zu beschäftigen. Ein Commodumsanspruch könnte als Ausgleich für die Befreiung angesehen

³⁸⁴ Hartmann, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 49, Rn. 4; Schroeter, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 25, Rn. 15.

³⁸⁵ Siehe allerdings auch Schroeter, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 25, Rn. 15 ff., der ebenfalls auf die Verhinderung opportunistischen Verhaltens hinweist.

³⁸⁶ Bonell, in: Bianca/Bonell (Hrsg.), CISG, Commentary, 1987, Art. 7, n° 2.3.2.2.

³⁸⁷ Flessner, ZEuP 2001, 797.

³⁸⁸ Gruber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 25, Rn. 9; Schmidt-Ahrendts, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.7.2020, Art. 25, Rn. 4.1.

³⁸⁹ Bach, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 79, Rn. 62; Brunner, in: Brunner/Gottlieb (Hrsg.), CISG, Commentary, 2019, Art. 79, para. 46; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 54; Pichonnaz, Impossibilité, n° 1824 ff.; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 4-251; Schwenzer, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 50.

werden, so dass eine Befreiung gleichzeitig zur Herausgabe des Vorteils verpflichtete.³⁹⁰ Es erscheint allerdings fraglich, warum dem Gläubiger der Ersatzanspruch nur zustehen sollte, wenn eine Befreiung gemäß Art. 79 CISG vorliegt. Hier läge es näher, dem Gläubiger den Vorteil unabhängig von der Befreiung zuzuweisen, da er auch bei zu vertretener Leistungsverweigerung seinen Erfüllungsanspruch aufgrund des allgemeinen Grundsatzes *impossibilia nulla est obligatio* verliert.³⁹¹ Eine Begründung des allgemeinen Commodumsanspruchs über die Befreiungsregelung gemäß Art. 79 CISG löste die Erlösherausgabe daher nur unzureichend, da sie die Fälle des Doppelverkaufs in der Regel nicht erfasste.³⁹² Der Weg über Art. 79 CISG könnte außerdem zu Wertungswidersprüchen im Haftungssystem des Übereinkommens führen, wenn der Gläubiger im Falle der Befreiung des Schuldners gemäß Art. 79 Abs. 1 CISG besserstünde als bei zu vertretener Unmöglichkeit.³⁹³ Im Übrigen erscheint die Bestimmung als bloße Befreiung vom Schadensersatz kein geeigneter Anknüpfungspunkt für eine Ersatz- und Erlösherausgabe wegen Leistungsverweigerung.³⁹⁴ Vielmehr sollte eine Lösung für die Ersatz- und Erlösherausgabe gefunden werden, die sich unabhängig von einer Befreiung ins Haftungssystem des Übereinkommens einzufügen vermag.

d) Ergänzende Vertragsauslegung

Ein weiterer Begründungsstrang für den Anspruch auf das stellvertretende commodum wird sowohl im CISG³⁹⁵ als auch im deutschen Recht³⁹⁶ in der ergänzenden Vertragsauslegung gesehen. Nach herkömmlichem Verständnis liegt eine ergänzende Vertragsauslegung vor, wenn ein Vertrag eine Regelung nicht enthält, obwohl er eine solche Regelung notwendiger Weise enthalten müsste und der unvollständige Vertrag anhand des hypothetischen Parteiwillens um eine solche Regelung ergänzt wird.³⁹⁷ Diese Form der Vertragsfortbildung wird von der überwiegenden Meinung als Bestandteil der Vertragsauslegung gemäß Art. 8 Abs. 2 CISG angesehen.³⁹⁸

³⁹⁰ *Treitel*, Unmöglichkeit, 131.

³⁹¹ Siehe hierzu oben, S. 177 f.

³⁹² *Bollenberger*, Commodum, 155.

³⁹³ *Bock*, in: FS Schwenger, 175, 189.

³⁹⁴ *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 42.1.

³⁹⁵ *Stoll*, in: Schlechtriem (Hrsg.), CISG, Kommentar, 3. Auflage 2000, Art. 79, Rn. 53.

³⁹⁶ BGH, 19.6.1957, BGHZ 25, 1, 9; BGH, 30.1.1987, BGHZ 99, 385, 388; BGH, 25.4.1997, BGHZ 135, 284, 289; *Schulze*, in: Schulze (Hrsg.), BGB-Kommentar, 10. Auflage 2019, § 285, Rn. 1; *Stadler*, in: Jauernig, BGB-Kommentar, 17. Auflage 2018, § 285, Rn. 2; siehe für Fälle, die nicht unter § 285 BGB fallen, *Seichter*, in: jurisPK-BGB, 9. Auflage 2020, § 285, Rn. 14.

³⁹⁷ *Schmidt-Kessel*, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 8, Rn. 26.

Allerdings kann ein allgemeiner Anspruch auf ein stellvertretendes commodum in der Regel weder aus der ergänzenden Vertragsauslegung noch aus einem vermuteten hypothetischen Parteiwillen hergeleitet werden.³⁹⁹ Zunächst kann die ergänzende Vertragsauslegung grundsätzlich nur herangezogen werden, um einen speziellen Vertrag im Einzelfall anhand des hypothetischen Willens der jeweiligen Parteien zu ergänzen.⁴⁰⁰ Es handelt sich dabei nicht um ein Rechtsinstitut, das zur Schließung allgemeiner Lücken des CISG geeignet ist. Für die Lückenfüllung gilt vielmehr Art. 7 Abs. 2 CISG. Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung ist daher, dass die Interessenlage im Einzelfall aufgrund der besonderen Eigenschaften der Parteien und des Vertrags eine Regelung erfordert, die die Parteien (unbewusst) nicht getroffen haben. Zweck der ergänzenden Vertragsauslegung ist es, die Versäumnisse der Parteien auszugleichen und nicht diejenigen des Gesetzgebers.⁴⁰¹ Ebenso wenig hilft die Figur des vermuteten hypothetischen Parteiwillens weiter.⁴⁰² Diese Figur, die von den Verfassern des BGB als Regelungsgrund für § 281 BGB a.F. angeführt wurde,⁴⁰³ vermag zwar gesetzliche Regelungen zu erklären, kann allerdings unabhängig von Art. 7 Abs. 2 CISG selbst nicht eigenständig zur Begründung neuer Ansprüche herangezogen werden.

Eine ergänzende Vertragsauslegung kann daher nur unter besonderen Umständen zur Annahme eines Commodumsanspruchs führen. Sie kommt etwa in Betracht, wenn der Käufer auf eine Versicherung des Gegenstandes auf eigene Kosten hinwirkt oder ausdrücklich die Kosten der Versicherung im Innenverhältnis getragen hat oder tragen sollte.⁴⁰⁴ Fehlt es trotz einer solchen konkreten Abrede zur Versicherung des Gegenstandes an einer vertraglichen

³⁹⁸ Gruber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 8, Rn. 7; Hurni, in: Brunner (Hrsg.), UN-Kaufrecht, 2. Auflage 2014, Art. 8, Rn. 22; Schmidt-Kessel, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 8, para. 12, 26 ff.; Zuppi, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 8, Rn. 33; siehe auch die Art. 4.8, 5.2 der UNIDROIT Principles.

³⁹⁹ Hartmann, IHR 2009, 189, 191; siehe auch die Kritik an dieser Einordnung von § 285 BGB im deutschen Recht, Bollenberger, Commodum, 61 ff.; Hartmann, commodum, 52 ff.

⁴⁰⁰ Gruber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 8, Rn. 7; Schmidt-Kessel, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 8, Rn. 27.

⁴⁰¹ Siehe etwa zur ergänzenden Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen Rüßmann, BB 1987, 843, 848: „Will der Richter andere Regeln als die des dispositiven Gesetzesrechts einsetzen, dann muß er solche Regeln zur Ergänzung des dispositiven Rechts entwickeln.“

⁴⁰² Bollenberger, Commodum, 62.

⁴⁰³ Mugdan II, 25; siehe hierzu Hartmann, commodum, 50 f.

⁴⁰⁴ Siehe etwa ausdrücklich für einen solchen Abschluss der Versicherung durch den Verkäufer auf Kosten des Käufers, GAFTA Contract 119, Section 13, *in fine*, in: Bridge, International Sale of Goods, Appendix 2, 739.

Zuweisung des Versicherungsanspruchs, kann eine ergänzende Vertragsauslegung anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls gemäß Art. 8 CISG zum Ergebnis führen, dass der Käufer einen Anspruch auf Auskehr der Versicherungssumme hat. Selbstredend steht es den Parteien darüber hinaus frei, Ansprüche auf das stellvertretende commodum gemäß Art. 6 CISG zu vereinbaren.

e) Handelsbrauch gemäß Art. 9 Abs. 2 CISG

Ein Anspruch auf die Ersatz- und Erlösherausgabe kann sich gegebenenfalls aus einem Handelsbrauch gemäß Art. 9 Abs. 2 CISG ergeben. Voraussetzung für eine solche Begründung wäre, dass in dem betreffenden Geschäftszweig ein derartiger Handelsbrauch besteht und dass daher auch ohne entsprechende Vereinbarung anzunehmen ist, dass die Parteien von einem solchen Anspruch ausgegangen sind oder davon ausgehen mussten.⁴⁰⁵ Dies ist für jede Branche gesondert zu bestimmen.⁴⁰⁶ Ein Handelsbrauch erfordert insbesondere, dass es sich um die Regeln geschäftlichen Verhaltens in der jeweiligen Branche handelt, die üblicherweise eingehalten werden.⁴⁰⁷ Eine solche Regel des geschäftlichen Verhaltens fehlt demgegenüber, wenn lediglich eine rechtliche Übereinstimmung zwischen zwei Rechtsordnungen besteht.⁴⁰⁸ Eine solche gemeinsame Rechtsregel schließt zwar einen entsprechenden Handelsbrauch nicht aus,⁴⁰⁹ erfordert aber eine strenge Prüfung, ob der Ursprung des Verhaltens im kaufmännischen Verkehr zu finden ist. In einem deutsch-schweizerischen Kaufvertrag kommt es daher zum Beispiel nicht zu einem Commodumsanspruch über Art. 9 Abs. 2 CISG, denn der Anspruch entspringt nicht dem geschäftlichen Verhalten, sondern ist schlicht jeweils Teil des nationalen Zivilrechts.

f) Zwischenergebnis

Die herkömmlichen Begründungsansätze für den Anspruch auf das stellvertretende commodum vermögen nicht zu überzeugen. Die von der überwiegenden Ansicht favorisierte Analogie zu Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG scheitert

⁴⁰⁵ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 9, Rn. 24; *Schmidt-Kessel*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 9, Rn. 11.

⁴⁰⁶ OGH, 21.3.2000, IHR 2001, 40, CISG-online Nr. 641; *Schmidt-Kessel*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 9, Rn. 16.

⁴⁰⁷ Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg NJW 1997, 613 f.; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 9, Rn. 7; *Schmidt-Kessel*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 9, Rn. 11.

⁴⁰⁸ *Slechtriem/Schroeter*, Rn. 226.

⁴⁰⁹ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 9, Rn. 27; *Schmidt-Kessel*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 9, Rn. 11.

an der fehlenden rechtlichen Vergleichbarkeit der geregelten und nicht geregelten Frage. Auch der *favor contractus* Grundsatz enthält keine für die Ersatz- und Erlösherausgabe maßgeblichen Wertungen. Andere Begründungswege über Art. 79 CISG, die ergänzende Vertragsauslegung oder Art. 9 Abs. 2 CISG vermögen die Zuweisung von Ersatz und Erlös nur unzureichend oder unter Verstoß gegen Wertungen des Übereinkommens zu lösen. Es erscheint daher geboten, neue Begründungswege auszuloten. In Betracht kommt insbesondere eine Begründung des Commodumsanspruchs aus dem Erfüllungsanspruch und dem Grundsatz der Naturalerfüllung im CISG.

2. Der Anspruch auf das stellvertretende commodum als Folge des Naturalerfüllungsgrundsatzes im CISG

Der Anspruch auf das stellvertretende commodum soll aus dem Erfüllungsanspruch gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG und dem Grundsatz der Naturalerfüllung hergeleitet werden (a). Diese Lösung lässt sich friktionslos in das Haftungssystem des Übereinkommens einfügen (b) und ist international konsensfähig (c).

a) Die Herleitung des Anspruchs aus dem Grundsatz der Naturalerfüllung

Der Anspruch auf das stellvertretende commodum im CISG soll hier aus dem Erfüllungsanspruch und dem Grundsatz der Naturalerfüllung hergeleitet werden (aa). Es handelt sich um einen Fall der schuldrechtlichen Surrogation, die im CISG anerkannt ist (bb).

aa) Der Grundsatz der Naturalerfüllung und das stellvertretende commodum

Das CISG strebt grundsätzlich die Naturalerfüllung des Vertrages an.⁴¹⁰ Das Übereinkommen kennt zwar formal keine Hierarchie der Rechtsbehelfe.⁴¹¹ Implizit räumt es der Naturalerfüllung indes eine Vorrangstellung ein.⁴¹² Dies folgt zwar nicht bereits aus der Stellung des Erfüllungsanspruchs des Verkäufers als erstem Rechtsbehelf in Art. 45 Abs. 1 lit. a, Art. 46 Abs. 1 CISG, denn die Reihenfolge *per se* gibt keinerlei Aufschluss über das Verhältnis der Rechtsbehelfe.⁴¹³ Allerdings verlangt das CISG die Setzung einer Nachfrist als Voraussetzung der Vertragsaufhebung gemäß Art. 49 Abs. 1 lit. b

⁴¹⁰ *Achilles*, in: Ensthaler (Hrsg.), HGB, Kommentar, CISG, Art. 46, Rn. 1; *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 46, Rn. 3; *Müller-Chen*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 1; *Riehm*, Naturalerfüllung, 451 ff.; *Vahle*, ZvglRWiss 98 (1999), 54, 55 f.; siehe hierzu bereits ausführlich oben, S. 171.

⁴¹¹ *Bridge*, in: FS Magnus, 161, 169; *Freund*, Erfüllungszwang, 366.

⁴¹² *Berger/Scholl*, in: FS Schwenzer, 159, 160 f.; *Kim*, Nacherfüllung, 11; *Schmidt-Ahrendts*, Verhältnis, 8; siehe hierzu bereits oben, S. 171.

⁴¹³ So aber *Schmidt-Ahrendts*, Verhältnis, 8; *Vahle*, ZvglRWiss 98 (1999), 54, 55 f.

CISG.⁴¹⁴ Auch eine Vertragsaufhebung wegen wesentlicher Vertragsverletzung gemäß Art. 49 Abs. 1 lit. a, Art. 25 CISG wird überwiegend abgelehnt, wenn der Verkäufer die Vertragswidrigkeit in angemessener Frist beheben kann.⁴¹⁵ Diese Erschwerung der Vertragsaufhebung gemäß Art. 25 CISG kann ebenfalls als indirekter Schutz der Naturalerfüllung verstanden werden.⁴¹⁶ Daraus lässt sich insgesamt der allgemeine Grundsatz herleiten, dass das Übereinkommen die Naturalerfüllung privilegiert und sowohl das Interesse des Käufers, die Leistung in Natur zu erhalten, als auch das Interesse des Verkäufers, die Leistung in Natur zu erbringen, schützt.⁴¹⁷

Das stellvertretende commodum ist bereits begrifflich eng mit dem Erfüllungsanspruch verknüpft. Es tritt buchstäblich an die Stelle des Leistungsgegenstands. Bereits *Philipp Heck* sah es daher als „Rest der ursprünglichen Pflicht“ an.⁴¹⁸ Dieses Verständnis des Commodumsanspruchs wird auf Ebene des CISG dadurch in Frage gestellt, dass das Übereinkommen in Art. 30 CISG lediglich die Pflicht zur Lieferung der Ware enthält, die über den Rechtsbehelf des Erfüllungsanspruchs gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG durchgesetzt werden kann. Das stellvertretende commodum ist nach dem Wortlaut weder von der Obligation noch vom Rechtsbehelf in Art. 46 Abs. 1 CISG erfasst. Dies könnte bedeuten, dass das Einheitsrecht, anders als das deutsche Recht, den Ersatz oder Erlös nicht als Rest der bestehenden Pflicht, sondern als ein *aliud* ansieht, für dessen Herausgabe es an einer gesonderten Anordnung fehlt.

Eine solche Differenzierung zeugte allerdings von einem zu engen Verständnis von der Bedeutung der Naturalerfüllung im Haftungssystem des Übereinkommens. Die Gewähr des Erfüllungsanspruchs in Art. 46 Abs. 1 CISG ebenso wie der Rechtsbehelf der Ersatzlieferung in Art. 46 Abs. 2 CISG zeugen vom Bestreben des Übereinkommens, das Interesse des Käufers

⁴¹⁴ *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 46, Rn. 3; *Müller-Chen*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 1.

⁴¹⁵ OLG Linz, 18.5.2011, CISG-online Nr. 2443; OLG Köln, 14.10.2002, CISG-online Nr. 709, IHR 2003, 15 f.; OLG Koblenz, 31.1.1997, CISG-online Nr. 256, IHR 2003, 172, 175; Cour d'appel Grenoble, 26.4.1995, CISG-online Nr. 154; *Benicke*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 25, Rn. 40; *Ferrari*, Int'l Bus. L.J. (2005), 389, 392; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 25, Rn. 26 f.; *Riehm*, Naturalerfüllung, 454 ff.; im Grundsatz zustimmend mit einigen Präzisierungen, *Schroeter*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 25, para. 48.

⁴¹⁶ *Achilles*, in: Ensthaler (Hrsg.), HGB, Kommentar, CISG, Art. 46, Rn. 1; *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 46, Rn. 3; *Schmidt-Ahrendts*, Verhältnis, 16 f.

⁴¹⁷ *Müller-Chen*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 1; *Schmidt-Ahrendts*, Verhältnis, 16; siehe auch *Riehm*, Naturalerfüllung, 456: „Vorrang der Nacherfüllung im Ergebnis umfassend gesichert“.

⁴¹⁸ *Heck*, Schuldrecht, § 34 Anm. 1, 103; zustimmend *Dornis*; in: BeckOGK-BGB, 1.3.2020, § 285, Rn. 21.

an der Naturalerfüllung zu schützen. Es erscheint daher naheliegend, dem vom Erfüllungsanspruch geschützten Naturalerfüllungsinteresse nicht nur die unmittelbare Leistung zuzuordnen, sondern im Fall der Leistungsverweigerung ebenfalls den anstelle des Leistungsgegenstands erlangten Ersatz. Die Verknüpfung zwischen Naturalerfüllung und Ersatz- oder Erlösherausgabe ist zwar nicht denknotwendig, da die Auskehr von Vorteilen oder die Abtretung von Ersatzansprüchen keine Warenlieferung darstellt und der Wert des Ersatzes in keinem direkten Abhängigkeitsverhältnis zum Interesse des Gläubigers an der Naturalerfüllung steht. Oftmals wird es sich bei den Versicherungssummen oder Ansprüchen gegen den Drittschädiger sowie dem Veräußerungserlös allerdings um eine Annäherung an das Interesse des Käufers an der Warenlieferung handeln. Auch das Übereinkommen erkennt die Verknüpfung von Warenlieferung und Erlös grundsätzlich in Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG an, indem es die Erlösherausgabe anordnet, wenn sich der Käufer im Annahmeverzug befindet und der Verkäufer die Ware gemäß Art. 85 Abs. 1, Art. 88 Abs. 1, 2 CISG veräußert. Das Übereinkommen selbst verknüpft also die Ware und den Erlös. Die Verbindung zwischen Naturalerfüllung und dem Erwerb des Ersatzes oder Erlöses erscheint daher hinreichend eng, um eine Auskehr des Ersatzes bei Leistungsverweigerung als Fortsetzung des Erfüllungsanspruchs im Sinne des allgemeinen Grundsatzes der Naturalerfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG zu rechtfertigen.

Neben dieser Annäherung an das Naturalerfüllungsinteresse führt die Ersatz- und Erlösherausgabe zu einer Erhöhung des Schutzes der Naturalerfüllung im Sinne des Grundsatzes *pacta sunt servanda*, da dem Schuldner der Anreiz genommen wird, die Leistungsverweigerung selbst herbeizuführen.⁴¹⁹ Er kann insbesondere aufgrund der Erlösherausgabe nicht mehr von der Leistungsverweigerung profitieren. Zwar tritt das stellvertretende *commodum* unabhängig von der Ursache der Leistungsverweigerung an die Stelle des Erfüllungsanspruchs, so dass die vom *Commodumsanspruch* ausgehende Abschreckungswirkung nicht in jedem Fall der Ersatz- und Erlösherausgabe relevant ist. Insbesondere für die Fälle des Mehrfachverkaufs erscheint eine gewisse Präventionswirkung allerdings plausibel. Trotz der zuweilen erfolgenden schadensrechtlichen Verortung einer solchen Vorteilszuordnung aufgrund des *performance principle*⁴²⁰ erscheint es überzeugender, den Schutz der Naturalerfüllung dem Erfüllungsanspruch selbst zuzuordnen und nicht auf das vom Aus-

⁴¹⁹ Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 43.

⁴²⁰ Hachem, in: FS Schwenger, 647, 662 f.; Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 6; siehe zum englischen Recht, Pearce/Halson, 28 OJLS (2008), 73, 82 ff.; siehe hierzu ausführlich unten, S. 268 f.

gleichgedanken geprägte Schadensrecht zu rekurrieren.⁴²¹ Der Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 S. 1 CISG schützt im Sinne des Grundsatzes der Totalreparation das wirtschaftliche Erfüllungsinteresse des Gläubigers. Das Abstellen auf die Vermögenssituation des Schuldners ist nicht nur mit dem Wortlaut von Art. 74 S. 1 CISG schwerlich vereinbar, sondern führte zu einer Aushöhlung der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes und zu einer grundlegenden Umdeutung seiner Grundstrukturen.⁴²² Eine Betonung der Gewinnherausgabe im Rahmen des Schadensersatzes führte auch zur Schwierigkeit, dort tragfähige Kriterien für die Auskehr eines Verletzergewinns zu entwickeln.⁴²³ Es erscheint daher überzeugender, die Ersatz- und Erlösherausgabe durch eine Erweiterung des Erfüllungsanspruchs gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG im Lichte des Naturalerfüllungsgrundsatzes gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG zu gewähren und so zum Schutz des Naturalerfüllungsinteresses beizutragen.

bb) Die schuldrechtliche Surrogation im CISG

Beim Anspruch auf das stellvertretende commodum tritt der Ersatz oder Erlös im Wege der schuldrechtlichen Surrogation an die Stelle des Leistungsgegenstandes.⁴²⁴ Es ist zu Recht für das deutsche Recht darauf hingewiesen worden, dass der Surrogationsgedanke selbst nichts zur dogmatischen Einordnung des Anspruchs beizutragen vermag, sondern lediglich eine Beschreibung des rechtlichen Vorgangs enthält.⁴²⁵ Auf Ebene des CISG erscheint es allerdings von Bedeutung, dass der Text des Übereinkommens zwar keinen Commodumsanspruch aufweist, der Mechanismus der schuldrechtlichen Surrogation allerdings an anderer Stelle im CISG verankert ist. Eine solche schuldrechtliche Surrogation findet sich nämlich in Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG, der den Erlös bei Veräußerung der Ware gemäß Art. 88 Abs. 1, 2 CISG an deren Stelle treten lässt.⁴²⁶ Jedenfalls im Kontext der Erhaltungspflichten weist es den Veräußerungserlös als an die Stelle der Ware tretendes Surrogat der anderen Partei zu. Die Interessenlage in Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG ist zwar nicht ohne weiteres auf den Erfüllungsanspruch übertragbar, da die Regelung im Kontext der Erhaltungspflichten erfolgt, die eine Interessenwahrnehmung für Rechnung der anderen Partei regeln.⁴²⁷ Da sich die eigentliche Rechtfertigung des Anspruchs indes im Grundsatz der Naturalerfüllung findet, genügt es an dieser Stelle da-

⁴²¹ *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 42.

⁴²² *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 42; siehe hierzu ausführlich unten, S. 258 ff.

⁴²³ *Hartmann*, IHR 2009, 189, 198.

⁴²⁴ *Stadler*, in: Jauernig, BGB, 17. Auflage 2018, § 285, Rn. 2; *Westermann*, in: Erman, BGB, 15. Auflage 2017, § 285, Rn. 1; kritisch zum Begriff *Hartmann*, commodum, 57; *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 445.

⁴²⁵ *Hartmann*, commodum, 59 f.; *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 5 f.

⁴²⁶ Siehe oben, S. 147.

⁴²⁷ Siehe hierzu oben, S. 136.

rauf hinzuweisen, dass der Mechanismus der schuldrechtlichen Surrogation eines Anspruchs oder Erlöses für die Ware im Übereinkommen anerkannt ist.

Der Naturalerfüllungsanspruch gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG bildet also in Verbindung mit dem allgemeinen Grundsatz *pacta sunt servanda* und Art. 88 Abs. 3 CISG eine tragfähige Begründung für den Commodumsanspruch. Dieser müsste sich allerdings auch sonst in das Haftungssystem des Übereinkommens einfügen können.

b) Die Einpassung des Anspruchs in das Haftungssystem des Übereinkommens

Der Anspruch auf das stellvertretende commodum müsste sich auch nahtlos in das Haftungssystem des CISG einfügen können. Abstimmungsbedarf besteht insbesondere zu Art. 28 CISG (aa), dem Anspruch auf Schadensersatz gemäß Art. 74 S. 1 CISG (bb) sowie der Befreiungsregelung in Art. 79 CISG (cc).

aa) Stellvertretendes commodum und Art. 28 CISG

Der Erfüllungsanspruch im CISG wird durch den Vorbehalt in Art. 28 CISG beschränkt.⁴²⁸ Der Anspruch auf Ersatz- und Erlösherausgabe als Fortsetzung des Erfüllungsanspruchs dürfte daher nicht gegen den Regelungszweck von Art. 28 CISG verstoßen. Bei Art. 28 CISG handelt es sich allerdings lediglich um einen prozessualen Vorbehalt, der die materiellen Grundlagen des Haftungssystem des Übereinkommens nicht berührt.⁴²⁹ So ist etwa auch für die Nachfrist gemäß Art. 47 CISG anerkannt, dass es bei der Nachfristsetzung eine mögliche Einschränkung der Durchsetzbarkeit des Erfüllungsanspruchs gemäß Art. 28 CISG unbeachtlich ist.⁴³⁰ Gleiches sollte auch für den Anspruch auf das stellvertretende commodum als Fortsetzung des Erfüllungsanspruchs gelten. Der Normzweck von Art. 28 CISG, nämlich die Rechtsordnungen des *common law* vor einer übermäßigen gerichtlichen Anordnung der *specific performance* zu schützen,⁴³¹ ist durch eine Herausgabe des commodums nicht berührt. Eine Vollstreckbarkeit des Anspruchs gemäß Art. 28 CISG für die Ersatzherausgabe zu fordern,⁴³² räumte Art. 28 CISG eine zu große Bedeutung ein, insbesondere da die Anwendung von Art. 28 CISG vom angerufenen Gericht und der Ausübung des Ermessens gemäß Art. 28 CISG

⁴²⁸ Thomale/Lindemann, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 28, Rn. 3.1; siehe hierzu ausführlich oben, S. 172.

⁴²⁹ Unberath, Vertragsverletzung, 270; andere Ansicht Zoll, ZEuP 2007, 229, 234.

⁴³⁰ Benicke, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 47, Rn. 2; Hartmann, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 47, Rn. 10; Riehm, Naturalerfüllung, 451.

⁴³¹ Thomale/Lindemann, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 28, Rn. 3; siehe hierzu oben, S. 172.

⁴³² So Bollenberger, Commodum, 155 f.

abhängig wäre. Für die Ersatz- und Erlösherausgabe ist Art. 28 CISG daher nur insoweit von Belang, als dass der Anspruch auf Herausgabe des commodums selbst unter dem Vorbehalt von Art. 28 CISG steht,⁴³³ der grundsätzlich auf sämtliche, auf Erfüllung gerichtete Ansprüche anwendbar ist.⁴³⁴

bb) Stellvertretendes commodum und Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 S. 1 CISG

Ein Anspruch auf das stellvertretende commodum dürfte nicht in Konflikt mit dem Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 S. 1 CISG treten. Die Aufzählung der Rechtsbehelfe des Käufers in Art. 45 Abs. 1 CISG könnte so verstanden werden, dass ausschließlich die dort genannten Rechtsbehelfe bestehen und dass der Schadensersatzanspruch – wie traditionell in *common law* Rechtsordnungen – den Standardrechtsbehelf darstellt.⁴³⁵ Der Commodumsanspruch müsste dann aufgrund des Vorrangs des Schadensersatzes ausgeschlossen sein. Für eine solche Ausschlussfunktion des Schadensersatzes finden sich im Übereinkommen jedoch keine Anhaltspunkte. Zwar liegt dem CISG sowohl in Art. 25 CISG als auch in Art. 74 S. 1 CISG grundsätzlich der Schutz der wirtschaftlichen Erwartungen des Gläubigers zugrunde. Dies schließt allerdings nicht zwingend die Herleitung eines Commodumsanspruchs aus dem Naturalerfüllungsgrundsatz aus. Anders als in den Rechtsordnungen des *common law* steht der Erfüllungsanspruch im CISG gerade im Zentrum des Rechtsbehelfssystems, so dass im Hinblick auf das commodum hieraus die entsprechenden Konsequenzen gezogen werden sollten. Friktionen mit den in Art. 74 S. 2, 77 CISG enthaltenen Schadenszurechnungsgrundsätzen erscheinen durch den Commodumsanspruch nicht zu entstehen, da der Schuldner durch den Commodumsanspruch nicht schlechter steht als bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages. Seine Belastung durch die Ersatz- und Erlösherausgabe bedarf daher keiner zusätzlichen Rechtfertigung in Gestalt von Schadenszurechnungskriterien wie der Vorhersehbarkeit bei Vertragsschluss.

Fraglich ist schließlich, ob der Commodumsanspruch auf die Höhe des Schadensersatzes zu begrenzen ist.⁴³⁶ Da die Ersatz- und Erlösherausgabe indes nicht anstelle des Schadensersatzes, sondern als Fortsetzung des Erfüllungsanspruchs gewährt wird, erscheint eine Begrenzung auf den Schaden des Gläubigers nicht zwingend geboten. Auch der Erfüllungsanspruch besteht grundsätzlich unabhängig von einem Schaden des Gläubigers im Sinne von Art. 74 S. 1

⁴³³ Andere Ansicht *Bollenberger*, *Commodum*, 155 f.

⁴³⁴ *Björklund*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 2. Auflage 2018, Art. 28, Rn. 13; *Müller-Chen*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Art. 28, Rn. 6.

⁴³⁵ *Bollenberger*, *Commodum*, 154.

⁴³⁶ So für das deutsche Recht, *Caspers*, in: *Staudinger-BGB*, [Neubearbeitung 2019], § 285, Rn. 41; *Stoll*, in: *FS Schlechtriem*, 677, 694 f.

CISG. Selbst wenn man den Anspruch auf Ersatzherausgabe als Nachteilsausgleich versteht,⁴³⁷ folgt daraus nicht zwingend, dass der Nachteilsausgleich auf das schadensrechtlich geschützte Erfüllungsinteresse beschränkt ist. Eine Begrenzung der Ersatzherausgabe auf die Höhe des eingetretenen Schadens würde die Herleitung des Commodumsanspruchs aus dem Erfüllungsprinzip in Frage stellen und letztlich einen hybriden Rechtsbehelf schaffen, der neben dem Schadensersatz allenfalls in Fällen einer Befreiung vom Schadensersatzanspruch gemäß Art. 79 CISG praktisch relevant werden könnte.

cc) Stellvertretendes commodum und Haftungsbefreiung gemäß Art. 79 CISG

Schließlich dürfte die Ersatz- und Erlösherausgabe nicht gegen die Befreiungsregelung in Art. 79 CISG verstoßen. Liegt ein Fall der Befreiung gemäß Art. 79 Abs. 1 CISG vor, ist fraglich, ob der Anspruch auf das stellvertretende commodum dem Regelungszweck der Vorschrift zuwiderläuft. Ein direkter Verstoß scheidet aus, da Art. 79 Abs. 1, 5 CISG lediglich Schadensersatzansprüche ausschließt. Da die Ersatz- und Erlösherausgabe den Schuldner nicht über die hypothetische Erfüllung des Vertrages hinaus belastet, erscheint auch kein Verstoß gegen den Zweck von Art. 79 CISG vorzuliegen. Vielmehr kann die Ersatzherausgabe in Fällen des Art. 79 CISG dazu beitragen, dass der Schuldner durch die Befreiungsregelung nicht zu weitgehend gegenüber dem Gläubiger privilegiert wird, der gemäß Art. 79 Abs. 5 CISG bereits seinen aus der Vertragsverletzung erwachsenen Schaden zu tragen hat.⁴³⁸ Die Auskehr von Vorteilen in Form des Anspruchs auf das stellvertretende commodum kann daher bewirken, dass der Schuldner nicht ungebührlich von seiner Befreiung gemäß Art. 79 Abs. 1 CISG profitiert und besser steht als bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages.

c) Die internationale Konsensfähigkeit des Commodumsanspruchs aus der Naturalerfüllung

Die Herleitung eines Anspruchs auf das stellvertretende commodum aus dem Grundsatz der Naturalerfüllung erscheint sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis konsensfähig im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht, auch wenn zum Teil eine abweichende dogmatische Einordnung des Anspruchs erfolgt.⁴³⁹

Etwas weniger eindeutig fällt die Konsensprognose für das französische Recht aus. Hier ist der Commodumsgedanke zwar in Art. 1351-1 C. civ. verankert, spielt aber in der Rechtspraxis keine große Rolle.⁴⁴⁰ Wie bereits oben

⁴³⁷ Caspers, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2019], § 285, Rn. 3, 41.

⁴³⁸ Bollenberger, Commodum, 155.

⁴³⁹ Siehe hierzu oben, S. 153.

⁴⁴⁰ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 161.

beschrieben, liegt dies am Zusammenspiel des Konsensprinzips mit dem Versicherungs- und Deliktsrecht. Die geringe Relevanz der Ersatzherausgabe sollte jedoch nicht grundsätzlich gegen eine Akzeptanz des Commodumsgedankens sprechen, da im Wesentlichen über den Commodumsanspruch vertragsrechtlich diejenigen Ergebnisse hergestellt werden, die im französischen Recht in der Regel auf anderem Wege erreicht werden. Soweit diese außervertraglichen Ansprüche neben dem Übereinkommen anwendbar sind, können sie neben diejenigen aus dem CISG treten. Etwas anderes gilt nur für die fehlende Erlösherausgabe beim Verkauf an den gutgläubigen Zweitkäufer gemäß Art. 1198 C. civ. Hier ginge eine Erlösherausgabe über die Regelung des französischen Rechts hinaus, wenn der Erlös den Wert der Sache übersteigt.

Schwierigkeiten bereitet aus rechtsvergleichender Sicht das englische Recht. Wie oben beschrieben, kennt das englische Recht grundsätzlich keinen allgemein Commodumsanspruch.⁴⁴¹ Allerdings geht es zum einen bei vollständiger Leistungsverweigerung vom Erlöschen des Vertrages durch *frustration* aus. Zum anderen besteht bei Vertragsverletzungen grundsätzlich ohnehin lediglich ein Schadensersatzanspruch. Nur ausnahmsweise kann die Erfüllung des Vertrages verlangt werden. Da das CISG hingegen grundsätzlich den Erfüllungsanspruch gewährt,⁴⁴² sollten daher für das englische Recht vor allem diejenigen Konstellationen in den Blick genommen werden, in denen der Rechtsbehelf der *specific performance* zur Verfügung steht. Dies ist insbesondere beim Grundstückskauf der Fall, bei dem grundsätzlich nicht nur der Erfüllungsanspruch, sondern im Wege des *constructive trust* auch ein Anspruch auf Erlösherausgabe anerkannt ist.⁴⁴³

Einige Autoren sehen in diesen Fällen gerade in der Gewähr des Anspruchs auf Naturalerfüllung den Grund für die Zuweisung des Erlöses an den Gläubiger über den *constructive trust*.⁴⁴⁴ In diesem Zusammenhang ist allerdings zu Recht darauf hingewiesen worden, dass insbesondere die Vollstreckbarkeit des Erfüllungsanspruchs nicht notwendiger Weise über die Zuweisung des Erlöses entscheiden sollte, da sie wesentlich von öffentlich-rechtlichen Erwägungen zur Reichweite staatlichen Zwangs zur Durchsetzung privater Rechte geprägt ist.⁴⁴⁵ Sie kann daher nicht unbesehen zum Maßstab

⁴⁴¹ Siehe hierzu bereits ausführlich oben, S. 163.

⁴⁴² Siehe hierzu bereits oben, S. 170.

⁴⁴³ *Lake v. Bayliss* [1974] 1 WLR 1073; *Bock*, Gewinnherausgabe, 58; *Boosfeld*, Gewinnausgleich, 139; *Henning Meyer*, Ersatz und Erlösherausgabe, 240; siehe hierzu bereits oben, S. 166.

⁴⁴⁴ *Bollenberger*, Commodum, 137 ff.; *ders.*, ZEuP 2000, 893, 900; *Bock*; Gewinnherausgabe, 217 f.; *Dornscheidt*, Gewinnhaftung, 204; *Chambers*, in: Degeling/Edelman (Hrsg.), *Equity in Commercial Law*, 431, 458; *Martin*, in: *Hansbury & Maudsley, Modern Equity*, 304 f.; siehe auch zum US-amerikanischen Recht und der Verbindung zwischen Naturalerfüllung und Erlösherausgabe, *Farnsworth*, 94 Yale L.J. (1984–1985), 1339, 1364.

⁴⁴⁵ *Dornscheidt*, Gewinnhaftung, 209 f.; *Hartmann*, commodum, 30 ff.

des materiellen Rechts erhoben werden.⁴⁴⁶ Dies sollte indes den Blick darauf nicht verstellen, dass sich jedenfalls für das angloamerikanische Recht belastbare Anhaltspunkte für eine Verbindung zwischen der grundsätzlichen Gewähr des Erfüllungsanspruchs einerseits und der Anordnung einer Gewinnherausgabe andererseits ergeben.⁴⁴⁷ *Felix Hartmann* hat zwar für das englische Recht zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Gewinnherausgabe grundsätzlich auch in Betracht kommen kann, wenn im Einzelfall keine vollstreckbare Erfüllungsanordnung ergeht.⁴⁴⁸ So wurde etwa in der Entscheidung *Patel v Ali*⁴⁴⁹ eine Anordnung der Erfüllung des Grundstückskaufvertrages aufgrund gesundheitlicher Probleme der Verkäuferin, die einen Umzug als unzumutbare Härte erscheinen ließen, abgelehnt.⁴⁵⁰ Eine Gewinnherausgabe nach allgemeinen Grundsätzen wäre wohl dennoch möglich gewesen, wenn die Schuldnerin das Grundstück veräußert hätte.⁴⁵¹ Dies beruht auf der Grundregel, dass die Anordnung des Erfüllungszwangs auch aufgrund besonderer Unzumutbarkeit für den Schuldner ausscheiden kann.⁴⁵² Die Entscheidung zeigt allerdings nur, dass die tatsächliche Anordnung des Erfüllungszwangs im Rahmen des richterlichen Ermessens im Einzelfall keine zwingende Voraussetzung für die Möglichkeit einer Erlösherausgabe ist. Vielmehr scheidet die *order for specific performance* in solchen Fällen nur ausnahmsweise an der Unzumutbarkeit des Erfüllungszwangs aufgrund nachträglich eingetretener Umstände, obwohl typischerweise eine solche *order* gewährt worden wäre.⁴⁵³ Die Entscheidung enthält hingegen keinen Anhaltspunkt, der Zweifel an einer grundsätzlichen Verknüpfung des Erfüllungsanspruchs und der Erlösherausgabe über den *constructive trust* aufkommen ließe. Eine Verbindung zwischen der Gewähr des Erfüllungsanspruchs und der Erlösherausgabe erscheint damit im englischen Recht in vielen Fällen gegeben,⁴⁵⁴ auch

⁴⁴⁶ *Bock*, Gewinnherausgabe, 115; *Dornscheidt*, Gewinnhaftung, 209 f.; *Hartmann*, commodum, 31.

⁴⁴⁷ *Bock*, Gewinnherausgabe, 217 f.; *Bollenberger*, ZEuP 2000, 893, 900; siehe auch *Virgo*, Restitution, 483 f.: „[T]he link between the award of gain-based remedies to contracts which are specifically enforceable is coincidental“.

⁴⁴⁸ *Hartmann*, commodum, 34.

⁴⁴⁹ *Patel v Ali*, (1984) Ch. 283; siehe ausführlich zu dieser Entscheidung *Freund*, Erfüllungszwang, 265 f.; *Lobinger*, Grenzen, 180 ff.

⁴⁵⁰ *Freund*, Erfüllungszwang, 265 f.

⁴⁵¹ *Hartmann*, commodum, 34. Allerdings hätte die Schuldnerin durch eine Veräußerung des Grundstücks an einen Dritten gerade die gegen die Anordnung des Erfüllungszwangs sprechenden Gründe widerlegt, nämlich dass sie aus gesundheitlichen und sozialen Gründen selbst auf dem Grundstück bleiben müsse.

⁴⁵² *Schwenzer/Hachem/Kee*, Global Sales Law, para. 43.45; *Neufang*, Erfüllungszwang, 168 ff.

⁴⁵³ *Neufang*, Erfüllungszwang, 170.

⁴⁵⁴ *Bollenberger*, Commodum, 137 ff.; *ders.*, ZEuP 2000, 893, 900; *Bock*, Gewinnherausgabe, 217 f.; *Dornscheidt*, Gewinnhaftung, 204; *Chambers*, in: Degeling/Edelman

wenn es sich nicht um eine zwingende Verbindung zu handeln scheint.⁴⁵⁵ Aufgrund der Eigenart der *equity*-Rechtsbehelfe als *discretionary remedies*, der marginalen Rolle des Erfüllungsanspruchs im englischen Recht allgemein sowie der Begründung der Gewinnherausgabe über die Figur des *constructive trust* erscheint das genaue Verhältnis von Naturalerfüllung und Gewinnherausgabe für das englische Recht noch nicht abschließend geklärt.⁴⁵⁶ Auf Ebene des CISG ist indes nicht erforderlich, dass eine zwingende Verbindung zwischen Erfüllungsanspruch und Gewinnherausgabe nachgewiesen werden kann. Für die Zwecke der internationalen Konsensfähigkeit ist vielmehr ausreichend, dass zwischen Erfüllungsanspruch und Erlösherausgabe jedenfalls erhebliche Überschneidungen bestehen,⁴⁵⁷ da es hier um die Erstellung einer Akzeptanzprognose einer solchen Verbindung im Rahmen der Lückenfüllung im Übereinkommen gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG geht.

Die Ausführungen zum englischen Recht gelten im Wesentlichen auch für das US-amerikanische Recht, das jedoch aufgrund einiger Regelungen des *Uniform Commercial Code* besonderer Erwähnung bedarf. So erkennt der UCC in s 2-722 (a) eine unmittelbare Klage der gefahrbelasteten Partei gegen den Drittschädiger an. Die Bestimmung wurde zum Teil dahingehend ausgelegt, dass der Käufer gegen den Zweitkäufer, der die Ware erhalten hat, wegen *conversion* vorgehen kann, da ihm nach s 2-722 (a) UCC ein *special property* zustehe.⁴⁵⁸ Darüber hinaus steht gemäß s 2-615 UCC die Entlastung des Verkäufers bei Ausfall der Bezugsquelle unter dem Vorbehalt der Abtretung von Ersatzansprüchen gegen seinen Zulieferer.⁴⁵⁹ Der UCC erkennt also in Teilbereichen die Ersatzherausgabe an oder regelt zumindest das Vorgehen gegen den Drittschädiger. Auch wenn sich aus diesen Regelungen keine eindeutige Anordnung der Ersatz- und Erlösherausgabe ergibt, enthält der UCC bei Leistungsverweigerung jedenfalls partiell die Zuweisung von Ersatzansprüchen zum Käufervermögen. Auch im Hinblick auf das US-amerikanische

(Hrsg.), *Equity in Commercial Law*, 431, 458; *Martin*, in: *Hansbury & Maudsley, Modern Equity*, 304 f.; andere Ansicht *Hartmann*, *commodum*, 34; siehe auch zum US-amerikanischen Recht und der Verbindung zwischen Naturalerfüllung und Erlösherausgabe, *Farnsworth*, 94 *Yale L.J.* (1984–1985), 1339, 1364.

⁴⁵⁵ *Bock*, Gewinnherausgabe, 115; *Virgo*, *Restitution*, 483 f.

⁴⁵⁶ *Bock*, Gewinnherausgabe, 217; *Martin*, in: *Hansbury & Maudsley, Modern Equity*, 305; siehe auch *Virgo*, *Restitution*, 483 ff.; siehe auch ausführlich *Dornscheidt*, *Gewinnhaftung*, 200 ff.

⁴⁵⁷ *Martin*, in: *Hansbury & Maudsley, Modern Equity*, 304 f.; zurückhaltend *Virgo*, *Restitution*, 484; andere Ansicht: *Hartmann*, *commodum*, 34.

⁴⁵⁸ *Ross Cattle Co. v. Lewis*, Supreme Court of Mississippi, 19.5.1982, 415 So. 2d 1029 (Miss. 1982); so auch in einem *obiter dictum*, *Draper v. Minneapolis-Moline*, Appellate Court of Illinois, Inc., 14.10.1968, 241 N.E.2d 342 (App. Ct. Ill. 1968); siehe zu den Voraussetzungen *Farnsworth*, 94 *Yale L.J.* (1984–1985), 1339, 1364.

⁴⁵⁹ Official Comment 5 zu UCC, s 2-615; *Cerutti*, *Warenkaufrecht*, Rn. 502; siehe hierzu bereits oben, S. 168.

Recht erscheint eine aus dem Grundsatz der Naturalerfüllung abgeleitete Ersatz- und Erlösherausgabe damit international konsensfähig.

Da sich der Anspruch auf das stellvertretende *commodum* in das Haftungssystem des Übereinkommens einfügen kann und international konsensfähig erscheint, sollen nun seine Voraussetzungen (d.) und sein Anspruchsumfang (e.) ebenso untersucht werden wie Fragen der Beweislast (f.) und der Konkurrenz zu anderen Rechtsbehelfen des Übereinkommens (g.).

d) Die Voraussetzungen des Anspruchs auf das stellvertretende commodum

Die Ersatz- und Erlösherausgabe setzt eine Vertragsverletzung in Form der Vereitelung des Erfüllungsanspruchs (aa) und die Kongruenz von Vorteil und Leistungsgegenstand (bb) voraus.

aa) Vertragsverletzung in Form der Vereitelung des Erfüllungsanspruchs

Die Herleitung des Anspruchs auf das stellvertretende *commodum* aus dem Erfüllungsanspruch bringt es mit sich, dass Voraussetzung für einen solchen Anspruch die Vereitelung der Naturalerfüllung ist. Nur dann kann der Anspruch auf das stellvertretende *commodum* an dessen Stelle treten. Dabei ist es unbeachtlich, aus welchen Gründen der Erfüllungsanspruch vereitelt wurde, da der Anspruch eine Fortsetzung des Naturalerfüllungsanspruchs darstellt. Die Zuweisung des Leistungsgegenstandes setzt sich am Ersatz oder Erlös fort. Entgegen der wohl überwiegenden Meinung⁴⁶⁰ ist insbesondere keine Voraussetzung, dass die Leistungsverweigerung auf einem Leistungshindernis im Sinne von Art. 79 Abs. 1 CISG beruht, denn die Ersatzherausgabe besteht unabhängig von einer möglichen Befreiung von der Schadensersatzpflicht.⁴⁶¹ Eine Vereitelung der Erfüllung kommt insbesondere für den Naturalerfüllungsanspruch gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG in Betracht, sollte allerdings gleichermaßen für den Anspruch auf Ersatzlieferung gemäß Art. 46 Abs. 2 CISG gelten, da es sich ebenfalls um einen modifizierten Naturalerfüllungsanspruch handelt.

⁴⁶⁰ Brunner, in: Brunner/Gottlieb (Hrsg.), CISG, Commentary, 2019, Art. 79, para. 46; So wohl auch Achilles, CISG, Kommentar, 2. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 16; Bach, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 79, Rn. 62; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 54; Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 50, die den Anspruch jeweils im Rahmen von Art. 79 CISG diskutieren und auf den aufgrund des Leistungshindernisses erlangten Ersatz abstellen.

⁴⁶¹ Atamer, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 26, Fn. 55; Hartmann, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, 42.1; Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 45, Rn. 21; Schnyder/Straub, in: Honsell (Hrsg.), UN-Kaufrecht, Kommentar, 2. Auflage 2010, Art. 46, Rn. 31a.

Fraglich ist allerdings, ob die Ersatz- und Erlösherausgabe auch bei sonstigen Vertragsverletzungen, insbesondere bei Leistungsverzögerungen oder der Lieferung vertragswidriger Ware gewährt werden sollte. Eine solche Erstreckung der Ersatz- und Erlösherausgabe auf das Verzögerungs- und das Mangelsurrogat hat für das CISG *Felix Hartmann* vorgeschlagen.⁴⁶² Ergebnis einer derart weiten Konzeption der Ersatz- und Erlösherausgabe wäre ein allgemeiner Vorteilsabschöpfungsanspruch im CISG, der alle aus Vertragsverletzungen resultierenden Vorteile ab Vertragsschluss dem Gläubiger zuweist. Lässt man sich entgegen der hier vertretenen Auffassung auf eine Analogie zu Art. 84 Abs. 2 CISG ein, erscheint ein solch weites Verständnis der Vorteilsauskehr konsequent, da das Übereinkommen auch in Art. 84 Abs. 2 CISG alle Vorteile, die aus der Ware gezogen wurden, dem Verkäufer zuweist.⁴⁶³ Spiegelbildlich wären dann auf Ebene der Vertragserfüllung auch alle Vorteile dem Käufer zuzuweisen. Diese Überlegung zeigt jedoch, warum sich eine Analogie zu Art. 84 Abs. 2 CISG nicht recht in das Haftungssystem des Übereinkommens einfügen vermag. Anders als im Rahmen der Rückabwicklung fehlt es auf Ebene der Vertragserfüllung an Hinweisen darauf, dass sämtliche aus Vertragsverletzungen gezogenen Vorteile dem Gläubiger zustehen sollen. Ein solches allgemeines Abschöpfungsprinzip führte eine umfassende bereicherungsrechtliche Haftung bei Verletzung des Vertrages ein, die in keiner der hier untersuchten Rechtsordnungen in dieser Form festgestellt werden konnte und insbesondere selbst über das sehr weitgehende deutsche Recht hinausgeht.⁴⁶⁴

Der hier beschrittene Begründungsweg über den Erfüllungsanspruch und den Grundsatz der Naturalerfüllung rechtfertigt eine Ersatz- oder Erlösherausgabe hingegen nur in denjenigen Fällen, in denen der Ersatz an die Stelle des Erfüllungsanspruchs tritt. Dies ist bei Vereitelung der Erfüllung gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG oder der Ersatzlieferung gemäß Art. 46 Abs. 2 CISG der Fall. Erlangt der Schuldner aufgrund der Verzögerung oder aufgrund der Vertragswidrigkeit einen Ersatz, tritt dieser grundsätzlich nicht an die Stelle des Erfüllungsanspruchs gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG. Im Fall der Leistungsverzögerung bleibt der Erfüllungsanspruch gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG erhalten und der Gläubiger hat gegebenenfalls einen Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 S. 1 CISG. Auch bei mangelhafter Lieferung kann ein modifizierter Erfüllungsanspruch in Gestalt der Ersatzlieferung gemäß Art. 46 Abs. 2 CISG oder der Nachbesserung gemäß Art. 46 Abs. 3 CISG fortbestehen. Nur wenn diese Ansprüche vereitelt werden, kann an die Stelle des Erfüllungsanspruchs ein Surrogat treten. Im Übrigen stehen dem Käufer bei

⁴⁶² *Hartmann*, IHR 2009, 189, 193; *ders.*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 42.1.

⁴⁶³ *Hartmann*, IHR 2009, 189, 193.

⁴⁶⁴ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 152.

vertragswidriger Lieferung lediglich der Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 S. 1 CISG und die Preisminderung gemäß Art. 50 CISG zu.

Schließlich ist zweifelhaft, ob vertraglich vereinbarte Handlungs- und Unterlassungspflichten eine Ersatzherausgabe auslösen können. Eine Handlungspflicht im CISG kann etwa im Nachbesserungsanspruch gemäß Art. 46 Abs. 3 S. 1 CISG bestehen.⁴⁶⁵ Grundsätzlich können auch vertragliche vereinbarte Zusatzpflichten mit dem Rechtsbehelf des Erfüllungsanspruchs gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG durchgesetzt werden.⁴⁶⁶ Eine Ersatzherausgabe erscheint daher aufgrund der Herleitung aus dem Erfüllungsanspruch und dem Grundsatz der Naturalerfüllung nicht ausgeschlossen. Die eigentliche Schwierigkeit besteht in diesen Fällen indes darin, diejenigen Fälle zu identifizieren, in denen der Vorteil gerade aufgrund der Vereitelung des Erfüllungsanspruchs erlangt wurde. Verstößt etwa der Schuldner gegen eine vertragliche Unterlassungspflicht, wird zwar der Unterlassungsanspruch für diesen Verstoß vereitelt, gilt aber für die Zukunft fort. Erlangt der Schuldner durch Verstoß gegen die Pflicht einen Vorteil, etwa in Form eines Erlöses, wird dieser in der Regel nicht für den Leistungsgegenstand, nämlich das Unterlassen einer bestimmten Handlung, sondern für die Leistung des Schuldners gegenüber dem Dritten erbracht. Für einen solchen Erlös, der lediglich unter Verletzung der vertraglichen Pflicht herbeigeführt wird, ist die Verbindung zum ursprünglichen Naturalerfüllungsanspruch nicht hinreichend eng, um eine Herausgabepflicht zu begründen. Zwar würde durch eine solche Erlösherausgabe die Erfüllung von Unterlassungspflichten durch eine Abschreckung von Vertragsverletzungen gestärkt. Dennoch fehlt es am entscheidenden Konnex zum Leistungsgegenstand, der es rechtfertigen würde, eine Ersatz- und Erlösherausgabe aus dem Erfüllungsanspruch und dem Grundsatz der Naturalerfüllung herzuleiten. Eine weitergehende Erlösherausgabe bei Verletzung von Handlungs- und Unterlassungspflichten verließ den Boden der Fortwirkung des Erfüllungsanspruchs und stellte einen allgemeinen bereicherungsrechtlichen Abschöpfungsanspruch wegen der Vertragsverletzung beziehungsweise eine eigenständige Sanktion des Vertragsverstoßes dar.

bb) Erlangung eines kongruenten Vorteils

Der Verkäufer muss einen Vorteil aufgrund der Leistungsvereitelung erlangt haben (1). Der Anspruch ist darüber hinaus auf kongruente Vorteile zu beschränken (2). Besonderheiten bestehen vor allem für Gattungs- und Vorratsschulden (3) sowie für den ersparten Leistungsaufwand (4).

⁴⁶⁵ Hartmann, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 46, Rn. 65.

⁴⁶⁶ Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 46, Rn. 12, 13; Müller-Chen, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 46, Rn. 44.

(1) Erlangung eines Vorteils aufgrund der Leistungsverweigerung

Der Schuldner muss einen herausgabefähigen Vorteil erlangt haben. Der Vorteilsbegriff sollte dabei grundsätzlich weit verstanden werden und jeden wirtschaftlichen Zuwachs erfassen, den das Schuldnervermögen erfahren hat. Voraussetzung ist indes, dass die Erlangung des Vorteils kausal auf der Verweigerung des Erfüllungsanspruchs beruht, da nur in diesem Fall eine Fortwirkung des Erfüllungsanspruchs gerechtfertigt ist. Kausalität kann in diesem Zusammenhang, wie auch im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG,⁴⁶⁷ im Wege der *but-for rule* festgestellt werden, die der deutschen Äquivalenztheorie entspricht.⁴⁶⁸

(2) Beschränkung des Anspruchs auf kongruente Vorteile

Der Ersatz oder Erlös muss auch gerade für den Leistungsgegenstand erlangt worden sein.⁴⁶⁹ In der deutschen Diskussion wird dieses Kriterium als Identität⁴⁷⁰ oder Kongruenz⁴⁷¹ bezeichnet. Der Begriff der Kongruenz soll hier auch für die einheitsrechtliche Diskussion verwendet werden.⁴⁷² Das Kriterium dient der Zuordnung des Vorteils zum konkreten Erfüllungsanspruch.⁴⁷³ Bei Verweigerung des Erfüllungsanspruchs werden solche kongruenten Vorteile insbesondere in Form von Versicherungsleistungen, Schadensersatzansprüchen oder eines Veräußerungserlöses bestehen.⁴⁷⁴ Auch öffentlich-rechtliche Entschädigungszahlungen können allerdings einen solchen Vorteil darstellen.⁴⁷⁵ Bei Versicherungssummen ist darauf zu achten, dass die Versicherung

⁴⁶⁷ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 13; *Schmidt-Ahrendts*, Verhältnis, 25; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 40.

⁴⁶⁸ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 13; *Faust*, Vorhersehbarkeit, 8 f.; *Schmidt-Ahrendts*, Verhältnis, 25; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 40.

⁴⁶⁹ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 79, Rn. 62.1; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 54; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 11; *Pichonnaz*, Impossibilité, n° 1832; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 50.

⁴⁷⁰ RGZ 88, 287 f.; BGH, 19.6.1957, BGHZ 25, 1, 9; *Dornis*, in: BeckOGK-BGB, 1.3.2020, § 285, Rn. 92; *Hartmann*, commodum, 207 ff.

⁴⁷¹ *Caspers*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2019], § 285, Rn. 43 ff.

⁴⁷² Siehe auch *Hartmann*, IHR 2009, 189, 194, der den Begriff der Identität verwendet. Die Bezeichnung der Kongruenz wird hier aus sprachlichen Gründen bevorzugt.

⁴⁷³ *Brunner*, in: Brunner/Gottlieb (Hrsg.), CISG, Commentary, 2019, Art. 79, para. 46.

⁴⁷⁴ *Atamer*, in: Kröll/Mistel/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 26; *Brunner*, in: Brunner/Gottlieb (Hrsg.), CISG, Commentary, 2019, Art. 79, para. 46; *Peter Huber*, in: Kröll/Mistel/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 46, para. 24; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 50.

gerade für den Leistungsgegenstand, also die zu liefernde Ware, bestand.⁴⁷⁶ Dies ist ohne weiteres der Fall, wenn die Ware selbst oder als Teil einer Sachgesamtheit versichert ist.⁴⁷⁷ Die Versicherungssumme ist auch teilweise herauszugeben, wenn die Ware als eigenständiger Schadensposten im Rahmen einer allgemeinen Feuerversicherung geltend gemacht wurde und nicht lediglich ein Pauschalbetrag gezahlt wird.⁴⁷⁸ Andernfalls hängt die Ersatzherausgabe zu sehr an der konkreten Ausgestaltung des Versicherungsvertrages.⁴⁷⁹

(3) Kongruenz bei Gattungs- und Vorratsschulden

Das Merkmal der Kongruenz bedarf einer weiteren Konturierung insbesondere für Gattungsschulden. Die Schwierigkeit besteht darin, zu bestimmen, in welchen Fällen der Ersatz oder Erlös gerade für die dem Gläubiger geschuldete Ware erlangt wurde. Die Frage ist für das interne deutsche Recht umstritten,⁴⁸⁰ hat die einheitsrechtliche Diskussion indes bisher kaum erreicht.⁴⁸¹ Dies mag darauf beruhen, dass die überwiegende Meinung den Anspruch auf das stellvertretende commodum im Rahmen von Art. 79 CISG diskutiert⁴⁸² und eine Befreiung im Falle einer Gattungsschuld regelmäßig an der Übernahme des Beschaffungsrisikos durch den Verkäufer scheitert.⁴⁸³ Der Mehr-

⁴⁷⁵ *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 26; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 50.

⁴⁷⁶ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 79, Rn. 62.1; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 45, Rn. 21; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 54.

⁴⁷⁷ Andere Ansicht wohl *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 11.

⁴⁷⁸ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 79, Rn. 62.1; noch weitergehend: *Pichonnaz*, *Impossibilité*, n° 1832, der auch einen Anteil an einem Pauschalbetrag für herausgabefähig hält.

⁴⁷⁹ Siehe etwa zu den verschiedenen Formen der industriellen Feuerversicherung, *Schneider*, in: Höra (Hrsg.), MAH Versicherungsrecht, § 9, Rn. 43 ff.

⁴⁸⁰ Die überwiegende Ansicht spricht sich für eine Ersatzherausgabe ab Konkretisierung gemäß § 243 Abs. 2 BGB aus, RG, 30.10.1916, RGZ 88, 287, 290; RG, 5.6.1923, RGZ 108, 184, 187; *Casper*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2014], § 285, Rn. 26; *Hartmann*, *commodum*, 220; andere Ansicht *Stoll*, in: FS Schlechtriem, 677, 689 f., der für eine Ersatzherausgabe unabhängig von der Konkretisierung eintritt.

⁴⁸¹ Siehe aber *Hartmann*, IHR 2009, 189, 194.

⁴⁸² *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 79, Rn. 62; *Brunner*, in: Brunner/Gottlieb (Hrsg.), CISG, Commentary, 2019, Art. 79, para. 46; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 54; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 50.

⁴⁸³ *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 79, para. 68; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 50.

heit der Richter des israelischen *Supreme Court* genügte in *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH* der Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und Gewinnerzielung, ohne dass eine weitere Spezifizierung der Ware für notwendig gehalten wurde.⁴⁸⁴

Für die Ersatz- und Erlösherausgabe nach dem CISG sollte auch hier der Begründung des Commodumsanspruchs als Fortsetzung des Erfüllungsanspruchs die Richtung vorgeben. Soweit der Käufer weiterhin die Lieferung der Gattungsware gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG verlangen kann, kommt ein Anspruch auf das stellvertretende commodum nicht in Betracht.⁴⁸⁵ Grund für den Anspruch auf das stellvertretende commodum ist gerade die Vereitelung des Erfüllungsanspruchs, so dass eine Schutzwürdigkeit des Käufers ausscheidet, solange und soweit der Erfüllungsanspruch fortbesteht. Voraussetzung für eine Ersatz- oder Erlösherausgabe bei Gattungsschulden ist daher, dass die Leistungsgefahr bereits auf den Käufer übergegangen ist.⁴⁸⁶ Die Leistungsgefahr ist zwar im Übereinkommen nicht ausdrücklich geregelt, bestimmt sich aber nach allgemeiner Meinung entsprechend der Regeln über die Preisgefahr.⁴⁸⁷ Voraussetzung ist daher in der Regel, dass die Ware einerseits dem Käufer gemäß Art. 69 Abs. 1 CISG zur Verfügung gestellt oder gemäß Art. 67 Abs. 1 CISG an die erste Transportperson übergeben wurde und andererseits gemäß Art. 67 Abs. 2, Art. 69 Abs. 3 CISG im Hinblick auf den konkreten Kaufvertrag individualisiert ist. Geht die Ware nach dem Gefahrübergang unter, ist der für die individualisierte Ware erlangte Ersatz oder Erlös herauszugeben. Eine Ersatzherausgabe kommt unabhängig vom Übergang der Gefahr gemäß Art. 66 ff. CISG dann in Betracht, wenn die gesamte Gattung untergeht,⁴⁸⁸ da auch in diesem Fall der Erfüllungsanspruch des Käufers gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG im Lichte des Grundsatzes *impossibilium nulla est obligatio* ausscheidet.⁴⁸⁹ In diesem Fall kommt indes nur eine anteilige Herausgabe des Ersatzes unter Berücksichtigung der übrigen Verpflichtungen des Verkäufers gegenüber Dritten in Betracht.⁴⁹⁰

⁴⁸⁴ *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235, 236 (per *Bach J*); zustimmend *Friedmann*, 104 LQR (1988), 383, 388; siehe aber für ein Erfordernis einer solchen Zuordnung das Sondervotum von *Ben Porath VP*, *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235, 252.

⁴⁸⁵ *Hartmann*, IHR 2009, 189, 194, der auch den Fortbestand des Erfüllungsanspruchs für maßgeblich hält, allerdings als Ausweis des Fehlens einer funktionell bereicherungsrechtlichen Zuordnung der Ware im Rahmen einer Analogie zu Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG.

⁴⁸⁶ *Hartmann*, IHR 2009, 189, 194.

⁴⁸⁷ *Hachem*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Vor Artt. 66-70, Rn. 19; *Peter Huber*, in: *Münchener Kommentar zum BGB, CISG*, 8. Auflage 2019, Art. 66, Rn. 15; *Piltz*, *Internationales Kaufrecht*, §4-289.

⁴⁸⁸ Siehe für einen solchen Fall OLG Düsseldorf, I-6 U 2/19 – Urteil vom 4.7.2019, beckRS 2019, 13349.

⁴⁸⁹ Siehe hierzu oben, S. 177 f.

Nach diesen Grundsätzen wäre im oben besprochenen Fall *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH* eine Erlösherausgabe nicht in Betracht gekommen, denn weder war der restliche Stahl im Sinne von Art. 67 Abs. 2 CISG dem konkreten Vertrag zugeordnet worden noch war eine Übergabe an die Transportperson erfolgt. Der Erfüllungsanspruch des Käufers wäre daher nicht durch die Veräußerung der Ware untergangen und die Verkäuferin wäre weiterhin zur Lieferung der Ware verpflichtet gewesen.⁴⁹¹ Zwar hatte der Verkäufer die Individualisierung der Ware nach dem Leistungsverlangen des Käufers verweigert. Allerdings führt diese Verweigerung der Individualisierung nicht zu einem Gefahrübergang nach dem Übereinkommen. Ob eine Erlösherausgabe in diesen Fällen dennoch auf Grundlage des Verbots des *venire contra factum proprium* geboten ist,⁴⁹² erscheint zweifelhaft, da der Erfüllungsanspruch des Käufers unabhängig davon fortbesteht. Der Erlös der Verkäuferin aus einer Veräußerung an einen Dritten wäre daher aufgrund der nicht individualisierten Gattungsschuld nicht als kongruenter Vorteil zu betrachten.⁴⁹³

Besonderer Betrachtung bedarf auch die Vorratsschuld. Hat der Verkäufer nur aus einem bestimmten Vorrat zu leisten, erlischt der Erfüllungsanspruch gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG, wenn der gesamte Vorrat untergeht. Geht lediglich ein Teil des Vorrats unter, ist der Käufer anteilig im Verhältnis zu anderen Abnehmern des Verkäufers aus dem Rest des Vorrats zu beliefern.⁴⁹⁴ Soweit der Erfüllungsanspruch gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG untergeht, steht dem Käufer nach den hier beschriebenen Grundsätzen das stellvertretende *commodum* zu. Der Käufer sollte einen Anteil am Ersatz oder Erlös erhalten, der sich nach dem Verhältnis seines ursprünglichen Lieferanspruchs zu denjenigen der übrigen Abnehmer des Verkäufers richtet.

(4) Kongruenz bei erspartem Leistungsaufwand

Schwierigkeiten bereitet die Einordnung aufgrund der Leistungsverweigerung ersparter Aufwendungen. Grundsätzlich kann bei Wegfall des Erfüllungsanspruchs ein Vorteil des Schuldners gerade darin bestehen, dass er solche Aufwendungen einspart, die er sonst für die Vertragsdurchführung hätte erbringen müssen. Dies können etwa Produktions- oder Transportkosten sein. Diese Besserstellung im Vergleich zur Vertragsdurchführung könnte dafür

⁴⁹⁰ Siehe für das interne deutsche Recht, *Casper*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2014], § 285, Rn. 26; *Hartmann*, *commodum*, 222.

⁴⁹¹ Siehe auch den dahingehenden Hinweis von *Ben-Porath VP*, in: *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235, 252 ff.

⁴⁹² So *Hartmann*, IHR 2009, 189, 199, mit Verweis auf das deutsche Recht.

⁴⁹³ Andere Ansicht *Hartmann*, IHR 2009, 189, 199.

⁴⁹⁴ *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 27.

sprechen, diese Aufwendungen als aufgrund der Leistungsverweigerung erlangten Vorteil anzusehen, der dem Gläubiger zustehen sollte.⁴⁹⁵ Der Vergleich zur hypothetischen Vertragserfüllung sollte indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Schuldner die Aufwendungen nicht anstelle des Leistungsgegenstandes erlangt, sondern diese lediglich infolge des Wegfalls des Erfüllungsanspruchs entfallen, ebenso wie die Gegenleistung des Gläubigers und dessen Aufwendungen zur Vertragserfüllung, etwa in Form der Eröffnung eines Dokumentenakkreditivs. Die ersparten Aufwendungen stellen daher keinen kongruent erlangten Vorteil dar, sondern lediglich eine indirekte Folge des Wegfalls des Erfüllungsanspruchs. Eine Herausgabe wäre nur gerechtfertigt, wenn Zweck der Ersatzherausgabe die Abschöpfung jeglicher Bereicherung des Schuldners aufgrund der Leistungsverweigerung wäre. Bezweckt wird nach hier vertretener Ansicht allerdings nicht ein derart umfassender Bereicherungsausgleich, sondern lediglich die Zuordnung der anstelle des vom Erfüllungsanspruch erfassten Leistungsgegenstandes erlangten Vorteile zum Gläubigervermögen. Der Erfüllungsanspruch richtet sich lediglich auf den Leistungsgegenstand und nicht auf die zur Erfüllung notwendigen Aufwendungen des Schuldners, die der Erfüllung vorausgehen.⁴⁹⁶ Der ersparte Leistungsaufwand sollte demnach nicht vom Anspruch auf das stellvertretende commodum erfasst sein.

e) Der Umfang des Anspruchs

Der Anspruch auf das stellvertretende commodum ist auch in seinem Umfang zu bestimmen. Grundsätzlich ist der gesamte Vorteil herauszugeben (aa). Probleme bestehen insbesondere im Hinblick auf einen über den Wert des Leistungsgegenstandes hinausgehenden Gewinn (bb) sowie auf die Auswirkungen auf die Gegenleistung des Gläubigers (cc).

aa) Herausgabe des Vorteils ohne Kostenabzug

Der Herausgabe unterliegen grundsätzlich alle commoda, die für den Leistungsgegenstand erlangt werden. Der Anspruch erfasst sowohl das commodum *ex re* als auch das commodum *ex negotiatione*.⁴⁹⁷ Besteht der erlangte Ersatz oder Erlös lediglich in Form eines Anspruchs gegen einen Dritten, hat der Schuldner den Anspruch abzutreten.⁴⁹⁸ Eine über die Abtretung hinausge-

⁴⁹⁵ Siehe für das deutsche Recht, *Hartmann*, commodum, 232 ff.; ablehnend *Bollenberger*, Commodum, 224, 232 ff.

⁴⁹⁶ So für das deutsche und österreichische Recht, *Bollenberger*, Commodum, 224, 233 f.

⁴⁹⁷ *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 42.2.

⁴⁹⁸ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 79, Rn. 62; *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 42.2; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 45, Rn. 21.

hende Haftung des Schuldners ist nicht gerechtfertigt, da der Schuldner lediglich den Anspruch erlangt hat und eine weitergehende Herausgabepflicht einen Sanktionscharakter annähme. Kann der Anspruch nicht abgetreten werden und stimmt der Drittschuldner einer Abtretung nicht zu,⁴⁹⁹ ist die Herausgabe des commodums zunächst unmöglich. Der Verkäufer sollte in diesen Fällen dennoch im Rahmen seiner allgemeinen Kooperationspflicht gehalten sein, den Anspruch im Interesse des Käufers durchzusetzen. Im Übrigen verbleiben dem Käufer die anderen Rechtsbehelfe des Übereinkommens, insbesondere der Anspruch auf Schadensersatz und die Vertragsaufhebung.

Fraglich ist allerdings, ob der Schuldner die Kosten für die Erlangung des Vorteils abzuziehen kann, insbesondere Versicherungsprämien und etwaige Rechtsverfolgungskosten. Soweit dieses Problem im Schrifttum behandelt wird, wird ein Kostenabzug entsprechend Art. 84 Abs. 2 CISG für möglich gehalten.⁵⁰⁰ Der Kostenabzug ist im Rahmen der Analogie zu Art. 84 Abs. 2 CISG konsequent, erscheint allerdings bei Begründung des Commodumsanspruchs aus dem Erfüllungsanspruch nicht zwingend geboten. Die Berücksichtigung der Kosten in der Rückabwicklung gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer die Aufwendungen vor Kenntnis seines Aufhebungsrecht in der Annahme erbringt, die Ware selbst wirtschaftlich verwerten zu können.⁵⁰¹ Eine Übertragung dieses Schutzes des ‚redlichen‘ Käufers wirkte deplatziert, da der Verkäufer die Ware veräußert hat und daher von solchen Vorteilen bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages ohnehin nicht profitiert hätte. Er ist auch hinsichtlich des Kostenabzugs nicht schutzwürdig, da er bei Herausgabe des commodums grundsätzlich den Anspruch auf die Gegenleistung behält.⁵⁰² Anders als im Rahmen von Art. 84 Abs. 2 CISG sind die Kosten der Erlangung des Vorteils daher grundsätzlich nicht in Abzug zu bringen. Etwas anderes gilt lediglich, wenn der Verkäufer aus anderen Gründen einen selbstständigen Kostenerstattungsanspruch hat, etwa gemäß Art. 85 S. 2 CISG.

bb) Herausgabe des Vorteils einschließlich eines etwaigen Gewinns

Die grundsätzliche Pflicht zur Herausgabe des Vorteils wirft die Frage auf, ob auch solche Vorteile erfasst sind, die den Wert des Leistungsgegenstandes übersteigen. Diese Frage ist im internen deutschen Recht sehr umstritten,

⁴⁹⁹ Siehe zu den möglichen Problemen bei einer Abtretung im Rahmen eines internationalen Kaufvertrages oben, S. 113 ff.

⁵⁰⁰ Hartmann, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 42.2; ders., IHR 2009, 189, 195; Pichonnaz, Impossibilité, n° 1833, jeweils mit Verweis auf die Analogie zu Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG.

⁵⁰¹ Siehe hierzu oben, S. 102.

⁵⁰² Siehe hierzu unten, S. 229.

wird aber von der überwiegenden Ansicht bejaht.⁵⁰³ Auf Ebene des Übereinkommens wird eine Begrenzung des commodums auf den Wert der Ware demgegenüber kaum diskutiert und grundsätzlich angenommen, dass der Ersatz oder Erlös in jedem Fall vollständig herauszugeben ist. Dies liegt aufgrund der von der allgemeinen Meinung gewählten Begründung über Art. 84 Abs. 2 CISG auch nahe, da auch hier jedenfalls nach der überwiegenden Ansicht alle Vorteile einschließlich des Gewinns herauszugeben sind.⁵⁰⁴ Geht man hingegen bereits im Rahmen von Art. 84 Abs. 2 CISG von einer Begrenzung des Anspruchs auf das Surrogats auf den Verkehrswert der Ware aus, wäre diese Wertung auch bei analoger Anwendung der Vorschrift zu achten.⁵⁰⁵ Da der Anspruch auf das stellvertretende commodum nach hier vertretener Ansicht nicht auf Art. 84 Abs. 2 CISG gestützt wird, ist der Haftungsumfang unabhängig von der Vorschrift zu bestimmen.

Die Begründung aus dem Naturalerfüllungsgrundsatz scheint auf den ersten Blick für eine Begrenzung des Anspruchs auf den Verkehrswert zu sprechen, da der Gläubiger mehr als den Wert des Leistungsgegenstandes auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages nicht hätte erwarten können. Ein solches Abstellen auf das wirtschaftliche Erfüllungsinteresse des Gläubigers passt indes eher zum Schadensersatzanspruch im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG. Versteht man den Anspruch auf das stellvertretende commodum als Folge des Naturalerfüllungsanspruchs, ist hingegen die Zuordnung des Leistungsgegenstandes zum Gläubigervermögen über den Erfüllungsanspruch des Gläubigers gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG entscheidend für die Vorteilsherausgabe. Da der Ersatz oder Erlös als Fortwirkung des Erfüllungsanspruchs an die Stelle des Leistungsgegenstandes getreten ist, sollte sich der Anspruch auf den gesamten Erlös oder Ersatz erstrecken. Ist die Ware daher über Wert versichert oder erzielt der Verkäufer einen Erlös, der über dem Marktwert liegt, sollte dieser in Fortwirkung des Erfüllungsanspruchs gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG grundsätzlich vollständig dem Gläubiger zustehen. Dies entspricht auch der Lösung in Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG, der eine Herausgabe des vollen Erlöses abzüglich der Erhaltungskosten anordnet, unabhängig davon ob der Erlös den Marktwert der Ware übersteigt.⁵⁰⁶

⁵⁰³ *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 285, Rn. 23; *Lehmann/Zschache*, JuS 2006, 502, 503; *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, 54. Edn. 2020, § 285, Rn. 15; *Westermann*, in: Erman, BGB Kommentar, 15. Auflage 2017, § 285, Rn. 10.

⁵⁰⁴ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 117 ff.

⁵⁰⁵ So ausdrücklich für die analoge Anwendung von Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG, *Hartmann*, IHR 2009, 189, 199.

⁵⁰⁶ *Sonntag*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 88, Rn. 32.

cc) Auswirkungen auf die Gegenleistung des Käufers

Die Ersatzherausgabe wirft darüber hinaus die Frage des Schicksals der Gegenleistung des Käufers auf.⁵⁰⁷ Bei vollständiger Leistungsverweigerung kann der Gläubiger grundsätzlich gemäß Art. 49 Abs. 1 lit. a, Art. 25 CISG die Aufhebung des Vertrages erklären, so dass seine Zahlungspflicht gemäß Art. 81 Abs. 1 CISG entfällt.⁵⁰⁸ Verlangt er allerdings das stellvertretende *commodum*, besteht weitgehend Einigkeit, dass seine Gegenleistungspflicht erhalten bleiben muss.⁵⁰⁹ Andernfalls erhielte er den Ersatz ohne Gegenleistung und stünde auf Kosten des Verkäufers besser als bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages.

In der Regel nicht thematisiert wird hingegen in welchem Umfang die Gegenleistung zu erhalten ist.⁵¹⁰ Liegt der Wert des *commodum* unterhalb des Werts der Ware, kann der Käufer zwar grundsätzlich neben dem *Commodumsanspruch* einen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen, der allerdings unter dem Vorbehalt der Befreiung gemäß Art. 79 CISG steht. Es sollte daher bereits unabhängig vom Schadensersatz eine Angleichung der Gegenleistung erfolgen. Einen Anhaltspunkt hierfür bietet Art. 50 S. 1 CISG, der ebenfalls das vertragliche Äquivalenzverhältnis schützt.⁵¹¹ Art. 50 S. 1 CISG regelt zwar nur die Preisminderung bei der Lieferung vertragswidriger Ware, könnte allerdings analog angewendet werden, wenn das *commodum* weniger wert ist als die geschuldete Ware, da der Käufer in diesem Fall ebenfalls weniger erhält als ihm nach dem Vertrag zusteht.⁵¹² Entsprechend Art. 50 S. 1 CISG würde die Gegenleistung in dem Verhältnis reduziert, in dem der Wert des *commodum* zum Wert der vertragsgemäßen Ware steht. Durch die Analogie würde – wie im Rahmen von Art. 50 S. 1 CISG – unabhängig von den Schadenszurechnungskriterien die vertragliche Äquivalenz erhalten. Dies ist im Rahmen der aus Art. 84 Abs. 2 CISG entwickelten Lösung mit dem Argument bestritten worden, aus dem Abschöpfungscharakter folge, dass der Verkäufer im Übrigen so gestellt werden müsse, als sei der Vertrag ordnungsgemäß durchgeführt worden.⁵¹³ Hier zeigt sich wiederum, warum die

⁵⁰⁷ Siehe für das interne deutsche Recht, § 326 Abs. 3 S. 1 BGB.

⁵⁰⁸ Siehe hierzu bereits oben, S. 182.

⁵⁰⁹ *Hartmann*, IHR 2009, 189, 196; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 45, Rn. 21; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 79, Rn. 11.

⁵¹⁰ Siehe ausführlich allerdings *Hartmann*, IHR 2009, 189, 196; siehe auch *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 45, Rn. 21: „Vertragsverhältnis besteht [...] mit entsprechend geändertem Umfang fort“.

⁵¹¹ *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 50, Rn. 2; *Müller-Chen*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 50, Rn. 1.

⁵¹² Siehe für das deutsche Recht, § 326 Abs. 3 S. 2 BGB.

⁵¹³ *Hartmann*, IHR 2009, 189, 196.

aus der Rückabwicklung übernommenen Wertungen sich nicht friktionslos auf die Ebene der Vertragserfüllung übertragen lassen. In der Rückabwicklung stellt Art. 84 Abs. 2 CISG gerade einen Ausgleich dafür dar, dass die Pflicht der Rückzahlung des Kaufpreises den Verkäufer unabhängig vom Rückerhalt der Ware in einem zumutbaren Zustand trifft. Um eine ungerechtfertigte Bereicherung des Käufers zu verhindern, tritt neben den etwaigen Rückgewähranspruch die Vorteilsauskehr gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG. Eine andere Funktion erfüllt die Ersatz- und Erlösherausgabe auf Ebene der Vertragserfüllung. Hier tritt das *commodum* an Stelle des vereitelten Erfüllungsanspruchs ins Synallagma, das demgemäß nicht nur aufrechtzuerhalten, sondern auch bei minderwertigen Ersatz- oder Erlösvorteilen entsprechend Art. 50 CISG anzupassen ist.

Fraglich ist indes, ob eine Anpassung auch im umgekehrten Fall zu erfolgen hat, wenn das *commodum* den Wert des Leistungsgegenstandes übersteigt. Eine strenge Orientierung an der vertraglichen Äquivalenz könnte für eine solche Anpassung der Gegenleistung auch in diesem Fall sprechen. Eine Erhöhung der Gegenleistung würde freilich dazu führen, dass der Gläubiger im Ergebnis von seiner Vertragsverletzung profitieren kann und mehr erhalte als ihm nach dem Vertrag zustünde.⁵¹⁴ Eine solche Anpassung ließe sich nicht mehr über eine entsprechende Anwendung von Art. 50 CISG rechtfertigen, da es sich um einen Rechtsbehelf wegen einer Vertragsverletzung handelt und der Verkäufer selbst hier die Vertragsverletzung begeht. Im Übrigen sieht Art. 50 CISG lediglich die Reduktion, nicht die Erhöhung des Kaufpreises vor. Eine solche Erhöhung begäbe sich auch in Widerspruch zum Rechtsgedanken in Art. 80 CISG, da der Verkäufer bei einer Erhöhung der Gegenleistung von seiner Vertragsverletzung profitierte. Sie wäre auch mit dem Grundsatz der Privatautonomie gemäß Art. 6 CISG nicht vereinbar, da es für die höhere Zahlungspflicht an einer entsprechenden Willenserklärung des Käufers fehlt.⁵¹⁵ Schließlich passt eine solche Erhöhung der Gegenleistung nicht zu dem hier eingeschlagenen Begründungsweg, da sich hinsichtlich des Ersatzes lediglich der Erfüllungsanspruch fortsetzt und der Verkäufer gegenüber diesem Anspruch keine Anpassung der Gegenleistung verlangen könnte. Im Ergebnis sollte von einer Erhöhung der Gegenleistung bei Ersatz- und Erlösherausgabe daher abgesehen werden.⁵¹⁶

⁵¹⁴ Siehe zum internen deutschen Recht *Herresthal*, in: BeckOGK-BGB, 1.6.2019, § 326, Rn. 310.

⁵¹⁵ Siehe für das interne deutsche Recht *Herresthal*, in: BeckOGK-BGB, 1.6.2019, § 326, Rn. 310.

⁵¹⁶ So im Ergebnis auch das interne deutsche Recht, *Herresthal*, in: BeckOGK-BGB, 1.6.2019, § 326, Rn. 310; *Westermann*, in: Erman BGB, Kommentar, 15. Auflage 2017, § 326, Rn. 17.

f) Beweislast

Nach mittlerweile überwiegender Ansicht fällt auch die Beweislast in den Regelungsbereich des Übereinkommens gemäß Art. 4 S. 1, Art. 7 Abs. 2 CISG.⁵¹⁷ Gestützt wird dies auf die partielle Regelung der Beweislast in Art. 2 lit. a, Art. 35 Abs. 2 lit. b, Art. 79 Abs. 1 CISG.⁵¹⁸ Das Übereinkommen enthält einen Grundsatz im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG, demzufolge jede Partei die für sie günstigen Tatsachen zu beweisen hat.⁵¹⁹ Der Anspruchssteller trägt damit die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen, während der Anspruchsgegner die Beweislast für anspruchsverneinende oder anspruchshindernde Tatsachen trägt.⁵²⁰ Nach diesen allgemeinen Grundsätzen trägt der Käufer die Beweislast für die Vertragsverletzung in Form der Leistungsverweigerung sowie die Erlangung des kongruenten Vorteils auf Seiten des Verkäufers.

g) Konkurrenz zu anderen Rechtsbehelfen

Der Anspruch auf das stellvertretende *commodum* ist auch mit anderen Rechtsbehelfen des Käufers abzustimmen. Da der Anspruch an die Stelle des Erfüllungsanspruchs gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG oder an die Stelle des Ersatzlieferungsanspruchs gemäß Art. 46 Abs. 2 CISG tritt, scheiden Konflikte mit diesen Rechtsbehelfen aus. Von besonderer Bedeutung ist das Verhältnis zum Schadensersatzanspruch gemäß Art. 45 Abs. 1 lit. b, Art. 74 S. 1 CISG. Grundsätzlich kann der Käufer gemäß Art. 45 Abs. 2 CISG neben dem Erfüllungsanspruch gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG auch einen Schadensersatzanspruch geltend machen.⁵²¹ Da es sich bei dem Anspruch auf das stellvertre-

⁵¹⁷ BGH, 30.6.2004, NJW 2004, 3181, 3183, CISG-online Nr. 847; BGer, 13.11.2003, CISG-online Nr. 840, IHR 2004, 215, 219, mit Anm. *Mohs*, IHR 2004, 219, 221; *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 4, Rn. 34; *Ferrari*, Int'l Bus. L.J. (2000), 665, 667; *Jung*, Beweislastverteilung, 44; *Kröll*, 2011 Annals Fac. L. Belgrade Int'l Ed., 162, 169; *Koller/Mauerhofer*, in: FS Schwenger, 963, 964; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 4, Rn. 63; *Müller*, Beweislastverteilung, 34; *Schwenger/Hachem*, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 4, para. 25; andere Ansicht: *Honnold/Flechtner*, para. 70.1; kritisch auch *Schroeter*, in: Kröll/DiMatteo/Schroeter/Janssen/Andersen, 20 Int'l Trade & Bus. L. Rev. (2017), 176, 181 ff.

⁵¹⁸ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 4, Rn. 63; *Schwenger/Hachem*, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 4, para. 25; kritisch *Slechtriem/Schroeter*, Rn. 211.

⁵¹⁹ *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 4, para. 35; *Koller/Mauerhofer*, in: FS Schwenger, 963, 965; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 7, Rn. 57; *Müller*, Beweislastverteilung, 36.

⁵²⁰ *Müller*, Beweislastverteilung, 36.

⁵²¹ *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 31.

tende commodum um eine Fortwirkung des Erfüllungsanspruch handelt, sollte auch für diesen Anspruch die in Art. 45 Abs. 2 CISG enthaltene Regel gelten.⁵²² Wie im deutschen Recht gemäß § 285 Abs. 2 BGB, ist das stellvertretende commodum dann bei der Bemessung des Schadens zu berücksichtigen, so dass nur dasjenige Interesse des Gläubigers ersetzt werden sollte, das nicht bereits durch die Ersatz- oder Erlösherausgabe befriedigt ist.⁵²³

h) Zwischenergebnis

Ein Anspruch auf das stellvertretende commodum im CISG ergibt sich daher im Wege der Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG aus dem Erfüllungsanspruch gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG in Verbindung mit dem allgemeinen Grundsatz der Naturalerfüllung. Eine weitere Stütze findet der Anspruch in der schuldrechtlichen Surrogation in Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG. Der Anspruch fügt sich ins Haftungssystem des Übereinkommens ein und verstößt insbesondere nicht gegen vorrangige Wertungen aus Art. 28, 74 S. 1, Art. 79 CISG. Er erstreckt sich auf jedweden kongruenten Ersatz oder Erlös, einschließlich des über den Verkehrswert hinausgehenden Gewinns.

IV. Kein Rückgriff auf das nationale Recht gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG

Ultima ratio der Lückenfüllung ist gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG der Rückgriff auf internes nationales Recht.⁵²⁴ Ein solcher Rückgriff ist nur zulässig, wenn die allgemeinen Grundsätze des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG keine Antwort auf die Frage bereithalten. Die aufgeworfene Frage nach der Verteilung von Vorteilen im Falle der Vereitelung des Naturalerfüllungsanspruchs lässt sich indes anhand der allgemeinen Grundsätze des Übereinkommens beantworten: Der Käufer hat einen Anspruch auf das stellvertretende commodum, soweit es sich dabei um einen kongruenten Ersatz für den Erfüllungsanspruch gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG handelt. Ein darüber hinausgehender Rückgriff auf nationales Recht würde den durch das Übereinkommen vorgenommenen Interessenausgleich ins Ungleichgewicht bringen und ist daher unzulässig.⁵²⁵

⁵²² Hartmann, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 37.

⁵²³ Hartmann, IHR 2009, 189, 194.

⁵²⁴ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 83.

⁵²⁵ Hartmann, IHR 2009, 189, 190.

Kapitel 5

Gewinnherausgabe und Schadensersatz im CISG

Die Gewinnhaftung wegen Vertragsverletzungen stand in den letzten Jahren in vielen Rechtsordnungen im Zentrum des zivilrechtlichen Diskurses.¹ Besonders angefeuert wurde die Debatte durch die Entscheidung *Attorney-General v Blake* des *House of Lords*, in der die Gewinnherausgabe als Ausnahmerechtsbehelf bei einer Vertragsverletzung anerkannt wurde.² Die Diskussion dreht sich darum, ob eine Vertragsverletzung nicht nur durch den Ersatz des Schadens des Gläubigers, sondern auch durch die Herausgabe des Verletzergewinns zu sanktionieren ist. Neben vielen verschiedenen Begriffen stehen sich auch zwei grundlegend verschiedene Konzeptionen des vertraglichen Schadensersatzanspruchs gegenüber. Während Gegner einer Gewinnherausgabe bei Vertragsverletzungen die Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes betonen,³ stellen Anhänger eines progressiveren Verständnisses des Schadensersatzanspruchs andere Zwecke wie Prävention⁴ oder sogar Strafe in den Vordergrund.⁵ Diese Diskussion hat nun auch das CISG erreicht.

¹ Siehe für Deutschland etwa *Böger*, System der vorteilsorientierten Haftung im Vertrag; *Dornscheidt*, Gewinnhaftung; *Helms*, Gewinnherausgabe; *Hofmann*, AcP 213 (2013), 469, 506; *Köndgen*, *RabelsZ* 56 (1992), 698, 756; siehe für die Schweiz: *Bock*, Gewinnherausgabe; siehe für England *Birks*, 109 LQR (1993), 518, 521; *Campbell/Wylie*, 62 CLJ (2003), 605, 630; *Chen-Wishart*, 114 LQR (1998), 363, 370; *Cunnington*, 71 Mod. L. Rev. (2008), 559, 586; *Temple*, 20 Denning Law Journal (2008), 87, 110; *Tettenborn*, 14 RLR (2006), 112, 114; siehe für Schottland *Gray*, J.B.L. (2013) 657, 678; siehe für die USA *Farnsworth*, 94 Yale L.J. (1984–1985), 1339, 1393; siehe auch allgemein für *common law* Rechtsordnungen *Barnett*, Accounting for Profit; *Edelman*, Gain-based damages; siehe rechtsvergleichend insbesondere *McCamus*, 36 Loy. L.A. L. Rev. (2003), 943, 974; *Schwenzer/Kee/Hachem*, Global Sales Law, para. 44.250; siehe zu den theoretischen Grundlagen *Benson*, in: *Neyers/McInnes/Pitel* (Hrsg.), Understanding Unjust Enrichment, 310, 330; *Dagan*, 1 Theoretical Inquiries L. (2001), 115; *Weinrib*, 78 Chi.-Kent. L. Rev. (2003), 55, 103.

² *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268 (HL).

³ Siehe für das englische Recht *Tito v Waddell* (No 2) [1977] Ch 106, 332E (*per Megarry VC*); *Honsell*, in: FS Westermann, 315, 336; *Unberath*, Vertragsverletzung, 290 ff.

⁴ *Edelman*, Gain-based damages, 83 ff.; *Temple*, 20 Denning Law Journal (2008), 87, 99; *Gerhard Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 451.

⁵ *Barnett*, 17 RLR (2009), 79, 80; in diese Richtung auch *Schwenzer*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 8.

Besonders lebhaft wird die Diskussion um die Gewinnherausgabe im CISG für den Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 CISG geführt.⁶ Um bestimmte Schwächen des Schadensersatzanspruchs auszugleichen⁷ oder um Vertragsverletzungen von vornherein zu verhindern,⁸ wird unter Verweis auf parallele Entwicklungen in einigen nationalen Rechtsordnungen vorgeschlagen, den Gewinn des Verletzers im Rahmen des Schadensersatzanspruchs gemäß Art. 74 CISG abzuschöpfen⁹ oder zumindest den Verlust im Sinne von Art. 74 CISG anhand des Gewinns des Schädigers zu berechnen.¹⁰ Diese Vorschläge haben in den vergangenen Jahren erheblich an Zuspruch gewonnen.¹¹ Die noch überwiegende Meinung lehnt eine Gewinnhaftung im Rahmen von Art. 74 CISG dennoch weiterhin ab.¹² Im Zentrum der Debatte steht auch hier die Frage, welchen Zwecken der Schadensersatzanspruch dient.¹³ Befürworter der Gewinnherausgabe verstehen den Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 CISG zumindest auch als Mittel der Prävention von Vertragsverletzungen und als Schutzinstrument der Naturalerfüllung.¹⁴ Demgegenüber

⁶ Siehe etwa *Bock*, in: FS Schwenger, 175, 189; *Demir*, Schadensersatzregelung, 133 ff.; *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 74, para. 59 ff.; *Hachem*, in: FS Schwenger, 647, 662 f.; *Jardine*, 21 VJ (2017), 36, 65; *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 102; *Schwenger/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 101; *Schwenger*, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 45.

⁷ *Bock*, in: FS Schwenger, 175, 181; *Demir*, Schadensersatzregelung, 135 ff.

⁸ *Bock*, in: FS Schwenger, 175, 181; *Schwenger/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 101; *Schwenger*, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 45.

⁹ *Schwenger*, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 45; siehe auch jedenfalls für den Fall des Doppelverkaufs *Jardine*, 21 VJ (2017), 36, 63.

¹⁰ *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 219; *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 97 f.; *Schwenger/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 102.

¹¹ *Demir*, Schadensersatzregelung, 138; *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 219; siehe auch *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 16: „mit [...] beachtlichen Argumenten“.

¹² *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 74, para. 61; *Honsell*, SJZ 88 (1992), 361; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 16 ff.; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 74, Rn. 8; *Slechtriem/Schroeter*, Rn. 738a; *Wolfgang Witz*, in: Witz/Salger/Lorenz (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht, Kommentar, 2. Auflage 2016, Art. 74, Rn. 14.

¹³ *Schwenger/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 100.

¹⁴ *Schwenger/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 101; *Schwenger/Leisinger*, in: Cranston/Ramberg/Ziegel (Hrsg.), Jan Hellner in Memoriam, 249, 271; diese Richtung wohl auch *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 93.

stellen Gegner einer Gewinnherausgabe die reine Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes in den Vordergrund.¹⁵

Gegenstand der Diskussion im Übereinkommen sind vor allem drei Fallgruppen.¹⁶ Die erste Fallgruppe betrifft die klassische Doppelveräußerung durch den Verkäufer, der die Ware zunächst an den Käufer und dann, zu einem höheren Preis, an einen Dritten veräußert.¹⁷ Die zweite Fallgruppe firmiert unter dem Begriff *skimped performance*¹⁸ und bezeichnet Fälle, in denen der Verkäufer bei Erfüllung seiner Lieferpflichten vertragswidrig Aufwendungen einspart, die indes nicht zu einem entsprechenden Schaden des Käufers führen.¹⁹ Als Beispiel hierfür wurde der vertragswidrige Einsatz nicht nachhaltiger oder unethischer Produktionsverfahren genannt, der nicht zu einer entsprechenden Verminderung des Marktwertes der Ware führt oder aufgrund günstigerer Verträge mit den eigenen Abnehmern des Käufers oder deren Unkenntnis ein Schaden ausbleibt.²⁰ Drittens wird die Verletzung von Unterlassungspflichten diskutiert.²¹ Verwiesen wird in diesem Rahmen etwa auf die Verletzung vertraglicher Reimportbeschränkungen.²² Ebenso relevant ist die Verletzung vertraglicher Vertraulichkeitspflichten²³ oder von Exklusivitätsabreden.²⁴

¹⁵ Brölsch, Schadensersatz, 44; Djordjevic, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 74, para. 63; Hartmann, IHR 2009, 189, 198; Magnus, in: Thume (Hrsg.), Festgabe Herber, 27, 28; Mankowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Auflage 2018, Art. 74, Rn. 8 f.; Schlechtriem/Schroeter, Rn. 738a.

¹⁶ Schmidt-Ahrendts, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 98 ff.; Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 45.

¹⁷ Muñoz/Ament-Guemez, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 210; Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 43.

¹⁸ *Attorney-General v Blake*, [1998] EMLR 309, 325 (CA); *Barnett*, Account of Profits, 165 ff.; *Edelman*, McGregor on Damages, paras. 15-025.

¹⁹ *Attorney-General v Blake*, [1998] EMLR 309, 325 (CA); *Edelman*, McGregor on Damages, paras. 15-025; siehe für das CISG, *Bock*, in: FS Schwenger, 175, 188; Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 43.

²⁰ Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 45; Schwenger/Hachem, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 94.

²¹ Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 45.

²² Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 45; Schmidt-Ahrendts, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 99 f.

²³ Stockholm Chamber of Commerce, 5.4.2007 (PACE); siehe hierzu Muñoz/Ament-Guemez, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 213.

²⁴ Siehe hierzu ausführlich Björklund, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 25, para. 42.

Zunächst soll eine rechtsvergleichende Skizze den Hintergrund der Debatte hervortreten lassen (A.), bevor eine kurze Darstellung der Grundlagen und Probleme des Schadensersatzanspruchs gemäß Art. 74 S. 1 CISG im Hinblick auf die Gewinnherausgabe erfolgt (B.). Im Anschluss sollen die Funktionen des Schadensersatzanspruchs im Übereinkommen herausgearbeitet werden (C.). Hiernach soll der Frage nachgegangen werden, ob der Verletzererwerb gemäß Art. 74 CISG herausverlangt werden (D.) oder zumindest zur Bemessung des Schadensersatzes herangezogen werden kann (E.). Schließlich sollen andere Mittel im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG aufgezeigt werden, um eine Unterkompensation des Gläubigers zu vermeiden (F.).

A. Rechtsvergleichender Überblick zur vertraglichen Gewinnhaftung

Die Gewinnhaftung wegen Vertragsverletzungen hat in den letzten 20 Jahren in verschiedenen Rechtsordnungen zu erheblichen Diskussionen geführt. Die Darstellung muss sich auf das Vertragsrecht beschränken.²⁵ Auf außerververtragliche Ansprüche kann nur insoweit eingegangen werden, wie diese für den Schutz des vertraglichen Rechts oder zum Verständnis der Diskussion um die vertragliche Gewinnhaftung von Bedeutung sind. Die Diskussion soll hier für das deutsche (I.), das französische (II.) und das englische Recht (III.) skizziert werden, bevor auf internationale Vereinheitlichungsprojekte eingegangen wird (IV.). In allen Rechtsordnungen handelt es sich um sehr ausdifferenzierte Diskussionen, die hier nur grob nachgezeichnet werden können. Zweck dieser rechtsvergleichenden Skizze im Rahmen dieser Untersuchung ist, einen internationalen Referenzrahmen für die Diskussion im CISG zu schaffen, die ihrerseits nicht vollständig von den nationalen Diskussionen getrennt zu verlaufen scheint.

I. Vertragliche Gewinnhaftung im deutschen Recht

Abgesehen von der Erlösherausgabe gemäß § 285 Abs. 1 BGB kennt das deutsche Recht keine vertragliche Gewinnhaftung. Weder kann der aufgrund einer Vertragsverletzung eingetretene Schaden allgemein anhand des Verletzererwerbs oder anhand einer hypothetischen Lizenzgebühr bemessen werden (1.) noch kann der Verletzererwerb im Wege von außerververtraglichen Ansprüchen verlangt werden (2.).

²⁵ Siehe für eine ausführliche rechtsvergleichende Darstellung außerververtraglicher Ansprüche *Boosfeld*, Gewinnausgleich.

1. Ablehnung eines allgemeinen vertraglichen Gewinnherausgabeanspruchs

Im deutschen Schadensrecht gilt grundsätzlich der Grundsatz der Naturalrestitution gemäß § 249 Abs. 1 BGB. Der Gläubiger ist in die Lage zu versetzen, die bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist die Herstellung des Zustandes selbst nicht möglich, ist gemäß § 251 Abs. 1 BGB der Gläubiger in Geld zu entschädigen. Der Schaden wird grundsätzlich anhand der Differenzhypothese bestimmt, die auf das Delta zwischen der bestehenden Vermögenslage des Gläubigers und der hypothetischen Vermögenslage bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages abstellt.²⁶ Die Anwendung der Differenzhypothese wird indes nicht als neutrale Rechenaufgabe verstanden, da sie sowohl hinsichtlich der eingestellten Schadensposten als auch aufgrund von infolge der Pflichtverletzung erlangter Vorteile des Gläubigers einer wertenden Ausfüllung bedarf.²⁷ Eine überkompensatorische Gewinnherausgabe infolge einer Vertragsverletzung wird im Schadensrecht *de lege lata* einhellig abgelehnt.²⁸ *Gerhard Wagners* Vorschlag, § 251 BGB um einen dritten Absatz zu erweitern, demgemäß der Gläubiger bei einer vorsätzlichen Pflichtverletzung statt des Schadensersatzes die Herausgabe des Gewinns sowie Rechnungslegung verlangen können sollte,²⁹ fand auf dem 66. Juristentag 2006 ebenso wenig eine Mehrheit wie der Vorschlag den Gewinn bei der Schadensbemessung zu berücksichtigen.³⁰ Für bestimmte Vertragsverletzungen kann eine Erlösherausgabe allerdings gemäß § 285 Abs. 1 BGB erfolgen.³¹ Dennoch eignet sich § 285 BGB nicht als Anknüpfungspunkt für einen allgemeinen vertraglichen Gewinnherausgabeanspruch.³²

Besondere Gewinnherausgabeansprüche bestehen grundsätzlich in Auftragsverhältnissen gemäß § 667 BGB sowie in Gestalt der handels- und gesellschaftsrechtlichen Eintrittsrechte gemäß § 61 Abs. 1 § 113 Abs. 1 HGB, § 88 Abs. 2 AktG.³³ Eine Gewinnhaftung ist darüber hinaus anerkannt für die Verletzung besonderer Treuepflichten, denen eine von gesteigerter Loyalität geprägte Pflichtenstruktur zugrunde liegt.³⁴ Eine Gewinnhaftung infolge der

²⁶ *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 249, Rn. 21 f.; *Rießmann*, in: jurisPK-BGB, 9. Auflage 2020, § 249, Rn. 5; *Schiemann*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2017], § 249, Rn. 5.

²⁷ *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 249, Rn. 22; *Rießmann*, in: jurisPK-BGB, 9. Auflage 2020, § 251, Rn. 12; *Schiemann*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2017], § 249, Rn. 7.

²⁸ *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 252, Rn. 53; *Schiemann*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2017], § 252, Rn. 59.

²⁹ *Wagner*, Gutachten (A), 97.

³⁰ 66. Deutscher Juristentag, Beschlüsse, Zivilrecht, IV. 3 a); IV. 6.

³¹ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 152.

³² *Dornscheidt*, Gewinnhaftung, 76; *Helms*, Gewinnherausgabe, 339 ff.

³³ *Rusch*, Treuepflichten, 218 ff.

³⁴ *Helms*, Gewinnherausgabe, 472; *Hopt*, ZGR 2004, 1, 48 f.; *Veil*, ZGR 2005, 155, 180 f.

Verletzung solcher Treuepflichten kann für auftragsähnliche Verhältnisse durch eine Analogie zu § 667 BGB begründet³⁵ oder, in sonstigen Fällen, aus einer Gesamtanalogie zu §§ 61, 113 HGB, § 88 Abs. 2 S. 2, § 284 Abs. 2 S. 2 AktG hergeleitet werden.³⁶ Ein alternativer Begründungsweg besteht in der Entwicklung eines eigenständigen Gewinnherausgabeanspruchs für die Verletzung von Treuepflichten.³⁷ Unabhängig von der gewählten Begründung besteht der Grund für die Gewinnherausgabe in der besonderen Pflichtenstruktur der Treuepflichten und ist nicht auf das allgemeine Vertragsrecht übertragbar.³⁸

2. Keine Gewinnherausgabe bei Vertragsverletzungen aufgrund außervertraglicher Ansprüche

Allgemein anerkannt ist die Auskehr des Verletzergewinns im Immaterialgüterrecht im Rahmen der sogenannten dreifachen Schadensberechnung.³⁹ So kann der Geschädigte nicht nur seinen tatsächlichen Schaden in Form eines entgangenen Gewinns im Sinne von § 252 BGB geltend machen, sondern wahlweise auch eine hypothetische Lizenzgebühr oder den Gewinn des Schädigers verlangen.⁴⁰ Zwar ist zweifelhaft, ob es sich bei der zweiten und dritten Schadensberechnung begrifflich noch um einen Schadensersatzanspruch handelt.⁴¹ Der deutsche Gesetzgeber hat allerdings im Anschluss an das europäische Sekundärrecht⁴² eine schadensrechtliche Einordnung vorgenommen.⁴³ Eine Ausweitung dieser Form der Schadensbemessung auf allgemeine Ver-

³⁵ *Riesenhuber*, in: BeckOGK-BGB, 1.2.2020, §667, Rn. 9.1 ff.; *Rusch*, Treuepflichten, S. 208 ff.; *Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, §667, Rn. 6.

³⁶ *Rusch*, Treuepflichten, 228.

³⁷ *Helms*, Gewinnherausgabe, 477; *Hopt*, ZGR 2004, 1, 49: für organschaftliche Treuepflichten.

³⁸ *Helms*, Gewinnherausgabe, 472 f.

³⁹ *Ebert*, in: Erman-BGB, Kommentar, 15. Auflage 2017, § 249, Rn. 15; *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 252, Rn. 55; *Rüßmann*, in: jurisPK-BGB, 9. Auflage 2020, § 251, Rn. 40; *Schiemann*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2017], § 249, Rn. 200.

⁴⁰ BGH, 12.1.1966, BGHZ 44, 372, 375; BGH, 17.6.1992, BGHZ 119, 20, 23; BGH, 25.9.2007, BGHZ 173, 374, 377; *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 252, Rn. 55.

⁴¹ Siehe insbesondere die Kritik von *Dreier*, Kompensation und Prävention, 274 ff.; *Hofmann*, AcP 213 (2013), 469, 498; *Rüßmann*, in: jurisPK-BGB, 9. Auflage 2020, § 251, Rn. 40; *Schiemann*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2017], § 249, Rn. 200; für ein kompensatorisches Verständnis allerdings, *Helms*, Gewinnherausgabe, 281.

⁴² Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, Art. 14 Abs. 2; Richtlinie (EG) 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Art. 13 Abs. 1 lit. b.

⁴³ Siehe etwa, §97 Abs. 2 S. 2, 3 UrhG; §139 Abs. 2 S. 3 PatG; § 14 Abs. 6 S. 3 MarkenG.

tragsverletzungen wird für das geltende Recht einhellig abgelehnt.⁴⁴ Die dreifache Schadensberechnung ist daher für das Vertragsrecht nur relevant, soweit sich Überschneidungen zum Immaterialgüterrecht ergeben. So erfasst etwa die Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen ausdrücklich die vertragswidrige Nutzung oder Offenlegung von Know-how.⁴⁵

Außervertragliche Ansprüche, die eine Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen ermöglichen, bestehen nach überwiegender Ansicht nicht.⁴⁶ Entgegen einer zunehmend vertretenen Ansicht,⁴⁷ lehnen sowohl die Rechtsprechung als auch die noch überwiegende Ansicht im Schrifttum eine Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen im Wege einer angemessenen Eigengeschäftsführung gemäß § 687 Abs. 2 BGB ab.⁴⁸ Eine Eingriffskondiktion gemäß § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB scheidet an fehlenden Zuweisungsgehalt des vertraglichen Rechts.⁴⁹

Im Ergebnis besteht im deutschen Recht mit Ausnahme von § 285 BGB kein Anspruch auf Gewinnherausgabe wegen einer Vertragsverletzung. Neben besonderen Regelungen in bestimmten Vertragsverhältnissen könnte allenfalls § 687 Abs. 2 BGB in Zukunft ein Anknüpfungspunkt für die Entwicklung solcher Ansprüche sein.

II. Vertragliche Gewinnhaftung im französischen Recht

Das französische Recht kennt keine vertragliche Gewinnhaftung *de lege lata* (1.). Die Einführung einer solchen Gewinnhaftung oder eines Strafschadensersatzes war in den letzten Jahren allerdings Gegenstand rechtspolitischer Diskussionen (2.).

⁴⁴ Bock, Gewinnherausgabe, 175; Dornscheidt, Gewinnhaftung, 56.

⁴⁵ Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, Art. 4 Abs. 3 lit. c.

⁴⁶ Hofmann, AcP 213 (2013), 470, 480.

⁴⁷ Bock, Gewinnherausgabe, 250 ff.; Hartmann, in: BeckOGK-BGB, 1.7.2020, § 687, Rn. 54; Helms, Gewinnherausgabe, 179 ff.

⁴⁸ BGH, 9.2.1984, NJW 1984, 2411; NJW-RR 1989, 1255 f.; Bergmann, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2015], § 687, Rn. 30; Böger, System der vorteilsorientierten Haftung, 426, 431; Dornscheidt, Gewinnhaftung, 90 ff.; Fehrenbacher, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, Kommentar 14. Auflage 2019, § 687, Rn. 4; Gehrlein, in: BeckOK-BGB, 54. Edn. 2020, § 687, Rn. 5; Nils Jansen, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK-BGB, § 687 II, Rn. 36; Köndgen, RabelsZ 56 (1992), 696, 748; Schäfer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 687, Rn. 18.

⁴⁹ Hofmann, AcP 213 (2013), 470, 480.

1. Keine vertragliche Gewinnhaftung *de lege lata*

Das französische Schadensrecht beruht auf dem Grundsatz: „Tout le dommage, rien que le dommage“.⁵⁰ Der Gläubiger der Vertragsverletzung hat damit Anspruch auf den Ersatz seines vollen Schadens, soll aber darüber hinaus nicht bereichert werden.⁵¹ Das französische Recht folgt damit wie das deutsche Recht dem Grundsatz, dass der Schadensersatzanspruch einen Ausgleichszweck verfolgt.⁵² Gemäß Art. 1231-2 C. civ. setzt sich der Schaden aus dem Verlust des Gläubigers (*damnum emergens*) und dem entgangenen Gewinn (*lucrum cessans*) zusammen.⁵³ Neben dem materiellen Schaden ist auch der immaterielle Schaden (*dommage moral*) grundsätzlich ersatzfähig,⁵⁴ auch im Falle einer Vertragsverletzung.⁵⁵ Allerdings wird der Schadensersatz für nicht grob fahrlässige oder vorsätzliche Vertragsverletzungen gemäß Art. 1231-3 C. civ. auf vorhersehbare Schäden begrenzt. Ebenso sind infolge der Pflichtverletzung erworbene Vorteile des Gläubigers bei der Schadensbemessung zu berücksichtigen.⁵⁶

Eine Schadensbemessung anhand des Verletzergewinns oder einer hypothetischen Lizenzgebühr ist grundsätzlich nicht zulässig⁵⁷ und findet sich lediglich in Spezialgesetzen zum Immaterialgüterrecht⁵⁸ und zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen.⁵⁹ Auch bei vorsätzlichen Vertragsverletzungen zur Erzielung eines Gewinns beschränkt sich das französische Recht auf den Ersatz des Schadens des Gläubigers, ohne dass sich der Gewinn des Schuldners auf die Haftung auswirkt.⁶⁰ Die praktische Bedeutung der prinzipiellen Ablehnung der Gewinnhaftung wird allerdings dadurch verringert, dass der Schadensbegriff im französischen Recht weit verstanden wird⁶¹ und der Kas-

⁵⁰ *Buffelan-Lanore/Larribau-Teynere*, Les Obligations, n° 2518; siehe auch Cass. Civ. 2^e, 28.5.2009, n° 08-16829: „réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit“.

⁵¹ Cass. civ. 1^{ère}, 22.11.2007, Bull. civ. I n° 368; Cass. civ. 2^e, 28.5.2009, Bull. civ. II n° 131.

⁵² *De Fontmichel*, 10 Unif. L. Rev. (2005), 737, 744; *Lendermann*, Strafschadensersatz, 19; *Moréteau*, in: Koziol (Hrsg.), Grundfragen des Schadensersatzrechts, Rn. 1/64.

⁵³ *Terré/Simler/Lequette*, Les obligations, n° 710.

⁵⁴ *Terré/Simler/Lequette*, Les obligations, n° 710; *Viney/Jourdain/Carval*, Les conditions de la responsabilité, n° 253.

⁵⁵ *Terré/Simler/Lequette*, Les obligations, n° 562; *Viney/Jourdain/Carval*, Les conditions de la responsabilité, n° 253.

⁵⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 sept. 2016, D. 2016, 2061, obs. *Carval*; *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, 2, n° 453.

⁵⁷ *Borghetti*, in: Martin-Casals (Hrsg.), The Borderlines of Tort Law, 131, 142.

⁵⁸ Art. L.331-1-3 al. 3, art. L. 615-7 al. 3, art. L. 716-14 Code de la propriété intellectuelle; siehe hierzu aus vergleichender Sicht, *Boosfeld*, Gewinnausgleich, 27 ff.

⁵⁹ Art. L.152-6 Code de commerce.

⁶⁰ *Laithier*, Sanctions de l'inexécution, 504.

⁶¹ *Viney/Jourdain/Carval*, Les conditions de la responsabilité, n° 248-1.

sationshof die Schadenshöhe grundsätzlich als den Instanzgerichten überlassene Tatfrage einstuft (*appréciation souveraine des juges du fond*).⁶² Die Kontrolle des Kassationshof beschränkt sich auf bestimmte Rechtsfehler wie etwa den Zeitpunkt der Schadensbemessung und die Widerspruchsfreiheit der Begründung,⁶³ an die allerdings keine besonders hohen Anforderungen gestellt werden.⁶⁴ Zum Teil wird daher darauf hingewiesen, dass die Instanzgerichte den Verletzergewinn bei der Schadensbemessung oftmals im Hinterkopf haben.⁶⁵ Da eine offene Berücksichtigung des Verletzergewinns in der Urteilsbegründung allerdings zur Aufhebung der Entscheidung durch den Kassationshof führen würde,⁶⁶ ist nicht feststellbar, wie oft und in welchen Fällen die Instanzgerichte sich am Gewinn des Schuldners orientieren.

Für die außervertragliche Haftung hat bereits *Boris Starck* vorgeschlagen, durch bewusste gewinnbringende Pflichtverletzungen erzielte Gewinne gemäß *ancien* Art. 1382 C. civ. abzuschöpfen.⁶⁷ Der Begriff der *faute lucrative* prägt seither die akademische Diskussion,⁶⁸ wurde aber von der Rechtsprechung bisher nicht zur Rechtfertigung einer Gewinnhaftung im Deliktsrecht aufgegriffen.⁶⁹

Eine Gewinnherausgabe erschien allerdings nach dem *arrêt Vilgrain* bei bestimmten Verletzungen einer *obligation de loyauté* möglich.⁷⁰ In diesem Fall suchte der Geschäftsführer einer Gesellschaft im Auftrag einer Minderheitsaktionärin Erwerber für deren Anteile. Er erwarb die Anteile sodann zum Teil für sich selbst und zum Teil für eine Gruppe von Mehrheitsaktionären, ohne der Minderheitsaktionärin allerdings mitzuteilen, dass die Mehrheitsaktionäre und er diese Anteile nur wenige Tage später zu mehr als dem doppel-

⁶² Cass. Civ. 2^{ème}, 11.9.2003, Bull. civ. II n° 249; *Boré/Boré*, Cassation en matière civile, n° 67.158; *Viney/Jourdain/Carval*, Les conditions de la responsabilité, n° 248-1.

⁶³ *Boré/Boré*, Cassation en matière civile, n° 67.158; *Pinna*, Mesure du préjudice, n° 77 ff.; *Viney/Jourdain/Carval*, Les conditions de la responsabilité, n° 248-1.

⁶⁴ Cass. Ass. plén., 26.3.1999, n°95-20.640, Bull. ass. plén. n°3: „le juge justifie l'existence du préjudice par la seule évaluation qu'il en fait“; *Boré/Boré*, Cassation en matière civile, n° 67.158.

⁶⁵ *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, 2, n° 457; *Fauvarque-Cosson*, Revue des contrats, 2005, 479, 481; *Le Tourneau*, Droit de la responsabilité et des contrats, n° 47, 48-1; *Séjean*, in: Hondius/Janssen (Hrsg.), Disgorgement, 121, 128; siehe auch in dieser Hinsicht bereits *Starck*, Responsabilité civile, 422.

⁶⁶ *Boré/Boré*, Cassation en matière civile, n° 67.181.

⁶⁷ *Starck*, Responsabilité civile, 423.

⁶⁸ *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, 2, n° 454; eingehend *Fournier de Crouy*, La faute lucrative, n° 1 ff.; siehe zur Diskussion aus vergleichender Sicht, *Boosfeld*, Gewinnausgleich, 50 ff.

⁶⁹ Siehe lediglich Cass. Com., 27.11.1967, Bull. n° 384, wo der Begriff allerdings lediglich in Wiedergabe des Kassationsmittels des Beschwerdeführers auftaucht.

⁷⁰ Cass. Com., 27.2.1996, Bull. civ. IV n° 65; *Pinna*, Mesure du préjudice, n° 118 ff.

ten Preis an eine andere Gesellschaft weiterveräußern würden.⁷¹ Die *Cour de cassation* ordnete dies als *dol par r eticence* ein und bestätigte den vom Appellationshof angeordneten Schadensersatz in Höhe des Veräußerungsgewinns,⁷² obwohl die Verkäuferin als Minderheitsaktionärin den Preis der Mehrheitsaktionäre nicht hätte erzielen können.⁷³ Die Betonung der Loyalitätspflicht des Geschäftsführers wurde zum Teil als Anerkennung der *fiduciary duties* im französischen Gesellschaftsrecht gedeutet.⁷⁴ In Folgeentscheidungen bekräftigte der Kassationshof, dass den Geschäftsführer beim Erwerb von Gesellschaftsanteilen eine *obligation de loyauté* treffe, die ihn zur Offenlegung von für den veräußernden Gesellschafter relevanten Umständen verpflichtete.⁷⁵

Ob die Verletzung einer solchen *obligation de loyauté* allerdings eine Gewinnherausgabe rechtfertigen kann, erschien lange unklar.⁷⁶ In einer jüngeren Entscheidung hat die *Cour de cassation* nun klargestellt, dass die Verletzung einer *obligation de loyauté* keine Gewinnherausgabe nach sich zieht.⁷⁷ Der Sachverhalt glich demjenigen, der dem *arrêt Vilgrain* zugrunde lag. Der Geschäftsführer einer Gesellschaft erwarb Gesellschaftsanteile von einem Minderheitsaktionär und veräußerte diese am selben Tag zu einem erheblich höheren Preis an eine dritte Erwerberin.⁷⁸ Die *Cour de cassation* sah hierin eine Verletzung der *obligation de loyauté* gegenüber dem Minderheitsaktionär. Dennoch bestätigte sie die Entscheidung der *Cour d'appel de Lyon*, dass der Anspruch des Minderheitsaktion rs sich auf den Wert der entgangenen Chance beschränkt, seine Anteile zu einem höheren Preis veräußern zu können, den die *Cour d'appel* im Rahmen ihres *pouvoir souverain* auf 5 % der Mehrerlöses bem  . ⁷⁹ Eine Bemessung des Schadens auf Grundlage des gesamten Mehrerlöses lehnte der Kassationshof ab.⁸⁰

⁷¹ Cass. Com., 27.2.1996, Bull. civ. IV n  65.

⁷² Cass. Com., 27.2.1996, Bull. civ. IV n  65.

⁷³ *Pinna*, La mesure du préjudice, n  118; siehe auch *Ghestin*, JCP G 1996, II, 22665, der die Entscheidung begrüßt, da dem Geschäftsführer sonst ein rechtswidriger Gewinn (*profit illicite*) geblieben wäre.

⁷⁴ *Dominique Schmidt/Dion*, JCP E 1996, II, 838.

⁷⁵ Cass. com., 12.5.2004, n  00-15.618, Recueil Dalloz 2004, 1599, obs. *Lienhard*; Cass. Com., 12.3.2013, n  12-11.970, *Revue des sociétés* 2013, 689, note *Massart*; *Le Bars*, Répertoire de sociétés, Responsabilité civile des dirigeants sociaux – conditions de mise en  uvre de la responsabilité, n  68.

⁷⁶ *Pinna*, Mesure du préjudice, n  120, mit Verweis auf vereinzelte frühere Entscheidungen; siehe hierzu auch *Boosfeld*, Gewinnausgleich, 48; siehe zur Entwicklung der Treuepflicht im französischen Gesellschaftsrecht allgemein: *Bouloc*, in: *Mélanges Le Cannu*, 233, 241; *Gelter/Helleringer*, 15 BerkeleyBus. L.J. (2018), 92, 134 ff.

⁷⁷ Cass. Com., 15.3.2017, n  15-14.419, *Revue des sociétés* 2017, 485, note *Massart*.

⁷⁸ Cass. Com., 15.3.2017, n  15-14.419, *Revue des sociétés* 2017, 485.

⁷⁹ Cass. Com., 15.3.2017, n  15-14.419, *Revue des sociétés* 2017, 485.

⁸⁰ Cass. Com., 15.3.2017, n  15-14.419, *Revue des sociétés* 2017, 485; siehe insbesondere die Kritik bei *Massart*, *Revue des sociétés* 2017, 485.

2. Einführung eines Strafschadensersatzes oder einer Gewinnhaftung *de lege ferenda*?

Suprakompensatorische Ansprüche in Form einer Gewinnhaftung oder eines Strafschadensersatzes wegen einer Vertragsverletzung werden *de lege lata* grundsätzlich abgelehnt.⁸¹ Die Einführung einer Gewinnhaftung für *fautes lucratives* oder eines Strafschadensersatzes wurde allerdings im Zuge der Reform des Vertrags- und Obligationenrechts sowie im Hinblick auf die Erneuerung des Haftungsrechts diskutiert.⁸² Eine Form von Strafschadensersatz für bewusste Pflichtverletzungen, insbesondere für *fautes lucratives*, fand sich bereits im Reformvorschlag des *Avant-Projet Catala*.⁸³ Trotz der Hervorhebung der *fautes lucratives* war eine Verbindung zwischen Schadensbemessung und Verletzergewinn jedenfalls nicht ausdrücklich vorgesehen. Dem Richter sollte es überdies freistehen, einen Teil des Strafschadensersatzes der öffentlichen Hand zuzusprechen. Nach erheblicher Kritik an diesem Vorschlag⁸⁴ präsentierte die Arbeitsgruppe um *François Terré* eine alternative Vorschrift, die nicht als Strafschadensersatz, sondern als Gewinnherausgabe daherkam.⁸⁵ Hiernach sollte der Richter bei vorsätzlichen *fautes lucratives* statt des Schadensersatzes durch eine besonders begründete Entscheidung die Gewinnherausgabe anordnen können.⁸⁶

Die Reform des Vertrags- und Obligationenrechts hat die Bestimmungen des Haftungsrechts inhaltlich unberührt gelassen, da für diesen Bereich derzeit eine eigene Reform vorbereitet wird.⁸⁷ Im aktuellen Reformvorschlag zur Erneuerung des Haftungsrechts ist von der Einführung eines Strafschadensersatzes oder einer schadensrechtlichen Gewinnhaftung nicht viel übrig geblieben. Art. 1258 des Reformentwurfes hält vielmehr ausdrücklich fest, dass der Gläubiger zwar in die Lage versetzt werden soll, in der er ohne Pflichtverlet-

⁸¹ *Bénabent*, Les obligations, n°431; *De Fontmichel*, 10 Unif. L. Rev. (2005), 737, 744.

⁸² *Dreyer*, Recueil Dalloz 2017, 1136, 1142; *Juen*, RTD civ. 2017, 565; *Pinna*, Mesure du préjudice, n° 71.

⁸³ *Catala* (Hrsg.), Avant-projet du droit des obligations et de la prescription (Projet Catala), Art. 1371.

⁸⁴ Siehe etwa Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15.6.2007, n° 91 f.; siehe aber auch grundsätzlich für die Einführung einer solchen Norm *Carval*, Revue des contrats 2006, 822 f.

⁸⁵ *Terré* (Hrsg.), Pour une réforme de la responsabilité civile, Art. 54.

⁸⁶ *Terré* (Hrsg.), Pour une réforme de la responsabilité civile, Art. 54, S. 1: „Lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur.“

⁸⁷ *Babusiaux/Witz*, JZ 2017, 496 f.; siehe *Projet de réforme de la responsabilité civile*, 2017, <http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf> (31.7.2020).

zung gewesen wäre, ohne allerdings von ihr zu profitieren.⁸⁸ Ein Überbleibsel der Diskussion um die Einführung einer Gewinnhaftung oder eines Strafschadensersatzes findet sich indes in Art. 1266-1 des Entwurfs in Gestalt einer *amende civile*, die für bewusst zur Gewinnerzielung begangene Pflichtverletzungen die Möglichkeit eines Bußgeldes an eine wohltätige Organisation oder die öffentliche Hand vorsieht.⁸⁹ Im Unterschied zu einem vorherigen Entwurf⁹⁰ ist der Anwendungsbereich der *amende civile* ausdrücklich auf den außervertraglichen Bereich beschränkt.⁹¹ Die Höhe der Strafe bemisst sich gemäß Art. 1266-1 al. 2 des Entwurfes nach der Schwere der Pflichtverletzung, dem Verursachungsbeitrag des Schädigers und dem aus der Pflichtverletzung gezogenen Gewinn, ist aber grundsätzlich auf das Zehnfache des tatsächlich realisierten Gewinns des Schädigers begrenzt.⁹² Eine divers besetzte Arbeitsgruppe unter Schirmherrschaft der *Cour d'appel de Paris* hat die *amende civile* kritisiert und sich für die Einführung einer Gewinnherausgabe (*dommages-intérêts restitutoires*) ausgesprochen.⁹³ Auch dieser Vorschlag beschränkt sich indes ausdrücklich auf den außervertraglichen Bereich.⁹⁴ Die Zukunft des aktuellen Entwurfs erscheint daher ungewiss.⁹⁵ Die Einführung einer Gewinnhaftung oder eines Strafschadensersatzes wegen Vertragsverletzungen erscheint allerdings im Lichte der ausdrücklichen Beschränkung des Entwurfs und des Gegenvorschlages auf die außervertragliche Haftung als unwahrscheinlich.

Trotz der eingehenden Diskussion über Strafschadensersatz und Gewinnhaftung konnte sich ein allgemeiner Anspruch auf Gewinnhaftung oder eine solche Form der Schadensbemessung im französischen Recht also bisher nicht durchsetzen.

⁸⁸ Projet de réforme de la responsabilité civile, 2017, Article 1258: „Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit.“

⁸⁹ Projet de réforme de la responsabilité civile, 2017, Article 1266-1.

⁹⁰ Avant-projet de loi, réforme de la responsabilité civile, 2016, Article 1266; siehe auch *d'Alès/Terdjman*, AJ Contrat 2017, 69.

⁹¹ Projet de réforme de la responsabilité civile, 2017, Article 1266-1 al. 1: „En matière extracontractuelle [...]“; zustimmend *Borghetti*, Recueil Dalloz 2017, 770, 775.

⁹² Projet de réforme de la responsabilité civile, 2017, Article 1266-1 al. 3. Siehe aber auch die Möglichkeit der Erhöhung der Strafzahlung für juristische Personen in Article 1266-1 al. 4.

⁹³ Cour d'appel de Paris, Groupe de travail, rapport sur „La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques“, 54 ff.

⁹⁴ Cour d'appel de Paris, Groupe de travail, rapport sur „La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques“, 56.

⁹⁵ *Dreyer*, Recueil Dalloz 2017, 1136, 1142: „L'amende civile figure au rang de ces fausses bonnes idées dont la pertinence disparaît au fur et à mesure que l'on y réfléchit.“

III. Vertragliche Gewinnhaftung im englischen Recht

Gerade im englischen Recht wurde eine intensive Diskussion über die Gewinnherausgabe wegen einer Vertragsverletzung geführt.⁹⁶ Diese Debatte, die sowohl die Rechtsprechung als auch die Rechtswissenschaft in den letzten 25 Jahren beschäftigt hat, ist mittlerweile kaum mehr zu überblicken.⁹⁷ Die sehr differenzierte Diskussion kann hier nur in ihren Grundzügen skizziert werden. Eine etwas ausführlichere Darstellung erscheint allerdings sinnvoll, da insbesondere die Entwicklungen im englischen Recht den Diskurs über die Gewinnhaftung im CISG maßgeblich beeinflusst zu haben scheinen.

1. Der Grundsatz: Der Schadensersatzanspruch zum Schutz des Erfüllungsinteresses

Der vertragliche Schadensersatz im englischen Recht richtet sich grundsätzlich nach dem *expectation interest*. Nach dem Grundsatz aus *Robinson v Harman* ist der Gläubiger so zu stellen, als sei der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden.⁹⁸ Das so verstandene Erfüllungsinteresse bildet immer noch das Grundprinzip der *common law damages*.⁹⁹ Das *expectation interest* kann auf unterschiedliche Art und Weise ausgefüllt werden. Grundsätzlich wird es anhand der *difference in value* bemessen, das heißt der finanzielle Verlust des Gläubigers aufgrund der Vertragsverletzung wird ausgeglichen.¹⁰⁰ Für Nichtlieferungen der Ware in Kaufverträgen wird diese Grundregel gemäß s 51 (3) Sale of Goods Act 1979 insoweit modifiziert, als dass der Käufer die Differenz zwischen Marktpreis der Ware zum vertraglichen Lieferdatum und dem Kaufpreis verlangen kann (*market price rule*).¹⁰¹ Liefert der Verkäufer mangelhafte Ware, bemisst sich der Schaden *prima facie* gemäß s 53 (3) Sale of Goods Act 1979 auch nach dem Minderwert der Ware gegenüber einer vertragsgemäßen Lieferung. Der Nachweis eines zusätzlichen *consequential loss*

⁹⁶ Siehe etwa *Barnett*, 17 RLR (2009), 79, 97; *Birks*, 109 LQR (1993), 518, 521; *Campbell/Wylie*, 62 CLJ (2003), 605, 630; *Chen-Wishart*, 114 LQR (1998), 363, 370; *Cunnington*, 71 Mod. L. Rev. (2008), 559, 586; *Edelman*, Gain-based damages; *Tettenborn*, 14 RLR (2006), 112, 114.

⁹⁷ Siehe etwa *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1357 (SC) (*per Lord Reed*): „That debate, and the confused state of the authorities, have reflected a lack of clarity as to the theoretical underpinning of such awards, and consequent uncertainty as to when they are available.“

⁹⁸ *Robinson v Harman*, (1848) 1 Exch 850, 855 (*per Parke B*).

⁹⁹ *Golden Strait Corp v Nippon Yusen Kubishika Kaisha*, [2007] 2 WLR 691, 705 (HL); *Bunge SA v Nidera BV*, [2015] 2 CLC 120, para. 14.

¹⁰⁰ *Burrows*, in: *Burrows* (Hrsg.), *English Private Law*, para. 21.19.

¹⁰¹ *Bridge*, *International Sale of Goods*, para. 9.47 ff.; *Bock*, *Gewinnherausgabe*, 188.

steht dem Käufer ungeachtet dessen offen.¹⁰² Begrenzt wird der Schadensersatz allerdings auf bei Vertragsschluss vorhersehbare Schäden.¹⁰³

Bei bestimmten Vertragsverletzungen kann der Schaden auch anhand der Kosten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes bemessen werden (*cost of reinstatement* oder *cost of cure*), soweit der Gläubiger beabsichtigt, den Mangel zu beheben und die Kosten nicht unverhältnismäßig sind.¹⁰⁴ Für Fälle, in denen der Schuldner durch die Vertragsverletzung Kosten einspart (*skimped performance*), wurde zum Teil auch eine Herausgabe des Ersparnisgewinns erwogen.¹⁰⁵ Dem hatte sich in einem *obiter dictum* auch zwischenzeitlich der *Court of Appeal* in der Entscheidung *Attorney-General v Blake* angeschlossen.¹⁰⁶ Dieser Vorschlag wurde in der Literatur überwiegend abgelehnt.¹⁰⁷ Das *House of Lords*¹⁰⁸ und nun auch der *Supreme Court* haben sich mittlerweile eindeutig gegen eine Herausgabe des Ersparnisgewinns bei *skimped performance* ausgesprochen.¹⁰⁹ Bei der Schadensbemessung anhand des *cost of cure* oder des *loss of amenity* in *Ruxley Electronics v Forsyth* handelt es sich vielmehr um einen Sonderfall der Ausfüllung des *expectation interest* im Sinne von *Robinson v Harman*.¹¹⁰ Aus vergleichender Sicht fällt auf, dass die überraschenden¹¹¹ Schwierigkeiten des englischen Rechts mit dieser Fallgruppe zum einen auf der traditionellen Zurückhaltung bei der Erstattung des *cost of cure*¹¹² und zum anderen auf dem Fehlen einer Preis-

¹⁰² Section 53 (4) Sale of Goods Act 1979; siehe auch *Bridge*, 132 LQR (2016), 405, 420 f.

¹⁰³ *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Exch 341; *Bridge*, International Sale of Goods, para. 9.44.

¹⁰⁴ *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth*, [1996] 1 AC 344 (HL); *Burrows*, in: *Burrows* (Hrsg.), English Private Law, para. 21.21.

¹⁰⁵ *Coote*, 56 CLJ (1997), 537, 564; *Edelman*, Gain-based damages, 184; *Virgo*, 6 RLR (1998), 118, 124.

¹⁰⁶ *Attorney-General v Blake*, [1998] EMLR (CA), 309, 325; zustimmend *Virgo*, 6 RLR (1998), 118, 124.

¹⁰⁷ *Edelman*, Gain-based damages, 184; kritisch im Ergebnis auch *Coote*, 56 CLJ (1997), 537, 564.

¹⁰⁸ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268, 286 (HL) (*per Lord Nicholls*).

¹⁰⁹ *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1378 (SC) (*per Lord Reed*).

¹¹⁰ *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1378 (SC) (*per Lord Reed*); *Edelman*, Gain-based damages, 184 f.

¹¹¹ Siehe auch die Bemerkung von *Lord Lloyd* in: *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth*, [1996] 1 AC 344, 361 (HL): „It is surprising, and perhaps disconcerting, that at this stage of the development of the law of damages, such a simple question should have caused such a wide diversity of judicial opinion.“

¹¹² *Edelman*, Gain-based damages, 184 f.

minderung im englischen Recht beruhen, die eine Wiederherstellung der vertraglichen Äquivalenz in diesen Fällen ermöglichen könnte.¹¹³

Schließlich soll der Schadensersatzanspruch den Gläubiger auch nicht über seinen Schaden hinaus bereichern. Der Behauptung, das englische Recht kenne ein schadensrechtliches Bereicherungsverbot im Vertragsrecht nicht,¹¹⁴ kann nicht gefolgt werden. Eine Überkompensation des Gläubigers soll auch im englischen Recht grundsätzlich vermieden werden.¹¹⁵ Es wird daher auch im englischen Recht ein Vorteilsausgleich dergestalt durchgeführt, dass unmittelbar durch die Vertragsverletzung erworbene Vorteile des Gläubigers grundsätzlich bei der Bemessung des Schadensersatzes zu berücksichtigen sind.¹¹⁶ Für welche Vorteile im Einzelnen ein Vorteilsausgleich durchzuführen ist, erscheint allerdings noch nicht abschließend geklärt.¹¹⁷ Auch die oben beschriebene *market price rule* setzt sich nur scheinbar in Widerspruch zum Bereicherungsverbot, denn sie wird als besondere Ausprägung des Kompensationsgedankens und als dem Bereicherungsverbot untergeordnet verstanden.¹¹⁸ Grundgedanke der *market price rule* ist zwar, dass zur Gewährleistung der Rechtssicherheit für den kaufmännischen Handel nachträgliche Entwicklungen, etwa der Weiterverkauf der Ware an Dritte, für die Schadensbemessung als *res inter alios acta* außer Betracht bleiben.¹¹⁹ Dennoch hat der *Court*

¹¹³ Siehe auch die Bemerkung von *Lord Mustill* in: *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth*, [1996] 1 AC 344, 360 (HL) (*per Lord Mustill*): „To say that in order to escape unscathed the builder has only to show that to the mind of the average onlooker, or the average potential buyer, the results which he had produced seem just as good as those which he had promised would make a part of the promise illusory, and unbalance the bargain.“

¹¹⁴ *Bock*, in: FS Schwenzer, 175, 187; in diese Richtung wohl auch *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 43.

¹¹⁵ *Golden Strait Corpn v Nippon Yusen Kubishika Kaisha*, [2007] 2 AC 353, 381 (HL) (*per Lord Scott*): „If a money award of damages for breach of contract provides to the creditor a lesser or a greater benefit than the creditor bargained for, the award fails, in either case, to provide a just result“; siehe auch *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth*, [1996] 1 AC 344, 357 (HL) (*per Lord Jauncey*); *Andrews*, Contract Law, 490; *Peel*, in: Treitel on the Law of Contracts, para. 20-006 ff.

¹¹⁶ *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd*, [1912] AC 673 (HL); *Burrows*, in: *Burrows* (Hrsg.), English Private Law, para. 21.66 ff.

¹¹⁷ *McLaughlan*, in: *Saidov/Cunnington* (Hrsg.), Contract Damages, 349, 360: „The cases are difficult and replete with fine distinctions, and many of them are irreconcilable.“

¹¹⁸ Siehe insbesondere *Bunge SA v Nidera BV*, [2015] 2 CLC 120, 131 (HL) (*per Lord Sumption*); *Golden Strait Corpn v Nippon Yusen Kubishika Kaisha*, [2007] 2 AC 353, 381 (HL) (*per Lord Scott*); *Bence Graphics International Ltd v Fasson UK Ltd*, [1998] QB 87.

¹¹⁹ *Slater v Hoyle & Smith Ltd*, [1920] 2 KB 11; *Bridge*, 132 LQR (2016), 405, 417; siehe auch in diesem Sinne die Entscheidung des australischen High Court *Clark v Mac-court*, [2013] HCA 56; siehe hierzu kritisch *Barnett*, 130 LQR (2014), 387, 391.

of Appeal in Abweichung von dieser Regel etwa in *Bence Graphics International Ltd v Fasson UK Ltd* einen Schaden abgelehnt, da der Käufer die minderwertige Ware ohne Abzug weiterverkaufen konnte.¹²⁰ Ob dieser Entscheidung ein Präzedenzwert über die Lieferung mangelhafter Ware hinaus entnommen werden kann, erscheint zweifelhaft.¹²¹ Dennoch hat grundsätzlich in Übereinstimmung mit dieser Entscheidung auch der *Supreme Court* in jüngerer Zeit betont, dass die *market price rule* dem Kompensationsgedanken dient und gegebenenfalls zu korrigieren ist, wenn sie zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Gläubigers führt.¹²²

Nicht dem Ausgleichsgedanken folgen demgegenüber die sogenannten *nominal damages*, die auch für eine Vertragsverletzung ohne einen Schaden zugesprochen werden können.¹²³ Diese Verurteilungen zur Zahlung von symbolischen Beträgen weichen in der Sache nicht den Kompensationsgedanken und das Bereicherungsverbot auf, die für die Bemessung von *substantial damages* gelten.¹²⁴ Sie bilden vielmehr eine eigene Kategorie, die ursprünglich im Hinblick auf die vormals von der Hauptentscheidung abhängige Kostenentscheidung entwickelt wurde.¹²⁵ Strafschadensersatz (*exemplary damages*) für Vertragsverletzungen wird im englischen Recht einhellig abgelehnt.¹²⁶

Im Grundsatz folgt das englische Recht daher weitgehend dem Ausgleichsgedanken, der im Kaufrecht vor allem in Gestalt der *market price rule* daherkommt.

2. Die Ausnahme: Gewinnherausgabe für bestimmte Vertragsverletzungen

In den letzten Jahren wurden indes zunehmend auch Ansprüche auf Gewinn- oder Vorteilshaftung wegen Vertragsverletzungen diskutiert. Im Zentrum der

¹²⁰ *Bence Graphics International Ltd v Fasson UK Ltd*, [1998] QB 87; zustimmend *McLaughlan*, in: Saidov/Cunnington (Hrsg.), *Contract Damages*, 349, 372; siehe auch die Kritik der Entscheidung bei *Bridge*, 132 LQR (2016), 405, 419; *Treitel*, 113 LQR (1997), 188, 195; *Winterton*, *Money Awards*, 76.

¹²¹ *Winterton*, *Money Awards*, 76.

¹²² *Bunge SA v Nidera BV*, [2015] 2 CLC 120, 131 (*per Lord Sumption*): „(Commercial certainty) can rarely be thought to justify an award of substantial damages to someone who has not suffered any.“; *McKendrick*, in: Burrows (Hrsg.), *English Private Law*, para. 10.68.

¹²³ *Edelman*, *Gain-based damages*, 7.

¹²⁴ Siehe etwa die Entscheidung des *Supreme Court* in *Bunge SA v Nidera BV*, [2015] 2 CLC 120, in dem eine Verurteilung zur Zahlung von ca. US\$ 3 Mio. aufgehoben wurde und ein Nominalschaden von US\$5 festgelegt wurde.

¹²⁵ *Edelman*, *Gain-based damages*, 7.

¹²⁶ *Addis v. Gramophone Company Ltd*, [1909] AC 488 (HL); *Johnson v Unisys Ltd*, [2003] 1 AC 518, 530 (HL) (*per Lord Steyn*); Law Commission, Report No. 247, p. 63; *Beale*, in: Chitty on Contracts, para. 26-048; *Bock*, *Gewinnherausgabe*, 201; *Goudkamp/Katsampouka*, 38 OJLS (2018), 90, 95; *Oliphant/Wilcox*, in: Martin-Casals (Hrsg.), *The Borderlines of Tort Law*, 69, 98.

Debatte stehen zwei Fallgruppen, deren Rechtsnatur ebenso heftig umstritten ist wie ihr jeweiliger Anwendungsbereich. Dies ist einerseits der Schadensersatz in Form einer hypothetischen Ablösegebühr (*negotiating damages*) (a) und andererseits die vollständige Gewinnabschöpfung als eigenständiger Rechtsbehelf für bestimmte Vertragsverletzungen (b).

a) *Negotiating Damages*

Die erste Kategorie bilden nach der neuen Terminologie des *Supreme Courts* die sogenannten *negotiating damages*,¹²⁷ die in Anlehnung an eine vorherige Grundsatzentscheidung auch als *Wrotham Park damages* bezeichnet wurden.¹²⁸ Die *negotiating damages* zeichnen sich dadurch aus, dass der Schaden anhand des Betrages berechnet wird, den die Parteien vereinbart hätten, wenn sie über eine Erlaubnis der Vertragsverletzung verhandelt hätten.¹²⁹

In der Ausgangsentscheidung *Wrotham Park* hatte ein Bauherr eine zu weitgehende Bebauung vorgenommen, die gegen ein *covenant* verstieß, das ein bestimmtes Gebiet bebauungsfrei halten sollte.¹³⁰ Die Begünstigten dieser Bestimmung klagten daher auf Unterlassung der Bebauung und auf Rückbau der bereits errichteten Wohnungen. Das Gericht lehnte einen solchen Rückbau als ökonomische Verschwendung und als unverhältnismäßig ab, da die Beeinträchtigung gering sei und die gebauten Wohnungen aufgrund der Wohnungsnot zu dieser Zeit dringend gebracht wurden.¹³¹ Da das Gericht unter dem *Lord Cairns Act* anstelle einer *injunction* Schadensersatz gewähren konnte, sprach es den Klägern einen solchen in Höhe eines angemessenen Betrages zu, den sie für den Verzicht auf das *covenant* vernünftigerweise hätten verlangen können.¹³² Hier legte das Gericht diesen Betrag auf 5 % des Gewinns des Bauherren fest, berücksichtigte dabei allerdings auch spätere Umstände wie etwa die längere Untätigkeit der Kläger trotz Kenntnis des Bauvorhabens.¹³³ *Lord Nicholls* ordnete diese Entscheidung in *Attorney-General v Blake* ausdrücklich als vorteilsorientierten Rechtsbehelf ein, der auch grundsätzlich bei Vertragsverletzungen statthaft sein könne.¹³⁴ Dieses Verständnis wurde insbesondere in der Folgeentscheidung *Experience Hen-*

¹²⁷ *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1358 (SC) (*per Lord Reed*), mit Verweis auf *Lunn Poly Ltd v Liverpool & Lancashire Properties Ltd* [2006] 2 EGLR 29, para. 22 (*per Neuberger LJ*).

¹²⁸ *Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd*, [1974] 1 WLR 798.

¹²⁹ *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1371 (SC) (*per Lord Reed*); *Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd*, [1974] 1 WLR 798, 815.

¹³⁰ *Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd*, [1974] 1 WLR 798.

¹³¹ *Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd*, [1974] 1 WLR 798, 811: „unpardonable waste of much needed houses“.

¹³² *Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd*, [1974] 1 WLR 798, 815 f.

¹³³ *Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd*, [1974] 1 WLR (1973), 798, 815.

¹³⁴ *Attorney-General v Blake*, (HL) [2001] 1 AC 268, 283 (HL) (*per Lord Nicholls*).

drix v PPX Enterprise Inc aufgegriffen, die sich für die Bemessung der angemessenen Ablösegebühr ausdrücklich am Verletzererwerb orientierte.¹³⁵

Die mittlerweile sehr ausdifferenzierte Diskussion zu den *negotiating damages* kann hier ebenso wenig vollständig dargestellt werden wie die vielen Folgeentscheidungen innerhalb und außerhalb des Vertragsrechts. Der genaue Anwendungsbereich dieser Fallgruppe im Vertragsrecht ist ebenso heftig umstritten wie die Einordnung des Anspruchs. Die *negotiating damages* werden zum Teil als kompensatorischer,¹³⁶ als bereicherungsrechtlicher¹³⁷ oder auch als rechtsbewährender Rechtsbehelf verstanden.¹³⁸ In der Entscheidung *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner* hat der *Supreme Court* allerdings kürzlich klargestellt, dass es sich bei den *negotiating damages* um einen kompensatorischen Rechtsbehelf handelt und die Verhandlungsfiktion lediglich ein Mittel darstellt, den Verlust des Geschädigten festzustellen.¹³⁹ Diese Art der Schadensbemessung kommt in zwei Konstellationen zur Anwendung, nämlich erstens anstelle einer *injunction* oder sonstigen *specific relief* gemäß s 50 *Senior Courts Act 1981*¹⁴⁰ sowie zweitens im Falle der Verletzung von *proprietary rights* oder ähnlich geschützten Rechten. Letztere Kategorie kann zwar grundsätzlich auch Vertragsverletzungen erfassen, allerdings nur soweit sie zum Verlust eines wertvollen Vermögensgegenstandes führen, der durch die vertragliche Pflicht geschaffen oder geschützt wurde und der Schaden daher anhand des Wertes dieses Vermögensgegenstandes bemessen werden kann.¹⁴¹ Andernfalls scheiden *negotiating damages* für Vertragsverletzungen

¹³⁵ *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc*, [2003] EWCA Civ 323; siehe hierzu *Edelman*, McGregor on Damages, para. 14-039.

¹³⁶ *Tito v Waddell* (No 2), [1977] Ch. 106, 335 (per Megarry VC); *Jaggard v Sawyer*, [1995], 1 WLR 269, 281 f., 291; *World Wide Fund for Nature v World Wrestling Federation Entertainment Inc*, [2007] EWCA Civ 286; *Sharpe/Waddams*, 2 OJLS (1982), 290, 297; *Tettenborn*, 14 RLR (2006), 112, 113.

¹³⁷ *Burrows*, in: Saidov/Cunnington (Hrsg.), *Contract Damages*, 165, 185; *Campbell/Harris*, 22 Legal Stud. (2002), 208, 214 f.; *Cunnington*, 3 J. Obligations & Remedies (2004), 46, 50; *Edelman*, 9 RLR (2001), 104, 105; *ders.*, McGregor on Damages, para. 14-037; *Rotherham*, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly. 2008, 25, 55; siehe auch *Surrey County Council v Bredero Homes Ltd*, [1993] 1 WLR 1361 (per Steyn LJ): „only defensible on the basis of the [...] restitutionary principle [...]“

¹³⁸ *Pearce/Halson*, 28 OJLS (2008), 73, 93; ähnlich auch der substitutive Ansatz: *Stevens*, in: Robertson/Nolan (Hrsg.), *Rights and Private Law*, 115, 125; *Winterton*, 76 Mod. L. Rev. (2013), 1129, 1138.

¹³⁹ *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, (SC) [2018] 2 WLR 1353, 1376 ff., 1382 (SC) (per Lord Reed); kritisch zur Begründung der kompensatorischen Natur der *negotiating damages*: *Burrows*, 134 LQR (2018), 515, 518.

¹⁴⁰ Zuvor s 2 *Lord Cairns Act 1858*.

¹⁴¹ *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1383 (SC) (per Lord Reed).

aus.¹⁴² *In casu* lehnte der *Supreme Court* die Bemessung des Schadens anhand der *negotiating damages* wegen der Verletzung eines vertraglichen Wettbewerbsverbots ab.¹⁴³

Nach *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner* steht nun also entgegen der von *Lord Nicholls* in *Attorney-General v Blake* obiter geäußerten Zweifel¹⁴⁴ fest, dass es sich bei den *negotiating damages* um eine besondere Art der Bestimmung des Schadens handelt, die weder einen eigenständigen bereicherungsrechtlichen Rechtsbehelf darstellt noch sich in ein Gesamtsystem der vertraglichen Gewinnhaftung einordnen lässt.¹⁴⁵

b) *Account of Profits for Breach of Contract*

Die zweite Kategorie einer Gewinnhaftung im englischen Recht stellt der Rechtsbehelf des *account of profits* wegen einer Vertragsverletzung dar. Im Unterschied zu den Fällen der *negotiating damages* steht für diesen Rechtsbehelf fest, dass es sich nicht um eine besondere Methode der Schadensbestimmung handelt, sondern um eine Gewinnabschöpfung als Sanktion für die Vertragsverletzung. Das *House of Lords* erkannte den *account of profits* wegen einer Vertragsverletzung in *Attorney-General v Blake* als eigenständigen Rechtsbehelf an.¹⁴⁶ Nach dieser Entscheidung sollte die Gewinnabschöpfung in außergewöhnlichen Fällen auch dann als Sanktion einer Vertragsverletzung in Betracht kommen, wenn kein besonderes Treueverhältnis (*fiduciary duty*) gegeben ist.¹⁴⁷ Der Schaffung dieses außergewöhnlichen Rechtsbehelfs lag ein außergewöhnlicher Sachverhalt zugrunde. Der in Moskau lebende ehemalige britische Geheimagent *Blake*, der als Doppelagent für die Sowjetunion gearbeitet hatte, wollte unter Verletzung seiner vertraglichen Verschwiegenheitspflicht gegenüber der britischen Krone seine Memoiren veröffentlichen.¹⁴⁸ Da eine *fiduciary duty* nicht mehr bestand und die veröffentlichten Informationen auch nicht mehr vertraulich waren, handelte es sich lediglich um eine gewöhnliche Vertragsverletzung.¹⁴⁹ Die britische Krone hatte auf Herausgabe des unter Verletzung der Verschwiegenheitspflicht erworbenen

¹⁴² *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1383 (SC) (per Lord Reed).

¹⁴³ *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1384 (SC) (per Lord Reed).

¹⁴⁴ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268, 279 (HL) (per Lord Nicholls): „[T]hese awards cannot be regarded as conforming to the strictly compensatory measure of damage for the injured person’s loss unless loss is given a strained and artificial meaning.“

¹⁴⁵ *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1383 (SC) (per Lord Reed).

¹⁴⁶ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268 (HL).

¹⁴⁷ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268 (HL).

¹⁴⁸ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268, 275 (HL) (per Lord Nicholls).

¹⁴⁹ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268, 275 (HL) (per Lord Nicholls).

Autoren honorars geklagt. Ein Schaden lag nicht vor. *Lord Nicholls* sprach sich hier ausdrücklich für die Anerkennung eines Gewinnherausgabeanspruchs für solche außergewöhnliche Fälle aus.¹⁵⁰ Gleichzeitig erklärte er, dass keine festen Regeln vorgegeben werden könnten.¹⁵¹ Eine weitere Konturierung sollte in folgenden Entscheidungen erfolgen.¹⁵² Interessanterweise wies *Lord Nicholls* allerdings darauf hin, dass auch die *Wrotham Park damages* nicht im klassischen Sinne als kompensatorischer Rechtsbehelf verstanden werden könnten und vielmehr ebenfalls als Vorteilshaftung einzuordnen seien.¹⁵³ Dies wurde zum Teil als Beginn einer Systematisierung der vorteilsorientierten Rechtsbehelfe im Vertragsrecht verstanden.¹⁵⁴ Auch im Übrigen hat die Entscheidung eine große Diskussion ausgelöst und viel Lob¹⁵⁵ als auch Kritik erfahren.¹⁵⁶ Einige Folgeentscheidungen haben versucht, der Gewinnherausgabe mehr Kontur zu verleihen.¹⁵⁷

Die dem mit Urteil ursprünglich verbundenen Hoffnungen auf eine neue Systematisierung der vertraglichen Gewinnhaftung haben sich nicht erfüllt.¹⁵⁸ In der Entscheidung *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner* hat der *Supreme Court* nun in einem *obiter dictum* die Begründung von *Lord Nicholls* in *Attorney-General v Blake* ausdrücklich in Frage gestellt und festgehalten, dass der in *Attorney-General v Blake* geschaffene Anspruch allenfalls in besonderen Ausnahmesituationen bestehen kann und keinerlei Verbindung zu den *negotiating damages* für sich beanspruchen kann.¹⁵⁹ Eine Neuausrichtung der vertraglichen Rechtsbehelfe auf der Grundlage einer kohärenten vertrag-

¹⁵⁰ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268, 285 (HL) (*per Lord Nicholls*).

¹⁵¹ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268, 285 (HL) (*per Lord Nicholls*): „No fixed rules can be prescribed.“

¹⁵² *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268, 291 (HL) (*per Lord Steyn*): „Exceptions to the general principle that there is no remedy for disgorgement of profits against a contract breaker are best hammered out on the anvil of concrete cases.“

¹⁵³ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268, 279 (HL) (*per Lord Nicholls*).

¹⁵⁴ *Edelman*, 11 RLR (2003), 101, 109.

¹⁵⁵ *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc*, [2003] EWCA Civ 323; *Edelman*, 11 RLR (2003), 101, 109.

¹⁵⁶ *Campbell/Wylie*; 62 CLJ (2003), 605, 629 f.; *Stevens*, in: Andrew Robertson/Donal Nolan (Hrsg.), *Rights and Private Law*, 115, 126.

¹⁵⁷ *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc*, [2003] EWCA Civ 323; *Esso Petroleum Company Ltd v Niad Ltd*, 2001 WL 1476190; siehe hierzu *Edelman*, 11 RLR (2003), 101, 109; siehe zu diesen Entscheidungen und zu weiteren *Dornscheidt*, *Gewinnhaftung*, 128 ff.

¹⁵⁸ Siehe etwa *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc*, [2003] EWCA Civ 323, at para. 16 (*per Mance LJ*): „[T]he decision in *Blake* [...] freed us from some constraints that prior authority in this court [...] would have imposed.“; *Edelman*, 11 RLR (2003), 101, 109: „watershed decision“.

¹⁵⁹ *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1378 f. (SC) (*per Lord Reed*).

lichen Gewinnhaftung im Sinne von *Attorney-General v Blake* ist ausgeblieben. Vielmehr bleibt von einer veritablen vertraglichen Gewinnhaftung nach *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner* nicht viel übrig.

c) *Gewinnherausgabe bei Verletzung einer fiduciary duty oder einer duty of confidence*

Allgemein anerkannt ist ein Gewinnherausgabeanspruch bei Verletzung von fiduziarischen Pflichten (*fiduciary duties*)¹⁶⁰ sowie in Fällen von Vertrauensverletzungen (*breach of confidence*).¹⁶¹ Rechtsbehelf ist in diesen Fällen der *account of profits*.¹⁶² Welche Voraussetzungen konstitutiv für *fiduciary duties* sind, wird unterschiedlich beurteilt und erscheint noch nicht abschließend geklärt.¹⁶³ Der klassische Anwendungsfall einer solchen fiduziarischen Stellung findet sich im *trust* und den Pflichten des *trustee* gegenüber dem *beneficiary*.¹⁶⁴ Treuepflichten sind allerdings auch jenseits des *trust* in vielen anderen Bereichen anerkannt und hängen nicht an einer besonderen Stellung, sondern entstehen aufgrund eines besonderen Pflichtenprogramms.¹⁶⁵ Es handelt sich um eine äußerst heterogene Kategorie von Pflichten, die nur im Ausgangspunkt einheitlichen Regeln unterliegen.¹⁶⁶ Kennzeichnend für die *fiduciary duties* sind wohl nach überwiegender Auffassung die Übernahme der Sorge für bestimmte Vermögensinteressen der anderen Partei, die ausschließlich in deren Interesse zu erfolgen hat,¹⁶⁷ sowie ein besonderes Ermessen des Schuldners¹⁶⁸ oder Vertrauen des Gläubigers.¹⁶⁹

¹⁶⁰ *Murad v Al-Saraj*, [2005] EWCA Civ 959; *Bock*, Gewinnherausgabe, 207 f.; *Nolan/Davies*, in: Burrows (Hrsg.), *English Private Law*, para. 17.333; *Virgo*, *Restitution*, 504.

¹⁶¹ *Bock*, Gewinnherausgabe, 209 f.; *Virgo*, *Breach of Confidence*, 5.

¹⁶² *Virgo*, *Restitution*, 504, 516; siehe auch die ausführliche vergleichende Darstellung bei *Rusch*, *Treuepflichten*, 70 ff.

¹⁶³ *Barnett*, *Accounting for Profit*, 123; *Mason*, 110 LQR (1994), 238, 246: „The quest for a precise definition which identifies the characteristics of the fiduciary relationship, in particular other relationships which attract equitable relief, continues without evident signs of success“; siehe auch den neuen Vorschlag von *James Edelman*, dem zufolge fiduziarische Pflichten ausdrücklich oder implizit übernommen werden und sich aus der dadurch entstehenden Erwartung rechtfertigen, *Edelman*, 126 LQR (2010), 302, 306 ff.; siehe hierzu kritisch *Virgo*, *Restitution*, 489; siehe ausführlich aus vergleichender Sicht, *Böger*, *System der vorteilsorientierten Haftung*, 187 ff.

¹⁶⁴ *Hospital Products Ltd v United States Surgical Corporation*, (1984) 156 CLR 41, 68 (HCA) (*per Mason J*); *Rusch*, *Treuepflichten*, 30.

¹⁶⁵ *Bristol and West Building Society v Mothew*, [1998] Ch. 1, 18 (CA) (*per Millett LJ*); *Edelman*, 126 LQR (2010), 302, 306.

¹⁶⁶ *Birks*, 26 U. W. Austl. L. Rev. (1996), 1, 18; *Virgo*, *Restitution*, 491 ff.

¹⁶⁷ *Rusch*, *Treuepflichten*, 31 ff.; *Virgo*, *Restitution*, 489.

¹⁶⁸ *Birks*, 26 U. W. Austl. L. Rev. (1996), 1, 18; *Böger*, *System der vorteilsorientierten Haftung*, 199.

Die Fallgruppe des *breach of confidence* beschreibt die Nutzung oder Offenlegung von vertraulichen Informationen, unabhängig davon ob die vertrauliche Information im Rahmen eines Vertragsverhältnisses erlangt wurde oder nicht.¹⁷⁰ Bei Verletzung einer solchen Vertraulichkeitspflicht kann der geschädigten Partei neben einem herkömmlichen verlustorientierten Schadensersatzanspruch auch ein Anspruch auf eine hypothetische Ablösegebühr (*negotiating damages*)¹⁷¹ oder auf Herausgabe des Verletzergewinns (*account of profits*) zustehen.¹⁷²

IV. Internationale Vereinheitlichungsprojekte

Auch in den UNIDROIT Principles oder den PECL ist eine Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzung nicht vorgesehen.¹⁷³ Gemäß Art. 7.4.2 (1) UPICC hat der Geschädigte Anspruch auf Ersatz seines vollen Schadens, unter Berücksichtigung der Vorteile, die er infolge der Vertragsverletzung erworben hat. Dies schließt nach dem offiziellen Kommentar eine Bereicherung des Gläubigers durch den Schadensersatzanspruch aus.¹⁷⁴ Es bleibt also kein Raum für eine Gewinnherausgabe oder eine Bemessung des Schadens anhand des Verletzergewinns.¹⁷⁵ Auch Art. 9:501 (2), Art. 9:502 PECL beschränken den Schaden des Gläubigers auf den Verlust und den entgangenen Gewinn des Schuldners, ohne den Verletzergewinn zu berücksichtigen. Der Draft Common Frame of Reference gewährt in bestimmten Fällen gemäß DCFR VI.-Art. 6:101 (4) zwar als Alternative zum Schadensersatzanspruch einen Anspruch auf den Gewinn des Schädigers, beschränkt dies jedoch auf den außervertraglichen Bereich.¹⁷⁶

Einzig für den vorvertraglichen Bereich findet sich die Möglichkeit einer Gewinnherausgabe wegen Verletzung einer Vertraulichkeitspflicht gemäß in Art. 2.1.16 S. 2 UPICC sowie Art. 2:302 PECL.¹⁷⁷ Die Vorschriften ermöglichen jeweils die Kompensation der geschädigten Partei durch Auskehr des

¹⁶⁹ Rusch, Treuepflichten, 39 f.; siehe auch Böger, System der vorteilsorientierten Haftung, 202.

¹⁷⁰ Edelman, Gain-based damages, 205.

¹⁷¹ *Vercoe v Rutland Fund Management Ltd*, [2010] Bus LR Digest D 141, 145 f.

¹⁷² *Peter Pan Manufacturing Corporation v Corsets Silhouette Ltd*, [1964] 1 WLR 96, 106; *Virgo*, Breach of confidence, 4 f.

¹⁷³ Zimmermann, in: Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Art. 9:502, para. 14.

¹⁷⁴ Art. 7.4.2. UPICC, Comment 3; ebenso *McKendrick*, in: Vogenauer (Hrsg.), UPICC, Commentary, Art. 7.4.2, para. 12.

¹⁷⁵ *Brödermann*, UPICC, Commentary, Art. 7.4.2, para. 4; *McKendrick*, in: Vogenauer (Hrsg.), UPICC, Commentary, Art. 7.4.2, para. 5.

¹⁷⁶ Siehe hierzu *Zimmermann*, in: Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Art. 9:502, para. 14.

¹⁷⁷ Siehe auch Art. II.-3:302 DCFR.

Verletzergewinns, ordnen diese allerdings nicht direkt an („may include“).¹⁷⁸ Bei den Normen handelt es sich nicht um eine vertragliche Gewinnhaftung, denn der Abschluss des Vertrages selbst ist ausdrücklich keine Voraussetzung der Vertraulichkeitspflicht oder der Haftung für deren Verletzung.¹⁷⁹ Diese Form der Gewinnhaftung ist eher vergleichbar mit der eigenständigen Gewinnherausgabe bei Verletzung einer *duty of confidence* im englischen Recht, deren Ausspruch ebenfalls im Ermessen des Gerichts steht.¹⁸⁰

B. Grundlagen und Probleme des Schadensersatzanspruchs gemäß Art. 74–77 CISG

Zunächst sollen kurz die Grundlagen (I.) sowie die Defizite des Schadensersatzanspruchs (II.) skizziert werden.

I. Die Grundlagen des Schadensersatzes gemäß Art. 74 CISG

Nach dem Wortlaut von Art. 74 S. 1 CISG besteht der Schadensersatzanspruch in Höhe des infolge der Vertragsverletzung entstandenen Verlusts, einschließlich des entgangenen Gewinns. In dieser Vorschrift kommt der Grundsatz der Totalreparation zum Ausdruck, der dem Übereinkommen zugrunde liegt.¹⁸¹ Nach diesem Grundsatz soll der Gläubiger so gestellt werden, als sei der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden.¹⁸² Idealerweise besteht für den Gläubiger wirtschaftlich also kein Unterschied zwischen der Naturalerfüllung und dem Schadensersatzanspruch. Dies wird in der Rechtsökonomik

¹⁷⁸ Siehe die Kritik der Formulierung in Art. 2.1.16 UPICC, *Zuloga Rios*, in: Vogenauer (Hrsg.), UPICC, Commentary, Art. 2.1.16, para. 20, die sich, nach dem Vorbild von Art. 2:302 PECL, für die Unterscheidung zwischen *compensation* und *restitution of benefits* ausspricht.

¹⁷⁹ *Zuloga Rios*, in: Vogenauer (Hrsg.), UPICC, Commentary, Art. 2.1.16, para. 4.

¹⁸⁰ *Virgo*, Restitution, 516; siehe für Art. 2.1.16 UPICC auch *Brödermann*, UPICC, Commentary, Art. 2.1.16, para. 2; „discretion“; abweichend *Zuloga Rios*, in: Vogenauer (Hrsg.), UPICC, Commentary, Art. 2.1.16, para. 22, der zufolge der Kläger zwar die Wahl zwischen verschiedenen Rechtsbehelfen haben sollte, aber eine Gewinnherausgabe nur in Betracht komme, wenn denn die anderen Rechtsbehelfe nicht angemessen seien.

¹⁸¹ OGH, 14.1.2002, CISG-online Nr. 643, IHR 2002, 76, 80; Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft-Wien, 15.6.1994, CISG-online Nr. 121; *Janssen/Kiene*, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 261, 281; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage, 2018, Art. 74, Rn. 10.

¹⁸² Secretariat Commentary, Art. 70, Comment 3: „the basic philosophy of the action for damages is to place the injured party in the same economic position he would have been in if the contract had been performed“; *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 74, para. 2; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 16.

zum Teil als Indifferenzprinzip bezeichnet.¹⁸³ Die Totalreparation gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Eine erste Einschränkung ergibt sich aus dem Kriterium der Vorhersehbarkeit gemäß Art. 74 S. 2 CISG. Der Schadensersatz gemäß Art. 74 CISG darf den für den Schuldner vorhersehbaren Schaden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht übersteigen. Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus Art. 77 CISG, der einen Schadensersatzanspruch ausschließt für Fälle, in denen der Gläubiger seiner Schadensminderungsobliegenheit nicht nachgekommen ist. Die vom Übereinkommen in Art. 74 S. 1 CISG angekündigte Totalreparation führt daher bereits aufgrund ihrer konkreten normativen Ausgestaltung nicht zu einer Indifferenz des Gläubigers. Daher und aus anderen Gründen wird verschiedentlich auf die mögliche Unterkompensation des Gläubigers des Schadensersatzanspruchs verwiesen.¹⁸⁴

II. Defizite des Schadensersatzanspruchs

Die Schadensersatzregelung gemäß Art. 74–77 CISG wird vor allem unter zwei Gesichtspunkten als defizitär angesehen. Der erste Kritikpunkt liegt in einer Unterkompensation der geschädigten Partei (1.). Der zweite Kritikpunkt bezieht sich auf die Möglichkeit eines kalkulierten und im Ergebnis profitablen Vertragsbruchs des Schuldners (2.).

1. Unterkompensation der geschädigten Partei

Eine Schwäche der Regelung des in Art. 74–77 CISG angelegten herkömmlichen Schadensersatzverständnisses wird in der strukturellen Unterkompensation des Gläubigers gesehen.¹⁸⁵ Diese Unterkompensation werde zum einen durch die Einschränkungen des Prinzips der Totalreparation verursacht. So sorgten sowohl das Erfordernis der Vorhersehbarkeit gemäß Art. 74 S. 2 CISG als auch die Notwendigkeit, den Schaden zu beziffern und zu beweisen, dafür, dass die geschädigte Partei oft nicht hinreichend kompensiert werde.¹⁸⁶ Bei einer Orientierung am Gewinn des Verletzers bestünden diese Probleme nicht, da dieser realisierte Gewinn durch materielle oder prozessuale Auskunftsrechte einfach zu ermitteln sei.¹⁸⁷ Zum anderen ergebe sich eine Unterkompensation allerdings auch grundsätzlich daraus, dass der Fokus auf den finanziellen Verlust des Gläubigers dem Interesse an der Vertragserfüllung

¹⁸³ *Craswell*, 61 S. Cal. L. Rev. (1987–1988), 629, 636; *Eisenberg*, 93 Cal. L. Rev. (2005), 975, 979.

¹⁸⁴ *Bock*, in: FS Schwenger, 175, 181; *Demir*, Schadensersatzregelung, 136; *Hachem*, in: FS Schwenger, 647, 662 f.; *Schwenger/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), *Contract Damages*, 91, 103.

¹⁸⁵ *Bock*, in: FS Schwenger, 175, 181; *Demir*, Schadensersatzregelung, 136; *Hachem*, in: FS Schwenger, 647, 662 f.

¹⁸⁶ *Demir*, Schadensersatzregelung, 136.

¹⁸⁷ *Bock*, in: FS Schwenger, 175, 181.

nicht hinreichend Rechnung trage.¹⁸⁸ Das Interesse an der vertraglichen Leistung lasse sich in vielen Fällen nicht angemessen durch einen Vermögensvergleich im Sinne der Differenzhypothese abbilden.¹⁸⁹ Dies gelte insbesondere, wenn der Vertrag nicht zu Gewinnzwecken geschlossen werde oder einer bestimmten vertraglichen Pflicht kein direktes Gewinninteresse zugrunde liege.¹⁹⁰ Ein besonderes Augenmerk bei der Bemessung des Schadensersatzes müsse daher auf dem Interesse an der Naturalerfüllung liegen.¹⁹¹ Diese Betonung des Naturalerfüllungsinteresses wird mit dem Schlagwort Erfüllungsprinzip oder *performance principle* beschrieben.¹⁹²

2. Fehlender Anreiz zur Vertragstreue (*cynical breach*)

Die zweite Schwäche des klassischen Schadensersatzanspruchs wird in der Möglichkeit einer bewussten und im Ergebnis profitablen Vertragsverletzung gesehen.¹⁹³ Übersteigt die Gewinnmöglichkeit des Schuldners den voraussichtlich geschuldeten Schadensersatz, so fehle es an einem Anreiz für den Schuldner, den Vertrag nicht zu verletzen.¹⁹⁴ Der kalkulierend vorgehende Vertragsverletzer könne, unter Einberechnung seiner Schadensersatzpflicht gemäß Art. 74 CISG, von seiner Vertragsverletzung profitieren. Diese Art von Vertragsverletzungen wird auch als *cynical*¹⁹⁵ oder *opportunistic breach*¹⁹⁶ bezeichnet. In dieser Konstellation sei es notwendig, dem Schuldner den Anreiz zur Vertragsverletzung zu nehmen und seinen Gewinn abzuschöpfen, um das Prinzip *pacta sunt servanda* aufrechtzuerhalten.¹⁹⁷ Es müsse der Grundsatz „breach of contract must not pay“ gelten.¹⁹⁸ Zur Einordnung der aufgeworfenen Probleme ist es zunächst erforderlich, sich über die Funktion des Schadensersatzanspruchs und den daraus folgenden Wertungen bewusst zu werden.

¹⁸⁸ Bock, in: FS Schwenger, 175, 186; Hachem, in: FS Schwenger, 647, 662 f.

¹⁸⁹ Hachem, in: FS Schwenger, 647, 662 f.; Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 5 ff.

¹⁹⁰ Mitchell, 2 J. Obligations & Remedies (2003), 67 f.

¹⁹¹ Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 6.

¹⁹² Hachem, in: FS Schwenger, 647, 662 f.; Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 6; siehe hierzu ausführlich unten, S. 268 f.

¹⁹³ Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 45.

¹⁹⁴ Bock, in: FS Schwenger, 175, 181.

¹⁹⁵ Barnett, 17 RLR (2009), 79, 91; Edelman, Gain-based damages, 85; Virgo, Restitution, 482.

¹⁹⁶ Siehe etwa Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, § 39 (2011).

¹⁹⁷ Bock, in: FS Schwenger, 175, 185 f.; Hachem, in: FS Schwenger, 647, 664.

¹⁹⁸ Schwenger/Hachem, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 101.

C. Der Schadensersatz zwischen Ausgleich und Prävention

Entscheidend für eine mögliche Gewinnherausgabe ist die Funktion des Schadensersatzanspruchs. Daher soll zunächst begründet werden, dass der Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 CISG eine Ausgleichsfunktion erfüllt und präventive oder pönale Funktionszuschreibungen abzulehnen sind (I.). Im Anschluss sollen die Folgen dieser Funktionszuschreibung dargelegt werden (II.).

I. Die Funktion des Schadensersatzanspruchs

Die Funktionen der Art. 74–77 CISG sind im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG autonom und international einheitlich aus dem Übereinkommen selbst zu entwickeln. Nicht entscheidend sind daher grundsätzlich die Funktionen von Schadensersatzansprüchen aus dem internen nationalen Recht. Dennoch sollen in der Folge auch Diskussionen aus dem nationalen Kontext zur Funktion vertraglicher Schadensersatzansprüche aufgegriffen und auf ihre Übertragbarkeit auf das CISG hin überprüft werden. Dem Schadensersatz in Art. 74–77 CISG wird mehrheitlich eine Ausgleichsfunktion zugeschrieben (1.). Es wird indes auch versucht, ihn für präventive oder pönale Zwecke zu öffnen (2.).

1. Der Grundsatz der Ausgleichsfunktion

Es besteht weitgehend Einigkeit, dass dem Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 CISG grundsätzlich eine Ausgleichsfunktion zukommt.¹⁹⁹ Dies wurde bereits für die Vorgängervorschrift in Art. 82 ULIS angenommen²⁰⁰ und in der Vorbereitung des CISG nicht mehr in Frage gestellt.²⁰¹ Besonders deutlich kommt dieses Verständnis im Sekretariatskommentar zum Ausdruck:

„the basic philosophy of the action for damages is to place the injured party in the same economic position he would have been in if the contract had been performed.“²⁰²

Die Verfasser des Übereinkommens gingen also im Sinne des oben erwähnten Grundsatzes davon aus, dass der Schadensersatz die wirtschaftlichen Nachteile durch die Vertragsverletzung für den Gläubiger ausgleichen sollte.

¹⁹⁹ *Atamer*, in: FS Magnus, 145, 146; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 16; *Hartmann*, IHR 2009, 189, 198; *Janal*, in: jurisPK-BGB, CISG, 9. Auflage 2020, Art. 74, Rn. 4; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 16; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 74, Rn. 8; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 738a; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 5.

²⁰⁰ *Tunc*, Commentaire, in: Conférence Diplomatique, I, Actes, 355, 386; *Weitnauer*, in: Dölle (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, Vor Artt. 82–89, Rn. 19.

²⁰¹ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 6 f.

²⁰² Secretariat Commentary, Art. 70, Comment 3.

Zum Teil wird allerdings, etwa für das englische Recht, vorgeschlagen, dem vertraglichen Schadensersatz eine weitere Funktion zuzuschreiben, nämlich den Ausgleich für den Verlust des Rechts oder für die Vertragsverletzung an sich.²⁰³ Der Fokus des Schadensersatzes verschiebt sich mithin nach diesem Vorschlag von wirtschaftlicher Kompensation für die Folgen einer Vertragsverletzung hin zu einer rechtsbewährenden Betrachtung.²⁰⁴ Dieses Verständnis von Schadensersatz ist daher auch als vindikatorischer²⁰⁵ oder substitutiver²⁰⁶ Schadensersatz bezeichnet worden. Ausgleichspflichtig ist dann nicht nur ein wirtschaftlicher Schaden, sondern die Verletzung des vertraglichen Anspruchs. Der Schadensersatz ersetzt im vertraglichen Kontext die Naturalerfüllung.²⁰⁷ Ins Zentrum rückt damit der Wert des vertraglichen Rechts selbst und nicht die Konsequenzen der Vertragsverletzung für den Gläubiger.²⁰⁸ In der Begründung weist dieser Ansatz daher eine gewisse Nähe zu den *nominal damages* auf, soll allerdings in der Rechtsfolge nicht auf einen symbolischen Betrag beschränkt sein.²⁰⁹ Vielmehr soll der Schadensersatz den Wert des vertraglichen Rechts abbilden.²¹⁰

Für die Zwecke dieser Arbeit ist daher entscheidend, ob eine solche Erweiterung der Ausgleichsfunktion vom Ausgleich eines Schadens hin zum Ausgleich der Rechtsverletzung mit den Wertungen des Übereinkommens vereinbar ist. Gegen ein solches Verständnis spricht bereits der Wortlaut des Art. 74 S. 1 CISG („consequence of a breach“). Diese Formulierung ordnet einen Ausgleich der Folgen der Vertragsverletzung an, nicht aber einen Ausgleich für die Rechtsverletzung selbst oder für den Rechtsverlust. So trennen sowohl Art. 45 Abs. 1 CISG für den Käufer als auch Art. 61 Abs. 1 CISG für den Verkäufer zwischen der Vertragsverletzung als Tatbestandsmerkmal einerseits und den möglichen Rechtsbehelfen als Rechtsfolgen der Verletzung andererseits. Wird nun der Begriff *loss* im Sinne von Art. 74 S. 1 CISG schlichtweg als Vertragsverletzung definiert, verliert er gegenüber dem in Art. 45 Abs. 1, 61 Abs. 1 CISG vorgesehenen Merkmal der Vertragsverletzung seinen Aussagegehalt. Selbst wenn man in der Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht trotz Abwesenheit eines messbaren Schadens eine Äqui-

²⁰³ Pearce/Halson, 28 OJLS (2008), 73, 91 ff.; Stevens, Torts and Rights, 59 ff.; siehe die Übersicht bei Barnett, Accounting for Profit, 14 ff.

²⁰⁴ Pearce/Halson, 28 OJLS (2008), 73: „rights-based remedy“.

²⁰⁵ Pearce/Halson, 28 OJLS (2008), 73, 98; ausführlich zu diesem Begriff: Edelman, „Vindictory“ Damages, 3 ff.

²⁰⁶ Stevens, Torts and Rights, 59; ders., in: Andrew Robertson/Donal Nolan (Hrsg.), Rights and Private Law, 115, 124.

²⁰⁷ Winterton, Money Awards, 178.

²⁰⁸ Edelman, „Vindictory“ Damages, 17; Stevens, Torts and Rights, 60 f.

²⁰⁹ Pearce/Halson, 28 OJLS (2008), 73, 76.

²¹⁰ Pearce/Halson, 28 OJLS (2008), 73, 74; Stevens, in: Andrew Robertson/Donal Nolan (Hrsg.), Rights and Private Law, 115, 131.

valenzstörung sehen wollte und einen Ausgleich daher für geboten hielte, könnte ein solcher Ausgleich nicht über den Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 CISG hergestellt werden. Der Schadensersatzanspruch schützt nämlich nicht die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, sondern das wirtschaftliche Interesse des Gläubigers an der ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages. Eine Erweiterung der Ausgleichsfunktion auf eine Kompensation auch für Rechtsverletzungen oder Rechtsverlust unabhängig von einer Verschlechterung des Vermögens des Gläubigers im Vergleich zum hypothetischen Zustand bei Vertragserfüllung erscheint daher mit den Grundwertungen des Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 S. 1 CISG nicht vereinbar.

2. Ergänzung durch präventive oder pönale Elemente?

Mit Anerkennung der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzanspruches gemäß Art. 74–77 CISG ist indes noch nicht ausgeschlossen, dass der Schadensersatzanspruch noch weitere Zwecke verfolgen kann oder, im Lichte bestimmter Entwicklungen im internationalen Handelsrecht,²¹¹ für solche Zwecke geöffnet werden sollte. Zur Rechtfertigung einer Gewinnhaftung werden insbesondere präventive (a) sowie pönale Zwecke (b) angeführt.

a) Prävention

Privatrecht erfüllt in vielerlei Hinsicht auch präventive Zwecke.²¹² Diese Funktionszuschreibung kommt jedoch nicht allen privatrechtlichen Regelungen zu und hängt stark vom Regelungsgeber und dem normativen Kontext ab.²¹³ Für den Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74–77 CISG wird eine Gewinnabschöpfung oder eine Überkompensation zum Teil damit gerechtfertigt, dass der Schadensersatzanspruch im CISG auch präventiven Zwecken diene oder dienen müsse.²¹⁴ Dies wird zumeist mit dem Prinzip *pacta sunt servanda* verknüpft.²¹⁵ Zweck des so verstandenen Schadensersatzanspruches soll es sein, die Parteien zur Naturalerfüllung anzuhalten und den Grundsatz

²¹¹ So etwa *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 6.

²¹² *Medicus*, JZ 2006, 805, 809; *Gerhard Wagner*, AcP 206 (2006), 355, 422 ff.; siehe ausführlich zur Prävention im Zivilrecht *Janssen*, Gewinnabschöpfung, 67 ff.; siehe hierzu allgemein oben, S. 18 f.

²¹³ Siehe etwa zur unterschiedlichen Bedeutung des Präventionsgedankens bei vertraglicher und außervertraglicher Haftung, *Janssen*, Gewinnabschöpfung, 17.

²¹⁴ *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenzer/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 94; *Schwenzer/Leisinger*, in: Cranston/Ramberg/Ziegel (Hrsg.), Jan Hellner in memoriam, 249, 271; *Schwenzer/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 95, 101; in diese Richtung wohl auch *Bock*, in: FS Schwenzer, 175, 181, 187.

²¹⁵ *Hachem*, in: FS Schwenzer, 647, 662 f.; *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenzer/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 93.

„breach of contract must not pay“ durchzusetzen.²¹⁶ Den Schaden anhand des Verletzergewinns zu bemessen, sei zur Erfüllung dieser Abschreckungsfunktion geeignet, da dem Schuldner so der Anreiz genommen werde, den Vertrag zu verletzen.²¹⁷

Eine präventive Funktionszuschreibung des Schadensersatzanspruchs wird demgegenüber von der überwiegenden Meinung zu Recht abgelehnt.²¹⁸ Sie folgt nicht aus den Strukturen des Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74–77 CISG (aa) und ist auch nicht im Lichte des Grundsatzes *pacta sunt servanda* geboten (bb). Schließlich stellt sie eine Gefahr für die international einheitliche Anwendung des Übereinkommens dar (cc).

aa) Die Unvereinbarkeit einer Präventionsfunktion mit der Grundstruktur von Art. 74–77 CISG

Die spezifischen Charakteristika des Schadensersatzanspruchs sprechen gegen eine Verhaltenssteuerungsfunktion. Der erste Anhaltspunkt ist, dass weder das Übereinkommen im Allgemeinen noch der Schadensersatzanspruch im Besonderen nach der Schwere des Verschuldens differenzieren. Zwar wirkt Prävention nicht ausschließlich gegenüber bewussten Vertragsverletzungen,²¹⁹ da sie auch zur Vermeidung von fahrlässigem Verhalten beitragen kann, wenn die Vermeidungskosten die Kosten der Verletzung nicht übersteigen.²²⁰ Prävention ist allerdings vor allem sinnvoll, wenn das Verhalten des Schuldners zumindest fahrlässig ist oder der Schuldner jedenfalls das Risiko der Nichterfüllung zu beeinflussen vermag.²²¹ Wollte man insbesondere vorsätzliche Vertragsverletzungen verhindern, wäre anzunehmen, dass an vorsätzliche oder arglistige Vertragsverletzungen schwerwiegendere Sanktionen geknüpft sind als an fahrlässige oder schuldlose.²²² Die Bestimmungen der Art. 74–77 CISG behandeln indes alle Vertragsverletzungen gleich, auch im Hinblick auf die Beschränkung der Haftung. Der vorsätzliche Vertragsverletzer profitiert ebenso von der Begrenzung auf bei Vertragsschluss vorsehbare

²¹⁶ *Schwenzer/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), *Contract Damages*, 91, 101.

²¹⁷ *Schwenzer/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), *Contract Damages*, 91, 101.

²¹⁸ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 4; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 18; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 74, Rn. 8 f.

²¹⁹ *Gerhard Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 363 f.; so aber *Barnett*, *Accounting for Profit*, 30: „An unconscious breach cannot be deterred [...]“

²²⁰ *Larenz*, *Schuldrecht AT*, 423.

²²¹ *Larenz*, *Schuldrecht AT*, 423.

²²² Siehe etwa § 39 Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, Comment b: „conscious advantage-taking“; siehe auch *Barnett*, *Accounting for Profit*, 35: „advertent breach“; siehe auch den Vorschlag *de lege ferenda* bei *Dornscheidt*, *Gewinnhaftung*, 239.

Schäden gemäß Art. 74 S. 2 CISG wie der schuldlose.²²³ Unabhängig von der Schwere der Vertragsverletzung ist der Gläubiger verpflichtet, gemäß Art. 77 CISG den Schaden zu mindern. Wenn die Art der Vertragsverletzung sonst im Übereinkommen keinerlei Rolle spielt, erscheint es fernliegend, gerade in der Bemessung des Schadensersatzes eine Abschreckung bestimmter Vertragsverletzungen umsetzen zu wollen. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass die Verfasser des Übereinkommens fraudulöses oder arglistiges Parteiverhalten und dessen spezifische Rechtsfolgen gerade dem nationalen Recht überlassen wollten,²²⁴ da diese Verhaltensweisen gegebenenfalls mit anderen Sanktionen als mit einer „bloßen“ Schadensersatzhaftung im Sinne der Art. 74–77 CISG zu begegnen sei.²²⁵ Präventive oder pönale Erwägungen hinsichtlich als besonders schwerwiegend erachteter Verhaltensweisen wurden also bewusst dem nationalen Recht überlassen, da das Übereinkommen nicht als geeigneter Regelungskörper für diese Fragen angesehen wurde.

bb) Kein Bedürfnis der Präventionsfunktion zur Durchsetzung der Vertragserfüllung (pacta sunt servanda)

Nach den grundsätzlichen Erwägungen zur Ablehnung des Präventionsgedankens im Rahmen von Art. 74 CISG ist fraglich, ob eine präventive Funktionszuschreibung dennoch zur Durchsetzung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* geboten ist.²²⁶ Der Grundsatz *pacta sunt servanda* ist als allgemeiner Grundsatz im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG anerkannt.²²⁷ Die Geltung des Grundsatzes an sich lässt allerdings noch nicht auf seine konkrete Durchsetzung und Sanktionierung schließen, die je nach Rechtsordnung sehr unterschiedlich ausgestaltet sein können. Daher ist auch auf Ebene des CISG zwischen dem Grundsatz und seiner konkreten Ausgestaltung zu unterscheiden. Das CISG gewährt den Parteien grundsätzlich einen Erfüllungsanspruch. Aus der Stellung des Erfüllungsanspruchs im Haftungssystem des Übereinkommens ergibt sich auch der allgemeine Grundsatz der Naturalerfüllung im Übereinkom-

²²³ Secretariat Commentary, Art. 70, Comment 9; siehe für eine andere Lösung im französischen Recht, Art. 1231-3 Code civil: „Le débiteur n’est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l’inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.“

²²⁴ *Schroeter*, 58 Vill. L. Rev. (2013), 553, 583 ff.

²²⁵ UNCITRAL Yearbook V (1974), 46, Nr. 197; siehe bereits zu Art. 89 ULIS, *Tunc*, in: Commentaire, 387: „La notion de dol ou de fraude [...] se rattacherait trop étroitement à l’ordre public [...].“

²²⁶ *Jardine*, 21 VJ (2017), 36, 61; *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenzer/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 96.

²²⁷ *Perales Viscasillas*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 64; *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenzer/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 93.

men.²²⁸ Daraus folgt indes nicht zwingend, dass der Naturalerfüllungsgrundsatz auch im Schadensersatzrecht eine präventive Funktionszuschreibung rechtfertigen kann. Der Naturalerfüllungsgrundsatz verlangt nicht, dass alle Rechtsbehelfe dergestalt ausgestaltet werden, dass der Vertrag auch tatsächlich erfüllt und nicht verletzt wird. Eines solches Verständnis vermischte den Grundsatz selbst und die Sanktion seiner Verletzung.²²⁹ Die vorbeugende Vermeidung von Vertragsverletzungen kann daher lediglich ein Reflex des Schadensersatzanspruchs gemäß Art. 74 S. 1 CISG angesehen werden, nicht jedoch als Funktion des Anspruchs, die seinen Inhalt vorgeben sollte.²³⁰

cc) Die Präventionsfunktion als Gefahr für die international einheitliche Anwendung des Übereinkommens

Die Verwirklichung präventiver Zwecke im Schadensrecht des CISG birgt darüber hinaus eine erhebliche Gefahr für die international einheitliche Anwendung gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG.²³¹ Werden die Bestimmungen des Übereinkommens etwa als Mittel der Durchsetzung bestimmter externer Wertvorstellungen gesehen,²³² hängt die international einheitliche Anwendung daran, ob diese Wertvorstellungen in gleicher Weise in allen Vertragsstaaten existieren, was in den wenigsten Fällen angenommen werden kann.²³³ Selbst in rein vertragsrechtlichen Fragen zeigen sich hinsichtlich der Wertvorstellungen erhebliche Unterschiede, etwa beim Stellenwert der Naturalerfüllung oder bei der Zulässigkeit eines Strafschadensersatzes. Die Aufladung des Übereinkommens durch präventive Funktionszuschreibungen gefährdete daher seine international einheitliche Anwendung, die für den langfristigen Erfolg des Übereinkommens von entscheidender Bedeutung ist. Eine präventive Funktionszuschreibung ist auch nicht im Hinblick auf eine zunehmende Präventivfunktion der vertraglichen Haftung im nationalen Recht geboten.²³⁴ Eine derart eindeutige Entwicklung zeichnet sich in den meisten Rechtsordnungen

²²⁸ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 170 ff.

²²⁹ *Laithier*, *Sanctions de l'inexécution*, n° 38.

²³⁰ *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Auflage 2018, CISG, Art. 74, Rn. 8; siehe für das deutsche Recht *Larenz*, *Schuldrecht AT*, § 27 I, 423: „erwünschtes Nebenprodukt“.

²³¹ *Schlechtriem*, 19 *Pace Int'l L. Rev.* (2007), 89, 98 f.

²³² Siehe hierzu ausführlich *Butler*, in: *Schwenzer* (Hrsg.), 35 *Years CISG and Beyond*, 295, 314, die für die Berücksichtigung von Völkerrecht bei der Auslegung von Art. 35 CISG eintritt.

²³³ *Schlechtriem*, 19 *Pace Int'l L. Rev.* (2007), 89, 98 f.

²³⁴ In diese Richtung aber *Schwenzer*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 7; siehe auch zu den Entwicklungen im Bereich der *punitive damages* *Hachem*, in: *FS Schwenzer*, 647, 662 f.

nicht ab.²³⁵ International konsensfähig erscheint im Bereich von Vertragsverletzungen eher, den Schadensersatzanspruch frei von präventiven Funktionszuschreibungen zur Rechtfertigung einer suprakompensatorischen Haftung zu halten. Daher besteht auch kein großes Risiko, dass nationale Gerichte oder Schiedsgerichte mangels einer präventiven Funktionszuschreibung des Schadensersatzanspruchs gemäß Art. 74 S. 1 CISG trotz Anwendbarkeit des Übereinkommens auf nationale Ansprüche zurückgreifen werden.²³⁶ Im Übrigen wäre ein solcher Rückgriff nationaler Gerichte auf vertragliche Schadensersatzansprüche ohnehin aufgrund des abschließenden Charakters des Übereinkommens unzulässig.²³⁷

b) Strafe

Ein weiterer Ansatz zur Rechtfertigung von Gewinnherausgabeansprüchen in Form eines Schadensersatzanspruchs ist eine Straffunktion der Gewinnherausgabe.²³⁸ In Abgrenzung zu Präventionszwecken sollen Strafzwecke hier als Vergeltung eines bewirkten Unrechts verstanden werden.²³⁹ Die Einführung solcher Strafzwecke in vertragsrechtliche Ansprüche ist bereits auf nationaler Ebene sehr umstritten und wird überwiegend abgelehnt.²⁴⁰ Im Lichte bestimmter nationaler Entwicklungen ist zum Teil dennoch auch für das CISG die Berücksichtigung pöner Elemente bei der Bemessung des Schadensersatzes vorgeschlagen worden.²⁴¹

Für das Übereinkommen ist die Einführung solcher Strafgedanken abzulehnen.²⁴² Strafzwecke sind dem Übereinkommen im Allgemeinen und dem

²³⁵ Zurückhaltend auch *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), *State of Play*, 89, 96.

²³⁶ In diese Richtung aber *Schwenger/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), *Contract Damages*, 91, 102; ähnlich *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), *State of Play*, 89, 95.

²³⁷ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 4.2; *Hartmann*, IHR 2009, 189, 198.

²³⁸ *Barnett*, *Accounting for Profit*, 30 ff.; *dies.*, 17 RLR (2009), 79, 80; in diese Richtung auch *Schwenger*, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 8.

²³⁹ *Gerhard Wagner*, *AcP* 206 (2006), 352, 360; ähnlich für den englischen Diskurs *Barnett*, 17 RLR (2009), 79, 80 f.; *dies.*, *Accounting for Profit*, 30 ff.; siehe hierzu kritisch *Winterton*, 76 *Mod. L. Rev.* (2013), 1129, 1141 ff.; siehe insgesamt bereits oben, S. 29.

²⁴⁰ Siehe kritisch etwa *Honsell*, in: FS Westermann, 315, 336; *Gerhard Wagner*, *AcP* 206 (2006), 352, 361.

²⁴¹ *Schwenger*, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 8; *Schwenger/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), *Contract Damages*, 91, 103; in diese Richtung wohl auch *Hachem*, in: FS Schwenger, 647, 666, der für eine Herabsetzung des Beweismaßes eintritt.

²⁴² *Cour d'appel Poitiers*, 26.2.2009, CISG-online Nr. 2208, zustimmend *Piltz*, *NJW* 2011, 2261, 2266; CISG-AC Opinion no. 6, *Calculation of Damages under CISG Art. 74*,

Schadensersatz gemäß Art. 74–77 CISG im Besonderen fremd.²⁴³ Das Übereinkommen ist nicht Träger bestimmter Moralvorstellungen und enthält keinerlei Wertungen über strafwürdiges Verhalten.²⁴⁴ Für die Frage der Vertragsverletzung zeigt sich dies, wie bereits oben ausgeführt, besonders daran, dass das CISG keine besondere Rechtsfolge an die Schwere des Verschuldens des Schuldners knüpft und schuldlose Vertragsverletzungen den gleichen Rechtsfolgen unterwirft wie vorsätzliche.²⁴⁵ Die oft von moralischen Wertungen und präventiven Überlegungen getragenen Ansprüche wegen Arglist oder sittenwidriger Schädigung wurden bewusst dem nationalen Recht überlassen.²⁴⁶

Eine Neubewertung ist auch nicht aufgrund einer gegenläufigen Entwicklung im internationalen Handelsrecht oder Entwicklungen in nationalen Rechtsordnungen geboten.²⁴⁷ Zwar sind nach hier vertretener Auffassung solche Entwicklungen bei der Weiterentwicklung des Übereinkommens im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG grundsätzlich zur Kenntnis zu nehmen.²⁴⁸ Allerdings fehlt es an einer solchen einheitlichen Entwicklung hinsichtlich der Einführung von Strafzwecken in der vertraglichen Haftung im internationalen Handelsrecht oder in den nationalen Rechtsordnungen. *Pascal Hachem* hat zwar zutreffend darauf hingewiesen, dass in einigen Rechtsordnungen des *common law punitive damages* oder *exemplary damages* auch für Vertragsverletzungen zugesprochen werden können.²⁴⁹ In Kanada ist dies nach der Entscheidung des Supreme Courts in *Royal Bank of Canada v. W. Got &*

Rapporteur: *Gotanda*, Rule 9, B; *Farnsworth*, 27 Am. J. Comp. L. (1979), 247, 248; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 17; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 74, Rn. 8; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 736.

²⁴³ Cour d'appel Poitiers, 26.2.2009, CISG-online Nr. 2208, zustimmend *Piltz*, NJW 2011, 2261, 2266; CISG-AC Opinion no. 6, Calculation of Damages under CISG Art. 74, Rapporteur: *Gotanda*, Rule 9, B; *Farnsworth*, 27 Am. J. Comp. L. (1979), 247, 248; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 17; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 74, Rn. 8; andere Ansicht *Schwenzer*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 8.

²⁴⁴ *Schlechtriem*, 19 Pace Int'l L. Rev. (2007), 89, 98 f.; *Schroeter*, 41 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. (2017), 1, 24 f.

²⁴⁵ *Müller-Chen*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 45, Rn. 8.

²⁴⁶ *Schroeter*, 58 Vill. L. Rev. (2013), 553, 583; siehe hierzu ausführlich unten S. 319 f.

²⁴⁷ So aber *Hachem*, in: FS *Schwenzer*, 647, 664 ff.; *Schwenzer*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 6, 8.

²⁴⁸ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 81.

²⁴⁹ *Hachem*, in: FS *Schwenzer*, 647, 665, für das US-Recht mit Verweis auf § 355 Restatement (2nd) of Contracts, wo *punitive damages* bei Vertragsverletzungen nur dann zugelassen werden, wenn zugleich ein *tort* verwirklicht wurde, das für sich genommen *punitive damages* rechtfertigt.

Associates Electric Ltd in Ausnahmefällen sogar für Vertragsverletzungen unabhängig von der Verwirklichung eines *tort* möglich.²⁵⁰ Allerdings gilt auch dieser Befund längst nicht für alle *common law* Rechtsordnungen. So werden im englischen Recht *exemplary damages* für Vertragsverletzungen noch immer kategorisch abgelehnt.²⁵¹ Auch im US-amerikanischen Recht werden *punitive damages* in der Regel nur für Vertragsverletzungen zugesprochen, wenn zugleich ein Delikt verwirklicht wurde, das *punitive damages* bereits für sich genommen rechtfertigen würde.²⁵²

Für die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen kann jedenfalls keine Rede davon sein, dass Strafschadensersatz allgemein akzeptiert wird.²⁵³ In den meisten europäischen Rechtsordnungen unterliegen ausländische Entscheidungen, die *punitive damages* enthalten, Vollstreckungsbeschränkungen.²⁵⁴ In Frankreich²⁵⁵ und Spanien²⁵⁶ scheitert die Vollstreckbarkeit solcher Entscheidungen zwar nicht *per se* an einem Verstoß gegen den *ordre public international*. Sie müssen sich allerdings an weiteren Voraussetzungen messen lassen, etwa der Verhältnismäßigkeitskontrolle im französischen Recht²⁵⁷ oder einer Vorhersehbarkeits- und Zweckkontrolle im spanischen Recht.²⁵⁸ Auch die italienische *Corte Suprema di Cassazione* hat entgegen ihrer früheren Rechtsprechung²⁵⁹ in einer jüngeren Entscheidung *punitive damages* zwar für nicht *per se* mit dem italienischen *ordre public* unvereinbar erklärt, die Vollstreckung allerdings an bestimmte Voraussetzungen geknüpft.²⁶⁰ In

²⁵⁰ *Royal Bank of Canada v. W. Got & Associates Electric Ltd*, (2000) 178, D.L.R. (4th) 385; siehe ausführlich hierzu auch *Edelman*, 117 LQR (2001), 539, 545; siehe auch *Whiten v Pilot Insurance Co*, (2002) 209 D.L.R. (4th) 257, siehe hierzu *Fridman*, 119 LQR (2003), 20, 24.

²⁵¹ *Addis v. Gramophone Company Ltd*, [1909] AC 488 (HL); *Johnson v Unisys Ltd*, [2003] 1 AC (HL), 518, 530 (*per Lord Steyn*); Law Commission, Report No. 247, p. 63; *Beale*, in: Chitty on Contracts, para. 26-048; *Bock*, Gewinnherausgabe, 201; *Goudkamp/Katsampouka*, 38 OJLS (2018), 90, 95; *Oliphant/Wilcox*, in: Martin-Casals (Hrsg.), The Borderlines of Tort Law, 69, 98.

²⁵² § 355 Restatement (2nd) of Contracts.

²⁵³ Ablehnend insbesondere *Honsell*, in: FS Westermann, 315, 336; siehe auch den Überblick bei *Vanleenhove*, 41 Vt. L. Rev. (2016), 347, 350 ff.

²⁵⁴ *Vanleenhove*, 41 Vt. L. Rev. (2016), 347, 350 ff.

²⁵⁵ Cass. civ. 1ère, 1.12.2010, Bull. civ. I, n° 1090.

²⁵⁶ Tribunal Supremo, 13.11.2001, J.T.S., No. 1803; siehe die englische Übersetzung bei *Jablonski*, 24 J.L. & Com. (2004), 225, 231.

²⁵⁷ *Janke/Licari*, 60 Am. J. Comp. L. (2012), 775, 797; *Vanleenhove*, 41 Vt. L. Rev. (2016), 347, 365.

²⁵⁸ *Vanleenhove*, 41 Vt. L. Rev. (2016), 347, 362.

²⁵⁹ Corte Suprema di Cassazione, 8.2.2012, Nr. 1781, Ricerche Giuridiche 2012, 406, 412, mit Anmerkung *Dhimgjini*, Ricerche Giuridiche 2012, 413, 427; Corte Suprema di Cassazione, 19.1.2007, ZEuP 2009, 409, 412, mit Anmerkung *Gebauer*, ZEuP 2009, 412, 420.

²⁶⁰ Corte Suprema di Cassazione, 5.7.2017, ZEuP 2018, 459, 463, mit Anmerkung *Tescaro*, ZEuP 2018, 464, 477.

Deutschland verstoßen solche Urteile nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich weiterhin gegen den *ordre public*.²⁶¹ Urteile, die *punitive damages* enthalten, können daher nur vollstreckt werden, soweit sie einen Ausgleich für schwer nachweisbare oder sonst nicht eigenständig ersatzfähige Schäden bezwecken und insoweit jedenfalls auch kompensatorische Elemente enthalten.²⁶² Auf internationaler Ebene hat die Zurückhaltung bei der Vollstreckung ausländischer Strafschadensersatzurteile ihren Niederschlag nun auch in Art. 11 Abs. 1 der Hague Choice of Court Convention von 2005 gefunden,²⁶³ dem zufolge die Anerkennung oder Vollstreckung von nicht-kompensatorischen Schadensersatzurteilen verweigert werden kann.²⁶⁴

Neben diesen Vollstreckungsbeschränkungen erscheint der Strafschadensersatz auch nicht in naher Zukunft in Kontinentaleuropa Fuß fassen zu können. Der europäische Sekundärgesetzgeber hat etwa in Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie EU/2014/104 zum Kartellschadensersatz deutlich gemacht, dass eine Überkompensation insbesondere in Form eines Strafschadensersatzes ausgeschlossen sein soll.²⁶⁵ In Frankreich enthielt zwar ursprünglich der Reformentwurf für das Obligationenrecht des *Avant-Projet Catala* in Art. 1371 eine Art Strafschadensersatz.²⁶⁶ Der aktuelle Reformvorschlag beschränkt sich allerdings auf eine *amende civile* für den außervertraglichen Bereich.²⁶⁷

Es besteht daher kein Anhaltspunkt für eine international einheitliche Entwicklung, die auf Ebene des CISG nachvollzogen werden müsste. Maßgeblich für das Verständnis des Schadensersatzanspruchs bleibt allein seine Ausgleichsfunktion.

II. Folgen der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzanspruchs

Aus der Ausgleichsfunktion ergeben sich insbesondere zwei wichtige Grundzüge des Schadensersatzanspruchs gemäß Art. 74 CISG, nämlich der Grund-

²⁶¹ BGH, 4.6.1992, BGHZ 118, 312, siehe allerdings auch BGH, 22.6.2017, NJOZ 2018, 1239, 1240, mit Anmerkung *Antomo*, LMK 2017, 398592.

²⁶² BGH, 4.6.1992, BGHZ 118, 312; BGH, 22.6.2017, NJOZ 2018, 1239, 1240.

²⁶³ *Janke/Licari*, 60 Am. J. Comp. L. (2012), 775, 797.

²⁶⁴ Hague Convention on Choice of Court Agreements (2005), Art. 11 Abs. 1: „Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered“.

²⁶⁵ Richtlinie EU/2014/104 vom 26. November 2014, über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, Art. 3 Abs. 3.

²⁶⁶ *Catala* (Hrsg.), Art. 1371 *Avant-Projet Catala* (2006); siehe hierzu bereits oben, S. 243 f.

²⁶⁷ *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017, article 1266 al. 1^{er}: „En matière extracontractuelle [...]“; kritisch hierzu *Juen*, RTD Civ. 2017, 565.

satz der Totalreparation (1.) sowie das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot (2.).

1. Die Totalreparation im Sinne von Art. 74 CISG

Zunächst soll der Grundsatz der Totalreparation dargestellt werden (a), bevor die normativen Grenzen des Grundsatzes beschrieben werden (b).

a) Die von der Totalreparation erfassten Interessen

Die erste Folge der Ausgleichsfunktion ist der Grundsatz der Totalreparation (*full compensation*).²⁶⁸ Dieses Prinzip ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 74 S. 1 CISG, demzufolge der Schadensersatz in Höhe der *sum equal to the loss* besteht. Beim Grundsatz der Totalreparation handelt es sich um einen allgemeinen Grundsatz des Übereinkommens im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG.²⁶⁹ Nicht eindeutig vorgegeben ist demgegenüber, nach welchen Grundsätzen der Schaden zu bemessen ist und welche Schadenspositionen im Einzelnen ersatzfähig sind.²⁷⁰ Diese Fragen sind vor dem Hintergrund der Ausgleichsfunktion zu beantworten. Ein erster Schritt zur Beantwortung dieser Fragen liegt darin, die durch den Schadensersatzanspruch geschützten Interessen zu bestimmen.

aa) Das Erfüllungsinteresse

Die Totalreparation erfasst grundsätzlich alle Arten von Schäden, die sich aus der Vertragsverletzung ergeben.²⁷¹ Damit gibt sie auch die geschützten Interessen des Gläubigers vor. Im Zentrum der Totalreparation steht das Erfüllungsinteresse des Gläubigers. Er ist so zu stellen, als sei der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden.²⁷² In der englischsprachigen Literatur wird dieses Interesse in der Regel als *expectation interest* bezeichnet.²⁷³ Dieses Interesse an der vertragsgemäßen Erfüllung beschränkt sich dabei nicht auf den unmittelbaren finanziellen Verlust, sondern kann auch die Kosten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes erfassen.²⁷⁴ Neben dem Erfüllungsinteresse

²⁶⁸ Brölsch, Schadensersatz, 42; Magnus, in: DiMatteo (Hrsg.), International Sales Law, 257, 263.

²⁶⁹ Janssen/Kiene, in: Janssen/Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, 261, 281.

²⁷⁰ Brölsch, Schadensersatz, 47; Muñoz/Ament-Gomez, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 213.

²⁷¹ Atamer, in: FS Magnus, 145.

²⁷² Brölsch, Schadensersatz, 42; Mankowski, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 74, Rn. 8.

²⁷³ Grundlegend Fuller/Perdue, 46 Yale L.J. (1936), 52, 54; Chirelstein, Contracts, 4; Gillette/Walt, UN Convention, 339; Zeller, Damages, 41.

²⁷⁴ Bach, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 46, 48; Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 35; Schwenzler, in:

ist allgemein anerkannt, dass das Übereinkommen auch das Vertrauens- und Integritätsinteresse des Gläubigers schützt.²⁷⁵

Zum Teil wird betont, dass das Erfüllungsinteresse im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG über den bloßen Ausgleich finanzieller Einbußen im Vermögen des Gläubigers hinaus auch dessen besonderes Interesse an der vertragsgemäßen Leistung angemessen zu berücksichtigen sei (*performance principle*).²⁷⁶ Insbesondere *Ingeborg Schwenzer* und *Pascal Hachem* berufen sich für eine solche Erweiterung auf den Grundsatz *pacta sunt servanda*.²⁷⁷ Angesprochen seien hiermit insbesondere die Verletzung vertraglicher Pflichten, denen kein direktes Gewinninteresse zugrunde liege, so dass trotz der Vertragsverletzung ein direkter Schaden des Gläubigers ausbleiben könne.²⁷⁸ Wie genau der Schadensersatz in diesen Fällen zu bestimmen sei, bleibt jedoch offen. Der Vorschlag, in diesen Fällen die Ersparnis oder den Gewinn des Verletzers zu berücksichtigen,²⁷⁹ liegt jedenfalls aufgrund der Betonung des Interesses des Gläubigers an der Naturalerfüllung nicht nahe.²⁸⁰ In der Diskussion um das *performance interest* im englischen Recht, der der Begriff entlehnt scheint,²⁸¹

Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 52.

²⁷⁵ *Bridge*, International Sale of Goods, para. 12.58; *Brölsch*, Schadensersatz, 42; *Magnum*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 21; siehe zur Frage, ob es sich um eigenständige Interessen und nicht um bloße Unterarten des Erfüllungsinteresses handelt, *Friedmann*, 111 LQR (1995), 628, 632.

²⁷⁶ *Hachem*, in: FS Schwenzer, 647, 664; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 6.

²⁷⁷ Siehe allgemein *Hachem*, in: FS Schwenzer, 647, 662 f.; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 6, 45; *Schwenzer/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 93 ff.

²⁷⁸ Siehe etwa die Beispiele bei *Schwenzer/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 94 ff.

²⁷⁹ *Hachem*, in: FS Schwenzer, 647, 663; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 43; *Schwenzer/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 103.

²⁸⁰ *Bock*, in: FS Schwenzer, 175, 187, die sich stattdessen für einen eigenständigen Gewinnherausgabeanspruch ausspricht.

²⁸¹ Siehe etwa *Hachem*, in: FS Schwenzer, 647, 663; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 6; jeweils mit Verweis auf *Pearce/Halson*, 28 OJLS (2008), 73, 80, 82 ff., die allerdings entgegen der bereits damals vorherrschenden Ansicht in der Rechtsprechung das kompensatorische Verständnis der *Wrotham Park damages* ablehnen und sich im Übrigen vor allem auf die Entscheidung *Attorney-General v Blake* berufen. Diese Einordnung entspricht jedenfalls nach der Entscheidung des *Supreme Court* in der Sache *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner* nicht dem aktuellen Stand des englischen Rechts. Kritisch auch *Edelman*, *Vindictory damages*, 17; siehe auch *Coote*, 56 CLJ (1997), 537, 566, der demgegenüber dem *performance interest* lediglich die generelle Ersatzfähigkeit von Herstellungskosten (*cost of cure*) entnimmt.

ist die genaue Bedeutung des Begriffs und seine Rolle im Schadensrecht bestenfalls unklar. Zum Teil wird es lediglich als präzisere Bezeichnung für das Erfüllungsinteresse verstanden.²⁸² Größtenteils bezieht sich die Diskussion des *performance interests* wohl aber auf den Ersatz von Nachbesserungs- oder Reparaturkosten unabhängig vom Minderwert der Ware oder des Werks und dessen Grenzen (*cost of cure*)²⁸³ sowie auf den Ersatz von Drittschäden.²⁸⁴ Diese besondere Betonung des *performance interest* im jüngeren englischen Diskurs ist vor allem vor dem Hintergrund der Zurückhaltung des englischen Rechts bei der Bemessung des Schadensersatzes anhand der Herstellungs- oder Reparaturkosten (*cost of cure*),²⁸⁵ dem Fehlen der Preisminderung im englischen Recht²⁸⁶ sowie der traditionellen Ablehnung des Ersatzes von Drittschäden zu verstehen.²⁸⁷

Im CISG jedenfalls bedarf es keiner Erweiterung der über Art. 74 S. 1 CISG geschützten Interessen um ein *performance principle*. Das oben beschriebene Erfüllungsinteresse unter Art. 74 S. 1 CISG bietet bereits einen angemessenen Schutz für den Gläubiger. Zum einen sind verhältnismäßige Kosten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes grundsätzlich nach herkömmlichem Verständnis des Erfüllungsinteresses gemäß Art. 74 S. 1 CISG ersatzfähig, soweit sie vorhersehbar sind und der Gläubiger nicht gegen Art. 77 CISG verstößt.²⁸⁸ Damit können auch Fälle, in denen die Vertragswidrigkeit keinen Minderwert begründet, gelöst werden.²⁸⁹ Zum anderen kann der mangelbedingte Minderwert der Ware auch unabhängig von einem Scha-

²⁸² *Friedmann*, 111 LQR (1995), 628, 632.

²⁸³ *Edelman*, Gain-based damages, 184 f.; siehe auch die Betonung der Erfüllung und des *consumer surplus* in *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth*, [1996] 1 AC 344, 360 (HL) (*per Lord Mustill*); siehe hierzu *Friedmann*, 111 LQR (1995), 628, 650; *Pearce/Halson*, 28 OJLS (2008), 73, 80 f.; siehe auch umfassend *Coote*, 56 CLJ (1997), 537, 566, der für die generelle Ersatzfähigkeit des *cost of cure* eintritt.

²⁸⁴ *McAlpine Construction v Panatown Ltd*, [2001] 1 AC 518 (HL); *McKendrick*, 3 OUCLJ (2003), 145, 164 ff.; *Thomson*, 8 SLT (2001), 71, 74 f.; siehe ausführlich *Unbe-rath*, Transferred loss.

²⁸⁵ Siehe hierzu ausführlich *Edelman*, Gain-based damages, 184 f.

²⁸⁶ *Bridge*, International Sale of Goods, para. 12.49; *Treitel*, Remedies, 107.

²⁸⁷ *McKendrick*, 3 OUCLJ (2003), 145, 164 ff.: „English law has generally set its face against the proposition that a contracting party can sue and recover damages in respect of a loss suffered by a third party“; *Thomson*, 8 SLT (2001), 71, 74 f.

²⁸⁸ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 46, 48; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 35; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 52.

²⁸⁹ Siehe etwa das Beispiel bei *Schwenzer/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 94.

den über die Preisminderung gemäß Art. 50 CISG ausgeglichen werden.²⁹⁰ Schließlich kann das Interesse an der Naturalerfüllung sinnvoller durch Ergänzung des Erfüllungsanspruchs geschützt werden, etwa durch Anerkennung des Anspruchs auf das stellvertretende *commodum*.²⁹¹ Einer eigenständigen Anerkennung eines *performance principle* im Schadensrecht bedarf es hingegen nicht.

bb) Kein Schutz eines restitutionary interest

Der Grundsatz der Totalreparation erfasst demgegenüber keinen quasi-bereicherungsrechtlichen Schutz (*restitution interest*).²⁹² Mit *restitution interest* ist der Ausgleich einer ungerechtfertigten Bereicherung des Schuldners auf Kosten des Gläubigers gemeint.²⁹³ Im englischsprachigen Raum wird diese Art von Ansprüchen für Vertragsverletzungen daher teilweise auch als *restitutionary damages* bezeichnet.²⁹⁴ Der Schadensersatz gemäß Art. 74 S. 1 CISG enthält keinerlei Zuweisungsgehalt hinsichtlich vertragswidrig erzielter Gewinne und schützt daher eine solche Zuweisung auch nicht in Form eines bereicherungsrechtlichen Interesses. Geschützt werden, wie auch ein Vergleich mit Art. 25 CISG zeigt, die Erwartungen des Gläubigers an die Vertragserfüllung.²⁹⁵ Eine Erweiterung auf ein restitutives Element ist im Übereinkommen weder angelegt noch geboten. Im Ergebnis würde die Annahme eines solches restitutiven Interesses zur Erweiterung der Ausgleichsfunktion im oben benannten Sinne hin zu einem Ausgleich für die Verletzung des Rechts selbst führen. Dies ist, wie oben beschrieben, mit den Grundstrukturen des Schadensersatzanspruchs gemäß Art. 74 CISG nicht vereinbar.²⁹⁶

b) Grenzen der Totalreparation

Der Grundsatz der Totalreparation gilt nicht unbeschränkt. Zwei wichtige Beschränkungen ergeben sich unmittelbar aus den Bestimmungen der Art. 74–77 CISG. So wird der Grundsatz der Totalreparation ausdrücklich

²⁹⁰ In diese Richtung wohl auch *Bock*, in: FS Schwenzer, 175, 188, die sich indes für eine Gewinnherausgabe ausspricht, wenn kein Minderwert der Ware vorliegt.

²⁹¹ Siehe hierzu oben, S. 209 ff.

²⁹² *Djordjevic*, in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 64; *Honnold/Flechtner*, para. 403 f.

²⁹³ *Fuller/Perdue*, 46 Yale L.J. (1936), 52, 54; *Honnold/Flechtner*, para. 403 f.; kritisch zum Begriff *Friedmann*, 111 LQR (1995), 628, 632.

²⁹⁴ *Attorney General v Blake*, [1998] EMLR 309, 323 (CA); *Chen-Wishart*, 114 LQR (1998), 363, 370; *Virgo*, 6 RLR (1998), 118, 122; differenzierend zwischen *disgorgement damages* und *restitutionary damages*, *Edelman*, Gain-based damages, 65 ff.

²⁹⁵ *Djordjevic*, in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 74, para. 64.

²⁹⁶ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 258 ff.

durch Art. 74 S. 2 CISG eingeschränkt, der den ersatzfähigen Schaden auf den bei Vertragsschluss vorhersehbaren Schaden begrenzt.²⁹⁷ Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus Art. 77 S. 2 CISG, dem zufolge der Gläubiger nicht Ersatz desjenigen Schaden verlangen kann, den er durch angemessene Maßnahmen der Schadensminderung hätte verhindern können.

Neben dieser normativen Einschränkung der Totalreparation ergeben sich auch faktische Gründe für ein Zurückbleiben des Schadensersatzanspruchs hinter dem tatsächlich erlittenen Verlust des Gläubigers. So kann der Gläubiger in der Regel nicht denjenigen Teil seiner Gemeinkosten geltend machen, der auf die Durchsetzung und Abwicklung des Schadensersatzanspruchs entfällt. Auch die Ersatzfähigkeit gerichtlicher Rechtsanwaltskosten infolge von Vertragsverletzungen wird von der wohl international überwiegenden Ansicht abgelehnt.²⁹⁸ Probleme hinsichtlich grundsätzlich ersatzfähiger Schadensposten ergeben sich darüber hinaus, wenn diese Posten nur schwer quantifizierbar sind, wie dies etwa für die Reputation oder den *commercial good will* der Fall sein kann.²⁹⁹ Der Grundsatz *full compensation* ist daher der normative Ausgangspunkt der Art. 74–77 CISG, sorgt allerdings in den meisten Fällen nicht tatsächlich für einen vollständigen Ausgleich bei wirtschaftlicher Betrachtung.³⁰⁰

2. Das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot

Der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzanspruchs entnimmt die überwiegende Meinung zu Recht ein schadensrechtliches Bereicherungsverbot.³⁰¹ Der

²⁹⁷ Secretariat Commentary, Art. 70, Comment 8.

²⁹⁸ Gegen eine Ersatzfähigkeit etwa *Victory Foodservice Distributors Corp. v. N. Chr. Liatsos & Co. Ltd.*, U.S. District Court for the Southern District of New York, 13.11.2017, CISG-online Nr. 2922; *San Lucio, S.r.l. et al. v. Import & Storage Services, LLC*, US District Court New Jersey, 15.4.2009, CISG-online Nr. 1836; *Zapata Hermanos Sucesores SA v. Hearthside Baking Company, Inc., d/b/a Maurice Lenell Cooky Company*, US Court of Appeals, 7th Cir., 19.11.2002, CISG-online Nr. 684; zustimmend CISG-AC, Opinion no. 6, Calculation of Damages under CISG Art. 74, Rapporteur *Gotanda*, Comment 5.4; *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, Art. 74, para. 89, 90; *Lookofsky/Flechtner*, 26 J.L. & Com. (2006–2007), 1, 9; *Schlechtriem*, IHR 2006, 49, 51 f.; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 30; andere Ansicht *Felemegas*, 15 Pace Int'l L. Rev. (2003), 91, 114 ff.; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 52; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 74, Rn. 35; *Piltz*, in: DiMatteo (Hrsg.), International Sales Law, 286, 290 ff.

²⁹⁹ CISG-AC, Opinion no. 6, Calculation of Damages under CISG Art. 74, Rapporteur *Gotanda*, Comment 7.1 ff.; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 39.

³⁰⁰ *Demir*, Schadensersatzregelung, 136; siehe für das deutsche Recht ausführlich *Gerhard Wagner*, AcP 206 (2006), 355, 459 ff.

³⁰¹ *Atamer*, in: FS Magnus, 145, 146; *Brölsch*, Schadensersatz, 43; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 22; *Mankowski*, in: Münchener

Gläubiger des Schadensersatzanspruchs soll nicht besser stehen, als wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.³⁰² Angelegt ist dieser Grundsatz bereits im Wortlaut des Art. 74 S. 1 CISG, der die Höhe des Schadens auf „a sum equal to the loss“ festlegt und im nächsten Satz festhält, dass dieser Schadensersatz den Verlust, der bei Vertragsschluss vorhersehbar war, nicht übersteigen darf.³⁰³ Der tatsächliche, bei Vertragsschluss vorhersehbare Verlust bildet damit die Obergrenze der Ersatzfähigkeit. Eine Überkompensation scheidet grundsätzlich aus.³⁰⁴

Dieses Verständnis begibt sich auch nicht in Konflikt mit Art. 75 CISG.³⁰⁵ Zwar ist es richtig, dass der Gläubiger, wenn er bei einer Vertragsaufhebung wegen Nichtlieferung ein günstigeres Deckungsgeschäft vornimmt, infolge dieses Deckungsgeschäfts besserstellen kann als bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages durch den Schuldner.³⁰⁶ Erwirbt der Käufer etwa bei Nichtlieferung der Ware und Vertragsaufhebung gleichwertige Ware von einem Dritten zu einem günstigeren Preis, steht er möglicherweise wirtschaftlich besser, als wenn der Verkäufer den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. Diese für den Käufer günstige Preisdifferenz muss er gemäß Art. 75 CISG, der gerade einen Schadensersatzanspruch des *Gläubigers* wegen Vertragsverletzungen vorsieht, nicht an den vertragsbrüchigen Verkäufer herausgeben.³⁰⁷ Dieses selbstverständliche Ergebnis steht nicht in Konflikt mit dem Bereicherungsverbot.³⁰⁸ Inhalt des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots ist nämlich nicht, dass der Gläubiger unter keinen Umständen infolge der Vertragsverletzung bereichert sein darf, sondern vielmehr, dass er nicht durch den Schadensersatzanspruch bereichert sein soll. Steht er wirtschaftlich besser als bei hypothetischer Erfüllung des Vertrages, soll er nicht noch zusätzlich von einem Schadensersatzanspruch profitieren.³⁰⁹ Im Falle einer Überkompensa-

Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 74, Rn. 12; *Zeller*, Damages, 115; andere Ansicht *Mareike Schmidt*, in: FS Schwenger, 1499, 1501; *Schwenger*, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 8; siehe kritisch auch *Gotanda*, Villanova Working Paper No. 2015-1016, 4.

³⁰² *Magnus*, in: FS Herber, 27, 28; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 74, Rn. 12.

³⁰³ In der englischen Fassung heißt es „may not exceed“; in der französischen Fassung „ne peuvent être supérieures“.

³⁰⁴ *Atamer*, in: FS Magnus, 145, 146.

³⁰⁵ So aber *Mareike Schmidt*, in: FS Schwenger, 1499, 1502.

³⁰⁶ *Mareike Schmidt*, in: FS Schwenger, 1499, 1502.

³⁰⁷ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 75, Rn. 17.

³⁰⁸ So aber *Mareike Schmidt*, in: FS Schwenger, 1499, 1502.

³⁰⁹ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 75, Rn. 17.

tion infolge des Schadensersatzanspruchs fehlt es an einer Rechtfertigung für die Bereicherung des Gläubigers.³¹⁰

Auch das Verbot der Bereicherung gilt indes nicht absolut. Eine erste Einschränkung kann auf den ersten Blick in der abstrakten Schadensberechnung gemäß Art. 76 CISG gesehen werden.³¹¹ Nach dieser Vorschrift kann der Gläubiger bei Aufhebung des Vertrages den Schaden anhand des Marktpreises bei Vertragsaufhebung oder, falls eine Lieferung erfolgt ist, im Zeitpunkt der Übernahme der Güter zu berechnen, wenn er kein Deckungsgeschäft vorgenommen hat. Treten nachträglich Umstände ein, die einen geringeren Schaden begründen, sind diese nach überwiegender Ansicht nur zu berücksichtigen, wenn sie bereits im Zeitpunkt nach Art. 76 CISG absehbar waren.³¹² Grund für diese nur eingeschränkte Berücksichtigung späterer Ereignisse ist das Bestreben nach Rechtssicherheit zum Stichtag, die es den Parteien erlaubt, Schadensrisiken vertraglich zu regeln.³¹³ Dennoch könnte das grundsätzliche Bestreben, eine Überkompensation zu vermeiden, dafür sprechen, auch im Rahmen von Art. 76 CISG spätere Ereignisse zu berücksichtigen.³¹⁴ Eine solche Korrektur im Lichte späterer Ereignisse ist auch internen nationalen Rechtsordnungen, die die Marktpreisregel kennen, nicht unbekannt.³¹⁵

Bleiben diese Ereignisse dennoch außer Betracht, kann der Schadensersatz nach Art. 76 CISG den konkreten Schaden des Gläubigers zu einem späteren Zeitpunkt übersteigen.³¹⁶ Gleiches gilt etwa, wenn der Gläubiger seinerseits im Vertrag mit seinen eigenen Abnehmern einen Belieferungsvorbehalt eingefügt hat.³¹⁷ Lässt man den Ersatz nach Art. 76 Abs. 1 CISG mit der überwiegenden Meinung trotz schadensmindernder, nachträglich eingetretener Umstände zu, folgt die Besserstellung des Gläubigers allerdings aus der hierdurch erfolgten Zuweisung von Marktrisiken,³¹⁸ ohne dass daraus kann ein Rückschluss auf die Grenzen der konkreten Schadensberechnung in Art. 74 S. 1 CISG gezogen werden könnte. Darüber hinaus gilt jedenfalls nach überwiegender Meinung auch im Rahmen des Art. 76 CISG die Schadensminderungsobliegenheit gemäß Art. 77 CISG, die den Gläubiger gegebenenfalls zur

³¹⁰ *Unberath*, Vertragsverletzung, 291 f.

³¹¹ *Mareike Schmidt*, in: FS Schwenger, 1499, 1502.

³¹² *Hager*, in: FS Schwenger, 681, 694; *Schwenger*, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 76, Rn. 44.

³¹³ *Atamer*, in: FS Magnus, 145, 154.

³¹⁴ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 76, Rn. 26.

³¹⁵ Ausführlich *Atamer*, in: FS Magnus, 145, 147 ff.; siehe zum englischen Recht bereits oben, S. 245 ff.

³¹⁶ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 26.

³¹⁷ *Atamer*, in: FS Magnus, 145, 148, mit Beispielen aus dem US-amerikanischen Recht; *Mareike Schmidt*, in: FS Schwenger, 1499, 1502.

³¹⁸ *Atamer*, in: FS Magnus, 145, 154.

Vornahme eines Deckungsgeschäfts und mithin zur Rückkehr zur konkreten Schadensberechnung zwingen kann.³¹⁹

Eine tatsächliche Einschränkung des Bereicherungsverbot es kann allerdings hinsichtlich der Behandlung von infolge der Vertragsverletzung erlangten Vorteile des Gläubigers geboten sein. Ob ein Vorteilsausgleich überhaupt durchzuführen ist, ist umstritten.³²⁰ Nach dem hier vertretenen Verständnis der Ausgleichsfunktion sind Vorteile, die der Gläubiger aufgrund der Vertragsverletzung erhält, bei der Schadensbemessung grundsätzlich zu berücksichtigen.³²¹ Im Lichte der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzanspruchs sind die Konturen des Bereicherungsverbot es anhand einer wertenden Betrachtung für die verschiedenen Vorteile des Gläubigers gesondert zu bestimmen.³²² Je nach Art und Zweck des erlangten Vorteils ist maßgeblich, ob die Anrechnung des Vorteils auf den Schadensersatz geboten ist oder ob eine solche Anrechnung zu einer dem Prinzip der Totalreparation widersprechenden Unterkompensation des Gläubigers führen würde.³²³ Entscheidend ist dabei unter anderem, ob nach dem Zweck des Schadensersatzanspruchs der Schuldner vom fraglichen Vorteil des Gläubigers profitieren sollte oder nicht. Dies ist insbesondere abzulehnen, wenn der Gläubiger den Vorteil durch eigene Leistung erworben hat oder im Innenverhältnis zu einem Dritten zur Abtretung des Schadensersatzanspruchs verpflichtet ist.³²⁴ Daher mindern Versicherungsleistungen, die der Gläubiger aufgrund der Vertragsverletzung erhält, nicht die Schadensersatzpflicht des Schuldners.³²⁵ In jedem Fall anzu-

³¹⁹ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 76, Rn. 12; *Schlechtriem*, Calculation of damages, PACE, sub. III, 1.; einschränkend *Atamer*, in: FS Magnus, 145, 158.

³²⁰ Grundsätzlich für einen Vorteilsausgleich *Blase/Höttler*, Remarks on the Damages Provisions, PACE 2004, sub 3 (a); *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 22; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 74, Rn. 12; kritisch *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, Art. 74, Rn. 42; *Mareike Schmidt*, in: FS Schwenzer, 1499, 1501.

³²¹ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 9.1 f.; *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, Art. 74, para. 55 ff.; siehe auch Art. 7.4.2 (1) UPICC.

³²² *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 22; siehe auch *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 9.3, der eine Anrechnung für Vorteile aufgrund von Maßnahmen gemäß Art. 77 CISG anregt; siehe auch *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 23, der die Übertragung der Grundsätze aus Art. 84 CISG vorschlägt.

³²³ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 22; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 74, Rn. 12; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 696.

³²⁴ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 22.

³²⁵ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 9.3; *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 74, pa-

rechnen sind demgegenüber ersparte Aufwendungen des Gläubigers in der Leistungserbringung oder Einnahmen aus Deckungsgeschäften.³²⁶

Der Ausgleichszweck und die Grundsätze der Totalreparation und des Bereicherungsverbots bilden also den normativen Hintergrund, vor dem nun die Möglichkeit der Gewinnherausgabe im Wege des Schadensersatzes gemäß Art. 74 S. 1 CISG sowie die Bemessung oder der Nachweis des Schadens anhand des Verletzergewinns diskutiert werden sollen.

D. Grundsätzliche Ablehnung des Gewinns als Schaden im Rahmen von Art. 74 CISG

Der Gewinn des Verletzers kann nicht im Wege des Schadensersatzanspruchs gemäß Art. 74 S. 1 CISG herausverlangt werden. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut (I.), dem systematischen Zusammenhang (II.), der Entstehungsgeschichte (III.) und dem Ausgleichszweck des Schadensersatzanspruchs (IV.).

I. Wortlaut

Bereits der Wortlaut des Art. 74 S. 1 CISG spricht gegen eine Gewinnherausgabe im Rahmen des Schadensersatzes.³²⁷ Die Formulierung „sum equal to the loss“ erklärt den Verlust des Gläubigers für maßgebend. Hierin unterscheidet sich die Diskussion für das CISG vom englischen Recht, in dem sich die Diskussion um Begriff und Funktion des Rechtsbehelfs *damages* dreht.³²⁸ Der Begriff *damages* mag noch offen sein für eine Gewinnherausgabe,³²⁹ insbesondere wenn man den Rechtsbehelf als Sammelbegriff für verschiedene Zahlungsklagen wegen einer Pflichtverletzung versteht.³³⁰ Das Wort *loss* fragt hingegen nur nach dem verletzten Vermögensinteresse des Gläubigers (*suffered by the other party*) und nicht nach einem Vorteil des Schuldners.³³¹ Dieses Verständnis des Verlusts enthält zwar noch keine Festlegung hinsichtlich der Schadensberechnung, der Art des Schadensnachweises und auch

ra. 56; Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 23.

³²⁶ Bach, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 9.1 f.

³²⁷ Jardine, 21 VJ (2017), 36, 28.

³²⁸ So treffend Hachem, in: FS Schwenzer, 647, 662; siehe etwa McKendrick, 3 OUCIJ (2003), 145, 161 ff.; Pearce/Halson, 28 OJLS (2008), 73, 77 ff.

³²⁹ Siehe insbesondere Edelman, Gain-based damages, 5 ff.; Pearce/Halson, 28 OJLS (2008), 73, 77 ff.

³³⁰ Edelman, McGregor on Damages, para. 1-001; ders., Gain-based damages, 5; Winterton, Money Awards, 117.

³³¹ Jardine, 21 VJ (2017), 36, 53.

keinen Ausschluss der Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden.³³² Eine Abschöpfung des Verletzergewinns unabhängig von einem Verlust des Gläubigers infolge der Vertragsverletzung überschreitet aber eindeutig den Wortlaut von Art. 74 S. 1 CISG.³³³ Dieses Verständnis bestätigt sich auch aus dem systematischen Zusammenhang.

II. Systematischer Zusammenhang

Die verlustorientierte Ausrichtung des Schadensersatzanspruchs gemäß Art. 74–77 CISG zeigt sich auch anhand zweier anderer Regelungen des CISG.

Den ersten Hinweis liefert die Voraussehbarkeitsregel gemäß Art. 74 S. 2 CISG.³³⁴ Hiernach darf nur der bei Vertragsschluss für den Schuldner vorhersehbare Verlust gemäß Art. 74 CISG ersetzt werden. Zwar erscheint es nicht grundsätzlich ausgeschlossen, die Regel *mutatis mutandis* auf den Gewinn des Schuldners anzuwenden, da es für ihn bei Vertragsschluss wohl in der Regel nicht unvorhersehbar ist, welchen Gewinn er durch eine Vertragsverletzung realisieren können wird.³³⁵ Allerdings zeigt der Wortlaut der Einschränkung in Art. 74 S. 2 CISG, nämlich „such damages may not exceed the loss“, dass der vorhersehbare Schaden die Obergrenze der Erstattungsfähigkeit bildet.

Der zweite Hinweis im Übereinkommen ergibt sich aus der Schadensminderungsobliegenheit gemäß Art. 77 CISG.³³⁶ Findet nämlich eine Gewinnherausgabe gemäß Art. 74 S. 1 CISG ohne Rückkopplung an den Verlust des Gläubigers statt, erscheint eine Anwendung der Schadensminderungsobliegenheit des Gläubigers gemäß Art. 77 CISG ausgeschlossen. Art. 77 CISG kann einerseits schon begrifflich nicht auf die Minderung des Gewinns des Schuldners angewandt werden. Andererseits hängt der Gewinn des Schuldners nicht von der Höhe des Verlusts des Gläubigers ab, sodass sich etwaige Schadensminderungsbemühungen in dieser Hinsicht nicht auswirken. Etwas anderes mag nur gelten, wenn man dem Schuldner zumindest den Einwand gestattet, dass der Verlust des Gläubigers niedriger als der Verletzergewinn ist³³⁷ oder gemäß Art. 77 CISG niedriger sein sollte.³³⁸ In denjenigen Fällen,

³³² Schmidt-Ahrendts, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 97.

³³³ Schmidt-Ahrendts, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 97.

³³⁴ Im Ergebnis auch Magnus, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 18.

³³⁵ Siehe die andere Ansicht Magnus, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 18.

³³⁶ Siehe für ähnliche Bedenken für das englische Recht Law Commission, Consultation Paper No. 132, para. 7.18; Law Commission, Report, No. 247, para. 1.46; kritisch Edelman, 8 RLR (2000), 129, 148.

³³⁷ Schmidt-Ahrendts, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 99.

in denen sich ein Verlust des Gläubigers nicht feststellen lässt und gerade deswegen auf die Gewinnherausgabe rekuriert werden soll, wird dies indes in aller Regel nicht möglich sein. Dennoch wird zum Teil vertreten, auch bei der Gewinnherausgabe solle die Schadensminderungspflicht fortbestehen.³³⁹ Unklar bleibt jedoch, welche Rechtsfolgen sich aus der Schadensminderungspflicht ergeben, wenn der Verlust des Gläubigers nicht entscheidend ist für den Anspruchsumfang. Die Gewinnherausgabe stellte sich sodann als doppelter Glücksfall für den Gläubiger heraus. Zum einen erhielt er unabhängig von einem Schaden einen Gewinn, den er nicht selbst erwirtschaften musste, und zum anderen würde er gegenüber denjenigen Gläubigern, die einen Verlust nachweisen können, dahingehend privilegiert, dass es auf Schadensminderungsbemühungen im Sinne von Art. 77 CISG nicht ankäme. Eine solche Privilegierung wäre mit dem Zweck von Art. 77 CISG nur schwerlich vereinbar.

III. Entstehungsgeschichte

Die Entstehungsgeschichte ist für die Begründung einer Gewinnherausgabe im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG unergiebig. Da die Gewinnherausgabe nicht thematisiert wurde, findet sich allerdings auch keine ausdrückliche Ablehnung einer Gewinnherausgabe wegen einer Vertragsverletzung.³⁴⁰ Vielmehr gingen wohl alle Beteiligten davon aus, dass der Schadensersatz nur einen vermögenswerten Verlust ausgleichen solle und den Gläubiger wirtschaftlich so stellen solle, als sei der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden.³⁴¹ In Wien waren die Grundlagen des Schadensersatzanspruchs daher nicht mehr umstritten.³⁴² Zu Diskussionen führte lediglich die Beschränkung des Schadensersatzanspruchs auf vorhersehbare Schäden.³⁴³ Aussagen zur Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzung lassen sich hingegen allenfalls indirekt entnehmen, etwa dem Hinweis, dass die Vorhersehbarkeitsregel auch bei einer arglistigen Handlung der vertragsbrüchigen Partei den Schadensersatz begrenzen soll.³⁴⁴ Das Schweigen der Verfasser ist indes nicht geeignet,

³³⁸ In diese Richtung wohl *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 212.

³³⁹ *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 212.

³⁴⁰ *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 74, para. 61; *Jochem*, Damages, 17; *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwentzer/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 96.

³⁴¹ Secretariat Commentary, Art. 70, Comment 3; UNCITRAL Yearbook VII (1976), 134, No. 2.

³⁴² *Schlechtriem*, Uniform Sales Law, 97.

³⁴³ UNCITRAL Yearbook V (1974), 44, Nr. 164; UNCITRAL Yearbook VI (1975), 62, Nr. 114; UNCITRAL Yearbook VIII (1977), 59, Nr. 475 ff.; Official Records, 394, Nr. 19 ff.

³⁴⁴ Secretariat Commentary, Art. 70, Comment 9.

die oben genannten grammatischen und systematischen Argumente mit dem Einwand beiseite zu wischen, das Übereinkommen sei vor der allgemeinen Diskussion um die vertragliche Gewinnhaftung entstanden.³⁴⁵ Dies mag für eine Lücke im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG hinsichtlich der Gewinnhaftung sprechen, kann jedoch in der Auslegung der Schadensersatzvorschriften gemäß Art. 74–77 CISG nicht darüber hinweghelfen, dass eine Gewinnherausgabe mit dem Wortlaut, der Struktur und dem Zweck des Schadensersatzes unvereinbar ist.³⁴⁶

IV. Ausgleichsfunktion des Schadensersatzanspruchs

Wie bereits ausführlich dargelegt, dient der Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74–77 CISG allein der Kompensation der geschädigten Partei.³⁴⁷ Mit einem solchen kompensatorischen Verständnis ist eine Gewinnherausgabe über den Schadensersatzanspruch nicht vereinbar. Eine Gewinnherausgabe verstößt gegen das oben entwickelte Bereicherungsverbot und würde zu einem *windfall profit* für die geschädigte Partei führen.

Gegen dieses *windfall*-Argument wurde verschiedentlich eingewandt, dass auch bei Ablehnung einer Gewinnherausgabe ein *windfall* entstünde, in diesem Fall allerdings für die vertragsbrüchige Partei.³⁴⁸ Entscheidend sei daher nur, welcher Partei man den *windfall* eher zubilligen wolle.³⁴⁹ Die Tatsache, dass der Schuldner den Vertrag verletzt habe, spreche dafür, dem Gläubiger den Gewinn zuzusprechen.³⁵⁰ Dieses Argument erstaunt bereits auf den ersten Blick, denn, wenn es sich für beide Parteien gleichermaßen um einen *windfall* handeln würde, hätte keine der beiden Parteien den Gewinn verdient. Dies wirft die Frage auf, was eigentlich mit dem Begriff *windfall profit* gemeint ist. Im schadensrechtlichen Kontext ist ein *windfall profit* kein moralisches Urteil, sondern ein Gewinn, der nicht selbst erwirtschaftet und auch nicht unter Nutzung einer dem Gläubiger zugewiesenen Rechtsposition gezogen

³⁴⁵ So aber *Jardine*, 21 VJ (2017), 36, 59.

³⁴⁶ *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 74, para. 61; andere Ansicht *Jardine*, 21 VJ (2017), 36, 59.

³⁴⁷ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 258 ff.

³⁴⁸ *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 212; *Schwenzer*, 22 Unif. L. Rev. (2017), 122, 130; *Schwenzer/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 95; grundsätzlich auch *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenzer/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 99, der der vertragsbrüchigen Partei jedoch in bestimmten Fällen den *windfall* belassen möchte; siehe für die außervertragliche Haftung auch *Gerhard Wagner*, AcP 206 (2006), 355, 70 f.

³⁴⁹ *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 212; *Schwenzer*, 22 Unif. L. Rev. (2017), 122, 130; *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenzer/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 99.

³⁵⁰ *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 212; anders im Ergebnis *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenzer/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 99.

wurde und dem Gläubiger daher nach herkömmlichen schadensersatz- oder bereicherungsrechtlichen Grundsätzen nicht zustehen würde.³⁵¹

Gegen das Argument des beidseitigen *windfall* bestehen daher auch zwei grundlegende Einwände. Das erste Bedenken folgt direkt aus dem Ausgleichsprinzip selbst. Ausgangspunkt des Ausgleichsprinzips ist, dass sich der Schadensersatzanspruch aus der Vermögensentwicklung des Gläubigers ergibt. Die Entwicklung des Schuldnervermögens ist daher grundsätzlich irrelevant. Im schadensrechtlichen Sinne kann es daher schon begrifflich keinen *windfall profit* des Schuldners geben, sondern nur einen *windfall* des Gläubigers. Das zweite Bedenken hängt indirekt ebenfalls mit der Reichweite des Schadensersatzanspruchs zusammen, ergibt sich allerdings vor allem aus der grundsätzlichen Zuweisung wirtschaftlicher Verwertungsmöglichkeiten. Realisiert der Schuldner infolge der Vertragsverletzung einen Gewinn, so geschieht dies zwar durch eine Verletzung seiner vertraglichen Pflicht, allerdings unter Ausnutzung der ihm eigenen wirtschaftlichen Mittel und Fähigkeiten. Schon deswegen stellt der Gewinn für ihn keinen *windfall* dar, denn es ist sein originär erwirtschafteter Ertrag. Dieser Ertrag stellt in einer marktwirtschaftlichen Ordnung *per se* keinen *windfall* dar, sondern ist das Resultat der privatautONOMEN Erwerbstätigkeit und bedarf zunächst keiner weiteren Rechtfertigung.³⁵² Eine solche rechtliche Rechtfertigung ist vielmehr für die staatliche Umverteilung des erwirtschafteten Ertrags erforderlich. Eine Umverteilung des Gewinns kann gerechtfertigt werden, wenn die Gewinnerzielung unter Ausnutzung einer einem anderen zugewiesenen Rechtsposition erfolgte. Im CISG kann eine solche Begründung partiell im Naturalerfüllungsanspruch gesehen werden, der eine Zuweisung der stellvertretenden *commoda* der Ware an den Gläubiger rechtfertigen kann.³⁵³ Liegt lediglich eine sonstige Vertragsverletzung vor, handelt der Schuldner in der Regel nicht unter Ausnutzung einer fremden Rechtsposition, sondern verletzt lediglich die durch den vertraglichen Anspruch begründete Erfüllungserwartung, die durch den Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 S. 1 CISG wirtschaftlich ausgeglichen wird. Aus der grundsätzlichen Zuweisung des durch den Einsatz seiner wirtschaftlichen Mittel erzielten Gewinns zum Vermögen des Schuldners ergibt sich, dass die Abschöpfung dieses Gewinns einen *windfall* für den Gläubiger darstellen würde.

Eine Gewinnherausgabe ist daher mit Art. 74 CISG unvereinbar. Damit ist allerdings noch nicht unbedingt ausgeschlossen, den Gewinn des Schuldners

³⁵¹ *Lurger*, in: Peter Bydlinski (Hrsg.), Prävention und Strafsanktion im Privatrecht, 135, 152.

³⁵² *Barker*, in: Grantham/Rickett (Hrsg.), Structure and Justification in Private Law, 47, 56; *Boosfeld*, Gewinnausgleich, 2.

³⁵³ Siehe hierzu oben, S. 209 ff.

als Berechnungsgrundlage des Schadens des Gläubigers oder im Rahmen des Schadensnachweises im Sinne von Art. 74 S. 1 CISG heranzuziehen.

E. Der Verletzergegninn als Bemessungsgrundlage des Schadens

Ohne eine eigentliche Herausgabe des Gewinns als solchen zu fordern, wird zum Teil vorgeschlagen, den Gewinn der vertragsbrüchigen Partei als Grundlage zur Bestimmung des Schadens des Gläubigers heranzuziehen, insbesondere in Fällen, in denen der Gläubiger seinen Schaden nicht konkret beziffern kann oder nicht nachweisen kann.³⁵⁴ Dieser Kunstgriff soll die Gewinnherausgabe in Einklang mit der Ausgleichsfunktion im Schadensrecht bringen. In weiten Teilen gelten die oben genannten Einwände gegen eine Gleichsetzung von Gewinn und Schaden auch für eine Berechnung des Schadens des Gläubigers anhand des Verletzergegninns. Insbesondere der Wortlaut und der Zweck von Art. 74 S. 1 CISG sprechen gegen eine solche Schadensbemessung anhand des Schuldnergegninns. Dennoch soll die Idee des Gewinns als Bemessungsgrundlage für den Schaden des Gläubigers genauer untersucht werden. Zunächst sollen die Grundlagen der Schadensbemessung im CISG dargelegt werden (I.), bevor die Ablehnung der Identitätsvermutung zwischen Gewinn des Schuldners und Schaden des Gläubigers begründet wird (II.). Im Anschluss sollen besondere Formen der Verknüpfung von Verletzergegninn und Schaden des Gläubigers genauer betrachtet werden (III.). Schließlich soll die Bedeutung des Verletzergegninns für den Schadensnachweis untersucht werden (IV.).

I. Grundlagen der konkreten Schadensbemessung gemäß Art. 74 S. 1 CISG

Die konkrete Bemessung des Schadens ist in Art. 74 S. 1 CISG nicht im Detail festgelegt.³⁵⁵ Diese Offenheit wurde bereits für die Vorgängerbestimmung in Art. 82 ULIS angenommen³⁵⁶ und in der Entstehungsgeschichte des Übereinkommens erkannt. Nach dem Sekretariatskommentar soll die konkrete Bemessung des Schadens den Gerichten oder Schiedsgerichten im Lichte der konkreten Umstände des Falles überlassen werden.³⁵⁷ Der Begriff *loss* selbst trägt konkrete Bemessungsgrundsätze also nicht unmittelbar in sich.³⁵⁸ Dennoch muss die konkrete Schadensberechnung die normativen Vorgaben des

³⁵⁴ Muñoz/Ament-Guemez, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 212; Schmidt-Ahrendts, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 97.

³⁵⁵ Magnus, in: FS Herber, 27, 28.

³⁵⁶ Weitnauer, in: Dölle (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, Vor Artt. 82–89, Rn. 20.

³⁵⁷ Secretariat Commentary, Art. 70, Comment 4.

³⁵⁸ Mullis, RabelsZ 71 (2017), 35, 41.

Übereinkommens im Allgemeinen und des Art. 74 S. 1 CISG im Besonderen beachten und umsetzen, insbesondere den Grundsatz der Totalreparation als auch das schadensrechtliche Bereicherungsverbot.³⁵⁹ Es wurde daher zu Recht darauf hingewiesen, dass nationale Konzepte oder Vorprägungen nicht unesehen übernommen werden dürfen.³⁶⁰ Dies schließt indes nicht grundsätzlich die Verwendung von für das interne nationale Recht entwickelten Konzepten wie der im deutschen oder schweizerischen Recht verwendeten Differenzhypothese aus.³⁶¹ Bei der Differenztheorie handelt es sich lediglich um einen Vermögensvergleich, der mit dem Grundsatz der Totalreparation prinzipiell übereinstimmt³⁶² und der Bestimmung des *expectation interest* in *common law* Rechtsordnungen nicht unähnlich ist.³⁶³ Entscheidend ist vielmehr sowohl im internen nationalen Recht als auch im Übereinkommen, welche Werte in den Vergleich eingestellt werden und wie diese Werte bemessen werden.³⁶⁴ Diese normativen Grundlagen müssen für das CISG im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG aus dem Übereinkommen heraus entwickelt werden.³⁶⁵

Aufgrund der Offenheit der Schadensberechnung ist vorgeschlagen worden, den Schaden des Gläubigers in bestimmten Fällen anhand des Gewinns der vertragsbrüchigen Partei zu berechnen.³⁶⁶ Hierbei soll es sich im Unterschied zur oben diskutierten Herausgabe des Gewinns als Schaden aufgrund präventiver Zwecke oder des Schutzes des Interesses an der Naturalerfüllung um eine bloße Annäherung an den tatsächlich entstandenen Schaden des

³⁵⁹ Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 26.

³⁶⁰ Brölsch, Schadensersatz, 48; Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 5.

³⁶¹ Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 26; kritisch Honsell, SJZ 88 (1992), 361, 362; Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 42.

³⁶² Brölsch, Schadensersatz, 48; Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 22; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 26.

³⁶³ Treitel, Remedies, 126: „In common law systems the basic approach is that of the difference theory“; siehe auch die Formulierung in *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner* (SC), [2018] 2 WLR, 1353, 1366 (SC) (*per Lord Reed*): „difference between the claimant’s actual situation and the situation in which he would have been if the primary contractual obligation had been performed“; siehe rechtsvergleichend Zimmermann, in: Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Art. 9:502, para. 9.

³⁶⁴ Brölsch, Schadensersatz, 48; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 27.

³⁶⁵ Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 26.

³⁶⁶ Schwenger/Hachem, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 100 f.; Muñoz/Ament-Guemez, 8 Geo. Mason J. Int’l Com. L. (2017), 201, 212; Schmidt-Ahrendts, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 97 f.

Gläubigers handeln.³⁶⁷ Dies wird insbesondere ins Auge gefasst, wenn der rein verlustbasierte Schadensersatzanspruch die Gläubigerinteressen nicht adäquat zu befriedigen vermag.³⁶⁸ Zum Teil wird dieser Vorschlag dahingehend ergänzt, dem Schuldner den Nachweis zu gestatten, dass der Gläubiger keinen Schaden in Höhe des Verletzerer Gewinns erlitten hat.³⁶⁹

II. Ablehnung einer Gleichsetzung von Schaden und Gewinn

Eine tatsächliche Vermutung spricht nicht für eine solche Gleichsetzung von Schaden und Gewinn (1.). Daher soll die Tragfähigkeit des Grundsatzes des guten Glaubens im internationalen Handel zur Begründung einer solchen Gleichsetzung untersucht werden (2.), bevor auf mögliche praktische Schwierigkeiten hingewiesen wird (3.).

1. Keine tatsächliche Gleichsetzung von Verletzerer Gewinn und Schaden

Eine Gleichsetzung ist weder aufgrund einer tatsächlichen Identitätsvermutung von Verletzerer Gewinn und Schaden (a) noch in Form der Festlegung des Ersparnisgewinns des Schuldners als Mindestschaden des Gläubigers für Fälle der *skimped performance* geboten (b).

a) Ablehnung einer tatsächlichen Identitätsvermutung von Verletzerer Gewinn und Schaden

Zum Teil wird angenommen, dass in bestimmten Fällen aus der Gewinnerzielung des Schuldners mit einiger Wahrscheinlichkeit gefolgert werden könne, dass auch der Gläubiger den gleichen Gewinn hätte erzielen können, so dass eine tatsächliche Vermutung der Identität von Schaden und Gewinn gerechtfertigt sei.³⁷⁰

Zunächst ist richtig, dass der Gewinn des Schuldners in bestimmten Fällen dem Schaden des Gläubigers entspricht. Dies liegt etwa nahe, wenn der Schuldner die Ware zu marktüblichen Preisen veräußert und der Gläubiger grundsätzlich auch Zugang zu diesem Markt gehabt hätte. In solchen Fällen bedarf es freilich grundsätzlich keiner Ergänzung der Schadensersatzbemes-

³⁶⁷ Muñoz/Ament-Guemez, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 205 f.; Schmidt-Ahrendts, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 97 f.

³⁶⁸ Schmidt-Ahrendts, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 97 f.; zu diesem Kriterium auch Bock, in: FS Schwenger, 175, 186 f.; die allerdings für einen Gewinnherausgabeanspruch außerhalb von Art. 74 CISG eintritt, siehe hierzu ausführlich unten, S. 318 ff.

³⁶⁹ Schmidt-Ahrendts, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 99 f.

³⁷⁰ Schwenger/Hachem, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 101; jedenfalls für den Fall des Doppelverkaufs, Schmidt-Ahrendts, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 99.

sung, denn in diesen Fällen steht mit einem *degree of reasonable certainty* fest, dass dem Gläubiger ein Gewinn entgangen und der Schaden in Höhe des entgangenen Nettogewinns des Gläubigers ohne weiteres gemäß Art. 74 S. 1 CISG ersatzfähig ist. Dies entbindet dennoch nicht von der Prüfung im Einzelfall, ob der Gläubiger den konkreten Gewinn auch hätte erzielen können. Hieran fehlt es, wenn der Verkäufer aufgrund besonderer Umstände über dem Marktpreis veräußern konnte oder der Käufer die Ware bereits zu einem niedrigeren Preis weiterverkauft hatte. Zum Teil wird für solche Fälle angenommen, dass es die Vermutungswirkung dennoch eingreifen sollte und es dem Schuldner obliegen sollte, die Vermutung der Identität von Schaden und Gewinn zu widerlegen.³⁷¹ Voraussetzung für eine solche tatsächliche Vermutung wäre indes, dass nach allgemeiner Erfahrung von einer Identität von Schaden und Verletzergehalt auszugehen ist.³⁷² Für ein solches regelmäßiges Zusammenfallen von Schaden und Gewinn fehlt es jedoch an Anhaltspunkten. Allenfalls bei Doppelverkäufen zum Marktwert kann dies ohne weiteres angenommen werden. Diese Fälle können allerdings über Art. 74 S. 1, Art. 75, 76 CISG ohne Rückgriff auf den Verletzergehalt problemlos gelöst werden. Im Übrigen besteht nach hier vertretener Ansicht in den Doppelveräußerungsfällen ohnehin kein Bedarf, den Schaden anhand des Gewinns des Verkäufers zu bestimmen, da der Käufer über einen Anspruch auf Erlösherausgabe als Fortsetzung seines Erfüllungsanspruchs verfügt.

In anderen Fällen kann allgemein aus der bloßen Tatsache, dass der Schuldner einen Gewinn realisieren konnte, nicht geschlossen werden, dass auch der Gläubiger diesen Gewinn hätte realisieren können.³⁷³ Dies gilt insbesondere für die Verletzung von Unterlassungspflichten wie der Verletzung bestimmter Lieferverbote oder Exklusivitätsklauseln. Hier besteht keine direkte Verbindung zwischen erzieltm Gewinn des Schuldners und Schaden des Gläubigers. Vielmehr wird sich in diesen Fällen gerade regelmäßig nicht feststellen lassen, ob der Gläubiger ähnliche Gewinne hätte erzielen können, da die Parteien in der Regel auf unterschiedlichen Märkten tätig sind und mit nicht identischen Kostenstrukturen arbeiten.³⁷⁴ Eine über die gewöhnliche Bestimmung des entgangenen Gewinns hinausgehende Verknüpfung von Schaden und Verletzergehalt ist daher nicht gerechtfertigt. Noch deutlicher wird das Auseinanderfallen von Schaden und Gewinn, wenn der Schuldner

³⁷¹ *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), *State of Play*, 89, 99.

³⁷² Siehe etwa für das deutsche Recht *Greger*, in: Zöller (Hrsg.), *ZPO*, Kommentar, 33. Auflage 2020, Vor § 284, Rn. 33; siehe auch die Kritik des Begriffs der tatsächlichen Vermutung bei *Prütting*, in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 6. Auflage 2020, § 292, Rn. 29 f.

³⁷³ *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 2. Auflage 2018, Art. 74, para. 62; zurückhaltend auch *Bock*, in: FS Schwenger, 175, 187; ausführlich *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, 276.

³⁷⁴ *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, 276.

vertrauliche Informationen oder Geschäftsgeheimnisse des Gläubigers vertragswidrig nutzt. In diesen Fällen stellt die Nutzung der Informationen lediglich eine Bedingung für die Gewinnerzielung dar, die dem Gläubiger nur offen stünde, wenn er tatsächlich unter den gleichen Voraussetzungen im gleichen Markt operierte.³⁷⁵ In diesen Fällen scheidet eine Schadensbemessung anhand des Gewinns von vornherein aus und es kommt allenfalls die Zahlung einer hypothetischen Ablösegebühr in Betracht.³⁷⁶

b) *Ablehnung einer Festlegung des Ersparnisgewinns als Mindestschaden bei skimped performance*

Ein ähnlicher Vorschlag besteht darin, den Verletzergegnung zwar nicht mit dem Schaden des Schuldners gleichzusetzen, ihn in bestimmten Fällen aber als Mindestschaden anzusehen.³⁷⁷ Dies wurde insbesondere von *Ingeborg Schwenger* und *Pascal Hachem* für vertragswidrige Leistung ersparnisse des Schuldners bei der Lieferung vertragswidriger Ware vorgeschlagen (*skimped performance*).³⁷⁸ Insbesondere wenn der Gläubiger keinen direkten Schaden erlitten hat, obwohl der Schuldner gegen ethische oder ökologische Produktionsstandards verstoßen hat, sollen entweder die Leistung ersparnis durch die vertragswidrige Produktion³⁷⁹ oder der für den Leistungsaufwand vereinbarte Preisaufschlag als Mindestschaden des Gläubigers anzusehen sein.³⁸⁰ Diese Form der Schadensbemessung soll dem Schuldner den Anreiz zur Leistung ersparnis nehmen und damit zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung anhalten.³⁸¹ Diese Schadensbemessung wurde auch im englischen Recht insbesondere für Werkverträge erwogen,³⁸² aber schließlich abgelehnt.³⁸³ Eine solche

³⁷⁵ *Dreier*, Kompensation und Prävention, 276.

³⁷⁶ *Boosfeld*, ERPL 2019, 823, 828; siehe zu dieser Art der Schadensbestimmung unten, S. 295 ff.

³⁷⁷ *Schwenger*, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 43; *Schwenger/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 102; *Schwenger/Leisinger*, in: FS Hellner, 249, 271.

³⁷⁸ *Schwenger/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 101.

³⁷⁹ *Schwenger/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 102.

³⁸⁰ *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 99; *Schwenger/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 96; in diese Richtung bereits *Schwenger/Leisinger*, in: FS Hellner, 249, 271.

³⁸¹ *Schwenger*, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 79, Rn. 43.

³⁸² *Attorney-General v Blake*, [1998] EMLR 309, 325 (CA); kritisch *Chen-Wishart*, 114 LQR (1998), 363, 366; zweifelnd bereits, *Coote*, 56 CLJ (1997), 537, 564.

³⁸³ *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353 (SC); *Attorney General v Blake* [2001] 1 AC 268, 286 (*per Lord Nicholls*); siehe auch die Ablehnung dieser Form der Gewinnhaftung in der kanadischen Entscheidung *Smith v Landstar Properties Inc.*, 2010 BCSC 843.

Herausgabe des Ersparnisgewinns findet sich allerdings in den Kommentaren zu § 39 Restatement 3rd of Restitution and Unjust Enrichment (2011).³⁸⁴

Der Vorschlag, den Ersparnisgewinn als Mindestschaden anzusehen, wirft mehrere Fragen auf. Erstens besteht nach den oben herausgearbeiteten Grundsätzen keine Verbindung zwischen Schaden und Ersparnisgewinn. Gleiches gilt für den vermeintlichen Preisaufschlag für das vereinbarte Produktionsverfahren. Dass der Käufer für minderwertige Ware weniger gezahlt hätte, ist eine Ausprägung des negativen Interesses, keinen anderen Vertrag abgeschlossen zu haben. Eine Korrektur des Preises kann lediglich über die Preisminderung gemäß Art. 50 S. 1 CISG erfolgen, die die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung schützt.³⁸⁵ Der Schadensersatzanspruch beschäftigt sich hingegen mit den Konsequenzen der vertragswidrigen Leistung für den Gläubiger, die mit der Ersparnis des Schuldners oder der Höhe des Kaufpreises grundsätzlich in keinem Zusammenhang stehen.³⁸⁶ Zweitens erscheint bereits unklar, welche Fälle der vertragswidrigen Lieferung überhaupt in die Kategorie der vertragswidrigen Leistungserparnis fallen.³⁸⁷ In der Diskussion wird vor allem auf die Verletzung ethischer oder ökologischer Produktionsstandards verwiesen.³⁸⁸ Inwieweit sich diese Vertragsverletzungen rechtlich von sonstigen Vertragswidrigkeiten im Sinne von Art. 35 Abs. 1, 2 CISG unterscheiden, bleibt indes unklar. So ist für jede vertragswidrige Lieferung grundsätzlich denkbar, dass der Verkäufer im Rahmen der Leistungserbringung Kosten eingespart hat und damit zur Vertragswidrigkeit beigetragen hat. Drittens bestehen praktische Schwierigkeiten bei der Gewinnherausgabe infolge einer *skipped performance*. So ergeben sich bei internationalen Lieferketten Ersparnisse an verschiedenen Punkten der Lieferkette. Wenn im Ergebnis die Ersparnis des Produzenten der Ware herausgegeben werden soll, wird diese Ersparnis in vielen Fällen nicht beim Verkäufer, sondern bei seinem Zulieferer oder einem Zulieferer seiner Zulieferer entstanden sein. Hier wird es generell schwierig sein, die Höhe der Leistungserparnis festzustellen. Die Ersparnis eines Zwischenhändlers hingegen kann allenfalls in der Auswahl eines kostengünstigen Zulieferers oder im Unterlassen eigener Nachforschungsmaßnahmen liegen. Solche Nachforschungsbemühungen eines Zwischenhändlers sind allerdings, wenn sie nicht gesondert vereinbart sind, kein eigenständiger Teil der Pflicht zur Lieferung vertragsgemäßer Ware im Sinne von Art. 35 CISG. Aus diesen Gründen ist auch die Festsetzung

³⁸⁴ § 39 Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment (2011), Illustration 7.

³⁸⁵ Siehe auch *Bock*, in: FS Schwenger, 175, 188, die die Gewinnherausgabe daher auch an Art. 50 CISG anknüpfen möchte. Siehe hierzu unten, S. 316 f.

³⁸⁶ *Bock*, in: FS Schwenger, 175, 188; siehe auch bereits ausdrücklich Secretariat Commentary, Art. 70, Comment 7: „[T]he contract price is not an element in the calculation of the damages“.

³⁸⁷ *Chen-Wishart*, 114 LQR (1998), 363, 366.

³⁸⁸ *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 99.

der Leistungersparnis des Verkäufers oder des Produzenten der Ware im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG abzulehnen.

2. Keine Gleichsetzung von Schaden und Gewinn zur Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG

Zur Begründung der Bemessung des Schadensersatzes anhand des Verletzererwerbs haben *Edgardo Muñoz* und *David Obey Ament-Guemez* vorgeschlagen, Art. 74 S. 1 CISG im Lichte des Gebots der Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG auszulegen.³⁸⁹ Eine solche Begründung der Gewinnherausgabe wahre einerseits die Kompensationsfunktion des Schadensersatzanspruchs und befinde sich andererseits im Einklang mit den Auslegungsmaximen des Art. 7 Abs. 1 CISG.³⁹⁰ Diese Schadensbestimmung unterscheide sich von einer echten Gewinnherausgabe, da es sich nicht um eine Sanktion handele.³⁹¹ Es sei lediglich in bestimmten Fällen der einzig faire und angemessene Weg, dem Grundsatz der Totalreparation zur Geltung zu verhelfen.³⁹² Richtig ist zunächst, dass gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel bei der Auslegung des Übereinkommens gefördert werden soll.³⁹³ Eine Ausfüllung des Schadensbegriffs im Lichte des guten Glaubens erscheint daher grundsätzlich möglich. Dennoch begegnet eine Gleichsetzung von Gewinn und Schaden im Lichte des guten Glaubens erheblichen Bedenken.

Zunächst schlagen *Muñoz* und *Ament-Guemez* diese Methode zum Teil für Fälle vor, die auch nach herkömmlichen Maßstäben unproblematisch sind. Veräußert etwa der Verkäufer eine einzigartige Speziessache an einen potentiellen Kunden des Käufers,³⁹⁴ spricht unabhängig vom *Gewinn* des Verkäufers viel dafür, dass auch der Käufer die Ware an diesen Kunden hätte veräußern können und einen vergleichbaren Gewinn hätte realisieren können. Für diese Fälle bedarf es keiner erweiternden Auslegung des Art. 74 S. 1 CISG. Vielmehr ist der Käufer sowohl nach den herkömmlichen Maßstäben gemäß Art. 74 S. 1 CISG als auch über den Commodumsanspruch hinreichend geschützt.

Des Weiteren scheint dem Vorschlag ein sehr weites Verständnis des guten Glaubens zugrunde zu liegen. Der gute Glaube wird als „standards of fair dealing and a common ethical sense“ umschrieben.³⁹⁵ Diese Formulierung

³⁸⁹ *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 219

³⁹⁰ *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 205.

³⁹¹ *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 205 f.

³⁹² *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 206.

³⁹³ Siehe hierzu oben, S. 37.

³⁹⁴ Siehe das Beispiel bei *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 209.

³⁹⁵ *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 209.

zeigt bereits, dass es weiterer Konkretisierungen bedürfte, um eine Verknüpfung von Verletzergegninn und Schaden zu begründen. Um den guten Glauben im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG vor solchen nationalen Vorprägungen zu bewahren, ist es im Sinne einer international einheitlichen Anwendung gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG sinnvoll, sich an besondere Ausprägungen dieses Rechtsprinzips im CISG und an international anerkannte Fallgruppen zu halten.³⁹⁶ Weder in den Bestimmungen des CISG noch in den international zur Ausfüllung des Gutgläubensgrundsatzes anerkannten Fallgruppen findet sich indes ein Anhaltspunkt, der eine Gleichsetzung von Gewinn und Schaden rechtfertigen würde. Verlustbasierte Schadensersatzansprüche infolge von Vertragsverletzungen stellen vielmehr den internationalen Standard dar und werden gemeinhin nicht als Verstoß gegen den guten Glauben wahrgenommen.³⁹⁷ Auch speziell für den internationalen Handel entwickelte und regelmäßig aktualisierte Instrumente wie die UNIDROIT Principles sehen eine Berechnung des Schadensersatzes anhand des Gewinns nicht vor.³⁹⁸

Schließlich spricht auch die Rechtsprechung nicht für eine solche Verknüpfung. Interessant ist in diesem Zusammenhang insbesondere das Urteil der *Cour d'appel de Grenoble*.³⁹⁹ *Edgardo Muñoz* und *David Obey Ament-Guemez* verweisen auf diese Entscheidung als Beispiel für eine Ausdehnung der Schadensersatzbestimmungen des Übereinkommens im Lichte des guten Glaubens, um dem Grundsatz der Totalreparation gerecht zu werden.⁴⁰⁰ Dieser Einordnung des Urteils kann hier nicht gefolgt werden. Der vom Appellationshof zugesprochene Schadensersatz in Höhe von 10.000 Franc fand seinen Grund nicht in einer Erweiterung des Schadensbegriffs gemäß Art. 74 S. 1 CISG, sondern vielmehr in einer missbräuchlichen Prozessführung durch die Käuferin (*procédure abusive*).⁴⁰¹ Die Käuferin hatte trotz der arglistigen Verletzung eines vertraglichen Reimportverbots und der folgenden Vertragsaufhebung durch die Verkäuferin auf die Lieferung weiterer Ware sowie Schadensersatz wegen Nichtlieferung geklagt.⁴⁰² Das Gericht sah in der Klageerhebung trotz der eigenen arglistigen Vertragsverletzung eine missbräuchliche Prozessführung.⁴⁰³ Zwar beruft sich das Gericht unter anderem auch auf

³⁹⁶ In diese Richtung auch *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 7, Rn. 28.

³⁹⁷ Siehe zur grundsätzlichen Prävalenz von kompensatorischen Rechtsbehelfen oben, S. 236 ff.

³⁹⁸ *McKendrick*, in: Vogenauer (Hrsg.), UPICC, Commentary, 2. Auflage 2015, Art. 7.4.2., Rn. 5.

³⁹⁹ *Cour d'appel Grenoble*, 22.2.1995, CISG France.

⁴⁰⁰ *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 *Geo. Mason J. Int'l Com. L.* (2017), 201, 210.

⁴⁰¹ *Cour d'appel Grenoble*, 22.2.1995, CISG France.

⁴⁰² *Cour d'appel Grenoble*, 22.2.1995, CISG France.

⁴⁰³ *Cour d'appel Grenoble*, 22.2.1995, CISG France: „[L]e comportement de la société P... A..., contraire au principe de bonne foi dans le commerce international, édicté par

den guten Glauben im internationalen Handel gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG, allerdings nur um den rechtsmissbräuchlichen Charakter der Prozessführung durch die Käuferin auch im internationalen Kontext des Rechtsstreites auszufüllen. Grundlage der Haftung für die missbräuchliche Prozessführung bleibt der deliktische Schadensersatzanspruch gemäß *ancien* Art. 1382 Code civil⁴⁰⁴.⁴⁰⁵ Selbst wenn man hieraus Schlüsse für die Reichweite des Gutgläubensgebots im Rahmen des Art. 74 CISG ziehen wollte, fehlt es schließlich an einer Verknüpfung von Verletzerge Gewinn und Schaden des Gläubigers. Vielmehr sprach die *Cour d'appel* mit 10.000 Franc eine pauschalisierte Summe zu, die sie in Anbetracht des Aufwands der Beklagten für angemessen hielt.⁴⁰⁶

Auch der von *Muñoz* und *Ament-Guemez*⁴⁰⁷ zitierte Schiedsspruch unter den Regeln der Stockholm Chamber of Commerce⁴⁰⁸ stützt keine grundsätzliche Verbindung von Schadensersatz und Verletzerge Gewinn im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG. In diesem Fall hatte der brasilianische Verkäufer dem chinesischen Käufer Drucksensoren geliefert und dessen Personal für die Integration der Sensoren in die Drucktransmitterproduktion des Käufers geschult und dabei auch vertrauliches Know-how zur Verfügung gestellt. Der Käufer hatte sodann unter Behauptung der Vertragswidrigkeit der Ware die Vertragsaufhebung erklärt, allerdings unter vertragswidriger Nutzung von Know-how des Verkäufers ein Konkurrenzprodukt entwickelt und durch dessen Verkauf Gewinne erzielt.⁴⁰⁹ Auf die Klage des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises hin verlangte der Verkäufer im Wege der Widerklage Schadensersatz wegen Nutzung des Know-hows in Höhe der voraussichtlichen Gewinne des Käufers über einen Zeitraum von zehn Jahren. Der Schiedsrichter sprach dem Verkäufer einen Schadensersatz in Höhe der Gewinne des Käufers über einen Zeitraum von zwei Jahren zu, da der Käufer in dieser Zeit das Produkt ohnehin ohne Nutzung der Geschäftsgeheimnisse des Verkäufers entwickelt hätte.⁴¹⁰ Dieser Schiedsspruch ist allerdings aus verschiedenen Gründen nur von sehr begrenzter Aussagekraft für eine Gewinnhaftung im CISG. Erstens wurde in diesem Fall zwar tatsächlich der Veräußerungserlös des Schuldners als Berechnungsgrundlage für einen Schadenser-

l'article 7 de la convention de Vienne, aggravé par la prise de position judiciaire de demandeur au procès, caractérise l'abus de procédure“.

⁴⁰⁴ Nouvel article 1240 C. civ.

⁴⁰⁵ Cass., Civ. 2^e, 12.4.2018, n° 17-16.945; *Courtieu*, in: *JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 131-30, n° 2.

⁴⁰⁶ Cour d'appel Grenoble, 22.2.1995, CISG France: „Que le trouble causé par le procès à la société B... PRODUCTION justifie l'allocation de la somme demandée“.

⁴⁰⁷ *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 *Geo. Mason J. Int'l Com. L.* (2017), 201, 210 f.

⁴⁰⁸ Stockholm Chamber of Commerce, 5.4.2007, (PACE).

⁴⁰⁹ Stockholm Chamber of Commerce, 5.4.2007, (PACE).

⁴¹⁰ Stockholm Chamber of Commerce, 5.4.2007, (PACE).

satzanspruch herangezogen, allerdings wohl unter der Annahme, dass der Verkäufer die vom Käufer selbst getätigten Geschäfte auch hätte vornehmen können. Die somit erfolgende Orientierung an üblichen Kriterien des entgangenen Gewinns im Sinne von Art. 74 S. 1 CISG wird unterstrichen durch die Beschränkung des Schadensersatzes auf den Zeitraum, den der Käufer wahrscheinlich gebraucht hätte, um die Technologie ohne Nutzung des Wissensvorsprungs des Verkäufers selbst zu entwickeln.⁴¹¹ Zweitens macht der Schiedsrichter deutlich, dass er den Gewinn des Käufers insbesondere zugrunde legt, da dieser sich trotz Aufforderung nicht dazu geäußert habe, ob die vom Verkäufer vorgetragene Geschäfte in die Schadensbemessung einfließen sollten oder welche Kosten angefallen waren.⁴¹² Der Käufer hatte sich trotz entsprechender Aufforderung geweigert, die entscheidenden Dokumente vorzulegen.⁴¹³ Schließlich ist bereits unklar, ob der Schiedsspruch überhaupt Art. 74 S. 1 CISG anwendet. Zwar unterlag der Kaufvertrag grundsätzlich dem CISG, allerdings begründet der Schiedsrichter die Schadensersatzpflicht des Käufers nicht über Art. 74 S. 1 CISG, sondern mit der Nutzung von „proprietary information“ des Verkäufers.⁴¹⁴ Es erscheint daher naheliegend, dass Grund für die Verknüpfung von Schadensberechnung und Veräußerungsgewinn nicht die Schadensbemessung im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG war, sondern die besondere Art der Pflichtverletzung, nämlich einer *breach of confidence* durch die vertragswidrige Nutzung fremder Geschäftsgeheimnisse.⁴¹⁵

3. Praktische Probleme der Gleichsetzung von Schaden und Gewinn

Gegen die Gleichsetzung von Schaden und Gewinn des Schuldners sprechen auch einige praktische Probleme, nämlich die Berücksichtigung der Gewinnerzielungskosten (a) sowie das Fehlen eines Anspruchs auf Auskunft und Rechnungslegung (b).

a) Abzug der Kosten der Gewinnerzielung

Das erste Problem besteht in Form der zur Erzielung des Gewinns durch den Schuldner aufgetragenen Kosten. Hierzu gehören sowohl konkrete Transakti-

⁴¹¹ Stockholm Chamber of Commerce, 5.4.2007, (PACE): „the first question that I must pose is whether, without the unauthorised use of [Seller]’s proprietary information, [Buyer] would have developed the necessary information itself over a period of time.“

⁴¹² Stockholm Chamber of Commerce, 5.4.2007, (PACE), para. 174, 176.

⁴¹³ Stockholm Chamber of Commerce, 5.4.2007, (PACE), para. 177.

⁴¹⁴ Stockholm Chamber of Commerce, 5.4.2007, (PACE), para. 177: „[O]ne party has derived a benefit from the misuse of another party’s confidential and proprietary information“.

⁴¹⁵ Siehe zu den besonderen Rechtsfolgen bei Verletzung einer solchen Vertraulichkeitspflicht oben, S. 253 ff.

onskosten, wie etwa Informations-, Rechtsberatungs- und Abwicklungskosten, aber auch die anteilmäßige Berücksichtigung von Gemeinkosten, die auf die Erzielung des Gewinns verwendet wurden. Die Vorschläge, den Schaden anhand des Gewinns zu bemessen, scheinen auf einen Kostenabzug vollends zu verzichten.⁴¹⁶ Ein vollständiger Verzicht auf einen Kostenabzug wäre allerdings mit der Kompensationsfunktion nicht vereinbar. Zum einen erhalte nämlich der Gläubiger mehr als er selbst hätte realisieren können, da auch er Kosten für die Erzielung des Gewinns hätte aufwenden müssen. Zum anderen wird der Schuldner über seinen eigenen Gewinn hinaus belastet, da er den Erlös herausgeben soll und seine Kosten selbst tragen muss. Diese Bereicherung des Gläubigers auf Kosten des Schuldners wäre allenfalls mit Abschreckungs- oder Straferwägungen zu rechtfertigen, die nach hier vertretener Ansicht im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG nicht maßgeblich sein können.⁴¹⁷

Eine Berücksichtigung der Kosten des Schuldners wäre demgegenüber ihrerseits in vielerlei Hinsicht problematisch. Zum einen müssten auf Grundlage des Kompensationsprinzips grundsätzlich die hypothetischen Kosten maßgeblich sein, die der Gläubiger hätte speziell aufwenden müssen, um den Gewinn zu erzielen.⁴¹⁸ Diese Frage ist indes in der Regel nicht zu beantworten, da beide Parteien unter verschiedenen Voraussetzungen und in verschiedenen Märkten operieren.⁴¹⁹ Umgekehrt verstieße auch eine Berücksichtigung der Kosten des Schuldners gegen das Ausgleichsprinzip. Selbst wenn man aus praktischen Gründen eher die Kosten des Schuldners abziehen wollte, müsste hierzu der Schuldner seine Kosten im Einzelnen darlegen. Da grundsätzlich die Beweislast für den Anspruchsumfang des Schadensersatzes gemäß Art. 74 S. 1 CISG beim Gläubiger liegt, würde dies einen Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung voraussetzen.

b) *Kein Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung*

Das zweite praktische Problem besteht im Fehlen von Auskunftsansprüchen des Gläubigers gegenüber dem Schuldner. Wenn der Gewinn des Schuldners nicht zufällig bekannt ist, etwa, wenn der Schuldner ihn selbst offengelegt hat oder der Gläubiger Informationen von anderen Marktteilnehmern erhalten hat, ist fraglich, auf welcher Grundlage der Gläubiger Informationen über den Schuld-

⁴¹⁶ Siehe etwa *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 74, para. 8, 45, die wohl für eine Abschöpfung des gesamten Gewinns eintritt.

⁴¹⁷ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 260 ff.

⁴¹⁸ Siehe für diese Grundregel etwa *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 36; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 74, Rn. 27; siehe auch *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, 276.

⁴¹⁹ *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, 276.

nergewinn erlangen kann. In der Regel kann dies nur über einen materiellen oder prozessualen Anspruch auf Auskunft oder Rechnungslegung erreicht werden.⁴²⁰

Das Übereinkommen sieht keinen allgemeinen Auskunftsanspruch vor. Für die Versicherung der Ware ist ein besonderer Auskunftsanspruch in Art. 32 Abs. 3 CISG vorgesehen, dessen Zweck indes darin besteht, den Käufer in Lage zu versetzen, eine Versicherung für die Ware abzuschließen.⁴²¹ Diese spezielle Regelung ist daher kaum auf den Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 CISG übertragbar. Ein anderer Anhaltspunkt könnte in Art. 88 Abs. 3 CISG gesehen werden. Hier nimmt die überwiegende Meinung einen Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung der anderen Partei gegenüber der erhaltungspflichtigen Partei an, um die Höhe des Anspruchs der Erlösherausgabe zu bestimmen.⁴²² Allerdings wird hier die erhaltungspflichtige Partei durch die Veräußerung für fremde Rechnung tätig. Diese Situation unterscheidet sich grundlegend von der Bestimmung des Schadensersatzanspruchs des Gläubigers unabhängig von einer Veräußerung für fremde Rechnung im Sinne von Art. 88 Abs. 1, 2 CISG. Es scheint daher vielmehr an einem allgemeinen Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung zu fehlen.⁴²³ Einen solchen Anspruch allein aus dem guten Glauben gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG herzuleiten, erscheint zu weitgehend, da eine solche Auskunft nur der anderen Partei dient und den Interessen des Schuldners in aller Regel zuwiderläuft.

Die Möglichkeit der Bemessung des Schadens anhand des Gewinns des Gläubigers hinge daher davon ab, inwieweit das gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG anwendbare interne Recht einen ergänzenden prozessualen oder materiellrechtlichen Auskunftsanspruch gewährt. Die Abhängigkeit der Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs von solchen Auskunftsansprüchen des internen Rechts würde die international einheitliche Anwendung von Art. 74 CISG in Frage stellen.

Auch die praktische Umsetzung einer allgemeinen Gleichsetzung von Schaden und Gewinn erscheint daher problematisch. Es soll daher geprüft werden, ob sich zumindest die mit der Gewinnhaftung verwandte Verhandlungsfiktion mit dem Übereinkommen vereinbaren lässt.

III. Die Verknüpfung von Verletzergewinn und Schaden in Form einer Verhandlungsfiktion

Neben der Gleichsetzung von Schaden und Gewinn bestehen andere Formen der Verknüpfung von Verletzergewinn und Schaden. Für das CISG relevant

⁴²⁰ Bock, in: FS Schwenzer, 175, 181.

⁴²¹ *Al Deb'i*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.7.2020, Art. 32, Rn. 17; Gruber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 32, Rn. 14; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 32, Rn. 14.

⁴²² Jentsch, Erhaltungspflichten, 115 f.; siehe hierzu ausführlich oben, S. 147 f.

⁴²³ So wohl auch Jentsch, Erhaltungspflichten, 115 f.

ist vor allem eine mögliche Bemessung des Schadensersatzes anhand einer hypothetischen Ablösegebühr im Wege einer Verhandlungsfiktion (*negotiating damages*). Nach der Vorstellung der Grundgedanken der Verhandlungsfiktion (1.) und einer kurzen Einordnung dieser Form der Anspruchsbemessung (2.) soll die Vereinbarkeit dieser Figur mit der Schadensbemessung gemäß Art. 74 CISG überprüft werden (3.).

1. Grundgedanken der Verhandlungsfiktion (*negotiating damages*)

Eine Verknüpfung von Verletzergegnung und Schaden wird zum Teil auch in Gestalt einer Herausgabe einer hypothetischen Ablösegebühr gesehen. In der deutschen Literatur wird in der Regel in Anlehnung an das Immaterialgüterrecht von einer hypothetischen Lizenzgebühr gesprochen.⁴²⁴ Im englischen Recht hat sich der *Supreme Court* für die Bezeichnung *negotiating damages* ausgesprochen.⁴²⁵ Gerade das englische Recht ist reich an Anwendungsbeispielen dieser Art von Schadensersatz für Vertragsverletzungen,⁴²⁶ auch wenn die Zulässigkeit einer solchen Schadensbemessung vom *Supreme Court* in der Entscheidung *One Step v Morris-Garner* eingeschränkt wurde.⁴²⁷ Beispiele für eine solche Art der Schadensbemessung finden sich auch im jüngeren europäischen Richtlinienrecht.⁴²⁸ Der Schadensersatz orientiert sich grundsätzlich an dem Betrag, den vernünftige Parteien für die Erlaubnis, die Vertragsverletzung zu begehen, vereinbart hätten.⁴²⁹ Sowohl in *Wrotham Park* als auch in *Hendrix Experience*⁴³⁰ wurde dieser Betrag als Anteil des Gewinns der vertragsbrüchigen Partei bestimmt. Besonders relevant ist dies für Unterlassungspflichten, deren Verletzung nicht zu einem messbaren Schaden des Gläubigers geführt hat.⁴³¹

⁴²⁴ Dornscheidt, Gewinnhaftung, 142.

⁴²⁵ *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner and another*, [2018] 2 WLR, 1353, 1358 (SC) (per Lord Reed), mit Verweis auf *Lunn Poly Ltd v Liverpool & Lancashire Properties Ltd* [2006] 2 EGLR 29, para. 22 (per Neuberger LJ); siehe hierzu ausführlich oben, S. 249.

⁴²⁶ *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc*, [2003] EWCA Civ 323, at para. 45; *Gafford v Graham*, (1999) 77 P. & C.R. 73 (CA); *Jaggard v. Sawyer*, [1995] 1 WLR 269 (CA).

⁴²⁷ *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1384 (SC) (per Lord Reed); *Burrows*, 134 LQR (2018), 515, 521; siehe hierzu ausführlich oben, S. 249 ff.

⁴²⁸ Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, Art. 14 Abs. 2; Richtlinie (EG) 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Art. 13 Abs. 1 lit. b.

⁴²⁹ *Chen-Wishart*, Contract Law, 531.

⁴³⁰ *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc*, [2003] EWCA Civ 323.

⁴³¹ *McGregor*, Damages, para. 12-035; siehe auch Dornscheidt, Gewinnhaftung, 143.

2. Die Einordnung der Verhandlungsfiktion

Die Rechtsnatur einer solchen Bestimmung des Schadensersatzes anhand einer fiktiven Ablösegebühr ist insbesondere im englischen Recht umstritten.⁴³² Während einige diese Form des Ersatzes als kompensatorisch einordnen,⁴³³ sehen andere hierin eine Manifestation präventiver,⁴³⁴ bereicherungsrechtlicher⁴³⁵ oder vindikatorischer⁴³⁶ Rechtsgedanken. Der englische *Supreme Court* hat sich inzwischen eindeutig für eine kompensatorische Deutung ausgesprochen und einer Ausweitung bereicherungsrechtlicher Rechtsbehelfe im Vertragsrecht über *Attorney-General v Blake* hinaus eine Absage erteilt.⁴³⁷ Die Widersprüche zu den Grundlagen des Ausgleichsgedankens konnten allerdings in der Entscheidung nicht aufgelöst werden.⁴³⁸ Eine ähnliche Diskussion findet sich im deutschen Recht zur sogenannten dreifachen Schadensberechnung bei Immaterialgüterrechtsverletzungen.⁴³⁹ Das europäische Sekundärrecht nimmt eine schadensrechtliche Einordnung vor,⁴⁴⁰ der sich nun auch der deutsche Umsetzungsgesetzgeber angeschlossen hat.⁴⁴¹

Für das Übereinkommen ist zunächst in Abgrenzung zur oben beschriebenen Gewinnhaftung festzuhalten, dass diese Form des Schadensersatzes keine Gewinnherausgabe im engeren Sinne darstellt. Zum einen ist nicht der durch die vertragsbrüchige Partei realisierte Gewinn insgesamt herauszugeben, sondern allenfalls ein Gewinnanteil. Zum anderen bestimmt sich die Höhe

⁴³² *Burrows*, in: Saidov/Cunnington (Hrsg.), *Contract Damages*, 165, 185; *Dornscheidt*, *Gewinnhaftung*, 148 ff.

⁴³³ *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1382 f. (SC) (*per Lord Reed*); *Jaggard v Sawyer* [1995] 1 WLR 269, 291 f. (CA) (*per Millet LJ*); *World Wide Fund for Nature v World Wide Wrestling Federation*, [2006] EWHC 184 (Ch); *World Wide Fund for Nature v World Wide Wrestling Federation*, [2007] EWCA Civ 286, at para. 59 (*per Lord Chadwick*); *Sharpe/Waddams*, 2 OJLS (1982), 290, 297; *Tettenborn*, 14 RLR (2006), 112, 113.

⁴³⁴ *Barnett*, *Account of Profits*, 95.

⁴³⁵ In diese Richtung *Surrey Council v Bredero Homes Ltd*. [1993] 1 WLR. 1361, 1369 (*per Lord Steyn*); *Campbell/Harris*, 22 *Legal Stud.* (2002), 208, 214 f.; *Cunnington*, 3 *J. Obligations & Remedies* (2004), 46, 50; *Edelman*, 9 RLR (2001), 104, 105; *McGregor*, *Damages*, 17. Auflage 2003, para. 12-023.

⁴³⁶ *Jaffey*, 19 RLR (2011), 95, 107; *Pearce/Halson*, 28 OJLS (2008), 73, 93; ähnlich auch der substitutive Ansatz: *Stevens*, in: Robertson/Nolan (Hrsg.), *Rights and Private Law*, 115, 125; *Winterton*, 76 *Mod. L. Rev.* (2013), 1129, 1138.

⁴³⁷ *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1382 f. (SC) (*per Lord Reed*).

⁴³⁸ *Burrows*, 134 LQR (2018), 515, 521.

⁴³⁹ *Rüßmann*, in: *jurisPK-BGB*, 9. Auflage 2020, § 251, Rn. 40.

⁴⁴⁰ Art. 14 Abs. 2 S. 2 Richtlinie (EU) 2016/943; Art. 13 Abs. 1 lit. b Richtlinie (EG) 2004/48.

⁴⁴¹ Siehe etwa §97 Abs. 2 S. 3 UrhG; §139 Abs. 2 S. 3 PatG; § 14 Abs. 6 S. 3 MarkenG.

des Anspruchs nicht zwangsläufig danach, welchen Gewinn der Gläubiger durch die Vertragsverletzung realisiert hat.⁴⁴² Eine Verknüpfung mit dem Gewinn des Gläubigers kann allenfalls indirekt hergestellt werden, wenn ein Anteil des erwarteten oder realisierten Gewinns als angemessenes Ergebnis hypothetischer Verhandlungen festgelegt wird.⁴⁴³ Entscheidend ist damit also nicht unbedingt, ob und in welcher Höhe der Gläubiger einen Gewinn erzielt hat.⁴⁴⁴ Im Rahmen hypothetischer Verhandlungen ist eher der *ex ante* erwartete Gewinn maßgeblich,⁴⁴⁵ da entscheidend ist wie viel die vertragsbrüchige Partei unter normalen Umständen für den Vorteil hätte zahlen müssen, den sie sich vertragswidrig verschafft hat.⁴⁴⁶ Diese Überlegung spricht für eine Einordnung dieses Anspruchs als funktional bereicherungsrechtliche Vorteilshaftung. Der Schuldner wird gezwungen, den vertragswidrig gezogenen Vorteil zu vergüten, unabhängig davon, ob dem Gläubiger daraus ein messbarer Schaden erwachsen ist.⁴⁴⁷ Trotz dieser bereicherungsrechtlichen Einordnung, die einer Eingliederung in den durch den Ausgleichsgedanken geprägten Schadensersatzanspruch entgegensteht, soll im Einzelnen geprüft werden, ob die *negotiating damages* bei autonomer Auslegung und Weiterentwicklung des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG auf den Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 S. 1 CISG übertragen werden können.

3. Mögliche Übertragung der Verhandlungsfiktion auf das CISG?

Fraglich ist, ob eine solche hypothetische Verhandlungslösung mit den Grundsätzen der Schadensbemessung in Art. 74 CISG vereinbar ist. Wie oben bereits ausgeführt, ist die konkrete Bemessung des Schadens des Gläubigers grundsätzlich offen.⁴⁴⁸ Es sind allerdings die normativen Vorgaben von Art. 74 S. 1 CISG und des Übereinkommens insgesamt zu achten, insbesondere die Grundsätze der Totalreparation und des Bereicherungsverbots. Aus dem Bereicherungsverbot folgt zunächst, dass mit dem Übereinkommen keinerlei Aufschläge, wie etwa ein Duplum⁴⁴⁹ oder eine Prämie als Anreiz zur

⁴⁴² *Jaggard v Sawyer* [1995] 1 WLR 269, 291 f. (CA) (*per Millet LJ*).

⁴⁴³ *Wrotham Park Estate Co. Ltd v. Parkside Homes Ltd. And Others*, [1974] 1 WLR 798, 815; *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc*, [2003] EWCA Civ 323, para. 26.

⁴⁴⁴ *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc*, [2003] EWCA Civ 323, para. 26.

⁴⁴⁵ *Pell Frischmann Engineering Ltd v Bow Valley Iran Ltd & others (Rev 2)*, [2009] UKPC 45, para. 55, *Beale*, in *Chitty on Contracts*, n° 26-054; *Chen-Wishart*, *Contract Law*, 531; *Dornscheidt*, *Gewinnhaftung*, 143.

⁴⁴⁶ *Chen-Wishart*, *Contract Law*, 531.

⁴⁴⁷ *Edelman*, *Gain-based damages*, 99 ff.

⁴⁴⁸ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 281 f.

⁴⁴⁹ Siehe in diesem Sinne etwa die GEMA Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, BGH, 24.6.1955, BGHZ 17, 376, 383; BGH, 10.3.1972, BGHZ 59, 286, 287 ff.; *Flume*, in:

Klageerhebung für den Kläger,⁴⁵⁰ vereinbar sind. Eine hypothetische Ablösegebühr kann im Rahmen von Art. 74 CISG daher allenfalls erwogen werden, wenn keinerlei Zuschläge mit Abschreckungs- oder Genugtuungsfunktion enthalten sind.

Darüber hinaus ist allerdings grundsätzlich fraglich, ob die Hypothese, dass die nicht gezahlte Ablösegebühr als der aus der Vertragsverletzung resultierende Schaden im Sinne von Art. 74 CISG angesehen werden kann, mit dem Übereinkommen vereinbar ist. Schwierigkeiten ergeben sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 74 CISG selbst. Dort heißt es, dass der Verlust infolge der Vertragsverletzung (*as a consequence of a breach*) auszugleichen ist. Die Vertragsverletzung des Schuldners besteht allerdings nicht darin, dass er nicht über eine Vertragsänderung verhandelt hat, sondern in der tatsächlichen Vertragsverletzung, im Falle einer Verletzung einer Unterlassungspflicht etwa im Begehen der untersagten Handlung. Der Begriff der Vertragsverletzung in Art. 74 CISG kann mit anderen Worten nicht durch das Unterlassen des Abschlusses eines anderen Vertrages oder des Herbeiführens einer Vertragsänderung ersetzt werden. Die konkrete Bemessung des Schadens im Sinne von Art. 74 S. 1 CISG ist zwar grundsätzlich offen,⁴⁵¹ allerdings nur insoweit der Schaden noch eine Folge der Vertragsverletzung ist. Hierin besteht ein wichtiger Unterschied zum in der englischen Literatur geführten Diskurs, in dem die Funktion und die Reichweite des Rechtsbehelfs *damages* im Mittelpunkt der Debatte steht.⁴⁵²

Gegen eine solche Bemessung des Schadensersatzes spricht auch der oben beschriebene Ausgleichszweck des Schadensersatzes. Die hypothetische Ablösegebühr ist eine Fiktion, die einen Rechtsbehelf, der einen Vorteil abschöpft, in ein kompensatorisches Korsett zwingen will.⁴⁵³ Besonders deutlich wird dies, wenn feststeht, dass der Gläubiger nicht bereit oder nicht befugt gewesen wäre, den Vertrag gegen eine Ablösegebühr zu ändern.⁴⁵⁴ Dies zeigte sich bereits in *Wrotham Park* selbst, in der die Gläubiger rechtlich an einer solchen Anpassung gegen eine Ablösegebühr gehindert gewesen wären.⁴⁵⁵ Ähnliches gilt häufig im Rahmen von Vertriebsketten oder Netzwerken, in denen der Gläubiger selbst eine Vertragsverletzung gegenüber einem

BeckOK-BGB, 54. Edn. 2020, § 249, Rn. 52; *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 249, Rn. 206.

⁴⁵⁰ *Temple*, 20 Denning Law Journal (2008), 87, 101.

⁴⁵¹ *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 203; *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenzer/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 97.

⁴⁵² *Hachem*, in: FS Schwenzer, 647, 662; siehe ausführlich *Edelman*, McGregor on Damages, para. 1-001; *Winterton*, Money Awards, 117.

⁴⁵³ Treffend *Edelman*, 9 RLR (2001), 104, 109: „Compensation Straight-Jacket“.

⁴⁵⁴ *Burrows*, in: Saidov/Cunnington (Hrsg.), Contract Damages, 165, 185.

⁴⁵⁵ *Wrotham Park Estate Co. Ltd v. Parkside Homes Ltd. And Others*, [1974] 1 WLR 798, 805.

Dritten begehen würde, wenn er etwa den Reimport von Waren vertraglich zulassen würde.⁴⁵⁶ Würde der Schuldner in diesen Fällen in Kenntnis dieser Beschränkung des Gläubigers auf eine vertragliche Lockerung hinwirken, könnte dies aufgrund vorsätzlicher Verleitung zum Vertragsbruch in vielen Rechtsordnungen zur Sittenwidrigkeit des Änderungsvertrages führen⁴⁵⁷ oder dem Dritten gegenüber ein Delikt darstellen.⁴⁵⁸ In diesem Licht ist die Überlegung einer hypothetischen Ablösegebühr letztlich ein Kunstgriff, um eine Verbindung zum hypothetischen Gläubigervermögen herzustellen und daraus die kompensatorische Rechtsnatur des Anspruchs zu begründen.⁴⁵⁹ In Wahrheit handelt es sich indes um die Zahlung einer angemessenen Vergütung für die vertragswidrige Ziehung eines Vorteils auf Kosten des Gläubigers. Diese Art von Haftung stellt eine funktional bereicherungsrechtliche Vorteilsvergütung und keinen Ausgleich für einen Schaden dar. Der auf diese Weise verwirklichte bereicherungsrechtliche Schutz verlässt den Boden des Ausgleichszwecks und weist dem Gläubiger unter Verstoß gegen das Bereicherungsverbot Vorteile des Gläubigers zu. Mit Art. 74 CISG ist diese Form der Anspruchsbemessung daher nicht vereinbar.

IV. Auswirkungen des Verletzererwerbs auf den Schadensnachweis

In engem Zusammenhang mit der Bemessung des Schadensersatzes gemäß Art. 74 S. 1 CISG steht die Frage des Schadensnachweises. Wenn schon der Gewinn nicht als solcher vom Schadensersatz erfasst ist und grundsätzlich auch nicht als Bemessungsgrundlage herangezogen werden kann, ist fraglich, ob sich das Vorliegen eines Verletzererwerbs auf den Schadensnachweis gemäß Art. 74 S. 1 CISG auswirken kann. Dies ist gesondert für die Fragen der Beweislast und des Beweismaßes zu klären.

1. Die Beweislast für den Schaden

Die Beweislast fällt nach mittlerweile wohl überwiegender Ansicht grundsätzlich in den Regelungsbereich des Übereinkommens im Sinne von Art. 7

⁴⁵⁶ Siehe etwa den Sachverhalt in Cour d'appel Grenoble, 22.2.1995, CISG France; siehe hierzu ausführlich oben, S. 287 f.

⁴⁵⁷ Siehe etwa für das deutsche Recht zu § 138 Abs. 1 BGB: BGH NJW 1988, 1716, 1718; Sack/Fischinger, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2017], § 138, Rn. 470.

⁴⁵⁸ Siehe etwa für das deutsche Recht § 826 BGB: Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 826, Rn. 71 ff.; siehe etwa für das englische Recht zum *inducement of breach of contract*: Cunnington, in: Robertson (Hrsg.), Law of Obligations, 169, 171 ff.; siehe auch rechtsvergleichend zum deutschen und englischen Recht, Rauser, Vorsätzliche Eingriffe in fremde Vertragsbeziehungen.

⁴⁵⁹ Cunnington, 66 CLJ (2007), 507, 509; Edelman, 9 RLR (2001), 104, 109.

Abs. 2 CISG und ist den jeweiligen Vorschriften des CISG zu entnehmen.⁴⁶⁰ Allgemein folgt das Übereinkommen dem Grundsatz, dass jede Partei die ihr günstigen Tatsachen zu beweisen hat.⁴⁶¹ Daher gilt grundsätzlich, dass der Gläubiger im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG den Schaden nachzuweisen hat.⁴⁶² Fraglich ist, ob das Vorliegen eines Verletzergewinns zu einer Beweislastumkehr führen kann, so dass die vertragsbrüchige Partei zu beweisen hat, dass dem Gläubiger kein Schaden in dieser Höhe entstanden ist.⁴⁶³ Für eine solche Umkehr der Beweislast spricht wenig. Zwar sind im Rahmen des CISG Ausnahmen vom oben genannten Grundsatz *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* anerkannt.⁴⁶⁴ Ein erster Anknüpfungspunkt für eine Beweislastumkehr kann der Grundsatz der Beweisnähe (*proximity rule*) darstellen.⁴⁶⁵ Für den vertragsbrüchigen Schuldner ist es indes deutlich schwieriger als für den Gläubiger darzulegen und zu beweisen, dass dieser keinen Schaden erlitten hat. Die Beweisnähe spricht eher dafür die Beweislast beim Gläubiger zu belassen. Ein zweiter Gedanke könnte im Verbot des *venire contra factum proprium* gesehen werden.⁴⁶⁶ Hiernach könnte der vertragsverletzenden Partei die Beweislast übertragen werden, wenn sie selbst für die Beweisnot der anderen Partei verantwortlich ist, etwa wenn sie den Beweis des Schadens vereitelt hat. Die bloße Tatsache, dass der Schuldner von der Vertragsverletzung profitiert hat, beeinträchtigt allerdings die Beweismöglichkeiten des Gläubigers hinsichtlich seines Verlustes nicht. Um eine Beweislastumkehr rechtfertigen zu können, müsste vielmehr ein besonderes

⁴⁶⁰ BGH, 30.6.2004, NJW 2004, 3181, 3183; BG IHR 2004, 215, 219, mit Anm. Mohs, IHR 2004, 219, 221; Djordjevic, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 4, para. 34; Ferrari, Int'l Bus. L.J. (2000), 665, 667; Jung, Beweislastverteilung, 44; Kröll, 2011 Annals Fac. L. Belgrade Int'l Ed., 162, 169; Koller/Mauerhofer, in: FS Schwenger, 963, 964; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 4, Rn. 63; Müller, Beweislastverteilung, 34; Schwenger/Hachem, in: Schlechtriem/Schwenger (Hrsg.), CISG, Commentary, 4. Auflage 2016, Art. 4, para. 25; kritisch Gillette/Walt, UN Convention, 347; Honnold/Flechtner, para. 70.1; zurückhaltend auch Schlechtriem/Schroeter, Rn. 211.

⁴⁶¹ Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 56;

⁴⁶² Bach, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 66; Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 60.

⁴⁶³ Schmidt-Ahrendts, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 99; siehe hierzu bereits oben zur Frage einer tatsächlichen Vermutung, S. 283.

⁴⁶⁴ BGH, 30.6.2004, NJW 2004, 3181 f.; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 4, Rn. 69.

⁴⁶⁵ BGH, 30.6.2004, NJW 2004, 3181 f.; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 4, Rn. 69.

⁴⁶⁶ Grundsätzlich für die Geltung dieses Grundsatzes: Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 7, Rn. 25, 43; Perales Viscasillas, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 64.

treuwidriges Verhalten des Schuldners hinzutreten, das sich spezifisch auf die Beweismöglichkeiten des Gläubigers ausgewirkt hat. Im Übrigen wird eine Beweislastumkehr erwogen, wenn besondere Gründe der Billigkeit und Beweisnot eine solche zwingend geboten erscheinen lassen.⁴⁶⁷ Solche Gründe werden naturgemäß nur in besonderen Ausnahmefällen vorliegen und rechtfertigen sich insbesondere nicht schon aus einer bewussten, profitablen Vertragsverletzung des Schuldners. Diesem *cynical breach* fehlt in der Regel ein beweispezifisches Element, das eine ausnahmsweise Belastung des Schuldners mit der Beweislast als gerechtfertigt erscheinen ließe. Etwas anderes mag nur gelten, wenn der Schuldner auch bewusst die Beweismöglichkeiten des Gläubigers beeinträchtigt.

2. Das Beweismaß für den Schadensnachweis

Fraglich ist allerdings, ob im Lichte des Verletzergegnungs eine Beweiserleichterung oder eine Absenkung des Beweismaßes anerkannt werden sollte. Dies wird teilweise für vorsätzliche oder besonders schwerwiegende Vertragsverletzungen erwogen.⁴⁶⁸ Ob die Frage des Beweismaßes überhaupt in den Regelungsbereich des Übereinkommens fällt, ist sehr streitig.⁴⁶⁹ Die wohl mittlerweile überwiegende Ansicht bejaht dies jedenfalls für den Schadenersatzanspruch gemäß Art. 74 S. 1 CISG und verlangt für den Schadensnachweis einen *reasonable degree of certainty*.⁴⁷⁰ Eine solche Lösung stimmt grundsätzlich überein mit den Nachweisanforderungen hinsichtlich des Schadens in Art. 7.4.3 (1) UPICC und Art. 9:501 (2) (b) PECL.⁴⁷¹ Zweifelhaft erscheint indes, warum sich für besonders schwerwiegende Vertragsverletzungen eine Absenkung des Beweismaßes ergeben soll. Da die Gewinnerzielung selbst weder eine tatsächliche Vermutung rechtfertigt noch grundsätzlich

⁴⁶⁷ BGH, 30.6.2004, NJW 2004, 3181 f.

⁴⁶⁸ *Hachem*, in: FS Schwenger, 647, 666; *Schwenger/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 103.

⁴⁶⁹ Für die Regelung des Beweismaßes im Übereinkommen, CISG-AC, Opinion no. 6, Calculation of Damages under CISG Art. 74, Rapporteur: *Gotanda*, Comment, 2.1. ff.; *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 74, para. 18 ff.; *Koller/Mauerhofer*, in: FS Schwenger, 963, 979; *Schwenger/Hachem*, 91, 99; *contra Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 59; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 74, Rn. 47; *Zeller*, Damages, 122.

⁴⁷⁰ CISG-AC, Opinion no. 6, Calculation of Damages under CISG Art. 74, Rapporteur: *Gotanda*, Rule 2; *Koller/Mauerhofer*, in: FS Schwenger, 963, 979; *Schwenger/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 99; kritisch zu diesem Beweismaß *Gillette/Walt*, UN Convention, 349 f.

⁴⁷¹ *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 74, para. 18 ff.; *Schwenger/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 99.

die Beweismöglichkeiten des Gläubigers einschränkt, wären allenfalls Präventions- oder Strafgedanken geeignet, eine solche Absenkung zu rechtfertigen. Diese können jedoch auch im Rahmen der Regelung des Schadensnachweises gemäß Art. 74 S. 1 CISG keine Rolle spielen.⁴⁷² Es bleibt dabei unabhängig von der Schwere der Vertragsverletzung oder der Gewinnerzielung des Schuldners grundsätzlich beim Beweismaß der *reasonable certainty* oder, nach anderer Ansicht, beim Beweismaß des anwendbaren internen Rechts.

F. Exkurs: Wege aus der Unterkompensation

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Gewinnherausgabe oder die Bemessung des Schadensersatzes anhand des Verletzergewinns nicht mit dem CISG vereinbar ist. Die Forderung einer solchen Gewinnherausgabe wird oft mit dem Hinweis versehen, der vom Ausgleichsgedanken geprägte Schadensersatzanspruch sei nicht hinreichend geeignet, das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung des Vertrages zu schützen⁴⁷³ und führe zu einer strukturellen Unterkompensation des Gläubigers.⁴⁷⁴ Diesem Eindruck soll hier entgegengetreten werden, denn unter Zuhilfenahme der übrigen Rechtsbehelfe des Übereinkommens sowie einer Berücksichtigung besonderer Schadensposten im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG lassen sich die meisten der diskutierten Fälle angemessen lösen. Eine volle Aufbereitung des Schadensrechts kann hier nicht erfolgen.⁴⁷⁵ Daher sollen nur im Hinblick auf einige problematische Fallgruppen, für die auch eine Gewinnhaftung erwogen wird, alternative Lösungen vorgeschlagen werden. Erstens sollten die übrigen Rechtsbehelfe des CISG nutzbar gemacht werden (I.). Zweitens sollten bestimmte Schadenspositionen anerkannt werden, um eine Unterkompensation des Gläubigers zu vermeiden (II.). Drittens sollte dem Gericht im Zweifelsfall die Schätzung des Schadens offenstehen (III.).

I. Der Schutz des Käufers durch andere Rechtsbehelfe

Die Unterkompensation des Gläubigers in bestimmten Fällen kann auch durch die konsequente Anwendung anderer Rechtsbehelfe des Übereinkommens vermieden werden.

⁴⁷² Siehe hierzu ausführlich oben, S. 260 ff.

⁴⁷³ *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 6 f., 43.

⁴⁷⁴ *Bock*, in: FS Schwenzer, 175, 180 f.; *Hachem*, in: FS Schwenzer, 647, 662; *Schwenzer/Hachem*, in: Saidov/Cunnington (Hrsg.), Contract Damages, 91, 102 f.; *Demir*, Schadensersatzregelung, 136.

⁴⁷⁵ Siehe insbesondere *Brölsch*, Schadensersatz; *Demir*, Schadensersatzregelung.

Die ersten bedeutsamen Rechtsbehelfe bestehen im Naturalerfüllungsanspruch gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG sowie im Anspruch auf das stellvertretende commodum. Der vertragswidrige Doppelverkauf kann entsprechend der oben entwickelten Grundsätze unabhängig von einem Schaden des Gläubigers durch den Anspruch auf das stellvertretende commodum gelöst werden. Das Problem eines *windfall* besteht jedenfalls insoweit nicht, als dass es sich um eine Fortsetzung des Naturalerfüllungsanspruchs handelt, dem eine Zuweisung des Leistungsgegenstandes an den Gläubiger zu entnehmen ist.⁴⁷⁶ Im Übrigen wird die Gegenleistung des Gläubigers aufrechterhalten.⁴⁷⁷

Der zweite relevante Rechtsbehelf ist die Preisminderung gemäß Art. 50 CISG. Diese wird insbesondere für die meisten Fälle der sogenannten *skimped performance* Bedeutung erlangen, in denen der Gläubiger vertragswidrig Leistungsaufwand einspart, dem Gläubiger allerdings kein Schaden entsteht.⁴⁷⁸ Eine Minderung im Sinne von Art. 50 CISG ist bereits dann möglich, wenn die gelieferte Ware weniger wert ist als vertragsgemäße Ware, ohne dass es auf einen Schaden des Gläubigers im Sinne von Art. 50 CISG ankäme.⁴⁷⁹ Die Preisminderung schützt die vertragliche Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung und nicht das Erfüllungsinteresse selbst.⁴⁸⁰ Eine Lösung anhand der Preisminderung gemäß Art. 50 CISG scheidet daher nur aus, wenn die Vertragswidrigkeit keine Auswirkungen auf den Marktwert der Ware hat. Gerade im viel diskutierten Fall der Verletzung ethischer oder ökologischer Produktions- und Organisationsstandards wird ein solcher Unterschied im Marktwert indes in aller Regel anzunehmen sein.⁴⁸¹ Die Minderung kann daher eine vom Schadensersatz unabhängige Sanktion darstellen, um Verstößen gegen ethische oder ökologische Produktionsverfahren zu begegnen, ohne dass insoweit eine Herausgabe des Ersparnisgewinns notwendig wäre.⁴⁸²

⁴⁷⁶ Siehe hierzu oben, S. 209.

⁴⁷⁷ Siehe hierzu oben, S. 229.

⁴⁷⁸ *Schwenzer/Leisinger*, in: FS Hellner, 249, 271.

⁴⁷⁹ *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 50, Rn. 15; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2018], Art. 50, Rn. 4; *Sondahl*, 7 VJ (2003), 255, 261.

⁴⁸⁰ *Bock*, in: FS Schwenzer, 175, 188; *Müller-Chen*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 50, Rn. 1; *Sondahl*, 7 VJ (2003), 255, 261 f.

⁴⁸¹ Siehe etwa zu Auswirkungen von Nachhaltigkeit auf die Zahlungsbereitschaft im Kaffeehandel, *Van Loo et al.*, 118 *Ecological Economics* (2015), 215, 225; siehe allgemein zu Auswirkungen der Nachhaltigkeit auf Verbraucherentscheidungen, *Grebitus et al.*, 63 *Journal of Behavioral and Experimental Economics* (2016), 50, 58.

⁴⁸² Andere Ansicht *Bock*, in: FS Schwenzer, 175, 188.

II. Die Anerkennung bestimmter Schadenspositionen im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG

Eine Unterkompensation des Gläubigers kann auch unabhängig von einer Gewinnhaftung durch die Anerkennung bestimmter Schadenspositionen im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG vermieden werden. In Betracht kommen insbesondere die Kosten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes (1.) sowie der Verlust einer Geschäftschance (2.).

1. Die Kosten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes

Die erste relevante Schadensposition ist die Ersatzfähigkeit der Kosten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes. Die Bemessung des Schadens anhand des *cost of cure* stellt deutlich den Schutz des Rechts auf die vertragsgemäße Leistung heraus, unabhängig von einem etwaigen Minderwert der gelieferten Ware.⁴⁸³ Diese Form des Schadensersatz kann daher auch als Schutz des *performance interest* verstanden werden.⁴⁸⁴ Im Unterschied zur sehr kontrovers geführten Diskussion im englischen Recht ist es im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG grundsätzlich anerkannt, dass der Gläubiger die angemessenen Kosten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes verlangen kann.⁴⁸⁵ Eine Einschränkung kann sich allenfalls ergeben, wenn die Kosten im Lichte von Art. 77 CISG unverhältnismäßig sind, etwa wenn der Gläubiger günstiger einen Deckungskauf vornehmen kann.⁴⁸⁶ Fehlt es trotz einer Vertragswidrigkeit an einem Minderwert der Ware, kann der Gläubiger trotzdem die Kosten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes geltend machen.⁴⁸⁷

Fraglich ist in dieser Hinsicht lediglich, ob der Gläubiger die Reparatur auch tatsächlich beabsichtigen muss oder ob er den Betrag unabhängig von der tatsächlichen Vornahme der Reparatur verlangen kann.⁴⁸⁸ Soweit die Reparaturkosten anhand eines Marktpreises berechnet werden können, sollte

⁴⁸³ *Edelman*, Gain-based damages, 184.

⁴⁸⁴ *Schwenzer/Hachem*, in: Saidov/Cunnington (Hrsg.), Contract Damages, 91, 95; siehe hierzu oben, S. 268.

⁴⁸⁵ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 46, 48; *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 74, para. 43; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 35; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2018], CISG, Art. 74, Rn. 41; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 52; Secretariat Commentary, Art. 70, Comment 6.

⁴⁸⁶ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 49; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 24.

⁴⁸⁷ Siehe das etwa das Beispiel bei *Schwenzer/Hachem*, in: Saidov/Cunnington (Hrsg.), Contract Damages, 91, 95.

⁴⁸⁸ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 48; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 24.

eine tatsächliche Vornahme der Reparatur grundsätzlich nicht erforderlich sein.⁴⁸⁹ Zwar ist der Schaden gemäß Art. 74 S. 1 CISG grundsätzlich im Unterschied zu Art. 76 CISG konkret zu bestimmen. Dem kann allerdings nicht entnommen werden, dass gemäß Art. 74 S. 1 CISG eine abstrakte Betrachtung unter keinen Umständen erfolgen darf.⁴⁹⁰ Vielmehr deutet die Differenzierung in Art. 75, 76 CISG darauf hin, dass das Übereinkommen grundsätzlich sowohl abstrakte als auch konkrete Schadensbemessungen anerkennt. Der Ersatz der Nachbesserungskosten ist strukturell mit dem Deckungsgeschäft im Sinne von Art. 75, 76 CISG jedenfalls insoweit vergleichbar, als dass es auch bei der Frage der Nachbesserung im Interesse des Schuldners liegen kann, dass der Gläubiger die Nachbesserung nicht vornimmt und dadurch möglicherweise Transaktions- oder Folgekosten spart.⁴⁹¹ Der Gläubiger kann in diesem Fall dann selbst entscheiden, ob er die Reparatur tatsächlich durchführen lässt. Zu achten ist allerdings der Vorrang des Rechts des Verkäufers zur Behebung des Mangels gemäß Art. 48 Abs. 1 CISG.⁴⁹²

Der im englischen Recht zu *Ruxley Electronics v Forsyth* geführte Diskurs um sogenannte *performance damages*⁴⁹³ spielt daher für das CISG keine Rolle. Die Mangelbeseitigungskosten sind im Übereinkommen bis zur Grenze der Unangemessenheit ersatzfähig.

2. Der Verlust einer Geschäftschance

Umstritten ist, ob der Schaden gemäß Art. 74 S. 1 CISG auch den Verlust einer Geschäftschance erfasst. Die Anerkennung einer Geschäftschance als Schaden könnte insbesondere zur Lösung von Fällen beitragen, in denen der Schuldner ein Reimportverbot oder eine Exklusivitätsvereinbarung verletzt.

Zum Teil wird eine Ersatzfähigkeit einer Geschäftschance abgelehnt.⁴⁹⁴ Den Gläubiger treffe die Beweislast für seinen Schaden, den er mit *reasonab-*

⁴⁸⁹ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 46; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 24.

⁴⁹⁰ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 10.

⁴⁹¹ Siehe zu diesem Argument auf Ebene der Art. 76 CISG, *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 76, Rn. 2; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 76, Rn. 1.

⁴⁹² *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 35; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 24; andere Ansicht *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 46.

⁴⁹³ *Coote*, 56 CLJ (1997), 537, 570; *Edelman*, Gain-based damages, 184; siehe hierzu ausführlich oben, S. 245.

⁴⁹⁴ KG Zug, 14.12.2009, CISG-online Nr. 2026, Rn. 13.5; HG Kanton Zürich, 10.2.1999, CISG-online Nr. 488; *Brunner/Schmidt-Ahrendts/Czarnecki*, in: Brunner/Gottlieb (Hrsg.), CISG, Commentary, 2019, Art. 74, para. 19; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 36.

le certainty nachzuweisen habe.⁴⁹⁵ Die mittlerweile wohl überwiegende Ansicht hält demgegenüber, in Übereinstimmung mit den UNIDROIT Principles,⁴⁹⁶ den Verlust einer Gewinnchance selbst für ersatzfähig.⁴⁹⁷ Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, da bereits die Chance selbst einen wirtschaftlichen Wert besitzt, der im Sinne des Grundsatzes der Totalreparation auszugleichen ist.⁴⁹⁸ Dennoch ist darauf zu achten, diese Form des Ersatzes nur für solche Chancen zuzulassen, in denen der Gläubiger tatsächlich nicht mehr als die Chance nachweisen kann, ohne die Beweisforderungen grundsätzlich für alle Fälle der Vertragsverletzungen zu senken.⁴⁹⁹ Man wird die Ersatzfähigkeit jedenfalls in solchen Fällen zulassen müssen, in denen die verletzte Vertragspflicht gerade eine solche Geschäftschance schützt.⁵⁰⁰ Schwierigkeiten bereitet indes vor allem die Frage, wie der Wert solcher Chancen zu bemessen ist.⁵⁰¹ In Übereinstimmung mit den Grundprinzipien von Art. 74 S. 1 CISG sollte der Verlust durch Multiplikation des möglichen Gewinns mit der

⁴⁹⁵ KG Zug, 14.12.2009, CISG-online Nr. 2026, Rn. 13.5; HG Kanton Zürich, 10.2.1999, CISG-online Nr. 488.

⁴⁹⁶ Art. 7.4.3 (2) UPICC; siehe auch die offene Formulierung in Art. 9:501 (2) (b) PECL; siehe hierzu *Zimmermann*, in: Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Art. 9:501 (2), para. 13.

⁴⁹⁷ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 31; *Bridge*, International Sale of Goods, para. 12.59; *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 74, para. 78; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 40; *Saidov*, 25 J.L. & Com. (2005–2006), 393, 401 f.; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 37; *Zeller*, Damages, 125.

⁴⁹⁸ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 31; *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 74, para. 78; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 37.

⁴⁹⁹ *Bridge*, International Sale of Goods, para. 12.59.

⁵⁰⁰ Siehe für eine noch restriktivere Ansicht: CISG-AC, Opinion no. 6, Calculation of Damages under CISG Art. 74, Rapporteur: *Gotanda*, Comment 3.17, wonach eine Ersatzfähigkeit nur in solchen Fällen in Betracht kommt, in denen der Gläubiger den Vertrag gerade zum Zweck des Erwerbs einer solchen Gewinnchance abgeschlossen hat. Es erscheint indes nicht sinnvoll auf den Vertragsschluss abzustellen, da in vielen Fällen der Schutz von Geschäftschancen nicht den Hauptzweck des Abschlusses des Kaufvertrages darstellen, sondern vielmehr durch Nebenpflichten, insbesondere Unterlassungspflichten, geschützt werden.

⁵⁰¹ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 32.

Gewinnwahrscheinlichkeit bemessen werden.⁵⁰² Diese Lösung findet sich auch in Art. 7.4.3 (2) UPICC.⁵⁰³

Verstößt der Schuldner also gegen ein Reimportverbot oder gegen eine Exklusivitätsabrede, kann der Gläubiger nachweisen, dass ohne diese Pflichtverletzung auch er eine Chance gehabt hätte, diese Geschäfte abzuschließen. Der Ersatz des Wertes dieser Chance erfasst seinen Verlust infolge der Vertragsverletzung genauer als eine Gewinnherausgabe oder eine Schadensbemessung anhand des Gewinns.

III. Die Schätzung des Schadens bei Bezifferungsschwierigkeiten

In vielen Fällen kann der Gläubiger zwar nachweisen, dass er dem Grunde nach einen Schaden erlitten hat, ohne diesen allerdings beziffern zu können. Problematisch kann dies insbesondere für den entgangenen Gewinn sein, etwa wenn der Schuldner vertragswidrig in einen bestimmten Markt exportiert hat oder eine Exklusivitätsabrede verletzt hat. Es ist sehr streitig, ob das Beweismaß in den Regelungsbereich des Übereinkommens fällt oder sich aus dem anwendbaren internen Recht ergibt.⁵⁰⁴ Die Schätzungsbefugnis des Gerichts soll hier alternativ für beide Lösungen begründet werden.

Soweit man der Ansicht folgt, dass das Übereinkommen das Beweismaß nicht regelt, bleiben die Anforderungen an den Schadensnachweis dem nationalen Recht vorbehalten.⁵⁰⁵ Zu diesen Anforderungen gehört inhaltlich auch die Frage, ob das Gericht die Schadenshöhe im Zweifelsfall schätzen darf, wenn der Gläubiger den Schaden genau beziffern kann. Damit können die nationalen Gerichte insbesondere auf Bestimmungen wie § 287 ZPO oder Art. 42 Abs. 2 des Schweizerischen Obligationenrechts zurückgreifen,⁵⁰⁶ die das Gericht ermächtigen, die Höhe des Schadens zu schätzen.⁵⁰⁷ Sieht man diese Frage als Teil des Beweismaßes als nicht vom Übereinkommen erfasst an, hängt die Anwendbarkeit der nationalen Vorschriften auch nicht davon ab, ob diese im internen nationalen Recht als prozessrechtlich oder materiell-

⁵⁰² *Bach*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.6.2020, Art. 74, Rn. 32; *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 74, para. 78; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 74, Rn. 40.

⁵⁰³ Siehe für eine Entwicklung der PECL in diesem Sinne *Zimmermann*, in: Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Art. 9:501 (2), para. 13.

⁵⁰⁴ *Koller/Mauerhofer*, in: FS Schwenzer, 963, 966 f.; siehe hierzu bereits oben, S. 299.

⁵⁰⁵ *Brunner/Schmidt-Ahrendts/Czarnecki*, in: Brunner/Gottlieb (Hrsg.), CISG, Commentary, 2019, Art. 74, para. 57; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 59; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Art. 74, Rn. 47; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 212; *Zeller*, Damages, 122.

⁵⁰⁶ *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 212.

⁵⁰⁷ *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Auflage 2020, § 287, Rn. 16.

rechtlich verstanden werden,⁵⁰⁸ da die Qualifikation wie auch sonst von der Warte des CISG aus erfolgen muss.⁵⁰⁹ Die Schätzungsbefugnis ermächtigt indes nicht eine gänzlich freie Schadensbemessung vorzunehmen, sondern erfordert die Auseinandersetzung mit den maßgeblichen Parametern der Schadensbemessung und dem relevanten Parteivortrag sowie nötigenfalls die Zuziehung externer Sachkunde.⁵¹⁰ Die Schätzung der Schadenshöhe ermöglicht daher eine angemessene Kompensation auch desjenigen Gläubigers, der seinen Schaden nicht im Einzelnen beziffern kann.⁵¹¹

Nach der mittlerweile wohl überwiegenden Ansicht richtet sich das Beweismaß allerdings nach dem Übereinkommen selbst, dem der Grundsatz entnommen werden könne, der Schaden sei mit *reasonable certainty* nachzuweisen.⁵¹² Auch wenn man dieser zunehmend vertretenen Ansicht folgt, stellt sich die Frage, ob das Gericht über eine solche Schätzungsbefugnis verfügt. Der Begriff der *reasonable certainty* scheint eine solche Schätzungsbefugnis jedenfalls nicht von vornherein auszuschließen, sondern lediglich die Grenzen einer solchen aufzuzeigen. So muss das Gericht nicht mit mathematischer Präzision den Schaden beziffern können, sondern lediglich mit angemessener Sicherheit von einem bestimmten Schaden ausgehen. Dies schließt eine Schätzung auf vernünftiger Tatsachengrundlage ein, die zur Bezifferung eines Schadens dient, zu der Gläubiger nicht im Einzelnen im Stande ist.⁵¹³ Dieses Verständnis liegt auch den UNIDROIT Principles in Art. 7.4.3 (1), (3) UPICC zugrunde, denen zufolge grundsätzlich das Maß der *reasonable degree of certainty* gilt, bei Bezifferungsschwierigkeiten die Feststellung der Schadenshöhe ins Ermessen des Gerichts gestellt wird, das gemäß des offiziellen Kommentars eine „equitable quantification“ vornehmen sollte.⁵¹⁴ Auch hier wird dem Gericht oder Schiedsgericht zwar grundsätzlich ein weites Ermessen eingeräumt, das jedoch auf Grundlage des Parteivortrags und aller

⁵⁰⁸ Siehe für die prozessrechtliche Einordnung von § 287 ZPO, LG Saarbrücken, 9.3.2012, IPRax 2014, 180, 183; *Eichel*, IPRax 2014, 156, 159; *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Auflage 2020, § 287, Rn. 36.

⁵⁰⁹ Andere Ansicht wohl *Brunner/Schmidt-Ahrendts/Czarnecki*, in: Brunner/Gottlieb (Hrsg.), CISG, Commentary, 2019, Art. 74, para. 57.

⁵¹⁰ *Foerste*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO, Kommentar, 16. Auflage 2019, § 287, Rn. 9.

⁵¹¹ *Slechtriem/Schroter*, Rn. 212.

⁵¹² CISG-AC, Opinion no. 6, Calculation of Damages under CISG Art. 74, Rapporteur: *Gotanda*, Comment, 2.1. ff.; *Djordjevic*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 74, para. 18 ff.; *Koller/Mauerhofer*, in: FS Schwenger, 963, 979; *Schwenger/Hachem*, in: Cunnington/Saidov (Hrsg.), Contract Damages, 91, 99.

⁵¹³ *Koller/Mauerhofer*, in: FS Schwenger, 963, 978; *Schwenger/Hachem*, in: Saidov/Cunnington (Hrsg.), Contract Damages, 91, 99.

⁵¹⁴ Art. 7.4.3. (3) UPICC, Comment 2.

relevanten Tatsachen unter Beachtung der normativen Vorgaben der Art. 7.4.1. ff. UPICC auszuüben ist.⁵¹⁵

Sowohl nach dem CISG als auch, soweit derartige Regeln bestehen, nach dem internen Recht erscheint die Schätzung der Schadenshöhe daher statthaft. Dies kann insbesondere in den Fällen hilfreich sein, in denen der Schuldner Unterlassungspflichten wie Exklusivitätsabreden oder Reimportverbote verletzt. Die Schätzung scheidet lediglich in den Fällen, in denen dem Gläubiger aus der Verletzung kein Schaden entstanden ist, zum Beispiel weil er ein vom Schuldner vertragswidrig durchgeführtes Geschäft selbst nicht hätte vornehmen können. Steht etwa fest, dass der Gläubiger keine zusätzliche Ware mehr hätte beschaffen können, um ein vertragswidrig vom Schuldner vorgenommene Geschäft selbst durchzuführen, kann ein Schaden auch im Wege der Schätzung nicht begründet werden. In denjenigen Fällen, in denen ein Schaden besteht, bietet die begründete Schätzung eine bessere Gewähr für eine angemessene Kompensation des Gläubigers als die Herausgabe des Verletzergewinns.

IV. Die umstrittenen Fälle im Einzelnen

Diese Ergebnisse lassen sich auch auf die strittigen Fallgruppen anwenden, ohne dass ein Bedürfnis nach einer Korrektur durch die Gewinnhaftung besteht. Dies soll für den Doppelverkauf (1.), die vertragswidrige Leistung ersparnis (2.) und die Verletzung von Unterlassungspflichten gezeigt werden (3.).

1. Der vertragswidrige Doppelverkauf

Veräußert der Verkäufer die geschuldete Ware vertragswidrig an einen Dritten unter Erzielung eines Gewinns, der den Schaden des Käufers übersteigt, kann eine Gewinnherausgabe nicht über Art. 74 S. 1 CISG erfolgen. Der Ersatz beschränkt sich auf den Schaden des Käufers. Der Käufer kann dennoch den Erlös als stellvertretendes *commodum* der Ware verlangen, da sich sein Naturalerfüllungsanspruch am Erlös fortsetzt.⁵¹⁶ Es gibt daher für den Doppelverkauf keinen Grund für eine Erweiterung des Schadensersatzanspruchs gemäß Art. 74 S. 1 CISG.

2. Die vertragswidrige Ersparnis von Leistungsaufwand (skimped performance)

Spart der Verkäufer einen Leistungsaufwand, der zu einer Vertragswidrigkeit der Ware führt, kann der Käufer grundsätzlich gemäß Art. 45 Abs. 1 lit. b, 74 S. 1 CISG Schadensersatz in Höhe des Minderwerts verlangen. Fehlt es aus-

⁵¹⁵ Brödermann, UPICC, Commentary, Art. 7.4.3, para. 4; McKendrick, in: Vogenauer (Hrsg.), UPICC, Commentary, 2. Auflage 2015, Art. 7.4.3, para. 5.

⁵¹⁶ Siehe oben, S. 209 ff.

nahmsweise an einem Schaden, da der Käufer die Ware trotz des Minderwertes ohne Abschläge weiterveräußern konnte, bleibt dem Käufer unabhängig davon die Preisminderung gemäß Art. 50 S. 1 CISG, für die ein Schaden grundsätzlich irrelevant ist.⁵¹⁷ Schließlich kann der Käufer, soweit er ein Interesse an der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes hat, angemessene Reparaturkosten verlangen.

Für das viel diskutierte Beispiel der Verletzung ethischer oder ökologischer Produktions- und Organisationsstandards etwa ist der Käufer durch das Zusammenspiel von Schadensersatz und Preisminderung hinreichend geschützt, da sich die Vertragswidrigkeit in diesen Fällen in aller Regel auf den Marktwert der Ware auswirkt. Es ist daher nicht erforderlich, auf die Ersparnisse des Schuldners als Mindestschaden zurückzugreifen.⁵¹⁸ Fehlt es ausnahmsweise an einem solchen Minderwert der Ware, so erscheint ein Schutzwürdigkeit des Käufers zweifelhaft. Jedenfalls kann von ihm erwartet werden, dass er in solchen Fällen, die konkrete Kategorie von Vertragswidrigkeiten zu einer wesentlichen Vertragsverletzung im Sinne von Art. 25 CISG erhebt, sodass ihm unabhängig von einem Schaden die Möglichkeit der Zurückweisung der Ware⁵¹⁹ oder einer Vertragsaufhebung gemäß Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG offensteht, oder er jedenfalls auf die Vereinbarung einer Vertragsstrafe hinwirkt.⁵²⁰

3. Die Verletzung von Unterlassungspflichten

Probleme bereitet vor allem die Schadensbemessung bei der Verletzung von Unterlassungspflichten. Verletzt der Schuldner etwa die Pflicht, nicht in einen bestimmten Markt zu liefern, die Ware überhaupt nicht zu verwerten oder nur an den Käufer zu liefern, kann der Schaden nicht ohne weiteres beziffert werden. Hier kann allerdings durch die Anerkennung der Geschäftschance als ersatzfähiger Verlust ein Schadensersatzanspruch begründet werden, auch wenn nicht sicher ist, ob der Gläubiger ein Geschäft hätte vornehmen können. In Verbindung mit einer gerichtlichen Befugnis zur Schätzung des Schadens können auch für die Unterlassungspflichten angemessene Ergebnisse erzielt werden. Eine Bemessung des Schadens anhand einer hypothetischen Ablösegebühr ist demgegenüber bei Unterlassungspflichten zwar denkbar, aber im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG aus den oben genannten Gründen abzu-

⁵¹⁷ *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 50, Rn. 15; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2018], Art. 50, Rn. 4; *Sondahl*, 7 VJ (2003), 255, 261.

⁵¹⁸ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 285.

⁵¹⁹ Siehe für das Bedürfnis einer wesentlichen Vertragsverletzung *Fountoulakis*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.8.2020, Art. 60, Rn. 19; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 60, Rn. 20; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 533.

⁵²⁰ *Schlechtriem*, 19 Pace Int'l L. Rev. (2007), 89, 100 f.

lehnen.⁵²¹ Im Übrigen stellt die Feststellung einer solchen hypothetischen Verhandlungsgebühr in vielen Fällen keine einfachere Lösung der Schadensbemessung dar, da auch das hypothetische Verhandlungsergebnis von den möglichen Geschäftschancen des Gläubigers abhängen wird.⁵²²

Das CISG bietet also auch in schwierigen Fällen und Vertragsverletzungen einen hinreichenden Schutz über Art. 74 S. 1 CISG und andere Rechtsbehelfe. Eine Öffnung des Schadensersatzanspruchs für eine Gewinnabschöpfung erscheint daher nicht geboten.⁵²³

⁵²¹ Siehe hierzu bereits ausführlich oben, S. 295.

⁵²² *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 1 WLR 1353, 1361 (SC) (*per Lord Reed*): „[T]he proposition that estimating the hypothetical release fee is simpler in this case than estimating the loss suffered does not hold water“.

⁵²³ Andere Ansicht *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 7.

Kapitel 6

Ein eigenständiger Anspruch auf Gewinnherausgabe im CISG?

Die Untersuchung des Schadensersatzanspruchs hat ergeben, dass eine Gewinnherausgabe im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG weder direkt noch durch eine entsprechende Schadensbemessung erfolgen kann, da sie mit dem Ausgleichszweck des Schadensersatzes nicht vereinbar ist. Nicht ausgeschlossen ist damit allerdings, die Gewinnherausgabe als eigenständigen Rechtsbehelf im Übereinkommen zu begründen.¹ Ein eigenständiger Gewinnherausgabeanspruch fiel in den Regelungsbereich des Übereinkommens im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG (A.). Zunächst sind daher gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG die allgemeinen Grundsätze des Übereinkommens auf die Frage der Gewinnherausgabe hin zu untersuchen (B.). Im Anschluss soll erwogen werden, ob sich allgemein oder in bestimmten Konstellationen ein Anspruch auf Gewinnherausgabe durch eine eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens herleiten lässt (C.). Schließlich ist das Konkurrenzverhältnis der Rechtsbehelfe des Übereinkommens zu Gewinnherausgabeansprüchen aus dem internen nationalen Recht zu klären (D.).

A. Eigenständige Gewinnhaftung als nicht entschiedene Frage im Regelungsbereich des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG

Die Gewinnherausgabe als Folge einer Vertragsverletzung fällt in den Regelungsbereich des Übereinkommens im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG. Es handelt sich um eine besondere Frage des vertraglichen Haftungsrechts, das das Übereinkommen abschließend regelt.² Die Gewinnherausgabe als Ausnahmerechtsbehelf im Falle einer Vertragsverletzung stellte eine Ergänzung der durch das Übereinkommen geregelten Rechtsbehelfe der Art. 45, 61 CISG dar.

¹ *Bock*, in: FS Schwenzer, 175, 185.

² Siehe hierzu *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Vor Art. 45 ff., Rn. 6; *Müller-Chen*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 45, Rn. 32.

Die Frage der Gewinnherausgabe als Folge der Vertragsverletzung ist auch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG nicht ausdrücklich durch das Übereinkommen entschieden.³ Das Übereinkommen selbst sieht keinen Anspruch auf Gewinnherausgabe vor. Auch der Schadensersatzanspruch kann nicht zur Begründung einer solchen Gewinnherausgabe herangezogen werden.⁴ Unabhängig von der Reichweite des Schadensersatzanspruchs liegt allerdings keine bewusste Entscheidung gegen jede Form Anspruch auf Gewinnherausgabe in der Entstehungsgeschichte des Übereinkommens vor. Eine positive Wertung, der zufolge der Schuldner in jedem Fall die durch die Vertragsverletzung gezogenen Vorteile behalten soll und der Gläubiger in keinem Fall einen Anspruch auf die gezogenen Vorteile haben sollte, ist nicht ersichtlich.⁵ Indirekte Anhaltspunkte bestehen allenfalls in der Entscheidung gegen das stellvertretende *commodum* im Rahmen des UNIDROIT-Kaufrechtsausschuss⁶ sowie in der Entscheidung, den Schadensersatz auch bei vorsätzlichen Vertragsverletzungen auf den vorhersehbaren Schaden zu beschränken.⁷ Diese Entscheidung ist indes außerhalb des Schadensersatzanspruchs nur von beschränkter Aussagekraft, da sie eine ausufernde Schadensersatzhaftung verhindern sollte, während jene Entscheidung, wie bereits oben dargelegt,⁸ nicht im Sinne einer positiven Wertung zu verstehen ist, dass der Schuldner die durch die Vertragsverletzung gezogenen Vorteile in jedem Fall behalten soll. Es fehlt daher an einer kategorischen Absage an die Gewinnherausgabe, die einer Lösung der Frage anhand allgemeiner Prinzipien gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG entgegenstehen würde.⁹

Schwierigkeiten bereitet allenfalls die Tatsache, dass das Übereinkommen grundsätzlich die vertraglichen Rechtsbehelfe abschließend regeln möchte¹⁰ und sich in Art. 45, 61 CISG eine Aufzählung der einzelnen Rechtsbehelfe findet. Die Aufzählung in Art. 45, 61 CISG hat allerdings keinen abschließenden Charakter,¹¹ so dass eine Weiterentwicklung des CISG gemäß Art. 7 Abs. 2

³ *Bock*, in: FS Schwenger, 175, 183 f.; *Demir*, Schadensersatzregelung, 134 f.; *Hartmann*, IHR 2009, 189, 190; *Jochem*, Damages, 18; *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 95.

⁴ Siehe hierzu bereits ausführlich oben, S. 276 ff.

⁵ Siehe hierzu bereits ausführlich oben, S. 194 f.

⁶ *Rabel*, Warenkauf, I, 370, Fn. 3; *ders.*, *RabelsZ* 9 (1935), 1, 69; siehe hierzu bereits oben, S. 192 f.

⁷ Secretariat Commentary, Art. 70, Comment 9.

⁸ Siehe hierzu oben, S. 194 ff.

⁹ *Demir*, Schadensersatzregelung, 135; *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), State of Play, 89, 96; siehe auch für den Fall der Ersatz- und Erlösherausgabe, *Hartmann*, IHR 2009, 189, 191 f.

¹⁰ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 4, Rn. 41; *Saenger*, in: BeckOK-BGB, CISG, 54. Edn. 2020, Art. 4, Rn. 15.

¹¹ *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 3.

CISG möglich bleibt, wenn allgemeine Prinzipien des Übereinkommens in bestimmten Ausnahmesituationen einen zusätzlichen Rechtsbehelf erfordern.

Eine Besonderheit im Rahmen des Art. 7 Abs. 2 CISG besteht daher dergestalt, dass im Rahmen einer etwaigen Vorteils- oder Gewinnhaftung wegen Vertragsverletzungen kein Rückgriff auf das nationale Recht gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG erfolgen kann. Spricht nämlich kein allgemeiner Grundsatz im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG ausnahmsweise für eine Gewinnherausgabe, bleibt es bei der grundsätzlichen abschließenden Regelung der Rechtsbehelfe wegen Vertragsverletzungen durch das Übereinkommen. Eine Ergänzung der Haftung für Vertragsverletzungen kann nur innerhalb des Übereinkommens erfolgen,¹² sofern die nationalen Rechtsbehelfe nicht an ein besonders verwerfliches Verhalten wie etwa fraudulöses Verhalten des Schuldners anknüpfen.¹³ Ein Rückgriff auf das nationale Recht würde die gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG gebotene international einheitliche Anwendung des Übereinkommens konterkarieren.

B. Keine Gewinnherausgabe aufgrund allgemeiner Grundsätze des CISG

Gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG ist die Frage einer möglichen Gewinn- oder Vorteilshaftung anhand der allgemeinen Grundsätze des Übereinkommens zu beantworten. Relevante Grundsätze sind insbesondere der Grundsatz der Totalreparation und des Erwartungsschutzes (I.), ein möglicher Grundsatz des Vorteilsausgleichs gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG (II.) sowie *pacta sunt servanda* (III.) und *good faith* (IV.). Schließlich soll eine partielle Gewinnherausgabe in Gestalt der Auskehr des Ersparnisgewinns des Schuldners analog Art. 50 CISG erwogen werden (V.).

I. Totalreparation und Erwartungsschutz

Der Grundsatz der Totalreparation (*full compensation*) ist als allgemeiner Grundsatz des Übereinkommens anerkannt.¹⁴ Zum Teil wurde im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 CISG ausdrücklich dieser Grundsatz zur Begründung einer Gewinnherausgabe herangezogen.¹⁵ Da es ohne eine Gewinnherausgabe in vielen Fällen zu einer Unterkompensation des Gläubigers komme, sei die

¹² *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 738b.

¹³ *Honnold/Flechtner*, para. 65; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 194.

¹⁴ *Ferrari*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 52; *Perales Viscasillas*, in: *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas* (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 64; siehe hierzu ausführlich oben, S. 268 ff.

¹⁵ *Demir*, Schadensersatzregelung, 135 ff.

Orientierung am Gewinn des Schuldners ein Mittel, um dem Grundsatz der Totalreparation zu voller Geltung zu verhelfen.¹⁶ So hat *Eylem Demir* vorgeschlagen, im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 CISG den Verletzerertrag als Nachweis für das „finanzielle Potential des betreffenden Guts“ zu verstehen.¹⁷ Dieser Ansatz stellt eine Variation der Schadensbemessung anhand des Verletzerertrags dar, fußt allerdings methodisch nicht auf einer Auslegung von Art. 74 S. 1 CISG, sondern auf einer Lückenschließung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG. Der Grundsatz der Totalreparation ist indes aus verschiedenen Gründen nicht geeignet, eine Gewinnherausgabe im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 CISG zu begründen. Eine korrekturbedürftige Unterkompensation des Gläubigers liegt nicht vor (1.). Vielmehr spricht der in Art. 25, 74 S. 1 CISG verwirklichte Erwartungsschutz grundsätzlich gegen die Anerkennung einer Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen (2.).

1. Keine korrekturbedürftige Unterkompensation des Gläubigers

Wie bereits oben aufgezeigt, wird der Ersatz des Schadens bewusst sowohl durch Art. 74 S. 2 CISG als auch durch Art. 77 CISG beschränkt.¹⁸ Die hierin angelegte Unterkompensation widerspricht nicht dem Grundsatz der Totalreparation, sondern definiert dessen Konturen und Grenzen. Diese normativen Entscheidungen sind als gegenläufige Prinzipien im Rahmen des Art. 7 Abs. 2 CISG zu achten. Gleiches gilt für mögliche Beweis- oder Bezifferungsprobleme hinsichtlich des Schadens. Auch hier folgt die Unterkompensation aus der allgemeinen Regel des Übereinkommens, dass es grundsätzlich dem Geschädigten obliegt, seinen Schaden nachzuweisen. Diese vermeintliche Unterkompensation ist im Übereinkommen selbst angelegt und daher nicht über Art. 7 Abs. 2 CISG auszugleichen.

Für die unabhängig hiervon bestehende, nicht normativ angelegte Unterkompensation des Gläubigers, ist fraglich, warum gerade die Gewinnherausgabe Abhilfe schaffen sollte. Diese führt nämlich nicht zum Ausgleich dieser Unterkompensation, sondern steht in keinem direkten Verhältnis zur Kompensation des Gläubigers.¹⁹ In vielen Fällen wird vielmehr unter Verstoß gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot aus der Unterkompensation eine Überkompensation. Etwas anderes mag nur dann gelten, wenn der Gläubiger den gleichen Gewinn hätte erzielen können, es aber aufgrund der Vertragsverletzung nicht kann. In diesen Fällen ist der Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 S. 1 CISG, der sich auf den entgangenen Gewinn erstreckt, ausreichend.²⁰ Im Übrigen sind die oben aufgezeigten Mechanismen

¹⁶ *Demir*, Schadensersatzregelung, 135 ff.

¹⁷ *Demir*, Schadensersatzregelung, 138.

¹⁸ Siehe hierzu bereits oben, S. 271.

¹⁹ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 283.

²⁰ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 300 ff.

wie die Schadensschätzung oder die Ersatzfähigkeit einer Gewinnchance ausreichend, um eine Unterkompensation des Gläubigers zu verhindern.²¹

2. Der Schutz der Erwartungen des Gläubigers als Grundsatz des CISG

Der grundsätzlich durch das Übereinkommen gewährleistete Schutz wegen Vertragsverletzungen richtet sich auf die Erwartungen des Gläubigers. Dies zeigt sich nicht nur anhand des Grundsatzes der Totalreparation in Art. 74 S. 1 CISG, sondern folgt auch indirekt aus Art. 25 CISG, der die Vertragsaufhebung vom Verhalten des Schuldners und der Schwere der Pflichtverletzung entkoppelt²² und ausdrücklich die Erwartungen des Gläubigers in den Mittelpunkt rückt.²³ Das Rechtsbehelfssystem des Übereinkommens schützt also die Erwartungen an die Vertragserfüllung und bietet grundsätzlich keinen darüber hinausgehenden allgemeinen bereicherungsrechtlichen Schutz. Eine Vorteils- oder Gewinnhaftung wegen Vertragsverletzungen verstieße gegen diese Grundsatzentscheidung des Übereinkommens und erscheint daher grundsätzlich ausgeschlossen.

Dennoch sollen in der Folge einige andere, möglicherweise gegenläufige Grundsätze auf ihren Aussagegehalt für eine möglicherweise ausnahmsweise gebotene Gewähr einer Vorteils- oder Gewinnhaftung hin untersucht werden. Der erste Anhaltspunkt wäre die Vorteilsherausgabe gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG.

II. Vorteilsausgleich entsprechend Art. 84 Abs. 2 CISG?

Als Anknüpfungspunkt für einen Gewinnherausgabeanspruch gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG kann auch die Vorteilsherausgabepflicht gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG erscheinen.²⁴ Tatsächlich wird Art. 84 Abs. 2 CISG als Anhaltspunkt für einen allgemeinen Grundsatz der Vorteilshaftung in der Rückabwicklung angesehen.²⁵ Die überwiegende Meinung leitet aus Art. 84 Abs. 2 CISG darüber hinaus jedenfalls einen Anspruch auf das stellvertretende *commodum* ab,²⁶ so dass auch eine allgemeinere Vorteilshaftung entsprechend Art. 84

²¹ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 303 ff.

²² *Björklund*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 25, para. 15; *Schroeter*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 25, Rn. 62.

²³ *Schmidt-Ahrendts*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.7.2020, Art. 25, Rn. 15; *Schroeter*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 25, Rn. 28 f.

²⁴ In diese Richtung etwa *Hartmann*, IHR 2009, 189, 193.

²⁵ *Slechtriem/Schroeter*, Rn. 785; siehe hierzu ausführlich oben, S. 123 f.

²⁶ *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 42; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 79, Rn. 54; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/

Abs. 2 CISG zumindest denkbar erscheint.²⁷ Für eine Anknüpfung an Art. 84 Abs. 2 lit. b CISG spricht in der Tat, dass es sich hier um eine echte Vorteilhafterhaftung handelt, die funktional bereicherungsrechtliche Züge trägt.²⁸ Diese bereicherungsrechtliche Herausgabepflicht gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG fügt sich allerdings in das System der Rückabwicklung ein und kann keine Grundlage für eine bereicherungsrechtliche Absicherung des Leistungsanspruchs oder sonstiger vertraglicher Pflichten dienen.²⁹ Verallgemeinert werden kann Art. 84 Abs. 2 CISG daher lediglich im Rahmen der Rückabwicklung, ohne dass die bereicherungsrechtliche Haftung auf die Ebene der Rechtsbehelfe wegen Vertragsverletzungen übertragen werden könnte. Ein eigenständiger Gewinnherausgabeanspruch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG kann daher nicht auf Art. 84 Abs. 2 CISG gestützt werden.

III. Naturalerfüllung und pacta sunt servanda?

Im Diskurs um eine Gewinnherausgabe im Rahmen von Art. 74 S. 1 CISG wird eine Gewinnherausgabe oder eine Bemessung des Gewinns anhand des Verletzergewinns zum Teil mit Verweis auf *pacta sunt servanda* und den Schutz des *performance principle* begründet.³⁰ Auch *Lord Nicholls* verwies in der Entscheidung *Attorney-General v Blake* auf den Schutz der Erfüllung des Vertrages, wenn der Anspruch auf Schadensersatz zur Befriedigung des Interesses des Gläubigers nicht ausreicht.³¹

Grundsätzlich enthält das Übereinkommen einen allgemeinen Grundsatz der Naturalerfüllung gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG und des grundsätzlichen Vorrangs der Erfüllung.³² Dieser Grundsatz der Naturalerfüllung, verbunden mit der schuldrechtlichen Surrogation analog Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG, rechtfertigt nach hier vertretener Ansicht auch den Anspruch auf das stellvertretende *commodum*.³³ Dennoch fällt es schwer, über den Anspruch auf eine Ersatz- und Erlösherausgabe hinaus, eine allgemeine Gewinnhaftung aus dem Grundsatz der Naturalerfüllung herzuleiten. Anders als bei Anfall eines stell-

Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 70, Rn. 50; siehe hierzu ausführlich oben, S. 188 f.

²⁷ In diese Richtung, allerdings auf Grundlage des *Commodumsanspruchs*, *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 42.

²⁸ *Hartmann*, IHR 2009, 189, 192 f.; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 84, Rn. 1.

²⁹ *Jochem*, *Damages*, 19; siehe hierzu ausführlich zur Ablehnung einer Analogie zu Art. 84 Abs. 2 CISG im Rahmen des stellvertretenden *commodums* oben, S. 199 ff.

³⁰ *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenzer/Spagnolo (Hrsg.), *State of Play*, 89, 93; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 43.

³¹ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268, 285 (HL) (*per Lord Nicholls*).

³² Siehe oben, S. 170 ff.

³³ Siehe ausführlich oben, S. 209 ff.

vertretenden commodums treten bei übrigen Vertragsverletzungen die realisierten Gewinne nicht an die Stelle der geschuldeten Ware, so dass eine Surrogation entsprechend Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG nicht gerechtfertigt erscheint.

Vielmehr fehlt es im Übereinkommen an Kriterien, anhand derer beantwortet werden könnte, in welchen Fällen eine Gewinnherausgabe zum Schutz der Naturalerfüllung geboten ist. Die Beschränkung auf einzelne Fallgruppen, etwa auf die Verletzung ethischer oder nachhaltiger Produktionsverfahren oder bestimmter Unterlassungspflichten, erscheint willkürlich. Eine solche Abgrenzung ist jedenfalls nicht mehr anhand von Kriterien des Übereinkommens selbst möglich. Auch der Blick ins nationale Recht zeigt, dass es schwierig sein kann, Kriterien für eine Gewähr einer Gewinnherausgabe zum Schutz des Erfüllungsprinzips zu finden.³⁴ Neben dem methodischen Problem, dass sich solche Kriterien im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG nicht aus den allgemeinen Grundsätzen des Übereinkommens ergeben, entstünde eine erhebliche Rechtsunsicherheit, wenn die Gewinnherausgabe nur der Entwicklung der Rechtsprechung überlassen würde.³⁵ Dieses Problem ließe sich allenfalls durch eine umfassende Gewinnherausgabe für jedwede Form von Vertragsverletzungen umgehen, wie dies von *Felix Hartmann* in Analogie zu Art. 84 Abs. 2 CISG vorgeschlagen wird.³⁶ Eine solche umfassende Anerkennung der Gewinnhaftung stellte indes keinen bloßen Schutz des Erfüllungsprinzips mehr dar, sondern führte vielmehr zur Einführung eines allgemeinen Bereicherungsanspruchs für Vertragsverletzungen im Übereinkommen, der gegen grundsätzliche Entscheidungen des Rechtsbehelfssystems des CISG verstieße und auch keine Entsprechung in den untersuchten nationalen Rechtsordnungen fände.³⁷

Es erscheint daher vorzugswürdig, das Interesse an der Naturalerfüllung über den Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 S. 1 CISG und in begrenztem Rahmen über den Anspruch auf das stellvertretende commodum zu schützen.

IV. Gewinnherausgabe aufgrund von *good faith*?

Ein Anknüpfungspunkt für eine Gewinnherausgabe kann ebenfalls im Grundsatz des guten Glaubens im internationalen Handel gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG

³⁴ *Campbell/Wylie*, 62 CLJ (2003), 305, 311 f.

³⁵ Siehe in diese Richtung den Vorschlag für das englische Recht in *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC (HL), 268, 291 (*per Lord Steyn*): „Exceptions to the general principle that there is no remedy for disgorgement of profits against a contract breaker are best hammered out on the anvil of concrete cases.“

³⁶ *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 42.1.

³⁷ Siehe hierzu oben, S. 236 ff.

gesehen werden.³⁸ Der Grundsatz des guten Glaubens im internationalen Handel könnte insbesondere herangezogen werden, um den Anreiz für vorsätzlich-kalkulierte Vertragsbrüche (*cynical breaches*) zu beseitigen. Dem Übereinkommen ist eine grundsätzliche Unterscheidung verschiedener Arten von Vertragsbrüchen freilich fremd. Vielmehr sollten besondere Sanktionen für besonders verwerfliche Verhaltensweisen, insbesondere in Gestalt von fraudulösem Verhalten, gerade dem nationalen Recht überlassen werden.³⁹ Es fehlt daher an Anhaltspunkten dafür, dass gerade *cynical breaches* gegen den guten Glauben im internationalen Handel im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG verstoßen. Der Begriff muss vielmehr anhand seiner konkreten Ausgestaltung im Übereinkommen ausgefüllt werden.⁴⁰ Im Übereinkommen selbst findet sich indes keine Konkretisierung des guten Glaubens im Sinne einer Gewinnherausgabe. Gegen eine Bemühung des guten Glaubens spricht im Übrigen auch, dass auch in den internen nationalen Rechten keine Verbindung zwischen dem guten Glauben und einer möglichen Gewinnherausgabe hergestellt wird.

V. Herausgabe des Ersparnisgewinns entsprechend Art. 50 CISG?

Für die Fälle einer vertragswidrigen Leistungersparnis, die zu einem Ersparnisgewinn des Schuldners führt, ist eine Herausgabe dieses Ersparnisgewinns zuweilen in Anlehnung an Art. 50 CISG erwogen worden.⁴¹ Die Herausgabe der vertragswidrig erzielten Ersparnis stelle ebenso wie die Preisminderung gemäß Art. 50 S. 1 CISG das vertragliche Äquivalenzverhältnis wieder her, da die vertraglichen Anforderungen an die Produktionsverfahren regelmäßig zu einem höheren Kaufpreis geführt haben werden.⁴² Die Herausgabe des Ersparnisgewinns analog Art. 50 S. 1 CISG verhindere daher eine doppelte Bereicherung des Verkäufers durch Ersparnis und Einbehalt des erhöhten Kaufpreises.⁴³

Zutreffend ist zunächst, dass Art. 50 S. 1 CISG das vertragliche Äquivalenzverhältnis schützt.⁴⁴ Unabhängig von einem konkreten Schaden⁴⁵ kann der Käufer gemäß Art. 50 CISG durch die Minderungserklärung das Wert-

³⁸ *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L. (2017), 201, 219; *Schmidt-Ahrendts*, in: Schwenger/Spagnolo (Hrsg.), *State of Play*, 89, 94, jeweils im Rahmen der Schadensbemessung von Art. 74 S. 1 CISG; siehe hierzu ausführlich oben, S. 287.

³⁹ *Honnold/Flechtner*, para. 65; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 194 ff.; siehe hierzu ausführlich oben, S. 29.

⁴⁰ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 37 ff.

⁴¹ *Bock*, in: FS Schwenger, 175, 188.

⁴² *Bock*, in: FS Schwenger, 175, 188.

⁴³ *Bock*, in: FS Schwenger, 175, 188.

⁴⁴ *Bock*, in: FS Schwenger, 175, 188; *Sanne Jansen*, 32 J.L. & Com. (2014), 325, 377; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 50, Rn. 1.

⁴⁵ *Sanne Jansen*, 32 J.L. & Com. (2014), 325, 376; *Müller-Chen*, in: *Schlechtriem/Schwenger/Schroeter* (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 50, Rn. 14.

verhältnis von Kaufpreis und gelieferter Ware an das Wertverhältnis von Kaufpreis und geschuldeter Ware anpassen. Soweit trotz einer Vertragswidrigkeit gemäß Art. 35 CISG keine solche Wertdifferenz zwischen gelieferter und geschuldeter Ware gegeben ist, scheidet die Minderung. Grundsätzlich kann Art. 50 CISG auch in anderen Situationen zur Wiederherstellung der vertraglichen Äquivalenz analoge Anwendung finden.⁴⁶ Allerdings dient die Herausgabe des Ersparnisgewinns bei Fällen der *skimped performance* nicht der Wiederherstellung der vertraglichen Äquivalenz. Die tatsächliche Ersparnis des Verkäufers durch die Verwendung vertraglich geschuldeter Produktionsverfahren steht in keinem direkten Zusammenhang zum Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung. Unerheblich ist für das Äquivalenzverhältnis ebenfalls, ob der Käufer für andere Ware als die geschuldete Ware weniger gezahlt hätte. Das Interesse, einen anderen Vertrag abzuschließen, ist Teil des negativen Interesses und wird nicht über Art. 50 S. 1 CISG geschützt, der sich mit dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung des tatsächlich abgeschlossenen Vertrages befasst. Diese Art der Berechnung des Minderungsbetrages soll nach der Entstehungsgeschichte auch dann gelten, wenn die Wertminderung aufgrund eines Qualitätsmangels schwer zu bemessen ist.⁴⁷ Fehlt es trotz der Verwendung eines vertragswidrigen Produktionsverfahrens an einer Wertdifferenz zwischen gelieferter und geschuldeter Ware, bietet Art. 50 S. 1 CISG gerade keinen verallgemeinerungsfähigen Anhaltspunkt für eine Herausgabe des Ersparnisgewinns.

Ungeachtet der Irrelevanz der konkreten Preisbildung im Rahmen von Art. 50 S. 1 CISG erscheint allgemein der Schluss von den Grenzkosten der Verwendung eines bestimmten Produktionsverfahrens auf einen entsprechend günstigeren hypothetischen Kaufpreis nicht tragfähig, da die Mehrkosten des Verkäufers lediglich einen von vielen Faktoren für die Preisbildung auf Angebotsseite darstellen.⁴⁸ Verlässlicher als Spekulationen über die Bedeutung einzelner Preisbildungsfaktoren für die Preisbildung im Einzelfall ist, wie in Art. 50 S. 1 CISG vorgesehen, die Feststellung der Ergebnisse dieses Vorgangs, nämlich der jeweiligen Marktpreise für die gelieferte und für die geschuldete Ware.

Schließlich bestehen auch praktische Schwierigkeiten bei der Feststellung, in welcher Höhe der Verkäufer tatsächlich Aufwendungen durch die Verwendung des vertragswidrigen Produktionsverfahren oder die Beschaffung vertragswidriger Ware erspart hat. Dies gilt zum einen, da es im Übereinkommen an einem allgemeinen Auskunftsanspruch fehlt⁴⁹ und zum anderen, da

⁴⁶ Siehe hierzu etwa für die Herausgabe des stellvertretenden commodums oben, S. 229 ff.

⁴⁷ Secretariat Commentary, Art. 46, Comment No. 9.

⁴⁸ *Mankiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 74.

⁴⁹ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 291.

selbst der Verkäufer oftmals nicht in der Lage sein wird, die Grenzkosten der vertragsgemäßen Produktion oder Beschaffung zu beziffern. Die Herausgabe des Ersparnisgewinns erscheint daher auch nicht praxistauglich.

Eine Herausgabe des Ersparnisgewinns analog Art. 50 S. 1 CISG oder nach einem entsprechenden allgemeinen Grundsatz gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG ist daher abzulehnen.⁵⁰

VI. Zwischenergebnis

Das Übereinkommen kennt keinen allgemeinen Gewinnherausgabeanspruch wegen Vertragsverletzungen und ein solcher ergibt sich auch nicht aus den allgemeinen Grundsätzen, die ihm gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG zugrunde liegen. Vielmehr spricht der vom Übereinkommen verwirklichte Erwartungsschutz im Rahmen des Schadensersatzanspruchs sowie der Vertragsaufhebung gegen eine Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen, die zu einem dem Übereinkommen fremden bereicherungsrechtlichen Schutz des vertraglichen Rechts führen würde. Es finden sich im CISG auch sonst keine Anknüpfungspunkte, um ausnahmsweise die Zuweisung des Gewinns an den Gläubiger der Vertragsverletzung zu rechtfertigen. Auch besonderen Fällen wie etwa der vertragswidrigen Ersparnis von Produktions- oder Leistungskosten ergibt sich aus dem Übereinkommen keine Gewinnherausgabe. Es bleibt also bei den herkömmlichen Rechtsbehelfen des CISG.

C. Gewinnherausgabe durch eigenständige Fortentwicklung des CISG?

Da die allgemeinen Grundsätze gegen Ansprüche auf Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen sprechen, ist fraglich, ob solche Ansprüche mittels einer eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens nach den oben beschriebenen Kriterien⁵¹ entwickelt werden können.⁵² Hier sollen die Ansätze für die Entwicklung von Gewinnherausgabeansprüchen im internen nationalen Recht aufgegriffen und auf ihre Tragfähigkeit im CISG hin untersucht werden. Zunächst sollen bestimmte Formen von Vertragsverletzungen beleuchtet werden, nämlich vorsätzlich-lukrative Vertragsverletzungen (I.) sowie die Verletzung von Unterlassungspflichten (II.). Im Anschluss soll die Einführung einer Gewinnherausgabe als Ausnahmerechtsbehelf erwogen werden (III.).

⁵⁰ Andere Ansicht *Bock*, in: FS Schwenzer, 175, 188.

⁵¹ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 74 ff.

⁵² In diese Richtung *Bock*, in: FS Schwenzer, 175, 184 f.

I. Anspruch auf Gewinnherausgabe für vorsätzlich-lukrative Vertragsverletzungen?

Als erste Kategorie von Vertragsverletzungen kommen vorsätzlich-lukrative Vertragsverletzungen in Betracht, die in der französischen Diskussion als *faute lucrative*⁵³ oder im englischen Diskurs als *cynical breach*⁵⁴ bezeichnet werden. Verletzt der Schuldner vorsätzlich den Vertrag im Wissen, dass sein Gewinn die erwartete Schadensersatzzahlung an den Gläubiger übersteigt, würde eine Gewinnherausgabe ihm dennoch den Anreiz nehmen, den Vertrag zu verletzen. Hier könnte eine Gewinnherausgabe zur Durchsetzung des Grundsatzes „breach of contract must not pay“ entwickelt werden.⁵⁵

Eine eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens setzt zunächst die Notwendigkeit der Fortentwicklung zur Erhaltung des CISG als effektives Regelungsinstrument für internationale Kaufverträge voraus. Zum Teil wurde die Erforderlichkeit von Gewinnherausgabeansprüchen mit dem Argument begründet, dass sonst ein Rückgriff auf Rechtsbehelfe des nationalen Rechts drohte, um angemessene Lösungen in Fällen lukrativer Vertragsverletzungen herbeizuführen.⁵⁶ Im Lichte des rechtsvergleichenden Überblicks erscheint eine solche Notwendigkeit indes äußerst fraglich, da ein solcher Anspruch weder in den untersuchten Rechtsordnungen noch in internationalen Vereinheitlichungsprojekten anerkannt ist. Die Funktionsfähigkeit des CISG als effektives Instrument für die Regelung internationaler Kaufverträge hängt daher nicht an der Entwicklung eines Gewinnherausgabeanspruchs für vorsätzlich-lukrative Vertragsverletzungen. Eine Fortentwicklung wäre nach hier vertretener Ansicht daher unzulässig. Dennoch sollen in der Folge kurz die materiellen Kriterien für eine eigenständige Fortentwicklung untersucht werden.

Für eine Weiterentwicklung des CISG sind nach hiesigem Verständnis vor allem zum einen die Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen des CISG sowie die Einfügung ins Gesamtsystem des Übereinkommens und zum anderen die internationale Konsensfähigkeit der Lösung maßgeblich.⁵⁷ Die Kriterien der weltanschaulichen Neutralität oder der Praxistauglichkeit der Lösung scheinen grundsätzlich weder für noch gegen einen solchen Rechtsbehelf zu sprechen.

Erstens setzt die Weiterentwicklung voraus, dass sich der Anspruch auf Gewinnherausgabe friktionslos in das CISG und seine allgemeinen Grundsät-

⁵³ Siehe hierzu oben, S. 243.

⁵⁴ *Edelman*, Gain-based damages, 85.

⁵⁵ *Schwenzer*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 43.

⁵⁶ *Schmidt-Ahrendts*, in: *Schwenzer/Spagnolo* (Hrsg.), State of Play, 89, 95; *Schwenzer*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 7.

⁵⁷ Siehe zu den Kriterien im Einzelnen, S. 74 ff.

ze einfügen kann. Wie oben ausgeführt, spricht gegen eine Gewinnherausgabe im CISG bereits grundsätzlich, dass sie gegen den Grundsatz der Totalreparation und des Erwartungsschutzes verstieße und das Übereinkommen einen umfassenden bereicherungsrechtlichen Schutz des vertraglichen Rechts nicht vorsieht.⁵⁸ Speziell im Hinblick auf die Einführung einer Gewinnhaftung für vorsätzlich-lukrative Vertragsverletzungen ist darüber hinaus die Unbeachtlichkeit des Verschuldensgrades im CISG zu beachten. Besonders verwerfliche Verhaltensweisen in Gestalt von Arglist oder fraudulösem Verhalten wurden bewusst dem nationalen Recht überlassen.⁵⁹ Die Entwicklung eines Gewinnherausgabeanspruchs für solche Vertragsverletzungen verstieße daher gegen diese Weichenstellungen des CISG.

Zweitens wäre die Gewinnherausgabe für vorsätzlich-lukrative Vertragsverletzungen auf ihre rechtsvergleichende Konsensfähigkeit hin zu überprüfen. Ein solcher Anspruch auf Gewinnherausgabe bei vorsätzlich-lukrativen Vertragsverletzungen ist in keiner Rechtsordnung in dieser Form anerkannt.⁶⁰ Das englische Recht gewährt im Anschluss an die Entscheidung *Attorney-General v Blake* einen Gewinnherausgabeanspruch lediglich in besonderen Ausnahmefällen und nicht bereits für jede vorsätzlich-lukrative Vertragsverletzung.⁶¹ Im französischen Recht wurde eine Gewinnhaftung für *fautes lucratives* im Rahmen der Reform des Haftungsrechts zwar erwogen, aber in den aktuellen Entwürfen findet sich nunmehr lediglich ein Bußgeld für den außervertraglichen Bereich.⁶² Auch im deutschen Recht besteht ein solcher Gewinnhaftungsanspruch nicht. Eine vertragliche Gewinnhaftung wird zwar im Rahmen von § 687 Abs. 2 BGB diskutiert und von einer im Vordringen befindlichen Meinung auch befürwortet,⁶³ von der überwiegenden Meinung und der Rechtsprechung allerdings abgelehnt.⁶⁴ Der rechtsvergleichende Überblick scheint daher ebenfalls eher gegen als für eine Gewinnherausgabe zu sprechen. Jedenfalls kann in den internen nationalen Rechtsordnungen

⁵⁸ Siehe oben, S. 271.

⁵⁹ UNCITRAL Yearbook V (1974), 46; UNCITRAL Yearbook VIII (1977), 42; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 194.

⁶⁰ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 236 ff.

⁶¹ Siehe hierzu oben, S. 251.

⁶² Siehe hierzu oben, S. 243.

⁶³ *Bock*, Gewinnherausgabe, 250 ff.; *Hartmann*, in: BeckOGK-BGB, 1.7.2020, § 687, Rn. 54; *Helms*, Gewinnherausgabe, 179 ff.

⁶⁴ BGH, 9.2.1984, NJW 1984, 2411; NJW-RR 1989, 1255 f.; *Bergmann*, in: Staudinger-BGB, [Neubearbeitung 2015], § 687, Rn. 30; *Böger*, System der vorteilsorientierten Haftung, 426, 431; *Dornscheidt*, Gewinnhaftung, 90 ff.; *Fehrenbacher*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, Kommentar 14. Auflage 2019, § 687, Rn. 4; *Gehrlein*, in: BeckOK-BGB, 54. Edn. 2020, § 687, Rn. 5; *Nils Jansen*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK-BGB, § 687 II, Rn. 36; *Köndgen*, RabelsZ 56 (1992), 696, 748; *Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 687, Rn. 18.

keine derartige Entwicklung beobachtet werden, die auf Ebene des CISG nachvollzogen werden müsste.

II. Anspruch auf Gewinnherausgabe wegen Verletzung von Unterlassungspflichten?

Auch für die Verletzung von Unterlassungspflichten wird auf Ebene des CISG eine Gewinnherausgabe erwogen.⁶⁵ Unterlassungspflichten finden sich in internationalen Kaufverträgen in Gestalt von Exklusivitätsabreden,⁶⁶ Vertraulichkeitsvereinbarungen,⁶⁷ Im- und Exportverboten⁶⁸ oder sonstigen Verwendungsbeschränkungen hinsichtlich der Ware.⁶⁹ Bei Verletzung dieser Pflichten kann eine Gewinnherausgabe insbesondere deswegen naheliegen, da dem Gläubiger aus ihrer Verletzung oftmals kein unmittelbar nachweisbarer Schaden entsteht. Um dem Gläubiger dennoch einen Anspruch zu gewähren, könnte hier sowohl eine Haftung in Form einer Gewinnherausgabe als auch die Pflicht zur Zahlung einer hypothetischen Lizenzgebühr erwogen werden.

Auch für die Unterlassungspflichten erscheint indes fraglich, ob eine entsprechende Weiterentwicklung als notwendig anzusehen ist. Das CISG bietet verschiedene andere Wege, um einer Unterkompensation bei Verletzung von Unterlassungspflichten entgegenzuwirken.⁷⁰ Insbesondere die Schadensschätzung sowie die Anerkennung der Ersatzfähigkeit von Geschäftschancen sorgen in den meisten Fällen für angemessene Lösungen, ohne zu einer strukturellen Unterkompensation des Gläubigers zu führen. Dennoch sollen auch hier kurz die materiellen Kriterien für eine Fortentwicklung des Übereinkommens beleuchtet werden.

Entscheidend ist wiederum, ob sich diese Ansprüche in das Gesamtsystem des Übereinkommens einzufügen vermögen und ob sie internationale Akzeptanz finden können. Grundsätzlich spricht bereits die Einordnung der Herausgabe der hypothetischen Lizenzgebühr als Vorteilshaftung⁷¹ gegen eine Anerkennung eines solchen Anspruchs, da sie sich, wie auch sonstige Gewinn-

⁶⁵ *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 74, Rn. 43.

⁶⁶ OGH, 15.11.2012, CISG-online Nr. 2399; OLG Frankfurt, 17.9.1991, CISG-online Nr. 28; *Björklund*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 25, Rn. 42.

⁶⁷ Thüringer Oberlandesgericht, 29.9.2015, IHR 2016, 194; Stockholm Chamber of Commerce, 5.4.2007, (PACE), *sub II.*, B., 2.

⁶⁸ KG St. Gallen, 13.5., CISG-online Nr. 1768, IHR 2009, 161, 163; Cour d'appel Grenoble, 22.2.1995, CISG France.

⁶⁹ *Target Corp. v. JJS Developments Ltd.*, US District Court Minnesota, 9.2.2018, CISG-online Nr. 3046.

⁷⁰ Siehe hierzu oben, S. 300 ff.

⁷¹ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 293.

herausgabeansprüche, in Widerspruch zu den Grundsätzen des Erwartungsschutzes und der Totalreparation setzt. Im Übrigen steht auch die internationale Konsensfähigkeit einer solchen Gewinnherausgabe wegen der Verletzung von Unterlassungspflichten in Frage. Im internen nationalen Recht besteht weder im deutschen noch im französischen Recht eine Gewinnherausgabe wegen der Verletzung einer vertraglichen Unterlassungspflicht. Die Berechnung des Schadensersatzes anhand einer hypothetischen Lizenzgebühr findet vor allem im Immaterialgüterrecht Anwendung und wird grundsätzlich nicht auf das allgemeine Vertragsrecht erstreckt. Für das englische Recht war auf Grundlage der Entscheidung *Wrotham Park* und der Einordnung in *Attorney-General v Blake* kurzzeitig der Eindruck entstanden, dass insbesondere bei der Verletzung von Unterlassungspflichten eine Gewinnhaftung oder jedenfalls die Zahlung einer hypothetischen Lizenzgebühr grundsätzlich in Betracht kommt.⁷² Bereits *Lord Nicholls* hatte in *Attorney-General v Blake* allerdings Zweifel hinsichtlich der vom *Court of Appeal* vorgeschlagenen Sonderbehandlung von Unterlassungspflichten angemeldet.⁷³ Nach der Entscheidung *One Step v Morris-Garner* steht nunmehr fest, dass Schadensersatz in Höhe einer hypothetischen Lizenzgebühr (*negotiating damages*) jedenfalls nicht für jede Form der Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten zulässig ist, sondern dass die verletzte Rechtsposition des Gläubigers vielmehr eigentumsähnlich ausgestaltet sein muss.⁷⁴ Hieran wird es für bloße vertragliche Unterlassungspflichten in internationalen Kaufverträgen wohl in der Regel fehlen. Sowohl im deutschen und französischen als auch im englischen Recht kann der Gläubiger also bei Verletzung vertraglicher Unterlassungspflichten grundsätzlich weder die Herausgabe des Verletzergewinns noch eine hypothetische Lizenzgebühr verlangen. Auf Ebene des CISG besteht daher kein Bedürfnis, eine solche Entwicklung nachzuvollziehen.

III. Anspruch auf Gewinnherausgabe als Ausnahmerechtsbehelf bei Vertragsverletzungen?

Schließlich ist fraglich, ob die Einführung einer Gewinnherausgabe nach dem Vorbild der Entscheidung des *House of Lords* in *Attorney-General v Blake* als Ausnahmerechtsbehelf für besondere Vertragsverletzungen geboten erscheint. Ein solcher Rechtsbehelf könnte als letztes Mittel dienen, um besonders perfide oder abschreckungswürdige Vertragsverletzungen zu sanktionieren.

Es erscheint allerdings fraglich, ob die Entscheidung des *House of Lords* ein tragfähiges Vorbild für die Fortentwicklung des CISG darstellen kann. Zunächst erscheint zweifelhaft, ob es eines solchen Rechtsbehelfs auf Ebene

⁷² Siehe hierzu ausführlich oben, S. 249 ff.

⁷³ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268, 286 (HL) (*per Lord Nicholls*).

⁷⁴ *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1384 (SC) (*per Lord Reed*); kritisch zu dieser Unterscheidung *Burrows*, 134 LQR (2018), 515, 520 f.

des CISG überhaupt bedarf. Die tatsächlichen Umstände in *Attorney-General v Blake*, nämlich die Gewinnerzielung eines Doppelagenten durch die Verletzung seiner Verschwiegenheitspflicht gegenüber der britischen Krone, waren wahrhaft außergewöhnlich. Nicht umsonst beginnt *Lord Nicholls* sein Votum mit der Feststellung, *Blake* sei ein „notorious, self-confessed traitor“. ⁷⁵ Auch der *Supreme Court* hat jüngst betont, dass es sich um einen Ausnahmerechtsbehelf handelt, der auf gewöhnliche Vertragsverletzungen keine Anwendung finden kann. ⁷⁶ Es ist schwer vorstellbar, dass sich mit *Blake* vergleichbare Sachverhalte in internationalen Kaufverträgen zutragen werden. ⁷⁷ Auch komplizierte Konstellationen in internationalen Kaufverträgen erscheinen vielmehr mittels der herkömmlichen Rechtsbehelfe des CISG angemessen lösbar. Des Weiteren stellte die Anerkennung eines Ausnahmerechtsbehelfes, der dem Gericht in besonders außergewöhnlichen Fällen zur Verfügung steht, eine erhebliche Gefahr für die international einheitliche Anwendung des Übereinkommens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG dar. Bereits für das englische Recht wurde das *House of Lords* dafür kritisiert, dass es keine festen Voraussetzungen der Gewinnherausgabe benennen konnte und die konkrete Ausgestaltung des Anspruchs vollständig zukünftigen Entscheidungen überlassen wollte. ⁷⁸ Mehr noch als auf nationaler Ebene erscheint die internationale Ausbildung eines solchen Rechtsbehelfes schwierig. Schließlich findet der vom *House of Lords* geschaffene Anspruch in dieser Form keine Entsprechung in den anderen untersuchten Rechtsordnungen. Die internationale Akzeptanzfähigkeit eines solchen Ausnahmerechtsbehelfs im allgemeinen Vertragsrecht ist daher zweifelhaft. Im Ergebnis ist daher auch die Entwicklung eines Ausnahmerechtsbehelfs der Gewinnherausgabe daher weder geboten noch möglich.

D. Konkurrenz zur Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen aus dem internen nationalen Recht

Da nach den allgemeinen Grundsätzen des Übereinkommens ein Gewinnherausgabeanspruch aufgrund des Vorrangs des Erwartungsschutzes und des Grundsatzes der Totalreparation ausscheidet, ist die Frage der Gewinnherausgabe im Regelungsbereich des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG abschließend beantwortet. Ein Rückgriff auf das Subsidiärstatut im Sinne von

⁷⁵ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 AC 268, 275 (HL) (per *Lord Nicholls*).

⁷⁶ *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner*, [2018] 2 WLR 1353, 1383 (SC) (per *Lord Reed*).

⁷⁷ *Schwenzer/Hachem*, in: *Cunnington/Saidov* (Hrsg.), *Contract Damages*, 91, 101.

⁷⁸ *Andrews*, *Contract Law*, para. 18.30: „opaque“; *Beale*, in: *Chitty on Contracts*, para. 26-055; *Campbell/Wylie*, 62 CLJ (2003), 305, 311 f.

Art. 7 Abs. 2 CISG zur Ausfüllung der Lücke kann nicht erfolgen. Hiermit ist allerdings noch nicht die Frage der Konkurrenz zu Ansprüchen aus dem anwendbaren internen nationalen Recht beantwortet. Grundsätzlich scheidet ein Rückgriff auf nationale Gewinnherausgabeansprüche wegen Vertragsverletzungen aus dem internen nationalen Recht aus (I.). In bestimmten Ausnahmefällen können diese Ansprüche allerdings neben den Rechtsbehelfen des Übereinkommens zur Anwendung kommen (II.).

I. Grundsätzlicher Ausschluss von Ansprüchen aus dem internen nationalen Recht auf Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen

Das Übereinkommen regelt die Rechtsbehelfe wegen Vertragsverletzungen grundsätzlich abschließend und unter Ausschluss der entsprechenden Rechtsbehelfe aus dem internen nationalen Recht.⁷⁹ Die Qualifikation eines Anspruchs als Rechtsbehelf wegen der Vertragsverletzung muss dabei, wie auch sonst, gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG autonom und international einheitlich nach den Maßstäben des Übereinkommens erfolgen.⁸⁰ Es ist daher nicht entscheidend, ob das interne nationale Recht den Anspruch dem Vertragsrecht zuordnet oder etwa dem Bereicherungsrecht. Ansprüche aus dem internen nationalen Recht sind insoweit ausgeschlossen, als sie sich ausschließlich als Reaktion auf die Vertragsverletzung darstellen und das vertraglich begründete Recht schützen.⁸¹ In der Entscheidung *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*⁸² hätte daher eine Gewinnherausgabe nach dem israelischen Recht nicht angeordnet werden dürfen, unabhängig davon, ob der Anspruch im nationalen Recht dem Vertragsrecht oder dem Bereicherungsrecht zugeordnet wird.⁸³

In bestimmten Konstellationen stellt sich die Gewinnherausgabe indes nicht als bloße Reaktion auf die Vertragsverletzung dar, sondern folgt anderen Kriterien. Eine Auswahl dieser Ansprüche soll hier kurz dargestellt werden.

II. Rückgriff auf Ansprüche aus dem internen nationalen Recht im Ausnahmefall

Der ausschließliche Regelungsanspruch des Übereinkommens besteht nicht, wenn die Gewinnherausgabe sich nicht allein als Reaktion auf die Vertrags-

⁷⁹ Hartmann, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 47; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Vor Art. 45 ff., Rn. 6; Müller-Chen, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 45, Rn. 32.

⁸⁰ Hartmann, IHR 2009, 189, 190.

⁸¹ Hartmann, IHR 2009, 189, 190; siehe hierzu bereits oben für die Ersatz- und Erlösherausgabe, S. 195 ff.

⁸² *Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH*, 3 RLR (1995), 235.

⁸³ Hartmann, IHR 2009, 189, 190; Schlechtriem, Juridisk Tidskrift 1991/92, 1, 11, 12; siehe hierzu ausführlich oben, S. 195 ff.

verletzung darstellt, sondern anderen Kriterien folgt. Dies soll hier insbesondere für fraudulöses Verhalten (1.) sowie die Verletzung von Immaterialgüterrechten (2.) dargelegt werden.

1. Rückgriff auf nationales Recht bei arglistigem oder fraudulösem Verhalten

Die erste Kategorie besteht aus Ansprüchen für arglistiges oder fraudulöses Verhalten. Art. 89 ULIS überließ diese Ansprüche ausdrücklich dem internen nationalen Recht. Diese Entscheidung wurde auch in der Erarbeitung des CISG nicht mehr in Frage gestellt, auch wenn sich keine entsprechende Vorschrift mehr im Text des Übereinkommens findet.⁸⁴ Arglistiges oder fraudulöses Parteiverhalten sollte daher weiterhin den besonderen Sanktionsmechanismen des nationalen Rechts überlassen werden.⁸⁵ Knüpft das interne nationale Recht an ein bestimmtes arglistiges oder fraudulöses Verhalten daher die Sanktion der Gewinnherausgabe, bleibt dieser Anspruch ausnahmsweise neben den Rechtsbehelfen des Übereinkommens anwendbar.⁸⁶ Die Frage, ob ein arglistiges oder fraudulöses Verhalten vorliegt, ist gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG nach den Maßstäben des Übereinkommens zu entscheiden.⁸⁷

2. Rückgriff auf nationales Recht für Ansprüche wegen der Verletzung von Immaterialgüterrechten

Die zweite Kategorie besteht in Ansprüchen wegen der Verletzung von Immaterialgüterrechten. Verletzt etwa der Käufer Immaterialgüterrechte des Verkäufers, kann diese Verletzung zugleich eine Vertragsverletzung darstellen, wenn es an einer vertraglichen Gestattung des Rechtsinhabers fehlt. Dies kann der Fall sein, wenn der Käufer unter Verletzung des Vertrages geschütztes Know-how oder Geschäftsgeheimnisse des Verkäufers nutzt oder veräußert⁸⁸ oder Markenrechte oder anderes geistiges Eigentum des Verkäufers verletzt.

Das CISG regelt Immaterialgüterrechte lediglich in Art. 42 CISG in Bezug auf die Auswirkungen von Schutzrechten auf die Rechtsmangelfreiheit der Ware. Art. 42 CISG bestimmt, wann die Ware bei Belastung mit Schutzrechten als vertragswidrig anzusehen ist, nicht aber welche Rechte den Inhabern des Schutzrechts wegen seiner Verletzung gegen Käufer oder Verkäufer zustehen.⁸⁹ Die Ansprüche wegen Verletzung von Immaterialgüterrechten un-

⁸⁴ UNCITRAL Yearbook V (1974), 46; UNCITRAL Yearbook VIII (1977), 42; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 194.

⁸⁵ UNCITRAL Yearbook V (1974), 46; UNCITRAL Yearbook VIII (1977), 42.

⁸⁶ *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 196.

⁸⁷ *Honnold/Flechtner*, para. 65; *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 195.

⁸⁸ Stockholm Chamber of Commerce, 5.4.2007, (PACE).

terliegen daher auch dann dem anwendbaren Immaterialgüterrecht, wenn die Verletzungshandlung zugleich eine Vertragsverletzung darstellt. Das CISG enthält zwar einen abschließenden Interessenausgleich für die Vertragsverletzung, erhebt indes keinen Regelungsanspruch für die Sanktion von Immaterialgüterrechtsverletzungen, die von eigenen Regelungszwecken und auszugleichenden Interessen geprägt sind. Die Rechtsbehelfe des CISG wegen Vertragsverletzungen schließen daher die nationalen Rechtsbehelfe wegen der Verletzung von Immaterialgüterrechten nicht aus, unabhängig davon, ob sich diese aus Spezialgesetzen, dem Delikts- oder dem Bereicherungsrecht ergeben.

Nutzt der Käufer daher vertragswidrig geschütztes geistiges Eigentum des Verkäufers, können dem Verkäufer neben dem Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 S. 1 CISG auch Ansprüche auf Zahlung einer hypothetischen Lizenzgebühr oder Gewinnherausgabe nach dem anwendbaren Immaterialgüterrecht zustehen.⁹⁰ So stützte sich auch der bereits oben zitierte Schiedsspruch wohl wegen der vertragswidrigen Verwendung von Geschäftsgeheimnissen nicht auf Art. 74 S. 1 CISG, sondern auf die nicht autorisierte Verwendung von Geschäftsgeheimnissen.⁹¹

⁸⁹ *Hachem*, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.8.2020, Art. 42, Rn. 5; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 42, Rn. 7; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 42, Rn. 3.

⁹⁰ Siehe etwa §§ 4 Abs. 2 Nr. 3, § 10 GeschGehG.

⁹¹ Stockholm Chamber of Commerce, 5.4.2007, (PACE), *sub* IV.C.: „unauthorised use of [Seller]’s proprietary information“; andere Ansicht *Muñoz/Ament-Guemez*, 8 *Geo. Mason J. Int’l Com. L.* (2017), 201, 210 f.

Kapitel 7

Ein eigenständiger Anspruch auf Gewinnherausgabe wegen der Verletzung von treueähnlichen Pflichten?

Treuepflichten und treueähnliche Pflichten nehmen eine Sonderstellung im Schuldrecht ein.¹ Sowohl im englischen als auch im deutschen Recht ist eine Gewinnherausgabe bei Verletzung von Treuepflichten anerkannt.² Diese Sonderstellung rechtfertigt es, von einem besonderen Vertrauensverhältnis geprägte Pflichten auch auf Ebene des CISG gesondert zu betrachten.

Fraglich ist allerdings zunächst, ob solche Treuepflichten oder ähnliche, von einem besonderen Vertrauensverhältnis geprägte Pflichten überhaupt in internationalen Kaufverträgen enthalten sein können (A.) und ob diesbezüglich sowohl der Anwendungs- als auch der Regelungsbereich des CISG eröffnet sind (B.). Im Anschluss soll untersucht werden, ob eine Gewinnherausgabe bei der Verletzung von Treuepflichten über die allgemeinen Grundsätze des CISG (C.) oder über eine eigenständige Weiterentwicklung des Übereinkommens (D.) begründet werden kann. Schließlich soll das Verhältnis zur Gewinnherausgabe bei Treuepflichtverletzungen nach dem internen nationalen Recht geklärt werden (E.).

A. Besondere Treue- und Vertrauensverhältnisse in internationalen Kaufverträgen

Da die Definition von Treuepflichten oder treueähnlichen Pflichten bereits in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen schwerfällt,³ soll der Begriff für die Zwecke dieser Diskussion weit verstanden werden. Gegenstand der Diskussion sollen daher nicht nur fiduziarische Rechtsverhältnisse im engeren Sinne sein, sondern allgemein vertragliche Pflichten, die von einem gesteigerten Vertrauensverhältnis geprägt sind. Obwohl insbesondere im englischen

¹ *Barnett*, Accounting for Profit, 122; siehe hierzu bereits rechtsvergleichend oben, S. 237 f., 253 f.

² Siehe hierzu oben, S. 237 f., 253 f.; siehe auch zum französischen Recht und dem *arrêt Vilgrain* oben, S. 240 f.

³ *Edelman*, 126 LQR (2010), 302, 305; *Virgo*, Restitution, 488 f.; siehe hierzu bereits oben, S. 253 f.

Recht umstritten bleibt, was genau als das *Proprium* fiduziarischer Pflichten bezeichnet werden kann,⁴ sollen für die Zwecke dieser Arbeit solche Pflichten in den Blick genommen werden, die sich durch die bewusst eingeräumte und übernommene Einwirkungsmöglichkeit auf Vermögensinteressen des Vertragspartners und die Pflicht in dieser Hinsicht ausschließlich im Interesse der anderen Partei zu handeln sowie ein gesteigertes Vertrauensverhältnis auszeichnen.⁵

Selbst wenn man dieses weite Verständnis jedenfalls für die Zwecke der Prüfung der Frage im CISG zugrunde legt, stellt sich die Frage, ob solche treueähnlichen Pflichten in internationalen Kaufverträgen überhaupt denkbar sind. Obwohl Treuepflichten und treueähnliche Pflichten vorwiegend in Geschäftsbesorgungsverhältnissen auftreten, können besondere Nähebeziehungen auch ausnahmsweise durch internationale Kaufverträge begründet werden, wenn einer Partei als Sachwalterin der anderen Partei deren Vermögensgegenstände anvertraut sind und sie in diesem Rahmen deren Vermögensinteressen wahrnimmt. Eine solche besondere Einwirkungsmöglichkeit auf Vermögensgegenstände des Vertragspartners kann sich insbesondere in langfristigen Kaufverträgen ergeben, die eine enge technische Kooperation zwischen Käufer und Verkäufer sowie den Austausch von geistigem Eigentum oder Geschäftsgeheimnissen⁶ oder eine langfristige Einbindung des Käufers in das Vertriebsnetzwerk des Verkäufers erfordern. Ist etwa der Käufer der exklusive Abnehmer des Verkäufers für eine bestimmte Region oder ein bestimmtes Land und nimmt dessen Geschäftsinteressen damit für diesen Markt ausschließlich wahr, kann darin in bestimmten Fällen eine Einräumung einer besonderen Einwirkungsmöglichkeit auf die Vermögensinteressen des Verkäufers gesehen werden.⁷ Das erste Kriterium der Einräumung einer gesteigerten Einwirkungsmöglichkeit auf Vermögensgegenstände der anderen Partei wird in diesen Fällen oftmals erfüllt sein.

Problematischer ist indes, ob auch die Übernahme einer besonderen Treuepflicht angenommen werden kann.⁸ Selbst in langfristigen Rahmenkaufverträgen mit Exklusivitätsvereinbarungen wird der Käufer in der Regel die Vermögensinteressen nicht ausschließlich im Interesse des Verkäufers wahrnehmen und keine gesteigerte Treuepflicht diesem gegenüber übernehmen

⁴ *Virgo*, Restitution, 488.

⁵ Siehe zu ähnlichen Kriterien im englischen Recht *Rusch*, Treuepflichten, 31 ff., 39 f.

⁶ Thüringer Oberlandesgericht, 29.9.2015, IHR 2016, 194, 198; Stockholm Chamber of Commerce, 5.4.2007, (PACE); *DiMatteo*, in: *DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze* (Hrsg.), *International Sales Law*, Chap. 29, Rn. 82.

⁷ Siehe für einen solchen Fall *Hospital Products Ltd v United States Surgical Corporation*, (1984) 156 CLR 41 (HCA), siehe zu dieser Entscheidung ausführlich *Rusch*, Treuepflichten, 36.

⁸ *Barnett*, Accounting for Profit, 121; *Rusch*, Treuepflichten, 36.

wollen.⁹ Die Annahme einer solchen Treuebeziehung bedürfte besonderer Anhaltspunkte über die Wahrnehmung der Vermögensinteressen für den Verkäufer hinaus. Ebenso zweifelhaft wird in vielen Fällen das Vertrauen des Verkäufers in die Loyalität des Käufers sein. Selbst in langfristigen Kaufverträgen mit vertriebsrechtlichen Elementen wird eine Treuepflicht im oben benannten Sinne daher eine seltene Ausnahme sein.

Eine größere praktische Bedeutung können Vertraulichkeitspflichten in internationalen Kaufverträgen einnehmen.¹⁰ Insbesondere wenn die Parteien im Rahmen der Vertragsdurchführung Geschäftsgeheimnisse oder sonstige Informationen teilen, wird der Vertrag oftmals eine Vertraulichkeitsvereinbarung enthalten¹¹ oder es wird sich aus den Umständen der Informationserlangung ergeben, dass es sich um eine vertrauliche Information oder um ein Geschäftsgeheimnis handelt.¹² Auch hier können besondere Gewinnherausgabeansprüche im Sinne der *duty of confidence* erwogen werden.¹³

Für diese Ausnahmekonstellationen soll hier der Frage nachgegangen werden, ob bei Geltung des CISG in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des Übereinkommens und den herkömmlichen Rechtsbehelfen die Gewinnherausgabe anzuerkennen ist.

B. Treuepflichten als Regelungsgegenstand des Übereinkommens

Voraussetzung für die Diskussion besonderer Ansprüche wegen der Verletzung von Treuepflichten oder treueähnlichen Pflichten ist zunächst, dass das CISG gemäß Art. 1 ff. CISG grundsätzlich anwendbar ist (I.) und dass die Rechtsfolgen der Verletzung von Treuepflichten in den Regelungsbereich des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG fallen (II.)

⁹ *Hospital Products Ltd v United States Surgical Corporation*, (1984) 156 CLR 41, 72 f. (HCA) (*per Mason J*); siehe hierzu ausführlich *Rusch*, Treuepflichten, 36.

¹⁰ *DiMatteo*, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze (Hrsg.), *International Sales Law*, Chap. 29, Rn. 82; siehe auch den Sachverhalt in *Peter Pan Manufacturing Corporation v Corsets Silhouette Ltd*, [1964] 1 WLR 96, der grundsätzlich auch im Rahmen eines internationalen Kaufvertrages denkbar ist.

¹¹ Stockholm Chamber of Commerce, 5.4.2007, (PACE).

¹² *DiMatteo*, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze (Hrsg.), *International Sales Law*, Chap. 29, Rn. 83.

¹³ *Peter Pan Manufacturing Corporation v Corsets Silhouette Ltd*, [1964] 1 WLR 96; *DiMatteo*, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze (Hrsg.), *International Sales Law*, Chap. 29, Rn. 94; siehe zum englischen Recht bereits oben, S. 253 f.

I. Anwendbarkeit des CISG gemäß Art. 1 Abs. 1 CISG

Ein Kaufvertrag im Sinne von Art. 1 Abs. 1 CISG liegt vor, wenn analog Art. 3 Abs. 2 CISG jedenfalls der überwiegende Teil des Vertrags in der Lieferung von Waren gegen Entgelt besteht.¹⁴ In internationalen Kaufverträgen ist jede Partei grundsätzlich gehalten, ihre eigenen Interessen zu wahren, auch wenn die überwiegende Ansicht jedenfalls eine Pflicht anerkennt, sich entsprechend des guten Glaubens gegenüber der anderen Partei zu verhalten.¹⁵ Dennoch kann ausnahmsweise auch im Rahmen von internationalen Kaufverträgen ein besonderes Näheverhältnis bestehen, etwa wenn die Kaufverträge der langfristigen Zusammenarbeit zur Entwicklung eines komplexen technologischen Produkts dienen und eine Partei der anderen technische Zeichnungen oder sonstiges Know-how zur Verfügung stellt, um die passgenaue Entwicklung zu ermöglichen.¹⁶ Ein größeres Näheverhältnis kann auch bei dauerhafter Einbindung des Käufers in das Vertriebsnetzwerk des Verkäufers vorliegen. Legt ein solcher auf längere Dauer geschlossener Vertrag bereits die wesentlichen kaufrechtlichen Pflichten der Parteien fest, wird eine Anwendung des Übereinkommens überwiegend befürwortet.¹⁷ In diesen Fällen ist allerdings stets im Einzelfall zu prüfen, ob tatsächlich überwiegend ein Kaufvertrag im Sinne von Art. 1 Abs. 1 CISG oder eine andere Art von Rahmenvertrag wie ein Vertriebsvertrag oder Franchisevertrag vorliegt, auf die das CISG keine Anwendung findet.¹⁸ Bestehen neben den genuin kaufrechtlichen Pflichten auch vertragliche Treuepflichten oder treueähnliche Pflichten, ist entsprechend Art. 3 Abs. 2 CISG zu klären, ob der kaufrechtliche Teil den überwiegenden Teil des Vertrages darstellt. Überwiegt der kaufrechtliche Teil im Sinne von Art. 3 Abs. 2 CISG, ist das Übereinkommen gemäß Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 2 CISG auf den gesamten Vertrag anwendbar.¹⁹

¹⁴ Philipp Wagner, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.7.2020, Art. 1, Rn. 8.

¹⁵ Bonell, in: Bianca/Bonell (Hrsg.), CISG, Commentary, 1987, Art. 7, n° 2.4.1; Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 7, Rn. 26, allerdings nur im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 CISG; Perales Viscasillas, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 7, para. 25 ff.; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 7, Rn. 10; zurückhaltend Schlechtriem/Schroeter, Rn. 101.

¹⁶ Siehe etwa Thüringer Oberlandesgericht, 29.9.2015, IHR 2016, 194, 198; Stockholm Chamber of Commerce, 5.4.2007, (PACE).

¹⁷ Bridge, International Sale of Goods, para. 10.22; Schlechtriem/Schroeter, Rn. 63.

¹⁸ Bridge, International Sale of Goods, para. 10.22; Gillette/Walt, UN Convention, 62 f.; Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 1, Rn. 31 f.; Mistelis, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), CISG, Commentary, 2. Auflage 2018, Art. 1, para. 33 f.; Philipp Wagner, in: BeckOGK-BGB, CISG, 1.11.2019, Art. 1, Rn. 8.3; siehe allerdings auch Perales Viscasillas, in: Schwenzer (Hrsg.), 35 years CISG and beyond, 115, 127 ff., die für eine Ausweitung der Anwendung des CISG auf Vertriebsverträge eintritt.

Fraglich ist allerdings, ob die Frage der treueähnlichen Pflichten und ihrer Verletzung bei Anwendung des Übereinkommens in den sachlichen Regelungsbereich des Übereinkommens im Sinne von Art. 4, 7 Abs. 2 CISG fällt oder ob ohne weiteres auf das anwendbare interne Recht zurückzugreifen ist.

II. Vertraglich begründete Treuepflichten als nicht entschiedene Frage im Regelungsbereich des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG

Grundsätzlich sind sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag vom Regelungsanspruch des CISG erfasst, unabhängig davon ob es sich um genuin kaufrechtliche Pflichten oder um sonstige Nebenpflichten handelt.²⁰ Soweit die oben beschriebenen treueähnlichen Pflichten dem Kaufvertrag entstammen, findet das Übereinkommen daher grundsätzlich auf die Auslegung dieser Pflichten sowie auf die Rechtsfolgen ihrer Verletzung Anwendung.²¹ Lösungen zur Regelung dieser Pflichten müssen gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG daher zunächst im Übereinkommen gesucht werden.²²

Das Übereinkommen geht grundsätzlich davon aus, dass die Verletzung verschiedener Vertragspflichten gemäß Art. 45, 61 CISG die gleichen Rechtsfolgen zeitigt, ohne zwischen Hauptleistungs-, Nebenleistungs- oder Nebenpflichten zu unterscheiden.²³ Dennoch erscheint es naheliegend, für Treuepflichten oder treueähnliche Pflichten von einer Regelungslücke im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG auszugehen, da die Rechtsbehelfe des Übereinkommens grundsätzlich auf vertragliche Pflichten in Austauschverträgen zugeschnitten sind, die nicht von einem besonderen Näheverhältnis der Parteien in der Vertragsdurchführung gekennzeichnet sind.²⁴ Eine gewisse Ausnahme stellen die (gesetzlichen) Erhaltungspflichten gemäß Art. 85 ff. CISG dar, die der erhaltungspflichtigen Partei eine Erhaltung und gegebenenfalls auch Veräußerung der Ware auferlegen.²⁵ Hierbei handelt es sich jedoch um eng um-

¹⁹ Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 3, Rn. 16; Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 3, Rn. 17; Philipp Wagner, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.7.2020, Art. 1, Rn. 8.

²⁰ Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 3, Rn. 16; Magnus, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 3, Rn. 29; Philipp Wagner, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.7.2020, Art. 1, Rn. 8.

²¹ Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 3, Rn. 17.

²² Peter Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 3, Rn. 17.

²³ Demir, Schadensersatzregelung, 86; Hartmann, in: BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020, Art. 45, Rn. 8; Müller-Chen, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Art. 45, Rn. 3.

²⁴ Schroeter, RabelsZ 81 (2017), 32, 64.

²⁵ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 136.

schriebene Ausnahmetatbestände, die auf die Erhaltung der Ware durch Käufer oder Verkäufer beschränkt sind. Die Einwirkungsmöglichkeit wird hier nicht vertraglich eingeräumt, sondern entsteht tatsächlich durch eine Vertragsverletzung der anderen Partei. Die Veräußerung der Ware findet darüber hinaus zumindest auch im Interesse der erhaltenden Partei statt, die gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 1 CISG auch zur Deckung der Erhaltungskosten dienen soll. Die Erhaltungspflichten gemäß Art. 85 ff. CISG stellen daher keine hinreichende Regelung für vertraglich begründete treueähnliche Pflichten dar.

Wie der rechtsvergleichende Überblick gezeigt hat, halten die nationalen Rechtsordnungen im Rahmen von vertraglichen Treuepflichten einen gesonderten Interessenausgleich für erforderlich, der der gesteigerten Einwirkungsmöglichkeit und der besonderen Vertrauensstellung des Schuldners der Treuepflicht Rechnung tragen kann. Ein solcher auf die besondere Interessenlage bei treueähnlichen Vertragspflichten zugeschnittener Interessenausgleich findet sich im Übereinkommen nicht. Es ist daher für die Verletzung von Treuepflichten und treueähnlichen Pflichten von einer nicht beantworteten Frage auszugehen, für die gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG zunächst eine Lösung anhand der allgemeinen Grundsätze des Übereinkommens zu suchen ist.

C. Gewinnherausgabe bei Treuepflichtverletzungen aufgrund allgemeiner Grundsätze des Übereinkommens?

Eine Lösung für die Rechtsbehelfe wegen der Verletzung vertraglicher Treuepflichten oder ähnlicher Pflichten ist zunächst in den allgemeinen Grundsätzen des Übereinkommens zu suchen. Ein erster Anknüpfungspunkt für Pflichten, in denen eine Partei die Vermögensinteressen der anderen Partei zu wahren hat, findet sich in den Erhaltungspflichten gemäß Art. 85 ff. CISG (I.). Im Anschluss soll auf den Grundsatz des guten Glaubens im internationalen Handel eingegangen werden (II.)

I. Die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen im Sinne von Art. 85 ff. CISG

Da auch im Rahmen der Erhaltungspflichten die erhaltungspflichtige Partei die Ware im Interesse der anderen Partei erhalten muss und gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG den Veräußerungserlös abzüglich ihrer Kosten auszukehren hat, könnte man einen allgemeinen Grundsatz herleiten, dem zufolge eine Partei, die einen Vermögensgegenstand der anderen Partei in deren Interesse und für deren Rechnung verwaltet, dieser zur Rechnungslegung und zur Er-

lösherausgabe verpflichtet ist.²⁶ Da die Erhaltungspflichten eine Konkretisierung des Grundsatzes des guten Glaubens gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG darstellen,²⁷ erscheint eine solche Erweiterung des in Art. 85 ff., 88 CISG enthaltenen Rechtsgedankens auf ähnliche Konstellationen, in denen eine Partei einen Vermögensgegenstand der anderen Partei in deren Interesse und für deren Rechnung verwaltet, grundsätzlich denkbar. Auf dieser Grundlage kann auch eine Erlösherausgabe entsprechend Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG erwogen werden, wenn die Partei den ihr anvertrauten Vermögensgegenstand veräußert. Der Grundsatz der Erlösherausgabe wegen Veräußerung eines im Interesse der anderen Partei verwalteten Vermögensgegenstandes bietet indes nur für einen sehr kleinen Teil möglicher treueähnlicher Pflichten eine tragfähige Begründung für eine Gewinnherausgabe. Dieser allgemeine Grundsatz sowie die entsprechend Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG mögliche Erlösherausgabe finden jedenfalls dort ihre Grenzen, wo es nicht mehr um die Veräußerung eines Vermögensgegenstandes der anderen Partei, sondern um ein sonst treuwidriges Verhalten, etwa eine vertragswidrige Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen geht. Eine Erstreckung der den Erhaltungspflichten entnommenen Grundsätze erscheint zwar nicht ausgeschlossen, entfernt sich allerdings sehr weit von dem in Art. 85 ff. CISG geregelten Interessenausgleich, der die Verwahrung der Ware durch die vertragstreue Partei für die vertragswidrig handelnde Partei vorsieht.

Ein allgemeiner Grundsatz im Sinne der Art. 85 ff. CISG, dem zufolge die Partei, die einen Vermögensgegenstand der anderen Partei in deren Interesse und für deren Rechnung verwahrt und veräußert, zur Rechnungslegung und Erlösherausgabe entsprechend Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG verpflichtet ist, kann daher nur für solche treueähnliche Pflichten gelten, in denen gerade die Verwaltung des Vermögensgegenstandes und dessen Veräußerung in Rede steht. In anderen Fällen bieten die Erhaltungspflichten gemäß Art. 85 ff. CISG keinerlei Anhaltspunkte, um eine sinnvolle Eingrenzung von Treuepflichten oder treueähnlichen Pflichten vorzunehmen, da der für sie maßgebliche Interessenausgleich zwischen der erhaltenden Partei und der anderen Partei nicht übertragbar ist. Für die Mehrzahl der Fälle bietet die beschränkte Lösung in Art. 85 ff. CISG daher keinen Anhaltspunkt, um einen allgemeinen Grundsatz der Erlösherausgabe gerade für Treuepflichten oder ähnliche Pflichten herzu-leiten.

²⁶ *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 85, Rn. 19; *Man-kowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, CISG, 4. Auflage 2018, Vor Art. 85–88, Rn. 5; zustimmend *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 80; siehe hierzu bereits oben, S. 147.

²⁷ *Bacher*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), CISG, Kommentar, 7. Auflage 2019, Vor Art. 85–88, Rn. 6; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, CISG, 8. Auflage 2019, Art. 85, Rn. 3; *Magnus*, in: Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Vor Art. 85 ff., Rn. 1; *Jentsch*, Erhaltungspflichten, 35; siehe hierzu bereits ausführlich oben, S. 135.

II. Der Grundsatz des guten Glaubens gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG

Da die Erhaltungspflichten lediglich eine konkrete Ausprägung des Grundsatzes des guten Glaubens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG darstellen, kann allerdings erwogen werden, eine besondere Gewinnherausgabe bei Treuepflichten oder treueähnlichen Pflichten aus dem allgemeineren Grundsatz des guten Glaubens selbst herzuleiten. Eine solche Herleitung wäre möglich, wenn der gute Glaube eine Gewinnherausgabe wegen Verletzung von Treuepflichten oder treueähnlichen Pflichten erforderte, da er unter Ausnutzung der gesondert eingeräumten Einwirkungsmöglichkeiten und der Vertrauensstellung erlangt wurde. Hierfür spricht, dass in den untersuchten Rechtsordnungen in vielen Fällen eine Gewinnerzielung unter Ausnutzung einer solchen Vertrauensstellung mittels einer Gewinnherausgabe sanktioniert wird.²⁸ Auch hier erscheint jedoch unklar, in welcher Form der Grundsatz des guten Glaubens geeignet ist, gerade diejenigen Pflichtverletzungen zu identifizieren, die eine Gewinnherausgabe nach sich ziehen müssen. Selbst wenn man grundsätzlich die vertraglich eingeräumte gesteigerte Vertrauensstellung und Einwirkungsmöglichkeit auf die Vermögensinteressen des Gläubigers als Ausgangspunkt einer Definition akzeptieren wollte, erscheint der Grundsatz des guten Glaubens zu vage, um den Grad der Vertrauensstellung sowie die Art und Weise der Einwirkungsmöglichkeit trennscharf zu beschreiben. Bereits im internen nationalen Recht hat es sich als außerordentlich schwierig erwiesen, tragfähige Kriterien für die Identifizierung solcher Pflichten zu entwickeln.²⁹ Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein internationaler Konsens hinsichtlich der Einordnung und Reichweite der treueähnlichen Pflichten ohne weiteres hergestellt werden kann, da insbesondere im *common law* die *fiduciary duties* eine weitaus größere Bedeutung einnehmen als vergleichbare Rechtsinstitute in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen.³⁰ Belastbare Kriterien für eine Gewinnherausgabe bei Treuepflichten oder treueähnlichen Pflichten können dem Grundsatz des guten Glaubens gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG daher nicht entnommen werden.

Außerhalb einer möglichen Erweiterung des in Art. 85 ff. CISG enthaltenen Rechtsgedankens sowie einer entsprechenden Anwendung von Art. 88 Abs. 3 S. 2 CISG enthält das CISG daher keinerlei allgemeine Grundsätze, die es erlauben bestimmte Treuepflichten oder treueähnliche Pflichten zu identifizieren, für die eine Gewinnherausgabe in Betracht kommen kann.

²⁸ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 237, 253 f.

²⁹ *Millett*, 114 LQR (1998), 214, 219: „The search for a single, all-embracing definition is doomed to failure“; siehe ausführlich zu den verschiedenen Ansätzen *Böger*, System der vorteilsorientierten Haftung, 187 ff.; siehe zum englischen Recht bereits oben, S. 253 f.

³⁰ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 253 f.

D. Gewinnherausgabe bei Verletzungen von Treuepflichten und treueähnlichen Pflichten aufgrund einer eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens?

Da es an allgemeinen Grundsätzen mangelt, um die treueähnliche Vertragspflichten im Rahmen des CISG zu regeln, stellt sich die Frage, ob diese Pflichten einen tauglichen Gegenstand für eine eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens im oben beschriebenen Sinne darstellen.³¹

Der rechtsvergleichende Überblick hat gezeigt, dass eine Gewinnherausgabe wegen der Verletzung von Treuepflichten oder ähnlichen Pflichten in verschiedenen Rechtsordnungen gewährt wird und die Treuepflichten damit im Schuldrecht eine gewisse Sonderstellung einnehmen.³² Für eine solche Fortentwicklung spricht des Weiteren, dass die Verfasser des Übereinkommens das CISG nicht primär als Regelungsinstrument für die Entwicklung und den Verkauf komplexer technischer Produkte, die eine engere und langfristige Zusammenarbeit von Käufer und Verkäufer erfordern, sondern vor allem als Gesetz für Austauschverträge entworfen haben, in denen keine der Parteien eine besondere Vertrauensstellung oder Einwirkungsmöglichkeit auf Vermögensgegenstände der jeweils anderen Partei eingeräumt wird.³³ Aufgrund der globalen Integration nicht nur des Warenhandels, sondern auch der Entwicklung und Produktion von technischen Produkten kann das CISG allerdings zunehmend auch auf solche engeren Kooperationen zwischen Käufer und Verkäufer anwendbar sein.³⁴ Eine Ergänzung der Regelungen des Übereinkommens, die dieser Entwicklung Rechnung trägt und den Parteien auch in solchen engeren Rechtsverhältnissen hinreichenden Schutz bietet, erscheint damit grundsätzlich wünschenswert.

Dennoch erscheint fraglich, ob sich in einer eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens taugliche Kriterien finden lassen, die eine internationale Lösung für diese Fälle ermöglichen. In den internen nationalen Rechtsordnungen erscheint ungeachtet der grundsätzlichen Übereinstimmung, dass die Verletzung von Treuepflichten eine Gewinnherausgabe nach sich ziehen kann, vieles noch ungeklärt, insbesondere wie weit solche fiduziarischen Pflichten unabhängig von klassischen Treuhandverhältnissen in das allgemeine Schuldrecht übertragen werden können. Das Eingrenzungsproblem bestünde auf internationaler Ebene in noch größerem Maße, da internationale Maßstäbe fehlen, anhand derer unterschiedliche Vorstellungen von der

³¹ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 59 ff.

³² Siehe hierzu ausführlich oben, S. 237 f., 253 f.

³³ *Schroeter*, *RabelsZ* 81 (2017), 32, 64.

³⁴ Siehe etwa die jüngeren Beispiele Thüringer Oberlandesgericht, 29.9.2015, IHR 2016, 194, 198; Stockholm Chamber of Commerce, 5.4.2007, (PACE).

Reichweite einer Gewinnherausgabe wegen der Verletzung von Treuepflichten in Einklang gebracht werden können.

Schließlich müsste eine solche eigenständige Fortentwicklung über die Grenzen von Art. 7 Abs. 2 CISG hinaus auch notwendig sein, um die Funktionsfähigkeit des Übereinkommens als Regelungsinstrument für internationale Kaufverträge zu erhalten.³⁵ Die Regelung des Problems der in internationalen Kaufverträgen enthaltenen Treuepflichten ist zwar aus den oben genannten Gründen wünschenswert, erscheint allerdings nicht unabdingbar. Zum einen betrifft die Frage der treueähnlichen Pflichten nur einen kleinen Anteil der dem CISG unterfallenden Kaufverträge. Oftmals werden derartige Pflichten in separaten Rahmenverträgen enthalten sein, die nicht in den Anwendungsbereich des CISG gemäß Art. 1 Abs. 1 CISG fallen. Die praktische Bedeutung der Frage erscheint daher (noch) gering. Zum anderen steht der Gläubiger bei Verletzung der Pflicht nicht schutzlos da. Er kann einerseits den Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer vertraglichen Pflicht gemäß Art. 45 Abs. 1 lit. b, Art. 74 S. 1 CISG geltend machen.³⁶ Andererseits kann er oftmals auf konkurrierende Ansprüche aus dem nationalen Delikts- oder Bereicherungsrecht zurückgreifen, sofern seine Rechtsposition nicht lediglich als vertragliches Recht, sondern auch deliktisch oder immaterialgüterrechtlich geschützt ist.³⁷

Eine eigenständige Fortentwicklung des Übereinkommens erscheint daher weder zulässig noch möglich. Es bleibt daher dabei, dass vertragliche Treuepflichten zwar in den Regelungsbereich des Übereinkommens fallen können, eine Sonderregelung sich aber weder anhand der allgemeinen Grundsätze noch aufgrund einer eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens ergeben kann. Es ist daher im Falle einer Verletzung von Treuepflichten, die in den Regelungsbereich des Übereinkommens fallen, grundsätzlich der Rückgriff auf das nationale Recht gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG statthaft.

E. Konkurrenz zu Ansprüchen wegen Treuepflichtverletzungen aus dem internen nationalen Recht

Schließlich stellt sich auch für die Verletzung von vertraglichen Treuepflichten die Frage der Konkurrenz zu Rechtsbehelfen aus dem internen nationalen Recht. Nach hier vertretener Ansicht sind die Rechtsbehelfe des internen

³⁵ Siehe zu diesem Kriterium oben, S. 72 f.

³⁶ So für die Verletzung einer Vertraulichkeitspflicht durch Offenbarung eines Geschäftsgeheimnisses, Thüringer Oberlandesgericht, 29.9.2015, IHR 2016, 194, 198.

³⁷ So für die Verwendung von geschützten, vertraulichen Informationen einer Partei, Stockholm Chamber of Commerce, 5.4.2007, (PACE), siehe auch *DiMatteo*, in: *DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze* (Hrsg.), *International Sales Law*, Chap. 29, Rn. 107; siehe hierzu bereits oben, S. 325.

nationalen Rechts bereits über die Lückenfüllung gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG anwendbar, so dass die Frage der Konkurrenz obsolet erscheinen kann. Allerdings soll ihr hier dennoch nachgegangen werden, denn sie spielte jedenfalls dann eine Rolle, wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht zum Ergebnis käme, dass die allgemeinen Grundsätze des Übereinkommens die Frage der Rechtsbehelfe wegen Vertragsverletzungen auch im Hinblick auf vertragliche Treuepflichten und treueähnliche Pflichten beantworten und daher für Verletzung vertraglicher Treuepflichten keine Lücke im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG vorliegt. Folgte man dieser Ansicht, hinge die Verfügbarkeit einer Gewinnherausgabe wegen Verletzung einer vertraglich begründeten Treuepflicht an der Konkurrenz zwischen den Rechtsbehelfen des CISG und Ansprüchen aus dem internen nationalen Recht. Wie bereits oben ausgeführt, bleiben sowohl sachenrechtliche oder deliktische als auch immaterialgüterrechtliche Ansprüche unberührt, die nicht ausschließlich an die Nichterfüllung des Vertrages anknüpfen.³⁸ Im Übrigen bleibt, wie auch sonst, der Rückgriff auf die allgemeinen Rechtsbehelfe des Vertragsrechts wegen der Nichterfüllung des Vertrages grundsätzlich ausgeschlossen, da das CISG in dieser Hinsicht eine abschließende Regelung trifft.³⁹

Fraglich ist indes, ob sich diese Ausschlusswirkung der Rechtsbehelfe des CISG auch auf besondere Ansprüche wegen Verletzung einer vertraglichen Treuepflicht oder treueähnlichen Pflicht erstreckt. Diese Ansprüche unterscheiden sich von den übrigen Rechtsbehelfen dergestalt, dass sie nicht lediglich an eine Vertragsverletzung anknüpfen, sondern sich aus der gesteigerten Einwirkungsmöglichkeit auf das Vermögen des Gläubigers und einer besonderen Vertrauensstellung ergeben, die ihrerseits vertraglich begründet sein können. Es ist zwar grundsätzlich denkbar, die Ausschlusswirkung des Übereinkommens auch auf die besonderen Rechtsbehelfe wegen der Verletzung einer vertraglich begründeten Treuepflicht zu erstrecken, da das Übereinkommen grundsätzlich nicht zwischen verschiedenen Arten der Vertragsverletzungen differenziert und daher auch für die vertraglich begründeten Treuepflichten eine abschließende Regelung enthalten könnte.

Eine abschließende Regelung kann nach den von *Ulrich Schroeter* entwickelten und hier zugrunde gelegten Kriterien angenommen werden, soweit das Übereinkommen einen abschließenden Interessenausgleich vornehmen möchte.⁴⁰ Für die Rechtsbehelfe wegen Vertragsverletzung ist dies grundsätzlich

³⁸ *DiMatteo*, in: *DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze* (Hrsg.), *International Sales Law*, Chap. 29, Rn. 107; siehe hierzu bereits oben, S. 325.

³⁹ *Hartmann*, in: *BeckOGK-BGB, CISG, 15.5.2020*, Art. 45, Rn. 47; *Magnus*, in: *Staudinger-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018]*, Vor Art. 45 ff., Rn. 6; *Müller-Chen*, in: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter* (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 7. Auflage 2019, Art. 45, Rn. 32; siehe hierzu bereits ausführlich oben, S. 195 ff.

⁴⁰ *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 131; siehe hierzu ausführlich oben, S. 49 f.

ohne weiteres der Fall, da Käufer- und Verkäuferinteressen in den Art. 45 ff., 61 ff. CISG berücksichtigt und abgewogen wurden, so dass ein zusätzlicher Rückgriff auf internes Recht den Interessenausgleich konterkarieren würde. Gegen die Erstreckung dieser abschließenden Wirkung auf Treuepflichten und treueähnliche Pflichten spricht allerdings, dass ein abschließender Interessenausgleich jedenfalls nicht hinsichtlich der gesteigerten Vertrauensstellung und des sich daraus ergebenden erhöhten Risikos für den Gläubiger vorliegt. Diese besondere Interessenlage erfordert einen gesonderten Interessenausgleich, der nicht zwingend den Erwägungen folgt, die dem allgemeinen Vertrags- oder Kaufrecht zugrunde liegen. Rechtsbehelfe für die Verletzung von Treuepflichten oder treueähnlichen Pflichten unterscheiden sich daher in der Regel auch im internen nationalen Recht von den allgemeinen Rechtsbehelfen wegen Vertragsverletzungen.⁴¹ Ähnlich wie für die Folgen eines fraudulösen Verhaltens knüpfen sie nicht bloß an die Nichterfüllung des Vertrages, sondern an andere Merkmale an, die lediglich mit der Nichterfüllung des Vertrages zusammentreffen können. Für die Verletzung von Treuepflichten oder treueähnlichen Pflichten sind dies insbesondere die Ausnutzung einer gesteigerten Einwirkungsmöglichkeit, die Pflicht zum Handeln in fremdem Interesse und eine besondere Vertrauensstellung. Von einem ausschließlichen Regelungsanspruch des CISG auch in dieser Hinsicht auszugehen, erscheint daher zu weitgehend. Die internen Rechtsbehelfe wegen der Verletzung von vertraglichen Treuepflichten bleiben daher insgesamt neben denjenigen des Übereinkommens wegen Vertragsverletzungen anwendbar.

Im Ergebnis sind die Rechtsbehelfe des internen nationalen Rechts daher gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG im Wege des Rückgriffes zur Lückenfüllung oder zumindest als konkurrierende Rechtsbehelfe des nationalen Rechts anwendbar.

⁴¹ Siehe hierzu ausführlich oben, S. 237 f., 253 f.

Schluss

Die Vorteils- und Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen stellt keine einheitliche Kategorie im Haftungssystem des CISG dar. Vielmehr bleibt es bei den verstreuten Regelungen des Übereinkommens in Art. 84 Abs. 2, Art. 88 Abs. 3 CISG. Während Art. 84 Abs. 2 CISG einen vollständigen Vorteilsausgleich für den Fall der Rückgewähr der Ware anordnet, regelt Art. 88 Abs. 3 CISG lediglich den Sonderfall der Erlösherausgabe bei Veräußerung der für die andere Partei erhaltenen Ware. Ein allgemeines Prinzip der Vorteils- und Gewinnherausgabe lässt sich diesen Einzelschriften daher ebenso wenig entnehmen wie den allgemeinen Grundsätzen des Übereinkommens. Dies kann kaum überraschen, da das CISG auf den Schutz der Erwartungen des Gläubigers zugeschnitten ist und die Vorteile des Schuldners nicht in den Blick nimmt. Insbesondere der Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 S. 1 CISG lässt sich weder für eine Gewinnherausgabe noch für eine Schadensbemessung anhand des Gewinns öffnen. Eine solche schadensrechtliche Gewinnhaftung erscheint auch nicht notwendig, da der Schadensersatzanspruch in Art. 74 S. 1 CISG auch nach dem herkömmlichen Schadensverständnis geeignet ist, eine hinreichende Kompensation des Gläubigers sicherzustellen. So können insbesondere die Geschäftschancenlehre und die Schadensschätzung zu einer angemessenen Lösung der problematischen Fälle beitragen.

Trotz der grundsätzlichen Ablehnung einer Vorteils- und Gewinnherausgabe kann eine Vorteilszuweisung über den Naturalerfüllungsanspruch jedenfalls für stellvertretende *commoda* begründet werden, die an die Stelle der Ware als Leistungsgegenstand treten. Die Herleitung des Anspruchs über den allgemeinen Grundsatz der Naturalerfüllung in Verbindung mit der Surrogation in Art. 88 Abs. 3 CISG fügt sich ohne Wertungswidersprüche in das Haftungssystem des Übereinkommens ein und kann unabhängig von einer Befreiung des Gläubigers zu angemessenen Lösungen führen. Diese besondere Form der Vorteilsherausgabe findet jedenfalls partielle Unterstützung in verschiedenen Rechtsordnungen und sollte daher international konsensfähig sein. Über den *Commodumsanspruch* bei Leistungsvereitelung hinaus finden sich allerdings keine Kriterien, um eine Vorteils- und Gewinnherausgabe als eigenständigen Rechtsbehelf zu entwickeln. Sowohl für die vorsätzlich-lukrativen Vertragsverletzungen als auch für die Verletzung von Unterlas-

sungspflichten bleibt es daher grundsätzlich beim Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 S. 1 CISG.

Das CISG vermag durch das Zusammenspiel seiner verschiedenen Rechtsbehelfe, namentlich dem Anspruch auf das stellvertretende commodum, dem Schadensersatz gemäß Art. 74 S. 1 CISG sowie der Preisminderung gemäß Art. 50 CISG, die streitigen Fälle angemessen zu lösen. Für den mehrfachen Verkauf der Kaufsache steht der Anspruch auf das stellvertretende commodum zur Verfügung. Für die vertragswidrige Leistung ersparnis hält das Übereinkommen sowohl die Preisminderung als auch den Schadensersatzanspruch in Höhe der Marktwertdifferenz oder der Kosten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes bereit. Für die Verletzung von Unterlassungspflichten bietet schließlich die Anerkennung der Geschäftschancenlehre verbunden mit der Schätzungsbefugnis des Gerichts ein hinreichend flexibles Instrument, um sowohl eine Unter- als auch eine Überkompensation zu vermeiden. Die Einführung weiterer vorteilsorientierter Ansprüche erscheint vor diesem Hintergrund nicht geboten. Eine Ausnahme kann in der Verletzung von treueähnlichen Pflichten oder Vertraulichkeitspflichten gesehen werden, für die am ehesten ein Bedürfnis nach einer Gewinnhaftung gegeben ist. Hier fehlt es indes an Kriterien im Übereinkommen, um das Problem angemessen zu lösen, so dass ein Rückgriff auf das interne Recht entweder als Subsidiärstatut gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG oder in Konkurrenz zu den Rechtsbehelfen des CISG zulässig sein sollte.

Das gemischte Resultat hinsichtlich der Herleitung von Vorteils- und Gewinnherausgabeansprüchen im Übereinkommen kann im Hinblick auf den Stand der Gewinnhaftung in den internen nationalen Rechtsordnungen nicht überraschen. Auch in den untersuchten nationalen Rechtsordnungen ist es bisher nicht gelungen, tragfähige Kriterien für eine Gewinnhaftung wegen Vertragsverletzungen zu entwickeln. Im französischen Recht beschränkt sich der Reformvorschlag zur Einführung einer *amende civile* auf den außervertraglichen Bereich. Selbst im englischen Recht, das infolge von *Attorney-General v Blake* zunächst als Wegbereiter einer vertraglichen Gewinnhaftung gelten musste, ist eine gewisse Ernüchterung eingetreten. Entgegen der ursprünglich mit der Entscheidung verbundenen Hoffnungen hat der *Supreme Court* der Entwicklung einer umfassenden und abgestuften Gewinnhaftung wegen Vertragsverletzungen in *One Step (Support) v Morris-Garner* ausdrücklich einen Riegel vorgeschoben. Viel spricht daher dafür, dass auch im englischen Recht die Gewinnherausgabe auf besonders verwerfliche Vertragsverletzungen beschränkt bleiben wird. In Anbetracht dieses rechtsvergleichenden Befundes müsste eine allgemeine Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen im CISG fast als ihrerseits rechtfertigungsbedürftige Anomalie gegenüber den nationalen Rechtsordnungen erscheinen.

Die nur partielle Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG ist daher keineswegs ein Zeichen dafür, dass sich das CISG nicht zeitgemäß fortbilden

ließe. Vielmehr ist das CISG ein dynamisches Instrument, das im Hinblick auf neue Herausforderungen fortgebildet werden kann. Jenseits der Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze sollte dies auch im Wege einer eigenständigen Fortentwicklung des Übereinkommens möglich sein. Die Untersuchung hat versucht, Kriterien sowohl für die Zulässigkeit als auch für die inhaltliche Ausgestaltung einer solchen selbstständigen Fortentwicklung zu benennen und auf die Vorteils- und Gewinnherausgabe anzuwenden. Allerdings hat gerade die Prüfung dieser Frage gezeigt, dass im Rahmen einer solchen Fortentwicklung nicht vorschnell Diskurse aus dem internen nationalen Recht auf das Übereinkommen übertragen werden können. Vielmehr ist stets auf die Besonderheiten des Übereinkommens zu achten und im Rahmen einer rechtsvergleichenden Analyse die internationale Konsensfähigkeit einer Lösung zu überprüfen. Für die Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen ist diese Prüfung nur teilweise positiv ausgefallen, auch da der Stand der Gewinnherausgabe wegen Vertragsverletzungen in den nationalen Rechtsordnungen unsicher erscheint. Für viele andere neuartige Fragen wird sich das Übereinkommen demgegenüber zeitgemäß fortentwickeln lassen.

Literaturverzeichnis

- Achilles, Wilhelm-Albrecht*: Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG), 2. Auflage, Köln 2019.
- Ameer, Chezard*: Between Skylla and Charybdis: Posner, Dworkin and the theory of efficient breach, UCL Jurisprudence Rev. (1995), S. 194–214.
- Ancel, Pascal*: Impossibilité et force majeure : Un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations, in : Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz, Paris 2018, S. 25–39.
- Andersen, Camilla Baasch*: Good Faith? Good Grief!, 17 Int'l Trade & Bus. L. Rev. (2014), S. 310–321.
- : Uniform Application of the International Sales Law, Alphen aan den Rijn 2007.
- Andrews, Neil*: Contract Law, 2. Auflage, Cambridge 2015.
- Antomo, Jennifer*: Anmerkung zu BGH Beschl. v. 22.6.2017 – IX ZB 61/16, LMK 2017, 398592.
- Atamer, Yesim M.*: Availability of Remedies other than Damages in Case of Exemption according to Art. 79 CISG, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 83–98.
- : Die abstrakte Schadensberechnung und ihr Verhältnis zum Anspruch auf den entgangenen Gewinn am Beispiel von Artikel 74 und 76 CISG, in: Peter Mankowski/Wolfgang Wurmnest (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 145–160.
- Aubry, Charles/Rau, Charles Frédéric*: Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zacharie, Tome 4, par Etienne Bartin, 6. Auflage, Paris 1942.
- Audit, Bernard*: Vente, in: Répertoire de droit international, Dalloz, Septembre 2011 (actualisation: Octobre 2016).
- Babusiaux, Ulrike/Witz, Claude*: Das neue französische Vertragsrecht – Zur Reform des Code civil, JZ 2017, S. 496–507.
- Bach, Ivo/Stieber, Christoph*: Die Unmöglichkeit der Leistung im CISG, IHR 2006, S. 59–67.
- : Die beiderseitig verursachte Unmöglichkeit im CISG, IHR 2006, S. 97–103.
- Bar-Gill, Oren/Ben-Shahar, Omri*: An information theory of Willful Breach, 107 Mich.L. Rev. (2009), S. 1479–1499.
- Barker, Kit*: Responsibility for Gain: Unjust Factors or Absence of Legal Grounds? Starting Points in Unjust Enrichment Law, in: Ross Grantham/Charles E.F. Rickett (Hrsg.), Structure and Justification in Private Law: Essays for Peter Birks, Oxford 2008, S. 47–74.
- Barnett, Katy*: Deterrence and Disgorging Profits for Breach of Contract, 17 RLR (2009), S. 79–97.
- : Accounting for Profit for Breach of Contract, Hart Publishing, Oxford 2012.
- : Contractual expectations and goods, 130 LQR (2014), S. 387–391.

- Barret, Olivier/Brun, Philippe*: Répertoire de droit civil, Vente : effets, Dalloz, Janvier 2020 (actualisation Mars 2020).
- Basedow, Jürgen*: Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 5 Unif. L. Rev. (2000), S. 129–140.
–: Uniform private law conventions and the law of treaties, 11 Unif. L. Rev. (2006), S. 731–748.
- Beale, Hugh G. et al. (Hrsg.)*: Chitty on Contracts, Volume II, Specific Contracts, 32. Auflage, London 2015.
- Beck-Online Großkommentar zum Zivilrecht*, hrsg. von Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann: München 2020.
- Beck'scher Online-Kommentar BGB*, hrsg. von Heinz Georg Bamberger /Herbert Roth/Wolfgang Hau/Roman Poseck: 54. Edition, 1.5.2020, München 2020.
- Behrens, Peter*: Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung, *RabelsZ* 50 (1986), S. 19–34.
- Bénabent, Alain*: Droit des obligations, 16. Auflage, Paris 2017.
- Benson, Peter*: Disgorgement for Breach of Contract and Corrective Justice: An Analysis in Outline, in: Jason W. Neyers/Mitchell McInnes/Stephen G.A. Pitel (Hrsg.), *Understanding Unjust Enrichment*, Oxford/Portland, Oregon 2004, S. 310–330.
- Bergel, Jean-Louis/Bruschi, Marc/Cimamonti, Sylvie*: Les Biens, *Traité de droit civil*, 2. Auflage, Paris 2010.
- Berger, Bernhard*: Allgemeines Schuldrecht, 3. Auflage, Bern 2018.
- Berger, Klaus Peter/Scholl, Bernd*: Das Konkurrenzverhältnis der Rechte des Käufers wegen Vertragsverletzung durch den Verkäufer nach UN-Kaufrecht, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Bern 2011, S. 159–174.
- Bergsten, Eric*: Methodological Problems in the Drafting of the CISG, in: André Janssen/Olaf Meyer (Hrsg.), *CISG, Methodology*, München 2009, S. 5–31.
- Beuthien, Volker/Wasmann, Dirk*: Zur Herausgabe des Verletzergewinns bei Verstößen gegen das Markengesetz – Zugleich Kritik an der sogenannten dreifachen Schadensberechnung -, *GRUR* 1997, S. 255–261.
- Bianca, Cesare Massimo/Bonell, Michael Joachim (Hrsg.)*: *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Convention*, Mailand 1987.
- Birks, Peter*: Profits of breach of contract, 109 *LQR* (1993), S. 518–521.
–: Equity in the Modern Law: An exercise in taxonomy, 26 *U. W. Austl. L. Rev.* (1996), S. 1–99.
- Blase, Friedrich/Höttler, Philipp*: Remarks on the Damages Provisions in the CISG, *Principles of European Contract Law (PECL) and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)*, PACE 2004, <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/blase3.html#bh>> (31.7.2020).
- Bock, Anne-Florence*: Gewinnherausgabe als Folge einer Vertragsverletzung, Eine rechtsvergleichende Untersuchung der vertraglichen Vorteilsherausgabe unter Berücksichtigung des schweizerischen, deutschen und englischen Rechts, Basel 2010.
–: Gewinnherausgabe gemäß CISG, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Bern 2011, S. 175–189.
- Böger, Ole*: System der vorteilsorientierten Haftung im Vertrag. Gewinnhaftung und verwandte Haftungsformen anhand von Treuhänder und Trustee, Tübingen 2009.
- Boels, Robert*: Der Rücktritt vom Vertrag trotz Rückgabeunmöglichkeit, Frankfurt am Main 2009.

- Bollenberger, Raimund*: Das stellvertretende Commodum, Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen, Wien/New York 1999.
- : Gewinnabschöpfung bei Vertragsbruch, ZEuP 2000, S. 893–906.
- Bonell, Michael Joachim*: La nouvelle Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, DPCI 1981, S. 7–35.
- : L’Interpretazione del Diritto Uniforme alla Luce dell’Art. 7 della Convenzione di Vienna sulla Vendita Internazionale, Riv. Dir. Civ. 1986, S. 221–241.
- : CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law, 56 Am. J. Comp. L. (2008), S. 1–28.
- Boosfeld, Kristin*: Gewinnausgleich. Vergleichende und systematisierende Gegenüberstellung der französischen, niederländischen und englische Tradition, Tübingen 2015.
- : Reallocation of Gains: A Systematic Approach to Disgorgement of Profits, ERPL 2019, S. 823–850.
- Boré, Jacques/Boré, Louis*: La Cassation en matière civile, 5. Auflage, Paris 2015.
- Borghetti, Jean-Sébastien*: Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017, Recueil Dalloz 2017, S. 770–777.
- : The Borderlines of Tort Law in France, in: Miquel Martin-Casals (Hrsg.), The Borderlines of Tort Law, Interactions with Contract Law, London 2019, S. 131–169.
- Bouloc, Bernard*: L’obligation de loyauté du dirigeant social, in: Mélanges en l’honneur du Professeur Paul le Cannu, Paris 2014, S. 233–241.
- Bridge, Michael*: The CISG from a Common Lawyer’s Point of View, in: Peter Mankowski/Wolfgang Wurmnest (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 161–176.
- : Remedies and Damages, in: Larry A. DiMatteo, André Janssen/Ulrich Magnus/Reiner Schulze (eds.), International Sales Law, Baden-Baden 2016, S. 529–586.
- : Markets and damages in sale of goods cases, 132 LQR (2016), S. 405–426.
- : The International Sale of Goods, 4. Auflage, Oxford 2017.
- : Good faith, Common Law, and the CISG, 22 Unif. L. Rev. (2017), S. 98–115.
- (Hrsg.): Benjamin’s Sale of Goods, 9. Auflage, London 2014.
- Brödermann, Eckart J.*: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Baden-Baden 2018.
- Brölsch, Martin W.*: Schadensersatz und CISG, Frankfurt am Main 2007.
- Brooks, Richard R. W.*: The Efficient Performance Hypothesis, 116 Yale L.J. (2005-2006), S. 658–696.
- Brunner, Christoph*: Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2009.
- (Hrsg.): UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, 2. Auflage, Bern 2014.
- Brunner, Christoph/Gottlieb, Benjamin (Hrsg.): Commentary on the UN Sales Law (CISG), Alphen aan den Rijn 2019.
- Bruns, Alexander*: Zivilrichterliche Rechtsschöpfung und Gewaltenteilung, JZ 2014, S. 162–171.
- Bucher, Eugen*: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988.
- Buffelan-Lanore, Yvaine/Larribau-Terneyre, Virginie*: Droit civil, Les obligations, 16. Auflage, Paris 2018.

- Burrows, Andrew*: Are ‘Damages on the Wrotham Park Basis’ Compensatory, Restitutionary, or Neither?, in: Djahongir Saidov/Ralph Cunnington (Hrsg.), *Current Themes in the Law of Contract Damages*, Oxford 2008, S. 165–185.
- : *Oxford Principles of English Law, English Private Law*, 3. Auflage, Oxford 2013.
- : *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford 2016.
- : *One Step Forward?*, 134 LQR (2018), S. 515–521.
- Butler, Petra*: The CISG – A Secret Weapon in the Fight for a Fairer World?, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), *35 Years CISG and Beyond*, The Hague 2016, S. 295–314.
- Bydlinski, Franz*: Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, *AcP* 204 (2004), S. 309–395.
- von Caemmerer, Ernst*: Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung, *RabelsZ* 12 (1938/39), S. 675–713.
- : Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Hans Dölle/Max Rheinstein/Konrad Zweigert (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Rabel*, Band I: Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht, Tübingen 1954, S. 333–401.
- : Die Haager Konferenz über die Internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2. bis 25. April 1964, *RabelsZ* 29 (1965), S. 101–143.
- Campbell, David/Harris, Donald*: In defence of breach: a critique of restitution and the performance interest, 22 *Legal Stud.* (2002), S. 208–237.
- Campbell, David/Wylie, Philip*: Ain’t no telling (which circumstances are exceptional), 62 *CLJ* (2003), S. 605–630.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2. Auflage, Berlin 1983.
- : Die Bedeutung allgemeiner Auslegungs- und Rechtsfortbildungskriterien im Wechselrecht, *JZ* 1987, S. 543–553.
- : Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: Hans J. Ahrens/Christian von Bar/Gerfried Fischer/Andreas Spickhoff/Jochen Taupitz (Hrsg.), *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag*, Köln u.a. 1999, S. 85–109.
- : Grundlagen und Rechtsfolgen der Haftung für anfängliche Unmöglichkeit nach § 311a Abs. 2 BGB, in: Stephan Lorenz/Alexander Trunk/Horst Eidenmüller/Christiane Wendehorst/Johannes Adolff (Hrsg.), *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, München 2005, S. 11–38.
- Cartwright, John*: *Contract Law, An introduction to the English Law of Contract for the Civil lawyer*, 3. Auflage, Oxford 2016.
- Carval, Suzanne*: Vers l’introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs, *Revue des contrats* 2006, S. 822–825.
- Catala, Pierre (Hrsg.): *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription : rapport à monsieur Pascal Clément*, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005 (Rapport), Paris 2006.
- Cenini, Marta/Parisi, Francesco*: An Economic Analysis of the CISG, in: André Janssen/Olaf Meyer (Hrsg.), *CISG Methodology*, München 2009, S. 151–170.
- Cerutti, Romeo*: *Das U.S. amerikanische Warenkaufrecht*, Zürich 1998.
- Chagny, Muriel/Perdrix, Louis*: *Droit des assurances*, Paris 2009.
- Chambers, Robert*: The importance of specific performance, in: Simone Degeling/James Edelman (Hrsg.), *Equity in Commercial Law*, Sydney 2005, S. 431–462.
- Chénéde, François*: *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2. Auflage, Paris 2018.

- Chen-Wishart, Mindy*: Restitutionary damages for breach of contract, 114 LQR (1998), S. 363–370.
- : Contract Law, 4. Auflage, Oxford 2012.
- Chirelstein, Marvin A.*: Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts, 7. Auflage, St. Paul 2013.
- Cian, Giorgio/Trabucchi, Alberto* (Hrsg.): Commentario breve al Codice civile, 12^o edizione, Milanofiori Assago 2016.
- CISG Advisory Council: Opinion no. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74. Rapporteur: *John Y. Gotanda*.
- : Opinion no. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: *Alejandro M. Garro*.
- : Opinion no. 9, Consequences of Avoidance of the Contract, Rapporteur: *Michael Bridge*.
- : Opinion no 13, Inclusion of Standard Terms under the CISG, Rapporteur: *Sieg Eiselen*.
- : Opinion no. 14, Interest under Article 78 CISG, Rapporteur: *Yesim Atamer*.
- : Opinion no. 18, Set-off under the CISG, Rapporteur: *Christiana Fountoulakis*.
- : Opinion no. 20, Hardship under the CISG, Rapporteur: *Edgardo Muñoz*.
- Collart-Dutilleul, François/Delebecque, Philippe*: Contrats civils et commerciaux, 11. Auflage, Paris 2019.
- Courtieu, Guy*: Droit à réparation. – Abus du droit d’agir en justice, in : Fasc. 131-30, JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances, Paris 2005 (mise à jour September 2017).
- Craswell, Richard*: Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach, 61 S. Cal. L. Rev. (1987–1988), S. 629–670.
- : In That Case, What is the Question? Economics and the Demands of Contract Theory, 112 Yale L.J. (2003), S. 903–924.
- Cunnington, Ralph*: Rock, Restitution and Disgorgement, 3 J. Obligations & Remedies (2004), S. 46–57.
- : Contract Rights as Property Rights, in: Andrew Robertson (Hrsg.), Law of Obligations: Connections and Boundaries, London 2004, S. 169–195.
- : Changing conceptions of compensation, 66 CLJ (2007), S. 507–510.
- : The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract, 71 Mod. L. Rev. (2008), S. 559–589.
- Dagan, Hanoch*: Restitutionary Damages for Breach of Contract: An Exercise in Private Law Theory, 1 Theoretical Inquiries L. (2001), S. 115–154.
- D’Alès, Thibaud/Terdjman, Laura*: L’introduction envisagée de mécanismes répressifs dans le droit de la responsabilité civile : le Rubicon sera-t-il franchi ?, AJ Contrat 2017, S. 69.
- De Fontmichel, Alexandre Court*: La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français, 10 Unif. L. Rev. (2005), S. 737–758.
- Demir, Eylem*: Die Schadenersatzregelung im UN-Kaufrecht, Stämpfli, Bern 2015.
- Demogue, René*: Art. 1048 à 1314, in: Fuzier-Herman, Eduoard, Code civil annoté, Tome Troisième, Paris 1936.
- Demolombe, Charles*: Traité des contrats, 5^{ème} Tome, Paris 1877.
- Deshayes, Olivier/Genicon, Thomas/Laithier, Yves-Marie*: Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 2. Auflage, Paris 2018.

- Deumier, Pascale*: La Convention de Vienne, source vivifiante pour les questions d'interprétation, in: *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, Paris 2018, S. 265–277.
- Dhingjini, Ina*: Quale sorte per i *punitive damages* in Italia: tra impossibilità e/o realtà, *Ricerche Giuridiche* 2012, S. 413–427.
- DiMatteo, Larry A.*: An International Contract Law Formula: The Informality of International Business Transactions Plus the Internationalization of Contract Law Equals Unexpected Contractual Liability, 23 *Syracuse J. Intl. L. & Com* (1997), S. 67–112.
- : Excuse: Impossibility and Hardship, in: Larry A. DiMatteo/André Janssen/Ulrich Magnus/Reiner Schulze (Hrsg.), *International Sales Law*, Baden-Baden 2016, S. 665–712.
- : Post-Contract: Continuing Obligations and Rights, in: Larry A. DiMatteo/André Janssen/Ulrich Magnus/Reiner Schulze (Hrsg.), *International Sales Law*, Baden-Baden 2016, S. 979–1023.
- Dölle, Hans (Hrsg.): *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 01. Juli 1964*, München 1976.
- Dornscheidt, Henrik*: Grenzen der vertraglichen Gewinnhaftung, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und englischen Recht, Berlin 2013.
- Dörr, Oliver/Schmalenbach, Kirsten (Hrsg.): *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2018.
- Doyle, Sam/Wright, David*: Restitutionary Damages – The Unnecessary Remedy?, 25 *Melb. U. L. Rev.* (2001), S. 1–23.
- Dreier, Thomas*: *Kompensation und Prävention*, Tübingen 2002.
- Dreyer, Emmanuel*: La sanction de la faute lucrative par l'amende civile, *Recueil Dalloz* 2017, S. 1136 – 1142.
- Dullinger, Silvia*: *Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Bürgerliches Recht Band II*, 6. Auflage, Wien 2017.
- Edelman, James*: Exemplary damages for breach of contract, 117 *LQR* (2001), S. 539–545.
- : The Compensation Strait-Jacket and the Lost Opportunity to Bargain Fiction, 9 *RLR* (2001), S. 104–109.
- : *Gain-Based Damages*, Oxford/Portland, Oregon 2002.
- : *Attorney-General v Blake revisited Experience Hendrix v PPX Enterprises Esso v Niad*, 11 *RLR* (2003), S. 101–109.
- : When do fiduciary duties arise?, 126 *LQR* (2010), S. 302–327.
- : “Vindictory” Damages, Paper presented at TC Beirne School of Law Conference, 15 December 2015, abrufbar unter <http://www.fedcourt.gov.au/__data/assets/rtf_file/0015/30417/Edelman-J-20151215.rtf> (31.7.2020).
- : *McGregor on Damages*, 20. Auflage, London 2018.
- Eichel, Florian*: Die Anwendbarkeit von § 287 ZPO im Geltungsbereich der Rom I- und der Rom II-Verordnung, *IPRax* 2014, S. 156–159.
- Eichel, Florian/Fritzsche, Matthias*: Gewinnabschöpfung im Rückgewährschuldverhältnis, *NJW* 2018, S. 3409–3414.
- Einhorn, Talia*: The Expansion of Israeli Unjust Enrichment Law: The Mixed Blessings of a Mixed Legal System, in: Jürgen Basedow/Ulrich Drobnig/Reinhard Ellger, Klaus Hopt/Hein Kötz/Rainer Kulms/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübingen 2001, S. 905–922.

- Eiselen, Sieg*: Literal Interpretation: The meaning of words, in: André Janssen/Olaf Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, München 2009, S. 61–89.
- : The CISG as Bridge between Common and Civil Law, in: Larry A. DiMatteo (Hrsg.), International Sales Law, A Global Challenge, Cambridge 2014.
- Eisenberg, Melvin A.*: Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law, 93 Cal. L. Rev. (2005), S. 975–1050.
- Enderlein, Fritz/Maskow, Dietrich/Strohbach, Heinz*: Internationales Kaufrecht, Berlin 1991.
- Ensthaler, Jürgen (Hrsg.): Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht, 8. Auflage, Köln 2015.
- Fabre-Magnan, Muriel*: Droit des obligations, 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats, 4. Auflage, Paris 2019.
- Farnsworth, E. Allan*: Legal Remedies for Breach of Contract, 70 Colum. L. Rev. (1970), S. 1145–1216.
- : Damages and Specific Relief, 27 Am. J. Comp. L. (1979), S. 247–253.
- : Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract, 94 Yale L.J. (1984–1985), S. 1339–1393.
- : Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws, 3 Tul. J. Int'l & Comp. L. (1995), S. 47–64.
- : Comparative Contract Law, in: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann, (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford 2006, S. 930–934.
- Faust, Florian*: Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß Art. 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG), Tübingen 1996.
- : § 7 Leistungsstörungen, in: Jan Dirk Harke/Karl Riesenhuber (Hrsg.), OR 2020, Die schweizerische Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht, Tübingen 2016, S. 169–193.
- Faust, Florian/Wiese, Volker*: Specific Performance – a German Perspective, in: Jan Smits/Daniel Haas/Geerte Heesen (Hrsg.), Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives, Antwerpen/Oxford/Portland 2008, S. 47–65.
- Fauvarque-Cosson, Bénédicte*: L'obligation de restituer les profits tirés de la violation du contrat : la consécration, par la Chambre des Lords, d'une nouvelle variété de dommages-intérêts, fondée non plus sur l'existence d'un préjudice, mais sur le profit tiré de la rupture du contrat, Revue des contrats 2005, S. 479–488.
- Felemegas, John*: An Interpretation of Article 74 CISG by the U.S. Circuit Court of Appeals, 15 Pace Int'l L. Rev. (2003), S. 91–147.
- Ferrari, Franco*: La Vendita Internazionale, Applicabilità ed Applicazioni della Convenzione di Vienna del 1980, Padova 1997.
- : Burden of Proof under the United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG), Int'l Bus. L.J. (2000), S. 665–670.
- : Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention – 25 Years Article 25 -, Int'l Bus. L.J. (2005), S. 389–400.
- : The Interaction between the United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods and Domestic Remedies, RabelsZ 71 (2007), S. 52–80.
- : The CISG's Interpretative Goals, its Interpretative Method and Its General Principles in Case Law, IHR 2013, S. 137–155 sowie 181–197.

- Ferrari, Franco/Gillette, Clayton P./Torsello, Marco/Walt, Steven D.*: The Inappropriate Use of the PICC to Interpret Hardship Claims under the CISG, IHR 2017, S. 97–102.
- Ferrari, Franco/Kieninger, Eva-Maria/Mankowski, Peter/Otte, Karsten/Saenger, Ingo/Schulze, Götz/Staudinger, Ansgar*: Internationales Vertragsrecht, Kommentar, 2. Auflage, München 2012.
- Ferrari, Franco/Torsello, Marco*: International Sales Law – CISG in a nutshell, 2. Auflage, St. Paul 2018.
- Fischer, Nicole N.*: Die Unmöglichkeit der Leistung im internationalen Kauf- und Vertragsrecht, Berlin 2001.
- Flambouras, Dionysios P.*: The Doctrine of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law – A comparative Analysis, 13 Pace Intl'l L. Rev. (2001), S. 261–293.
- Flechtner, Harry M.*: Uniformity and Politics: Interpreting and Filling Gaps in the CISG, in: Peter Mankowski/Wolfgang Wurmnest (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 193–207.
- Fleischer, Holger*: Gesetzesmaterialien im Spiegel der Rechtsvergleichung, in: Holger Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, Tübingen 2013, S. 1–44.
- Flessner, Axel*: Ultima ratio..., ZEuP 2001, S. 797–798.
- Förster, Christian*: Wesentliche Vertragsverletzung und Aufrechnung von Forderungen nach UN-Kaufrecht, NJW 2015, S. 830–833.
- Fournier de Crouy, Nathalie*: La faute lucrative, Paris 2018.
- Freiburg, Nina*: Das Recht auf Vertragsaufhebung im UN-Kaufrecht, Berlin 2001.
- Freund, Bernhard*: Erfüllungszwang im Kaufrecht, Geschichte – Vergleich – Vereinheitlichung, Berlin 2015.
- Fridman, Gerald Henry Louis*: Punitive damages for breach of contract – a Canadian innovation, 119 LQR (2003), S. 20–24.
- Friedmann, Daniel*: Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong, 80 Colum. L. Rev. (1980), S. 504–558.
- : Restitution of Profits Gained by Party in Breach of Contract, 104 LQR (1988), S. 383–388.
- : The Efficient Breach Fallacy, 18 J. Leg. Stud. (1989), S. 1–24.
- : The performance interest in contract damages, 111 LQR (1995), S. 628–654.
- Frigge, Bettina*: Externe Lücken und Internationales Privatrecht im UN-Kaufrecht (Art. 7 Abs. 2), Frankfurt a. M. 1994.
- Fromont, Michel/Knetsch, Jonas*: Droit privé allemand, 2. Auflage, Paris 2017.
- Fuller, L.L./Perdue, William R. Jr.*: The Reliance Interest in Contract Damages, 46 Yale L.J. (1936), S. 52–96.
- Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus*: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich Basel Genf 2018.
- Gebauer, Martin*: Strafschadensersatz und italienischer ordre public, ZEuP 2009, S. 412–420.
- Geiser, Thomas/Fountoulakis, Christiana* (Hrsg.): Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Auflage, Basel 2018.
- Gelter, Martin/Helleringer, Geneviève*: Opportunity makes a thief: Corporate Opportunities as a Legal Transplant and Convergence in Corporate Law, 15 Berkeley Bus. L.J. (2018), S. 92–153.
- Ghestin, Jacques*: Note sous Cass. com., 27 février 1996, JCP G 1996, II, 22665.

- Gotanda, John Y.*: Punitive Damages: A comparative analysis, 42 Col. J. Transnat'l L. (2003–2004), S. 391–444.
- : Dodging Windfalls: Damages Based on Market Price, Actual Loss, and Appropriate Awards, Villanova University School of Law Public Law and Legal Theory Working Paper No. 2015-1016, <<http://ssrn.com/abstract=2683525>> (31.7.2020).
- Goudkamp, James/Katsampouka, Eleni*: An empirical study of Punitive Damages, 38 OJLS (2018), S. 90–122.
- Gray, Andrew*: Disgorgement Damages, J.B.L. (2013), S. 657–678.
- Grebitus, Carola/Steiner, Bodo/Veeman, Michele M.*: Paying for Sustainability: A cross-cultural analysis of consumers' valuations of food and non-food products labeled for carbon and water footprints, 63 Journal of Behavioral and Experimental Economics (2016), S. 50–58.
- Gruber, Urs Peter*: Methoden des internationalen Einheitsrechts, Tübingen 2004.
- : Legislative Intention and the CISG, in: André Janssen/Olaf Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, München 2009, S. 91–111.
- Hachem, Pascal*: Die Konturen des Prinzips Pacta Sunt Servanda, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 647–677.
- Haedicke, Maximilian*: Die Gewinnhaftung des Patentverletzers, GRUR 2005, S. 529–535.
- Hager, Günter*: Zur Auslegung des UN-Kaufrechts – Grundsätze und Methoden, in: Theodor Baums/Marcus Lutter/Karsten Schmidt/Johannes Wertenbruch (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 319–337.
- : Schadensersatz bei antizipiertem Vertragsbruch, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 681–696.
- Hammen, Horst*: Stellvertretendes commodum bei anfänglicher Unmöglichkeit für jedermann?, in: Franz Häuser/Horst Hammen/Joachim Hennrichs/Anja Steinbeck/Ulf R. Siebel/Reinhard Welter (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag, Berlin 2004.
- Hartmann, Felix*: Der Anspruch auf das stellvertretende Commodum, Tübingen 2007.
- : Ersatzherausgabe und Gewinnhaftung beim internationalen Warenkauf – Zugleich ein Beitrag zum Einfluss des UN-Kaufrechts auf die Entwicklung eines künftigen europäischen Vertragsrechts, IHR 2009, S. 189–201.
- Heck, Philipp*: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.
- Heinsheimer, Karl/Wolff, Martin/Kaden, Erich-Hans/Merk, Walther* (Hrsg.): Die Zivilgesetze der Gegenwart, Band I, Frankreich, Code civil, Mannheim/Berlin/Leipzig 1928.
- Hellner, Jan*: Gap-Filling by Analogy, Art. 7 of the U.N. Sales Convention in Its Historical Context, in: Jam Ramberg/Ove Bring/Said Mahmoudi (Hrsg.), Studies in International Law: Festschrift til Lars Hjern, Stockholm 1990, S. 219–233.
- Helms, Tobias*: Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Tübingen 2007.
- : Grenzen der Gewinnabschöpfung bei vorsätzlichem Vertragsbruch, Anmerkung zu Bundesgerichtshof, Entscheidung vom 10. Mai 2006, ZEuP 2008, S. 150–164.
- Herber, Rolf*: Mangelfolgeschäden nach dem CISG und nationales Deliktsrecht, IHR 2001, S. 187–191.
- Herber, Rolf/Czerwenka, Beate*: Internationales Kaufrecht, Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, München 1991.

- Heß, Sebastian*: Rückabwicklung und Wertersatz, Baden-Baden 2011.
- Heuzé, Vincent*: La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, Paris 2000.
- Himmen, Tatjana*: Die Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze im UN-Kaufrecht (Art. 7 Abs. 2 CISG), Jena 2007.
- Hofmann, Franz*: Gewinnherausgabe bei Vertragsverletzungen, Bereicherungsrechtliche Überlegungen unter Berücksichtigung des englischen Rechts, AcP 213 (2013), S. 469–506.
- Hoffmann, Jan Felix*: Zum vermögensrechtlichen Schutz absoluter und relativer Rechtspositionen an der Schnittstelle zum Immaterialgüterrecht, JURA 2014, S. 71–80.
- Hogg, Martin*: Promises and Contract Law, Cambridge 2011.
- Holmes, Oliver W.*: The Path of the Law, 10 Harv. L. Rev. (1896–1897), S. 457–478.
- Honnold, John O.*: Documentary History of the Uniform Law for International Sales, Kluwer Law and Taxation, Deventer 1989.
- Honnold John O./Flechtner, Harry M.*: Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 4. Auflage, Alphen aan den Rijn 2009.
- Honsell, Heinrich*: Die Vertragsverletzung des Verkäufers nach dem Wiener Kaufrecht, SJZ 88 (1992), S. 361–365.
- : Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus, in: Lutz Aderhold/Barbara Grunewald/Dietgard Klingberg/Walter G. Paefgen (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann, Köln 2008, S. 315–336.
- : Kritische Bemerkungen zum OR 2020, SJZ 109 (2013), S. 457–461.
- (Hrsg.): Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2010.
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang* (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529, 6. Auflage, Basel 2015.
- Hopt, Klaus J.*: Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht, Zur Dogmatik des modernen Geschäftsbesorgungsrechts, ZGR 2004, S. 1–52.
- Höra, Knut* (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 4. Auflage, München 2017.
- Hornung, Rainer*: Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht, Baden-Baden 1998.
- Huber, Peter*: Eigentumsschutz durch Deliktsrecht. Vergleichende Betrachtung zum englischen Recht der Wrongful Interference with Goods, RabelsZ 62 (1998), S. 59–114.
- : Some Introductory Remarks on the CISG, IHR 2006, S. 228–238.
- : CISG – The Structure of Remedies, RabelsZ 71 (2007), S. 13–34.
- : UN-Kaufrecht: Bewährtes zu den Leistungsstörungen und Neues zur Aufrechnung, IPRax 2017, S. 268–272.
- Huber, Peter/Mullis, Alistair*: The CISG, A new textbook for students and practitioners, München 2007.
- Huber, Ulrich*: Die Rechtsbehelfe der Parteien, insbesondere der Erfüllungsanspruch, die Vertragsaufhebung und ihre Folgen nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EKG und BGB, in: Peter Schlechtriem (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Baden-Baden 1987.
- Huc, Théophile*: Commentaire théorique et pratique du Code civil, Tome Huitième, Paris 1895.
- Huguenin, Claire*: Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2019.

- Huguenin, Claire/Hilty, Reto M. (Hrsg.): Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich/Basel/Genf 2013.
- Huguenin, Claire/Meise, Barbara: OR 2020: Braucht die Schweiz ein neues Vertragsrecht? – Eine Einführung, SZW 2015, S. 280–300.
- Jablonski, Scott R.: Translation and Comment: Enforcing U.S. Punitive Damages Awards in Foreign Courts – A Recent Case in the Supreme Court of Spain, 24 J.L. & Com. (2004), S. 225–243.
- Jaffey, Peter: Efficiency, disgorgement and reliance in contract: A comment on Campbell and Harris, 22 Legal Stud. (2002), S. 570–577.
- : Licence Fee Damages, 19 RLR (2011), S. 95–111.
- Jakobs, Horst Heinrich: *lucrum ex negotiatione*, Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht, Tübingen 1993.
- Janke, Benjamin West/Licari, François-Xavier: Enforcing Punitive Damage Awards in France after Fountain Pajot, 60 Am. J. Comp. L. (2012), S. 775–804.
- Jansen, Nils/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.): Commentaries on European Contract Laws, Oxford 2018.
- Jansen, Sanne: Price Reduction under the CISG: A 21st Century Perspective, 32 J.L. & Com. (2014), S. 325–379.
- Janssen, André: Präventive Gewinnabschöpfung, Tübingen 2017.
- Janssen, André/Kiene, Sörren Claas: The CISG and its General Principles, in: André Janssen/Olaf Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, München 2009, S. 261–285.
- Jarass, Insa Stephanie: Privates Einheitsrecht, Tübingen 2019.
- Jardine, Eden Victoria: Awarding Disgorgement Damages under Art. 74 CISG: Is It Time to Keep up with the Times?, 21 VJ (2017), S. 36–65.
- Jentsch, Armin: Die Erhaltungspflichten des Verkäufers und des Käufers im UN-Kaufrecht im Vergleich zum US-amerikanischen Uniform Commercial Code und zum deutschen Recht, Frankfurt am Main 2002.
- Jochem, Helena: Damages under the CISG – old and new challenges, LLM Research Paper, University of Wellington, 2015.
- Juen, Emmanuelle: Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français, RTD Civ. 2017, S. 565 – 586.
- Julienne, Maxime: Le régime général des obligations après la réforme, Issy-les-Moulineaux 2017.
- Jung, Reinhard: Die Beweislastverteilung im UN-Kaufrecht, Frankfurt am Main 1996. juris Praxiskommentar BGB, hrsg. von Maximilian Herberger/Michael Martinek/Helmut Rübmann/Stefan Weth/Markus Würdinger: Band 2 Schuldrecht, 9. Auflage, Saarbrücken 2020.
- Kadner Graziano, Thomas: Autonome Auslegung und Rechtsvergleichung – (k)ein Widerspruch? Zu Legitimität und Nutzen richterlicher Rechtsvergleichung im Allgemeinen und im Einheitlichen Kaufrecht im Besonderen, in: Uwe Blaurock/Felix Maultzsch (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht und Vereinheitlichung der Rechtsanwendung, Baden-Baden 2017, S. 13–41.
- Karner, Ernst/Koziol, Helmut: Zur Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts bei Werk- und Dienstleistungen, Wien 2015.
- Karollus, Martin: UN-Kaufrecht, Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis, Wien/New York 1991.

- Kastely, Amy H.*: The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention, 63 Wash. L. Rev. (1988), S. 607–651.
- Kearney, Richard D.*: Developments in Private International Law, 81 Am. J. Int. L. (1987), S. 724–739.
- Keil, Andreas*: Die Haftungsbefreiung des Schuldners im UN-Kaufrecht, Frankfurt am Main 1993.
- Keller, Bertram*: Favor contractus – Reading the CISG in Favor of the Contract, in: Camilla B. Andersen/Ulrich G. Schroeter (Hrsg.), Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, London 2008, S. 247–266.
- Kiene, Sörren Claas*: Vertragsaufhebung und Rücktritt des Käufers im UN-Kaufrecht und BGB, Baden-Baden 2010.
- Kim, Hwa*: Die Nacherfüllung als Rechtsbehelf des Käufers nach CISG, deutschem und koreanischem Recht, Tübingen 2014.
- Kirstein, Roland/Schmidtchen, Dieter*: Ökonomische Analyse des Rechts, 2003, CSLE Discussion Paper 2003-4, abrufbar unter <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/23035/1/2003-04_oea.pdf> (31.7.2020).
- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut*: Juristische Begründungslehre, Eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982.
- Köhler, Martin*: Die Haftung nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis zwischen Vertrag und Delikt, Tübingen 2003.
- Koller, Thomas/Mauerhofer, Marc André*: Das Beweismass im UN-Kaufrecht (CISG), in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 963–980.
- Köndgen, Johannes*: Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch? – eine rechtsvergleichend-ökonomische Analyse, *RabelsZ* 56 (1992), S. 698–756.
- : Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns, Eine juristisch-ökonomische Skizze, *RabelsZ* 64 (2000), S. 661–695.
- Köndgen, Johannes/von Randow, Philipp*: Sanktionen bei Vertragsverletzung, in: Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, Berlin/Heidelberg 1989, S. 122–145.
- Kötz, Hein/Wagner, Gerhard*: Deliktsrecht, 13. Auflage, München 2016.
- Koziol, Helmut*: Rechtsfolgen der Verletzung einer Schadensminderungspflicht – Rückkehr der archaischen Kulpakompensation?, *ZEuP* 1998, S. 593–601.
- Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund (Hrsg.): *ABGB*, Kurzkomentar, 5. Auflage, Wien 2017.
- Kramer, Ernst A.*: Uniforme Interpretation von Einheitsprivatrecht – mit besonderer Berücksichtigung von Art 7 UNKR, *JB* 1996, S. 137–151.
- : *Juristische Methodenlehre*, 4. Auflage, Bern 2013.
- Krebs, Markus*: Die Rückabwicklung im UN-Kaufrecht, München 2000.
- Kröll, Stefan*: The Burden of Proof for the Non-Conformity of Goods under Art. 35 CISG, 2011 *Annals Fac. L. Belgrade Int'l Edn.*, S. 162–180.
- Kröll, Stefan/DiMatteo, Larry/Schroeter, Ulrich G./Janssen, André/Andersen, Camilla Baasch*: Cost and Burden of Proof under the CISG – A Discussion amongst Experts, 20 *Int'l Trade & Bus. L. Rev.* (2017), S. 176–210.
- Kröll, Stefan/Mistelis, Loukas/Perales Viscasillas, Pilar (Hrsg.): *UN-Convention on the International Sale of Goods, CISG, Commentary*, 2. Auflage, München 2018.
- Kropholler, Jan*: Internationales Einheitsrecht, Allgemeine Lehren, Tübingen 1975.

- Laithier, Yves-Marie*: Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, Paris 2004.
- : L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles, in: John Cartwright/Bénédicte Fauvarque-Cosson/Simon Whittaker (Hrsg.), *La réécriture du Code civil, Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Paris 2018, S. 271–307.
- Langenbucher, Katja*: Argument by analogy in European law, 57 CLJ (1998), S. 481–521.
- Larenz, Karl*: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987
- : Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin/Heidelberg 1991.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*: Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, München 1994.
- : Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg 1995.
- Larombière, Léobon*: Théorie et Pratiques des Obligations, Tome Cinquième, Paris 1885.
- Lautenbach, Boris R.*: Die Haftungsbefreiung im internationalen Warenkauf nach dem UN-Kaufrecht und dem schweizerischen Kaufrecht, Zürich 1990.
- Le Bars, Benoit*: Répertoire des sociétés, Responsabilité civile des dirigeants sociaux, Dalloz Avril 2004 (actualisation : Janvier 2020).
- Le Guidec, Raymond/Chabot, Gérard*: Art. 1599 – Fasc. unique : VENTE. – Choses pouvant être vendues. – Vente de la chose d'autrui, in: *Jurisclasseur Civil Code*, 5 septembre 2011.
- Lehmann, Matthias/Zschache, Sabine*: Das stellvertretende commodum, JuS 2006, S. 502–507.
- Leible, Stefan/Müller, Michael*: Die Reichweite von Artikel 80 CISG, IHR 2013, S. 45–50.
- Lendermann, Marc*: Strafschadensersatz im internationalen Rechtsverkehr, Tübingen 2019.
- Leser, Hans G.*: Vertragsaufhebung und Rückabwicklung unter dem UN-Kaufrecht, in: Peter Schlechtriem (Hrsg.), *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Referate und Diskussionen der Fachtagung Einheitliches Kaufrecht am 16./17.2.1987*, Baden-Baden 1987.
- Le Tourneau, Phillippe*: Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisations, 10. Auflage, Paris 2014.
- Lewins, Kate*: Maritime Arbitration, maritime cases and the common law: the early development of the doctrine of frustration, J.B.L. (2016), S. 589–606.
- Lienhard, Alain*: Obligation de loyauté du dirigeant en cas de cession d'actions, *Recueil Dalloz* 2004, S. 1599.
- Limbach, Francis*: Die französische Reform des Vertragsrechts und weiterer Rechtsgebiete, GPR 2016, S. 161–164.
- von Lingenthal, Zachariä/Crome, Carl*: Handbuch des französischen Civilrechts, Band II, 8. Auflage, Freiburg im Breisgau 1894.
- Lobinger, Thomas*: Der Anspruch auf das Fehlersurrogat – BGHZ 114, 34, JuS 1993, S. 453–460.
- : Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, Tübingen 2004.
- Lookofsky, Joseph*: Walking the Art. 7 (2) Tightrope between CISG and Domestic Law, 25 J.L. & Com. (2005–2006), S. 87–105.
- : Not running wild with the CISG, 29 J.L. & Com. (2011), S. 141–170.
- : Understanding the CISG, 5. Auflage, Alphen aan den Rijn 2017.
- Lookofsky, Joseph/Flechtner, Harry*: Zapata Retold: Attorneys' Fees Are (Still) Not Governed by the CISG, 26 J.L. & Com. (2006–2007), S. 1–9.

- Looschelders, Dirk*: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 16. Auflage, München 2018.
- Lorenz, Stephan*: Das Zurückspringen der Gefahr auf den Verkäufer und seine Folgen, Zur Anwendbarkeit von § 285 BGB im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses, NJW 2015, S. 1725–1728.
- Löwisch, Manfred*: Herausgabe von Ersatzverdienst – Zur Anwendbarkeit von § 285 BGB auf Dienst- und Arbeitsverträge, NJW 2003, S. 2049–2053.
- Lurger, Brigitta*: Verhaltenssteuerung im EU-Privatrecht, in: Peter Bydlinski (Hrsg.), Prävention und Strafsanktion im Privatrecht, Verhaltenssteuerung durch Rechtsnormen, Wien 2016, S. 67–90.
- Macneil, Ian R.*: Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky, 68 Va. L. Rev. (1982), S. 947–969.
- Magnus, Ulrich*: Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht, *RabelsZ* 59 (1995), S. 469–494.
- : Das Schadenskonzept des CISG und transportrechtlicher Konventionen, in: Karl-Heinz Thume (Hrsg.), Transport- und Vertriebsrecht 2000, Festgabe für Rolf Herber, Neuwied, Krieffel 1999, S. 27–35.
- : Germany, in: Franco Ferrari (Hrsg.), The CISG and its Impact on National Legal Systems, München 2008, S. 143–162.
- : Tracing Methodology in the CISG: Dogmatic Foundations, in: André Janssen/Olaf Meyer (Hrsg.), CISG Methodology, München 2009, S. 33–59.
- : The Vienna Sales Convention (CISG) Between Civil and Common Law – Best of all Worlds?, 3 J. Civ. L. Stud. (2010), S. 67–97.
- : Tort law in general, in: Jan M. Smits (Hrsg.), Elgar Encyclopaedia of Comparative Law, 2. Auflage, Cheltenham, UK 2012, S. 873–855.
- : Remedies: Damages, Price Reduction, Avoidance, Mitigation, and Preservation, in: Larry A. DiMatteo (Hrsg.), International Sales Law – A Global Challenge, Cambridge 2014, S. 257–285.
- : Rabels Einfluss auf das CISG und die europäische Kaufrechtsentwicklung, in: Stephan Lorenz/Peter Kindler/Anatol Dutta (Hrsg.), Einhundert Jahre Institut für Rechtsvergleichung an der Universität München, Tübingen 2018, S. 89–110.
- Mankiw, N. Gregory/Taylor, Mark P.*: Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 7. Auflage, Stuttgart 2018.
- Mankowski, Peter* (Hrsg.): Commercial Law, Baden-Baden 2019.
- Marcade, Victor*: Explication du Code civil, 4^{ème} Tome, 7. Auflage, Paris 1873.
- Marchand, Sylvain*: Les limites de l’uniformisation matérielle du droit de la vente internationale, Basel 1994.
- Markovits, Daniel/Schwartz, Alan*: The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest, 97 Va. L. Rev. (2011), S. 1939–2008.
- Martin, Jill E.*: Hansbury & Maudsley Modern Equity, 13. Auflage, London 1989.
- Mason, Anthony*: The place of equity and equitable remedies in the contemporary common law world, 110 LQR (1994), S. 238–259.
- Massart, Thibaut*: Le devoir de loyauté face à l’obligation de confidentialité, Note sous Cour de cassation (com.), 12 mars 2013, n° 12-11.970, Revue des sociétés 2013, S. 689.
- : Belle récompense pour une déloyauté du dirigeant à l’égard d’un associé, Note sous Cour de cassation (com.), 15 mars 2017, n° 15-14.419, Revue des sociétés 2017, S. 485.
- Maultzsch, Felix*: Die Grenzen des Erfüllungsanspruchs aus dogmatischer und ökonomischer Sicht, *AcP* 207 (2007), S. 530–563.

- Mazzacano, Peter*: Canadian Jurisprudence and Uniform Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, *Pace Rev. of the CISG* (2005–2006), S. 85–151.
- : Exemptions for the Non-Performance of Contractual Obligations in CISG Article 79, Cambridge/Antwerp/Portland 2014.
- Mazzotta, Francesco G.*: Preservation of the goods: Comparison between the provisions of the CISG Articles 85–88 and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law, in: John Felemegas (Hrsg.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1980) as Uniform Sales Law, New York 2007, S. 518–524.
- McCamus, John D.*: Disgorgement for Breach of Contract: A Comparative Perspective, 36 *Loy. L.A. L. Rev.* (2003), S. 943–974.
- McChesney, Fred S.*: Tortious Interference with Contract Versus “Efficient” Breach: Theory and Empirical Evidence, 28 *J. Leg. Stud.* (1999), S. 131–186.
- McLaughlan, David*: Expectation Damages: Avoided Loss, Offsetting Gains and Subsequent Events, in: Ralph Cunnington/Djakhongir Saidov (Hrsg.), *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Oxford 2008, S. 349–388.
- McKendrick, Ewan*: The Common Law at Work: The Saga of *Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd*, 3 *OUCLJ* (2003), S. 145–180.
- McMahon, Anthony J.*: Differentiating between Internal and External Gaps in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Proposed Method for Determining Governed by in the Context of Article 7(2), 44 *Col. J. Transnat’l L.* (2006), S. 992–1032.
- Méadel, Juliette*: Faut-il introduire la faute lucrative en droit français?, *LPA* 2017, n° 77, S. 6.
- Medicus, Dieter*: Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung, in: Jürgen Basedow (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen 2000, S. 179–193.
- : Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, *JZ* 2006, S. 805–812.
- Menon, Sundaresh*: Roadmaps for the Transnational Convergence of Commercial law: Lessons learnt from the CISG, 23 April 2015, abrufbar unter <<https://www.supremecourt.gov.sg/news/speeches/>> (31.7.2020).
- Metzger, Axel*: *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht*, Tübingen 2009.
- Meyer, Henning*: *Ersatz und Erlösherausgabe*, Köln 1999.
- Meyer, Olaf*: Constructive Interpretation – Applying the CISG in the 21st Century, in: André Janssen/Olaf Meyer (Hrsg.), *CISG Methodology*, München 2009, S. 319–342.
- Michaels, Ralf*: Privatautonomie und Privatkodifikation, *Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien*, *RabelsZ* 62 (1998), S. 580–626.
- : *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, Berlin 2002.
- Micklitz, Hans-W./Diez Sanchez, Leticia*: The Politics of Fairness in CISG, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), *35 Years CISG and Beyond*, The Hague 2016, S. 269–294.
- Millett, Peter Julian*: Equity’s place in the law of commerce, 114 *LQR* (1998), S. 214–227.
- Mitchell, Catherine*: Promise, Performance and Damages for Breach of Contract, 2 *J. Obligations & Remedies* (2003), S. 67–86.
- Mohs, Florian*: Anmerkung zu Bundesgericht, Urteil vom 13.11.2003–4C.198/2003/gr, *IHR* 2004, S. 219–221.

- Moréteau, Olivier*: Grundfragen des Schadensersatzrechts aus französischer Sicht, in: Helmut Koziol (Hrsg.), Grundfragen des Schadensersatzrechts aus rechtsvergleicher Sicht, Wien 2014, S. 1–112.
- Mugdan, Benno (Hrsg.): Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
- Müller, Tobias Malte*: Ausgewählte Fragen der Beweislastverteilung im UN-Kaufrecht im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, Frankfurt am Main 2005.
- Müller-Chen, Markus*: Folgen der Vertragsverletzung, Zürich 1999.
- Mullis, Alistair*: Twenty-Five Years On – The United Kingdom, Damages and the Vienna Sales Convention, *RabelsZ* 71 (2007), S. 35–51.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Franz Jürgen Sacker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg:
 Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 8. Auflage, München 2019.
 Band 4: Schuldrecht Besonderer Teil I, 8. Auflage, München 2019.
 Band 6: Schuldrecht Besonderer Teil III, 8. Auflage, München 2020.
 Band 7: Schuldrecht Besonderer Teil IV, 7. Auflage, München 2017.
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. von Karsten Schmidt:
 Band 5: Viertes Buch. Handelsgeschäfte, 3. Auflage, München 2013.
 Band 5: Viertes Buch. Handelsgeschäfte, 4. Auflage, München 2018.
- Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, hrsg. von Peter W. Hermann/Jochen Schlingloff: Band 2: §§ 5–20 UWG, 2. Auflage, München 2014.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. von Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger: Band 1: §1 – 354, 6. Auflage, München 2020.
- Muñoz, Edgardo/Ament-Guemez, David Obey*: Calculation of Damages on the Basis of the Breaching Party's Profits Under the CISG, 8 *Geo. Mason J. Int'l Com. L.* (2017), S. 201–219.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.): Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 16. Auflage 2019.
- Neufang, Paul*: Erfüllungszwang als « remedy » bei Nichterfüllung, Baden-Baden 1998.
- Neumayer, Karl H./Ming, Catherine*: Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, Commentaire, CEDIDAC, Lausanne 1993.
- Neuner, Jörg*: §12 – Die Rechtsfortbildung, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Auflage, Berlin/München/Boston 2015.
- Oliphant, Ken/Wilcox, Vanessa*: The Borderlines of Tort Law in England and Wales, in: Miquel Martin-Casals (Hrsg.), The Borderlines of Tort Law, Interactions with Contract Law, London 2019, S. 69–130.
- Paal, Boris*: Methoden der Lückenfüllung: UN-Kaufrecht und BGB im Vergleich, *ZVglRWiss* 110 (2011), S. 64–88.
- Palumbo, Alissa*: Modern Law of Sales in the United States, Utrecht 2014.
- Pargendler, Mariana*: The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide, 43 *Yale J. Int'l. L.* (2018), S. 143–189.
- Pearce, David/Halson, Roger*: Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication, 28 *OJLS* (2008), S. 73–98.
- Peel, Edwin*: Treitel on the Law of Contract, 14. Auflage, London 2015.

- Perales Viscasillas, Pilar*: Extending the Scope of the 1980 Vienna Convention on the International Sale of Goods to Framework Distribution Contracts, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), 35 Years CISG and beyond, The Hague 2016, S. 115–138.
- Perillo, Joseph M.*: Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference, 68 Fordham L. Rev. (1999–2000), S. 1085–1106.
- Pichonnaz, Pascal*: Impossibilité et exorbitance, Fribourg/Suisse 1997.
- Picker, Eduard*: Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen zwischen Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983), S. 369–520.
- : Vertragliche und deliktische Schadenshaftung – Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme -, JZ 1987, S. 1041–1054.
- : Privatrechtsdogmatik und Eigentumsschutz oder zur Systematik von Rechts- und Rechtsschutzgestaltung, in: Marietta Auer/Hans Christoph Grigoleit/Johannes Hager/Carsten Herresthal/Felix Hey/Ingo Koller/Katja Langenbucher/Jörg Neuner/Jens Petersen/Thomas Riehm/Reinhard Singer (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin 2017, S. 579–615.
- : Das Deliktsrecht im Zivilrechtssystem, ZfPW 2015, S. 385–433.
- Piltz, Burghard*: Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht, NJW 2000, S. 553–560.
- : Internationales Kaufrecht, 2. Auflage, München 2008.
- : Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht, NJW 2011, S. 2261–2266.
- : Litigation Costs as Reimbursable Damages, in: Larry DiMatteo (Hrsg.), International Sales Law, Cambridge 2014, S. 286–294.
- Pinna, Andrea*: La mesure du préjudice contractuel, Paris 2007.
- Posner, Eric A.*: Economic Analysis of Contract Law Three Decades: Success or Failure?, 112 Yale L.J. (2003), S. 829–880.
- Posner, Richard A.*: Economic Analysis of Law, 9. Auflage, New York 2014.
- : Let us never blame a contract breaker, 107 Mich. L. Rev. (2009), S. 1349–1363.
- Pothier, Robert-Joseph*: Œuvres de Pothier, Tome III, Traité des Obligations, Paris 1818.
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.): BGB, Kommentar, 14. Auflage, Köln 2019.
- Rabel, Ernst*: Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, RabelsZ 9 (1935), S. 1–79.
- : A Draft of an International Law of Sales, 5 U. Chi. L. Rev. (1938), S. 543–565.
- : Das Recht des Warenkaufs, 1. Band, Unveränderter Neudruck, Berlin 1957.
- : Das Recht des Warenkaufs, 2. Band, Unveränderter Neudruck, Berlin 1958.
- Rausser, Amelie*: Schadensersatz für vorsätzliche Eingriffe in fremde Vertragsbeziehungen, Tübingen 2017.
- Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.): The Oxford Handbook of Comparative Law, 2. Auflage, Oxford 2019.
- Rheinstein, Max*: Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, Berlin 2013.
- Riehm, Thomas*: Der Grundsatz der Naturalerfüllung, Tübingen 2015.
- Roland, Henri/Boyer, Laurent*: Introduction au droit, Paris 2002.
- Roth, Herbert*: Gedanken zur Gewinnhaftung im Bürgerlichen Recht, in: Erik Jayme/Adolf Laufs (Hrsg.), Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten Geburtstag, Heidelberg 1991, S. 363–382.
- Roth, Marianne/Happ, Richard*: Interpretation of the CISG According to Principles of International Law, 4 Int'l Trade & Bus. L. Ann. (1999), S. 1–11.
- Rotherham, Craig*: “Wrotham Park damages” and accounts of profits: compensation or restitution?, LMCLQ (2008), S. 25–55.

- Rusch, Konstantin*: Gewinnabschöpfung bei Vertragsbruch – Teil II, ZEuP 2002, S. 122–138.
- : Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, Tübingen 2003.
- Rüßmann, Helmut*: Die ergänzende Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, BB 1987, S. 843–848.
- : Möglichkeit und Grenzen der Gesetzesbindung, in: Okko Behrends/Malte Dießelhorst/Ralf Dreier (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Göttingen 1990, S. 35–56.
- Saenger, Ingo*: Herabsetzung des Schadensersatzes und Befreiung von Vertragspflichten bei beiderseitiger Mitverursachung nach CISG, in: Peter Mankowski/Wolfgang Wurmnest (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 291–300.
- Saidov, Djakhongir*: Damages: The need for uniformity, 25 J.L. & Com. (2005-06), S. 393–403.
- Scalise Jr., Ronald J.*: Why No “Efficient Breach in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract, 55 Am. J. Comp. L. (2007), S. 721–766.
- Scheuch, Alexander*: Daten als Gegenstand von Leistung und Gegenleistung im UN-Kaufrecht, ZVglRWiss 2019, S. 375–421.
- Schlechtriem, Peter*: Uniform Sales Law – The UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods, Vienna 1986 (PACE).
- : Uniform Sales Law – The Experience with Uniform Sales Laws in the Federal Republic of Germany, Juridisk Tidskrift 1991/92, S. 1–28.
- : Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, Band II, Tübingen 2001.
- : 10 Jahre CISG – Der Einfluß des UN-Kaufrechts auf die Entwicklung des deutschen und des internationalen Schuldrechts, IHR 2001, S. 12–18.
- : Die Unmöglichkeit – ein Wiedergänger, in: Michael Coester/Dieter Martiny/Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe (Hrsg.), Privatrecht in Europa, Vielfalt, Kollision, Kooperation, Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger, München 2004, S. 125–133.
- : Verfahrenskosten als Schaden in Anwendung des UN-Kaufrechts, IHR 2006, S. 49–53.
- : Internationales UN-Kaufrecht, 4. Auflage, Tübingen 2007.
- : Calculation of damages in the event of anticipatory breach under the CISG, PACE, 2006.
- : Non-Material Damages – Recovery under the CISG?, 19 Pace Int’l. L. Rev. (2007), S. 89–102.
- (Hrsg.): Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG –, 3. Auflage, München 2000.
- Schlechtriem, Peter/Butler, Petra*: UN Law on International Sales, The UN Convention on the International Sale of Goods, Berlin/Heidelberg 2009.
- Schlechtriem, Peter/Magnus, Ulrich*: Internationale Rechtsprechung zu EKG und EAG, Baden-Baden 1987.
- Schlechtriem, Peter/Schroeter, Ulrich G.*: Internationales UN-Kaufrecht, 6. Auflage, Tübingen 2016.
- Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg (Hrsg.): Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 4. Auflage, Oxford 2016.
- Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg/Schroeter, Ulrich G. (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG –, 7. Auflage, München 2019.

- Schlechtriem, Peter/Witz, Claude*: Convention de Vienne sur les contrats internationale de marchandises, Paris 2008.
- Schmid, Christoph*: Das Zusammenspiel von Einheitlichem UN-Kaufrecht und nationalem Recht: Lückenfüllung und Normenkonkurrenz, Berlin 1996.
- Schmidlin, Bruno*: Das Schweizer Obligationenrecht 2020, Eine kritische Stellungnahme, SJZ 111 (2015), S. 25–34.
- Schmidt, Dominique/Dion, Nathalie*: Note sous Cass. com., 27 février 1996, JCP E 1996, II, 838.
- Schmidt, Mareike*: Profiting from Substitute Transactions? – Offsetting Losses and Benefits under the CISG, in: Andrea Böhler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 1499–1512.
- Schmidt-Ahrendts, Nils*: Der Ersatz „frustrierter Aufwendungen“ im Fall der Rückabwicklung gescheiterter Verträge im UN-Kaufrecht, IHR 2006, S. 67–73.
- : Das Verhältnis von Erfüllung, Schadensersatz und Vertragsaufhebung im CISG, Tübingen 2007.
- : Disgorgement of profits under the CISG, in: Ingeborg Schwenzer/Lisa Spagnolo (Hrsg.), State of Play: The 3rd Annual MAA Schlechtriem CISG Conference, Eleven International Publishing, The Hague 2012, S. 89–102.
- Schmidt-Kessel, Martin*: Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht, Baden-Baden 2003.
- Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.): Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III, 2. Teilband, Tübingen 2013.
- Schroeter, Ulrich G.*: Defining the Borders of Uniform International Contract Law: The CISG and Remedies for Innocent, Negligent, or Fraudulent Misrepresentation, 58 Vill. L. Rev. (2013), S. 553–587.
- : Does the 1980 Vienna Sales Convention Reflect Universal Values? The Use of the CISG as a Model for Law Reform and Regional Specificities, 41 Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev. (2017), S. 1–50.
- : Gegenwart und Zukunft des Einheitskaufrechts, RabelsZ 81 (2017), S. 32–76.
- Schulz, Fritz*: System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909), S. 1–485.
- Schwartz, Alan*: The case for specific performance, 89 Yale L.J. (1979), S. 271–306.
- Schwenzer, Ingeborg*: Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts, 39 Vict. U. Well. L. Rev. (2009), S. 709–725.
- : Interpretation and Gap-Filling under the CISG, in: Ingeborg Schwenzer/Yesim Atamer/Petra Butler (Hrsg.), Current Issues in the CISG and Arbitration, The Hague 2014, S. 109–118.
- : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern 2016.
- : The CISG – A fair balance of the interests of the seller and the buyer, in: Ingeborg Schwenzer/Cesar Pereira/Leandro Tripodi (Hrsg.), CISG and Latin America, Regional and Global Perspectives, The Hague 2016, S. 79–91.
- : Ethical Standards in CISG Contracts, 22 Unif. L. Rev. (2017), S. 122–131.
- : The CISG Advisory Council, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), The CISG Advisory Council Opinions, The Hague 2017, S. 1–13.
- Schwenzer, Ingeborg/Hachem, Pascal*: The Scope of the CISG Provisions on Damages, in: Ralph Cunnington/Djakhongir Saidov (Hrsg.), Contract Damages: Domestic and International Perspectives, Oxford 2008, S. 91–105.
- : CISG – Successes and Pitfalls, 57 Am. J. Comp. L. (2009), S. 457–478.
- Schwenzer, Ingeborg/Hachem, Pascal/Kee, Christopher*: Global Sales and Contract Law, Oxford 2012.

- Schwenzer, Ingeborg/Kee, Christopher*: Countertrade and the CISG, IHR 2009, S. 229–233.
- Schwenzer, Ingeborg/Leisinger, Benjamin*: Ethical Values and International Sales Contracts, in: Ross Cranston/Jan Ramberg/Jacob Ziegel (Hrsg.), Commercial Law Challenges in the 21st Century, Jan Hellner in Memoriam, Stockholm 2007, S. 249–275.
- Schwenzer, Ingeborg/Manner, Simon*: The Pot calling the Kettle Black: The Impact of the (Non-) Breaching Party's Behavior on its CISG-Remedies, in: Camilla B. Andersen/Ulrich G. Schroeter (Hrsg.), Sharing International Commercial Law across National Boundaries, Festschrift for Albert H Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, London 2008, S. 470–488.
- Schwenzer, Ingeborg/Muñoz, Edgardo*: Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship, 24 Unif. L. Rev. (2019), S. 149–174.
- Schwimann, Michael/Neumayr, Matthias (Hrsg.): ABGB, Taschenkommentar, 4. Auflage, Wien 2017.
- Séjean, Michel*: The Disgorgement of Illicit Profits in French Law, in: Ewoud Hondius/André Janssen (Hrsg.), Disgorgement of Profits, Gain-based remedies throughout the World, Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015, S. 121–137.
- Sharpe, Robert J./Waddams, Stephen M.*: Damages for Lost Opportunity to Bargain, 2 OJLS (1982), S. 290–297.
- Shavell, Steven*: The Design of Contracts and Remedies for Breach, 99 Q. J. Econ. (1984), S. 121–148.
- : Foundations of Economic Analysis of Law, Cambridge, MA 2004.
- : Specific Performance vs Damages Breach of Contract: An economic analysis, 84 Tex. L. Rev. (2006), S. 831–876.
- : Is Breach of Contract Immoral, 56 Emory L.J. (2006), S. 439–460.
- : Why Breach of Contract may not be immoral given the Incompleteness of Contracts, 107 Mich. L. Rev. (2009), S. 1569–1582.
- Shiffrin, Seana*: Could Breach of Contract be Immoral?, 107 Mich. L. Rev. (2009), S. 1551–1568.
- Simler, Philippe*: Art. 1196 à 1198 – Fasc. Unique: Contrat. Effets du contrat. – Effet translatif, in: JurisClasseur Civil Code, 21 juin 2017.
- : Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations, 2. Auflage, Paris 2018.
- Smith, Lionel D.*: Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract and Efficient Breach, 24 Can. Bus. L. J. (1994–1995), S. 121–140.
- Smits, Jan (Hrsg.): Elgar Encyclopedia of Comparative Law, 2. Auflage, Cheltenham, UK 2012.
- Soeffky, Irina*: Vertragliche Gewinnhaftung in Europa, Baden-Baden 2004.
- Soergel, Hans Th. (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begründet von Soergel, neu hrsg. v. Siebert, Band 13: Schuldrechtliche Nebengesetze 2: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), 13. Auflage, Stuttgart 2000.
- Sondahl, Erika*: Understanding the remedy of price reduction – A means to fostering a more uniform application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 7 VJ (2003), S. 255–276.
- Sonnentag, Michael*: Das Rückgewährschuldverhältnis, Tübingen 2016.
- Spagnolo, Lisa*: The Last Outpost: Automatic CISG Outs, Misapplications and the Costs of Ignoring the Vienna Sales Convention for Australian Lawyers, 10 Melb. J. Int'l L. (2009), S. 141–216.

- Starck, Boris*: Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et peine privée, Paris 1947.
- Stathouli, Sofia*: Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel und Falschlieferung nach dem Wiener Übereinkommen über den internationalen Warenkauf unter Berücksichtigung des deutschen und griechischen Rechts, München 2006.
- von Staudinger, Julius: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsge-
setz und Nebengesetzen
§§ 255 – 304 BGB (Leistungsstörungenrecht 1) Berlin 2019.
Wiener Kaufrecht (CISG) Berlin 2018.
§§ 677 – 704 BGB (Geschäftsführung ohne Auftrag), Berlin 2015
- Stevens, Robert*: Torts and Rights, Oxford 2007.
- : Rights and other things, in: Andrew Robertson/Donal Nolan (Hrsg.), Rights and Private Law, Oxford 2012, S. 115–149.
- Stoll, Hans*: Inhalt und Grenzen der Schadensersatzpflicht sowie der Befreiung von der Haftung im UN-Kaufrecht, im Vergleich zu EKG und BGB, in: Peter Schlechtriem (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Referate und Diskussionen der Fachtagung Einheitliches Kaufrecht am 16./12.2.1987, Baden-Baden 1987.
- : Zur Haftung bei Erfüllungsverweigerung im Einheitlichen Kaufrecht, *RabelsZ* 52 (1988), S. 617–643.
- : Regelungslücken im Einheitlichen Kaufrecht und IPR, *IPRax* 1993, S. 75–79.
- : Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, *JZ* 2001, S. 589–597.
- : Vorteilsausgleichung bei Leistungsverweigerung, in: Ingeborg Schwenzer/Günter Hager (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S. 677–696.
- Stürner, Rolf (Hrsg.): *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 17. Auflage, München 2018.
- Swadling, William*: The Vendor-Purchaser Constructive Trust, in: Simone Degeling/James Edelman (Hrsg.), *Equity in Commercial Law*, Sydney 2005, S. 463–488.
- Temple, Adam*: Disgorgement Damages for Breach of Contract, *20 Denning Law Journal* (2008), S. 87–110.
- Terré, François*: *Introduction générale au droit*, 7. Auflage, Paris 2006.
- (Hrsg.): *Pour une réforme de la responsabilité civile*, Paris 2011.
- (Hrsg.): *Pour une réforme du régime général des obligations*, Paris 2013.
- Terré, François/Simler, Philippe*: *Droit civil, Les biens*, 10. Auflage, Paris 2018.
- Terré, François/Simler, Philippe/Lequette, Yves/Chénéde, François*: *Les obligations*, 12. Auflage, Paris 2019.
- Tescaro, Mauro*: Das „moderate“ Revirement des italienischen Kassationshofs bezüglich der US-amerikanischen punitive damages-Urteile, *ZEuP* 2018, S. 463–477.
- Tettenborn, Andrew*: Gain, Loss and Damages for Breach of Contract: What's in an Acronym, *14 RLR* (2006), S. 112–114.
- Thel, Steve/Siegelmann, Peter*: You Do have to keep your promises: A disgorgement theory of Contract Remedies, *52 Wm. & Mary L. Rev.* (2010–2011), S. 1181–1245.
- Thomson, Joe*: Restitutionary and performance damages, *8 SLT* (2001), S. 71–75.
- Torsello, Marco*: *Common Features of uniform commercial law conventions: a comparative study beyond the 1980 uniform sales law*, München 2004.
- : Remedies for Breach of Contract under the 1980 U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, *9 VJ* (2005), S. 253–290.

- Toullier, Charles Bonaventure Marie*: Le droit civil français, suivant l'ordre du code, Tome IV, Bruxelles 1837.
- Treitel, Guenter H.*: Remedies for Breach of Contract, A comparative account, Oxford 1988.
- : Unmöglichkeit, “Impracticability” und “Frustration” im anglo-amerikanischen Recht, Baden-Baden 1991.
- : Damages for breach of warranty of quality, 113 LQR (1997), S. 188–195.
- Tripodi, Leandro*: Towards a New CISG, The Prospective Convention on the International Sale of Goods and Services, Leiden 2016.
- Tunc, André*: Commentaire sur les Conventions de La Haye du 1er juillet 1964 sur la Vente internationale des objets mobiliers corporels et la Formation du contrat de vente, in: Conférence Diplomatique sur l'Unification du Droit en matière de la Vente Internationale, Actes et Documents de la Conférence, Tome I, Actes, Imprimerie Nationale, La Haye 1966, S. 355–391.
- Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg*: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich 1995.
- Unberath, Hannes*: Transferred loss, Claiming third party loss in contract law, Oxford/Portland, Oregon 2003.
- : Die Vertragsverletzung, Tübingen 2007.
- Vahle, Oliver*: Der Erfüllungsanspruch des Käufers nach UN-Kaufrecht im Vergleich zum deutschen Kaufrecht, ZvglRWiss 98 (1999), S. 54–73.
- Van Alstine, Michael P.*: Dynamic Treaty Interpretation, 146 U. Pa L. Rev. (1998), S. 687–793.
- Vanleenhove, Cedric*: A Normative Framework for the Enforcement of U.S. Punitive Damages in the European Union: Transforming the Traditional No Pasaran, 41 Vt L. Rev. (2016), S. 347–403.
- Van Loo, Ellen J./Caputo, Vincenzina/Nayga Jr., Rodolfo/Seo, Han-Seok/Zhang, Baoyue/Verbeke, Wim*: Sustainability labels on coffee: Consumer preferences, willingness-to-pay and visual attention to attributes, 118 Ecological Economics (2015), S. 215–225.
- Veil, Rüdiger*: Gewinnabschöpfung im Kapitalmarktrecht, ZGR 2005, S. 155–199.
- Veneziano, Anna*: UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court, 15 Unif. L. Rev. (2010), S. 137–149.
- Viney, Geneviève/Jourdain, Patrice/Carval, Suzanne*: Les conditions de la responsabilité, 4. Auflage, Paris 2013.
- Vingiano-Viricel, Iolande*: La faute lucrative: une notion en construction en droit français, RTD Com. 2017, S. 18–30.
- Virgo, Graham*: Clarifying Restitution for Wrongs, 6 RLR (1998), S. 118–126.
- : The Principles of Restitution, 3. Auflage, Oxford 2015.
- : Personal and Proprietary Remedies for Breach of Confidence: Nearer to Breach of Fiduciary Duty or Breach of Contract, Paper No. 33/2014, <<https://www.law.cam.ac.uk/ssrn>> (31.7.2020).
- Vogenauer, Stefan*: Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Band II, Tübingen 2001.
- (Hrsg.): Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2. Auflage, Oxford 2015.

- Wagner, Gerhard*: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Band I: Gutachten, Teil A: Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Schadensersatz, Kollektivschaden, Stuttgart 2006.
- : Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), S. 352–476.
- Warkol, Craig S.*: Resolving the Paradox between Legal Theory and Legal Fact: The Judicial Rejection of the Theory of Efficient Breach, 20 Cardozo L. Rev. (1998–1999), S. 321–353.
- Weber, Rolf H.*: Vertragsverletzungsfolgen: Schadensersatz, Rückabwicklung, vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, in: Eugen Bucher (Hrsg.), Wiener Kaufrecht, Bern 1990, S. 165–214.
- Weinrib, Ernest J.*: Punishment and Disgorgement as Contract Remedies, 78 Chi.-Kent. L. Rev. (2003), S. 55–103.
- : Corrective Justice, Oxford 2012.
- Weller, Marc Phillippe*: Die Vertragstreue, Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue, Tübingen 2009.
- : Der Vertrag: Haftungs- oder Erfüllungsversprechen? – *Holmes* über *Rabel* und *Rheinstein* zu Unberath, in: Stefan Arnold/Stephan Lorenz (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, München 2015, S. 443–455.
- Welser, Rudolf/Zöchling-Jud, Brigitta*: Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, 14. Auflage, Wien 2015.
- Westermann, Harm Peter/Grünwald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.): Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 15. Auflage, Köln 2017.
- Williston, Samuel*: The law of contracts, New York 1921–1924.
- Winterton, David*: Contract Theory and Gain-Based Recovery, 76 Mod. L. Rev. (2013), S. 1129–1155.
- : Monetary Awards in Contract Law, Oxford/Portland, Oregon 2015.
- Witz, Claude*: CVIM: Interpretation et Questions Non Couvertes, Int’l Bus. L.J. (2001), S. 253–272.
- Witz, Claude/Köhler, Ben*: Panorama Droit de la vente internationale de marchandises, Recueil Dalloz 2017, S. 613–625.
- : Panorama Droit de la vente internationale de marchandises, Recueil Dalloz 2018, S. 1986–1999.
- Witz, Wolfgang/Salger, Hanns-Christian/Lorenz, Manuel*: International Einheitliches Kaufrecht, Kommentar, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2016.
- Würdinger, Markus*: Das Ziel der Gesetzesauslegung – ein juristischer Klassiker und Kernstreit der Methodenlehre, JuS 2016, S. 1–6.
- Zeller, Bruno*: The Black Hole: Where are the four corners of the CISG?, 7 Int’l Trade & Bus. L. Ann. (2002), 251, 264.
- : Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2. Auflage, New York 2009.
- Zeller, Bruno/Andersen, Camilla Baasch*: Good Faith – The Gordian Knot of International Commerce, 28 Pace Int’l. L. Rev. (2016), S. 1–28.
- Ziegler, Ulrich*: Leistungsstörungenrecht nach dem UN-Kaufrecht, Baden-Baden 1995.
- Zimmermann, Reinhard*: The Law of Obligations, Cape Town 1990.
- : Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations, in: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero – Saggi, Conferenze e Seminari, Nr. 48, 2002.
- : Juristische Methodenlehre in Deutschland, RabelsZ 83 (2019), S. 241–287.

Zoll, Fryderyk: UN-Kaufrecht und Common Frame of Reference im Bereich der Leistungsstörungen: Ein Beitrag aus der Perspektive der Acquis Group, ZEuP 2007, S. 229–246.

Zweigert, Konrad/Drobnič, Ulrich: Einheitliches Kaufgesetz und Internationales Privatrecht, RabelsZ 29 (1965), S. 147–165.

Materialienverzeichnis

Bundesminister der Justiz (Hrsg.): Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1992.

Conférence Diplomatique sur l'Unification du Droit en matière de la Vente Internationale, Actes et Documents de la Conférence, Tome I, Actes, Imprimerie Nationale, La Haye 1966.

–, Tome II, Documents, Imprimerie Nationale, La Haye 1966.

Cour d'appel de Paris, Groupe de travail, rapport sur « La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques », avr. 2019, <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_CA_PARIS_reforme_responsabilite_civile.pdf> (31.7.2020).

Cour de cassation, Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, <https://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/groupe_travail_10699.html> (31.7.2020).

Law Commission, Consultation Paper No. 132, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, 1993.

–, Report No. 247, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, 1997.

UNCITRAL, Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat of the UNCITRAL, 1978, <<http://cisgw3.law.pace.edu/>>.

–, Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016 Edition, New York 2016.

–, Yearbook V (1974), United Nations, New York 1975.

–, Yearbook VI (1975), United Nations, New York 1976.

–, Yearbook VII (1976), United Nations, New York 1977.

–, Yearbook VIII (1977), United Nations, New York 1978.

United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 10 March – 11 April 1980, Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees, Official Records, United Nations, New York 1981.

Entscheidungsverzeichnis

Australien

<i>Clark v Macourt</i> , [2013] HCA 56	247
<i>Hospital Products Ltd v United States Surgical Corporation</i> , (1984) 156 CLR 41, 68 (HCA).....	253, 330, 331

Belgien

Hof van Cassatie, 19.6.2009, CISG-Online Nr. 1963.....	37, 64, 67
--	------------

Deutschland

Bundesverfassungsgericht

BVerfG, Beschluss v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 – <i>Soraya</i>	69
BVerfG, Beschluss. v. 25.1.2011 – 1 BvR 918/10, NJW 2011, 836, 841	69

Bundesgerichtshof

BGH, Urteil v. 24.6.1955 – I ZR 178/53, BGHZ 17, 376	295
BGH, Urteil v. 19.6.1957 – IV ZR 214/56, BGHZ 25, 1.....	155, 206, 222
BGH, Urteil v. 17.4.1958 – II ZR 335/56, NJW 1958, 1040	153
BGH, Urteil v. 12.1.1966 – Ib ZR 5/64, BGHZ 44, 372	238
BGH, Urteil v. 18.1.1966 – VI ZR 147/64, BGHZ 44, 382.....	115
BGH, Urteil v. 8.10.1971 – I ZR 12/70, BGHZ 57, 116	12
BGH, Urteil v. 10.3.1972 – I ZR 160/70, BGHZ 59, 286	295
BGH, Urteil v. 11.10.1979 – VII ZR 285/78, BGHZ 75, 203.....	153
BGH, Urteil v. 9.2.1984 – I ZR 226/81, NJW 1984, 241	239, 322
BGH, Urteil v. 30.1.1987 – V ZR 32/86, BGHZ 99, 385.....	155, 206
BGH, Urteil v. 10.2.1988 – IVa ZR 268/86, NJW 1988, 171.....	297
BGH, Urteil v. 12.6.1989 – II ZR 334/87, NJW-RR 1989, 1255.....	239, 322
BGH, Urteil v. 7.5.1991 – XII ZR 44/90, NJW 1991, 2629	116
BGH, Urteil v. 4.6.1992 – IX ZR 149/91, BGHZ 118, 312.....	267
BGH, Urteil v. 17.6.1992 – I ZR 107/90, BGHZ 119, 20, 31.....	12, 238
BGH, Urteil v. 3.4.1996 – VIII ZR 51/95, NJW 1996, 2364.....	110
BGH, Urteil v. 30.6.2004 – VIII ZR 321/03, NJW 2004, 3181	231, 298, 298
BGH, Teilurteil v. 15.10.2004 – V ZR 100/04, NJW-RR 2005, 241	153
BGH, Urteil v. 2.3.2005 – VIII ZR 67/04, IHR 2005, 158.....	36
BGH, Urteil v. 25.4.1997 – LwZR 4/96, BGHZ 135, 284.....	155, 206
BGH, Urteil v. 31.10.2001 – VIII ZR 60/01, BGHZ 149, 113	39, 58

BGH, Urteil v. 25.9.2007 – X ZR 60/06, BGHZ 173, 374.....	238
BGH, Urteil v. 28.5.2014 – VIII ZR 410/12, NJW-RR 2014, 1202, 1204.....	82
BGH, Urteil v. 24.9.2014 – VIII ZR 394/12, BGHZ 202, 258.....	58, 66
BGH, Urteil v. 25.3.2015 – VIII ZR 38/14, NJW 2015, 1748.....	115, 153
BGH, Beschluss v. 22.6.2017 – IX ZB 61/16, NJOZ 2018, 1239.....	267

Reichsgericht

RG, Urteil v. 30.10.1916 – II 263/16, RGZ 88, 287.....	222
RG, Urteil v. 26.6.1922 – VI 788/21, RGZ 105, 84.....	163
RG, Urteil v. 5.6.1923 – II 323/22, RGZ 108, 184.....	223

Oberlandesgerichte

OLG Braunschweig, Urteil v. 28.10.1999 – 2 U 27/99, CISG-online Nr. 510.....	145
OLG Celle, Beschluss v. 24.7.2009 – 13 W 48/09, CISG-online Nr. 1906.....	39
OLG Düsseldorf, Urteil v. 18.11.1993 – 6 U 228/92, CISG-online Nr. 92.....	184
OLG Düsseldorf, Urteil v. 11.7.1996 – 6 U 152/95, NJW-RR 1997, 822.....	58
OLG Düsseldorf, Urteil v. 4.7.2019 – I-6 U 2/19, beckRS 2019, 13349.....	224
OLG Frankfurt, Urteil v. 17.9.1991 – 5 U 164/90, CISG-online Nr. 28.....	323
OLG Hamburg, Urteil v. 26.11.1999 – 1 U 31/99, IHR 2001, 19.....	148
OLG Koblenz, Urteil v. 31.1.1997 – 2 U 31/96, CISG-online Nr. 256, IHR 2003, 172, 175.....	172, 210
OLG Koblenz, Beschluss v. 14.12.2006 – 2 U 923/06, IHR 2007, 36.....	184
OLG Köln, Urteil v. 14.10.2002 – 16 U 77/01, CISG-online Nr. 709, IHR 2003, 15.....	172, 210
OLG Oldenburg, Urteil v. 1.2.1995 – 11 U 64/94, CISG-online Nr. 253.....	98
OLG Stuttgart, Beschluss v. 21.12.2015 – 1 SchH 1/15, RdTW 2018, 434.....	82
Thüringer Oberlandesgericht, Urteil v. 29.9.2015 – 5 U 1042/12, IHR 2016, 194.....	39, 323, 330, 332, 337, 338

Landgerichte

LG Köln, Urteil v. 5.12.2006 – 85 O 200/05, IHR 2007, 162.....	139
LG Saarbrücken, Urteil v. 9.3.2012 – 13 S 51/1, IPRax 2014, 180.....	306

Frankreich

Cour de cassation, chambre commerciale, 27.11.1967, Bull. n° 384.....	241
Cour de cassation, chambre commerciale, 25.11.1969, Bull. n° 351.....	161
Cour de cassation, 1 ^{ère} chambre civile, 27.6.1995, Bull. civ. I n° 284.....	159
Cour de cassation, chambre commerciale, 27.2.1996, Bull. civ. IV n° 65.....	241, 242
Cour de cassation, Assemblée plénière, 26.3.1999, Bull. ass. plén. n° 3.....	241
Cour de cassation, 2 ^{ème} chambre civile, 11.9.2003, Bull. civ. II n° 249.....	241

Cour de cassation, chambre commerciale, 12.5.2004, Recueil Dalloz 2004, 1599.....	242
Cour de cassation, 1 ^{ère} chambre civile, 22.11.2007, Bull. civ. I n° 368	240
Cour de cassation, 2 ^{ème} chambre civile, 28.5.2009, Bull. civ. II n° 131	240
Cour de cassation, 1 ^{ère} chambre civile, 1.12.2010, Bull. civ. I, n° 1090	266
Cour de cassation, chambre commerciale, 17.2.2015, n° 13-20.230, CISG-France n° 238	64
Cour de cassation, chambre commerciale, 22.3.2016, n° 14-16.585.....	131, 133
Cour de cassation, 1 ^{ère} chambre civile, 28.9.2016, Recueil Dalloz 2016, 2061.....	240
Cour de cassation, chambre commerciale, 15.3.2017, n° 15-14.419, Revue des sociétés 2017, 485.....	242
Cour de cassation, 2 ^{ème} chambre civile, 12.4.2018, n° 17-16.945	289
Cour d'appel Grenoble, 22.2.1995, CISG France	288, 289, 297, 323
Cour d'appel Grenoble, 26.4.1995, CISG-online Nr. 154	172, 210
Cour d'appel Poitiers, 26.2.2009, CISG-online Nr. 2208.....	30, 264, 265

Griechenland

Polimeles Protodikio Athinon, 4505/2009, CISG-online Nr. 2228.....	123
--	-----

Israel

<i>Harlow & Jones GmbH v Adras Building Material Ltd</i> , Supreme Court of Israel, (1983) 37 (4) PD 225	186
<i>Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH</i> , Supreme Court of Israel (FH 20/82), 3 RLR (1995), 235	16, 19, 29, 185–187, 197, 224 f., 326
<i>Pamesa Ceramica v. Yisrael Mendelson Ltd</i> , Supreme Court of Israel, 17.3.2009, PACE.....	196

Italien

Corte Suprema di cassazione, 8.2.2012, n° 1781, Ricerche Giuridiche 2012, 406.....	266
Corte Suprema di cassazione, 5.7.2017, n° 16601, ZEuP 2018, 459	266
Tribunale di Padova, 31.3.2004, IHR 2005, 33, CISG-online Nr. 823	39

Kanada

<i>Royal Bank of Canada v. W. Got & Associates Electric Ltd</i> , (2000) 178 D.L.R. (4th) 385	13, 266
<i>Smith v Landstar Properties Inc.</i> , 2010 BCSC 843.....	285
<i>Whiten v Pilot Insurance Co</i> , (2002) 209 D.L.R. (4th) 257.....	266

Neuseeland

<i>Renard Constructions v. Minister for Public Works</i> , Court of Appeal of New South Wales, 12.3.1992, CISG-online Nr. 44.....	39
--	----

Österreich

OGH, 6.2.1996 – 1 Ob 518/95, CISG-online Nr. 224.....	184
OGH, 21.3.2000 – 10 Ob 344/99g, CISG-online Nr. 641, IHR 2001, 40	208
OGH, 14.1.2002 – 7 Ob 301/01t, CISG-online Nr. 643, IHR 2002, 76	255
OGH, 23.5.2005 – 3 Ob 193/04k, CISG-online Nr. 1041, IHR 2005, 165.....	36
OGH, 22.11.2011 – 4 Ob 159/11b, CISG-online Nr. 2239	184
OGH, 15.11.2012 – 1 Ob 218/12h, CISG-online Nr. 2399	323
OLG Graz, 16.9.2002 – 2 R 62/02h, IHR 2006, 210.....	144
OLG Linz, 18.5.2011 – 1 R 181/10h, CISG-online Nr. 2443.....	172, 210

Schweiz

BGer, 18.10.1920, E 46 II 429.....	156
BGer, 13.11.2003 – 4C. 198/2003/grl, CISG-online Nr. 840, IHR 2004, 215	231, 298
BGer, 7.7.2004 – 4C.144/2004, CISG-online Nr. 848, IHR 2004, 252	196
BGer, 18.5.2009 – 4 A_68/2009, CISG-online Nr. 1900, IHR 2010, 27	110
BGer, 2.4.2015 – 4A_614/2014, CISG-online Nr. 2592, IHR 2015, 250	37, 110
BGer, 28.5.2019 – 4A_543/2018, IHR 2019, 236.....	37
HG Kanton Zürich, 10.2.1999 – HG 970238.1, CISG-online Nr. 488.....	304
KG St. Gallen, 13.5.2008 – BZ.2007.55, CISG-online Nr. 1768, IHR 2009, 161	323
KG Zug, 14.12.2009 – A2 2001 105, CISG-online Nr. 2026.....	304

Spanien

Tribunal Supremo, 13.11.2001, J.T.S., No. 1803.....	266
---	-----

Vereinigtes Königreich

<i>Addis v Gramophone Company Ltd</i> , [1909] AC 488 (HL).....	13, 248, 266
<i>Attorney-General v Blake</i> , [1998] EMLR 309 (CA)	1, 235, 246, 271, 285
<i>Attorney-General v Blake</i> , [2001] 1 AC 268 (HL).....	1, 6, 15, 30, 167, 233, 246, 249, 251, 252, 285, 316, 317, 324, 325
<i>Bank Line Ltd v Arthur Capel & Co</i> , [1919] AC 435 (HL).....	164
<i>Bence Graphics International Ltd v Fasson UK Ltd</i> , [1998] QB 87.....	247, 248
<i>Bristol and West Building Society v Mothew</i> , [1998] Ch. 1, 18 (CA).....	253
<i>British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd</i> , [1912] AC 673 (HL).....	247
<i>Bunge SA v Nidera BV</i> , [2015] 2 CLC 120.....	245, 247, 248
<i>Esso Petroleum Company Ltd v Niad Ltd</i> , 2001 WL 1476190.....	252
<i>Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc</i> , [2003] EWCA Civ 323.....	27, 250, 252, 293, 295
<i>Golden Strait Corpn v Nippon Ysen Kubishika Kaisha</i> , [2007] 2 AC 353 (HL)	245, 247, 247

<i>FA Tamplin Steamship Co Ltd v Anglo Mexican Petroleum Products Company Ltd</i> , [1916] 2 AC 397 (HL).....	164, 165
<i>Gafford v Graham</i> , (1999) 77 P. & C.R. 73 (CA).....	27, 293
<i>Hadley v Baxendale</i> , (1854) 9 Exch 341	164, 246
<i>Jaggard v. Sawyer</i> , [1995] 1 WLR 269 (CA)	27, 250, 293, 294
<i>Jegon v Vivian</i> , (1871) LR 6 Ch App, 742, 762.....	19
<i>Johnson v Unisys Ltd</i> , [2003] 1 AC 518, 530 (HL).....	13, 248, 266
<i>Lake v Bayliss</i> , [1974] 1 WLR 1073.....	166, 216
<i>Lunn Poly Ltd v Liverpool & Lancashire Properties Ltd</i> , [2006] 2 EGLR 2	27, 249, 293
<i>McAlpine Construction v Panatown Ltd</i> , [2001] 1 AC 518 (HL)	270
<i>Metropolitan Water Board v Dick Kerr & Co Ltd</i> , [1918] AC 119 (HL).....	164, 165
<i>Murad v Al-Saraj</i> , [2005] EWCA Civ 959	253
<i>One Step (Support) Ltd v Morris-Garner and another</i> , [2018] 2 WLR 1353 (SC).....	1, 7, 16, 27, 29, 245, 246, 249, 250, 251, 252, 282, 285, 293, 294, 309, 324, 325
<i>Paine v Meller</i> , (1801) 6 Ves. 349, 31 ER 1088	166
<i>Patel v Ali</i> , (1984) Ch. 283	217
<i>Pell Frischmann Engineering Ltd v Bow Valley Iran Ltd & others (Rev 2)</i> , [2009] UKPC 45.....	295
<i>Peter Pan Manufacturing Corporation v Corsets Silhouette Ltd</i> , [1964] 1 WLR 96, 106	254, 331
<i>Robinson v Harman</i> , (1848) 1 Exch 850, 855.....	163, 245
<i>Rookes v Barnard</i> , [1964] AC 1129, 1227 (HL).....	13, 19
<i>Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth</i> , [1996] 1 AC 344 (HL)	246, 247, 270, 303
<i>Slater v Hoyle & Smith Ltd</i> , [1920] 2 KB 11	247
<i>Surrey County Council v Bredero Homes Ltd</i> , [1993] 1 WLR 1361 (CA).....	1, 7, 250, 294
<i>Tito v Waddell (No 2)</i> [1977] Ch 106, 332E.....	233, 250
<i>United Australia Ltd v Barclays</i> , [1941] AC 1 (HL).....	167
<i>Veroe v Rutland Fund Management Ltd</i> , [2010] Bus LR Digest D 141	254
<i>Williams Bros v Ed T Agius Ltd</i> , [1914] AC 510 (HL).....	164
<i>World Wide Fund for Nature v World Wide Wrestling Federation</i> , [2006] EWHC 184 (Ch).....	27, 294
<i>World Wide Fund for Nature v World Wide Wrestling Federation</i> , [2007] EWCA Civ 286	27, 250, 294
<i>Wrotham Park Estate Co v Parkside Holmes Ltd</i> , [1974] 1 W.L.R. 798, 815	27, 27, 168, 249, 295, 296

Vereinigte Staaten von Amerika

<i>BMW of North America, Inc. v. Gore</i> , 517 US 559 (1996).....	14
<i>Draper v. Minneapolis-Moline</i> , Appellate Court of Illinois, Inc., 14.10.1968, 241 N.E. 2d 342 (App. Ct. Ill. 1968).....	218
<i>Electrocraft Arkansas Inc. v. Electric Motors Ltd. Et al.</i> , U.S. Federal District Court, 23.12.2009, CISG-online Nr. 2045, 2009 U.S. Dist. LEXIS 120183.....	196

<i>Magellan International Corporation v. Salzgitter Handel GmbH</i> , District Court for the Northern District of Illinois, 7.12.1999, CISG-online Nr. 439, 1999 WL 1128468 (N.D.Ill.).....	171
<i>Maxxsonics USA, Inc. v. Fengshung Peiyong Electro Acoustic Company Ltd</i> , U.S. District Court, Northern District of Illinois, 21.3.2012, CISG-online Nr. 2372	58
<i>Miami Valley Paper LLC v. Lebbing Engineering & Consulting GmbH</i> , U.S. District Court, Southern District of Ohio, Western Division, 26.3.2009, CISG-online Nr. 1880	196, 197
<i>Ross Cattle Co. v. Lewis</i> , Supreme Court of Mississippi, 19.5.1982, 415 So. 2d 1029 (Miss. 1982)	218
<i>San Lucio, S.r.l. et al. v. Import & Storage Services, LLC</i> , US District Court New Jersey, 15.4.2009, CISG-online Nr. 1836	272
<i>Sedmak v. Charlie's Chevrolet</i> , Missouri Court of Appeals, 16.6.1981, 622 S.W.2d 694	171
<i>Target Corp. v. JJS Developments Ltd.</i> , U.S. District Court Minnesota, 9.2.2018, CISG-online Nr. 3046	323
<i>Usinor Steel v. Leeco Steel Products</i> , U.S. District Court Connecticut, 28.2.2002, CISG-online Nr. 696	197
<i>Victory Foodservice Distributors Corp. v. N. Chr. Liatsos & Co. Ltd.</i> , U.S. District Court for the Southern District of New York, 13.11.2017, CISG-online Nr. 2922	272
<i>Zapata Hermanos Sucesores SA v. Hearthside Baking Company, Inc., d/b/a Maurice Lenell Cooky Company</i> , U.S. Court of Appeals, 7th Cir., 19.11.2002, CISG-online Nr. 684	272

Schiedssprüche

Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft-Wien, 15.6.1994, CISG-online Nr. 121.....	255
Iran-United States Claims Tribunal, <i>Watkins-Johnson Co. & Watkins- Johnson Ltd. v. The Islamic Republic of Iran & Bank Saderat Iran</i> , 28.7.1989, Unilex no. 38	144
Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21.6.1996, NJW 1997, 613.....	208
Schiedsgericht der freundlichen Arbitrage Hamburg, 29.12.1998 – RKS E 5 a Nr. 19, IHR 2001, 35, 38	139
Stockholm Chamber of Commerce, 5.4.2007 (PACE).....	235, 289, 290, 323, 327, 328, 330, 331, 332, 337, 338

Sachverzeichnis

- Abschreckung *siehe* Prävention
- Absolute Rechte 15 f.
- account of profits* 251 f.
- Allgemeine Geschäftsbedingungen 73
- Allgemeine Grundsätze 44, 50, 55 ff.
 - dynamisches Verständnis 56, 63
 - Herleitung 55
 - Konkretisierung 57
 - Optimierung 77
- amende civile* 244, 322
- Analogie 53, 198
- Anwendungsbereich 11, 332
- Äquivalenzverhältnis 229, 259 f., 301, 318
- Aufhebungserklärung 131
- Aufhebungsrecht 86
 - Ausschluss 87 f.
 - Kenntnis 129
 - Rückwirkender Wegfall 130
- Aufrechnung konventionsinterner Forderungen 57 f., 74
- Ausgleichsfunktion 258 ff.
- Auskunftsanspruch 145, 291, 319
- Auslegung
 - autonome 8, 36, 41, 80
 - dynamische 39, 47
 - historische 45
 - international einheitliche 36, 80, 263 f.
 - konventionsübergreifende 43 f.
 - rechtsvergleichende 47
 - systematische 43 f.
 - teleologische 47
- ausländische Entscheidungen 37
- Auslegungsmethoden 43 ff.
- Auslegungsziele 35 ff.
- Avant-Projet Catala* 243

- Bagatellklausel 110
- Befreiung 175, 178, 189, 205 f.
- beredtes Schweigen 52, 192 ff.
- Bereicherungsrecht 187, 240, 247

- Bereicherungsverbot 28, 272
- Beweislast 231, 297
- Beweismaß 299
- Bipolare Rechtfertigung 16, 24, 77
- breach of confidence* 290
- breach of contract*
 - *cynical breach* 257, 321
 - *efficient breach* 17, 21 ff.
 - *opportunistic breach* 22
- breach of contract must not pay* 261, 321

- CISG Advisory Council 68, 82
- constructive trust* 166, 168, 216
- cost of cure* 270, 302

- disgorgement of profits* 5 ff., 167
- dommages-intérêts* 240
 - *restitutoires* 7, 244
- Deckungskauf 132, 272
- duty of confidence* 253, 255, 331

- efficient performance* 23
- ethische Standards 79, 286
- Eigengeschäftsführung, angemaßte 12, 239, 322
- Eigenständige Fortentwicklung 59 ff.
 - Abgrenzung 61
 - Begriff 59 ff.
 - Einwände 66 ff.
 - Gewinnherausgabe 320 ff.
 - Funktion 66
 - Kriterien 74 f., 76 ff.
 - Notwendigkeit 62 ff., 71
 - Treuepflichten 337
 - Zulässigkeit 71 ff.
- Eigentumsübergang
 - englisches Recht 167
 - *solo consensu* 158, 161
 - Trennungsprinzip 153
- Eintrittsrecht 11, 237

- Entschädigungszahlung 165, 223
 ergänzende Vertragsauslegung 206
 Erhaltungspflichten 135 ff., 139 ff., 333 f.
 Erlösherausgabe 932, 135 ff., 146 ff.,
 185 ff., 210
Ernst Rabel 45, 163, 192 f.
 Ersatzherausgabe 185 ff., 193
 Ersatzlieferung 170
exemplary damages 13, 266
expectation interest 163, 245, 268

faute lucrative 5 f., 241, 321
favor contractus 131, 189, 204
fiduciary duty 11, 166, 251, 330, 336
 fraudulöses Verhalten 317, 322, 327
frustration 164, 186
force majeure 158

 Gefahrübergang 137, 176, 184
 Gerechtigkeit
 – ausgleichende 16
 – formale 79
 Geschäftsgeheimnisse 240, 289, 327
 Gewaltenteilung 69
 Gewinn
 – Abgrenzung von Vorteil 92 ff.
 – entgenerer 8
 Gewinnabschöpfung 11, 14
 Gewinnhaftung 188
 Gewinnherausgabe
 – als Ausnahmerechtsbehelf 324
 – Begriff 5 f.
 – Ersparnisgewinn 318
 – Rechtsbehelf 168, 311 ff.
 Grundstückskauf, englisches Recht 166,
 217
 guter Glaube im internationalen Handel
 37 ff., 57, 79, 135, 287, 336

 Handelsbrauch 208
hardship 64, 67, 73, 175

 Immaterialgüterrecht 238, 240, 323, 327
impossibilium nulla est obligatio 179,
 206, 224
 Interessenausgleich 51, 77, 196

 Kaufpreis, Anspruch auf 182 ff.
 – Anrechnung ersparter Aufwendungen
 184, 200

 Kausalität 221
 Know-how 289, 327, 332
 Kompensationsfunktion 25 ff.
 Konkurrenz
 – zu Ansprüchen wegen Treuepflichtver-
 letzungen aus dem internen nationalen
 Recht 338
 – zu bereicherungsrechtlichen Ansprüchen
 187 f., 196
 – zu vertragsrechtlichen Ansprüchen 195
 – zur Gewinnherausgabe wegen Vertrags-
 verletzungen aus dem internen nationalen
 Recht 325
 – zwischen Commodumsanspruch und an-
 deren Rechtsbehelfen des Übereinkom-
 mens 231
 Konsensfähigkeit, internationale 47, 68,
 81 f., 215
 Kostenerstattungsanspruch 140 f., 142

 Leistungshindernis 175
level playing field 77
 Lizenzanalogie 7
 Lücke 52, 176, 191
 – nachträgliche 53
 Lückenfüllung 48 ff.
 – Grenzen 57, 65

 Mangelbeseitigungskosten 246
market price rule 164, 245 ff., 274

 Naturalerfüllung 21, 170 ff.
 – allgemeiner Grundsatz 209, 263 ff.
 – Anspruch 170, 177 ff.
 – Privilegierung 171, 209
 – Vorbehalt gemäß Art. 28 CISG 172,
 177 f., 193, 213
negotiating damages 5 f., 26, 249 ff., 293,
 324
 Neutralität 77
nominal damages 248, 259
 Notverkauf 145
 Nutzen und Lasten der Ware 203

obligation de loyauté 241

pacta sunt servanda 19 ff., 211, 262 f.,
 269, 316
 Parteiautonomie 78
performance principle 211, 257, 269, 316

- Präambel 39, 75
 Prävention 13 f., 17 f., 18 ff., 211
 Preisminderung 271, 301
 Principles of European Contract Law 169, 254
Projet Terré 160, 243
punitive damages 13, 265
- reasonableness* 57
- Rechtsfortbildung
 – gesetzesübersteigende 60, 69
 – Art. 1 Abs. 2 ZGB 76, 80
- Rechtsfortsetzung 28
- Rechtsökonomik 17
- Rechtssicherheit 70
- Rechtsvergleichung 47, 81 f.
- Rechtsverweigerungsverbot 61, 67
- Regelungsbereich 49, 71, 190, 311
- restitutionary damages* 5 f., 271 f.
- Rückabwicklungsverhältnis
 – gestörtes 86
 – nachträglich gestörtes 128 ff.
 – ungestörtes 86
 – Wertersatzanspruch 86, 88 f.
- Rückgabe der Ware im Wesentlichen im Zustand der Lieferung 109 f.
- Schadensbemessung
 – anhand einer hypothetischen Verhandlung im CISG 295 f.
 – Beweismaß 283, 299
 – französisches Recht 241
 – Geschäftschance 303, 323
 – Kostenabzug 290
 – Schätzung 305, 323
 – Verletzergewinn 281 ff.
- Schadensberechnung
 – abstrakte 132, 186
 – Differenzhypothese 237, 282
 – dreifache 12, 238
- Schadensersatzanspruch 214
 – Ausgleichsfunktion 234, 258 ff.
 – Beweislast 297
 – Defizite 256
 – Erfüllungsinteresse 268 f.
 – Gewinnherausgabe 276 ff.
 – Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes 302
 – Prävention 260 f.
 – rechtsbewährend 259
 – Vorteilsausgleich 275
 Schadensminderung 275, 277
 Selbsthilfeverkauf 143 f.
 – Anzeigepflicht 144
 – ungebührliche Verzögerung 144
skimped performance 235, 246, 285, 307, 319
specific performance 167, 171, 192, 213, 217
 stellvertretendes commodum 111 ff., 152 ff.
 – Abtretung 226
 – abzugsfähige Kosten 112, 227
 – Analogie zu Art. 84 Abs. 2 CISG 198 ff.
 – commodum ex re 111, 153 ff., 226
 – commodum ex negotiatione 116 ff., 153 ff., 163, 226
 – ergänzende Vertragsauslegung 155, 189
 – ersparter Leistungsaufwand 226 f.
 – Gattungsschulden 223
 – Gegenleistung 229 f.
 – Grundstruktur des § 285 BGB 152
 – historische Entwicklung 153, 163
 – Identität 152, 222
 – im CISG 188 f.
 – internationale Konsensfähigkeit 215
 – Kongruenz 221 f.
 – Mangelsurrogat 220
 – relative Zuweisung 154, 187
 – Verhältnis zur Befreiung 215
 – Verhältnis zum Schadensersatz 214
 – Verhältnis zum Verkehrswert 117, 153, 228
 – Versicherungssumme 111, 222
 – Verzögerungssurrogat 220
 – Voraussetzungen 219 ff.
 – Vorratsschuld 225
- Strafe 30, 264 f.
- Strafschadensersatz 243, 266, *siehe auch exemplary damages, punitive damages.*
- Subsidiärstatut 73, 83, 232
- Surrogation 212
- Totalreparation 212, 255, 268 ff., 304, 313
 – Grenzen 271
- Treuepflicht 11, 237, 329 ff.
- trust* 253
- Überkompensation 13, 267, 272

- ULIS 45
- Unterkompensation 25, 256 f., 300 ff.
- Unterlassungspflichten 221, 235, 308, 323
- UNIDROIT-Kaufrechtsausschuss 163, 192
- UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 43 f., 56, 81, 169, 254
- Unmöglichkeit
 - anfängliche 174
 - der Naturalerfüllung, ff.
 - der Rückgabe 109 f., 180
 - der Rückgabe nach Vertragsaufhebung 129 f.
 - objektive 177 f.
 - Rechtsfolgen 176 ff.
 - subjektive 180
- Veräußerungspflicht 145
- Verhaltenssteuerung 19 f.
- Verhandlungsfiktion 26, 292 ff., 323
- Versprechen 19
- Vertragsaufhebung
 - durch den Käufer 182
 - durch den Verkäufer 107
- Vertragsverletzung
 - einheitlicher Begriff 174
 - effiziente *siehe breach of contract, efficient breach.*
 - Leistungsverzögerung 220
 - Vereitelung des Erfüllungsanspruch 219
 - Verursachung durch den Gläubiger 200
 - vorsätzlich-lukrative 19 f., 321
 - vorsätzliche 261
 - wesentliche 110
- Vertragswidrigkeit
 - ethische Standards und Produktionsverfahren 235
 - Rüge 141
- Vertraulichkeitspflichten 235, 255, 323, 331
- Vienna Convention on the Law of Treaties 41 f.
- Vorentwurf eines einheitlichen Kaufrechts von 1935 192
- Vorteil
 - Abgrenzung von Gewinn 92 ff.
 - aus der Ware gezogen 93
 - Begriff 9, 92, 202
 - Entreicherung 94
 - fiktiver 94
- Vorteilsausgleich 247
- Vorteilsherausgabe
 - Abtretung 113
 - Abtretungsverbote 115
 - abzugsfähige Kosten 112, 122
 - allgemeiner Grundsatz 123
 - Anwendungsbereich 123 ff.
 - Aufwendungen des Käufers 100 ff.
 - Daten als Gegenleistung 125
 - Dienstleistungen 123
 - Entstehungsgeschichte 87 ff.
 - Erhaltungskosten 102
 - Ersatzlieferung 90, 107
 - Gebrauchsvorteile 98
 - Gemeinkosten 98, 112, 123
 - Herausgabe in Natur 95
 - Nettoprinzip 97, 110, 122
 - Surrogat 110
 - Teilabtretung 115
 - Umfang 110 ff.
 - Verhältnis zum Verkehrswert 117
 - Verwendungen *siehe* Aufwendungen.
 - Verwendungsersatzanspruch 105
 - Zeitpunkt für die Vorteilsbemessung 96
- Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen 136, 148
- Ware
 - Erhaltung 139 f., 147
 - Verschlechterung 109, 145
 - Zurückweisung 139
- Wertersatzanspruch
 - allgemeiner 126
 - Entstehungsgeschichte 87, 128
- windfall profit* 24, 279 ff.
- Wrotham Park damages* *siehe negotiating damages*
- Zinsanspruch 94, 96, 201
- Zufallsgewinn *siehe windfall profit*
- Zurückbehaltungsrechte 148, 183
- Zurückweisungsabsicht 141
- Zweckmäßigkeitserwägungen 61, 65, 76