

Das System des Leistungsstörungenrechts

- eine vergleichende Studie zum deutschen und chinesischen
Recht

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät der Universität Passau

vorgelegt von

Yuze Li

Erstgutachter: Prof. Dr. Thomas Riehm
Zweitgutachter: Prof. Dr. Sebastian Martens
Tag der mündlichen Prüfung: 15.11.2023

Für meine Frau

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Februar 2023 fertiggestellt und im Wintersemester 2023/2024 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis Februar 2023 berücksichtigt.

Mein ganz besonderer Dank gilt vor allem meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Thomas Riehm, der mir tatkräftige Unterstützung und ständige Ermutigung bei der Ausarbeitung der Dissertation gegeben hat. Für seine akademische Betreuung und Inspiration, die mir eine weitere Schärfung der Analysen ermöglicht, bedanke ich sehr herzlich. Großer Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Sebastian Martens für seine rasche Erstellung des Zweitgutachtens, was mir zugleich zur methodischer Reflexion angeregt hat.

Passau, im November 2023

Yuze Li

Inhaltsübersicht

Inhaltverzeichnis.....	III
Abkürzungsverzeichnis.....	XIII
Einleitung.....	1
I. Fragestellung.....	1
II. Gegenstand der Untersuchung und Ziel der Arbeit.....	1
III. Methode.....	5
IV. Gang der Darstellung.....	8
Erster Teil Das System des deutschen Leistungsstörungenrechts.....	11
A. Die Integration und Auflösung verschiedener Formen von Leistungsstörungen.....	13
I. Die Pflichtverletzung als zentraler Begriff.....	13
II. Obliegenheitsverletzung nach §§ 293 ff. BGB.....	28
III. Beiderseitige Pflichtverletzungen.....	33
IV. Störung der Geschäftsgrundlage.....	36
B. Der Erfüllungsanspruch und sein Vorrangstatus.....	40
I. Der Erfüllungsanspruch des Gläubigers.....	40
II. Grenzen des Erfüllungsanspruches.....	46
III. Das Verhältnis von Erfüllungsanspruch und anderen sekundären Rechtsbehelfen.....	55
C. Schadensersatz im allgemeinen Leistungsstörungenrecht.....	69
I. Schadensersatz als Rechtsbehelf wegen zurechenbarer Pflichtverletzung.....	69
II. Die Kategorie des Schadensersatzes.....	72
III. Schadensersatz und Schadensberechnung.....	81
IV. Der ersatzfähige Schaden und Schadenszurechnung.....	85
D. Rücktritt vom Vertrag.....	94
I. Die Systematik des gesetzlichen Rücktrittsrechts.....	94
II. Rücktrittsgründe im Einzelnen.....	95
III. Folgen des Rücktritts.....	103
Zweiter Teil Das System des chinesischen Leistungsstörungenrechts.....	111
A. Einführung in das chinesische Vertragsrecht.....	113
I. Rechtsquellen des chinesischen Vertragsrechts.....	113
II. Geschichte der Entwicklung des chinesischen Vertragsrechts.....	114
B. Die Tatbestände der Vertragsverletzung im chinesischen Recht.....	116
I. Die Vertragsverletzung als Oberbegriff nach Art. 577 ZGB.....	116
II. Die antizipierte Vertragsverletzung nach Art. 578 ZGB.....	128
III. Die mangelhafte Leistung nach Art. 582 ZGB.....	134
IV. Gläubigerverzug nach Art. 589 ZGB.....	142
V. Beiderseitige Vertragsverletzungen nach Art. 592 Abs. 1 ZGB.....	144
VI. Änderung der Umstände nach Art. 533 ZGB.....	148
C. Weiter-Erfüllungsanspruch bei Vertragsverletzung.....	154
I. Die dogmatische Grundlage des Weiter-Erfüllungsanspruches.....	154
II. Grenze des Weiter-Erfüllungsanspruches.....	165
III. Das Verhältnis von Weiter-Erfüllung und anderen Rechtsbehelfen.....	173
D. Schadensersatz wegen Vertragsverletzung.....	179
I. Schadensersatz als Haftung wegen Vertragsverletzung.....	179
II. Die Arten des Schadensersatzes.....	182
III. Haftungszurechnung und Haftungsbefreiung.....	187
IV. Der ersatzfähige Schaden und Schadenszurechnung.....	196
E. Vertragsaufhebung wegen Vertragsverletzung.....	208
I. Vertragsaufhebung als Rechtsbehelf bei Vertragsverletzung.....	208
II. Die Vertragsaufhebungsgründe im Einzelnen.....	214
III. Folgen der Vertragsaufhebung.....	228
Dritter Teil Rechtsvergleichende Zusammenfassung.....	235
Einleitung.....	237
A. Formen der Leistungsstörungen.....	237

I. Pflichtverletzung und Vertragsverletzung.....	237
II. Unmöglichkeit der Leistung.....	238
III. Verzögerung der Leistung und Schuldnerverzug.....	238
IV. Mangelhafte Leistung.....	240
V. Antizipierte Vertragsverletzung.....	241
VI. Annahmeverzug.....	241
VII. Die Verschmelzung der Pflichtverletzungen.....	242
VIII. Wegfall der Geschäftsgrundlage.....	243
B. Erfüllungsanspruch und Weiter-Erfüllung.....	243
I. Die Anerkennung des Erfüllungsanspruches.....	243
II. Die Grenzen des Erfüllungsanspruches.....	244
III. Das Verhältnis von Erfüllungsanspruch und anderen Rechtsbehelfen.....	246
C. Schadensersatz.....	247
I. Funktionen des Schadensersatzes.....	247
II. Arten des Schadensersatzes.....	248
III. Haftungszurechnung und -befreiung.....	250
IV. Inhalt und Umfang des Schadensersatzes.....	252
V. Schadensberechnung.....	253
D. Vertragsaufhebung wegen Vertragsverletzung.....	253
I. Vertragsaufhebung als Rechtsbehelf wegen Vertragsverletzung.....	253
II. Voraussetzungen der Vertragsaufhebung.....	254
III. Folgen der Vertragsaufhebung.....	255
Literaturverzeichnis.....	257
Anhang I: Relevante Rechtsvorschriften des ZGB.....	285
Anhang II: Sachregister.....	291

Inhaltverzeichnis

Inhaltsübersicht.....	I
Abkürzungsverzeichnis.....	XIII
Einleitung.....	1
I. Fragestellung.....	1
II. Gegenstand der Untersuchung und Ziel der Arbeit.....	1
1. Leistungsstörungen als Ausgangspunkt.....	1
2. Beschränkung auf vertragliche Leistungsstörungen.....	2
3. Beschränkung auf gesetzliche Rechtsbehelfe.....	4
4. Die Systematisierung des chinesischen Leistungsstörungsrechts und die diesbezügliche Rolle des deutschen Rechts.....	4
III. Methode.....	5
1. Theorienrezeption und Einheimisierung.....	5
2. Das BGB von 1900 als gemeinsames Vergleichsprojekt.....	7
3. Gesetzesänderungen und dogmatische Anpassung, insbesondere die Funktionen der Rechtsdogmatik.....	7
IV. Gang der Darstellung.....	8
Erster Teil Das System des deutschen Leistungsstörungsrechts.....	11
A. Die Integration und Auflösung verschiedener Formen von Leistungsstörungen.....	13
I. Die Pflichtverletzung als zentraler Begriff.....	13
1. Der Begriff der Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB.....	13
a) Die Unterscheidung zwischen Pflichtverletzung und Vertretenmüssen als Anhaltspunkt.....	13
b) Folgerungen für verhaltens- und erfolgsbezogene Leistungspflichten.....	14
2. Pflichtverletzung und Unmöglichkeit.....	15
a) Die nachträgliche Unmöglichkeit als eine Art der Pflichtverletzung.....	15
b) Der Ausgrenzung der anfänglichen Unmöglichkeit aus dem einheitlichen Pflichtverletzungsbegriff.....	16
c) Rechtsfolgen der Unmöglichkeit.....	17
3. Pflichtverletzung, Verzögerung der Leistung und Schuldnerverzug.....	18
a) Voraussetzungen des Schuldnerverzuges nach § 286 BGB.....	18
aa) Ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch.....	18
bb) Das Mahnungserfordernis nach § 286 Abs. 1 BGB.....	19
cc) Entbehrlichkeit der Mahnung nach § 286 Abs. 2 BGB.....	20
dd) Der Verzug bei Entgeltforderungen nach § 286 Abs. 3 BGB.....	21
ee) Nichtleistung.....	21
ff) Das Vertretenmüssen nach § 286 Abs. 4 BGB.....	21
b) Rechtsfolgen des Schuldnerverzuges.....	22
aa) Ersatz von Verzögerungsschäden nach § 280 Abs. 2 BGB.....	22
bb) Verzugszinsen sowie andere Verzugsschäden nach § 288 BGB.....	22
cc) Haftungsverschärfung nach § 287 BGB.....	23
c) Die Beendigung des Verzuges.....	23
4. Pflichtverletzung und Schlechtleistung.....	24
a) Schlechtleistung und Gewährleistung.....	24
b) Unbehebbarer Schlechtleistung als qualitative Unmöglichkeit.....	24
c) Behebbarer Schlechtleistung als qualitative Verzögerung.....	25
5. Pflichtverletzung und Erfüllungsverweigerung.....	25
a) Die Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit als verzugsbegründete Pflichtverletzung.....	26
b) Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit als Verletzung der Leistungstreuepflicht.....	26
6. Verletzung von Schutz- und Obhutspflichten.....	27
a) Das Integritätsinteresse und sein vertragsrechtlicher Schutz.....	27
b) Schutzpflichtverletzung und Vertretenmüssen.....	28
c) Die Abgrenzung zur Schlechtleistung.....	28
II. Obliegenheitsverletzung nach §§ 293 ff. BGB.....	28
1. Gläubigerverzug als Obliegenheitsverletzung.....	29
2. Voraussetzungen.....	30
a) Notwendigkeit der Mitwirkung des Gläubigers.....	30

b)	Ornungsgemäßes Leistungsangebot.....	30
aa)	Tatsächliches Angebot nach § 294 BGB.....	30
bb)	Wörtliches Angebot nach § 295 BGB.....	30
cc)	Entbehrlichkeit des Angebots nach § 296 BGB.....	31
c)	Nichtannahme der Leistung.....	31
3.	Rechtsfolgen.....	32
a)	Haftungsmilderung nach § 300 Abs. 1 BGB.....	32
b)	Gefährübergang.....	32
c)	Ersatz von Mehraufwendungen nach § 304 BGB.....	32
4.	Beendigung des Gläubigerverzuges.....	33
III.	Beiderseitige Pflichtverletzungen.....	33
1.	Grundsatz der Einzelbetrachtung und seine Grenzen.....	33
2.	Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit als Typische Fallgruppe.....	34
a)	§ 326 Abs. 2 BGB als Ausgangspunkt.....	35
b)	Schadensersatz statt der Gegenleistung?.....	35
IV.	Störung der Geschäftsgrundlage.....	36
1.	Voraussetzungen.....	36
a)	Geschäftsgrundlage.....	36
b)	Schwerwiegende Veränderung der Umstände oder Fehlen der wesentlichen Vorstellungen.....	37
c)	Keine andere vertraglichen und gesetzlichen Risikozuweisung.....	37
d)	Unzumutbarkeit für eine Partei.....	38
2.	Rechtsfolgen.....	38
a)	Vertragsanpassung als primäre Rechtsfolge.....	38
b)	Vertragsaufhebung.....	39
B.	Der Erfüllungsanspruch und sein Vorrangstatus.....	40
I.	Der Erfüllungsanspruch des Gläubigers.....	40
1.	Die Leistungspflicht des Schuldners nach § 241 Abs. 1 BGB.....	40
2.	Der Erfüllungsanspruch des Gläubigers.....	40
a)	Der Erfüllungsanspruch als Korrespondenz zur Leistungspflicht.....	40
b)	Der Erfüllungsanspruch als Primäranspruch.....	41
3.	Der Nacherfüllungsanspruch des Gläubigers.....	42
a)	Das Verhältnis zwischen Erfüllung und Nacherfüllung.....	42
b)	Inhalt der Nacherfüllung.....	43
aa)	Nachbesserung.....	43
bb)	Nachlieferung.....	43
cc)	Neuherstellung.....	44
c)	Wahlverhältnis zwischen verschiedener Nacherfüllungsmodalitäten.....	44
4.	Selbstvornahme.....	45
a)	Das Selbstvornahmerecht im Werkvertragsrecht.....	45
b)	Die Selbstvornahme im Kaufrecht.....	46
II.	Grenzen des Erfüllungsanspruches.....	46
1.	„Echte“ Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB.....	46
a)	Tatsächliche Unmöglichkeit.....	47
b)	Rechtliche Unmöglichkeit.....	48
c)	Subjektive Unmöglichkeit.....	48
d)	Teilweise Unmöglichkeit.....	48
aa)	Die Teilbarkeit der Leistung.....	49
bb)	Einbeziehung der qualitativen Unmöglichkeit.....	49
e)	Vorübergehende Unmöglichkeit?.....	49
f)	Rechtsfolgen.....	50
2.	Grob unverhältnismäßiger Leistungsaufwand nach § 275 Abs. 2 BGB.....	50
a)	Abwägungskriterien nach § 275 Abs. 2 S. 1 BGB.....	52
aa)	Leistungsinteresse des Gläubigers.....	52
bb)	Leistungsaufwand des Schuldners.....	52
cc)	Grobes Missverhältnis.....	52
dd)	Inhalt des Schuldverhältnisses und das Gebot von Treu und Glauben.....	53
b)	Vertretenmüssen des Schuldners nach § 275 Abs. 2 S. 2 BGB.....	53
3.	Persönliche Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 3 BGB.....	54
a)	Voraussetzungen.....	54

aa) Persönliche zu erbringende Leistung.....	54
bb) Die der Leistung entgegenstehenden Hindernisse.....	54
cc) Abwägung.....	55
b) Rechtsfolgen.....	55
III. Das Verhältnis von Erfüllungsanspruch und anderen sekundären Rechtsbehelfen.....	55
1. Vorrang der Erfüllung vor anderen Sekundärrechtsbehelfen.....	55
2. Übergangstatbestände von Erfüllungsanspruch auf Schadensersatz statt der Leistung.....	56
a) Fristsetzung und Ablauf der Nachfrist.....	57
aa) Voraussetzungen für die Fristsetzung.....	57
bb) Anforderungen an die Fristsetzung.....	58
cc) Fristablauf und Erfolglosigkeit.....	59
dd) Rechtsfolgen nach Fristablauf.....	59
b) Unmöglichkeit.....	60
c) Erfüllungsverweigerung.....	61
aa) Die Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit.....	61
bb) Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit?.....	62
d) Relatives Fixgeschäft.....	62
e) Abwägung der besonderen Umstände.....	63
f) Die Unzumutbarkeit der Leistung durch den Schuldner.....	64
g) Andere Fälle für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung.....	64
h) Besondere Anforderungen für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung.....	65
aa) Der Interessenfortfall bei Teilleistung nach § 281 Abs. 1 S. 2 BGB.....	66
bb) Das Erheblichkeitserfordernis bei der Schlechtleistung nach § 281 Abs. 1 S. 3 BGB.....	66
3. Erfüllungsanspruch und Rücktritt.....	66
4. Erfüllungsanspruch und Minderung.....	67
a) Die Minderung als allgemeiner Rechtsbehelf?.....	67
b) Das Verhältnis des speziellen Minderungsrechts zum Erfüllungsanspruch.....	67
C. Schadensersatz im allgemeinen Leistungsstörungsrecht.....	69
I. Schadensersatz als Rechtsbehelf wegen zurechenbarer Pflichtverletzung.....	69
1. Verschuldenshaftung und Verschuldensprinzip.....	69
a) Fahrlässigkeit als Regelform.....	69
b) Vorsatz.....	70
2. Haftung für Hilfspersonen nach § 278 BGB.....	70
3. Vertretenmüssen ohne Verschulden.....	71
a) Garantieübernahme.....	71
b) Beschaffungsrisiko.....	71
II. Die Kategorie des Schadensersatzes.....	72
1. Der einfache Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB.....	72
2. Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nach § 280 Abs. 2 BGB.....	73
a) Ersatz des nur durch den <i>Verzug</i> entstandenen Schadens.....	73
b) Verhältnis zum Erfüllungsanspruch und Schadensersatz statt der Leistung.....	74
3. Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 3 BGB.....	74
a) Schadensersatz statt der Leistung als eigene Schadensersatzkategorie.....	74
aa) Ausgleich des Erfüllungsinteresses als Aufgabe.....	75
bb) Kosten des Deckungsgeschäfts als typischer Fall.....	76
b) Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281-283 BGB.....	76
c) Schadensersatz statt der Leistung nach § 311a Abs. 2 BGB.....	77
aa) Haftungsgrund und Zurechnungsprinzip.....	77
bb) Anspruch auf das positive Interesse.....	78
4. Insbesondere: Der Aufwendungsersatz nach § 284 BGB.....	78
a) Verhältnis zur Rentabilitätsvermutung.....	79
b) Frustrierte Aufwendungen als Schaden.....	79
c) Billigkeit der anfallenden Aufwendungen.....	80
5. Ersatz des stellvertretenden Commodum nach § 285 BGB.....	80
III. Schadensersatz und Schadensberechnung.....	81
1. Schadensberechnung im allgemein.....	81
a) Konkrete Schadensberechnung.....	81
b) Abstrakte Schadensberechnung.....	82
2. Besonderheiten der Schadensberechnung bei gegenseitigen Verträgen.....	82

a)	Äquivalenzvermutung.....	83
a)	Surrogations- und Differenzmethode.....	83
aa)	Surrogationsmethode.....	83
bb)	Differenzmethode.....	83
b)	Rentabilitätsvermutung.....	84
IV.	Der ersatzfähige Schaden und Schadenszurechnung.....	85
1.	§ 249 Abs. 1 BGB als Ausgangspunkt.....	85
a)	Die Ausprägung der Differenzhypothese.....	85
b)	Das Prinzip der Naturalrestitution.....	85
aa)	Naturalrestitution und Geldersatz.....	85
bb)	Vorrang der Naturalrestitution.....	86
cc)	Die Naturalrestitution beim Schadensersatz statt der Leistung?.....	86
2.	Entgangener Gewinn nach § 252 BGB.....	87
a)	Entgangener Gewinn und positiver Schaden.....	87
b)	Beweiserleichterung nach § 252 S. 2 BGB.....	88
3.	Haftungsausfüllende Kausalität.....	88
a)	Haftungsausfüllende und haftungsbegründende Kausalität.....	88
b)	Äquivalenztheorie und Adäquanztheorie.....	88
c)	Schutzzweck der Norm.....	89
4.	Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten.....	89
a)	Das Mitverschulden bei der Schadensentstehung nach § 254 Abs. 1 BGB.....	90
aa)	Mitverursachung an der Schadensentstehung.....	90
bb)	Verschulden des Geschädigten.....	90
b)	Das Mitverschulden bei der Schadenshöhe nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB.....	90
aa)	Verhältnis zu § 254 Abs. 1 BGB.....	90
bb)	Warn- und Schadensabwendungspflicht.....	91
cc)	Schadensminderungsobliegenheit.....	91
c)	Das Mitverschulden von Dritten nach § 254 Abs. 2 S. 2 BGB.....	92
5.	Vorteilsausgleichung.....	92
D.	Rücktritt vom Vertrag.....	94
I.	Die Systematik des gesetzlichen Rücktrittsrechts.....	94
1.	Rücktritt als Rechtsbehelf wegen Vertragsverletzung.....	94
2.	Das Verhältnis zwischen Rücktritt und Schadensersatz.....	94
a)	Kumulation von Rücktritt und Schadensersatz.....	94
b)	Auswirkung der Ausübung des Rücktrittsrechts auf den Umfang des Schadensersatzes.....	95
II.	Rücktrittsgründe im Einzelnen.....	95
1.	Rücktritt wegen Nicht- oder Schlechtleistung nach § 323 BGB.....	95
a)	Der Rücktritt mit Fristsetzung nach § 323 Abs. 1 BGB.....	95
b)	Der fristlose Rücktritt nach § 323 Abs. 2 BGB.....	96
c)	Vorzeitiger Rücktritt nach § 323 Abs. 4 BGB.....	96
d)	Der Gesamtrücktritt bei Teilleistung nach § 323 Abs. 5 S. 1 BGB.....	97
aa)	Grundsatz des Teilrücktritts.....	97
bb)	Die Teilbarkeit der Gegenleistung.....	97
cc)	Interessenfortfall.....	97
e)	Der Gesamtrücktritt bei Schlechtleistung nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB.....	97
f)	Ausschluss des Rücktritts nach § 323 Abs. 6 BGB.....	98
g)	Eigene Vertragstreue des Gläubigers?.....	99
2.	Rückabwicklung wegen Unmöglichkeit nach § 326 BGB.....	99
a)	Ipsa-iure-Wegfall des Gegenleistungsanspruches nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB.....	99
b)	Ausnahmen vom ipso-iure-Wegfall des Gegenleistungsanspruches nach § 326 Abs. 1 S. 2 BGB.....	100
c)	Ausnahmen vom ipso-iure-Wegfall des Gegenleistungsanspruches nach § 326 Abs. 2 BGB.....	101
aa)	Gläubigerverantwortlichkeit nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB.....	101
bb)	Annahmeverzug nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB.....	101
cc)	Die Einschränkungen des § 326 Abs. 2 S. 2 BGB.....	102
d)	Rücktrittsrecht nach § 326 Abs. 5 BGB.....	102
3.	Rücktritt wegen Verletzung von Schutz- und Obhutspflichten nach § 324 BGB.....	102
4.	Exkurs: Kündigung aus wichtiger Grund nach § 314 BGB.....	102
III.	Folgen des Rücktritts.....	103

1.	Rückgewähr in Natur nach § 346 Abs. 1 BGB.....	103
2.	Der Wertersatz nach § 346 Abs. 2 BGB.....	104
	a) Fallkonstellation nach § 346 Abs. 2 S. 1 BGB.....	104
	b) Vorrang der Rückgewähr in Natur?.....	104
	c) Höhe des Wertersatzes.....	105
3.	Ausschluss von Wertersatz nach § 346 Abs. 3 BGB.....	105
	a) Verarbeitung oder Umgestaltung nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB.....	105
	b) Verantwortlichkeit des Gläubigers und fehlende Kausalität nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB.....	106
	c) Die Privilegierung des Berechtigten beim gesetzlichen Rücktrittsrecht nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB.....	106
	aa) Normzweck und Anwendungsbereich.....	106
	bb) Das Kriterium der eigenüblichen Sorgfalt.....	107
	d) Herausgabe der verbleibenden Bereicherung nach § 346 Abs. 3 S. 2 BGB.....	107
4.	Nutzungs- und Verwendungsersatz nach § 347 BGB.....	108
	a) Ersatz nicht gezogener Nutzungen nach § 347 Abs. 1 BGB.....	108
	b) Ersatz von Verwendungen und sonstigen Aufwendungen nach § 347 Abs. 2 BGB.....	108
	aa) Verwendungsersatz nach § 347 Abs. 2 S. 1 BGB.....	109
	bb) Aufwendungsersatz nach § 347 Abs. 2 S. 2 BGB.....	109
5.	Schadensersatz nach § 346 Abs. 4 BGB.....	109
Zweiter Teil Das System des chinesischen Leistungsstörungenrechts.....		111
A.	Einführung in das chinesische Vertragsrecht.....	113
	I. Rechtsquellen des chinesischen Vertragsrechts.....	113
	1. Justizielle Auslegung des OVG.....	113
	2. Der offizielle Kommentar zum ZGB.....	114
	II. Geschichte der Entwicklung des chinesischen Vertragsrechts.....	114
B.	Die Tatbestände der Vertragsverletzung im chinesischen Recht.....	116
	I. Die Vertragsverletzung als Oberbegriff nach Art. 577 ZGB.....	116
	1. Die Grundbegriffe aus Art. 577 ZGB und die zugrundeliegenden gesetzgeberischen Entscheidungen.....	116
	a) Vertragsverletzung als Oberbegriff der Leistungsstörung.....	117
	b) In Bezug auf das Verhalten des Schuldners?.....	117
	c) Vertragsverletzung und Vertretenmüssen.....	118
	2. Vertragsverletzung als Verletzung der Vertragspflicht.....	120
	a) Leistungspflichten und deren Verletzung.....	120
	aa) Ablauf der Erfüllungsfrist.....	120
	bb) Ausbleiben der Leistung.....	121
	b) Verletzung von Nebenpflichten.....	122
	3. Unmöglichkeit als Vertragsverletzung?.....	123
	4. Leistungsverzug als eigene Vertragsverletzung?.....	124
	a) Tatbestände des Leistungsverzuges.....	125
	aa) Ablauf der Erfüllungsfrist?.....	125
	bb) Nichtleistung.....	126
	cc) Ohne triftige Gründe.....	126
	b) Rechtsfolgen des Leistungsverzuges.....	127
	aa) Ersatz für Verzugsschaden.....	127
	bb) Verzugszins bei Geldschulden.....	127
	cc) Zufallshaftung nach Art. 590 Abs. 2 ZGB.....	127
	dd) Preissanktionsmechanismus nach Art. 513 ZGB.....	128
	c) Beendigung des Verzuges.....	128
	II. Die antizipierte Vertragsverletzung nach Art. 578 ZGB.....	128
	1. Die antizipierte Vertragsverletzung als eigener Leistungsstörungstyp.....	128
	a) Entstehungsgeschichte.....	129
	b) Verhältnis zur Unsicherheitseinrede.....	130
	2. Voraussetzungen.....	130
	a) Unberechtigte Erfüllungsverweigerung.....	130
	b) Maßgebliche Zeitpunkt.....	131
	3. Haftung für antizipierte Vertragsverletzung.....	131
	a) Erfüllungsbegehren.....	131

aa) Beschleunigter Ablauf der Erfüllungsfrist?	131
bb) Fehlende Durchsetzbarkeit	133
b) Schadensersatz statt der Leistung	133
aa) Grundprinzip	133
bb) Vorzeitiger Eintritt der Schadensminderungsobliegenheit?	133
III. Die mangelhafte Leistung nach Art. 582 ZGB	134
1. Art. 582 ZGB als Grundlage der Haftung wegen mangelhafter Leistung	134
a) Von der besonderen Sachmängelhaftung zur allgemeinen Mängelhaftung	135
b) Schaffung besonderer Abhilfemechanismen	136
c) Allgemeine Tatbestände der Mängelhaftung	137
aa) Mängel bei der Erfüllung	137
bb) Mängelrüge	137
cc) Die Wahl des Gläubigers	137
2. Rückgewähr der mangelhaften Sache	137
a) Die Rückgabe von Waren als „Zwischenmittel“?	138
b) Die Rückgabe von Waren als das Recht des Gläubigers zur Zurückweisung der mangelhaften Sache?	138
c) Die Rückgabe von Waren als gewährleistungsrechtliche Vertragsaufhebung	138
3. Minderung als allgemeine Mängelhaftung	139
a) Anwendungsfälle	140
aa) Sach- und Rechtsmängel	140
bb) Teilleistung?	140
cc) Verzögerung der Leistung?	140
b) Natur des Minderungsrechts	140
c) Berechnung der Minderung	141
IV. Gläubigerverzug nach Art. 589 ZGB	142
1. Voraussetzungen	142
a) Die Notwendigkeit der Mitwirkung des Gläubigers	142
b) Das vertragsgemäße Leistungsangebot des Schuldners	142
c) Verweigerung der Annahme durch den Gläubiger	143
d) Ohne triftige Gründe	143
2. Rechtsfolgen	143
a) Ersatz der Mehraufwendungen nach Art. 589 Abs. 1 ZGB	143
b) Die Entlastung von Zinsen nach Art. 589 Abs. 2 ZGB	143
c) Haftungsmilderung des Schuldners	143
d) Gefahrübergang	144
V. Beiderseitige Vertragsverletzungen nach Art. 592 Abs. 1 ZGB	144
1. Verhältnis mit der Einrede des nichterfüllten Vertrages	144
a) Die Einrede des nichterfüllten Vertrages im ZGB	144
aa) Die Einrede der Zug um Zug-Erfüllung nach Art. 525 ZGB	144
bb) Die Einrede der Vorleistung nach Art. 526 ZGB	145
cc) Die Unsicherheitseinrede nach Art. 527 Abs. 1 ZGB	145
b) Die Auflösung der Problematik der beiderseitigen Vertragsverletzungen durch die Einrede des nichterfüllten Vertrages?	146
2. Die Flucht in die Regel der beiderseitigen Vertragsverletzungen	147
3. Der Vertragsaufhebung bei Verletzungen beider Parteien	147
VI. Änderung der Umstände nach Art. 533 ZGB	148
1. Lösung vor der Kodifizierung des ZGB	148
2. Voraussetzungen	150
a) Schwerwiegende Änderungen nach Vertragsabschluss	150
b) Unvorhersehbarkeit der Änderungen	150
c) Änderung der Umstände versus höhere Gewalt	151
d) Kein Geschäftsrisiko	151
e) Ungerechtigkeit der Fortsetzung der Vertragserfüllung	152
3. Rechtsfolgen	152
a) Neuverhandlungspflicht	152
b) Vertragsänderung oder -Aufhebung	152
C. Weiter-Erfüllungsanspruch bei Vertragsverletzung	154
I. Die dogmatische Grundlage des Weiter-Erfüllungsanspruches	154
1. Die Leistungspflicht des Schuldners nach Art. 509 Abs. 1 ZGB	154

2.	Der Erfüllungsanspruch des Gläubigers nach Art. 579, 580 ZGB.....	154
a)	Der Erfüllungsanspruch und die ihm zugrunde liegende Anspruchsdogmatik.....	154
b)	Der Geld-Erfüllungsanspruch nach Art. 579 ZGB.....	155
c)	Der Sachleistungsanspruch nach Art. 580 ZGB.....	156
3.	Weiter-Erfüllung nach Art. 577 Alt. 1 ZGB.....	156
a)	Weiter-Erfüllung als Erfüllungsanspruch bei der Vertragsverletzung.....	157
b)	Weiter-Erfüllung als <i>Haftung</i> wegen Vertragsverletzung?.....	158
aa)	Korrektur der Beweislastverteilung bei der Weiter-Erfüllung.....	159
bb)	Weiter-Erfüllung und Höhere Gewalt?.....	159
cc)	Weiter-Erfüllung und Mitverschulden.....	160
dd)	<i>Weiterer</i> Ermessensspielraum zur Verurteilung der <i>Weiter-Erfüllung</i> ?.....	160
4.	Nacherfüllungsanspruch des Gläubigers nach Art. 582 ZGB.....	161
a)	Das Verhältnis zum Weiter-Erfüllungsanspruch nach Art. 577 Alt. 1 ZGB.....	161
b)	Das Verhältnis zum Ergreifen von Abhilfemaßnahmen nach Art. 577 Alt. 3 ZGB.....	161
c)	Nachbesserung und Neuherstellung.....	162
d)	Ersatzlieferung.....	164
e)	Vorrang der Nacherfüllung?.....	164
II.	Grenze des Weiter-Erfüllungsanspruches.....	165
1.	Unmöglichkeit der Leistung nach Art. 580 Abs. 1 Nr. 1 ZGB.....	165
a)	Tatsächliche und rechtliche Unmöglichkeit.....	166
b)	Teilweise Unmöglichkeit.....	167
c)	Subjektive Unmöglichkeit.....	168
d)	Anfängliche Unmöglichkeit?.....	169
e)	Vorübergehende Unmöglichkeit.....	169
f)	Unmöglichkeitseinwand?.....	169
2.	Persönliche Unmöglichkeit nach Art. 580 Abs. 1 Nr. 2 At. 1 ZGB.....	170
3.	Überhöhten Leistungskosten nach Art. 580 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 ZGB.....	171
a)	Grundgedanken.....	171
b)	Kriterien der Übermäßigkeit der Leistungskosten.....	172
c)	Abgrenzung zur Änderung der Umstände.....	173
4.	Versäumung der Erfüllungsverlangen nach Art. 580 Abs. 1 Nr. 3 ZGB.....	173
III.	Das Verhältnis von Weiter-Erfüllung und anderen Rechtsbehelfen.....	173
1.	Vorrang der Weiter-Erfüllung?.....	173
a)	Historischer Realerfüllungsgrundsatz.....	174
b)	Unmöglichkeitsregelung als ein Indiz für die Vorrangigkeit der tatsächlichen Leistung?.....	175
2.	Weiter-Erfüllung und Vertragsaufhebung.....	176
3.	Weiter-Erfüllung und Schadensersatz statt der Leistung.....	177
a)	Unabhängigkeit von Schadensersatz statt der Leistung und Vertragsaufhebung.....	177
b)	Freie Wahl zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Weiter-Erfüllung?.....	177
4.	Weiter-Erfüllung, Minderung und Rückgabe von Waren bei mangelhafter Leistung.....	178
D.	Schadensersatz wegen Vertragsverletzung.....	179
I.	Schadensersatz als Haftung wegen Vertragsverletzung.....	179
1.	Funktionen des Schadensersatzes.....	179
a)	Ausgleichsfunktion.....	179
b)	Präventivfunktion.....	180
c)	Strafffunktion?.....	181
2.	Formen des Schadensersatzes.....	181
a)	Der Ersatz in Geld als Prinzip.....	181
b)	Die Naturalrestitution nach Ermessen des Richters.....	181
II.	Die Arten des Schadensersatzes.....	182
1.	Grundtyp: Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung.....	182
a)	Dogmatische Grundlage.....	182
b)	Teleologische Funktionen.....	183
2.	Schadensersatz neben der Leistung nach Art. 583 ZGB.....	183
a)	Ersatz für Verzugsschäden.....	184
aa)	Traditionelles Verständnis: Verzugsschäden als typische Folge des Leistungsverzuges.....	184
bb)	Die Ausweitung des Begriffs des Verzuges.....	184
b)	Ersatz für Folgeschäden.....	185

3.	Schadensersatz statt der Leistung nach Art. 577 ZGB.....	186
III.	Haftungszurechnung und Haftungsbefreiung.....	187
1.	Das Garantiehafungsprinzip nach Art. 577 ZGB.....	187
a)	Wandlung vom Verschuldensprinzip zum Garantiehafungsprinzip.....	188
b)	Folgen dieses Wandels.....	188
aa)	Kommerzialisierung der zivilrechtlichen Verträge.....	188
bb)	Schwächung der erzieherischen Funktion des Vertragshaftung?.....	189
cc)	Die Zweigleisigkeit des Haftungssystem?.....	189
2.	Andere Zurechnungsgründe im ZGB.....	190
a)	Verschulden.....	190
b)	Vom Schuldner zu vertretende Ursachen.....	190
3.	Höhere Gewalt als Entlastungsgrund nach Art. 590 ZGB.....	191
a)	Die Definition der höheren Gewalt nach Art. 180 Abs. 2 ZGB.....	191
aa)	Objektive Umstände.....	192
bb)	Unvorhersehbarkeit.....	192
cc)	Unvermeidbarkeit und Unüberwindbarkeit.....	192
b)	Das <i>Unmöglichwerden</i> der Leistung nach Art. 590 Abs. 1 ZGB.....	193
c)	Mitteilungspflicht nach Art. 590 Abs. 1 S. 2 ZGB.....	194
4.	Haftung für Dritte nach Art. 593 ZGB.....	194
IV.	Der ersatzfähige Schaden und Schadenszurechnung.....	196
1.	Der zu ersetzende Schaden nach Art. 584 Hs. 1 ZGB.....	196
a)	Nichterfüllungsschaden.....	197
b)	Entgangener Gewinn.....	197
c)	Frustrierte Aufwendungen.....	198
2.	Die Vorhersehbarkeitsregel nach dem Art. 584 Hs. 2 ZGB.....	199
a)	Relevante Person und maßgeblicher Zeitpunkt.....	199
b)	Gegenstand der Vorhersehbarkeit.....	200
c)	Kriterien der Vorhersehbarkeit.....	200
3.	Andere Einschränkungen für den Umfang des Schadensersatzes.....	201
a)	Mitverschulden des Gläubigers nach Art. 592 Abs. 2 ZGB.....	201
b)	Schadensminderungsobliegenheit nach Art. 591 ZGB.....	201
aa)	Der durch die Pflichtverletzung des Schuldners verursachte Schaden.....	202
bb)	Unterlassung von geeigneten Maßnahmen.....	202
c)	Vorteilsausgleichung.....	202
4.	Schadenszurechnung.....	203
a)	Tatsächliche und rechtliche Kausalität.....	203
b)	Vorhersehbarkeitsregeln.....	203
5.	Schadensberechnung.....	204
a)	Subjektive oder konkrete Berechnung des Schadens.....	204
b)	Objektive oder abstrakte Berechnung des Schadens.....	204
6.	Besonderheiten des Schadensersatzes statt der Leistung bei gegenseitigen Verträgen.....	205
a)	Gegenleistung als Mindestschaden?.....	205
b)	Surrogations- und Differenzmethode?.....	205
aa)	Einbeziehung der Fortführung der eigenen Gegenleistung des Gläubigers in die Schadensabwicklung?.....	205
bb)	Der Ersatz der Wertdifferenz als Regelfall.....	205
c)	Gewinnherausgabe?.....	206
aa)	Keine dem § 285 BGB vergleichbare Vorschrift im ZGB.....	206
bb)	Herausgabe des Gewinns als Schadensersatz?.....	206
E.	Vertragsaufhebung wegen Vertragsverletzung.....	208
I.	Vertragsaufhebung als Rechtsbehelf bei Vertragsverletzung.....	208
1.	Vertragsaufhebung als Reaktion der vertragstreuen Partei auf die Vertragsverletzung.....	208
2.	Das Recht auf Vertragsaufhebung als Gestaltungsrecht.....	208
a)	Grundsätzliche Ausübung durch Aufhebungsmitteilung.....	208
aa)	Formale und Inhaltliche Anforderungen.....	209
bb)	Automatische Aufhebung nach Fristsetzung?.....	209
b)	Einwände gegen die Vertragsaufhebung.....	210
c)	Ausübungsfrist für das Recht auf Vertragsaufhebung.....	210
aa)	Ausschlussfrist des Art. 564 Abs. 2 Alt. 1 ZGB.....	211

bb) Erlöschen des Aufhebungsrechts nach <i>Fristsetzung</i> nach Art. 564 Abs. 2 Alt. 2 ZGB.....	211
3. Gemischte Rechtsrezeption von der zwei Tatbestandsmodelle zur Vertragsaufhebung.....	211
a) Wesentliche-Vertragsverletzungsmodell.....	211
aa) Die dogmatische Sichtweise: Nichtrealisierung des Vertragszwecks als Bezugspunkt.....	212
bb) Die pragmatische Sichtweise: Die Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen als maßgebliche Kriterium.....	213
b) Nachfrist-Modell.....	213
4. Kombination der Vertragsaufhebung mit dem Schadensersatz nach Art. 566 Abs. 2 ZGB.....	213
II. Die Vertragsaufhebungsgründe im Einzelnen.....	214
1. Vertragsaufhebung wegen höherer Gewalt nach Art. 563 Abs. 1 Nr. 1 ZGB.....	215
a) Regelungsgehalt des Art. 563 Abs. 1 Nr. 1 ZGB.....	215
b) Das Verhältnis zu den Gefahrtragungsregeln.....	215
2. Vertragsaufhebung wegen vorzeitiger Vertragsverletzung.....	216
a) Vorzeitiger Erfüllungsverweigerung nach dem § 563 Abs. 1 Nr. 2 ZGB.....	216
b) Leistungsgefährdung nach Art. 528 ZGB.....	217
3. Vertragsaufhebung wegen Leistungsverzuges nach Art. 563 Abs. 1 Nr. 3 ZGB.....	217
a) Erfüllungsverzug mit der Hauptschuld.....	217
aa) Hauptschuld.....	217
bb) Erfüllungsverzug.....	218
b) Mahnung und Ablauf einer angemessenen Frist.....	218
aa) Mahnung des Gläubigers.....	218
bb) Ablauf der angemessenen Frist.....	219
c) Nichtleistung nach Ablauf der angemessenen Frist nach der Mahnung.....	219
4. Vertragsaufhebung wegen Leistungsverzuges sowie anderer Vertragsverletzung nach Art. 563 Abs. 1 Nr. 4 ZGB.....	220
a) Verzug der Leistung im Art. 563 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1 ZGB.....	220
b) Andere Vertragsverletzung nach Art. 563 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 2 ZGB.....	220
aa) Vollständige Nichterfüllung.....	221
bb) Mangelhafte Leistung.....	221
cc) Teilleistung.....	221
dd) Nebenpflichtverletzung.....	222
5. Eigene Vertragsverletzung des Gläubigers?.....	222
a) Die von Gläubigern zu vertretende Vertragsverletzung.....	222
b) Die von beiden Parteien zu vertretende Vertragsverletzung.....	223
6. Eine Norm des plötzlichen Angriffs: Art. 580 Abs. 2 ZGB.....	223
a) Muster-Entscheidung: Xinyu Corp. gegen Feng Yumei.....	224
aa) Die Ansicht des erstinstanzlichen Gerichts.....	224
bb) Die Ansicht des zweitinstanzlichen Gerichts.....	225
b) Meinungsstand.....	226
aa) Unmöglichkeit der Leistung?.....	226
bb) Kündigung aus wichtigem Grund?.....	226
cc) Änderung der Umstände?.....	226
dd) Vertragsaufhebungsrecht der vertragsbrüchigen Partei?.....	227
c) Die Lösung nach dem ZGB.....	227
aa) Die Unmöglichkeit der Leistung als Anknüpfungspunkt.....	227
bb) Beteiligung des Richters.....	227
d) Stellungnahme.....	227
III. Folgen der Vertragsaufhebung.....	228
1. Vertragsaufhebung als Beendigungsgrund nach Art. 557 Abs. 2 ZGB.....	228
2. Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes.....	229
a) Das Entstehen der Wiederherstellungspflicht.....	229
b) Das Verhältnis zwischen der Wiederherstellungspflicht und dem ursprünglichen Vertragsverhältnis.....	229
c) Auswirkungen der Wiederherstellungspflicht.....	230
d) Inhalt und Umfang der Wiederherstellungspflicht.....	230
aa) Rückgabe des Leistungsgegenstandes.....	231
bb) Zinsen, Früchte und Gebrauchsvorteile.....	231
cc) Rückgewähr durch eine vergleichbare Leistung?.....	231

dd) Volle Rückgewähr der empfangenen Leistungen.....	231
3. Die Ergreifung anderer Abhilfemaßnahmen.....	232
a) Die Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur als Voraussetzung?.....	232
b) Berechnung auf der Grundlage der Gegenleistung?.....	232
c) Der Ausschluss der Rückgewähr in Wert und das Zurückspringen von Gefahr.....	233
4. Schadensersatz nach Art. 566 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 3 ZGB.....	233
Dritter Teil Rechtsvergleichende Zusammenfassung.....	235
Einleitung.....	237
A. Formen der Leistungsstörungen.....	237
I. Pflichtverletzung und Vertragsverletzung.....	237
II. Unmöglichkeit der Leistung.....	238
III. Verzögerung der Leistung und Schuldnerverzug.....	238
1. Die Besonderheit der Interessenlage.....	238
2. Sonderweg des BGB: Schuldnerverzug als eigene Rechtsfigur.....	239
3. Die Stellung des ZGB.....	239
IV. Mangelhafte Leistung.....	240
V. Antizipierte Vertragsverletzung.....	241
VI. Annahmeverzug.....	241
VII. Die Verschmelzung der Pflichtverletzungen.....	242
VIII. Wegfall der Geschäftsgrundlage.....	243
B. Erfüllungsanspruch und Weiter-Erfüllung.....	243
I. Die Anerkennung des Erfüllungsanspruches.....	243
II. Die Grenzen des Erfüllungsanspruches.....	244
1. Gegenständlicher Unmöglichkeitsbegriff als Ausgangspunkt.....	245
2. Leistungsaufwand und Vertragserfüllung.....	245
3. Persönliche Unzumutbarkeit.....	246
III. Das Verhältnis von Erfüllungsanspruch und anderen Rechtsbehelfen.....	246
C. Schadensersatz.....	247
I. Funktionen des Schadensersatzes.....	247
II. Arten des Schadensersatzes.....	248
1. Ausgangspunkt.....	248
2. Der „statt der Leistung“ begehrte Schadensersatz.....	249
3. Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung.....	250
4. Ersatz des stellvertretenden Commodum.....	250
III. Haftungszurechnung und -befreiung.....	250
IV. Inhalt und Umfang des Schadensersatzes.....	252
1. Ausgangspunkt.....	252
2. Entgangener Gewinn.....	252
3. Frustrierte Aufwendungen.....	253
V. Schadensberechnung.....	253
D. Vertragsaufhebung wegen Vertragsverletzung.....	253
I. Vertragsaufhebung als Rechtsbehelf wegen Vertragsverletzung.....	253
II. Voraussetzungen der Vertragsaufhebung.....	254
1. Unmöglichkeit.....	254
2. Nachfristmodell.....	254
3. Wesentliche Vertragsverletzung.....	254
III. Folgen der Vertragsaufhebung.....	255
Literaturverzeichnis.....	257
Anhang I: Relevante Rechtsvorschriften des ZGB.....	285
Anhang II: Sachregister.....	291

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AfcdP	Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht
AGZR	Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts der VR China von 1986
Amtsblatt des OVG	Das Amtsblatt des Obersten Volksgerichts der VR China
Anleitungsansicht des OVG	Anleitungsansicht des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Behandlung von Streitfällen zu zivil- und handelsrechtlichen Verträgen in der gegenwärtigen Situation (Fafa [2009] Nr. 40)
Ariz. J. Int'l & Comp. L.	Arizona Journal of International and Comparative Law
AWVG	Außenwirtschaftsvertragsgesetz der VR China von 1985
BB	Betriebsberater
Beschlusses des OVG zur Revision	Beschlusses des Obersten Volksgerichts zur Revision von 27 justiziellen Interpretationen in Zivilsachen wie etwa der Interpretation des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Anwendung des Gewerkschaftsgesetzes der Volksrepublik China bei der Arbeit der Zivilrechtsprechung (Fashi [2020] Nr. 17)
Bestimmungen des OVG	Bestimmungen des Obersten Volksgerichts über die Justizauslegung (Fafa [2007] Nr. 12)
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
C. L. Rev.	Contemporary Law Review
Chin. L. Rev.	China Law Review
CISG	Convention on the International Sale of Goods (UN-Kaufrechtsübereinkommen)
Civ. & Comm. L. Rev.	Civil and Commercial Law Review
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference (Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens)
ECUPL J.	Journal of East China University of Political Science and Law

ERCL	European Review of Contract Law
Erläuterungen des OVG zu Hauskaufverträgen	Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen über Kaufverträge bei gehandelten Häusern (Fashi [2003] Nr. 7, revidiert aufgrund des Fashi [2020] Nr. 17)
Erläuterungen des OVG zu Kaufverträgen	Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen zu Kaufverträgen (Fashi [2012] Nr. 7, revidiert aufgrund des Fashi [2020] Nr. 17)
Erläuterungen des OVG zum VG II	Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des VG der VR China Teil 2 (Fashi [2009] Nr. 5)
Freilaw	Freiburg Law Students Journal
Hebei L. Sci.	Hebei Law Science
Henan Social Sci.	Henan Social Science
IBAV	Regeln für die Haftung für die Qualität von Industrieprodukten von 1986
IQH	Regeln für Ankauf- und Absatzverträge über Industrie- und Bergwerksprodukte von 1984
J. Comp. L.	Journal of Comparative Law
J. JN U.	Journal of Jinan University (Philosophy and Social Sciences)
J. Tshinghua U.	Journal of Tshinghua University (Philosophy and Social Sciences)
J. ZNEL U.	Journal of Zhongnan University of Economics and Law
JbJZivRWiss	Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler
JHAJ	Jianghai Academic Journal
JLA	Journal of Law Application
JN J.	Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)
Jur. Rev.	Jurists Review
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung

L. Sci.	Law Science
LBS	Law based Society
LE	Law and Economy
Legal F.	Legal Forum
LMK	Lindenmaier-Möhring-Kartei
LSD	Law and Social Development
M. L. Sci.	Modern Law Science
N. Legal Sci.	Northern Legal Science
Nanjing U. L. Rev.	Nanjing University Law Review Nanjing
NDCJV	Newsletter der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung e.V. (seit 2004: Zeitschrift für Chinesisches Recht [ZChinR])
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OVG	Obersten Volksgerichts der VR China
Peking U. L. J.	Peking University Law Journal
Peking U. L. Rev.	Peking University Law Review
Pri. L. Rev.	Private Law Review
PSL	Political Science and Law
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
ReiseG	Reisegesetz der VR China von 2013
Sci. L.	Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law)
SJTU L. Rev.	SJTU Law Review
SLB	Studies in Law and Business
TPSL	Tribune of Political Science and Law
Tsinghua L. J.	Tsinghua University Law Journal
Tsinghua L. Rev.	Tsinghua Law Review
TVG	Technikvertragsgesetz der VR China von 1987
U. NN J.	Journal of Northwest Normal University (Social Sciences)
U. ZJGS J.	Journal of Zhejiang Gongshang University
Verf.	Verfassung der VR China
VG	Vertragsgesetz der VR China von 1999
VG-E	Entwurf zum Vertragsgesetz der VR China

	von 1998
VG-VE	Vorentwurf zum Vertragsgesetz der VR China von 1995
VRRL	Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (Verbraucherrechterichtlinie)
VSG	Verbraucherschutzgesetz, Gesetz der VR China zum Schutz der Rechte und Interessen von Verbraucher von 1993, revidiert am 2009 und 2013
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WuM	Wohnungswirtschaft & Mietrecht
WVG	Wirtschaftsvertragsgesetz der VR China von 1981
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGB	Zivilgesetzbuch der VR China von 2020
ZGS	Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht
ZJapanR	Zeitschrift für Japanisches Recht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPG	Zivilprozessgesetz der VR China von 1991, revidiert am 2007, 2012, 2017 und 2021
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

I. Fragestellung

Im Verlauf eines Schuldverhältnisses treten oft verschiedene „Störungen“¹ auf.² Betrachtet man zunächst die Gläubigerseite,³ so können diese Hindernisse die Leistungserbringung dauerhaft verhindern, so dass er sie nicht mehr erhalten kann, oder die Leistung in zeitlicher Hinsicht verzögern, wodurch seine diesbezügliche Planung in Frage gestellt wird, oder dass die erbrachte Leistung nicht dem vereinbarten oder gesetzlichen Geschuldeten entspricht, mit der Folge, dass er zuerst nur eine mangelhafte Leistung erhält. Diese Hinderungsgründe, auf die der Gläubiger oft gestoßen ist, erschöpfen sich jedoch nicht darin,⁴ sondern können sich auch in der Verletzung der sog. weiteren Verhaltenspflichten⁵ manifestieren, die sich ebenfalls nachteilig auf die *Interessen* des Gläubigers auswirken kann.⁶

Andererseits kann sich die Behinderung der Leistung aber auch daraus ergeben, dass der Gläubiger es versäumt hat, die erforderliche Mitwirkung an der Leistung durch den Schuldner zu treffen, oder dass er gegen andere nach dem Grundsatz von Treu und Glauben geforderte Pflichten verstößt. Diese vom Gläubiger selbst verursachten Hindernisse können also - oft bereits auf der Ebene der Tatbestandsmerkmale - den Folgen der oben erwähnten Pflichtverletzung des Schuldners entgegenwirken, oder sie können auch mit dieser koexistieren und unabhängig davon beurteilt werden. Darüber hinaus gibt es auch Hinderungsgründe, die weder dem Schuldner noch dem Gläubiger zuzurechnen sind, und diese Behinderungen, die in einem „neutralen Bereich“ liegen, werfen ebenfalls die Frage auf, wie die betreffenden Risiken zu verteilen sind. Wie diese Behinderungen einzuordnen und angemessen zu behandeln sind, stellt eine wichtige Frage für jede Rechtsordnung dar, die beantwortet werden muss.

II. Gegenstand der Untersuchung und Ziel der Arbeit

1. Leistungsstörungen als Ausgangspunkt

Die oben geschilderten Phänomene werden üblicherweise unter dem Ausdruck „Leistungsstörungen“ zusammengefasst. Dieses Konzept hat eine eigene Erklärungskraft und auch Lebenskraft, und bildet daher den Ausgangspunkt für die vorliegende Untersuchung. In Deutschland geht die Verbreitung dieses Ausdrucks - obwohl dieser im BGB nicht bekannt ist

¹ Der hier verwendete Ausdruck „Störungen“ geht zurück auf *Heck*, SchuldR, 1929, § 25 (S. 72 ff.).

² Vgl. auch HKK-BGB/*Schermaier*, 2007, Vor § 275 Rn. 9.

³ Hier: Gläubiger der gestörten Leistung.

⁴ So *Emmerich*, LeistungsstörungenR, 62005, § 1 Rn. 1.

⁵ *Larenz*, SchuldR AT, 141987, § 2 I (S. 10).

⁶ Für eine Bewertung der verschiedenen Interessen der Vertragsgläubigers, vgl. *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 43 ff.

- zumindest auf *Heinrich Stoll*⁷ zurück.⁸ Ihm zufolge handelt es sich dabei um Hemmungen und Hindernisse, die bei der Verwirklichung des Zieles des Schuldverhältnisses entstehen.⁹ Seitdem hat sich der Begriff mit der gesetzlichen Ausgestaltung gewandelt und wurde auch mit unterschiedlichen Bedeutungen belegt.¹⁰ Im weitesten Sinne bezieht er sich also auf alle Störungen oder Unregelmäßigkeiten bei der Erfüllung vereinbarter und gesetzlicher Verpflichtungen, die sich - wie oben schon ausgeführt - nicht in der Nichterfüllung durch den Schuldner erschöpfen.¹¹ Auf diese Weise kann man ihn als „kleinster gemeinsamer Nenner“ der verschiedenen Störungsphänomene verwenden.¹² Nach der Schuldrechtsreform 2002 wird die systematische Funktion dieses Konzepts¹³ *teilweise* durch den Begriff der Pflichtverletzung ersetzt.¹⁴ Die Geschichte dieses Begriffs spiegelt zugleich die Auseinandersetzung um die dogmatische Struktur des Leistungsstörungenrechts wider.¹⁵

Neben seiner Gebräuchlichkeit in deutscher Literatur hat dieser Begriff ferner seine große Einfluss in Asien gewonnen, wie z.B. in Japan,¹⁶ in Korea,¹⁷ und auch in China¹⁸.¹⁹ In China äußert sich diese Thematik in verschiedenen Hinsichten: Einerseits gibt es in China weder ein spezielles Gesetz für das Leistungsstörungenrecht noch einen gesetzlichen Begriff „Leistungsstörungen“ wie in Deutschland; andererseits besteht in der Literatur aber stets die Tendenz, die verschiedenen Störungsphänomene, die die normale Vertragserfüllung behindern, unter diesem Begriff zusammenzufassen.²⁰ Daher eignet sich dieses Konzept auch als Instrument für die *Systematisierung* des chinesischen Leistungsstörungenrechts.

2. Beschränkung auf vertragliche Leistungsstörungen

Zwar treten Leistungsstörungen oder Störungen des *Schuldverhältnisses* nicht nur bei Vertragsschuldverhältnissen, sondern auch bei gesetzlichen Schuldverhältnissen²¹ auf, doch beschränkt sich die vorliegende Untersuchung nur auf die *vertragsbezogenen* Störungen. Dies

⁷ *Stoll*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936.

⁸ Zuvor hatte *Heck* bereits den Begriff „Leistungshindernis“ bzw. „Störungen“ verwendet, s. *Heck*, SchuldR, 1929, S. 72 ; der Begriff „Leistungsstörungen“ als allgemeiner rechtswissenschaftlicher Begriff soll aber vermutlich von diesem Ausdruck inspiriert worden sein, s. dazu *Huber*, Leistungsstörungen I, 1999, § 1 I 1 (S. 3).

⁹ *Stoll*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, S. 13.

¹⁰ Vgl. näher *Huber*, Leistungsstörungen I, 1999, § 1 I 1 (S. 3 f.).

¹¹ Vgl. dazu *Emmerich*, LeistungsstörungenR, ⁶2005, § 1 Rn. 1 ; s. aber *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 183 f.: Nichterfüllung als der Leistungsstörung synonymen Oberbegriff.

¹² *Schwarze*, LeistungsstörungenR, ³2021, § 1 Rn. 1 ; vgl. auch *Looschelders*, SchuldR AT, ²⁰2022, § 20 Rn. 1.

¹³ Vgl. zur Systematisierungsfunktion dieses Begriffs auch *Schwarze*, LeistungsstörungenR, ³2021, § 1 Rn. 3.

¹⁴ Hierzu näher unten A I 1 (S. 13 ff.).

¹⁵ So HKK-BGB/*Schermaier*, 2007, Vor § 275 Rn. 3: zum Begriff des „Leistungsstörungenrechts“.

¹⁶ Vgl. Allgemein zur Rechtsrezeption des deutschen Rechts in Japan *Oka*, FS Schlechtriem, 2003, S. 141 ff.

¹⁷ *Seong*, ZJapanR 2011, 199 ff.

¹⁸ Mit China ist in dieser Arbeit ausschließlich das Festland der Volksrepublik China gemeint.

¹⁹ *Han*, *Shiyuan*, Pri. L. Rev. 2002, 182 ff. ; *ders.*, Studie zum LeistungsstörungenR, 2006, S. 1 ff. ; *ders.*, Das System des LeistungsstörungenR, 2006; aus der Rechtsprechung siehe unten S. 170 Fn. 128.

²⁰ Vgl. etwa *Han*, *Shiyuan*, Pri. L. Rev. 2002, 182, 183; *ders.*, Das System des LeistungsstörungenR, 2006, S. 1; *Wang*, *Hongliang*, Chin. Legal Sci. 2007, 85 ; *ders.*, U. NN J. 2020, 36 ; *Zhu*, *Xiaozhe*, Peking U. L. J. 2015, 1125.

²¹ Zum Begriff des gesetzlichen Schuldverhältnisses *Jansen*, AcP 216 (2016), 112, 117 ff.

hat nicht nur formale Gründe, wie z.B. dass der ZGB-Gesetzgeber - zumindest im Sinne eines äußeren Systems - keine „Regeln des Allgemeinen Schuldrechts“²² vorgesehen hat,²³ sondern mit der Natur des Vertrages selbst zu tun,²⁴ denn als Produkt der Vertragsautonomie haben die Parteien ihre Versprechen zuerst abzugeben, an die sie auch im Falle einer späteren Änderung der Interessenlage gebunden sind.²⁵ Daher ist sowohl die Festlegung des Vertragshindernisses als auch die sich daraus ergebenden Sanktionen stets *vertraglicher* Natur,²⁶ und genau diese Eigenschaft prägt zugleich weitgehend die Ausgestaltung des Leistungsstörungenrechts.²⁷

Auch das Verschulden bei Vertragsverhandlungen ist häufig in die Kategorie der Leistungsstörungen einzuordnen.²⁸ Insbesondere lässt sich dieses nach der deutschen Schuldrechtsreform als Verletzung derer in § 241 Abs. 2 BGB verankerten Nebenpflicht unter die Schadenshaftung des § 280 Abs. 1 BGB subsumieren.²⁹ Allerdings unterscheidet es sich, wie der Ausdruck „Schuldverhältnisse ohne primäre Leistungspflicht“³⁰ schon andeutet, dass es von Anfang an kein ursprüngliches Pflichtprogramm enthält. Als ein „aliud“, ein „Gegenstand eigener Art“³¹ wird seine Behandlung daher im Folgenden nicht weiter thematisiert.³²

²² Vgl. zu dieser Problematik *Windel*, in: *OMG - German Legal Dogmatics!*, 2020, S. 129 ff.

²³ Obwohl während der Kodifizierung des ZGB in der chinesischen Literatur vielfach dafür plädiert wurde, dass das chinesische Zivilgesetzbuch ein eigenes Allgemeines Schuldrecht schaffen sollte, wurde dieser Vorschlag aber nicht vom Gesetzgeber übernommen. Dies beruhte vor allem auf der pragmatischen Überlegung, dass sich mit der Anwendung des VG in der chinesischen Rechtspraxis bereits ein eigenständiges Vertragsrechtssystem entwickelt hatte, dessen weitere Einbeziehung in das abstrakte System des Schuldrechts die Gesetzgebung zu sehr belasten würde. Andererseits kann die Stellung des Allgemeinen Schuldrechts weitgehend durch die Allgemeinen Grundsätze des Vertragsbuches ersetzt werden. Art. 468 ZGB ist ein typisches Beispiel für diesen Gedanken, der besagt: „Auf Beziehungen von *Forderungen* und *Verbindlichkeiten*, die nicht durch Verträge entstanden sind, werden die betreffenden Bestimmungen in Gesetzen zu diesen Beziehungen von *Forderungen* und *Verbindlichkeiten* angewandt; gibt es keine Bestimmungen, werden die betreffenden Bestimmungen der *Allgemeinen Grundsätze dieses Buches* angewandt, es sei denn, dass diese aufgrund ihrer Natur nicht angewandt werden können.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, *ZChinR* 2020, 207, 283. So ist zwar die oben erwähnte Diskussion über die „Verschaffung eines Allgemeinen Schuldrechts“ mit der Verabschiedung des ZGB beendet, die weitere Erläuterung seiner Funktion, des etwaigen „Obligationsrecht“ im sogenannten „inneren System“, bleibt jedoch noch der Wissenschaft überlassen. M.E. kann dieses „*versteckte*“ System des Allgemeinen Schuldrechts im ZGB mit Hilfe des einheitlichen Forderungsbegriffs des Art. 118 ZGB (unabhängig von der oben erwähnten Verweisungsvorschrift) stets aufgedeckt und dann als Grundlage für die Dogmatik herangezogen werden. Hierzu auch unten C I 2 a) (S. 157 f.).

²⁴ Vgl. zur Stellung des Vertragsrechts im System des BGB *Kötz*, *VertragsR*, 2012, Rn. 1 ff.

²⁵ *Lorenz*, FS Wolfsteiner, 2008, 121; *ders.*, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, 1997, S. 28 ff.

²⁶ Zur vertraglichen Natur von Schadensersatz wegen Vertragsverletzung *Unberath*, *Die Vertragsverletzung*, 2007, S. 187 ff., 286.

²⁷ Vgl. näher *Huber*, *Leistungsstörungen I*, 1999, § 2 I (S. 25 ff.).

²⁸ Vgl. z. B. *Emmerich*, *LeistungsstörungenR*, 2005, § 1 Rn. 1.

²⁹ Ganz h.M., vgl. nur *Lorenz*, *Karlsruher Forum* 2005, 2006, S. 5, 58.

³⁰ *Canaris*, *SchuldRReform*, 2001, S. 43, 59 m. Fn. 58.

³¹ *Huber*, *Leistungsstörungen I*, 1999, § 1 I (S. 3 f.).

³² Im chinesischen Recht gibt es auch einer dem § 311 Abs. 2 BGB vergleichbare Bestimmung, nämlich Art. 500 ZGB, der besagt: „Wenn im Verlauf zum Abschluss eines Vertrags bei einer Partei einer der folgenden Umstände vorliegt, [sodass] bei der anderen Partei ein Schaden verursacht wird, haftet sie auf Schadensersatz: 1. wenn der Abschluss eines Vertrags als Vorwand genutzt wird, um böswillig zu verhandeln; 2. wenn auf den Vertragsabschluss bezogene wichtige Tatsachen vorsätzlich verheimlicht oder zu Umständen falsche Angaben gemacht werden; 3. wenn andere den Grundsatz von Treu und Glauben verletzende Handlungen vorliegen.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, *ZChinR* 2020, 207, 288.

3. *Beschränkung auf gesetzliche Rechtsbehelfe*

Was die Rechtsbehelfe wegen Leistungsstörung betrifft, so können sie nicht nur auf gesetzlicher, sondern auch auf vertraglicher Grundlage entstehen, wobei letztere aufgrund des Grundsatzes der Vertragsautonomie (genauer: Privatautonomie) im Prinzip Vorrang vor ersteren haben.³³ So sind die vertragsrechtlichen Vorschriften und insbesondere das Recht zur Behandlung der Leistungsstörungen grundsätzlich *dispositiv*, d. h. sie können von den Parteien abweichend gestaltet werden.³⁴ Die folgende Untersuchung hat aber nichts mit diesen von den Parteien vereinbarten Abhilfemaßnahmen zu tun, sondern nur mit den Rechtsfolgen, die sich aus den verschiedenen Leistungshindernissen auf *normativer* Ebene ergeben, also mit den gesetzlichen Mechanismen.³⁵

Dies liegt auch daran, dass das vom Gesetzgeber geschaffene *Recht* der Leistungsstörungen in der Regel auf die ordnungsgemäße Risikoverteilung bei der Vertragsdurchführung abzielt³⁶ und daher eine sog. „Leitbildfunktion“ in Bezug auf die Vereinbarung der Parteien hat.³⁷ Insbesondere die Schaffung des gesetzlichen Rahmens ermöglicht es den Parteien, bei der Gestaltung des Vertragsinhalts nicht *im Voraus* alle verschiedenen Leistungshindernisse zu berücksichtigen, weil das gesetzliche Leistungsstörungsrechts bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien immer zur Anwendung kommen kann. Aus diesem Grund wird das Rechtsinstitut von Vertragsverletzungsgeld³⁸ im Folgenden nicht berücksichtigt.

4. *Die Systematisierung des chinesischen Leistungsstörungsrechts und die diesbezügliche Rolle des deutschen Rechts*

Ausgehend von den oben angeführten eingeschränkten Forschungsthemen verfolgt die folgende Arbeit *primär* das Ziel, die Bestimmungen des ZGB über Leistungshindernisse zu systematisieren. In dieser Hinsicht werden die Regelungen des BGB vor allem als ein *vergleichendes Projekt*³⁹ ausgestaltet.⁴⁰ Diese Zweckorientierung hat also den Gegenstand

³³ Vgl. z. B. Art. 582 S. 1 ZGB, der besagt: „Entspricht die Erfüllung nicht den Vereinbarungen, wird nach den *Vereinbarungen* der Parteien für die Vertragsverletzung gehaftet.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 304 Zur Schadensberechnungsmethode, vgl. Art. 585 Abs. 1 Alt. 2 ZGB in S. 204 Fn. 190.

³⁴ Zur Abdingbarkeit des Grundsatzes der Naturalerfüllung, vgl. *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 214.

³⁵ Und nur insoweit kann man vom „Leistungsstörungsrecht“ sprechen.

³⁶ Sog. das Prinzip des fairen Ausgleichs, vgl. näher *Huber*, Leistungsstörungen I, 1999, § 2 II (S. 29 ff.); zur Risikoverteilungsfunktion des Leistungsstörungsrechts, vgl. auch *Wang, Hongliang*, Chin. Legal Sci. 2007, 85.

³⁷ Vgl. zum Einfluss der Leitbildfunktion des allgemeinen Leistungsstörungsrechts auf die AGB-Klauseln *Canaris*, FS Ulmer, 2003, S. 1073 ff.

³⁸ Das Vertragsverletzungsgeld im chinesischem Recht ist als *Hybrid* des pauschalen Schadensersatzes und der Vertragsstrafe nach deutschem Recht konzipiert, s. dazu *Han, Shiyuan/Pißler*, in: Gebauer/Huber (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung durch Vertragsstrafe und Aufrechnung, 2018, S. 67, 76 ff.

³⁹ Vgl. zu den BGB-Regelungen als Vergleichsobjekt auch *Bach*, Leistungshindernisse, 2017, S. 8.

⁴⁰ Es ist daher nicht die Absicht der vorliegenden Untersuchung, das System des deutschen Leistungsstörungsrechts *weiter* zu vertiefen und insbesondere innovative Ideen vorzubringen - im Gegenteil: Wie der Titel dieser Untersuchung schon andeutet, ist dies nicht deren Hauptanliegen, sondern vielmehr das

dieser Studie von vornherein und durchgängig begrenzt, d. h. das deutsche Recht wird nur insofern behandelt, als es mit dem chinesischen Recht *vergleichbar* ist.⁴¹ Andererseits wird die in der chinesischen Literatur verbreitete Vielzahl von Theorien, die ihre Wurzeln vor allem in dem deutschen Recht aufzeigen,⁴² nur am Rande erwähnt, da sie entweder eine bloße Wiederholung der deutschen Dogmatik⁴³ darstellen oder es an einer chinesischen positivrechtlichen Fundierung fehlt,⁴⁴ wobei sie nur *deskriptiven* Charakter haben und nicht als Basis für den Vergleich zwischen chinesischem und deutschem Recht sowie den Aufbau des chinesischen Leistungsstörungenrechts genügen.

III. Methode

1. Theorienrezeption und Einheimisierung

Die Bedeutung der Rezeption wurde bereits hundert Jahre zuvor von *Jhering* in seiner großen Arbeit „Geist des römischen Rechts“ hervorgehoben, als er schrieb:⁴⁵ „Die Frage von der *Rezeption* fremder Rechtseinrichtungen ist nicht eine Frage der *Nationalität*, sondern eine einfache Frage der *Zweckmäßigkeit*, des *Bedürfnisses*. Niemand wird von der Ferne holen, was er daheim ebenso gut oder besser hat, aber nur ein *Narr* wird die Chinarinde aus dem

deutsche Recht als ein *Vergleichungsmuster* zu nehmen und als *Erkenntnisquelle* für den Aufbau des chinesischen Leistungsstörungenrechts zu bedienen. Diese Quelle drückt sich nicht nur im Vorgang des Rechtsvergleiches aus, bei dem Thesen, die *zuerst* auf den Kontext des deutschen Rechts beruhen, in die Perspektive des chinesischen Rechts gestellt werden, um herauszufinden, ob gleiche oder ähnliche Lösungen getroffen werden können, also lösungsorientiert, s. auch Fn. 41; zugleich bildet das deutsche Recht den Hauptbezugsgegenstand der chinesischen Rechtsentwicklung und -anwendung, der ebenfalls aufgedeckt werden muss.

⁴¹ Vgl. zum funktionalen Ansatz als Grundprinzip der Rechtsvergleichung *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, ³1996, § 3 II (S. 33 ff.).

⁴² Also als Produkt der sog. Theorienrezeption, s. dazu sogleich im Text.

⁴³ Daran lässt sich auch die Stärke und Tiefe des deutschen Einflusses erkennen.

⁴⁴ Als eine Rechtsordnung, die sich erst durch Rechts- und Theorienrezeption entwickelt hat, ist sowohl die Erforschung und also auch die Anwendung des chinesischen Rechts durch die sog. „Theorie zuerst, dann Gesetz“ gekennzeichnet. Dies zeigt sich besonders deutlich in der Begründung von Entscheidungen, wo die Richter in der früheren gerichtlichen Praxis des Vertragsrechts ihre Argumente *eher* auf die Lehre (vgl. z.B. die Entscheidung in S. 151 Fn. 262) stützten und weniger auf *Gesetzesartikel* verwiesen (vgl. z.B. die Entscheidung in S. 170 Fn. 128); selbst wenn sie dies taten, bezogen sie sich *selten* auf den richtigen Ort, sondern eher auf die Bestimmungen, die die Grundprinzipien des Zivilrechts enthielten. So können die Bestimmungen des Kap. 1 des ZGB als *Reaktion* auf dieses Bedürfnis angesehen werden. Als Nebenprodukt der theoretischen Entwicklung, die der Gesetzgebung vorausgeht, und als Beleg für die *Trägheit* des chinesischen Rechtsforschungsparadigmas ist dies nicht nur von *negativer* Bedeutung, sondern ermöglichte es, weiße Flecken in der Gesetzgebung rasch zu erkennen. Der Vorrang der theoretischen Perspektive diente *primär* dazu, die Unzulänglichkeiten des geltenden Rechts zu beseitigen, sei es in Zeiten der Knappheit oder des Überflusses der von Gesetzgebungen, indem sie das geltende Recht *stets* kritisch hinterfragt. Die kritische Sichtweise kann aber z.T. auch als *Fortsetzung* der Kontroverse über die Lehre betrachtet werden, insbesondere dann, wenn die Theorie, die sich in der Gesetzgebung niederschlägt, nicht auf einem fairen Wettbewerb zwischen konkurrierenden Lehren beruht, sondern letztlich aus außertheoretischen Gründen in den Gesetzgebungsprozess einbezogen wurde. Zumindest nach dem Inkrafttreten des ZGB ist der Ansatz, theoretische Perspektiven in den Mittelpunkt der Rechtsforschung und -anwendung zu stellen, abzulehnen.

⁴⁵ *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, ⁵1891, S. 8 f.

Grunde zurückweisen, weil sie nicht auf seinem Krautacker gewachsen ist.“⁴⁶ Insbesondere ist für den Vergleich des chinesischen und deutschen Privatrechts die Perspektive der *Rechtsrezeption*⁴⁷ von besonderer Bedeutung, da sich das chinesische Zivilrecht vor allem aufgrund der Rezeption ausländischen Rechts entwickelt hat,⁴⁸ bei der das deutsche Recht eine wichtige Rolle spielte.⁴⁹ Aus diesem Grund ist bei der Untersuchung des chinesischen Rechts also die Rezeptionsgeschichte,⁵⁰ die hinter den einschlägigen Bestimmungen steht, aufzuklären.⁵¹

Auf dem Gebiet des Vertragsrechts genügt es jedoch noch nicht,⁵² allein die Rechtsrezeption zu betonen, denn das VG als Vorgänger des Vertragsbuches des ZGB folgt *nicht* unmittelbar dem BGB 1900. Im Gegenteil: Der Einfluss des deutschen Rechts auf das chinesische Recht spiegelt sich hier eher im Verständnis der Kontexte zum Vertragsrecht wider, wo das Phänomen der sog. „Theorienrezeption“⁵³ im Vordergrund steht. Dies zeigt sich nicht nur in der *schwachen*⁵⁴ Form der sog. *Schuleinflüsse* der Rechtsvergleichung,⁵⁵ sondern auch in der starken Form, dass die für das deutsche Recht entwickelte Lehre schließlich vom chinesischen *Recht* übernommen wird.⁵⁶

⁴⁶ Diese Aussage wird auch in der chinesischen Literatur *vielfach* zitiert. vgl. zuletzt *Han, Shiyuan*, Peking U. L. J. 2020, 104, 116: „Der chinesische Gesetzgeber sollten nicht den von *Jhering* angesprochenen *Narren* sein.“

⁴⁷ Vgl. zum Begriff *Kramer*, JZ 2017, 1 ff.

⁴⁸ So *Liang, Huixing*, NDCJV 2003, 68: „Die Rezeption ausländischen Zivilrechts in China begann Anfang des 20. Jahrhunderts in der Endphase der Qing-Dynastie und dauert bis heute schon mehr als hundert Jahre an. Durch die Aufnahme ausländischen Rechts wurde in China *ein völlig neues Zivilrechtssystem* und *eine neue Zivilrechtswissenschaft* begründet, wodurch das chinesische Rechtssystem gleichsam auf *ein internationales Gleis* gesetzt wurde.“

⁴⁹ Vgl. allgemein zur Rezeption des deutschen Zivilrechts in China *Shao*, ZChinR 1999, 80 ff.; *Mi, Jian*, ZChinR 2007, 132 ff.

⁵⁰ Insbesondere das Fehlen einer *Zivilrechtstradition* in China erschwert den Rückgriff auf historische Wissensquellen; vgl. dazu auch *Shen, Weixing*, FS Horn, 2006, S. 125, 131, der darauf hinweist, dass China aus diesem Grund im Bereich des Vertragsrechts keinen *Bruch* mit seinen eigenen Traditionen bei der Übernahme ausländischen Rechts befürchten muss.

⁵¹ Das rezipierte Recht stellt der *Bezugsgegenstand* der chinesischen Gesetzgebung dar, und spiegelt zugleich die betreffenden gesetzgeberischen Entscheidungen des Gesetzgebers wider. Methodologisch gesehen lässt sich dies m.E. also - im Hinblick auf die Anwendung des chinesischen Rechts - als historische Auslegung einordnen, d. h. als relevantes Material für die Ermittlung des Willens des Gesetzgebers.

⁵² Zumindest (oder nicht nur) im Rahmen eines deutsch-chinesischen Rechtsvergleichs.

⁵³ So *Kitagawa*, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan, 1970, S. 189: Die „rezipierte ausländische Theorien“ wird durch die theoretische Rezeption lediglich als „konstruierte“ Theorie in das inländische Rechtssystem eingebettet und zugleich von den „Schuleinflüssen in der Rechtsvergleichung“ abgegrenzt, also die eingeführte Theorie muss „zuerst um die *Anerkennung* als Theorie kämpfen, als die sie dann zur Rechtsgestaltung des inländischen Rechts beitragen kann“. Dies wird also als die „Entdeckung“ des Phänomens der Theorienrezeption als ein eigenständiges juristisches Problem bezeichnet, s. dazu *Canaris*, FS Kitagawa, 1992, 59.

⁵⁴ So *Canaris*, FS Kitagawa, 1992, S. 59, 59 f.

⁵⁵ Dieser Einfluss spiegelt sich beispielsweise in der Verwendung der Begriffe wie „wirtschaftliche Unmöglichkeit“ (hierzu unten S. 149 Fn. 245), „personale Unmöglichkeit“ (S. 171 Fn. 136), „Mangelfolgeschäden“ (S. 185 Fn. 47) und „Pflichtgrenze“ (S. 193 Fn. 108) in der chinesischen Literatur wider.

⁵⁶ Vgl. z.B. die Einführung der „Zumutbarkeit der Verwertung“ (hierzu unten S. 221 Fn. 94) als Tatbestandsmerkmal für die Vertragsaufhebung wegen mangelhafter Leistung, die Einführung des „Interessefortfalls“ (S. 222 Fn. 95) als Kriterium für die vollständige Vertragsaufhebung bei teilweiser Leistung.

Bei der Rezeption der fremden Rechtsordnung kommt es noch zwangsläufig zu Kollisionen mit der einheimischen Rechtsordnung oder rechtskulturellen Vorstellungen.⁵⁷ So kann die Übernahme fremden Rechts nur dann als erfolgreich angesehen werden, wenn es *verinnerlicht* und damit aber auch abgeändert wird.⁵⁸ Daher ist neben der Perspektive der theoretischen Rezeption auch der Prozess der *Einheimisierung* in die Ausgestaltung des chinesischen Zivilrechts eingebettet.⁵⁹ Sie ist zum Teil das Ergebnis einer Transformation der rezipierten *Gesetze* oder Lehre und zum Teil die eigene Lösung des chinesischen Rechts. In anderen Worten: Die Theorienrezeption und die Einheimisierung bilden die Hauptlinie oder -dimension bei der Schaffung des chinesischen ZGB.

2. *Das BGB von 1900 als gemeinsames Vergleichsprojekt*

Wie oben bereits erwähnt, erfolgt der Einfluss des deutschen Rechts auf das chinesische Vertragsrecht vor allem⁶⁰ durch Theorienrezeption. Wenn man die rezipierten Theorien näher betrachtet, zeigt sich, dass lediglich⁶¹ die aus dem BGB 1900 entwickelte Theorien in das chinesische Recht übernommen worden ist.⁶² Andererseits war die deutsche Schuldrechtsreform 2002, insbesondere die Novellierung des Kaufrechts und des Leistungsstörungenrechts, ein umfassender *Systemwechsel*,⁶³ den deutschen Gesetzgeber mit der Umsetzung der EU-Richtlinie⁶⁴ zum Anlass nahm,⁶⁵ spiegelte sie in vielerlei Hinsicht auch die Traditionen des alten deutschen Schuldrechts wider. Aus diesem Grund werden die Regelungen des BGB 1900 teilweise in diesen Vergleich einbezogen.⁶⁶

3. *Gesetzesänderungen und dogmatische Anpassung, insbesondere die Funktionen der Rechtsdogmatik*

Bei der Kodifizierung handelt es sich um den Prozess der Beseitigung zahlreicher Kontroversen durch Formalisierung und gesetzgeberische Entscheidungen mit dem Ziel, ein

⁵⁷ Zur Betonung des hinter der Rezeption stehenden *rechtskulturellen* Prozesses, vgl. *Schermaier*, in: Schermaier/Gephardt (Hrsg.), *Rezeption und Rechtskulturwandel*, 2016, S. 9, 23 f.

⁵⁸ *Heiss*, in: ders. (Hrsg.), *Zivilrechtsreform im Baltikum*, 2006, S. 137, S. 138 f.

⁵⁹ Zur Kombination von vermischender Rezeption- und Lokalisierungsmerkmale des VG, vgl. auch *Wang, Hongliang*, *Sci. L.* 2007, 134.

⁶⁰ Beispiele für Rechtsrezeption, wie Gläubigerverzug nach Art. 589 ZGB.

⁶¹ Oder zumindest hauptsächlich.

⁶² Dies liegt vor allem daran, dass das VG als Vorgänger des Vertragsbuches des ZGB zu einer Zeit formuliert wurde, als die einschlägigen deutschen Schuldrechtsreformvorschläge noch nicht in das Gesetzgebungsverfahren eingeflossen waren und daher vom chinesischen Gesetzgeber nur begrenzte Aufmerksamkeit erhielten.

⁶³ S. aber *Medicus*, *Neues SchuldR*, 2003, 61; *Lorenz*, *Neues Leistungsstörungen- und Kaufrecht*, 2004, S. 9: „Die materiellen Änderungen sind jedenfalls an einer Hand aufzuzählen“.

⁶⁴ Hier: Richtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999 („Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie“).

⁶⁵ Sog. „große Lösung“, s. dazu *Lorenz/Riehm*, *Neues SchuldR*, 2002, Rn. 2.

⁶⁶ So *Huber*, *Leistungsstörungen I*, 1999, S. XI: „Die Darstellung greift in stärkerem Maß, als sonst üblich, auf den Rechtszustand vor Inkrafttreten des BGB, und hier namentlich auf den Rechtszustand nach gemeinem Recht zurück. Dies ist *nicht* aus antiquarisch-historischem Interesse geschehen, sondern aus der Überzeugung, dass zum Verständnis des geltenden Rechts, soweit es durch Gesetzesinterpretation zu ermitteln ist, neben der logischen, der grammatischen und der systematischen Auslegung und neben der Kontrolle der Auslegung durch die *ratio legis* auch das *historische* Element der Auslegung unerlässlich ist.“

möglichst systematisches und klares Gesetzbuch zu schaffen, das die Rechtsanwendung erleichtert, um die Stabilität und Vorhersehbarkeit des Rechts zu verbessern. Das Ergebnis der Kodifizierung ist aber nur die ursprüngliche Gestaltung des externen Systems des Zivilrechts, und seine Bedeutung beschränkt sich daher auch nur - aber nicht notwendigerweise - auf *die klare und übersichtliche Darstellung und Gliederung des Stoffes* und die Logik seiner Anordnung.⁶⁷ Die innere Stabilität des Rechts und die Rationalisierung des sog. inneren Systems des Rechts müssen noch durch die Dogmatik erreicht werden.⁶⁸ Unter Rechtsdogmatik versteht man also die *Erläuterung*⁶⁹ der entscheidenden Begründungen und *Lösungsmuster* des geltenden Rechts.⁷⁰ Die deutsche Dogmatik kennzeichnet sich auch durch ihren Grad der *Verdichtung*,⁷¹ die zwischen den Grundprinzipien und -regeln und den Einzelfällen eine konstruktive *Zwischenschicht* entwickelt,⁷² die es dem Blick ermöglicht, sich hin und her zu bewegen.⁷³ Andererseits muss bei Gesetzesänderungen die Rechtsdogmatik entsprechend angepasst werden.⁷⁴ Besonders deutlich wird dies vor und nach der deutschen Schuldrechtsreform.⁷⁵

IV. Gang der Darstellung

Der erste Teil der Untersuchung befasst sich mit dem System des deutschen Leistungsstörungenrechts. Am Anfang werden die verschiedenen Formen des Leistungshindernisses behandelt, nämlich die Pflichtverletzung durch den Schuldner, die Obliegenheitsverletzung seitens des Gläubigers, beiderseitige Verletzungen und die Störung auf der Ebene des Vertrages. Der anschließende Abschnitt betrifft die Wirkungsweise und die Grenzen des primären Erfüllungsanspruches infolge einer Störung des Schuldverhältnisses und sein Verhältnis zu anderen sich daraus ergebenden sekundären Rechtsbehelfen. Es folgt eine Erörterung des Schadensersatzes wegen Vertragsverletzung und des Rücktritts in Bezug auf ihre jeweiligen Voraussetzungen und Rechtsfolgen, insbesondere mit Hinblick auf die Arten der Leistungsstörungen.

Der zweite Teil der Arbeit widmet sich der Systematik des Leistungsstörungenrechts im chinesischen ZGB. Auch hier werden die Formen und Rechtsfolgen der Störungen gesondert:

⁶⁷ *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, ²1983, S. 19.

⁶⁸ Vgl. zu Funktionen der Dogmatik *Lobinger*, AcP 216 (2016), 28, 36 ff., 63 ff.

⁶⁹ In dieser Hinsicht ist die sog. juristische Erläuterung, die in der chinesischen Gerichtspraxis oft *missbräuchlicherweise* vorgenommen wird, m.E. auch eine Form der Arbeitsweise der *Rechtsdogmatik*, hierzu näher unten A I 1 (S. 113 f.).

⁷⁰ Die Rechtsdogmatik bedingt also die Auslegung der entscheidenden Gründe und Lösungsmöglichkeiten des geltenden Rechts, s. dazu *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, ¹²2022, Rn. 311.

⁷¹ So *Windel*, in: *OMG - German Legal Dogmatics!*, 2020, S. 11, 15.

⁷² *Stürner*, ZJP 2014, 271, 276.

⁷³ Das Leistungsstörungenrecht verkörpert genau diesen Entwicklungsstand.

⁷⁴ Zum Verhältnis zwischen Interpretation und Dogmatik in Bezug auf das reformierte Recht, vgl. *Canaris*, JZ 2003, 831, 835 f.

⁷⁵ Vgl. z. B. Änderung des Begriffs der Pflichtverletzung des § 280 Abs. 1 BGB (unten A I 1 (S. 13)), materiellrechtliche Auswirkungen der Unmöglichkeit nach § 275 BGB (unten A I 2 c) (S. 17 f.), die Gestaltung des § 311a Abs. 2 BGB (unten C II 3 c) (S. 77 f.).

Neben der Vertragsverletzung werden auch die Weiter-Erfüllung, der Schadensersatz und die Vertragsaufhebung der Reihe nach thematisiert. Jeder Abschnitt wird im Vergleich zum vorherigen Abschnitt über das deutsche Recht analysiert. Die Ergebnisse dieser vergleichenden Untersuchungen werden im dritten Teil der vorliegenden Untersuchung zusammengefasst.

Erster Teil Das System des deutschen Leistungsstörungenrechts

A. Die Integration und Auflösung verschiedener Formen von Leistungsstörungen

I. Die Pflichtverletzung als zentraler Begriff

1. Der Begriff der Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB

Im deutschen Recht hat der Gesetzgeber mit der Schuldrechtsreform 2002 den Begriff der „Pflichtverletzung“ in § 280 Abs. 1 S. 1 BGB als einheitlichen Schadensersatztatbestand eingeführt,¹ um alle Formen von Leistungsstörungen zu erfassen.² Mit dieser Terminologie sollte vor allem die von *Staub* „entdeckte“ und von dem Richterrecht entwickelte Rechtsfigur der positiven Vertragsverletzung³ in das allgemeine Leistungsstörungenrecht integriert werden.⁴ Der Begriff der „Nichterfüllung“, der zuvor vom Gutachter vorgeschlagen worden war,⁵ wurde - zumindest nach Ansicht des Gesetzgebers - als terminologischer und nicht als sachlicher Unterschied zum Begriff der Pflichtverletzung abgelehnt.⁶ So hat der Begriff der „Pflichtverletzung“ gegenüber dem traditionellen Verständnis vor der Schuldrechtsreform⁷ einen Bedeutungswandel erfahren und kann im Sinne der objektiven Nichterfüllung verstanden werden.⁸ Mit anderen Worten: Es ist kein Fehlverhalten des Schuldners erforderlich.⁹ Eine Pflichtverletzung liegt daher in jeder Abweichung von dem vertraglich oder gesetzlich Geschuldeten vor, also in dem „Zurückbleiben hinter dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses“.¹⁰

a) Die Unterscheidung zwischen Pflichtverletzung und Vertretenmüssen als Anhaltspunkt

Für diese rein objektive Sichtweise spricht zunächst, dass § 280 Abs. 1 BGB eine strenge Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung und Vertretenmüssen vornimmt¹¹ und diese mit unterschiedlichen Beweislasten belegt: Die Pflichtverletzung als anspruchsbegründender

¹ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 92.

² Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 133.

³ Vgl. zum Schicksal der positiven Forderungsverletzung nach dem Schuldrechtsreform *Canaris* (Hrsg.), Schuldrechtsreform 2002, 2002, S. XVI.

⁴ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 92 ; *Bundesminister der Justiz* (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 128 f. ; *HKK-BGB/Schermaier*, 2007, §§ 280-285 Rn. 1.

⁵ *Huber*, in: *Bundesminister der Justiz* (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, Bd. 1, S. 647, 699.

⁶ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 92 sowie bereits *Bundesminister der Justiz* (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 30.

⁷ Vgl. zuletzt *Schur*, *Leistung und Sorgfalt*, 2001, S. 54 ff.

⁸ So *Riehm*, *FS Canaris*, 2007, Bd. 1, S. 1079, 1092 ; zur dogmatische Kontroverse zwischen den Begriffen Pflichtverletzung und Nichterfüllung, vgl. *HKK-BGB/Schermaier*, 2007, §§ 280-285 Rn. 1 ff.

⁹ *Emmerich*, *LeistungsstörungenR*, 2005, § 20 Rn. 11 ; *Unberath*, *Die Vertragsverletzung*, 2007, S. 324 ; a.A. *Schermaier*, *GS Mayer-Maly*, 2011, S. 409, 410.

¹⁰ *BeckOGK BGB/Riehm*, 1.7.2022, § 280 Rn. 98 m.w.N.

¹¹ Vgl. zur beweislasterrechtlichen Grundlage dieser Abgrenzung *Riehm*, *FS Canaris*, 2007, Bd. 1, S. 1079, 1084 ff.

Tatbestand hat der Gläubiger zu beweisen, wohingegen dem Schuldner obliegt, seine Haftungsbefreiung zu beweisen.¹² Die „objektive“ Pflichtverletzung einerseits und die „subjektive“ Zurechenbarkeit andererseits sind daher *strikt* zu unterscheiden und kennzeichnen die beiden Grundelemente der Haftung, nämlich den Haftungsgrund und das Zurechnungsprinzip.¹³

b) Folgerungen für verhaltens- und erfolgsbezogene Leistungspflichten

Die oben beschriebene Beweislastverteilung ist bei erfolgsbezogenen Leistungspflichten unproblematisch, weil das Ausbleiben des Leistungserfolges schon eine Pflichtverletzung darstellt, die sich in einem rein objektiven Leistungsdefizit erschöpfen kann.¹⁴ Bei verhaltensbezogenen Leistungspflichten¹⁵ scheint hingegen diese Unterscheidung schwierig zu sein: Hier lässt sich auf der Ebene der Pflichtverletzung die Bewertung des Fehlverhaltens des Schuldners oft nicht vermeiden.¹⁶ Dabei ist noch eine weitere Unterscheidung zu treffen: Wenn der Schuldner beispielsweise überhaupt keine Leistung erbracht hat, dann liegt die Pflichtverletzung in der unterbliebenen Handlung vor, was sich nicht von dem Fall einer erfolgsbezogenen Leistungspflicht unterscheidet.¹⁷ Anders verhält es sich aber bei der Schlechtleistung: Hier kann zwar die geschuldete Handlung ebenfalls genau definiert sein, und auch der damit angestrebte Erfolg kann im Vertrag festgelegt werden, doch ist die Erreichung dieses Erfolges nicht Gegenstand der Leistungspflicht.¹⁸ So besteht die Pflichtverletzung üblicherweise darin, dass der Schuldner die Leistungshandlung nicht in einer den Anforderungen der Leistungspflicht entsprechenden Art und Weise vornimmt, was in der Regel mit der Fahrlässigkeit im Rahmen des Vertretenmüssens übereinstimmt, also auch auf das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt des § 276 Abs. 2 BGB ankommt.¹⁹

Daher kann in einem solchen Fall der objektive Anhaltspunkt für die Pflichtverletzung nur dann vorliegen, wenn zur Erreichung des erstrebten Ziels diejenigen Maßnahmen geschuldet sind, die nach den Regeln der Kunst²⁰ im Einzelfall geeignet und erforderlich sind.²¹ Dies hat

¹² Aus der Negativformulierung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt sich deutlich, dass der Schuldner beweisen muss, dass die Pflichtverletzung von ihm nicht zu vertreten ist, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 136.

¹³ Vgl. dazu eingehend *Canaris*, FS Heldrich, 2005, S. 11, 25 ff.

¹⁴ Vgl. aber BGHZ 174, 61, 69 f. (Rn. 32), wonach die bloße Nichterfüllung nicht ausreicht, um eine Pflichtverletzung zu begründen, sondern es noch darauf ankommt, ob der Schuldner das Erforderliche getan hat. Krit. dazu *Soergel/Benicke/Hellwig*, 2014, § 280 Rn. 83; zust. dagegen *Looschelders*, 2. FS Canaris, 2017, S. 403, 407.

¹⁵ Zur Parallefrage bei den Berücksichtigungspflichten, vgl. unten A I 6 b) (S. 28).

¹⁶ Vgl. zur Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen verhaltensbezogenen und ergebnisbezogenen Leistungspflichten im Hinblick auf die Beweislast *Looschelders*, FS Canaris, 2007, Bd. 1, S. 737, 739 f.; *Lorenz*, *Karlsruher Forum* 2005, 2006, S. 5, 40.

¹⁷ Vgl. auch *Looschelders*, 2. FS Canaris, 2017, S. 403, 407 f.

¹⁸ Vgl. dazu näher *Riehm*, FS Canaris, 2007, Bd. 1, S. 1079, 1089 f.

¹⁹ Insoweit ist es unstreitig, vgl. nur *Soergel/Benicke/Hellwig*, 2014, § 280 Rn. 153.

²⁰ Vgl. z.B. BGHZ 151, 330, 332: ...schuldet der Auftragnehmer lediglich *ein den Regeln der Wissenschaft und Technik entsprechendes Vorgehen*.

insbesondere Auswirkungen auf die Beweislast, da der Gläubiger dann neben der „bloßen“ Nichterfüllung auch beweisen müsste, dass der Schuldner das zur Erfüllung Erforderliche nicht getan hat.

2. Pflichtverletzung und Unmöglichkeit

Der Begriff der Unmöglichkeit wurde zwar schon früh erkannt, aber nicht als besondere Form der Leistungsstörung betrachtet.²² Erst im 19. Jahrhundert wurde diese Sichtweise durch *Mommsens* Lehre von der Unmöglichkeit geändert,²³ indem die „Unmöglichkeit der Leistung“ als Oberbegriff eingeführt wurde, um alle Fälle zu erfassen, in denen der Schuldner nicht in der Lage war zu leisten.²⁴ Demnach wurde die Unmöglichkeit auch in verschiedene Kategorien eingeteilt und mit unterschiedlichen Rechtsfolgen versehen, je nachdem, aus welcher Ursache diese eingetreten ist.²⁵ Diese Ansicht wurde später vom *Windscheid* übernommen²⁶ und schließlich in das BGB 1900 aufgenommen.²⁷ Seitdem wurde die Unmöglichkeit als eine der wichtigsten Form der Leistungsstörung geprägt.²⁸ Im Rahmen der Schuldrechtsreform 2002 wurde der Begriff der Unmöglichkeit erst aus dem Gesetz gestrichen²⁹ und dann unter der Leitung der „Kommission Leistungsstörungenrecht“ wieder in das neue Schuldrecht eingeführt,³⁰ was schließlich zum heutigen § 275 BGB geführt hat.³¹

a) Die nachträgliche Unmöglichkeit als eine Art der Pflichtverletzung

Für die nachträgliche Unmöglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber in § 283 BGB eine Sonderregelung getroffen, wonach der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann, wenn der Schuldner gem. § 275 Abs. 1-3 BGB nicht zu leisten braucht, sofern die Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB vorliegen.³² Daraus folgt, dass für Schadensersatz

²¹ BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 280 Rn. 16 ; a.A. *Soergel/Benicke/Hellwig*, 2014, § 280 Rn. 155 Fn. 319.

²² *Zimmermann*, *The Law of Obligations*, 1996, S. 809.

²³ *Mommsen*, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*, 1853.

²⁴ *Zimmermann*, *The Law of Obligations*, 1996, S. 810 ; *Wollschläger*, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre*, 1970, S. 118 ff.

²⁵ *Emmerich*, *LeistungsstörungenR*, 62005, § 1 Rn. 2.

²⁶ *Windscheid/Kipp*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 2, 91906, §§ 264, 315, 360.

²⁷ Zunächst führt die nachträgliche Unmöglichkeit, die nicht von dem Schuldner zu vertreten ist, zu einer „Befreiung“ von der primären Leistungspflicht nach § 275 BGB a.F., der sowohl für die objektive als auch für die subjektive Unmöglichkeit gilt. Hat der Schuldner hingegen diese zu vertreten, so kann der Gläubiger bei einseitigen Verträgen gemäß § 280 BGB a.F. Schadensersatz wegen Nichterfüllung, bei einseitigen Verträgen gemäß § 325 BGB a.F. Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt geltend machen. Dazu enthält § 323 BGB a.F. auch eine Bestimmung über die von beide Seiten nicht zu vertretende Unmöglichkeit, und § 324 BGB a.F. behandelt die von dem Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit. Ein Vertrag, der sich auf eine unmögliche Leistung beruht (also die anfängliche Unmöglichkeit), ist aber nach § 306 BGB a.F. nichtig: In diesem Fall haftet der Schuldner also nach § 307 BGB a.F. für das negative Interesse.

²⁸ Zum Begriff der Unmöglichkeit im BGB von 1900, vgl. näher *HKK-BGB/Schermaier*, 2007, § 275 Rn. 36 ff.; *Harke*, *JbZivRWiss* 2001, S. 29, 45 ff.

²⁹ So § 275 BGB-DiskE, in Anlehnung an § 275 BGB-KE.

³⁰ *Canaris*, *SchuldRReform*, 2001, S. 43, 44 ff.; *Huber*, *ZIP* 2000, 2137, 2140 ff.

³¹ Zur Entstehung der heutigen Regelung, vgl. näher *BeckOGK BGB/Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 17 ff.

³² So hat der deutsche Gesetzgeber zwar einen einheitlichen Haftungstatbestand für den Schadensersatzanspruch geschaffen, aber die Form des Leistungshindernisses, insbesondere die besondere Rolle

wegen unmöglich gewordener Leistung auch die Pflichtverletzung vorausgesetzt wird,³³ so dass die Unmöglichkeit - zumindest im Sinne einer nachträglichen Unmöglichkeit - in den Begriff der Pflichtverletzung integriert wird.³⁴ Dies erscheint jedoch nicht unproblematisch, insbesondere wenn man dem traditionellen Verständnis des Begriffs der Pflichtverletzung folgt,³⁵ was dann *unvermeidlich*³⁶ zu einem „terminologischen Paradoxon“ führt.³⁷ Wie kann eine Verletzung der *Leistungspflicht* vorliegen, wenn der Schuldner dazu bereits nicht mehr *verpflichtet* ist?³⁸ Zudem wird dieses Verständnis bezüglich der Rechtsfolge der Unmöglichkeit auch durch die amtliche Überschrift des § 275 BGB („Ausschluss der Leistungspflicht“) gestützt.³⁹

In Anbetracht der Tatsache, dass § 275 BGB unstreitig nur um den Ausschluss vom Erfüllungsanspruch geht und ein etwaiger Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung davon nicht zwangsläufig⁴⁰ betroffen ist⁴¹ - es bleibt also noch Raum für eine denkbare Verletzung der *Verpflichtung* als Haftungsgrund -,⁴² folgt daraus, dass im Falle der Unmöglichkeit allein die Tatsache der *Nichterfüllung* durch den Schuldner ausreicht, um eine *Pflichtverletzung* zu begründen.⁴³ Außerdem beruht die Pflichtverletzung auch nicht auf der *Herbeiführung* der Unmöglichkeit,⁴⁴ weil ansonsten die vom Gesetzgeber in § 280 Abs. 1 BGB vorgesehene Beweislastverteilung nicht eingehalten werden könnte.⁴⁵

b) Der Ausgrenzung der anfänglichen Unmöglichkeit aus dem einheitlichen Pflichtverletzungsbegriff

Die anfängliche Unmöglichkeit ist aber nicht von dem einheitlichen Pflichtverletzungsbegriff des § 280 Abs. 1 BGB umfasst.⁴⁶ Dies ergibt sich deutlich aus dem Wortlaut des § 311a Abs. 2 BGB: Anders als in den §§ 281-283 BGB ist in § 311a Abs. 2 BGB weder von „unter den

der Unmöglichkeit, nicht vollständig beseitigt, s. dazu *Kohler*, AcP 205 (2005), 93, 93 mit Fn. 3; a.A. *Medicus*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 179, 183.

³³ Ganz h.M., vgl. nur BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 283 Rn. 9.

³⁴ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 135 f.

³⁵ Vgl. insbesondere HKK-BGB/*Schermaier*, 2007, Vor § 275 Rn. 7 m.w.N.

³⁶ Insbesondere wenn man „Anspruch“ und „Pflicht“ als zwei Seiten derselben Medaille betrachtet (s. *Freitag*, NJW 2014, 113), sollten beide gemeinsam ausgeschlossen werden, s. dazu *Looschelders*, 2. FS Canaris, 2017, S. 403, 415.

³⁷ So NK-BGB/*Dauner-Lieb*, § 283 Rn. 4.

³⁸ *Huber*, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 31, 99 f.; a.A. BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 283 Rn. 12: kein Widerspruch zum Wortlaut des § 275 BGB.

³⁹ S. aber *Riehm*, 2. FS Canaris, 2017, S. 345, 353 : ein „Redaktionsversehen“; a.A. *Looschelders*, 2. FS Canaris, 2017, S. 403, 415.

⁴⁰ S. aber § 275 BGB a.F. sowie die Begründung für die Streichung des Merkmals des Vertretenmüssens auf der Ebene der Primärleistung Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 127.

⁴¹ Sog. dualistisches System, vgl. *Looschelders*, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht, 2008, S. 63, 73 sowie die Nachweis in Fn. 56.

⁴² Zu dieser gesetzgeberische Entscheidung, vgl. auch *Riehm*, 2. FS Canaris, 2017, S. 345, 352 f.; die relevante Konzeption liegt auch im Rahmen der vom Gesetzgeber zur Verfügung stehenden Wertentscheidung, s. dazu *Looschelders*, FS Canaris, 2007, Bd. 1, S. 737, 740.

⁴³ Vgl. nur *Canaris*, Karlsruher Forum 2002, 2003, S. 5, 30 Fn. 77.

⁴⁴ So *Harke*, JbJZivRWiss 2001, S. 29, 58.

⁴⁵ S. auch *Looschelders*, FS Canaris, 2007, Bd. 1, S. 737, 739.

⁴⁶ *Zimmermann*, The New German Law of Obligations, 2005, S. 52.

Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB“ die Rede,⁴⁷ noch enthält er eine Formulierung wie „Verletzung einer Pflicht“. Vielmehr handelt es sich bei der „Verletzung“ des Schuldners in diesem Fall - der Konzeption des deutschen Gesetzgebers nach - um sein eigenes Leistungsversprechen, d. h. seine Haftung beruht auf der „Nichterfüllung des - nach § 311a Abs. 1 BGB wirksamen - Leistungsversprechens“.⁴⁸ Der Grund für diese Unterscheidung (insbesondere im Vergleich zu § 283 BGB) liegt vor allem darin, dass in einem solchen Fall ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses *keine* Leistungspflicht und damit auch keine Verletzung dieser Pflicht vorliegen kann.⁴⁹ Dementsprechend stellt § 311a Abs. 2 BGB eine eigenständige Anspruchsgrundlage neben § 280 Abs. 1 BGB dar,⁵⁰ und eröffnet daher die Möglichkeit, das positive Interesse des Gläubigers auch im Falle eines anfänglichen Leistungshindernisses zu befriedigen.⁵¹

Allerdings ist es noch zu bedenken, ob eine solche Abgrenzung auf der Ebene des Haftungsgrundes erforderlich ist.⁵² Zumindest führt ein solches Verständnis zu einer Aufspaltung der Haftungsgründe bei anfänglichen und nachträglichen Leistungshindernissen,⁵³ was der vom Gesetzgeber angestrebten Vereinheitlichung der Leistungshindernistatbestände, insbesondere im Bereich der vertragsrechtlichen Schadensersatzhaftung, zweifellos zuwiderläuft. Insbesondere erschöpft sich die Normfunktion des § 311a Abs. 2 BGB schon in der differenzierten Ausgestaltung der Zurechnungsgründe und es ist daher nicht notwendig, ihn mit weiteren Funktionen zu belasten.⁵⁴

c) Rechtsfolgen der Unmöglichkeit

Aus § 275 Abs. 4 BGB ergibt sich deutlich, dass die Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1-3 BGB lediglich zum Ausschluss des ursprünglichen Erfüllungsanspruches führen kann,⁵⁵ nicht aber zum Ausschluss des Anspruches auf Schadensersatz.⁵⁶ Trotzdem kann sie weiterhin als Weg für den Übergang des Primäranspruches zu den Sekundäranspruch dienen.⁵⁷

⁴⁷ *Canaris*, JZ 2001, 499, 507.

⁴⁸ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 165.

⁴⁹ Vgl. näher *Canaris*, FS Heldrich, 2005, S. 11, 34 f.

⁵⁰ BGHZ 201, 148, 156 (Rn. 27); *Canaris*, JZ 2001, 499, 507; a.A. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, SchuldR AT, 62005, Rn. 559.

⁵¹ Vgl. auch unten C II 3 c) bb) (S. 78).

⁵² Ebenso *Soergel/Gsell*, 2014, § 311a Rn. 8.

⁵³ Sog. „Zweigleisigkeit“ der Schadensersatzgrundlagen, s. dazu *Soergel/Gsell*, 2014, § 311a Rn. 6.

⁵⁴ S. ferner *Riehm*, 2. FS *Canaris*, 2017, S. 345, 362 f.

⁵⁵ Dies gilt auch für die anfängliche Unmöglichkeit, s. dazu *Canaris*, JZ 2001, 499, 500.

⁵⁶ In solchen Fällen hängt der Ausschluss der Schadensersatzpflicht noch von der Zurechenbarkeit ab, und hier hat der deutsche Gesetzgeber das sog. dualistische System der Schuldnerbefreiung eingeführt, s. *MüKoBGB/Ernst*, 2022, § 275 Rn. 1 ; *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 198 ff., 224 ; *NK-BGB/Dauner-Lieb*, § 275 Rn. 7.

⁵⁷ Hierzu näher unten B III 2 b) (S. 60 f.).

3. *Pflichtverletzung, Verzögerung der Leistung und Schuldnerverzug*

Im deutschen Recht ist der Verzug des Schuldners ein eigenständiger Hinderungsgrund,⁵⁸ der seine Wurzeln im römischen Recht hat⁵⁹ und bereits vom BGB 1900 übernommen wurde,⁶⁰ wobei es sich um die wichtigste Form des Hindernisses neben der Unmöglichkeit handelt.⁶¹ Im reformierten Schuldrecht wird es zwar weiter beibehalten,⁶² hat aber im Vergleich zur früheren Rechtslage einen erheblichen Bedeutungsverlust erfahren.⁶³

a) Voraussetzungen des Schuldnerverzuges nach § 286 BGB

Der Begriff des Verzuges setzt die Nachholbarkeit der Leistung voraus und ist daher von der Unmöglichkeit zu unterscheiden:⁶⁴ Da in einem solchen Fall noch die Möglichkeit der Leistung besteht, ist diese in Bezug auf den etwaigen Erfüllungsanspruch und dessen Verhältnis zum Schadenersatz zu betrachten.⁶⁵ Es handelt sich dabei um die Frage nach den *Übergangstatbestände*, die außerhalb der Leistungsmöglichkeit selbst gesucht werden müssen.⁶⁶ Zugleich ergibt sich aus den Folgen des Verzuges, dass die bloße Nichtleistung bei Fälligkeit noch nicht ausreicht, um eine rechtliche Sanktion⁶⁷ für den Schuldner auszulösen,⁶⁸ sondern zusätzliche Tatbestände des § 286 BGB erfordert.⁶⁹

aa) Ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch

Ein Verzug kommt zunächst nur in Betracht, wenn der Gläubiger eine *fällige* Leistung nicht rechtzeitig erbringt.⁷⁰ Ob die geschuldete Leistung fällig ist, richtet sich also nach § 271 BGB. Der Schuldner einer einredebehafteten Forderung kommt aber nicht in Verzug, weil die Einrede als *Gegenrecht* die Durchsetzung des Anspruches verhindern oder beeinträchtigen

⁵⁸ Vgl. näher *Canaris*, FS Koziol, 2010, S. 45, 46 ff.

⁵⁹ Vgl. etwa *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1996, S. 790 ff.; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, ⁴1987, S. 245 ff.

⁶⁰ Vgl. §§ 286, 326 BGB a.F.

⁶¹ Vgl. zum Schuldnerverzug nach dem BGB von 1900 näher HKK-BGB/*Lohsse*, 2007, §§ 286-292 Rn. 40 ff.

⁶² In der Literatur wird aber die Auffassung vertreten, dass der „Schuldnerverzug“ ein „Ein systematisches Fossil“ sei und das Gesetz dafür keine gesonderte Regelung vorsehen müsse, s. dazu *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, SchuldR AT, ⁶2005, Rn. 653.

⁶³ Denn im Gegensatz zum alten deutschen Recht, wo sowohl der Schadenersatz wegen Verzug (§ 286 Abs. 2 BGB a.F.) als auch - im Falle eines gegenseitigen Vertrages - der Rücktritt (§ 326 BGB a.F.) den „Verzug“ voraussetzte, basieren Schadenersatz statt der Leistung und Rücktritt nun nicht mehr auf dem „Verzug des Schuldners“, wie es in den §§ 281 und 323 BGB vorgesehen ist.

⁶⁴ BGHZ 84, 244, 248 f.; *Huber*, Leistungsstörungen I, 1999, § 6 I 1 (S. 151 ff.); *MüKoBGB/Ernst*, 2022, § 286 Rn. 51; zur Abgrenzung zwischen Verzug und Unmöglichkeit (insbesondere Teilunmöglichkeit), vgl. noch grundlegend *Nastelski*, JuS 1962, 289, 291 f.

⁶⁵ HKK-BGB/*Lohsse*, 2007, §§ 286-292 Rn. 1 ff.

⁶⁶ Dies hat der deutsche Gesetzgeber bereits mit den §§ 281-283 BGB berücksichtigt, näher unten B III 2 (S. 56 ff.).

⁶⁷ *Canaris*, FS Koziol, 2010, S. 45, 46: „eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Schuldners“.

⁶⁸ Vgl. auch *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, ²1994, § 3 I 3 (S. 51 ff.).

⁶⁹ *Canaris*, FS Koziol, 2010, S. 45, 47.

⁷⁰ Vor dem Eintritt der Fälligkeit tritt kein Verzug ein, weil der Schuldner noch nicht zur Erfüllung verpflichtet ist, s. dazu *MüKoBGB/Krüger*, 2022, § 271 Rn. 2.

kann, was ihn berechtigt, die Leistung dauernd oder vorübergehend zu verweigern.⁷¹ Allerdings hat sie im Grundsatz nur dann die Wirkung, den Verzug zu verhindern, wenn sie vom Schuldner *erhoben* wird.⁷² Ausnahmefällen sind *nur*⁷³ die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus § 320 BGB⁷⁴ und die Unsicherheitseinrede aus § 321 BGB,⁷⁵ die jeweilig vom Schuldner nicht erhoben werden müssen und deren *Existenz* an sich allein einen Verzug verhindern können.⁷⁶ In diesen Fällen muss der Gläubiger die zu erbringenden Gegenleistung so anbieten, dass der Schuldner in Annahmeverzug gerät, um ihn in Verzug zu setzen.⁷⁷ Die bloße Tatsache, dass der Gläubiger seinerseits zur Leistung bereit und in der Lage ist, reicht dagegen nicht aus.

bb) Das Mahnungserfordernis nach § 286 Abs. 1 BGB

Nach § 286 Abs. 1 S. 1 BGB gerät ein Schuldner, der seine Leistung trotz einer vom Gläubiger nach Fälligkeit erfolgten Mahnung noch nicht erbringt, durch diese *Mahnung*⁷⁸ in Verzug.⁷⁹ Unter Mahnung versteht man also eine bestimmte und eindeutige Aufforderung zur Leistung.⁸⁰ Ihre Funktion besteht vor allem darin, den Schuldner vor der außerplanmäßigen Leistungsfrist zu *warnen*, damit er rechtzeitig auf die nachteiligen Folgen des Verzuges reagieren kann.⁸¹ Um diese Aufgabe zu erfüllen, braucht der Gläubiger daher sein Verlangen nach Erfüllung der geschuldeten Leistung in einer für den Schuldner erkennbaren Weise deutlich zum Ausdruck zu bringen.⁸² Dazu kann auch eine vom Gläubiger einseitig bestimmte Leistungsfrist die Mahnung darstellen, wenn z. B. der Gläubiger den Schuldner auffordert, die Rechnung bis zu einem bestimmten Termin zu begleichen, und damit die für die Mahnung erforderliche Eindeutigkeit ausgedrückt wird.⁸³ Ein Hinweis des Gläubigers auf die Folgen des Verzuges ist dagegen - anders als im Fall des § 286 Abs. 3 S. 1 BGB - nicht erforderlich,⁸⁴ ebenso wenig wie die Benennung einer Frist dafür.

⁷¹ MüKoBGB/Ernst, 2022, § 286 Rn. 31; BeckOK BGB/Lorenz, 1.11.2022, § 286 Rn. 12.

⁷² Staudinger/Feldmann, 2019, § 286 Rn. 13 ; Canaris, FS Koziol, 2010, S. 45, 56 ff. ; Medicus/Lorenz, SchuldR AT, ²²2021, § 26 Rn. 5; a.A. wohl h.M., vgl. nur MüKoBGB/Ernst, 2022, § 286 Rn. 31 f.

⁷³ Dies bedeutet auch, dass eine *verspätete Leistung* des Schuldners nur dann eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB darstellt, wenn die Voraussetzungen des § 286 Abs. 1-3 BGB erfüllt sind, s. dazu Canaris, FS Hopt, 2010, S. 47, 48 mit Fn. 4; a.A. Kohler, JZ 2004, 961, 963.

⁷⁴ Vgl. BGH NJW 2020, 2104 Rn. 57.

⁷⁵ BGH NJW 2010, 1272 Rn. 23.

⁷⁶ Vgl. nur Canaris, FS Koziol, 2010, S. 45, 61 f.

⁷⁷ Zu den Einreden wegen nicht erfüllten Vertrages des § 320 BGB gehören also auch die Mängel einrede, s. dazu BGHZ 116, 244, 249.

⁷⁸ Dieses Erfordernis lässt sich auch auf das römische Recht zurückführen, s. dazu Zimmermann, The Law of Obligations, 1996, S. 792 f.

⁷⁹ Die Erhebung einer Leistungsklage und die Zustellung eines Mahnbescheides im Mahnverfahren haben die gleiche Wirkung wie eine Mahnung (vgl. § 286 Abs. 1 S. 2 BGB).

⁸⁰ MüKoBGB/Ernst, 2022, § 286 Rn. 65.

⁸¹ Vgl. zu den verschiedenen Funktionen des Mahnungserfordernisses näher Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727, 744 ff.

⁸² BGH NJW 2008, 50 Rn. 11.

⁸³ BGH NJW 2006, 3271 Rn. 10.

⁸⁴ BGH NJW 2008, 50 Rn. 11; BGH NJW 1998, 2132, 2133.

Zwar ist der Gläubiger gehalten, den Schuldner auf den richtigen Umfang der Forderung zu mahnen.⁸⁵ Eine Zuvielmahnung ist aber nach den vom BGH entwickelten Grundsätzen nicht ohne weiteres unwirksam,⁸⁶ vielmehr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach Treu und Glauben zu prüfen, ob der Schuldner die Erklärung so verstehen muss, dass von ihm die tatsächlich geschuldete Leistung gefordert wird, und ob der Gläubiger auch bereit ist, eine geringere Leistung als angenommen anzunehmen.⁸⁷ Bei einer geringen Forderung tritt der Verzug daher nur in Bezug auf den Teil der Forderungen auf.⁸⁸ Ferner kann eine verzugsauslösende Mahnung erst nur nach Fälligkeit der Leistung erfolgen (vgl. § 286 Abs. 1 S. 1 BGB).⁸⁹ Eine vor diesem Zeitpunkt erfolgende Mahnung ist grundsätzlich wirkungslos, darf aber auch mit der Handlung des Gläubigers verbunden werden, die zugleich die Fälligkeit herbeiführt.⁹⁰

cc) Entbehrlichkeit der Mahnung nach § 286 Abs. 2 BGB

Einer Mahnung bedarf es gem. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht, wenn die Leistungsfrist bereits kalendermäßig bestimmt ist.⁹¹ Die einseitige Bestimmung durch den Gläubiger genügt insofern nicht, als ihm kein Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB zusteht.⁹² Wenn der Schuldner die Erfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber dem Gläubiger ernsthaft und endgültig verweigert, dann gerät er auch dann ohne Mahnung in Verzug.⁹³ Ferner ist nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB eine Mahnung entbehrlich, wenn aus besonderen Gründen unter Abwägung der Interessen der sofortige Eintritt des Verzuges gerechtfertigt ist. Dies kann sich aus einem vertraglichen Verzicht der Parteien auf das Mahnungserfordernis ergeben.⁹⁴ Dies ist auch dann der Fall, wenn die Parteien die Leistung des Schuldners an ein bestimmtes Ereignis knüpfen und der Leistung im Zeitpunkt dieses Ereignisses eine über die Fälligkeit hinausgehende Bedeutung beimessen, etwa weil - wie für den Schuldner erkennbar - zu diesem Zeitpunkt eine besondere Dringlichkeit zur Leistung besteht,⁹⁵ um möglicherweise erhebliche Nachteile für den Gläubiger zu vermeiden.⁹⁶ Denn eine besondere Mahnung ist immer dann überflüssig, wenn der mit der Mahnung verfolgte Zweck bereits durch den

⁸⁵ Vgl. PWW/Kramme, § 286 Rn. 14.

⁸⁶ Eine Mahnung unter Zuvielforderung ist jedoch wirkungslos, wenn sie sich auf eine unverhältnismäßige Höhe der Forderung bezieht und den berechtigten Teil davon in den Hintergrund treten lässt, s. dazu BGH NJW 2006, 3271 Rn. 16.

⁸⁷ BGH NJW 2006, 769 Rn. 24.

⁸⁸ BGH NJW 1982, 1983, 1985.

⁸⁹ BGH NJW 1980, 1955, 1956.

⁹⁰ BGH NJW 2017, 1823 Rn. 24; BGH NJW 2010, 2940 Rn. 14.

⁹¹ Die Feststellung muss durch Rechtsgeschäft (in der Regel durch Vertrag), durch Gesetz oder in einem Urteil getroffen worden sein, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 145 f.

⁹² Vgl. BGH NJW 2008, 50 Rn. 7; Grüneberg/Grüneberg, § 286 Rn. 22.

⁹³ So der Regelungsgehalt des § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Dabei ist auch zu beachten, dass die Leistungsverweigerung die Mahnung bedeutungslos machen muss; ein bloßer Hinweis auf mangelndes Interesse an der Leistung reicht hingegen nicht aus, da es keinen Hinweis darauf gibt, dass eine Leistung nach der Mahnung nicht erfolgen wird.

⁹⁴ MüKoBGB/Ernst, 2022, § 286 Rn. 84.

⁹⁵ Vgl. z. B. BGH NJW 1963, 1823; Grüneberg/Grüneberg, § 286 Rn. 25.

⁹⁶ Vgl. BGH NJW 1959, 933.

Vertragsschluss selbst erreicht wurde.⁹⁷ Im Übrigen kann auch das eigene Verhalten des Schuldners bei der Verhinderung der Mahnung diese entbehrlich machen.⁹⁸

dd) Der Verzug bei Entgeltforderungen nach § 286 Abs. 3 BGB

Für den Zahlungsverzug bei einer Entgeltforderung⁹⁹ enthält § 286 Abs. 3 BGB eine Sonderregelung,¹⁰⁰ wonach der Schuldner spätestens dann in Verzug gerät, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet, und diese Regelung für den Verbraucher als Schuldner nur dann gilt, wenn in der Rechnung oder Zahlungsaufstellung auf die Folgen des Verzuges besonders hingewiesen worden ist.¹⁰¹ Ist der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung oder Zahlungsaufstellung unsicher, so kommt der der Schuldner, der nicht Verbraucher ist, spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Empfang der Gegenleistung in Verzug.

ee) Nichtleistung

Nach § 286 Abs. 1 S. 1 BGB kommt der Schuldner *erst* in Verzug, wenn er nach Fälligkeit der Leistung trotz Mahnung des Gläubigers diese noch nicht erbringt. Dabei kommt es vor allem auf die Rechtzeitigkeit der Vornahme der *Leistungshandlung* statt auf den Eintritt des Leistungserfolges an.¹⁰² Grundsätzlich gibt es auch keine sogenannte „Überlegungsfrist“ zwischen Mahnung und Eintritt des Verzuges.¹⁰³ Der Schuldner muss also die Leistungshandlung umgehend nach Wirksamwerden der Mahnung vornehmen, um den Verzug zu vermeiden.¹⁰⁴ Anders verhält es sich aber bei der Zahlung durch Banküberweisung: Hier ist der Zeitpunkt der Gutschrift des geschuldeten Betrages auf dem Konto des Zahlungsempfängers maßgeblich.¹⁰⁵

ff) Das Vertretenmüssen nach § 286 Abs. 4 BGB

Schließlich gerät der Schuldner nach § 286 Abs. 4 BGB¹⁰⁶ dann nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Für den Schadensersatz nach § 280 Abs. 2 BGB ist dies zwar überflüssig, weil sich der Tatbestand des Vertretenmüssens bereits aus § 280 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt, doch ist es für sonstiger

⁹⁷ Vgl. BGH NJW 1963, 1823.

⁹⁸ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 146.

⁹⁹ Vgl. zum Begriff der Entgeltforderung BGH NJW 2010, 3226 Rn. 13: nicht mit dem Begriff des *Synallagmas* gleichzusetzen.

¹⁰⁰ Diese Vorschrift dient also der Umsetzung der Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr.

¹⁰¹ Wie bei der Mahnung dient diese Anforderung auch dazu, dem Verbraucher als Schuldner eine hinreichende Warnung zu gewährleisten, s. dazu *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 745.

¹⁰² Ganz h.M., vgl. nur *Erman/Hager*, § 286 Rn. 71; *MüKoBGB/Ernst*, 2022, § 286 Rn. 43, 117; *Huber*, *Leistungsstörungen I*, 1999, § 5 IV 1 (S. 143).

¹⁰³ *MüKoBGB/Ernst*, 2022, § 286 Rn. 118.

¹⁰⁴ *BeckOGK BGB/Dornis*, 1.10.2022, § 286 Rn. 224.

¹⁰⁵ *EuGH NJW* 2008, 1935 Rn. 32; *Canaris*, FS Hopt, 2010, S. 47, 49 ff.; *Medicus/Lorenz*, *SchuldR AT*, 22/2021, § 36 Rn. 15 m.w.N.

¹⁰⁶ Wie der frühere § 285 BGB a.F., s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 148.

Verzugsfolgen noch von Bedeutung.¹⁰⁷ Aus der negativen Fassung ergibt sich, dass die Beweislast für die Entschuldigungsgründe beim Schuldner liegt.¹⁰⁸ Danach kann der Schuldner sich von der Verschuldensvermutung befreien, indem er hinreichend darlegt und beweist, dass er für die Verzögerung der Leistung nicht verantwortlich ist.¹⁰⁹ Für welche Umstände der Schuldner einzustehen hat, richtet sich dann nach den allgemeinen Regeln der §§ 276-278 BGB.¹¹⁰

b) Rechtsfolgen des Schuldnerverzuges

aa) Ersatz von Verzögerungsschäden nach § 280 Abs. 2 BGB

Liegt der Verzugstatbestand des § 286 BGB vor, so kann der Gläubiger nach § 280 Abs. 2 BGB Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung verlangen. Diese Vorschrift entspricht dem früheren § 286 Abs. 1 BGB a.F., wo der Gesetzgeber in der Tat nur von dem durch den *Verzug* verursachten Schaden ausgeht.¹¹¹ Der Gläubiger ist also wirtschaftlich so zu stellen, als ob der Vertrag fristgerecht erfüllt worden wäre.¹¹² Danach ist jeder durch die nicht rechtzeitige Leistung entstandene Schaden zu ersetzen, unabhängig davon, ob der Schuldner ihn vorhersehen konnte oder vorhergesehen hatte.¹¹³ Ferner kann der Gläubiger auch vom Schuldner die Kosten, die ihm bei der Durchsetzung seiner Forderung entstanden sind, wie z.B. Anwaltskosten oder Detektivkosten,¹¹⁴ als Folge des Verzuges verlangen.

bb) Verzugszinsen sowie andere Verzugsschäden nach § 288 BGB

Bei Geldschulden kann der Gläubiger als Mindestschaden infolge des Verzuges auch Verzugszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz für das Jahr gemäß § 288 Abs. 1 BGB verlangen.¹¹⁵ Ob der Gläubiger tatsächlich einen Schaden erleidet, ist dabei gleichgültig.¹¹⁶ Bei Geschäften, an denen keine Verbraucher beteiligt sind, erhöht § 288 Abs. 2 BGB den Zinssatz für Entgeltforderungen auf neun Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.¹¹⁷ Der Gläubiger kann auch aus anderen rechtlichen Gründen höhere Zinsen

¹⁰⁷ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 148.

¹⁰⁸ Hier handelt es sich also um eine Umkehr der Beweislast, weil das Verschulden eine Verzugsvoraussetzung darstellt und die betreffende Beweislast beim Gläubiger hätte liegen müssen, s. dazu *Reppen*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Beweislast-HdB, ⁴2018, § 286 Rn. 10 ; a.A. Grüneberg/*Grüneberg*, § 286 Rn. 32: „Einwendungstatbestand“.

¹⁰⁹ *Reppen*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Beweislast-HdB, ⁴2018, § 286 Rn. 10 m.w.N.

¹¹⁰ Grüneberg/*Grüneberg*, § 286 Rn. 32.

¹¹¹ Nicht jede Verzögerung der Leistung kann dazu führen, dass der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden haftet, sondern nur unter der Voraussetzung des Verzuges des Schuldners nach § 286 BGB kann der Gläubiger den durch den Verzug entstandenen Schaden verlangen, dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 136; MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 286 Rn. 144.

¹¹² *Emmerich*, LeistungsstörungenR, ⁶2005, § 17 Rn. 2.

¹¹³ BGH NJW 2001, 3114, 3115.

¹¹⁴ BGH NJW 2011, 2871 Rn. 25.

¹¹⁵ HK-BGB/*Schulze*, § 288 Rn. 1.

¹¹⁶ Grüneberg/*Grüneberg*, § 288 Rn. 4.

¹¹⁷ Diese Vorschrift diente zuerst der Umsetzung des Art. 3 Abs. 1 Buchstabe der Zahlungsverzugsrichtlinie 2000/35/EG, wonach der Zinssatz im Geschäftsverkehr acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz lag, vgl.

verlangen (§ 288 Abs. 3 BGB). Weitere Verzugschäden sind nach § 288 Abs. 4 BGB aber nicht durch den Anspruch auf Verzugszinsen ausgeschlossen. Der Schadenersatz bei Zahlungsverzug beschränkt sich also nicht auf Verzugszinsen.

cc) Haftungsverschärfung nach § 287 BGB

Außerdem hat der Verzug eine Ausweitung der Haftung des Schuldners zur Folge,¹¹⁸ was sich zunächst darin zeigt, dass der Schuldner gem. § 287 S. 1 BGB jede Fahrlässigkeit während des Verzugs zu vertreten hat. Da der Schuldner regelmäßig von Anfang an, d. h. schon vor Eintritt des Verzuges, für einfache Fahrlässigkeit haftet, findet dieser Vorschrift dann nur Anwendung, wenn die Haftung des Schuldners bereits gesetzlich oder vertraglich beschränkt ist.¹¹⁹ Von größerer praktischer Bedeutung ist aber die Regelung des § 287 S. 2 BGB,¹²⁰ die die Haftung des Schuldners weiter verschärft.¹²¹ Danach haftet der Schuldner während des Verzuges auch für Zufall,¹²² sofern er nicht beweisen kann, dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre. Unter „Zufall“ versteht man also neben dem gewöhnlichen Zufall also auch die höhere Gewalt.¹²³ Dahinter steht der Gedanke, Dahinter steht der Gedanke, dass der Leistungsgegenstand bei rechtzeitiger Erfüllung den unverschuldeten Gefahren aus der Sphäre des Schuldners nicht mehr ausgesetzt gewesen ist.¹²⁴

c) Die Beendigung des Verzuges

Sobald einer der Verzugstatbestände entfällt, endet der Verzug dann in der Zukunft, wobei die bereits eingetretenen Verzugsfolgen davon unberührt bleiben.¹²⁵ Im Falle der nachträglichen Leistung durch den Schuldner genügt grundsätzlich die Vornahme der Leistungshandlung, ohne dass es auf den Eintritt des Leistungserfolges ankommt.¹²⁶ Wenn der Schuldner seine Leistung dem Gläubiger in Annahmeverzug begründender Weise anbietet, führt dies ebenfalls zum Ende des Verzuges.¹²⁷ Bei Geldforderungen im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen gelten andere Regeln, wie etwa bei Banküberweisungen, bei denen die Anweisung des Schuldners zur Überweisung noch nicht ausreichend ist, sondern dem Gläubiger der

Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 148. Später wurde dieser Zinssatz zur Umsetzung der neuen Zahlungsverzugsrichtlinie 2011/7/EU auf neun Prozentpunkte über dem Basiszinssatz erhöht, s. dazu MüKoBGB/Ernst, 2022, § 288 Rn. 1.

¹¹⁸ MüKoBGB/Ernst, 2022, § 287 Rn. 1.

¹¹⁹ Vgl. näher Huber, Leistungsstörungen II, 1999, § 34 II 2 (S. 123 ff.).

¹²⁰ Gegenüber § 287 S. 2 BGB a.F. ist diese Vorschrift nur in der Formulierung an die geänderte Terminologie angepasst worden und bewirkt sie keine inhaltlichen Änderungen, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 148; MüKoBGB/Ernst, 2022, § 287 Rn. 1.

¹²¹ Medicus/Lorenz, SchuldR AT, ²²2021, § 36 Rn. 29.

¹²² So RGZ 97, 6, 9 f.; Huber, Leistungsstörungen II, 1999, § 34 III 2 (S. 127 f.).

¹²³ Knütel, NJW 1993, 900.

¹²⁴ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 148.

¹²⁵ BeckOK BGB/Lorenz, 1.11.2022, § 286 Rn. 65.

¹²⁶ Medicus/Lorenz, SchuldR AT, ²²2021, § 36 Rn. 33; a.A. MüKoBGB/Ernst, 2022, § 286 Rn. 121; Canaris, FS Hopt, 2010, S. 47, 57 f.

¹²⁷ BGH NJW 2007, 2761 Rn. 7; Huber, Leistungsstörungen I, 1999, § 20 II (S. 478 ff.).

geschuldete Betrag rechtzeitig gutgeschrieben werden muss, um die Verzugszinsen zu verhindern oder zu beenden.¹²⁸

4. Pflichtverletzung und Schlechtleistung

Von der einheitlichen Pflichtverletzungsdogmatik wird auch die Schlechtleistung erfasst, also eine „nicht wie geschuldet“ (§ 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB) oder „nicht vertragsgemäß“ (§ 323 Abs. 1 Alt. 2 BGB) erbrachten Leistung. Deren Unterschied zur Nichtleistung besteht darin, dass die Leistung zwar vom Schuldner bei Fälligkeit erbracht wird, diese aber nicht *ordnungsgemäß* ist.¹²⁹

a) Schlechtleistung und Gewährleistung

Die Einführung des obigen Begriffs spiegelt zuerst das Anliegen des deutschen Gesetzgebers wider, das besondere Gewährleistungsrecht in das allgemeine Leistungsstörungenrecht zu integrieren.¹³⁰ So sind beim Kauf- und Werksvertrag - zumindest auf der Ebene der Rechtsfolgen - nun die Bestimmungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts durch die Verweisungen in § 437 BGB und § 634 BGB *weitgehend*¹³¹ anwendbar.¹³² Wenn der Gesetzgeber jedoch für bestimmte Vertragstypen einen so genannten besonderen Mängelgewährleistungsmechanismus vorgesehen hat,¹³³ dann sind diese Vorschriften noch vorrangig anzuwenden.¹³⁴

b) Unbehebbarer Schlechtleistung als qualitative Unmöglichkeit

Wenn ein Mangel an der Leistung nicht durch nachträgliche Erfüllung beseitigt werden kann, dann unterscheidet sich die Rechtslage nicht von der Unmöglichkeit und man spricht insofern von einer „qualitativen (Teil)Unmöglichkeit“.¹³⁵ In einem solchen Fall ist ein etwaiger Nacherfüllungsanspruch wegen der Unmöglichkeit der mangelfreien Leistung ausgeschlossen, so dass der Gläubiger nur sekundäre Rechtsbehelfe für diesen Teil der Nichterfüllung geltend machen kann.¹³⁶ Auch der automatische Minderungsmechanismus des

¹²⁸ EuGH NJW 2008, 1935 Rn. 32.

¹²⁹ Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 2022, § 21 Rn. 3.

¹³⁰ Eine wichtige Neugestaltung des deutschen Schuldmodernisierungsgesetzes besteht darin, die Regeln für Sachmängelgewährleistung in das allgemeine Leistungsstörungenrecht einzufügen, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 94; vgl. auch Dauner-Lieb, FS Konzen, 2006, S. 63, 64: „eine weitere zentrale *Weichenstellung* des neuen Schuldrechts“.

¹³¹ In dieser Hinsicht bleibt nur noch Minderung für spezifische Vertragstypen ein besonderer Rechtsbehelf s. dazu Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 493 Fn. 197; vgl. auch unten B III 4 (S. 67 f.).

¹³² Zum „Andockeffekt“ des allgemeinen Leistungsstörungenrechts in dem Gewährleistungsrecht, vgl. näher Lorenz, Neues Leistungsstörungen- und Kaufrecht, 2004, S. 7 ff.

¹³³ Vgl. näher BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 280 Rn. 112 ff.

¹³⁴ In diesem Zusammenhang ist das in § 438 BGB und in § 634a BGB vorgesehene Verjährungsregime besonders zu beachten.

¹³⁵ Lorenz, JZ 2001, 742, 743; ders., NJW 2002, 2497 ff.; ders., Karlsruher Forum 2005, 2006, S. 5, 65.

¹³⁶ So stellt beispielsweise im Kaufrecht die Lieferung einer mangelhaften Sache auch im Falle eines unbehebbar Mangels eine Pflichtverletzung dar, s. dazu Lorenz, NJW 2002, 2497, 2500.

§ 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB findet hier aufgrund der Regelung des § 326 Abs. 1 S. 2 BGB keine Anwendung.¹³⁷

c) Behebbarer Mangel als qualitative Verzögerung

Ist der Mangel behebbar, so ist der Schuldner dennoch weiterhin zur Beseitigung des Mangels verpflichtet, so dass die Erbringung der mangelfreien Leistung eine *Verzögerung* der Leistung darstellt, was als „qualitative Verzögerung“ bezeichnet wird.¹³⁸ Da in einem solchen Fall der Gläubiger auch die ursprüngliche mangelfreie Leistung oder deren Nacherfüllung verlangen kann, scheint es notwendig zu sein, die Verletzung der etwaigen Nacherfüllungspflicht als *separate* Pflichtverletzung zu bewerten.¹³⁹ Dies wirkt sich insbesondere auf den Bezugspunkt des Vertretenmüssens von Schadenersatz statt der Leistung.¹⁴⁰ Andererseits ist die Nacherfüllung aber nur dann zu berücksichtigen, wenn eine Nachfrist zu setzen ist. Der Zweck der Nachfrist selbst besteht also lediglich darin, die ursprünglich mangelhafte Leistung zu beheben oder zu korrigieren, und führt an sich nicht notwendigerweise zu einer eigenständigen Pflichtverletzung.¹⁴¹ Dies betrifft auch die dogmatische Position des Nacherfüllungsanspruches, der als Fortsetzung der mangelfreien Leistung nicht als „Ersatz“ für den ursprünglichen Erfüllungsanspruch ausgestaltet sein muss.¹⁴² Es liegt auch nicht im Interesse der Parteien, einen einheitlichen Pflichtverletzungsprozess durch ein besonderer Nacherfüllungsanspruch oder eine zweite Chance für den Schuldner zu *spalten*,¹⁴³ denn es kommt sowohl für den Schuldner als auch für den Gläubiger nur darauf an, ob der Mangel behoben werden kann und muss und ob dieser schließlich behoben wird. Es spielt dagegen keine Rolle, ob dieser Prozess durch eine einfache Verletzung und deren Behebung, eine doppelte Verletzung und deren Behebung oder eine mehrfache Verletzung und deren Behebung erreicht wird.¹⁴⁴

5. Pflichtverletzung und Erfüllungsverweigerung

Unter Erfüllungsverweigerung versteht man, dass der Schuldner die vertraglich vereinbarten Leistungen nicht erbringen will, d. h. er weigert sich, seine Verpflichtungen anzuerkennen.¹⁴⁵ Sie kann also entweder nach Fälligkeit oder vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung erfolgen. Vor der Reform des Schuldrechts galt sie bereits als typische Form der positiven

¹³⁷ Hierzu unten D II 2 b) (S. 100 f.).

¹³⁸ Lorenz, NJW 2002, 2497, 2498.

¹³⁹ Lorenz, NJW 2002, 2497, 2502 ; BeckOGK BGB/Höpfner, 1.12.2022, § 437 Rn. 89 ; a.A. Gsell, FS Canaris, 2007, Bd. 1, S. 337 ff. ; BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 280 Rn. 121 ; für eine einheitliche Sichtweise, vgl. auch Dauner-Lieb, FS Konzen, 2006, S. 63, 80 f.

¹⁴⁰ Vgl. zu dieser Problematik ausf. Faust, FS Canaris, 2007, Bd. 1, S. 219 ff.

¹⁴¹ BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 280 Rn. 134.

¹⁴² Vgl. aber Lorenz, FS U. Huber, 2006, S. 423, 429.

¹⁴³ Vgl. zur Frage der Aufspaltung einer Leistungsstörung näher Gsell, FS Canaris, 2007, Bd. 1, S. 337, 338 ff.

¹⁴⁴ Vgl. zur Eröffnung der Zufallshaftung des § 287 S. 2 BGB mit der ersten Schlechtleistung und der damit verbundenen Kausalitätsfrage BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 280 Rn. 136 ff.

¹⁴⁵ Vgl. grundlegend Leser, FS Rheinstein, 1969, Bd. 2, S. 643, 644.

Vertragsverletzung.¹⁴⁶ Nach der Schuldrechtsreform 2002 finden sich die gesetzlichen Regelungen „teilweise“¹⁴⁷ in den §§ 281 Abs. 2 Alt. 1, 286 Abs. 2 Nr. 3, 323 Abs. 2 Nr. 1 und 323 Abs. 4 BGB. Dabei unterscheidet das Gesetz die Erfüllungsverweigerung danach, ob der Schuldner die geschuldete Leistung vor oder nach Fälligkeit der Leistung verweigert.

a) Die Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit als verzugsbegründete Pflichtverletzung

Weigert sich der Schuldner die Erfüllung einer fälligen Leistungspflicht ernsthaft und endgültig, dann gerät er gem. § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB automatisch in Verzug, ohne dass es einer Mahnung durch den Gläubiger bedarf. Zugleich kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung sofort verlangen, ohne eine Nachfrist vorher zu setzen (§ 281 Abs. 2 Alt. 1 BGB); bei einem gegenseitigen Vertrag kann er auch gem. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB sofort vom Vertrag zurücktreten. Die Verweigerung der Erfüllung nach Fälligkeit ist daher auf der Ebene der Pflichtverletzung weniger relevant und eher im Zusammenhang mit der Enthebung von den Tatbestandsmerkmalen des Verzuges sowie des Fristsetzungserfordernisses von Bedeutung,¹⁴⁸ wodurch den Weg für die schuldnerseitige Sanktionen und die rasche Abwicklung des Vertrages eröffnet wird.

b) Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit als Verletzung der Leistungstreuepflicht

Gegenüber der obrigen Leistungsverweigerung nach Fälligkeit bildet die vor Fälligkeit erfolgte Erfüllungsverweigerung¹⁴⁹ die wichtigere Fallgruppe.¹⁵⁰ Da die Leistung in diesem Fall noch nicht fällig ist und auch nicht infolgedessen fällig wird,¹⁵¹ stellt das Verhalten des Schuldners also keine Pflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB dar. In gleicher Weise verfügt der Gläubiger keine Möglichkeit, den sekundären Rechtsbehelf nach § 281 Abs. 1 BGB bzw. § 323 Abs. 1 BGB anzuwenden, denn die vor Fälligkeit der Leistung vorgenommene Nachfristsetzung ist unwirksam.¹⁵² Zu diesem Zeitpunkt besteht es aber auch keinen sachlichen Grund, den Gläubiger weiterhin am Vertrag zu halten.¹⁵³ Aus diesem Grund räumt § 323 Abs. 4 BGB dem Gläubiger das Recht ein, vor dem Eintritt der Fälligkeit vom Vertrag zurückzutreten.¹⁵⁴ Zwar gibt es keine entsprechende Regelung in § 281 BGB, doch kann davon ausgegangen werden, dass es sich um eine Verletzung der Leistungstreuepflicht¹⁵⁵

¹⁴⁶ *Emmerich*, LeistungsstörungenR, 62005, § 22 Rn. 7; *Huber*, Leistungsstörungen II, 1999, § 51 II 2 (S. 577 ff.).

¹⁴⁷ So *MüKoBGB/Ernst*, 2022, § 323 Rn. 100.

¹⁴⁸ In diesen Fällen besteht es ohnehin keine Notwendigkeit, den Schuldner an seine Pflichten zu erinnern oder ihm Gelegenheit zu geben, seine Leistung fortzusetzen.

¹⁴⁹ Im deutschen Recht ist diese also seit langem als eigenständige Form der Leistungsstörung anerkannt, s. dazu *Huber*, Leistungsstörungen II, 1999, § 51 I 2 (S. 568 f.).

¹⁵⁰ Vgl. zur Rechtslage vor der Schuldrechtsreform näher *Weidt*, Antizipierter Vertragsbruch, 2008, S. 78 ff.

¹⁵¹ BGH NJW-RR 2008, 210 Rn. 11: keine Auswirkung der antizipierten Leistungsverweigerung auf die *Auslösung* der Fälligkeit.

¹⁵² Hierzu auch unten B III 2 a) aa) (S. 57).

¹⁵³ *Soergel/Gsell*, 2005, § 323 Rn. 128; *Huber*, Leistungsstörungen II, 1999, § 51 II 1 (S. 575).

¹⁵⁴ Hierzu auch unten B III 2 c) bb) (S. 62).

¹⁵⁵ Vgl. zu dieser Einordnung auch BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 282 Rn. 50.

handelt und der Gläubiger daher berechtigt ist, Schadensersatz nach § 282 BGB zu verlangen.¹⁵⁶

6. Verletzung von Schutz- und Obhutspflichten

Neben der Leistungspflicht stellt sich unter der Dogmatik der Pflichtverletzung auch die Frage nach der Schutzpflicht,¹⁵⁷ d. h. der Pflicht zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Gläubigers (vgl. § 241 Abs. 2 BGB).¹⁵⁸ Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung kann auch die Sanktion des § 280 BGB nach sich ziehen.¹⁵⁹ Der Gläubiger kann auch Schadensersatz statt der Leistung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten, wenn die Voraussetzungen des § 282 BGB oder des § 324 BGB erfüllt sind.

a) Das Integritätsinteresse und sein vertragsrechtlicher Schutz

Diese Rücksichtnahmepflicht dient in erster Linie dem Schutz des Integritätsinteresses,¹⁶⁰ nämlich des Interesses des Gläubigers an der Wahrung seines Status quo, also des Zustandes seines Vermögens, der ohne die geschuldete Leistung bestehen würde.¹⁶¹ Im Gegensatz zur Leistungspflicht, die in der Regel nur im Voraus vereinbart werden kann, wird hingegen bei der Schutzpflicht ihr Inhalt vor alldem nach Situation des Einzelfalls¹⁶² ex post bestimmt.¹⁶³ Dabei genügt es aber nicht, die bereits vorhandenen, vertragsfremden Rechtsgüter stets dem Integritätsinteresse zuzuordnen, vielmehr muss es durch ein hypothetisches Hinwegdenken der Leistung geschärft werden, so dass das, was im Ergebnis übrig bleibt, als Integritätsinteresse geschützt werden kann.¹⁶⁴ Da sie typischerweise nicht auf die konkrete Erbringung der Leistung bezogen sein muss, spricht man insoweit auch von der nicht leistungsbezogenen Nebenpflicht.¹⁶⁵ Ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer solchen Pflicht bezweckt auch primär den Ausgleich eines Vermögensnachteils, der über das Erfüllungsinteresse der Vertragsparteien an dem Erhalt der jeweils versprochenen Leistung

¹⁵⁶ Vgl. zur betreffenden dogmatischen Konstruktion näher MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 281 Rn. 75; BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 282 Rn. 52 ff. m.w.N.

¹⁵⁷ Als Oberbegriff für alle denkbaren Leistungshindernisse umfasst der Begriff der Pflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB die Verletzung der Leistungspflicht als auch die Verletzung sonstiger Verhaltens- oder Schutzpflicht des Schuldners, s. dazu *Emmerich*, LeistungsstörungenR, ⁶2005, § 20 Rn. 11.

¹⁵⁸ Vgl. zur Entstehung des § 241 Abs. 2 BGB Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 125 f.

¹⁵⁹ Vor der Schuldrechtsreform wurde die Verletzung der Schutzpflicht vor allem als positive Forderungsverletzung behandelt, s. *Emmerich*, LeistungsstörungenR, ⁶2005, § 22 Rn. 15.

¹⁶⁰ So *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, ²²2021, § 39 Rn. 5.

¹⁶¹ Vgl. dazu eingehend *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1, 21 ff.; im Ansatz bereits *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 752 f.

¹⁶² So die Bedeutung der Bezugnahme auf „Inhalt und Natur“ des Schuldverhältnisses in § 241 Abs. 2 BGB, vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 126.

¹⁶³ Vgl. näher *Grigoleit*, FS Canaris, 2007, Bd. 1, S. 275, 277 f.

¹⁶⁴ *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 752 f.; *Schwarze*, LeistungsstörungenR, ³2021, § 30 Rn. 2.

¹⁶⁵ Vgl. näher *Emmerich*, LeistungsstörungenR, ⁶2005, § 22 Rn. 18.

hinausgeht.¹⁶⁶ Daher ist sie als einfacher Schadenersatz auf der Grundlage des § 280 Abs. 1 BGB zu gewähren, ohne dass weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen.¹⁶⁷

b) Schutzpflichtverletzung und Vertretenmüssen

Was die Feststellung eines Verstoßes gegen die Schutzpflicht betrifft, so ist zunächst die Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen Schutzpflicht und Zurechenbarkeit zu berücksichtigen.¹⁶⁸ Da sich die Schutzpflicht hier in ihrem Umfang vor allem nach § 276 Abs. 2 BGB richtet, nämlich danach, ob der Schuldner die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat,¹⁶⁹ fällt sie insoweit oft mit dem Verschuldensvorwurf zusammen.¹⁷⁰ Auf Seiten des Vertretenmüssens sind grundsätzlich nur diese Umstände zu berücksichtigen, also ob ein unvermeidbarer Fehler vorliegt oder die Erfüllung der Verpflichtung für den Schuldner aufgrund besonderer Umstände unzumutbar ist.¹⁷¹

c) Die Abgrenzung zur Schlechtleistung

Eine Schutzpflichtverletzung kann auch in Betracht kommen, wenn die Leistung des Schuldners mangelhaft ist und daher die ureigenen Rechtsgüter des Gläubigers verletzt.¹⁷² Die Unterscheidung zwischen den beiden ist vor allem im Hinblick auf den besonderen Verjährungsmechanismus sinnvoll: So gilt für den Anspruch des Käufers aus der Lieferung einer mangelhaften Sache in der Regel die zweijährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB,¹⁷³ während für Schadenersatzansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB die dreijährige Regelverjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB gilt. In diesem Fall kann die besondere Verjährungsfrist aber nicht allein deshalb umgangen werden, weil die Leistung einer mangelhaften Sache auch als Verletzung einer Schutzpflicht gewertet werden kann,¹⁷⁴ vielmehr ist bei der Verletzung einer mangelbezogenen Nebenpflicht auch die besondere Gewährleistungsfrist entsprechend anzuwenden.¹⁷⁵

II. Obliegenheitsverletzung nach §§ 293 ff. BGB

Es kommt auch häufig vor, dass die Erfüllung seitens des Schuldners die Mitwirkung des Gläubigers erfordert, und wenn dieser die Mitwirkung verweigert, stellt sich dann die Frage,

¹⁶⁶ Vgl. z. B. BGH NJW 2018, 1746 Rn. 20.

¹⁶⁷ Hierzu näher unten C II 1 (S. 72 f.).

¹⁶⁸ Die Unterscheidung zwischen beiden wird allgemein als schwierig angesehen, s. dazu *Lorenz*, *Karlsruher Forum* 2005, 2006, S. 5, 39 f.

¹⁶⁹ *Looschelders*, 2. FS Canaris, 2017, S. 403, 409 f.; *Schwarze*, *LeistungsstörungenR*, 32021, § 30 Rn. 7.

¹⁷⁰ *Wagner*, *Neues SchuldR*, 2003, S. 203, 220.

¹⁷¹ *Canaris*, *Karlsruher Forum* 2002, 2003, S. 5, 31.

¹⁷² *Gsell*, *JZ* 2002, 1089, 1091 f.: „Die Leistung einer mangelhaften Sache wird also häufig gleichsam vom Schatten einer Schutzpflichtverletzung begleitet.“

¹⁷³ Diese Vorschrift tritt also an die Stelle des § 477 BGB a.F., s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 226; zur Notwendigkeit eines besonderen Verjährungsmechanismus für Mangerechte und zur Untauglichkeit der bloßen Statuierung einer Rügeobliegenheit, vgl. dazu *Ernst*, *ZRP* 2001, 1, 7 f.

¹⁷⁴ *Lorenz*, *NJW* 2002, 2497, 2500; *Gsell*, *JZ* 2002, 1089, 1091 f.

¹⁷⁵ *BeckOGK BGB/Riehm*, 1.7.2022, § 280 Rn. 169.

wie dieses „Fehlverhalten“ rechtlich zu bewerten ist. Das Fehlverhalten kann z.B. dazu führen, dass der Schuldner infolgedessen nicht zahlen kann, wobei die Pflichtverletzung des Schuldners - sofern nicht eine andere zurechenbare Tatsache vorliegt - keine Sanktion nach sich zieht. Handelt es sich bei der Mitwirkung um eine echte Rechtspflicht, so kann der Gläubiger dennoch für die Verletzung dieser Pflicht schadenersatzpflichtig sein. Andererseits ist die Mitwirkung des Gläubigers an der Leistung durch den Schuldner, die den Eintritt des erwarteten Leistungserfolges ermöglicht hat, *nicht*, wie der Begriff „Gläubiger“ nahelegt, Gegenstand einer „Pflicht“, weil er dazu normalerweise nicht verpflichtet ist. Zudem steht dem Schuldner in der Regel auch kein Recht zu, diese Mitwirkung zu verlangen. Die Verletzung dieser Mitwirkungspflicht und ihre Behandlung stellen daher einen von dem oben beschriebenen System der Pflichtverletzungen des Schuldners getrennten Problemkreis dar, dem der BGB-Gesetzgeber durch die Vorschriften über den Gläubigerverzug (§§ 293 ff. BGB) Rechnung trägt.¹⁷⁶

1. Gläubigerverzug als Obliegenheitsverletzung

Das vom deutschen Gesetzgeber ausgestaltete Regime des Gläubigerverzuges beruht zunächst auf der Vorstellung, dass der Gläubiger grundsätzlich nicht „verpflichtet“ ist, die vom Schuldner angebotene Leistung anzunehmen.¹⁷⁷ Vielmehr handelt es sich für ihn um eine sog. „Obliegenheit“,¹⁷⁸ also eine *Pflicht* mit geringeren Zwangsintensität, deren Verletzung in der Regel keine Schadensersatzsanktion, sondern nur Rechtsnachteile des Rechtsinhabers zur Folge hat.¹⁷⁹ Daher stellt die Nichtannahme keine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB dar, sondern lediglich die Nichtausübung eines „Rechts“, das dem Gläubiger zusteht.¹⁸⁰ Dieses Konzept wirkt sich tiefgreifend auf Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Verzuges des Gläubigers aus: Anders als der Verzug des Schuldners setzt dieser kein Verschulden oder einen anderen zurechenbaren Grund voraus,¹⁸¹ löst nicht denselben Sanktionsmechanismen aus wie eine Pflichtverletzung, und verleiht der anderen Partei auch nicht das Recht, dadurch von ihren eigenen Verpflichtungen befreit zu werden.

¹⁷⁶ Bei der Schuldrechtsreform 2002 bleibt dies *weitgehend* unverändert; krit. dazu NK-BGB/Schmidt-Kessel, § 293 Rn. 1: „ein Relikt des alten Schuldrechts“.

¹⁷⁷ *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899, Bd. II, S. 69, 71, 77. Dieses Konzept wurde zunächst von *Mommsen* eingeführt, dann von *Kohler* weiterentwickelt und schließlich von den Verfassern des BGB übernommen, s. dazu ausf. *Hüffer*, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, 1976, S. 6 ff.

¹⁷⁸ Grundlegend *Schmidt*, Die Obliegenheiten, 1953, S. 3 f.

¹⁷⁹ *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 257 ff.

¹⁸⁰ *Staudinger/Feldmann*, 2019, Vor §§ 293 ff. Rn. 1.

¹⁸¹ BGHZ 24, 91, 96; Grüneberg/Grüneberg, § 293 Rn. 1; MüKoBGB/Ernst, 2022, § 293 Rn. 22; *Huber*, Leistungsstörungen I, 1999, § 7 III 3 (S. 184 ff.).

2. Voraussetzungen

a) Notwendigkeit der Mitwirkung des Gläubigers

Zunächst muss die Leistung des Schuldners (das Eintreten des Leistungsergebnisses) die Mitwirkung des Gläubigers erfordern.

b) Ordnungsgemäßes Leistungsangebot

Nach § 293 BGB kommt der Gläubiger erst nur dann in Verzug, wenn ihm die Leistung *angeboten* wird. Dies setzt also die Leistungsbereitschaft und -fähigkeit¹⁸² des Schuldners voraus.¹⁸³ Bei vorübergehender Unmöglichkeit kommt der Verzug des Gläubigers nach § 297 BGB ebenfalls nicht in Betracht.¹⁸⁴

aa) Tatsächliches Angebot nach § 294 BGB

Nach § 294 BGB muss die Leistung grundsätzlich tatsächlich erfolgen, d. h. der Gläubiger braucht also nichts weiter zu tun, als zuzugreifen und die ihm angebotene Leistung anzunehmen.¹⁸⁵ Dies ist jedoch nicht wörtlich zu nehmen: So muss der Geldschuldner das Geld das Geld nicht aus der Tasche hervorholen, sondern es genügt, wenn er deutlich macht, dass er das Geld bei sich hat und bereit ist, es auszuhändigen.¹⁸⁶ Auch muss die Leistung am vereinbarten Zeitpunkt,¹⁸⁷ am vereinbarten Ort,¹⁸⁸ und mit dem Inhalt des Vertrages vollständig übereinstimmend - also „wie sie zu bewirken ist“ - erfolgen. Es genügt dabei nicht, den Willen zur Leistung zu haben, ohne ein tatsächliches Angebot zur Leistung.¹⁸⁹

bb) Wörtliches Angebot nach § 295 BGB

Der Schuldner kann ausnahmsweise die Leistung auch wörtlich anbieten, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde (§ 295 S. 1 Alt. 1 BGB).¹⁹⁰ Denn in einem solchen Fall wird das tatsächliche Angebot des Schuldners durch das ablehnende Verhalten des Gläubigers bereits überflüssig.¹⁹¹ Die Annahmeverweigerung stellt also eine zugangsbedürftige geschäftsähnliche Handlung dar,¹⁹² die inhaltlich eindeutig und bestimmt

¹⁸² RGZ 103, 13, 15.

¹⁸³ MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 293 Rn. 9, § 294 Rn. 2, § 295 Rn. 5.

¹⁸⁴ MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 297 Rn. 1.

¹⁸⁵ Vgl. zuletzt BGH NJW 2011, 224 Rn. 9.

¹⁸⁶ RGZ 85, 415, 416; *Schwarze*, LeistungsstörungenR, ³2021, § 36 Rn. 16.

¹⁸⁷ Bei einem vor Fälligkeit erfolgten Angebot kann der Gläubiger auch dadurch in Verzug geraten, dass er die Annahme verweigert, es sei denn, das Gesetz, das Rechtsgeschäft oder die Umstände sehen etwas anderes vor (vgl. § 271 Abs. 2 BGB). Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Gläubiger gem. § 299 BGB nicht durch eine lediglich vorübergehende Verhinderung der Abnahme in Verzug gerät, wenn der Schuldner ihm keine angemessene Frist zur Leistung vorher gesetzt hat. Dahinter steht vor allem die Erwägung, dass dem Gläubiger in der Regel nicht zugemutet werden kann, auf unbestimmte Zeit in einem Zustand der Annahmefähigkeit zu verharren, s. dazu *Grüneberg/Grüneberg*, § 299 Rn. 1.

¹⁸⁸ RGZ 108, 158, 160.

¹⁸⁹ RGZ 109, 324.

¹⁹⁰ Vgl. z. B. RGZ 103, 13, 15.

¹⁹¹ MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 295 Rn. 1.

¹⁹² BGH NJW 1999, 1110, 1112; *Grüneberg/Grüneberg*, § 295 Rn. 4.

sein muss. Erfordert die Leistung dann die besondere Mitwirkung des Gläubigers, so kann der Schuldner das Leistungsangebot nach § 295 S. 1 Alt. 2 BGB auch insoweit vereinfachen, als ein wörtliches Angebot ausreicht.¹⁹³ Wann die Leistung von der Mitwirkung des Gläubigers abhängig ist, bestimmt sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB.¹⁹⁴ In solchen Fällen kann der Schuldner nach § 295 S. 2 BGB auch den Gläubiger direkt auffordern, die erforderliche Handlung vorzunehmen, ohne ein mündliches Angebot zu machen, das die gleiche Wirkung wie ein Leistungsangebot hat.

cc) Entbehrlichkeit des Angebots nach § 296 BGB

Hat der Gläubiger eine Handlung innerhalb einer kalendermäßig bestimmten Frist/nach dem Kalender bestimmten Zeit vorzunehmen, diese aber nicht rechtzeitig vorgenommen, so ist das Angebot nach § 296 S. 1 BGB nicht erforderlich, d. h. es bedarf auch kein wörtliches Angebot. Das Gleiche gilt, wenn die Handlung vom Eintritt eines Ereignisses abhängt und der entsprechende Zeitraum ab dem Zeitpunkt des Ereignisses nach dem Kalender berechnet wird (vgl. § 296 S. 2 BGB). Die Vorschrift des § 296 BGB ergänzt daher § 295 S. 1 Alt. 2 BGB.¹⁹⁵

c) Nichtannahme der Leistung

Für die Feststellung des Gläubigerverzugs ist es ferner erforderlich, dass der Gläubiger die vom Schuldner angebotene Leistung nicht annimmt.¹⁹⁶ In diesem Zusammenhang umfasst die Leistungsannahme alle Formen der Beteiligung des Gläubigers an der Durchführung des Vertrages.¹⁹⁷ Das Unterlassen der erforderlichen Mitwirkung stellt dann eine Nichtannahme dar.¹⁹⁸ Hierfür genügt eine bloße Unterlassung, ohne dass es eine ausdrückliche Ablehnung durch den Gläubiger oder eine Angabe von Gründen für die Nichtannahme bedarf.¹⁹⁹ Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob die Unterlassung vom Gläubiger zu vertreten ist.²⁰⁰ Im Übrigen steht bei Zug-um-Zug-Leistungen das Nichtanbieten des Gläubigers für seine eigene Gegenleistung der Nichtannahme der Leistung gleich, wie in § 298 BGB vorgesehen.²⁰¹ Dies deutet darauf hin, dass hier das Angebot der Gegenleistung eine notwendige Mitwirkungshandlung des Gläubigers bei der Erbringung der ihm obliegenden Leistung darstellen kann.²⁰²

¹⁹³ Der Grund dafür ist, dass der BGB-Gesetzgeber nicht dem Schuldner das Risiko abverlangen will, dass die Aufwendungen des tatsächlichen Angebots ins Leere laufen, s. dazu *Schwarze*, LeistungsstörungenR, ³2021, § 36 Rn. 21.

¹⁹⁴ RGZ 168, 321, 327; MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 295 Rn. 8.

¹⁹⁵ MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 296 Rn. 1.

¹⁹⁶ Dies beruht auf der selbstverständlichen Prämisse, dass der Schuldner dem Gläubiger eine faire Chance zur Entgegennahme der Leistung ermöglichen muss, s. dazu *Canaris*, JuS 2007, 793, 795.

¹⁹⁷ *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 468 f. m.w.N.

¹⁹⁸ MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 293 Rn. 20.

¹⁹⁹ *Grüneberg/Grüneberg*, § 293 Rn. 10.

²⁰⁰ Zu beachten ist auch die Ergänzung des § 299 BGB, s. dazu MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 299 Rn. 1.

²⁰¹ Vgl. z. B. BGHZ 116, 244, 250.

²⁰² MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 298 Rn. 1.

3. Rechtsfolgen

a) Haftungsmilderung nach § 300 Abs. 1 BGB

Nach § 300 Abs. 1 BGB haftet der Schuldner während des Verzuges des Gläubigers nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.²⁰³ Dies wird als das Gegenstück zur Haftungsverschärfung des Schuldners im Falle des Verzuges (vgl. § 287 S. 1 BGB) gesehen.²⁰⁴ Dahinter steht vor allem die Erwägung, dass der Annahmeverzug in der Regel dem Risikobereich des Gläubigers zuzuordnen ist und dass es auch der Billigkeit entspricht, einen unterschiedlichen Sorgfaltsmaßstab zwischen der Erfüllung des ursprünglichen Leistungsprogramms und den durch den Gläubigerverzug entstandenen „zusätzlichen“ Pflichten anzuwenden.²⁰⁵ So gilt die Haftungsmilderung ihrem Umfang nach nur für die Verletzung der Leistungspflicht, d. h. für die Zerstörung oder Beschädigung des Leistungsgegenstandes.²⁰⁶ Für die Verletzung der in § 241 Abs. 2 BGB genannten Nebenpflichten, die nicht mit dem Leistungsgegenstand zusammenhängen, kommt sie dagegen nicht in Betracht.

b) Gefahrübergang

Bei einer Gattungsschuld geht die *Leistungsgefahr* mit dem Annahmeverzug auf den Gläubiger über, wie es in § 300 Abs. 2 BGB vorgesehen.²⁰⁷ Im Falle eines gegenseitigen Vertrages trägt der Gläubiger nach §§ 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2, 323 Abs. 6 Alt. 2 BGB mit dem Eintritt des Annahmeverzuges auch die Gegenleistungsgefahr.²⁰⁸ Auf diese Weise behält der Schuldner also seinen Anspruch auf die Gegenleistung auch dann, wenn seine Leistung später an einem zufälligen Leistungshindernis scheitert.²⁰⁹

c) Ersatz von Mehraufwendungen nach § 304 BGB

Darüber hinaus kann der Schuldner im Falle eines Gläubigerverzuges nach § 304 BGB Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die ihm durch das erfolglose Angebot sowie durch die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes anfallen. Der Umfang dieser Forderung beschränkt sich nur auf den Ersatz des tatsächlich entstandenen Mehraufwandes, soweit dieser objektiv notwendig ist.²¹⁰

²⁰³ So nach dem Vorbild des römischen Rechts, s. dazu *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1996, S. 820.

²⁰⁴ *Grüneberg/Grüneberg*, § 300 Rn. 2.

²⁰⁵ *Grunewald*, FS Canaris, 2007, Bd. 1, S. 329, 331 f.

²⁰⁶ NK-BGB/*Schmidt-Kessel*, § 300 Rn. 3; *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, 22/2021, § 41 Rn. 12.

²⁰⁷ Insoweit ist auch § 243 Abs. 2 BGB zu beachten, s. dazu *MüKoBGB/Ernst*, 2022, § 300 Rn. 4.

²⁰⁸ Hierzu näher unten D II 2 c) bb) (S. 101).

²⁰⁹ *Harke*, SchuldR AT, 2010, Rn. 205.

²¹⁰ BGH NJW 1996, 1464, 1465.

4. *Beendigung des Gläubigerverzuges*

Der Verzug des Gläubigers endet, wenn sich der Gläubiger bereit erklärt, die angebotene Leistung anzunehmen oder eine andere Mitwirkungshandlung vorzunehmen.²¹¹ Beim wörtlichen Angebot endet der Verzug des Gläubigers also, wenn er auf seine Ablehnung der Annahme verzichtet oder die erforderliche Mitwirkungshandlung vornimmt.²¹² Nun hat der Schuldner die Leistung nach § 294 BGB tatsächlich anzubieten, um den Verzug des Gläubigers fortzusetzen.²¹³

III. Beiderseitige Pflichtverletzungen

Ein Leistungshindernis kann nicht nur allein auf Seiten des Schuldners oder des Gläubigers auftreten, sondern kann auch gemeinsam von beiden Parteien²¹⁴ oder durch deren jeweilige Vertragsverletzung verursacht werden.²¹⁵ An dieser Stelle stellt sich in der Regel die Frage nach dem Zusammenspiel der jeweiligen Pflichtverletzungen²¹⁶ der Parteien. Dabei ist zunächst zu unterscheiden, ob jede Partei ein unabhängiges Hindernis geschaffen hat oder ob sie für dasselbe Hindernis gemeinsam verantwortlich sind.²¹⁷ Im ersten Fall gilt der sog. Grundsatz der getrennten Betrachtung,²¹⁸ während für den Letzteren der Rechtsgedanke des § 254 BGB herangezogen werden muss.

1. *Grundsatz der Einzelbetrachtung und seine Grenzen*

Nach dem Grundsatz der Einzelbetrachtung ist jede einzelne Störung (die jeweilige Verletzung beider Parteien oder die Mehrfachverletzungen einer Partei²¹⁹) grundsätzlich rechtliche getrennt zu beurteilen, d. h. „beiderseitige Pflichtverletzungen werden nicht gegeneinander aufgerechnet oder nach Treu und Glauben miteinander verknüpft, sondern jede für sich rechtlich bewertet und mit den dafür vorgesehenen rechtlichen Folgen versehen“.²²⁰

Dies bedeutet jedoch nicht, dass bei der individuellen Betrachtung der jeweiligen Grundvoraussetzungen nicht auch die Hindernisse der anderen Partei in bestimmten Fällen mitberücksichtigt werden können:²²¹ So kann die Nichteinhaltung des Vertrages durch eine Partei dazu führen, dass die andere Partei für ein von ihr zu verantwortendes Hindernis nicht

²¹¹ MüKoBGB/Ernst, 2022, § 293 Rn. 24.

²¹² MüKoBGB/Ernst, 2022, § 295 Rn. 6.

²¹³ Grüneberg/Grüneberg, § 295 Rn. 5.

²¹⁴ Im Folgenden wird vor allem von einem gegenseitigen Vertrag als Denkmodell ausgegangen.

²¹⁵ In der deutschen Literatur wird dieses Phänomen auch als „Gegenseitige Vertragsuntreue“ bezeichnet, s. dazu grundlegend Teubner, Gegenseitige Vertragsuntreue, 1975.

²¹⁶ Im Folgenden wird zur Vereinfachung nicht zwischen einer Vertragsverletzung bzw. einer Pflichtverletzung unterschieden, d. h. auch die Verletzung einer Obliegenheit seitens des Gläubigers wird also mit einbezogen.

²¹⁷ Schwarze, LeistungsstörungenR, 32021, § 38 Rn. 1 ff.

²¹⁸ Schwarze, LeistungsstörungenR, 32021, § 1 Rn. 20; MüKoBGB/Ernst, 2022, Vor § 275 Rn. 17.

²¹⁹ So BGH NJW 2016, 2493 Rn. 14.

²²⁰ Staudinger/Schwarze, 2019, § 282 Rn. 40.

²²¹ MüKoBGB/Ernst, 2022, Vor § 275 Rn. 17.

sanktioniert wird (sog. „Tu-quoque-Einwand“).²²² Andererseits kann die Pflichtverletzung der anderen Partei bereits durch die vorhergehende oder konkurrierende Pflichtverletzung einer Partei auf der Ebene der *Tatbestände* ausgeschlossen werden: Dies ist insbesondere bei gegenseitigen Verträgen der Fall, bei denen die Verletzung einer im Austauschverhältnis stehenden Leistungspflicht durch eine Partei der anderen Partei bereits das *Recht* gibt, ihre Gegenleistung *entsprechend*²²³ vorübergehend zu verweigern, wobei die Weigerung der letzteren, die Gegenleistung zu erbringen, keine Verletzung darstellt.²²⁴ Mit anderen Worten: Die Verletzung der einen Partei aufgrund der synallagmatischen Verknüpfung der beiderseitigen Leistungen lässt keinen Raum dafür, dass die darauffolgende „Gegenmaßnahme“ der anderen Partei als Pflichtverletzung angesehen werden kann. Hier gibt es also ein Vorüberlegungsverfahren, das bereits im Rahmen der Tatbestand „Durchsetzbarkeit“ des Anspruches bei der Feststellung der jeweiligen Pflichtverletzung behandelt wird, was bedeutet, dass, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, das Ergebnis ist, nur eine Partei infolgedessen ihre Verpflichtung verletzt.

2. Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit als Typische Fallgruppe

Was die Konstellationen betrifft, in denen beide Parteien für dasselbe Hindernis verantwortlich sind, so ist die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit der typische Fall.²²⁵ Dies ist noch im reformierten BGB nicht ausdrücklich vorgesehen,²²⁶ wofür in der Literatur eine Vielzahl von Lösungsansätzen entwickelt worden ist.²²⁷ Die zentrale Frage ist, wie der entstandene Schaden zwischen den Vertragsparteien aufgeteilt wird, was zunächst aufgrund des Gedankens von § 254 BGB entsprechend ihrer jeweiligen Verantwortung zu erfolgen hat.²²⁸ Dementsprechend wird der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 Abs. 3 BGB i.V.m. § 283 BGB²²⁹) entsprechend seinem Haftungsanteil nach Maßgabe des § 254 BGB gekürzt. Allerdings reicht der Rückgriff auf die Schadensverteilung nach Haftungsanteilen allein nicht aus, um zu einem eindeutigen Ergebnis zu gelangen,²³⁰

²²² Hierzu näher unten D II 1 g) (S. 99).

²²³ Insoweit ist die Reichweite des Synallagmas zu beachten.

²²⁴ Anders formuliert: Wenn also bei einem gegenseitigen Vertrag die Verletzung einer Partei vorab der anderen Partei die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§§ 320-322 BGB) eröffnet, wird die daraus resultierende Ablehnung der eigenen Gegenleistung der letzteren zugleich nicht mit einbezogen.

²²⁵ *Schwarze*, LeistungsstörungenR, ³2021, § 38 Rn. 5.

²²⁶ Vgl. zu den Gründen für diese Entscheidung *Canaris*, JZ 2001, 499, 511. Dabei ist zu beachten, dass § 326 Abs. 2 S. 1 BGB vorsieht, dass der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung behält, wenn der Gläubiger das Leistungshindernis ganz oder überwiegend zu vertreten hat, wohingegen diese Bestimmung nicht gilt, wenn beide Parteien *gleichermaßen* verantwortlich sind, s. dazu *Canaris*, FS E. Lorenz, 2004, S. 147, 158 f.

²²⁷ Vgl. die Darstellung bei Staudinger/*Schwarze*, 2020, § 326 Rn. C 105 ff.

²²⁸ *Canaris*, FS E. Lorenz, 2004, S. 147, 148 f.; *Schwarze*, LeistungsstörungenR, ³2021, § 38 Rn. 4.

²²⁹ Im Folgenden wird nur der Fall der nachträglichen Unmöglichkeit erörtert, wobei das entsprechende Lösungsmodell ohne weiteres auch auf den Fall der anfänglichen Unmöglichkeit übertragen werden kann, s. auch *Canaris*, FS E. Lorenz, 2004, S. 147, S. 148 Fn. 8.

²³⁰ *Canaris*, FS E. Lorenz, 2004, S. 147, 150 f.

weil nicht nur der Schaden nach Haftungsanteilen verteilt werden muss, sondern auch die Auswirkung auf das Austauschverhältnis und die Gegenleistung zu präzisieren ist.²³¹

Dabei stellt sich die folgende Frage, ob der Schuldner weiterhin die Gegenleistung verlangen kann, und wenn ja, ob diese entsprechend der Haftungsverteilung in voller Höhe oder entsprechend der Haftungsverteilung ebenfalls zu kürzen ist,²³² und wenn nicht, wie der von ihm dadurch erlittene Schaden abgedeckt werden soll.

a) § 326 Abs. 2 BGB als Ausgangspunkt

Erstens ist in § 326 Abs. 2 BGB keine rechtliche Lösung vorgesehen, soweit die Unmöglichkeit von beiden Parteien zu vertreten ist.²³³ Demzufolge erlischt der Anspruch des Schuldners auf Gegenleistung gem. § 326 Abs. 1 BGB automatisch, unabhängig davon, ob er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat.²³⁴ Handelt es sich bei der Gegenleistung um Geld, so kann sie zwar durch den Schadensersatzanspruch des Gläubigers nach der Subrogationsmethode „wiederbelebt“ werden; enthält sie jedoch einen vertraglichen Gewinn, so muss dieser ebenfalls um den Anteil des Schuldners an der Verantwortung gekürzt werden und unterscheidet sich daher nicht von dem Ergebnis der Anwendung der Differenzlehre.²³⁵

Handelt es sich bei der Gegenleistung aber nicht um Geld, so ist die Subrogationsmethode abzulehnen, weil sie - anders als in den Fällen, in denen die Unmöglichkeit allein vom Schuldner zu vertreten ist - dazu führen würde, dass das Risiko der Verwertung dieser Gegenleistung vollständig vom Schuldner getragen wird, was mit dem Konzept der Haftungszuweisung unvereinbar wäre. was mit dem Gedanken der anteiligen Mitverantwortung unvereinbar ist.²³⁶ Daher geht es nur um die Frage, ob der Schuldner den Verlust seines Anspruchs auf Gegenleistung als *Schaden* geltend machen kann.

b) Schadensersatz statt der Gegenleistung?

Voraussetzung für den Ersatz dieses Schadens ist die Verletzung einer *Pflicht* des Gläubigers. Die bloße Verletzung einer Obliegenheit genügt aber noch nicht. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die oben angeführten Bestimmungen über den Gläubigerverzug nur ein „begrenzt Sanktionensystem für den Fall der der unterlassenen Mitwirkung“ vorsehen,²³⁷ aber kein Monopol auf ihre Rechtsfolgen darstellen, so dass eine Missachtung der Mitwirkung des Gläubigers auch als eine echte *Pflichtverletzung* bewertet werden kann.

Dies ist hier der Fall, wobei das Fehlverhalten des Gläubigers, der das Vermögen schädigt und damit die Leistungsfähigkeit der anderen Partei beeinträchtigt (und darüber hinaus zum

²³¹ Schwarze, LeistungsstörungenR, ³2021, § 38 Rn. 6.

²³² Schwarze, LeistungsstörungenR, ³2021, § 38 Rn. 6.

²³³ Canaris, FS E. Lorenz, 2004, S. 147, 158 f.; zu § 323 Abs. 6 BGB, vgl. BGH BeckRS 2015, 1272 Rn. 10.

²³⁴ Hierzu näher unten D II 2 a) (S. 99 f.).

²³⁵ Canaris, FS E. Lorenz, 2004, S. 147, 173 ff.

²³⁶ Canaris, FS E. Lorenz, 2004, S. 147, 176 ff.

²³⁷ Hartmann, Die unterlassene Mitwirkung des Gläubigers, 1997, S. 45.

Verlust des Anspruchs auf die Gegenleistung führt), eine Verletzung der Schutzpflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB darstellen kann.²³⁸ Folglich kann der Schuldner gem. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 242 Abs. 2 BGB „Schadensersatz statt der Gegenleistung“ verlangen und den Betrag seiner Forderung ebenfalls um seinen Verantwortungsanteil kürzen lassen (§ 254 BGB).²³⁹

IV. Störung der Geschäftsgrundlage

Wenn die Parteien einen Vertrag schließen, einigen sie sich in der Regel nicht nur den Inhalt des Vertrages, sondern auch gehen darüber hinaus vom Vorliegen oder Eintreten bestimmter Rechtsverhältnisse aus.²⁴⁰ Diese Vertragsgrundlage kann aber von Anfang an nicht bestehen oder durch nachträglich eingetretene oder bekannt gewordene Umstände so erheblich gestört werden, dass eine Erfüllung zu den ursprünglichen Bedingungen unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, nicht mehr zumutbar erscheint.²⁴¹ Danach ist ein Eingreifen des Gesetzes erforderlich. Da ein solches Hindernis also nichts mit einer Störung der zu erbringenden Leistung zu tun hat, sondern eher eine Leistungsstörung auf Ebene des Vertrages darstellt, kann es auch als *Störung des Vertrages*²⁴² bezeichnet werden.

1. Voraussetzungen

Im deutschen Recht bezieht sich der Wegfall der Geschäftsgrundlage auf Hindernisse, die sich aus einer Diskrepanz zwischen Realität und Vorstellung ergeben.²⁴³

a) Geschäftsgrundlage

Unter Geschäftsgrundlage versteht man zunächst die bestehenden gemeinsame Vorstellungen beider Parteien bei Vertragsschluss oder die Vorstellung der einen Vertragspartei vom Vorhandensein oder künftigen Eintritt gewisser Umstände, die für die andere Vertragspartei erkennbar sind und von ihr nicht bestritten werden, sofern der Geschäftswille der Parteien auf einer solchen Vorstellung beruht.²⁴⁴ Sie kann also nicht sein, was die Parteien vereinbart haben, sondern nur das, was sie ihrer Vereinbarung zu Grunde gelegt haben.²⁴⁵ Dabei sind auch bloß einseitige Motive oder Vorstellungen, die der anderen Partei noch nicht bekannt sind, irrelevant.²⁴⁶ Neben den obigen subjektiven Kriterien kann die Geschäftsgrundlage aber

²³⁸ Canaris, FS E. Lorenz, 2004, S. 147, 160; a.A. MüKoBGB/Ernst, 2022, § 326 Rn. 83; offen gelassen in BGH BeckRS 2015, 1272.

²³⁹ Canaris, FS E. Lorenz, 2004, S. 147, 161; Medicus/Lorenz, SchuldR AT, ²²2021, § 35 Rn. 33; Looschelders, SchuldR AT, ²⁰2022, § 35 Rn. 14; krit. dagegen Schwarze, LeistungsstörungenR, ³2021, § 38 Rn. 12 ff.

²⁴⁰ MüKoBGB/Finkenauer, 2022, § 313 Rn. 1; Looschelders, SchuldR AT, ²⁰2022, § 37 Rn. 2.

²⁴¹ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 174.

²⁴² So Medicus, JuS 2003, 521.

²⁴³ Schwarze, LeistungsstörungenR, ³2021, § 6 Rn. 3.

²⁴⁴ BGH NJW 2012, 1718 Rn. 26; NJW-RR 2006, 1037 Rn. 9; BGHZ 163, 42, 48; 131, 209, 214; 84, 1, 8 f.

²⁴⁵ Vgl. BGHZ 190, 212, 220 (Rn. 21); Schwarze, LeistungsstörungenR, ³2021, § 6 Rn. 6; a.A. MüKoBGB/Finkenauer, 2022, § 313 Rn. 9: „eine Frage der Vertragsauslegung“.

²⁴⁶ Medicus/Lorenz, SchuldR AT, ²²2021, § 42 Rn. 7.

auch nach rein objektiven Kriterien beurteilt werden.²⁴⁷ Entscheidend ist dabei, ob das Vorhandensein oder Fortdauer bestimmter Umstände erforderlich ist, damit der Vertrag nach der Intention der Parteien noch als sinnvolle Regelung aufrechterhalten werden kann.²⁴⁸

b) Schwerwiegende Veränderung der Umstände oder Fehlen der wesentlichen Vorstellungen

Für die Anwendung von § 313 Abs. 1 BGB ist noch davon auszugehen, dass sich die Umstände, die dem Vertrag zugrunde lagen, seit dem Vertragsschluss wesentlich geändert haben. Nicht jede geringfügige Änderung der Umstände oder Abweichung in den Vorstellungen kann also dazu führen, dass die Beständigkeit eines Vertrages in Frage gestellt wird; vielmehr muss die Änderung oder Abweichung so wesentlich sein, dass kein Zweifel daran bestehen kann, dass die Parteien den Vertrag nicht oder mit einem anderen Inhalt geschlossen hätten, wenn sie die Änderung vorhergesehen hätten.²⁴⁹

c) Keine andere vertraglichen und gesetzlichen Risikozuweisung

Ferner macht § 313 Abs. 1 BGB die vertragliche und gesetzliche Risikoverteilung²⁵⁰ zu einem Beurteilungskriterium: Obwohl dessen Wortlaut darauf hinzudeuten scheint, dass sie nur im Rahmen der Bestimmung der Rechtsfolgen zu prüfen ist, kommt sie aber bereits auf der Ebene der Tatbestandsmerkmale zum Tragen.²⁵¹ Wenn sich also ein Risiko realisiert, das nach dem Vertrag in den Risikobereich einer Partei fällt, dann gibt es keinen Raum, eine Störung der Geschäftsgrundlage in Betracht zu ziehen.²⁵² So liegt das Verwendungsrisiko bezüglich der Pachtsache grundsätzlich beim Mieter, d. h. wenn sich aufgrund nachträglicher Umstände, wie z.B. eines Rauchverbots, die Gewinnerwartung nicht realisiert, dann handelt es sich lediglich um eine Verwirklichung des typischen Risikos.²⁵³ Ebenso können vorhersehbare Umstände, wenn sie z.B. durch eine Anpassungsklausel berücksichtigt werden können hätten, in der Regel die Anpassung nach § 313 Abs. 1 BGB ausschließen, da davon auszugehen ist, dass die Parteien das Risiko ihres Eintritts bereits übernommen haben.²⁵⁴ Hat der Beeinträchtigte selbst eine entscheidende Änderung der Verhältnisse herbeigeführt, kann

²⁴⁷ Sog. objektive Geschäftsgrundlage, s. dazu *Looschelders*, *SchuldR AT*, 2022, § 37 Rn. 9.

²⁴⁸ S. näher *Larenz*, *SchuldR AT*, 1987, § 21 II (S. 324 ff.).

²⁴⁹ *MüKoBGB/Finkenauer*, 2022, § 313 Rn. 58.

²⁵⁰ Wenn und soweit es um Fehlvorstellungen geht, deren Auswirkung auf den Vertrag der Gesetzgeber bereits durch die Aufstellung bestimmter gesetzlicher Regeln wie z.B. besonderer Mängelgewährleistungsregelungen zu erfassen versucht hat, dann ist die Anwendung der Grundlagenstörung ausgeschlossen, s. *BGHZ* 220, 19, 24 (Rn. 15).

²⁵¹ *MüKoBGB/Finkenauer*, 2022, § 313 Rn. 59; *Soergel/Teichmann*, 2014, § 313 Rn. 35: ein „negatives Tatbestandsmerkmal“.

²⁵² *BGH NJW* 2014, 3439 Rn. 22; *NJW-RR* 2011, 916 Rn. 17.

²⁵³ *BGH NJW* 2011, 3151 Rn. 9.

²⁵⁴ *BGH NJW* 2014, 3439 Rn. 25; *BeckOK BGB/Lorenz*, 1.11.2022, § 313 Rn. 29; a.A. *Schwarze*, *LeistungsstörungenR*, 2021, § 6 Rn. 20.

er sich ebenfalls nicht auf die Störung der Geschäftsgrundlage berufen.²⁵⁵ Als solche Risikoübernahme ist im Übrigen auch die Vereinbarung eines Festpreises anzusehen.²⁵⁶

d) Unzumutbarkeit für eine Partei

Schließlich kann nicht jede einschneidende Änderung der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden oder gemeinsam erwarteten Umstände eine Vertragsanpassung oder -beendigung rechtfertigen.²⁵⁷ Vielmehr muss es auch so sein, dass einer Partei die Einhaltung eines unveränderten Vertrages gem. § 313 Abs. 1 BGB nicht zugemutet werden kann. Wann dies der Fall ist, ist also unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu bestimmen.²⁵⁸

2. Rechtsfolgen

a) Vertragsanpassung als primäre Rechtsfolge

Nach § 313 Abs. 1 BGB haben die Parteien *zunächst* die Möglichkeit,²⁵⁹ die Anpassung des Vertrages zu verlangen.²⁶⁰ Im Gegensatz zur Rechtslage vor der Kodifizierung findet die Anpassung nun also nicht mehr kraft Gesetzes statt,²⁶¹ sondern die Parteien sollten dazu veranlasst werden, über die Anpassung zu verhandeln.²⁶² Das bedeutet, dass das Vorliegen einer Störung der Geschäftsgrundlage im Einzelfall nicht mehr von Amts wegen geprüft wird, sondern davon abhängt, ob der Verpflichtete im Wege der Einrede eine Vertragsanpassung geltend macht.²⁶³ Auch hängt der Anspruch auf Anpassung oder seine gerichtliche Durchsetzung nicht von früheren Verhandlungsversuchen ab.²⁶⁴

Dazu kann der Inhaber dieses Anpassungsrechts auch die von ihm vorgenommene Vertragsänderung zum Gegenstand einer Klage machen oder unmittelbar auf die angepasste Leistung klagen.²⁶⁵ Inhaltlich zielt die Anpassung also auf eine angemessene Verteilung der

²⁵⁵ Vgl. BGH NJW 2016, 3718 Rn. 23; BGHZ 129, 297, 310; 152, 114; MüKoBGB/*Finkenauer*, 2022, § 313 Rn. 75; einschränkend aber *Schwarze*, LeistungsstörungenR, ³2021, § 6 Rn. 21.

²⁵⁶ Vgl. z. B. BGHZ 129, 236, 253.

²⁵⁷ BGH NJW 2012, 1718 Rn. 30.

²⁵⁸ Nach der in der Rechtsprechung häufig angeführten Formel kommt die Störung der Geschäftsgrundlage nur unter außergewöhnlichen Umständen in Betracht, wenn es darum geht, ein untragbares Ergebnis zu vermeiden, das mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden und damit der benachteiligten Partei nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist, s. dazu BGHZ 84, 1, 9; krit. aber zu Recht MüKoBGB/*Finkenauer*, 2022, § 313 Rn. 76: „unbrauchbar“.

²⁵⁹ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 175 : die Anpassung an die veränderten Umstände als „vorrangige Rechtsfolge“.

²⁶⁰ MüKoBGB/*Finkenauer*, 2022, § 313 Rn. 85; a.A. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 176 : „nur die benachteiligte Vertragspartei“; ebenso BeckOGK BGB/*Martens*, 1.10.2022, § 313 Rn. 125 ; *Schwarze*, LeistungsstörungenR, ³2021, § 6 Rn. 5.

²⁶¹ Vgl. zur bisherigen Rechtslage *Köhler*, FG 50 Jahre BGH, 2000, S. 295, 307 ; *Lorenz/Riehm*, Neues SchuldR, 2002, Rn. 397; *Emmerich*, LeistungsstörungenR, ⁶2005, § 29 Rn. 6.

²⁶² Sog. Anspruchslösung, vgl. nur Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 176.

²⁶³ BGH NJW 2010, 1663 Rn. 16.

²⁶⁴ *Schwarze*, LeistungsstörungenR, ³2021, § 6 Rn. 31.

²⁶⁵ BGHZ 191, 139, 149 (Rn. 34).

eingegangenen Risiken zwischen den Parteien ab.²⁶⁶ Im Übrigen handelt sich hier um eine vertragliche Mitwirkungspflicht, deren Verletzung den Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen kann.²⁶⁷

b) Vertragsaufhebung

Nach § 313 Abs. 3 S. 1 BGB kann die benachteiligte Partei erst vom Vertrag zurücktreten, wenn eine Anpassung des Vertrages nicht möglich oder für einen Teil nicht zumutbar ist.²⁶⁸ Dieses nachrangige Verhältnis beruht also auf der Tatsache, dass die Auflösung eines Vertrages tiefer in die Privatautonomie eingreift als die Anpassung des Vertrages.²⁶⁹ An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse auch das Recht zur Kündigung (vgl. § 313 Abs. 3 S. 2 BGB).

²⁶⁶ Lorenz/Riehm, Neues SchuldR, 2002, Rn. 399.

²⁶⁷ BGHZ 191, 139, 149 (Rn. 33); a.A. MüKoBGB/Finkenauer, 2022, § 313 Rn. 122 ; BeckOGK BGB/Martens, 1.10.2022, § 313 Rn. 133 ff.; Looschelders, SchuldR AT, 2022, § 37 Rn. 18.

²⁶⁸ Insofern wollte der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform die bisherige Rechtslage nicht ändern, vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 176.

²⁶⁹ PWW/Stürmer, § 313 Rn. 28.

B. Der Erfüllungsanspruch und sein Vorrangstatus

I. Der Erfüllungsanspruch des Gläubigers

Ein klassisches Thema des Rechtsvergleichs ist der Erfüllungsanspruch,¹ für den die Bestimmungen des deutschen Rechts das typische und ideale Vergleichsobjekt sind.²

1. Die Leistungspflicht des Schuldners nach § 241 Abs. 1 BGB

Als Ausgangspunkt dient die Leistungspflicht des Schuldners, die für die Bestimmung des Inhalts des Erfüllungsanspruches eine entscheidende Rolle spielt.³ Dies wird in der Regel von den Parteien im Vertrag ausdrücklich vereinbart und kann ggf. durch ergänzende Vertragsauslegung ermittelt werden.⁴ Der Zweck der Leistungspflicht besteht vor allem darin, die Vermögenslage des Gläubigers zu verändern.⁵ Sie dient dem Äquivalenzinteresse des Gläubigers, d. h. dem Interesse an der Erwartung, den Leistungserfolg vollständig zu erhalten.⁶ Dieser Zweck kann aber nur dann erreicht werden, wenn das ursprüngliche Leistungsprogramm *in Natur* durchgesetzt werden kann (sog. Leistungspflicht *in natura*).⁷ Dabei ist bei dieser Naturalerfüllungspflicht zu unterscheiden zwischen der freiwilligen Erfüllung durch den Schuldner als Ausprägung des „Leistensollens“ einerseits und der Möglichkeit ihrer zwangsweisen Erfüllung andererseits.⁸ Nur die *Erzwingbarkeit* der Primärleistungspflicht stellt also das typische Merkmal des deutschen Rechts dar.⁹

2. Der Erfüllungsanspruch des Gläubigers

a) Der Erfüllungsanspruch als Korrespondenz zur Leistungspflicht

Spiegelbildlich zur obigen *Erzwingbarkeit* der Leistungspflicht steht dem Gläubiger auch ein Erfüllungsanspruch nach § 241 Abs. 1 BGB zu.¹⁰ Dieses „Verlangenkönnen“ bedeutet für ihn also nicht nur eine bloße Anforderung zur Leistung, sondern auch ggf. die zwangsweise Durchsetzung seines Erfüllungsanspruches.¹¹ Dieser mit dem Erfüllungsanspruch verbundene

¹ Vgl. z. B. *Flessner*, FS Bucher, 2009, 145: „ein *Liebling* der Rechtsvergleichung“.

² So *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, 1964, S. 375: „Rückgrat der Obligation“.

³ Zur Funktion einer materiellen Primärpflicht zur Naturalleistung, vgl. *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 219 ; zu beachten ist dabei, dass die Unmöglichkeitregelung nur für die Leistungspflicht gilt, s. dazu *MüKoBGB/Ernst*, 2022, § 275 Rn. 12.

⁴ Vgl. zur Ergänzungsbedürftigkeit der Leistungspflicht *Schwarze*, LeistungsstörungenR, 32021, § 3 Rn. 1 ff.

⁵ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 125; *Staudinger/Olzen*, 2019, § 241 Rn. 145.

⁶ *Erman/Martens*, § 241 Rn. 2.

⁷ Vgl. zur Naturalerfüllung als Vertragszweck *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 343 f. ; zum Vorrang der Naturalerfüllungspflicht des Schuldners *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 220 f.

⁸ Vgl. zur Trennung zwischen Leistungspflicht im Sinne des Leistensollens und Anspruch im Sinne des Verlangenkönnen *Riehm*, 2. FS Canaris, 2017, S. 345, 351 ff.

⁹ *Rütten*, FS Gernhuber, 1993, S. 939 ff.

¹⁰ *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 221 f. ; *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 381 f. ; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 31996, S. 469; *MüKoBGB/Bachmann*, 2022, § 241 Rn. 13; a.A. *PWW/Kramme*, § 241 Rn. 22.

¹¹ *Riehm*, 2. FS Canaris, 2017, S. 345, 354.

Rechtswang tritt erst mit der Fälligkeit ein;¹² vorher kann der Gläubiger die Leistung nicht verlangen.¹³ Dies ergibt sich deutlich aus dem BGB festgelegten Fälligkeitsbegriff, der sich auf den Zeitpunkt bezieht, ab dem der Gläubiger die Leistung *fordern* kann.¹⁴ Soweit die Parteien nicht anders vereinbaren oder gesetzlich nicht anders vorgesehen, tritt sie *sofort* ein (§ 271 Abs. 1 BGB). Danach kann der Gläubiger ab Fälligkeit *stets* die Leistung durch den Schuldner erzwingen,¹⁵ unabhängig davon, ob eine Pflichtverletzung vorliegt oder nicht.¹⁶ Dazu entfaltet diese Korrespondenz auch eine Doppelfunktion: Zum einen wird der Inhalt des primären Erfüllungsanspruches durch den Inhalt der Leistungspflicht bestimmt; zum anderen ist im Falle der Unmöglichkeit nur der Erfüllungsanspruch im Sinne des „Verlangenkönnens“ ausgeschlossen, während die Leistungspflicht im Sinne des „Leistensollens“ noch fortbestehen¹⁷ und weiterhin Grundlage für einen Sekundäranspruch sein kann.¹⁸

b) Der Erfüllungsanspruch als Primäranspruch

Im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen¹⁹ ist der Erfüllungsanspruch im deutschen Recht als *Primäranspruch* des Gläubigers ausgestaltet.²⁰ Dies liegt vor allem an dessen strukturellen Unterschied zum anderen Rechtsbehelfen, d. h. als ein unmittelbar aus dem Vertragsschluss entstandenes subjektives Recht ist der Erfüllungsanspruch keine auf einer Pflichtverletzung beruhende Sanktion.²¹ Dies hindert jedoch nicht daran, das Erfüllungsbegehren nach Vertragsverletzung ebenfalls als Rechtsbehelf zu betrachten,²² wenn man den Charakter der Sanktion im Erfüllungszwang selbst sieht, was zur Folge hat, dass der Erfüllungsanspruch vom primären Recht abgekoppelt ist. Der praktische Unterschied zwischen den beiden Sichtweisen liegt vor allem in der Beweislastverteilung:²³ Wenn man davon ausgeht, dass die Klagbarkeit (o.ä.) des Erfüllungsanspruches *erst* durch eine Vertragsverletzung ausgelöst wird, dann trägt der Erfüllung begehrende Gläubiger die Beweislast dafür, dass der Schuldner seine Pflichten verletzt hat; dies steht jedoch im Widerspruch zu der in § 363 BGB

¹² Riehm, 2. FS Canaris, 2017, S. 345, 363.

¹³ Winkelmann, Der Anspruch, 2021, S. 156.

¹⁴ MüKoBGB/Krüger, 2022, § 271 Rn. 2.

¹⁵ Zu den Grenzen dieses Erfüllungszwangs, vgl. näher unten B II (S. 46 ff.).

¹⁶ Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 243; a.A. Winkelmann, Der Anspruch, 2021, S. 156, 183, 398 ff., der davon ausgeht, dass für die Anspruchsentstehung neben der Fälligkeit der Leistung noch die bloße Nichterfüllung des Schuldners erforderlich ist.

¹⁷ Vgl. aber Bach, Leistungshindernisse, 2017, S. 30 f.

¹⁸ Vgl. zur Trennung des Schicksals des Erfüllungsanspruches und der Leistungspflicht in diesem Sinne näher Riehm, 2. FS Canaris, 2017, S. 345, 351 ff.

¹⁹ Vgl. zum Vergleich der Struktur des Erfüllungsanspruches des BGB mit dem Common Law und DCFR Weller, JZ 2008, 764 ff.

²⁰ Vgl. zur Dogmatik des Primäranspruches umfassend Unberath, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 241 ff.

²¹ Vgl. zur modernen Anspruchsdogmatik des BGB näher Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 371 ff.

²² So Schlechtriem/Schmidt-Kessel, SchuldR AT, ⁶2005, Rn. 459, 465; Huber, AcP 210 (2010), 319, 330; Harke, SchuldR AT, 2010, Rn. 163.

²³ Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 243 f.; Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 404 f.

festgelegten Verteilung der Beweislast.²⁴ Daher entspricht das klagbare Erfüllungsanspruchsmodell²⁵ eher dem geltenden System des BGB als das Rechtsbehelfsmodell.²⁶ Im Übrigen unterscheidet der deutsche Gesetzgeber nicht zwischen Geld- und Sachleistungen im Zusammenhang mit der Gewährung des Erfüllungsanspruches.²⁷

3. Der Nacherfüllungsanspruch des Gläubigers

Im deutschen Recht wird von dem Gesetzgeber neben dem Erfüllungsanspruch auch das Institut des Nacherfüllungsanspruches²⁸ anerkannt,²⁹ der bei einer Schlechtleistung oft eine wichtige Rolle spielt.³⁰ Denn das Hindernis liegt hier also nicht in der Nichtleistung trotz Fälligkeit, sondern in der Mangelhaftigkeit der vom Schuldner bereits erbrachten Leistung, so dass dort, wo die Verpflichtung zur mangelfreien Leistung in die ursprüngliche Leistungspflicht integriert ist,³¹ der Nacherfüllungsanspruch als logische Konsequenz anerkannt werden muss,³² um die mangelhafte Leistung in den mangelfreien Zustand wiederherzustellen.³³ Insbesondere der durch die Schuldrechtsreform eingeführte neue kaufrechtliche Nacherfüllungsanspruch hat die Struktur des Leistungsstörungenrechts erheblich beeinflusst. Daher wird im Folgenden vor allem auf diese Regelung eingegangen, wobei die in anderen Verträgen vorgesehenen Nacherfüllungsansprüche nur begrenzt berücksichtigt werden.

a) Das Verhältnis zwischen Erfüllung und Nacherfüllung

Was diesen neu eingeführte Nacherfüllungsanspruch betrifft, so stellt sich zunächst die Frage nach seinem Verhältnis zum ursprünglichen Leistungsanspruch: Obwohl dieser auch im Katalog der Rechtsbehelfe des § 437 BGB aufgeführt ist, bedeutet dies jedoch nicht, dass es sich dabei um einen Rechtsbehelf wegen mangelhafter Leistung handelt.³⁴ Denn wie der primäre Erfüllungsanspruch bezieht sich der Nacherfüllungsanspruch ebenfalls auf die Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB) und erfordert infolgedessen nicht die zusätzlichen Tatbestandsmerkmale, die für andere Sekundärrechtsbehelfe gelten.

²⁴ Nach § 363 BGB obliegt die Beweislast für die Nichterfüllung erst dann dem Gläubiger, wenn er eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung annimmt.

²⁵ Vgl. zum Modell des klagbaren Erfüllungsanspruches des BGB näher *Weller*, JZ 2008, 764, 765 ff.

²⁶ *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 246; *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 395 ff.; *Sutschet*, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2006, S. 17.

²⁷ *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 242.

²⁸ Vgl. z. B. §§ 439, 635 BGB.

²⁹ Im Reisevertragsrecht wird dieser Anspruch auch als Recht auf Abhilfe (§ 651k BGB) bezeichnet, das im Allgemeinen als ein dem Nacherfüllungsanspruch im Kauf- und Werkvertragsrecht ähnliches Recht angesehen wird, s. dazu *MüKoBGB/Tonner*, 2020, § 651k Rn. 10.

³⁰ *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 232.

³¹ Insbesondere durch die Einführung des § 433 Abs. 1 S. 2 BGB wird das *bisherige* Hindernis beseitigt, dem Käufer einen Anspruch auf Nacherfüllung zu gewähren, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 209.

³² BeckOK BGB/*Faust*, 1.11.2022, § 433 Rn. 40.

³³ Vgl. z.B. BGHZ 186, 330, 332 (Rn. 10).

³⁴ *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 246.

Gegenüber der Erfüllung der ursprünglichen Leistung weist die Nacherfüllung jedoch noch einige Unterschiede auf, wie das Käuferwahlrecht des § 439 Abs. 1 BGB, die besondere Verjährungsregelung des § 438 BGB, den Übergangstatbestand des § 440 BGB, die Einrede der Unverhältnismäßigkeit des § 439 Abs. 4 BGB, usw. Aus diesem Grund wird der Nacherfüllungsanspruch im Allgemeinen als „modifizierter“ Erfüllungsanspruch angesehen.³⁵

b) Inhalt der Nacherfüllung

aa) Nachbesserung

Als Nacherfüllung kann der Gläubiger zunächst die Nachbesserung des gelieferten Gegenstandes verlangen (§ 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB).³⁶ Dies obliegt auch den nichtgewerblichen Verkäufern oder Händlern, denen keine Reparaturwerkstatt zur Verfügung steht.³⁷ Durch die Reparatur hat der Schuldner den Leistungsgegenstand in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen.³⁸ Dabei genügt eine Verbesserung des bestehenden Mangelzustandes nicht, sondern nur dessen vollständige und dauerhafte Beseitigung.³⁹ Wenn der Mangel aber nicht vollständig behoben werden kann, und eine Ersatzlieferung einer gleichartigen Sache auch ausgeschlossen ist,⁴⁰ steht es dem Käufer als „Residuum“ des Nachbesserungsanspruches⁴¹ auch frei, eine noch mögliche *Ausbesserung* zu verlangen und ggf. Ersatz für das dadurch verbleibende Minderwert zu fordern.⁴²

bb) Nachlieferung

Neben der Beseitigung eines bestehenden Mangels kann die Nacherfüllung auch in Form der Ersatzlieferung eines mangelfreien Gegenstandes erfolgen, was allgemein als Anspruch auf Nachlieferung bezeichnet wird (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB). Was den Anwendungsbereich dieses Anspruches anbelangt, so wurde dieser früher als ein Monopol des Gattungskaufs erachtet,⁴³ aber heute wird diese Auffassung jedoch durch die Gleichstellung vom Stück- und

³⁵ *Canaris*, in: ders. (Hrsg.), *Schuldrechtsreform 2002*, 2002, S. XXV; *BeckOGK BGB/Höpfner*, 1.12.2022, § 439 Rn. 5 m.w.N.

³⁶ Ein Anspruch auf Nachbesserung steht dem Käufer nach dem § 462 BGB a.F. nicht zu, wenn der Verkäufer eine mangelhafte Sache liefert, s. dazu *Soergel/Huber*, 1991, Vor § 359 Rn. 16. Diese Rechtslage wurde als unvereinbar mit der Rechtswirklichkeit angesehen, denn beim Auftreten eines Mangels will der Käufer regelmäßig nicht sofort die Rückgängigmachung des Vertrages oder die Herabsetzung des Kaufpreises, sondern die Nachbesserung oder den Umtausch, so dass der Reformgesetzgeber mit der Einführung des § 439 BGB die Unzulänglichkeiten des alten Schuldrechts beseitigen wollte, s. dazu *Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040*, S. 230.

³⁷ Vgl. *Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040*, S. 232.

³⁸ *BGHZ* 163, 234, 242.

³⁹ *BGH NJW* 2013, 1365 Rn. 12.

⁴⁰ *Gutzeit*, *NJW* 2007, 956, 959.

⁴¹ Vgl. zum Nacherfüllungsanspruch als Residuum des ursprünglichen Primäranspruches *Riehm*, *Der Grundsatz der Naturalerfüllung*, 2015, S. 246 f.

⁴² *BGH NJW* 2013, 1365 Rn. 12; *BeckOK BGB/Faust*, 1.11.2022, § 439 Rn. 54 m.w.N.

⁴³ So war der Anspruch auf Nachlieferung damals als ein Monopol des Gattungskaufs angesehen (§ 480 Abs. 1 BGB a.F.), s. dazu *Soergel/Huber*, 1991, § 480 Rn. 17.

Gattungskauf in Frage gestellt.⁴⁴ Denn auch bei einer Stückschuld ist die Ersatzlieferung nicht von vornherein wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen.⁴⁵ Vielmehr kann die Nacherfüllung auch durch die Neulieferung eines anderen vergleichbaren Gegenstandes erfolgen, wenn die gekaufte Sache nach Vorstellung der Parteien zwar mangelhaft ist, aber durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann.⁴⁶ Das gleiche gilt - nach Auffassung des BGH - auch bei einer Gattungsschuld, bei der sich die Parteien bereits auf eine bestimmte Gattung und deren Beschreibung geeinigt haben, kann die Nacherfüllung durch gleichartige und gleichwertige Gattung bewirkt werden.⁴⁷

cc) Neuherstellung

Ist der Unternehmer zur Herstellung eines neuen Werkes verpflichtet, so ist er unter Umständen zur Beseitigung des Mangels auch im Wege der Neuherstellung des Werkes gehalten (vgl. § 625 Abs. 1 Alt. 2 BGB). Dieser Anspruch wurde bereits in der Rechtsprechung zum alten Schuldrecht anerkannt,⁴⁸ und ist - im Unterschied zur Reparatur - eine völlig neue Wertschöpfung, unabhängig von der bisherigen Substanz des Werkes.⁴⁹

c) Wahlverhältnis zwischen verschiedener Nacherfüllungsmodalitäten

Im Kaufrecht steht das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung grundsätzlich dem Käufer zu (vgl. § 439 Abs. 1 BGB); nur wenn die gewählte Art der Nacherfüllung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert, kann der Verkäufer sie ablehnen (vgl. § 439 Abs. 4 BGB). Dieses Käuferwahlrecht geht auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG zurück, die Ausdehnung dieses Modells auf das gesamte Kaufrecht beruht auf der Erwägung, dass es der Verkäufer ist, der seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag durch die Lieferung einer mangelhaften Sache verletzt hat, und dass der Käufer ohne die Pflichtverletzung des Verkäufers bereits eine mangelfreie Sache erhalten hätte.⁵⁰

Bei Werkverträgen ist es hingegen Sache des Unternehmers, über Reparatur des mangelhaften Werkes oder Neuherstellung zu entscheiden (§ 635 Abs. 1 BGB), wenn der Besteller Nacherfüllung Verlangt.⁵¹ Der Grund dafür ist, dass der Werkunternehmer nach Ansicht des Gesetzgebers viel enger mit dem Produktionsprozess selbst befasst ist und auch über mehr Sachkunde verfügt als der Verkäufer, so dass die Wahl der Nacherfüllungsmodalität ihm - in Anbetracht der vom Kaufvertrag abweichenden

⁴⁴ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 209, 230.

⁴⁵ *Canaris*, JZ 2003, 831; a.A. *Ackermann*, JZ 2002, 378.

⁴⁶ Vgl. BGHZ 168, 64, 74 (Rn. 23); *Medicus/Lorenz*, SchuldR BT, ¹⁸2018, § 7 Rn. 13 ; dazu eingehend *Canaris*, FS H.P. Westermann, 2008, S. 137 ff.

⁴⁷ BGHZ 230, 296; a.A. *Riehm*, ZIP 2019, 589.

⁴⁸ BGHZ 96, 111, 119.

⁴⁹ MüKoBGB/*Busche*, 2020, § 635 Rn. 11.

⁵⁰ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 231 ; rechtspolitisch krit. aber BeckOK BGB/*Faust*, 1.11.2022, § 439 Rn. 16.1.

⁵¹ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 264.

Interessenlage - überlassen werden sollte.⁵² Nur wenn eine der beiden Möglichkeiten dem Besteller unzumutbar ist, kann er der Wahl des Unternehmers widersprechen und in den Grenzen der absoluten Unverhältnismäßigkeit des § 635 Abs. 3 BGB eine andere Art der Nacherfüllung verlangen.

4. *Selbstvornahme*

Im Rahmen des Nacherfüllungsanspruches kommt oft die Frage der sog. Selbstvornahme in Betracht.⁵³ Obwohl diese Problematik im deutschen Recht vor allem im Bereich des Kaufrechts diskutiert wird,⁵⁴ handelt es sich in der Tat um eine alle Vertragsschuldner betreffende Thematik.⁵⁵ Denn bei einer nachholbaren Leistungsstörung stellt sich nicht nur für den Verkäufer, sondern auch für andere Sach- und Dienstleistungsschuldner eine Gelegenheit dar, ihre Vertragsverletzung durch Nacherfüllung zu beseitigen. Diese Möglichkeit wird aber häufig durch die eigene Mängelbeseitigung des Gläubigers entzogen, so dass die beiden in einem Spannungsverhältnis zueinanderstehen. Da es für dieses Problem im deutschen Recht *keine einheitliche Lösung* gibt, ist hier zunächst auf die vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehenen Fälle einzugehen.

a) Das Selbstvornahmerecht im Werkvertragsrecht

Zunächst enthält das Werkvertragsrecht eine ausdrückliche Regelung: Nach § 637 BGB kann der Besteller - nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist - den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, außer wenn der Unternehmer berechtigt ist, die Nacherfüllung zu verweigern. Im Unterschied zu § 633 Abs. 3 BGB a.F. kommt es also nicht auf den *Verzug* des Werkunternehmers an, so dass dieser Aufwendungsersatzanspruch nicht mehr vom *Verschulden* abhängt.⁵⁶ Nach § 637 Abs. 3 BGB kann der Besteller vom Unternehmer zugleich einen *Vorschuss* auf die für die Beseitigung der Mängel erforderlichen Kosten verlangen. Die Gewährung einer solchen Befugnis beruht vor allem auf der Billigkeitserwägung, dass der Besteller nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn der Unternehmer seiner Verpflichtung zur Beseitigung des Mangels nachgekommen wäre, und daher bei Versäumnis des Unternehmers davor bewahrt werden soll, seine eigenen Mittel für die Beseitigung des Mangels durch einen Dritten einzusetzen.⁵⁷ Daher genießt der Besteller besondere Privilegien gegenüber den Rechtsbehelfen, die ihm nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht zur Verfügung stehen.

⁵² Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 265.

⁵³ So der Ansatz des *deutschen* Rechts; zum Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Frankreich, vgl. *Signat*, ZEuP 2009, 716, 718 f.

⁵⁴ Vgl. etwa *Lorenz*, NJW 2003, 1417; *ders.*, NJW 2005, 1321.

⁵⁵ *Herresthal/Riehm*, NJW 2005, 1457.

⁵⁶ Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 266.

⁵⁷ *MüKoBGB/Busche*, 2020, § 637 Rn. 19.

Unterlässt der Besteller aber die Fristsetzung und beseitigt er den Mangel selbst oder durch Dritte, so dass die Nacherfüllung durch den Unternehmer nicht mehr erfolgen kann, dann gelten die Bestimmungen des Leistungsstörungsrechts: In diesem Fall wird die Nacherfüllung aus Gründen, die der Besteller zu vertreten hat, unmöglich, und der Anspruch des Unternehmers auf die Gegenleistung bleibt gem. § 326 Abs. 2 BGB bestehen, vorbehaltlich der Erstattung der durch die Unmöglichkeit der Nacherfüllung ersparten Kosten.⁵⁸

b) Die Selbstvornahme im Kaufrecht

Anders verhält es sich scheinbar beim Kaufrecht, wo es keine dem § 637 BGB vergleichbare Bestimmung gibt. Doch kann der Käufer, der zur Selbstvornahme berechtigt ist, bei Vorliegen des Vertretenmüssens stets im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung seine Aufwendungen für Mängelbeseitigung geltend machen. Wann der Käufer also zur Selbstvornahme berechtigt ist, hängt wie im Falle des § 637 BGB ebenfalls von dem Erfordernis der Nachfristsetzung ab (§ 281 BGB).

Allerdings führt die unberechtigte Selbstvornahme des Käufers, die die Nacherfüllung durch den Verkäufer vereitelt,⁵⁹ nach Ansicht des BGH dazu, dass er jeden Rechtsbehelf wegen des Mangels verliert, d. h. er kann auch die ersparte Aufwendungen nach § 326 Abs. 2 S. 2 BGB nicht vom Verkäufer verlangen.⁶⁰ Auf diese Weise wird die Berechtigung des Verkäufers zur zweiten Andienung also erheblich gestärkt.⁶¹

II. Grenzen des Erfüllungsanspruches⁶²

1. „Echte“ Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB

Nach § 275 Abs. 1 BGB ist der Anspruch des Gläubigers auf die Leistung ausgeschlossen, soweit diese dem Schuldner oder jedermann unmöglich ist.⁶³ Dies gilt normalerweise als Grundlage für das Konzept der sog. „echten“⁶⁴ bzw. „wirklichen“⁶⁵ Unmöglichkeit, die sich dadurch auszeichnet, dass kein Spielraum für eine *Wertung*⁶⁶ bestehen dürfe.⁶⁷ Hier wäre also

⁵⁸ Zu § 324 Abs. 1 BGB a.F., vgl. BGH NJW-RR 2005, 357, 360.

⁵⁹ So *Medicus/Lorenz*, SchuldR BT, 182018, § 7 Rn. 34.

⁶⁰ BGHZ 162, 219, 225.

⁶¹ Krit. dazu *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 263 ff. m.w.N.

⁶² Vgl. zu dieser Problematik ausf. *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 269 ff.; *Bach*, Leistungshindernisse, 2017, S. 23 ff., 338 ff., 659 ff., 771 ff.

⁶³ Bei der Geldschuld ist § 275 BGB nach h.M. nicht anwendbar - „Geld hat man zu haben“, vgl. *Medicus*, AcP 188 (1988), 489, 490 ff.; *MüKoBGB/Ernst*, 2022, § 275 Rn. 13; einschränkend *BeckOGK BGB/Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 30 ff. Dahinter steht vor allem der Gedanke, dass der Schuldner nach dem Grundsatz der unbeschränkten Vermögenshaftung stets für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat, s. dazu BGHZ 107, 92, 102; *BeckOGK BGB/Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 29, 136.

⁶⁴ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 127.

⁶⁵ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 129.

⁶⁶ *Finn*, Erfüllungspflicht und Leistungshindernis, 2010, 142; *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 309.

⁶⁷ Genau hier liegt der dogmatische Kern der Maxime „*impossibilium nulla est obligatio*“, s. dazu *Canaris*, SchuldRReform, 2001, S. 43, 49 mit Fn. 24; a.A. *HKK-BGB/Schermaier*, 2007, § 275 Rn. 1.

jede Anstrengung zur Leistungserbringung wegen der Unbehebbarkeit des Leistungshindernisses sinnlos.⁶⁸ Dagegen sind alle Situationen, in denen die Erbringung der Leistung zwar theoretisch möglich, aber für den Schuldner mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden ist,⁶⁹ unter § 275 Abs. 2 BGB einzuordnen.⁷⁰ Welche möglichen Leistungen oder technisch möglichen Maßnahmen der Schuldner vornehmen muss, hängt vom Umfang seiner Leistungspflicht ab,⁷¹ bei der es sich aber um eine *Vorfrage* auf die Feststellung der Unmöglichkeit handelt,⁷² für die die relevanten Wertungen nicht mehr in Frage kommen. So tritt die Unmöglichkeit bei einer Gattungsschuld in der Regel erst nach ihrer *Konkretisierung*⁷³ ein⁷⁴ und kommt nur dann in Betracht, wenn die Leistung aus der gesamten Gattung nicht mehr möglich ist oder sich die Erschwerung der Leistung i.S.d. § 275 Abs. 2 oder 3 BGB auf die gesamte Gattung erstreckt.⁷⁵

a) Tatsächliche Unmöglichkeit

Zur tatsächlichen Unmöglichkeit gehört zunächst die sog. naturgesetzliche Unmöglichkeit, d. h. eine Leistung, die nach den Naturgesetzen oder dem Stand der wissenschaftlich-technischen Erkenntnisse nicht erbracht werden kann.⁷⁶ Dies ist der Fall, wenn man verspricht, übernatürliche, „magische“ oder parapsychologische Kräfte und Fähigkeiten zur Erbringung einer Leistung einzusetzen.⁷⁷ Im Rahmen der naturgesetzlichen Unmöglichkeit stellt sich die Frage der sog. absoluten Fixschuld, bei der der Erfüllungszeitpunkt nach dem Inhalt des Vertrages und der Interessenlage der Parteien so wesentlich ist,⁷⁸ dass sie nur zu einem bestimmten Zeitpunkt und nicht später erbracht werden kann,⁷⁹ so dass die Folge der Unmöglichkeit mit Ablauf der Leistungsfrist eintritt.⁸⁰ Davon zu unterscheiden ist die relative Fixschuld,⁸¹ die sich dadurch auszeichnet, dass mit Ablauf der Erfüllungsfrist die Leistung zwar noch möglich ist, die nachträgliche Erfüllung aber für den Gläubiger ohne Interesse ist, sodass ihm das Recht eingeräumt wird, *sofort* vom Vertrag zurückzutreten. Da der Gläubiger

⁶⁸ Schwarze, LeistungsstörungenR, ³2021, § 3 Rn. 5; Unberath, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 273.

⁶⁹ Zur teilweisen Einbeziehung der Leistungserschwerung in die Unmöglichkeit, vgl. MüKoBGB/Ernst, 2022, § 275 Rn. 90; Schwarze, LeistungsstörungenR, ³2021, § 5 Rn. 1 ff.

⁷⁰ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 129; die Unzumutbarkeit der Leistung nach § 275 Abs. 2 und 3 BGB wird auch als „normative Unmöglichkeit“ bezeichnet, s. dazu Lorenz, Karlsruher Forum 2005, 2006, S. 5, 23.

⁷¹ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 127.

⁷² MüKoBGB/Ernst, 2022, § 275 Rn. 39; BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 275 Rn. 56.

⁷³ Die Frage, wann eine Konkretisierung vorliegt, bestimmt sich also nach § 243 Abs. 2 BGB, s. dazu näher MüKoBGB/Emmerich, 2022, § 243 Rn. 22 ff.

⁷⁴ MüKoBGB/Ernst, 2022, § 275 Rn. 40.

⁷⁵ Vgl. BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 275 Rn. 55 sowie Canaris, FS Wiegand, 2005, S. 179, 195 ff.

⁷⁶ BGHZ 188, 71, 73 f. (Rn. 10); Medicus/Lorenz, SchuldR AT, ²²2021, § 34 Rn. 2.

⁷⁷ BGHZ 188, 71, 74 (Rn. 10).

⁷⁸ BGH BeckRS 2021, 16517 Rn. 22. Nach der h.M. ist das entscheidende Kriterium also der Fortfall des Interesses des Gläubigers an der Leistung, vgl. Duboviiskaya, AcP 215 (2015), 581, 584 ff.; krit. zu dieser Konstellation Bach, Leistungshindernisse, 2017, S. 787 ff.

⁷⁹ BGHZ 60, 14, 16; Staudinger/Caspers, 2019, § 275 Rn. 16 ff.

⁸⁰ Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, 1999, § 6 II (S. 157 ff.).

⁸¹ So der Regelungsgehalt des § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB, hierzu untern B III 2 e) (S. 63 f.).

im letztgenannten Fall noch einen Entscheidungsspielraum zwischen Erfüllung und Rücktritt hat, ist das absolute Fixgeschäft daher streng anzuwenden, um diese Wahlmöglichkeit nicht grundlos beschnitten zu haben.⁸²

b) Rechtliche Unmöglichkeit

Eine Unmöglichkeit kann auch dann vorliegen, wenn der Schuldner aus rechtlichen Gründen nicht in der Lage ist, die geschuldete Leistung zu erbringen.⁸³ Dies ist der Fall, wenn ein geschuldeter Erfolg aus Rechtsgründen nicht herbeigeführt werden kann oder nicht herbeigeführt werden darf.⁸⁴ Zudem ist die Abgrenzung zum gesetzlichen Verbot gem. § 134 BGB besonders zu beachten.⁸⁵ Dazu kann das Fehlen einer rechtlichen Dispositionsbefugnis auch ein solches rechtliches Hindernis darstellen.⁸⁶

c) Subjektive Unmöglichkeit

Aus dem Wortlaut des § 275 Abs. 1 BGB ergibt sich eindeutig, dass der Unmöglichkeitsbegriff sowohl die objektive als auch die subjektive Unmöglichkeit umfasst. Im letztgenannten Fall ist zwar der Schuldner selbst außerstande, die Leistung zu erbringen, doch kann die Leistung noch einen anderen oder unter Mitwirkung eines anderen erbracht werden.⁸⁷ Da die Leistung noch von einer anderen Person erbracht werden kann, sofern es sich nicht um eine höchstpersönliche Leistung handelt, stellt sich die Frage nach der sog. „Beschaffungs- oder Wiederbeschaffungsmöglichkeit“.⁸⁸ Wenn der Schuldner beispielsweise den geschuldeten Gegenstand veräußert hat, ist die Erfüllung also nicht schon deswegen unmöglich, weil er über den Gegenstand nicht mehr verfügen kann und auch keinen Anspruch auf ihn hat.⁸⁹ Vielmehr liegt Unmöglichkeit erst vor, wenn feststeht, dass der Schuldner keine Verfügungsmacht mehr erlangen und auch über den Gegenstand nicht mehr verfügen kann, um die geltend gemachte Forderung zu befriedigen.⁹⁰ Die Beweislast hierfür trägt also der Schuldner.⁹¹ Wenn es dem Schuldner zwar theoretisch möglich ist, den Leistungsgegenstand wiederzubeschaffen, dies aber nur mit völlig unangemessenen Aufwendungen möglich ist, dann liegt kein Fall des § 275 Abs. 1 BGB vor, sondern ist § 275 Abs. 2 BGB anzuwenden.⁹²

d) Teilweise Unmöglichkeit

Eine Unmöglichkeit kann sich nicht nur auf die vollständige Leistung, sondern auch nur auf einen Teil der geschuldeten Leistung beziehen.

⁸² BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 275 Rn. 101.

⁸³ Staudinger/Caspers, 2019, § 275 Rn. 38.

⁸⁴ Vgl. BGHZ 195, 195, 204 (Rn. 33); BGH NZG 2010, 310 Rn. 23.

⁸⁵ BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 275 Rn. 120 ff.

⁸⁶ BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 275 Rn. 119.4.

⁸⁷ BGHZ 195, 195, 203 (Rn. 31); NK-BGB/Dauner-Lieb, § 275 Rn. 34.

⁸⁸ Canaris, Karlsruher Forum 2002, 2003, S. 5, 19.

⁸⁹ Vgl. BGHZ 141, 179, 181 f.

⁹⁰ BGHZ 141, 179, 182.

⁹¹ BGH NJW 2015, 1516 Rn. 25.

⁹² Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 129.

aa) Die Teilbarkeit der Leistung

Dies betrifft zunächst die Quantität der Leistung, die auch als quantitative Teilunmöglichkeit⁹³ bezeichnet wird. Davon kann nur bei einer teilbaren Leistung die Rede sein, während bei einer unteilbaren Leistung nur eine Vollunmöglichkeit in Betracht kommt. Dabei hängt diese also nicht von der sogenannten „rechtlichen Unteilbarkeit“ ab,⁹⁴ d. h. von der Frage, ob der Gläubiger nach Inhalt und Zweck des Vertrages nur ein Interesse an der vollständigen Erfüllung hat,⁹⁵ denn nach der Schuldrechtsreform ist die Rechtslage, die den Gläubigern durch die Gleichsetzung von Teilunmöglichkeit und Vollunmöglichkeit die Möglichkeit zur Gesamtabwicklung des Vertrages zu verschaffen nötig machte, nicht mehr gegeben.⁹⁶ Vielmehr ist nach richtiger Auffassung die Teilbarkeit nicht normativ, sondern nur empirisch festzustellen: Die Leistung ist dann teilweise unmöglich, wenn also rein objektiv ein Teil von dem Geschuldeten noch möglich bleibt.⁹⁷ Wenn dies der Fall ist, dann wird der Erfüllungsanspruch des Gläubigers auch nur teilweise ausgeschlossen, wie sich aus dem Wort „soweit“ in § 275 Abs. 1 BGB ergibt. Dementsprechend ist der Schuldner auch für den Teil, der noch möglich bleibt, weiterhin zur Erfüllung verpflichtet.⁹⁸

bb) Einbeziehung der qualitativen Unmöglichkeit

Daneben kann die Teilunmöglichkeit auch bei der Qualität der Leistung vorliegen, typischerweise dann, wenn die verkaufte Sache mit einem unbehebaren Mangel behaftet ist.⁹⁹ In diesem Fall hat der Schuldner zwar die Leistung erbracht, aber die Verpflichtung zur mangelfreien Leistung ist unmöglich geworden, so spricht man also von einer (teilweisen) qualitativen Unmöglichkeit.¹⁰⁰ Auf der Ebene der Primärleistung verhält es sich also nicht anders als bei der quantitativen Teilunmöglichkeit, d. h. der Anspruch des Gläubigers auf die mangelfreie Leistung ist also ausgeschlossen.

e) Vorübergehende Unmöglichkeit?

Die Regelung des § 275 Abs. 1 BGB gilt grundsätzlich nur für die dauernde Unmöglichkeit,¹⁰¹ bei der sog. vorübergehenden Unmöglichkeit¹⁰² kommt sie dagegen nicht zur Anwendung. Da die Leistung noch nicht endgültig und dauerhaft unmöglich geworden ist,

⁹³ BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 334.

⁹⁴ Dafür aber die h.M., vgl. nur *Grüneberg/Grüneberg*, § 275 Rn. 7.

⁹⁵ So BGH NJW-RR 1995, 853, 854.

⁹⁶ Vgl. näher *Canaris*, 2. FS *Medicus*, 2009, S. 17, 18.

⁹⁷ BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 335 m.w.N.

⁹⁸ Zum Schicksal der Gegenleistung beim gegenseitigen Vertrag, vgl. unten D II 2 (S. 99 ff.).

⁹⁹ Vgl. z. B. BGH NJW 2011, 142, nur für einen Teil des verkauften Gebäudes fehlt eine Baugenehmigung.

¹⁰⁰ *Lorenz*, *Karlsruher Forum* 2005, 2006, S. 5, 65 f.

¹⁰¹ BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 162.

¹⁰² Darunter versteht man also, dass die Leistung zwar zum vereinbarten Termin nicht erfolgen kann, aber zu einem späteren Zeitpunkt noch möglich sein könnte, s. dazu *Arnold*, *JZ* 2002, 866; krit. zu diesem Terminus etwa *Medicus*, FS *Heldrich*, 2005, S. 347 ff.: für „Leistungshindernis von ungewisser Dauer“ präziser; *Canaris*, FS *U. Huber*, 2006, S. 143, 145: für „einstweilige Unmöglichkeit“ vorzugswürdig.

sondern mit dem Wegfall des Leistungshindernisses nachgeholt werden kann,¹⁰³ ist das Schicksal des Erfüllungsanspruchs gesondert zu behandeln. Daher wird in diesem Fall der Erfüllungsanspruch des Gläubigers - anders als im Fall des § 275 Abs. 1 BGB - nicht bereits zum Erlöschen gebracht, sondern nur vorübergehend suspendiert,¹⁰⁴ wobei seine Klage auf Erfüllung als „derzeit unbegründet“ abgewiesen wird.¹⁰⁵ Unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO kann der Gläubiger aber noch Klage auf künftige Leistung erheben.¹⁰⁶ Eine vorübergehende Unmöglichkeit kann aber auch der dauernden Unmöglichkeit gleichzusetzen sein, wenn dieses Leistungshindernis die Erreichung des Vertragszwecks in Frage stellt und *dem Schuldner*¹⁰⁷ daher nicht zugemutet werden kann, den Vertrag weiterhin zu erfüllen.¹⁰⁸ Ob dies der Fall ist, hängt von dem Zeitpunkt des Eintritts des Leistungshindernisses ab.¹⁰⁹ Dabei muss der Schuldner aber auch aus Gründen der Rechtssicherheit - ähnlich wie bei einem Rücktritt durch den Gläubiger nach § 323 Abs. 1 BGB - eine Erklärung abgeben, dass er nicht mehr an den Vertrag gebunden sein wird.¹¹⁰

f) Rechtsfolgen

Ist die Leistung für den Schuldner oder für jedermann unmöglich, so ist der Anspruch des Gläubigers auf Leistung *automatisch*¹¹¹ ausgeschlossen.¹¹² Für die Beweislast der Unmöglichkeit gilt in diesem Fall die allgemeine Regel.¹¹³ Ob der Schuldner zur Anzeige der Unmöglichkeit verpflichtet ist, ist noch im reformierten BGB nicht ausdrücklich geregelt.¹¹⁴ Sie kann aber zum Schutz der Interessen des Gläubigers jedenfalls im Rahmen des § 241 Abs.

¹⁰³ NK-BGB/Dauner-Lieb, § 275 Rn. 68.

¹⁰⁴ BGHZ 197, 21, 41 (Rn. 52).

¹⁰⁵ Ganz h.M., vgl. nur *Canaris*, FS U. Huber, 2006, S. 143, 146 f.; *Arnold*, JZ 2002, 866, 869; *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, S. 308; *Staudinger/Caspers*, 2019, § 275 Rn. 48; a.A. *Kaiser*, FS Hadding, 2004, S. 121, 134.

¹⁰⁶ S. etwa BGH NJW 1978, 1262, 1263; BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 165 m.W.N.

¹⁰⁷ Vgl. aber BeckOGK BGB/*Looschelders*, 1.11.2022, § 323 Rn. 89 : auch das Interesse des Gläubigers berücksichtigt.

¹⁰⁸ Ganz h.M., vgl. nur BGHZ 83, 197, 200; *Canaris*, *Karlsruher Forum* 2002, 2003, S. 5, 53 ; *Staudinger/Caspers*, 2019, § 275 Rn. 53; a.A. BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 183 ff.

¹⁰⁹ BGH NJW 2012, 3096 Rn. 9; *Staudinger/Caspers*, 2019, § 275 Rn. 56.

¹¹⁰ *Medicus/Lorenz*, *SchuldR AT*, 22/2021, § 34 Rn. 16.

¹¹¹ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 129 ; Aus den verfahrenserheblichen Tatsachen ergibt sich , dass die Leistung unmöglich ist, so hat das Gericht - anders als im Fall des § 275 Abs. 2 und 3 BGB - die Angelegenheit von Amts wegen zu prüfen, ohne dass sich der Schuldner hierauf berufen muss, s. dazu BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 152.

¹¹² Entgegen der amtlichen Überschrift des § 275 BGB („Ausschluss der Leistungspflicht“) bleibt die Verpflichtung des Schuldners dagegen unberührt, s. *Riehm*, 2. FS *Canaris*, 2017, S. 345, 361 f. ; *Staudinger/Caspers*, 2019, § 275 Rn. 79.

¹¹³ Wenn der Gläubiger auf Erfüllung der Primärleistung klagt und der Schuldner sich auf § 275 Abs. 1 BGB beruft, so trägt der letzterer die Beweislast, s. dazu *Kohler*, *AcP* 205 (2005), 93, 95 ; beruft sich der Gläubiger dagegen auf die Aussetzung der Erbringung der Gegenleistung wegen Unmöglichkeit nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB oder verlangt er stattdessen Schadensersatz statt der Leistung nach § 283 BGB bzw. § 311 a Abs. 2 BGB, so trägt dieser die Beweislast für das Vorliegen einer Leistungsbefreiung wegen Unmöglichkeit, s. dazu BGHZ 141, 179, 182.

¹¹⁴ Vgl. *Bundesminister der Justiz* (Hrsg.), *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1992, S. 121 : hält eine solche Vorschrift für unnötig, weil es nur um das bloße *Vorfeld* der Leistung geht.

2 BGB anerkannt werden.¹¹⁵ Hinsichtlich der prozessualen Behandlung der Unmöglichkeit ist ferner zu beachten, dass die Zulässigkeit der Erfüllungsklage des Gläubigers nur dann als unzulässig abzuweisen ist, wenn die Unmöglichkeit der Leistung endgültig feststeht,¹¹⁶ umgekehrt können sowohl der Schuldner als auch der Gläubiger ein schutzwürdiges Interesse daran haben, wenn die Unmöglichkeit noch strittig ist, so dass der Gläubiger zu diesem Zeitpunkt noch eine Erfüllungsklage erheben können sollte.¹¹⁷

2. *Grob unverhältnismäßiger Leistungsaufwand nach § 275 Abs. 2 BGB*

Nach § 275 Abs. 2 BGB kann der Schuldner auch die Leistung verweigern, wenn die dafür erforderlichen Aufwendungen in einem groben Missverhältnis zu den Leistungsinteressen des Gläubigers stehen. Anders als § 275 Abs. 1 BGB geht es hier also nicht um unüberwindbare Hindernisse, sondern um Fälle, in denen die Behebung des Leistungshindernisses zwar theoretisch möglich wäre, von denen aber kein vernünftiger *Gläubiger* ernsthaft erwarten kann,¹¹⁸ weil sie *wirtschaftlich* völlig sinnlos wäre.¹¹⁹ Davon zu unterscheiden ist der Fall der sog. wirtschaftlichen Unmöglichkeit,¹²⁰ der die „Opfergrenze“¹²¹ des Schuldners betrifft und dann unter § 313 BGB zu subsumieren ist.¹²² Ferner ist der Leistungsanspruch des Gläubigers nicht - wie im Falle des § 275 Abs. 1 BGB - kraft Gesetzes ausgeschlossen, sondern hängt davon ab, ob sich der Schuldner auf sein Leistungsverweigerungsrecht beruft,¹²³ denn letzterer kann immerhin die Leistung *überobligationsmäßig* erbringen, wobei der Gläubiger diese nicht ablehnen kann.¹²⁴

¹¹⁵ *Emmerich*, LeistungsstörungenR, 62005, § 10 Rn. 35.

¹¹⁶ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht in Ermangelung des früheren § 283 BGB a.F. die Unmöglichkeit auch bei einer vom Schuldner zu vertretenden Leistungsstörung feststellen muss und kein Erfüllungsurteil wegen (unsicherer) Unmöglichkeit erlassen kann, s. dazu *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 322 f.; skeptisch aber HKK-BGB/*Schermaier*, 2007, § 275 Rn. 10, 75; vgl. zu dieser Problematik ferner *Dedek*, Neues SchuldR, 2003, S. 183 ff.; *Gsell*, JZ 2004, 110 ff.

¹¹⁷ BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 363.

¹¹⁸ Sog. faktische oder praktische Unmöglichkeit, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 129; *Emmerich*, LeistungsstörungenR, 62005, § 3 Rn. 46.

¹¹⁹ BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 213.

¹²⁰ Vgl. z. B. RGZ 107, 156, 157; zum Begriff HKK-BGB/*Schermaier*, 2007, § 275 Rn. 65; zum „Tod“ dieser Lehre *Canaris*, ZRP 2001, 329, 330; *ders.*, JZ 2001, 499, 501.

¹²¹ Grundlegend *Heck*, SchuldR, 1929, § 30 Nr. 10 (S. 93 f.).

¹²² Ganz h.M., vgl. nur *Canaris*, JZ 2001, 499, 501; *Emmerich*, LeistungsstörungenR, 62005, § 3 Rn. 47; BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 259; zum Verhältnis des § 275 Abs. 2 BGB zu § 313 BGB, vgl. *Stürner*, Jura 2010, 721 ff.; *PWW/ders.*, § 313 Rn. 6: „Tatbestandliche Überschneidungen beider Normen kommen daher bei sachgerechter Auslegung nicht vor.“

¹²³ BGH NJW 2013, 1074 Rn. 28; *Staudinger/Caspers*, 2019, § 275 Rn. 116; Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 129; *Bundesminister der Justiz* (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 121; ablehnend *Maier-Reimer*, Neues SchuldR, 2003, S. 291, 293; NK-BGB/*Dauner-Lieb*, § 275 Rn. 16; krit. zu dieser Einredekonstruktion auch *Canaris*, JZ 2001, 499, 504; *Zimmermann*, The New German Law of Obligations, 2005, S. 47 f.; *Teichmann*, BB 2001, 1485, 1487.

¹²⁴ *Canaris*, JZ 2001, 499, 504.

a) Abwägungskriterien nach § 275 Abs. 2 S. 1 BGB

aa) Leistungsinteresse des Gläubigers

Bei der Beurteilung der groben Unverhältnismäßigkeit stellt § 275 Abs. 2 BGB zunächst *allein* auf die Interessen des Gläubigers ab,¹²⁵ nicht aber auf die Interessen des Schuldners. Damit unterscheidet sich die hier behandelte Fallkonstellation von der sog. Äquivalenzstörung, bei der ein Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung vorliegt, die unter § 313 BGB vorrangig behandelt werden sollte.¹²⁶ Das Interesse des Gläubigers am Erhalt der Leistung in Natur stimmt sich also mit dem Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung überein,¹²⁷ als es sich auf den Vermögenswert der Leistung für den Gläubiger bezieht und sowohl das Substanzinteresse als auch das Verwendungsinteresse der Leistung umfasst.

bb) Leistungsaufwand des Schuldners

Den Interessen des Gläubigers stehen die Leistungsaufwendungen des Schuldners gegenüber, die sowohl Geldaufwendungen als auch Tätigkeiten und ähnliche persönliche Anstrengungen umfassen.¹²⁸ Dabei ist der gesamte Leistungsaufwand des Schuldners zu erfassen, nicht nur der Mehraufwand.¹²⁹ Andererseits bleiben immateriellen Aufwendungen in der Regel unberücksichtigt.¹³⁰ Dazu sind unvorhergesehene Risiken auch zu berücksichtigen, denen der Schuldner aufgrund der tatsächlichen Leistung ausgesetzt ist.¹³¹

cc) Grobes Missverhältnis

Darüber hinaus muss ein großes Missverhältnis zwischen den Interessen des Gläubigers und den Aufwendungen des Schuldners bestehen.¹³² Der Grund für diese Einschränkung liegt vor allem in dem Spannungsverhältnis zwischen § 275 Abs. 2 BGB und dem Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ und muss daher streng ausgelegt werden.¹³³ Das Missverhältnis muss also so schwerwiegend sein, dass das Erfüllungsbegehren des Gläubigers „als sinnlose und

¹²⁵ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 130; Staudinger/*Caspers*, 2019, § 275 Rn. 92 ff.; BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 227 ff.

¹²⁶ *Lorenz/Riehm*, Neues SchuldR, 2002, Rn. 306; BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 244, 261; MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 275 Rn. 89.

¹²⁷ Vgl. etwa *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 334 f.; *Bach*, Leistungshindernisse, 2017, S. 371; NK-BGB/*Dauner-Lieb*, § 275 Rn. 44: „die Untergrenze des gläubigerseitigen Leistungsinteresses“.

¹²⁸ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 130.

¹²⁹ BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 226; a.A. *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 174.

¹³⁰ *Faust*, in: Huber/*Faust* (Hrsg.), SchuldRMod, 2002, Kap. 2 Rn. 30; *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 173; a.A. BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 224.

¹³¹ BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 225.

¹³² Diese Vorschrift lehnt sich in gewisser Weise an die § 251 Abs. 2 BGB und § 633 Abs. 2 S. 3 BGB a.F. an, wo der Reformgesetzgeber mit dem Erfordernis der „großen“ Unverhältnismäßigkeit einen strengeren Maßstab angesetzt hat, s. dazu *Canaris*, ZRP 2001, 329, 330.

¹³³ *Lorenz/Riehm*, Neues SchuldR, 2002, Rn. 310; *Canaris*, JZ 2001, 499, 502: § 275 Abs. 2 BGB sei auf „Extremfälle“ zugeschnitten.

Rechtsmissbräuchlich“ erscheinen würde.¹³⁴ Allerdings verleiht die Festlegung einer so hohen Schwelle aber eher dogmatische als praktische Relevanz.¹³⁵

dd) Inhalt des Schuldverhältnisses und das Gebot von Treu und Glauben

Dabei ist insbesondere der Inhalt des Schuldverhältnisses und die Gebote von Treu und Glauben zu berücksichtigen. Die Erwähnung der letzteren sei also weitgehend überflüssig.¹³⁶ Die Bezugnahme auf den „Inhalt des Schuldverhältnisses“ eröffnet hingegen die Möglichkeit einer privatautonomen Wertung und dient auch dazu, den Willen der Parteien und die typische Risikostruktur des Vertrages vorrangig zu berücksichtigen.¹³⁷ Es geht hierbei um das im Vertrag ursprüngliche festgelegte Verhältnis von Aufwand und Interesse.¹³⁸ Der Vertragspreis spielt bei dieser Betrachtung keine Rolle.¹³⁹ Außerdem darf die betreffende nachträgliche Leistungerschwerung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von den Parteien weder gesehen noch berücksichtigt worden sein.¹⁴⁰

b) Vertretenmüssen des Schuldners nach § 275 Abs. 2 S. 2 BGB

Nach § 275 Abs. 2 S. 2 BGB ist ferner bei der Feststellung, welche Anstrengungen vom Schuldner erwartet werden können, auch zu berücksichtigen, ob das Leistungshindernis vom Schuldner zu vertreten ist.¹⁴¹ Daher ist die Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB also nicht auf Fälle beschränkt, in denen das Leistungshindernis vom Schuldner zu vertreten ist.¹⁴² Dies ermöglicht es in Fällen, in denen der Schuldner das Ausbleiben der Leistung verantwortlich ist, von ihm ein höheres Maß an Anstrengungen zur Überwindung des Hindernisses zu erwarten,¹⁴³ d. h. es kann ein höherer Maßstab an die Anstrengungen angelegt werden. So enthält die Einrede des § 275 Abs. 2 BGB neben einem bloßen „Kosten-Nutzen-Kalkül“¹⁴⁴

¹³⁴ MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 275 Rn. 84.

¹³⁵ *Canaris*, in: *Canaris* (Hrsg.), *Schuldrechtsreform 2002*, 2002, S. XII.

¹³⁶ Vgl. dazu MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 275 Rn. 102.

¹³⁷ *Canaris*, JZ 2004, 214, 218 mit Fn. 34 und 35, 220.

¹³⁸ BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 241.

¹³⁹ BGHZ 200, 350, 357 (Rn. 39); BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 243 ; *Bach*, *Leistungshindernisse*, 2017, S. 326; a.A. *Ackermann*, JZ 2002, 378, 383 f.

¹⁴⁰ Vgl. aber *Schwarze*, *LeistungsstörungenR*, ³2021, § 5 Rn. 2: Beschränkt auf vom Schuldner nicht geplante Leistungshindernisse.

¹⁴¹ Im Vergleich zum bisherigen § 275 BGB a.F. ist das Vertretenmüssen nun nicht mehr ein zwingender Haftungsgrund, sondern lediglich eine Abwägungskomponente des § 275 BGB, s. dazu *Kohler*, AcP 205 (2005), 93, 94 Fn. 6 ; zur Bedeutung der Einbeziehung des Vertretenmüssens auf der Ebene des Ausschlusses der Primärleistung, vgl. *Schwarze*, *LeistungsstörungenR*, ³2021, § 3 Rn. 6 ff., § 5 Rn. 6 mit Fn. 14.; krit. *Stoll*, FS W. Lorenz, 2001, S. 287, 289 ff.

¹⁴² Zum daraus resultierenden *Konflikt* mit der Vertragsautonomie, vgl. *Picker*, JZ 2003, 1035; *Lobinger*, *Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten*, 2004, S. 257 einerseits; *Canaris*, JZ 2004, 214 ff.; *Grigoleit*, in: *Artz/Gsell/Lorenz* (Hrsg.), *Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung*, 2014, S. 55, 61 ff.; *Riehm*, *Der Grundsatz der Naturalerfüllung*, 2015, S. 239 ff. andererseits.

¹⁴³ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, 131 m.w.N. aus der Rechtsprechung; *Schwarze*, *LeistungsstörungenR*, ³2021, § 5 Rn. 5 : „Wer sich die Leistung selbst schwer macht, hat *Entlastung* weniger verdient.“

¹⁴⁴ Vgl. zum Kosten-Nutzen-Kalkül des § 275 Abs. 2 S. 1 BGB MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 275 Rn. 83.

auch ein Sanktionselement.¹⁴⁵ Andererseits bedeutet dies auch, dass sich unter bestimmten Umständen auch ein Schuldner, der vorsätzlich ein Leistungshindernis herbeigeführt hat, erfolgreich auf diese Einrede berufen kann.¹⁴⁶

3. Persönliche Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 3 BGB

Nach § 275 Abs. 3 BGB kann der Schuldner die Leistung verweigern, wenn er *persönlich* leisten muss und ihm dies unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht *zugemutet* werden kann.¹⁴⁷ Anders als in § 275 Abs. 2 BGB steht hier im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht das Interesse des Gläubigers im Vordergrund, sondern die Interessen des Schuldners sind ebenfalls von besonderem Gewicht und werden einer *Zumutbarkeitsprüfung* unterzogen.¹⁴⁸ Darin spiegelt sich also der Gedanke *nemo potest praecise cogi ad factum* wider, ein Schutz der Handlungsfreiheit des Schuldners, der auch die Grundlage für besondere *Wertungsgesichtspunkte* für den Ausschluss des Erfüllungszwangs in solchen Fällen bietet.¹⁴⁹

a) Voraussetzungen

aa) Persönliche zu erbringende Leistung

Mit der Formulierung „persönlich zu erbringen hat“ ist gemeint, dass der Schuldner seine Leistungspflichten nicht auf andere *delegieren* kann.¹⁵⁰ Dies betrifft in erster Linie höchstpersönliche Leistungen, die nur vom Schuldner persönlich geleistet werden können, wie z.B. bei Verträge über künstlerische oder wissenschaftliche Dienstleistungen.¹⁵¹ Daneben kann es aber auch auf Fälle ersatzbaren Leistungen analog anzuwenden sein.¹⁵² Dazu zählen auch Fälle, in denen die Leistungspflicht aufgrund eines *Gewissenskonflikts* des Schuldners mit seinen Rechten und Rechtsgütern kollidiert.¹⁵³ Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein Filmtheaterinhaber mit einem Zeitungsverlag einen langfristigen Insertionsvertrag abgeschlossen hat und eines Tages die Ankündigung eines anstößigen Films verlangt.¹⁵⁴

bb) Die der Leistung entgegenstehenden Hindernisse

Bei Hindernissen, die den zur persönlichen Erfüllung verpflichteten Schuldner an der Leistung hindern, wie der oben gerade erwähnten Fall des Gewissenskonflikts, geht es aber

¹⁴⁵ BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 275 Rn. 234, 238.

¹⁴⁶ BGH NJW 2014, 1881 Rn. 8; MüKoBGB/Ernst, 2022, § 275 Rn. 86.

¹⁴⁷ Vgl. dazu eingehend Greiner, Ideelle Unzumutbarkeit, 2004.

¹⁴⁸ Canaris, in: Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsreform 2002, 2002, S. XIII.

¹⁴⁹ Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 238 ff.; zur verfassungsrechtlichen Implikationen des § 275 Abs. 3 BGB, vgl. Canaris, FS Cian, 2010, S. 383, 387 f.

¹⁵⁰ Canaris, FS Cian, 2010, S. 383, 388 f.; MüKoBGB/Ernst, 2022, § 275 Rn. 127; BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 275 Rn. 301; Weller, Persönliche Leistungen, 2012, S. 21 ff.

¹⁵¹ Emmerich, LeistungsstörungenR, 62005, § 3 Rn. 77.

¹⁵² Für Analogie zu § 275 Abs. 3 BGB Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 361.

¹⁵³ Schwarze, LeistungsstörungenR, 32021, § 5 Rn. 29; Canaris, FS Cian, 2010, S. 383, 390.

¹⁵⁴ Vgl. dazu und zu weiteren Beispielen Bosch/Habscheid, JZ 1954, 213 ff.

nur um die „persönliche Umstände des Schuldners“,¹⁵⁵ also um immaterielle oder ideelle Hindernisse.¹⁵⁶ Die in § 275 Abs. 2 BGB vorgesehene höhere Schwelle sollte dabei nicht überschritten werden, wenn es sich um materielle Behinderungen für höchstpersönlich Leistungspflichten handelt.¹⁵⁷ Dazu muss es für den Schuldner keine zumutbare Alternative geben, um das Hindernis zu überwinden.¹⁵⁸

cc) Abwägung

Ferner ist eine Abwägung zwischen den Interessen des Gläubigers und den Leistungshindernissen des Schuldners vorzunehmen. Anders als in § 275 Abs. 2 BGB stehen hier die Interessen des Schuldners im Vordergrund,¹⁵⁹ und zu berücksichtigen sind lediglich dem Schuldner bei der Leistung entgegenstehende immaterielle Hindernisse.¹⁶⁰ Zwar wird das Vertretenmüssen des Schuldners in § 275 Abs. 3 BGB nicht ausdrücklich erwähnt,¹⁶¹ doch kann es immer als einer der zu erwägenden Kriterien herangezogen werden.¹⁶²

b) Rechtsfolgen

Wie § 275 Abs. 2 BGB räumt § 275 Abs. 3 BGB auch dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht ein, d. h. in der Ausgestaltung der Einrede. Die betreffende Last der Wertung¹⁶³ trägt also der Schuldner.¹⁶⁴

III. Das Verhältnis von Erfüllungsanspruch und anderen sekundären Rechtsbehelfen

1. Vorrang der Erfüllung vor anderen Sekundärrechtsbehelfen

Im deutschen Recht hat der Erfüllungsanspruch *grundsätzlich* Vorrang vor anderen sekundären Rechtsbehelfen wegen Pflichtverletzung.¹⁶⁵ Dahinter steht der Grundgedanke des

¹⁵⁵ S. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 130.

¹⁵⁶ So die h.M., vgl. nur *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 362 f.; *Greiner*, Ideelle Unzumutbarkeit, 2004, S. 373; *Canaris*, FS Cian, 2010, S. 383, 386; a.A. etwa MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 275 Rn. 130; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, 2014, § 275 Rn. 175.

¹⁵⁷ Vgl. nur *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 362 f.

¹⁵⁸ *Canaris*, FS Cian, 2010, S. 383, 392.

¹⁵⁹ *Canaris*, FS Cian, 2010, S. 383, 385; *Schwarze*, LeistungsstörungenR, ³2021, § 5 Rn. 30.

¹⁶⁰ BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 311.

¹⁶¹ Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde der Hinweis auf das Vertretenmüssen des Schuldners in § 275 Abs. 2 S. 3 BGB-RE (Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 6) zuerst gestrichen (Stellungnahme des Bundesrats. BT-Drs. 14/6857, S. 47) und dann nur noch in jetzigen § 275 Abs. 2 S. 2 BGB beibehalten (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses. BT-Drs. 14/7052, S. 12).

¹⁶² A.A. *Zimmermann*, The New German Law of Obligations, 2005, S. 49; diff. BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 317 f.

¹⁶³ Vgl. zu dieser Rechtsfigur näher *Riehm*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 138 ff.

¹⁶⁴ BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 311.

¹⁶⁵ Dieser Vorrang sollte jedoch nicht überbewertet werden und funktioniert in der Regel nur in begrenztem Umfang - was meistens dann der Fall ist, wenn also eine Nachfrist gesetzt werden muss -, s. dazu *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 242 ff.; zur *Reichweite* des Primats der Nacherfüllung in diesem Sinne, vgl. ferner *Dauner-Lieb*, FS Canaris, 2007, Bd. 1, S. 143 ff.

deutschen Gesetzgebers, der sicherstellen wollte, dass die Gläubiger *möglichst lange* Leistung und nur Leistung verlangen können.¹⁶⁶ Mit anderen Worten: Der Gläubiger sollte sich zunächst darum bemühen, die ursprüngliche vertragliche Leistung noch zu erhalten. Dies entspricht auch der Dogmatik des Erfüllungsanspruches als Primäranspruch,¹⁶⁷ d. h. als ein sich unmittelbar aus dem Vertragsschluss ergebender Primäranspruch, dessen Durchsetzung nicht von einer Vertragsverletzung abhängig ist. Als Modifikation des Erfüllungsanspruches hat der Nacherfüllungsanspruch auch an dessen Vorrangstellung teil.¹⁶⁸ Auf diese Weise wird der vom BGB-Gesetzgeber fixierte Grundsatz des Vorrangs der Naturalerfüllung durch die Schuldrechtsreform in seiner Wirkungsbreite erweitert.¹⁶⁹ Damit wird die Doppelfunktion des Erfüllungsanspruches deutlich zum Ausdruck gebracht, nämlich einerseits als ein unmittelbarer, allein auf den Vertragsschluss gestützter originärer Anspruch des Gläubigers, der gerichtlich geltend gemacht und gegebenenfalls vollstreckt werden kann,¹⁷⁰ und andererseits als ein „virtueller“ Tatbestand, auf den andere auf der Vertragsverletzung beruhende Sekundärrechtsbehelfe gestützt werden müssen.¹⁷¹

2. Übergangstatbestände von Erfüllungsanspruch auf Schadensersatz statt der Leistung

Mit der Etablierung der Vorrangstellung des Erfüllungsanspruches stellt sich dann die Frage nach seiner Transformation¹⁷² in anderen sekundären Rechtsbehelfen.¹⁷³ In dieser Hinsicht hat der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform gegenüber dem BGB-Gesetzgeber¹⁷⁴ eine Vereinfachung und Konsolidierung vorgenommen, insbesondere durch ein einheitliches Fristsetzungserfordernis¹⁷⁵ für alle sekundären Rechtsbehelfe.¹⁷⁶ Auf diese Weise wird der Grundsatz *pacta sunt servanda* also gestärkt,¹⁷⁷ d. h. das ursprüngliche Pflichtprogramm wird weitgehend - zumindest während der festgelegten Frist - aufrechterhalten, so dass die Parteien dazu angehalten werden, auch im Stadium der Vertragsverletzung an der Beseitigung

¹⁶⁶ Emmerich, LeistungsstörungenR, 62005, § 1 Rn. 4.

¹⁶⁷ Hierzu näher oben B I 2 b) (S. 41 f.).

¹⁶⁸ Was den Vorrang der Nacherfüllung betrifft, so wird dies im deutschen Recht vor allem unter dem Begriff des sog. *Rechts* zur zweiten Andienung besonders diskutiert, s. dazu einerseits Lorenz, NJW 2006, 1175, 1176; Canaris, FS Kropholler, 2008, S. 3, 12 f.; Mankowski, JZ 2011, 781 ff.; andererseits Schroeter, AcP 207 (2007), 28 ff.

¹⁶⁹ So Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 493 f.

¹⁷⁰ Für die gerichtliche Praxis ist diese Funktion jedoch nur von weniger Bedeutung, s. dazu Huber, AcP 210 (2010), 319, S. 322 f.

¹⁷¹ Vgl. dazu eingehend Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 65 ff.

¹⁷² Vgl. zur Notwendigkeit und Anforderungen an die Transformation Heinrichs, ERCL 2 (2006), 342 ff.

¹⁷³ Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 100.

¹⁷⁴ Vgl. zu den Übergangstatbeständen im BGB 1900 Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 100 ff.; Heinrichs, ERCL 2 (2006), 342, 345 ff.

¹⁷⁵ Die Nachfristsetzungserfordernis stellt also das zentrale Merkmal des deutschen Leistungsstörungenrechts dar, vgl. etwa Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 274: ein „Spezifikum“ des deutschen Rechts; Mankowski, ZGS 2003, 451 : ein zentrales „Moment“ im Leistungsstörungenrecht; sowie zu § 326 BGB a.F. Huber, Leistungsstörungen II, 1999, § 41 I (S. 328): eine besonders „geglückte Regelung“ des BGB.

¹⁷⁶ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 92 f.; Gsell, JZ 2004, 110, 111 mit Fn. 9.

¹⁷⁷ Derleder/Zänker, NJW 2003, 2777.

etwaiger Leistungshindernisse mitzuwirken, um die Abwicklung des Vertrages zu verhindern.¹⁷⁸

a) Fristsetzung und Ablauf der Nachfrist

Nach § 281 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Gläubiger bei Nicht- oder Schlechtleistung durch den Schuldner grundsätzlich eine Frist zur Erfüllung oder Nacherfüllung zu setzen und kann nur erst nach Ablauf dieser Frist auf Sekundärrechtsbehelfe zurückgreifen.¹⁷⁹ Damit erhält der Schuldner also eine zweite Chance zur Andienung.¹⁸⁰ Er kann im Wege der Erbringung der vereinbarungsgemäßen Leistung noch die Gegenleistung verdienen.¹⁸¹ Andererseits stellt die Fristsetzung auch eine „Obliegenheit“ des Gläubigers dar, deren Verletzung ihn dem Nachteil einer Verkürzung seiner Rechte aussetzen würde.¹⁸² Sie trägt auch dazu bei, den Grundsatz *pacta sunt servanda* zu stärken,¹⁸³ indem sie verhindert, dass Gläubiger auf Kosten des Schuldners spekulieren, also aus anderen Gründen, die nichts mit der Pflichtverletzung zu tun haben, von dem Vertrag befreit werden.¹⁸⁴ Daher wird ein „prozessualer“ Mechanismus geschaffen, der das Interesse des Gläubigers an der Abwicklung des Vertrages mit dem Interesse des Schuldners an der weiteren Erfüllung zum *Ausgleich* bringen kann.¹⁸⁵

aa) Voraussetzungen für die Fristsetzung

Aus § 281 Abs. 1 S. 1 BGB geht hervor, dass die Fristsetzung nur dann erfolgen kann, wenn der Schuldner eine *fällige* Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt.¹⁸⁶ Der Gläubiger kann eine Nachfrist erst nach Eintritt der Fälligkeit setzen;¹⁸⁷ eine vor diesem Zeitpunkt gesetzte Nachfrist kommt grundsätzlich nicht in Betracht.¹⁸⁸ Im Falle der vorzeitigen Lieferung mangelhafter Sache sollte der Gläubiger jedoch ausnahmsweise die Möglichkeit haben, vor Eintritt der Fälligkeit eine Nachfrist zu setzen,¹⁸⁹ wobei der ursprüngliche Fälligkeitszeitpunkt im Rahmen der Angemessenheit der Nachfrist zu berücksichtigen ist.¹⁹⁰

¹⁷⁸ So dient das Nachfristsetzungserfordernis vor allem dazu, den Vorrang des Erfüllungsanspruches zu bewahren, s. dazu *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 275.

¹⁷⁹ Vgl. zur Geschichte der Nachfrist *Huber*, Leistungsstörungen II, 1999, § 41 I (S. 324 ff.).

¹⁸⁰ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 220.

¹⁸¹ *Canaris*, FS Kropholler, 2008, S. 3, 6; *Soergel/Gsell*, 2005, § 323 Rn. 56.

¹⁸² *Lorenz*, NJW 2006, 1175, 1176.

¹⁸³ *Canaris*, FS Kropholler, 2008, S. 3, 11; *Höpfner*, NJW 2016, 3633, 3634.

¹⁸⁴ *Lorenz*, FS Wolfsteiner, 2008, S. 121, 122.

¹⁸⁵ *Staudinger/Schwarze*, 2019, § 281 Rn. A 9; *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 275; zur Doppelfunktion der Nachfrist ferner *Canaris*, FS Kropholler, 2008, S. 3, 11.

¹⁸⁶ Vor diesem Zeitpunkt stellte die Nichterfüllung oder nicht vertragsgemäße Erfüllung des Vertrages durch den Schuldner noch keine Verletzung der Leistungspflichten dar, s. dazu auch *Bassler/Büchler*, AcP 214 (2014), 888, 891 f.

¹⁸⁷ *MüKoBGB/Ernst*, 2022, § 281 Rn. 36.

¹⁸⁸ BGHZ 193, 315, 320 (Rn. 16).

¹⁸⁹ Denn in einem solchen Fall ist der Anspruch auf Nacherfüllung noch nicht fällig, BeckOK BGB/*Faust*, 1.11.2022, § 439 Rn. 30; a.A. BeckOGK BGB/*Höpfner*, 1.12.2022, § 439 Rn. 10.

¹⁹⁰ BeckOK BGB/*Faust*, 1.11.2022, § 437 Rn. 25; BeckOGK BGB/*Looschelders*, 1.11.2022, § 323 Rn. 145.

bb) Anforderungen an die Fristsetzung

Die Anforderungen, den Inhalt der Fristsetzung der Nachfrist zu konkretisieren, ergeben sich vor allem aus den möglichen Folgen für die weitere Entwicklung des Vertragsschicksals,¹⁹¹ wobei die Erklärungen der Parteien einer rechtlichen Prüfung und Bewertung unterzogen werden müssen.¹⁹² Zunächst bedarf es also einer konkreten und ernsthaften Leistungsaufforderung,¹⁹³ wofür die bloße Aufforderung des Schuldners zur Erklärung über seine Leistungsfähigkeit oder -bereitschaft oft in der Regel nicht genügt.¹⁹⁴ Aus der Leistungsaufforderung muss auch zu erkennen sein, welche Leistung vom Schuldner verlangt wird,¹⁹⁵ damit dieser entscheiden kann, ob er die Folgen der Leistungsstörungen hinnehmen oder durch Tätigwerden innerhalb der Frist von sich abwenden will.¹⁹⁶ Für die Frist zur Nacherfüllung bedeutet dies, dass der Gläubiger den zu behebenden Mangel konkret benennen muss, damit der Schuldner von dem gegen ihn gerichteten Anspruch Kenntnis hat. Grundsätzlich muss auch für jeden Mangel eine Nachfrist angegeben werden.¹⁹⁷ Folglich kann der Gläubiger also nur dann Schadensersatz nach § 281 Abs. 1 BGB verlangen, wenn der Schuldner den Mangel bei der konkret beanstandeten Leistung nicht beseitigt.¹⁹⁸ Daneben hat der Gläubiger auch eine bestimmte Zeitspanne zu nennen, um dem Schuldner zu zeigen, bis wann seine nachträglichen Leistungen noch zu erwarten sind.¹⁹⁹ Insoweit genügt es nach Auffassung des BGH jedoch, wenn der Gläubiger durch die Aufforderung zur sofortigen, unverzüglichen oder rechtzeitigen Leistung oder durch eine ähnliche Formulierung deutlich macht, dass dem Schuldner nur eine begrenzte (bestimmbare) Frist zur Erfüllung seiner Pflichten zur Verfügung steht, ohne dass eine bestimmte, konkrete Frist genannt werden muss.²⁰⁰ Ferner unterliegt die vom Gläubiger gesetzte Frist auch dem Gebot der Angemessenheit.²⁰¹

¹⁹¹ OLG Köln ZGS 2003, 392.

¹⁹² *Mankowski*, ZGS 2003, 451, 452.

¹⁹³ Im Gegensatz zu § 326 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. erfordert die Fristsetzung nun keine Ablehnungsandrohung nach Ablauf der Frist mehr.

¹⁹⁴ *Staudinger/Schwarze*, 2019, § 281 Rn. B 37.

¹⁹⁵ *Riehm*, *Der Grundsatz der Naturalerfüllung*, 2015, S. 281.

¹⁹⁶ BGH NJW 2010, 2200 Rn. 16.

¹⁹⁷ Sog. „Grundsatz der Einzelfallbetrachtung“, hierzu näher oben A III 1 (S. 33 f.).

¹⁹⁸ Vgl. BGH NJW 2016, 2493 Rn. 14; a.A. *Dauner-Lieb*, FS Canaris, 2007, Bd. 1, S. 143, 159 f., 160 ; *Canaris*, DB 2001, 1815, 1816.

¹⁹⁹ *Medicus/Lorenz*, *SchuldR AT*, 222021, § 37 Rn. 7.

²⁰⁰ BGH NJW 2016, 3654 Rn. 25; NJW 2015, 2564 Rn. 11; NJW 2009, 3153 Rn. 11; zust. *Dubovitskaya*, JZ 2012, 328, 330 ff.

²⁰¹ Vgl. zu diesem Erfordernis näher *Riehm*, *Der Grundsatz der Naturalerfüllung*, 2015, S. 284 ff. ; *Medicus/Lorenz*, *SchuldR AT*, 222021, § 37 Rn. 10.

cc) Fristablauf und Erfolglosigkeit

Die bloße *Setzung*²⁰² einer angemessenen Frist für den Schuldner reicht aber noch nicht aus, um den Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz statt der Leistung zu begründen, vielmehr muss diese Frist *erfolglos* abgelaufen sein. Dies ist der Fall, wenn der Schuldner die Leistung vor Ablauf der Nachfrist noch nicht vollständig erbringt oder dies dem Gläubiger in Annahmeverzug begründenden Weise angeboten hat.²⁰³ Im ersten Fall kommt es in der Regel nur auf die rechtzeitige Vornahme der geschuldeten Leistungshandlungen durch den Schuldner an.²⁰⁴ Wenn die zur Leistung erforderliche Handlung also zwar innerhalb der Nachfrist vorgenommen wird, deren Erfolg aber erst nach Fristablauf eintritt, so ist der Gläubiger noch weiter an die Leistung des Schuldners gebunden, ansonsten gerät er in Annahmeverzug.²⁰⁵ Bei der Nacherfüllung nach § 439 BGB ist nach Ansicht des BGH die Nachfrist ferner nur dann gewährt, wenn der Verkäufer vor Fristablauf eine mangelfreie Sache geliefert hat.²⁰⁶

dd) Rechtsfolgen nach Fristablauf

Was die Rechtsfolgen des fruchtlosen Ablaufs der Nachfrist betrifft, so führt sie zunächst nicht zu einer „endgültigen“ Umwandlung des Primäranspruches in einen Sekundäranspruch,²⁰⁷ vielmehr hängt diese noch vom Schadensersatzverlangen des Gläubigers ab (vgl. § 281 Abs. 4 BGB). Der Grund dafür ist, dass dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben werden soll, auf den Primärleistungsanspruch zurückzugreifen.²⁰⁸ Auf diese Weise kann der Gläubiger bei Vorliegen der Tatbestände des § 281 Abs. 1-3 BGB auch weiterhin Leistung verlangen²⁰⁹ und erhält zugleich die *Befugnis*, zwischen der Primärleistung und dem Schadensersatz zu wählen.²¹⁰

Mit der Eröffnung dieser Option²¹¹ seitens des Gläubigers befindet sich der Schuldner aber in einem „Schwebezustand“,²¹² weil er nicht weiß, ob er sich weiter um die Erfüllung bemühen oder sich lediglich auf eine mögliche Abwicklung des Vertrages vorbereiten soll.²¹³

²⁰² Folgt man streng der Auffassung des BGH, dass es für die *Setzung* einer Frist nicht auf eine bestimmte, festgelegte Frist benennen werden muss, so unterscheidet sich diese nicht von einer *Mahnung* nach Ablauf einer angemessenen Frist und wird daher nur deshalb weiter verwendet, weil sie noch im Gesetz verankert ist und im Diskurs in Bezug genommen wird, s. dazu auch *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1, 9.

²⁰³ *Emmerich*, LeistungsstörungenR, 62005, § 18 Rn. 33.

²⁰⁴ MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 281 Rn. 56, § 323 Rn. 90.

²⁰⁵ BGH NJW 1954, 794.

²⁰⁶ BGH BeckRS 2020, 25907 Rn. 25.

²⁰⁷ Vgl. zu dieser Problematik umfassend *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 286 ff.

²⁰⁸ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 140.

²⁰⁹ BGH NJW 2021, 464 Rn. 19.

²¹⁰ BGH NJW 2018, 786 Rn. 10; MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 281 Rn. 82.

²¹¹ Dieses Wahlverhältnis zwischen den beiden Ansprüchen wird vom BGH als „elektive Konkurrenz“ betrachtet, s. dazu BGH NJW 2006, 1198 Rn. 17.

²¹² Im alten deutschen Schuldrecht ergab sich dieser Schwebezustand nur aus der Tatsache, dass der Gläubiger zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählen konnte (vgl. § 326 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB a.F.) und der Erfüllungsanspruch durch den bereits entstandenen (wenn auch noch nicht geltend gemachten) Schadensersatzanspruch verdrängt wurde, s. dazu MüKoBGB/*Emmerich*, 2001, § 326 Rn. 93.

²¹³ *Canaris*, FS Ulmer, 2003, S. 1073, 1095; *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, 222021, § 37 Rn. 27.

Dies hängt in erster Linie nur von der Entscheidung des Gläubigers ab: Wenn er zunächst Schritte zur Durchsetzung seines Erfüllungsanspruches gegen den Schuldner unternimmt, insbesondere wenn er eine Leistungsklage erhebt, kann dies *normalerweise* also nicht als stillschweigender Verzicht auf das Recht auf Schadensersatz statt der Leistung angesehen werden.²¹⁴ Mit anderen Worten, er bleibt weiterhin „berechtigt“, später in einen Schadensersatzanspruch umzuwandeln. Insoweit besteht kein Raum für die Anwendung des § 281 Abs. 4 BGB, der lediglich vorsieht, dass der Erfüllungsanspruch durch das Verlangen des Gläubigers auf Schadensersatz statt der Leistung erlischt; eine vergleichbare Regelung für den Fall, dass der Gläubiger nach Ablauf der Nachfrist weiterhin Erfüllung verlangt, gibt es jedoch nicht.²¹⁵ Diesbezüglich wird zwar in der Literatur die Auffassung vertreten, dass § 281 Abs. 4 BGB „reziprok“ anzuwenden sei, so dass ein Erfüllungsverlangen nach Ablauf der Nachfrist zum Erlöschen des Anspruches auf Schadensersatz statt der Leistung führen kann.²¹⁶ Der Zweck und Sinn des § 281 Abs. 4 BGB lässt eine solche „wechselseitige“ Anwendung aber nicht zu,²¹⁷ weil dem Gläubiger nach Fristablauf und vor dem Schadensersatzverlangen *nur* die Berechtigung gegeben wird, *anstatt* dem Erfüllungsbegehren Schadensersatz zu verlangen - er aber nicht dazu *verpflichtet* ist. Daran ändert auch die bloße Weiterverfolgung des Erfüllungsanspruches nichts, denn der Gläubiger erzielt dadurch keinen zusätzlichen Gewinn: Das spätere Begehren nach Schadensersatz statt der Leistung erfolgt immer noch den Wegfall des Erfüllungsanspruches mit sich bringt.

Auch im Falle der Nachholung der Leistung durch den Schuldner ist das vorgenannte Wahlrecht des Gläubigers nicht *unmittelbar* ausgeschlossen, denn der Gläubiger ist nicht verpflichtet, die verspätete Leistung zu akzeptieren.²¹⁸ Allerdings kann der Schuldner immer (und nur) auf diese Weise von dem Schwebezustand befreit werden, weil der Gläubiger die angebotene Leistung dann entweder annimmt oder ablehnt, und nach der Ablehnung sein weiteres Leistungsverlangen ein von § 242 BGB verbotenes widersprüchliches Verhalten.²¹⁹

b) Unmöglichkeit

Ist die Leistung bereits unmöglich geworden, so wandelt sich der Erfüllungsanspruch *automatisch*²²⁰ in den Schadensersatz statt der Leistung um,²²¹ sofern diese vom Schuldner zu vertreten ist (vgl. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283, 311a Abs. 2 BGB).²²² Eine Fristsetzung ist hier

²¹⁴ MüKoBGB/Ernst, 2022, § 281 Rn. 90.

²¹⁵ Vgl. auch BGH NJW 2006, 1198 Rn. 18.

²¹⁶ So Jauernig/Stadler, § 281 Rn. 15.

²¹⁷ Dies wird auch durch den Umkehrschluss aus § 281 Abs. 4 BGB unterstützt, s. dazu BGH NJW 2006, 1198 Rn. 19.

²¹⁸ Canaris, Karlsruher Forum 2002, 2003, S. 5, 49.

²¹⁹ Canaris, FS Ulmer, 2003, S. 1073, 1096 mit Fn. 60.

²²⁰ Schwarze, LeistungsstörungenR, 32021, § 17 Rn. 2.

²²¹ Sog. Überleitungsfunktion der Unmöglichkeit, vgl. Huber, AcP 210 (2010), 319, 326; Wagner, JZ 1998, 482, 486; HKK-BGB/Schermaier, 2007, § 275 Rn. 8; BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 275 Rn. 3.

²²² Umgekehrt wird der Schuldner von seiner Haftung befreit, wenn ihm die Unmöglichkeit der Leistung nicht vorzuwerfen ist; man spricht in diesem Zusammenhang von einer „Befreiungsfunktion“ der Unmöglichkeit, s. dazu Huber, AcP 210 (2010), 319, 326 ff.; krit. aber BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 275 Rn. 4; zu dieser

also nicht nur - anders als in § 281 Abs. 2 BGB - entbehrlich, sondern völlig sinnlos, weil der Schuldner in jedem Fall die Primärleistung nicht mehr erbringen kann.²²³ Dadurch stellt die Unmöglichkeit i.S.v. § 275 Abs. 1-3 BGB, die die Grenze des Primärleistungsanspruches umreißt, zugleich ein *Übergang* zur Umwandlung des Primäranspruches in den Sekundäranspruch dar.²²⁴ In der Praxis ist diese *Überleitungsfunktion* jedoch weniger relevant als ihre systematische Stellung,²²⁵ da in solchen Fällen die Beweislast für die Unmöglichkeit im *Bestreitensfall* beim Gläubiger liegt,²²⁶ wobei die betreffende Tatsachen in der Regel in den Einflussbereich des Schuldners fällt,²²⁷ was zweifellos eine Beweisnot auf Seiten des Gläubigers mit sich bringen kann.²²⁸ Der Gläubiger kann aber jedenfalls über das Fristsetzungserfordernis des § 281 Abs. 1 BGB auf den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung übergehen, um diese Beweisschwierigkeit zu umgehen.²²⁹

c) Erfüllungsverweigerung

Im deutschen Recht ist die Leistungsverweigerung nicht nur ein eigener Leistungshindernisgrund,²³⁰ sondern stellt auch einen Übergang von der Primärleistung zu einem Sekundärrechtsbehelf dar.

aa) Die Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit

Nach § 281 Abs. 2 Alt. 1 BGB braucht der Gläubiger dann keine Nachfrist zu setzen, wenn sich der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert.²³¹ Dahinter steht die Erwägung, dass der Zweck der Nachfristsetzung darin besteht, dem Schuldner eine zweite Chance zur Leistung zu geben, und dieser Zweck kann nicht erreicht werden, wenn der Schuldner die Leistung bereits ernsthaft und endgültig verweigert.²³² Er muss also - nach der ständigen Auffassung in der Rechtsprechung - klar und unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass er seine vertraglichen Verpflichtungen unter keinen Umständen erfüllen wird.²³³ Dabei ist vor allem auf die Sichtweise des Gläubigers als Empfänger der Erklärung

Funktion der Unmöglichkeit i.S.d. § 275 BGB a.F., vgl. *Jakobs*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S. 67 ff.

²²³ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 93, 142.

²²⁴ *Canaris*, SchuldRReform, 2001, S. 43, 44; dazu bereits *Himmelschein*, AcP 135 (1932), 255, 258 f.

²²⁵ *Canaris*, JZ 2001, 499, 515; *Huber*, AcP 210 (2010), 319, 327.

²²⁶ Zwar ermöglichen sowohl § 283 BGB als auch § 311a Abs. 2 BGB, dass der Gläubiger ohne Fristsetzung direkt Schadensersatz begehren kann, doch muss er dabei nachweisen, dass die Leistung bereits unmöglich geworden ist, s. dazu *Soergel/Gsell*, 2014, § 311a Rn. 79; *Reppen*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Beweislast-HdB, 42018, § 283 Rn. 2; BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 283 Rn. 69 ff.

²²⁷ *Reppen*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Beweislast-HdB, 42018, § 275 Rn. 18.

²²⁸ HKK-BGB/*Schermaier*, 2007, § 275 Rn. 9; zur subjektiven Unmöglichkeit, vgl. BGHZ 141, 179, 182.

²²⁹ *Reppen*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Beweislast-HdB, 42018, § 281 Rn. 1.

²³⁰ Hierzu näher oben A I 5 (S. 26 f.).

²³¹ Schon nach früheren Recht galt die Leistungsverweigerung als ein Fall, der die Bestimmung einer Frist entbehrlich machte, wodurch der Gläubiger das in § 326 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. vorgesehene Recht sofort geltend machen konnte, s. dazu *Huber*, Leistungsstörungen II, 1999, § 51 I 1 (S. 566).

²³² Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 140.

²³³ BGH NJW 2021, 464 Rn. 36; NJW 2017, 1666 Rn. 31.

abzustellen.²³⁴ So stellt das bloße Bestreiten eines Mangels durch den Schuldner keine Nacherfüllungsverweigerung dar; vielmehr bedarf es einer bewussten Ablehnung der Erfüllung seiner vertragspflichten, an der sich auch nichts ändert, wenn ihm eine Nachfrist zur Beseitigung des Mangels gesetzt wird.²³⁵ Für die Feststellung der Leistungsverweigerung nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB gelten dieselben Kriterien.

bb) Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit?

Bei vorzeitiger Leistungsverweigerung eröffnet § 323 Abs. 4 BGB dem Gläubiger die Möglichkeit, bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung vom Vertrag zurückzutreten.²³⁶ Das vom deutschen Gesetzgeber verfolgte Ziel besteht also darin, dem Gläubiger ein unzumutbares Abwarten bis zum Fälligkeitszeitpunkt zu ersparen.²³⁷ In § 281 BGB fehlt zwar eine entsprechende Regelung, doch darf dies wegen der vergleichbaren Interessenlage nicht anders behandelt werden.²³⁸

d) Relatives Fixgeschäft

Bei einem relativen Fixgeschäft handelt es sich nach § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB um eine Konstellation, in der die Erfüllung innerhalb dieses Zeitpunkts oder dieser Frist für den Gläubiger aufgrund einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner vor Abschluss des Vertrages oder aufgrund anderer Umstände zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses wesentlich ist.²³⁹ Im Gegensatz zum bisherigen § 361 BGB a.F. und entsprechend § 376 HGB hat der Reformgesetzgeber hier nicht nur eine Auslegungsregel - „im Zweifel“ -, sondern auch „ein gesetzliches Rücktrittsrecht wegen Pflichtverletzung durch Terminüberschreitung“ geschaffen.²⁴⁰ Eine unmittelbare Entsprechung²⁴¹ fehlt zwar in § 281 Abs. 2 BGB, was jedoch nicht ausschließt, dass die betreffende Vereinbarung unter die „besonderen Umstände“ in § 281 Abs. 2 Nr. 2 BGB subsumiert wird.²⁴²

Der Unterschied zur absoluten Fixschuld besteht *bislang* darin, dass sich die konkrete Zeitabhängigkeit des Erfüllungsinteresses des Gläubigers nicht aus der Natur der Sache,

²³⁴ Staudinger/Schwarze, 2019, § 281 Rn. B 91.

²³⁵ BGH NJW 2015, 3455 Rn. 33; NJW 2006, 1195 Rn. 25.

²³⁶ Bei der Schaffung § 323 Abs. 4 BGB hat der Reformgesetzgeber vor allem an die Fälle gedacht, in denen vor Fälligkeit der Leistung eine unbehebbar Leistungshinderung droht oder der Schuldner unmissverständlich und endgültig Leistungsweigerung ankündigt, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 186; BeckOGK BGB/Looschelders, 1.11.2022, § 323 Rn. 227; hierzu auch unten D II 1 c) (S. 96 f.).

²³⁷ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 186.

²³⁸ Hierzu näher oben A I 5) b) (S. 26 f.).

²³⁹ Die heutige Fassung des § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB 2 ist das Ergebnis der Umsetzung von Art. 18 Abs. 2 UAbs. 2 VRRL, die nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers im Wesentlichen nur eine begriffliche Änderung darstellt, s. dazu Regierungsbegründung zum VRRL-Umsetzungsgesetz. BT-Drs. 17/12637, S. 58; ablehnend etwa MüKoBGB/Ernst, 2022, § 323 Rn. 122; NK-BGB/Dauner-Lieb/Dubovitskaya, § 323 Rn. 26a.

²⁴⁰ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 185.

²⁴¹ Riehm, NJW 2014, 2065, 2067 mit Fn. 16.

²⁴² Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 375; Medicus/Lorenz, SchuldR AT, ²²2021, § 38 Rn. 6; a.A. MüKoBGB/Ernst, 2022, § 281 Rn. 72.

sondern aus der vertraglichen Vereinbarung ergibt.²⁴³ Demnach wird in der Rechtsprechung häufig die Formel verwendet, dass eine relative Fixschuld dann vorliegt, wenn der Vertrag auf Grund der Terminvereinbarung mit der Einhaltung des Leistungstermins „stehen oder fallen“ sollte.²⁴⁴ Bei der Neufassung des § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist aber zu beachten, dass nur der Leistungstermin selbst vereinbart werden muss, wobei sich die besondere Bedeutung des Leistungstermins für den Gläubiger auch aus den Umständen des Vertragsschlusses ergeben kann.²⁴⁵

e) Abwägung der besonderen Umstände

Nach § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB bedarf es auch keiner Fristsetzung, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen. Eine vergleichbare Vorschrift findet sich auch in § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB, allerdings mit dem Unterschied, dass diese Bestimmung jetzt nur noch bei Schlechtleistung gilt.²⁴⁶ Die Parallelität zwischen Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung ist also in dem hier geregelten Sachgebiet unterbrochen.²⁴⁷

Bei der Abwägung sind zwar²⁴⁸ neben den Interessen des Gläubigers auch die Interessen des Schuldners²⁴⁹ zu berücksichtigen.²⁵⁰ Doch stellt die Konstellation, dass die verspätete Leistung für den Gläubiger nicht mehr von Interesse ist, in jedem Fall eine wichtige Fallgruppe für die Anwendung von § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB dar.²⁵¹ Entscheidend ist danach, ob die Interessen des Gläubigers durch die nachträgliche Leistung des Schuldners noch befriedigt werden kann, insbesondere ob der bereits entstandene Schaden dadurch beseitigt wird.²⁵² Zu berücksichtigen sind ferner die Eigenart des Vertrages selbst, wie z.B. die Nichteinhaltung der vereinbarten Lieferfrist bei einem „Just-in-time-Vertrag“,²⁵³ und die besondere Dringlichkeit der Leistung für den Gläubiger.²⁵⁴ Ebenso kann ein bestimmtes Verhalten des Schuldners, wie z.B. Arglist bei Mängeln, die Fristsetzung entbehrlich machen, sofern die Grundlage des Vertrauens des Gläubigers in die Nacherfüllung zerstört würde.²⁵⁵

²⁴³ *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 374.

²⁴⁴ RGZ, 51, 347, 348; vgl. auch Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 185 f. mit Hinweis auf die bisherige Fassung des § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB, wonach die Nichteinhaltung der Leistungsfrist die Fristsetzung entbehrlich macht, wenn „der andere Teil im Vertrag den Fortbestand seines Erfüllungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Erfüllung gebunden hat“; krit. dazu *Schwarze*, AcP 207 (2007), 437 ff.

²⁴⁵ *Riehm*, NJW 2014, 2065, 2067 f.

²⁴⁶ Dies dient also der Umsetzung des Art. 18 VRRL, vgl. näher *Riehm*, NJW 2014, 2065 ff.

²⁴⁷ So MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 281 Rn. 69; vgl. zu Lösungsvorschlägen *Riehm*, NJW 2014, 2065, 2068.

²⁴⁸ Im Unterschied zum § 326 Abs. 2 BGB a.F.

²⁴⁹ Vgl. dazu eingehend *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 380 ff.

²⁵⁰ MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 281 Rn. 70; ablehnend *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 247.

²⁵¹ BGH NJW 2016, 491 Rn. 27.

²⁵² BGH NJW-RR 2012, 268 Rn. 12.

²⁵³ Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 140.

²⁵⁴ Hier führt der bloße Zeitablauf also zum Wegfall eines Erfüllungsinteresses, ohne dass eine Vereinbarung über ein relativ Fixgeschäft getroffen werden muss, s. dazu *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 383.

²⁵⁵ BGH NJW 2010, 1805 Rn. 9; *Lorenz*, NJW 2004, 26, 26 f.; a.A. *Gutzeit*, NJW 2008, 1359, 1360 ff.

Diese Folge kann sich auch aus den besonderen Eigenschaften des Leistungsgegenstandes ergeben, z. B. aus der Notwendigkeit einer sofortigen Behandlung des gekauften Tieres.²⁵⁶

f) Die Unzumutbarkeit der Leistung durch den Schuldner

Ferner kann der Gläubiger nach § 282 BGB im Falle einer Verletzung der in § 241 Abs. 2 BGB vorgesehenen Pflichten auch in den Anspruch auf das positive Interesse übergehen, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner unzumutbar ist.²⁵⁷ Diese Bestimmung macht es auch erforderlich, zwischen der Rücksichtnahmepflicht und der sog. Nebenleistungspflicht²⁵⁸ zu unterscheiden.²⁵⁹ Für beide gelten verschiedene Übergangstatbestände. Als Verletzung einer Nebenpflicht wird hier die Konstellation bezeichnet, in der das Interesse des Gläubigers an der Leistung nicht dadurch berührt wird.²⁶⁰ Da in einem solchen Fall die vom Schuldner erbrachte Leistung nicht an sich fehlerhaft ist, sondern das Fehlverhalten des Schuldners in anderen Umständen außerhalb der Leistung liegt,²⁶¹ wäre es zwecklos, hier auf die Fristsetzung für die Nachholung der Leistung abzustellen;²⁶² vielmehr ist der Tatbestand des Übergangs von dem Erfüllungsanspruch zur Ersatzleistung unabhängig davon zu konstruieren.

Was die Unzumutbarkeit anbelangt, so bezieht sie sich vor allem auf die Voraussetzungen, unter denen der Gläubiger berechtigterweise durch die Verletzung der Nebenpflicht durch den Schuldner herausgefordert fühlen darf, und auf seinen Erfüllungsanspruch zugunsten eines Schadensersatzanspruchs verzichten kann.²⁶³ Dazu muss auch ein Kausalzusammenhang zwischen dieser Unzumutbarkeit für den Gläubiger und der Nebenpflichtverletzung des Schuldners vorliegen.²⁶⁴

g) Andere Fälle für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Ergänzend zu den in § 281 Abs. 2 BGB geregelten Gründen regelt § 440 S. 1 BGB drei weitere Fälle, in denen die Fristsetzung entbehrlich ist, so dass der Käufer sofort auf einen sekundären Rechtsbehelf²⁶⁵ übergehen kann.²⁶⁶ Dabei handelt es sich um die totale

²⁵⁶ BGH NJW 2005, 3211, 3212.

²⁵⁷ In einem solchen Fall räumt § 324 BGB auch dem Gläubiger die Möglichkeit ein, vom Vertrag zurückzutreten, ohne dass das Vertretenmüssen des Schuldners vorausgesetzt wird, vgl. dazu unten D II 3 (S. 102).

²⁵⁸ Vgl. zu diesem Begriff Staudinger/Olzen, 2019, § 241 Rn. 151, 163 ff.

²⁵⁹ Zur Abgrenzung zwischen den § 323 BGB und § 324 BGB bei der Verletzung einer Nebenleistungspflicht, vgl. BeckOGK BGB/Looschelders, 1.11.2022, § 323 Rn. 124 ff.

²⁶⁰ Wenn die Verletzung dieser Pflichten die Hauptleistung beeinträchtigt und dazu führt, dass die Leistung nicht vertragsgemäß ist, dann ist § 281 BGB anzuwenden, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 141; Schwarze, LeistungsstörungenR, 32021, § 23 Rn. 2 ff.

²⁶¹ Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 386.

²⁶² Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 141.

²⁶³ BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 282 Rn. 56.

²⁶⁴ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 142.

²⁶⁵ Dabei kommt es nicht nur auf Schadensersatz statt der Leistung und Rücktritt in Betracht, sondern auch auf Minderung sowie Aufwendungsersatz, s. BeckOK BGB/Faust, 1.11.2022, § 440 Rn. 3.

²⁶⁶ Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 233; BeckOGK BGB/Höpfner, 1.12.2022, § 440 Rn. 1.

Verweigerung beider Arten der Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 4 BGB,²⁶⁷ das Fehlschlagen der Nacherfüllung sowie die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung. Vom Fehlschlagen der Nacherfüllung ist nach § 440 S. 2 BGB insbesondere dann auszugehen, wenn zwei Nachbesserungsversuche erfolglos geblieben sind, es sei denn, die Art der Sache oder des Mangels oder sonstige Umstände lassen einen anderen Schluss zu. Bei einem Verbrauchsgüterkauf gilt dagegen weder § 281 Abs. 2 BGB noch § 440 BGB, sondern die Sonderregelung des § 475d BGB, der in Abs. 1 die Konstellationen nennt, in denen es keiner Fristsetzung bedarf.²⁶⁸

h) Besondere Anforderungen für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung

Der Übergang eines Erfüllungsanspruches auf den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wird insbesondere dadurch beeinflusst, dass der Schuldner bereits eine Teilleistung erbracht hat oder dass die von ihm zu erbringende Leistung nicht wie vereinbart ist.²⁶⁹ Aus der Formulierung „soweit“ in § 281 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt sich, dass der Gläubiger grundsätzlich *nur* Schadensersatz statt des noch ausstehenden Teils der Leistung verlangen kann.²⁷⁰ Dies wird in Anlehnung an § 463 BGB a.F.²⁷¹ als „kleiner“ Schadensersatz bezeichnet.²⁷² Danach soll dem Gläubiger zunächst die Möglichkeit gegeben werden, den Leistungsgegenstand zu behalten und zugleich den Minderwert Leistung liquidieren.²⁷³ Will der Gläubiger hingegen den gesamten Vertrag als Ganzes abwickeln, also im Wege des großen Schadensersatzes statt der Leistung,²⁷⁴ so sind die zusätzlichen Voraussetzungen des § 281 Abs. 1 S. 2 und S. 3 BGB zu beachten.²⁷⁵ Die Anforderungen hierfür sind deshalb höher, weil die Belastung des Schuldners durch diese gesteigerte Schadensersatzpflicht stärker belastet wird.²⁷⁶

²⁶⁷ Zu beachten ist, dass die Fristsetzung für die Nacherfüllung nur dann entbehrlich ist, wenn sich der Verkäufer auf die Einrede des § 439 Abs. 4 BGB beruft und beide Arten der Nacherfüllung insgesamt verweigert, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 234.

²⁶⁸ Vgl. näher BeckOK BGB/*Faust*, 1.11.2022, § 475d Rn. 6 ff.

²⁶⁹ So MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 281 Rn. 140 : „beschränkte Störungen“; *Lorenz*, NJW 2006, 1925 : „Teilleistungsstörungen“.

²⁷⁰ Insoweit genügt es, dass die oben beschriebenen allgemeinen Übergangstatbestände gegeben sind.

²⁷¹ Vgl. zu dieser Problematik *Jaggy*, Der sogenannte kleine Schadensersatz bei § 463 BGB, 2001.

²⁷² MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 281 Rn. 142; zum Kaufrecht, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 225 f.

²⁷³ BGH NJW 2018, 2863 Rn. 41 ff.

²⁷⁴ Da der Gläubiger indirekt *Rücktrittswirkungen* (s. auch Fn. 275) erzielen kann, indem er großer Schadensersatz verlangt, hat der Reformgesetzgeber in § 281 Abs. 5 BGB vorgesehen, dass ein Gläubiger, der Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, verpflichtet ist, die bereits erhaltene Leistung gem. den Bestimmungen der §§ 346-348 BGB zurückzugeben, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 141.

²⁷⁵ Da der große Schadensersatz wirtschaftlich der Kombination von Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung (§ 325) entspricht, hat der deutsche Gesetzgeber die Regelung des § 281 Abs. 1 S. 2, 3 BGB geschaffen, um eine *Umgehung* der betreffenden Schwelle des § 323 Abs. 5 BGB zu verhindern, s. dazu *Lorenz*, NJW 2006, 1925, 1925 Fn. 3; hierzu auch unten D II 1 d) und e) (S. 97 f.).

²⁷⁶ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 140.

aa) Der Interessenfortfall bei Teilleistung nach § 281 Abs. 1 S. 2 BGB

Hat der Schuldner nur einen Teil der Leistung erbracht, so muss der Gläubiger darlegen und beweisen, dass er an dieser Teilleistung kein Interesse hat, um den großen Schadensersatz zu verlangen.²⁷⁷ Ob dies der Fall ist, hängt also von den objektiven Gegebenheiten des Gläubigers ab.²⁷⁸ Darunter ist aber nicht zu verstehen, dass die nicht verletzende Partei *kein* Interesse an der Teilleistung hat - denn ein solches ist in der Regel bei jeder Vermögensleistung anzunehmen -, sondern dass sie kein Interesse an der teilweisen gegenseitigen Erfüllung des Vertrages hat.²⁷⁹ Wenn der vom Gläubiger mit dem Vertragsabschluss verfolgte Zweck also durch die bereits erhaltene Teilleistung nicht oder nicht *teilweise* erreicht werden kann, dann ist dies der Fall.²⁸⁰ Ob der Schuldner dieses Ziel kannte oder hätte kennen können, spielt es dagegen keine Rolle.²⁸¹

bb) Das Erheblichkeitserfordernis bei der Schlechtleistung nach § 281 Abs. 1 S. 3 BGB

Wenn der Schuldner zwar seine Leistung erbringt, diese aber nicht vertragsgemäß ist, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen, sofern die Pflichtverletzung nicht unerheblich ist. Im Gegensatz zum oben erwähnten Fall der Teilleistung wird hier also davon ausgegangen, dass eine Schlechtleistung grundsätzlich erheblich ist, und es obliegt daher dem Schuldner zu beweisen, dass sie unerheblich ist.²⁸²

3. *Erfüllungsanspruch und Rücktritt*

Im deutschen Recht hat der Gesetzgeber in Bezug auf die Tatbestände des Schadenersatzes statt der Leistung und des Rücktritts (ohne Rücksicht auf die Zurechenbarkeit) eine sog. *Parallelstruktur* zugrunde gelegt,²⁸³ so dass bei einem gegenseitigen Vertrag die Bestimmungen über das gesetzliche Rücktrittsrecht in den §§ 323, 324 und 326 BGB mit den Schadenersatzregelungen der §§ 281 bis 283 BGB *weitgehend* übereinstimmen. Dies ist vor allem auf die Ähnlichkeit ihrer Rechtsfolgen zurückzuführen,²⁸⁴ und darauf, dass beide als Mechanismen für die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge angesehen werden.²⁸⁵ Demzufolge geht der Erfüllungsanspruch auch der Vertragsauflösung vor, was den Grundsatz wider spiegelt, dass die Vertragserfüllung vor der Vertragsabwicklung zu erfolgen hat.²⁸⁶

²⁷⁷ Das Erfordernis des Interessefortfalls findet sich auch in §§ 280 Abs. 2 S. 1, 325 Abs. 1 S. 2, 326 Abs. 1 S. 3 BGB a.F.

²⁷⁸ RGZ 67, 101, 104.

²⁷⁹ RGZ 50, 138, 143.

²⁸⁰ BGH NJW 1990, 3011, 3013; *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, ²²2021, § 35 Rn. 14.

²⁸¹ *Emmerich*, LeistungsstörungenR, ⁶2005, § 12 Rn. 43.

²⁸² Hierzu näher unten D II 1 e) (S. 97 f.).

²⁸³ Vgl. *Canaris*, Karlsruher Forum 2002, 2003, S. 5, 52; *Schwarze*, LeistungsstörungenR, ³2021, § 15 Rn. 1.

²⁸⁴ *Canaris*, JZ 2001, 499, 512 f.

²⁸⁵ Zur Schadensabwicklung im Wege der Differenzmethode und den ähnlichen Rechtsfolgen wie beim Rücktritt vom Vertrag, s. näher unten C III 2 a) bb) (S. 83 f.).

²⁸⁶ *Staudinger/Schwarze*, 2020, § 323 Rn. A 9.

4. Erfüllungsanspruch und Minderung

a) Die Minderung als allgemeiner Rechtsbehelf?

Im deutschen Recht ist die Minderung im Zuge der Schuldrechtsreform nicht - als genereller Rechtsbehelf - in das allgemeine Leistungsstörungsrecht integriert worden. Dies liegt vor allem daran, dass nach Ansicht des Reformgesetzgebers die Minderung bei bestimmten Vertragstypen, insbesondere bei Dienstverträgen,²⁸⁷ als Rechtsbehelf ausgeschlossen bleiben muss.²⁸⁸ Auch § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB eignet sich nicht als Grundlage für ein allgemeines Minderungsrecht,²⁸⁹ weil dieser nur für die Teilunmöglichkeit gilt, nicht aber für die sog. qualitative Unmöglichkeit,²⁹⁰ die durch die Regelung des § 326 Abs. 1 S. 2 BGB von seinem Anwendungsbereich ausgeschlossen ist.²⁹¹ Folglich ist das Recht auf Minderung nur auf bestimmte Vertragstypen wie Kauf-,²⁹² Werk- und Mietverträge (§§ 441, 638, 536 BGB) anwendbar, bei denen der deutsche Gesetzgeber ein eigenes Mängelgewährleistungsrecht vorgesehen hat.²⁹³

b) Das Verhältnis des speziellen Minderungsrechts zum Erfüllungsanspruch

Was das Verhältnis zwischen dem Minderungsrecht eines bestimmten Vertrages und dem Erfüllungsanspruch betrifft, so wird es häufig aus dem Verhältnis zwischen dem Minderungsrecht und anderen sekundären Rechtsbehelfen abgeleitet. Der Grund dafür ist ihre funktionelle Ähnlichkeit: Ebenso wie der sog. kleine Schadensersatz dient die Minderung also der *Beseitigung* eines Mangels,²⁹⁴ und führt ebenfalls zur (teilweisen) Abwicklung des Vertrages, doch mit einem - abgesehen von der Zurechenbarkeit - Unterschied, dass der Zweck der Minderung nicht darin besteht, die Gegenleistung an den Marktwert der Leistung anzupassen, sondern dem Gläubiger einen Ausgleich für den Mangel unter *Aufrechterhaltung des vereinbarten Preis- und Leistungsverhältnisses* zu verschaffen.²⁹⁵ Angesichts dessen ist die Minderung funktionell *eher* mit einem Teilrücktritt vergleichbar,²⁹⁶ so dass die für letztere

²⁸⁷ Vgl. zu dieser Problematik näher *Canaris*, FS K. Schmidt, 2009, S. 177 ff.

²⁸⁸ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 233.

²⁸⁹ S. aber *Lorenz/Riehm*, Neues SchuldR, 2002, Rn. 231: für die Verweisung in § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB auf § 441 Abs. 3 BGB ein Beleg für das „allgemeine Prinzip der proportionalen Anrechnung bei Teil- und Schlechtleistungen“.

²⁹⁰ Zu diesem Begriff, vgl. oben A I 4 b) (S. 24 f.).

²⁹¹ *Soergel/Gsell*, 2005, § 326 Rn. 33.

²⁹² Nach der Schuldrechtsreform wird die Preisminderung als der einzige *genuin* kaufrechtliche Rechtsbehelf beibehalten, s. dazu *Lorenz*, NJW 2002, 2497, 2499.

²⁹³ Vgl. zur rechtspolitischen Kritik zu § 326 Abs. 1 S. 2 BGB *Peukert*, AcP 205 (2005), 430, 485.

²⁹⁴ So steht die Minderung in einem exklusiven Verhältnis zum kleinen Schadensersatz für denselben Vermögensinbuße dar, s. dazu *BGH* NJW 2018, 2863 Rn. 33.

²⁹⁵ *BGH* NJW 2011, 2953 Rn. 9; vgl. zu dieser Äquivalenzwahrung als Grundlage für die Berechnung der Minderung näher *Canaris*, FS Wiedemann, 2002, S. 3, 4 ff.

²⁹⁶ *Soergel/Gsell*, 2005, § 323 Rn. 6.; *Canaris*, FS Wiedemann, 2002, S. 3, 30; „wirtschaftlich und funktionell ist die Minderung nichts anderes als ein *Teilrücktritt*“.

geltenden Übergangstatbestände im Rahmen des Vorranges der Naturalerfüllung auch hier gelten sollten.²⁹⁷

²⁹⁷ Vgl. insbesondere § 441 Abs. 1 S. 1 BGB: „*Statt zurückzutreten*“.

C. Schadensersatz im allgemeinen Leistungsstörungenrecht

I. Schadensersatz als Rechtsbehelf wegen zurechenbarer Pflichtverletzung

Als ein sekundärer Rechtsbehelf, der sich aus der Verletzung einer *Verpflichtung* ergibt, wird unter Schadensersatz zunächst die Frage der Zurechenbarkeit behandelt.¹ Dies ergibt sich deutlich aus dem Wortlaut von § 280 Abs. 1 BGB, wonach der Schuldner nur für die von ihm zu vertretende Pflichtverletzung schadensersatzpflichtig ist.²

1. Verschuldenshaftung und Verschuldensprinzip

Grundsätzlich hat der Schuldner i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu vertreten, sofern nicht aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, eine strengere Haftung zu entnehmen ist (vgl. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB). Damit wird das Verschuldensprinzip im deutschen Recht festgeschrieben.³ Der Grund für diesen deutschen *Sonderweg* liegt darin, dass er nicht nur rechtsethisch überzeugend ist, sondern auch dem Recht der Leistungsstörungen eine gewisse Flexibilität verleiht.⁴

a) Fahrlässigkeit als Regelform

Im Rahmen der Verschuldenshaftung ist die Standardform der Zurechnung vom Verhalten des Schuldners⁵ die einfache Fahrlässigkeit, wie sie in § 276 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommt.⁶ Demnach handelt der Schuldner dann fahrlässig, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Dies wird als Festlegung des objektivierten Fahrlässigkeitsmaßstabs angesehen.⁷ Es kommt also nicht auf die persönlichen Fähigkeiten und Fertigkeiten des Schuldners an, sondern auf den Grad der Sorgfalt, die von einem durchschnittlichen Schuldner in einer bestimmten Situation erwartet werden kann.⁸ Zudem setzt der Fahrlässigkeitsvorwurf die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit der

¹ Vgl. zur Notwendigkeit der Zurechnung bei der Ausgestaltung von Schadensersatz *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 283 ff.

² Dabei richtet sich der Bezugspunkt des Vertretenmüssens § 280 Abs. 1 S. 2 BGB nach der Pflichtverletzung und variiert nach der jeweiligen Anspruchsgrundlage, s. dazu näher *Riehm*, FS Canaris, 2007, Bd. 1, S. 1079, 1093 ff.; BeckOGK BGB/*ders.*, 1.7.2022, § 280 Rn. 173 ff.

³ *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 323 mit Fn. 9; *Riehm*, FS Canaris, 2007, Bd. 1, 1079; gegenüber dem § 276 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. gibt es insoweit keine Änderung, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 131.

⁴ *Canaris*, JZ 2001, 499, 506; *ders.*, FS Wiegand, 2005, S. 179, 250 ff.; *ders.*, FS Heldrich, 2005, S. 11, 21 ff.

⁵ Im Mittelpunkt der Verschuldensprüfung steht das Verhalten des Schuldners, d. h. das zu der Pflichtverletzung führende Verhalten, s. dazu MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 280 Rn. 33; BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 280 Rn. 182; zur Abgrenzung zwischen Verhaltensnormen und Zurechnungsnormen vgl. auch *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 295 ff.

⁶ MüKoBGB/*Grundmann*, 2022, § 276 Rn. 50.

⁷ *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, 22021, § 30 Rn. 12.

⁸ St. Rspr. seit RGZ 95, 16, 17; vgl. auch *Larenz*, SchuldR AT, 141987, § 20 III (S. 284 ff.).

Pflichtverletzung voraus.⁹ Neben der oben genannten einfachen Fahrlässigkeit wird vom BGB-Gesetzgeber im Rahmen des Verschuldens aber auch zwischen grober Fahrlässigkeit (vgl. z.B. § 300 Abs. 1 BGB) und diejeniger Sorgfalt, die der Schuldner in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 277 BGB), unterschieden.

b) Vorsatz

Neben der Fahrlässigkeit wird auch der Vorsatz in die Verschuldenszurechnung einbezogen. Gem. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB bedeutet dies das Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolges.¹⁰ Dabei muss der Handelnde also die Umstände, auf die sich der Vorsatz beziehen muss, gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben.¹¹

2. Haftung für Hilfspersonen nach § 278 BGB

Der Schuldner muss die Leistung in der Regel nicht selbst erbringen. Folgt man dem oben geschilderten Rahmen der Verschuldenshaftung in Fällen, in denen der Schuldner eine Hilfsperson für die Erfüllung seiner Verpflichtungen einsetzt, kann er in der Regel von der Haftung befreit werden, wenn er nachweist, dass er bei der Auswahl der Hilfsperson die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.¹² Somit ist es notwendig, einen Haftungsmechanismus für das *Fremdverschulden* außerhalb der Verantwortlichkeit des Schuldners für sein eigenes Verschulden zu schaffen, wie es in § 278 BGB vorgesehen ist.¹³

Nach § 278 S. 1 BGB haftet der Schuldner für das *Verschulden* seines gesetzlichen Vertreters und der Person, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden.¹⁴ Als Erfüllungsgehilfe gilt eine Person, die nach den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalls mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird.¹⁵ Unter den Tatbestand „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit“ fallen also nicht „nur derjenigen Personen, die der Schuldner unmittelbar zur Leistungserbringung einsetzt, sondern auch derjenigen, bei denen der Schuldner Rat über den Umfang seiner Pflichten einholt.“¹⁶ Auf diese Weise wird auch die Regelung für die *Zurechnung des Verhaltens* von Hilfspersonen in bestehenden Sonderrechtsverhältnissen festgelegt:¹⁷ Denn entgegen dem zu engen Wortlaut der Regelung geht es hier nicht nur um die Zurechnung eines Verschuldens

⁹ Soergel/Pfeiffer, 2014, § 276 Rn. 77; Unberath, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 326; Larenz, SchuldR AT, 141987, § 20 III (S. 282).

¹⁰ Medicus/Lorenz, SchuldR AT, 222021, § 30 Rn. 9; MüKoBGB/Grundmann, 2022, § 276 Rn. 154.

¹¹ BGH NJW 2014, 1380 Rn. 12.

¹² Medicus/Lorenz, SchuldR AT, 222021, § 31 Rn. 1.

¹³ Insoweit enthält § 278 BGB ein Element der Garantie, s. dazu Schwarze, LeistungsstörungenR, 32021, § 34 Rn. 47.

¹⁴ Dahinter steht vor allem der Grundgedanke, dass der Schuldner, wenn er bei der Erfüllung der sich aus dem besonderen Rechtsverhältnis ergebenden Verbindlichkeiten die Vorteile der Arbeitsteilung zu Nutze macht, auch das damit verbundene persönliche Risiko tragen soll, s. dazu MüKoBGB/Grundmann, 2022, § 278 Rn. 3.

¹⁵ BGH NJW 2007, 428 Rn. 22.

¹⁶ Faust, JuS 2007, 487, 488.

¹⁷ MüKoBGB/Grundmann, 2022, § 278 Rn. 1.

im engeren Sinne, sondern auch um die Zurechnung eines *Verhaltens*.¹⁸ Folglich hängt der konkrete *Pflichtenkreis* und der Sorgfaltsmaßstab des Erfüllungsgehilfen von der Stellung des Schuldners ab, der den Gehilfen einsetzt.¹⁹

3. Vertretenmüssen ohne Verschulden

Das Vorliegen einer Zurechenbarkeit kann auf einem Verschuldensvorwurf beruhen, aber auch durch verschuldensunabhängige Zurechnungsgründe wie Garantie- und Risikoübernahme begründet werden.²⁰ Insoweit ist der reformierte § 276 Abs. 1 BGB um eine verhältnismäßige flexiblere Formulierung gegenüber dem § 276 BGB a.F. angereichert, aus dem sich eine strengere Haftung als Vorsatz und Fahrlässigkeit ergeben kann.²¹

a) Garantieübernahme

Wenn der Schuldner eine *Garantie* übernommen hat, so haftet er nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB für seine Pflichtverletzung unabhängig vom Verschulden: Was den Gehalt dieser Begrifflichkeit anbelangt, so kann sie als eine Verallgemeinerung des § 463 BGB a.F. über die Eigenschaftszusicherung angesehen werden.²² Dementsprechend können die Kriterien, die in der Rechtsprechung für die Annahme der Letzteren aufgestellt wurden, auch weiterhin für die Feststellung dieser Garantie angewendet werden.²³ Die Übernahme einer Garantie setzt also voraus, dass der Schuldner vertraglich verbindlich zusichert, für alle Folgen der Nichterfüllung uneingeschränkt einzustehen.²⁴ Angesichts dieser weitreichenden Folgen ist daher insbesondere bei der Annahme eines solchen (stillschweigenden) Garantieversprechens Zurückhaltung geboten.²⁵

b) Beschaffungsrisiko

Unter der Übernahme der Beschaffungsrisiko i.S.d. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB versteht man ein Versprechen des Schuldners, die geschuldete Sache bzw. Leistung zu verschaffen.²⁶ Dies geschieht typischerweise bei einer Gattungsschuld,²⁷ mit deren Eingehung der Schuldner zugleich eine Garantie übernimmt, die vereinbarte Leistung aus der noch möglichen Gattung

¹⁸ *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, 222021, § 31 Rn. 20.

¹⁹ BGHZ 114, 263, 272.

²⁰ MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 280 Rn. 27 ff.

²¹ *Canaris*, JZ 2001, 499, 518 f.; der neue Fassung des § 276 Abs. 1 BGB soll also in der Praxis für mehr Flexibilität bei der *Kalibrierung* der Verantwortung des Schuldners sorgen, s. auch *Schlechtriem*, ZEuP 1993, 217, 229; vgl. ferner *Vollkommer*, Neues SchuldR, 2003, S. 123 ff.

²² Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 132.

²³ MüKoBGB/*Grundmann*, 2022, § 276 Rn. 175.

²⁴ Vgl. BGHZ 170, 86, 92 (Rn. 20); *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, 222021, § 32 Rn. 7.

²⁵ BGHZ 170, 86, 92 (Rn. 20).

²⁶ MüKoBGB/*Grundmann*, 2022, § 276 Rn. 177.

²⁷ Dies liegt dem vorherigen § 279 BGB a. F. zugrunde, der zwar im Zuge der Schuldrechtsreform aufgehoben wird, doch bleibt die Gattungsschuld der Hauptanwendungsfall für die Übernahme des Beschaffungsrisikos des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB, s. dazu *Grüneberg/Grüneberg*, § 276 Rn. 30.

jedenfalls zu beschaffen.²⁸ Insbesondere bei den sog. „marktbezogener“ Gattungsschuld²⁹ hat der Schuldner trotz bestehender Beschaffungshindernisse diese zu überwinden, solange die Leistung noch am Markt beschafft werden kann. Die Beschaffungspflicht und die damit verbundenen Beschaffungshindernisse beschränken sich jedoch nicht darauf, sondern bei Stückschuld kann auch die Frage der Übernahme des Beschaffungsrisikos eine Rolle spielen.³⁰ Demnach geht es stets um Vertragsauslegung, bei der schließlich das Umfang des von dem Schuldner übernommenen Risikos abgeklärt werden muss.³¹

II. Die Kategorie des Schadensersatzes

Im Hinblick auf die Kategorien des Schadensersatzes hat der deutsche Gesetzgeber in § 280 Abs. 1-3 BGB drei Arten festgelegt, nämlich einfacher Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB, Verzögerungsschadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB und Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281-283 BGB.³² Diese normative Ausgestaltung bildet daher den Ausgangspunkt für die dogmatische Analyse.³³

1. Der einfache Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB

Zunächst hat die Regelung des § 280 Abs. 1 BGB eine Doppelfunktion:³⁴ Einerseits begründet sie die allgemeinen Haftungstatbestände für alle Schäden, die sich aus einer *Pflichtverletzung* ergeben,³⁵ und andererseits kann sie allein auch als Anspruchsgrundlage für sog. „einfache Schäden“ dienen.³⁶ Es handelt sich also im Zusammenspiel mit § 280 Abs. 2, 3 BGB um sonstige Schäden, die weder als Schadensersatz statt der Leistung noch als Verzögerungsschäden zu qualifizieren sind. Aus schadensphänomenologischer Sicht kann § 280 Abs. 1 BGB dann nur als Grundlage für den Ersatz des *Integritätsinteresses*³⁷ herangezogen werden,³⁸ d. h. alle Verschlechterungen des Vermögenszustandes des Gläubigers, wie es sich unabhängig von der Leistungspflicht und deren Erfüllung befinden würde.³⁹ Darunter fällt insbesondere der sog. Mangelfolgeschaden,⁴⁰ bei dem es sich um einen

²⁸ Wegen der besonderen Struktur einer Gattungsschuld trägt der Schuldner mit der Leistungsgefahr also nicht nur das Risiko zur Beschaffung, sondern auch das Risiko zur etwaigen Wiederbeschaffung, s. dazu *Canaris*, FS Wiegand, 2005, S. 179, 188 f.

²⁹ So *Ballerstedt*, FS Nipperdey, 1955, S. 261, 264 ff.; *Canaris*, FS Wiegand, 2005, S. 179, 192 f.

³⁰ Vgl. etwa *Larenz*, SchuldR AT, ¹⁴1987, § 21 I d (S. 318); *Canaris*, JZ 2001, 499, 518 mit Fn. 175.

³¹ MüKoBGB/*Grundmann*, 2022, § 276 Rn. 179.

³² Für den Fall der anfänglichen Unmöglichkeit hat der Reformgesetzgeber in § 311a Abs. 2 BGB eine Sonderregelung getroffen, die ihrem Charakter nach ebenfalls als Schadensersatz statt der Leistung zu qualifizieren ist.

³³ Diese Typologie bildet also den *Schlüssel* zum Verständnis des Haftungsregimes des neuen Schuldrechts, s. dazu *Zimmermann*, The New German Law of Obligations, 2005, S. 52.

³⁴ *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 729; *Schwarze*, LeistungsstörungenR, ³2021, § 16 Rn. 2.

³⁵ Dies umfasst also neben der Pflichtverletzung auch das Bestehen eines Schuldverhältnisses und das Vertretenmüssen.

³⁶ Diese Oberkategorie zeichnet sich dadurch aus, dass sie nicht von einer Leistungsforderung gegen den Schuldner ausgeht, s. dazu *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1, 11.

³⁷ Vgl. zum Begriff des Integritätsinteresses näher oben A I 6 a) (S. 27 f.).

³⁸ *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 751; a.A. *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 348.

³⁹ BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 280 Rn. 233.

mangelbedingten Folgeschaden an anderen Rechtsgütern des Gläubigers.⁴¹ Neben dem typischen Mangelfolgeschaden wird *aber* auch der mangelbedingten Betriebsausfallschaden als einfacher Schaden i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB eingeordnet.⁴² Anders verhält es sich aber nur im Falle der Nacherfüllung, wo der Schuldner mit der Erfüllung dieser Nachleistungspflicht noch in Verzug geraten kann und der daraus entstehende Betriebsausfallschaden noch die *Sperre* des § 280 Abs. 2 BGB unterliegt.⁴³

2. Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nach § 280 Abs. 2 BGB

a) Ersatz des nur durch den *Verzug* entstandenen Schadens

In Anlehnung an § 280 Abs. 1 BGB, der eine Vereinheitlichung des Schadensersatzes wegen Pflichtverletzung bewirkt, wird in § 280 Abs. 1 BGB zunächst der Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung hervorgehoben. Danach kann der Gläubiger der Verzögerungsschaden nur dann verlangen, wenn die zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 BGB vorliegen.⁴⁴ Der Begriff dieses Schadens ist damit im reformierten Schuldrecht weiterhin an den *Verzug* geknüpft.⁴⁵ Dahinter steht vor allem die Erwägung, dass nicht jede bloße Leistungsverzögerung dazu führen kann, dass der Schuldner mit Sanktionen in Form von Schadenersatz rechnen muss.⁴⁶ Insbesondere im Falle eines unklaren Leistungszeitpunkts⁴⁷ ist der Schuldner darauf hinzuweisen, wann er die etwaigen Folgen einer nicht fristgerechten Leistung zu tragen hat. Als Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung ist der Gläubiger so zu stellen, wie er bei rechtzeitiger Erfüllung des Vertrages stünde.⁴⁸ Es handelt sich also um eine Entschädigung in Geld (vgl. 251 BGB), wobei diese üblicherweise nicht im Wege der Naturalrestitution erfolgen kann.⁴⁹ Sein Zweck ist der Ausgleich desjenigen Teils des *Erfüllungsinteresses* des Gläubigers, der durch die fortgesetzte Leistung des Schuldners noch nicht befriedigt werden kann.⁵⁰ Da der zu ersetzende Schaden nicht durch die Verzögerung, sondern nur durch den Verzug entstanden ist, bedeutet

⁴⁰ Vgl. zu dieser Problematik nach der Schuldrechtsreform einerseits *Mankowski*, JuS 2006, 481 ff. und andererseits *Lorenz/Stringari*, FS Georgiades, 2006, S. 237, 244 ff.

⁴¹ BGHZ 224, 271, 275 (Rn. 17); BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 280 Rn. 304.

⁴² Wohl die h.M., vgl. nur BGHZ 181, 317, 322 (Rn. 12); Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 225; *Canaris*, ZIP 2003, 321, 326; a.A. BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 280 Rn. 290 ff.: für die *einheitliche* Einordnung des Nutzungsausfallschadens als Verzögerungsschaden.

⁴³ *Lorenz/Stringari*, FS Georgiades, 2006, S. 237, 256 f.

⁴⁴ Vgl. zum Zweck der „Schwelle“ des § 280 Abs. 2 BGB näher *Canaris*, ZIP 2003, 321, 322.

⁴⁵ Krit. dazu *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, SchuldR AT, 62005, Rn. 653 f.; PWW/*Kramme*, § 286 Rn. 2.

⁴⁶ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 136.

⁴⁷ In diesem Fall ist die Leistung zwar nach § 271 Abs. 1 BGB „sofort“ fällig, der Schuldner trägt aber immer noch das Risiko, davon nichts zu wissen (s. dazu auch *Canaris*, ZIP 2003, 321, 322 f.) und sollte durch die Informationsandienfunktion des Mahnungserfordernisses geschützt werden, vgl. näher *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 744 f.

⁴⁸ BeckOK BGB/*Lorenz*, 1.11.2022, § 286 Rn. 69.

⁴⁹ Vgl. aber BGH NJW 1989, 1215, 1216.

⁵⁰ *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 346; *Huber*, Leistungsstörungen II, 1999, § 30 I 1 (S. 4); *ders.*, JZ 1984, 409.

„rechtzeitig“ hier also „zum Zeitpunkt des Verzugseintritts“.⁵¹ Dabei sind nicht nur Schäden während des Verzuges zu ersetzen, sondern sämtlicher durch den *Verzug* bedingten Schäden.⁵² Fraglich ist nur, ob sich der Verzögerungsschadensersatz auf Schäden beschränkt, die durch den *Verzug*⁵³ entstanden sind,⁵⁴ oder ob auch Schäden einbezogen werden können, die während des Zeitraums der Nachholung einer behebbaren mangelhaften Leistung entstanden sind. Denn auch der letztgenannte Fall könnte als Verzögerung der mangelfreien Leistung gewertet werden.⁵⁵ Ein typischer diskutierter Fall ist der sog. mangelbedingte Betriebsausfallschaden.⁵⁶

b) Verhältnis zum Erfüllungsanspruch und Schadensersatz statt der Leistung

Im Gegensatz zum Schadensersatz statt der Leistung tritt der Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung *nicht* an die Stelle des ursprünglichen Leistungsanspruches: Da der Erfüllungsanspruch weiterhin besteht, ist für den Anspruch auf Verzögerungsschaden kein weiterer Übergangstatbestand erforderlich.⁵⁷ Vielmehr kann dieser daneben geltend gemacht werden.⁵⁸ Wird ein Erfüllungsanspruch gemäß §§ 281-283 BGB in Schadensersatz statt der Leistung umgewandelt, so kann der Gläubiger neben diesem auch noch Ersatz des Verzugsschadens verlangen.⁵⁹ Andererseits unterliegt der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz statt der Leistung bei Verzögerung der Leistung ebenfalls diesen Wandlungstatbeständen.⁶⁰

3. Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 3 BGB

a) Schadensersatz statt der Leistung als eigene Schadensersatzkategorie

Was das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien betrifft, so ist die weitreichende Option, die § 280 Abs. 1-3 BGB bietet, Schadensersatz anstelle der Primärleistung.⁶¹ Terminologisch ist dies gleichbedeutend mit dem bisherigen „Schadenersatz wegen Nichterfüllung“,⁶² der sich dadurch auszeichnet, dass dieser nicht mehr an die Ursache des Schadens („wegen Nichterfüllung“) anknüpft, sondern den kompensatorischen Charakter des zugesprochenen Entschädigungsbetrages zu verdeutlichen beabsichtigt.⁶³

⁵¹ Faust, in: Huber/Faust (Hrsg.), SchuldRMod, 2002, Kap. 3 Rn. 85.

⁵² Gsell, BKR 2002, 499, 507.

⁵³ Nach diesem Verständnis ist der Verzögerungsschadensersatz des § 280 Abs. 2 BGB also dem früheren § 286 Abs. 1 BGB a.F. gleichzustellen.

⁵⁴ So Canaris, ZIP 2003, 321, 323 f.

⁵⁵ Vgl. dazu bereits Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2001, 2535, 2357.

⁵⁶ Hierzu oben Fn. 42; vgl. zu dieser Problematik näher BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 280 Rn. 279 ff.

⁵⁷ RGZ 106, 22, 24; Huber, Leistungsstörungen II, 1999, § 30 I 1 (S. 4 f.); Lorenz/Riehm, Neues SchuldR, 2002, Rn. 285; Schwarze, LeistungsstörungenR, 32021, § 28 Rn. 43.

⁵⁸ Nastelski, JuS 1962, 289, 291.

⁵⁹ BGH NJW 1975, 1740, 1741; Grüneberg/Grüneberg, § 286 Rn. 41.

⁶⁰ Staudinger/Feldmann, 2019, § 286, Rn. 181.

⁶¹ Zimmermann, The New German Law of Obligations, 2005, S. 52.

⁶² Gsell, JbJZivRWiss 2001, S. 105, 106 mit Fn. 1; MüKoBGB/Ernst, 2022, § 281 Rn. 1.

⁶³ Teichmann, BB 2001, 1485, 1488.

aa) Ausgleich des Erfüllungsinteresses als Aufgabe

Beim Schadensersatz statt der Leistung handelt es sich um den Ausgleich eines Teils⁶⁴ des Erfüllungsinteresses,⁶⁵ also um den Teil des am Vermögen des Gläubigers entstandenen Schadens, der durch die spätere Erfüllung des Vertrages noch gedeckt werden kann.⁶⁶ Er dient als Ersatz für das *endgültige*⁶⁷ Ausbleiben der geschuldeten Leistung,⁶⁸ und wird daher als *Substitut* der Primärleistung⁶⁹ bzw. deren *Geldäquivalent*⁷⁰ angesehen.⁷¹ So kann der Gläubiger nicht beide Ansprüche geltend machen.⁷² Dagegen sind Schäden, die nicht durch nachträgliche Erfüllung ausgeglichen werden können, Gegenstand von Schadensersatz neben der Leistung.⁷³

Im Gegensatz zum Integritätsinteresse bezeichnet der Terminus Erfüllungsinteresse den *status ad quem*, d. h. die Erwartung des Gläubigers, seine eigene Vermögenssituation durch

⁶⁴ Nach dem sog. Schadensphänomenologischen Ansatz (s. auch Fn. 65) wird bei dem Schadensersatz statt der Leistung nur ein Teil des Erfüllungsinteresses abgedeckt (vgl. BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 280 Rn. 220), d. h. es kommt bei der Kategorisierung der Schadensarten *allein* auf die Abgrenzung der Interessen an (vgl. auch BGHZ 218, 22, 31 (Rn. 25); krit. dazu *Ackermann*, JuS 2012, 865, 871): Darunter fällt also nicht nur das mangelfreie Gelangen des Leistungsgegenstandes selbst in das Vermögen des Gläubigers (das gegenständliche Erfüllungsinteresse), sondern auch die Erreichung weiterer *wirtschaftlicher* Zwecke, die der Gläubiger mit der Verwendung des Leistungsgegenstandes zu verfolgen beabsichtigt, s. dazu bereits *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 735 ff.

⁶⁵ Nach der sog. Schadensphänomenologische Betrachtung zielt der Schadensersatz statt der Leistung ausschließlich auf den Ausgleich des *Erfüllungsinteresses* ab (vgl. bereits *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 730 f.): Er umfasst also alle Schadenspositionen, die aus der Sicht des Gläubigers und seines Verwendungsplans einen wirtschaftlich *endgültigen* Ersatz für die Leistung in natura darstellen, s. dazu BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 280 Rn. 226; *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 735 f.; *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1, 24; a.A. *Lorenz*, FS Leenen, 2012, S. 147, 150: „Die Gleichung ‚Erfüllungsinteresse = Schadensersatz statt der Leistung‘ geht nicht auf.“

⁶⁶ BGHZ 218, 22, 29 f. (Rn. 21); dies bildet in der Tat den gemeinsamen Ausgangspunkt für die Zauberformel und den schadensphänomenologischen Ansatz, s. dazu *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1, 27 f.

⁶⁷ Nach der sog. Zauberformel kommt es darauf an, ob der Schaden bis zum letztmöglichen Zeitpunkt noch behoben werden kann, s. dazu bereits *Lorenz/Riehm*, Neues SchuldR, 2002, Rn. 185. Dies ist in der Regel der Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger Rücktritt oder Schadensersatz statt der Leistung geltend macht, vgl. *Faust*, FS U. Huber, 2006, S. 239, 254. Auf dieser Grundlage ist das Begriffspaar Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung dann „eine zeitlich wandelbare Kategorie“ (so *Lorenz*, FS Leenen, 2012, S. 147, 149): Danach kann ein und derselbe Schaden - der aus phänomenologischer Sicht der gleichen Schadenskategorie zuzuordnen ist - entweder als erster oder als zweiter Schaden eingestuft werden, je nachdem, ob dieser vor oder nach dem Zeitpunkt des endgültigen Ausbleibens der Leistung eintritt, s. dazu *Lorenz*, Karlsruher Forum 2005, 2006, S. 5, 42; *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 344.

⁶⁸ BGH NJW 1989, 1215, 1216; *Lorenz*, NJW 2002, 2497, 2500; *ders.*, NJW 2005, 1889, 1891.

⁶⁹ So Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 138.

⁷⁰ So *Canaris*, JZ 2001, 499, 512.

⁷¹ Insoweit spricht man auch vom „Äquivalenzinteresse“, s. dazu näher *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1, 10 f.

⁷² Nach § 281 Abs. 4 BGB ist der Erfüllungsanspruch durch die Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung erloschen. Das Charakteristikum des Schadensersatzes statt der Leistung liegt also darin, dass zwischen ihm und dem Erfüllungsanspruch ein Ausschließlichkeitsverhältnis (so *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1, 9) besteht, d. h. es kann nur einer von beiden in Anspruch genommen werden, s. dazu BGHZ 197, 357, 365 (Rn. 29).

⁷³ Tritt der Schaden dagegen nicht auf das endgültige Ausbleiben der Leistung, sondern vor dem endgültigen Erlöschen der Leistungspflicht bereits ein, handelt es sich um einen Schaden neben der Leistung; der Schadensersatz in diesem Sinne umfasst also sowohl der einfache Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB also auch der Verzögerungsschadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 2 und 286 BGB, s. dazu *Gsell*, 2. FS Canaris, 2017, S. 451, 451 f.; krit. zu diesem Terminus etwa *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1, 7 Fn. 27; *Schroeter*, AcP 220 (2020), 234, 264.

die Erfüllung der Pflicht durch den Schuldner zu vermehren oder zu verändern.⁷⁴ Ihr Umfang wird also in der Regel durch den Umfang der Leistungspflicht bestimmt: So erstreckt sich z.B. die Rückgabepflicht des Mieters nach § 546 Abs. 1 BGB nur auf die Rückgabe der Sache selbst und nicht auf deren Übereinstimmung mit dem vertragsgemäßen Zustand,⁷⁵ so dass Schäden, die über die vertraglich erlaubte Abnutzung hinausgehen, als sonstige Schäden i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB und nicht als Gegenstand des Schadensersatzes statt der Leistung einzuordnen sind.⁷⁶ Damit ist der Gläubiger so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Leistungserbringung durch den Schuldner aus wirtschaftlicher Sicht stünde.⁷⁷

bb) Kosten des Deckungsgeschäfts als typischer Fall

Aus der obigen Definition geht hervor, dass die Kosten eines Deckungsgeschäfts im *Prinzip* ein typischer Gegenstand des Schadensersatzes statt der Leistung sind.⁷⁸ Dies gilt jedoch nur für das sog. echte Deckungsgeschäft,⁷⁹ da nur in diesen Fällen das Interesse des Gläubigers durch die *Ersatzbeschaffung* befriedigt werden kann, nicht hingegen für das unechte Ersatzgeschäft, in dem der Gläubiger zwar die gleiche oder eine gleichartige Leistung selbst oder durch Dritte erlangt, sein Interesse an der ursprünglichen Leistung aber fortbesteht, wobei die daraus entstehenden Kosten nicht nach § 280 Abs. 2 BGB geltend gemacht werden können, wenn er weiterhin die Erfüllung verlangt.⁸⁰

b) Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281-283 BGB

Die dogmatische Grundlage für den Schadensersatz statt der Leistung wegen *Pflichtverletzung* findet sich in den §§ 281-283 BGB, wo der Gesetzgeber eine Differenzierung nach der Form der Leistungshindernissen vornimmt.⁸¹ Die Hauptmerkmale des § 281 BGB sind also die Verletzung einer noch möglich zu erbringenden Leistungspflicht und das Fristsetzungserfordernis.⁸² Hingegen ist der Schadensersatz statt der nachträglichen unmöglich gewordenen Leistung in § 283 BGB gesondert vorgesehen.⁸³ Was die Verletzung

⁷⁴ BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 280 Rn. 221.

⁷⁵ BGHZ 218, 22, 31 (Rn. 24); Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1, 15.

⁷⁶ So h.M., vgl. nur BGHZ 218, 22, 29 (Rn. 20); Fervers, WuM 2017, 429, 434 f.; ders., NZM 2018, 320, 324; a.A. Schermaier, JZ 2018, 950, 951.

⁷⁷ Sog. positives Interesse, vgl. MüKoBGB/Emmerich, 2022, Vor § 281 Rn. 3 ; Unberath, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 288 mit Fn. 26; Huber, AcP 210 (2010), 319, 335; Schwarze, LeistungsstörungenR, 32021, § 25 Rn. 16.

⁷⁸ So h.M., vgl. nur BGHZ 197, 357, 365 (Rn. 27); Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727, 737; Zimmermann, The New German Law of Obligations, 2005, S. 54.

⁷⁹ So Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727, 737 f.; krit. zu einer solchen Differenzierung Gsell, 2. FS Canaris, 2017, S. 451, 469 f.

⁸⁰ BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 280 Rn. 242.

⁸¹ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 137.

⁸² Angesichts dieser Tatsache, dass hier die Leistung noch möglich ist, hält es der deutsche Gesetzgeber aus rechtspolitischer Sicht für geboten, dem Schuldner eine zweite Chance zur Erfüllung zu geben, und setzt diese rechtspolitische Erwägung vor allem durch die Ausgestaltung des Instituts der Nachfrist um, hierzu näher oben B III 2 a) (S. 57 ff.).

⁸³ Dahinter steht vor allem die Erwägung, dass in diesem Fall - anders als in § 281 Abs. 2 BGB - eine Fristsetzung nicht nur entbehrlich, sondern völlig sinnlos ist, hierzu näher oben B III 2 b) (S. 60 f.); zu den

einer Nebenpflicht betrifft, so kann der Gläubiger nun gem. § 282 BGB auch auf den Schadensersatz statt der Leistung zurückgreifen.⁸⁴

c) Schadensersatz statt der Leistung nach § 311a Abs. 2 BGB

Im deutschen Recht hat der Gesetzgeber auch eine eigenständige Grundlage für den Schadensersatzanspruch des Gläubigers im Falle des anfänglichen Leistungshindernisses geschaffen, nämlich § 311a Abs. 2 BGB.⁸⁵ Zwar wurde diese Vorschrift sowohl während der Schuldrechtsreform 2002⁸⁶ als auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Schuldrechtsmodernisierung heftig kritisiert,⁸⁷ doch ist es unumstritten, dass sie nicht an den Grundtatbestand des § 280 Abs. 1 BGB anknüpft.⁸⁸ Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist daher bei der dogmatischen Konstruktion des § 311a Abs. 2 BGB stets zu respektieren.⁸⁹ Was das geltende Recht anbelangt, so hat diese Bestimmung zwei Funktionen: Zum einen dient sie der Klarstellung, nämlich dem Gläubiger einen Anspruch auf das positive Interesse in solchen Fällen zu verschaffen;⁹⁰ zum anderen wird der Bezugspunkt des Vertretenmüssens von der Pflichtverletzung auf die Unkenntnis des Leistungshindernisses verlagert.⁹¹

aa) Haftungsgrund und Zurechnungsprinzip

Wie bereits erwähnt, liegt der Haftungsgrund hier nicht in der Verletzung der Leistungspflicht, sondern in der *Nichterfüllung des Leistungsversprechens* des Schuldners.⁹² Im Gegensatz zu § 283 BGB hat sich der Bezugspunkt des Vertretenmüssens hier jedoch verschoben, was vor allem daran liegt, dass der Schuldner vor Vertragsschluss noch keine *Rücksichtspflicht* für das Leistungsinteresse des *zukünftigen* Gläubigers treffen kann, sondern allenfalls eine Informationspflicht über die eigene Leistungsfähigkeit, deren Verletzung nur einen Anspruch auf ein negatives Interesse begründet.⁹³ So liegt der Bezugspunkt des Vertretenmüssens hier also in der Kenntnis oder zu vertretenden Unkenntnis des Schuldners über die Leistungshindernisse.⁹⁴ In diesem Zusammenhang ist aber auch zu beachten, dass die Verankerung des Haftungsgrundes im Leistungsversprechen nicht zwangsläufig zu einer *Garantiehafung* des Schuldners führt,⁹⁵ vielmehr muss man den Begriff der *Garantie* in zweierlei Hinsicht unterscheiden, nämlich auf der Ebene des Haftungsgrundes und auf der

anderen Funktionen des § 283 BGB, insbesondere der Verweisung in § 283 S. 2 BGB, vgl. Lorenz, NJW 2002, 2497, 2500.

⁸⁴ Hierzu näher oben B III 2 f) (S. 64).

⁸⁵ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 166.

⁸⁶ *Altmeppen*, DB 2001, 1399; *ders.*, DB 2001, 1821.

⁸⁷ Vgl. insbesondere *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, S. 42 ff.

⁸⁸ Vgl. nur *Canaris*, Karlsruher Forum 2002, 2003, S. 5, 51.

⁸⁹ S. auch *Looschelders*, FS Canaris, 2007, Bd. 1, S. 737, 742 f.

⁹⁰ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 165.

⁹¹ *Looschelders*, FS Canaris, 2007, Bd. 1, S. 737, 745.

⁹² Hierzu näher oben A I 2 b) (S. 17).

⁹³ *Canaris*, Karlsruher Forum 2002, 2003, S. 5, 51.

⁹⁴ Soergel/*Gsell*, 2014, § 311a Rn. 9.

⁹⁵ S. aber *Ehmann/Sutschet*, JZ 2004, 62, 66.

Ebene der Zurechenbarkeit:⁹⁶ Was die in einem Leistungsversprechen enthaltene Garantie (Garantieversprechen) betrifft, so ist sie nicht notwendigerweise mit der Garantie als Zurechnungskriterium verbunden, so dass noch *Raum* für die Anwendung des Verschuldensprinzip bietet.⁹⁷ Insbesondere besteht bei der Beurteilung des Kennenmüssens des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB stets die Möglichkeit der Einbeziehung des Verschuldenserfordernisses nach § 276 Abs. 1 BGB.⁹⁸ Die Regelung des § 311a Abs. 2 BGB stellt daher, wenn auch eingeschränkt, noch einen Ausdruck des Verschuldensprinzips dar.⁹⁹

bb) Anspruch auf das positive Interesse

Durch die Differenzierung zwischen dem Garantieversprechen auf der Ebene des Haftungsgrundes und der Garantieübernahme auf der Ebene der Zurechnung wird auch das Hindernis beseitigt, den Gläubigern den Anspruch auf das positive Interesse zu gewähren.¹⁰⁰ So kann der Gläubiger auch im Falle eines anfänglichen Leistungshindernisses Schadensersatz statt der Leistung bei Vorliegen der Tatbestände des § 311a Abs. 2 BGB verlangen.¹⁰¹

4. Insbesondere: Der Aufwendungsersatz nach § 284 BGB

Liegen die Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung vor,¹⁰² so kann der Gläubiger nach § 284 BGB als *Alternative*¹⁰³ auch den Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte. Dadurch kann das sog. negative Interesse¹⁰⁴ im Rahmen von § 284 BGB *teilweise* abgedeckt werden.¹⁰⁵

⁹⁶ *Canaris*, FS Heldrich, 2005, S. 11, 29 ff.

⁹⁷ Vgl. auch *Riehm*, FS Canaris, 2007, Bd. 1, S. 1079, 1080 f.

⁹⁸ BGHZ 163, 234, 242; MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 311a Rn. 44.

⁹⁹ So *Riehm*, FS Canaris, 2007, Bd. 1, S. 1079, 1080 f.; a.A. *Grundmann*, AcP 204 (2004), 569, 583 ff.

¹⁰⁰ Zur Vorzugswürdigkeit eines Anspruchs auf das positive Interesse, vgl. näher *Canaris*, FS Heldrich, 2005, S. 11, 18 ff.

¹⁰¹ Zur Ausweitung der Anwendung von § 311a Abs. 2 BGB auf alle Schäden, die infolge einer anfänglichen Leistungshindernisses entstehen, also auch auf Folgeschäden, vgl. BGHZ 201, 148, 156 (Rn. 27); *Soergel/Gsell*, 2014, § 311a Rn. 54; MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 311a Rn. 69.

¹⁰² Vgl. §§ 281-283, 311a Abs. 2 BGB.

¹⁰³ Der Zweck dieses Alternativverhältnis besteht aber lediglich darin, dass der Geschädigte nicht für denselben Vermögensnachteil sowohl Schadensersatz als auch Aufwendungsersatz verlangen kann und damit eine doppelte Kompensation bekommen kann, s. dazu BGHZ 163, 381, 386 f. Zu den Grenzen dieser alternativen Beziehung, vgl. näher *Gsell*, Neues SchuldR, 2003, S. 321, 333 ff.; *dies.*, NJW 2006, 125, 125 f.; BeckOGK BGB/*Dornis*, 1.10.2022, § 284 Rn. 131 ff.

¹⁰⁴ Vgl. zu diesem Begriff näher HKK-BGB/*Schermaier*, 2007, §§ 280-285 Rn. 61 ff., 68 ff.; *Ackermann*, Der Schutz des negativen Interesses, 2007, S. 11 ff.

¹⁰⁵ *Canaris*, JZ 2001, 499, 517 ; a.A. *Gsell*, Neues SchuldR, 2003, S. 321, 336 f. ; *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 351 ; *Schwarze*, LeistungsstörungenR, 32021, § 25 Rn. 28 . Zur dogmatischen Einordnung des § 284 BGB, vgl. NK-BGB/*Arnold*, § 284 Rn. 4 ff.

a) Verhältnis zur Rentabilitätsvermutung

Der Anspruch auf solche Aufwendungen war bereits vor dem deutschen Schuldrechtsreform anerkannt und wurde vor allem über die sog. „Rentabilitätsvermutung“¹⁰⁶ als Berechnungsfaktor in das Erfüllungsinteresse einbezogen,¹⁰⁷ der dann zu gewähren war, wenn der Gläubiger einen vermögensrechtlichen Zweck verfolgte.¹⁰⁸ Dabei wird Vermutet, dass die vom Gläubiger zur Gewinnerzielung getätigten Aufwendungen durch den von ihm erwarteten Vorteil aus der Gegenleistung wieder eingebracht werden können.¹⁰⁹ Diese Vermutung kann jedoch widerlegt werden, insbesondere wenn der Schuldner nachweisen kann, dass der Vertrag bei ordnungsgemäßer Erfüllung für den Gläubiger ein Verlustgeschäft wäre.¹¹⁰ Verfolgte der Gläubiger hingegen einen ideellen oder konsumtiven Zweck, kann er ebenfalls nicht aufgrund dieser Vermutung kompensiert werden.¹¹¹ Allerdings soll dem betroffenen Gläubiger stets den Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen zustehen, unabhängig davon, ob diese als der kostendeckende Teil des entgangenen materiellen Ertrags aus dem Geschäft qualifiziert werden können oder nicht.¹¹² Daher hat sich der Reformgesetzgeber entschieden, die obrigen Schwäche der Rentabilitätsvermutung zu beseitigen und den damit verbundene unzureichenden Gläubigerschutz durch eine neue Regelung zu schließen, die nunmehr unter § 284 BGB subsumiert wird.¹¹³ Es sei darauf auch hingewiesen, dass im Rahmen des § 284 BGB noch die Möglichkeit besteht, die Rentabilitätsvermutung weiterhin anzuwenden.¹¹⁴

b) Frustrierte Aufwendungen als Schaden

Im deutschen Recht sind Aufwendungen ein vom Schaden zu unterscheidender Begriff, mit dem das freiwillige Vermögensopfer des Gläubigers bezeichnet wird.¹¹⁵ Dies bedeutet, dass die Minderung des Gläubigervermögens in diesem Fall mit seiner eigenen *Ausgabenentscheidung* zusammenhängt. Wird der Schaden also auf der Grundlage der Differenzhypothese berechnet, so stellen die Ausgaben, die dem Gläubiger im Vertrauen auf die Erfüllung des Vertrages aufgewendet wurden und die durch die Pflichtverletzung des Schuldners nutzlos geworden sind, in der Regel keinen Schaden dar, weil sie bei der ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung noch anfallen müssten.¹¹⁶ Im Rahmen des § 284

¹⁰⁶ Vgl. bereits RGZ 127, 245, 249: Aufwendungen als „Mindestschaden“.

¹⁰⁷ S. auch *Altmeyen*, DB 2001, 1399, 1403.

¹⁰⁸ BGHZ 114, 193 ff.

¹⁰⁹ BGHZ 114, 193, 197; *Schwarze*, LeistungsstörungenR, ³2021, § 25 Rn. 25.

¹¹⁰ BGHZ 71, 234, 238 f.

¹¹¹ Vgl. BGHZ 99, 182, 198.

¹¹² Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 142 f.

¹¹³ *Canaris*, JZ 2001, 499, 516 ; zum Wandel von der Rentabilitätsvermutung zum Aufwendungsersatzanspruch, vgl. auch HKK-BGB/*Schermaier*, 2007, §§ 280-285 Rn. 120 ff.

¹¹⁴ *Gsell*, NJW 2006, 125; *Schwarze*, LeistungsstörungenR, ³2021, § 25 Rn. 29; *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, ²²2021, § 35 Rn. 47.

¹¹⁵ BGHZ 163, 381, 387; *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, ²²2021, § 35 Rn. 49; NK-BGB/*Arnold*, § 284 Rn. 19.

¹¹⁶ BGHZ 114, 193, 196; *Schwarze*, LeistungsstörungenR, ³2021, § 25 Rn. 24 : Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens.

BGB liegt der Schaden¹¹⁷ aber nicht darin, dass der Gläubiger die Aufwendungen gemacht hat, sondern darin, dass ihr Zweck durch den Vertragsverletzung des Schuldners vereitelt worden ist, also in ihrer *Frustrierung*.¹¹⁸ Geschützt wird daher das Vertrauen des Gläubigers in die Leistungserbringung des Schuldners und die Freiheit des Gläubigers, auf dieser Grundlage über sie zu disponieren.¹¹⁹

Als frustriert gilt, wenn der Vertragszweck des Gläubigers durch die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht werden kann,¹²⁰ es sei denn, der Gläubiger hätte den mit den Aufwendungen verfolgten Zweck auch ohne die betreffende Verletzung noch nicht erreicht.¹²¹ Außerdem hat der Schuldner die Aufwendungen auch dann nicht zu ersetzen, wenn sie aus Gründen, die der Gläubiger selbst zu vertreten hat, fehlgeschlagen sind.¹²²

c) Billigkeit der anfallenden Aufwendungen

Im Übrigen kann der Gläubiger den Ersatz vergeblicher Aufwendungen nur dann verlangen, wenn er sie „billigerweise“ machen durfte.¹²³ Auch wenn dieses Merkmal als „überflüssig, aber unschädlich“ angesehen wird,¹²⁴ zeigt es doch den Versuch des Reformgesetzgebers, eine vernünftige Risikoverteilung vorzunehmen, also durch ein objektivierendes Kriterium zu verhindern, dass der Gläubiger das Risiko völlig unangemessener und wirtschaftlich ungerechtfertigter Ausgaben auf den Schuldner abwälzen kann.¹²⁵ Dabei ist die Angemessenheit der Kosten im Verhältnis zum Wert der Leistung unerheblich, solange die Kosten objektiv vernünftig und vom Schuldner in Rechnung zu stellen sind.¹²⁶ Gegebenenfalls muss dies aber auch vom Gericht unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls entschieden werden.¹²⁷

5. Ersatz des stellvertretenden Commodum nach § 285 BGB

Wenn der Schuldner infolge des Umstandes, auf Grund dessen er die Leistung nach § 275 Abs. 1-3 BGB nicht zu erbringen braucht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger nach § 285 Abs. 1 BGB¹²⁸ vom Schuldner

¹¹⁷ Zur Konzeption des Schadens i.S.v. § 284 BGB, vgl. *Canaris*, DB 2001, 1815, 1820 Fn. 49.

¹¹⁸ *Canaris*, DB 2001, 1815, 1820; *Lorenz/Riehm*, Neues SchuldR, 2002, Rn. 223; a.A. *Altmeyden*, DB 2001, 1399, 1403.

¹¹⁹ Vgl. *Canaris*, FS Wiedemann, 2002, S. 3, 27.

¹²⁰ Vgl. auch BGH NZM 2020, 1038 Rn. 19.

¹²¹ Zweck einer solchen Einschränkung ist es - im Gegensatz zu § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB-DiskE - zu verhindern, dass der Gläubiger mit Hilfe des § 284 BGB Aufwendungen, insbesondere Investitionen, die ohnehin erfolglos sind, auf den Schuldner abwälzen kann, s. dazu *Canaris*, JZ 2001, 499, 516 f.

¹²² Vgl. z. B. BGH NJW 2011, 142.

¹²³ Zu diesem Erfordernis, vgl. näher *Fleck*, JZ 2009, 1045.

¹²⁴ So *Canaris*, JZ 2001, 499, 517.

¹²⁵ *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, 22/2021, § 35 Rn. 53.

¹²⁶ *Lorenz/Riehm*, Neues SchuldR, 2002, Rn. 228.

¹²⁷ Vgl. BGH NJW 2016, 491 Rn. 31.

¹²⁸ Diese Vorschrift hat weitgehend den normativen Gehalt des bisherigen § 281 BGB a.F. beibehalten, mit nur wenigen Änderungen, um die Bestimmungen des jetzigen § 275 Abs. 1-3 BGB anzupassen, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 144 f.

Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruches (sog. stellvertretenden commodums) verlangen.¹²⁹ Damit kommen solche Vermögenswerte, die im Laufe wirtschaftlicher Vorgänge einer Person zugeflossen seien, der sie im Verhältnis zu einer anderen Person nach den maßgeblichen internen Rechtsbeziehungen nicht gebührten, jener anderen Person zugute.¹³⁰ Erforderlich ist dabei, dass zwischen dem geschuldeten und dem vom Schuldner infolge der Unmöglichkeit erlangten Gegenstand stets eine wirtschaftliche Identität besteht.¹³¹

III. Schadensersatz und Schadensberechnung

1. Schadensberechnung im allgemein

Wird der Schaden auf der Grundlage der Differenzmethode berechnet, d. h. im Wege einer Saldierung zwischen dem tatsächlichen Zustand des Vermögens des Gläubigers und dem *hypothetischen* Zustand, in dem es sich bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung befände,¹³² so handelt es sich in der Regel um einen hypothetischen Kausalverlauf. Dieser hypothetische Verlauf kann erhebliche Auswirkungen auf die Schadensberechnung haben.¹³³

a) Konkrete Schadensberechnung

Dabei kann der Gläubiger zunächst seinen Schaden anhand der in seinem Fall vorliegenden besonderen Umstände *konkret* berechnen.¹³⁴ Dies ist typischerweise dann der Fall, wenn der Gläubiger tatsächlich ein Deckungsgeschäft vorgenommen hat.¹³⁵ Dabei wird der Wert der ursprünglichen Leistung durch die Kosten des Deckungsgeschäfts selbst ersetzt. Was den Zeitpunkt der Vornahme eines Ersatzgeschäfts betrifft, so muss der Gläubiger dies möglichst umgehend¹³⁶ durchführen, ohne es mit spekulativer Absicht auf Kosten des Schuldners zu verzögern.¹³⁷ Wenn der Gläubiger bei der Berechnung seines Schadensersatzes die tatsächlich entstandenen Kosten des Ersatzgeschäfts zugrunde legen will, so hat er auch das Nachfristsetzungserfordernis des § 281 Abs. 1 BGB einzuhalten; hat er dies jedoch nicht getan und ein sogenanntes „vorzeitiges“ Deckungsgeschäft vorgenommen, so können die so entstandenen Kosten nicht als Grundlage für die Schadensberechnung herangezogen

¹²⁹ MüKoBGB/Emmerich, 2022, § 285 Rn. 1.

¹³⁰ BGHZ 167, 312, 317 f. (Rn. 25).

¹³¹ Medicus/Lorenz, SchuldR AT, ²²2021, § 35 Rn. 4.

¹³² BGHZ 136, 52, 54 f.; MüKoBGB/Emmerich, 2022, Vor § 281 Rn. 39; Schwarze, LeistungsstörungenR, ³2021, § 25 Rn. 16.

¹³³ Vgl. auch Kötz, VertragsR, ²2012, Rn. 1061.

¹³⁴ Kötz, VertragsR, ²2012, Rn. 1062.

¹³⁵ Beim Kaufvertrag erfolgt dies in der Regel in Form eines Deckungsverkaufs durch den Verkäufer und eines Deckungskaufs durch den Käufer, s. dazu näher MüKoBGB/Emmerich, 2022, Vor § 281 Rn. 41 ff.

¹³⁶ In diesem Fall hat der Richter das Recht und die Pflicht zu prüfen, ob der Gläubiger die in § 254 geforderte Sorgfalt beachtet hat, s. dazu RGZ 53, 11, 15; vgl. auch unten C IV 4 b) cc) (S. 91 f.).

¹³⁷ RGZ 101, 90, 91; MüKoBGB/Emmerich, 2022, Vor § 281 Rn. 46.

werden¹³⁸ und können auch nicht gegen den Schuldner geltend gemacht werden.¹³⁹ Darüber hinaus kann der Gläubiger auch den Wert des Leistungsgegenstandes unmittelbar geltend machen, ohne ein Ersatzgeschäft abzuschließen.¹⁴⁰

b) Abstrakte Schadensberechnung

Der Gläubiger kann den ihm entstandenen Schaden auch ohne Rücksicht auf die konkreten Umstände des Einzelfalles *abstrakt* berechnen.¹⁴¹ Im Rahmen der §§ 281-283 BGB wird darunter vor allem eine auf dem normalen Lauf der Dinge beruhende *Gewinnvermutung* verstanden.¹⁴² Als Grundlage für diese Gewinnvermutung wird zunächst ein fiktives Deckungsgeschäft herangezogen.¹⁴³ Wird beispielsweise der Schaden des Käufers auf der Grundlage eines hypothetischen Deckungskaufs berechnet, so entspricht der Wert der nicht gelieferten Sache mindestens dem, was er für den Kauf einer gleichwertigen Sache hätte aufwenden müssen.¹⁴⁴ Wenn der Schuldner die Leistung vor Fälligkeit verweigert, hat der Gläubiger, wenn er den Schaden abstrakt berechnen darf, den Marktpreis zugrunde zu legen, zu dem er zum Zeitpunkt der Erfüllungsverweigerung eine Ersatzbeschaffung hätte erwerben können.¹⁴⁵ Daneben ist auch die Regel des § 252 S. 2 BGB über den entgangenen Gewinn¹⁴⁶ zu beachten.¹⁴⁷ Da dahinter diese Vermutung steht, dass der Gläubiger bei normaler Vertragserfüllung den branchenüblichen Gewinn erhalten hätte, ist eine derartige Schadensberechnungsmethode grundsätzlich nur auf Handelsgeschäfte und nicht auf Privatgeschäfte anwendbar.¹⁴⁸ Denn nur bei Kaufleuten ist davon auszugehen, dass sie jederzeit in der Lage sind, einem hypothetischen Deckungsgeschäft auf dem Markt vorzunehmen, sofern der Vertragsgegenstand *marktgängige* Waren oder Dienstleistungen sind.¹⁴⁹

2. Besonderheiten der Schadensberechnung bei gegenseitigen Verträgen

Die Berechnung des Schadens bei gegenseitigen Verträgen ist von den Besonderheiten geprägt, da hier das Schicksal der Leistungspflicht des Gläubigers berücksichtigt werden muss.¹⁵⁰

¹³⁸ Dies gilt auch dann, wenn die Voraussetzungen für den Schadensersatz statt der Leistung nachträglich erfüllt werden, s. dazu BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 280 Rn. 261.

¹³⁹ Vgl. zu dieser Problematik ausf. BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 280 Rn. 249 ff.

¹⁴⁰ Knütel, AcP 202 (2002), 556, 562; Schwarze, LeistungsstörungenR, ³2021, § 25 Rn. 17.

¹⁴¹ Schwarze, LeistungsstörungenR, ³2021, § 25 Rn. 44.

¹⁴² MüKoBGB/Emmerich, 2022, Vor § 281 Rn. 25.

¹⁴³ MüKoBGB/Emmerich, 2022, Vor § 281 Rn. 26, 31, 34.

¹⁴⁴ Huber, Leistungsstörungen II, 1999, § 38 III 3 (S. 248 ff.).

¹⁴⁵ MüKoBGB/Ernst, 2022, § 281 Rn. 77.

¹⁴⁶ Hierzu näher unten C IV 2 (S. 87 f.).

¹⁴⁷ MüKoBGB/Oetker, 2022, § 252 Rn. 44.

¹⁴⁸ Grüneberg/Grüneberg, § 281 Rn. 30.

¹⁴⁹ MüKoBGB/Emmerich, 2022, Vor § 281 Rn. 27; Huber, Leistungsstörungen II, 1999, § 38 I 2 (S. 232 f.).

¹⁵⁰ MüKoBGB/Emmerich, 2022, Vor § 281 Rn. 12; Harke, SchuldR AT, 2010, Rn. 185.

a) Äquivalenzvermutung

Zunächst ist die sog. „Äquivalenzvermutung“ zu beachten, d. h., dass die Leistung und Gegenleistung nach dem Parteiwillen als gleichwertig angesehen werden.¹⁵¹ Daher geht man hier in erster Linie von der subjektiven Äquivalenz aus.¹⁵² Als Rechtsfolge kann der Gläubiger zu seinen Gunsten den Wert der von ihm bereits erbrachte Gegenleistung als *Mindestschaden* geltend machen.¹⁵³ Die Bedeutung dieser Vermutung kann jedoch nicht überschätzt werden, weil der Gläubiger in jedem Fall die bereits erbrauchte Gegenleistung im Wege des Rücktritts zurückfordern kann, mit anderen Worten, der Rücktritt selbst dient als Mindestentschädigung.¹⁵⁴

a) Surrogations- und Differenzmethode

aa) Surrogationsmethode

Was die Berechnung des Schadensersatzes statt der Leistung anbelangt, so kann sie zunächst auf der Grundlage der Surrogationsmethode erfolgen. Dies beruht auf dem sog. „Subrogationsgedanke“, bei der die ursprüngliche geschuldete Leistung des Schuldners, auf Ersatzverlangen des Gläubigers in eine Schadensersatzverpflichtung umgewandelt wird, was im Falle eines Austauschvertrags bedeutet, dass der Gläubiger diese gegen noch seine eigene Leistung austauschen muss, soweit sie noch möglich ist.¹⁵⁵ Mit anderen Worten ist der Gläubiger weiterhin zur Erbringung seiner eigenen Leistung *verpflichtet* und kann im Gegenzug vollen Wertersatz für die Leistung des Schuldners verlangen.¹⁵⁶ Wenn die vom Gläubiger zu erbringende Gegenleistung aber in Geld erfolgt, so ist das Ergebnis der Austauschtheorie dasselbe wie bei der Differenzmethode,¹⁵⁷ anders verhält es sich nur im Falle des Austausches von Sachleistungen, wobei die Anwendung der Austauschtheorie zur Folge hat, dass z. B. anstelle des Tausches ein Kaufvertrag tritt.¹⁵⁸

bb) Differenzmethode

Neben der Austauschtheorie kann der Gläubiger auch die Differenzmethode¹⁵⁹ zur Berechnung des ihm entstandenen Schadens *wählen*.¹⁶⁰ Wenn noch kein Leistungsaustausch stattgefunden erfolgt ist und der Gläubiger Schadensersatz nach dieser Methode begehrt, dann

¹⁵¹ RGZ 127, 245, 248 f.; BGHZ 114, 193, 197; offen bleibt aber die Frage, ob der zum Schadensersatz Verpflichtete diese Vermutung widerlegen kann, s. dazu *Jakobs*, Gesetzgebung im LeistungsstörungenR, 1985, S. 59 Fn. 114.

¹⁵² *Canaris*, FS Wiedemann, 2002, S. 3, 7 Fn. 16.

¹⁵³ *Grüneberg/Grüneberg*, § 281 Rn. 23; *Jakobs*, Gesetzgebung im LeistungsstörungenR, 1985, S. 58 mit Fn. 110.

¹⁵⁴ *Huber*, AcP 210 (2010), 319, 344.

¹⁵⁵ *MüKoBGB/Emmerich*, 2022, Vor § 281 Rn. 12.

¹⁵⁶ Vgl. auch *BeckOK BGB/Lorenz*, 1.11.2022, § 281 Rn. 37.

¹⁵⁷ Vgl. ferner *Huber*, AcP 210 (2010), 319, 338.

¹⁵⁸ *MüKoBGB/Emmerich*, 2022, Vor § 281 Rn. 13.

¹⁵⁹ Oder: die „Differenztheorie“ im speziellen Sinn, s. dazu *Huber*, AcP 210 (2010), 319, 336.

¹⁶⁰ So die h.M., vgl. nur *Schwarze*, LeistungsstörungenR, 32021, § 25 Rn. 57; *MüKoBGB/Emmerich*, 2022, Vor § 281 Rn. 17; *NK-BGB/Dauner-Lieb*, § 281 Rn. 62.

werden die ursprünglichen Vertragspflichten der beiden Parteien in einer einseitigen, reinen Geldforderung als Rechnungsposten vereinigt.¹⁶¹ Der Schaden besteht also in der Differenz zwischen der Vermögenslage, in der sich der Gläubiger befunden hätte, wenn der Schuldner die Leistung vertragsgemäß erbracht hätte, und der Vermögenslage, in die er durch die Nichterfüllung des Schuldners geraten wäre.¹⁶² Bei der Anwendung dieser Berechnungsmethode entfällt daher - anders als bei der Surrogationsmethode - sowohl die Berechtigung als auch die Verpflichtung des Gläubigers, seine eigene Gegenleistung zu erbringen. Stattdessen erhält er die Möglichkeit, den Vertrag als Ganzes zu liquidieren.¹⁶³ Diese eindeutige Entfernung von der Leistung und die Verlagerung des Schwerpunkts auf die vollständige Liquidation ermöglicht es, bei der Bemessung des Schadens ein breiteres Spektrum von Umständen zu berücksichtigen.¹⁶⁴ Da die Anwendung der Differenztheorie zu demselben Ergebnis wie ein Rücktritt führt,¹⁶⁵ kann Schadenersatz nach dieser Methode nur in Kombination mit einem Rücktritt vom Vertrag verlangt werden.¹⁶⁶ Dies hat zur Folge, dass die Berechnung des Schadenersatzes auf dem Wege der Surrogationsmethode ausgeschlossen ist, sobald der Gläubiger bereits eine Rücktrittserklärung abgegeben hat.¹⁶⁷ Wenn der Gläubiger seine Leistung bereits erbracht hat, so ist er auch - im Gegensatz zur früheren Rechtslage¹⁶⁸ - nicht darauf beschränkt, seinen Schaden ausschließlich nach der Austauschmethode zu berechnen, sondern kann grundsätzlich zwischen beiden Methoden wählen.¹⁶⁹

b) Rentabilitätsvermutung

Im Rahmen des Schadenersatzes statt der Leistung stellt sich auch die Frage nach der Rentabilitätsvermutung.¹⁷⁰ Dies basiert auf der Äquivalenzvermutung,¹⁷¹ d. h. auf der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung, die es dem Gläubiger ermöglicht, Aufwendungen, die durch die Pflichtverletzung des Schuldners nutzlos geworden sind, als Mindestschaden zu begleichen.

¹⁶¹ So RGZ 102, 60, 62; 127, 245, 248; vgl. näher *Huber*, Leistungsstörungen II, 1999, § 36 (S. 175 ff.).

¹⁶² Vgl. RGZ 127, 245, 248.

¹⁶³ Vgl. dazu eingehend *Leser*, FS Rheinsteinst, 1969, Bd. 2, S. 643, 647.

¹⁶⁴ Sog. Abstraktionsfunktion der Differenzmethode, s. dazu *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 124.

¹⁶⁵ *Lorenz/Riehm*, Neues SchuldR, 2002, Rn. 211.

¹⁶⁶ Die Grundlage dafür bietet nun § 325 BGB, s. dazu *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, 22/2021, § 35 Rn. 42.

¹⁶⁷ *Gsell*, JZ 2004, 643, 645.

¹⁶⁸ Vgl. BGHZ 126, 131, 136.

¹⁶⁹ *Lorenz/Riehm*, Neues SchuldR, 2002, Rn. 214; *Lorenz*, Karlsruher Forum 2005, 2006, S. 5, 82.

¹⁷⁰ Im Rahmen des § 281 BGB gilt also weiterhin die Rentabilitätsvermutung, s. dazu *Canaris*, JZ 2001, 499, 517; *Lorenz/Riehm*, Neues SchuldR, 2002, Rn. 225; *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 351 Fn. 158; BeckOK BGB/*Lorenz*, 1.11.2022, § 281 Rn. 50.

¹⁷¹ Vgl. näher *Canaris*, FS Wiedemann, 2002, 3.

IV. Der ersatzfähige Schaden und Schadenszurechnung

1. § 249 Abs. 1 BGB als Ausgangspunkt

Im deutschen Recht gelten für Inhalt und Umfang des Schadensersatzes wegen Vertragsverletzung die allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. BGB.¹⁷² Nach § 249 Abs. 1 BGB ist der Schädiger zunächst verpflichtet, den Geschädigten in den Zustand zu versetzen, in der er sich befände, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Hierbei wird einerseits die sog. Differenzhypothese zugrunde gelegt und andererseits das Prinzip der Naturalrestitution etabliert. Dazu muss der Schädiger auch für alle Schäden haften, die durch das Ereignis verursacht wurden, das ihn zur Schadensersatzpflicht gezwungen hat.¹⁷³

a) Die Ausprägung der Differenzhypothese

Die Bezugnahme in § 249 Abs. 1 BGB auf den „Zustand“, der vorhanden sein würde, „wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“, stützt sich auf die von *Mommsen*¹⁷⁴ geprägte Differenzhypothese,¹⁷⁵ und betrifft somit einen Vergleich zwischen zwei Vermögenszuständen, nämlich dem hypothetischen Vermögenszustand, in dem sich der Geschädigte befunden hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre, und dem tatsächlichen Vermögenszustand nach dem schädigenden Ereignis.¹⁷⁶ Dies erfordert daher einen Gesamtvergleich zwischen dem hypothetischen und dem tatsächlichen Zustand des Vermögens des Geschädigten, wobei die *Differenz* zwischen beiden den Schaden darstellt.¹⁷⁷ Ob der Schaden für den Schädiger vorhersehbar war, spielt es dagegen keine Rolle; ebenso wenig wie die Frage, ob es sich um einen tatsächlichen Schaden oder einen entgangenen Gewinn (vgl. § 252 S. 1 BGB) handelt.¹⁷⁸

b) Das Prinzip der Naturalrestitution

aa) Naturalrestitution und Geldersatz

Für die Ausgleichung einer solchen *Differenz* kommen grundsätzlich zwei Möglichkeiten in Betracht, nämlich die Zahlung eines Geldbetrages und die in § 249 Abs. 1 BGB vorgesehene Herstellung in Natur.¹⁷⁹ Während bei der ersteren nur die Minderung des Wert- oder die Summeninteresses des Geschädigten berücksichtigt wird, ohne Rücksicht auf die spezifische Zusammensetzung seines Vermögens, steht bei der letzteren vor allem der Schutz des

¹⁷² Für den Schadensersatz statt der Leistung ist das aber sehr umstritten, hierzu unten C IV 1 b) cc) (S. 86 f.).

¹⁷³ Sog. Prinzip der Totalreparation, vgl. *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, 22/2021, § 51 Rn. 5; mit dem Prinzip der Totalreparation ist die Ausgleichsfunktion (MüKoBGB/*Oetker*, 2022, § 249 Rn. 8) des Schadensersatzes eng verbunden, s. dazu *Looschelders*, SchuldR AT, 20/2022, § 43 Rn. 2, 4.

¹⁷⁴ *Mommsen*, Zur Lehre von dem Interesse, 1855, S. 3.

¹⁷⁵ MüKoBGB/*Oetker*, 2022, § 249 Rn. 18; HKK-BGB/*Jansen*, 2007, §§ 249-253, 255 Rn. 104.

¹⁷⁶ *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1996, S. 824.

¹⁷⁷ *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, 22/2021, § 52 Rn. 1.

¹⁷⁸ *Harke*, SchuldR AT, 2010, Rn. 301.

¹⁷⁹ Vgl. zum Ursprung der Naturalrestitution *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1996, S. 824 Fn. 283.

Erhaltungs- oder Integritätsinteresses im Vordergrund.¹⁸⁰ Auf die Wahrung dieses Erhaltungsinteresses ist auch der Anspruch auf die zur Wiederherstellung erforderlichen Kosten nach gerichtet.¹⁸¹ So kann der Gläubiger bei Personen- oder Sachschäden anstelle der Naturalrestitution durch den *Schuldner* auch den zur Wiederherstellung erforderlichen Betrag verlangen (§ 249 Abs. 2 S. 1 BGB). Der Umfang dieses Anspruches kann sich also erheblich von der in Art. 251 BGB vorgesehenen Entschädigung in Geld unterscheiden.¹⁸²

bb) Vorrang der Naturalrestitution

Grundsätzlich hat die Naturalrestitution auch Vorrang vor dem Geldersatz.¹⁸³ Nach § 251 Abs. 1 BGB hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen, soweit die Herstellung nicht möglich ist oder nicht genügend ist, um den dem Gläubiger entstandenen Schaden zu decken; der Ersatzpflichtige *kann* den Gläubiger nach § 251 Abs. 2 S. 1 BGB aber auch in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist. Außerdem eröffnet § 250 BGB dem Gläubiger ferner die Möglichkeit, von dem Anspruch auf Wiederherstellung zu der Entschädigung in Geld¹⁸⁴ überzugehen.¹⁸⁵

cc) Die Naturalrestitution beim Schadensersatz statt der Leistung?

Fraglich ist aber, ob die oben beschriebene Systematik des Schadensersatzrechts nach §§ 249-251 BGB, die sich vor allem in Bezug auf gesetzliche Schuldverhältnisse entwickelt hat, auf vertragliche Schadensersatzansprüche übertragbar ist.¹⁸⁶ Dabei geht es insbesondere um die Frage, ob unter dem Schadensersatz statt der Leistung noch die Naturalrestitution in Betracht kommen kann. Diesbezüglich ist § 249 Abs. 1 BGB also nicht anwendbar, da die Naturalrestitution wirtschaftlich gesehen die gleiche Wirkung haben kann wie ein Erfüllungsanspruch, der bereits durch das Schadenersatzverlangen gem. § 281 Abs. 4 BGB ausgeschlossen ist.¹⁸⁷ Die Naturalrestitution i.S.d. § 249 Abs. 1 BGB kann aber auch durch den Gläubiger selbst oder durch einen Dritten auf Kosten des Schädigers erfolgen,¹⁸⁸ so dass sie nicht unbedingt aus denselben Gründen - wie bei der Naturalrestitution durch den Schuldner - ausgeschlossen ist. Die dadurch entstandenen Kosten - soweit sie für die Wiederherstellung erforderlich sind - können noch im Wege des Schadensersatzes statt der

¹⁸⁰ *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, ²²2021, § 51 Rn. 8, 9.

¹⁸¹ *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, ³2003, § 5 IV 3 (S. 227); *Looschelders*, SchuldR AT, ²⁰2022, § 47 Rn. 3; *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, ²²2021, § 51 Rn. 13.

¹⁸² Vgl. als Beispiel RGZ 71, 212.

¹⁸³ *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, ³2003, § 5 I 1 (S. 212 f.); *Riehm*, GS Unberath, 2015, S. 363, 365.

¹⁸⁴ Genauer: Naturalrestitution durch Dritte auf Kosten des Schuldners, s. dazu *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 305 mit Fn. 159.

¹⁸⁵ MüKoBGB/*Oetker*, 2022, § 250 Rn. 1.

¹⁸⁶ Vgl. auch BeckOK BGB/*Flume*, 1.5.2022, § 249 Rn. 5, 278.

¹⁸⁷ H.M. vgl. nur BGHZ 186, 330, 332 (Rn. 10); BGH NJW 2013, 370 Rn. 9; BeckOK BGB/*Lorenz*, 1.11.2022, § 280 Rn. 44; NK-BGB/*Dauner-Lieb*, § 281 Rn. 58; a.A. *Riehm*, GS Unberath, 2015, S. 363, 365 ff.: noch die Möglichkeit der gleichartigen und gleichwertigen *Ersatzleistung* durch den Schuldner besteht.

¹⁸⁸ Vgl. bereits *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 736.

Leistung beglichen werden. Auf diese Weise wird das Interesse des Gläubigers an der Naturalerfüllung besser befriedigt als mit einem reinen Geldersatz.¹⁸⁹ Im Hinblick auf eine sachliche Abstufung zwischen den verschiedenen Möglichkeiten der Befriedigung der Gläubigerinteressen im Rahmen des Schadensersatzrechts und einer möglichst weitgehenden Einbeziehung des Schadensersatzes statt der Leistung in die allgemeinen schadensersatzrechtlichen Bestimmungen lässt sich daher auf die Regelungsgehalt des § 249 Abs. 2 BGB zurückgreifen,¹⁹⁰ wonach die Kosten des Deckungsgeschäfts als zur Naturalrestitution erforderlichen Kosten angesehen werden¹⁹¹ und damit über die Anwendung des § 251 BGB Vorrang vor dem reinen Geldersatz erhält.¹⁹²

2. Entgangener Gewinn nach § 252 BGB

a) Entgangener Gewinn und positiver Schaden

Was den zu ersetzenden Schaden anbelangt, so umfasst dieser auch den entgangenen Gewinn (vgl. § 252 S. 1 BGB).¹⁹³ Dies bezieht sich also auf die *Vermögensvorteile*, die dem Geschädigte zwar zum Zeitpunkt des Schadensereignisses noch nicht zugutekam, die er aber ohne das Schadensereignis erzielen hätte.¹⁹⁴ Im Gegensatz dazu steht das Konzept des positiven Schadens, d. h. die Schädigung des vorhandenen Vermögens des Geschädigten.¹⁹⁵ Zwischen beiden lässt sich aber in der Regel keine klare Grenze ziehen,¹⁹⁶ denn je sicherer die Gewinnaussichten sind, desto mehr kann der Entgang dieses Gewinns als eine Verminderung des bestehenden Vermögens angesehen werden. Daher ist diese Differenzierung eher historisch begründet¹⁹⁷ und für das geltende deutsche Recht von nur geringer praktischer Bedeutung.

¹⁸⁹ Vgl. zu den verschiedenen Stufen der Befriedigung des gläubigerischen Leistungsinteresses näher *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 20 ff.

¹⁹⁰ Beim Deckungsgeschäft handelt es sich um einen typischen Fall der Naturalrestitution durch Dritten auf Kosten des Schuldners, aber diese Form des Schadensersatzes ist nicht vom BGB-Gesetzgeber vorgesehen, wobei insoweit eine Gesetzeslücke besteht, s. dazu *Riehm*, GS Unberath, 2015, S. 363, 370 f.; *Dauner-Lieb*, FS C. Huber, 2020, S. 97, 116.

¹⁹¹ Folglich ist das Deckungsgeschäft im System des Schadensersatzrechts als Naturalrestitution einzuordnen, s. dazu *Riehm*, GS Unberath, 2015, S. 363, 369 ff; zustimmend *Dauner-Lieb*, FS C. Huber, 2020, S. 97, 111 ff.: Schadensersatz statt der Leistung als „strukturelle Naturalrestitution“; a.A. die h.M., vgl. nur BGH NJW 2021, 53 Rn. 22; BeckOK BGB/*Flume*, 1.5.2022, § 249 Rn. 277; *ders.*, Marktaustausch, 2019, S. 170 f.

¹⁹² Auf diese Weise wird auch der Vorrang des Deckungsgeschäfts vor dem Ersatz entgangenen Gewinns verdeutlicht, vgl. *Riehm*, GS Unberath, 2015, S. 363, 371 ff. m.w.N.

¹⁹³ Der Verweis des § 252 S. 1 BGB auf entgangenen Gewinn hat vor allem historische Gründe, vgl. *Staudinger/Höpfner*, 2021, § 252 Rn. 1.

¹⁹⁴ MüKoBGB/*Oetker*, 2022, § 252 Rn. 4.

¹⁹⁵ *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1996, S. 827.

¹⁹⁶ *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 32003, § 2 II (S. 58).

¹⁹⁷ *Staudinger/Höpfner*, 2021, § 252 Rn. 6.

b) Beweiserleichterung nach § 252 S. 2 BGB

Ergänzend zu § 287 ZPO enthält § 252 S. 2 BGB eine Beweiserleichterung für den Gläubiger.¹⁹⁸ Demnach gilt als *entgangen* ein Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.¹⁹⁹ Das bedeutet, dass es nicht die Gewissheit geben muss, dass der Gewinn gezogen worden wäre, sondern es genügt eine gewisse *Wahrscheinlichkeit*, dass dieser ohne den Eintritt des schädigenden Ereignisses zugeflossen wäre.²⁰⁰ Bei der Anwendung dieser Regelung sind ferner die besonderen Umstände des Handelsverkehrs zu berücksichtigen: Ist der Schadensersatzgläubiger beispielsweise ein Kaufmann, so kann er die marktgängige Ware jederzeit zum Marktpreis veräußern, wie es der gewöhnlichen Lauf der Dinge ist.²⁰¹

3. Haftungsausfüllende Kausalität

a) Haftungsausfüllende und haftungsbegründende Kausalität

Bei Schadenersatz aufgrund einer *Pflichtverletzung* ist auch zwischen der haftungsausfüllenden und der haftungsbegründenden Kausalität zu unterscheiden.²⁰² Während die haftungsausfüllende Kausalität *stets* zwischen der Pflichtverletzung des Schuldners und dem vom Gläubiger geltend gemachten konkreten Schaden geprüft wird, liegt bei der Verschuldenshaftung die haftungsbegründende Kausalität zwischen der *Sorgfaltspflichtverletzung* und der Pflichtverletzung, bei einer vom Schuldner übernommenen Garantie zwischen dem zu deckenden Umstand und der Pflichtverletzung vor. Die Tragweite dieser Unterscheidung liegt vor allem auf beweisrechtlicher Ebene.²⁰³ An den Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität sind also die strengen Anforderungen des § 286 ZPO anzuwenden, wohingegen für die haftungsbegründende Kausalität der in § 287 ZPO niedergelegte Grundsatz der freien Schadensschätzung gilt.

b) Äquivalenztheorie und Adäquanztheorie

Bei der haftungsausfüllenden Kausalität ist zunächst ein natürlicher oder philosophischer Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der Pflichtverletzung erforderlich,²⁰⁴ d. h. die vertretbare Pflichtverletzung muss eine *conditio sine qua non* für den Schaden sein.²⁰⁵ Dabei wird ein hypothetischer Eliminationsprozess durchlaufen, bei dem jede Handlung, die nicht *hinweggedacht* werden kann, ohne die der Erfolg nicht eingetreten wäre, ursächlich für

¹⁹⁸ Ganz h.M., vgl. nur *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, ³2003, § 6 X 1 (S. 341 f.); *MüKoBGB/Oetker*, 2022, § 252 Rn. 30.

¹⁹⁹ BGHZ 29, 393, 397.

²⁰⁰ BGHZ 29, 393, 398.

²⁰¹ BGHZ 126, 305, 308.

²⁰² BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 280 Rn. 320.

²⁰³ *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, ³2003, § 3 II (S. 78); *MüKoBGB/Oetker*, 2022, § 249 Rn. 108.

²⁰⁴ RGZ 81, 359, 360.

²⁰⁵ *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, ²²2021, § 52 Rn. 3.

den Erfolg ist.²⁰⁶ Ihre Funktion besteht darin, die Dinge auszuschließen, die für die Verursachung eines bestimmten Ergebnisses nicht relevant sind, so dass sie eine *Filterfunktion* besitzt.²⁰⁷ Allein dieser Kausalzusammenhang reicht jedoch nicht aus, um den Schuldner für den eingetretenen Schaden haftbar zu machen,²⁰⁸ sondern es muss eine weitere Beziehung hinzutreten, welche den Schaden als eine genannte adäquate Folge der wirkenden Tatsache erscheinen lässt,²⁰⁹ sog. Adäquanztheorie. Adäquat ist eine Bedingung also dann, wenn das Ereignis im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen betreffenden Erfolg herbeizuführen.²¹⁰

c) Schutzzweck der Norm

Im Übrigen wird der zu ersetzende Schaden auch durch den Schutzzweck der Norm begrenzt: Es werden nur solche Schäden ersetzt, die vom Schutzbereich der konkret verletzten Pflicht umfasst sind.²¹¹ Die Haftung besteht also nur für diejenigen äquivalenten und adäquaten Schadensfolgen,²¹² die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Vertragspflicht übernommen wurde.²¹³

4. Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten

Wirkt der Geschädigte an der Entstehung oder Vergrößerung des Schadens mit, so wird der Entschädigungsbetrag, den er beanspruchen kann, gemäß § 254 BGB gekürzt oder erlassen. Dahinter steht also der allgemeine Rechtsgedanke, dass der Geschädigte für jeden Schaden mitverantwortlich ist, bei dessen Entstehung er in zurechenbarer Weise mitgewirkt hat.²¹⁴ Dies folgt auch aus dem Gebot, den Geschädigten in Bezug auf seine Verantwortlichkeit so zu behandeln wie den Schädiger.²¹⁵ Für eine solche Aufteilung des Schadens ist es aber nicht zwingend von Belang, sich auf den Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB zu stützen,²¹⁶ sondern sie beruht auf dem Grundsatz der Selbstverantwortung.²¹⁷

²⁰⁶ *Looschelders*, SchuldR AT, ²⁰2022, § 45 Rn. 7.

²⁰⁷ Vgl. zu dieser *negativ* abgrenzenden Funktion des Kausalitätserfordernisses *Esser/Schmidt*, SchuldR AT II, ⁸2000, § 33 I vor 1 (S. 224); s. ferner *MüKoBGB/Oetker*, 2022, § 249 Rn. 104.

²⁰⁸ Vgl. *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, ²²2021, § 52 Rn. 5 einerseits und *Looschelders*, SchuldR AT, ²⁰2022, § 45 Rn. 8 andererseits.

²⁰⁹ RGZ 81, 359, 360.

²¹⁰ BGH NJW 2018, 944 Rn. 16; BGH NJW 2005, 1420, 1421.

²¹¹ BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 280 Rn. 323.

²¹² Vgl. zur Prüfungsreihenfolge *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, ²²2021, § 52 Rn. 12.

²¹³ BGH NJW 2012, 2024 Rn. 14 m.w.N.

²¹⁴ BGH NJW-RR 2015, 1056 Rn. 13.

²¹⁵ *Looschelders*, SchuldR AT, ²⁰2022, § 50 Rn. 2.

²¹⁶ S. aber BGH NJW-RR 2015, 1056 Rn. 13; NJW 2014, 2493 Rn. 8; BGHZ 135, 235, 240 m.w.N.

²¹⁷ *Looschelders*, SchuldR AT, ²⁰2022, § 50 Rn. 4.

a) Das Mitverschulden bei der Schadensentstehung nach § 254 Abs. 1 BGB

Wenn der Geschädigte bei der Schadensentstehung ein Verschulden mitgewirkt hat, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz und dessen Umfang gem. § 254 Abs. 1 BGB von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von der einen oder der anderen Partei verursacht worden ist.

aa) Mitverursachung an der Schadensentstehung

Dies setzt zunächst voraus, dass auch das *Verhalten* des Geschädigten in gewissem Umfang zum Schadenseintritt beigetragen hat, also zwischen beiden ein kausaler Zusammenhang besteht.²¹⁸ In diesem Zusammenhang ist die Formulierung von § 254 Abs. 1 BGB irreführend, denn nicht das Verschulden, sondern nur die auf Verschulden beruhenden Handlungen können eine Mitursache sein.²¹⁹ Ob ein Schaden dem Verhalten des Geschädigten zuzurechnen ist, bestimmt sich nach denselben Grundsätzen, die für die Verantwortlichkeit des Schädigers gelten.

bb) Verschulden des Geschädigten

Daneben muss der Geschädigte auch ein Verschulden an der Herbeiführung des Schadens trifft, es genügt also nicht, dass er den Schaden mitverursacht hat.²²⁰ Der Begriff des Verschuldens weicht hier aber von dem üblicherweise in § 276 BGB verwendeten Begriff ab, weil dem Geschädigten keine *Rechtspflicht* obliegt,²²¹ sich selbst nicht zu schädigen, vielmehr handelt es sich um ein „Verschulden gegen sich selbst“ oder um eine „Obliegenheit“,²²² bei dessen Nichtbeachtung der Geschädigte den Rechtsnachteil hinnehmen muss, dass er keinen vollständigen Ersatz seines Schadens erhalten kann.²²³ Wann ein Verstoß gegen diese Obliegenheit vorliegt, hängt also davon ab, ob der Geschädigte die Sorgfalt außer Acht gelassen hat, die ein ordentlicher und verständiger Mensch im eigenen Interesse anzuwenden pflegt, um sich vor Schaden zu vermeiden.²²⁴

b) Das Mitverschulden bei der Schadenshöhe nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB

aa) Verhältnis zu § 254 Abs. 1 BGB

Anders als § 254 Abs. 1 BGB, der den Fall regelt, dass der Geschädigte bei der Entstehung des Schadens mitwirkt hat, befasst sich § 254 Abs. 2 S. 1 BGB mit dem Mitverschulden in Bezug auf die Höhe des Schadens.²²⁵ Auf den ersten Blick scheint der Gesetzgeber zwischen

²¹⁸ Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist in erster Linie das Maß der Verursachung der Beteiligten für die Schadensentstehung von Belang, s. dazu BGH NJW 2014, 2493 Rn. 6.

²¹⁹ So bereits RGZ 54, 407, 411.

²²⁰ Vgl. z. B. BGHZ 3, 46, 48.

²²¹ *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, ²²2021, § 56 Rn. 5.

²²² BGHZ 135, 235, 240 m.w.N.

²²³ *MüKoBGB/Oetker*, 2022, § 254 Rn. 3.

²²⁴ BGHZ 74, 25, 28; BeckOK BGB/*Lorenz*, 1.11.2022, § 254 Rn. 9.

²²⁵ *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, ²²2021, § 56 Rn. 2.

Mitverschulden vor und nach dem Schadenseintritt *scharf* aufzuteilen, aber die Bedeutung dieser Abgrenzung kann nicht überschätzt werden, denn die in § 254 Abs. 2 S. 1 BGB behandelte Obliegenheit zur Warnung und Schadensabwendung bezieht sich auch auf den *Eintritt* eines Schadens, die nur vor der Entstehung eines Schadens berücksichtigt werden kann.²²⁶ Daher lässt sich der aus § 254 Abs. 1 BGB entwickelte Grundsatz auch auf § 254 Abs. 2 S. 1 BGB übertragen, und zwar handelt es sich bei Letzterem um besondere Anwendungsfälle des Ersteren.²²⁷

bb) Warn- und Schadensabwendungspflicht

Gemäß § 254 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB obliegt dem Gläubiger zunächst eine Warnpflicht, d. h. er muss den Schuldner auf eine ungewöhnlich hohe Schadensgefahr aufmerksam machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste.²²⁸ Dies setzt zunächst voraus, dass der Gläubiger von der Möglichkeit eines ungewöhnlich hohen Schadens Kenntnis hatte oder haben konnte.²²⁹ Wann ein solcher Schaden besteht, lässt sich also nicht mit einem bestimmten Betrag oder einer bestimmten Wertrelation beziffern,²³⁰ sondern ist aus der Sicht des Gläubigers je nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen.²³¹ Wenn der Schuldner und der Gläubiger aber gleich gute Erkenntnismöglichkeiten haben, oder wenn der Schuldner sogar einen Wissensvorsprung hat, dann bedarf es keiner Warnung.²³² Daher hat der Schuldner den entstandenen Schaden nur insoweit zu ersetzen, als er ihn vorausgesehen hat oder voraussehen konnte.²³³ Daneben muss der Gläubiger ein Verschulden an der Unterlassung der Warnung haben.²³⁴ Da der Zweck der Warnpflicht darin besteht, dem Schuldner die Gelegenheit zu geben, geeignete Maßnahmen zur Schadensvermeidung zu ergreifen,²³⁵ handelt es sich daher um eine Form der Schadensvermeidungspflicht des § 254 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB,²³⁶ so dass das oben Gesagte auch für die Bestimmung der Schadensvermeidungspflicht gilt.

cc) Schadensminderungsobliegenheit

Neben der Pflicht zur Warnung und Schadensvermeidung ist der Gläubiger auch zur Minderung des bereits eingetretenen Schadens verpflichtet (§ 254 Abs. 2 S. 1 Alt. 3 BGB).²³⁷

²²⁶ *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 32003, § 10 II 2 (S. 535 f.).

²²⁷ Vgl. nur *MüKoBGB/Oetker*, 2022, § 254 Rn. 69.

²²⁸ Mit dem Hinweis auf die Warnpflicht hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass die Nichtvorhersehbarkeit des Schadens für den Schädiger nicht die Zurechnung des Schadens ausschließt, sondern nur im Rahmen des Mitverschuldens relevant wird, s. dazu *Looschelders*, SchuldR AT, 2022, § 50 Rn. 20.

²²⁹ *BeckOK BGB/Lorenz*, 1.11.2022, § 254 Rn. 28.

²³⁰ Vgl. z. B. *BGH NJW* 2006, 1426 Rn. 28.

²³¹ *BGH NJW* 2002, 2553, 2554.

²³² *BGH NJW* 2006, 1426 Rn. 25; *MüKoBGB/Oetker*, 2022, § 254 Rn. 73.

²³³ So *Kötz*, VertragsR, 2012, Rn. 1054.

²³⁴ *RGZ* 54, 407, 411.

²³⁵ *BGH NJW* 2006, 995 Rn. 10.

²³⁶ *MüKoBGB/Oetker*, 2022, § 254 Rn. 76.

²³⁷ *BGH NJW* 2013, 450 Rn. 26.

Dementsprechend soll von dem Gläubiger erwartet werden, diejenigen *Anstrengungen* zu unternehmen, die ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Mensch nach Lage der Dinge ergreifen würde, um zu verhindern, dass der Schaden unnötig groß wird.²³⁸ Dies gilt insbesondere für die rechtzeitige Vornahme eines Deckungsgeschäfts,²³⁹ soweit dies für den Gläubiger objektiv erforderlich und zumutbar ist.²⁴⁰ Allerdings entsteht eine solche Obliegenheit zur Schadensminderung erst nach der Entstehung des Schadensersatzanspruches; bis dahin ist der Gläubiger weder *verpflichtet*, ein Ersatzgeschäft abzuschließen, noch von dem Erfüllungsanspruch auf den Schadensersatz statt der Leistung überzugehen, um jetzt ein Ersatzgeschäft abzuschließen und damit den vom Schuldner zu ersetzenden Schaden zu verringern.²⁴¹ Versäumt der Gläubiger aber die entsprechenden Maßnahmen zu ergreifen, so ist der eingetretene Schaden aufgrund der Abwägung der Umstände des Einzelfalls, insbesondere des Maßes der beiderseitigen Verursachung und des Verschuldens zu verteilen.²⁴²

c) Das Mitverschulden von Dritten nach § 254 Abs. 2 S. 2 BGB

Nach § 254 Abs. 2 S. 2 BGB ist die in § 254 Abs. 2 S. 1 BGB geregelten Fälle § 278 BGB entsprechend auch anzuwenden. Diese Anwendung soll aber für den gesamten Anwendungsbereich des § 254 BGB gelten, also auch bei der schuldhaften Mitverursachung der Hilfsperson an der Schadensentstehung.²⁴³

5. *Vorteilsausgleichung*

Darüber hinaus kann die Pflichtverletzung des Schuldners nicht nur das Vermögen des Gläubigers beeinträchtigen, sondern auch zu Vorteilen für den Gläubiger führen, d. h. zur Frage der Vorteilsausgleichung.²⁴⁴ Ihr liegt der Gedanke des schadenersatzrechtlichen Bereicherungsverbots zugrunde, dass der Geschädigte durch das Schadensereignis vermögensmäßig nicht bessergestellt werden darf.²⁴⁵ Allerdings müssen dem Geschädigten nicht alle mit dem Schadensereignis zusammenhängenden Vorteile angerechnet werden; vielmehr sind nach Ansicht des BGH nur solche Umstände relevant, die mit dem schädigenden Ereignis in einem adäquaten Kausalzusammenhang stehen.²⁴⁶ Daneben ist auch zu berücksichtigen, dass nur solche Vorteile angerechnet werden, die mit dem Sinn und

²³⁸ BGH NJW 2018, 944 Rn. 25.

²³⁹ Diese Schadensminderungsobliegenheit macht im Einzelfall die Vornahme des Deckungsgeschäfts gegenüber dem Ersatz des entgangenen Gewinns vorrangig, s. dazu *Riehm*, GS Unberath, 2015, S. 363, 373 m.w.N.

²⁴⁰ MüKoBGB/*Emmerich*, 2022, Vor § 281 Rn. 32, 34.

²⁴¹ *Huber*, Leistungsstörungen II, 1999, § 38 III 5 (S. 256 f.).

²⁴² BGH NJW 2018, 944 Rn. 37; a.A. MüKoBGB/*Oetker*, 2022, § 254 Rn. 77.

²⁴³ BGHZ 3, 46, 48.

²⁴⁴ Vgl. zum Unterschied zwischen Vorteilsausgleichung und Schadensberechnung *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, ³2003, § 9 I 1 (S. 486 f.).

²⁴⁵ *Looschelders*, SchuldR AT, ²⁰2022, § 45 Rn. 41.

²⁴⁶ BGHZ 49, 56, 61.

Zweck der Schadensersatzpflicht vereinbar sind, d. h. den Geschädigten nicht unzumutbar belastet und den Schädiger nicht unbillig begünstigt.²⁴⁷ Erzielt der Verkäufer also bei einem Deckungsverkauf einen Erlös, der über dem Marktwert liegt, so beruht dieser Vorteil entweder auf überobligationsmäßigen Bemühungen des Verkäufers oder auf dem Interesse von Drittkäufern, die Sache über den Verkehrswert hinaus zu erwerben, was beides nicht angerechnet werden darf.²⁴⁸ In der Rechtsprechung wird ferner die Formulierung übernommen, dass nur solche Vorteile als anrechenbar betrachtet werden, die in einem qualifizierten Zusammenhang mit dem geltend gemachten Nachteil stehen, was die beiden gewissermaßen zu einer *Rechnungseinheit* verbindet.²⁴⁹

²⁴⁷ BGHZ 136, 52, 54.

²⁴⁸ BGHZ 136, 52, 56; krit. dazu *Huber*, Leistungsstörungen II, 1999, § 38 III 1 (S. 234 f.).

²⁴⁹ BGHZ 77, 151, 154.

D. Rücktritt vom Vertrag

I. Die Systematik des gesetzlichen Rücktrittsrechts

1. Rücktritt als Rechtsbehelf wegen Vertragsverletzung

Im deutschen Recht ist das gesetzliche Rücktrittsrecht aufgrund einer Leistungsstörung in den §§ 323 bis 326 BGB geregelt. Systematisch gesehen werden sie im Rahmen von gegenseitigen Verträgen¹ angesiedelt und als Ausfluss des synallagmatischen Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung² angesehen.³ Als ein vom Schadensersatz getrennter Rechtsbehelf entwickelte sich das Rücktrittsrecht aus der Vernunftrechtstheorie.⁴ Der entscheidende Schritt zu seiner Kodifizierung erfolgte im Jahr 1900, als die Verfasser des BGB⁵ das aus dem Schadensersatz abgeleitete Rücktrittsrecht aufgeben und es als eigenständigen Rechtsbehelf konstruierten.⁶ Seitdem gilt der Rücktritt als eines der wichtigsten Instrumente⁷ für die Abwicklung der gestörten Verträge.⁸ Zudem ist das Rücktrittsrecht vom deutschen Gesetzgeber als Gestaltungsrecht ausgestaltet, als ein „privates Verfahren“,⁹ das es den Gläubigern ermöglicht, die Durchsetzung ihrer Interessen im Wege der Selbsthilfe in die eigene Hand zu nehmen, ohne auf die Einschaltung des Gerichts angewiesen zu sein.¹⁰

2. Das Verhältnis zwischen Rücktritt und Schadensersatz

a) Kumulation von Rücktritt und Schadensersatz

Nach § 325 BGB steht die Ausübung des Rücktrittsrechts einem etwaigen Schadensersatzanspruch nicht entgegen.¹¹ Die Grundlage hierfür ist, dass der Vertrag durch den Rücktritt nicht erloschen ist, sondern lediglich umgewandelt wird.¹² Daher ist der

¹ Die Frage nach dem Schicksal der Gegenleistung stellt sich (nur) im Falle eines gegenseitigen Vertrages.

² Unter Synallagma ist also zu verstehen, dass die Hauptleistungspflichten der Parteien nach deren Willen in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen, s. dazu BGHZ 161, 241, 251.

³ Vgl. zum Wesen des deutschen Rücktrittsrechts nach der Schuldrechtsreform näher *Canaris*, FS Kropholler, 2008, S. 3 ff.

⁴ *Scherner*, Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung, 1965, S. 92 ff.; *Harke*, SchuldR AT, 2010, Rn. 171.

⁵ Vgl. zur Entstehungsgeschichte der Rücktrittsregelung des BGB 1900 näher *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 26 ff.; *HKK-BGB/Hattenhauer*, 2007, §§ 323-325 Rn. 46 ff.

⁶ *Jakobs*, Gesetzgebung im LeistungsstörungenR, 1985, S. 56.

⁷ Es sei darauf hingewiesen, dass im deutschen Recht auch *Schadensersatz wegen Nichterfüllung* als Instrument der Vertragsabwicklung anerkannt wird, s. dazu *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 122 ff.

⁸ Vgl. zur Vertragsabwicklung als Aufgabe *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 94 ff.

⁹ *Flessner*, ZEuP 1997, 255, 271.

¹⁰ *Canaris*, FS Kropholler, 2008, S. 3, 5 f; *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 359.

¹¹ Dadurch sollte das Dilemma des alten deutschen Schuldrechts bezüglich der Alternativität zwischen Schadensersatz und Rücktritt für übereilt ausgewählte Gläubiger beseitigen, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 188.

¹² Hierzu näher unten D III (S. 103 ff.).

Schadenersatz nach Rücktritt nicht mehr auf das negative Interesse zu beschränken,¹³ sondern der Gläubiger kann in diesem Fall auch Ersatz für das positive Vertragsinteresse verlangen.¹⁴ Dabei ist auch zu beachten, dass § 325 BGB die Möglichkeit, neben dem Rücktritt Schadensersatz zu verlangen, nicht auf den Ersatz eines bestimmten Schadens beschränkt.¹⁵

b) Auswirkung der Ausübung des Rücktrittsrechts auf den Umfang des Schadensersatzes

Im Rahmen des § 325 BGB kann die Ausübung des Rücktrittsrechts mit dem Ausgleich positiver Interessen kombiniert werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Ausübung des Rücktrittsrechts keinen Einfluss auf den Umfang der Schadensberechnung haben kann.¹⁶ Insbesondere ist dies der Fall, wenn der Gläubiger von der Gegenleistungspflicht befreit ist oder die bereits erbrachte Gegenleistung nach dem Rücktrittsregime zurückfordern kann.¹⁷ Dadurch wird sich der tatsächliche Vermögenszustand des Gläubigers verändern und das Ausmaß des Schadens sollte infolgedessen auch verringert werden. Dasselbe gilt auch für die Folgeansprüche aus §§ 346 Abs. 1, Abs. 2 und 347 BGB.¹⁸ Außerdem besteht auch keine zwingende Kollision zwischen dem Nutzungsausfallschaden, der dem Gläubiger durch das Ausbleiben der Leistung entstanden ist, und den vom ihm infolge seines Rücktritts herauszugebenden Nutzungen.¹⁹

II. Rücktrittsgründe im Einzelnen

1. Rücktritt wegen Nicht- oder Schlechtleistung nach § 323 BGB

a) Der Rücktritt mit Fristsetzung nach § 323 Abs. 1 BGB

Im deutschen Recht ist § 323 BGB die zentrale Vorschrift für die Voraussetzungen eines gesetzlichen Rücktrittsrechts.²⁰ Nach § 323 Abs. 1 BGB tritt das Recht des Gläubigers auf Rücktritt bei Nicht- oder Schlechtleistung des Schuldners grundsätzlich erst ein, wenn die bestimmte Frist abgelaufen ist.²¹ Da die Setzung einer Nachfrist grundsätzlich nur dann nötig ist, wenn die Leistung noch möglich ist, setzt die Anwendung von § 323 Abs. 1 BGB daher die „Nachholbarkeit der Leistung“ voraus.²² Dies hat auch Auswirkungen auf die darin genannten anderen Tatbestände: So bezieht sich die Nichtleistung in § 323 Abs. 1 BGB nur

¹³ Bemerkenswert ist aber, dass bereits im alten deutschen Schuldrecht der Anspruch auf Verzugschaden nicht durch den Rücktritt vom Vertrag vollständig beseitigt wurde, s. dazu BGHZ 88, 46 ff.

¹⁴ BGHZ 174, 290, 292 (Rn. 7); Soergel/*Gsell*, 2005, § 325 Rn. 3; MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 325 Rn. 3.

¹⁵ BGHZ 174, 290, 293 (Rn. 9).

¹⁶ Vgl. näher *Gsell*, JZ 2004, 643, 644 f.

¹⁷ MüKoBGB/*Emmerich*, 2022, Vor § 281 Rn. 12 ff., insb. Rn. 15.

¹⁸ Soergel/*Gsell*, 2005, § 325 Rn. 5.

¹⁹ Vgl. differenzierend *Faust*, in: Huber/*Faust* (Hrsg.), SchuldRMod, 2002, Kap. 3 Rn. 90.

²⁰ Soergel/*Gsell*, 2005, § 323 Rn. 3.

²¹ Das Fristsetzungserfordernis bildet den Kern der Regelung des § 323 Abs. 1 BGB und macht den Gehalt seiner Gerechtigkeit aus, s. dazu *Canaris*, FS Kropholler, 2008, S. 3, 13; vgl. näher oben B III 2 a) (S. 57 ff.).

²² Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 184.

auf die Verzögerung der Leistung.²³ Zwar könnte die Unmöglichkeit²⁴ ebenfalls von dessen Wortlaut erfasst werden,²⁵ doch hat der deutsche Gesetzgeber diese bereits mit § 326 BGB berücksichtigt, so dass sie nicht in den Anwendungsbereich der hier zu erörternden Bestimmung fällt.²⁶ Auch bei der sog. „qualitativen Unmöglichkeit“²⁷ kommt § 323 BGB nicht zur Anwendung: In diesem Fall ist eine Fristsetzung ebenfalls sinnlos geworden, was der Gesetzgeber auch durch § 326 Abs. 1, S. 3 BGB Rechnung getragen hat.²⁸

b) Der fristlose Rücktritt nach § 323 Abs. 2 BGB

Nach § 323 Abs. 2 BGB kann der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten, ohne eine Frist vorab zu setzen. Damit wird nicht nur das Erfordernis der Nachfristsetzung nach § 323 Abs. 1 BGB entbehrlich, sondern es wird ein eigenständiges Rücktrittsrecht ohne Fristsetzung statuiert.²⁹ Hat der Gläubiger dennoch eine Frist gesetzt, so ist er nach Gebot des § 242 BGB an diese Frist gebunden, d. h. er kann vor *erfolglosem* Ablauf dieser Frist³⁰ nicht zurücktreten.³¹

c) Vorzeitiger Rücktritt nach § 323 Abs. 4 BGB

Mit § 323 Abs. 4 BGB hat der deutsche Gesetzgeber dem Gläubiger auch das Recht eingeräumt, *vorzeitig* vom Vertrag zurückzutreten.³² Dies gilt für den Fall, dass die Voraussetzungen für den Rücktritt bereits vor Eintritt der Fälligkeit offensichtlich sind.³³ Dabei geht es in erster Linie die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Schuldners vor Fälligkeit der Leistung.³⁴ Dazu gehören auch Fälle, in denen vor Fälligkeit der Leistung eine unbehebbar Leistungshinderung droht.³⁵ Da es in solchen Fällen keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Schuldner die Leistung verweigert, knüpft der

²³ Im Gegensatz zu § 326 BGB a.F. erfordert der Rücktritt wegen Verzögerung der Leistung nicht mehr, dass der Schuldner bereits mit der Leistung in Verzug geraten ist, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 184. Dies bedeutet, dass es für den Rücktritt auch nicht mehr darauf ankommt, ob der Schuldner das Ausbleiben der Leistung zu vertreten hat, s. dazu BeckOGK BGB/*Looschelders*, 1.11.2022, § 323 Rn. 91.

²⁴ Vgl. zur analogen Anwendung des § 323 BGB auf die einstweilige Unmöglichkeit *Canaris*, FS U. Huber, 2006, S. 143, 151 ff.

²⁵ So Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 183 f.

²⁶ Dies kann deutlich aus dem Umkehrschluss des § 326 BGB gezogen werden, s. dazu, *Canaris*, JZ 2001, 499, 510.

²⁷ Hierzu oben A I 4 b) (S. 24 f.).

²⁸ Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 184.

²⁹ Sog. fristloser Rücktritt, vgl. zu seiner Eigenart näher *Canaris*, FS Kropholler, 2008, S. 3, 13 ff.

³⁰ Wird die Pflichtverletzung also innerhalb der festgesetzten Nachfrist behoben, bedarf es dann keines Rückgriffs auf § 242 BGB, weil das Recht des Gläubigers auf Rücktritt bereits durch das Fehlen des Tatbestandsmerkmals Nichtleistung oder Schlechtleistung des § 323 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist, s. dazu *Looschelders*, LMK 2010, 305065, sub 2.a).

³¹ BGH NJW 2010, 1805 Rn. 10; *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, ²²2021, § 37 Rn. 11; *Staudinger/Schwarze*, 2020, § 323 Rn. D 7.

³² Für nach Fälligkeit auftretende Leistungshindernisse gibt es also keinen Raum für die Anwendung des § 324 BGB, s. BGHZ 193, 315, 320 f. (Rn. 17).

³³ Davon ist der Gesetzgeber ausgegangen, dass dem Gläubiger in solchen Fällen nicht zugemutet werden kann, den Fälligkeitszeitpunkt abzuwarten, s. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 186.

³⁴ *Soergel/Gsell*, 2005, § 323 Rn. 130; *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, ²²2021, § 37 Rn. 6; hierzu näher oben A I 5 b) (S. 26 f.).

³⁵ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 186.

Reformgesetzgeber die Vertragsbefreiungsmöglichkeit an die *Erfüllungsgefährdung* und macht dies zu einem eigenständigen Hinderungsgrund.³⁶

d) Der Gesamtrücktritt bei Teilleistung nach § 323 Abs. 5 S. 1 BGB

aa) Grundsatz des Teilrücktritts

Wenn der Schuldner nur eine Teilleistung erbracht hat, kann der Gläubiger gemäß § 323 Abs. 5 S. 1 BGB nur dann vom ganzen Vertrag zurücktreten, sofern er kein Interesse an der Teilleistung hat. Auf diese Weise hat der deutsche Gesetzgeber angestrebt, dass der Vertrag noch in die durchführbaren oder durchgeführten Teile aufrechterhalten werden kann, um eine vollständige Abwicklung des Vertrages zu verhindern.³⁷ Damit ist bei einer teilweisen Behinderung grundsätzlich nur ein Teilrücktritt möglich.³⁸

bb) Die Teilbarkeit der Gegenleistung

Das setzt aber - wie bereits in den bisherigen §§ 325 Abs. 1 S. 2, 326 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. anerkannt wurde³⁹ - die Teilbarkeit der Leistung⁴⁰ und der Gegenleistung voraus.⁴¹ Bei teilbarer Leistung, aber unteilbarer Gegenleistung kommt eine Teilabwicklung also grundsätzlich nicht in Betracht, weil es nicht möglich ist, einen Teil der Gegenleistung des Gläubigers den einzelnen Teilen der Leistung des Schuldners zuzuordnen.⁴² Da der mit dem Teilrücktritt verfolgte Zweck - die Aufrechterhaltung des Vertrages im unstörenden Teil - nicht erreichbar ist, kann der Gläubiger dann nach § 323 Abs. 1 BGB ohne weitere Voraussetzungen vom ganzen Vertrag zurücktreten.⁴³

cc) Interessenfortfall

Wenn nicht nur die Leistung, sondern auch die Gegenleistung teilbar ist, dann muss der Gläubiger also darlegen und beweisen, dass er an der vom Schuldner erfolgten Teilleistung kein Interesse hat, um den Vertrag in seiner Gesamtheit zu abwickeln.⁴⁴

e) Der Gesamtrücktritt bei Schlechtleistung nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB

Nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB kann der Gläubiger bei Schlechtleistung des Schuldners auch nicht vom Vertrag zurücktreten,⁴⁵ wenn die Pflichtverletzung *unerheblich* ist.⁴⁶ Anders als in

³⁶ MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 323 Rn. 138.

³⁷ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 186.

³⁸ Sog. Grundsatz des Teilrücktritts, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 186 ; BGH NJW 2010, 146 Rn. 17.

³⁹ Vgl. nur Soergel/*Gsell*, 2005, § 323 Rn. 172.

⁴⁰ Vgl. dazu oben B II 1 d) aa) (S. 49).

⁴¹ BGH NJW 2010, 146 Rn. 16.

⁴² Vgl. dazu eingehend *Canaris*, 2. FS Medicus, 2009, S. 17, 36.

⁴³ S. auch NK-BGB/*Dauner-Lieb/Dubovitskaya*, § 323 Rn. 35.

⁴⁴ Hierzu näher oben B III 2 h) aa) (S. 66).

⁴⁵ Die Gleichstellung von Zuwenig-Leistung und Sachmangel in § 434 Abs. 5 BGB ist hier also nicht anwendbar, s. dazu *Grigoleit/Riehm*, ZGS 2002, 115 ff.; *Lorenz*, NJW 2006, 1925, 1926 Fn. 10 m.w.N.

§ 323 Abs. 5 S. 1 BGB wird hier die Pflichtverletzung als erheblich vermutet, was für den Schuldner bedeutet, dass er die Unerheblichkeit der Pflichtverletzung beweisen muss, wenn er den Gläubiger an dem Totalrücktritt hindern will.⁴⁷ Damit sollen bei einer geringfügig mangelhaften Leistung die unverhältnismäßigen Rechtsfolgen einer vollständigen Vertragsabwicklung vermieden werden.⁴⁸ Für die Unerheblichkeitsprüfung ist eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls vorzunehmen.⁴⁹ Haben sich die Parteien auf eine bestimmte Beschaffenheit des Gegenstands geeinigt, so stellt die Lieferung einer Sache, die nicht dieser Beschaffenheit entspricht, in der Regel eine erhebliche Pflichtverletzung dar, weil die von den Parteien vorab getroffene Beschaffenheitsvereinbarung ein Indiz für die Erheblichkeit ist.⁵⁰ Dabei kommt es nicht auf ein festes Verhältnis zwischen Mangelbeseitigungsaufwand und Kaufpreis an,⁵¹ sondern auf das Maß der Interessenbeeinträchtigung seitens des Gläubigers.⁵² Wenn der Schuldner aber ein Verschulden trifft, wie z.B. Arglist in Bezug auf das Nichtvorhandensein eines Mangels an der verkauften Sache, so ist das Rücktrittsrecht des Gläubigers dann nicht durch § 326 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen, auch wenn es sich um einen unerheblichen Mangel handelt.⁵³

f) Ausschluss des Rücktritts nach § 323 Abs. 6 BGB

Nach § 323 Abs. 6 BGB ist das Recht des Gläubigers auf Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend⁵⁴ verantwortlich ist oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Annahmeverzug ist. Hier ist der Rechtsgedanke des bisherigen § 324 BGB a.F. also verallgemeinert und auf die Fälle außerhalb der Unmöglichkeit übertragen worden.⁵⁵ Allerdings ist der Anwendungsbereich von § 323 Abs. 6 Alt. 2 BGB gering, weil der Annahmeverzug des Gläubigers zur Folge hat, dass die Nichtleistung des Schuldners bei Fälligkeit keine Pflichtverletzung darstellt.⁵⁶ Ebenso ist die Nachfrist nicht erfolglos abgelaufen, wenn der Schuldner innerhalb der Nachfrist die Leistung im Wege *einer Annahmeverzug begründenden Weise* Nichtabnahme anbietet.⁵⁷

⁴⁶ Auf der Ebene des Schadensersatzes findet sich also eine entsprechende Regelung in § 281 Abs. 1 S. 3 BGB, hierzu näher oben B III 2 h) bb) (S. 666).

⁴⁷ *Reppen*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Beweislast-HdB, 42018, § 323 Rn. 18; *Soergel/Gsell*, 2005, § 323 Rn. 217; *MüKoBGB/Ernst*, 2022, § 323 Rn. 258.

⁴⁸ *Staudinger/Schwarze*, 2020, § 323 Rn. C 24.

⁴⁹ BGH NJW 2014, 3229 Rn. 14; BGH NJW-RR 2010, 1289 Rn. 23; *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, 222021, § 35 Rn. 19; a.A. *Staudinger/Schwarze*, 2020, § 323 Rn. C 26.

⁵⁰ BGH NJW 2014, 3229 Rn. 14.

⁵¹ BGH NJW 2014, 3229 Rn. 30.

⁵² *Staudinger/Schwarze*, 2020, § 323 Rn. C 26; *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 295.

⁵³ BGHZ 167, 19; *Wertenbruch*, LMK 2006, 182969; a.A. *Lorenz*, NJW 2006, 1925, 1926; *Roth*, JZ 2006, 1026; *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 296 f.

⁵⁴ Vgl. zu dieser Gläubigerverantwortlichkeit unten D II 2 c) aa) (S. 101).

⁵⁵ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 187.

⁵⁶ *Soergel/Gsell*, 2005, § 323 Rn. 236.

⁵⁷ *MüKoBGB/Ernst*, 2022, § 323 Rn. 285.

g) Eigene Vertragstreue des Gläubigers?

Was das Rücktrittsrecht des § 323 BGB betrifft, so stellt sich auch die Frage, ob der Rücktrittsberechtigte das Rücktrittsrecht wegen einer Vertragsverletzung durch die andere Partei auch geltend machen kann, wenn er selbst den Vertrag nicht gehalten hat.⁵⁸ Im Rahmen des § 326 BGB a.F. wurde dabei überwiegend die Auffassung vertreten, dass ein Gläubiger nur dann von einem gegenseitigen Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, wenn sein eigenes Verhalten vertragsgemäß ist.⁵⁹ Teilweise wird dies unter dem Tu-quoque-Einwand behandelt: „Wer selbst vertragsuntreu ist, kann in der Regel aus der Vertragsverletzung des Gegners keine Rechte herleiten“.⁶⁰ Auch beim Rücktrittsrecht nach § 323 BGB wird dieses Erfordernis unbeschadet des § 323 Abs. 6 BGB weiter fortgeführt, nämlich dass derjenige, der vom Vertrag zurücktreten will, selbst vertragstreue sein muss.⁶¹

2. Rückabwicklung wegen Unmöglichkeit nach § 326 BGB

Wenn der Schuldner nach § 275 Abs. 1-3 BGB von seiner Leistung befreit ist, dann stellt sich ferner die Frage, ob er im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages noch vom Gläubiger die Gegenleistung verlangen kann. Diese Problematik wird vom Gesetzgeber der Schuldrechtsreform speziell mit § 326 BGB behandelt: Der Hauptgrund für die Nichtaufnahme dieser Vorschrift in § 323 BGB ist, dass die Fristsetzung in diesem Fall von vornherein sinnlos wäre.⁶²

a) Ipso-iure-Wegfall des Gegenleistungsanspruches nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB

Nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB erlischt der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung *automatisch*, wenn er seine eigene Leistung nach § 275 Abs. 1-3 BGB nicht mehr zu erbringen braucht.⁶³ Hat er die Gegenleistung schon erhalten, so muss er diese nach § 326 Abs. 4 BGB i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB zurückgeben. Dahinter steht vor allem die Überlegung, dass bei der Durchführung eines Austauschvertrages die gegenseitige Leistungspflichten miteinander verknüpft sind, sodass ein Gläubiger, der keine Leistung bekommen kann, seine eigene Gegenleistung grundsätzlich auch nicht zu erbringen braucht (sog. konditionelles bzw. funktionelles Synallagma).⁶⁴

⁵⁸ Vgl. zu dieser Problematik bereits RGZ 54, 286.

⁵⁹ St. Rspr. seit RGZ 67, 313.

⁶⁰ Vgl. nur RGZ 152, 119, 123; krit. dazu *Lorenz*, JuS 1972, 311 ff..

⁶¹ Vgl. OLG Celle ZGS 2004, 74; *Grüneberg/Grüneberg*, § 323 Rn. 29; krit. dazu *MüKoBGB/Ernst*, 2022, § 323 Rn. 277; *Soergel/Gsell*, 2005, § 323 Rn. 238; *BeckOGK BGB/Looschelders*, 1.11.2022, § 323 Rn. 110; einschränkend auch *Staudinger/Schwarze*, 2020, § 323 Rn. E 10; offen gelassen in *BGH NJW* 2020, 2104 Rn. 24.

⁶² Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 184.

⁶³ Inhaltlich ist diese Vorschrift mit § 323 Abs. 1 BGB a.F. identisch und führt daher die sogenannte Regel des ipso-iure-Erlöschens des Anspruches auf die Gegenleistung ein, s. dazu *Soergel/Gsell*, 2005, § 326 Rn. 2.

⁶⁴ *Emmerich*, LeistungsstörungenR, 2005, § 9 Rn. 5; *Soergel/Gsell*, 2005, § 326 Rn. 8; *Canaris*, FS Kropholler, 2008, S. 3, 4 mit Fn. 3; *ders.*, FS Picker, 2010, S. 113, 113 f.; *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, 222021, § 35 Rn. 9.

Dies ist im Falle einer nicht von beiden Parteien zu vertretenden Unmöglichkeit aber unumstritten,⁶⁵ weil es dem Gläubiger ohnehin keine andere Option als die Vertragsstornierung bleibt.⁶⁶ Bei vom Schuldner zu vertretender Leistungsstörung kann der Gläubiger aber weiterhin ein Interesse an der Erbringung der Gegenleistung haben, indem er bei der Geltendmachung des Ersatzes den ihm entstandenen Schaden im Wege der Austauschmethode zu berechnen vermag. Die Anwendung von § 326 Abs. 1 S. 1 BGB würde ihm jedoch das Recht nehmen, diese Berechnungsmethode zu wählen.⁶⁷ So wird in einem solchen Fall nur der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung ausgeschlossen, wohingegen das „Recht“ des Gläubigers, die Gegenleistung selbst noch zu erbringen, davon unberührt bleibt.⁶⁸

Diese Bestimmung gilt ihrem Normzweck nach ferner nur für die dauernde Unmöglichkeit,⁶⁹ bei vorübergehender Unmöglichkeit, soweit sie nicht mit der dauernden Unmöglichkeit gleichgesetzt werden kann, darf der Gläubiger die Erbringung der Gegenleistung zwar nach § 320 BGB⁷⁰ oder in Analogie zu § 326 Abs. 1 BGB⁷¹ aussetzen,⁷² doch unterliegt die Rückforderung der bereits erbrachten Gegenleistung sowie die endgültige Stornierung des Vertrages noch dem Nachfristerfordernis des § 323 Abs. 1 BGB (analog),⁷³ da die Leistung also später noch möglich sein könnte. Bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich den Gegenleistungsanspruch dann in entsprechender Anwendung von § 441 Abs. 3 BGB automatisch (§ 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB).⁷⁴ Wie der bisherige § 323 Abs. 1 Hs. 2 BGB a.F. setzt dieser ebenfalls die Teilbarkeit der Leistung⁷⁵ und der Gegenleistung⁷⁶ voraus.⁷⁷

b) Ausnahmen vom ipso-iure-Wegfall des Gegenleistungsanspruches nach § 326 Abs. 1 S. 2 BGB

Die in § 326 Abs. 1 S. 1 BGB festgelegte „Ipso-iure-Regel“ erfährt ebenfalls einige Ausnahmen, von denen zunächst die Bestimmung des § 326 Abs. 1 S. 2 BGB zu nennen ist, wonach im Fall der nicht zu behebenden Schlechtleistung der Gegenleistungsanspruch nicht automatisch erlischt, sondern dem Gläubiger das Recht eingeräumt werden sollte, vom

⁶⁵ So auch MüKoBGB/Ernst, 2022, § 326 Rn. 10.

⁶⁶ In diesem Fall wäre es also sinnlos, dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht einzuräumen, denn offensichtlich kann der Vertrag nicht aufrechterhalten werden, s. dazu *Canaris*, JZ 2001, 499, 508; *ders.*, SchuldRRreform, 2001, S. 43, 54; a.A. HKK-BGB/Schermaier, 2007, § 326 Rn. 26.

⁶⁷ Daher wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass der Anwendungsbereich dieser Vorschrift teleologisch reduziert werden sollte, um ein automatisches Erlöschen der Gegenleistung in solchen Fällen auszuschließen, s. dazu MüKoBGB/Ernst, 2022, § 326 Rn. 14.

⁶⁸ BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 283 Rn. 53 m.w.N.

⁶⁹ Soergel/Gsell, 2005, § 326 Rn. 10; BeckOK BGB/Schmidt, 1.11.2022, § 326 Rn. 6.

⁷⁰ BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 275 Rn. 175.

⁷¹ *Canaris*, FS U. Huber, 2006, S. 143, 150.

⁷² Im Ergebnis spielt es hier aber keine Rolle, ob man § 320 BGB unmittelbar oder § 326 Abs. 1 S. 1 BGB analog anwendet.

⁷³ BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 275 Rn. 170, 176.

⁷⁴ Soergel/Gsell, 2005, § 326 Rn. 21: „eine ipso-iure-Minderung der Gegenleistung“.

⁷⁵ Vgl. dazu oben B II 1 c) aa) (S. 49).

⁷⁶ Hierzu näher oben D II 1 d) bb) (S. 97).

⁷⁷ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 188.

Vertrag zurückzutreten.⁷⁸ Dahinter steht vor allem die Erwägung, dass für bestimmte Vertragsarten vom Gesetzgeber ein besonderes „Minderungsmechanismus“ vorgesehen ist, dessen Charakter als Gestaltungsrecht dem automatischen Erlöschen der Gegenleistung widerspricht.⁷⁹ Folglich erlischt die Verpflichtung zur Gegenleistung nicht (anteilig), sondern bleibt (zunächst) in vollem Umfang aufrechterhalten.⁸⁰

c) Ausnahmen vom ipso-iure-Wegfall des Gegenleistungsanspruches nach § 326 Abs. 2 BGB

aa) Gläubigerverantwortlichkeit nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB

Nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB erlischt der Gegenleistungsanspruch nicht, wenn der Gläubiger allein oder weitüberwiegend für die Umstände verantwortlich ist, die den Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zur Leistung verpflichten. Für die Verantwortlichkeit des Gläubigers ist diese nach wohl h.M. grundsätzlich in Analogie zu den §§ 276-278 BGB zu bestimmen.⁸¹ Mit dieser Formulierung „weit überwiegende“⁸² soll festgelegt werden, dass der Gläubiger in den Fällen, in denen man im Rahmen von § 254 BGB zu der Annahme neigt, dass der Schädiger trotz des Mitverschuldens des Geschädigten in vollem Umfang haftet, zur Zahlung der vollen Kosten verpflichtet ist.⁸³

bb) Annahmeverzug nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB

Nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB kann der Schuldner auch der Anspruch auf die Gegenleistung behalten, wenn die Umstände, die ihn nach § 275 Abs. 1-3 BGB von der Leistung befreien, nicht von ihm zu vertreten sind und zu einem Zeitpunkt eintreten, zu dem der Gläubiger bereits mit dem Annahme der Leistung in Verzug ist.⁸⁴ Ziel dieser Vorschrift ist also, den Schuldner, der mit seinem Erfüllungsversuch gescheitert ist, in Bezug auf die Gegenleistung so weit wie möglich in die Lage zu versetzen, in der er sich befände, wenn die Leistung gelungen wäre.⁸⁵ Da für den Verzug des Gläubigers kein Verschulden erforderlich ist, erfolgt die Verteilung des Risikos der Gegenleistung auch unabhängig vom Verschulden des Gläubigers.⁸⁶ Dabei ist auch zu beachten, dass der Schuldner in diesem Fall gem. § 300 Abs. 1 BGB nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet.

⁷⁸ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 189.

⁷⁹ Soergel/*Gsell*, 2005, § 326 Rn. 32.

⁸⁰ Lorenz, NJW 2002, 2497, 2498.

⁸¹ Canaris, FS Picker, 2010, S. 113, 116; Lorenz, NJW 2006, 1175, 1177.

⁸² Vgl. zur Begründung der Einführung des Wortes „weit“ Canaris, JZ 2001, 499, 511.

⁸³ Canaris, FS Picker, 2010, S. 113, 126.

⁸⁴ Dementsprechend findet die Regelung des § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB keine Anwendung, wenn die Unmöglichkeit der Leistung bereits vor oder gleichzeitig mit dem Verzug des Gläubigers eingetreten ist, s. dazu Canaris, FS Prölss, 2009, S. 21, 24 ff.

⁸⁵ Canaris, FS Prölss, 2009, S. 21, 24.

⁸⁶ Vgl. nur Soergel/*Gsell*, 2005, § 326 Rn. 63.

cc) Die Einschränkungen des § 326 Abs. 2 S. 2 BGB

Für die beiden Alternativen des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB gelten auch die Einschränkungen von § 326 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach sich der Schuldner, der auf der Erbringung der noch vom Gläubiger geschuldeten Gegenleistung besteht, dasjenige anrechnen lassen muss, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

d) Rücktrittsrecht nach § 326 Abs. 5 BGB

Ist der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB von seiner Leistungspflicht befreit, so kann der Gläubiger nach §§ 326 Abs. 5, 323 BGB auch den Vertrag zurücktreten. Ein solches Rücktrittsrecht kommt zunächst bei der sog. qualitativen Unmöglichkeit in Betracht,⁸⁷ bei der der Gesetzgeber dafür gesorgt hat, dass dem Gläubiger die Wahl zwischen Rücktritt und Minderung zur Verfügung steht, indem der Gegenleistungsanspruch *nicht* durch die Unmöglichkeit der Leistung automatisch erlischt (§ 326 Abs. 1 S. 2 BGB).⁸⁸ Auch im Falle der sog. quantitativen Teilunmöglichkeit und bei der *Unmöglichkeit der Erfüllung einer nicht im Synallagma stehenden Pflicht* spielt dieses Recht eine Rolle, wobei ebenfalls die in § 323 Abs. 5 BGB festgelegte Schwelle zu beachten ist.⁸⁹

3. *Rücktritt wegen Verletzung von Schutz- und Obhutspflichten nach § 324 BGB*

Ist die Verletzung einer Nebenpflicht - auch wenn sie unabhängig vom Erfüllungsinteresse des Gläubigers ist - so erheblich, dass ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann, so kann der Gläubiger gem. § 324 BGB auch vom Vertrag zurücktreten.⁹⁰ Diese Bestimmung ist eher von theoretischer Bedeutung als das in § 323 BGB vorgesehene Rücktrittsrecht und der in § 326 Abs. 1 BGB verankerte automatische Vertragsstornierungsmechanismus, die mit dem sog. funktionalen Synallagma nichts zu tun haben, sondern den Schutz der Integritätsinteressen des Gläubigers bezwecken.⁹¹

4. *Exkurs: Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB*

Im deutschen Recht wird zudem begrifflich zwischen Rücktritt und Kündigung unterschieden, um dem besonderen Charakter von Dauerschuldverhältnissen⁹² Rechnung zu tragen. Für letztere gelten also besondere Vorschriften, wie. z.B. § 314 BGB.⁹³ Das dort vorgesehene

⁸⁷ Soergel/Gsell, 2005, § 326 Rn. 6, 120.

⁸⁸ Hierzu näher oben D II 2 b) (S. 100 f.).

⁸⁹ Canaris, FS Kropholler, 2008, S. 3, 19 f.

⁹⁰ Vgl. zu den Kriterien oben B III 2 f) (S. 64).

⁹¹ Vgl. dazu eingehend Canaris, FS Kropholler, 2008, S. 3, 16 ff.

⁹² Vgl. zur Besonderheiten des Dauerschuldverhältnisses näher Huber, Leistungsstörungen II, 1999, § 46 I 1 (S. 437 ff.); Grigoleit, 2. FS E. Lorenz, 2014, S. 795 ff.

⁹³ Bereits vor der Schuldrechtsreform 2002 war in der Rechtsprechung und Rechtslehre allgemein anerkannt, dass ein Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund gekündigt werden kann, auch wenn dies gesetzlich oder vertraglich nicht vorgesehen ist, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 176 f.

außerordentliche Kündigungsrecht verdrängt in der Regel das bestehende Rücktrittsrecht bei der Beendigung von Dauerschuldverhältnissen.⁹⁴ Danach kann eine Vertragspartei aus wichtigem Grund kündigen, wenn ihr unter Berücksichtigung aller besonderen Umstände des Falles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der vereinbarten Erlöschens- oder Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann (vgl. § 313 Abs. 1 BGB). Dies wird im Allgemeinen nur dann angenommen, wenn die Gründe, auf die sich die Kündigung stützt, im Risikobereich des Kündigungsgegners liegen.⁹⁵

III. Folgen des Rücktritts

Ziel des Rücktritts ist, die Parteien in eine Lage zu versetzen, als der Vertrag nie geschlossen worden wäre.⁹⁶ Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Vertrag durch den Rücktritt beseitigt wird, vielmehr wird das ursprüngliche Vertragsverhältnis zwischen den Parteien in ein *Abwicklungsverhältnis* umgestaltet,⁹⁷ der Vertrag besteht also als Abwicklungsrahmen fort.⁹⁸ Die einschlägigen Abwicklungsvorschriften finden sich in den §§ 346 ff. BGB.⁹⁹

1. Rückgewähr in Natur nach § 346 Abs. 1 BGB

Nach § 346 Abs. 1 BGB ist jede Partei verpflichtet, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben.¹⁰⁰ Zu den herauszugebenden Nutzungen gehören gem. § 100 BGB nicht nur die Früchte i.S.v. § 99 BGB, sondern auch die Gebrauchsvorteile.¹⁰¹ Wenn mit dem erhaltenen Geld also ein Kredit zurückgezahlt wird, so sind die daraus ersparten Schuldzinsen auch herauszugeben.¹⁰² Handelt es sich aber bei der empfangenen Leistung selbst um eine Gewährung des Gebrauches der Sache, so sind die Gebrauchsvorteile nicht deren Nutzungen, sondern die Hauptleistung.¹⁰³ Dazu ist die Verpflichtung nach § 346 Abs. 1 BGB auf die tatsächlich gezogene Nutzungen beschränkt.¹⁰⁴ Für nicht gezogene Nutzungen ist dagegen § 347 Abs. 1 BGB maßgeblich.¹⁰⁵ Ferner besitzt der Rücktritt also nur schuldrechtliche Wirkung, der bestehende dingliche

⁹⁴ BeckOGK BGB/Martens, 1.10.2022, § 314 Rn. 90.

⁹⁵ BGH NJW-RR 2011, 916 Rn. 9.

⁹⁶ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 189; MüKoBGB/Gaier, 2022, § 346 Rn. 1.

⁹⁷ BGHZ 88, 46, 48; Staudinger/Kaiser, 2012, § 346 Rn. 1 ; MüKoBGB/Gaier, 2022, § 346 Rn. 40 ; Jauernig/Stadler, Vor § 346 Rn. 3.

⁹⁸ Vgl. grundlegend Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 150 ff.

⁹⁹ Dabei ist auch zu betrachten, dass die §§ 346 ff. BGB nicht nur auf das vertragliche, sondern auch unmittelbar auf das gesetzliche Rücktrittsrecht Anwendung finden (vgl. § 346 Abs. 1 BGB); im Gegensatz zur früheren Rechtslage hat der Reformgesetzgeber die Rechtsfolgen von beidem *grundsätzlich* einheitlich gestaltet, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 193.

¹⁰⁰ Der Rücktritt, der in erster Linie zum Erlöschen der nicht erfüllten Leistungspflichten führt, wird vom deutschen Gesetzgeber als Selbstverständlichkeit angesehen und ist daher nicht ausdrücklich vorgesehen.

¹⁰¹ Medicus/Lorenz, SchuldR AT, 22/2021, § 47 Rn. 5.

¹⁰² JurisPK-BGB/Faust, 1.2.2020, § 346 Rn. 110.

¹⁰³ Faust, in: Huber/Faust (Hrsg.), SchuldRMod, 2002, Kap. 10 Rn. 55.

¹⁰⁴ MüKoBGB/Gaier, 2022, § 346 Rn. 77.

¹⁰⁵ Grüneberg/Grüneberg, § 346 Rn. 6.

Vermögenszustand wird dadurch unberührt bleiben.¹⁰⁶ Im Übrigen sind die sich daraus ergebende Verpflichtungen nach § 348 BGB Zug um Zug zu erfüllen.¹⁰⁷

2. Der Wertersatz nach § 346 Abs. 2 BGB

Wenn die empfangene Leistung nicht oder nicht im ursprünglichen Zustand zurückgewährt werden kann, ist der Rückgewährschuldner dann nach § 346 Abs. 2 BGB zum Wertersatz verpflichtet.¹⁰⁸ Auf diese Weise werden also alle Fragen der *Gefahrtragung* dem Bereich des Wertersatzes zugeordnet und die §§ 350-353 BGB a.F. durch ein Modell der „Rückabwicklung dem Werte nach“ ersetzt.¹⁰⁹

a) Fallkonstellation nach § 346 Abs. 2 S. 1 BGB

Diesbezüglich hat der deutsche Gesetzgeber in § 346 Abs. 2 S. 1 BGB drei Fälle aufgezählt,¹¹⁰ in denen der Schuldner anstelle der Rückgewähr in natura einen Wertersatz zu leisten hat: So befasst sich § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB zunächst mit der Fallkonstellation, dass der Erlangte ihrer Natur nach nicht zurückgegeben oder herausgegeben werden kann.¹¹¹ Dies betrifft vor allem unkörperliche Leistungen, wie z.B. Gebrauchsüberlassungen, Dienst- und Werkleistungen¹¹² sowie Unterlassungen.¹¹³ Bei den nach § 346 Abs. 1 Hs. 2 BGB empfangenen Nutzungen, insbesondere den Gebrauchsvorteilen, ist der Rückgewährschuldner regelmäßig auch zur Wertersatz verpflichtet.¹¹⁴ Daran schließt sich § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB mit den Fällen an, in denen an der empfangenen Leistungsgegenstand bereits vom Rückgewährschuldner verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet wird. In § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB werden weitere Fallgruppen für die Verschlechterung oder den Untergang des empfangenen Gegenstands hinzugefügt, außer wenn es sich um eine Verschlechterung handelt, die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstanden ist.

b) Vorrang der Rückgewähr in Natur?

Zwar ist in den § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 BGB nicht von der „Unmöglichkeit“ der Rückgewähr in natura die Rede, doch stellt diese ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal für die Verpflichtung zum Wertersatz dar.¹¹⁵ So ist der Rückgabeschuldner in den § 346 Abs. 2

¹⁰⁶ MüKoBGB/Gaier, 2022, § 346 Rn. 31.

¹⁰⁷ Neben der primären Rückgabeverpflichtung aus § 346 Abs. 1 BGB umfasst dies also auch andere Verpflichtungen im Rahmen des Rückgewährverhältnisses, s. dazu MüKoBGB/Gaier, 2022, § 348 Rn. 1.

¹⁰⁸ *Canaris*, in: ders. (Hrsg.), Schuldrechtsreform 2002, 2002, S. XXXVII.

¹⁰⁹ Vgl. dazu näher Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 194 f.; *Lorenz*, SchuldRReform, 2001, S. 329, 342 f.

¹¹⁰ Diese Auflistung ist aber nicht abschließend, s. nur *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, 222021, § 47 Rn. 9.

¹¹¹ Insoweit wird die Regelung des § 346 S. 2 BGB a.F. zu einem allgemeinen Prinzip erweitert, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 195 f.

¹¹² Vgl. z. B. BGH NJW 2010, 2868 Rn. 21.

¹¹³ *Grüneberg/Grüneberg*, § 346 Rn. 8.

¹¹⁴ *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, 222021, § 47 Rn. 10.

¹¹⁵ BGHZ 178, 182, 185 f. (Rn. 16); *Canaris*, in: ders. (Hrsg.), Schuldrechtsreform 2002, 2002, S. XXXVII.

S. 1 Nr. 2 BGB vorgesehenen Fällen, wenn der betroffene Leistungsgegenstand z.B. belastet ist, weiterhin im Rahmen der primären Rückgewährpflicht verpflichtet, diese Belastung zu beseitigen.¹¹⁶ Dies bedeutet jedoch nicht, dass im Falle des § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB der Rückgewährschuldner auch dann zur *Reparatur* des Leistungsgegenstandes verpflichtet ist, wenn dieser beispielsweise zerstört ist.¹¹⁷

c) Höhe des Wertersatzes

Nach § 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB wird der Wertersatz in erster Linie aufgrund der im Vertrag vereinbarten Gegenleistung berechnet. Dahinter steht vor allem der Gedanke, dass sich die aufgetretene Störung allein die Vertragsrückabwicklung, nicht aber auf die von den Parteien privatautonom ausgehandelte Entgeltabrede betreffe.¹¹⁸ Das vereinbarte Verhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung sollte also auch in der Phase der Vertragsabwicklung aufrechterhalten bleiben (sog. Prinzip der Äquivalenzwahrung).¹¹⁹ Dies gilt auch in Fällen, in denen die Gegenleistung nicht in Geld besteht, wie z.B. bei einem Rücktritt wegen Zahlungsverzuges.¹²⁰ Ist der Leistungsgegenstand aber mangelhaft, so ist auch ein entsprechend geminderter Wert zugrunde zu legen: Denn die Gegenleistung kann nur als Ausgangspunkt - und nicht als abschließendes Kriterium - für die Berechnung des Wertersatzes herangezogen werden, wobei eine *mangelfreie* Leistung vorausgesetzt wird.¹²¹ Insoweit sind daher die Vorschriften der §§ 441 Abs. 3, 638 Abs. 3 BGB analog anzuwenden.¹²² Erst wenn im Vertrag eine Vereinbarung zur Bestimmung der Gegenleistung fehlt, ist der objektive Wert der zurückzugewährenden Leistung maßgebend.¹²³

3. *Ausschluss von Wertersatz nach § 346 Abs. 3 BGB*

Nach § 346 Abs. 3 S. 1 BGB entfällt die Pflicht des Rückgewährschuldners in bestimmten Fällen, den in § 346 Abs. 2 BGB vorgesehenen Wertersatz zu leisten.

a) Verarbeitung oder Umgestaltung nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB

§ 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB betrifft diejenigen Fälle, in denen sich der zum Rücktritt berechtigende Mangel erst während oder nach¹²⁴ der Verarbeitung oder Umbildung des

¹¹⁶ BGHZ 178, 182, 189 f. (Rn. 27); a.A. MüKoBGB/Gaier, 2022, § 346 Rn. 99.

¹¹⁷ BGHZ 178, 182, 188 (Rn. 23).

¹¹⁸ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 196.

¹¹⁹ Canaris, in: ders. (Hrsg.), Schuldrechtsreform 2002, 2002, S. XXXIX; ders., FS Wiedemann, 2002, S. 3, 12 ff.; Medicus/Lorenz, SchuldR AT, 22/2021, § 47 Rn. 14.

¹²⁰ BGHZ 178, 355, 360 (Rn. 14); a.A. Canaris, FS Wiedemann, 2002, S. 3, 22 f., 23.

¹²¹ Vgl. Beschluss des Bundesrates. BR-Drs. 338/01, S. 41.

¹²² Vgl. näher Canaris, FS Wiedemann, 2002, S. 3, 19 ff.

¹²³ BGH NJW 2010, 2868 Rn. 26; BGHZ 178, 355, 361 (Rn. 16); Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 196.

¹²⁴ MüKoBGB/Gaier, 2022, § 346 Rn. 113.

Gegenstandes gezeigt hat. Denn wenn der Rückgewährschuldner den Mangel vorher gekannt hätte, hätte er *nicht* mit der Bearbeitung oder Umgestaltung des Gegenstands begonnen.¹²⁵

b) Verantwortlichkeit des Gläubigers und fehlende Kausalität nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB

Wenn der Rückgewährgläubiger die Verschlechterung oder den Untergang des empfangenen Gegenstandes (vgl. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB) zu vertreten hat, oder wenn diese beim ihm gleichfalls eintreten wäre, braucht der Rückgewährschuldner auch kein Wertersatz zu leisten (§ 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB). Bei dem „Vertretenmüssen“ des Rückgewährgläubigers handelt es sich nicht um einen technischen Begriff des Verschuldens, sondern um jede Verantwortlichkeit: Es kommt darauf an, ob die Ursache der Verschlechterung oder des Untergangs aus der Sphäre des Rückgewährgläubigers stammt.¹²⁶ Dies trifft vor allem auf Fälle zu, in denen die Verschlechterung oder der Untergang durch einen zum Rücktritt berechtigenden Mangel bedingt ist,¹²⁷ unabhängig davon, ob der Rückgewährgläubiger den Mangel zu vertreten hat.¹²⁸ Was der zweite Ausnahmetatbestand betrifft, so bezieht sich die Formulierung „wenn der Schaden bei ihm gleichfalls eingetreten wäre“ eindeutig auf den „echten Zufall“.¹²⁹

c) Die Privilegierung des Berechtigten beim gesetzlichen Rücktrittsrecht nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB

aa) Normzweck und Anwendungsbereich

Des Weiteren aber am wichtigsten ist die Regelung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB, wonach der Berechtigte eines gesetzlichen Rücktrittsrechts vom Wertersatz befreit werden kann, wenn er trotz der Verschlechterung bzw. des Untergangs des Gegenstandes bei ihm die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten beobachtet hat. Dabei handelt es sich um eine Privilegierung für den Rücktrittsberechtigten: Er kann also vom Vertrag zurücktreten, ohne Wertersatz leisten zu müssen, was zu einem „Zurückspringen der Gefahr“ auf den Rücktrittsgegner führt.¹³⁰ Der Grund für diese Privilegierung liegt vor allem darin, dass derjenige, der seine Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß erfüllt hat, nicht darauf vertrauen darf, dass der Gefahrübergang auf die andere Partei *endgültig* ist.¹³¹

¹²⁵ Jauernig/Stadler, § 346 Rn. 7a.

¹²⁶ Staudinger/Kaiser, 2012, § 346 Rn. 192; jurisPK-BGB/Faust, 1.2.2020, § 346 Rn. 71.

¹²⁷ Vgl. auch MüKoBGB/Gaier, 2022, § 346 Rn. 116; BeckOK BGB/Schmidt, 1.11.2022, § 346 Rn. 63.

¹²⁸ So Grüneberg/Grüneberg, § 346 Rn. 12 für *Analogie* des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB auf den Fall, in dem der Verkäufer den Mangel des Kaufgegenstandes nicht zu vertreten hat, vgl. Canaris, in: ders. (Hrsg.), Schuldrechtsreform 2002, 2002, S. XL; Wagner, FS U. Huber, 2006, S. 591, 607 f.

¹²⁹ NK-BGB/Hager, § 346 Rn. 54.

¹³⁰ Vgl. zu diesem Gehalt des heutigen § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB Lorenz, NJW 2015, 1725; grundlegend von Caemmerer, FS Larenz, 1973, S. 621 ff.

¹³¹ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 196; Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 188; ablehnend etwa Lorenz, SchuldRRreform, 2001, S. 329, 345 f.; Staudinger/Kaiser, 2012, § 346 Rn. 203 m.w.N.

Im Falle eines vertraglichen Rücktrittsrechts, das dem gesetzlichen Rücktrittsrecht des § 323 BGB nachgebildet ist, etwa durch dessen Konkretisierung oder Modifikation, ist § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB entsprechend anzuwenden, weil es ebenfalls an eine objektive Pflichtverletzung des Rücktrittsgegners anknüpft.¹³² Stützt sich das Rücktrittsrecht hingegen nicht auf eine Pflichtverletzung der anderen Partei, und zwar aufgrund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (vgl. § 313 Abs. 3 BGB), dann ist die Anwendung der Vorschrift in einem solchen Fall im Wege einer teleologischen Reduktion auszuschließen.¹³³

bb) Das Kriterium der eigenüblichen Sorgfalt

Hinsichtlich der Gefahr des zufälligen Untergangs der zurückgegebenen Sachen, die auf den Rücktrittsgegner zurückspringt, führt dies zu ähnlichen Ergebnissen wie die in dem § 350 BGB a.F. vorgesehene Gefahrtragung. Problematisch ist jedoch, dass § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB den Umfang dieser Privilegierung weitgehend auf Fälle ausdehnt, in denen der Rücktrittsberechtigte die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten beobachtet hat.¹³⁴ Dahinter steht vor allem die Überlegung, dass der Rücktrittsberechtigte beim Umgang mit bereits empfangener Leistung nicht gegen die Sorgfalt verstoßen darf, die er in seinen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.¹³⁵ Zugleich sollte der Berechtigte die empfangene Leistung als endgültig betrachten und damit wie sein anderes Vermögen behandeln können, ohne dass die Gefahr einer unverschuldeten finanziellen Belastung droht, die seine Entscheidungsfreiheit bei der Ausübung seines Entlastungsrechts beeinträchtigt könnte.¹³⁶ Bei der Prüfung dieses Sorgfaltsmaßstabs spielt es daher eine entscheidende Rolle, ob der Berechtigte den Rücktrittsgrund kannte oder hätte kennen müssen, denn ab dem Zeitpunkt der Kenntnis oder des Kennenmüssens er die erhaltene Leistung angesichts der Möglichkeit ihrer Rückgewähr nicht als sein eigenes Vermögen betrachten kann.¹³⁷ Die Verletzung dieser Sorgfaltspflicht und ihre Folgen werden dann nach den allgemeinen Bestimmungen zum Schadensersatz behandelt (vgl. die Verweisung in § 346 Abs. 4 BGB).

d) Herausgabe der verbleibenden Bereicherung nach § 346 Abs. 3 S. 2 BGB

Liegen die Voraussetzungen des § 346 Abs. 3 S. 1 BGB vor, so entfällt zwar die Verpflichtung des Rückgewährschuldners zum Wertersatz, er braucht aber die verbleibenden

¹³² MüKoBGB/Gaier, 2022, § 346 Rn. 120 ; Staudinger/Kaiser, 2012, § 346 Rn. 208 ; Canaris, in: ders. (Hrsg.), Schuldrechtsreform 2002, 2002, S. XLV.

¹³³ Vgl. jurisPK-BGB/Faust, 1.2.2020, § 346 Rn. 78 ; Canaris, in: ders. (Hrsg.), Schuldrechtsreform 2002, 2002, S. XLV.

¹³⁴ Dies hat zur Folge, dass der Rücktrittsgegner die Gefahr nicht nur für Zufall trägt, sondern auch diejenige, die durch einfache Fahrlässigkeit der zum Rücktritt berechtigten Partei verursacht wurden, s. dazu Medicus/Lorenz, SchuldR AT, 222021, § 47 Rn. 19.

¹³⁵ MüKoBGB/Gaier, 2022, § 346 Rn. 124.

¹³⁶ Canaris, in: ders. (Hrsg.), Schuldrechtsreform 2002, 2002, S. XLIII.

¹³⁷ Gaier, WM 2002, 1, 11; MüKoBGB/ders., 2022, § 346 Rn. 122.

Bereicherung nach S. 2 herauszugeben. Dabei handelt es sich um die Verweisung auf die in den §§ 818 BGB vorgesehenen Rechtsfolgen.¹³⁸

4. *Nutzungs- und Verwendungsersatz nach § 347 BGB*

a) Ersatz nicht gezogener Nutzungen nach § 347 Abs. 1 BGB

Bei nicht gezogenen Nutzungen ist der Rückgewährschuldner dem Rückgewährgläubiger nach § 347 Abs. 1 S. 1 BGB zum Wertersatz verpflichtet, wenn er diesen hätte einziehen können, dies aber entgegen den „Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft“ nicht gezogen hat. Damit wird das Verschuldensmerkmal, das zuvor durch den Verweis auf § 987 Abs. 2 BGB in § 347 S. 2 BGB a.F. festgelegt war, durch dieses letztgenannte Kriterium ersetzt.¹³⁹ Es kommt dabei nicht mehr darauf an, ob der Schuldner den Rücktrittsgrund kannte oder hätte kennen müssen, sondern allein auf die Einziehungsmöglichkeit der Nutzungen.¹⁴⁰ Maßgeblich ist zunächst, ob die Unterlassung der Einziehung dem „objektiven Maßstabe der vernünftigen Wirtschaftsführung“ widerspricht.¹⁴¹ Ist im Vertrag der bestimmungsgemäße Gebrauch des Leistungsgegenstandes vorgesehen, so ist diese Vereinbarung heranzuziehen,¹⁴² denn der Schuldner ist nur dann zum Ersatz nicht gezogener Nutzungen verpflichtet, wenn dies dem vereinbarten Verwendungszweck entsprechen.¹⁴³ Im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts haftet der Berechtigte nach § 347 Abs. 1 S. 2 BGB aber nur für die Unterlassung der Nutzungserziehung, die der Sorgfalt seiner eigenen Angelegenheiten entgegensteht, wie in § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB vorgesehen.¹⁴⁴

b) Ersatz von Verwendungen und sonstigen Aufwendungen nach § 347 Abs. 2 BGB

Nach § 347 Abs. 2 BGB kann der Rückgewährschuldner im Falle des Rücktritts Ersatz der Aufwendungen oder Verwendungen verlangen, soweit sie notwendig sind oder der andere Teil durch sie bereichert ist. Im Rahmen und auf der Grundlage eines Rückgewährschuldverhältnisses nach § 346 ff. BGB kann diese Vorschrift als abschließende Regelung angesehen werden,¹⁴⁵ d. h. Aufwendungen, die sich allein aus der Rücktrittsfolge ergeben, können nur nach dieser Vorschrift geltend gemacht werden.¹⁴⁶

¹³⁸ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 196.

¹³⁹ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 197.

¹⁴⁰ Krit. *Faust*, in: Huber/*Faust* (Hrsg.), *SchuldRMod*, 2002, Kap. 10 Rn. 60: „überflüssig“.

¹⁴¹ *Staudinger/Kaiser*, 2012, § 347 Rn. 8.

¹⁴² *JurisPK-BGB/Faust*, 1.2.2020, § 347 Rn. 14: „primär die vertragliche Vereinbarung“ ; ihm folgend *MüKoBGB/Gaier*, 2022, § 347 Rn. 6.

¹⁴³ *Staudinger/Kaiser*, 2012, § 347 Rn. 9.

¹⁴⁴ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 197.

¹⁴⁵ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 197.

¹⁴⁶ BGHZ 163, 381, 385.

aa) Verwendungsersatz nach § 347 Abs. 2 S. 1 BGB

Wenn der Rückgewährschuldner den Leistungsgegenstand zurückgibt oder Wertersatz leistet, oder die Verpflichtung zum Wertersatz nach § 346 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 BGB ausgeschlossen ist, so kann er dem Rückgewährgläubiger nach § 347 Abs. 2 S. 1 BGB Ersatz der notwendigen Verwendungen verlangen. Notwendige sind Verwendungen, die zur Erhaltung oder ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Gegenstands erforderlich sind und nicht nur dem besonderen Zweck des Rückgewährschuldners dienen.¹⁴⁷ Auch hier greifen die objektiven Maßstäbe: Maßgeblich ist daher, ob aus Sicht des vorhandenen Zustands des Gegenstands und ihrer Bewirtschaftung dem Rückgewährgläubiger erspart werden, die er sonst zu tragen hätte.¹⁴⁸

In Fällen des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB ist der Rückgewährgläubiger dagegen nicht zum Verwendungsersatz verpflichtet, weil es unbillig wäre, ihn mit notwendigen Verwendungen zu belasten, wenn er bereits das Risiko übernommen hat, weder den ursprüngliche Leistungsgegenstand noch Wertersatz aus Gründen außerhalb seines Risikobereiches zu erhalten.¹⁴⁹

bb) Aufwendungsersatz nach § 347 Abs. 2 S. 2 BGB

Andere Aufwendungen sind nach § 347 Abs. 2 S. 2 BGB nur zu ersetzen, soweit der Rückgewährgläubiger durch sie *bereichert* wird.¹⁵⁰ Demnach kann der Rückgewährgläubiger dem Rückgewährschuldner Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB geltend machen. Er kann auch von der Aufwendungsersatzpflicht nach der aufgedrängten Bereicherung befreit werden, wenn sich der objektive Wert der zurückerhaltenen Leistung zwar durch die Aufwendungen objektiv erhöht hat, aber *subjektiv* für ihn keinen Nutzen hat.¹⁵¹

5. Schadensersatz nach § 346 Abs. 4 BGB

Im Übrigen kann der Gläubiger nach § 346 Abs. 4 BGB bei Verletzung einer in § 346 Abs. 1 BGB vorgesehenen Pflicht Schadensersatz nach §§ 280-283 BGB verlangen. Dementsprechend richtet sich der Schadensersatz wegen Hindernisse bei dem Rückgewährverhältnis ausschließlich - anders als der bisherige § 347 S. 2 BGB a.F. - nach

¹⁴⁷ NK-BGB/Hager, § 347 Rn. 8.

¹⁴⁸ MüKoBGB/Gaier, 2022, § 347 Rn. 20.

¹⁴⁹ Grüneberg/Grüneberg, § 347 Rn. 3 ; NK-BGB/Hager, § 347 Rn. 6 ; Faust, in: Huber/Faust (Hrsg.), SchuldRMod, 2002, Kap. 10 Rn. 68.

¹⁵⁰ Der Hinweis auf die Bereicherung des Gläubigers stellt aber keine Rechtsfolgenverweisung auf das Bereicherungsrecht (§ 818 ff. BGB) dar, sondern dient lediglich dazu, den Aufwendungsanspruch der Höhe nach zu begrenzen, s. dazu MüKoBGB/Gaier, 2022, § 347 Rn. 23 ; jurisPK-BGB/Faust, 1.2.2020, § 347 Rn. 62 ; Staudinger/Kaiser, 2012, § 347 Rn. 58.

¹⁵¹ Medicus/Lorenz, SchuldR AT, ²²2021, § 47 Rn. 30.

den Bestimmungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts.¹⁵² Insoweit hat die Verweisung des § 346 Abs. 4 BGB also nur eine deklaratorische Bedeutung.¹⁵³

Dabei ist für die Beurteilung der jeweiligen Rechtslage zu unterscheiden, ob das Hindernis vor oder nach der Rücktrittserklärung eingetreten ist.¹⁵⁴ Wenn der zurückzugewährende Leistungsgegenstand nach der Rücktrittserklärung des Berechtigten untergeht oder sich verschlechtert, lassen sich §§ 280 ff. BGB ohne weiteres anwenden, denn es handelt sich um eine „normale“ Pflichtverletzung.¹⁵⁵ Tritt der Untergang oder die Verschlechterung des Leistungsgegenstandes dagegen bereits vor der Rücktrittserklärung des Berechtigten ein, dann ist zwischen einem vertraglichen und einem gesetzlichen Rücktrittsrecht zu unterscheiden: Im ersten Fall trifft den Berechtigten bereits eine Sorgfaltspflicht i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB in Bezug auf die zurückzugebende Leistung,¹⁵⁶ deren Verletzung ein Verschulden im technischen Sinne darstellen und dann die Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen kann.¹⁵⁷

Anders verhält es sich aber beim gesetzlichen Rücktrittsrecht, bei dem ferner zu differenzieren ist, ob der Rückgewährschuldner den Rücktrittsgrund kennt oder hätte kennen müssen: Von Kenntnis des Rücktrittsgrundes an trifft ihn der Rückgabe des empfangenen Gegenstandes also eine sogenannte Sorgfaltspflicht,¹⁵⁸ deren Verletzung eine Schadensersatzpflicht nach § 346 Abs. 4 BGB nach sich ziehen kann.¹⁵⁹ In diesem Zusammenhang ist die Privilegierung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB von großer Bedeutung, weil sie ggf. zum Ausschluss der Schadensersatzpflicht des Berechtigten führen kann.¹⁶⁰ Davor kann er sich aber berechtigterweise darauf berufen, dass die erhaltene Leistung endgültig in sein Vermögen übergegangen ist - ihm obliegend dann keine Sorgfaltspflicht in Bezug auf den Gegenstand der erhaltenen Leistung, deren Verletzung eine Haftung nach § 346 Abs. 4 BGB auslösen kann.

¹⁵² Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 196.

¹⁵³ *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, ²²2021, § 47 Rn. 32.

¹⁵⁴ *Canaris*, in: ders. (Hrsg.), Schuldrechtsreform 2002, 2002, S. XLV ff.

¹⁵⁵ *Looschelders*, SchuldR AT, ²⁰2022, § 40 Rn. 35.

¹⁵⁶ Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 195.

¹⁵⁷ *Canaris*, in: ders. (Hrsg.), Schuldrechtsreform 2002, 2002, S. XLVI.

¹⁵⁸ Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 195;

¹⁵⁹ Wohl die h.M., vgl. nur *Canaris*, in: ders. (Hrsg.), Schuldrechtsreform 2002, 2002, S. XLVI ; *MüKoBGB/Gaier*, 2022, § 346 Rn. 128; a.A. *Lorenz/Riehm*, Neues SchuldR, 2002, Rn. 434; *Faust*, JuS 2009, 481, 487 f.: „eine Haftung wegen Schutzpflichtverletzung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.“

¹⁶⁰ So h.M., vgl. nur *Grüneberg/Grüneberg*, § 346 Rn. 18; *Canaris*, in: ders. (Hrsg.), Schuldrechtsreform 2002, 2002, S. XLVII; a.A. *MüKoBGB/Gaier*, 2022, § 346 Rn. 134.

Zweiter Teil Das System des chinesischen Leistungsstörungenrechts

Das chinesische Zivilgesetzbuch (ZGB) wurde am 28. Mai 2020 verabschiedet und trat dann am 1. Januar 2021 in Kraft.¹ Im Bereich des Vertragsrechts hat es sich im Vergleich zum bisherigen Vertragsgesetz (VG) von 1999 weiterentwickelt. Dies bildet den Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung, in der das System des chinesischen Leistungsstörungenrechts dargestellt wird.

¹ Vgl. zur Kodifizierung des ZGB *Bu, Yuanshi*, ZChinR 2017, 183 ff.; *dies.*, in: *dies.* (Hrsg.), Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3 ff.; zur Geschichte der Kodifizierung vor dem ZGB *Liang, Huixing*, NDCJV 2003, 68 ff.; *Li, Hao*, in: Möllers/Li, Hao (Hrsg.), The General Rules of Chinese Civil Law, 2018, S. 17 ff.

A. Einführung in das chinesische Vertragsrecht

I. Rechtsquellen des chinesischen Vertragsrechts

Zu Beginn des zweiten Teils dieser Arbeit ist zunächst eine kurze Erläuterung der Rechtsquellen des chinesischen Vertragsrechts vorzunehmen. Es umfasst also - anders als das deutsche Recht - neben den Gesetzen auch die Auslegungsvorgaben des OVG. Eine wichtige Rolle spielt dabei auch der offizielle Kommentar zum ZGB, der in der Regel das Verständnis des Gesetzgebers für das zu erlassende Gesetz wiedergibt.

1. Justizielle Auslegung des OVG

Im chinesischen Recht gelten als Rechtsquelle auch die juristischen Auslegungen des OVG:¹ Obwohl es in der Theorie noch viele Kontroversen gibt, wird diesen aber in der Praxis allgemein die Qualität des Rechts zugeschrieben.² Sie kann als eine Form der Beteiligung der Gerichte an der Funktionsweise der Rechtsdogmatik betrachtet werden:³ Dies liegt nicht nur am deren Einzelfallcharakter, d. h. der Kontext, in dem gerichtliche Erläuterungen vorgenommen werden, ist häufig eine Reaktion auf bestimmte schwierige Fälle - zumindest im Bereich des Vertragsrechts -, sondern auch an der Zusammenarbeit zwischen Justiz und Jurisprudenz, wobei die Wissenschaftler auch ihre eigene Meinung zu gerichtlichen Auslegungen abgeben können. Seit der Verabschiedung des VG von 1999 hat der OVG bereits eine Reihe wichtiger juristischer Auslegungen zu vertragsrechtlichen Themen erstellt, insbesondere die Erläuterungen des OVG zu einigen Fragen des VG (Teil 1) im Jahr 1999, die Erläuterungen des OVG zu einigen Fragen des VG (Teil 2) im Jahr 2009,⁴ die Anleitungsansicht des OVG zu einigen Fragen der Behandlung von Streitfällen zu zivil- und handelsrechtlichen Verträgen in der gegenwärtigen Situation im Jahr 2009,⁵ sowie die Erläuterungen des OVG zu Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen zu Kaufverträgen im Jahr 2012.⁶

Was die richterliche Auslegung im Rahmen der folgenden Untersuchungen betrifft, so lässt sie sich nach ihrer Auswirkung auf das geltende Recht grundsätzlich in drei Kategorien

¹ So besagt Art. 5 Bestimmungen des OVG über die Justizauslegung (Bestimmungen des OVG): „Vom Obersten Volksgericht erlassene Justizauslegungen haben *Gesetzeswirkung*.“ Übersetzt von *Ahl*, ZChinR 2007, 322; krit. zu dieser Übersetzung aber *Werthwein*, Das Persönlichkeitsrecht im Privatrecht der VR China, 2009, S. 16 : der die Übersetzung des darin enthaltenen Terminus „法律效力“ mit „Gesetzeswirkung“, „Gesetzeskraft“ bzw. „*effect of law*“ für nicht restlos überzeugt hält, mit der Überlegung, dass der Zweck des Art. 5 Bestimmungen des OVG weniger sein dürfte, die Auslegungen mit formellen Gesetzen auf eine Stufe zu stellen, als vielmehr sozusagen im Umkehrschluss die Nichtverbindlichkeit der „Auslegungen“ von nicht zur Auslegung ermächtigten Organen klarzustellen. Zur „Rechtsqualität“ der Justizauslegung des OVG, vgl. näher *Ahl*, ZChinR 2007, 251 ff.; *Pißler*, *RabelsZ* 2016, 372 ff.

² Vgl. *Han*, *Shiyuan*, Chin. L. Rev. 2020, 32, 34.

³ Hierzu auch oben S. 8 Fn. 69.

⁴ Vgl. zur deutschen Fassung *Pißler*, ZChinR 2009, 288 ff.

⁵ Vgl. dazu die Nachweise in S. 132 Fn. 134.

⁶ Vgl. zur deutschen Fassung *Pißler*, ZChinR 2014, 373 ff.

einteilen, nämlich diejenigen, die das geltende Recht präzisieren,⁷ die die allgemeine Lehrmeinung bestätigen - was auf dieser Ebene in der Regel mit einer Rechtsrezeption einhergeht - in Fällen, in denen das Gesetz die betreffende Frage nicht ausdrücklich vorsieht, und diejenigen, die das Produkt der Rechtsfortbildung sind.⁸ Vor der Kodifizierung des ZGB, als der Normenvorrat ungenügend war und dann ein großer Bedarf an ausländischen Rechtsnormen und -theorien bestand, hatte die Erlassung zahlreicher juristischer Auslegungen also positive Auswirkungen: Sie füllten Gesetzeslücken, dienten der Vorbereitung der Gesetzgebung, fungierten ein dynamisches Testfeld für die Lehre, verknüpften die Wechselwirkung zwischen Gesetzgebung und Justiz und boten den Richtern im Vergleich zu abstrakteren Rechtsvorschriften eine grundlegende dogmatische Schulung. Allerdings ist die Notwendigkeit der Verkündung einer Vielzahl von richterlichen Auslegungen nach Inkrafttreten des ZGB in Frage zu stellen: Einerseits wird die Arbeitsteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung aufgebrochen, andererseits sind sowohl die Wissenschaft als auch die Richter selbst zunehmend mit einer normativen Dichte und unnötigen Überforderung konfrontiert.

2. *Der offizielle Kommentar zum ZGB*

Anders als der deutsche Gesetzgeber wird der chinesische Gesetzgeber im Regelfall keine Motive oder Begründungen für seine Gesetzgebung abgeben. Stattdessen werden offizielle Kommentare veröffentlicht, um ein korrektes Verständnis des erlassenen Gesetzes zu fördern. Bei der Untersuchung des chinesischen Vertragsrechts spielt daher der offizielle Kommentar zum ZGB eine wichtige Rolle, der das Verständnis des Gesetzgebers wiedergibt. Allerdings kann dieser nicht als Quelle des chinesischen Vertragsrechts angesehen werden, so dass im Falle einer Diskrepanz zwischen dem Verständnis des Gesetzgebers und dem Wortlaut des Gesetzes⁹ der letztere maßgebend sein sollte.

II. Geschichte der Entwicklung des chinesischen Vertragsrechts

Die Entwicklung des modernen chinesischen Vertragsrechts ging mit der Etablierung des Marktwirtschaftssystems in China einher. Letzteres begann mit der Reform- und Öffnungspolitik Chinas, die ab dem Jahr 1978 durchgeführt wurde.

Das erste Produkt dieses Prozesses war das im Jahr 1981 erlassene Wirtschaftsvertragsgesetz (WVG): Das ist das erste Gesetzeswerk zum Vertragsrecht in der modernen China und basiert auf einer Kombination aus allgemeinen und besonderen Vorschriften, wobei in Kapitel IV speziell die „Haftung für die Verletzung von Wirtschaftsverträgen“ geregelt ist, deren Art. 32-37 allgemeine Bestimmungen sind, die den

⁷ Vgl. z.B. Art. 9 Anleitungsvorsicht des OVG (Typisierung von entgangenem Gewinn) in S. 198 Fn. 150.

⁸ Ein typisches Beispiel hierfür ist Art. 26 Erläuterungen des OVG zum VG II (Änderung der Umstände), s. dazu unten S. 149 Fn. 251.

⁹ Ein Beispiel dafür ist, ob der Gläubiger gem. Art. 563 Abs. 1 Nr. 3 ZGB eine Frist für die nicht erbrachte Leistung setzen muss, hierzu unten E II 3 b) bb) (S. 218).

Grundsatz der Verschuldenshaftung aufstellen und Vertragsverletzungsgeld, Schadensersatz für Vertragsverletzungen sowie die Art der Haftung für die weitere Erfüllung vorsehen.¹⁰ Diese Bestimmungen bewährten sich zwar in der Anfangsphase des Übergangs von der Plan- zur Marktwirtschaft, wurden aber nicht vollständig an die Erfordernisse der (insbesondere wirtschaftlichen) Integration Chinas mit dem Rest der Welt angepasst. Daher entschied der chinesische Gesetzgeber, als Ergänzung zum oben erwähnten WVG das Außenwirtschaftsvertragsgesetz (AWVG) zu erarbeiten. Dieses Gesetz wurde im Jahr 1985 verkündet und trat dann in Kraft: In Kapitel III ist die „Vertragserfüllung und Haftung für Vertragsverletzungen“ geregelt, wonach der Grundsatz der Garantiehafung aufgestellt und erstmals die Regel der Vorhersehbarkeit eingeführt wurde. Aufgrund des Anwendungsbereichs des Gesetzes galten diese Bestimmungen jedoch nicht für Wirtschaftsverträge, die von inländischen Zivilsubjekten abgeschlossen werden. Daher wurde ein duales Haftungssystem aus verschuldensabhängiger Haftung und verschuldensunabhängiger Haftung geschaffen. Mit der Verabschiedung des Gesetzes über technische Verträge (TVG) im Jahr 1987 wurden die Entscheidungen des AWVG-Gesetzgebers in vielen Bestimmungen fortgesetzt, insbesondere der Garantiehafungsgrundsatz, der zum ersten Mal im Bereich der inländischen Verträge - wenn auch nur teilweise, also auf technische Verträge beschränkt - umgesetzt wurde. Vor der Verabschiedung des von 1999 herrschte daher auf dem Festlandchina eine Nebeneinanderstellung der drei vorgenannten Vertragsgesetze, die für unterschiedliche Bereiche oder unterschiedliche Vertragsbeziehungen galten.¹¹ Da die Ausgestaltung des chinesischen Vertragsrechts (entweder das VG oder das Buch „Verträge“ des ZGB) von diesen drei Gesetzen stark beeinflusst wurde, werden sie teilweise in die vorliegende Untersuchung einbezogen.

¹⁰ Han, *Shiyuan*, Chin. Legal Sci. 2007, 170, 177.

¹¹ Vgl. näher *Liang, Huixing*, Chin. Legal Sci. 1995, 9 ff.

B. Die Tatbestände der Vertragsverletzung im chinesischen Recht

I. Die Vertragsverletzung als Oberbegriff nach Art. 577 ZGB

1. Die Grundbegriffe aus Art. 577 ZGB und die zugrundeliegenden gesetzgeberischen Entscheidungen

Ausgangspunkt für die Analyse des chinesischen Leistungsstörungenrechts ist Art. 577 ZGB,¹ wonach eine Partei, die ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht oder nicht vertragsgemäß nachkommt, für Vertragsverletzungen haftet, wie *etwa*² die Erfüllung fortzusetzen, die Abhilfemaßnahmen zu ergreifen oder den Schaden zu ersetzen.³ Daraus ergeben sich zwei Grundbegriffe, nämlich Vertragsverletzung (违约 , wéiyuē) und Haftung für Vertragsverletzungen (违约责任, wéiyuē zérèn). Dieses Begriffspaar tauchte erstmals in Art. 32 Abs. 1 Hs. 1 des WVG von 1981 auf,⁴ demzufolge die Vertragsbrüchige Partei für *Vertragsverletzung* haftet, wenn der Wirtschaftsvertrag aufgrund des *Verschuldens* einer der Parteien *nicht oder nicht vollständig erfüllt werden kann*.⁵ Anschließend folgten das AWVG von 1985⁶ sowie TVG von 1987,⁷ was schließlich in Art. 107 VG⁸ seinen Niederschlag fand. Mit der Festlegung der obigen Grundbegriffe waren drei vom VG-Gesetzgeber getroffene Entscheidungen - die auch den Paradigmenwechsel⁹ verdeutlichen, den das chinesische Leistungsstörungenrecht vollzogen hat - verbunden, nämlich Vertragsverletzung als übergeordnetes Konzept, Erfüllungszwang als Rechtsbehelf bei Vertragsverletzungen sowie

¹ Vgl. auch die Darstellung bei *Schulze*, in: Möllers/Li, Hao (Hrsg.), Der Besondere Teil des neuen chinesischen Zivilgesetzbuches, 2022, S. 155, 181 f.

² Die Offenheit dieser Fassung und die damit einhergehende Besonderheit im Vergleich zum BGB wird besonders bemerkt von *Schulze*, in: Möllers/Li, Hao (Hrsg.), Der Besondere Teil des neuen chinesischen Zivilgesetzbuches, 2022, S. 155, 182.

³ Art. 577 ZGB besagt: „Wenn eine Partei Vertragspflichten nicht erfüllt oder die Erfüllung der Vertragspflichten nicht den Vereinbarungen entspricht, haftet sie für die Vertragsverletzung [in Formen] wie etwa die Erfüllung fortzusetzen, Maßnahmen zur Abhilfe zu ergreifen oder den Schaden zu ersetzen.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 303.

⁴ Art. 32 Abs. 1 Hs. 1 WVG besagt: „Wenn den Wirtschaftsvertrag aufgrund des Verschuldens einer der Parteien nicht oder nicht vollständig erfüllt werden kann, muss die fehlerhafte Partei die Haftung für Vertragsverletzungen tragen.“

⁵ Dieser Tatbestand wird in Art. 35 S. 1 WVG als „Vertragsverletzung“ zusammengefasst, der besagt: „*Verletzt* eine Partei den *Wirtschaftsvertrag*, hat sie der anderen Partei das Vertragsverletzungsgeld zu leisten.“

⁶ Art. 18 Abs. 1 AWVG besagt: „Wenn eine Partei den Vertrag nicht erfüllt oder die Vertragspflichten nicht gemäß den vereinbarten Bedingungen erfüllt, *nämlich den Vertrag verletzt*, hat die andere Partei das Recht, Schadensersatz zu verlangen oder andere angemessene Abhilfemaßnahmen zu ergreifen.“

⁷ Art. 17 Abs. 1 TVG besagt: „Erfüllt eine der Parteien den Technikvertrag nicht oder nicht gemäß den vereinbarten Bedingungen, *nämlich den Vertrag verletzt*, so ist die andere Partei berechtigt, Erfüllung oder Abhilfemaßnahme zu verlangen und Schadensersatz zu fordern.“

⁸ Art. 107 VG besagt: „Wenn eine Partei Vertragspflichten nicht oder nicht gemäß den Vereinbarungen erfüllt, haftet sie wegen der Vertragsverletzung darauf, weiter zu erfüllen, Maßnahmen zur Abhilfe zu ergreifen oder den Schaden zu ersetzen.“ Übersetzt von *Münzel/Zheng*, Chinas Recht 15.3.1999/1 (2000.1) und unter <http://www.chinas-recht.de/vertrag.htm> abrufbar.

⁹ Davor war das Verständnis und die Ausgestaltung des chinesischen Leistungsstörungenrechts - vor allem in der Lehre und in den einschlägigen Entwürfen zum VG - stark durch das BGB von 1900 geprägt.

Garantiehaftung als Zurechnungsprinzip. Durch die Fortführung des Art. 107 VG in Art. 577 ZGB werden diese Grundentscheidungen auch vom ZGB-Gesetzgeber übernommen.¹⁰ Im Folgenden wird zunächst auf die erste Grundsatzentscheidung eingegangen.

a) Vertragsverletzung als Oberbegriff der Leistungsstörung

Im chinesischen Recht gilt der Begriff der Vertragsverletzung als übergeordneter Begriff, der alle Formen von Leistungsstörungen umfassen kann.¹¹ Diese Entscheidung steht in erster Linie im Zusammenhang mit dem Verständnis des chinesischen Gesetzgebers vom BGB 1900,¹² das *seiner Ansicht nach* ursprünglich auf die Regelung der Unmöglichkeit ausgerichtet war, wobei zwischen verschiedenen Arten der Nichterfüllung unterschieden und das Recht auf Schadensersatz und Rücktritt unter Berücksichtigung der verschiedenen Arten von Hindernissen wie Unmöglichkeit, Verzug und unvollständige Erfüllung¹³ gewährt wurde.¹⁴ Eine derartige Abgrenzung zwischen den Ursachen für die Leistungsstörung ist zwar leichter zu verstehen und erleichtert auch die Erarbeitung spezifischer Rechtsbehelfe, birgt jedoch die Gefahr von Rechtslücken und Überschneidungen.¹⁵ Daher wird in Art. 577 ZGB *primär* ein synthetischer Ansatz für die Verletzung vertraglicher Pflichten,¹⁶ wie Nicht- oder Schlechtleistung vorgesehen, ohne zwischen den verschiedenen Arten der Vertragsverletzung *weiter* zu unterscheiden.¹⁷ Erst in den Folgevorschriften zu Art. 577 ZGB, in denen der Gesetzgeber die verschiedenen Folgen der Vertragsverletzung, wie z.B. die Fortsetzung der Erfüllung (Art. 579, 580 ZGB), Abhilfemaßnahmen (Art. 582 ZGB) oder Schadensersatz (Art. 583 ZGB), vorsieht, wird zwischen den oben genannten Arten der Vertragsverletzung *sekundär* unterschieden.

b) In Bezug auf das Verhalten des Schuldners?

Es sei darauf hingewiesen, dass die Vertragsverletzung üblicherweise auch durch das vertragsverletzende *Verhalten* (违约行为, wéiyuē xíngwéi) des Schuldners beschrieben wird.¹⁸ Die beiden Termini werden daher als Synonyme verwendet: Unter Vertragsverletzung

¹⁰ Dies ergibt sich daraus, dass Art. 577 ZGB mit Art. 107 VG inhaltlich identisch ist.

¹¹ So Wang, Hongliang, Chin. Legal Sci. 2007, 85 : Vertragsverletzung = Leistungshindernis; zur Vertragsverletzung als neutrale, vom positiven Recht unabhängige Formel in der deutschen Literatur, vgl. Unberath, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 182.

¹² In der Tat wurde bei der derzeitigen Kodifizierung des Vertragsbuches des ZGB dem BGB nach der Schuldrechtsreform nur wenig Beachtung geschenkt, was sich darin zeigt, dass sehr viele Bestimmungen des VG weitgehend in das ZGB übernommen wurden.

¹³ Genauer gesagt: Gewährleistung, die der BGB-Gesetzgeber für einzelne Vertragstypen vorsieht.

¹⁴ So Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 401.

¹⁵ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 401.

¹⁶ So Schulze, in: Möllers/Li, Hao (Hrsg.), Der Besondere Teil des neuen chinesischen Zivilgesetzbuches, 2022, S. 155, 166.

¹⁷ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 401 f.

¹⁸ Zhu, Guangxin, VertragsR AT II, 2018, S. 696; Xie, Hongfei, Neue Entwicklung der Studie zum VertragsR, 2014, S. 442; Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 477.

verstehen man also nur das vertragsverletzende Verhalten.¹⁹ Dieser Begriff findet sich auch in Art. 563 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 2 ZGB.²⁰ Wenn man strikt der Garantiehaftung folgt, dann geht es in einem solchen Fall nicht um das *Fehlverhalten* des Schuldners,²¹ sondern um die Rechtswidrigkeit der Vertragsverletzung,²² also um eine Frage neben der Zurechnung der Vertragsverletzung.²³ Bei einem Verstoß gegen vertragliche Verpflichtungen kommt es stets darauf an, ob der Verstoß *gerechtfertigt* ist oder nicht.²⁴ Dies ergibt sich jedoch nicht aus den Anforderungen der Rechtsordnung selbst, sondern aus der beabsichtigten Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses.²⁵ So wird das im deutschen Recht geltende Erfordernis der *Durchsetzbarkeit* der Forderung *hier* behandelt.²⁶

c) Vertragsverletzung und Vertretenmüssen

In Art. 577 ZGB werden nicht nur die allgemeinen Tatbestandsmerkmale der Vertragsverletzung definiert, sondern auch die sich daraus ergebende *Haftung* des Schuldners festgelegt. Es erscheint daher konsequent, dass - zumindest bei der Haftung für Schadensersatz wegen Vertragsverletzung - auch die Gründe der Haftungszurechnung genannt werden sollten. Insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass die Streichung des Wortes „Verschulden“ im Vergleich zu ihrer Vorgängervorschrift²⁷ das wichtigste Argument für die Etablierung des Garantiehaftungsprinzip im chinesischen Recht liefert,²⁸ bezieht sich die Vertragsverletzung in Art. 577 ZGB daher nur auf ihren objektiven, erfolgsbezogenen Sinn²⁹ und hat nichts mit der subjektiven Vorwerfbarkeit des Schuldners zu tun.³⁰ Dadurch

¹⁹ So Xie, Hongfei, Neue Entwicklung der Studie zum VertragsR, 2014, S. 442. Dementsprechend ist die sog. höhere Gewalt (oder genauer: Ereignisse höherer Gewalt) von vornherein von der Dimension der Vertragsverletzungstatbestände ausgenommen, weil es sich nicht um das menschliche Verhalten handelt. Das Gleiche gilt auch für die Änderung der Umstände. Diese Vorgehensweise hat - kaum erkannt - zur Folge, dass man sich von den vertraglichen Verpflichtungen wegbewegt und sich direkt auf die Vertragsebene begibt, indem man fragt, wie sich die verschiedenen Hindernisse auf die Bindung des Vertrages auswirken, und dann zu entscheiden, ob und welcher Rechtsbehelf gewährt wird. Dies führt auch dann zu einem Ansatz, der als „Strukturgestaltung des Vertrages“ bezeichnet wird, s. dazu Xie, Gen, Chin. J. L. 2011, 70, 76 ff.

²⁰ Art. 563 Abs. 1 Nr. 4 ZGB besagt: „I. Liegt einer der folgenden Umstände vor, kann eine Partei den Vertrag auflösen: 4. der Verzug einer Partei bei der Erfüllung von Verbindlichkeiten oder *andere Vertragsverletzungen* führen dazu, dass der Vertragszweck nicht realisiert werden kann.“ Übersetzt von Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a., ZChinR 2020, 207, 300. Zur Verwendung des Begriffs des vertragsverletzenden Verhaltens (= Vertragsverletzung) im ZGB, vgl. ferner Cui, Jianyuan, RRL 2022, 18, 22 f.

²¹ Es sei darauf hingewiesen, dass in der Praxis der Ausgangspunkt für die Feststellung der Haftung für Vertragsverletzungen *meist* auf das Fehlverhalten des Schuldners abstellt, was zu einer teilweisen Beibehaltung des Verschuldensprinzips geführt hat, wobei die Garantiehaftung eine Ausnahme darstellt, hierzu auch unten D III 2 b) (S. 191 f.).

²² Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 476; in diesem Sinn auch Unberath, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 323: „Die Nichterfüllung eines Gebots zur Leistung ist ein solches *widerrechtliches* Verhalten.“

²³ Wohl auch Xie, Hongfei, Neue Entwicklung der Studie zum VertragsR, 2014, S. 452.

²⁴ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 476.

²⁵ Ebenso MüKoBGB/Grundmann, 2022, § 276 Rn. 16: „Rechtswidrigkeit muss ... mit Vertragswidrigkeit gleichgesetzt werden.“

²⁶ Hierzu näher unten B I 4 a) cc) (S. 125 f.).

²⁷ Vgl. insbesondere Art. 32 Abs. 1 Hs. 1 WVG (hierzu oben Fn. 4).

²⁸ Hierzu näher unten D III 1 (S. 187 ff.).

²⁹ Vgl. z.B. Entscheidung des Mittleren Volksgerichts von Nanjing, Jiangsu Provinz: (2007) Ning Zhong Nr. 432 (江苏省南京市中级人民法院民事判决书, (2007) 宁终字第432号): In diesem Fall stellte das Gericht fest,

werden nicht nur „nicht entschuldigte“, sondern auch „entschuldigte“ Störungen erfasst.³¹

Die in der chinesischen Literatur oft diskutierte französische Differenzierung zwischen „obligations de résultat“ und „obligations de moyens“³² ist auf die Bestimmung des Art. 577 ZGB nicht anwendbar, weil dies zu einer unzulässigen Einschränkung deren Anwendungsbereiches führen würde. Dies geschieht insbesondere dann, wenn es sich nicht eindeutig feststellen lässt, ob sich die Leistung auf einen Erfolg oder eine Tätigkeit bezieht.³³ Zwar wird die Auffassung vertreten, dass die unvollständige Erfüllung einer Obligation „de moyens“ nicht anhand des Erfolges, sondern nur anhand des Vorgangs³⁴ beurteilt werden kann,³⁵ was zwangsläufig eine Betrachtung des Schuldnerverhaltens mit sich bringt. Doch ist dies ein Missverständnis des Geleisteten bzw. Geschuldeten, denn auch bei einer *verhaltensbezogenen* Leistungspflicht liegt eine Ergebnisorientierung vor, nämlich die *ordnungsgemäße* Erfüllung,³⁶ und das Ausbleiben dieses Ergebnisses - und nicht des Zwecks, den die Parteien mit der Erbringung der Leistungshandlung, die vorher nicht den Inhalt des Vertrages darstellt, anstrebten - reicht aus, um eine Vertragsverletzung zu begründen.³⁷ In diesem Zusammenhang sollten die einschlägigen Verhaltensregeln (z. B. für eine bestimmte Branche) und technischen Standards usw. als Grundlage für deren Beurteilung herangezogen werden.³⁸

dass die Verringerung der Abstände zwischen den Gebäuden durch den Bauunternehmer eine zivilrechtliche Vertragsverletzung darstellte, die zwar auf die Politik der Behörde zurückzuführen war, den Bauunternehmer aber nicht von der Haftung für die Vertragsverletzung befreite.

³⁰ Han, Shiyuan, Das System des LeistungsstörungenR, 2006, S. 6.

³¹ So Entscheidung des OVG: (2004) Zui Gao Fa Min Er Zhong Nr. 125 (最高人民法院民事判决书, (2004) 最高法民二终字第125号): In diesem Fall ging das Gericht davon aus, dass, auch wenn der Verkäufer behauptete, er habe alle *Anstrengungen* unternommen, um sich die ausschließlichen Vertriebsrechte des Käufers zu sichern, sich dies nur auf die Frage bezog, ob ihn ein *Verschulden* an der Vertragsverletzung traf oder nicht, oder auf den Grad des Verschuldens, und nicht die Tatsache negierte, dass er den Vertrag bereits *gebrochen* hatte. Vgl. aber Entscheidung des OVG: (2012) Zui Gao Fa Min Shen Nr. 507 (最高人民法院民事判决书, (2012) 最高法民申字第507号): In diesem Fall hielt das Gericht die *Nichterfüllung* der Verpflichtung der Erschließungsgesellschaft, das vom Feuerwehrdienst geprüfte Mietobjekt an die Handelsgesellschaft zu übergeben, nicht aufgrund höherer Gewalt, sondern *aufgrund der Vertragsverletzung* für begründet und ordnete daher die Auflösung des Vertrages und die doppelte Herausgabe des Festgeldes durch die Erschließungsgesellschaft an die Handelsgesellschaft an.

³² Vgl. z. B. Zhu, Guangxin, VertragsR AT II, 2018, S. 656 ff.

³³ Ebenso Xie, Hongfei, Neue Entwicklung der Studie zum VertragsR, 2014, S. 441.

³⁴ In der japanischen Literatur wird also die Auffassung vertreten, dass es bei einer Obligation „de moyens“ nicht auf den Erfolg der Dienstleistung ankommt, sondern auf die *Substanz* des Vorgangs der Dienstleistungserbringung, d. h. auf das Verhalten des Schuldners zu einem bestimmten Zweck, zitiert bei Han, Shiyuan, Chin. J. L. 2005, 89, 97.

³⁵ So Han, Shiyuan, Chin. J. L. 2005, 89, 97.

³⁶ So auch BGH NJW 2016, 3430 Rn. 8; BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 280 Rn. 16.

³⁷ Vgl. Entscheidung Zheng Xuefeng und Chen Guoqing gegen das Volkskrankenhaus der Jiangsu Provinz (郑雪峰、陈国青诉江苏省人民医院医疗服务合同纠纷案): In diesem Fall stellte das Gericht fest, dass das Krankenhaus bei der Erfüllung des Vertrages über medizinische Dienstleistungen in einer Situation, in der es sich nicht um einen Notfall handelte, den zwischen den Parteien vereinbarten *Behandlungsplan* ohne die Zustimmung des Patienten oder seines Vertreters änderte, was eine Schlechterfüllung der vertraglichen Verpflichtungen i.S.v. Art. 107 VG (= Art. 577 ZGB) darstellt. Abgedruckt in: Amtsblatt des OVG 2004, Nr. 8.

³⁸ Vgl. Entscheidung Fang Jinkai gegen Tongan Krankenhaus (方金凯诉同安医院医疗损害赔偿纠纷案): Die Behandlungsmaßnahmen und -methoden, die der Beklagte nach der Verletzung des Klägers ergriffen hat,

2. *Vertragsverletzung als Verletzung der Vertragspflicht*

Bei einer Vertragsverletzung des Art. 577 ZGB wird vom chinesischen Gesetzgeber zunächst als „Nicht- oder Schlechterfüllung der vertraglichen Verpflichtungen“ definiert, was bedeutet, dass Gegenstand der Verletzung die *Vertragspflicht* ist.³⁹ Mit anderen Worten ist die Vertragsverletzung mit der Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung gleichbedeutend.⁴⁰ Für die Feststellung einer Vertragsverletzung ist daher der Inhalt der konkreten Vertragspflicht maßgeblich. Eine positivrechtliche Grundlage für Vertragsverpflichtungen findet sich in Art. 509 ZGB:⁴¹ Nach Art. 509 Abs. 1 ZGB müssen die Parteien ihre Verpflichtungen in vollem Umfang wie vereinbart *erfüllen*,⁴² was sich vor allem auf die „Leistungspflicht“ (给付义务, jǐfù yìwù) bezieht.⁴³

a) Leistungspflichten und deren Verletzung

aa) Ablauf der Erfüllungsfrist

Bei der Beurteilung der Nichterfüllung von Leistungspflicht nach Art. 577 ZGB geht es zunächst um das Erfordernis des Ablaufs der Erfüllungsfrist.⁴⁴ Im ZGB ist diese Frage in Art. 511 Nr. 4 ZGB geregelt.⁴⁵ Danach kann der Schuldner in Fällen, in denen die Leistungsfrist unklar ist, zu jeder Zeit erfüllen und der Gläubiger kann auch zu jeder Zeit Leistung verlangen, der anderen Seite muss aber die nötige Zeit zur Vorbereitung gegeben werden. Dogmatisch gesehen lassen sich aus der obigen Vorschrift drei Dimensionen der Leistungszeit ableiten, nämlich: der Schuldner kann in diesem Fall jederzeit leisten, was also

entsprechen den medizinischen Standards, und es liegt kein Behandlungsfehler vor. Abgedruckt in: Amtsblatt des OVG 2004, Nr. 2.

³⁹ Das Paradigma, sich von der Vertragsebene wegzubewegen und sich auf die Kategorie der Pflichten zu konzentrieren, indem die verschiedenen Hindernisse analysiert werden, die sich bei der Durchführung des Schuldverhältnisses ergeben, ist stark vom deutschen Recht geprägt. Zur Pflichtendogmatik des deutschen Rechts, vgl. *Schermaier*, GS Mayer-Maly, 2011, S. 409 ff.

⁴⁰ *Han, Shiyuan*, Das System des LeistungsstörungenR, 2006, S. 11.

⁴¹ Art. 509 ZGB besagt: „I. Die Parteien müssen nach der Vereinbarung ihre Pflichten in vollem Umfang erfüllen. II. Die Parteien müssen unter Wahrung des Grundsatzes von Treu und Glauben aufgrund der Natur [und] des Zwecks des Vertrages und der geschäftlichen Gebräuche die Pflichten zu Mitteilungen, zur [gegenseitigen] Unterstützung, zur Geheimhaltung und anderem *erfüllen*. III. Die Parteien müssen im Verlauf der Vertragserfüllung vermeiden, Ressourcen zu verschwenden, die Umwelt zu verschmutzen und die Ökologie zu zerstören.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 290.

⁴² Aus der Regelung des Art. 509 Abs. 2 ZGB (s. Fn. 41) geht jedoch eindeutig hervor, dass sich der Ausdruck „erfüllen“ hier nur auf „einhalten“ bezieht; zur rechtlichen Bedeutung des Ausdrucks „erfüllen“ in Art. 509 ZGB, vgl. auch unten Fn. 61.

⁴³ Hierzu näher unten C I 1 (S. 154).

⁴⁴ Zwar wird dieser Tatbestand vom ZGB-Gesetzgeber in Art. 577 ZGB - im Unterschied etwa zum § 281 BGB - nicht ausdrücklich erwähnt, lässt sich aber aus seinem Verhältnis zu Art. 578 ZGB ableiten, dass Art. 577 ZGB nur für Vertragsverletzungen „nach Ablauf der Erfüllungsfrist“ gilt.

⁴⁵ Nach chinesischem Recht können die Parteien in Fällen, in denen sie zur Qualität, zum Preis oder Entgelt, zum Erfüllungsort oder zu anderen Punkten keine oder keine Vereinbarung getroffen haben oder die betreffende Vereinbarung unklar ist, eine ergänzende Vereinbarung treffen; kommt eine solche Vereinbarung nicht zustande, so ist sie nach den einschlägigen Vertragsklauseln oder nach der Verkehrssitte zu bestimmen (Art. 510 ZGB). Erst wenn auch durch die vorgenannten Mittel (Zusatzvereinbarung, ergänzende Vertragsauslegung) noch Unklarheiten bestehen, so findet die ergänzende Vorschrift des Art. 511 ZGB Anwendung.

die *Erfüllbarkeit* bedeutet; der Gläubiger kann auch jederzeit die Leistung verlangen, was sich auf den Zeitpunkt der *Fälligkeit* bezieht, bei dem die Leistung *sofort* fällig ist; und der anderen Partei sollte die notwendige Vorbereitungszeit eingeräumt werden, die als Zeitpunkt definiert ist, zu dem der Schuldner leisten sollte. Der letztgenannte Zeitpunkt, der im deutschen Recht als *Verzug*⁴⁶ bezeichnet wird, wird in der chinesischen Literatur vor allem als „Erfüllungsfrist“ (履行期, lǔxíng qī) bezeichnet.⁴⁷ Folgt man dieser Begriffsdefinition, so kommt die Nichterfüllung nach Ablauf der Leistungsfrist einem objektiven *Verzug* gleich.⁴⁸ Und bei Fehlen einer vertraglichen festgelegten Leistungsfrist ist der Schuldner auch nicht sofort zur Leistung verpflichtet,⁴⁹ sondern erst dann, wenn er vom Gläubiger dazu aufgefordert wird.⁵⁰ Ein solcher Regelungsansatz, der sich mit einer bloßen Regelung der Leistungszeit begnügt,⁵¹ ohne einen eigenständigen Verzugstatbestand zu schaffen, bringt jedoch im Vergleich zu § 286 Abs. 1 BGB keine Klarheit in die betreffende Rechtslage.⁵²

bb) Ausbleiben der Leistung

Unter Verletzung einer Leistungspflicht versteht man wie dargelegt das Ausbleiben der Leistung bei Ablauf der Erfüllungsfrist: Es kommt also nicht darauf an, ob sie auf dem Verzug,⁵³ der Unmöglichkeit⁵⁴ oder der Erfüllungsverweigerung des Schuldners beruht, sondern nur darauf, ob das Ergebnis der geschuldeten Leistung bereits eingetreten ist.

⁴⁶ Was den Begriff des Verzuges im deutschen Recht betrifft, so wird m.E. mit dieser Form der „Pflichtverletzung“ - vom Verschuldenserfordernis abgesehen, also aus einer rein objektiven Perspektive betrachtet - nur den Zeitpunkt beschreiben, zu dem der Schuldner hätte leisten müssen.

⁴⁷ Unter Erfüllungsfrist versteht man den Zeitpunkt, an dem der Schuldner zu leisten hat, s. dazu *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ³2011, S. 257. Zu beachten ist aber, dass in der 4. Auflage dieses Buches eine Änderung der Formulierung vorgenommen wird: „Die Erfüllungsfrist ist für den Gläubiger die Frist, in der er vom Schuldner die Leistung verlangen kann, für den Schuldner diejenige Frist, in der er seine Schuld zu erfüllen und die geschuldete Leistung zu erbringen hat.“ S. dazu *ders.*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 354. Bei dieser Vorgehensweise werden also die unterschiedlichen Funktionen von Fälligkeit und Verzug verwechselt, und genau wegen des Fehlens einer klaren Abgrenzung in der Terminologie ist die Analyse des Verzugsrechts in China entweder vom Gesetz losgelöst (!) oder unterliegt unterschiedlichen begrifflichen Definitionen, die von verschiedenen Gelehrten vorgenommen wurden und sehr unterschiedliche Bedeutungen haben.

⁴⁸ Hierzu näher unten B I 4 a) aa) (S. 125 f.).

⁴⁹ Haben sich die Parteien beispielsweise im Kapitalübertragungsvertrag in Bezug auf den Zeitpunkt für den Abschluss der Genehmigung der Kapitalübertragung nicht vereinbart, so kann das bloße Versäumnis, die Genehmigung zu beantragen, nicht als Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtungen angesehen werden, s. dazu Entscheidung des Oberen Volksgerichts der Shaanxi Provinz: (2016) Shan Min Zhong Nr. 298 (陕西省高级人民法院民事判决书, (2016) 陕民终298号).

⁵⁰ Den Verzug tritt auch nicht „sofort“, weil der Gläubiger gehalten ist, dem Schuldner die nötige Zeit zur Vorbereitung der Leistung zu geben.

⁵¹ So der Ansatz der Rechtsvereinheitlichungswerke, vgl. *Harke*, Schuldnerverzug, 2006, S. 139.

⁵² Hierzu näher unten B I 4 a) aa) (S. 125 f.).

⁵³ Hierzu näher unten B I 4 (S. 124 ff.).

⁵⁴ Hierzu näher unten C II (S. 165 ff.).

b) Verletzung von Nebenpflichten⁵⁵

Im Laufe der Entwicklung des Schuldenverhältnisses sind je *nach den Umständen* neben den unmittelbar auf das Leistungsergebnis ausgerichteten Leistungspflichten auch weitere Pflichten gegenüber dem Schuldner anzuerkennen, die in der chinesischen Literatur allgemein als „Nebenpflichten“ (附随义务, fùsuí yìwù)⁵⁶ bezeichnet werden.⁵⁷ Ein Verstoß gegen diese Nebenpflichten stellt ebenfalls eine Vertragsverletzung dar und kann zu einer entsprechenden Haftung wegen Vertragsverletzung führen.⁵⁸ Zu den „Nebenpflichten im weiteren Sinne“ zählen sowohl die Aufklärungs-, Informations-, Schutz- und Geheimhaltungspflichten während des Kontakts, der Vorbereitung oder der Verhandlung zwischen den Parteien im Hinblick auf den Vertragsabschluss, d. h. vorvertragliche Pflichten (Art. 500 ZGB),⁵⁹ als auch die Pflichten, die nach Beendigung des Vertrages und nach Erreichen des Leistungsergebnisses weiterhin bestehen, um dieses Ergebnis aufrechtzuerhalten, also nachvertragliche Pflichten (Art. 558 ZGB).⁶⁰ Die Informations-, Mitwirkungs- und Geheimhaltungspflichten usw., die zur Vorbereitung der Erreichung des Leistungsergebnisses dienen, werden dagegen als „Nebenpflichten im engeren Sinne“ definiert (Art. 509 Abs. 2 ZGB⁶¹).⁶² Sie beschränken sich nur auf die Vertragserfüllungsphase, die durch das Bestehen des Leistungsverhältnisses als Voraussetzung gekennzeichnet ist.⁶³ Gemeinsam ist aber, dass sie alle auf dem Grundsatz von Treu und Glauben beruhen⁶⁴ und nach Art und Zweck des Vertrages und den Gepflogenheiten des Geschäfts konkret festgelegt sind, es handelt sich daher um sogenannte gesetzliche Verpflichtungen.⁶⁵

⁵⁵ Vgl. zur dogmatischen Darstellung der im chinesischen Recht verankerten Nebenpflichten am Beispiel des Kaufrechts ausf. *Wang, Nijie*, Vertragliche Nebenpflichten im Kaufrecht, 2020.

⁵⁶ Die Gebräuchlichkeit dieses Begriffs begann also nicht mit der Verwendung des chinesischen Gesetzgebers, sondern erschien zuerst in der offiziellen Kommentierung zum Art. 60 Abs. 2 VG, s. dazu *Hu, Kangsheng* (Hrsg.), Kommentar zum VG, ³2013, S. 123.

⁵⁷ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 342.

⁵⁸ *Han, Shiyuan*, Das System des LeistungsstörungenR, 2006, S. 6.

⁵⁹ Zu dieser Problematik, vgl. oben S. 3 Fn. 32 und dazu monographisch *Chi, Ying*, Verschulden bei Vertragsverhandlungen im chinesischen Recht, 2005.

⁶⁰ Art. 558 ZGB besagt: „Nach der Beendigung der Forderungen [und] Verbindlichkeiten müssen die Parteien unter Wahrung des Grundsatzes von Treu und Glauben und anderer Grundsätze [und] aufgrund der geschäftlichen Gebräuche [ihre] Pflichten *erfüllen*, wie diejenigen zu Mitteilungen, zu gegenseitiger Unterstützung, zur Geheimhaltung und zum Recycling gebrauchter Sachen.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 299.

⁶¹ Zu Art. 509 Abs. 2 ZGB, vgl. oben Fn. 41. Der Ausdruck „erfüllen“ wird hier nicht in dem Sinne verstanden, dass diese Verpflichtungen von der Partei eingeklagt werden können, sondern eher im untechnischen Sinne von „Einhaltung“; im Gegensatz dazu wird „Erfüllung“, bei dem es sich um eine Art des Erlöschens einer Forderung handelt, im Chinesischen gemeinhin als „Befriedigung bzw. Tilgung“ (清償, qīngcháng) bezeichnet. Was die einklagbare Rechtsposition anbelangt (die dem Forderungsrecht entspricht), so hat der chinesische Gesetzgeber in Art. 118 Abs. 2 ZGB zum Ausdruck gebracht, dass der Gläubiger den Schuldner „*verlangen*“ (請求, qǐngqiú) kann, eine bestimmte Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen, was dem deutschen schuldrechtlichen „Anspruchskonzept“ (請求权, qǐngqiú quán) nach § 241 Abs. 1 BGB entspricht.

⁶² *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 342.

⁶³ Vgl. in dieser Richtung auch *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 342.

⁶⁴ S. auch *Li, Yunyang*, Rücksichtnahmepflichten und Haftung für deren Verletzung im chinesischen und deutschen Recht, 2019, S. 252.

⁶⁵ *Wang, Nijie*, Vertragliche Nebenpflichten im Kaufrecht, 2020, S. 170: „unvereinbarte Pflichten“.

Fraglich ist nur, ob die sich daraus ergebende Haftung auf Art. 577 ZGB gestützt werden kann: Betrachtet man diese Norm also unter dem Gesichtspunkt der *Anspruchsgrundlage*, so kann sie als eine *umfassende* Schadensersatzvorschrift verstanden werden, die dann funktional dem § 280 Abs. 1 BGB gleichkommt.⁶⁶ Nimmt man jedoch das *Ausschlussverhältnis* zwischen dem nach dieser Vorschrift geltend gemachten Schadensersatz und der Weiter-Erfüllung⁶⁷ *ernst*, so sollte dies sich lediglich auf den Ausgleich des Leistungsinteresses beschränken, also dem Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 281-283, 311a Abs. 2 BGB ähneln.⁶⁸ Zudem kommt es ferner auf die Funktion der jeweiligen Nebenpflicht an: Bei der Verletzung einer Nebenpflicht mit *Schutzfunktion* handelt es sich regelmäßig um die Verletzung des *Integritätsinteresses* des Gläubigers,⁶⁹ die einen Anspruch begründet, der neben dem Erfüllungsanspruch geltend gemacht werden kann, so dass Art. 583 ZGB Anwendung findet.⁷⁰ Anders verhält es sich bei der Verletzung einer Nebenpflicht mit leistungsergänzender Funktion, die - da sie dazu dient, das Leistungsinteresse des Gläubigers weitestgehend zu befriedigen - in der Regel als Verletzung der Leistungspflicht zu qualifizieren ist und dann nach Art. 577 ZGB verlangt werden kann.⁷¹

3. Unmöglichkeit als Vertragsverletzung?

In Bezug auf die Vertragsverletzung bezieht sich Art. 577 ZGB ferner auf zwei Fälle, nämlich die Nichtleistung und die nicht vertragsgemäße Leistung. Bei der Nichterfüllung wird neben dem einfachen Leistungsverzug auch die sogenannte Unmöglichkeit erfasst.⁷² Dazu zählt auch die subjektive Unmöglichkeit.⁷³ Anders als in der deutschen Schuldrechtsreformliteratur, wo es viele Kontroversen darüber gab, ob und wie eine Unmöglichkeit eine Pflichtverletzung begründen kann, geht die chinesische Literatur aber auf diese Frage kaum ein. Im Gegenteil, die Bestimmungen über die Unmöglichkeit befassen sich hauptsächlich mit den Grenzen des Weiter-Erfüllungsanspruches (Art. 580 Abs. 1 ZGB)⁷⁴ und der etwaigen Befreiungsmöglichkeiten⁷⁵ (Art. 590 ZGB).⁷⁶ Maßgeblich ist nur, dass die Leistung am

⁶⁶ In dieser Richtung, vgl. z. B. die Entscheidung in S. 185 Fn. 48.

⁶⁷ Vgl. zu diesem Begriff näher unten C I 3 (S. 157 ff.).

⁶⁸ Da es jedoch keine tatbestandliche Abgrenzung zwischen den Art. 577 und 583 ZGB gibt, ist eine solche Typisierung als rein theoretische Klarstellung nur von begrenztem Nutzen, vgl. auch unten D II 1 b) (S. 183 f.).

⁶⁹ Hierzu näher unten D II 2 b) (S. 185 f.).

⁷⁰ So i.E. auch *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 554.

⁷¹ Ebenso *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 555.

⁷² Vgl. z. B. Entscheidung des Mittleren Volksgerichts von Zhongshan, Guangdong Provinz: (2014) Zhong Zhong Fa Min Yi Zhong Nr. 93 (广东省中山市中级人民法院民事判决书, (2014) 中中法民一终字第93号): In diesem Fall vertrat das Gericht die Auffassung, dass die erfolglose Übertragung des fraglichen Grundstücks zwar keine aktive Vertragsverletzung durch den Veräußerer darstellte, dass aber sein *Unvermögen*, den Erwerber bei der Übertragung des Landnutzungsrechts zu unterstützen, ebenfalls eine Vertragsverletzung darstellte, so dass er dem Erwerber gegenüber für die Vertragsverletzung gemäß dem Vertrag haftbar sein sollte.

⁷³ Vgl. die Entscheidung in S. 168 Fn. 114.

⁷⁴ Hierzu näher unten C II (S. 166 ff.).

⁷⁵ In der Rechtsprechung wird die Befreiungsfunktion der Unmöglichkeit auch unter der Kategorie der nachträglichen, nicht von der Partei zu vertretenden Unmöglichkeit diskutiert, s. dazu Entscheidung des Mittleren Volksgerichts von Xiamen, Fujian Provinz: (2012) Xia Min Zhong Nr. 3202 (福建省厦门市中级人民

Ablauf der Erfüllungsfrist noch nicht erfolgt, sei es die zur Leistung erforderliche Handlung nicht vorgenommen wird, sei es das im Vertrag vorgesehene Ergebnis noch nicht eintritt. Für die Feststellung einer Vertragsverletzung ist daher unerheblich, ob die Leistung noch erbracht werden kann.

4. *Leistungsverzug als eigene Vertragsverletzung?*

Auch der bloße Leistungsverzug wird von Art. 577 ZGB erfasst.⁷⁷ Dabei geht es um den Fall, dass der Schuldner zwar in der Lage ist, die geschuldete Leistung zu erbringen, aber nicht vor Ablauf der Erfüllungsfrist leistet.⁷⁸ Zu beachten ist aber, dass in der Literatur zwar vielfach versucht wird, die deutschrechtliche Ausgestaltung über den *Verzug* des Schuldners in das chinesische Recht zu übertragen, dass sie aber nicht identisch mit dieser ist.⁷⁹ Da es im ZGB vor allem⁸⁰ zwei Bestimmungen gibt, die sich ausdrücklich auf „Erfüllungsverzug“ beziehen, nämlich Art. 563 Abs. 1 Nr. 3, 4 ZGB und Art. 590 Abs. 2 ZGB, werden im Folgenden zunächst diese Bestimmungen herangezogen, um die Bedeutung und Funktion der verspäteten Erfüllung im chinesischen Recht zu untersuchen und zu erörtern, ob sie als eigenständiges Leistungshindernis benötigt wird.

Was die Regelung des Leistungsverzuges in Art. 563 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 ZGB betrifft, so geht es in erster Linie um ihr Verhältnis zur Aufhebung des Vertrages:⁸¹ Hier wird der Verzug bei der Hauptleistung als eines der Tatbestandsmerkmale des gesetzlichen Vertragsaufhebungsrechts konstruiert. Seine Bedeutung auf der Ebene der Vertragsverletzung besteht lediglich darin, dass dem Gläubiger durch die Nachfristsetzung das *Recht* eingeräumt wird, vom Vertrag Abstand zu nehmen, ohne dass er zusätzlich beweisen muss, dass „der Vertragszweck dadurch nicht erfüllt werden kann“.⁸² Hingegen ist der Leistungsverzug in Art. 590 Abs. 2 ZGB⁸³ noch entscheidender, da es hier um die verschärfte Haftung bei

法院民事判决书, (2012) 厦民终字第 3202 号): In diesem Fall stellte das Gericht fest, dass der Vertrag aufgehoben wurde, weil der Vertragszweck aufgrund der Einführung von Verwaltungsvorschriften nach Vertragsabschluss nicht erreicht werden konnte, was keine subjektive Vertragsverletzung des Klägers darstellte, sondern *eine nachträgliche, nicht zu vertretende objektive Unmöglichkeit*, für die keine der beiden Parteien für die Nichterfüllung des Vertrages verantwortlich war.

⁷⁶ Hierzu näher unten D III 3 b) (S. 193 f.).

⁷⁷ Es sei darauf zunächst hingewiesen, dass in chinesischen Lehrbüchern zum Vertragsrecht „Verzögerung der Leistung“ (oder verspätete Erfüllung) und „Erfüllungsverzug“ (oder „Verzug des Schuldners“) oft gleichbedeutend behandelt, vgl. *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 535: mit Hinweis auf das deutsche Wort „Verzögerung der Leistung“ einerseits und *Wang, Liming*, VertragsR II, ³2015, S. 473 : mit Hinweis auf „Schuldnerverzug“ andererseits. Abgesehen von der unterschiedlichen deutschen Terminologie, mit der sie beschrieben werden, befassen sich die beiden Autoren also mit demselben Thema.

⁷⁸ *Cui, Jianyuan*, VertragsR, ⁴2021, S. 359.

⁷⁹ Dies liegt vor allem daran, dass der *Bedeutungsunterschied* zwischen den deutschen Wörtern für Verzug und Verzögerung der Leistung in der chinesischen Literatur nicht genau wiedergegeben oder bewusst behandelt wird, s. auch *Qi, Xiaokun*, Eine vergleichende Studie zum neuen und alten deutschen SchuldR, 2006, S. 94.

⁸⁰ Daneben gibt es noch Art. 585 Abs. 3 ZGB, der besagt: „Haben die Parteien eine Vertragsstrafe für *verzögerte Erfüllung* vereinbart, muss die vertragsverletzende Seite nach Zahlung der Vertragsstrafe noch die Verbindlichkeit erfüllen.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 304.

⁸¹ Hierzu näher unten E II 3 (S. 218 ff.) und E II 4 a) (S. 220 f.).

⁸² Hierzu näher unten E II 3 b) (S. 219 f.).

⁸³ Eine vergleichbare Regelung im deutschen Recht findet sich auch in § 287 S. 2 BGB.

Erfüllungsverzug geht. Demnach ist die Partei nicht von der Haftung für höhere Gewalt befreit, die nach dem Erfüllungsverzug eintritt.⁸⁴ Dies verleiht der Feststellung des Leistungsverzuges eine entscheidende Bedeutung, die nicht nur eine eigene Form der Vertragsverletzung darstellt, sondern auch die Funktion der Risikoverteilung in sich trägt. Dementsprechend wird die Haftungsbefreiung durch höhere Gewalt auch in zwei Phasen unterteilt: Es macht einen Unterschied, ob sie vor oder nach dem Verzug des Schuldners eintritt. Ob der Verzug selbst ein Tatbestandsmerkmal der Zurechenbarkeit vorausgesetzt wird, lässt sich dagegen nicht feststellen. Dies macht es in diesem Zusammenhang erforderlich, neben der Vertragsverletzung eine gesonderte Konstruktion für den Verzug zu entwickeln.

a) Tatbestände des Leistungsverzuges

Im ZGB gibt es aber keine mit dem § 286 BGB vergleichbare Vorschrift darüber, was einen Leistungsverzug begründen kann. In der Literatur wird dabei weitgehend davon ausgegangen, dass die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein müssen, nämlich das Bestehen eines „gültigen“ Schuldverhältnisses, die Möglichkeit der Leistung, Nichtleistung durch den Schuldner nach Ablauf der Erfüllungsfrist und ohne triftigen Grund.⁸⁵ Die ersten drei Voraussetzungen können daher als „das Bestehen einer Forderung und deren Nichterfüllung“ zusammengefasst werden, nämlich die objektiven Tatbestände. Das letztgenannte Tatbestand stellt hingegen ein subjektives Erfordernis für den Verzug dar, wonach sich nach allgemeiner Auffassung nach der *Durchsetzbarkeit* der Forderung richtet,⁸⁶ also danach, ob dem Schuldner ein entsprechendes Leistungsverweigerungsrecht gegenüber der Forderung des Gläubigers zusteht.

aa) Ablauf der Erfüllungsfrist?

Die Schwierigkeiten beginnen schon bei der Frage nach der Beurteilung des Ablaufs der Erfüllungsfrist: Haben die Parteien eine bestimmte oder bestimmbare Erfüllungsfrist vereinbart, so ist dies unproblematisch, weil die bloße Verzögerung der Leistung ausreicht, um den Verzug zu begründen.⁸⁷ Haben die Parteien aber keine Leistungsfrist festgelegt oder ist die Leistungsfrist unklar, so ist es fraglich, wann die Leistungsfrist verstrichen ist. In diesem Fall kann der Schuldner gemäß Art. 510 Nr. 4 ZGB also jederzeit leisten und der Gläubiger kann auch jederzeit die Leistung verlangen, aber der anderen Partei (nämlich dem Schuldner) muss die erforderliche Vorbereitungszeit eingeräumt werden.⁸⁸

⁸⁴ Hierzu näher unten B I 4 b) cc) (S. 127 f.).

⁸⁵ Han, Shiyuan, J. Tshinghua U. 2002, 45 ff.

⁸⁶ So Zhao, Wenjie, Jur. Rev. 2019, 175, 184.

⁸⁷ Was auch der Regelung des § 286 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB entsprechend.

⁸⁸ Hierzu oben B I 2 a) aa) (S. 120 f.).

Diese Aufforderung des Gläubigers an dem Schuldner, die geschuldete Leistung zu erbringen, wird also auch als „Mahnung“ verstanden.⁸⁹ Die dogmatische Stellung der notwendigen Vorbereitungszeit ist aber zweifelhaft: Wenn man davon ausgeht, dass die Leistung sofort fällig ist, und erst nach Ablauf der notwendigen Vorbereitungszeit ein Verzug eintritt,⁹⁰ dann stellt dieser eine eigene Rechtsfigur im chinesischen Recht dar; wenn man aber darunter versteht, dass diese notwendige Vorbereitungszeit eine Voraussetzung für die „Fälligkeit“ der Leistung ist,⁹¹ dann wird die Sinne des Verzuges bereits durch den chinesischen Begriff „Fälligkeit“ absorbiert. Zur Abgrenzung vom deutschen Begriff „Fälligkeit“ wird hier stattdessen der Terminus „Ablauf der Leistungsfrist“ verwendet. Da sowohl in Art. 578 ZGB als auch in Art. 563 Abs. 1 Nr. 2 ZGB diese Formulierung als Voraussetzung für die Auslösung des Rechtsbehelfs wegen Vertragsverletzung zugrunde gelegt wird, stützt sich das letztgenannte Verständnis eher auf das Gesetz.

bb) Nichtleistung

Daneben muss der Schuldner die Leistung vor Ablauf der Erfüllungsfrist noch nicht erbringen.⁹² Unter Nichtleistung versteht man im Allgemeinen die Nichterbringung der Leistungshandlung; bei einer Aliud-Leistung gilt grundsätzlich die Regelung der mangelhaften Erfüllung, es sei denn, der Gläubiger hat Grund, diese nicht als Erfüllung anzuerkennen.⁹³

cc) Ohne triftige Gründe

Im Übrigen wird in der Literatur auch die Auffassung vertreten, dass für die Verzögerung der Leistung keine *Rechtfertigungsgrund* seitens des Schuldners vorliegen darf, d. h. der Verzug muss *rechtswidrig* sein.⁹⁴ Dies wird in der Regel durch die Verzögerung der Leistung selbst indiziert,⁹⁵ so dass die Beweislast dafür dem Schuldner auferlegt werden muss. Zu diesen Rechtfertigungsgründe gehören also nicht die Fälle vorübergehender Unmöglichkeit aufgrund höherer Gewalt,⁹⁶ sondern bezieht sich nur auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages,⁹⁷

⁸⁹ Hierzu näher unten E II 3 b) aa) (S. 218 f.).

⁹⁰ Im deutschen Recht hingegen gibt es grundsätzlich keine sogenannte Prüfungsfrist zwischen Mahnung und Verzugsbeginn, hierzu oben A I 3 a) ee) (S. 21); ein solcher zeitlicher Bedarf des Schuldners lässt sich aber aus dem Verschuldenserfordernis des § 286 Abs. 4 BGB herleiten, vgl. *Leuschner*, AcP 207 (2007), 64, 79 ff. Da es im chinesischen Recht keine allgemeine Parallelvorschrift zu § 286 Abs. 4 BGB gibt, ist eine separate Regelung für die notwendige Vorbereitungszeit notwendig, wenn man strikt der Garantiehafung folgt.

⁹¹ Zu beachten ist aber, dass das Merkmal „sofort“ in § 271 Abs. 1 BGB objektiv zu verstehen ist, so dass die Fälligkeit nach deutschem Recht nicht von der Überlegungs- oder Vorbereitungsfrist des Schuldners abhängt, vgl. *MüKoBGB/Krüger*, 2022, § 271 Rn. 33.

⁹² Wird dagegen eine mangelhafte Sache vor Ablauf der Erfüllungsfrist geliefert, aber rechtzeitig entdeckt und vom Verkäufer behoben, haftet er auch nicht für diese Vertragsverletzung, s. die Entscheidung in S. 146 Fn. 230.

⁹³ *Zhao, Wenjie*, Jur. Rev. 2019, 175, 184.

⁹⁴ *Han, Shiyuan*, J. Tshinghua U. 2002, 45, 48.

⁹⁵ Eine solche Verzögerung wird bereits als rechtswidrig angesehen, s. dazu *Han, Shiyuan*, J. Tshinghua U. 2002, 45, 48.

⁹⁶ Daher kommt es nach chinesischem Recht auch dann zu einem Leistungsverzug, wenn sich die Leistung aus Gründen verzögert, die *nicht* vom Schuldner zu vertreten sind, s. dazu *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 540 f.

deren Vorliegen an sich⁹⁸ schon die Verzögerung des Schuldners *rechtfertigt* und somit den Verzug ausschließt.⁹⁹

b) Rechtsfolgen des Leistungsverzuges

aa) Ersatz für Verzugsschaden

Kommt der Schuldner mit der Leistung in Verzug, so kann der Gläubiger den sich daraus ergebenden Schaden verlangen, sofern keine entlastenden Umstände vorliegen (vgl. Art. 584 ZGB). Dazu gehören auch der Verzugsschaden, für den das ZGB in Art. 583 eine positive Rechtsgrundlage schafft.¹⁰⁰ Die dort verwendete Formulierung „Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen“ bezieht sich also vor allem auf den Verzug, und „wenn nach der Erfüllung von Verpflichtungen oder der Ergreifung von Abhilfemaßnahmen die andere Partei noch weiteren Schaden hat“, betrifft in diesem Fall den Verzugsschaden.¹⁰¹

bb) Verzugszins bei Geldschulden

Im ZGB gibt es zwar keine dem § 288 BGB vergleichbare allgemeine Regelung für Verzugszinsen und Verzugsschaden bei Geldschulden.¹⁰² Trotzdem wird die „Verzugszinsen“ bei Geldschulden ebenfalls als typische Form des Verzugsschadens angesehen, mit der Besonderheit, dass der Gläubiger den Schaden sowie die Kausalität nicht beweisen muss, wobei es sich um eine gesetzliche Mindestentschädigung handelt.¹⁰³

cc) Zufallshaftung nach Art. 590 Abs. 2 ZGB

Nach Art. 590 Abs. 2 ZGB kann eine Partei nicht von ihrer Haftung für eine Vertragsverletzung befreit werden, wenn höhere Gewalt nach dem „Verzug der Erfüllung“ eintritt. Dabei handelt es sich um die sog. verschärfte Haftung des Schuldners beim Leistungsverzug.¹⁰⁴ Dahinter steht vor allem die Erwägung, dass, wenn der Schuldner die Erfüllung nicht verzögert hätte, das Eintreten höherer Gewalt nicht zur Unmöglichkeit der Leistung und damit zu dem Gläubiger entstandenen Schaden führen würde, so dass ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Verzug des Schuldners und dem Gläubiger entstandenen Schaden besteht, was zur Folge hat, dass der Schuldner auch für höhere Gewalt

⁹⁷ Zu beachten ist dabei, dass das ZGB im Vertragsbuch keine dem § 273 BGB vergleichbare Vorschrift über das sogenannte „allgemeine Zurückbehaltungsrecht“ enthält.

⁹⁸ Was die Einrede des Zurückbehaltungsrechts betrifft, so wird sie in der chinesischen Literatur mangels positivrechtlicher Grundlage kaum diskutiert, doch scheint es vorzuziehen, sich auf den Kenntnisbedarf des Gläubigers zu besinnen, und die Geltendmachung dieser Einrede zu fordern, um den Verzug zu verhindern.

⁹⁹ Han, *Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 540.

¹⁰⁰ Vgl. auch Han, *Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 544.

¹⁰¹ Vgl. näher unten D II 2 a) (S. 185 f.).

¹⁰² Für Darlehensverträge sieht das ZGB in Art. 676 vor: „Zahlt der Darlehensnehmer das Darlehen nicht zur vereinbarten Frist zurück, muss er nach den Vereinbarungen oder den einschlägigen staatlichen Bestimmungen *Verzugszinsen* zahlen.“ Übersetzt von Ding, *Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 318.

¹⁰³ Han, *Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 544.

¹⁰⁴ Sie beruht auch auf dem Grundsatz des römischen Rechts „*mora debitoris perpetua obligatio fit*“ (Verzug des Schuldners verewigt die Verbindlichkeit, s. dazu Han, *Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 548).

haftet.¹⁰⁵ Konsequenterweise ist der Schuldner also von der Haftung zu entlassen, wenn er nachweisen kann, ein Schaden wäre auch dann eingetreten, wenn er auch nicht in Verzug geraten wäre.¹⁰⁶

dd) Preissanktionsmechanismus nach Art. 513 ZGB

Schließlich löst der Leistungsverzug im chinesischen Recht auch den sog. Preissanktionsmechanismus aus, wie dies in Art. 513 ZGB vorgesehen ist. Danach wird im Falle eines von der Regierung imperativ bestimmten oder geleiteten Preises, und wenn dieser Preis innerhalb der vertraglich vereinbarten Lieferfrist angepasst wird, nach dem Preis im Zeitpunkt der Übergabe berechnet; sind die Parteien jedoch mit der Lieferung des Gegenstands in Verzug, und ist der Preis inzwischen gestiegen, gilt der ursprüngliche Preis, und ist er gesunken, gilt der neue Preis. Dasselbe gilt für die verspätete Abholung des Gegenstands oder den Zahlungsverzug.

c) Beendigung des Verzuges

Die Beendigung des Leistungsverzuges ist im ZGB nicht ausdrücklich vorgesehen. In der Literatur wird dabei allgemein angenommen, dass der Verzug beendet wird, wenn z.B. der Gläubiger die Mahnung zurücknimmt oder auf die sich aus dem Verzug ergebenden Rechte verzichtet, der Schuldner den Verzugsschaden und die Leistung entsprechend dem Schuldzweck später erbringt, der Schuldner mit seiner Forderung gegenüber dem Gläubiger aufrechnet, die Forderung des Gläubigers aufgrund der Geltendmachung einer Einrede seitens des Schuldners nicht voll wirksam wird, oder die Leistung endgültig unmöglich geworden ist.¹⁰⁷ Außerdem berührt die Beendigung des Verzuges nicht das Recht des Gläubigers, den Schuldner wegen Vertragsverletzung haftbar zu machen.¹⁰⁸

II. Die antizipierte Vertragsverletzung nach Art. 578 ZGB

1. Die antizipierte Vertragsverletzung als eigener Leistungsstörungstyp

Neben der Nichterfüllung oder Schlechtleistung nach Art. 577 ZGB kennt das chinesische Recht auch die vorweggenommene Vertragsverletzung als eine eigene Form der Leistungsstörung, wie in Art. 578 ZGB vorgesehen.¹⁰⁹ Danach kann eine Partei bereits vor

¹⁰⁵ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 463.

¹⁰⁶ Dies ist zwar vom ZGB-Gesetzgeber nicht ausdrücklich vorgesehen, wird aber in den offiziellen Kommentaren deutlich angesprochen, s. dazu Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 463. Zur parallelen Regelung im deutschen Recht, vgl. § 287 S. 2 BGB.

¹⁰⁷ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 549.

¹⁰⁸ So der Regelungsgehalt des Art. 583 ZGB, hierzu unten D II 2 (S. 183 ff.); vgl. auch Entscheidung des OVG: (2013) Zui Gao Fa Min Er Zhong Nr. 54 (最高人民法院民事判决书, (2013) 最高法民二终字第54号): Eine verspätete Zahlung durch eine Vertragspartei befreit die andere Partei nicht von der Haftung für eine Vertragsverletzung aufgrund ihrer Annahme der Leistung.

¹⁰⁹ Art. 578 ZGB besagt: „Wenn eine Partei klar erklärt oder durch ihre Handlung zum Ausdruck bringt, dass sie Vertragspflichten nicht erfüllen wird, kann die andere Seite vor dem Ablauf der Erfüllungsfrist von ihr

Ablauf der Erfüllungsfrist Haftung wegen Vertragsverletzung geltend machen, wenn die andere Partei ausdrücklich erklärt oder durch ihr Verhalten zeigt, dass sie ihre Vertragsverpflichtungen nicht erfüllen wird, was als vorzeitige Leistungsverweigerung bezeichnet wird. Dahinter steht vor allem die Erwägung, dass die Schaffung einer solchen Regelung dem Gläubiger ermöglicht, frühzeitig Maßnahmen zu ergreifen, um seine Verluste aktiv zu mindern, und dass die Parteien aus einem mit *Sicherheit* scheiternden Vertragsverhältnis entlassen werden können, wodurch der reale Wirtschaftsverkehr erleichtert wird.¹¹⁰

a) Entstehungsgeschichte

Bereits bei der Formulierung des VG gab es eine Kontroverse darüber, ob im chinesischen Recht eine gesonderte Regelung für antizipierte Vertragsverletzungen vorgesehen werden sollte. Dagegen wurde zunächst die Auffassung vertreten, dass die betreffende Problematik entweder durch die *Erfüllungsverweigerung* oder durch eine Ergänzung¹¹¹ der Regelung der Unsicherheitseinrede¹¹² behandelt werden könnte und dass es keiner gesonderten Vorschrift bedürfe; insbesondere bietet die Schaffung der vorweggenommenen Vertragsverletzung an sich keine zusätzlichen Rechtsbehelfe.¹¹³ Die Gegenauffassung setzte sich schließlich in Art. 108 VG durch, mit der Begründung, dass die Regelung der antizipierten Vertragsverletzung *mehr* Regelungsgehalt tragen könnte als die Unsicherheitseinrede im traditionellen Sinn, und dass angesichts der Tatsache, dass eine Regelung für die Erfüllungsverweigerung noch nicht ausdrücklich vorgesehen war, eine gesonderte Regelung benötigt wurde.¹¹⁴ Daneben hat der VG-Gesetzgeber auch in den Art. 68 und 69 VG die Unsicherheitseinrede geregelt.¹¹⁵ Diese gesetzgeberische Entscheidung wird auch vom ZGB-Gesetzgeber fortgeführt¹¹⁶ und zugleich durch eine neue Form der vorzeitigen Vertragsverletzung, die in Art. 528 S. 3 ZGB vorgesehen ist, ergänzt.¹¹⁷

fordern, für Vertragsverletzung zu haften.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 303.

¹¹⁰ *Han, Shiyuan/Cui, Jianyuan*, Chin. Legal Sci. 1993, 33.

¹¹¹ Wie z. B. durch die Gewährung einer sofortigen Vertragsaufhebungsmöglichkeit bei vorzeitiger Erfüllungsverweigerung.

¹¹² Nach Ansicht chinesischer Wissenschaftler beschränkt sich die *traditionellen* Unsicherheitseinrede also auf die Funktion der Aussetzung der eigenen Erfüllung und der passiven Verteidigung, die vor allen durch § 321 BGB a.F. geprägt ist, s. dazu *Wang, Liming*, TPSL 1995, 18, 25. Hier spiegelt sich m.E. auch der *Schuleinfluss* des deutschen Rechts auf die chinesische Rechtslehre wider.

¹¹³ *Li, Yongjun*, TPSL 1998, 34, 42.

¹¹⁴ *Wang, Liming*, TPSL 1995, 18, 27.

¹¹⁵ Die Bestimmungen des VG über die Unsicherheitseinrede und die vorweggenommene Vertragsverletzung gelten werden als ein typisches Beispiel für die gemischte Rechtsrezeption durch den chinesischen Gesetzgeber angesehen, s. dazu *Xie, Hongfei*, Neue Entwicklung der Studie zum VertragsR, 2014, S. 311.

¹¹⁶ Inhaltlich ist Art. 578 ZGB mit dem bisherigen Art. 108 VG im Wesentlichen identisch, mit nur einer unbedeutend Formulierungsänderung.

¹¹⁷ Art. 528 ZGB besagt: „Hat eine Partei die Erfüllung gemäß dem vorigen Paragraphen ausgesetzt, muss sie [dies] der anderen Seite unverzüglich mitteilen. Stellt die andere Seite entsprechende Sicherheiten, muss die Erfüllung wiederaufgenommen werden. Wird die Erfüllungsfähigkeit der anderen Seite nach dem Aussetzen nicht innerhalb einer angemessenen Frist wiederhergestellt und keine entsprechenden Sicherheiten gestellt, gilt [dies] als mit einer eigenen Handlung zum Ausdruck bringen, dass eine Hauptverbindlichkeit nicht erfüllt wird,

b) Verhältnis zur Unsicherheitseinrede

Aus der obigen Entstehungsgeschichte des Art. 578 ZGB geht hervor, dass die Regelung der vorweggenommenen Vertragsverletzung seit ihrer Entstehung *funktional* mit dem Rechtsinstitut der Unsicherheitseinrede verbunden ist.¹¹⁸ Problematisch wäre vor allem der Fall, dass der Vorleistungsberechtigte bereits vor Fälligkeit der Vorleistungsverpflichtung die Erfüllung des Vertrages verweigert oder leistungsunfähig ist.¹¹⁹ Diese Frage war im VG bereits sehr umstritten, weil in der offiziellen Kommentierung der Tatbestand der Unsicherheitseinrede zugleich als *stillschweigende* Erfüllungsverweigerung eingestuft wurde,¹²⁰ was die Abgrenzung zwischen den beiden Rechtsinstituten schwierig machte.¹²¹ Aus diesem Grund hat der ZGB-Gesetzgeber also durch die Vorschrift des Art. 528 S. 3 ZGB einen Lösungsversuch unternommen, die oben genannten Streitigkeit zu beseitigen.¹²² Dies schafft zugleich eine - neben der Leistungsverweigerung - eigene Art der vorweggenommenen Vertragsverletzung,¹²³ bei der der Eintritt eines störenden Umstandes, der die Fähigkeit zur Erfüllung gefährdet, unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls die Rechtsfolgen des Art. 578 ZGB auslösen kann.

2. Voraussetzungen

a) Unberechtigte Erfüllungsverweigerung

Bei der vorzeitigen Vertragsverletzung wird zunächst gefordert, dass der Schuldner ausdrücklich erklärt oder durch sein Verhalten zu erkennen gibt, dass er seine Vertragsverpflichtungen nicht erfüllen wird. Im ersten Fall spricht man also von einer ausdrücklichen Leistungsverweigerung, im zweiten Fall von einer konkludenten Leistungsverweigerung. Beide beziehen sich also auf den Willen des Schuldners zur Leistung und nicht auf seine Leistungsfähigkeit.¹²⁴ So ist die konkludente Leistungsverweigerung von der Unmöglichkeit zu unterscheiden: Das schlichte Unmöglichwerden der Leistung, aus der

[sodass] die Seite, die die Erfüllung ausgesetzt hat, den Vertrag auflösen und fordern kann, dass die andere Seite für Vertragsverletzung haftet.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 294. In dem bisherigen Art. 69 S. 3 VG sah der VG-Gesetzgeber für solche Fälle also kein Recht des Vorleistungspflichtigen vor, den anderen Teil auf Haftung wegen Vertragsverletzung in Anspruch zu nehmen.

¹¹⁸ Vgl. den Überblick bei *Xie, Hongfei*, Neue Entwicklung der Studie zum VertragsR, 2014, S. 297 ff.

¹¹⁹ *Li, Jianxing*, PSL 2017, 123, 124 f.

¹²⁰ *Hu, Kangsheng* (Hrsg.), Kommentar zum VG, ³2013, S. 176 : der hält eine *stillschweigende Vertragsverletzung* für dann gegeben, wenn eine Partei vor Ablauf der Erfüllungsfrist eindeutige Beweise dafür hat, dass die andere Partei den Vertrag bei Ablauf der Erfüllungsfrist nicht erfüllen will oder kann, und dass sie auch nicht bereit ist, die erforderliche Sicherheit zu leisten. Hier verkennt der VG-Gesetzgeber offenbar das Wesen des Begriffs „konkludent“ und die durch den Gesetzeswortlaut geschaffene Einschränkung der „Verweigerung der Leistung durch eigenes Verhalten“, s. dazu auch *Ye, Jinqiang*, Sci. L. 2020, 132, 137.

¹²¹ Vgl. zu dieser Problematik monographisch *Ge, Yunsong*, Eine Studie über die Regeln der vorzeitigen Vertragsverletzung, 2003.

¹²² Krit. dazu *Ye, Jinqiang*, Sci. L. 2020, 132, 138 f.

¹²³ *Ye, Jinqiang*, Sci. L. 2020, 132, 138.

¹²⁴ Vgl. aber Art. 528 S. 3 ZGB, der der Ansicht des ZGB-Gesetzgebers nach einen *Sonderfall* der „Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung durch eigenes Verhalten“ darstellt, s. dazu *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 410.

keine Verweigerungsabsicht des Schuldners abgeleitet werden kann, fällt also nicht in den Anwendungsbereich von Art. 578 ZGB; eine Ausnahme gilt nur, wenn sich der Schuldner selbst *absichtlich* eine solche Situation herbeigeführt hat.¹²⁵ Die Verankerung einer vorweggenommenen Vertragsverletzung in der Erfüllungsverweigerung bedeutet auch, dass die Leistung zur vereinbarten Leistungsfrist mit *Sicherheit* ausbleiben wird. Zudem muss der Schuldner die Verweigerung *ohne triftigen Grund*¹²⁶ haben.¹²⁷

b) Maßgebliche Zeitpunkt

Daneben muss die Leistungsverweigerung des Schuldners auch vor Ablauf der Leistungsfrist erfolgen.¹²⁸

3. Haftung für antizipierte Vertragsverletzung

Nach Art. 578 ZGB kann der Gläubiger die Haftung wegen Vertragsverletzung auch dann geltend machen, wenn der Schuldner die Leistung vor Ablauf der Erfüllungsfrist verweigert.

a) Erfüllungsbegehren

Grundsätzlich wird das Bestehen des Erfüllungsanspruches des Gläubigers nicht durch die unberechtigte Erfüllungsverweigerung des Schuldners berührt.¹²⁹ Der Gläubiger kann also weiterhin auf die ursprüngliche Leistung bestehen und dies ggf. erzwingen, sofern dies noch möglich ist.¹³⁰ Fraglich ist aber, wann der Gläubiger diesen Anspruch einfordern und durchsetzen kann. Dabei gibt es zwei Hauptansätze.

aa) Beschleunigter Ablauf der Erfüllungsfrist?

Dabei ist zunächst eine beschleunigte Fälligkeit der Leistung denkbar, d. h., der Gläubiger kann die Leistung sofort verlangen, ohne den Ablauf der ursprünglichen Erfüllungsfrist abzuwarten. Mit anderen Worten: Die von dem Schuldner verweigerten Leistungspflicht wird also ab dem Zeitpunkt der Verweigerung fällig. Dieses Phänomen wird im chinesischen Recht als „beschleunigtes Fälligwerden“ (加速到期, jiāsù dàoqī) beschrieben: Seine dogmatische Grundlage findet sich also in den Art. 634 Abs. 1,¹³¹ 673¹³² und 752 ZGB.¹³³ Daneben gibt es

¹²⁵ Insoweit aber *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 558: „der Schuldner muss *vorsätzlich* sein“.

¹²⁶ Hierzu näher oben B I 4 a) cc) (S. 125 f.).

¹²⁷ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 564.

¹²⁸ Hierzu näher oben B I 2 a) aa) (S. 120 f.).

¹²⁹ Dies ergibt sich deutlich aus dem Wortlaut des Art. 578 ZGB, wonach der Gläubiger die Haftung für Vertragsverletzungen geltend machen *kann*, aber nicht muss.

¹³⁰ Was die Auswirkungen der Leistungsbereitschaft des Schuldners auf den Erfüllungsanspruch betrifft, so berücksichtigt das chinesische Recht einerseits auf der Ebene des materiellen Rechts den oben genannten Art. 580 Abs. 1 Nr. 2 ZGB und sieht andererseits auf der Ebene des Prozessrechts vor, dass die Vollstreckung in solchen Fällen nur im Wege der Ersatzvornahme oder der mittelbaren Vollstreckung erfolgen kann, hierzu unten C II 2 (S. 170 f.).

¹³¹ Art. 634 Abs. 1 ZGB besagt: „Erreicht bei Ratenzahlung der vom Käufer nicht bezahlte fällige Teil des Preises ein Fünftel des gesamten Preises, kann der Verkäufer vom Käufer *die Zahlung des ganzen Kaufpreises fordern* oder den Vertrag auflösen, wenn der Käufer auch nach Aufforderung nicht innerhalb einer

noch eine allgemeinere, vom OVG entwickelte Regelung, nämlich Art. 17 Anleitungsansicht des OVG:¹³⁴ Hier hat das OVG im Wege der Gesamtanalogie¹³⁵ eine Regelung aufgestellt, die sowohl auf vorzeitige Erfüllungsverweigerungen als auch auf andere Störungsfällen anwendbar ist, nämlich wenn eine Partei, die alle ihre Lieferverpflichtungen bereits erfüllt hat, auf Zahlung des noch nicht fälligen Preises verklagt, kann das Volksgericht nach dem *Geist*¹³⁶ der einschlägigen Bestimmungen des VG den Ablauf oder den beschleunigten Ablauf der Zahlungsfrist festsetzen, wenn eindeutige Beweise dafür vorliegen, dass die andere Partei ausdrücklich zu erkennen gegeben hat, dass sie ihrer Zahlungsverpflichtung nicht nachkommen wird, oder dass andere Umstände eingetreten sind, die ihre Leistungsfähigkeit erheblich gefährden.¹³⁷ In Anbetracht der „Rechtswirkung“¹³⁸ der Justizauslegung stellt dies in der Praxis die Auffassung dar, der die Richter bei ihren Entscheidungen folgen *müssen*.¹³⁹

angemessenen Frist den fälligen Preis zahlt.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 312.

¹³² Art. 673 ZGB besagt: „Verwendet der Darlehensnehmer das Darlehen nicht nach der vereinbarten Nutzungsart, kann der Darlehensgeber die Auszahlung des Darlehens unterlassen, *das Darlehen vorfristig zurücknehmen* oder den Darlehensvertrag auflösen.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 318. Das Recht, die vorzeitige Rückzahlung des Darlehens nach dieser Bestimmung zu verlangen, ergibt sich aber aus der Beendigung des Darlehensvertrages, und unterscheidet sich daher von den anderen zwei Artikeln über die beschleunigte Fälligkeit der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Verpflichtungen.

¹³³ Art. 752 ZGB besagt: „Der Mieter muss den Mietzins nach der Vereinbarung zahlen. Zahlt der Mieter auch nach Aufforderung den Mietzins nicht innerhalb einer angemessenen Frist, *kann der Vermieter Zahlung der gesamten Mietzinse fordern*; er kann auch den Vertrag auflösen und die Mietsache zurücknehmen.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 330 Dies betrifft also den Anspruch des Leasinggebers auf die noch nicht fällige Mieten im Falle eines Ratenfinanzierungsleasings, wenn der Leasingnehmer eine fällige Leasingrate nicht zahlt.

¹³⁴ Im Jahr 2009 hat das OVG als Reaktion auf die Finanzkrise eine Anleitungsansicht erlassen, nämlich „Anleitungsansicht des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Behandlung von Streitfällen zu zivil- und handelsrechtlichen Verträgen in der gegenwärtigen Situation“ (Anleitungsansicht des OVG), und die deutsche Fassung findet sich in *Pißler*, ZChinR 2009, 296 ff.

¹³⁵ Ebenso *Li, Jianxing*, SLB 2019, 105, 110.

¹³⁶ Art. 3 Bestimmungen des OVG besagt: „Justizielle Auslegungen müssen gemäß dem Gesetz und dem entsprechenden *Geist* der Gesetzgebung vorgenommen und mit den praktischen Erfordernissen der Rechtsprechungstätigkeit verbunden werden.“ Übersetzt von *Ahl*, ZChinR 2007, 322.

¹³⁷ Art. 17 Anleitungsansicht des OVG besagt: „Um in der gegenwärtigen Situation die vertragstreue Partei zu mahnen, unverzüglich Beweise zu sichern, und um die lautereren und legalen Rechtsinteressen des Berechtigten wirksam zu schützen, können die Volksgerichte, soweit nicht der Zahlungsschuldner angemessene Sicherheiten anbietet, im Geist der Art. 68 Abs. 1, 69, 94 Nr. 2, 108, 167 VG eine terminierte Zahlung fällig stellen oder *die Fälligkeit vorverlegen*, wenn die eine Partei bereits die Pflicht zur Übergabe vollständig erfüllt hat, die vereinbarte Frist für die Zahlung des Entgeltes zwar noch nicht abgelaufen, die eine Partei aber Klage auf Zahlung des noch nicht fälligen Entgeltes gegen den Zahlungsschuldner erhebt, und wenn eindeutige Beweise zeigen, dass der Zahlungsschuldner klar erklärt, die Leistung der Zahlungspflicht nicht zu erfüllen, oder dass der Gewerbeschein des Zahlungsschuldners entzogen worden ist, die Registrierung des Zahlungsschuldners gelöscht worden ist, der Zahlungsschuldner von der zuständigen Abteilung aufgehoben worden ist oder er sich im Zustand der Geschäftsaufgabe befindet, oder dass der Zahlungsschuldner Vermögensgüter übertragen, Geldmittel herausgeholt hat, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen, oder dass der Handelskredit des Zahlungsschuldners verloren gegangen ist, oder dass andere Umständen vorliegen, bei denen der Zahlungsschuldner durch seine eigenen Handlungen zum Ausdruck bringt, die Leistung der Zahlungspflicht nicht zu erfüllen.“ Übersetzt von *Pißler*, ZChinR 2009, 296, 303.

¹³⁸ Hierzu oben A I 1 (S. 113 f.).

¹³⁹ Trotzdem zeigt sich in der Praxis, dass es hier divergierende Ansichten dazu geben kann, die in der folgenden Entscheidung über die Klage auf zukünftige Leistung erörtert werden.

bb) Fehlende Durchsetzbarkeit

Andererseits wird in der Literatur überwiegend die Auffassung vertreten,¹⁴⁰ dass der Gläubiger zu diesem Zeitpunkt zwar den Erfüllungsanspruch einfordern kann, dieser aber erst nach Ablauf der ursprünglichen Erfüllungsfrist *durchgesetzt* werden kann. Funktional gesehen ist dies also mit der in § 259 ZPO vorgesehenen Möglichkeit der Klage auf zukünftige Leistung vergleichbar.¹⁴¹ Eine solche prozessuale Möglichkeit ist zwar im ZPG nicht ausdrücklich vorgesehen, doch gibt es in der Praxis bereits Entscheidungen, die sich auf Art. 578 ZGB stützen und dadurch das „Interesse des Gläubigers an der Klage“ anerkennen.¹⁴²

b) Schadensersatz statt der Leistung

aa) Grundprinzip

Neben dem Erfüllungsanspruch kann der Gläubiger auch Schadensersatz verlangen, wenn der Schuldner sich bereits vor Ablauf der Erfüllungsfrist weigert, die geschuldete Leistung zu erbringen. Dabei kommt grundsätzlich nur ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Betracht, bei dessen Berechnung kein Unterschied zum Schadensersatz wegen *normaler* Vertragsverletzung besteht.¹⁴³ Beide sind also auf Ausgleich des Erfüllungsinteresses abgestellt: Der Schuldner ist danach verpflichtet, den Gläubiger in den Zustand zu versetzen, in dem er sich bei ordnungsgemäßer Erfüllung - bei Ablauf der Erfüllungsfrist - befände.¹⁴⁴

bb) Vorzeitiger Eintritt der Schadensminderungsobliegenheit?

Fraglich ist aber, wie sich die Obliegenheit des Gläubigers zur Schadensminderung auf seinen Schadensersatzanspruch auswirkt. Zunächst besteht kein Zweifel daran, dass die Schadensminderungsobliegenheit des Gläubigers auch im Falle einer vorweggenommenen Vertragsverletzung durch den Schuldner bestehen kann: Nach Art. 591 Abs. 1 ZGB hat der Gläubiger geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Ausweitung des Schadens „nach der Vertragsverletzung durch den Schuldner“ zu verhindern, was in diesem Zusammenhang auch die vorweggenommene Vertragsverletzung des Art. 578 ZGB einschließt.¹⁴⁵

Entscheidend ist jedoch, unter welchen Umständen der Gläubiger verpflichtet ist, welche Maßnahmen zur Abmilderung des Schadens zu ergreifen. Wenn der Gläubiger beispielsweise trotz der bereits eingetretenen Erfüllungsverweigerung der Gegenpartei seine Leistung fortsetzt oder dafür Vorbereitungen weiterhin trifft, was zu einer Erhöhung des Schadens führen kann. Diese Frage ist umso wichtiger, als es nach chinesischem Recht keinen eindeutigen Übergang zwischen Weiter-Erfüllung und Schadensersatz statt der Leistung gibt,

¹⁴⁰ Vgl. statt aller *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 565.

¹⁴¹ Vgl. *Weidt*, Antizipierter Vertragsbruch, 2008, S. 170 f.

¹⁴² Vgl. z. B. Entscheidung des Ersten Mittleren Volksgerichts von Shanghai: (2004) Hu Yi Zhong Min Si (Shang) Zhong Nr. 347 (上海市第一中级人民法院民事判决书, (2004) 沪一中民四(商)终字第347号).

¹⁴³ S. auch *Ge, Yunsong*, Eine Studie über die Regeln der vorzeitigen Vertragsverletzung, 2003, S. 391.

¹⁴⁴ Vgl. näher unten D II 3 (S. 186 f.).

¹⁴⁵ Vgl. auch *Ge, Yunsong*, Eine Studie über die Regeln der vorzeitigen Vertragsverletzung, 2003, S. 395.

wobei die „vorzeitige“ Anerkennung einer Schadensminderungsobliegenheit immer zur Folge hat, dass der Erfüllungsanspruch des Gläubigers „entwertet“ oder „entzogen“ wird. Zumindest bei der Möglichkeit eines Deckungsgeschäfts hat der Gläubiger, nachdem er die Leistung durch den Schuldner vergeblich gesucht hat, unverzüglich ein Deckungsgeschäft abzuschließen, andernfalls kann er den dadurch vergrößerten Schaden nicht ersetzt verlangen.¹⁴⁶

III. Die mangelhafte Leistung nach Art. 582 ZGB

1. Art. 582 ZGB als Grundlage der Haftung wegen mangelhafter Leistung

Ergänzend zu Art. 577 ZGB werden in Art. 582 ZGB¹⁴⁷ die Rechtsfolgen einer mangelhaften Leistung weiter präzisiert.¹⁴⁸ Danach kann die benachteiligte Partei für den Fall, dass eine der Parteien ihre Leistung nicht vertragsgemäß erbringt, je nach Art des Gegenstandes der Größe des Schadens die andere Partei *Haftung* für Vertragsverletzungen wie Nachbesserung, Neuherstellung, Nachlieferung, Rückgabe von Waren, Minderung des Preises oder Entgelts geltend machen.¹⁴⁹ Da dessen Vorgängerregelung im VG noch als Sondervorschrift der sog. Mängelgewährleistung angesehen wurde,¹⁵⁰ soll zum besseren Verständnis der heutigen Bestimmung zunächst ein Rückblick auf die betreffende Streitfrage erfolgen.¹⁵¹

Ob es im chinesischen Vertragsrecht ein eigenständiges Mängelgewährleistungssystem gibt, war also sehr umstritten.¹⁵² Dafür spricht zunächst, dass sich die Sachmängelhaftung¹⁵³ von der Nichterfüllungshaftung durch eine Rügepflicht, eine Verjährungsfrist,¹⁵⁴ zusätzliche

¹⁴⁶ Vgl. z. B. Entscheidung des Ersten Mittleren Volksgerichts von Peking: (2008) Yi Zhong Min Zhong Nr. 15749 (北京市第一中级人民法院民事判决书, (2008)一中民终字第15749号): Im Falle einer vorweggenommenen Vertragsverletzung hat die nicht vertragsbrüchige Partei die Gelegenheit zu ergreifen, *aktiv* nach alternativen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass sie den Erfolg der vertragsgemäßen Leistung noch erzielen und zugleich die Ausweitung ihrer Verluste minimieren kann.

¹⁴⁷ Art. 582 S. 2 ZGB besagt: „Wenn es zur Haftung für Vertragsverletzung keine oder keine klare Vereinbarung gibt und [die Haftung] auch gemäß Art. 510 dieses Gesetzes nicht bestimmt werden kann, kann die geschädigte Seite aufgrund der Natur des Gegenstands und der Größe des Schadens fordern, dass die andere Seite für Vertragsverletzung haftet, [und zwischen] Reparatur, erneuter Herstellung, Austausch, Rückgabe, Minderung des Preises bzw. des Entgeltes sowie anderen [Maßnahmen zur Abhilfe] vernünftig wählen.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 304.

¹⁴⁸ Systematisch kann dies *nun* also als eine Konkretisierung der in Art. 577 ZGB vorgesehenen „Abhilfemaßnahmen“ angesehen werden.

¹⁴⁹ Aus dogmatischer Hinsicht ist es jedoch fraglich, ob die Rückgabe sowie Minderung wirklich als „*Haftung* für Vertragsverletzung“ einzuordnen ist, s. dazu *Cui, Jianyuan*, VertragsR, 42021, S. 344.

¹⁵⁰ Darin zeigt sich der *Schuleinfluss* des deutschen Rechts auf das chinesische Recht: Denn selbst wenn die Anwendung von bisherigem Art. 111 VG noch auf Fälle der *Qualitätsmängeln* beschränkt war, ist es schwer vorstellbar, dass die Frage zum Verhältnis zwischen *Mängelgewährleistung* und Nichterfüllung in der chinesischen Literatur so umstritten gewesen wäre (vgl. dazu sogleich im Text), wenn man den *Einfluss* des deutschen Rechts und der einschlägigen Literatur beiseitegelassen und sich lediglich auf den einschlägigen *Gesetzestext* des VG konzentriert hätte.

¹⁵¹ Vgl. zur Geschichte des chinesischen Gewährleistungsrechts näher *Hoebel*, Freilaw 2018, 1 ff.

¹⁵² Vgl. zur parallelen Kontroverse im BGB von 1900 *Larenz*, SchuldR BT I, 131986, § 41 II (S. 66 ff.).

¹⁵³ Hier bezieht sich vor allem auf das Kaufrecht.

¹⁵⁴ Hier ist also die Rügefrist gemeint.

Rechtsbehelfe für den Gläubiger¹⁵⁵ und unterschiedliche Tatbestände¹⁵⁶ unterscheidet.¹⁵⁷ Allerdings ist es zweifelhaft, ob der chinesische Gesetzgeber eine solche „zweite Spur“ für die Sachmängelhaftung neben der allgemeinen Vertragsverletzungshaftung schaffen wollte.¹⁵⁸ Der dogmatische Hintergrund liegt zum einen darin, dass zwar der VG-Gesetzgeber sich um internationale Angleichung bemüht, die Lehre aber noch stark von der deutschen Zivilrechtstheorie, insbesondere vom alten deutschen Schuldrecht, geprägt war.¹⁵⁹ Andererseits stellt Art. 111 VG¹⁶⁰ auch die zentrale Abhilfenorm der kaufrechtlichen Sachmängelhaftung dar,¹⁶¹ bei dem es ferner um Fragen wie beispielsweise den *Bedarf* an der Abgrenzung zwischen Gattungs- und Stückkauf¹⁶² sowie das Verhältnis der allgemeinen Nichterfüllungshaftung zur Sachmängelhaftung geht.¹⁶³

a) Von der besonderen Sachmängelhaftung zur allgemeinen Mängelhaftung

Mit der Ausweitung des Anwendungsbereiches von Art. 582 ZGB, d. h. von der reinen *qualitativen* Vertragsverletzung auf alle Fälle der *unvollständigen* Erfüllung, hat der obige Meinungsstreit an Boden verloren. Es gibt also kein eigenständiges Gewährleistungsrecht im ZGB.¹⁶⁴ Der Grund für diese Ausdehnung besteht auch darin, dass Art. 111 VG von einer „nicht vertragsgemäßen Qualität“ ausgeht, aber möglicherweise nicht alle Fälle abdecken kann,¹⁶⁵ in denen die betreffenden Abhilfemaßnahmen benötigt werden.¹⁶⁶ Trotzdem bezieht sich die Nichtkonformität des Leistungsgegenstandes mit dem Vertrag *weiterhin* hauptsächlich auf Fällen, in denen die Leistung des Schuldners nicht den

¹⁵⁵ Hier: Rückgabe der Ware und Preisminderung.

¹⁵⁶ Rückkehr zu Sachmängeln und Rügefrist.

¹⁵⁷ Sog. relative Eigenständigkeit-Theorie, vgl. nur *Cui, Jianyuan*, Chin. Legal Sci. 2006, 32, 38 f.

¹⁵⁸ Vgl. dazu näher *Han, Shiyuan*, Chin. Legal Sci. 2007, 170 ff.

¹⁵⁹ Dies spiegelt sich auch in der offiziellen Kommentierung zum Art. 577 ZGB wider, die mit einem vergleichenden Rückblick auf das *alte* deutsche Leistungsstörungsrechts beginnt, hierzu oben B I 1 a) (S. 117).

¹⁶⁰ Diese Vorschrift wurde in der chinesischen Literatur als eine allgemeine Bestimmung über sogenannte mangelhafte Garantie bzw. Gewährleistung angesehen.

¹⁶¹ Art. 155 VG besagt: „Wenn der vom Verkäufer übergebene Vertragsgegenstand den Qualitätsanforderungen nicht entspricht, kann der Käufer nach Art. 111 Haftung wegen Vertragsverletzung geltend machen.“ Übersetzt von *Münzel/Zheng*, Chinas Recht 15.3.1999/1 (2000.1).

¹⁶² Erwähnenswert ist auch, dass die Rechtsfigur der Gattungsschuld auch im chinesischen Recht nicht festgelegt ist, und obwohl deren besondere Struktur in Bezug auf konkrete Fragen wie z. B. Ersatzlieferung, Beschaffungsrisiko berücksichtigt werden kann, erscheint mir die bloße Widerlegung der Entscheidung des Gesetzgebers mit der entsprechenden *Theorie* in Ermangelung einschlägiger rechtspositiver Belege stark begründungsbedürftig. Zumindest im Falle der hier diskutierten Frage ist die betreffend Kontroverse also rein theoretisch, und es lassen sich auch keine Erkenntnisse oder systemischen gewinnen daraus ziehen - abgesehen davon, dass es ferner keinen Unterschied im Ergebnis gibt. Daher zeigt diese Frage nicht nur den Einfluss des deutschen Rechts auf das chinesische Recht (s. Fn. 150), sondern auch, dass im modernen China, das über keine Vertragsrechtstradition verfügt, die einschlägigen Bestimmungen des alten deutschen Schuldrechts nicht nur als *Vorverständnis* dienen, sondern auch eine *historische* Dimension für die Entwicklung der chinesischen Zivilrechtslehre darstellen. Ob die chinesische Zivilrechtslehre dann in den Schatten des alten deutschen Schuldrechts geraten wird, lässt sich zum jetzigen Diskussionsstand noch nicht zweifellos beantworten.

¹⁶³ Dafür spricht ferner, dass sich die Mängelbehelfe nach Art. 111 VG, wie die Preisminderung und die Rückgabe der Ware, deutlich von den Rechtsbehelfen nach Art. 107 VG unterscheiden und dass zwischen beiden ein *konkurrierendes* Verhältnis in Bezug auf ihre Anwendung besteht.

¹⁶⁴ Ebenso *Wu, Teng*, Sci. L. 2021, 153; a.A. *Cui, Jianyuan*, RRL 2022, 18, 20.

¹⁶⁵ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 853 f.

¹⁶⁶ *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 423.

Qualitätsanforderungen entspricht. Dies ist typischerweise der Fall, wenn der Gegenstand des Kauf-,¹⁶⁷ Miet-¹⁶⁸ oder Werkvertrags¹⁶⁹ mit einem Sachmangel behaftet ist. Bei deren Festlegung sind also zuerst auf die von den Parteien vereinbarten Qualitätsanforderungen zurückzugreifen, d. h. die subjektiven Qualitätsstandards haben Vorrang. Fehlt eine solche Qualitätsvereinbarung sind zweitens die einschlägigen staatlichen oder Branchenstandards maßgebend, und nur wenn es keine Staats- oder Branchenstandards gibt, ist die Leistung nach den üblichen oder dem Vertragszweck entsprechend besonders bestimmten Standards zu erbringen.¹⁷⁰

b) Schaffung besonderer Abhilfemechanismen

Gegenüber dem allgemeinen Rechtsbehelf des Art. 577 ZGB hat der chinesische Gesetzgeber auch in Art. 582 ZGB weitere Rechtsbehelfe geschaffen, wie etwa Reparatur, Neuherstellung, Nachlieferung, Rückgabe der Ware sowie Minderung. Dies kann als „Abhilfemaßnahme im weiteren Sinne“ (Art. 577 Alt. 2 ZGB) verstanden werden,¹⁷¹ die speziell auf Schlechterfüllung anwendbar ist. Die Nachbesserung, Neuherstellung und Ersatzlieferung können dagegen als Abhilfemaßnahme im engeren Sinne angesehen werden, die besondere Formen der Weiter-Erfüllung wegen Schlechtleistung darstellen.¹⁷² Dahinter steht vor allem die Erwägung, dass, wenn der Schuldner seine vertraglichen Verpflichtungen nicht wie vereinbart erfüllt, insbesondere in Bezug auf die Qualität und Quantität des Leistungsgegenstandes, bestimmte Abhilfemaßnahmen in Betracht gezogen werden sollten, um das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien weitestgehend aufrechtzuerhalten.¹⁷³

¹⁶⁷ Art. 617 ZGB besagt: „Entspricht der vom Verkäufer übergebene Vertragsgegenstand nicht den Qualitätsanforderungen, kann der Käufer gemäß den Art. 582 bis 584 dieses Gesetzes fordern, dass der Verkäufer für Vertragsverletzung haftet.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 309.

¹⁶⁸ Art. 708 ZGB besagt: „Der Vermieter muss die Mietsachen dem Mieter nach der Vereinbarung übergeben und innerhalb der Mietfrist in einem Zustand erhalten, der dem vereinbarten Verwendungszweck entspricht.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 324.

¹⁶⁹ Art. 781 ZGB besagt: „Entspricht das vom Unternehmer übergebene Arbeitsergebnis nicht den Qualitätsanforderungen, kann der Besteller vom Unternehmer fordern, dass er für Vertragsverletzung haftet, und zwischen Reparatur, erneuter Herstellung, Minderung des Entgeltes, Schadensersatz sowie anderen Maßnahmen zur Abhilfe vernünftig wählen.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 334.

¹⁷⁰ Art. 511 Nr. 1 ZGB besagt: „Sind die Qualitätsanforderungen unklar, wird nach den zwingenden staatlichen Standards erfüllt; gibt es keine zwingenden staatlichen Standards, wird nach den empfehlenden staatlichen Standards erfüllt; gibt es keine empfehlenden staatlichen Standards, wird nach den Branchenstandards erfüllt; gibt es keine Staats- oder Branchenstandards, wird nach den allgemeinen Standards oder spezifischen Standards, die dem Vertragszweck entsprechen, erfüllt.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 290.

¹⁷¹ Vgl. auch *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 766 f.

¹⁷² Hierzu näher unten C I 4 (S. 161 ff.).

¹⁷³ *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 424.

c) Allgemeine Tatbestände der Mängelhaftung

aa) Mängel bei der Erfüllung

Eine mangelhafte Leistung bedeutet, dass der Schuldner die Leistung zwar erbracht hat, diese aber nicht dem Zweck der Schuld entspricht.¹⁷⁴ Der Unterschied zur Nichtleistung besteht darin, dass der Schuldner bereits einen - wenn auch nicht erfolgreichen - Erfüllungsversuch unternommen hat,¹⁷⁵ wodurch sich die Interessenlage der Parteien ändern kann.¹⁷⁶

bb) Mängelrüge

Bei bestimmten Vertragstypen¹⁷⁷ muss der Gläubiger den Schuldner noch für Mängel bei der Leistung rechtzeitig zur Verantwortung ziehen, um den besonderen Rechtsbehelfsmechanismus des Art. 582 ZGB auszulösen. Andernfalls würde er alle Rechte aufgrund des Mangels verlieren.

cc) Die Wahl des Gläubigers

Im Übrigen hängt die *endgültige* Haftung des Schuldners für Mängel auch von der Entscheidung des Gläubigers ab (Art. 582 ZGB).¹⁷⁸

2. Rückgewähr der mangelhaften Sache

Im chinesischen Recht ist die erste der speziellen Rechtsbehelfe für mangelhafte Leistung - abgesehen von Nacherfüllung - die „Rückgabe von Waren“ (退货, tuìhuò).¹⁷⁹ Auf den ersten Blick erweckt diese Terminologie den Eindruck, als stamme sie aus dem römischen Recht, doch ihre Entstehungsgeschichte im chinesischen Recht zeigt, dass es sich um einen verbraucherschützenden Rechtsbehelf handelt.¹⁸⁰ Im VSG wird die Rückgabe von Waren zusammen mit Nachbesserung und Ersatzlieferung als „Drei-Garantien“ (三包, sānbāo) bezeichnet.¹⁸¹ Insbesondere in Bezug auf das sog. „Widerrufsrecht“ nach deutschem Recht

¹⁷⁴ Han, *Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 549.

¹⁷⁵ Zu den konkreten Anwendungsfällen des Art. 582 ZGB, vgl. unten B III 3 a) (S. 140).

¹⁷⁶ Vgl. zum Verhältnis zwischen Schlechtleistung und etwaiger begleitender Schutzpflichtverletzung unten D II 2 b) (S. 186 f.).

¹⁷⁷ Im chinesischen Recht spiegelt sich dies vor allem in der kaufrechtlichen Untersuchungs- und Anzeigepflicht des Käufers wider, bei der es sich um den besonderen Mängelgewährleistungsmechanismus handelt, s. dazu Art. 620-624 ZGB.

¹⁷⁸ Hierzu näher unten C I 4 e) (S. 164 f.).

¹⁷⁹ Vor dem deutschen Schuldrechtsreform 2002 wurde diese Terminologie auch als „Wandelung“ übersetzt, vgl. z. B. Münzel/Zheng, *Chinas Recht* 15.3.1999/1 (2000.1); Scheil/Gargulla/Sehröder u.a., *Vertragsgesetz der Volksrepublik China*, 2001, S. 64. Angesichts der Tatsache, dass im deutschen Recht der Begriff der „Wandelung“ bereits nach der Reform des Schuldrechts aufgegeben wurde, wird dies im Folgenden wörtlich als „Rückgabe von Waren“ übersetzt.

¹⁸⁰ Vgl. zu dieser Problematik näher Wu, *Teng*, LE 2017, 38 ff.

¹⁸¹ Diese drei Rechtsbehelfe werden also vom VSG-Gesetzgeber häufig gemeinsam vorgesehen, wie z. B. in Ar. 24 VSG, in denen es besagt: „I. Entspricht die vom Gewerbetreibenden gelieferte Ware oder *Dienstleistung* nicht den Qualitätsanforderungen, so können Verbraucher gemäß den staatlichen Bestimmungen oder den Parteivereinbarungen *die Ware zurückgeben* oder verlangen, dass der Gewerbetreibende Pflichten wie etwa *Austausch* oder *Reparatur* erfüllt... II. Wird nach dem vorigen Absatz die *Warenrückgabe*, der *Austausch* oder

verwendet das VSG-Gesetzgeber hingegen den Begriff „Rückgaberecht ohne Grund“,¹⁸² um den Verbraucher weiter zu schützen, indem es ihm ermöglicht, die Rückgabe von Waren geltend zu machen, ohne einen Grund angeben zu müssen.¹⁸³ In der Literatur aber bleibt noch umstritten, ob es sich dabei um einen eigenständigen Rechtsbehelf handelt.

a) Die Rückgabe von Waren als „Zwischenmittel“?

Zunächst wird die Auffassung vertreten, dass die Rückgabe von Waren ein *Zwischenmittel* darstellt, d. h. sie kann je nach ihrer späteren Entwicklung als Nachlieferung, Vertragsaufhebung bzw. -Änderung usw. abgewickelt werden.¹⁸⁴ Dahinter steht die Überlegung, dass alle die vorgenannten Rechtsbehelfe den Vorgang der „Rückgabe des mangelhaften Gegenstandes“ einbeziehen, und die Rückgabeerklärung der Partei andere Mängelrechte nach sich ziehen kann, wenn sie nicht auf eine *endgültige* Abwicklung des Vertrages abzielt.

b) Die Rückgabe von Waren als das Recht des Gläubigers zur Zurückweisung der mangelhaften Sache?

In der Literatur wird auch die Auffassung vertreten, dass die „Rückgabe“ selbst lediglich das Ergebnis der Verweigerung der Annahme des Gegenstands ist und eine Ausübung des Zurückweisungsrechts des Gläubigers darstellt.¹⁸⁵ Sie hat also nur eine vorübergehende Wirkung und hindert den Schuldner nicht daran, eine weitere mangelfreie Leistung zu erbringen; will der Gläubiger aber die Leistung nicht mehr erhalten, dann braucht er noch eine Vertragsaufhebungserklärung zu geben. Dies bedeutet, dass die Rückgabe von Waren nicht mehr zur Abwicklung des Vertrages führt, sondern nur noch die Blockierung der Wirkung der Erfüllung und die damit verbundene Beweislastumkehr bewirkt.

c) Die Rückgabe von Waren als gewährleistungsrechtliche Vertragsaufhebung

Nach der hier vertretenen Auffassung und als Ausdruck des Willens des Gesetzgebers sollte eine Rückgabe als eigenständiger Rechtsbehelf nicht versagt werden. Auch das in der Rückgabe selbst enthaltene Element der Vertragsabwicklung wäre nicht in Frage zu stellen. Vielmehr ist sie als Vertragsaufhebung bei der mangelhaften Leistung anzusehen.¹⁸⁶ Die

die *Reparatur* durchgeführt, muss der Gewerbetreibende [die Kosten für] Transport und andere notwendige Ausgaben tragen.“ Übersetzt von *Gresbrand/Martinek/Odom u.a.*, ZChinR 2014, 69, 74.

¹⁸² Der Unterschied zum englischen „right to reject“ (v.a. im Consumer Rights Act 2015) besteht darin, dass es nicht davon abhängt, ob die Ware dem Vertrag entspricht.

¹⁸³ Art. 25 Abs. 1 VSG besagt: „Benutzen Gewerbetreibende Methoden wie etwa Internet, Fernsehen oder Telefon, um Waren zu vertreiben, so haben die Verbraucher die Befugnis, die *Waren* innerhalb von sieben Tagen nach deren Erhalt *zurückzugeben*, ohne dass [hierfür] eine *Begründung* erforderlich ist, außer bei folgenden Waren ...“ Übersetzt von *Gresbrand/Martinek/Odom u.a.*, ZChinR 2014, 69, 74.

¹⁸⁴ *Cui, Jianyuan*, Sci. L. 2012, 93, 94 f.; *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 426.

¹⁸⁵ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 426 f., 553, 742.

¹⁸⁶ Vgl. auch z. B. Entscheidung des Mittleren Volksgerichts von Xiamen, Fujian Provinz: (2005) Xia Min Zhong Nr. 128 (福建省厦门市中级人民法院民事判决书, (2005) 厦民终字第128号): In diesem Fall begehrte

obige Kontroverse ergibt sich vor allem aus der Tatsache, dass der chinesische Gesetzgeber in Art. 582 ZGB den Ausdruck der Haftung für Vertragsverletzung beibehalten hat, während die Aufhebung des Vertrages kaum als „Haftung“ an sich bezeichnet werden kann. Die Rückgabe der Waren selbst impliziert jedoch, wie der Name schon sagt, die Rückgabe der mangelhaften Waren, so dass es sich im Gegensatz zum regulären Vertragsaufhebungsrecht nicht nur um die Aufhebungserklärung, sondern auch um die sich daraus ergebende Rückgewähr der mangelhaften Leistung und Rückforderung der Gegenleistung handelt. Dieser mangelbedingte Liquidierungsprozess bietet also Raum für sanktionierende Faktoren der *Haftung*.¹⁸⁷ Offen bleibt überdies die Frage, ob sie von der gesetzlichen Vertragsaufhebung nach Art. 563 Abs. 1 ZGB weiter abgegrenzt werden kann, so dass sie zu einem Rechtsbehelf wird, der der Nacherfüllung in der gleichen *Rangstufe* steht, dessen Gewährung allein von der Angemessenheit der Ausübung des Wahlrechts des Gläubigers gem. Art. 582 ZGB abhängt.

3. *Minderung als allgemeine Mängelhaftung*

Bei mangelhafter Leistung kann der Gläubiger ferner die Minderung gem. Art. 582 ZGB geltend machen, die vom chinesischen Gesetzgeber - anders als im deutschen Recht - als allgemeinen Rechtsbehelf ausgestaltet ist. Dabei handelt es sich also um eine Abhilfemaßnahme,¹⁸⁸ bei der der Gläubiger unter der Voraussetzung, dass er die unvollständige Leistung des Schuldners akzeptiert, den Preis aufgrund der Qualität der Leistung herabsetzt.¹⁸⁹ Die Verallgemeinerung der Minderung begann erst mit Art. 111 VG.¹⁹⁰ Zuvor sah das chinesische Recht zwar bereits Preisminderung vor,¹⁹¹ doch gab es fehlte es an einer allgemeinen Regelung. Die Gesetzesmaterialien zum VG enthalten aber keine entsprechenden Gründe. Diese Generalisierung erscheint lediglich als eine Präzisierung der Mängelhaftung, d. h. sie ergibt sich aus der Notwendigkeit, eine allgemeine Mängelhaftungsvorschrift zu schaffen, ohne dass die Eignung der Preisminderung als allgemeiner Rechtsbehelf in Betracht gezogen wird.¹⁹² Funktional gesehen zielt die Minderung auf die Angleichung der vertraglichen Äquivalenzverhältnis ab, also die Wiederherstellung des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung.¹⁹³ Mit anderen Worten: Sie dient nicht dazu, den Gläubiger für den durch den Mangel entstandenen Schaden

der Käufer die Rückgabe der Waren, was nach Ansicht des Gerichts faktisch eine Erklärung der Vertragsaufhebung darstellte.

¹⁸⁷ Vgl. zum Begriff „Haftung wegen Vertragsverletzung“ unten C I 3 b) (S. 158 f.).

¹⁸⁸ In der Literatur wird dies auch als „Preisminderungshaftung“ bezeichnet, s. dazu *Han, Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 845.

¹⁸⁹ *Han, Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 845; *Zhu, Guangxin*, *VertragsR AT II*, 2018, S. 746.

¹⁹⁰ *Zhu, Guangxin*, *VertragsR AT II*, 2018, S. 746.

¹⁹¹ Vgl. zur Geschichte der Minderungshaftung nach chinesischem Recht näher *Han, Shiyuan*, *Tsinghua L. Rev.* 2008, 15, 17 f.; *Han, Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 845 f.

¹⁹² Die Preisminderung wird auch als ein Rechtsmittel, das den Bedürfnissen der *Handelspraxis* entspricht und zugleich die Grundlage für die *lokalisierte Praxis* bildet, angesehen, s. dazu *Wu, Teng*, *N. Legal Sci.* 2014, 141, 147.

¹⁹³ *Cui, Jianyuan*, *Sci. L.* 2012, 93, 96.

auszugleichen. Daher unterscheidet sie sich von anderen auf Mängeln beruhenden Rechtsbehelfen, insbesondere dem Schadensersatz.

a) Anwendungsfälle

aa) Sach- und Rechtsmängel

Zuerst besteht kein Zweifel daran, dass das Minderungsrecht vor allem für Sachmängel gilt. Im Gegensatz zu Art. 111 VG ist nun bei Rechtsmängeln auch eine Minderung möglich.¹⁹⁴

bb) Teilleistung?

Fraglich ist aber, ob Art. 582 ZGB auch für die quantitativen Abweichungen bei der Leistung gilt. Aus den Art. 577 und 582 ZGB ergibt sich, dass der chinesische Gesetzgeber bewusst zwischen zwei grundlegenden Formen der Vertragsverletzung unterschieden hat, nämlich der Nichtleistung und der Schlechtleistung. Diese Unterscheidung bildet daher die Grundlage der in Art. 582 ZGB verankerten Mängelhaftung. Folglich fällt eine Teilleistung, die zwar ebenfalls *nicht vertragsgemäß ist*, nicht in den Anwendungsbereich des Art. 582 ZGB, so dass kein Raum für eine Minderung gegeben ist.¹⁹⁵

cc) Verzögerung der Leistung?

Konsequenterweise ist das Recht auf Minderung auch bei verspäteter Erfüllung ausgeschlossen. Da die Verzögerung der Leistung in der Regel die Qualität und den Wert des Leistungsgegenstandes selbst nicht beeinflusst, wird der dadurch entstandene Schaden durch den Verzögerungsschadensersatz ausreichend abgedeckt,¹⁹⁶ ohne dass ein Minderungsrecht in Betracht gezogen werden muss.¹⁹⁷

b) Natur des Minderungsrechts

Ob es sich bei dem Minderungsrecht um einen Anspruch oder um ein Gestaltungsrecht handelt, ist in der Literatur umstritten: Nach der Anspruchstheorie ist die Herabsetzung des Preises nicht Sache des einseitigen Willens des Gläubigers, sondern muss mit dem Schuldner ausgehandelt oder vom Gericht entschieden werden, denn wenn die Minderung als Gestaltungsrecht eingestuft wird, wird dem Gläubiger das Recht eingeräumt, *einseitig* über

¹⁹⁴ Vgl. auch Art. 723 ZGB, der besagt: „1. Macht ein Dritter Rechte geltend, sodass der Mieter die Mietsache nicht gebrauchen [oder] keine Nutzungen daraus ziehen kann, kann der Mieter fordern, den Mietzins zu *mindern* oder keinen Mietzins zu zahlen. 2. Macht ein Dritter Rechte geltend, muss der Mieter den Vermieter unverzüglich benachrichtigen.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 326.

¹⁹⁵ Vgl. aber *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 853: In Analogie zu Art. 111 VG (= Art. 582 ZGB)

¹⁹⁶ *Han, Shiyuan*, Tsinghua L. Rev. 2008, 15, 23.

¹⁹⁷ Vgl. aber Art. 800 ZGB, der besagt: „Wenn die Qualität von Voruntersuchung oder Planung nicht den Anforderungen entspricht oder die Voruntersuchungs- [oder] Planungsschriftstücke *nicht fristgemäß* übergeben werden, sodass die [daraus resultierende] Verzögerung der Bauzeit dem Auftraggeber einen Schaden verursacht, müssen diejenigen, die Voruntersuchung [oder] Planung durchführen, diese weiter vervollkommen, *die Gebühren dafür ermäßigen* oder erlassen und den Schaden ersetzen.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 337.

den konkreten Minderungsbetrag zu entscheiden, was in der Praxis kaum durchsetzbar ist.¹⁹⁸ Demgegenüber ist nach der Gegenauffassung zwischen dem Vorgang und dem Ergebnis der Minderung zu unterscheiden, wobei die Minderung ein Gestaltungsrecht im Sinne der *Gestaltung* des Inhalts des Vertragsverhältnisses und ihr Ergebnis ein Anspruch auf Minderung ist.¹⁹⁹ Die Beantwortung dieser Frage ist m.E. im Zusammenhang mit dem *Wesen* der Minderung zu sehen: Zuerst ist die Minderung, wie sie vom Gesetz ursprünglich als Abhilfe für Mängel vorgesehen war, ein Produkt des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung und nicht das Resultat eines Regimes zum Ausgleich des dem Gläubiger durch eine Vertragsverletzung entstandenen Schadens.²⁰⁰ Als solche ist sie also nicht *zurechnungsrelevant* und eignet sich daher auch nicht für die Konstruktion als *Haftung* aus einer Vertragsverletzung. Sie kann nicht als eine Sanktion angesehen werden und unterliegt folglich nicht dem Willen der anderen Partei. Insofern ist das Ergebnis einer einverständlichen Minderung, wie sie die Anspruchsdoktrin mit sich bringt, hier nicht sachgerecht. Im Hinblick auf die Umgestaltung des Vertragsverhältnisses ist es daher vorzuzugswürdig, den gestaltenden Charakter des Minderungsrechts beizubehalten.²⁰¹

c) Berechnung der Minderung

Für die Berechnung der Minderung gibt es keine allgemeine Regelung. Im Falle eines Kaufvertrags sieht Art. 17 Abs. 1 S. 2 Erläuterungen des OVG zu Kaufverträgen²⁰² vor, dass der Käufer den Preisunterschied anhand des Marktwertes der vereinbarten Sache und der tatsächlich übergebenen Sache im Zeitpunkt der Lieferung berechnen kann. Damit wird zum einen der Zeitpunkt für die Berechnung der Minderung, nämlich die Lieferung der Kaufsache, und zum anderen die Berechnungsgrundlage, also die Differenzmethode, festgelegt. Daher unterscheidet sie sich von der in § 441 Abs. 3 BGB verankerten proportionalen Methode. Die letztgenannte Berechnungsmethode wäre rechtspolitisch aber zu bevorzugen, als sie das von den Parteien bei Vertragsabschluss vereinbarte Verhältnis zwischen Leistung und

¹⁹⁸ Wohl die h.M., vgl. nur Zhou, *Youjun*, Legal F. 2014, 107, 111.

¹⁹⁹ Han, *Shiyuan*, Tsinghua L. Rev. 2008, 15, 19 ff.

²⁰⁰ Cui, *Jianyuan*, Sci. L. 2012, 93, 96.

²⁰¹ Im Übrigen ist die „Vollendung“ der Minderung, die sich an die Minderungserklärung anschließt, nur die Verwirklichung der Minderungsfolge und ist für die Ausgestaltung eines Minderungsrecht nicht relevant. Ein Rückgriff auf den Willen der anderen Partei ist jedenfalls abzulehnen, wenn durch die Minderung ähnliche Rechtsfolgen wie die einer Vertragsänderung eintreten.

²⁰² Art. 17 Abs. 1 S. 2 Erläuterungen des OVG zu Kaufverträgen besagt: „Das Volksgericht unterstützt, wenn die Parteien geltend machen, den Preisunterschied anhand des Marktwertes eines den Vereinbarungen entsprechenden Vertragsgegenstands und des tatsächlich übergebenen Vertragsgegenstands im Zeitpunkt der Übergabe zu berechnen.“ Übersetzt von Pißler, ZChinR 2021, 207, 211. Auch dies beruht eher auf praktischen als auf theoretischen Überlegungen, vgl. Xi, Xiaoming (Hrsg.), *Das Verständnis und die Anwendung der gerichtlichen Auslegung von Kaufverträgen* durch den OVG, 2012, S. 384 : „Unter Berücksichtigung der gegenwärtigen objektiven Situation und des Entwicklungsstands der Prozesspraxis sowie unter dem Gesichtspunkt der Erleichterung der Abwicklung von Rechtsstreitigkeiten hat sich die Redaktionsgruppe der Gerichtsauslegung für die erste Lösung [hier: Differenzmethode] entschieden...“

Gegenleistung so weit wie möglich aufrechterhält, um es nicht durch eine Preisminderung zu stören.²⁰³

IV. Gläubigerverzug nach Art. 589 ZGB

Im Gegensatz zum bisherigen VG hat der ZGB-Gesetzgeber mit Art. 589 ZGB²⁰⁴ erstmals das Institut des Gläubigerverzuges eingeführt.²⁰⁵ Bereits vor der Kodifizierung des ZGB war dieses Rechtsinstitut anerkannt: Darunter versteht man also das Versäumnis des Gläubigers, das Leistungsangebot des Schuldners anzunehmen oder andere erforderliche Mitwirkung bei der Abwicklung der Leistung vorzunehmen.²⁰⁶ In dieser Hinsicht kann Art. 589 ZGB aber nur als eine Teilregelung der typischen Aspekte angesehen werden, insbesondere der Rechtsfolgen des Verzuges des Gläubigers. Da die Diskussion des Gläubigerverzuges in der chinesischen Literatur weitgehend von den Theorien des deutschen Rechts inspiriert ist und der ZGB-Gesetzgeber sich nur begrenzt damit befasst hat, wird im Folgenden dann nur eine kurze Darstellung gegeben.

1. Voraussetzungen

a) Die Notwendigkeit der Mitwirkung des Gläubigers

Erstens ist die aktive Mitwirkung des Gläubigers für die Erfüllung der Schuld erforderlich, d. h. ohne ihre Unterstützung wäre der Schuldner nicht in der Lage, die Erfüllung seiner Schuld zu vollenden, auch wenn der genaue Inhalt dieser Mitarbeit im Einzelfall unterschiedlich sein mag.²⁰⁷

b) Das vertragsgemäße Leistungsangebot des Schuldners

Zweitens setzt nach Art. 589 Abs. 1 ZGB der Gläubigerverzug voraus, dass der Schuldner seine Leistung vertragsgemäß *erbringt*: Dabei genügt es - auch wenn dies vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich vorgesehen ist -, dass der Schuldner ein *Leistungsangebot* gestellt hat, d. h., dass der Schuldner die Leistung tatsächlich oder wörtlich angeboten hat.²⁰⁸

²⁰³ Ebenso Han, Shiyuan, VertragsR AT, ⁴2018, S. 861; Zhu, Guangxin, VertragsR AT II, 2018, S. 749.

²⁰⁴ Art. 589 besagt: „I. Erfüllt der Schuldner die Verbindlichkeit nach den Vereinbarungen [und] lehnt der Gläubiger ohne rechtfertigenden Grund die Annahme ab, kann der Schuldner fordern, dass der Gläubiger die zusätzlichen Kosten ersetzt. II. Während der Gläubiger im Annahmeverzug ist, hat der Schuldner keine Zinsen zu zahlen.“ Übersetzt von Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a., ZChinR 2020, 207, 305.

²⁰⁵ Der chinesische Gesetzgeber hat diese Vorschrift vor allem unter Berücksichtigung rechtsvergleichender Regelungen eingefügt, um die Interessen des Schuldners im Falle einer unberechtigten Annahmeverweigerung des Gläubigers zu schützen, die den Nachteil des Schuldners vergrößern würde, s. dazu Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 456.

²⁰⁶ Han, Shiyuan, VertragsR AT, ⁴2018, S. 567.

²⁰⁷ Han, Shiyuan, VertragsR AT, ⁴2018, S. 567.

²⁰⁸ S. auch Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 456.

c) Verweigerung der Annahme durch den Gläubiger

Darüber hinaus muss der Gläubiger das Leistungsangebot des Schuldners ablehnen. Der Begriff „Annahmeverweigerung“ wird hier also in einem weiten Sinne verstanden und umfasst nicht nur die verspätete Annahme, sondern auch Fälle, in denen die Verweigerung durch das eigene Verhalten des Gläubigers eindeutig angezeigt wird.²⁰⁹

d) Ohne triftige Gründe

Schließlich muss die Weigerung des Gläubigers, die Leistung anzunehmen, ungerechtfertigt sein. So liegt *kein* Annahmeverzug vor, wenn der Schuldner den Gegenstand mit schwerwiegenden Qualitätsmängeln, Lieferverzögerungen oder anderen Vertragsverletzungen liefert, die die Erreichung des Vertragszwecks verhindern.²¹⁰ Ist die Leistung des Schuldners aber nur sehr geringfügig mangelhaft, stellt dies keinen triftigen Grund für den Gläubiger dar, die Abnahme zu verweigern.²¹¹

2. Rechtsfolgen

a) Ersatz der Mehraufwendungen nach Art. 589 Abs. 1 ZGB

Nach Art. 589 Abs. 1 ZGB kann der Schuldner vom Gläubiger zunächst Ersatz für die durch den Verzug des Gläubigers bei der Annahme entstandenen Mehrkosten verlangen. Dazu gehören z.B. die Kosten des Schuldners für das Angebot der Leistung, die notwendigen Kosten für die Aufbewahrung des Gegenstandes sowie sonstige mit der Verwertung des nicht zur Aufbewahrung geeigneten Gegenstandes verbundene Kosten.²¹²

b) Die Entlastung von Zinsen nach Art. 589 Abs. 2 ZGB

Daneben braucht der Schuldner nach Art. 589 Abs. 2 ZGB auch keine Zinsen für den *Zeitraum* zu zahlen,²¹³ in dem der Gläubiger mit der Annahme in Verzug ist.²¹⁴

c) Haftungsmilderung des Schuldners

Außerdem ist der Schuldner im Falle des Gläubigerverzuges verpflichtet, den Gegenstand in Verwahrung zu nehmen, wenn er ihn nicht hinterlegt hat.²¹⁵ In diesem Fall kommt also Art.

²⁰⁹ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 456 f.

²¹⁰ Vgl. z. B. Art. 610 S. 1 ZGB, der besagt: „Kann der Vertragszweck nicht realisiert werden, weil der Vertragsgegenstand den Qualitätsanforderungen nicht entspricht, kann der Käufer die Annahme des Vertragsgegenstands verweigern oder den Vertrag auflösen.“ Übersetzt von Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a., ZChinR 2020, 207, 308.

²¹¹ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 457.

²¹² Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 458.

²¹³ Daher setzt sie den Beginn und die Beendigung des Annahmeverzuges voraus und unterscheidet sich insoweit nicht von der Rechtslage nach dem BGB.

²¹⁴ Insoweit ist mit § 301 BGB vergleichbar.

²¹⁵ Zur Hinterlegung, vgl. Art. 570 ZGB, der besagt: „I. Liegt einer der folgenden Umstände vor, [sodass] es schwer ist, die Verbindlichkeit zu erfüllen, kann der Schuldner deren Gegenstand hinterlegen: 1. Der Gläubiger lehnt die Annahme ohne rechtfertigenden Grund ab...“ Übersetzt von Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a., ZChinR 2020, 207, 302.

897 ZGB²¹⁶ über unentgeltliche Verwahrungsverträge *entsprechend* zur Anwendung, wonach der Schuldner für den zufälligen Untergang oder das zufällige Abhandenkommen des Gegenstandes während des Annahmeverzuges grundsätzlich nur für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit haftet.

d) Gefahrübergang

Schließlich wirkt sich der Verzug des Gläubigers auch auf die Verteilung des Risikos der Gegenleistung aus.²¹⁷

V. Beiderseitige Vertragsverletzungen nach Art. 592 Abs. 1 ZGB

Nach Art. 592 Abs. 1 ZGB²¹⁸ trifft jede Partei, die den Vertrag verletzt, die Haftung für die jeweilige Vertragsverletzung.²¹⁹ Dies wird als „beiderseitige Vertragsverletzungen“ bezeichnet.²²⁰ Obwohl die Tauglichkeit dieses Konzepts bereits im WVG umstritten war,²²¹ hat es sich aber in der späteren Literatur, Praxis und Gesetzgebung durchweg bestätigt,²²² und wird daher im Folgenden als eigenständige These aufgestellt. Der Grundsatz der „jeweiligen Haftung“ enthält jedoch nur eine tendenzielle Vorgabe und muss daher durch zusätzliche Kriterien ergänzt werden.

1. Verhältnis mit der Einrede des nichterfüllten Vertrages

Da bei einem einseitigen Vertrag in der Regel nur eine Partei zur Leistung verpflichtet ist und eine zweiseitigen Vertragsverletzung nicht in Frage kommt,²²³ beschränkt sich die folgende Darstellung auf den gegenseitigen Vertrag, wobei es vor allem um die Frage geht, in welchem Verhältnis sie zur Einrede des nichterfüllten Vertrages steht.

a) Die Einrede des nichterfüllten Vertrages im ZGB

aa) Die Einrede der Zug um Zug-Erfüllung nach Art. 525 ZGB

Nach Art. 525 S. 1 ZGB müssen die Parteien im Falle der gegenseitigen Verbindlichkeiten, dies Zug um Zug erfüllen, wenn es keine Reihenfolge für deren Erfüllung gibt.²²⁴ Demnach

²¹⁶ S. auch unten S. 190 Fn. 85.

²¹⁷ So besagt beispielsweise Art. 608 ZGB: „Hat der Verkäufer nach den Vereinbarungen oder gemäß Art. 603 Abs. 2 Nr. 2 dieses Gesetzes den Vertragsgegenstand am Übergabeort bereitgestellt [und] nimmt der Käufer ihn unter Verstoß gegen die Vereinbarungen nicht in Empfang, wird die Gefahr der Verschlechterung [und] des Untergangs des Vertragsgegenstands ab dem Verstoß gegen die Vereinbarungen vom Käufer getragen.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 308.

²¹⁸ Vorläufer dieser Vorschrift sind Art. 113 AGZR sowie Art. 120 VG, ohne inhaltliche Veränderungen.

²¹⁹ Art. 592 Abs. 1 ZGB besagt: „Wenn alle Parteien gegen den Vertrag verstoßen, haftet jeder entsprechend.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 306.

²²⁰ *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 466.

²²¹ Dagegen vor allem *Liang, Huixing*, J. ZNEL U. 1991, 95, 98.

²²² Vgl. näher *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 807 f.

²²³ Ebenso *Wang, Liming*, Civ. & Comm. L. Rev. 1995, 1, 26.

²²⁴ Art. 525 ZGB besagt: „Haben die Parteien *gegenseitig* Verbindlichkeiten, für deren Erfüllung es keine Reihenfolge gibt, müssen sie gleichzeitig erfüllen. Eine Seite ist vor der Erfüllung durch die andere Seite

steht jeder Partei das Recht zu, das Erfüllungsbegehren abzulehnen, bevor die andere Partei erfüllt hat (Art. 525 S. 2 ZGB). Dasselbe gilt für den Fall, dass eine Partei den Vertrag nicht vereinbarungsgemäß erfüllt: In diesem Fall kann die andere Partei ihr Erfüllungsverlangen gemäß Art. 525 S. 3 ZGB entsprechende ablehnen.

bb) Die Einrede der Vorleistung nach Art. 526 ZGB

Neben den oben genannten Fällen, in denen es keine Reihenfolge zur Erfüllung zwischen den Parteien gibt, hat der chinesische Gesetzgeber auch in Art. 526 ZGB die sog. Einrede der Vorleistung für Fälle vorgesehen, in denen zwischen den Parteien eine Reihenfolge zur Erfüllung besteht.²²⁵ Ob diese Rechtsfigur eigenständige Bedeutung trägt, ist aber fraglich.²²⁶ Denn bei einer sog. beständigen Vorleistungspflicht kann die Leistung des Vorleistungsberechtigten nicht fällig werden, wenn der Vorleistungspflichtige noch nicht leistet; bei der nichtbeständigen Vorleistungspflicht hingegen kann der Vorleistungsberechtigte ab dem Fälligkeitszeitpunkts der Vorleistung die Einrede der gleichzeitigen Erfüllung ausüben, soweit der Vorleistungspflichtige die Leistung noch nicht erbringt.²²⁷

cc) Die Unsicherheitseinrede nach Art. 527 Abs. 1 ZGB

Schließlich kann die Partei, die zuerst eine Verbindlichkeit erfüllen muss, die eigene Erfüllung gem. Art. 527 Abs. 1 ZGB aussetzen, wenn sie eindeutige Beweise dafür hat, dass die andere Partei die Fähigkeit zur Erfüllung verloren geht oder verloren gehen kann.²²⁸ Hat die Partei aber ohne betreffende Beweise dafür die Erfüllung ausgesetzt, haftet sie dann für Vertragsverletzung (Art. 528 Abs. 2 ZGB).

berechtigt, deren Forderung nach Erfüllung abzulehnen. Entspricht die Erfüllung einer Seite den Vereinbarungen nicht, ist die andere Seite berechtigt, deren Forderung nach der entsprechenden Erfüllung abzulehnen.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 294.

²²⁵ Art. 526 ZGB besagt: „Wenn die Parteien gegenseitig Verbindlichkeiten haben, für deren Erfüllung eine Reihenfolge besteht, und die Seite, die die Verbindlichkeit zuerst erfüllen muss, nicht erfüllt hat, ist die Seite, die danach erfüllen [muss], berechtigt, deren Forderung nach Erfüllung abzulehnen. Entspricht die Erfüllung der Verbindlichkeit der Seite, die zuerst erfüllen [muss], den Vereinbarungen nicht, ist die Seite, die danach erfüllen [muss], berechtigt, deren Forderung nach der entsprechenden Erfüllung abzulehnen.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 294.

²²⁶ *Li, Jianxing*, Jur. Rev. 2018, 106 ff.

²²⁷ Vgl. zu dieser Problematik aus Sicht des deutschen Rechts *Huber*, Leistungsstörungen I, 1999, § 15 (S. 366 ff.).

²²⁸ Art. 527 Abs. 1 ZGB besagt: „Hat die Partei, die zuerst eine Verbindlichkeit erfüllen muss, eindeutige Beweise, die das Vorliegen einer der folgenden Umstände bei der anderen Seite nachweisen, kann sie die Erfüllung aussetzen: 1. Die Geschäftsverhältnisse haben sich erheblich verschlechtert; 2. [die andere Partei] hat Vermögen übertragen [oder] Geldmittel abgezogen, um sich Verbindlichkeiten zu entziehen; 3. die geschäftliche Kreditwürdigkeit ist verloren gegangen; 4. andere Umstände liegen vor, unter denen die Fähigkeit zur Erfüllung der Verbindlichkeit verloren geht oder verloren gehen kann.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 294.

b) Die Auflösung der Problematik der beiderseitigen Vertragsverletzungen durch die Einrede des nichterfüllten Vertrages?

Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass die sog. gegenseitige Vertragsverletzungen im Allgemein²²⁹ durch das Verhältnis von Leistungs- und Gegenleistungspflicht gelöst werden: Soweit eine Einrede gegen die Erfüllung noch möglich ist, wird die Verletzung der anderen Partei dadurch ausgeschlossen, dass die Verletzung der anderen Partei ihr *vorausgeht*. Eine Verweigerung an sich stellt also keine Vertragsverletzung dar.²³⁰ So ist es bei einem gegenseitigen Vertrag nicht möglich, dass beide Parteien *gleichzeitig* mit der Erfüllung der im Austauschverhältnis bestehenden Leistungspflichten in Verzug geraten.²³¹ Ebenso können bei derselben Leistung ein Leistungsverzug der einen Partei und ein Annahmeverzug der anderen Partei *nicht* nebeneinander bestehen.²³²

²²⁹ Vgl. aber *Teubner*, Gegenseitige Vertragsuntreue, 1975, S. 103 : „Sämtliche Probleme gegenseitiger Vertragsuntreue lassen sich über die ausschließliche Anwendung der *Synallagma-Regeln* lösen.“

²³⁰ Vgl. z. B. Entscheidung des OVG: (2013) Zui Gao Fa Min Yi Zhong Nr. 181 (最高人民法院民事判决书, (2013) 最高法民一终字第181号): In diesem Fall ging das Gericht davon aus, dass das Versäumnis des Verkäufers, den Turm vertragsgemäß zu liefern, keine Vertragsverletzung darstellte, da ihm die Einrede der Vorleistung *zustand*. Abgedruckt auch in: Amtsblatt des OVG 2015, Nr. 11.

²³¹ So *Huber*, Leistungsstörungen I, 1999, § 14 I 1 (S. 349); vgl. aber Entscheidung des OVG: (2010) Zui Gao Fa Min Yi Zhong Nr. 18 (最高人民法院民事判决书, (2011) 最高法民一终字第18号): In diesem Fall konnte der Mieter das vom Vermieter gelieferte Hotel nicht betreiben, weil die feuertechnische Prüfung nicht bestanden hatte. Der Mieter hatte die Miete auch nicht bezahlt. In Bezug auf die Vereinbarung im Mietvertrag, dass „jede Partei der anderen Partei bei Vertragsbruch einen Schadenersatz in Höhe von 5 Millionen RMB zu zahlen hat“, stellte das Gericht fest, dass es so zu verstehen sei, dass beide Parteien die gleiche Haftung für Vertragsbruch und den gleichen Betrag an pauschalem Schadenersatz tragen sollten, unabhängig von der Vertragsverletzung durch eine der beiden Parteien und unabhängig von der Art der Vertragsverletzung. M.E. ist es zweifelhaft, ob der Wille der Parteien in diesem Fall so starr ausgelegt werden kann, denn wenn der Vermieter in Verzug wäre, würde die Weigerung des Mieters, die Miete zu zahlen, eine Ausübung der Einrede der Nichterfüllung darstellen, d. h. in diesem Fall ist der Verzug der einen Partei bereits auf der Ebene des Tatbestandes durch den Verzug der anderen Partei ausgeschlossen. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn die Leistung des Vermieters als *unmöglich* angesehen würde.

²³² Vgl. aber Entscheidung des OVG: (2013) Zui Gao Fa Min Ti Nr. 138 (最高人民法院民事判决书, (2013) 最高法民提字第138号): In diesem Fall hatte der Verkäufer die Waren angeboten, indem er dem Käufer eine *Übertragungsbescheinigung* für die Waren zukommen ließ, nicht aber die *Dokumente* für die Abnahme der Waren. Anschließend wurde dem Käufer auch mitgeteilt, dass dieser rechtzeitig eine *Versicherung* für die Lagerung der Ware abschließen sollte. Der Käufer hatte die Waren nicht rechtzeitig abgenommen, indem er sich nicht mit dem Verkäufer über die *unvollständige* Übergabe der Waren bekannt gemacht, und er hatte auch keine Versicherung abgeschlossen. Einen Monat später brach in dem Lagerhaus ein Feuer aus und die Waren gingen verloren. Das Gericht stellte fest, dass der Verkäufer den Vertrag gebrochen hatte, weil er nicht alle *Lieferanforderungen* erfüllte. Das Versäumnis des Käufers, sich rechtzeitig mit ihr in Verbindung zu setzen, stellte ebenfalls eine Verletzung einer Nebenpflicht dar, und der Verzug bei der Abnahme der Waren erhöhte das Erfüllungsrisiko. Selbst wenn der Käufer nicht bereit war, die Versicherungsprämie zu zahlen, hätte er den Verkäufer rechtzeitig informieren und sich mit ihm über die im Vertrag nicht vereinbarten Punkte austauschen müssen, um den Verlust des Versicherungsschutzes für die Waren zu vermeiden, und hätte daher den Verlust der Waren in diesem Fall mit dem Verkäufer teilen müssen. M.E. ist es zweifelhaft, ob der Verkäufer in diesem Fall seine Lieferpflicht verletzt hat, denn ob der Käufer nicht in der Lage war, die Waren aufgrund des vom Verkäufer vorgelegten Eigentumsnachweises abzunehmen, ist eine Schlüsseltatsache, die zunächst vom Tatsachengericht festzustellen ist. Mit anderen Worten, die Frage, ob die fehlende Dokumentation der vom Verkäufer gelieferten Waren den Käufer daran *hinderte*, die Waren abzunehmen, ist in diesem Fall der entscheidende Punkt, um zu entscheiden, ob der *Verkäufer* in Verzug oder der *Käufer* in Verzug war. Wird die Lieferung des Verkäufers als mangelhafte Leistung bewertet, ist es in der Tat auch schwierig zu bestimmen, welche Rechte dem Käufer in Bezug auf diese Mangelhaftigkeit zustehen kann, solange er den Mangel noch nicht *gerügt* hat. Davon zu trennen ist die Frage, ob der Käufer es versäumt hat, die Ware rechtzeitig zu

2. Die Flucht in die Regel der beiderseitigen Vertragsverletzungen

Zu beachten ist auch dabei, dass die Anwendung der Regelung der sog. beiderseitige Vertragsverletzungen in der chinesischen Gerichtspraxis eher auf einer pragmatischen Überlegung beruht, um eine pauschale Entweder-oder-Lösung zu vermeiden.²³³ Dieser Vorgehensweise ist jedoch untragbar, weil das Entstehen eines Leistungshindernisses in der Regel nur einer Partei und nicht beiden zugerechnet werden kann, d. h. das Leistungsstörungenrecht beruht also auf dem Grundsatz dem Alles-oder-Nichts-Prinzip und der gesetzliche Risikoverteilungsmechanismus wird nur unter außergewöhnlichen Umständen korrigiert.²³⁴ Da Vertragsverletzungen beider Parteien in der Regel als Ergebnis einer gegenseitigen „Anrechnung“ angesehen werden, wird der vertragsbezogenen Abwicklungsmechanismus auch infolge *einer* Vertragsverletzung der Partei, der sich aus der Einzelbeobachtung ergibt, oft nicht hinreichend berücksichtigt. Die *Kompensierung* der Verletzungen beider Parteien ist also zweifellos der *einfachere* Weg zur Streitentscheidung als die *komplizierte* Liquidation des gescheiterten Vertrages, weshalb erstere in der Praxis häufig missbraucht wird.²³⁵ Dieses Phänomen kann man also als „Flucht in die Regelung der beiderseitigen Vertragsverletzungen“ bezeichnet werden.²³⁶

3. Der Vertragsaufhebung bei Verletzungen beider Parteien

Im Übrigen wirken sich die beiderseitige Vertragsverletzungen auch auf das Vertragsaufhebungsrecht aus. In dieser Hinsicht wird die Frage, ob das gesetzliche

versichern: Selbst wenn festgestellt wird, dass der Verkäufer mit der Lieferung in *Verzug* ist, besteht in diesem Fall auch kein Kausalzusammenhang mit dem vom Käufer erlittenen Schaden, denn auch wenn der Verkäufer seine Leistung rechtzeitig erbracht hätte, hätte der Käufer sie nicht rechtzeitig entgegengenommen, und sein eventueller Schaden würde allein durch sein eigenes Versäumnis, die Waren zu versichern, verursacht.

²³³ Vgl. z. B. Entscheidung des OVG: (2014) Zui Gao Fa Min Shen Nr. 1893 (最高人民法院民事判决书, (2014) 最高法民申字第1893号): In diesem Fall ging das Gericht davon aus, dass der Mietvertrag eine eindeutige Vereinbarung über die Übergabe der betreffenden Immobilie getroffen hatte und der Vermieter seinen späteren Übergabeverpflichtungen nicht vertragsgemäß nachkam, was einen Fall von *verspäteter und unvollständiger Erfüllung* darstellte. Da der Mieter bei der Erfüllung des Vertrages ebenfalls gegen den Vertrag verstoßen hat, indem er es *nicht gelungen* ist, mit dem Vermieter eine Einigung über die zu mietende Fläche zu erzielen, sollten die beide Parteien nach den tatsächlichen Umständen des Falles *nicht* für die jeweiligen Vertragsverletzungen der anderen Partei verantwortlich gemacht werden.

²³⁴ Vgl. zur Korrektur mithilfe des § 313 BGB *Riehm*, in: Effer-Uhe/Mohnert (Hrsg.), Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, S. 11, 15.

²³⁵ Vgl. insbesondere die Entscheidung in S. 167 Fn. 104, in dem das Gericht zu dem Schluss kam, dass das politische Risiko, das technische Risiko und das sich daraus ergebende Risiko von Investitionsverlusten, die sich aus den Bitcoin-Mining-Aktivitäten ergeben, von den Anlegern selbst zu tragen sind, da beide Parteien für die Nichtigkeit des Vertrages verantwortlich waren und daher die Folgen der entsprechenden Verluste von jeder Partei *selbst* zu tragen sind. M.E. zielt dieser Rückgriff auf das beiderseitige Verschulden am Vertragsabschluss - neben anderen etwaigen politischen Erwägungen, wie z. B. der Auferlegung eines Negativanreizes für den Abschluss der Bitcoin-Mining-Verträgen - vor allem darauf ab, die Prüfung des komplizierten Vorgangs der Vertragsabwicklung zu umgehen.

²³⁶ Die Verbreitung des Phänomens der beiderseitigen Vertragsverletzungen in der Praxis ist - neben der Umgehung komplexer Abwicklungsverfahren - vor allem auf die isolierte Betrachtungsweise der beiderseitigen Leistungspflichten zurückzuführen, insbesondere bei gegenseitigen Verträgen, bei denen die Verletzung der Leistungspflicht durch eine Partei häufig Auswirkungen auf die Feststellung der *Pflichtverletzung* der anderen Partei hat, was häufig übersehen wird.

Vertragsaufhebungsrecht des Gläubigers nach Art. 563 Abs. 1 ZGB durch eine eigene Vertragsverletzung ausgeschlossen ist, also nicht zu einer eigenständigen Prüfungskomponente gemacht. Vielmehr ist in diesem Fall nach der in der Rechtsprechung häufig verwendeten Formel die Verteilung der vertraglichen Verpflichtungen, den Grad der Vertragserfüllung und das Ausmaß der jeweiligen Vertragsverletzung berücksichtigen, um zu entscheiden, ob eine der Vertragsparteien das Vertragsaufhebungsrecht haben sollte.

VI. Änderung der Umstände nach Art. 533 ZGB

Jeder Vertrag setzt zum Zeitpunkt seines Abschlusses, unabhängig davon, ob sich die Parteien dessen bewusst sind oder nicht, ein bestimmtes allgemeines Verhältnis bzw. Umfeld voraus, wie z. B. die zu diesem Zeitpunkt bestehende Rechtsordnung, die Wirtschaftsordnung, die bestimmte Kaufkraft des Geldes und die üblichen Geschäftsbedingungen.²³⁷ Wenn sich diese allgemeinen Verhältnisse unvorhersehbar wesentlich ändern, dann stellt sich die Frage, ob die Parteien dann noch an den Inhalt des ursprünglichen Vertrages gebunden sind. Um diese Problematik zu lösen, hat der ZGB-Gesetzgeber in Art. 533 ZGB erstmal eine Regelung zur Änderung der Umstände vorgesehen. Bereits vor Inkrafttreten des ZGB ist sie in der Tat anerkannt.²³⁸ Es handelt sich dabei um das Eingreifen der richterlichen Gewalt, um die Klauseln eines Vertrages zu ändern oder ihn zu beenden, um die Vorteile und Risiken des Geschäfts zwischen den Vertragsparteien über den Willen der Vertragsparteien hinaus neu zu verteilen, mit dem Ziel der Fairness und Gerechtigkeit.²³⁹ Dieser Zustand des *Richterrechts* wird nach dem ZGB auch weitgehend fortbestehen, weshalb es notwendig ist, vor der Erörterung des Art. 533 ZGB einen Rückblick auf die bisherige Rechtslage darzustellen.

1. Lösung vor der Kodifizierung des ZGB

Zwar wurde das Rechtsinstitut der Änderung der Umstände bereits 1992 durch eine Entscheidung²⁴⁰ in der Praxis aufgestellt,²⁴¹ gelangte die entsprechende Regelung aber nicht in

²³⁷ Han, *Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 488.

²³⁸ Vgl. dazu bereits Liang, *Huixing*, Chin. J. L. 1988, 35 ff.

²³⁹ Vgl. Entscheidung des OVG: (2013) Zui Gao Fa Min Ti Nr. 137 (最高人民法院民事判决书, (2013) 最高法民提字第137号).

²⁴⁰ So die Entscheidung *Wuhan Stadt Gas Corp. gegen Chongqing Prüfgerätewerk*, abgedruckt in: Amtsblatt des OVG 1996, Nr. 2, und die englische Fassung unter <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=case&id=595> teilweise abrufbar.

²⁴¹ In diesem Fall geht es um einen Vertrag über die Lieferung von Einzelteilen für Gaszähler. Im Zuge der Durchführung des Vertrages wurde der Preis für Aluminiumbarren, dem Hauptrohstoff für die Herstellung von Gaszähler, aufgrund einer Änderung der Umstände, die die Parteien nicht vorhersehen und verhindern konnten, von den nationalen Preisen von 4,400 Yuan bis 4,600 Yuan pro Tonne zum Zeitpunkt der Vertragsschluss auf 16,000 Yuan pro Tonne erhöht. Es ist daher unbillig, wenn der Messgerätehersteller weiterhin verpflichtet ist, die Hauptbestandteile des Gaszählers zu dem im ursprünglichen Vertrag vereinbarten Preis zu liefern. Die sich daraus ergebende Streitigkeit zwischen den beiden Parteien sollten nach Ansicht des Oberen Volksgerichts der Hubei Provinz aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben unter Anwendung des Prinzips der Änderung der Umstände fair und angemessen behandelt werden.

das 1999 erlassene VG.²⁴² Das Fehlen eines solchen Instituts hat dazu geführt, dass man oft auf Regelungen wie Unmöglichkeit der Leistung (insbesondere überhöhte Erfüllungskosten) und Vertragsaufhebung wegen höherer Gewalt zurückgreifen musste, um die einschlägigen Fragen zu lösen. In Einzelfällen hat dieser Ansatz gelegentlich zu einem vernünftigen Ergebnis beigetragen, doch auf Kosten eines klareren Begriffssystems.²⁴³ In der Literatur besteht zwar ein dogmatischer Ansatz, der die Regelung der höheren Gewalt als normative Grundlage für die Änderung der Umstände heranzieht,²⁴⁴ wobei der rechtstechnische Anknüpfungspunkt die „Unmöglichkeit der Erfüllung“ in Art. 117 VG ist, die neben der rechtlichen und faktischen Unmöglichkeit auch die sog. „wirtschaftliche Unmöglichkeit“ umfassen konnte.²⁴⁵ Dieser Ansatz hat sich jedoch weder in der Theorie noch in der Praxis durchgesetzt.²⁴⁶ Daher wird eine eigenständige Bestimmung als notwendig erachtet, obwohl sich einschlägige Regeln auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ableiten lassen.²⁴⁷ Im Jahr 2009 hat das OVG als Reaktion²⁴⁸ auf die globale Finanzkrise Erläuterungen des OVG zum VG II erlassen, in der in Art. 26 die *Regelung*²⁴⁹ zur Änderung der Umstände²⁵⁰ im chinesischen Recht erst geschaffen wurde.²⁵¹ Danach muss zunächst eine wesentliche Änderung der Umstände eingetreten sein, die von den Parteien nicht vorhersehbar war und die nicht durch allgemeine Geschäftsrisiken abgedeckt ist.²⁵² Zudem stellen solche

²⁴² Bei der Formulierung des VG war eine entsprechende Regelung zuerst in Art. 77 VG-E des Entwurfs vorgesehen, die jedoch vor Vorlage zur Abstimmung vom chinesischen Volkskongress gestrichen wurde. Der Hauptgrund dafür ist, dass der VG-Gesetzgeber befürchtete, dass die Einführung einer solchen Regelung einerseits Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Regelungen wie Unmöglichkeit und höhere Gewalt aufwerfen und andererseits den Grundsatz der strikten Vertragstreue erschüttern würde und daher weiterhin der Praxis überlassen werden sollte, s. dazu *Sun, Haili* (Hrsg.), *Ausgewählte Gesetzgebungsmaterialien zum VG, 1999*, S. 14, 25 f.

²⁴³ Vgl. insbesondere die Entscheidung *Xinyu Corp. gegen Feng Yumei*, s. dazu unten E II 6 a) (S. 224 ff.).

²⁴⁴ Für einen vergleichbaren Ansatz siehe auch § 79 Abs. 1 CISG, wo „Hindernis“ im Sinne dieser Vorschrift auch als Hardschip aufgefasst werden, s. dazu *Schroeter*, *IntUN-KaufR*, 72022, Rn. 797.

²⁴⁵ *Han, Shiyuan*, *Peking U. L. J.* 2014, 657, 660 f.

²⁴⁶ So *Han, Shiyuan*, *Peking U. L. J.* 2014, 657, 661.

²⁴⁷ Im Kern ist das Prinzip der Änderung der Umstände also eine spezielle Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben, die darauf abzielt, die unbilligen Folgen einer veränderten Umstände auf den Vertrag zu beseitigen, s. dazu *Liang, Huixing*, *Chin. J. L.* 1988, 35, 46.

²⁴⁸ Vgl. Nr. 165 Erläuterungen des OVG zum VG II: „Um sicherzustellen, dass die Volksgerichte auf allen Ebenen die Verfahren von Art. 26 dieser gerichtlichen Auslegung strikt anwenden, insbesondere in der gegenwärtigen internationalen Finanzkrise, müssen ihre einheitlichen Rechtsstandards uneingeschränkt berücksichtigt, der gesunde und stabile Betrieb der Finanzindustrie garantiert und gewartet und aufrechterhalten werden.“

²⁴⁹ Zur *Rechtsqualität* der Erläuterungen des OVG, vgl. oben A I 1 (S. 113 f.).

²⁵⁰ Methodisch geht es also um die *Rechtsfortbildung* durch OVG, s. auch *Pißler*, *RabelsZ* 2016, 372, 386 f.

²⁵¹ Art. 26 Erläuterungen des OVG zum VG II bestimmt: „Wenn nach der Errichtung des Vertrages aus objektiven Umständen erhebliche Änderungen auftreten, welche die Parteien bei Errichtung des Vertrages nicht vorhersehen konnten, nicht durch höhere Gewalt verursacht wurden und nicht zu den Geschäftsrisiken gehören, so dass die weitere Erfüllung des Vertrages für eine Partei offensichtlich ungerecht ist oder der Zweck des Vertrages nicht verwirklicht werden kann, muss das Volksgericht, wenn die Parteien vor dem Volksgericht fordern, den Vertrag zu ändern oder aufzulösen, gemäß dem Prinzip der Gerechtigkeit und unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände des Falles bestimmen, ob [der Vertrag] geändert oder aufgelöst wird.“ Übersetzt von *Pißler*, *ZChinR* 2009, 288, 292 f.

²⁵² Diese Anforderung wird ebenfalls in Art. 533 ZGB gestellt.

Veränderung der Umstände auch keine höhere Gewalt dar, d. h. die Veränderung der Umstände von der höheren Gewalt zu unterscheiden ist.²⁵³

2. Voraussetzungen

a) Schwerwiegende Änderungen nach Vertragsabschluss

Zunächst müssen sich die *Bedingungen*, die dem Vertrag zugrunde liegen, nach Vertragsabschluss *erheblich* geändert haben. Bei den Art. 533 Abs. 1 ZGB verankerte „dem Vertrag zugrunde liegenden Bedingungen“²⁵⁴ bezieht sich vor allem auf die *objektive* Grundlage oder Umstände,²⁵⁵ die die Grundlage für das Zustandekommen des Vertrages bilden.²⁵⁶ Als wesentliche Änderung versteht man eine Veränderung der objektiven Umstände, die die Grundlage des Vertrages *erschüttern* kann.²⁵⁷ Dies sollte ferner nach Vertragsschluss und vor Vollendung der Erfüllung erfolgen: Tritt sie erst nach Vollendung der Leistung ein, so sind die Leistungspflicht bereits erloschen und eine Anpassung ist weder erforderlich noch möglich.²⁵⁸

b) Unvorhersehbarkeit der Änderungen

Neben einer wesentlichen Änderung der Umstände, die dem Vertrag zugrunde liegen, setzt die Anwendung der Vorschrift über die Änderung der Umstände auch voraus, dass die Parteien diese zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehen konnten. Dahinter steht vor allem der Gedanke, dass die Parteien, wenn sie die Änderung der Umstände vorausgesehen und den Vertrag dann auf dieser Grundlage geschlossen haben, daran gebunden sein sollten.²⁵⁹ Mit anderen Worten: In Bezug auf vorhersehbare Risiken gelten allein die vertraglichen Risikoverteilungsregeln und es gibt keinen Raum für ein Eingreifen des Art. 533 ZGB. Aus dem in diesem Erfordernis enthaltenen Zurechnungselement lässt sich zugleich eine weitere Voraussetzung für die Anwendung der Regelung der Änderung der Umstände ableiten,²⁶⁰ das Erfordernis, dass die Änderung der Umstände nicht den beiden

²⁵³ Krit. dazu *Han, Shiyuan*, JLA 2014, 61 ff.; vgl. aber *Schroeter*, in: DiMatteo/Lei (Hrsg.), *Chinese Contract Law*, 2018, S. 323, 347; eine solche Abgrenzung findet sich nun in Art. 533 ZGB nicht, s. dazu sogleich im Text.

²⁵⁴ Im Unterschied zu der bisherigen juristischen Interpretation (s. oben Fn. 251) hat der Gesetzgeber in Art. 533 ZGB den Ausdruck „dem Vertrag zugrunde liegende Bedingungen“ anstelle der „objektiven Umstände“ übernommen, was jedoch keine inhaltliche Änderung darstellt.

²⁵⁵ Anders als § 313 Abs. 2 BGB wird im chinesischen Vertragsrecht der „Wegfall der subjektiven Geschäftsgrundlage“ vor allem durch die Anwendung des Art. 147 ZGB über größere Missverständnisse gelöst, so besagt Art. 147 ZGB: „Wenn *ein* Zivilrechtsgeschäft aufgrund eines schwerwiegenden *Irrtums* vorgenommen wurde, ist der Handelnde berechtigt, beim Volksgericht oder beim Schiedsorgan die Aufhebung zu verlangen.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 231; zur Anwendbarkeit des Art. 147 ZGB auf die Frage des gemeinsamen Irrtums, vgl. näher *Han, Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 283 ff.

²⁵⁶ *Yin, Fei*, Kommentar zum ZGB - Vertragsbuch - AT, 2020, S. 337, 338.

²⁵⁷ *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 240.

²⁵⁸ *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 241.

²⁵⁹ *Han, Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 500.

²⁶⁰ Wohl *Han, Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 488.

Parteien zuzurechnen sein darf.²⁶¹ Mit anderen Worten findet diese Regelung *nur* dann Anwendung, wenn sie von beiden Parteien nicht zu vertreten ist.²⁶² Dies stellt also einen *ungeschriebenen* Tatbestand des Art. 533 ZGB dar.²⁶³ Dadurch wird die Änderung der Umstände auch oft im Rahmen der Haftungsentlastung²⁶⁴ behandelt.²⁶⁵

c) Änderung der Umstände versus höhere Gewalt

Im Gegensatz zu dem oben genannten Art. 26 Erläuterungen des OVG zum VG II gilt Art. 533 ZGB auch für Änderungen der Umstände aufgrund höherer Gewalt. Dementsprechend wird das Verhältnis zwischen Änderung der Umstände und höherer Gewalt neu geklärt.²⁶⁶

d) Kein Geschäftsrisiko

Ferner darf die Änderung der Umstände nicht in den Bereich eines kommerziellen Risikos²⁶⁷ fallen. Diese bezieht sich vor allem auf ein objektives wirtschaftliches Phänomen, das durch verschiedene unsichere Faktoren in der Geschäftstätigkeit verursacht wird und

²⁶¹ So *Leitende Gruppe des OVG zur Anwendung des ZGB* (Hrsg.), Verständnis und Anwendung zum Vertragsbuch des ZGB II, 2020, S. 744.

²⁶² Vgl. Entscheidung des Oberen Volksgerichts der Qinghai Provinz: (2017) Qing Min Shen Nr. 16 (青海省高级人民法院民事判决书, (2017) 青民申16号): „Der Eintritt des objektiven Umstandes darf nicht von den beiden Parteien zu vertreten sein.“

²⁶³ In der Tat *Cui, Jianyuan*, VertragsR, 42021, S. 125, 131; *Hou, Guoyue*, in: Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei (Hrsg.), Kommentar zum ZGB, 2020, Bd. 2, S. 523, 527 f.

²⁶⁴ Vgl. Entscheidung des Oberen Volksgerichts der Shaanxi Provinz: (2011) Shan Min Er Zhong Nr. 00051 (陕西省高级人民法院民事判决书, (2011) 陕民二终字第00051号): In diesem Fall stellte das Gericht fest, dass die Beklagte aufgrund der Änderung der nationalen Politik notwendige Umbaumaßnahmen an ihren Anlagen vorgenommen hatte, die dazu führten, dass sie während des Umbauzeitraums nicht in der Lage war, ihre Verpflichtungen gegenüber dem Kläger zu erfüllen, was auf nationale politische Faktoren zurückzuführen war und eine Änderung der Umstände bei der Erfüllung des Vertrages darstellte, die nicht dem Willen der Parteien unterlag, und dass sie während dieses Zeitraums nicht für Schäden haftete.

²⁶⁵ Zu beachten ist aber, dass die Anwendung der Regelung der Änderung der Umstände den Schuldner nicht ohne weiteres von seinen *Verpflichtungen* zum Nachteil des Gläubigers *befreit*; vielmehr sollte das Gericht eine angemessene Interessenabwägung vornehmen, s. dazu Entscheidung des Mittleren Volksgerichts von Lianyungang, Jiangsu Provinz: (2016) Su 07 Min Zhong Nr. 272 (江苏省连云港市中级人民法院民事判决书, (2016) 苏07民终第272号).

²⁶⁶ Im chinesischen Recht hat das Verhältnis zwischen der Änderung der Umstände und höhere Gewalt drei Stufen der Änderung durchlaufen, die erste Stufe für die höhere Gewalt umfasst die Änderung der Umstände, d. h., dass das Vertragsrecht bereits höhere Gewalt vorgesehen hat, besteht es keine Notwendigkeit, die Änderung der Umstände zu bestimmen; die zweite Stufe für die Änderung der Umstände, um höhere Gewalt auszuschließen, d. h., auch wenn die Bestimmungen der Änderung der Umstände besteht, aber die Verfassung muss die Situation der höheren Gewalt ausschließen, kann letztere auf die rechtliche Wirkung der höheren Gewalt angewendet werden; die dritte Stufe ist das Schema von dem ZGB-Gesetzgebers, das eine Zusammensetzung der beiden Elemente der genauen Aufteilung aufgibt, weil höhere Gewalt und die Änderung der Umstände sich verschiedene institutionelle Funktionen bedienen.

²⁶⁷ Dies wird auch als „Geschäftsrisiko“ übersetzt (s. bereits *Pißler*, ZChinR 2009, 288, 292). Dem ist zuzustimmen, doch angesichts der Tatsache, dass die Begriffe „Rechtsgeschäft“ und „Geschäftsrisiko“ im Chinesischen mit unterschiedlichen Ausdrücken bezeichnet werden, wird im Folgenden das Konzept „kommerzielles Risiko“ im gleichen Sinne wie „Geschäftsrisiko“ verwendet. Die Verwendung dieses kommerziellen Begriffs im Zivilgesetzbuch spiegelt auch die Tatsache wider, dass die Regelung der Änderung der Umstände -zumindest in China - sowohl in ihrem Ursprung als auch in ihrer Anwendung überwiegend handelsbezogen ist. Zur Kommerzialisierung des ZGB, vgl. auch unten D III 1 b) aa) (S. 188 f.).

Geschäftseinheiten Chancen oder Möglichkeiten des Gewinns oder Verlusts bietet.²⁶⁸ Zudem wird aber auch in einem „subjektiven Sinne“ als ein Nachteil verstanden, der ex post bewertet und dann einer bestimmten Partei zugewiesen wird.²⁶⁹ Ob es sich bei der betreffenden Änderung um eine Änderung der Umstände oder ein Geschäftsrisiko handelt, ist unter Bezugnahme auf die vertragliche Vereinbarung und anhand der Vorhersehbarkeit der Änderungen, der Zurechenbarkeit und der daraus resultierenden Folgen zu beurteilen.²⁷⁰

e) Ungerechtigkeit der Fortsetzung der Vertragserfüllung

Daneben muss die Fortsetzung des Vertrages für eine der Parteien offensichtlich unbillig sein. Dies bedeutet, dass selbst dann, wenn sich die Vertragsbedingungen seit dem Vertragsschluss wesentlich geändert haben, die Rechtsfolge einer Veränderung der Umstände noch nicht eintritt, wenn dem Schuldner daher weiterhin zugemutet werden kann, den Vertrag zu erfüllen. Dadurch wird die Anpassung des Vertrages im Wege einer Regelung zur Änderung der Umstände nur auf die unbedingt notwendigen Fälle zu beschränken sein.²⁷¹

3. Rechtsfolgen

Sind die oben genannten Voraussetzungen für die Anwendung der Regelung des Art. 533 ZGB erfüllt, dann kommen folgende Rechtsfolge in Betracht.²⁷²

a) Neuverhandlungspflicht

Zuerst ist die *benachteiligte* Partei berechtigt, eine Neuverhandlung mit der anderen Partei zu *verlangen*: Daraufhin sollte die andere Partei aktiv reagieren und sich an den Verhandlungen beteiligen.²⁷³ Im Unterschied zur regulären Rechtspflicht sind die Anforderungen an die Pflicht zur Neuverhandlung aber nicht zu hoch anzusetzen, es genügt also, wenn die Parteien auf der Grundlage der veränderten Situationen in gegenseitiger Treu neu verhandeln.²⁷⁴

b) Vertragsänderung oder -Aufhebung

Daneben können die Parteien, wenn sie sich während der Verhandlungen nicht über die Änderung oder Beendigung des Vertrages einigen können, das Gericht oder die Schiedsstelle

²⁶⁸ Shen, Deyong (Hrsg.), Die Verständigung und Anwendung der Erläuterungen des OVG zum VG II, 2015, S. 242 f.

²⁶⁹ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 499 f. m.w.N.

²⁷⁰ Vgl. Entscheidung des OVG: (2015) Zui Gao Fa Min Er Zhong Nr. 236 (最高人民法院民事判决书, (2015) 最高法民二终字第236号), abgedruckt auch in: Amtsblatt des OVG 2016, Nr. 6.

²⁷¹ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 241.

²⁷² Zur Haftungsbefreiungswirkung (hier: Schadensersatz wegen Vertragsverletzung) von Änderungen der Umstände, die zwar im ZGB nicht ausdrücklich vorgesehen, aber in der Praxis allgemein anerkannt sind, s. oben B VI 2 b) (S. 150) bei und in Fn. 264.

²⁷³ Vgl. Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 241 f.

²⁷⁴ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 510.

um eine *endgültige*²⁷⁵ Entscheidung ersuchen.²⁷⁶ Die beiden Verfahren - Neuverhandlung durch die Parteien und Änderung oder Aufhebung durch das Gericht - werden jedoch nicht in einen kausalen Zusammenhang gebracht.²⁷⁷ Mit anderen Worten: Das Änderungs- oder Aufhebungsverfahren vor dem Gericht findet nicht statt, weil die Parteien sich geweigert haben, zu verhandeln oder in böser Absicht verhandelt haben; dies geschieht auch dann, wenn die Parteien in gutem Glauben verhandelt haben, aber ohne Erfolg.²⁷⁸ Auf diese Weise wird die Neuverhandlung des Art. 533 Abs. 1 ZGB praktisch zu einer empfehlenden Vorschrift.²⁷⁹ Außerdem sollte die Änderung oder Aufhebung nach den tatsächlichen Umständen des Falles streng getroffen werden, um zu vermeiden, dass die Parteien die Änderung der Umstände als Vorwand nutzen, um den Vertrag nicht zu erfüllen, wodurch die Autorität des Vertrages untergraben und die normale Ordnung der Verkehre gestört wird.²⁸⁰

²⁷⁵ Dies bedeutet, dass die Parteien unabhängig davon, ob sie ihrer Verpflichtung zu Neuverhandlungen nachkommen oder nicht, mit einer Änderung oder Auflösung des Vertrages durch das Gericht rechnen müssen, solange das Ergebnis nicht eintritt, s. dazu *Shang, Lianjie*, LSD 2021, 169, 175.

²⁷⁶ Es sei darauf hingewiesen, dass im Unterschied zu der in Art. 563 ZGB vorgesehenen Auflösung eines Vertrags durch den Willen der Parteien das Vertragsverhältnis hier *von Amts wegen* durch das zuständige Gericht oder die Schiedsstelle beendet wird, s. dazu *Cui, Jianyuan*, VertragsR, ⁴2021, S. 135.

²⁷⁷ S. auch *Shang, Lianjie*, LSD 2021, 169, 175.

²⁷⁸ Der Schwerpunkt dieser Frage liegt also auf der Erfolglosigkeit der Nachverhandlung und nicht auf der Bewertung des Aktes zur Neuverhandlung selbst, s. dazu *Shang, Lianjie*, LSD 2021, 169, 175.

²⁷⁹ *Sun, Wen*, LBS 2020, 13, 18 f.

²⁸⁰ *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 242.

C. Weiter-Erfüllungsanspruch bei Vertragsverletzung

I. Die dogmatische Grundlage des Weiter-Erfüllungsanspruches

1. Die Leistungspflicht des Schuldners nach Art. 509 Abs. 1 ZGB

Im chinesischen Recht müssen die Parteien gem. Art. 509 Abs. 1 ZGB¹ entsprechend dem Vereinbarten ihre Pflichten *in vollem Umfang* erfüllen.² Aus Art. 509 Abs. 2 ZGB geht hervor, dass es sich hier vor allem um die von den Parteien *im Voraus* vereinbarten Verpflichtungen handelt, nämlich um die „Leistungspflichten“. Die Anerkennung dieser primären Leistungspflicht bedeutet zugleich, dass der Schuldner seine Leistung entsprechend dem ursprünglichen Vertragszweck zu erbringen hat.³ Im Kern geht es darum, den Willen der Parteien zu respektieren und entsprechend dem spezifischen Inhalt ihrer Vereinbarung zu leisten, um ihre Erwartungen zu erfüllen. Diese Leistungspflicht *in natura* umfasst sowohl die Hauptleistungspflicht, d. h. die dem Vertragsverhältnis innewohnende und für die Bestimmung der Art des Vertragsverhältnisses notwendige Hauptpflicht, als auch die Nebenleistungspflicht,⁴ die keinen eigenständigen Sinn hat, sondern nur die Hauptleistungspflicht unterstützen soll, und deren Existenz auch nicht die Feststellung des Vertragstyps bezweckt, sondern der optimalen Befriedigung der Interessen des Gläubigers dient.⁵ In Bezug auf den Inhalt der geschuldeten Leistung hängt dies also von der jeweiligen Vertragsbeziehung ab.

2. Der Erfüllungsanspruch des Gläubigers nach Art. 579, 580 ZGB

a) Der Erfüllungsanspruch und die ihm zugrunde liegende Anspruchsdogmatik

Im chinesischen Recht ist der Erfüllungsanspruch in den Art. 579, 580 ZGB ausdrücklich geregelt, was zunächst als *Rezeption* der im deutschen Recht entwickelten *Anspruchsdogmatik* angesehen werden kann.⁶ Anders als die Legaldefinition des § 194 Abs. 1

¹ Inhaltlich steht dies im Einklang mit dem bisherigen Art. 60 Abs. 1 VG, der durch die Kodifizierung des ZGB unverändert bleibt.

² Daraus ergibt sich sog. „Totalerfüllungsprinzip“ des chinesischen Vertragsrechts, d. h. die Parteien sollen den Vertrag *streng* in Übereinstimmung mit dem Vertrag auszuführen, s. dazu *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 328.

³ Nach dem bisherigen Art. 91 Nr. 1 VG endet das vertragliche Verhältnis von Rechten und Pflichten, wenn die Schuld *vertragsgemäß* erfüllt ist, was in der Lehre also als „Erfüllung *in natura*“ bezeichnet wird, s. dazu *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 327.

⁴ Vgl. z. B. Art. 599 ZGB, der besagt: „Der Verkäufer muss nach den Vereinbarungen oder den geschäftlichen Gebräuchen dem Käufer außer den Dokumenten zur Inempfangnahme des Vertragsgegenstands [auch noch die sonstigen] einschlägigen Dokumente und Unterlagen übergeben.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 307.

⁵ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 340.

⁶ Im chinesischen Recht ist die vom deutschen Recht geprägte Konzept des Anspruches also bereits in Art. 118 ZGB festgelegt, so besagt Art. 118 ZGB: „I. Zivilrechtssubjekte genießen gemäß dem Recht *Rechte aus Schuldverhältnissen*. II. Ein Recht aus Schuldverhältnis ist das Recht des Berechtigten, aus Vertrag, rechtsverletzender Handlung, Geschäftsführung ohne Auftrag, unberechtigter Bereicherung und aus anderen

BGB fehlt es zwar in Art. 188 Abs. 1 ZGB⁷ an einer vergleichbaren Definition, doch lässt sich der schuldrechtliche Anspruchsbegriff aus der Formulierung („ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen zu *verlangen*“) des Art. 118 Abs. 2 ZGB ableiten.⁸ Die Ausprägungen dieser deutschen Anspruchsdogmatik ermöglichten es zunächst, den Erfüllungsanspruch von prozessualen Vollstreckungsmaßnahmen zu trennen und ihn materiellrechtlich zu regeln. Selbstverständlich besteht zwischen beiden immer noch eine starke Beziehung.⁹ Dieser Zusammenhang besteht nicht nur darin, dass sich der Gegenstand der Vollstreckung vor allem am Inhalt der ursprünglichen Leistungspflicht orientiert, sondern auch darin, dass es sinnlos ist, dem Gläubiger ein „nominales“ Recht auf Erfüllung zu gewähren, wenn die Erfüllung des Schuldners tatsächlich nicht vollstreckbar ist.¹⁰ Mit anderen Worten: Die Vollstreckungsmöglichkeit bestimmt unmittelbar auch das „Bestehen“ des Erfüllungsanspruches. Die Schaffung dieses materiellrechtlichen Erfüllungsanspruchskonzepts macht es aber auch erforderlich, dessen Grenzen ebenfalls aus materiellrechtlicher Sicht zu bestimmen.¹¹

b) Der Geld-Erfüllungsanspruch nach Art. 579 ZGB

Nach Art. 579 ZGB kann der Gläubiger die Zahlung des Preises, des Entgelts, der Miete, der Zinsen und anderer Geldschulden verlangen, wenn der Schuldner diese nicht bezahlt hat.¹² Der Unterschied zu Art. 109 VG¹³ besteht vor allem darin, dass der ZGB-Gesetzgeber hier ausdrücklich den Begriff der „Geldschuld“ erwähnt - ein Begriff, der im Mittelpunkt dieser Vorschrift steht und sich auf Schulden bezieht, die in der Zahlung eines bestimmten Geldbetrages bestehen.¹⁴ Da es sich von Anfang an um eine Geldleistung handelt, kommt eine

gesetzlichen Bestimmungen von einem bestimmten Schuldner ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen zu verlangen.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 228.

⁷ Obwohl der Gegenstand die Verjährung *meist* Anspruch ist, wird den im ZGB nicht ausdrücklich erwähnt, vielmehr entscheidet der chinesische Gesetzgeber „Verlangen von Schutz der Zivilrechte“ zu verwenden, so besagt Art. 188 Abs. 1 ZGB: „Die Klageverjährungsfrist für an das Volksgericht gerichtete *Verlangen von Schutz der Zivilrechte* beträgt drei Jahre. Gibt es andere gesetzliche Bestimmungen, so gelten diese Bestimmungen.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 238.

⁸ Bereits vor der Kodifizierung des ZGB gab es in der chinesischen Literatur eine ausführliche Einführung zu dem Anspruchsbegriff des BGB, vgl. *Jin, Keke*, J. Comp. L. 2005, 112 ff.; *ders.*, Seeker 2007, 89 ff.

⁹ So werden in chinesischen Lehrbüchern zum *Vertragsrecht* üblicherweise (wenn auch nicht sehr detailliert) die prozessualen Vollstreckungsmaßnahmen auch unter der Überschrift „Zwangserfüllung“ angesprochen, vgl. z. B. *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 759 f.

¹⁰ Vgl. auch *Canaris*, JZ 2001, 499, 500; *Harke*, JbJZivRWiss 2001, S. 29, 48; zur anderen Handhabung der prozessrechtlichen Dimension des Instituts der Unmöglichkeit, vgl. die Nachweis bei BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 275 Rn. 10.

¹¹ Hierzu näher unten C II (S. 166 ff.); zur Notwendigkeit, im deutschen Recht eine Regelung für die Unmöglichkeit der Leistung im materiellen Recht vorzusehen, vgl. die Nachweis bei *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 412 Fn. 297.

¹² Art. 579 ZGB besagt: „Wenn eine Partei den Preis [bzw.] das Entgelt, den Mietzins [oder] Zinsen nicht bezahlt oder andere monetäre Verbindlichkeiten nicht erfüllt hat, kann die andere Seite von ihr die Zahlung fordern.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 303.

¹³ Art. 109 VG besagt: „Wenn eine Partei den Preis bzw. das Entgelt nicht bezahlt hat, kann die andere Seite Zahlung des Preises bzw. Entgeltes verlangen.“ Übersetzt von *Münzel/Zheng*, Chinas Recht 15.3.1999/1 (2000.1), abrufbar unter <http://www.chinas-recht.de/vertrag.htm>.

¹⁴ *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 411.

Wandlung in Schadensersatz im Falle der Nichterfüllung - anders als bei der Nichterfüllung einer Nicht-Geldschuld - nicht in Frage, d. h. es besteht kein wesentlicher Unterschied zwischen der Verurteilung des Schuldners zur weiteren Erfüllung einer Geldschuld und der Verurteilung des Schuldners zur Entschädigung in Geld.¹⁵ Außerdem gelten für beide dieselben Zwangsvollstreckungsregeln.

In Verbindung mit Art. 580 ZGB wird in Art. 579 ZGB auch zum Ausdruck gebracht, dass die aufgrund eines Vertrages geschuldeten Geldbeträge immer eingefordert werden können,¹⁶ d. h. es gibt keine Unmöglichkeit bei Geldschulden („Geld hat man zu haben“).¹⁷

c) Der Sachleistungsanspruch nach Art. 580 ZGB

Anders als bei Geldschulden ist der Erfüllungsanspruch bei Nicht-Geldschulden ein beschränktes Recht.¹⁸ Die einschlägigen Grenzen sind in Art. 580 Abs. 1 ZGB ausdrücklich geregelt.¹⁹ Aus der Formulierung „es sei denn“ ergibt sich, dass der Gläubiger im Falle der Verletzung einer nicht auf Geld gerichteten Schuld stets auf Erfüllung bestehen kann, wofür der Schuldner für das Scheitern der Erfüllung zu tragen hat, wenn er sich darauf beruft.

3. Weiter-Erfüllung nach Art. 577 Alt. 1 ZGB

Die Weiter-Erfüllung, die in der Literatur auch als Zwangserfüllung,²⁰ naturale Erfüllung²¹ oder spezifische Erfüllung²² bezeichnet wird, ist eine Form der Haftung für Vertragsverletzung, bei der die säumige Partei vom *Gericht*²³ gezwungen wird, ihre

¹⁵ Vgl. auch *Zhu, Guangxin*, in: *Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei* (Hrsg.), *Kommentar zum ZGB*, 2020, Bd. 2, S. 320, 321.

¹⁶ *Han, Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 766.

¹⁷ So *Cui, Jianyuan*, *RRL* 2022, 18, 19; vgl. auch Entscheidung des Unteren Volksgerichts des Zhifu Viertels, Yantai, Shandong Provinz: (2016) Lu 06 Min Chu Nr. 476 (烟台市中级人民法院民事判决书, (2016) 鲁06民初第476号): In diesem Fall schlossen die Parteien einen Mietvertrag ab, und der Mieter kündigte den Vertrag mit der Begründung, dass das sein Geschäft aufgrund der wirtschaftlichen Lage seit seiner Inbetriebnahme kontinuierlich Verluste erleidet, und wenn es weiter betrieben wird, kann es zu größeren wirtschaftlichen Verlusten führen. Da es sich bei der Mietzahlung um eine Geldschuld handelt, bei der keine Unmöglichkeit der Leistungserbringung im Raum steht, nahm das Gericht an, dass „der schlechte Betrieb der Beklagten nur ihr eigenes Managementproblem sein kann, das allenfalls ein kommerzielles Risiko darstellt und ein völlig anderes Konzept ist als die ‚übermäßigen Kosten der Leistung‘ des VG.“

¹⁸ *Zhu, Guangxin*, in: *Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei* (Hrsg.), *Kommentar zum ZGB*, 2020, Bd. 2, S. 332, 333.

¹⁹ Hierzu näher unten C II (S. 166 ff.).

²⁰ Vgl. z. B. *Han, Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 758: „Als eine Form der Haftung für Vertragsverletzungen ist die Zwangserfüllung eine *zwingende* Maßnahme, die mit Hilfe der staatlichen Staatsgewalt durchgesetzt werden kann.“

²¹ *S. Wang, Liming*, *VertragsR II*, 32015, S. 563: „Als eine Form des *Rechtsbehelfs* wegen Vertragsverletzung ist die naturale Erfüllung der Anspruch der anderen Partei, sich auf den Vertrag zu berufen, um die Erfüllung auch im Falle der Vertragsverletzung durch eine Partei fortzusetzen.“

²² So die Übersetzung der „specific performance“ des Common Law; zur „specific performance“, die sich hinter § 241 BGB verbirgt, vgl. *Zimmermann*, *The Law of Obligations*, 1996, S. 776.

²³ Die Bezugnahme auf das Gericht legt also eine sog. „verfahrensrechtliche Perspektive“ zugrunde, was dem Konzept der „remedies“ bzw. „judicial remedies“ des *common law* (s. dazu *Burrows*, *Remedies for Torts, Breach of Contract, and Equitable Wrongs*, 2019, S. 3 f.) entspricht; zum Begriff des Rechtsbehelfs nach dem deutschen Recht, Vgl. *Flessner*, *ZEuP* 1997, 1183 ff.

vertraglichen Verpflichtungen auch im Falle der *Nichterfüllung*²⁴ weiterhin zu erfüllen, damit die vertragstreue Partei den vereinbarten Gegenstand *so weit wie möglich*²⁵ erhalten kann.²⁶ Anders als im deutschen Recht, wo der Erfüllungsanspruch von seinem Charakter als Rechtsbehelf getrennt wird, indem die Erzwingbarkeit der Primärleistung dem materiellrechtlichen Anspruchsbegriff zuzuordnen ist, ist dieser Erfüllungszwang²⁷ im chinesischen Recht als Konzept der *weiteren* Erfüllung *eigenständig* gestaltet.

a) Weiter-Erfüllung als Erfüllungsanspruch bei der Vertragsverletzung

So kann der Gläubiger nach Art. 577 Alt. 1 ZGB im Falle der Nichtleistung oder der Vertragswidrigkeit die Fortsetzung der Erfüllung als eine Form der Haftung für Vertragsverletzung²⁸ verlangen.²⁹ Aus seiner systematischen Stellung zu den Art. 579, 580 ZGB geht hervor, dass es sich bei der Weiter-Erfüllung nach Art. 577 ZGB um ein vom chinesischen Gesetzgeber konstruiertes *übergeordnetes* Konzept handelt, d. h. um einen Erfüllungsanspruch³⁰ bei der Vertragsverletzung.³¹ Erfüllungsanspruch und Weiter-Erfüllung können also als zwei Seiten der gleichen Münze betrachtet werden,³² und zwar aus der Sicht des Gläubigers als Weiter-Erfüllungsanspruch und aus der Sicht des Schuldners als Weiter-

²⁴ Der Begriff der Nichterfüllung ist hier dem Bedeutungsgehalt nach mit dem des deutschen Schuldrechts (s. dazu HKK-BGB/Schermaier, 2007, Vor § 275 Rn. 4) deckungsgleich.

²⁵ Aus dieser Aussage geht hervor, dass das Verständnis der Weiter-Erfüllung in der chinesischen Zivilrechtslehre ebenfalls dem von *Treitel* ähnelt, so definiert *Treitel*, in: Mehren (Hrsg.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, 2008, Nr. 7: „By enforced performance is meant, in its broadest sense, a process whereby the creditor obtains *as nearly as possible* the *actual subject-matter of his bargain*, as opposed to compensation in money for failing to obtain it.“ Vgl. dazu auch *Wang, Hongliang*, *L. Sci.* 2012, 104, 105 mit Fn. 5.

²⁶ *Cui, Jianyuan*, *VertragsR*, 42021, S. 381.

²⁷ Zum hier geschilderten Begriff des Erfüllungszwangs, vgl. etwa *Rütten*, FS Gernhuber, 1993, S. 939 ff.; *Kleinschmidt*, in: Basedow/J. Hopt/Zimmermann (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, 2009, S. 436, 436 f.

²⁸ Krit. zu dieser Ausgestaltung *Wang, Hongliang*, *L. Sci.* 2012, 104, 105: Zivilrechtliche Normen sollten nach dem Schema von Ansprüchen und Einreden, nicht aber nach Pflichten und Haftungen geordnet sein; vgl. zu dieser Tradition bereits vor dem VG *Shen, Jianming*, *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 13 (1996), 253, 256 mit Fn. 4: „Chinese law often emphasizes the ensurance of performance and addresses remedial issues in terms of the *liabilities* and obligations of the party in breach rather than straight-forwardly in terms of the remedies and rights of the non-breaching party.“

²⁹ Als gesetzgeberisches Konzept tauchte dieser Begriff zuerst in Art. 35 WVG, der besagt: „Verletzt eine Seite den Vertrag, so muss sie der anderen Seite Vertragsstrafe bezahlen. Soweit der durch die Vertragsverletzung der anderen Seite zugefügte Schaden die Vertragsstrafe übersteigt, muss sie auch noch Schadenersatz leisten, um den von der Vertragsstrafe nicht gedeckten Teil zu ersetzen. *Wenn die andere Seite fordert, dass der Vertrag weiter erfüllt wird, muss er weiter erfüllt werden.*“ Sein Merkmal war, dass die Gewährung des Erfüllungsanspruches die *Forderung* der benachteiligten Vertragspartei voraussetzt. Danach steht dem Gläubiger im Prinzip ein Wahlbefugnis zwischen Weiter-Erfüllung und andere Rechtsbehelfe zu.

³⁰ Dies bedeutet, dass zwar der Begriff „Erfüllungsanspruch“ vom chinesischen Gesetzgeber in Art. 579, 580 ZGB übernommen wird, dieser aber immer noch den Charakter eines *Rechtsbehelfs* trägt, der auf einer Vertragsverletzung beruht. Der primäre Erfüllungsanspruch im Sinne des deutschen Rechts ist hingegen in Art. 509 Abs. 1 ZGB geregelt.

³¹ S. dazu auch *Wang, Hongliang*, *L. Sci.* 2012, 104, 105, der dafür plädiert, dass die hier vorgesehene Weiter-Erfüllungshaftung als Weiter-Erfüllungsanspruch verstanden werden sollte.

³² Vgl. auch *Han, Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 760.

Leistungspflicht.³³ Diese Korrespondenz findet aber nur im Stadium der Vertragsverletzung statt, d. h. zumindest nach Ansicht des chinesischen Gesetzgebers ist die Fortsetzung der Erfüllung³⁴ in einem solchen Stadium von Natur aus stets *zwingend*, und selbst wenn der Schuldner auf Verlangen des Gläubigers die ursprüngliche Leistung *freiwillig* erbringt, geschieht dies meist aufgrund der Androhung von etwaiger Erfüllungssanktion.³⁵

Der Erfüllungszwang drückt sich auch in der Zwangsvollstreckung der ursprünglichen Leistung aus. So ist die vom Gesetzgeber aus materiellrechtlicher Sicht vorgesehene fortgesetzte Leistung eng mit Vollstreckungsmaßnahmen³⁶ verbunden.³⁷ Dies liegt einerseits daran, dass das staatliche Gewaltmonopol³⁸ den Gläubiger im Prinzip daran verhindert, seine Rechte im Wege der Selbsthilfe durchzusetzen, wenn der Schuldner unwillig ist, seine Schulden zu erfüllen, vielmehr kann er die Verwirklichung des Inhalts seiner Forderungen nur unter Einschaltung staatlicher Organe erreichen.³⁹ Andererseits wäre es auch sinnlos, dem Gläubiger einen „nominalen“ Erfüllungsanspruch einzuräumen, wenn die Leistung des Schuldners nicht vollstreckt werden kann,⁴⁰ da sich die Möglichkeit der Vollstreckung unmittelbar auf die endgültige Verwirklichung des Rechts auf Leistung auswirkt.

b) Weiter-Erfüllung als *Haftung*⁴¹ wegen Vertragsverletzung?

Wie bereits erwähnt, ist der Erfüllungsanspruch bei Vertragsverletzung im chinesischen Recht - anders als im deutschen Recht - als eine Form der Haftung für Vertragsverletzungen ausgestaltet.⁴² Was die Haftung für Vertragsverletzungen⁴³ betrifft, so ist sie nach Ansicht des

³³ Da sie in der Fortführung des ursprünglichen Inhalts des Schuldverhältnisses besteht, spricht man insoweit auch von „Realerfüllung“, s. dazu *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 759.

³⁴ Vgl. zu dieser Übersetzungsmöglichkeit *Heuser*, Grundriss des chinesischen Wirtschaftsrechts, 2006, S. 68.

³⁵ Dahinter steht vor allem die Erwägung, dass zwischen der freiwilligen Leistung des Schuldners und diejenigen, die unter Zwang erfolgt, unterschieden werden muss, s. auch *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 738 f.

³⁶ Vgl. zur einzelnen Vollstreckungsmaßnahmen nach dem ZPG näher *Pelzer*, in: Pissler (Hrsg.), Handbuch des chinesischen Zivilprozessrechts, 2018, S. 432 ff.

³⁷ Da Vollstreckungsmaßnahmen nicht nur im Falle einer Vertragsverletzung, sondern auch im Sachen- und Erbrecht zur Anwendung kommen, hat sich der chinesische Gesetzgeber entschieden, diese Fragen den einheitlichen Bestimmungen des Prozessrechts zu überlassen, s. dazu *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 760 mit Fn. 2.

³⁸ Vgl. zu dieser Problematik aus Sicht des deutschen Rechts *Stamm*, Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, 2007, S. 5 ff.

³⁹ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 758.

⁴⁰ Dies geschieht insbesondere dann, wenn es sich um eine höchstpersönliche Leistung handelt, hierzu unten C II 2 (S. 170 f.).

⁴¹ Das chinesische Schuldrecht basiert auf eine Schuld-Haftung-Struktur, so besagt Art. 176 ZGB: „Zivilrechtssubjekte erfüllen auf Grundlage der gesetzlichen Bestimmungen oder nach den Vereinbarungen der Parteien zivile *Pflichten* und *haften* zivilrechtlich.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 236. Bereits im alten China gab es eine Diskussion über Schuld und Haftung: Die Verbindlichkeit im weiteren Sinn umfasst die Beide, die sich aus *Verträgen* ergeben, und die im engeren Sinne bezieht sich nur auf Verpflichtungen und Haftung, die sich aus der *Kreditaufnahme* von Verbrauchern ergeben, insbesondere aus der Kreditaufnahme von Geld, s. dazu *Li, Zhimin*, Altes chinesisches ZivilR, 1988, S. 136.

⁴² Im Unterschied dazu bezieht sich der Begriff der Haftung für Vertragsverletzungen im deutschen Recht nur auf den Schadensersatz wegen Vertragsverletzung, s. dazu *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 338.

VG-Gesetzgebers eine Form der *Garantie* für die Vertragserfüllung, also eine rechtliche Maßnahme, die die Parteien dazu veranlassen soll, ihre vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen, damit die andere Partei vor Verlusten geschützt oder diese minimiert werden.⁴⁴ Im Unterschied zum Rechtsbehelf wegen Vertragsverletzung enthält diese eine negative Bewertung in Bezug auf die vertragsbrüchige Partei sowie deren Vertragsverletzung.⁴⁵ In der Reihenfolge der drei in Art. 577 ZGB aufgeführten Haupthaftungsarten wird die Fortsetzung der Leistung als die *bevorzugte* Form des Rechtsbehelfs angesehen.⁴⁶ Dies bedeutet jedoch nicht, dass die fortgesetzte Erfüllung *Vorrang* hat, vielmehr steht dem Gläubiger das *Recht* zu, zwischen ihr und den anderen Rechtsbehelfen zu wählen.⁴⁷ Aus systematischer Sicht lässt die Einordnung der Weiter-Erfüllung als Haftung aus Vertragsverletzung jedoch folgende Defizite erkennen:

aa) Korrektur der Beweislastverteilung bei der Weiter-Erfüllung

Erstens muss die Verteilung der Beweislast in Bezug auf die in Art. 577 ZGB vorgesehene Weiter-Erfüllung *korrigiert* werden, denn diese setzt keine Vertragsverletzung voraus.⁴⁸ In dem Rechtsstreit braucht der Gläubiger also keinen Vertragsbruch zu beweisen: Solange er das Bestehen seiner Forderung nachweisen kann, so kann er vor Gericht auf Leistung klagen und das Ziel der Verurteilung zur Leistung durch den Schuldner erreichen.⁴⁹ Dabei ist es irreführend, pauschal zu behaupten, dass die Vertragsverletzung Voraussetzung für die Fortsetzung der Leistung ist,⁵⁰ was die Verteilung der Beweislast nicht in Betracht zieht.

bb) Weiter-Erfüllung und Höhere Gewalt?

Da die Fortsetzung der Leistung als *Haftung* wegen Vertragsverletzung ebenfalls in den Anwendungsbereich der *Haftungsbefreiung* wegen höherer Gewalt nach Art. 590 Abs. 1 ZGB fällt, stellt sich dann die Frage, ob die Weiter-Erfüllung auf der Ebene der *Befreiung* das gleiche Schicksal wie der Schadenersatz haben sollte.⁵¹ Insbesondere wird in Art. 590 Abs. 1 ZGB auch auf die sogenannte „Unmöglichkeit“ Bezug genommen.⁵² Der Erfüllungsanspruch betrifft jedoch nicht die Frage des Vertretenmüssens,⁵³ und es ist auch erforderlich, dem

⁴³ Die Entstehung dieses Begriffs ist vor allem auf die Trennung des Vertragsrechts vom Schuldrecht zurückzuführen und wird auch als ein Produkt der *Lokalisierung* angesehen, s. dazu *Li, Yongjun*, Chin. Legal Sci. 2014, 158, 159.

⁴⁴ *Hu, Kangsheng* (Hrsg.), Kommentar zum VG, ³2013, S. 33.

⁴⁵ Vgl. zuletzt *Cui, Jianyuan*, RRL 2022, 18.

⁴⁶ *Wang, Liming*, VertragsR II, ³2015, S. 564.

⁴⁷ *Wang, Liming*, VertragsR II, ³2015, S. 566; hierzu näher unten C III (S. 174 ff.).

⁴⁸ *Wang, Hongliang*, L. Sci. 2012, 104, 105.

⁴⁹ *Wang, Hongliang*, L. Sci. 2012, 104, 105 mit Hinweis auf *Larenz*, SchuldR AT, ¹⁴1987, § 2 III (S. 19).

⁵⁰ *So Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 761.

⁵¹ Dagegen wird zunächst die Auffassung vertreten, dass unter der „Haftungsbefreiung“ im Art. 590 Abs. 1 ZGB genau genommen nur die Schadenersatzhaftung oder eine vergleichbare Haftung zu verstehen ist, nicht aber die Weiter-Erfüllung, s. dazu *Han, Shiyuan*, Das System des LeistungsstörungenR, 2006, S. 42.

⁵² Hierzu näher unten D III 3 b) (S. 193 f.).

⁵³ Hierzu näher unten D III (S. 188 ff.).

Schuldner eine Haftungsbefreiungsmöglichkeit für den Fall zu gewähren, dass höhere Gewalt eine andere Leistungsbehinderung als das Unmöglichwerden der Leistung zur Folge hat.

cc) Weiter-Erfüllung und Mitverschulden

Ferner würde die Ausgestaltung der fortgesetzten Leistung als *Haftung* wegen Vertragsverletzung auch die Anwendung der in Art. 590 Abs. 2 ZGB verankerten Mitverschuldensregel nach sich ziehen: Obwohl Art. 590 Abs. 2 ZGB auf die *Schäden* abstellt, die mit der fortgesetzten Leistung nicht verbunden sind, liegt letzterer in der Praxis aber oft im Ermessen des Gerichts, weil der ZGB-Gesetzgeber keine klare Rangfolge zwischen den einzelnen Rechtsbehelfen vorsieht.

dd) *Weiterer* Ermessensspielraum zur Verurteilung der *Weiter-Erfüllung*?

Im Übrigen ermöglicht die Konstruktion der Weiter-Erfüllung als eine Form der *Haftung* und ihre Gegenüberstellung mit den beiden anderen in Art. 577 ZGB genannten Rechtsbehelfen dem Gericht, nach seinem Ermessen zu entscheiden, ob es ein Erfüllungsurteil erlässt, auch wenn der Gläubiger bereits die Durchführung des Vertrages begehrt.⁵⁴ Das Gericht orientiert sich oft nicht an der Entscheidung des Gläubigers, sondern an einer diskretionären Entscheidung, was zu einer Entwertung des Erfüllungsanspruches führt.⁵⁵ Da die Bindungswirkung der Leistung, die sich aus dem Fortbestehen der Leistungspflicht ergibt, nicht so einfach durch eine Vertragsverletzung (wie in Art. 563 Abs. 1 ZGB beschrieben) unterbrochen werden kann, ist diese Vorgehensweise aber abzulehnen.⁵⁶

⁵⁴ Vgl. z. B. Entscheidung des Mittleren Volksgerichts von Longyan, Fujian Provinz: (2005) Yan Min Zhong Nr. 010 (福建省龙岩市中级人民法院民事判决书, (2005) 岩民终字第010号): In diesem Fall befand das Gericht, dass das Versäumnis des Erschließungsunternehmens, den Generator auszurüsten, nicht auf einer subjektiven Vertragsverletzung beruhte, sondern auf einer Vereinbarung mit dem Elektrizitätswerk, eine fortschrittlichere Methode der Stromversorgung einzusetzen, so dass das Beharren des Käufers auf der Ausrüstung des Generators durch das Erschließungsunternehmen *unnötig* und für beide Parteien nachteilig war; s. dazu auch die Angemessenheitskontrolle des Art. 582 ZGB, hierzu näher unten C III 4 (S. 178).

⁵⁵ Hingegen trägt die Systematik der Tatbestände des Art. 563 Abs. 1 ZGB über die Vertragsaufhebung nicht zu einer solchen Ermessensorientierung bei, da es auf dem Grundsatz der Aufrechterhaltung des Vertrages beruht, was die etwaige Zielrichtung des Ermessens des Gerichts von vornherein begrenzt, vgl. z. B. Entscheidung des OVG: (2012) Zui Gao Fa Min Yi Zhong Nr. 126 (最高人民法院民事判决书, (2012) 最高法民一终字第126号): In diesem Fall ging das Gericht davon aus, dass es sich bei dem fraglichen Projekt nach dem Beschluss der zuständigen Verwaltungsbehörde nicht um einen grundlegenden Bauverstoß handelte, der durch *den Vollzug der entsprechenden Planungsverfahren* noch legalisiert werden konnte. Obwohl es der Entwicklungsgesellschaft vorher nicht gelang, die Planungsverfahren für das Projekt abzuschließen, handelte es sich aber nicht um eine grundlegende Vertragsverletzung, der zur Nichterreichung des Vertragszwecks führte, so dass kein sachlicher und rechtlicher Grund für die Beendigung des Vertrages vorlag. Abgedruckt auch in: Amtsblatt des OVG 2015, Nr. 5.

⁵⁶ Unklar bleibt, ob der oben beschriebene Ansatz in der chinesischen Rechtspraxis durch die diskretionäre Handhabung der „specific performance“ im englischen Equity beeinflusst wird.

4. Nacherfüllungsanspruch des Gläubigers nach Art. 582 ZGB

a) Das Verhältnis zum Weiter-Erfüllungsanspruch nach Art. 577 Alt. 1 ZGB

Wie bereits oben erwähnt, wandelt sich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch des Gläubigers bei Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Schuldner in einen Weiter-Erfüllungsanspruch (Art. 577 ZGB) um. Wenn die Leistung nicht vertragsgemäß ist, kann die Weiter-Erfüllung aber auch in *Form* von Nachbesserung, Neuherstellung⁵⁷ sowie Ersatzlieferung (Art. 582 ZGB) erfolgen, die vom chinesischen Gesetzgeber als eine von der Weiter-Erfüllung *getrennte* Haftungsform⁵⁸ konstruiert wird.⁵⁹ Der Grund für die Anerkennung eines solchen sekundären Weiter-Erfüllungsanspruch besteht vor allem darin, dass der Gläubiger in solchen Fällen den primären Erfüllungsanspruch grundsätzlich nicht verliert und vom Schuldner weiterhin die Leistung verlangen kann, soweit eine dem ursprünglichen Zweck der Schuld entsprechende Leistung noch möglich ist.⁶⁰ Mit anderen Worten: Wenn der Schuldner zur *vollständigen* Leistung verpflichtet ist, kann er sich nicht *automatisch* von dieser Verpflichtung befreien, solange die Erfüllung dieser Verpflichtung noch möglich ist.⁶¹ Der Anspruch des Gläubigers auf die *Vervollständigung* der Leistung⁶² existiert dann als Variante des ursprünglichen Erfüllungsanspruches, also als ein „Erfüllungsanspruch im Sinne einer Abhilfe“.⁶³

b) Das Verhältnis zum Ergreifen von Abhilfemaßnahmen nach Art. 577 Alt. 3 ZGB

Wie bereits oben erwähnt, kann das Ergreifen von Abhilfemaßnahmen in Art. 577 ZGB sowohl in einem engen als auch in einem weiten Sinne verstanden werden,⁶⁴ d. h. dieser Begriff kann neben dem Nacherfüllungsanspruch *weit* konzipiert werden. Fraglich ist aber, ob der chinesische Gesetzgeber damit einen eigenständigen und abgrenzbaren Rechtsbegriff schaffen wollte.⁶⁵ Das zeigt auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzesbegriffs: Er tauchte erstmals in Art. 18 AWVG auf,⁶⁶ und wurde dort als eine dem Schadenersatz

⁵⁷ In der deutsche Literatur wird dies auch als „Neuanfertigung“ übersetzt, s. dazu *Binding/Pißler/Xu, Lan*, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2016, S. 126.

⁵⁸ Bemerkenswert ist Art. 179 Abs. 1 ZGB (s. unten S. 181 Fn. 17), in dem „Nachbesserung, Neuherstellung und Ersatzlieferung“ (Nr. 5) und Weiter-Erfüllung (Nr. 6) vom Gesetzgeber ausdrücklich als unterschiedliche Haftungsformen getrennt aufgelistet werden.

⁵⁹ Anders als BGB kennt das ZGB also keinen Oberbegriff wie „Nacherfüllung“. In der Literatur wird hingegen dies zusammenfassend als *Nacherfüllungsanspruch* begriffen, s. z. B. *Wang, Liming*, VertragsR II, 32015, S. 598.

⁶⁰ Vgl. auch *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 552 f.

⁶¹ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 553.

⁶² So zum deutschen Recht, vgl. *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 242: „Im besonderen Schuldrecht finden sich Spezialnormen, die den Primäranspruch hinsichtlich der *Vervollständigung* der Leistung präzisieren.“

⁶³ Sog. „*supplementary performance claims*“, s. dazu *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 767.

⁶⁴ Hierzu oben B III 1 b) (S. 136).

⁶⁵ Zumindest wird diese „Haftungsart“ in der Auflistung der Formen der zivilrechtlichen Haftung des Art. 179 Abs. 1 ZGB (s. unten S. 181 Fn. 17) nicht vom Gesetzgeber erwähnt.

⁶⁶ Art. 18 AWVG besagt: „Wenn eine der Parteien den Vertrag nicht erfüllt oder die Vertragspflichten gemäß den vereinbarten Bedingungen erfüllt, nämlich den Vertrag verletzt, kann die andere Partei Schadenersatz verlangen oder andere angemessene Abhilfemaßnahmen ergreifen. Wenn nach anderen Abhilfemaßnahmen die

gegenüberstehende Abhilfemöglichkeit wegen Vertragsverletzung konstruiert, wobei man ihn als Oberbegriff für Erfüllung und Nacherfüllung beschreiben kann.⁶⁷ Erst mit Art. 111 AGZR⁶⁸ wurde eine bedeutende Trennung zwischen diesem und dem Erfüllungsanspruch vorgenommen, der dann auch vom Art. 107 VG (nun Art. 577 ZGB) übernommen wurde. Die dogmatischen Konsequenzen dieser Trennung liegt vor allem darin, dass zwischen Erfüllung (Weiter-Erfüllung) und Abhilfemaßnahme (Nacherfüllung) unterschiedlicher Anforderungen unterliegen können, die zudem ein getrenntes Schicksal genießen: Auf der einen Seite ist diese Abhilfemaßnahme aus Sicht des Gläubigers von dem Zeitpunkt an, zu dem der Schuldner eine mangelhafte Leistung erbracht und der Gläubiger diese als Erfüllung angenommen hat, von der weiteren Erfüllung *selbstständig* und tritt dann an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruches. Auf der anderen Seite kann die Abhilfemaßnahme aus Sicht des Schuldners auch dazu dienen, eine Form der Haftung *aktiv*⁶⁹ zu verhindern,⁷⁰ die der Schuldner nicht übernehmen will, bis der Gläubiger einen endgültigen Rechtsbehelf für den Mangel gewählt hat.⁷¹

c) Nachbesserung und Neuherstellung

Was die Beseitigung von Mängeln bei der Leistung anbelangt, so kann *zunächst* die Behebung im Wege der Reparatur in Betracht gezogen werden. Darunter wird im Allgemeinen eine Abhilfemaßnahme verstanden, bei der der Schuldner für die Beseitigung von Mängeln am Vertragsgegenstand dann *verantwortlich* ist,⁷² wenn der gelieferte

Verluste der anderen Partei nicht vollständig kompensiert werden können, kann sie den Schadensersatz weiterhin verlangen.“

⁶⁷ Vgl. auch *Shen, Jianming*, Ariz. J. Int'l & Comp. L. 13 (1996), 253, 283 f.

⁶⁸ Art. 111 AGZR besagt: „Wenn ein Vertragsbeteiligter Vertragspflichten nicht erfüllt oder nicht gemäß den vereinbarten Bedingungen erfüllt, ist die andere Seite berechtigt, *Erfüllung* zu verlangen oder *Maßnahmen zur Abhilfe* zu ergreifen, und sie ist berechtigt, Schadensersatz zu verlangen.“ Übersetzt von *Münzel*, Chinas Recht III.7 12.4.86/1 und unter <http://www.chinas-recht.de/zivilrecht.htm> abrufbar.

⁶⁹ Da der Begriff „Maßnahmen zur Abhilfe zu ergreifen“ vor allem auf das englische Wort „*remedy*“ zurückgeht, kann dieser nicht nur als Nacherfüllungsanspruch des Gläubigers, sondern auch als Befugnis des Schuldners zur Nacherfüllung verstanden werden, und eine solche getrennte Betrachtungsweise bietet auch eine Grundlage für die Begründung des sog. Heilungsrechts des Schuldners.

⁷⁰ Vgl. auch *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 425 f.: „Wenn der Schuldner nach der Vertragswidrigkeit *unverzüglich* anbietet, diese innerhalb einer angemessenen Frist auf eigene Kosten zu reparieren, neu zu herstellen oder auszutauschen, muss der Gläubiger dies akzeptieren, es sei denn, der Vertragszweck wurde durch die mangelhafte Leistung nicht erfüllt oder der Gläubiger hat Grund zu der Annahme, dass es unwahrscheinlich ist, dass der Schuldner eine effektive Nacherfüllung innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Gläubiger oder eine sonstige Beeinträchtigung seiner berechtigten Interessen vornehmen kann.“

⁷¹ Aber dieser zweite Aspekt wird im Folgenden, die sich vor allem am *gesetzlichen* Rahmen orientieren, nur begrenzt thematisiert.

⁷² Nimmt der Schuldner die Nachbesserung vor, so trägt er die dafür anfallenden Kosten sowie die angemessenen Kosten für den Transport, die im Zusammenhang mit der Nachbesserung entstehen, s. dazu *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 426. Im Gegensatz zum § 439 Abs. 2 BGB, der die für die Nachbesserung erforderlichen Kosten *ausdrücklich* in den Nachbesserungsanspruch einbezieht, werden im chinesischen Recht die mit der Nachbesserung verbundenen Kosten auch oft unter der Frage der sog. „kostenfreie Nachbesserung“ (vgl. z. B. Art. 801 S. 1 ZGB, hierzu unten S. 190 Fn. 87) diskutiert, und die endgültige Höhe unterliegt dann dem Ermessen des Gerichts, so dass sie einen *Haftungscharakter* in sich trägt.

Gegenstand nicht der vertraglichen oder gesetzlichen Kriterien entspricht, eine Nachbesserung möglich ist und vom Gläubiger verlangt wird.⁷³ Die kaufrechtliche Nachbesserung bezieht sich in der Regel nur auf Mängel, die zum Zeitpunkt der Lieferung aufgetreten sind,⁷⁴ da nach der Lieferung die Gefahr des Unterganges oder der Verschlechterung⁷⁵ der Sache auf den Käufer übergeht.⁷⁶ Bei Bau- und Werkverträgen usw. kann der Gläubiger, wenn der Schuldner ein mangelhaftes Werk liefert, das nicht repariert werden kann oder dessen Reparaturkosten überhöht sind, auch verlangen, den Mangel durch Neuherstellung des Werks zu beseitigen.⁷⁷ Die Möglichkeit des Gläubigers, selbst oder durch einen Dritten die Beseitigung der Mängel auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen, d. h. die sog. Selbstvornahme, ist jetzt in Art. 581 ZGB vorgesehen.⁷⁸ Dies setzt in der Regel voraus, dass der Schuldner die geforderte Reparatur nicht vorgenommen hat, oder dass der Fall dringend ist und dann sofortiges Tätigwerden erfordert.⁷⁹ Anders als im deutschen Recht wird die Frage der vorzeitigen Selbstvornahme jedoch kaum thematisiert,⁸⁰ da es keine eindeutigen Übergangstatbestände gibt.⁸¹ Stattdessen ist es für den Gläubiger stets sinnvoll,

⁷³ Vgl. z. B. *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 767.

⁷⁴ Dies ist also der Zeitpunkt, an dem ein Mangel festzustellen ist (Art. 617 ZGB, s. oben S. 136 Fn. 167). Diese Feststellung hat auch die Funktion, die Beweislast zu verteilen, vgl. z. B. Entscheidung des Oberen Volksgerichts der Liaoning Provinz: (2016) Liao Min Final Zhong Nr. 702 (辽宁省高级人民法院民事判决书, (2016) 辽民终702号): In diesem Fall kam es nach der *Lieferung* der Wälzfräsmaschine zu einem Ausfall nach dem anderen, und der Verkäufer schickte Wartungspersonal, um Teile zu reparieren, auszutauschen oder einige der Komponenten zur Reparatur ins Werk zurückzuschicken. Das Gericht stellte dann fest, dass es sich bei der Wälzfräsmaschine um ein großes mechanisches Gerät mit einer komplexen Struktur handelte und dass die Reparatur, obwohl die Maschine während des Gebrauchs ausfiel, *nicht* beweisen konnte, dass die Qualität des Produkts unzureichend war, so dass der Anspruch des Käufers nicht begründet war.

⁷⁵ Was auch bei Mängeln der Fall ist.

⁷⁶ Vgl. Art. 604 ZGB, hierzu unten S. 216 Fn. 54.

⁷⁷ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 767.

⁷⁸ Sog. Ersatzvornahme der Erfüllung, so besagt Art. 581 ZGB: „Erfüllt eine Partei die Verbindlichkeit nicht oder entspricht die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht den Vereinbarungen [und] darf die Erfüllung aufgrund der Natur der Verbindlichkeit nicht *erzungen* werden, kann die andere Seite fordern, dass sie die Kosten für eine ersatzweise Erfüllung durch einen Dritten trägt.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 304.

⁷⁹ *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 426.

⁸⁰ Wenn aber eine Partei, die ein Vertragsaufhebungsrecht wegen der wesentlichen Vertragsverletzung durch die andere Partei bereits erlangt hat, ihre eigene Gegenleistung an einen Dritten übereignet, *bevor* sie dieses Vertragsaufhebungsrecht gegenüber der anderen Partei ausübt, so stellt dies ebenfalls eine Vertragsverletzung dar und wird dann nach Art. 120 VG (= Art. 592 Abs. 1 ZGB) behandelt, s. dazu Entscheidung des OVG: (2012) Zui Gao Fa Min Er Zhong Nr. 22 (最高人民法院民事判决书, (2012) 最高法民二终字第22号).

⁸¹ Was die Fristsetzungserfordernis in Art. 563 Abs. 1 Nr. 3 ZGB anbelangt, so ist es im chinesischen Recht nur von begrenzter Bedeutung, s. dazu näher unten E II 3 (S. 218 ff.); insbesondere ist es kaum nachvollziehbar, warum dem Gläubiger das Recht entzogen werden sollte, das ihm aufgrund eines *bisherigen* Mangels zugestanden hätte, *nur* weil er es versäumt hat, eine Frist zu bestimmen, also dem Schuldner keine zweite Chance zur Erfüllung einräumt. Andererseits lassen sich aber aus dem Tatbestandsmerkmal der Mängelrüge (hierzu oben B III 1 c) bb) (S. 137)) Konsequenzen ableiten, die in ihrer Reichweite denen des deutschen Rechts (insbesondere auf der Grundlage der Auffassung des BGH) ähneln, aber nicht identisch sind: Der Gläubiger muss also im Falle einer mangelhaften Leistung den Schuldner rechtzeitig zur Verantwortung ziehen - andernfalls verliert er alle Rechte aufgrund des Mangels - und dann hat der Schuldner die Möglichkeit, bei Kenntnis des Mangels zu reagieren.

die Angelegenheit vor Gericht zu bringen, um seinen Anspruch auf Erstattung der anfallenden Kosten *festzustellen*, bevor er selbst Abhilfemaßnahmen ergreift.⁸²

d) Ersatzlieferung

In Bezug auf die Ersatzlieferung wird üblicherweise die Auffassung vertreten, dass sie sich auf die Pflicht des Schuldners bezieht, einen gleichartigen Gegenstand in vergleichbarer Qualität und Menge zu liefern, wenn der zuerst gelieferte Gegenstand mangelhaft ist, und keine Möglichkeit der Reparatur besteht oder der Reparaturaufwand zu hoch ist oder die Reparatur zu zeitaufwendig ist.⁸³ Demzufolge hat die Reparatur grundsätzlich Vorrang vor der Ersatzlieferung.⁸⁴ Daraus geht auch hervor, dass eine Ersatzlieferung nur dann möglich ist, wenn eine gleichartige⁸⁵ und gleichwertige Leistung vorhanden ist.⁸⁶ Darüber hinaus kann der Schuldner in diesem Fall die Rückgabe des Gegenstandes durch den Gläubiger fordern, wobei er die zu diesem Zweck erforderlichen Kosten der Wiederbeschaffung zu tragen hat.⁸⁷

e) Vorrang der Nacherfüllung?

Mit der Nacherfüllung ist häufig das Thema der Selbstvornahme des Gläubigers verbunden. Hier stößt der Vorrang der Nacherfüllung oft an seine Grenzen: Wenn dieser Vorrang erschöpft ist, dann erhält der Gläubiger das Recht, die Mängel selbst zu beseitigen und die daraus entstehenden Aufwendungen vom Schuldner zu verlangen. Wird hingegen der Vorrang der Nacherfüllung noch gewährt, hat der Gläubiger kein Recht auf Selbstnacherfüllung und dem Schuldner muss eine zweite Möglichkeit zur Andienung gegeben werden. So stellt sich in der jeweiligen Rechtsordnung die Frage, ob dem Schuldner eine zweite Chance zur Leistung gegeben werden soll und wie die Verwirklichung dieser Chance mit der Selbstheilung des Gläubigers in Einklang zu bringen ist.

⁸² Vgl. z. B. Entscheidung des Oberen Volksgerichts der Jiangsu Provinz: (2012) Su Min Zhong Nr. 0238 (江苏省高级人民法院民事判决书, (2012) 苏民终字第 0238 号): In diesem Fall verklagte die Erschließungsgesellschaft also die Baufirma auf Schadenersatz für die durch den Schrottbau verursachten Dachundichtigkeiten und machte geltend, dass sie einen *Dritten* mit der Beseitigung der Dachundichtigkeiten unter Bezugnahme auf den durch das Sachverständigenverfahren ermittelten umfassenden Gestaltungsplan *beauftragt* habe und dass die erforderlichen *Kosten* von der Baufirma getragen worden seien. Abgedruckt auch in: Amtsblatt des OVG 2014, Nr. 8.

⁸³ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 767 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

⁸⁴ Diese Schlussfolgerung wird z.T. auch durch die Bestimmung des Art. 610 S. 1 ZGB (s. dazu auch oben S. 143 Fn. 210) gestützt, der besagt, dass der Käufer die Sache nur dann zurückweisen (oder vom Vertrag Abstand nehmen) kann, wenn die Qualität der Sache nicht der Vereinbarung entspricht und somit der Vertragszweck nicht erfüllt werden kann. Da die Ersatzlieferung auch die *Ablehnung* der gelieferten mangelhaften Sache voraussetzt, sind die gleichen Anforderungen zu beachten. Für den Vorrang von Nachbesserung vor Ersatzlieferung und Neuherstellung, vgl. auch Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 426.

⁸⁵ S. auch Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 426.

⁸⁶ Der Begriff der Gattungsschuld ist aber dem ZGB jedoch fremd; zudem gibt es noch keine dem § 243 BGB vergleichbare Vorschrift im ZGB.

⁸⁷ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 426.

Bei Art. 582 ZGB geht es in erster Linie um die Frage, ob die Nacherfüllung Vorrang vor Warenrückgabe und Preisminderung hat.⁸⁸ Hier wird die Problematik des sog. *Rechts* zur zweiten Andienung nach deutschem Recht vor allem im Rahmen des Wahlrechts des Gläubigers diskutiert,⁸⁹ wobei der Schwerpunkt auf der Prüfung der *Vernünftigkeit* der Wahl des betreffenden Rechtsbehelfs der Problematik des sog. *ius variandi*⁹⁰ liegt. Was die Angemessenheit der Wahl betrifft, so wird die Anwendung der verschiedenen in Art. 582 ZGB aufgezählten Haftungsformen im Allgemeinen als implizit *hierarchisch* angesehen.⁹¹ Die Nachbesserung, Neuherstellung und Ersatzlieferung sind also die erste Stufe der zu gewährenden Rechte, die zuerst angewandt werden sollten, wenn der Mangel *unerheblich* ist und innerhalb eines begrenzten Zeitraums behoben werden kann,⁹² während die anderen Rechtsbehelfe in der zweiten Stufe stehen, die angewandt werden können, wenn die erste Stufe den Erfüllungsmangel nicht beheben kann.⁹³

II. Grenze des Weiter-Erfüllungsanspruches

1. Unmöglichkeit der Leistung nach Art. 580 Abs. 1 Nr. 1 ZGB

In Anlehnung an Art. 110 VG hat der ZGB-Gesetzgeber in Art. 580 Abs. 1 ZGB⁹⁴ die Tradition fortgeführt,⁹⁵ den ursprüngliche Erfüllungsanspruch durch eine materiellrechtliche Unmöglichkeitsregelung zu begrenzen.⁹⁶ Danach kann der Gläubiger die Erfüllung einer

⁸⁸ Für den Grundsatz des Vorranges der Nacherfüllung, vgl. in der Tat *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 426: „Ist die Nachbesserung, Neuherstellung oder Ersatzlieferung unmöglich, unzumutbar oder erfolglos, oder verweigert der Schuldner die Nacherfüllung oder kommt er dieser nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach, so kann der Gläubiger die Rückgabe der Sache oder die Herabsetzung des Preises oder der Vergütung *verlangen*.“

⁸⁹ Zu dieser Wahlmöglichkeit, vgl. näher unten C III 4 (S. 178).

⁹⁰ So *Yin, Anjun*, ECUPL J. 2015, 74 ff.

⁹¹ *Leitende Gruppe des OVG zur Anwendung des ZGB* (Hrsg.), Verständnis und Anwendung zum Vertragsbuch des ZGB II, 2020, S. 758.

⁹² *Leitende Gruppe des OVG zur Anwendung des ZGB* (Hrsg.), Verständnis und Anwendung zum Vertragsbuch des ZGB II, 2020, S. 758: „Die Nacherfüllung als *vorrangige* Abhilfemaßnahme erspart also nicht nur Transaktionskosten und erhöht die Effizienz, sondern ermöglicht auch einen besseren Ausgleich zwischen den Interessen der Parteien.“

⁹³ Für die grundsätzliche Vorrangigkeit der Nacherfüllung, vgl. auch *Zhu, Xinyi*, L. Sci. 2022, 131, 135 f.

⁹⁴ Art. 580 Abs. 1 ZGB besagt: „Wenn eine Partei *eine nicht monetäre Verbindlichkeit* nicht oder nicht den Vereinbarungen entsprechend erfüllt, kann die andere Seite Erfüllung fordern, es sei denn, dass einer der folgenden Umstände vorliegt: 1. wenn rechtlich oder tatsächlich nicht erfüllt werden kann; 2. wenn der Gegenstand der Verbindlichkeit zur erzwungenen Erfüllung ungeeignet ist oder die Kosten der Erfüllung zu hoch sind; 3. wenn der Gläubiger nicht innerhalb einer angemessenen Frist die Erfüllung gefordert hat.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 304.

⁹⁵ Es sei darauf hingewiesen, dass der chinesische Gesetzgeber bei der Formulierung des Art. 110 VG das BGB 1900 als Vorbild genommen *hatte*, wonach der Schuldner von der Leistung *vollständig* (einschließlich der Primärleistung und des Schadensersatzes) befreien kann, wenn dies also aus einem von ihm nicht zu vertretenden Grund nicht erfolgen konnte. So besagt Art. 142 Abs. 1 Pilotentwurf zum VG: „Ein Vertragsschuldner, der aus Gründen, die er selbst zu vertreten hat, nicht in der Lage ist, seine Leistung zu erbringen, kann den Vertrag aufheben, haftet aber wegen Vertragsverletzung.“

⁹⁶ Ob im materiellen Recht ein Regime der Unmöglichkeit vorgesehen werden soll, ist noch umstritten: Dagegen wird zunächst die Auffassung vertreten, dass die Beschränkungen, denen die Zwangserfüllung als Rechtsbehelf unterliegt, in erster Linie dem Verfahrensrecht überlassen werden sollten, s. dazu *Ke, Weicai*, Tsinghua L. J. 2016, 151, 162 . Unter dem Gesichtspunkt der Vollständigkeit und Kohärenz der

Nicht-Geldleistung also nicht verlangen, soweit dies bereits unmöglich geworden ist. Diese geht - wie das deutsche Recht⁹⁷ - auch von dem *gegenständlichen* Unmöglichkeitsbegriff aus: Unter Unmöglichkeit der Leistung ist also ein Zustand zu verstehen, in dem die Erfüllung des Forderungsgegenstandes unmöglich ist.⁹⁸ Daneben besteht es aber auch das Verständnis, dass sich der Begriff der Unmöglichkeit im Sinne des Gesetzes nicht nur auf die Unmöglichkeit des Gegenstandes bezieht, sondern auch auf die Tatsache, dass dem Schuldner die Erfüllung seiner Verpflichtung nach dem allgemeinen sozialen oder geschäftlichen Konzept nicht zugemutet werden kann.⁹⁹ Die Unmöglichkeit ist dann unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und der allgemeinen gesellschaftlichen Anschauungen zu beurteilen.¹⁰⁰

a) Tatsächliche und rechtliche Unmöglichkeit

Stellt sich der Gläubiger heraus, dass die von ihm begehrte Leistung tatsächlich nicht erbracht werden kann, so ist der Anspruch auf die weitere Erfüllung sinnlos. Aus diesem Grund sieht Art. 580 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ZGB vor, dass der Gläubiger keine Erfüllung verlangen kann, wenn die Leistung *tatsächlich* unmöglich ist. Dies wird auch als naturgesetzliche Unmöglichkeit verstanden,¹⁰¹ die sich dadurch kennzeichnet, dass in solchen Fällen keinen Spielraum für eine rechtliche Wertung besteht. Die von dem Schuldner geschuldete Leistung kann aber auch aus rechtlichen Gründen unmöglich sein.¹⁰² Dies ist typischerweise der Fall, wenn die *Leistungserbringung* einer zwingenden gesetzlichen Vorschrift¹⁰³ entgegenstehen

Anspruchsdogmatik ist jedoch die materiellrechtliche Einordnung des Art. 580 Abs. 1 ZGB zweifellos angebracht und bietet auch die Grundlage für eine konsistente Bewertung. Im deutschen Recht, für die Notwendigkeit der materiellrechtlichen Ausgestaltung des § 275 BGB, vgl. BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 275 Rn. 10 f.; a.A. HKK-BGB/Schermaier, 2007, § 275 Rn. 75.

⁹⁷ So HKK-BGB/Schermaier, 2007, § 275 Rn. 40; vgl. auch Schwarze, LeistungsstörungenR, 32021, § 12 Rn. 4: „Leistung“ i.S.d. § 275 BGB bezieht sich in der Regel nur auf die Leistung im engeren Sinne, d.h. auf das Leistungssubstrat.

⁹⁸ So die Definition von Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 522.

⁹⁹ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 522.

¹⁰⁰ Vgl. Entscheidung des Ersten Mittleren Volksgericht von Shanghai: (2013) Hu Yi Zhong Min Er (Min) Zhong Nr. 2907 (上海市第一中级人民法院民事判决书, (2013)沪一中民二(民)终字第2907号): In diesem Fall wurde das betreffende Haus gemäß der genehmigten Planung und Ausführung gebaut und zur Nutzung abgenommen, jedoch mit einer nicht im Vertrag vereinbarten Lüftungsanlage ausgestattet, deren Entfernung der Käufer verlangte. Die Entfernung der am Haus angebrachten Lüftungsanlagen würde aber zwangsläufig zu einer Änderung des genehmigten Plans führen, und es ist fraglich, ob dieser erneut genehmigt wurde. Außerdem würde die Änderung der bisherigen Raumaufteilung zugleich die Interessen anderer Eigentümer in dem Gebiet beeinträchtigen. Daher vertrat das Gericht die Auffassung, dass die Forderung zur Beseitigung der Lüftungsanlagen ein Erfüllungshindernis entgegenstehe, so dass der Käufer von dem Verkäufer nur eine alternative Haftung für Vertragsverletzung verlangen konnte, wie z. B. Schadensersatz. Diese Entscheidung ist m.E. in Begründung und Ergebnis aber nicht sehr überzeugend, weil sie nicht in jeden Winkel des Themas vordringt: Zwar hat das Gericht Kenntnis von den „Schwierigkeiten“, auf die der Verkäufer bei der Beseitigung der Mängel stoßen könnte, doch reicht die bloße Erschwerung der Leistung aber allein nicht aus, um den Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung auszuschließen; im Kern geht es also um die Frage, welche Anstrengungen dem Schuldner zugemutet werden kann, um solche Schwierigkeiten zu überwinden, auf die Art. 580 Abs. 1 Nr. 2 ZGB anzuwenden ist.

¹⁰¹ Vgl. etwa Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 524; Wang, Hongliang, SchuldR AT, 2016, S. 208; Zhu, Guangxin, VertragsR AT II, 2018, S. 682 f.

¹⁰² In der chinesischen Literatur wird dies auch als inhaltliche *Rechtswidrigkeit* des Rechtsgeschäfts betrachtet, s. dazu Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 524.

¹⁰³ So Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 414.

würde.¹⁰⁴ Auch die Politik der zuständigen Behörden kann zur rechtlichen Unmöglichkeit führen.¹⁰⁵ Andererseits kann sich ein solches „rechtliches Hindernis“ auch in der fehlenden Zustimmung eines Dritten manifestieren, die die Herbeiführung des erwarteten Leistungserfolges verhindert.¹⁰⁶

b) Teilweise Unmöglichkeit

Teilunmöglichkeit war im Pilotentwurf des VG gesondert vorgesehen,¹⁰⁷ fanden aber keinen Eingang in die endgültige Fassung des VG und wurde auch vom ZGB-Gesetzgeber nicht besonders behandelt.¹⁰⁸ Hierfür kommen dann nur allgemeine Regelungen in Betracht: Erstens kann der Gläubiger im Falle der Teilleistung diese nach Art. 531 Abs. 1 ZGB¹⁰⁹ zurückweisen, wenn sie seine Interessen beeinträchtigen würde. Ob der Gläubiger den Vertrag in seiner Gesamtheit liquidieren kann, hängt also davon ab, ob die Voraussetzungen des Art. 563 Abs. 1 ZGB zur gesetzlichen Vertragsaufhebung erfüllt sind. Auf der Ebene der ursprünglichen Leistung erlischt der Anspruch des Gläubigers ferner auf die Teilleistung,

¹⁰⁴ In der Praxis werden die beiden Regelungen aber oft ergebnisorientiert zur Anwendung kommt, vgl. z. B. Entscheidung des Unteren Volksgerichts des Dongcheng Viertels, Peking: (2021) Jing 0101 Min Chu Nr. 6309 (北京市东城区人民法院民事判决书, (2021)京0101民初6309号). Der Sachverhalt lässt sich wie folgt vereinfachen: Der Kläger beauftragte die Beklagte mit der Durchführung des Bitcoin-Minings, und im Vertrag wurde vereinbart, dass die Beklagte im Falle von Netzwerkausfällen, Stromausfällen und anderen Produktionsunfällen die Maschine unverzüglich reparieren und den Kläger für den Verlust entschädigen sollte. Während der Erfüllung des Vertrages kam es bei der am Produktionsprozess beteiligten „Mining-Maschine“ zu einer Reihe von Stromausfällen, woraufhin der Kläger große Verluste erlitt und von der Beklagten eine Entschädigung für den Verlust von Bitcoin aufgrund der Stromausfälle verlangte. Nach Ansicht des Gerichts ist der zwischen den Parteien geschlossene Bitcoin-Miningsvertrag nichtig, weil die entsprechenden Mining-Aktivitäten große Mengen an Strom und Energie verbrauchen, was gegen Art. 9 ZGB („Grüne Grundsätze“) und Art. 153 Abs. 2 ZGB („Sittenwidrigkeit“) verstößt. Für die dadurch entstandenen Schäden ist jeder Partei selbst verantwortlich, da beide Parteien ein Verschulden trifft. Diese Entscheidung ist m.E. in Begründung und Ergebnis nicht sehr überzeugend: Erstens ist Bitcoin aufgrund seiner Eigentumseigenschaften in China also als virtuelles Eigentum (vgl. Art. 127 ZGB) gesetzlich geschützt, was bedeutet, dass nicht das von den Vertragsparteien angestrebte Ergebnis in Form des „Erwerbs“ von Bitcoin, sondern nur die *Handlung* zur Herbeiführung dieses Erfolges gesetzlich verboten ist. Daher stellt die Erbringung der Leistung eher eine rechtliche Unmöglichkeit dar - bis weitere Rechtsvorschriften erlassen werden.

¹⁰⁵ Vgl. die Entscheidung des OVG in S. 209 Fn. 11: In diesem Fall nahm das Gericht an, dass die Parteien den Vertrag über die Erteilung staatlicher Landnutzungsrechte nicht weiter erfüllen konnten, weil das Landbüro die fraglichen Landnutzungsrechte nicht in strikter Übereinstimmung mit der einschlägigen nationalen Politik im Wege der Ausschreibung vergeben hatte. Diese Politik der Verfahrenserfordernisse führte zwar nicht zur Nichtigkeit des fraglichen Vertrages, beeinträchtigte aber die objektive Unmöglichkeit der weiteren Erfüllung des Vertrages, so dass das Begehren des Klägers, das Landesamt zur weiteren Durchführung des Vertrages zu verurteilen, zurückzuweisen sein dürfte.

¹⁰⁶ Vgl. z. B. Entscheidung des OVG: (2001) Zui Gao Fa Min Yi Ti Nr. 1 (最高人民法院民事判决书, (2001)最高法民一提字第1号): In diesem Fall war das Entwicklungsunternehmen nach der Vergleichsvereinbarung verpflichtet, die andere Partei von den Hypothekenschulden freizustellen, konnte dies aber aufgrund der mangelnden Zustimmung des Hypothekengläubigers nicht vornehmen. Das Gericht vertrat dann die Auffassung, dass ein *rechtliches Hindernis* für die Erfüllung der Vereinbarung über den Vergleich vorlag, das nicht von dem Entwicklungsunternehmen selbst verursacht wurde, und eine Unmöglichkeit der Leistung darstellte.

¹⁰⁷ So besagt Art. 142 Abs. 2 Pilotentwurf zum VG: „Wenn nur ein Teil der Leistung nicht erbracht werden kann, so kann der Gläubiger diesen Teil der Leistung ablehnen, wenn der andere Teil der Leistung für ihn *kein Interesse* hat, wobei der Schuldner dann für die gesamte Unmöglichkeit der Leistung haftet.“

¹⁰⁸ Vgl. aber *Xie, Deliang*, Nanjing U. L. Rev. 2022, 123: Art. 580 Abs. 2 ZGB als Anhaltspunkt.

¹⁰⁹ Art. 531 Abs. 1 ZGB besagt: „Eine teilweise Erfüllung der Verbindlichkeit durch den Schuldner kann der Gläubiger ablehnen, es sei denn, dass die teilweise Erfüllung die Interessen des Gläubigers nicht schädigt.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 295.

wenn sie nicht mehr erfolgen kann, sofern diese teilbar ist.¹¹⁰ Die Wirkung der vollständigen Unmöglichkeit tritt nur dann ein, wenn das Interesse des Gläubigers durch die noch mögliche Teilleistung nicht teilweise befriedigt wird.¹¹¹

c) Subjektive Unmöglichkeit

Wenn der Schuldner zwar nicht in der Lage ist, die geschuldete Leistung zu erbringen, deren Erfüllung aber noch für Dritte möglich ist, dann stellt sich die Frage, ob und wann dies die Unmöglichkeit des Art. 580 Abs. 1 ZGB begründen kann. Die erstgenannte Frage wird in der Literatur im Allgemeinen bejaht und als tatsächliche Unmöglichkeit gem. Art. 580 Abs. 1 Nr. 1 ZGB eingeordnet.¹¹² Problematisch sind jedoch die Kriterien, anhand derer die subjektive Unmöglichkeit bestimmt werden soll. Die im deutschen Recht thematisierte Frage der „Wiederbeschaffungsmöglichkeit“ wird in der chinesischen Literatur und Praxis bisher kaum diskutiert.¹¹³ Insbesondere im Falle eines Doppelverkaufs¹¹⁴ oder einer Doppelvermietung¹¹⁵ betrachtet das Gericht eine Unmöglichkeit dann als gegeben, wenn der Schuldner den Gegenstand bereits an einen Dritten übergeben oder überlassen hat.¹¹⁶ Dies gilt auch dann, wenn der Gegenstand gestohlen wurde. Dadurch ist die Bindungswirkung der Leistungspflichten nicht erschöpft. Diese „zu-weite Sichtweise“ führt auch dazu, dass der Gläubiger die ursprüngliche Leistung oft auf eigene Kosten von einem Dritten wiederbeschaffen muss, was für ihn bedeutet, dass er die entstandenen Kosten nur im Rahmen von Sekundärrechtsbehelfen geltend machen kann und mit dem Risiko des Scheiterns übermäßig belastet wird.

¹¹⁰ Wang, Hongliang, SchuldR AT, 2016, S. 212.

¹¹¹ Vgl. z. B. Entscheidung des OVG: (2001) Zui Gao Fa Min Yi Zhong Nr. 29 (最高人民法院民事判决书, (2001) 最高法民一终字第29号): In diesem Fall war das vertraglich vereinbarte - und später nicht *durchgeführte* - Hochhausprojekt Teil des von der Erschließungsgesellschaft entwickelten Hotelkomplexes, und nach dem Vertrag und den Anforderungen des Bauprogramms konnte das Bauprojekt nicht *separat* errichtet werden. Die Parteien haben es auch versäumt, das Hochhausprojekt von dem gesamten Hotelprojekt zu trennen, indem sie das Planungsschema so geändert haben, dass es unabhängig durchgeführt werden konnte. Danach stellte der Hof fest, dass die betreffende Leistung völlig unmöglich geworden ist.

¹¹² Zhu, Guangxin, VertragsR AT II, 2018, S. 683.

¹¹³ Vgl. z. B. Entscheidung des OVG: (2011) Zui Gao Fa Min Ti Nr. 228 (最高人民法院民事判决书, (2011) 最高法民提字第228号): In diesem Fall befand das Gericht, dass die fraglichen Werberechte tatsächlich von einem Drittunternehmen *innehaben* und dass der Zweck des ursprünglichen, von der Werbefirma unterzeichneten Vertrags nicht erreicht werden konnte und dass es dann *keine* Möglichkeit gab, den Inhalt des Vertrages über den Betrieb der abgebauten Wartehallen zu erfüllen.

¹¹⁴ Vgl. z. B. Entscheidung des OVG: (2017) Zui Gao Fa Min Zhong Nr. 916 (最高人民法院民事判决书, (2017) 最高法民终916号): In diesem Fall stellte das Gericht fest, dass der Beklagte den betreffenden Geschäftsanteilen zweimal veräußert und bereits auf den zweiten Erwerber übertragen hatte, was die weitere Erfüllung des Vertrages unmöglich machte, und dann eine Vertragsverletzung darstellte.

¹¹⁵ Vgl. z. B. Entscheidung des Oberen Volksgerichts von Peking: (2012) Gao Min Shen Nr. 2595 (北京市高级人民法院民事判决书, (2012) 高民申字第2595号): In diesem Fall ging das Gericht davon aus, dass der Vermieter den fraglichen Verkaufsstand an einen Dritten *vermietet* (also einschließlich der Überlassung) hatte, was dazu führte, dass der Mietvertrag zwischen ihm und dem beklagten Mieter nicht mehr erfüllt werden konnte, und wies daher das Begehren des Mieters auf Einhaltung des Mietvertrages zurück.

¹¹⁶ In einem solchen Falle wird also nicht vom Richter gefragt, ob der Schuldner bereit ist, den Leistungsgegenstand wieder zu beschaffen, um seine Verpflichtungen gegenüber dem klagenden Gläubiger zu erfüllen.

d) Anfängliche Unmöglichkeit?

Für das anfängliche Leistungshindernis enthält das ZGB keine dem § 311a BGB vergleichbare Regelung.¹¹⁷ Es ist zunächst klar, dass die Wirksamkeit des Vertrages nicht dadurch beeinträchtigt wird, dass der Schuldner die Leistung von Anfang an nicht erfüllen kann.¹¹⁸ Damit soll das berechnigte Interesse der Gläubiger an der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses gewahrt werden. Andererseits kommt es für die Haftung wegen Vertragsverletzung vor allem darauf an, ob der Schuldner das Vorliegen eines Hindernisses zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kannte oder vorhersehen konnte.¹¹⁹

e) Vorübergehende Unmöglichkeit

Die in Art. 580 Abs. 1 Nr. 1 ZGB vorgesehene Unmöglichkeit umfasst neben der dauernden auch die vorübergehende Leistungsstörung¹²⁰.¹²¹ Denn die Unmöglichkeit i.S.d. Art. 580 Abs. 1 ZGB führt nicht *automatisch* zum Ausschluss des ursprünglichen Leistungsanspruches, sondern bezweckt nur, dem Schuldner eine entsprechende *Einrede*¹²² zu gewähren und setzt daher nicht die endgültige Unmöglichkeit der Leistung voraus. Danach kann der Gläubiger während des Bestehens des unüberwindlichen Hindernisses keine Leistung vom Schuldner verlangen, und seine Leistungsklage wird ebenfalls als *derzeit unbegründet* abgewiesen.¹²³

f) Unmöglichkeitseinwand?

Im Hinblick auf die in Art. 580 Abs. 1 ZGB vorgesehene Rechtsfolge der Unmöglichkeit hat der chinesische Gesetzgeber keine weitere Differenzierung getroffen, sondern sich für ein Modell entschieden, das dem Schuldner generell die *Einrede*¹²⁴ der Unmöglichkeit

¹¹⁷ Zumindest im Rahmen der Leistungsstörungen wird diese Frage vom chinesischen Gesetzgeber nicht speziell behandelt.

¹¹⁸ So *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 529.

¹¹⁹ Entscheidung des OVG: (2016) Zui Gao Fa Min Zhong Nr. 711 (最高人民法院民事判决书, (2016) 最高法民终711号).

¹²⁰ In der Rechtsprechung wird dies oft als „die objektiven Umstände, die die Vertragserfüllung zeitweilig unmöglich gemacht haben“ bezeichnet, s. dazu die Entscheidung in oben S. 144 Fn. 264 und die englische Fassung unter <http://lawinfochina.com/display.aspx?lib=case&id=1882> teilweise abrufbar.

¹²¹ Vgl. aber *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 415: „Eine fortgesetzte Erfüllung kommt dann auch in Betracht, wenn die Leistung nur *vorübergehend* unmöglich ist *oder* wenn der Schuldner die vertragliche Verpflichtung noch mit einer gewissen *Anstrengung* erfüllen kann.“

¹²² Dazu sogleich im Text.

¹²³ Vgl. z. B. Entscheidung des Mittleren Volksgerichts von Leshan, Sichuan Provinz: (2018) Chuan 11 Min Zhong Nr. 346 (乐山市中级人民法院民事判决书, (2018) 川11民终第346号): In diesem Fall verlangte der Kläger die Lieferung des Grundstücks, die *derzeit* im Besitz einiger Dorfbewohner ist - woraufhin die Regierung auch ankündigte, dass der Vertrag wegen des Streits über die Nutzungsüberlassung des Grundstücks ausgesetzt wird. Das Gericht stellte dann fest, dass der Vertrag zwar zustande gekommen war, aber *derzeit* ein faktisches Hindernis für seine Erfüllung besteht, so dass der Antrag des Klägers auf Übergabe des Grundstücks unbegründet sei.

¹²⁴ Mit der Rezeption der deutschen materiellrechtlichen Anspruchsdogmatik hat das chinesische Zivilrecht auch die materiellrechtlichen Konzepte der *Einrede* und *Einwendung* übernommen, vgl. z. B. Entscheidung des Oberen Volksgerichts der Jiangxi Provinz: (2011) Gan Min Yi Zhong Nr. 77 (江西省高级人民法院民事判决书, (2011) 赣民一终字第77号): In der *Rechtslehre* ist die *Einrede* also ein spezifisches Recht gegen eine Forderung, und bei Fehlen einer Forderung gibt es auch keine Einrede; s. dazu auch *Wang, Hongliang*, L. Sci. 2012, 104.

einräumt.¹²⁵ Nach dem amtlichen *Kommentar*¹²⁶ ist es jedoch stets Angelegenheit des Volksgerichts zu prüfen, ob eine rechtliche oder tatsächliche Unmöglichkeit der Leistung vorliegt.¹²⁷ Wenn sich der Schuldner gegen ein Erfüllungsbegehren des Gläubigers aufgrund des Art. 580 Abs. 1 Nr. 1 ZGB einwendet, trifft ihn zudem die Beweislast.¹²⁸

2. *Persönliche Unmöglichkeit nach Art. 580 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 ZGB*

Art. 580 Abs. 1 Nr. 2 ZGB betrifft zwei unterschiedliche Situationen: Der erste Fall ist derjenige, in dem sich „der Gegenstand der Verbindlichkeit zur erzwungenen Erfüllung ungeeignet ist“.¹²⁹ Mit dieser Formulierung bezeichnet man Fälle, in denen eine *unmittelbare* Vollstreckung¹³⁰ aufgrund der Natur des Schuldverhältnisses als unangemessen angesehen wird.¹³¹ Dahinter steht vor allem die Erwägung, dass bei Verpflichtungen aus Verträge wie Geschäftsbesorgungs-, Arbeits- oder Dienstverträge, die „rein persönlicher Natur“ sind, die Zwangsvollstreckung einen Eingriff in die Freiheit des Schuldners darstellen würde, was dem Grundgedanken des Art. 109 ZGB¹³² sowie Art. 37 Abs. 1, 38 S. 1 Verf.¹³³ widerspricht,¹³⁴

¹²⁵ Wohl auch *Zhu, Guangxin*, in: *Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei* (Hrsg.), *Kommentar zum ZGB*, 2020, Bd. 2, S. 332, 339.

¹²⁶ Im deutschen Recht stellen Kommentare bereits eine eigene Literaturgattung dar (vgl. dazu monographisch *Kästle-Lamparter*, *Welt der Kommentare*, 2016), die in China auch allmählich eingeführt wird (siehe die in dieser Studie zitierte einschlägige chinesische Literatur, die unter der Bezeichnung „Kommentar“ übersetzt). Im Unterschied dazu betrifft der hier angeführte „amtliche Kommentar“ aber nur das Verständnis des Gesetzgebers zum geltenden Recht (nicht deren Begründung!) und enthält im Gegensatz zum üblichen Stil der Kommentare keine Entscheidung und *Literaturhinweise*.

¹²⁷ *Huang, Wei* (Hrsg.), *Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I*, 2020, S. 415.

¹²⁸ Vgl. Entscheidung des Oberen Volksgerichts von Chongqing: (2014) Yu Gao Fa Min Chu Nr. 00070 (重庆市高级人民法院民事判决书, (2014)渝高法民初字第00070号): In diesem Fall befand das Gericht, dass die Bezirksregierung davon ausging, dass die Vereinbarung aufgrund politischer Änderungen nicht erfüllt werden konnte, aber die von ihr vorgelegten Beweise reichten nicht aus, um nachzuweisen, dass es tatsächliche und rechtliche *Hindernisse* für die *Erfüllung* der betreffenden Vereinbarung gab. Selbst wenn die Bezirksregierung die Vereinbarung aufgrund von Änderungen ihrer einschlägigen Verwaltungsbefugnisse infolge politischer Änderungen nicht erfüllen konnte, konnte sie daher nicht das Recht erhalten, den Vertrag *nach dem VG* zu beenden, und entschied daher, dass die Erfüllung fortgesetzt werden sollte.

¹²⁹ Zum Inhalt des Art. 580 Abs. 1 ZGB, vgl. oben S. 165 Fn. 94.

¹³⁰ Obwohl Art. 580 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 ZGB insofern weiter gefasst ist, als die Leistung nicht verlangt werden kann, wenn sie sich nicht für *Zwangsvollstreckung* eignet, wird in der Literatur aber generell anerkannt, dass alternative Formen der Vollstreckung auch in Betracht gezogen werden können, wenn z. B. die Möglichkeit besteht, dass ein Dritter der vom Schuldner geschuldeten Leistung noch erbringen kann, s. dazu *Han, Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 769; vgl. auch Art. 259 ZPG 2021 (= Art. 252 ZPG 2012), der besagt: „Wenn der Vollstreckungsschuldner von Urteilen, Verfügungen und anderen Rechtsurkunden bestimmte *Handlungen* nicht entsprechend der Vollstreckungsmittelteilnahme ausführt, kann das Volksgericht zwangsvollstrecken oder betreffende Einheiten oder andere Personen beauftragen, [diese Handlungen] zu vollenden; die Kosten werden vom Vollstreckungsschuldner übernommen.“ Übersetzt von *Heinrichowski/Pißler*, *ZChinR* 2012, 307, 360.

¹³¹ *Han, Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 769.

¹³² Art. 109 ZGB besagt: „Die persönliche Freiheit und die Würde der Persönlichkeit natürlicher Personen genießen den Schutz des Gesetzes.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, *ZChinR* 2020, 207, 227.

¹³³ Art. 37 Abs. 1 Verf. besagt: „Die Freiheit der Person der Bürger der VR China ist unverletzlich.“ Art. 38 S. 1 Verf. besagt: „Die persönliche Würde der Bürger der VR China ist unverletzlich.“ Die deutsche Fassung unter <http://www.verfassungen.net/rc/verf82-i.htm> abrufbar; allgemein zur Verfassung der VR China, vgl. *Eberl-Borges*, Einführung in das chinesische Recht, 2018, S. 66 f.

¹³⁴ S. auch *Han, Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 769: „Würde man den Schuldner direkt gegen seine Person zwingen, so würde die Haftung für Vertragsverletzung wieder zu ihrer ursprünglichen Natur als *persönliche*

die Freiheit und Würde der Personen zu schützen.¹³⁵ Da die Ursache für die Unmöglichkeit vor allem in der Person des Schuldners liegt, spricht man insoweit auch vom „personalen Leistungshindernis“.¹³⁶ Daneben kommen aber auch Fälle von überhöhten Vollstreckungskosten in Betracht.¹³⁷

3. Überhöhten Leistungskosten nach Art. 580 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 ZGB

Nach Art. 580 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 ZGB kann der Gläubiger die Leistung auch dann nicht verlangen, wenn die Kosten der Erfüllung übermäßig hoch sind.

a) Grundgedanken

Zweck dieser Vorschrift ist, den *Schuldner* vor der übermäßigen Aufwendungen mit der weiteren Vertragserfüllung zu schützen,¹³⁸ und somit die Verwendung der Ressourcen effizienter zu gestalten, was den Gedanken der wirtschaftlichen Effizienz auch in sich trägt.¹³⁹ Dahinter verbirgt sich die Annäherung an die „Lehre vom effizienten Vertragsbruch“¹⁴⁰ (效率违约, xiàolǜ wéiyuē).¹⁴¹ In der chinesischen Literatur wird dieser Lehre aber nur weniger Beachtung geschenkt,¹⁴² und die Versagung des Anspruches des Gläubigers auf Vertragserfüllung allein aus wirtschaftlichen Erwägungen¹⁴³ wird *stets* als Verstoß gegen den Grundsatz der strikten Vertragstreue angesehen.¹⁴⁴ Daher müssen neben wirtschaftlichen Effizienzüberlegungen auch andere Faktoren berücksichtigt werden,¹⁴⁵ um zusätzliche Anhaltspunkte für die Durchbrechung der Vertragsbindung zu bieten.¹⁴⁶

Haftung zurückkehren, was den Grundwerten der Achtung der Persönlichkeit und des Schutzes der persönlichen Freiheit in der modernen Gesellschaft zuwiderliefe.“

¹³⁵ Ebenso Wang, Liming, VertragsR II, ³2015, S. 584.

¹³⁶ Wang, Hongliang, SchuldR AT, 2016, S. 216.

¹³⁷ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 415.

¹³⁸ Liang, Huixing, Prof. Liang Huixing zum VertragsR, 1998, S. 138.

¹³⁹ So Li, Yongjun, VertragsR, ⁶2021, S. 229.

¹⁴⁰ Vgl. zu dieser Problematik aus deutscher Sicht eingehend Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 173 ff.; Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 355 ff.; Unberath, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 232 ff.

¹⁴¹ So Xie, Hongfei, Neue Entwicklung der Studie zum VertragsR, 2014, S. 477.

¹⁴² Vgl. den Überblick bei Xie, Hongfei, Neue Entwicklung der Studie zum VertragsR, 2014, S. 472 ff.

¹⁴³ Vgl. Entscheidung des Ersten Mittleren Volksgerichts von Shanghai: (2010) Hu Yi Zhong Min Si (Shang) Zhong Nr. 1191 (上海市第一中级人民法院民事判决书, (2010)沪一中民四(商)终字第1191号): Im vorliegenden Fall hat der Beklagte den Einbau der Außenklimaanlage, der von der Klägerin hätte durchgeführt werden müssen, einer anderen Firma aufgetragen, die den Einbau vorgenommen hat. Der Kläger beantragte, den streitigen Vertrag fortzusetzen, also die Klimaanlagen weiterhin von ihm installieren zu lassen. Das Gericht berief sich auf Art. 110 Nr. 2 VG (= Art. 580 Abs. 1 Nr. 2 ZGB) und stellte fest, dass die tatsächliche Leistung wirtschaftlich nicht vernünftig war und zwangsläufig zu Verschwendung von Ressourcen führte und nicht dem Wertzweck des von beiden Parteien geschlossenen Vertrages entsprach, so dass die Interessen der nicht vertragsbrüchigen Partei im Wege des Schadensersatzes ausgeglichen werden sollten.

¹⁴⁴ Xie, Hongfei, Neue Entwicklung der Studie zum VertragsR, 2014, S. 478.

¹⁴⁵ Vgl. auch Leitende Gruppe des OVG zur Anwendung des ZGB (Hrsg.), Verständnis und Anwendung zum Vertragsbuch des ZGB II, 2020, S. 743 : „Bei der Abwägung des Ausschlusses der Zwangserfüllungshaftung sollten neben wirtschaftlichen Faktoren auch Faktoren wie die Zweckmäßigkeit der Bestrafung vorsätzlicher Verstöße und die besondere Schutzbedürfnisse der vertragstreuen Partei berücksichtigt werden.“

¹⁴⁶ Ebenso Han, Shiyuan, VertragsR AT, ⁴2018, S. 771.

b) Kriterien der Übermäßigkeit der Leistungskosten

Unter übermäßigen Leistungskosten kann man vor allem in zweierlei Hinsicht verstehen,¹⁴⁷ nämlich einerseits, wenn die die vom Schuldner zu tragenden Leistungsaufwendungen in einem unangemessen großen Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers stehen,¹⁴⁸ und andererseits, wenn die Erfüllungskosten so überhöht sind, dass sie eine übermäßige *Belastung* für den Schuldner selbst darstellen.¹⁴⁹ Für das letztgenannte Verständnis ist auch das Interesse zu berücksichtigen, das der Gläubiger durch die Erfüllung erlangen kann, doch stellt dies *keinen* entscheidenden Bezugspunkt dar, sondern es muss zudem geprüft werden, ob es für die vertragstreue Partei zumutbar und möglich ist, die Leistung aus anderen Quellen zu erhalten, beispielsweise durch ein Deckungsgeschäft.¹⁵⁰ In der Praxis wird dabei häufig die Formel verwendet, dass, wenn die finanziellen und materiellen Mittel, die die vertragsbrüchige Partei für die Weiter-Erfüllung benötigt, das Interesse übersteigen, das die *beiden* Vertragsparteien¹⁵¹ durch die Durchführung des Vertrages erzielen können, die vertragsbrüchige Partei die Möglichkeit haben sollte, sich von dem Vertrag zu *befreien*,¹⁵² und die fortgesetzte Leistung durch Schadensersatz zu ersetzen.¹⁵³ Bei mehreren Abhilfemaßnahmen (z.B. Nachbesserung und Ersatzlieferung) kann die

¹⁴⁷ Im Rahmen des Art. 580 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 ZGB wird die sog. Pflicht- oder Opfergrenze des Schuldners kaum als gesonderte Frage behandelt, obwohl dies vom dessen Wortlaut erfasst ist. Dies liegt zum einen daran, dass in der chinesischen Literatur zwar die auf das deutsche Recht zurückgehende Auffassung vertreten wird, dass die Unmöglichkeit zum Ausschluss der ursprünglichen Leistungspflicht führen kann (so *Wang, Hongliang*, SchuldR AT, 2016, S. 207), ein solches Verständnis aber nicht durch das geltende Recht gestützt wird, wobei Art. 580 Abs. 1 ZGB in dieser Hinsicht keine Anhaltspunkte liefert. Andererseits steht eher die Frage der Haftungsbegrenzung im Vergleich zur Begrenzung der Verpflichtung regelmäßig im Mittelpunkt des Rechtsstreites. Zur Unzumutbarkeit der Leistung in diesem Sinn, vgl. nur die Entscheidung in S. 192 Fn. 98.

¹⁴⁸ So *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 770: im Vergleich zu dem Interesse, „das der Gläubiger durch diese konkrete Erfüllung erzielen könnte“.

¹⁴⁹ *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 415.

¹⁵⁰ So *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 415 f.

¹⁵¹ Für einen Vergleich zwischen des Interesses, das der *Schuldner* aufgrund des Vertrages erzielt hat, und den Kosten, die ihm bei der Erfüllung des Vertrages aufgewendet wurden, um den Erfüllungsanspruch des Gläubigers wegen *wirtschaftlicher Unzumutbarkeit* zu verneinen, vgl. Entscheidung des OVG: (2015) Zui Gao Fa Min Shen Nr. 1931 (最高人民法院民事判决书, (2015) 最高法民申字第1931号): In diesem Fall hatte der Vermieter 6,8 Mio. RMB zu zahlen, um das an Dritte vermietete Grundstück zurückzuerhalten und damit seine Verpflichtung zur Übergabe des Grundstücks an den Mieter zu erfüllen, während er nur einen Gewinn von 1,5 Mio. RMB aus diesem Mietvertrag erzielen konnte. Das Gericht vertrat dann die Auffassung, dass der Vermieter für die Weiter-Erfüllung weitaus mehr zahlen musste als die Vorteile, die er aus der Erfüllung des Vertrages ziehen konnte, so dass die weitere Erfüllung des Vertrages nicht mehr *zumutbar* war und unter die in Art. 110 Abs. 2 VG (= Art. 580 Abs. 1 Nr. 2 ZGB) genannten übermäßigen Leistungskosten fällt.

¹⁵² Genau diese Möglichkeit, dass sich die vertragsbrüchige Partei vom Vertrag *lösen* kann, indem sie geltend macht, dass die Kosten für die Erfüllung überhöht sind, bildet die ursprüngliche Fassung der in der chinesischen Literatur als „Vertragsaufhebungsrecht der säumigen Partei“ bekannten These. Insbesondere in Fällen, in denen der Vertrag bereits *teilweise* erfüllt wurde oder es sich um eine Dauerschuld handelt, in denen der Gläubiger keinen Anreiz hat, aufgrund der Leistungerschwerung seitens des Schuldners den Vertrag aufzuheben, und in denen die Erfüllung noch nicht wirklich *unmöglich* ist, stellt sich die Frage, wie der Schuldner von einem Vertrag befreit werden kann, der für ihn wirtschaftlich sinnlos geworden ist. Hierzu näher unten E II 6 (S. 223 ff.).

¹⁵³ Vgl. die Entscheidung *Xinyu Corp. gegen Feng Yumei*, hierzu näher unten E II 6 a) (S. 224 ff.).

Unverhältnismäßigkeit der Kosten auch durch ein grobes Missverhältnis zwischen den Kosten der verschiedenen Abhilfemaßnahmen ausgedrückt werden.¹⁵⁴

c) Abgrenzung zur Änderung der Umstände

Außerdem ist zwischen den übermäßigen Erfüllungskosten und der Regelung zur Änderung der Umstände zu unterscheiden.¹⁵⁵ So findet die Regelung des Art. 533 ZGB über die Änderung der Umstände Anwendung, wenn sich die Aufwendungen des Schuldners für die Erfüllung erheblich erhöht haben, aber das Interesse des Gläubigers an der Leistung ebenfalls gestiegen ist.¹⁵⁶

4. *Versäumung der Erfüllungsverlangen nach Art. 580 Abs. 1 Nr. 3 ZGB*

Nach Art. 580 Abs. 1 Nr. 3 ZGB kann der Gläubiger die Weiter-Erfüllung auch dann nicht verlangen, wenn er sie nicht innerhalb einer angemessenen Frist gefordert hat. Danach ist der Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung neben der Unmöglichkeit der Leistung noch durch einen angemessenen Zeitraum begrenzt. Der Zweck besteht darin, den vertragsbrüchigen Schuldner vor der Ungewissheit zu schützen, seine Leistungsbereitschaft über einen langen Zeitraum aufrechterhalten zu müssen und auf diese Weise die Gläubiger davon abzuhalten, auf Kosten des Schuldners zu spekulieren.¹⁵⁷ Die Angemessenheit dieses Zeitraums ist also eine Frage des Einzelfalls, die unter Berücksichtigung des Zwecks des Vertrages und der der Verkehrssitte o.ä. zu beurteilen ist.¹⁵⁸

III. Das Verhältnis von Weiter-Erfüllung und anderen Rechtsbehelfen

1. *Vorrang der Weiter-Erfüllung?*

Verletzt eine Partei ihre Verpflichtungen aus einem Vertrag, so kann die andere Partei *zunächst* nur die Erfüllung der ursprünglichen Leistung verlangen, und erst wenn dieses vorrangige Recht erschöpft ist, kann sie auf sekundäre Rechtsbehelfe übergehen. Ein solches Verfahren, bei dem der Erfüllungsanspruch Vorrang vor anderen Rechtsbehelfen hat, wird als

¹⁵⁴ *Miu, Yu*, Tsinghua L. J. 2016, 85, 97.

¹⁵⁵ Vgl. insbesondere *Leitende Gruppe des OVG zur Anwendung des ZGB* (Hrsg.), Verständnis und Anwendung zum Vertragsbuch des ZGB II, 2020, S. 744: „Die ‚Störung der Erfüllungsgrundlage‘ in Art. 533 ZGB und ‚übermäßigen Erfüllungskosten‘ in Art. 580 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 ZGB sind zwei verschiedene Regime und dürfen also nicht miteinander verwechselt werden.“

¹⁵⁶ Sog. „Störung des Äquivalenzverhältnis“, vgl. z. B. Entscheidung des Unteren Volksgerichts des Haidian Viertels, Peking: (2005) Hai Min Chu Nr. 9493 (北京市海淀区人民法院, (2005) 海民初字第9493号): In diesem Fall hatte das *China Internet Network Information Centre* den Preis für die Registrierung erhöht, so dass das schuldenrische Technologieunternehmen neben den ursprünglichen Erfüllungskosten *zusätzliche* Kosten aufwenden musste, um seine Registrierungspflichten zu erfüllen. Das Gericht vertrat dann die Auffassung, dass der Vertrag von Instrument als Gläubiger mit dem *Ziel* geschlossen wurde, die Registrierung zu vollenden, und dass die Preisdifferenz, unabhängig davon, welche Partei die Last zu tragen hatte, zur Deckung des durch den Anstieg der Erfüllungskosten verursachten Verlustes diene, und *daher* keine übermäßigen Kosten für die tatsächliche Erfüllung darstellte.

¹⁵⁷ *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 416.

¹⁵⁸ *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 416.

Vorrang der Erfüllung oder, genauer gesagt, als *Grundsatz der Naturalerfüllung*¹⁵⁹ bezeichnet. Im Gegensatz zum deutschen Recht, wo es zu dieser Frage durchaus eindeutige Antworten und Lösungen gegeben hat, fehlt es im chinesischen Recht noch an einer einheitlichen Beantwortung, weder in der Rechtsprechung und Literatur zum VG¹⁶⁰ noch zur Anwendung des ZGB. Unbestritten ist aber, dass dieser an der *Spitze* der Liste der Rechtsbehelfe steht, die den Gläubigern zur Verfügung stehen.¹⁶¹

a) Historischer Realerfüllungsgrundsatz¹⁶²

Die Ablehnung des Grundsatzes der Weiter-Erfüllung lässt sich zunächst nur aus historischen Gründen erklären. Vor der Reform und Öffnung 1978 war in China ein zentral geplantes Wirtschaftssystem eingerichtet: In diesem Wirtschaftssystem gab es also keinen Platz für den Grundsatz der Vertragsfreiheit und bei dem Vertragsverhältnis handelt es sich lediglich um ein direktives Planungsverhältnis im Gewand des „Vertrages“.¹⁶³ Danach musste der Vertrag in strikter Übereinstimmung mit den vom Staat erlassenen Direktivenplänen geschlossen werden,¹⁶⁴ und sofern die Pläne noch nicht aufgehoben wurden oder der Vertrag tatsächlich nicht mehr durchgeführt werden konnte, kam als Rechtsbehelf nur die *Realerfüllung* in Betracht, wobei der Gläubiger eine Klage auf Zwangserfüllung bei einem Gericht oder einem Schiedsmann einreichen *musste* (sog. Grundsatz der Realerfüllung).¹⁶⁵ Dadurch wurde den Vertragsparteien das *Recht* genommen, über eine Vertragsänderung zu verhandeln oder den Vertrag zu beenden, und bei Vertragsverletzungen konnten die Parteien auch nicht die ursprüngliche Leistung durch Schadensersatz ersetzen.¹⁶⁶

Diese Rechtslage hat sich jedoch mit der Reform und Öffnung Chinas geändert.¹⁶⁷ Mit der Einführung der Marktwirtschaft¹⁶⁸ rückte das Vertragsrecht, das nach Ansicht des

¹⁵⁹ So *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015.

¹⁶⁰ Vgl. insbesondere *Wang, Liming*, VertragsR II, 32015, S. 564, 566, der einerseits davon ausgeht, dass der chinesische Gesetzgeber „nach wie vor die tatsächliche Erfüllung als *primären* Rechtsbehelf in Art. 107 VG vorsieht“, und andererseits betont, dass „die Tatsache, dass dieser Rechtsbehelf *in erster Linie* zur Anwendung kommen soll, nicht zwingend bedeutet, dass dieser auch angewendet werden muss, da es dem Gläubiger überlassen bleibt, ob er die tatsächliche Erfüllung verlangt oder nicht“.

¹⁶¹ Wie bereits bei oben S. 159 Fn. 47 erwähnt, ist die „erste Stelle“ der Weiter-Erfüllung nicht gleichbedeutend mit ihrer „Priorität“; allerdings hat sie auf jeden Fall Vorrang, wenn der Gläubiger bereits die Fortsetzung der Leistung verlangt hat.

¹⁶² Vgl. zu diesem Grundsatz vor dem VG auch *Shen, Jianming*, Ariz. J. Int'l & Comp. L. 13 (1996), 253, 282: „*Specific performance* is even considered a fundamental *principle* of Chinese contract law.“

¹⁶³ *Liang, Huixing*, Chin. J. L. 1988, 35, 37.

¹⁶⁴ *Liang, Huixing*, Chin. J. L. 1988, 35, 37 f.

¹⁶⁵ *Liang, Huixing*, Chin. J. L. 1987, 37, 40.

¹⁶⁶ Insoweit kann man auch davon ausgehen, dass es keinen *Vertrag* im privatrechtlichen Sinne gab, s. auch *Liang, Huixing*, Chin. J. L. 1987, 37, 40.

¹⁶⁷ Vgl. zur Wiederbelebung und Entwicklung des Vertragsrechts in China *seit* der Reform und Öffnung *Xie, Huaishi*, in: Mehren (Hrsg.), International Encyclopedia of Comparative Law, 2008, Nr. 57 ff.

¹⁶⁸ Die Reform und Öffnung Chinas begannen also mit der Öffnung des Marktes, s. dazu *Liang, Huixing*, Chin. Legal Sci. 1999, 25 ; vgl. zum Wandel von der Planwirtschaft zur Institution des sozialistischen Marktwirtschaftssystems auch *Shen, Weixing*, FS Horn, 2006, S. 125, 126 f.

chinesischen Gesetzgebers in erster Linie *marktbezogene* Transaktionen betrifft,¹⁶⁹ in den Vordergrund.¹⁷⁰ Vor diesem Hintergrund erließ China 1981, 1985 und 1987 das WVG, AWVG und TVG. Diese drei vertragsbezogenen Gesetze wurden später zu einem einheitlichen Vertragsgesetz¹⁷¹ vereinigt.¹⁷² Als sich die Verträge von planbezogenen zu marktbezogenen wandelten, nahm es nicht Wunder, dass den oben erwähnten Grundsatz der tatsächlichen Erfüllung auch aufgegeben wurde.¹⁷³ Die Frage, ob die Weiter-Erfüllung nach *geltendem* Recht Vorrang hat, bleibt aber noch im Schatten dieses historischen Eindrucks.¹⁷⁴

b) Unmöglichkeitregelung als ein Indiz für die Vorrangigkeit der tatsächlichen Leistung?

Was die Regelung des Art. 577 ZGB betrifft, so gibt es keinen Vorrang für die Fortsetzung der Leistung im Rahmen der Haftung für Vertragsverletzung.¹⁷⁵ In der Literatur wird aber die Auffassung vertreten, dass der Vorrang der Weiter-Erfüllung vom chinesischen Gesetzgeber durch die Bestimmungen der Art. 579, 580 ZGB anerkannt wird.¹⁷⁶ Allerdings kann dieser Vorrang nicht *allein* durch die Schaffung einer Unmöglichkeitregelung begründet werden: Denn die Anerkennung des Erfüllungsanspruches im materiellen Recht macht es erforderlich, ihn auch im materiellen Recht zu begrenzen, was die Funktion der Unmöglichkeit bildet.¹⁷⁷ Die Beschränkung des Erfüllungsanspruches selbst und sein Verhältnis zu anderen Rechtsbehelfen sind aber zwei verschiedene Fragen, so dass der Vorrang der Weiter-

¹⁶⁹ Dieses Verständnis hat dem chinesischen Vertragsrecht von Anfang an einen kommerziellen Charakter verliehen; zum Zusammenhang zwischen der Modernisierung des Vertragsrechts und den Verpflichtungen Chinas im Rahmen seines Beitritts zur WTO, vgl. *Shen, Weixing*, FS Horn, 2006, S. 125, 129.

¹⁷⁰ *Liang, Huixing*, Chin. Legal Sci. 1999, 25.

¹⁷¹ Wohl der wichtigste Erfolg der Reform und Öffnung Chinas im Bereich des Privatrechts; zu der Bedeutung des VG, vgl. auch *Shen, Weixing*, FS Horn, 2006, 125 : „Das VG ist eines der *ersten* großen Gesetzgebungswerke, das auf hohem wissenschaftlichen Niveau der *Vereinheitlichung* des Rechts, der Genauigkeit, Vollständigkeit und *Systematik* verpflichtet ist.“

¹⁷² Zu den Gründen für diese Vereinheitlichung, vgl. insbesondere *Shen, Weixing*, FS Horn, 2006, S. 125, 129: „Wie oben erwähnt beziehen sich die drei Vertragsgesetze auf verschiedene Regelungsbereiche, was dazu führt, dass ein an sich *einheitlicher Markt* künstlich aufgeteilt und unterschiedlichen Regelungen unterworfen wird. Zudem sind die Vorschriften in den drei Gesetzen vage und ungenau und daher *schwer anzuwenden*. Dies hat zur Folge, dass eine große Zahl *zusätzlicher Verordnungen* und *verbindlicher Auslegungen des OVG* erforderlich wurden, woraus immer mehr Widersprüche und Lücken entstanden. Die verwirrende Normenvielfalt und deren vage Inhalte wurden auch als ein Instrument der Staatsbürokratie und Korruption zu Lasten von *Rechtssicherheit* und *Transparenz* missbraucht, was nur durch *ein einheitliches und rechtsklares Gesetz* eingeschränkt oder verhindert werden kann.“

¹⁷³ Vgl. z. B. Art. 107 VG (= Art. 577 ZGB).

¹⁷⁴ Vgl. dazu insbesondere *Liang, Huixing*, Chin. J. L. 1987, 37 ff.

¹⁷⁵ S. aber *Wang, Hongliang*, SchuldR AT, 2016, S. 228 : „Der Anspruch auf die ursprüngliche Leistung hat dem *Wortlaut* (des Art. 107 VG) nach Vorrang“; ebenso die Entscheidung „*Xinyu Corp. gegen Feng Yumei*“: „Aus dieser Bestimmung (hier: Art. 107 VG) geht hervor, dass im Falle einer Vertragsverletzung die Fortsetzung der Leistung der *bevorzugte* Weg ist, um die säumige Partei haftbar zu machen. Der Grund, warum das Gesetz dies so vorsieht, liegt darin, dass die fortgesetzte Erfüllung dem Erreichen des Vertragszwecks förderlicher ist als Abhilfemaßnahmen, Schadensersatz oder Vertragsverletzungsgeld.“ Zu anderen Aspekten dieser Entscheidung, vgl. unten E II 6 b) (S. 226 f.).

¹⁷⁶ So *Liu, Yang*, PSL 2018, 105, 108; zum deutschen Recht, vgl. auch *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 494 f.

¹⁷⁷ In dieser Hinsicht wurde die „Modifikationlehre“ von *Mommsen* (s. dazu HKK-BGB/*Schermaier*, 2007, §§ 280-285 Rn. 57) vom chinesischen Gesetzgeber mit der Einführung der Unmöglichkeitregelung nicht übernommen, vgl. insoweit auch *Zhu, Xinyi*, L. Sci. 2022, 131, 134.

Erfüllung - zumindest aus dem äußeren System des ZGB - noch nicht abgeleitet werden kann. Für das Verhältnis zwischen fortgesetzter Leistung und anderen Rechtsbehelfen kann also im chinesischen Recht *keine* generelle Vorrangigkeit festgelegt werden, d. h. es gibt keine einheitliche Lösung.¹⁷⁸ Daher wird diese Frage im Folgenden ausgehend von den einschlägigen Bestimmungen diskutiert.

2. *Weiter-Erfüllung und Vertragsaufhebung*

Es besteht kein Zweifel daran, dass im chinesischen Recht die fortgesetzte Erfüllung grundsätzlich Vorrang vor der Vertragsaufhebung hat. Dies ergibt sich deutliche aus dem Wortlaut des Art. 563 Abs. 1 ZGB, in dem der chinesische Gesetzgeber strenge Voraussetzungen für das Vertragsaufhebungsrecht festgelegt hat:¹⁷⁹ Danach reicht eine *einfache* Vertragsverletzung allein noch nicht aus, um dem Gläubiger das Recht zu geben, den Vertrag aufzulösen; vielmehr muss die Verletzung so schwerwiegend sein, dass der Vertragszweck dadurch nicht erreicht werden kann.¹⁸⁰ Erst bei Vorliegen der Voraussetzungen zur Vertragsaufhebung, und sofern eine weitere Erfüllung noch möglich ist, steht dem Gläubiger das *Recht* zu, zwischen beiden zu wählen. Der Schuldner befindet sich also ebenfalls in einem Schwebzustand. Im Unterschied zum deutschen Recht gelten für dieses „Wahlrecht“ des Gläubigers nach chinesischem Recht jedoch folgende Einschränkungen: Erstens unterliegt die Ausübung des Vertragsaufhebungsrecht einer einjährigen Ausschlussfrist (Art. 564 Abs. 2 Alt. 1 ZGB);¹⁸¹ zweitens kann der Schuldner auch im Falle eines gesetzlichen Vertragsaufhebungsrechts den Gläubiger durch eine Mahnung dazu veranlassen, so bald wie möglich eine Wahl zu treffen (Art. 564 Abs. 2 Alt. 2 ZGB).¹⁸² Im Übrigen wird das nachträgliche Erfüllungsbegehren des Gläubigers *oft* als konkludenter *Verzicht* auf die Vertragsaufhebung angesehen werden.¹⁸³

¹⁷⁸ Vgl. aber *Zhu, Xinyi*, L. Sci. 2022, 131, 134 f., die die Auffassung vertritt, dass das chinesische *Recht* den Grundsatz der Naturalerfüllung des deutschen Rechts *verfolgt*.

¹⁷⁹ Hierzu näher unten E II (S. 214 ff.)

¹⁸⁰ Hierzu näher unten E I 3 a) (S. 211 ff.).

¹⁸¹ Vgl. auch unten E I 2 c) aa) (S. 211).

¹⁸² Hierzu unten E I 2 c) bb) (S. 211).

¹⁸³ So Entscheidung des Ersten Mittleren Volksgerichts von Shanghai: (2010) Hu Yi Zhong Min Si (Shang) Zhong Nr. 1509 (上海市第一中级人民法院民事判决书, (2010) 沪一中民四(商) 终字第1509号): Wenn der Gläubiger, nachdem die Voraussetzungen für die Vertragsauflösung erfüllt sind, von der anderen Partei weiterhin die Erfüllung des Vertrages verlangt, bedeutet dies einen stillschweigenden Verzicht auf sein Vertragsaufhebungsrecht. Vgl. aber Entscheidung des OVG: (2016) Zui Gao Fa Min Zhong Nr. 822 (最高人民法院民事判决书, (2016) 最高法民终822号): Ein Verzicht auf das Aufhebungsrecht liegt nur dann vor, wenn der Inhaber nach Eintritt der Voraussetzungen das Vertragsaufhebungsrecht nicht ausübt, sondern den Schuldner zur weiteren Leistung auffordert *und* die vollständige Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung des Schuldners akzeptiert.

3. *Weiter-Erfüllung und Schadensersatz statt der Leistung*

Was das Verhältnis zwischen Weiter-Erfüllung und Schadensersatz betrifft, so ist es zweifelhaft. Ausgangspunkt ist das Verhältnis zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Vertragsaufhebung.

a) Unabhängigkeit von Schadensersatz statt der Leistung und Vertragsaufhebung

Anders als im deutschen Recht gibt es im chinesischen Recht - zumindest im Sinne des äußeren Systems des ZGB - keinen tatbestandlichen Zusammenhang zwischen dem Schadensersatzanspruch und der Vertragsaufhebung. Auch die Diskussion über das sog. *Heilungsrecht* des Schuldners,¹⁸⁴ was in der Regel als *Spiegelbild* der Vorrangstellung des Erfüllungsanspruches gegenüber anderen Rechtsbehelfen gesehen wird, beschränkt sich nur auf den Rahmen der Vertragsaufhebung, wobei dem Schuldner nur die Frage gestellt wird, ob er die Folgen der Vertragsbeendigung durch die nachträgliche Erfüllung noch abwenden kann. Der Grund für dieses Vorgehen liegt vor allem darin, dass die *Lösungswirkung*¹⁸⁵ des Schadensersatzes nicht anerkannt ist, d. h. die Abwicklung eines gestörten Vertrages wird im chinesischen Recht nur als ein *Monopol* des Vertragsaufhebungsrechts angesehen.

b) Freie Wahl zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Weiter-Erfüllung?

Wenn man daraus aber die Folgerung zieht, dass dem Gläubiger eine freie Wahl zwischen Schadensersatz und fortgesetzter Erfüllung zusteht, dann geht man zweifellos ins andere Extrem. Dies liegt zum Teil daran, dass die Parteien in den Fällen, in denen die liquidierende Wirkung der Ersatzleistung nicht anerkannt wird,¹⁸⁶ diese häufig auch nicht als Rechtsbehelf für die Vertragsabwicklung wählen, so dass sie oft mit der Auflösung des Vertrages im Prozess einhergeht und somit den Tatbeständen unterliegt, die ursprünglich¹⁸⁷ nur für letztere gelten würden. Jedenfalls aber kann der Gläubiger - anders als im deutschen Recht - nicht nur bei Unmöglichkeit oder anderen Wandlungstatbeständen direkt Schadensersatz statt der Leistung verlangen, sondern auch dann, wenn diese Wandlungstatbestände noch nicht vorliegen.¹⁸⁸ Daher hängt die endgültige Entscheidung immer noch weitgehend vom Ermessen des Gerichts ab.

¹⁸⁴ Vgl. zu diesem Konzept *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 856.

¹⁸⁵ Mit der „Lösungswirkung“ ist hier die allgemeine Möglichkeit gemeint, dass sich die vertragstreue Partei im Falle eines Leistungshindernisses von ihren eigenen Verpflichtungen aus dem Vertrag lösen kann, s. ausf. *Leser*, FS E. Wolf, 1985, S. 373 ff.

¹⁸⁶ Entweder bevor die klagende Partei davon in Kenntnis gesetzt wird oder nachträglich durch das Gericht, d. h. in Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung, was mit dem Bewusstsein oder dem Rechtsempfinden der Parteien sowie dem Richter zusammenhängt.

¹⁸⁷ Zumindest als der chinesische Gesetzgeber die Vorschrift des Art. 563 Abs. 1 ZGB schuf, hat er nur die gesetzliche Vertragsaufhebung als Regelungsgegenstand gedacht.

¹⁸⁸ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 221; vgl. aber Entscheidung des OVG: (2001) Zui Gao Fa Min Er Zhong Nr. 114 (最高人民法院民事判决书, (2001) 最高法民二终字第114号): „Wenn eine Partei den Vertrag bricht und es Umstände gibt, unter denen die Erfüllung nicht fortgesetzt werden kann, so kann die Haftung wegen Vertragsverletzung im Wege einer Ersatzleistung, wie z. B. Schadensersatz, erfolgen.“

4. *Weiter-Erfüllung, Minderung und Rückgabe von Waren bei mangelhafter Leistung*

Im Falle einer mangelhaften Leistung wird dem Gläubiger nach Art. 582 ZGB das *Recht* eingeräumt, zwischen Nacherfüllung und Minderung oder Rückgabe von Waren zu *wählen*. Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen für das System des Leistungsstörungenrechts: Auf der Ebene der ursprünglichen Leistung wird dem Gläubiger zunächst die Möglichkeit gegeben, zwischen Reparatur, Ersatzlieferung und Nachherstellung zu wählen.¹⁸⁹ Ob die Wahl vernünftig ist, hängt gem. Art. 582 ZGB von der „Art des Gegenstandes“ und dem „Ausmaß des Schadens“ ab. Diese Möglichkeit darf jedoch nicht überschätzt werden, denn wie die beiden vorgenannten Kriterien zeigen, ist das vergleichende Verfahren nicht auf diesen ursprünglichen Rechtsbehelf beschränkt, sondern es müssen auch andere sekundäre Abhilfemaßnahmen in Betracht gezogen werden. Dies mag die Palette der Wahlmöglichkeit zwischen dem Gläubiger *zustehenden* Rechtsbehelfe erheblich erweitern, doch liegt die endgültige Entscheidung über den zu vergebenden Rechtsbehelf mit dem Erfordernis der Angemessenheit¹⁹⁰ noch im Ermessen des Gerichts. Auch die Frage, ob dem Schuldner ein *Heilungsrecht* zusteht, also durch Nacherfüllung die andere zur Vertragsabwicklung führende Rechtsbehelfe abzuwenden, wird ebenfalls innerhalb dieser „Angemessenheit“ behandelt, was der ex post Kontrolle durch den Richter unterliegt.¹⁹¹ Daher ist das Verhältnis zwischen den verschiedenen Rechtsbehelfen *zweipolig*, d. h. einerseits kann es allein aus der Sicht des Gläubigers beurteilt werden, insbesondere wenn das Gericht den von ihm gewählten Rechtsbehelf *bejaht*, und andererseits, also im Gegenteil, hängt es *vollständig* von der Ermessensentscheidung des Gerichts ab.¹⁹²

¹⁸⁹ Dies kann also als ein einheitliches Gläubigerwahlrechtsmodell im Vergleich zur differenzierten Vorgehensweise des deutschen Rechts (vgl. z. B. §§ 439 Abs. 1, 635 Abs. 1 BGB) betrachtet werden.

¹⁹⁰ Nach Art. 582 ZGB muss die vom Gläubiger getroffene Wahl noch *vernünftig* sein.

¹⁹¹ Für Nacherfüllung als erste Stufe der Abhilfemaßnahmen, s. oben S. 165 Fn. 91.

¹⁹² Insoweit bietet die vom chinesischen Gesetzgeber mit den in Art. 563 Abs. 1 BGB festgelegten Tatbeständen angestrebte *Orientierung* an der Vertragserhaltung einen wichtigen Ankerpunkt, vgl. oben S. 160 Fn. 55.

D. Schadenersatz wegen Vertragsverletzung

Die theoretische Literatur über Schadenersatz als Sanktion für Vertragsverletzung ist umfangreich, und es gibt auch unzählige Fragen zum Schadenersatzrecht.¹ Die folgende Untersuchung ist aber keine umfassende Erörterung des Schadenersatzes bei Vertragsverletzung im chinesischen Recht, sondern eine exemplarische Darstellung ausgewählter Fragen bei der Konstruktion des chinesischen Leistungsstörungenrechts auf der Grundlage eines Vergleichs mit dem deutschen Recht.

I. Schadenersatz als Haftung wegen Vertragsverletzung

1. Funktionen des Schadenersatzes

Als der in der Praxis wichtigste Rechtsbehelf bei Vertragsverletzung dient Schadenersatz in erster Linie dazu, dem Gläubiger den dadurch entstandenen Schaden zu kompensieren.² Dies betrifft in der Regel nur den Vermögensschaden; Nichtvermögensschaden kann dagegen nach dem neu eingeführten Art. 996 ZGB *nur* dann geltend gemacht werden,³ wenn die *Persönlichkeitsrechte* des Gläubigers durch die Vertragsverletzung des Schuldners verletzt worden sind.⁴

a) Ausgleichsfunktion

Die Kompensationsfunktion des Schadenersatzes bedeutet einerseits, dass alle Verluste, die der Gläubiger infolge der Vertragsverletzung erlitten hat, auszugleichen sind: Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass die Verwirklichung der vertragsmäßigen Interessen des Gläubigers *nicht* durch die Vertragsverletzung weitestgehend beeinträchtigt würde,⁵ und den Schuldner auch dazu anzuhalten, den Vertrag so weit wie möglich *zuvor* einzuhalten. Andererseits richtet sich der Umfang des Schadenersatzes wegen dieses kompensatorischen Charakters nur nach dem Verlust des Gläubigers und nicht dem *Gewinn* des Schuldners,⁶ d. h. der Gläubiger kann nicht dadurch profitieren, sodass der Gewinn, den der Gläubiger durch die Vertragsverletzung erzielt hat, von dem zu ersetzenden Schaden abgezogen werden muss.⁷

¹ So *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 322.

² Vgl. nur *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 430.

³ Zur generellen Zurückweisung des Anspruches auf Ersatz des immateriellen Schadens wegen Vertragsverletzung, vgl. die Entscheidung in unten S. 119 Fn. 37. Vgl. zu dieser Problematik näher *Zhao, Jin*, in: *Bu, Yuanshi* (Hrsg.), Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 139 ff.

⁴ Art. 996 ZGB besagt: „Wird durch eine vertragsverletzende Handlung einer Partei ein Persönlichkeitsrecht der anderen Partei geschädigt und ihr eine erhebliche seelische Schädigung zugefügt [und] wählt der Geschädigte zu fordern, dass sie für Vertragsverletzung haftet, beeinflusst dies nicht die Forderung des Geschädigten auf Ersatz für die seelische Schädigung.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 370.

⁵ *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 431.

⁶ *Han, Shiyuan*, Schadenersatz wegen Vertragsverletzung, 1999, S. 6.

⁷ Was auch dem deutschen Grundsatz der Vorteilausgleichung entspricht, hierzu oben C IV 5 (S. 92 f.).

Die Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes steht auch in engem Zusammenhang mit der sog. „Lehre der Einheitlichkeit der Obligation“,⁸ d. h. als eine umgewandelte Schadensersatzforderung wird der Schadensersatz wegen Vertragsverletzung als *dieselbe*⁹ angesehen wie die ursprüngliche Forderung oder der Anspruch auf Erfüllung.¹⁰ Dementsprechend gelten die von den Parteien für den ursprünglichen vertraglichen Anspruch geleisteten Sicherheiten auch für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Vertragsverletzung,¹¹ sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben.¹²

b) Präventivfunktion

Neben der Funktion der Schadenskompensation wird dem Schadensersatz wegen Vertragsverletzung auch eine präventive Funktion zugeschrieben: Aufgrund des Grundsatzes der vollen Entschädigung muss die vertragsbrüchige Partei die Gegenpartei in die Lage versetzen, in der sie sich bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung befände, so dass die Interesseverwirklichung grundsätzlich nicht durch die Vertragsverletzung beeinträchtigt würde, und in Anbetracht der Tatsache, dass der Schadensersatz in der Regel mit zusätzlichen Kosten verbunden ist, die der Schuldner im Vergleich zur Erfüllung des Vertrages zu tragen hat, wird er dazu angehalten, den Vertrag so weit wie möglich gemäß dem vereinbarten Pflichtenprogramm zu erfüllen.

⁸ Vgl. zur Lehre der Einheit der Obligation bei Schaffung des BGB 1900 *Sutschet*, Garantiehafung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2006, S. 8 ff.; zur Irrelevanz dieser Theorie für das heutige BGB *Schwarze*, LeistungsstörungenR, ³2021, § 3 Rn. 8; und zum äußerst geringen Wert der Doktrin aus heutiger Sicht *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 17 f.

⁹ Bemerkenswert ist, dass sich die in der chinesischen Literatur diskutierte Lehre von der Einheitlichkeit der Obligation vor allem darauf bezieht, dass Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch aus derselben Quelle stammen (so die sog. Identitätsfrage, s. dazu auch *Leser*, FS Rheinsteint, 1969, Bd. 2, S. 643, 645) und sich nicht mit der inhaltlichen Verknüpfung zwischen Primärleistung und Schadensersatz (vgl. in dieser Richtung *Sutschet*, Garantiehafung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2006, S. 83 ff.) oder der Einheitlichkeit ihres Schicksals (vgl. § 275 BGB a.F.) befasst.

¹⁰ So *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 777; vgl. in diesem Sinn auch *Fikentscher*, Schuldrecht, ⁹1997, Rn. 337 : „Die Obligation bleibt *dieselbe*, sie *wandelt* sich mit dem Schadensfall automatisch in einen Schadensersatzanspruch *um*.“

¹¹ So besagt Art. 691 S. 1 ZGB: „Der Bereich der Bürgschaft umfasst die Hauptforderung und deren Zinsen, Vertragsstrafen, *Schadensersatzbeträge* und die Kosten der Realisierung der Forderung.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 321.

¹² *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 430.

c) Strafffunktion?

Zudem kommt dem Schadensersatz wegen Vertragsverletzung - anders als im Deliktsrecht¹³ - grundsätzlich keine Strafffunktion zu.¹⁴ Auch der in den Art. 8 und 9 Erläuterungen des OVG zu Hauskaufverträgen vorgesehene Strafschadenersatz wird nunmehr aufgehoben.¹⁵

2. Formen des Schadensersatzes

a) Der Ersatz in Geld als Prinzip

Im chinesischen Recht bezieht sich der Begriff „Schadenersatz wegen Vertragsverletzung“ nur auf Geldersatz,¹⁶ also auf die Zahlung einer dem Umfang des Schadens entsprechenden Geldsumme. Dies ergibt sich deutlich aus Art. 179 Abs. 1 ZGB,¹⁷ wonach der ZGB-Gesetzgeber getrennt von „Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes“ (Art. 179 Abs. 1 Nr. 5 ZGB) und „Schadenersatz“ (Art. 179 Abs. 1 Nr. 8 ZGB) spricht,¹⁸ wobei er erstere offensichtlich nicht als eine Methode der letzteren, sondern als eigenständige Form der zivilrechtlichen Haftung betrachtet.

b) Die Naturalrestitution nach Ermessen des Richters

Wenn die Entschädigung in Geld jedoch nicht geeignet ist, den entstandenen Schaden des Gläubigers zu decken, kann der Richter nach seinem Ermessen diesen auch durch die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes ausgleichen.¹⁹ Bei dieser Herstellung handelt

¹³ Zu Strafschadenersatz im chinesischen Deliktsrecht, vgl. z. B. Art. 1185 ZGB (Verletzung der Rechte am geistigen Eigentum einer anderen Person), Art. 1207 ZGB (Herstellung oder Verkauf eines Produkts in Kenntnis seiner Mängel) und Art. 1232 ZGB (vorsätzliche Umweltverschmutzung oder Schädigung der Ökologie Verstoß gegen das Gesetz).

¹⁴ Nach dem Grundsatz der Vertragsautonomie können die Parteien aber das Vertragsverletzungsgeld mit Strafffunktion vereinbaren, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll.

¹⁵ Vgl. z. B. Art. 8 Erläuterungen des OVG zu Hauskaufverträgen, der besagt: „Liegt einer der unten aufgeführten Umstände vor, und führt dies dazu, dass der Zweck des Kaufvertrags bei gehandelten Häusern nicht verwirklicht werden kann, so kann der Käufer, dem es [deswegen] unmöglich ist, die Räumlichkeit zu erlangen, die Aufhebung des Kaufvertrags, die Rückgabe des bereits gezahlten Kaufpreises samt Zinsen und Schadensersatz verlangen; außerdem kann er verlangen, dass der Verkäufer die Haftung auf Schadensersatz übernimmt, die jedoch nicht mehr als das Doppelte des bereits gezahlten Kaufpreises beträgt: 1. Wenn der Verkäufer nach Abschluss des Kaufvertrags bei gehandelten Häusern dem Käufer nicht mitgeteilt hat, dass er die Räumlichkeit noch mit einer Hypothek für einen Dritten belastet; 2. wenn der Verkäufer nach Abschluss des Kaufvertrags bei gehandelten Häusern diese Räumlichkeit noch einem Dritten verkauft.“ Übersetzt von *Piñler*, ZChinR 2011, 131, 133.

¹⁶ *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 431.

¹⁷ Art. 179 Abs. 1 ZGB besagt: „Die Arten, zivilrechtlich zu haften, sind hauptsächlich: 1. Einstellung von Verletzungen; 2. Beseitigung von Behinderungen; 3. Beseitigung von Gefahren; 4. Rückgabe von Vermögensgütern; 5. Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands; 6. Reparatur, erneute Herstellung, Austausch; 7. fortgesetzte Erfüllung; 8. Ersatz des Schadens; 9. Zahlung von Vertragsstrafe; 10. Beseitigung von Auswirkungen, Wiederherstellung des Rufs; 11. Entschuldigung.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 236 f.

¹⁸ Die beiden stehen also auch in einer Nebeneinanderstellung, und es gibt keine notwendige Reihenfolge in deren Anwendung.

¹⁹ Vgl. z. B. Entscheidung des Ersten Mittleren Volksgericht von Peking: (2010) Yi Zhong Min Zai Zhong Nr. 15548 (北京市第一中级人民法院民事判决书, (2010) 一中民再终字第15548号): In diesem Fall haben die Parteien keine Einigung über die Art der Entschädigung für die verspätete Lieferung des Hauses getroffen, und da der Käufer als Kläger eine überhöhte Summe als Ausgleich verlangte, entschied das Gericht, dass der

es sich also nicht um eine faktische Wiederverschaffung des früheren Zustandes, sondern lediglich um eine Wiederherstellung des dem vorherigen Status *gleichwertigen* Zustandes.²⁰

II. Die Arten des Schadensersatzes

Was die Typologie des Schadensersatzes wegen Vertragsverletzung betrifft, so muss zunächst geklärt werden, welche Arten von „Schäden“ als solche in Frage kommen.²¹ In dieser Hinsicht basiert die chinesische Zivilrechtstheorie vor allem auf der im *deutschen* Recht entwickelten Unterscheidung²² zwischen Erfüllungsinteressen²³ und Folgeschäden.²⁴ Deren dogmatische Grundlage liegt nun in den Art. 577, 583 ZGB sowie Art. 186 ZGB.²⁵

1. Grundtyp: Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung

Demnach wird beim Schadenersatz wegen Vertragsverletzung grundsätzlich zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung unterschieden.

a) Dogmatische Grundlage

Die dogmatische Grundlage für den Schadensersatz statt der Leistung findet sich in Art. 577 ZGB.²⁶ Hier steht also das *Alternativverhältnis* zwischen Schadensersatz und Erfüllungsanspruch im Vordergrund,²⁷ was bedeutet, dass der Inhalt des Erfüllungsanspruches durch den Schadensersatz erschöpft ist, sodass ein Gläubiger, der nach dieser Vorschrift Schadensersatz verlangt, nicht auf weitere Erfüllung bestehen kann. Dagegen ist der Schadensersatz neben der Leistung in Art. 583 ZGB geregelt, wonach die verletzte Partei weiterhin zum Schadenersatz verpflichtet ist, soweit nach Erfüllung ihrer Vertragspflichten oder dem Ergreifen von Maßnahmen zur Abhilfe bei der anderen Partei noch Schäden

Verkäufer (ein Immobilien-Entwicklungsunternehmen) dem Käufer ein Geschäftshaus zu den vergleichbaren Bedingungen, in der vergleichbaren Lage, mit der vergleichbaren Fläche und von der vergleichbaren Qualität wie vereinbart verschaffen sollte. Dieser Fall ist m.E. mit der deutschen Entscheidung BGHZ 230, 296 vergleichbar.

²⁰ Vgl. zu diesem Begriff näher *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 775.

²¹ Dies ist die primäre Aufgabe, die sich bei der Gewährung von Schadenersatz wegen Vertragsverletzung zu bewältigen hat, s. auch *Han, Shiyuan*, Schadensersatz wegen Vertragsverletzung, 1999, S. 4.

²² Die deutschrechtlichen Wurzeln dieses Verständnisses zeigen sich deutlich in der Erwähnung der deutschen Begriffe „Erfüllungsinteresse“ und „Folgeschaden“ in der einschlägigen chinesischen Literatur (s. Fn. 21) einerseits und die Bezugnahme auf den deutschen Rechtswissenschaftler *Esser* andererseits.

²³ Ob der Verzugsschaden auch in die Kategorie der Erfüllungsinteressen einzuordnen oder gegenüber diesen eindeutig abzugrenzen ist, bleibt noch offen, s. dazu *Han, Shiyuan*, Schadensersatz wegen Vertragsverletzung, 1999, S. 4 f.

²⁴ *Han, Shiyuan*, Schadensersatz wegen Vertragsverletzung, 1999, S. 4.

²⁵ Art. 186 ZGB besagt: Wenn vertragsverletzende Handlungen einer der Parteien die persönlichen Rechte und Interessen [oder] die Rechte und Interessen an Vermögensgütern der anderen Partei schädigen, ist die geschädigte Seite berechtigt zu wählen, ob sie von dieser verlangt, wegen Vertragsverletzung zu haften oder wegen der Verletzung von Rechten zu haften.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 237.

²⁶ Ebenso *Wang, Hongliang*, SchuldR AT, 2016, S. 228.

²⁷ Dies ergibt sich deutlich aus dem Wortlaut des Art. 577 ZGB („die Erfüllung fortzusetzen ... *oder* den Schaden zu ersetzen“).

bestehen.²⁸ Der Unterschied zwischen den beiden liegt daher - wie die Namen schon andeuten - in ihrem Verhältnis zur Fortsetzung der Leistung bzw. zur Durchführung von Abhilfemaßnahmen.

b) Teleologische Funktionen

In der Literatur wird aber auch die Auffassung vertreten, dass es dem Gesetzgeber in diesem Fall nur um die Frage geht, ob die beiden Rechtsbehelfe, nämlich Weiter-Erfüllung und Schadensersatz, zusammen angewendet werden können.²⁹ Dies ist zwar richtig, aber gerade das Charakteristikum der *Kombinierbarkeit* mit der fortgesetzten Leistung macht diesen Schadensersatz zu einer eigenständigen Schadensart,³⁰ die insbesondere durch die systematische Verknüpfung zwischen den Art. 577 und 583 ZGB gestützt wird. Diese sachlogische Struktur der Kategorisierung des Schadensersatzes auf Grundlage seiner Beziehung zur fortgesetzten Leistung spiegelt sich daher im ZGB wider. Die Bedeutung dieser Einteilung sollte jedoch nicht überschätzt werden, denn außer den oben erwähnten Bestimmungen gibt es - zumindest im Sinne des sog. externen Systems des ZGB - keine andere Vorschrift,³¹ die einen relevanteren teleologischen Gehalt besitzen kann. Insbesondere hat der chinesische Gesetzgeber keine scharfe Abstufung zwischen Schadensersatz und Weiter-Erfüllung vorgenommen. Stattdessen wird dem Gläubiger die Möglichkeit eingeräumt: Er kann also nicht nur dann, wenn die Erfüllung unmöglich geworden ist (oder wenn andere Übergangstatbestände vorliegen), sondern auch bei Fehlen dieser Tatbestände anstelle der Leistung unmittelbar auf Schadensersatz überzugehen. Damit ist der Schadensersatz statt der Leistung im chinesischen Recht nur von begrenzter Bedeutung, abgesehen von seiner *deskriptiven* Funktion, eine etwaige Unterkompensation zu vermeiden.

2. Schadensersatz neben der Leistung nach Art. 583 ZGB

Die teleologische Struktur des Art. 583 ZGB trägt dem oben erwähnten *deklaratorischen* Bedarf des chinesischen Gesetzgebers eindeutig Rechnung: Hier wird zwischen zwei Arten von Schäden unterschieden, nämlich Schäden, die durch fortgesetzte Leistungen oder Abhilfemaßnahmen behoben werden können, und Schäden, die durch die vorgenannten Mittel auch nicht beseitigt werden können.³²

²⁸ Art. 583 ZGB besagt: „Erfüllt eine Partei Vertragspflichten nicht oder entspricht die Erfüllung nicht den Vereinbarungen, muss, wenn nach Erfüllung der Vertragspflichten oder dem Ergreifen von Maßnahmen zur Abhilfe die andere Seite noch weiteren Schaden hat, der Schaden ersetzt werden.“

²⁹ So Wang, Liming, VertragsR II, ³2015, S. 597; vgl. auch die Entscheidung in oben S. 160 Fn. 55: Nach Art. 112 VG (= Art. 583 ZGB) bleibt das Recht jeder Partei, die andere Partei wegen Vertragsverletzung haftbar zu machen, von der Verurteilung zur weiteren Erfüllung unberührt.

³⁰ So Schlechtriem/Schmidt-Kessel, SchuldR AT, ⁶2005, Rn. 558: „Kann der Schuldner sowohl Schadensersatz als auch Erfüllung in Natur verlangen, muss die *Konkurrenz* dieser Rechtsbehelfe bewältigt werden.“

³¹ Auf die etwaige Funktion der Übergangstatbestände des Art. 581 ZGB wird hier nicht weiter eingegangen.

³² Für den letztgenannten Fall führt der amtliche Kommentar zum ZGB folgende Fälle auf, nämlich der Schaden, der dem Gläubiger durch die anfängliche und nachträgliche Nichtleistung bzw. Vertragswidrigkeit, oder die Verzögerung der Leistung in der Zeit vor der Vollendung der fortgesetzten Leistung oder der Abhilfemaßnahme durch den Schuldner, entstanden ist, und der Schaden, der durch die Abhilfemaßnahme selbst

a) Ersatz für Verzugsschäden

Was die von Art. 583 ZGB betroffenen Schäden anbelangt, so handelt es sich zunächst³³ um den Ersatz von Verzugsschäden^{34, 35}. Daher wird dem Gläubiger nicht das Recht auf Ersatz von sonstigen Schäden genommen, wenn er beispielsweise dem Schuldner eine Nachfrist zur Erfüllung nach Art. 563 Abs. 1 Nr. 3 ZGB gewährt.³⁶ Allerdings ist die genaue Bedeutung dieses Begriffs umstritten.

aa) Traditionelles Verständnis: Verzugsschäden als typische Folge des Leistungsverzuges

Nach traditionellem Verständnis wird der Verzugsschaden im Allgemeinen als typische *schadensersatzrechtliche* Folge des Leistungsverzuges angesehen, der aufgrund des Verzuges bei der Erfüllung eintritt und neben der ursprünglichen Leistung geltend gemacht werden kann,³⁷ also eine *Erweiterung*³⁸ der letzteren darstellt.³⁹ Die dogmatische Grundlage hierfür liegt in der in Art. 583 ZGB verankerte „Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung durch eine Partei“ - die in erster Linie auf Fälle von Leistungsverzug anwendbar ist.⁴⁰

bb) Die Ausweitung des Begriffs des Verzuges

Problematisch ist aber, dass das obige traditionelle Verständnis nicht der Struktur des geltenden Rechts entspricht, weil - wie bereits erörtert - der Verzug kein vom Konzept der

entsteht und durch die Abhilfemaßnahme noch nicht behoben werden kann, s. dazu *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 429.

³³ Wenn man aber die in Art. 583 ZGB enthaltene *zeitliche* Dimension *ernsthaft* verfolgt, ergibt sich, dass der nach diesem Artikel geltend gemachte Schaden die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses *voraussetzt*, d. h. es wird nur solcher Schaden erfasst, der *nach* der fortgesetzten Erfüllung oder den Abhilfemaßnahmen noch nicht ausgeglichen wird, was zweifellos (nur) beim Verzugsschaden der Fall ist. Denn ein einfacher Schaden, der nicht an das Leistungsinteresse geknüpft ist, kann zweifelsfrei ab dem Zeitpunkt seines Eintritts geltend gemacht werden und muss dann nicht an das Schicksal des ursprünglichen Vertragsverhältnisses gebunden sein. So gibt es in der Praxis auch Entscheidungen, die sich in Bezug auf den einfachen Schadensersatz direkt auf Art. 577 ZGB stützen, vgl. z. B. die Entscheidung in S. 185 Fn. 48. Daher ist der hier vorgestellte Versuch einer Typisierung von Schadenersatz auf der Grundlage der Bestimmungen der Art. 577 und 583 ZGB mangels weiterer Differenzierung bei der Konstruktion der Tatbestandsmerkmale im positiven Recht vorerst nur noch von *schwacher* theoretischer Bedeutung.

³⁴ Im chinesischen Recht ist auch das Verständnis des Verzugsschadens weitgehend vom deutschen Recht geprägt, wie die Tatsache zeigt, dass - wie bereits erörtert - der Begriff des Verzuges ausdrücklich vom ZGB-Gesetzgeber weiterhin verwendet wurde (vgl. Art. 563 Abs. 1 ZGB und Art. 590 Abs. 2 ZGB). Um diesen Einfluss zu verdeutlichen, wird hier der Terminus „Verzugsschäden“ anstelle von „Verzögerungsschäden“ verwendet. Abgesehen davon gibt es aber keinen weiteren Unterschied zwischen den beiden Begriffen.

³⁵ Ganz h.M., vgl. nur *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 429; *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 543 f.

³⁶ Hierzu näher unten E II 3 (S. 217 ff.).

³⁷ Wenn z. B. der Verkäufer das verkaufte Haus verspätet liefert und der Käufer dadurch nicht in der Lage ist, seine Geschäftstätigkeiten ordnungsgemäß auszuführen, so kann der entstandene Schaden zusammen mit einer „vom Richter bemessenen Naturalrestitution“ geltend gemacht werden, s. dazu die Entscheidung in oben S. 181 Fn. 19.

³⁸ Wenn man den Verzugsschaden als *Erweiterung* der ursprünglichen Leistung versteht, dann geht es also nur darum, ihn in den Rahmen des Leistungsinteresses einzuordnen. Andernfalls lassen sich daraus keinen festen Anhaltspunkt für die Systembildung ableiten.

³⁹ *Han, Shiyuan*, Schadensersatz wegen Vertragsverletzung, 1999, S. 10.

⁴⁰ Hierzu oben B I 4 (S. 124 ff.).

Vertragsverletzung getrenntes Leistungshindernis darstellt, und die Beschränkung des Verzugschadens auf eine solche vom Gesetz nicht näher ausgestaltete „Pflichtverletzung“ auch *nicht* teleologisch zu rechtfertigen ist. So zählt nicht nur die Nichtleistung des Schuldners innerhalb der Erfüllungsfrist zum Verzug, sondern auch die bis zum Ablauf der Erfüllungsfrist andauernde Leistungsverweigerung oder unvollständige Leistung des Schuldners zum Verzug im hier vertretenen Verständnis,⁴¹ und der sich daraus ergebende Schaden kann ebenfalls als Verzugschaden qualifiziert werden.⁴²

b) Ersatz für Folgeschäden

Unter dem Folgeschaden versteht man in der Literatur eine dem Erfüllungsinteresse entgegengesetzte Form des Schadens.⁴³ Es geht also um den Schutz der Integritätsinteressen des Gläubigers.⁴⁴ Daher kann der Gläubiger in diesem Fall - anders als bei Verzugschäden - nach seiner Wahl die Schadenshaftung aus Vertragsverletzung oder unerlaubter Handlung geltend machen.⁴⁵ Zudem kann nach der verletzten Pflicht auch eine weitere Unterscheidung getroffen werden, ob es sich um Folgeschäden bei Verletzung einer mangelfreien Leistungspflicht oder um sonstige Folgeschäden bei Verletzung einer Schutzpflicht handelt.⁴⁶ Bei der erstgenannten Art von Folgeschäden, bei denen ein Mangel des Leistungsgegenstandes die anderen Rechtsgüter des Gläubigers als die Leistung selbst schädigt, spricht die Lehre - dem deutschen Recht folgend - auch von „Mangelfolgeschäden“^{47, 48} Da die meisten Fälle auch als Schutzpflichtverletzung des Schuldners gewertet werden können,⁴⁹ stellt sich dann die Frage nach der Abgrenzung zwischen mangelhafter Leistung und der Verletzung einer Nebenpflicht mit Schutzfunktion. Insbesondere bei bestimmten Verträgen, bei denen der Gesetzgeber ausdrücklich eine *Mängelrügefrist* vorgesehen hat, muss zwischen beiden unterschieden werden, weil hier für

⁴¹ Zum Verzug in diesem Sinn, vgl. auch Art. 800 S. 2 ZGB, der besagt: „Wenn [die Bauleistungen] infolge der Reparatur bzw. der Wiederholung [oder] des Umbaus *nach Fristablauf übergeben* werden, haftet der Ausführende [der Arbeiten] für Vertragsverletzung.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 337.

⁴² Ebenso *Cui, Jianyuan*, VertragsR, 42021, S. 388.

⁴³ Vgl. nur *Han, Shiyuan*, Schadensersatz wegen Vertragsverletzung, 1999, S. 4.

⁴⁴ Als Integritätsinteresse gilt ein Schaden, der vor allem durch eine Verletzung der Schutzpflicht verursacht wird und der die persönlichen oder vermögensrechtlichen Rechte des Gläubigers verletzt, s. dazu *Cui, Jianyuan*, VertragsR, 42021, S. 392.

⁴⁵ So der Regelungsgehalt des Art. 186 ZGB, vgl. oben S. 182 Fn. 25.

⁴⁶ Ebenso *Zhu, Xiaozhe*, Peking U. L. J. 2015, 1125, 1126, 1129.

⁴⁷ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 554.

⁴⁸ In der Praxis kommt es auch häufig vor, dass dem Gläubiger durch eine mangelhafte Leistung des Schuldners ein Schaden entsteht, der über das Erfüllungsinteresse hinausgeht, vgl. z. B. Entscheidung des Unteren Volksgerichts des Licheng Viertels, Jinan, Shandong Provinz: (2021) Lu 0112 Min Chu Nr. 9486 (山东省济南市历城区人民法院民事判决书, (2021)鲁0112民初9486号): In diesem Fall stellte das Gericht fest, dass der Vermieter seiner Pflicht zur Wartung und Reparatur der Dachabläufe des Lagerhauses nicht nachgekommen war, was dazu führte, dass sich nach dem Regen Wasser auf dem Dach ansammelte und aus dem Lagerhaus austrat, wodurch die *Waren* des Mieters durchnässt und somit beschädigt wurden, so dass er nach *Art. 107 VG* (= Art. 577 ZGB) schadenersatzpflichtig war.

⁴⁹ So *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 554.

die sich aus der jeweiligen Vertragsverletzung ergebenden Ansprüche unterschiedliche zeitliche Grenzen zur Anwendung kommen.⁵⁰

3. *Schadensersatz statt der Leistung nach Art. 577 ZGB*

Im chinesischen Recht bezieht sich der Inhalt des Schadensersatzes statt der Leistung, wie er in Art. 584 Abs. 1 ZGB vorgesehen ist, vor allem auf den Nichterfüllungsschaden bzw. das Erfüllungsinteresse (履行利益, *lǔxíng liyì*).⁵¹ Ein Erfüllungsinteresse, auch als Erwartungsinteresse oder positives Interesse bezeichnet, ist das Interesse eines Gläubigers an der normalen Erfüllung eines wirksam geschlossenen Vertrages^{52, 53} Das entsprechende Konzept ist der Erfüllungsschaden,⁵⁴ der in Art. 584 S. 1 ZGB weit definiert ist als „durch die Vertragsverletzung herbeigeführten Verluste“ und auch den Entgangenen Gewinn umfasst.⁵⁵ In einem weiten Sinne umfasst das Erfüllungsinteresse aber auch den durch die Vertragsverletzung verursachten Verlust des Integritätsinteresses.⁵⁶ Das Ausgleich des Erfüllungsinteresses hat also zur Folge, dass der Gläubiger so gestellt wird, als ob der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.⁵⁷

Da der Schadensersatz statt der Leistung auf den Ausgleich des Erfüllungsinteresses abzielt, besteht in der Regel noch die Möglichkeit, dass der betreffende Schaden durch weitere Leistung vermieden oder nachgeholt werden kann.⁵⁸ Insofern besteht daher ein enger Zusammenhang zwischen dieser Art von Schadensersatz und dem Grundsatz des Vorranges der Naturalerfüllung. In Anbetracht des Fehlens eindeutiger Übergangstatbestände⁵⁹ im ZGB lässt sich dieses Konzept aber nur in Bezug auf den Umfang des Schadensersatzes, d. h. in

⁵⁰ So beträgt beispielsweise im chinesischen Kaufrecht die Frist für die Einwendung des Käufers, für Mängel zur Verantwortung gezogen zu werden, gemäß Art. 621 Abs. 2 S. 2 ZGB höchstens zwei Jahre ab dem Zeitpunkt des Empfangs der Sache, während die gewöhnliche Verjährungsfrist gemäß Art. 188 Abs. 1 S. 1 ZGB drei Jahre ab dem Zeitpunkt beträgt, zu dem der Rechtsinhaber von der Verletzung seines Rechts sowie dem Verpflichteten wusste oder hätte wissen müssen (Art. 188 Abs. 2 ZGB). Das bedeutet, dass Ansprüche, die sich auf eine Verletzung der Schutzpflicht stützen, nicht der oben erwähnten besonderen Rügefrist unterliegen.

⁵¹ Nach Art. 584 S. 1 ZGB handelt es sich also um einen Anspruch auf das sog. „Erfüllungsinteresse“, s. dazu *Li, Jianxing*, Die Erfüllungsverweigerung, 2019, S. 207 f.

⁵² Gegenüber dem Terminus „Erfüllungsinteresse“ wird in der Rechtsprechung eher der Ausdruck „Interesse an der normalen Vertragserfüllung“ verwendet, s. dazu die Entscheidung in S. 203 Fn. 181.

⁵³ *Cui, Jianyuan*, VertragsR, 42021, S. 391.

⁵⁴ Als Erfüllungsinteresse, auch Erfüllungsschaden genannt, bezeichnet man den Schaden, den eine Partei infolge der Nichterfüllung durch die andere Partei erleidet, s. dazu *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 784.

⁵⁵ Hierzu näher unten D IV 1 b) (S. 197 f.).

⁵⁶ Der Grund, warum ein Integritätsinteresse in die weit gefasste Kategorie des Leistungsinteresses aufgenommen werden kann, liegt darin, dass es zwar nicht als Folge der Erfüllung besteht, aber dennoch durch die Nichterfüllung geschädigt werden kann, s. dazu *Sun, Weifei*, SJTU L. Rev. 2022, 33, 35; eine wohl bessere Aussage findet sich aber in *Fikentscher*, Schuldrecht, 91997, Rn. 337: „ein übererfüllungsmäßiges Interesse“. Vgl. ferner die Entscheidung in S. 185 Fn. 48, wobei auch Schäden, die über das Leistungsinteresse hinausgehen, in den Anwendungsbereich des Schadensersatzes wegen Vertragsverletzung gem. Art. 577 ZGB fallen.

⁵⁷ *Wu, Teng*, Kommentar zum ZGB - Vertragsbuch - AT, 2020, S. 603; *Cui, Jianyuan*, VertragsR, 42021, S. 391.

⁵⁸ Insofern ist die vom chinesischen Gesetzgeber bei der Schaffung des Art. 563 Abs. 1 ZGB vorgenommene gesetzliche Wertung einzubeziehen.

⁵⁹ Hierzu näher oben C III 3 (S. 177).

einem beschreibenden Sinne, verwenden.⁶⁰ Aus diesem Grund ist Schadenersatz statt der Leistung im chinesischen Recht als eigenständiges Konstrukt nur von begrenzter Bedeutung.

III. Haftungszurechnung und Haftungsbefreiung

Bei Schadenersatz wegen Vertragsverletzung stellt sich auch die Frage der sog. Haftungszurechnung und -befreiung: Unter ersterer versteht man vor allem die gesetzliche Regel, nach der die Zurechnung der *Haftung* zu erfolgen hat.⁶¹ Insoweit spricht man auch von einer „*Schadenszurechnung*“,⁶² also die Zuschreibung des Schadens - unter bestimmten Voraussetzungen - an den Schädiger. Die Gründe, auf denen eine solche Zurechnung beruht, werden daher auch als *Zurechnungsgründe* bezeichnet.⁶³ In Bezug auf das Vertragsrecht bestimmt oder beeinflusst das Zurechnungserfordernis also sowohl die Tatbestände der Vertragshaftung⁶⁴ als auch die betreffende Beweislast.⁶⁵ Mit dem Erfüllungsanspruch haben dies aber nichts zu tun: Von seiner Entstehung und Durchsetzung her erfordert diese *Haftung* also keine Rechtfertigung aus dem subjektiven Aspekt der verletzenden Partei.⁶⁶

1. Das Garantiehafungsprinzip nach Art. 577 ZGB

Was die Zurechnung von Schadenersatz für Vertragsverletzungen angeht, so gilt im chinesischen Recht nach h.M. das Prinzip der Garantiehafung:⁶⁷ So begründet die bloße Vertragsverletzung bereits die Haftung, und es geht dann nur noch darum, wie der Schuldner von der Haftung *befreit* werden kann. Dafür spricht zunächst der Wortlaut des Art. 577 BGB, in dem keine Rede von *Verschulden* ist, was bedeutet, dass *allein* die Nichterfüllung oder nicht vertragsgemäße Erfüllung einer Partei ausreicht, um die Haftung für Schäden auszulösen.⁶⁸

⁶⁰ Auf die etwaigen Elemente der Umwandlung, die sich aus der Vorschrift des neu eingeführten Art. 581 ZGB ableiten lassen, wird hier aufgrund der *Unklarheit* des Wortlauts nicht weiter eingegangen.

⁶¹ Wang, Weiguo, Das Prinzip der Verschuldenshaftung: Die dritte Renaissance, 2000, S. 245.

⁶² Vgl. näher Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 745.

⁶³ Dieses Verständnis ist m.E. weitgehend vom deutschen Recht geprägt und kann als eine verkürzte Fassung der in § 280 Abs. 1 BGB a.F. verankerten Formulierung „von dem Schuldner *zu vertretenden Umstandes*“ bezeichnet werden.

⁶⁴ Die Frage einer möglichen Zurechnung ist aber in der Regel nur im Rahmen der Verschuldenshaftung zu stellen, denn dort geht es um die Bewertung des „Fehlverhaltens“ des Schuldners, und nur in Bezug auf das Schuldnerverhalten ist es notwendig, über die Art und Weise der Zurechnung zu diskutieren. Zum Begriff der Zurechnung in diesem Sinne, vgl. näher Unberath, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 295 ff.

⁶⁵ Han, Shiyuan, Schadenersatz wegen Vertragsverletzung, 1999, S. 9.

⁶⁶ Ebenso Zhu, Guangxin, in: Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei (Hrsg.), Kommentar zum ZGB, 2020, Bd. 2, S. 285, 293.

⁶⁷ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 748.

⁶⁸ In der Literatur wird aber auch die Gegenauffassung vertreten, dass Art. 107 VG (= Art. 577 ZGB) nur deklaratorischen Charakter hat, und dient lediglich dazu, die Rechtsbehelfe einer Vertragsverletzung umzureißen; stattdessen muss der Grundsatz der Haftung für die Verletzung von Vertragsschäden in Verbindung mit anderen Bestimmungen analysiert werden, vgl. Zhu, Guangxin, TPSL 2008, 76, 85 ff.; ders., VertragsR AT II, 2018, S. 664, 669.

a) Wandlung vom Verschuldensprinzip zum Garantiehafungsprinzip

Diese Konstruktion ist aber nicht die Eigenschöpfung des ZGB-Gesetzgebers, sondern das Ergebnis der vom VG-Gesetzgeber übernommenen gesetzgeberischen Entscheidung, von dem aus das Zurechnungsprinzip des Schadensersatzes im chinesischen Recht einen Wandel vom Verschuldensprinzip zur verschuldensunabhängigen Haftung vollzogen hat: Vor dem VG hatte der chinesische Gesetzgeber noch am Verschuldensprinzip festgehalten.⁶⁹ In Art. 18 S. 1 AWVG wurde zwar erstmals das Garantiehafungsprinzip eingeführt,⁷⁰ gilt aber, wie der Name des Gesetzes schon andeutet, nur für ausländische Wirtschaftsverträge; bei Verträgen, die dem nationalen Recht unterliegen, bleibt es hingegen nach wie vor bei der obigen Verschuldenshaftung. Erst mit der Schaffung von Art. 107 VG wurde das Wort „Verschulden“ aus dieser allgemeinen Bestimmung über die Haftung für Vertragsverletzungen gestrichen,⁷¹ was schließlich zur Vollendung dieser Umwandlung führte.⁷² Daran ändert auch Art. 577 ZGB nichts. Daher beruht der Schadensersatz wegen Vertragsverletzung im chinesischem Recht - in Anlehnung an das CISG⁷³ - nicht auf dem Verschuldensgedanken, sondern auf dem Gedanken der Garantie, d. h. der Schuldner hat im strengen Sinne für das gegebene Leistungsversprechen einzustehen.

b) Folgen dieses Wandels

Diese Wandlung wird in der Literatur heftig kritisiert und hätte zu den folgenden Konsequenzen geführt.

aa) Kommerzialisierung der zivilrechtlichen Verträge

Erstens hat die Einführung der verschuldensunabhängigen Haftung zu einer *Kommerzialisierung*⁷⁴ der zivilrechtlichen Verträge geführt, aber die „Prämisse der Gleichheit der Verhandlungsmacht“, die hinter der Idee der Erfolgshaftung steht, gilt nicht für durchschnittliche Zivilsubjekte.⁷⁵ Bei Handelsverträgen geht es den Parteien also eher um die

⁶⁹ So besagte Art. 32 Abs. 1 Hs. 1 WVG: „Wenn den Wirtschaftsvertrag aufgrund des Verschuldens einer der Parteien nicht oder nicht vollständig erfüllt werden kann, so ist die schuldhafte Partei Haftung für Vertragsverletzungen zu tragen.“

⁷⁰ Art. 18 S. 1 AWVG besagt: „Erfüllt eine Vertragspartei den Vertrag nicht, oder entspricht die Erfüllung der vertraglichen Pflicht(en) nicht den vereinbarten Bedingungen, [wenn die Vertragspartei] also den Vertrag verletzt, hat die andere Seite das Recht, Schadensersatz zu verlangen oder andere angemessene Abhilfemaßnahmen zu ergreifen.“ Zur dieser Übersetzung, vgl. *Widmer*, Die Haftung für Vertragsverletzung im AWVG, 2000, S. 98 f.

⁷¹ Dadurch ist Schadensersatzhaftung als Garantiehafung ausgestaltet.

⁷² Diese Wandlung ist vor allem auf das leitende Gesetzgebungsprinzip des VG zurückzuführen, d. h. auf den Gedanken der internationalen Harmonisierung.

⁷³ Die Einführung des sogenannten Garantiehafungssystems im chinesischen Recht wird vor allem durch das CISG beeinflusst, s. dazu *Han, Shiyuan*, J. JN U. 2011, 7, 11.

⁷⁴ Hier: eine Annäherung an das Handelsrecht. Dies liegt vor allem daran, dass das chinesische Vertragsrecht bei seiner Entwicklung stark vom CISG beeinflusst wurde. Deutlich wird dies auch - anders als im deutschen Recht - daran, dass die ursprünglich nur für Kaufleute vorgesehene Untersuchungs- und Rügepflicht im chinesischen Vertragsrecht zu einer allgemeinen, für alle Käufer im zivilrechtlichen Verkehr zu beachtenden Obliegenheit erweitert worden ist, hierzu oben B III 1 c) bb) (S. 137).

⁷⁵ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 751.

Übertragung des Risikos als um das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Verschuldens, sie streben eher nach Gewinnmaximierung als nach moralischem Schutz und Bestrafung bei Verschulden, und sie fordern Sicherheit und Bequemlichkeit der Transaktionen und eine rasche Beilegung von Streitigkeiten, was jedoch nicht für gewöhnliche Zivilrechtssubjekte gilt.⁷⁶ Dadurch werden die Grundwertungen des Vertragsrechts, das einheitlich für Zivil- und Handelssachen gilt, unangemessen eingeschränkt.

bb) Schwächung der erzieherischen Funktion des Vertragshaftung?

Bei der Haftung für Vertragsverletzungen kann durch die Berücksichtigung des Verschuldens des Schuldners neben der Ausgleichsfunktion auch die präventive Funktion der Vertragshaftung gefördert werden. Die *strenge* Haftung betont hingegen nicht mehr das subjektive Verschulden des Schuldners und geht von der subjektiven zur objektiven Zurechnung über, sodass die *erzieherische* Funktion der Haftung für Vertragsverletzungen nicht mehr im Vordergrund steht⁷⁷ und deren präventive Funktion auch dadurch geschwächt wird.

cc) Die Zweigleisigkeit des Haftungssystem?

Darüber hinaus hat dieser Wandel zur *Zweigleisigkeit*⁷⁸ des Haftungszurechnungsmechanismen beigetragen.⁷⁹ Dies zeigt sich besonders deutlich in der Praxis.⁸⁰ Dazu lässt sich im Falle der Vertragsverletzung, wie der Ausdruck „das vertragsverletzende *Verhalten*“ schon andeutet, die Suche nach dem *Grund* für das Ausbleiben der Leistung kaum umgehen, so dass es auch angebracht ist, neben dem Konzept der Risikozurechnung auch das Verschulden in die Bestimmung der Schadenshaftung einzubeziehen.

⁷⁶ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 751.

⁷⁷ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 752.

⁷⁸ Vgl. in der Tat auch Cui, Jianyuan, VertragsR, 42021, S. 356 f.

⁷⁹ Die parallele Erörterung der Zurechnungs- und Entlastungsgründe in der chinesischen Literatur lässt sich auch als eine Ausprägung dieses zweigleisigen Haftungssystems erachten; zur dessen Schilderung im geltenden Recht, vgl. sogleich im Text.

⁸⁰ Vgl. z. B. Entscheidung des Mittleren Volksgerichts von Shaoxing, Zhejiang Provinz: (2017) Zhe 06 Min Zhong Nr. 449 (浙江省绍兴市中级人民法院民事判决书, (2017)浙06民终449号): In diesem Fall hatte der Veräußerer seine bankinternen Belegschaftsaktien auf den Erwerber übertragen und konnte dies aber aufgrund der fehlenden Genehmigung der Zielbank nicht durchführen. Das Gericht befand, dass der Veräußerer die Beschränkungen für die Übertragung von Anteilen hätte *kennen* müssen und das Risiko, die Anteile in diesem Fall nicht übertragen zu können, hätte *voraussehen* müssen. Nach dem *Inhalt* der Vereinbarung konnte davon auch ausgegangen werden, dass auch der Erwerber das Risiko der Nichtübertragung in gewissem Maße *vorhersehen* konnte, so dass der *Grad* des Verschuldens der *beiden* Parteien an der Unmöglichkeit der Übertragungsvereinbarung im Wesentlichen gleich war. Auf dieser Grundlage sollte die Höhe des Schadensersatzes ferner nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auf der Grundlage des aktuellen Wertes der betreffenden Aktien, des Erlöses der Aktien vor der Beendigung der Vereinbarung und der für die Übertragung der Aktien aufgewendeten Zeit bestimmt werden.

2. Andere Zurechnungsgründe im ZGB

Es sei darauf hingewiesen, dass das ZGB zwar das Garantiehaftungsprinzip auf der Ebene des AT des Vertragsbuches vorsieht, aber in den BT des Vertragsbuches auch eine Reihe von Verschuldenshaftung o.ä. vorsieht. Dieses Phänomen wird in der Literatur als *zweigleisiges System* für die Zurechnung der Haftung wegen Vertragsverletzung bezeichnet.⁸¹ Dahinter steht vor allem der Gedanke, dass es eine Diversität von Perspektiven in Bezug auf den Grund der Zurechnung geben sollte. So gibt es im ZGB auch die folgende Zurechnungsgründe.

a) Verschulden

Von „Verschulden“ ist in dem Gesetz ausdrücklich die Rede, wenn es um die Haftung des Beförderers des Beförderers für Beschädigung oder Verlust von Gepäck (Art. 824 Abs. 1 ZGB⁸²) und um die Haftung des Auftragnehmers beim Geschäftsbesorgungsvertrag (Art. 929 Abs. 1 S. 1 ZGB⁸³) geht. Zudem wird auch eine weitere Unterscheidung zwischen Vorsatz⁸⁴ und grober Fahrlässigkeit getroffen.⁸⁵ Außerdem wird in der Praxis gelegentlich die Frage der sog. Übernahme einer Garantie berücksichtigt, wohl aber auch unter dem Gesichtspunkt der Verschuldenshaftung, obwohl dies im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist.⁸⁶

b) Vom Schuldner zu vertretende Ursachen

Nach Art. 801 S. 1 ZGB kann der Auftraggeber, wenn das Bauwerk durch eine vom Bauunternehmer zu verantwortenden *Ursache* mangelhaft ist, vom Bauunternehmer verlangen, dass dieser das Bauwerk innerhalb einer angemessenen Frist *unentgeltlich* repariert bzw. wiederholt oder umbaut.⁸⁷ In dieser Bestimmung wird das Wesen des

⁸¹ Wang, Liming, Haftung für Vertragsverletzungen, 2000, S. 58 ff; hierzu auch oben D III 1 b) cc) (S. 188 f.).

⁸² Art. 824 Abs. 1 ZGB besagt: „Wenn die vom Reisenden bei sich geführten Gegenstände während der Beförderung verschlechtert werden oder untergehen, haftet der Beförderer auf Schadensersatz, [soweit] bei ihm ein *Verschulden* vorliegt.“ Übersetzt von Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a., ZChinR 2020, 207, 341.

⁸³ Art. 929 Abs. 1 S. 1 ZGB besagt: „Geschäftsbesorgungsvertrag durch *Verschulden* des Auftragnehmers ein Schaden zugefügt, kann der Auftraggeber Schadensersatz fordern.“ Übersetzt von Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a., ZChinR 2020, 207, 359.

⁸⁴ Vgl. z. B. Art. 662 Abs. 2 ZGB, der besagt: „Wenn der Schenker die Mängel *vorsätzlich* nicht zur Kenntnis bringt oder ein mangelfreies [Vermögensgut] gewährleistet [und] damit dem Beschenkten einen Schaden zufügt, haftet er auf Schadensersatz.“ Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a., ZChinR 2020, 207, 316.

⁸⁵ Vgl. z. B. Art. 897 ZGB, der besagt: „Verwahrt der Verwahrer die verwahrte Sache während der Verwahrung ungeeignet, sodass sie verschlechtert wird oder untergeht, haftet der Verwahrer auf Schadensersatz. Weist derjenige, der [die Sache] unentgeltlich verwahrt, jedoch nach, dass er sich nicht *vorsätzlich* oder *grob fahrlässig* [verhalten] hat, haftet er nicht auf Schadensersatz.“ Übersetzt von Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a., ZChinR 2020, 207, 354.

⁸⁶ Vgl. z. B. die Entscheidung des OVG in S. 167 Fn. 106: In diesem Fall stellte das Gericht fest, dass das Entwicklungsunternehmen zwar aus anderen Gründen als den eigenen nicht in der Lage war, seine Verpflichtungen aus der Vergleichsvereinbarung zu erfüllen, dass aber im Vertrag eindeutig vereinbart war, dass „*alle wirtschaftlichen Verluste*, die sich aus der nicht vertragsgemäßen Erfüllung der Vereinbarung ergeben, von dem Entwicklungsunternehmen zu tragen sind“, und dass es daher wegen Vertragsverletzung haftbar gemacht werden sollte.

⁸⁷ Art. 801 S. 1 ZGB besagt: „Führen Ursachen, die beim Ausführenden [der Arbeiten] liegen, dazu, dass die Qualität der Bauleistungen nicht den Vereinbarungen entspricht, ist der Auftraggeber berechtigt zu fordern, dass der Ausführende [der Arbeiten] innerhalb einer angemessenen Frist [die Bauleistungen] *unentgeltlich* repariert bzw. wiederholt [oder] umbaut.“ Übersetzt von Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a., ZChinR 2020, 207, 337.

Zurechnungsgrundes zum Ausdruck gebracht, d. h. neben dem reinen Ergebnis einer Vertragsverletzung ist auch nach deren Ursache zu fragen, was folglich eine Bewertung des Verhaltens des Schuldners erfordert.⁸⁸

3. Höhere Gewalt als Entlastungsgrund nach Art. 590 ZGB

Da es bei der objektiven Zurechnung nicht darauf ankommt, ob den Schuldner ein Verschulden trifft, sondern auf die Umstände und den Sinn des Vertrages, die bestimmen, unter welchen Umständen der Schuldner nicht für die Erfüllung einstehen muss,⁸⁹ ist es notwendig, die Möglichkeit einer Haftungsbefreiung vorzusehen.⁹⁰ Die Notwendigkeit eines Haftungsausschlusses ergibt sich aber auch aus der Tatsache, dass nach Vertragsabschluss stets das Risiko besteht, dass die Leistung nicht vollständig erfüllt wird, und dass die Parteien dieses Risiko im Voraus kontrollieren und in der Lage sein können und müssen, es in angemessener Weise zu verteilen, selbst wenn der Vertrag bereits gebrochen wurde.⁹¹ Daher hat der chinesische Gesetzgeber in Art. 590 Abs. 1 ZGB höhere Gewalt als *Entlastungsgrund* für die Haftung bei Vertragsverletzungen festgelegt.⁹² Danach soll dem Vertragsschuldner also eine *gesetzliche* Haftungsbefreiungsmöglichkeit gewährt werden.⁹³ Umgekehrt hat der Schuldner grundsätzlich für jede Vertragsverletzung einzustehen, sofern er nicht nachweisen kann, dass das Ausbleiben der Leistung auf höhere Gewalt zurückzuführen ist.⁹⁴

a) Die Definition der höheren Gewalt nach Art. 180 Abs. 2 ZGB

Für die Feststellung von höherer Gewalt enthält Art. 180 Abs. 2 ZGB eine entsprechende Definition,⁹⁵ wonach die folgenden Tatbestände *kumulativ* erfüllt sein müssen.

⁸⁸ Da in der Rechtsprechung die Richter stets die Ursache der Vertragsverletzung prüfen müssen, wird das Verschulden des Schuldners daher in den meisten Fällen als Grundlage für die Beurteilung der Schadensersatzpflicht herangezogen.

⁸⁹ So ist die Einschätzung oder der Rat eines Anwalts gegenüber einem Mandanten im Rahmen eines Mandatsvertrages in der Regel nicht als *Erfolgsgarantie* für die Bearbeitung der Angelegenheit oder die Erbringung von Dienstleistungen zu verstehen; das Gesetz und die Standesregeln verbieten es Anwälten und Anwaltskanzleien auch, ihren Mandanten solche Erfolgsgarantien zu geben, s. dazu Entscheidung des OVG: (2017) Zui Gao Fa Min Shen Nr. 2486 (最高人民法院民事判决书, (2017) 最高法民申2486号).

⁹⁰ Wang, *Hongliang*, Sci. L. 2007, 134, 135.

⁹¹ Zhu, *Guangxin*, VertragsR AT II, 2018, S. 767.

⁹² Art. 590 Abs. 1 ZGB besagt: „Kann eine Partei den Vertrag wegen höherer Gewalt nicht erfüllen, entfällt entsprechend der Auswirkung der höheren Gewalt die Haftung ganz oder teilweise, es sei denn, dass gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. [Die Partei], die den Vertrag wegen höherer Gewalt nicht erfüllen kann, muss dies unverzüglich der anderen Seite mitteilen, um den Schaden, welcher der anderen Seite entstehen kann, zu mindern, und innerhalb einer angemessenen Frist Nachweise [für die höhere Gewalt] vorlegen.“ Übersetzt von Ding, *Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 305.

⁹³ Xie, *Gen*, Jur. Rev. 2022, 177.

⁹⁴ So trägt der Schuldner die Beweislast, vgl. nur Xie, *Gen*, Jur. Rev. 2022, 177, 190.

⁹⁵ Art. 180 Abs. 2 ZGB besagt: „Wenn die vom Reisenden bei sich geführten Gegenstände während der Beförderung verschlechtert werden oder untergehen, haftet der Beförderer auf Schadensersatz, [soweit] bei ihm ein Verschulden vorliegt.“ Übersetzt von Ding, *Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 341.

aa) Objektive Umstände

Zunächst muss es sich also um objektive Umstände⁹⁶ handeln, bei denen die Ursache des Hindernisses außerhalb des Einflussbereiches des Schuldners liegt,⁹⁷ unabhängig von seinem Verhalten und Willen.⁹⁸ Dies geschieht typischerweise bei Naturkatastrophen, sozialen Unregelmäßigkeiten und staatlichen Maßnahmen. Zu den sozialen Anomalien gehören z. B. Kriege⁹⁹ oder bewaffnete Konflikte, Generalstreiks, Unruhen, terroristische Akte, Raub.¹⁰⁰

bb) Unvorhersehbarkeit

Die Feststellung von höherer Gewalt setzt auch die Unvorhersehbarkeit des Hindernisses voraus. Dies bedeutet, dass eine Haftungsbefreiung nicht in Betracht kommen kann, wenn die säumige Partei das Risiko des Eintretens des Hindernisses kannte oder hätte erkennen können.¹⁰¹ Zwar ist der Zeitpunkt der Vorhersehbarkeit im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, doch wird in der Literatur allgemein die Auffassung vertreten, dass der Zeitpunkt des *Vertragsabschlusses* Maßgeblich sein sollte, d. h. dass der Schuldner den Eintritt des Ereignisses zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses *vernünftigerweise* nicht vorhersehen konnte.¹⁰² Bei der Vernünftigkeit richtet sich dies danach, ob ein durchschnittlicher Mensch dies vorausgesehen hätte, oder, wenn eine höhere Erkenntnismöglichkeit des Schuldners besteht, nach der letztgenannten, falls der Gläubiger dies beweisen kann.¹⁰³

cc) Unvermeidbarkeit und Unüberwindbarkeit

Erforderlich ist auch, dass der Eintritt eines Hindernisses auch bei größtmöglicher *Anstrengung* des Schuldners nicht verhindert¹⁰⁴ und nicht überwunden werden kann.¹⁰⁵ Dabei

⁹⁶ Dieser äußere Umstand stellt also einen besonderen Anknüpfungspunkt für die Ausgestaltung des Leistungsstörungsrechts dar, s. dazu HKK-BGB/Schermaier, 2007, Vor § 275 Rn. 10.

⁹⁷ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 482.

⁹⁸ Vgl. Entscheidung des Mittleren Volksgerichts von Xuancheng, Anhui Provinz: (2008) Xuancheng Min Er Zhong Nr. 72 (安徽省宣城市中级人民法院民事判决书, (2008) 宣中民二终字第72号): Höhere Gewalt ist eine für Menschen unwiderstehliche Kraft, die unabhängig von menschlichem Verhalten ist und nicht dem Willen der Parteien unterliegt.

⁹⁹ Vgl. z. B. Entscheidung des OVG: (2019) Zui Gao Fa Min Zhong Nr. 302 (最高人民法院民事判决书, (2019) 最高法民终302号): In diesem Fall, als sich der Bauunternehmer aufgrund des Krieges in Libyen von dem fraglichen Projekt zurückzog, befand das Gericht, dass der Schuldner aufgrund höherer Gewalt nicht in der Lage war, den Vertrag zu erfüllen, und dies keine Vertragsverletzung darstellte.

¹⁰⁰ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 484 f.

¹⁰¹ Vgl. Entscheidung des Obersten Volksgerichts der Guangdong Provinz: (2012) Yue Gao Fa Shen Jian Min Ti Nr. 277 (广东省高级人民法院民事判决书, (2012) 粤高法审监民提字第277号): In diesem Fall war das Gericht der Ansicht, dass der Schuldner als Verwahrer, obwohl Dauerregen unvermeidlich war, diesen hätte *vorhersehen* und die erforderliche Sorgfalt walten lassen müssen, um Wasserschäden an dem von ihm verwahrten PKW zu vermeiden, weil der Wetterdienst bereits eine Vorwarnung ausgegeben hatte.

¹⁰² Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 482.

¹⁰³ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 482.

¹⁰⁴ Zhu, Guangxin, in: Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei (Hrsg.), Kommentar zum ZGB, 2020, Bd. 2, S. 460, 469.

¹⁰⁵ Vgl. Entscheidung des Volksgerichts von Hongze, Jiangsu Provinz, in: China Law Reports 2003, Nr. 4 (江苏省洪泽县人民法院民事判决书): So kann der Bau von Brücken und Toren durch die Regierung, was zu einer Wasserknappheit flussabwärts führt, nicht *einfach* als unüberwindbare soziale Ursache angesehen werden, wenn diese also noch die Möglichkeit bestehen kann, über die Freigabe von Wasser zu verhandeln. Dieser Fall ist auch mit der deutschen Entscheidung RGZ 93, 307 vergleichbar.

kann der Schuldner nicht von seiner Haftung befreit werden, wenn er eine *mangelhafte* Sache liefert, die später durch ein Ereignis höherer Gewalt zerstört oder untergeht.¹⁰⁶ Auch hier geht es oft um die Frage der sog. Pflichtgrenze:¹⁰⁷ Hier stellt sich die Frage, inwieweit der Schuldner verpflichtet ist, die bei der Erfüllung auftretenden Leistungshindernisse zu überwinden.

b) Das *Unmöglichwerden* der Leistung nach Art. 590 Abs. 1 ZGB

Neben der obigen Definition reicht der bloße Eintritt höherer Gewalt nach Art. 590 Abs. 1 ZGB noch nicht aus, um die Haftung des Schuldners zu befreien, vielmehr muss die Leistung des Schuldners auch infolgedessen *unmöglich* geworden sein. Auf diese Weise wird die Anerkennung höherer Gewalt als *Haftungsbefreiungsgrund*¹⁰⁸ also vom chinesischen Gesetzgeber an den Tatbestand der Unmöglichkeit der Leistung geknüpft. Fraglich ist aber, ob der ZGB-Gesetzgeber die Unmöglichkeit *bewusst* zum *Schlüsselbegriff*¹⁰⁹ für die Entlastung der Haftung machen gemacht hat. Dagegen spricht zunächst die Entstehungsgeschichte des Art. 117 Abs. 1 VG - also die Vorgängerregelung des Art. 590 Abs. 1 ZGB.¹¹⁰ Es handelt es sich dabei nicht um die *Unmöglichkeit* im eigentlichen Sinne,¹¹¹ sondern lediglich um ein *Indiz* dafür, inwieweit die Leistung des Schuldners *behindert* werden muss.¹¹² Dem Wortlaut des Art. 590 Abs. 1 ZGB nach besteht jedoch kein Zweifel daran, dass die Unmöglichkeit in weiterem Sinn¹¹³ ebenfalls in die Reichweite des Ausdrucks „nicht

¹⁰⁶ Vgl. Entscheidung des OVG: (2008) Zui Gao Fa Min Kang Nr. 14 (最高人民法院民事判决书, (2008) 最高法民抗字第14号): In diesem Fall stellte das Gericht fest, dass der Vermieter der Lagerhalle *verpflichtet* war, einen Blitzableiter anzubringen, und dies unterlassen hat, wodurch die gemietete Lagerhalle grundsätzlich der Möglichkeit beraubt wurde, Blitzeinschläge zu *vermeiden*. Wenn also dann ein Blitzschlag einen Brand im Lagerhaus verursachte, der zur vollständigen Zerstörung der auf Lager befindlichen Waren führte, konnte der Vermieter nicht von der zivilrechtlichen Haftung aufgrund von höherer Gewalt befreit werden. Diese Entscheidung ist also mit der Entscheidung von OLG München NJW 2015, 962 vergleichbar.

¹⁰⁷ Vgl. z. B. die Entscheidung in S. 192 Fn. 98: In diesem Fall stellte das Gericht auch fest, dass die Verpflichtung des Mieters, das Gebäude und die Ausrüstung wie vereinbart zu reparieren und instand zu halten, auf den normalen und angemessenen Verpflichtungen beruhte, die sich aus der Nutzung des Mietobjekts während der Erfüllung des Vertrages ergaben, wobei der Mieter aufgrund des Schneesturms als höherer Gewalt *nicht übermäßig* zur Reparatur und Instandhaltung des Mietobjekts verpflichtet werden sollte.

¹⁰⁸ In der Literatur wird aber auch die Auffassung vertreten, dass das Wort „Haftung“ im Zusammenhang mit der „Haftungsbefreiung aufgrund höherer Gewalt“ als *Pflicht* zu verstehen ist, wobei die Frage der Befreiung zunächst auf der Ebene der *Pflicht* behandelt werden sollte, s. dazu *Sui, Pengsheng*, VertragsR, 1997, S. 385.

¹⁰⁹ So für diese Sichtweise zu den Regelungen des BGB *Huber*, AcP 210 (2010), 319, 325 mit Fn. 12.

¹¹⁰ Vgl. in dieser Richtung näher *Ke, Weicai*, Tsinghua L. J. 2016, 151, 156 ff.

¹¹¹ S. aber *Yi, Jun*, AfcdP 2012, 3, 22: für den Ansatz des Gesetzgebers, die Anwendung von höherer Gewalt auf eine Unmöglichkeit der Leistung zu beschränken, zu eng gefasst ist, und durch die Bestimmung ergänzt werden sollte, dass „wenn die Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung aufgrund höherer Gewalt nicht *rechtzeitig* erfolgen kann, die Haftung für die verspätete Erfüllung dann auch entfällt“. Aber nicht das *Gesetz*, sondern lediglich das in der Literatur herrschende Verständnis prägt diese strenge Abgrenzung zwischen den verschiedenen Formen der Nichterfüllung, die sich vor allem auf die vom deutschen Recht *übernommene* „Lehre von dem dreiteiligen System der Leistungsstörung“ zurückführen lässt.

¹¹² *Ke, Weicai*, Tsinghua L. J. 2016, 151, 161; zust. *Xie, Gen*, Jur. Rev. 2022, 177, 186.

¹¹³ Dagegen *Ke, Weicai*, Tsinghua L. J. 2016, 151, 153: „Ein solcher Ansatz wäre dem Aufbau eines Systems von Formen der Nichterfüllung sehr abträglich, denn sobald der Begriff der Unmöglichkeit auf alle Formen der Nichterfüllung von Schulden ausgedehnt wird, wären die *Grenzen* zwischen den verschiedenen Formen der Nichterfüllung nur schwer zu halten.“

erfüllen kann“ fällt, so dass dieser zwar vom Gesetzgeber nicht in einem technischen Sinne verwendet wird,¹¹⁴ dessen Auslegung als wichtige Komponente zur Haftungsentlastung aber nicht dadurch ausgeschlossen ist. Danach kann sowohl die Unmöglichkeit im *herkömmlichen* Sinn¹¹⁵ als auch die teilweise, vorübergehende sowie qualitative Unmöglichkeit in Betracht gezogen werden.¹¹⁶ Damit stellt die vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit im chinesischen Recht ebenfalls den zentralen Haftungsbefreiungstatbestand dar,¹¹⁷ obgleich sie im gleichen Maße wie im deutschen Recht verwendet wird.

c) Mitteilungspflicht nach Art. 590 Abs. 1 S. 2 ZGB

Nach Art. 590 Abs. 1 S. 2 ZGB hat die Partei, die den Vertrag aufgrund höherer Gewalt nicht erfüllen kann, dies der anderen Partei unverzüglich mitzuteilen, um den Schaden, der der anderen Partei entstehen kann, zu mindern, und den erforderlichen Nachweis innerhalb einer angemessenen Frist vorzulegen. Damit wird dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben, alternative Abhilfemaßnahmen zu ergreifen und zu überprüfen, ob tatsächlich ein Befreiungsgrund vorliegt.¹¹⁸ Inhalt der Mitteilung ist das Ereignis höherer Gewalt selbst - auf das sich auch die Nachweispflicht innerhalb bezieht - und die sich daraus ergebende Auswirkung auf die Leistungserbringung durch den Schuldner.¹¹⁹ Wenn der Schuldner die Benachrichtigung unterlässt oder verzögert, haftet er weiter für Schäden, die der anderen Partei durch die unterlassene oder verspätete Mitteilung des Schuldners entsteht.¹²⁰

4. Haftung für Dritte nach Art. 593 ZGB

Nach Art. 593 S. 1 ZGB¹²¹ haftet ferner eine Partei, die durch einen Dritten vertragsbrüchig geworden ist, gegenüber der anderen Partei für die Vertragsverletzung *im Einklang mit dem Gesetz*.¹²² Damit wird ein Haftungszurechnungsregime geschaffen, das den Schuldner für das Verhalten des Dritten verantwortlich macht.

Fraglich ist aber, ob ein solcher Mechanismus in einem System der Garantiehftung notwendig ist.¹²³ Im Gegensatz zu § 278 S. 1 BGB schränkt diese Norm den Kreis der Dritten

¹¹⁴ So die Schlussfolgerung aus Fn. 113.

¹¹⁵ Also der vor allem durch § 275 BGB a.F. geprägten Unmöglichkeitsbegriff.

¹¹⁶ Han, *Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 485 f.

¹¹⁷ Dieses monistische Befreiungsregime für Erfüllungspflicht und Schadensersatzhaftung steht auch im Einklang mit der „Lehre von der Einheit der Obligation“.

¹¹⁸ Xie, *Gen*, Jur. Rev. 2022, 177, 187.

¹¹⁹ Vgl. aber Han, *Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 486, der für die Beschränkung des Inhalts der Mitteilung auf das Ereignis der höheren Gewalt selbst hält.

¹²⁰ Zhu, *Guangxin*, in: Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei (Hrsg.), Kommentar zum ZGB, 2020, Bd. 2, S. 460, 470.

¹²¹ Art. 593 ZGB besagt: „Verletzt eine Partei den Vertrag wegen bei einem Dritten liegenden Ursachen, haftet sie nach dem Recht gegenüber der anderen Seite für Vertragsverletzung. Bei einem Streit zwischen der Partei und dem Dritten muss auf Grundlage von gesetzlichen Bestimmungen oder nach den Vereinbarungen verfahren werden.“ Übersetzt von Ding, *Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 306.

¹²² Im Vergleich zu Art. 121 VG hat der ZGB-Gesetzgeber das Wort „nach dem Gesetz“ hinzugefügt, welches sich vor allem auf Art. 577 ZGB bezieht, s. dazu Huang, *Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 470.

¹²³ Xie, *Gen*, Tsinghua L. J. 2012, 143; *ders.*, M. L. Sci. 2014, 27.

also nicht weiter ein. Als Vorgängernorm befasst sich Art. 116 AGZR¹²⁴ noch mit dem Eingreifen höherer Behörden in die Vertragserfüllung und ist ein Produkt der Planwirtschaft,¹²⁵ das angesichts der veränderten sozioökonomischen Rahmenbedingungen für die Auslegung des Art. 593 ZGB nicht mehr als Grundlage geeignet ist.¹²⁶ Zwar gibt es in der Literatur auch der Versuch, diese Norm *vor allem* unter dem Gesichtspunkt eines Erfüllungsgehilfen¹²⁷ zu verstehen.¹²⁸ Doch spielt das Verschulden der Hilfsperson noch keine Rolle.¹²⁹ Im Übrigen wird im Gesetz auch nicht präzisiert, ob die Hilfsperson mit der Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners verbunden sein muss, so dass die Vorschrift dem Schuldner keine bessere Möglichkeit der Haftungsbefreiung bieten, wenn die Erfüllung des Vertrages durch einen Dritten verhindert wird, der mit dem Vertrag nichts zu tun hat, sondern vielmehr die Haftung des Schuldners unangemessen verschärfen.¹³⁰

Andererseits ist es auch nicht notwendig, Art. 593 S. 1 ZGB als Ausdruck des Grundsatzes der *Relativität* des Vertragsverhältnisses - wie Art. 593 S. 2 ZGB angedeutet - zu betrachten,¹³¹ denn es geht stets um die Frage, ob der Schuldner im Falle eines von einem Dritten verursachten Vertragsbruchs haftbar ist. Die Behandlung des Innenverhältnisses des Schuldners zu dem Dritten vom Gesetz wird hingegen getrennt und unabhängig davon ergänzend beurteilt.¹³²

¹²⁴ Art. 116 AGZR besagt: „Kann ein Beteiligter aus Gründen, die bei *Behörden höherer Stufen* liegen, Vertragspflichten nicht erfüllen, so muss er gemäß dem vertraglich Vereinbarten der anderen Seite den Schaden ersetzen oder andere Maßnahmen zur Abhilfe ergreifen, während für die Regelung des von ihm infolgedessen erlittenen Schadens wiederum die Behörde höherer Stufe haftet.“ Übersetzt von Münzel, *Chinas Recht* III.7 12.4.86/1 und unter <http://www.chinas-recht.de/zivilrecht.htm> abrufbar.

¹²⁵ In einer Planwirtschaft lässt sich dieses privatrechtliche Instrument nutzen, um auf behördliche Eingriffe effektiv zu reagieren und die Autorität des Vertrages mit Hilfe von dem Art. 121 VG vergleichbarer Regelung zu verteidigen, s. auch Xie, *Hongfei*, *Neue Entwicklung der Studie zum VertragsR*, 2014, S. 525.

¹²⁶ Ebenso Xie, *Gen*, *Tsinghua L. J.* 2012, 143, 145.

¹²⁷ Der Begriff „Erfüllungsgehilfe“ wird erstmals mit dem Reisegesetz (ReiseG) von 2013 eingeführt, wie. z. B. Art. 71 Abs. 1 ReiseG, der besagt: „Wenn das Zielortreisebüro oder der *Erfüllungsgehilfe* eine Vertragsverletzung verursacht, haftet das Reisegruppenorganisationsbüro; das Reisegruppenorganisationsbüro kann nach Übernahme der Haftung vom Zielortreisebüro, vom Erfüllungsgehilfen Ersatz verlangen.“ Übersetzt von Xu/Piβler, *ZChinR* 2013, 243, 257.

¹²⁸ Han, *Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 753.

¹²⁹ Vgl. aber Art. 67 ReiseG, der besagt: „Wenn die Reiseroute durch höhere Gewalt oder durch ein Ereignis, welches trotz *Erfüllung der angemessenen Sorgfaltspflicht* des Reisebüros und *dessen Erfüllungsgehilfen* unvermeidlich ist, beeinflusst wird, wird [dies] entsprechend der folgenden Umstände behandelt...“ Übersetzt von Xu/Piβler, *ZChinR* 2013, 243, 255 f.

¹³⁰ Geht man also von der Garantiehafung des Art. 577 ZGB aus, so führt Art. 593 S. 1 ZGB zu einer übermäßig weitgehenden Haftung des Schuldners, s. dazu auch Xie, *Gen*, *Tsinghua L. J.* 2012, 143, 151.

¹³¹ Vgl. wohl aber Entscheidung des OVG: (2008) Zui Gao Fa Min Yi Zhong Nr. 29 (最高人民法院民事判决书, (2008) 最高法民一终字第29号): Die Vertragsparteien können ihre vertraglichen Rechte *nur* gegenüber der anderen Vertragspartei geltend machen. Selbst wenn eine der Vertragsparteien den Vertrag aufgrund eines *Dritten* verletzt, haftet die vertragsverletzende Partei für die Verletzung, und die andere Vertragspartei kann ihre Rechte nicht *direkt* gegenüber dem Dritten geltend machen.

¹³² Vgl. z. B. den Sachverhalt der Entscheidung des Mittleren Volksgerichts von Yulin, Guangxi Provinz: (2000) Yu Zhong Min Zhong Nr. 2 (广西省玉林市中级人民法院民事判决书, (2000) 玉中民终字第2号): In diesem Fall beauftragte der Kläger den Beklagten mit dem Transport von Schweinen in eine andere Stadt und brachte die letzte Zahlung zurück. Dieser behauptete anschließend, dass das Geld sei durch einen *Diebstahl* (was keine höhere Gewalt darstellte) auf dem Weg verloren gegangen.

IV. Der ersatzfähige Schaden und Schadenszurechnung¹³³

1. Der zu ersetzende Schaden nach Art. 584 Hs. 1 ZGB

Im chinesischen Recht ist der Umfang des Anspruches auf Schadensersatz vor allem in Art. 584 ZGB geregelt.¹³⁴ Nach Art. 584 Hs. 1 ZGB muss der Betrag des Schadensersatzes also dem durch die Vertragsverletzung verursachten Verlust entsprechen, was als Prägung des Grundsatzes der vollständigen Entschädigung angesehen wird.¹³⁵ Zu beachten ist, dass das Prinzip der vollständigen Entschädigung „nicht wirklich ein Prinzip der vollständigen Entschädigung des *gesamten* Schadens ist“, vielmehr handelt es sich bei dem Schaden, der Gegenstand der Entschädigung ist, um eine Kategorie, die durch verschiedene Tatbestände und Bedingungen gefiltert ist, die als „der zu ersetzende Schaden“ bezeichnet werden können.¹³⁶ Außerdem vertreten Rechtsprechung und Lehre gehen Entscheidungen und Lehre in diesem Bereich oft auseinander:¹³⁷ Insbesondere der richterliche Ermessensspielraum sollte nach Ansicht der Lehre schrittweise eingeschränkt werden. Diesem Ziel könnten sowohl eine einheitliche und stabile dogmatische Stellung als auch eine immer weiter verfeinerte Untersuchung der Rechtslehre dienen.¹³⁸ Die Richter hingegen plädieren für eine Ausweitung des Ermessensspielraums, um die Schwierigkeiten bei der Entscheidung des Einzelfalls zu lösen.¹³⁹ Dies bedeutet, dass selbst in ähnlichen Fällen widersprüchliche Rechtsauffassungen instrumentell zu rechtfertigen sein können, was die Bedeutung der etwaigen Rechtsdogmatik untergräbt.¹⁴⁰

¹³³ Hier: die haftungsausfüllende Kausalität.

¹³⁴ Inhaltlich entspricht er im Wesentlichen dem Art. 113 Abs. 1 VG, an dem der ZGB-Gesetzgeber nur einige „redaktionelle Änderungen“ vorgenommen hat, s. dazu auch *Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei* (Hrsg.), Kommentar zum ZGB, 2020, S. 389.

¹³⁵ Zwar konzentriert sich die Diskussion dieses Prinzips in der chinesischen Literatur vor allem auf den Bereich des Deliktsrechts. Angesichts der Tatsache, dass der volle Schadensersatz auf die Festlegung des Schadensumfangs abzielt und nicht zwingend mit der Abgrenzung zwischen verschiedenen Schadensursachen zusammenhängt, ist eine einheitliche Betrachtung des Delikts- und Vertragsrechts aber zu bevorzugen, s. dazu *Xu, Jiangang*, *ECUPL J.* 2019, 149, 150 Fn. 4. Mit anderen Worten: Dieser Grundsatz sollte auch im Bereich des Vertragsrechts angewendet werden, s. *Xie, Hongfei*, *Neue Entwicklung der Studie zum VertragsR*, 2014, S. 479. Dieser Ansatz orientiert sich aber stark an der im deutschen Recht getroffenen Unterscheidung zwischen der Schadensursache und dem Inhalt des Schadens. Im Gegensatz dazu hat der chinesische Gesetzgeber einerseits die unerlaubte Handlung aus dem traditionellen System des Schuldrechts herausgelöst und gesondert geregelt (heute manifestiert sie sich in einem *eigenen* Teil des ZGB) und andererseits die Tatbestände der Deliktshaftung und deren Übernahme integriert (vgl. Art. 1182 ZGB), was als eine „*Mischung*“ aus dem traditionellen Deliktsrecht und dem Schadensersatzrecht bezeichnet werden kann. Darüber hinaus enthalten das chinesische Vertragsrecht und die dazugehörigen gerichtlichen Auslegungen auch spezifischere und detailliertere Bestimmungen zur Frage des Schadensersatzes bei der Vertragsverletzung. Da beide in ihrer Konnotation, Logik und Wertigkeit *nicht* völlig übereinstimmen, besteht in der Praxis noch die Möglichkeit eines Konflikts, s. dazu *Zheng, Xiaojian*, *Henan Social Sci.* 2018, 55 ff.

¹³⁶ *Zhou, Hua*, *Hebei L. Sc.* 2017, 46, 56.

¹³⁷ Vgl. zu dieser Problematik näher *Zhong, Ruiqing*, *Jur. Rev.* 2022, 29 ff.

¹³⁸ *Zhong, Ruiqing*, *Jur. Rev.* 2022, 29, 42 f.

¹³⁹ Vgl. z.B. die die Naturalrestitution nach Ermessen des Richters, hierzu oben D I 2 b) (S. 181 f.).

¹⁴⁰ Ebenso *Zhong, Ruiqing*, *Jur. Rev.* 2022, 29, 43.

a) Nichterfüllungsschaden

Im chinesischen Recht richtet sich der Schadenersatz nach Art. 584 Hs. 1 ZGB in erster Linie auf den Schaden, der dem Gläubiger durch die Vertragsverletzung entstanden ist, nämlich den Nichterfüllungsschaden.¹⁴¹ Damit soll der Gläubiger in die Lage versetzt werden, in der er sich befände, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.¹⁴² Der Umfang der Entschädigung bemisst sich also nach dem hypothetischen Zustand der ordnungsgemäßen Durchführung des Vertrages. Die Kosten, die den Parteien bei der Vertragserfüllung entstanden sind, werden hier hingegen nicht berücksichtigt, sofern sie auch dann angefallen wären, wenn die Gegenpartei den Vertrag nicht gebrochen hätte und der Vertrag dann ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.¹⁴³

b) Entgangener Gewinn

Zu den oben erwähnten Erfüllungsschäden gehört auch der entgangene Gewinn, d. h. der „nach Vertragserfüllung zu erlangende Gewinn“.¹⁴⁴ Es handelt sich also um den Verlust der Erwartungsinteressen, die der Geschädigte nach der Erfüllung des Vertrages erlangen hätte, die aber aufgrund der Vertragsverletzung der anderen Partei nicht erzielt werden konnten.¹⁴⁵ Anders als der tatsächliche Verlust ist dies ein *Reingewinn*, den der Geschädigte nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zukünftig erzielen kann, so dass der Grad der Wahrscheinlichkeit seines Eintretens im konkreten Fall berücksichtigt werden muss.¹⁴⁶ Lässt sich dessen Betrag aber nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit bestimmen, so liegt die Entschädigung im Ermessen des Volksgerichts oder der Schiedsstelle.¹⁴⁷ Allerdings ist zu beachten, dass in der Praxis häufig *Gewissheit* gefordert wird, d. h. ein hypothetischer oder wahrscheinlicher Gewinn kann nicht Gegenstand von Schadenersatz wegen Vertragsverletzung sein,¹⁴⁸ mit anderen Worten, der Gewinn müsste ohne die Vertragsverletzung mit Sicherheit zu erzielen sein.¹⁴⁹ Außerdem enthält Art. 9 Anleitungsansicht des OVG eine weitere Typisierung, die drei Arten von entgangenem

¹⁴¹ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 784.

¹⁴² Wu, Teng, Kommentar zum ZGB - Vertragsbuch - AT, 2020, S. 601.

¹⁴³ Cui, Jianyuan, VertragsR, 42021, S. 391.

¹⁴⁴ Vgl. den Wortlaut des Art. 584 ZGB.

¹⁴⁵ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 432.

¹⁴⁶ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 434.

¹⁴⁷ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 434.

¹⁴⁸ Vgl. Entscheidung des OVG: (2012) Zui Gao Fa Min Yi Zhong Nr. 67 (最高人民法院民事判决书, (2012) 最高法民一终字第67号).

¹⁴⁹ Vgl. Entscheidung des OVG: (2008) Zui Gao Fa Min Shen Nr. 18 (最高人民法院民事判决书, (2008) 最高法民申字第18号): „Angesichts der Tatsache, dass die tatsächliche Handlung des Klägers zur Wiedervermietung nur auf den schriftlichen Vertrag beschränkt ist, so dass sich die vorgenannte mietfreie Zeit des Mietausfalls noch in einem Zustand der *Ungewissheit* befindet, ist also hier nicht zu entscheiden.“ Vgl. aber auch die Entscheidung in S. 168 Fn. 114: „Der Grundsatz der objektiven Gewissheit sollte bei der Feststellung des entgangenen Gewinns beachtet werden, d. h. der zu erwartende Gewinn muss nicht nur subjektiv möglich, sondern auch objektiv sicher sein. Liegt eine Vertragsverletzung vor, die zum Verlust dieses Gewinns geführt hat, müsste dieser *im Normalfall* auch ohne die Vertragsverletzung *sicher* gewesen sein.“

Gewinn aus der Produktion, aus dem Betrieb sowie aus dem Wiederverkauf umfasst.¹⁵⁰ Dadurch wird in der Praxis die Forderung nach Ersatz des genannten entgangenen Gewinns in der Regel von den Gerichten zugebilligt.¹⁵¹

c) Frustrierte Aufwendungen

Neben den vorgenannten Schäden kann der Gläubiger nach Art. 577, 584 ZGB aber auch *vergebliche* Aufwendungen für die Vertragsdurchführung geltend machen.¹⁵² In der Literatur wird dies auch als „Vertrauensschaden“ bezeichnet, der bei Schadensersatz wegen Vertragsverletzung nach Wahl der Parteien als *Alternative* zum Erfüllungsinteresse geltend gemacht werden kann.¹⁵³ Begründet wird diese Forderung damit, dass das Interesse der Parteien an der Vertragserfüllung zusätzlich zu ihrem Erwartungsinteresse auch in Bezug auf das *Vertrauen* auf die Vertragserfüllung geschützt werden soll.¹⁵⁴ In der Praxis werden diese Ausgaben auch als eine Art „direkter Verlust“ betrachtet.¹⁵⁵

Allerdings ist die Grenze zwischen Aufwendungen und Erfüllungsinteresse - mangels einschlägiger gesetzlicher Regelung - nicht immer leicht zu ziehen. Das oben erwähnte Alternativitätsverhältnis stößt daher oft an seine Grenzen, insbesondere dann, wenn der Käufer das gelieferte Haus renoviert hat und wenn der Kaufvertrag später aufgrund der Vertragsverletzung des Verkäufers abgewickelt wird, kann er in der Regel die Renovierungskosten zusammen mit dem Erfüllungsinteresse (hier: der Differenz zwischen dem aktuellen Marktwert des Hauses und dem Preis des ursprünglichen Kaufvertrags) verlangen.¹⁵⁶ Dem Zweck der Aufwendungen an sich wird hier nicht viel Aufmerksamkeit

¹⁵⁰ Art. 9 Anleitungssicht des OVG besagt: „...Nach Faktoren wie dem Wesen des Geschäfts und dem Zweck des Vertrages werden Schäden wegen entgangenen Gewinns hauptsächlich unterteilt in Formen wie [1] Schaden beim Gewinn aus Produktion, [2] Schaden beim Gewinn aus dem Betrieb und [3] Schaden beim Gewinn aus dem Vertrieb...“ Übersetzt von *Pißler*, ZChinR 2009, 296, 300.

¹⁵¹ Bemerkenswert ist auch Art. 10 Anleitungssicht des OVG, der besagt: „Bei der Berechnung und Festsetzung des entgangenen Gewinns müssen Volksgerichte Vorschriften über die Vorhersehbarkeit, die Schadensminderung, die gegenseitige Anrechnung von Schäden und Vorteilen und die gegenseitige Anrechnung von Fahrlässigkeit in einer Gesamtschau verwenden, und [dementsprechend] von der Gesamtsumme, welche die vertragstreue Partei als Ersatz für entgangenen Gewinn behauptet, [folgende Posten] abziehen...“ Übersetzt von *Pißler*, ZChinR 2009, 296, 300.

¹⁵² *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 433.

¹⁵³ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 784. Nach Ansicht des deutschen Reformgesetzgebers würde es jedoch zweifellos zu weit gehen, wenn dem Gläubiger als Alternative zum Schadensersatz statt der Leistung stets das Recht gewährt würde, die gesamten Vertrauensinteressen zu liquidieren, vgl. nur *Stoll*, JZ 2001, 589, 595.

¹⁵⁴ *Wang, Liming*, VertragsR II, 32015, S. 624 f.

¹⁵⁵ Vgl. insbesondere Entscheidung des OVG: (2005) Zui Gao Fa Min Er Zhong Nr. 143 (最高人民法院民事判决书, (2005) 最高法民二终字第14号): In diesem Fall gab Shanghai Panqi mehr als 1,6 Millionen RMB für den Aufbau eines Verkaufsteams und die Durchführung von Werbemaßnahmen für den Verkauf der betreffenden Produkte aus, deren Zweck aufgrund der Beendigung des Vertrages aber nicht erreicht werden konnte, und Shanghai Panqi forderte eine Entschädigung für diese Aufwendungen, was vom Gericht auch gewährt wurde (insoweit zustimmend wohl auch *Xu, Jiangang*, L. Sci. 2020, 54, 64). Abgedruckt auch in: Amtsblatt des OVG 2006, Nr. 4, und die englische Fassung unter <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=case&id=380> teilweise abrufbar.

¹⁵⁶ Vgl. z.B. Entscheidung des Obersten Volksgerichts von Hebei: (2013) Ji Min Yi Zhong Nr. 301 (河北省高级人民法院民事判决书, (2013) 冀民一终字第301号).

geschenkt. Folglich gibt es auch keinen Raum für die Anwendung der Rentabilitätsvermutung. Offen bleibt die Frage, wie eine Doppelkompensation für einzelne Schadenspositionen vermieden werden kann. Insbesondere können Ausgaben des Gläubigers, bei denen es sich um Kosten handelt, die er aufwenden muss, um die Leistung gewinnbringend zu nutzen, nicht zusammen mit dem entgangenen Gewinn verlangt werden, da erstere durch letzteren wieder amortisiert werden können.¹⁵⁷

2. Die Vorhersehbarkeitsregel nach dem Art. 584 Hs. 2 ZGB

Das Prinzip der vollen Entschädigung wird jedoch im chinesischen Recht nicht ausnahmslos durchgeführt: Die erste Einschränkung findet sich also in der Vorhersehbarkeitsregel des Art. 584 Hs. 2 ZGB, wonach der Betrag des Schadenersatzes dem durch die Vertragsverletzung verursachten Schaden entsprechen muss, darf aber nicht den Schaden übersteigen, den die verletzende Partei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses als mögliche Folge einer Vertragsverletzung vorhergesehen hat oder vorhersehen musste.¹⁵⁸ Diese Beschränkung gilt nicht nur für den entgangenen Gewinn, sondern auch für den tatsächlichen Verlust.¹⁵⁹ Außerdem werden die folgenden Voraussetzungen festgelegt:

a) Relevante Person und maßgeblicher Zeitpunkt

Erstens wird bei der Anwendung der Vorhersehbarkeitsregel *allein* auf den vertragsverletzenden Schuldner abgestellt,¹⁶⁰ und der relevante Zeitpunkt ist bei Vertragsabschluss: Denn für Schäden, die der Schuldner zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehen konnte, kann er auch nicht *im Voraus* mit angemessenen Vorbereitungsmaßnahmen rechnen.¹⁶¹ Dadurch wird dem Gläubiger auch ein Anreiz geboten, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mehr Informationen offenzulegen, insbesondere Informationen über den Leistungsgegenstand und die damit verbundenen Risiken.¹⁶²

¹⁵⁷ Vgl. aber Entscheidung des Mittleren Volksgerichts von Luoyang, Henan Provinz, v. 12.May.2003 (河南省洛阳市中级人民法院民事判决书): In diesem Fall verurteilte das Gericht die Beklagte, den Vertrag *weiter zu erfüllen*, und dem Kläger den *entgangenen Gewinn während des Erfüllungsverzuges* sowie *die Kosten*, die dieser im Vertrauen auf die Erhaltung der Leistung getätigt hatte (hier: die Erstellung und Verteilung der Werbebroschüre), zu ersetzen.

¹⁵⁸ Diese Vorschrift lehnt sich vor allem an Art. 74 CISG an. Bereits bei der Schaffung des VG hatte der chinesische Gesetzgeber die Vorgaben des Art. 74 CISG wörtlich in den vorherigen Art. 113 VG übernommen, s. dazu *Hu, Kangsheng* (Hrsg.), Kommentar zum VG, ³2013, S. 205 f.

¹⁵⁹ Vgl. *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 434.

¹⁶⁰ Zwar wird in der Literatur auch die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Beurteilung der Vorhersehbarkeit um die Vertragsparteien handeln sollte, weil der Vertrag die Verteilung des Leistungsrisikos zwischen den „Parteien“ beinhaltet (vgl. *Xie, Gen*, *Chin. J. L.* 2011, 70, 77, 80), doch lässt dies in der Praxis nicht umsetzen, da es eindeutig im Widerspruch zum Wortlaut des Art. 584 ZGB steht.

¹⁶¹ *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 435.

¹⁶² Vgl. etwa Entscheidung des Oberen Volksgerichts von Shanghai: (2013) Hu Gao Min Si (Hai) Zhong Nr. 94 (上海市高级人民法院民事判决书, (2013)沪高民四(海)终字第94号): In diesem Fall hat der Kläger bei Abschluss des Beförderungsvertrages dem Beklagten *nur* transportbezogene Angelegenheiten mitgeteilt, nicht aber, dass es sich bei den von ihm beförderten Gütern um importierte Waren handelt, und es gibt auch keine anderen relevanten Beweise dafür, dass der Beklagte bei Abschluss des Vertrages vorhersehen kann, dass die

b) Gegenstand der Vorhersehbarkeit

Nach dem offiziellen Kommentar ist Gegenstand der Vorhersehbarkeit die Art oder der Typ des Schadens, ohne sich auf das konkrete Ausmaß oder den Umfang des Schadens auszudehnen.¹⁶³ In der Literatur wird aber die Auffassung vertreten, dass, wenn man als Gegenstand der Voraussicht den Schaden - so wie in Art. 584 ZGB ausdrücklich vorgesehen - betrachtet, nicht nur die Voraussicht über die Art des Schadens, sondern auch über seinen konkreten Umfang erforderlich ist, denn wenn man einmal die konkrete Art des Schadens kennt, erfordert dies notwendigerweise das Wissen des allgemeinen Schadensumfangs, ohne den die Schadenshöhe nicht ausreichend begrenzt werden kann.¹⁶⁴ In der Praxis werden aber auch Faktoren wie das *Verschulden* der verletzenden Partei und der Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der Vertragsverletzung mitberücksichtigt.¹⁶⁵

c) Kriterien der Vorhersehbarkeit

Wenn der Schuldner den Schaden tatsächlich vorhergesehen hat, besteht kein Zweifel daran, dass die Regel der Vorhersehbarkeit zur Begrenzung des Schadens angewandt werden kann: Wenn z. B. der Verkäufer bei Vertragsabschluss bekannt ist, dass der Käufer den betreffenden Gegenstand weiterverkaufen wird, dann ist der Weiterverkaufsverlust in der Regel vorhersehbar. Anders verhält es sich aber mit der Vorhersehbarkeit der Haftung des Käufers gegenüber seinem Abnehmer, die sich aus der Vertragsverletzung des Verkäufers ergibt („Haftungsschäden“), was vom Gericht unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, insbesondere des Verhältnisses zwischen dem Preis und den Folgeschäden, zu beurteilen ist.

¹⁶⁶

Der Umfang des Schadens, den der Schuldner hätte vorhersehen müssen, wird hingegen vor allem anhand objektiver Kriterien ermittelt, d. h. nach einem abstrakten „vernünftigen,

Güter importierte Güter sind, so dass die daraus entstandenen Kosten, etwa Einfuhrumsatzsteuer, Einfuhrfracht, Einfuhr-Agentur-Gebühren sowie andere Kosten, ist der Beklagte nicht zum Schadensersatz verpflichtet.

¹⁶³ Vgl. nur *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 436.

¹⁶⁴ Vgl. zuletzt *Liu, Yong*, JN J. 2021, 47, 53.

¹⁶⁵ Vgl. Entscheidung des OVG: (2006) Zui Gao Fa Min Er Zhong Nr. 111 (最高人民法院民事判决书, (2006) 最高法民二终字第111号): Bei der Entscheidung von Vertragsstreitigkeiten sollte die Haftung der vertragsbrüchigen Partei nach dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit bestätigt werden, d. h. die vertragsbrüchige Partei haftet nur für die Verluste, die der anderen Partei durch ihren Vertragsbruch entstanden sind, und die vertragsbrüchige Partei haftet nicht für die Verluste, die durch Marktrisiken und andere Faktoren verursacht wurden, die für *beide* Parteien nicht vorhersehbar waren, da sie nicht auf das *Verschulden* der vertragsbrüchigen Partei zurückzuführen sind und kein *Kausalzusammenhang* zwischen der Vertragsverletzung besteht. Abgedruckt auch in: Amtsblatt des OVG 2006, Nr. 11, und die englische Fassung unter <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=case&id=496> teilweise abrufbar.

¹⁶⁶ Vgl. Entscheidung des Mittleren Volksgerichts von Ningbo, Zhejiang Provinz: (2016) Min Zhe 02 Min Zhong Nr. 1593 (浙江省宁波市中级人民法院民事判决书, (2016) 浙02民终1593号): In diesem Fall sah sich der Käufer aufgrund der Lieferung mangelhafter Holzpaletten („Schimmel“) durch den Verkäufer mit einer Forderung für die in den an seinen Abnehmer gelieferten Paletten verpackten Eisentüren konfrontiert (die den ursprünglichen Preis um etwa das *Vierfache* überstieg), und das Gericht bejahte die Forderung des Käufers mit einer Obergrenze für den ursprünglichen Preis nur *teilweise*, mit der Begründung, dass es für den Verkäufer zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses schwierig war, den konkreten Inhalt der Folgeschäden vorherzusehen.

normalen Menschen“ oder einem „guten Vater“ usw.,¹⁶⁷ und zwar nach dem was für eine durchschnittlich sorgfältige Person in der Lage der vertragsverletzenden Partei *vernünftigerweise* vorhersehbar wäre.¹⁶⁸ Dabei wird bei einem abstrakten Schaden vermutet, dass ihn die verletzende Partei vorhersehen könnte oder hätte vorhersehen müssen; bei einem konkreten Schaden muss aber der Geschädigte den konkreten Sachverhalt beweisen, und auf dieser Grundlage bestimmt das Gericht dann, ob der Schaden für die betreffende Partei nach diesem abstrakten „reasonable person“-Standard vorhersehbar wäre.¹⁶⁹

3. *Andere Einschränkungen für den Umfang des Schadensersatzes*

Bei der Bestimmung des zu ersetzenden Schadens sind auch die schadensmindernden Faktoren zu berücksichtigen, für die es im chinesischen Recht drei *Regelungen* gibt, die in Betracht gezogen werden können.

a) Mitverschulden des Gläubigers nach Art. 592 Abs. 2 ZGB

Zuerst kann der Betrag des Schadensersatzes nach Art. 592 Abs. 2 ZGB entsprechend gemindert werden, wenn eine Partei den Vertrag verletzt und der anderen Partei damit ein Schaden verursacht, an dessen Eintritt die andere Partei ein Verschulden trifft. Es handelt sich also um eine neue Vorschrift.¹⁷⁰ In Bezug auf sein Verhältnis zu Art. 592 Abs. 1 ZGB ist davon auszugehen, dass dieser vor allem dann Anwendung findet, wenn das „Verschulden“ des Gläubigers noch nicht als eine eigene Vertragsverletzung gewertet wird.

b) Schadensminderungsobliegenheit nach Art. 591 ZGB

Daneben hat der Gläubiger nach der Vertragsverletzung des Schuldners geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Ausweitung des Schadens zu verhindern, andernfalls kann er nach Art. 591 Abs. 1 ZGB keinen Ersatz für den so ausgeweiteten Schaden verlangen. Auch hier handelt es sich um eine Verpflichtung mit geringerer Intensität,¹⁷¹ also um eine „unechte“ Pflicht.¹⁷² Der Grund für die Auferlegung einer solchen Verpflichtung für den Gläubiger, der sich nicht vertragsbrüchig verhalten hat, besteht darin, ihm einen Anreiz zu bieten, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um den erlittenen Schaden zu mindern, wodurch die Gesamteffizienz gefördert wird.¹⁷³ Fraglich ist aber, dass es der *Schuldner* ist, der sich vertragsbrüchig verhält, und wenn man dem Gläubiger den ihm zustehenden Rechtsbehelf aus rein wirtschaftlichen Erwägungen vorenthält, würde man auch den Schuldner zum

¹⁶⁷ Han, *Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 796.

¹⁶⁸ Huang, *Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 435.

¹⁶⁹ Han, *Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 796 f.

¹⁷⁰ Zuvor hat der chinesische Gesetzgeber in Art. 120 VG nur das Rechtsinstitut der gegenseitigen Vertragsverletzungen getroffen, nicht aber eine allgemeine Regelung zum Mitverschulden.

¹⁷¹ Huang, *Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 464.

¹⁷² Der Begriff „unechte Verpflichtung“ im chinesischen Recht stammt aus der Übersetzung des deutschen Terminus „Obliegenheit“ - diese Übersetzung geht also auf Wang, *Zejian*, Grundzüge des SchuldR, 2013, S. 88 zurück.

¹⁷³ Huang, *Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 464.

Vertragsbruch ermutigen,¹⁷⁴ so dass die folgenden Voraussetzungen für die Anwendung dieser Regel erfüllt sein müssen.

aa) Der durch die Pflichtverletzung des Schuldners verursachte Schaden

Zuerst muss seitens des Schuldners eine Pflichtverletzung vorliegen, die dem Gläubiger einen Schaden verursacht hat. Das bedeutet, dass die Minderungspflicht im Gegensatz zu der in Art. 592 Abs. 2 ZGB vorgesehenen Mitverschulden *nur* nach Eintritt des Schadens und bei Vermeidung eines größeren Schadens gilt.

bb) Unterlassung von geeigneten Maßnahmen

Daneben muss der Gläubiger auch es unterlassen haben, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um das Ausmaß des Schadens zu begrenzen oder eine Vergrößerung des Schadens abzuwenden. Ob die betreffenden Maßnahmen angemessen sind, hängt in erster Linie von der Anstrengung ab, die dem Gläubiger nach dem Gebot von Treu und Glauben zuzumuten ist.¹⁷⁵ In dieser Hinsicht hat der Gläubiger seinerseits zunächst die eigene Leistung oder deren Vorbereitung einzustellen: Sobald er erfährt, dass die andere Partei nicht leisten wird, sollte er auf diese Weise gegen die weitere Benachteiligung vorgehen.¹⁷⁶ Ist er also in der Lage, innerhalb eines angemessenen Zeitraums und in angemessener Weise ein Deckungsgeschäft abzuschließen, dann wäre eine solche Alternativmaßnahme zu treffen, um die Ausweitung des Schadens zu vermeiden.¹⁷⁷ Ein Gläubiger, der ohne großen Aufwand ein angemessenes Ersatzgeschäft hätte abschließen können, aber dennoch auf einer *unangemessenen* tatsächlichen Erfüllung besteht,¹⁷⁸ kann vom Schuldner keinen Ersatz für den daraus resultierenden Mehrschaden verlangen. Auch im Falle einer vorzeitigen Leistungsverweigerung kann der Gläubiger in der Regel nicht durch die Erbringung der eigenen Leistung die Gegenleistung gewinnen, soweit diese *Möglichkeit* eines Ersatzgeschäfts vorliegt.

c) Vorteilsausgleichung

Neben den oben genannten Begrenzungsregeln kennt das chinesische Recht eine dritte Grenze für Schadenersatz wegen Vertragsverletzung, nämlich die Anrechnung des vom Gläubiger erlangten Vorteile auf die von diesem erlittenen Verluste.¹⁷⁹ Die *rechtliche* Grundlage für diese Regelung findet sich also in Art. 23 Erläuterungen des OVG zu Kaufverträgen.¹⁸⁰ Der

¹⁷⁴ Ebenso Han, *Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 809 f.

¹⁷⁵ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 465.

¹⁷⁶ Han, *Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 812.

¹⁷⁷ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 465.

¹⁷⁸ Durch die Einbeziehung des Gesichtspunkts der „Angemessenheit“ in das Begehren auf tatsächliche Erfüllung wird die *Verurteilung* zur Weiter-Erfüllung neben der Möglichkeit der Leistung auch dem besonderen Ermessen des Richters unterliegen, hierzu auch oben C I 3 b) dd) (S. 158).

¹⁷⁹ Han, *Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 814.

¹⁸⁰ Art. 23 Erläuterungen des OVG zu Kaufverträgen besagt: „Erlangt eine Partei eines Kaufvertrags wegen Vertragsverletzung der anderen Partei Vorteile, muss das Volksgericht unterstützen, wenn die

Grund dafür ist, dass die Haftungsregelung darauf abzielt, den Geschädigten für den infolge der Vertragsverletzung erlittenen Schaden zu kompensieren, und nicht darauf, ihm eine Bereicherung zu ermöglichen,¹⁸¹ denn ihm darf nicht durch den Schadensersatz besser gestellt sein als vor Eintritt des Schadenereignisses.¹⁸²

4. Schadenszurechnung¹⁸³

a) Tatsächliche und rechtliche Kausalität

Im chinesischen Vertragsrecht wird nicht zwischen der Kausalität für die Haftungsbegründung und der Kausalität für den Haftungsumfang unterschieden, und mit dem Begriff der Kausalität nur auf den Zusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und den Schadensfolgen angesprochen.¹⁸⁴ Dabei muss zunächst ein tatsächlicher Kausalzusammenhang bestehen, d. h. ein *notwendige* Zusammenhang zwischen dem Umstand, dass der Schuldner als vertragsbrüchig eingestuft wird, und dem Umstand, dass der Schuldner zum Schadensersatz verpflichtet ist.¹⁸⁵ Es handelt sich also nicht um ein rechtliches Werturteil, sondern allein um die Feststellung eines rein tatsächlich ablaufenden Vorgangs.¹⁸⁶ Daneben ist für die angemessene Begrenzung des Schadensumfangs auch ein rechtlicher Kausalzusammenhang zwischen der behaupteten Vertragsverletzung und dem Schaden erforderlich.¹⁸⁷ Insofern kommt dann die sog. Vorhersehbarkeitsregel zum Tragen.

b) Vorhersehbarkeitsregeln

Die im Art. 584 Hs. 2 ZGB niedergelegte Vorhersehbarkeitsregel ist auch das Kriterium für die Bestimmung der Kausalität,¹⁸⁸ d. h. ein *rechtlicher Kausalzusammenhang* zwischen der

vertragsverletzende Partei geltend macht, von der Schadenersatzsumme diese Vorteile abzuziehen.“ Übersetzt von Pißler, ZChinR 2021, 207, 213.

¹⁸¹ Durch den Abzug des Vorteils, den die vertragstreue Partei durch die Vertragsverletzung erlangt, von dem ihr entstandenen Schaden wird verhindert, dass sie mehr als die normale Vertragserfüllung erhält, um einen Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien zu erreichen, s. dazu Entscheidung des Mittleren Volksgerichts von Xuanchang, Hubei Provinz: (2014) E Zhi Chang Zhong Min Er Zhong Nr. 00163 (湖北省宣昌市中级人民法院民事判决书, (2014)鄂直昌中民二终字第00163号).

¹⁸² Vgl. Han, Shiyuan, VertragsR AT, ⁴2018, S. 814.

¹⁸³ Im Gegensatz zum Deliktsrecht wird der Frage der Kausalität im Vertragsrecht in der chinesischen Literatur nicht viel Aufmerksamkeit gewidmet, vgl. aber zuletzt Cui, Jianyuan, JHAJ 2022, 155 ff. Seiner Ansicht nach sollte die Frage der Kausalität, die die Haftung für Vertragsverletzungen begründet, zumindest in gleichem Maße wie das Vorhersehbarkeitskriterium berücksichtigt werden.

¹⁸⁴ Wang, Liming, VertragsR II, ³2015, S. 629.

¹⁸⁵ Han, Shiyuan, VertragsR AT, ⁴2018, S. 790.

¹⁸⁶ Han, Shiyuan, VertragsR AT, ⁴2018, S. 790 f. ; a.A. Cui, Jianyuan, JHAJ 2022, 155, 156 , unter Bezugnahme auf Art. 590 Abs. 2 ZGB.

¹⁸⁷ Vgl. z. B. die Entscheidung in oben S. 121 Fn. 49: In diesem Fall stellte das Gericht ausdrücklich fest, dass der Erwerber für seinen Schadenersatzanspruch nachweisen muss, dass ein *rechtlicher Kausalzusammenhang* zwischen dem Schaden, der sich aus dem nicht ordnungsgemäßen Betrieb der Gesellschaft ergibt, und der nicht erfolgten Übertragung der Anteile besteht.

¹⁸⁸ Vgl. Entscheidung des OVG: (2008) Zui Gao Fa Min Shen Nr. 18 (最高人民法院民事判决书, (2008)最高法民申字第18号): Nur wenn der durch die Vertragsverletzung verursachte Schaden vorhersehbar ist, so kann ein Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem Ergebnis der Verletzung angenommen werden; ebenso Wang, Liming, VertragsR II, ³2015, S. 633.

Vertragsverletzung und dem Schaden ist nur dann gegeben, wenn der durch die Verletzung verursachte Schaden von dem Schuldner bei Vertragsabschluss vorhersehbar war. Daher kann die Ersatzhaftung bei Vorliegen eines tatsächlichen Kausalzusammenhangs weiter auf einen angemessenen Umfang beschränkt werden, um die nachteiligen Folgen des Vertragsverstößes vernünftigerweise zu verteilen.¹⁸⁹

5. *Schadensberechnung*¹⁹⁰

a) Subjektive oder konkrete Berechnung des Schadens

Wie im deutschen Recht kann der Gläubiger zunächst seinen Schaden konkret berechnen, d. h. in Bezug auf die Verluste, Aufwendungen und Kosten, die ihm durch den Verstoß des Schuldners konkret entstanden sind.¹⁹¹ Diese subjektive oder konkrete Berechnungsmethode zielt darauf ab, den vollen Betrag des vom Gläubiger tatsächlich erlittenen Schadens abzudecken, indem sie sich auf die spezifischen tatsächlichen Umstände abstellt und als Schadensersatz die gesamten wirtschaftlichen Interessen zugrunde legt, die dem Gläubiger ohne die Vertragsverletzung zugeflossen wären.

b) Objektive oder abstrakte Berechnung des Schadens

Mit der objektiven Berechnungsmethode, die auch als abstrakte Berechnungsmethode bezeichnet wird, wird die Höhe des Schadensersatzes nach der allgemeinen Lage der Gesellschaft zu dem betreffenden Zeitpunkt und ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände des Gläubigers bestimmt.¹⁹² Sie konzentriert sich also nicht auf den konkreten Schaden der nicht verletzenden Partei, sondern zielt darauf ab, den Parteien einen angemessenen Ausgleich zu gewähren. Voraussetzung für die abstrakte Berechnungsmethode ist das Vorhandensein eines Kriteriums, das der abstrakten Berechnung zugrunde liegt, und dieses objektive Kriterium wird in der Regel in Form von Marktpreisen ausgedrückt. Daher beruht die Anwendung der abstrakten Berechnungsmethode auf der Existenz des Marktes und der Marktpreise.¹⁹³

¹⁸⁹ Wang, Liming, *VertragsR II*, 32015, S. 634.

¹⁹⁰ Die Parteien können sich zunächst auf die Methode der Schadensberechnung vereinbaren, für die das ZGB eine ausdrückliche Bestimmung enthält, nämlich Art. 585 Abs. 1 Alt. 2 ZGB, der besagt: „Die Parteien können vereinbaren, dass eine Seite, wenn sie den Vertrag verletzt, aufgrund der Umstände der Vertragsverletzung der anderen Seite einen bestimmten Betrag als Vertragsstrafe zahlen muss; sie können auch vereinbaren, wie der Betrag des Ersatzes für den durch die Vertragsverletzung herbeigeführten Schaden berechnet wird.“ Übersetzt von Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a., *ZChinR* 2020, 207, 304.

¹⁹¹ Wang, Liming, *Haftung für Vertragsverletzungen*, 2000, S. 476.

¹⁹² Vgl. Wang, Liming, *Haftung für Vertragsverletzungen*, 2000, S. 476.

¹⁹³ Auch hier hat die Entwicklung der Marktwirtschaft die Grundlage und die Möglichkeit geschaffen, s. dazu Han, Shiyuan, *Schadensersatz wegen Vertragsverletzung*, 1999, S. 444.

6. Besonderheiten des Schadensersatzes statt der Leistung bei gegenseitigen Verträgen

a) Gegenleistung als Mindestschaden?

Hat der Gläubiger erstens seine eigene Gegenleistung erbracht, so kann er auch in seiner Forderung nach Schadensersatz die Rückgewähr dieser Gegenleistung als Mindestentschädigung verlangen.¹⁹⁴ Einer Erklärung zur Vertragsaufhebung bedarf es nicht. Die Theorie der sog. Rentabilitätsvermutung wird hier jedoch nicht angesprochen.

b) Surrogations- und Differenzmethode?

Die Diskussion über die Austausch- und Differenztheorie im Rahmen des Schadensersatzes im deutschen Recht ist für das chinesische Recht fremd. Dies liegt nicht nur daran, dass sich die beiden Methoden in der Regel nur dadurch unterscheiden, dass die Parteien einander Sachleistungen austauschen (typischerweise im Falle von Tauschverträgen), sondern auch an dem von ihnen geprägten Schadensersatzbegriff.

aa) Einbeziehung der Fortführung der eigenen Gegenleistung des Gläubigers in die Schadensabwicklung?

Wie oben bereits erwähnt, wird bei der Berechnung des Schadens aufgrund der Austauschtheorie die eigene Gegenleistung des Gläubigers nicht infolge seines Verlangens nach Schadensersatz zu einem unselbständigen Ausgleichsposten (in Form von Geld), sondern die Liquidation des Schadens erfolgt allein auf Seiten des Schuldners, (nur) dessen gestörte Leistungspflicht durch eine Ersatzpflicht „surrogiert“ wird. Diese Schadenersatzpflicht steht also als Substitut für die ursprüngliche Leistung weiterhin in einem Austauschverhältnis zur Gegenleistung des Gläubigers, so dass der Vertrag zumindest teilweise (auf Seiten des Gläubigers) aufrechterhalten wird.¹⁹⁵ Allerdings wird im chinesischen Recht die Abwicklung eines gescheiterten Vertrages stets als ausschließliche Aufgabe der Vertragsaufhebung angesehen, und der Schadenersatz selbst entfaltet keine Befreiungswirkung (oder wird nicht als eigenständiger Vorgang eingestuft), so dass im Rahmen der Schadensliquidierung keine verfeinerten Analyseinstrumente wie diese entwickelt worden sind.

bb) Der Ersatz der Wertdifferenz als Regelfall

In der Praxis ist es hingegen üblich, dem Schuldner die Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung zu belassen.¹⁹⁶ In diesem Fall braucht der Gläubiger also nicht die eigene

¹⁹⁴ Vgl. die Entscheidung in S. 119 Fn. 37: In diesem Fall stellte das Gericht fest, dass die medizinischen Kosten, die der Kläger für die Erfüllung des Vertrages über medizinische Dienstleistungen schon gezahlt hat, zu seinen Verlusten gehören und von der Beklagten zu ersetzen sind.

¹⁹⁵ Zum Vorzug der Surrogationsmethode gegenüber der Differenzmethode siehe noch *Lorenz/Riehm*, Neues SchuldR, 2002, Rn. 210.

¹⁹⁶ Vgl. z.B. Entscheidung des Mittleren Volksgerichts von Wuxi, Jiangsu Provinz: (2012) Xi Min Zhong Nr. 0024) (江苏省无锡市中级人民法院民事判决书, (2012) 锡民终字第0024号): In diesem Fall gewährte das

Gegenleistung zu erbringen (oder deren Rückgewähr zu verlangen), sondern kann lediglich die Differenz zwischen dieser und der Leistung (oder die volle Werte der Leistung des Schuldners) als Schadensersatz verlangen. Daher liegt der Schwerpunkt auf der Wertschätzung der Leistung des Schuldners. Dies stellt jedoch noch keine Abkehr von einer isolierten Betrachtung der Leistungspflicht dar. Der Vorgang, durch den der Gläubiger von seiner Leistungspflicht Abstand nehmen kann, wurde nicht besonders berücksichtigt. Daher wird die Frage nicht im Namen der Schadensersatz statt der Leistung behandelt, sondern durch die Feststellung des entgangenen Gewinns, der nach der Vertragsaufhebung noch gefordert werden kann.

c) Gewinnherausgabe?

Im Rahmen des Schadenersatzes wegen Vertragsverletzung gilt als Grundregel für dessen Berechnung, dass dieser vor allem aufgrund der vom Geschädigten erlittenen Verluste statt des vom Schädiger erzielten Gewinns berechnet wird.¹⁹⁷ Es gibt jedoch noch Fälle, in denen der Schaden des Gläubigers nicht leicht zu beziffern ist, und sich dann die Frage stellt, ob der Gewinn des Schuldners als Maßstab für die Berechnung des Schadens herangezogen werden kann.¹⁹⁸

aa) Keine dem § 285 BGB vergleichbare Vorschrift im ZGB

Zunächst gibt es im ZGB keine Bestimmung, die mit § 285 BGB vergleichbar ist. Zwar wird in der Praxis in den Fällen, in denen der Verkäufer aufgrund der Entziehung des Hauses nicht in der Lage ist, seine Leistung weiter zu erbringen, dem Käufer die Möglichkeit eingeräumt, entweder die Auflösung des Vertrages geltend zu machen oder stattdessen die *Entschädigung*¹⁹⁹ für die Entziehung verkauften Hauses zu verlangen.²⁰⁰ Dies wird jedoch nicht zu einer allgemeinen Regel erweitert.

bb) Herausgabe des Gewinns als Schadensersatz?

Nach wohl h.M. wird der vom Schuldner aus der Vertragsverletzung erzielte Gewinn bei der Berechnung des Schadensersatzes als eine Form des Verlustes mit einbezogen, was auch als Haftung für den *Gewinnersatz* bezeichnet wird, deren Funktion darin besteht, den Gläubiger

Gericht dem Käufer eine Entschädigung in Höhe der Differenz zwischen dem vom Verkäufer aus dem Weiterverkauf des Hauses erzielten Preis und dem Kaufpreis aus dem ursprünglichen Kaufvertrag (hier: Vorvertrag).

¹⁹⁷ Vgl. aber zur parallelen Frage im Deliktsrecht Art. 1182 Hs. 1 ZGB, der besagt: „Führt die Verletzung der persönlichen Rechte und Interessen anderer einen Vermögensschaden herbei, wird nach dem Schaden, den der Verletzte hierdurch erlitten hat, *oder dem Vorteil*, den der Verletzer hierdurch erlangt hat, ersetzt.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a., ZChinR 2020, 207, 401.*

¹⁹⁸ *Han, Shiyuan*, Schadensersatz wegen Vertragsverletzung, 1999, S. 480 f.

¹⁹⁹ Die Entschädigung bezieht sich hier also auf die vom Verkäufer erhaltene *Entziehungsentschädigung* auf der Grundlage der Entschädigungsvereinbarung zwischen ihm und der Behörde.

²⁰⁰ Vgl. z. B. Entscheidung des OVG: (2017) Zui Gao Fa Min Zai Nr. 407 (最高人民法院民事判决书, (2017)最高法民再407号).

vor der unzureichenden Entschädigung zu bewahren.²⁰¹ Dessen Unterschied zum „normalen“ Schadenersatz liegt vor allem darin, dass dieser nur bei einer *vorwerfbaren* Vertragsverletzung des Schuldners zur Anwendung kommt.²⁰² Dies geschieht typischerweise im Falle eines Doppelverkaufs: Dem Käufer steht dann die Wahl offen, entweder die Differenz zwischen dem Marktwert des Gegenstandes und dem ursprünglichen Vertragspreis oder aber die Differenz zwischen dem Gewinn, den der Verkäufer beim Verkauf des Gegenstandes an den zweiten Käufer erzielt hat, und dem ursprünglichen Vertragspreis geltend zu machen (sog. „Gewinnherausgabemethode“). Auf diese Weise übernimmt der Schadenersatz, der ursprünglich nur kompensatorischen Charakter hatte, auch die Funktion der sog. Gewinnabschöpfung. Dahinter steht vor allem die Überlegung, dass, wenn der Gewinn des Verkäufers größer ist als der Verlust des Käufers, dem Verkäufer nach der Entschädigung dann noch ein Gewinn verbleiben würde, was einen unangemessenen Anreiz für ihn bietet, den Vertrag zu brechen.²⁰³

²⁰¹ *Chen, Lingyun*, Sci. L. 2018, 137, 143.

²⁰² Vgl. z. B. Entscheidung des Zweiten Mittleren Volksgerichts von Peking: (2013) Er Zhong Min Zhong Nr. 06171 (北京市第二中级人民法院民事判决书, (2013) 二中民终字第06171号): In diesem Fall ordnete das Gericht unter Berücksichtigung der *gravierenden* Vertragsverletzung des Verkäufers und *seines subjektiven Verschuldens*, dass dieser dem Käufer die Differenz zwischen dem aus dem Weiterverkauf des betreffenden Hauses erzielten Erlös und dem Preis des ursprünglichen Vertrages zu ersetzen hat. M.E. trägt dieses Erfordernis im Wesentlichen dazu bei, den Strafcharakter dieser Gewinnhaftung zu rechtfertigen.

²⁰³ *Wu, Guoping/Li, Junye*, The people's judicature 2014, 32, 35; in der deutschen Literatur wird eine solche Gewinnabschöpfung generell abgelehnt, vgl. *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 290 ff., 340.

E. Vertragsaufhebung wegen Vertragsverletzung

I. Vertragsaufhebung als Rechtsbehelf bei Vertragsverletzung

1. *Vertragsaufhebung als Reaktion der vertragstreuen Partei auf die Vertragsverletzung*

Auch das chinesische Recht kennt die Aufhebung vom Vertrag wegen Vertragsverletzung als Rechtsbehelf der vertragstreuen Partei^{1,2}. Der in Art. 563 ZGB verankerte Begriff „Vertragsaufhebung“ (解除合同, jiěchú hé tong) ist also ein Oberbegriff,³ der sowohl den „Rücktritt“ als auch die „Kündigung“ nach deutschem Recht umfasst.⁴ Anders als Weiter-Erfüllung und Schadensersatz dient Vertragsaufhebung nicht *primär* dazu, das Interesse des Vertrages zu realisieren, sondern die nicht verletzende Partei von der eigenen Bindung an den Vertrag zu befreien und zugleich die Handlungsfreiheit wiederherzustellen. Erst mit der Aufhebungserklärung wird der enttäuschten Partei die Möglichkeit eingeräumt, ein Deckungsgeschäft vorzunehmen und die Differenz zwischen dem Ersatzerlös und dem ursprünglich vereinbarten „Preis“ einzufordern, dann besitzt Vertragsaufhebung die Funktion, die vertragliche Interessen der säumigen Partei zu entziehen.⁵ Außerdem kann Vertragsaufhebung, die das Scheitern des Geschäfts impliziert, als Entschädigung für das ursprüngliche Leistungsinteresse der Partei dienen, das aufgrund der grundlegenden Vertragsverletzung durch die andere Partei nicht realisiert werden kann.⁶

2. *Das Recht auf Vertragsaufhebung als Gestaltungsrecht*

a) Grundsätzliche Ausübung durch Aufhebungsmitteilung

Nach Art. 565 Abs. 1 S. 1 ZGB muss die Vertragsaufhebung durch Mitteilung an die andere Partei erfolgen; der Vertrag wird dann aufgelöst, wenn diese Mitteilung der anderen Partei zugegangen ist (Art. 565 Abs. 1 S. 2 Hs. 1).⁷ Daher die Vertragsaufhebung auch als ein

¹ Vgl. Entscheidung des OVG: (2016) Zui Gao Fa Min Zai Nr. 251 (最高人民法院民事判决书, (2016) 最高法民再251号): Art. 94 VG (= Art. 563 Abs. 1 ZGB) führt das System der gesetzlichen Vertragsaufhebung ein, dessen Hauptzweck darin besteht, *der nicht vertragsbrüchigen Partei* das Recht auf Vertragsbeendigung einzuräumen, damit sie einen außerordentlichen Rechtsbehelf in Form der Befreiung vom Vertrag ergreifen kann.

² Zum sog. *Recht* der vertragsbrüchigen Partei, sich vom Vertrag zu lösen, vgl. näher unten E II 6 (S. 223 ff.).

³ Zu dieser Übersetzungsmöglichkeit, vgl. auch *Widmer*, Die Haftung für Vertragsverletzung im AWVG, 2000, S. 171.

⁴ In der Terminologie unterscheidet der chinesische Gesetzgeber über die Vertragsauflösung nicht zwischen einmaligen Verträgen und Dauerverträgen, s. dazu *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 645; *Bu, Yuanshi*, in: dies. (Hrsg.), Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 23 Fn. 83.

⁵ In der Literatur werden die Wiederherstellung der Handlungsfreiheit und die Entziehung des Vertragsinteresses häufig als *abgeleitete* Funktionen der Vertragsaufhebung bezeichnet, s. dazu *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 649.

⁶ Vgl. Entscheidung des Oberen Volksgerichts der Hainan Provinz: (2012) Qiong Min Yi Zhong Nr. 49 (海南省高级人民法院民事判决书, (2012) 琼民一终字第49号).

⁷ Art. 565 Abs. 1 S. 1 ZGB besagt: „Macht eine Partei nach dem Recht die Vertragsauflösung geltend, muss sie [dies] der anderen Partei mitteilen.“ Art. 565 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 ZGB besagt: „Der Vertrag ist aufgelöst, sobald

Gestaltungsrecht (形成权, *xíngchéng quán*) ausgestaltet,⁸ was zum einen bedeutet, dass die Befreiungswirkung nicht „ipso facto“ eintritt,⁹ sondern der Entscheidung des Gläubigers überlassen bleibt,¹⁰ und zum anderen, dass sie grundsätzlich ohne *Einschaltung* des Gerichts erfolgen kann.¹¹ Die Möglichkeit einer solchen Entscheidung ist jedoch nur dann relevant, wenn der Gläubiger noch die Option hat, den Vertrag aufrechtzuerhalten, sodass es fragwürdig ist, ob die Erklärung des Gläubigers noch erforderlich ist, damit der Vertrag aufgelöst werden kann, wenn die Fortsetzung der Leistung bereits unmöglich oder sinnlos geworden ist.¹²

aa) Formale und Inhaltliche Anforderungen

Bezüglich der Formerfordernisse für die Mitteilung kommt es darauf an, ob die Parteien dies vereinbart haben; fehlt eine solche Vereinbarung oder ist sie unklar, so gilt der Grundsatz der Formfreiheit.¹³ Da die Vertragsaufhebung die Beendigung des Vertragsverhältnisses zur Folge hat, sind zum Schutz der Gegenpartei bestimmte Anforderungen nicht nur an die Form, sondern auch an den Inhalt erforderlich. Die inhaltlichen Anforderungen implizieren also die Andienung von Informationen und gibt dem Schuldner auch die Möglichkeit, rechtzeitig zu reagieren und ihre Leistung auszusetzen oder nicht weiterhin zu vorbereiten. Dabei muss der Gläubiger den Aufhebungsgrund angeben und auch mit Anscheinsbeweisen belegen, um Streitigkeiten zu vermeiden.¹⁴

bb) Automatische Aufhebung nach Fristsetzung?

Nach Art. 565 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 ZGB kann der Gläubiger der Aufhebungsmitteilung eine „Nachfrist für die automatische Vertragsaufhebung“ beifügen,¹⁵ wonach der Vertrag mit Ablauf der in der Mitteilung genannten Frist gelöst wird, wenn der Schuldner die Leistung

die Mitteilung der anderen Partei zugeht.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 301.

⁸ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 665.

⁹ *Liu, Chengwei*, in: Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei (Hrsg.), Kommentar zum ZGB, 2020, Bd. 2, S. 191, 192.

¹⁰ Vgl. Z. B. Entscheidung des OVG: (2005) Zui Gao Fa Min Er Zhong Nr. 73 (最高人民法院民事判决书, (2005) 最高法民二终字第73号): Der Gläubiger kann über die Ausübung des Vertragsaufhebungsrechts *entscheiden*, indem er abwägt, ob der Schuldner noch in der Lage ist, den Vertrag zu erfüllen, und ob es in seinem Interesse ist, sich vom Vertrag zu befreien.

¹¹ Vgl. Entscheidung des OVG: (2004) Zui Gao Fa Min Yi Zhong Nr. 106 (最高人民法院民事判决书, (2004) 最高法民一终字第106号): Das Vertragsaufhebungsrecht ist auf der Ebene des materiellen Rechts ein *Gestaltungsrecht* und korrespondiert auf der prozessrechtlichen Ebene mit einer *Gestaltungsklage*; daher kann das Volksgericht nicht *von Amts wegen* entscheiden, ohne dass die Parteien eine solche Klage nach dem Gesetz eingereicht haben. Abgedruckt auch in: Amtsblatt des OVG 2007, Nr. 3.

¹² Es ist jedoch fraglich, ob dies über den Umfang des Antrags der betroffenen Partei hinausgeht.

¹³ Art. 5 ZGB besagt: „Wenn Zivilsubjekte Zivilaktivitäten unternehmen, müssen sie sich nach dem Grundsatz der Freiwilligkeit richten und nach ihrem eigenen Willen Zivilrechtsbeziehungen begründen, ändern [oder] beenden.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 211. Damit wird der Grundsatz der Privatrechtsautonomie vom chinesischen Recht übernommen.

¹⁴ *Zhu, Hu*, J. Comp. L. 2020, 93, 98.

¹⁵ *Liu, Chengwei*, in: Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei (Hrsg.), Kommentar zum ZGB, 2020, Bd. 2, S. 191, 192.

nicht innerhalb dieser Nachfrist erfüllt.¹⁶ Dahinter steht die Erwägung, dass zum einen dem Schuldner nach dem Eintritt des Aufhebungsgrundes noch die Möglichkeit gegeben wird, erneut zu leisten; zum anderen erspart die Wirkung des automatischen Erlöschens des Vertrages nach Ablauf der Nachfrist dem Gläubiger auch die Mühe einer weiteren Kündigung.

b) Einwände gegen die Vertragsaufhebung

Da das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Freigabe regelmäßig eine Streitfrage ist und deren Folgen erhebliche Auswirkungen auf die Interessen der Parteien haben, hat der chinesische Gesetzgeber im materiellen Recht ein „Einspruchsrecht“ gegen die Freigabe durch die andere Partei vorgesehen (vgl. Art. 565 Abs. 1 S. 3 ZGB).¹⁷ Demnach *kann* die vertragsbrüchige Partei, wenn sie sich gegen die Auflösung des Vertrages durch die vertragsbrüchige Partei widerspricht, dies vor Gericht zum Ausdruck bringen und dann die Fortsetzung des Vertrages beantragen. Dies ändert jedoch nichts an der Natur des Vertragsaufhebungsrechts als Gestaltungsrecht:¹⁸ Die Einführung eines solchen Verfahrensschritts in das materielle Recht dient in erster Linie der raschen Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Parteien,¹⁹ begründet aber weder ein „Gestaltungsgegenrecht“ noch ein „Gestaltungsklagerecht“, weil der Erfolg des Widerspruchs nur vom Fehlen der Aufhebungsgründe abhängt und keinen darüberhinausgehenden eigenen Gestaltungsgehalt mit sich bringt. Daher wird der Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Aufhebungsrechts nicht durch einen ungerechtfertigten Widerspruch abgeändert.

c) Ausübungsfrist für das Recht auf Vertragsaufhebung

Im chinesischen Recht ist die Frist für die Ausübung des gesetzlichen Vertragsaufhebungsrechts in Art. 564 ZGB geregelt: Danach hängt sie in erster Linie von den einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes oder der besonderen Vereinbarung der Parteien ab (Art. 564 Abs. 1 ZGB).²⁰ Wenn das Gesetz dies aber nicht ausdrücklich vorsieht und die

¹⁶ Art. 565 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 ZGB besagt: „Ist in der Mitteilung angegeben, dass der Vertrag automatisch aufgelöst ist, wenn der Schuldner die Verbindlichkeit nicht innerhalb einer bestimmten Frist erfüllt, [und] erfüllt der Schuldner die Verbindlichkeit nicht innerhalb dieser Frist, ist der Vertrag mit Ablauf der in der Mitteilung angegebenen Frist aufgelöst.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 301.

¹⁷ Art. 565 Abs. 1 S. 3 ZGB besagt: „Hat die andere Partei *Einwände* gegen die Vertragsauflösung, kann jede Partei fordern, dass das Volksgericht oder das Schiedsorgan die Wirksamkeit der Auflösungshandlung feststellt.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 301.

¹⁸ So ausdrücklich *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 358 : „Diese Bestimmung basiert auf Art. 96 VG, der im Lichte der gerichtlichen Erfahrung und der Theorie der *Gestaltungsrechte* umformuliert worden ist.“

¹⁹ *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 361.

²⁰ Art. 564 ZGB besagt: „I. Wird eine Frist für die Ausübung des Auflösungsrechts gesetzlich bestimmt oder von den Parteien vereinbart [und] übt die Partei [das Recht] nicht innerhalb der Frist aus, erlischt es. II. Wenn keine Frist für die Ausübung des Auflösungsrechts gesetzlich bestimmt oder von den Parteien vereinbart wird und [das Recht] nicht innerhalb eines Jahres ab dem Tag, an dem der zur Auflösung Berechtigte vom Auflösungsgrund weiß oder wissen muss, oder nach Aufforderung durch die andere Seite nicht innerhalb einer angemessenen Frist ausgeübt wird, erlischt es.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 300 f.

Parteien noch vorher keine besondere Vereinbarung getroffen haben, dann sind folgende Regeln anzuwenden:

aa) Ausschlussfrist des Art. 564 Abs. 2 Alt. 1 ZGB

Erstens erlischt nach Art. 564 Abs. 2 Alt. 1 ZGB das Aufhebungsrecht, wenn es nicht innerhalb eines Jahres von dem Zeitpunkt an ausgeübt wird, zu dem der Berechtigte von dem Grund für die Vertragsaufhebung konnte oder hätte wissen müssen.²¹ Damit wird vor allem das Anliegen des ZGB-Gesetzgebers nach Rechtsklarheit und Rechtssicherheit Rechnung getragen.²²

bb) Erlöschen des Aufhebungsrechts nach *Fristsetzung* nach Art. 564 Abs. 2 Alt. 2 ZGB

Daneben erlischt das Aufhebungsrecht gem. Art. 564 Abs. 1 Alt. 2 ZGB auch, wenn der Berechtigte sein Recht nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach einer *Mahnung* der anderen Partei ausübt. So wird - im Gegensatz zu § 350 BGB - auch im Falle eines gesetzlichen Vertragsaufhebungsrechts dem *anderen* Vertragspartner die Möglichkeit gegeben, einen solchen Schwebezustand zu beenden.

3. *Gemischte Rechtsrezeption von der zwei Tatbestandsmodelle zur Vertragsaufhebung*

Das in Art. 563 Abs. 1 ZGB festgelegte System der Voraussetzungen zur Vertragsaufhebung kann als eine Mischung aus den beiden folgenden Modellen angesehen werden.

a) Wesentliche-Vertragsverletzungsmodell

Das Modell der grundlegenden Verletzung kommt in Art. 563 Abs. 1 Nr. 1 ZGB („Nichterreichung des Vertragszwecks aufgrund höherer Gewalt“) und Art. 563 Abs. 1 Nr. 2 ZGB („Nichterreichung des Vertragszwecks aufgrund von *Verzug* oder einer anderen Verletzung durch eine der Parteien“) zum Ausdruck.²³ Dabei ist zwischen einfachen und wesentlichen Vertragshindernissen zu unterscheiden, wonach nur letztere dem Gläubiger das Recht geben, den Vertrag aufzuheben.²⁴ Ziel ist es, ein Ausgleich zwischen den Interessen des Gläubigers und denen des Schuldners zu erreichen.²⁵ Einerseits kann vom Gläubiger nicht

²¹ Insoweit ist § 218 BGB vergleichbar.

²² Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, 356: Da die Ausübung des Aufhebungsrechts erhebliche Änderungen des Vertragsverhältnisses zur Folge hat, wird das Vertragsverhältnis in einem *Schwebezustand* belassen, wenn die Berechtigte dies über einen längeren Zeitraum nicht ausübt, was die Wahrnehmung der Rechte und die Erfüllung der Pflichten der Parteien beeinträchtigen kann; daher sollte das Vertragsaufhebungsrecht als *Gestaltungsrecht* innerhalb einer bestimmten Frist ausgeübt werden, um eine möglichst rasche *Klärung* des Rechtsverhältnisses zu ermöglichen.

²³ Dieses Paradigma lehnt sich an Art. 25 CISG an, aber mit dem Unterschied, dass der chinesische Gesetzgeber die Vorhersehbarkeit nicht als ein Element der wesentlichen Vertragsverletzung aufgenommen hat, s. zuletzt Zhao, Wenjie, ECUPL J. 2020, 126, 128.

²⁴ Die Verknüpfung der Vertragsaufhebung mit dem Gewicht der Vertragsverletzung dient vor allem dazu, das Spannungsverhältnis zwischen Vertragsaufhebung und -streue zu mildern, s. auch Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 663.

²⁵ Vgl. zum § 326 Abs. 1 BGB a.F. auch Huber, Leistungsstörungen I, 1999, § 2 II 1 (S. 29 f.).

erwartet werden, dass er den Vertrag im Falle einer grundlegenden Verletzung des Schuldners *einseitig* aufrechterhalten kann, und die Fortsetzung des Vertrages kann auch nicht mehr für ihn von Interesse sein; andererseits wird der Gläubiger zugleich daran gehindert, mit einer einfachen Verletzung auf Kosten des Schuldners zu spekulieren.²⁶ Daraus ergibt sich, dass im chinesischen Recht die Vertragsaufhebung an strengeren Voraussetzungen als andere Rechtsbehelfe wie Schadensersatz und Minderung geknüpft ist. Ob sich der Schuldner dadurch von seiner Verletzung entlassen kann, spielt dagegen keine Rolle.²⁷ Ebenso wenig wird von dem Schuldner abverlangt, dass er die Verletzung *sowie* ihre Folgen vorhersehen hätte.²⁸

aa) Die dogmatische Sichtweise: Nichtrealisierung des Vertragszwecks als Bezugspunkt

Was den „grundlegenden“ Charakter der Verletzung betrifft, so hat sich der chinesische Gesetzgeber dafür entschieden, den Schwerpunkt auf die beeinträchtigte Erreichung des „Vertragszwecks“ zu legen.²⁹ Dies bildet auch den Ausgangspunkt für die dogmatische Analyse. Der Zweck des Vertrages umfasst sowohl objektive als auch subjektive:³⁰ Der erste, auch als typischer Geschäftszweck bezeichnet, ist die rechtliche Folge der beabsichtigten Leistung und wird in der Regel durch die Hauptleistungspflicht, insbesondere durch Art, Menge und Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes, gekennzeichnet.³¹ Der zweite ist das Motiv der Partei für den Vertragsabschluss, das normalerweise kein Vertragszweck ist, aber unter bestimmten Umständen in einen Vertragszweck *umgewandelt* werden kann, etwa wenn einer der Parteien der anderen ihr Motiv für den Vertragsabschluss vorher mitgeteilt haben und wenn dies die Grundlage oder eine Bedingung für den Vertrag darstellt.³² Bei der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung ist auch zu berücksichtigen, ob diese Verletzung eine

²⁶ Vgl. nur *Xie, Hongfei*, U. ZJGS J. 2020, 18, 19.

²⁷ Insoweit ist die Regelung des Art. 563 Abs. 1 Nr. 1 ZGB irreführend, als ob nur - nach der Terminologie BGB, die teilweise auch im ZGB verwendet wird - „die nicht vom Schuldner zu vertretende“ Vertragsverletzung der anderen Partei das Recht geben könnte, vom Vertrag zurückzutreten. Richtig ist, dass in diesem Artikel lediglich hervorgehoben werden soll, dass der Schuldner zwar nicht zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn der Vertrag aufgrund höherer Gewalt nicht erfüllt werden kann, der Gläubiger aber auch vom Vertrag befreien kann.

²⁸ Diese Vorgehensweise folgt auch der Position des Art. 29 Nr. 1 AWVG, der besagt: „Die andere Seite verletzt den Vertrag so, dass eine schwerwiegende Beeinträchtigung des mit/bei Vertragsschluss erhofften wirtschaftlichen Interesses vorliegt.“ Übersetzt von *Widmer*, Die Haftung für Vertragsverletzung im AWVG, 2000, S. 172. Der Hauptgrund liegt darin, die Willkür bei der Feststellung einer wesentlichen Vertragsverletzung und die Nachteile für den Schutz der Gläubiger, die durch das Eingreifen *subjektiver* Kriterien entstehen, zu verringern, s. dazu *Wang, Liming*, VertragsR II, ³2015, S. 341.

²⁹ Vgl. bereits den bisherigen Art. 94 VG, der inhaltlich mit dem Art. 563 Abs. 1 ZGB identisch ist.

³⁰ Vgl. *Cui, Jianyuan*, Jilin University Journal Social Sciences Edition 2015, 40 ff.

³¹ Der objektive Zweck kann auch nach dem allgemeinen Erkenntnisstandard der Gesellschaft beurteilt werden, wie z. B. beim Hauskaufvertrag: Hier kann der objektive Zweck der Parte bestehen, das Eigentum zu erwerben und sie als Wohnsitz, für die Schulausbildung der Kinder, als Investition usw. zu nutzen, s. dazu Entscheidung des Mittleren Volksgerichts von Nantong, Jiangsu Provinz: (2015) Tong Zhong Min Zhong Nr. 03134 (江苏省南通市中级人民法院民事判决书, (2015) 通中民终字第03134号), abgedruckt auch in: Amtsblatt des OVG 2017, Nr. 9, und die englische Fassung unter <http://lawinfochina.com/display.aspx?id=2411&lib=case> teilweise abrufbar.

³² Vgl. auch *Zhu, Hu*, Kommentar zum ZGB - Vertragsbuch - AT, 2020, S. 475.

Vereitelung des Vertragszwecks zur Folge hat. Dies lässt sich aber nicht allein aus der Art der verletzten Vertragsklausel ableiten,³³ sondern ist stets zu prüfen, ob die vom Gläubiger zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses erwartete Interesse dadurch ernsthaft beeinträchtigt werden.³⁴

bb) Die pragmatische Sichtweise: Die Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen als maßgebliche Kriterium

Ob die Voraussetzungen für Entstehung eines gesetzlichen Vertragsaufhebungsrecht allein auf der Grundlage „begrifflicher Überlegungen“ bestimmt werden können, ist zweifelhaft.³⁵ Daher ist es nicht erstaunlich, dass in der Praxis bei der Beurteilung der wesentlichen Vertragsverletzung in der Regel das Ausmaß der Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen durch die Vertragsverletzung zugrunde gelegt wird.³⁶ Dies hängt wiederum von der Art der Vertragsverletzung ab.³⁷

b) Nachfrist-Modell

Andererseits sieht Art. 563 Abs. 1 Nr. 3 ZGB vor, dass „wenn eine der Parteien mit der Erfüllung der Hauptleistungspflicht in Verzug ist und diese nach einer Mahnung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erfüllt“, die andere Partei auch aus diesem Grund den Vertrag auflösen kann. Dies ist das Modell der „Nachfrist“. Im Gegensatz zum deutschen Recht spielt der Nachfristmechanismus im ZGB aber nur eine untergeordnete Rolle, weil es nur auf den Verzug bei der Erfüllung von „Hauptschulden“ aber nicht auf andere Vertragsverletzungen zur Anwendung kommt.³⁸

4. *Kombination der Vertragsaufhebung mit dem Schadensersatz nach Art. 566 Abs. 2 ZGB*

Nach Art. 566 Abs. 2 ZGB bleibt die Haftung des Schuldners für Vertragsverletzungen von der Beendigung des Vertrages unberührt.³⁹ Dies bedeutet, dass Vertragsaufhebung und

³³ Vgl. die Entscheidung in oben S. 208 Fn. 1.

³⁴ So sieht bereits Art. 29 Nr. 1 AWVG vor, dass eine der Parteien das Recht hat, den Vertrag durch Mitteilung an die andere Partei zu beenden, wenn die andere Partei den Vertrag in einer Weise verletzt, dass der aus dem Vertragsabschluss erwartete wirtschaftliche Nutzen ernsthaft beeinträchtigt wird, hierzu auch Fn. 28. Dieser Ausdruck, der auch in mehreren Entwürfen während des Gesetzgebungsverfahrens zum VG auftauchte, wird auch als gleich oder zumindest ähnlich gemeint angesehen wie die endgültige Formulierung „Nichterreichung des Vertragszwecks“ in Art. 94 Nr. 4 VG (= Art. 563 Abs. 1 Nr. 4 ZGB), s. dazu *Cui, Jianyuan*, Sci. L. 2011, 121, 126.

³⁵ Für die „Nichterreichung des Vertragszwecks“ bereitet in der chinesischen Literatur im Allgemeinen zwei Auslegungsansätze: Eine besteht darin, vom Begriff des „Zwecks“ selbst auszugehen, und die andere darin, die Bedeutung des „Versagens des Vertragszwecks“ aus der Perspektive des Normzwecks sowie der Gesetzgebungsgeschichte zu analysieren, s. dazu *Zhao, Wenjie*, Jur. Rev. 2019, 175, 179.

³⁶ Vgl. die Nachweise in oben Fn. 34.

³⁷ Hierzu näher unten E II (S. 214 ff.).

³⁸ Hierzu näher unten E II 3 (S. 217 ff.).

³⁹ So besagt Art. 566 Abs. 2 ZGB: „Wird der Vertrag wegen Vertragsverletzung aufgelöst, kann der zur Auflösung Berechtigte fordern, dass die vertragsverletzende Seite für Vertragsverletzung haftet, es sei denn, dass die Parteien etwas anderes vereinbart haben.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 301. Im chinesischen Recht wurde die Kombination von Vertragsaufhebung und Schadensersatz bereits im

Schadenersatz wegen Vertragsverletzung nebeneinander bestehen können.⁴⁰ Der Gläubiger kann also nach Art. 563 ZGB vom Vertrag Abstand nehmen und zugleich Schadensersatz statt der Leistung nach Art. 577 ZGB verlangen, wenn der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt. Was den Inhalt dieser Schäden angeht, so gibt es in der Praxis aber noch keine Einheitlichkeit. Es wird zunächst die Auffassung vertreten, dass die Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung nicht als Haftung für Vertragsverletzung, sondern als zivilrechtliche Haftung in Form von Rückgabe der ungerechtfertigten Bereicherung, *Schadensersatz*⁴¹ usw. zum Ausdruck kommen, da die Vertragsaufhebung zum Erlöschen des Vertragsverhältnisses führt.⁴² Folglich kann der Gläubiger nur dann noch Schadensersatz für negative Interessen verlangen, d. h. er wird so gestellt, als wäre der Vertrag nicht geschlossen worden.⁴³ Andererseits würde es eher der überwiegenden Meinung entsprechen, den Gläubigern als eine Alternative das Recht einzuräumen, ein positives Interesse zu fordern.⁴⁴

II. Die Vertragsaufhebungsgründe im Einzelnen

Ein gesetzliches Vertragsaufhebungsrecht kann sich sowohl aus den allgemeinen Aufhebungsgründen als auch aus den besonderen Aufhebungsgründen bestimmter Verträge ergeben, wobei erstere in Art. 563 ZGB geregelt ist, der die *Kernnorm* des chinesischen Leistungsstörungenrechts darstellt.⁴⁵ Systematisch gesehen handelt es sich um eine Kombination aus zwei Tatbestandsmodellen zur Vertragsaufhebung, nämlich dem Modell der Wesentlichen Vertragsverletzung und dem *deutschen* Nachfristmodell, wie oben bereits dargestellt. Im Folgenden wird daher die *spezifische* Struktur des Art. 563 ZGB⁴⁶ als

WVG anerkannt, dessen Art. 27 Abs. 2 S. 2 WVG vorsieht, dass, wenn eine Partei infolge einer Änderung oder Stornierung eines Wirtschaftsvertrags einen Schaden erleidet, die verantwortliche Partei dann zum Schadenersatz verpflichtet ist, mit Ausnahme derjenigen, die gesetzlich von der Haftung befreit sind.

⁴⁰ Liu, Chengwei, in: Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei (Hrsg.), Kommentar zum ZGB, 2020, Bd. 2, S. 203, 204.

⁴¹ Anders als der *Wertersatz* bei unwirksamen Verträgen (so Art. 157 S. 1 Hs. 2 ZGB, s. dazu S. 232 Fn. 146) gibt es im ZGB keine vergleichbare Terminologie für die vertragsaufhebungsrechtliche „Rückgabe des Wertes“, die sich aus der Unmöglichkeit der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes ergibt, was *pauschal* auch als „*Schadensersatz*“ bezeichnet wird.

⁴² So Entscheidung des OVG: (2009) Zui Gao Fa Min Yi Zhong Nr. 23 (最高人民法院民事判决书, (2009) 最高法民一终字第23号), abgedruckt auch in: Amtsblatt des OVG 2010, Nr. 5, und die englische Fassung unter <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=case&id=801> teilweise abrufbar.

⁴³ Vgl. Entscheidung des Volksgerichts von Jiangyin, Jiangsu Provinz: (2009) Cheng Min Er Chu Nr. 2035 (江苏省江阴市人民法院民事判决书, (2009) 澄民二初字第2035号): In diesem Fall befand das Gericht, dass der Schadenersatz nach der Vertragsaufhebung nicht den entgangenen Gewinn umfasst, da die Vertragsaufhebung zur Folge hat, dass der Zustand, in dem der Vertrag geschlossen wurde, wiederhergestellt wird, während der entgangene Gewinn nur bei vollständiger Erfüllung des Vertrages erzielt werden kann.

⁴⁴ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 686 f.

⁴⁵ Anders als im deutschen Recht hat der chinesische Gesetzgeber hier eine einheitliche Regelung für die gesetzliche Vertragsaufhebung von allen Formen von Leistungshindernissen getroffen.

⁴⁶ Hier legt der chinesische Gesetzgeber also ausdrücklich den *ursachenorientierten* Ansatz als Ausgangspunkt für die Konstruktion der Tatbestände des gesetzlichen Vertragsaufhebungsrechts zugrunde. In ursprünglichen Entwürfen des VG wurde es bereits nach den Formen der Nichterfüllung gesondert getrennt geregelt: Sowohl der Vorentwurf zum VG von 1995 als auch der Entwurf des VG von 1998 sahen das gesetzliche Vertragsaufhebungsrecht in mehreren Artikeln vor. Der VG-Gesetzgeber hielt eine solche Lösung für zu umständlich und fasste sie daher in einer einzigen Vorschrift zusammen, führte aber gleichzeitig auch die relevanten Elemente der grundlegenden Verletzung des CISG ein, wobei die Unterscheidung zwischen den

Anhaltspunkt zur weiteren Erörterung herangezogen.⁴⁷

1. Vertragsaufhebung wegen höherer Gewalt nach Art. 563 Abs. 1 Nr. 1 ZGB

a) Regelungsgehalt des Art. 563 Abs. 1 Nr. 1 ZGB

Nach Art. 563 Abs. 1 Nr. 1 ZGB kann *eine* der Parteien den Vertrag aufheben, wenn der Vertragszweck aufgrund höherer Gewalt nicht erreicht werden kann.⁴⁸ Daraus folgt zunächst, dass die Vertragsaufhebung nicht dem Erfordernis der Zurechenbarkeit unterliegt.⁴⁹ Dazu entfällt der Gegenleistungsanspruch aber - anders als nach der Regelung des § 326 Abs. 1 BGB - nicht automatisch, sondern kann nur durch die Aufhebungserklärung des Gläubigers beendet werden.⁵⁰ Zwar ermöglicht eine solche *Prozedur* den Parteien, miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren und aktive Abhilfemaßnahmen zu ergreifen, und wird aus diesem Grund als sinnvoll erachtet.⁵¹ Allerdings sieht Art. 590 Abs. 1 S. 2 ZGB bereits vor, dass eine Partei, die aufgrund höherer Gewalt nicht in der Lage ist, den Vertrag zu erfüllen, dies der anderen Partei unverzüglich *mitzuteilen* hat, so dass es fragwürdig ist, ob es noch einer *normalen* Ausübung des *Aufhebungsrechts* zur Stornierung des Vertrages bedarf.⁵² Daneben würde die Gewährung eines *Vertragsaufhebungsrechts* in diesem Fall dem Gläubiger umkehrt das Recht geben, den Vertrag durch die Nichtausübung dieses Rechts noch aufrechtzuerhalten, was in der Praxis sinnlos wäre.⁵³

b) Das Verhältnis zu den Gefahrtragungsregeln

Es sei darauf hingewiesen, dass die Regelung des Art. 563 Abs. 1 Nr. 1 ZGB auch eine eigene Risikoverteilungsfunktion in sich trägt, d. h. sie gibt dem Gläubiger im Falle eines von keiner der Parteien zu vertretenden Leistungshindernisses eine Befreiungsmöglichkeit, was bedeutet, dass die Gegenleistungsfahr in diesem Fall vom Schuldner getragen wird. Im Falle des

Formen der Vertragsverletzung noch weitgehend in Art. 94 Nr. 2-4 VG (= Art. 563 Abs. 1 Nr. 2-4 ZGB) beibehalten wurde.

⁴⁷ Es sei darauf hingewiesen, dass Art. 563 ZGB zwar nicht ausdrücklich das Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages voraussetzt, aber aufgrund des Verhältnisses zwischen dem gesetzlichen Vertragsaufhebungsrecht und der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gem. Art. 525-528 ZGB nach allgemeiner Auffassung *in erster Linie* auf die gegenseitige Verträge Anwendung findet, s. dazu *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 650 ff.

⁴⁸ Obwohl dem Wortlaut des Art. 563 Abs. 1 ZGB nach noch unklar bleibt, ob es sich um den Schuldner oder den Gläubiger handelt, scheint es, dass jede Partei das Recht hätte, vom Vertrag Abstand zu nehmen, aber in der Literatur wird allgemein angenommen, dass mit *einer* Partei hier nur der „Gläubiger“ gemeint ist, s. dazu *Zhao, Wenjie*, Jur. Rev. 2019, 175, 177.

⁴⁹ Diese Vorschrift lässt sich auf Art. 27 Abs. 1 Nr. 4 WVG zurückführen, der besagt, dass die Parteien den Vertrag ändern oder kündigen konnten, wenn „die Erfüllung des Wirtschaftsvertrages durch höhere Gewalt oder durch *eine äußere Ursache*, die von einer der Parteien ohne eigenes Verschulden nicht verhindert werden konnte, verhindert wurde.“

⁵⁰ Vgl. aber die Entscheidung des OVG in oben S. 172 Fn. 151, in der das Gericht feststellte, dass bereits eine solche Situation (dort: übermäßige Erfüllungskosten) das Vertragsverhältnis *effektiv* beenden kann. Mit anderen Worten: Da der Vertrag nicht mehr erfüllt werden konnte, hatte dies also die gleiche Wirkung wie Vertragsaufhebung.

⁵¹ Vgl. insbesondere *Cui, Jianyuan*, VertragsR, ⁴2021, S. 298 f.; dem folgend *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 343.

⁵² Aus rechtspolitischer Sicht auch *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 649.

⁵³ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 649.

zufälligen Untergangs der verkauften Sache gibt es aber eine Überschneidung im Anwendungsbereich zwischen den besonderen Gefahrtragungsregeln⁵⁴ und der vorgenannten Befreiung durch höhere Gewalt. Dabei sollte die erstgenannte als Regel des vorzeitigen Übergangs der Gegenleistungsgefahr Vorrang haben.⁵⁵ Andererseits ist der Umfang zwischen „Zufall“ und „höherer Gewalt“ aber nicht identisch. Bei dem sogenannten gewöhnlichen Zufall stellt auch die Folge der Unmöglichkeit eine Vertragsverletzung dar und führt dazu, dass der Vertragszweck nicht erreicht wird, so dass der Gläubiger ebenfalls berechtigt ist, vom Vertrag loszukommen (vgl. Art. 563 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 2 ZGB). Daher ist das Verhältnis zwischen dem Gefahrübergang und dem gesetzlichen Vertragsaufhebungsrecht nicht auf den Bereich der höheren Gewalt beschränkt. Außerdem bleibt es noch unklar, ob die vom Gläubiger zu vertretende Vertragsverletzung⁵⁶ zum Ausschluss des Vertragsaufhebungsrechts des Art. 563 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 2 ZGB führt. So mag die Regelung des Art. 563 Abs. 1 Nr. 1 ZGB zwar *teilweise* die Funktion des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB übernehmen, doch ergibt sich diese Funktion der Risikobelastung bereits aus der Abkoppelung des Aufhebungsrechts vom Verschuldenserfordernis und bedarf es insoweit keiner gesonderten Regelung. Die wichtigeren Ausnahmen, die in § 326 Abs. 2 BGB vorgesehen sind, werden hingegen von Art. 563 Abs. 1 BGB nicht erfasst und lassen sich nur aus den vom ZGB-Gesetzgeber für bestimmte Vertragstypen festgelegten Gefahrtragungsregeln weiter ableiten.⁵⁷

2. Vertragsaufhebung wegen vorzeitiger Vertragsverletzung

a) Vorzeitiger Erfüllungsverweigerung nach dem § 563 Abs. 1 Nr. 2 ZGB

Nach Art. 563 Abs. 1 Nr. 2 ZGB kann der Gläubiger den Vertrag auch dann aufheben, wenn eine der Parteien bereits vor Ablauf der Erfüllungsfrist ausdrücklich anzeigt oder durch ihr Verhalten zu erkennen gibt, dass sie die Hauptpflicht nicht erfüllen wird. Der Grund für die Zuerkennung einer Möglichkeit des Gläubigers zur vorzeitigen Abstandnahme vom Vertrag ist, dass durch die Leistungsverweigerung des Schuldners sein Vertrauen in die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages zerstört wird, so dass ihn die einseitige Aufrechterhaltung des Vertrages unzumutbar macht.⁵⁸ Der Unterschied zu Art. 578 ZGB besteht darin, dass hier die Möglichkeit des Gläubigers zur vorzeitigen Vertragsaufhebung auf den Fall beschränkt ist, dass der Schuldner sich weigert, die „Hauptpflicht“⁵⁹ zu erfüllen.⁶⁰

⁵⁴ Vgl. z. B. Art. 604 ZGB, der besagt: „Die Gefahr, dass der Vertragsgegenstand verschlechtert wird [oder] untergeht, trägt vor der Übergabe der Verkäufer, nach der Übergabe der Käufer, es sei denn, dass gesetzlich etwas anderes bestimmt ist oder die Parteien etwas anderes vereinbart haben.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 307.

⁵⁵ Vgl. auch *Zhou, Jianghong*, Chin. J. L. 2010, 74, 85 f.

⁵⁶ Vgl. z. B. Art. 605 ZGB, der besagt: „Wird der Vertragsgegenstand wegen *beim Käufer liegenden Ursachen* nicht zu der vereinbarten Zeit übergeben, trägt ab dem *Verstoß gegen die Vereinbarung* der Käufer die Gefahr, dass der Vertragsgegenstand verschlechtert wird [oder] untergeht.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 308.

⁵⁷ Vgl. zu dieser Problematik näher *Liu, Yang*, Chin. J. L. 2018, 95 ff.

⁵⁸ *Zhao, Wenjie*, Jur. Rev. 2019, 175, 183.

⁵⁹ Hierzu sogleich im Text.

b) Leistungsgefährdung nach Art. 528 ZGB

In den Fällen, in denen die Parteien gegenseitig Verbindlichkeiten haben, für deren Erfüllung eine *Reihenfolge* besteht, kann der Vorleistungspflichtige gem. Art. 528 S. 3 ZGB den Vertrag auch dann aufheben, wenn sie eindeutige Beweise hat, dass die andere Partei die Fähigkeit zur Leistung verloren geht oder gehen kann.⁶¹ Daher ist der Anwendungsbereich im Vergleich zu § 323 Abs. 4 BGB enger gefasst.

3. *Vertragsaufhebung wegen Leistungsverzuges nach Art. 563 Abs. 1 Nr. 3 ZGB*

Nach Art. 563 Abs. 1 Nr. 3 ZGB kann die andere Partei den Vertrag aufheben, wenn eine der Parteien mit der Erfüllung der Hauptverpflichtung in Verzug ist und nach einer Mahnung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erfüllt. Dementsprechend müssen die folgenden drei Voraussetzungen vorliegen.

a) Erfüllungsverzug mit der Hauptschuld

aa) Hauptschuld

Erstens muss der Schuldner mit der Erfüllung einer Hauptschuld im Verzug sein. Im offiziellen Kommentar zum ZGB wird darauf hingewiesen, dass die Hauptschuld von Fall zu Fall zu beurteilen ist, und dass im Allgemeinen eine Leistung, die die Erreichung des Vertragszwecks beeinträchtigt, die Hauptleistung ist.⁶² Dieses Verständnis führt jedoch zum Abgrenzungsproblem zwischen Art. 563 Abs. 1 Nr. 3 ZGB und Art. 563 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1 ZGB.⁶³ In der Literatur wird dann die Auffassung vertreten, dass sich die Hauptschuld in erster Linie auf die im Austauschverhältnis stehende Leistungspflicht beziehen sollte.⁶⁴ Dieser Rückgriff auf vertragliche Bündel von Verpflichtungen wirft aber auch die Frage auf, ob es notwendig und möglich ist, die Nebenleistungspflichten sowie Nebenpflichten, die nicht in einem Austauschverhältnis stehen, als Hauptverpflichtungen zu qualifizieren.⁶⁵

Aus dem Regelungsgehalt des Art. 563 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 Alt. 1 ZGB ergibt sich deutlich, dass der Gesetzgeber den Umfang der verletzten Verpflichtungen, die durch das Mahnungsverfahren mit Bestimmung einer angemessenen Frist vom Vertrag befreit werden kann, begrenzen wollte: Eine rein geringfügige Pflichtverletzung (hier: Verletzung einer Nicht-Hauptschuld) kann also mit Hilfe des Nachfristverfahrens nicht zu einer wesentlichen Vertragsverletzung *aufgewertet* werden. Daher trägt die bloße Heranziehung der Begrifflichkeit allein nicht zur Erreichung dieses Ziels bei, vielmehr sind stets zu

⁶⁰ Diese Einschränkung dient also der Wahrung des Wesentlichkeitserfordernisses der Vertragsverletzung s. dazu *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 344.

⁶¹ So die Regelung des Art. 527 ZGB, s. oben B V 1 a) cc) (S. 145).

⁶² *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 345; dazu bereits *Hu, Kangsheng* (Hrsg.), Kommentar zum VG, ³2013, S. 177.

⁶³ Ebenso *Lu, Jiahao*, PSL 2021, 104, 107.

⁶⁴ Vgl. *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 661.

⁶⁵ Vgl. näher *Lu, Jiahao*, PSL 2021, 104, 108 f., aber mit anderem Ergebnis.

berücksichtigen, ob es noch möglich ist, die Verzögerung nachträglich zu beheben, inwieweit die Verzögerung der Leistung die Interessen des Gläubigers beeinträchtigt und ob es neben der Vertragsaufhebungsregelung noch andere Wege gibt, den Schuldner zur rechtzeitigen Erfüllung zu drängen. Daher ist der Begriff „Hauptschuld“ weder ein technischer Begriff an sich, noch kann dieser einen eigenständigen teleologischen Gehalt beinhalten, aus dem sich konkreten Kriterien ableiten lassen können.

bb) Erfüllungsverzug

Leistungsverzug bedeutet hier nur, dass die Leistung nicht bei Ablauf der Erfüllungsfrist erfolgt, also gleichbedeutend mit der Verzögerung der Leistung.⁶⁶ Fraglich ist aber, ob diese Vorschrift neben dem Verzug auch auf die mangelhafte Leistung angewendet werden kann. Insbesondere dann, wenn der Mangel behoben werden kann, unterscheidet sich die Interessenlage nicht von derjenigen der verspäteten Leistung, und es wird daher allgemein anerkannt, dass dieser Artikel auch für die behebbare unvollständige Leistung gilt.⁶⁷

b) Mahnung und Ablauf einer angemessenen Frist

aa) Mahnung des Gläubigers

Um das Vertragsaufhebungsrecht nach Art. 563 Abs. 1 Nr. 3 ZGB auszulösen, ist neben dem Erfüllungsverzug des Schuldners mit der Hauptschuld auch eine „Mahnung“ (催告, *cuīgào*)⁶⁸ des Gläubigers erforderlich.⁶⁹ Dies wird also - dem deutschen Recht folgend - als Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner verstanden, die geschuldete Leistung zu erbringen,⁷⁰ und der Gläubiger kann den Schuldner jederzeit zur Erfüllung auffordern, sofern die Erfüllungszeit bereits abgelaufen ist.⁷¹ Im Falle einer unklaren Erfüllungsfrist bedeutet dies, dass ein Gläubiger, der sich auf die Vertragsaufhebung berufen will, eine zweite Aufforderung vornehmen muss.⁷² Der Unterschied zwischen diesen beiden Mahnungen besteht darin, dass die erste dem Ablauf der Erfüllungsfrist dient, deren Kosten grundsätzlich vom Gläubiger zu tragen sind, während die zweite die Voraussetzung für Vertragsaufhebung darstellt, denn der Schuldner befindet sich bereits durch die erste Mahnung in *Verzug*, dessen Kosten dem Verzugsschaden zugerechnet werden können und vom Schuldner zu tragen sind.⁷³

⁶⁶ Hierzu näher oben B I 4 (S. 124 ff.).

⁶⁷ Vgl. statt aller *Han, Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 663.

⁶⁸ Hinsichtlich der Übersetzung dieses chinesischen Wortes, das auch als „Aufforderung“ übersetzt werden kann (vgl. *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, *ZChinR* 2020, 207, 300), folgt hier der von *Münzel* für die Übersetzung des Art. 94 VG verwendeten deutschen Ausdruck „Mahnung“.

⁶⁹ Daraus folgt, dass eine bloße Verzögerung der Leistung nicht zwangsläufig dazu führt, dass der Vertragszweck nicht erfüllt wird, so dass dem Schuldner die Möglichkeit gegeben werden sollte, seine Leistung nachzuholen.

⁷⁰ Vgl. nur *Han, Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 541.

⁷¹ *Han, Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 541.

⁷² Sog. Zwei-Mahnung-Mechanismus, s. auch *Han, Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 542.

⁷³ *Han, Shiyuan*, *VertragsR AT*, 42018, S. 542.

bb) Ablauf der angemessenen Frist

Neben der Leistungsaufforderung durch den Gläubiger wird dem Schuldner auch eine angemessene Frist zur weiteren Erfüllung eingeräumt. Aus dem Wortlaut des Art. 563 Abs. 1 Nr. 3 ZGB geht zwar hervor, dass dem Gläubiger nicht abverlangt wird, eine Frist zu nennen. Die angemessene Frist wird also automatisch in Gang gesetzt. Der offizielle Kommentar zum ZGB besagt aber,⁷⁴ dass der Gläubiger, wenn der Schuldner mit der Hauptschuld in Erfüllungsverzug ist, eine angemessene Frist setzen muss, um den Schuldner erfolgreich zur Erfüllung aufzufordern. Dieser Wille des Gesetzgebers wird auch im Schrifttum gestützt,⁷⁵ so dass das sog. deutsche „Nachfristmodell“ (宽限期模式, kuānxiàn qī móshì) in der Tat vom chinesischen Recht übernommen worden ist. Die Angemessenheit der Frist richtet sich vor allem nach den besonderen Umständen des Einzelfalls, wie z. B. dem für die Erfüllung erforderlichen Zeitaufwand,⁷⁶ und bildet daher einen Faktor, der später vom Richter beurteilt werden kann.⁷⁷ Die Setzung einer unangemessen kurzen Frist führt aber nicht zur deren „Unwirksamkeit“ und der Gläubiger braucht auch nicht erneut zu fristsetzen, sondern hat nach Ablauf einer angemessenen Frist automatisch das Recht auf Vertragsaufhebung.⁷⁸ Schließlich kann der Gläubiger innerhalb dieser angemessenen Frist die Haftung wegen Vertragsbruchs geltend machen, obwohl er nicht vom Vertrag Abstand nehmen kann.⁷⁹

c) Nichtleistung nach Ablauf der angemessenen Frist nach der Mahnung

Hinzu kommt, dass der Schuldner, der mit der Hauptschuld in Erfüllungsverzug ist, seine Leistung noch nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach der Mahnung des Gläubigers erbringt. Die Nichtleistung des Schuldners muss also auch nach Fristablauf vorliegen. Dahinter steht vor allem die Erwägung, dass dies ein Indiz dafür ist, dass der Schuldner den Vertrag ernsthaft nicht erfüllen will oder die Erfüllung für ihn nicht mehr möglich ist, so dass es für den Gläubiger unbillig wäre, weiterhin auf die Leistungserbringung zu warten.⁸⁰ Daher kann der Gläubiger *rechtmäßig* den Vertrag aufheben. Dies hängt ferner in der Regel davon ab, ob der Schuldner die Leistungshandlung fristgerecht geleistet hat.⁸¹ Ist die Leistung des

⁷⁴ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 346; dazu bereits Hu, Kangsheng (Hrsg.), Kommentar zum VG, ³2013, S. 177.

⁷⁵ Vgl. ferner Zhao, Wenjie, Jur. Rev. 2019, 175, 185.

⁷⁶ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 346.

⁷⁷ Han, Shiyuan, VertragsR AT, ⁴2018, S. 661 f.

⁷⁸ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 346.

⁷⁹ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 346.

⁸⁰ Huang, Wei (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 346.

⁸¹ Vgl. z. B. Entscheidung des Oberen Volksgerichts der Guangdong Provinz: (2010) Yue Gao Fa Min Zhong Nr. 203 (广东省高级人民法院民事判决书, (2010) 粤高法民四终字第203号): In diesem Fall war das Schiff des Frachtführers gemäß der Zusatzvereinbarung am 24. Mai 2008 im Verladehafen eingetroffen, aber der Absender hatte die Verladung nicht veranlasst. Nach der Mahnung des Frachtführers sagte der Absender zu, dass die Kohlesendung bis zum 16. Juni 2008 am Ladeankerplatz eintreffen würde. Da die Kohle an dem Tag, an dem der Frachtführer die Kündigung des Vertrages ankündigte (17. Juni 2008), bereits verschifft worden war und am folgenden Tag am Heck des fraglichen Schiffes ankam, das immer noch an derselben Stelle vor Anker lag, lag nach Ansicht des Gerichts kein Fall von Nichterfüllung innerhalb einer angemessenen Frist nach der Mahnung vor.

Schuldners während der Nachfrist aber mangelhaft, so ist der Gläubiger berechtigt, diese abzulehnen: In diesem Fall läuft die für den Verzug gesetzte Frist weiter, und nach deren Ablauf kann der Gläubiger dann den Vertrag aufheben.⁸² Fraglich ist, ob der Gläubiger zu einer weiteren regelmäßigen Mahnung angehalten ist, wenn er die Leistung ohne Kenntnis des Mangels oder unter Vorbehalt des Rechts auf Gewährleistung als Erfüllung annimmt. Dies bezieht sich auf die Problematik der mangelhaften Leistung und die Bestimmung einer Nachfrist.⁸³

4. *Vertragsaufhebung wegen Leistungsverzuges sowie anderer Vertragsverletzung nach Art. 563 Abs. 1 Nr. 4 ZGB*

Im Gegensatz zu Art. 563 Abs. 1 Nr. 3 ZGB räumt Art. 563 Abs. 1 Nr. 4 ZGB dem Gläubiger in bestimmten Fällen auch das Recht ein, den Vertrag ohne vorherige Mahnung an den Schuldner aufzulösen. Dabei geht es vor allem um die folgenden Situationen.

a) Verzug der Leistung im Art. 563 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1 ZGB⁸⁴

Bei dem in Art. 563 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1 ZGB geregelten „Verzug bei der Erfüllung der Schuld, der das Ziel des Vertrages nicht erreichen lässt“ handelt es sich um die Konstellation, in der die Erfüllungsfrist für die Verwirklichung der Forderung so wesentlich ist, dass die Vertragserfüllung über die vereinbarte Frist hinaus den Vertragszweck vereiteln würde.⁸⁵ In der Literatur wird dies auch als „Fixgeschäft“ bezeichnet,⁸⁶ und im amtlichen Kommentar werden die folgenden Fälle aufgeführt:⁸⁷ Die Parteien haben im Vertrag ausdrücklich vereinbart, dass der Gläubiger die Leistung nicht akzeptiert, wenn der Schuldner die Frist für die Erfüllung des Vertrages überschritten hat; die Erfüllungsfrist stellt einen notwendigen Bestandteil des Vertrages dar, und die Erfüllung nach Ablauf dieser Frist wird die wirtschaftlichen Interessen, die der Gläubiger zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses erwartete, erheblich beeinträchtigen; die vertraglichen Interessen des Gläubigers können durch die Fortsetzung der Leistung nach dem Verzug nicht mehr befriedigt werden.

b) Andere Vertragsverletzung nach Art. 563 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 2 ZGB

Unter sonstigen Vertragsverletzungen, die die Erreichung des Vertragszwecks vereiteln, versteht man unter anderem die folgenden Situationen:⁸⁸

⁸² Vgl. nur *Zhao, Wenjie*, Jur. Rev. 2019, 175, 186.

⁸³ Hierzu oben E II 3 a) bb) (S. 218).

⁸⁴ Aus Art. 563 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4 Alt. 1 ZGB ergibt sich, dass der ZGB-Gesetzgeber bewusst zwischen gewöhnlichem Leistungsverzug und Leistungsverzug bei Fixschuld unterschieden hat (obwohl dieser Terminus nicht wörtlich verwendet wird): Im ersteren Fall entsteht das Erfüllungsrecht grundsätzlich durch ein Mahnverfahren; im letzteren Fall kommt dagegen dieses Verfahren nicht in Betracht, s. dazu *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 661.

⁸⁵ *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 346.

⁸⁶ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 662.

⁸⁷ Vgl. nur *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 346 f.

⁸⁸ *Hu, Kangsheng* (Hrsg.), Kommentar zum VG, ³2013, S. 178.

aa) Vollständige Nichterfüllung

Die vollständige Nichterfüllung bezieht sich hier *nur* auf die Weigerung des Schuldners, alle seine Verpflichtungen aus dem Vertrag zu erfüllen.⁸⁹

bb) Mangelhafte Leistung

Eine mangelhafte Leistung liegt vor,⁹⁰ wenn die Beschaffenheit der Leistung so weit von der Vereinbarung abweicht, dass sie nicht durch Nachbesserung, Ersatzlieferung oder *Preisminderung* behoben werden kann.⁹¹ Haben die Parteien eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung getroffen, so kann die Lieferung der Sache entgegen dieser Vereinbarung - wie im deutschen Recht - eine zur „Vertragsaufhebung ausreichende Pflichtverletzung“ darstellen.⁹² Daneben ist die Behebbarkeit des Mangels und insbesondere die Frage, ob er durch die Lieferung einer vergleichbaren Sache ersetzt werden kann, ebenfalls ein wichtiger Faktor bei der Feststellung der Wesentlichkeit.⁹³ Im Rahmen des internationalen Warenverkaufs gilt für die Vertragsaufhebung wegen mangelhafter Leistung ein zusätzliches Kriterium, nämlich dass es dem Gläubiger nicht zuzumuten ist, die mangelhafte Ware zu verwerten.⁹⁴

cc) Teilleistung

Wann dem Gläubiger im Falle einer teilweisen Erfüllung die vollständige Befreiung von einem Vertrag zu gewähren ist, wird in Art. 563 Abs. 1 ZGB nicht gesondert beschrieben. Auch diese Frage wird in der chinesischen Literatur im Rahmen des sog. Interessefortfalls diskutiert.⁹⁵ Hat er also noch Interesse an der Teilleistung, so unterliegt sein Recht zur

⁸⁹ Hu, *Kangsheng* (Hrsg.), Kommentar zum VG, ³2013, S. 178.

⁹⁰ Die Vertragsaufhebung wegen mangelhafter Leistung wurde im Vorentwurf des VG ausdrücklich vorgesehen, so besagt Art. 100 VG-VE: „Erfüllt der Schuldner den Vertrag in der Absicht der vollständigen Leistung, aber seine Leistung entspricht dem Vertragszweck nicht, so kann der Gläubiger den Vertrag wegen Verzuges einer nicht-Fixschuld nach Aufforderung erfüllen, wenn der Schuldner den Vertragszweck nach der Berichtigung noch erreichen kann, die Berichtigung aber verzögert wird; kann der Vertrag nicht berichtigt werden oder weigert sich der Schuldner, ihn zu berichtigen, oder liegt die Berichtigung nicht mehr im Interesse des Gläubigers, so gelten die Vorschriften dieses Gesetzes über die Erfüllungsunmöglichkeit, die Erfüllungsverweigerung und den Erfüllungsverzug mit einer Fixschuld.“

⁹¹ Hu, *Kangsheng* (Hrsg.), Kommentar zum VG, ³2013, S. 178.

⁹² Vgl. die Entscheidung in S. 212 Fn. 31: In diesem Fall ging es um die Lieferung eines Hauses durch den Bauträger, was nicht dem im Kaufvertrag vereinbarten Grundriss entsprach.

⁹³ Vgl. die Entscheidung in S. 212 Fn. 31.

⁹⁴ Zumindest im Anwendungsbereich des CISG haben chinesische Gerichte den von deutschen Gerichten aufgestellten „Kriterien für die Zumutbarkeit der Verwertung“ übernommen, s. dazu Entscheidung des OVG: (2013) Zui Gao Fa Min Si Zhong Nr. 35 (最高人民法院民事判决书, (2013) 最高法民四终字第35号): In diesem Fall befand das Gericht, dass der Verkäufer zwar Waren geliefert hatte, die nicht mit der Vereinbarung übereinstimmten, was eine Vertragsverletzung darstellte, dass aber der Käufer in der Lage war, die mangelhaften Waren zu einem angemessenen Preis weiterzuverkaufen, so dass dies keine grundlegende Vertragsverletzung des Art. 25 CISG darstellte. Abgedruckt auch in: Amtsblatt des OVG 2015, Nr. 8, und die englische Fassung unter <http://lawinfochina.com/display.aspx?id=1843&lib=case> teilweise abrufbar. Da diese Entscheidung auch als eine der vom OVG herausgegebenen Leitentscheidungen ausgewählt wird (Leitentscheidungen Nr. 107), kann daher als Orientierungsmaßstab für das gerichtliche Praxis in China dienen.

⁹⁵ Zhao, *Wenjie*, Jur. Rev. 2019, 175, 188.

Gesamtabwicklung des Vertrages ohne weiteres der Schwelle des Art. 561 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 2 ZGB.⁹⁶

dd) Nebenpflichtverletzung

Im Übrigen kommt bei der Verletzung einer Nebenpflicht die Frage der Vertragsaufhebung in der Regel nicht in Betracht.⁹⁷ Ausnahmsweise kann jedoch auch ein Vertragsaufhebungsrecht anerkannt werden, wenn die Nebenpflicht zu einem Vertragsbestandteil geworden ist und ihre Nichterfüllung dann den Vertragszweck vereiteln würde.⁹⁸ Darüber hinaus lässt sich bei Dauerschuldverhältnissen, bei denen die Verletzung der Schutzpflicht das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört hat, auch die Möglichkeit zur Vertragsbeendigung anerkennen, wenn es unangemessen wäre, vom Gläubiger die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben abzuverlangen.⁹⁹

5. Eigene Vertragsverletzung des Gläubigers?

Was die Regelung des Art. 563 Abs. 1 ZGB betrifft, so zählen sie nur die Vertragsverletzung seitens des *Schuldners* auf und unterscheidet in dieser Hinsicht zwischen den verschiedenen Ursachen für dessen Verhinderung und ordnet dementsprechend unterschiedlichen Tatbestandsmerkmale zur gesetzlichen Vertragsbefreiung zu. Die vom chinesischen Gesetzgeber nicht *einheitlich* geregelte Frage ist jedoch, ob das Entstehen des gesetzlichen Vertragsaufhebungsrechts von der eigenen Vertragstreue des Gläubigers abhängig ist. Anders gesagt, ob der Gläubiger noch den Vertrag auflösen kann, wenn er seinerseits den Vertrag gebrochen hat.

a) Die von Gläubigern zu vertretende Vertragsverletzung

Zunächst kann sich der Gläubiger nach der in der Literatur herrschenden Auffassung nicht einseitig von seiner Gegenleistungspflicht befreien kann, wenn das Hindernis allein vom ihm

⁹⁶ Vgl. ferner Art. 633 ZGB, der besagt: „I. Wenn der Verkäufer die Sachen des Vertragsgegenstands in aufeinanderfolgenden Lieferungen übergibt [und] die Sachen des Vertragsgegenstands einer der Lieferungen nicht oder nicht den Vereinbarungen entsprechend übergibt, sodass die Sachen des Vertragsgegenstands *dieser* Lieferung nicht den Vertragszweck realisieren können, kann der Käufer [den Vertrag] in Bezug auf diese Lieferung auflösen. II. Wenn der Verkäufer die Sachen des Vertragsgegenstands einer Lieferung nicht oder nicht den Vereinbarungen entsprechend übergibt, sodass die Sachen des Vertragsgegenstands der *anderen* nachfolgenden Lieferungen nicht den Vertragszweck realisieren können, kann der Käufer [den Vertrag] in Bezug auf die Sachen des Vertragsgegenstands dieser Lieferung und die Sachen des Vertragsgegenstands der anderen nachfolgenden Lieferungen auflösen. III. Wenn der Käufer in Bezug auf Sachen des Vertragsgegenstands einer Lieferung [den Vertrag] auflöst und zwischen den Sachen des Vertragsgegenstands dieser Lieferung und den Sachen des Vertragsgegenstands der anderen Lieferungen ein *Zusammenhang* besteht, kann [der Vertrag] in Bezug auf die bereits übergebenen und die noch nicht übergebenen Sachen des Vertragsgegenstands aller Lieferungen aufgelöst werden.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 312.

⁹⁷ In diesem Zusammenhang erfährt das Regelungsmodell des § 324 BGB zwar in der chinesischen Literatur Aufmerksamkeit, aber mangels einschlägiger Fälle in der Praxis wurde diese Frage bei der Erarbeitung des ZGB nicht speziell behandelt; allerdings können mit § 324 BGB vergleichbare Fälle stets in den Anwendungsbereich des Art. 563 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 2 ZGB einbezogen werden.

⁹⁸ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 664.

⁹⁹ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 556.

zu vertreten ist.¹⁰⁰ Dem Schuldner steht von Rechts wegen also weiterhin das Recht zu, eine Gegenleistung zu verlangen.¹⁰¹ Es bleibt jedoch noch unklar, ob dies durch die Versagung der Vertragsaufhebungsmöglichkeit des Gläubigers¹⁰² oder durch das Recht des Schuldners, Schadenersatz für die verlorene Gegenleistung zu verlangen, zu geschehen hat.

b) Die von beiden Parteien zu vertretende Vertragsverletzung

Offen bleibt auch, ob das Vertragsaufhebungsrecht des Gläubigers im Falle der gegenseitigen Vertragsverletzungen¹⁰³ ausgeschlossen ist.

6. Eine Norm des plötzlichen Angriffs: Art. 580 Abs. 2 ZGB

Neben den oben genannten Vertragsaufhebungsgründen führt Art. 580 Abs. 2 ZGB ferner ein *Recht* der vertragsbrüchigen Partei ein, im Falle der Unmöglichkeit der Leistung die Auflösung des Vertrages zu beantragen.¹⁰⁴ Diese Einführung wird als „eine Norm des plötzlichen Angriffs“ sowie „ein gefährliches Signal“ angesehen.¹⁰⁵ Im Entwurf des ZGB vom 16. Dezember 2019 enthält Art. 580 ZGB noch keinen Abs. 2; im Entwurf des ZGB zum Vertragsbuch gab es zwar in einen vergleichbaren Abs. 3 in Art. 563 ZGB,¹⁰⁶ der aber wegen der heftigen Debatte schon gestrichen wurde. Erst mit dem Entwurf des ZGB vom 20. April 2020 wurde dieser Artikel wieder aufgenommen und schließlich in das ZGB aufgenommen. Zweck der Regelung ist, die sog. „Vertrags-Pattsituation“ zu bewältigen.¹⁰⁷ Eine solche Pattsituation liegt vor allem vor, wenn der Schuldner aufgrund seiner eigenen Leistungsunfähigkeit nicht mehr in der Lage ist, seine Leistung zu erbringen, und dann die Beendigung des Vertragsverhältnisses gegen Zahlung von Schadenersatz begehrt, während der Gläubiger sich weigert, vom Vertrag zurückzutreten, und anstatt der Aufrechterhaltung des nicht zu erfüllenden Vertrages verlangt. Im Kern geht es um die Frage, wie ein vertragsbrüchiger Schuldner, dem kein *Recht* zur Vertragsbeendigung zusteht - die

¹⁰⁰ Wang, Hongliang, SchuldR AT, 2016, S. 312.

¹⁰¹ Vgl. z. B. Art. 928 Abs. 2 S. 1 ZGB, der besagt: „Wenn aus Gründen, für die der *Auftragnehmer* nicht verantwortlich gemacht werden kann, der Geschäftsbesorgungsvertrag aufgelöst wird oder die beauftragten Angelegenheiten nicht vollendet werden können, muss der Auftraggeber dem Auftragnehmer ein *entsprechendes* Entgelt zahlen.“ Übersetzt von Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a., ZChinR 2020, 207, 359.

¹⁰² Für diese Sichtweise Zhuang, Jiayuan, Sci. L. 2018, 143, 151.

¹⁰³ Hierzu näher oben B V (S. 144 ff.).

¹⁰⁴ Art. 580 Abs. 2 ZGB besagt: „Wenn einer der im vorstehenden Absatz genannten Ausschlussgründe dazu führt, dass das Vertragsziel nicht mehr verwirklicht werden kann, kann das Volksgesicht oder das Schiedsorgan auf Antrag der Vertragspartei die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag beenden, dies beeinträchtigt jedoch nicht die Haftung wegen Vertragsverletzung.“ Zur anderen Übersetzungsmöglichkeit, vgl. Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a., ZChinR 2020, 207, 303 f.

¹⁰⁵ So die Bemerkung von Zhang, Gu, Art. 580 Abs. 2 ZGB-E: eine „Überraschungsangriffsregelung“, unveröffentlicht.

¹⁰⁶ Art. 353 Abs. 3 BT ZGB-E bestimmt: „Wenn der Vertragszweck wegen Unmöglichkeit der Vertragserfüllung nicht erreicht werden kann, und wenn die zur Vertragsaufhebung berechnigte Partei ihr Vertragsaufhebungsrecht nicht ausübt, was einen Missbrauch dieses Rechts darstellt und für die andere Partei offensichtlich ungerecht ist, so kann das Volksgesicht oder die Schiedsstelle den Vertrag auf Antrag der anderen Partei aufheben, ohne dass dies jedoch die Haftung für Vertragsbruch berührt.“

¹⁰⁷ Vgl. Shi, Jiayou, M. L. Sci. 2021, 31, 31 f.

Unmöglichkeitregelung des Art. 580 Abs. 1 ZGB räumt ihm zwar das *Recht* ein, die Erbringung seiner eigenen Leistung zu verweigern, hat aber nichts mit der Behandlung der Gegenleistung zu tun - von einem nicht durchsetzbaren Vertrag befreit werden kann.¹⁰⁸

a) Muster-Entscheidung: *Xinyu Corp. gegen Feng Yumei*¹⁰⁹

Hintergrund dieser Bestimmung ist eine wichtige Entscheidung, bei der sich die Frage stellt, ob der säumigen Partei ein „Recht“ auf Vertragsaufhebung zustehen kann.

Der Sachverhalt der Entscheidung wurde wie folgt vereinfacht: Zwischen dem Kläger, *Xinyu Corp.*, und der Beklagten, *Feng Yumei*, wurde ein Vertrag über den Kauf eines Geschäfts in einem Einkaufszentrum geschlossen. Danach bezahlte *Feng* den Kaufpreis und *Xinyu* lieferte das Geschäft. Später wurde das Einkaufszentrum aber aufgrund des schlechten Betriebs anderer zweimal geschlossen, und die allgemeine Geschäftsordnung auf dem Platz konnte noch nicht hergestellt werden. Um das Zentrum neu zu eröffnen, begann der Kläger mit der Rücknahme der bereits verkauften Geschäfte. Die Beklagte bestand darauf, dass *Xinyu* seine Läden zu einem hohen Preis von 300.000 RMB pro Quadratmeter zurücknehmen müsse, andernfalls würde er die Fortsetzung des Kaufvertrags verlangen. Der Kläger beantragte dagegen vor Gericht die Aufhebung des Vertrages aufgrund einer Änderung der Umstände.

aa) Die Ansicht des erstinstanzlichen Gerichts

Das erstinstanzliche Gericht stellte zunächst fest, dass der zwischen dem Kläger *Xinyu Corp.* und dem Beklagten *Feng Yumei* abgeschlossene Kaufvertrag über das Geschäft den wahren Willen der Parteien entsprach und der Vertrag nach dem Gesetz für beide Parteien rechtswirksam und verbindlich war. Aufgrund der zweimaligen Schließungen des Einkaufszentrums konnten die Parteien aber die mit dem Vertrag angestrebten Gewinnziele nicht mehr erreichen, ein Ergebnis, das sie zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersahen und auch nicht erwarteten. Was den Streit zwischen den beiden Parteien anbelangt, so konnten die Parteien trotz Mediation aufgrund ihres gegenseitigen Misstrauens noch keine Einigung erzielen, so dass sowohl die 60.000 Quadratmeter großen Gebäude von *Xinyu Corp.* als auch die 2.250 Quadratmeter großen Geschäfte von *Feng* ungenutzt blieben. In Anbetracht der Tatsache, dass das von *Feng Yumei* gekaufte Geschäft nur eines von mehr als 150 Geschäften im Einkaufszentrum war, die von *Xinyu Corp.* aufgeteilt und verkauft wurden. Dieses Recht des Käufers auf das Geschäft im Kaufvertrag über den Gegenstand des geteilten Geschäfts kann also nicht mit dem Recht auf ein separates Geschäft gleichgesetzt werden. Um das Betreiben des Geschäfts als Ganzes zu fördern, müssen die Rechte des

¹⁰⁸ Zwar wird das Phänomen der „Vertrags-Pattsituation“ in der Literatur nicht einheitlich thematisiert, und die Lösungsvorschläge sind auch sehr vielfältig, aber es besteht Einigkeit darüber, dass diese Problematik nicht vom VG-Gesetzgeber ausreichend berücksichtigt wurde, vgl. *Cheng, Tan*, Peking U. L. J. 2021, 888, 889 Fn. 4.

¹⁰⁹ Abgedruckt in: Amtsblatt des OVG 2006, Nr. 6, und die englische Fassung unter <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=case&id=396> teilweise abrufbar.

Käufers im Einklang mit dem Gesamtwillen der anderen Ladenbesitzer ausgeübt werden. Unter dem Gesichtspunkt der Abwägung der gegenwärtigen Interessen beider Parteien und der langfristigen Interessen der Zukunft und gemäß den Grundsätzen von Treu und Glauben sollte der Kaufvertrag über das Geschäft in diesem Fall beendet werden, obwohl ein rechtmäßiges und gültiges Verhältnis zwischen den Parteien besteht und *Feng* bei der Erfüllung des Vertrages keinen Vertragsbruch begangen hat. Da die Beklagte, *Feng*, bei der Erfüllung des Kaufvertrags kein Verschulden trifft, muss sie auch für die Vorteile, die sie infolge der Beendigung des Vertrages hätte erlangen können, angemessen und ausreichend entschädigt werden, wobei der Maßstab für die Entschädigung darin besteht, dass sie ein ähnliches Geschäft derselben Größe in einem ähnlichen Gebiet wie das betreffende Einkaufszentrum erwerben kann.

bb) Die Ansicht des zweitinstanzlichen Gerichts

Das zweitinstanzliche Gericht befand, dass das *Versäumnis* von *Xinyu Corp.*, die Eigentumsübertragungsverfahren innerhalb der vertraglichen Frist abzuschließen, eine Vertragsverletzung darstellte. Die Entfernung der Glasfassade und eines Teils der Rohrleitungsanlagen des betreffenden Geschäfts, ohne dass der Vertrag rechtmäßig beendet wurde, handelte auch *rechtswidrig*. Angesichts der Änderung des gesamten Betriebskonzepts des Einkaufszentrums konnte der vertragliche Zweck der Beklagten, die Läden weiter zu betreiben, jedoch nicht erreicht werden, und die Fortführung des Vertrages machte es der Klägerin auch unmöglich, die zurückgeforderten Läden neu zu planen und wieder zu nutzen, was zu einer großen Verschwendung von Ressourcen führen würde. Nach Art. 107 VG (= Art. 577 ZGB) ist im Falle der Vertragsverletzung die Fortsetzung der Leistung das *bevorzugte* Mittel, um die säumige Partei haftbar zu machen. Der Grund dafür ist, dass die fortgesetzte Erfüllung des Vertrages der Erreichung des Vertragszwecks *förderlicher* ist als die Ergreifung von Abhilfemaßnahmen, die Zahlung von Schadensersatz oder die Zahlung von pauschalem Schadensersatz. Wenn jedoch durch fortgesetzte Leistung der Vertragszweck noch nicht erreicht wird, sollte sie nicht mehr als Haftungsmöglichkeit für die vertragsbrüchige Partei herangezogen werden. Insbesondere dann, wenn die finanziellen und materiellen Mittel, die die vertragsbrüchige Partei für die Nachleistung benötigt, die Interessen übersteigen, die *beide* Vertragsparteien aus der Erfüllung des Vertrages ziehen können, sollte die vertragsbrüchige Partei die Möglichkeit haben, sich vom Vertrag zu lösen und die Weiter-Erfüllung durch Schadensersatz zu ersetzen.

b) Meinungsstand

aa) Unmöglichkeit der Leistung?

In der Literatur wird zunächst die Auffassung vertreten, dass in diesem Fall die Rechtsfolge der Unmöglichkeit wegen des überhöhten Leistungsaufwandes eintritt.¹¹⁰ Problematisch ist, dass die Annahme der Unmöglichkeit die Feststellung der geschuldeten Leistungspflicht voraussetzt: Da hier die Verpflichtung zur Überlassung des Ladens bereits erfüllt war, kam nur noch die *Übertragung* des Eigentums an dem Laden in Betracht. Die Erfüllung der Übertragungsverpflichtung ist aber *stets* möglich, weil deren Erfüllungsaufwand allein noch nicht übermäßig hoch ist. Der Schwerpunkt der Frage sollte daher auf dem vom Beklagten bereits erworbenen Besitzrecht an dem verkauften Ladenlokal liegen.¹¹¹ Da ein wirksamer Kaufvertrag die Grundlage des Besitzrechts darstellt,¹¹² muss er im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag als Ganzem betrachtet werden.¹¹³

bb) Kündigung aus wichtigem Grund?

Obwohl es im chinesischen Recht keine mit § 314 BGB vergleichbare Vorschrift gibt, wird in der Literatur vorgeschlagen, diesen Fall durch das Kündigungsrecht a aus wichtigem Grund zu behandeln:¹¹⁴ Im vorliegenden Fall ging es also nicht um eine Nichterfüllung oder überhöhte Erfüllungskosten im Rahmen des Kaufvertrags für das Geschäft, sondern um den dazugehörigen *Managementvertrag* für das Einkaufszentrum. Da die beiden Verträge eng miteinander verbunden waren, wäre der kommerzielle Zweck des Kaufs des Ladens ohne die im Rahmen des Einkaufszentrums-Managementvertrags erbrachten Managementleistungen nicht erreichbar gewesen, so dass die Beendigung des Einkaufszentrums-Managementvertrags auch den Kauf beeinträchtigt hätte.

cc) Änderung der Umstände?

Die dem Sachverhalt dieses Falls naheliegende Lösung ist die Änderung der Umstände: Diese Regelung ist jedoch nur anwendbar, wenn die Änderung nicht von den *Vertragsparteien* zu vertreten ist, während im vorliegenden Fall die Änderung des Geschäftsplans und das Scheitern des Betriebs dem Risiko des Schuldners zuzurechnen sind und daher hier nicht anwendbar sind.

¹¹⁰ Liu, Yang, PSL 2018, 105, 107 ff.

¹¹¹ Genau aus diesem Grund nahm das Gericht in erster Instanz an, dass bei einem Kaufvertrag, der ein geteiltes Geschäft zum Gegenstand hat, die Rechte des Käufers an dem Geschäft nicht mit denen an einem selbständigen Geschäft gleichgesetzt werden können. Um die Gesamtfunktion der Immobilie zu ermöglichen, muss die Ausübung der Rechte des Käufers mit dem Willen der anderen Ladenbesitzer als Ganzes übereinstimmen.

¹¹² Die Berufung des erstinstanzlichen Gerichts auf den Grundsatz von Treu und Glauben deutete dann auf die Rechtfertigung der *Besitzentziehung* des Käufers hin, d. h. es wäre wohl der Ansicht, dass der fortgesetzte Besitz des Ladens durch den Käufer unter diesen Umständen einen *Rechtsmissbrauch* darstellte.

¹¹³ Diese Perspektive, die von der einseitigen Leistungspflicht zur Gesamtwirkung des Vertrages erhoben wird, steht also nicht unter dem Regime der Unmöglichkeit.

¹¹⁴ Han, Shiyuan, Peking U. L. J. 2020, 104, 115 ff.

dd) Vertragsaufhebungsrecht der vertragsbrüchigen Partei?

Schließlich wird in der Literatur dafür plädiert, der säumigen Partei unter solchen Fällen das Recht auf Vertragsaufhebung zu gewähren.¹¹⁵

c) Die Lösung nach dem ZGB

aa) Die Unmöglichkeit der Leistung als Anknüpfungspunkt

Zunächst ist Art. 580 Abs. 2 ZGB sowohl vom Wortlaut als auch von seiner systematischen Stellung her mit der Unmöglichkeit der Leistung verbunden, d. h. es handelt sich also um eine Rechtsfolgenorm, die die Unmöglichkeit der Leistung betrifft. Wie jedoch bereits erwähnt, ist diese Bestimmung als Lösung für den vorliegenden Fall offensichtlich ungeeignet und daher in der Tat nicht relevant, auch wenn der ZGB-Gesetzgeber sie mit der oben genannten Entscheidung als Anwendungsfall hinzugefügt hat. Die Regelung des Art. 580 Abs. 2 ZGB ist also „vielleicht nicht der glücklichste Platz“.¹¹⁶

bb) Beteiligung des Richters

Dazu ist Einschaltung des Gerichts für die Vertragsbeendigung erforderlich: Anders als im Fall von Art. 563 ZGB, wo der Wille der Parteien im Vordergrund steht, wird hier die Beendigung des Vertragsverhältnisses vom Gericht auf Antrag einer der Parteien *von Amts wegen* beschlossen.¹¹⁷

d) Stellungnahme

Obwohl in der Rechtslehre zahlreiche Theorien und weitgehend unterschiedliche Auffassungen zu dieser Problematik *entwickelt* wurden,¹¹⁸ besteht doch Einigkeit darüber, dass der vertragsbrüchigen Partei kein „subjektives Recht“ auf Vertragsaufhebung zusteht.¹¹⁹ Mit anderen Worten: Das Recht des Schuldners, das Vertragsverhältnis nach eigenem Willen zu rekonstruieren, ist hier nicht in Frage gestellt; letzteres kann nur durch *eine richterliche Gestaltung* erreicht werden.

Was die obige Entscheidung anbelangt, so ist es zunächst festzuhalten, dass es nicht um die Begrenzung der aus dem Vertrag zu erfüllenden Leistungen geht, sondern um den Fortbestand des Vertrages selbst, der für keine der Parteien von Interesse ist. Daher spielt die Frage der sog. „übermäßigen Kosten der Leistung“ in diesem Fall keine Rolle. Vielmehr handelt es sich um eine angemessene Verteilung der Risiken, die sich aus einer etwaigen Störung des

¹¹⁵ Sun, Liangguo, C. L. Rev. 2016, 46, 48 ff.

¹¹⁶ In Anlehnung an die Aussage von Huber, JZ 1974, 433, 434.

¹¹⁷ Cui, Jianyuan, VertragsR, 42021, S. 288.

¹¹⁸ Diese lassen sich zusammenfassen als „übermäßiger Erfüllungsaufwand“ (Liu Yang), „Änderung der Umstände“, „Kündigung aus wichtigem Grund“ (Han Shiyuan) und das Rücktrittsrecht der säumigen Partei (Sun Liangguo).

¹¹⁹ „Jedem Bemühen um klare dogmatische Strukturen muss ein ‚Recht‘, das kein echtes, subjektives Recht ist, ein Ärgernis sein.“ - Eine Aussage, die Mankowski in Bezug auf das „Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung“ getroffen hat (vgl. Mankowski, JZ 2011, 781, 785), lässt sich auch hier übertragen.

Vertragszwecks ergeben, zwischen den Vertragsparteien. Ein solches Vertragshindernis ist in der Regel als Änderung der Umstände zu behandeln. Allerdings hat der chinesische Gesetzgeber das Geschäftsrisiko (hier: die nachträgliche Änderung des Geschäftsplans) stets der Partei als Schuldner zugewiesen, und das immanente Geschäftsrisiko kennzeichnet zugleich die Vorhersehbarkeit der Veränderung, so dass es an einer „nicht von den beiden Parteien zu vertretenden Änderung“ fehlt. Das Beharren des Klägers auf der weiteren Erfüllung des Vertrages, obwohl der primäre Zweck des Vertrages für beide Parteien nicht erreicht werden konnte, stellt aber einen Rechtsmissbrauch dar, weil dies dem Gebot von Treu und Glauben widerspricht. In dieser Hinsicht gibt es keine Notwendigkeit, auf zusätzliche Normen zurückzugreifen, um eine Lösung zu erzielen.

In Bezug auf Art. 580 Abs. 2 ZGB besteht eine Diskrepanz zwischen der vom Gesetzgeber beabsichtigten Fallgestaltung und der mit der Norm zu lösenden Problematik. Der objektive Zweck des Art. 580 Abs. 2 ZGB besteht darin, eine nicht zu erbringende Leistung prozessual zu bestätigen und dadurch die Parteien eines gegenseitigen Vertrags davon zu befreien. Das Interesse des „Schuldners“ an der Anerkennung der Unmöglichkeit seiner Leistung wird also nicht durch seine eigene *Vertragsverletzung* ausgeschlossen. Wenn man im materiellen Recht von einer „Unmöglichkeit“ spricht, dann ist das prozessuale Gegenstück dazu selbstverständlich, dass über eine unmöglich gewordene Leistung kein Urteil ergehen kann. Diese Bestimmung ist daher eine Feststellungsklage im Gewand des materiellen Rechts und ihre Existenz ist zwar etwas überflüssig, aber „letztlich unschädlich“.

III. Folgen der Vertragsaufhebung

1. *Vertragsaufhebung als Beendigungsgrund nach Art. 557 Abs. 2 ZGB*

Nach Art. 557 Abs. 2 ZGB enden mit der Vertragsaufhebung die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag.¹²⁰ Danach gilt die Aufhebung des Vertrages im chinesischen Recht also als ein Grund für die Beendigung des Vertragsverhältnisses. Allerdings ist der ZGB-Gesetzgeber in diesem Punkt nicht sehr weit gegangen.¹²¹ Mit anderen Worten lässt sich dies nur in einem begrenzten Sinne verstehen: Zunächst haben die Parteien (insbesondere der Gläubiger) die noch nicht erfüllten Verpflichtungen nach Art. 566 Abs. 1 Hs. 1 ZGB nicht mehr zu erbringen.¹²² Was den bereits geleisteten Teil betrifft, so muss dieser nach Art. 566 Abs. 1 Hs. 2 ZGB zurückgegeben werden, woraus sich ein *Rückgewährschuldverhältnis* ableiten lassen kann.¹²³ Darüber hinaus wird die Haftung für bereits begangene Vertragsverletzungen nach

¹²⁰ Art. 557 Abs. 2 ZGB besagt: „Wird der Vertrag aufgelöst, ist die Beziehung von Rechten [und] Pflichten aus diesem Vertrag beendet.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 299.

¹²¹ So besagt Art. 567 ZGB: „Die Beendigung der Beziehung von Rechten [und] Pflichten aus dem Vertrag beeinflusst nicht die Wirksamkeit vertraglicher Rückabwicklungsklauseln.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 301.

¹²² S. auch oben Fn. 120.

¹²³ Hier gibt der chinesische Gesetzgeber nicht an, welche Rechtsauffassung er in Bezug auf die Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung vertritt; vielmehr ist Art. 566 Abs. 1 ZGB seiner Ansicht nach eine *flexiblere*

Art. 566 Abs. 2 ZGB durch die Aufhebung des Vertrages nicht berührt.¹²⁴

2. *Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes*

a) Das Entstehen der Wiederherstellungspflicht

Nach Art. 566 Abs. 1 ZGB kann eine Partei nach Auflösung des Vertrages aufgrund der Umstände der Erfüllung und der Natur des Vertrages die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verlangen, sofern der Vertrag schon erfüllt worden ist.¹²⁵ Dies bedeutet, dass die Vertragsparteien hinsichtlich der bereits erfüllten Verpflichtung durch die Aufhebungserklärung verpflichtet werden, den Zustand so wiederherzustellen, als ob der Vertrag nie geschlossen worden wäre.¹²⁶ Zur Natur dieser Pflicht wird vor allem die Auffassung vertreten, dass es sich um eine Schuld aus ungerechtfertigter Bereicherung handelt, d. h. die Aufhebung führt zum Erlöschen des ursprünglichen Vertragsverhältnisses, und die sich daraus ergebende Rückabwicklungsverpflichtung fällt unter die Kategorie der ungerechtfertigten Bereicherung.¹²⁷ Was jedoch die Wiederherstellungspflicht des Art. 566 Abs. 1 ZGB anbelangt, so ist - wie bereits z. T. erörtert¹²⁸ - die aus dem deutschen Recht stammende „vermittelnden Theorie“¹²⁹ vorzuziehen, die allgemein als eigenständige Form der zivilrechtlichen Haftung angesehen wird.¹³⁰

b) Das Verhältnis zwischen der Wiederherstellungspflicht und dem ursprünglichen Vertragsverhältnis

Ergibt sich das Vertragsaufhebungsrecht aus einer Vertragsverletzung, so steht der vertragstreuen Partei, sofern eine weitere Erfüllung noch möglich ist, eine Wahlmöglichkeit zwischen dieser und der gesetzlichen Vertragsaufhebung zu: Sie kann also auf der Erfüllung des Vertrages bestehen oder stattdessen die Aufhebung des Vertrages begehren.¹³¹ Entscheidet sich der Gläubiger dafür, den Vertrag nicht zu Ende zu bringen, wird das ursprüngliche Vertragsverhältnis in ein *Abwicklungsverhältnis* zwischen den Parteien *umgewandelt*, das auf dem noch wirksamen Vertrag beruht, so dass die Restitutionspflicht

Bestimmung, die vor allem auf praktischen Erwägungen sowie auf ausländischen Erfahrungen beruht und mit dem Grundsatz der Effizienz der Wirtschaftstätigkeit in Einklang steht, s. dazu *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 364. Zu den Einzelheiten, vgl. sogleich im Text.

¹²⁴ Hierzu näher oben E I 4 (S. 213 f.).

¹²⁵ Art. 566 Abs. 1 ZGB besagt: „Ist der Vertrag nach Auflösung noch nicht erfüllt worden, wird die Erfüllung beendet; ist er schon erfüllt worden, kann eine Partei aufgrund der Umstände der Erfüllung und der Natur des Vertrages die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes fordern oder andere Maßnahmen zur Abhilfe ergreifen und ist berechtigt, Ersatz des Schadens zu fordern.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 301.

¹²⁶ *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 365.

¹²⁷ Vgl. statt aller *Cui, Jianyuan*, Chin. J. L. 2012, 52, 52 ff.

¹²⁸ Hierzu oben E I 4 (S. 213 f.).

¹²⁹ *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 158 f.

¹³⁰ So in der Tat auch *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 681.

¹³¹ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 681.

eine *Umwandlung* des ursprünglichen Schuldverhältnisses darstellt.¹³² Da diese Umgestaltung vor allem eine Reaktion auf das vom Schuldner geschaffene Leistungshindernis ist, wird die *Identität* zwischen diesem und dem ursprünglichen Schuldverhältnis dadurch nicht verändert.¹³³ Somit besteht die für die ursprüngliche Schuld übernommene Sicherheit grundsätzlich auch bei der Verpflichtung zur Wiederherstellung fort.¹³⁴ Ferner sind auch die sich aus der Vertragsaufhebung ergebenden Rückgabeverpflichtungen analog zu Art. 525 ZGB Zug um Zug zu erfüllen.¹³⁵

c) Auswirkungen der Wiederherstellungspflicht

In Einklang mit der obigen Auffassung¹³⁶ wird die Vertragsaufhebung lediglich die schuldrechtliche Wirkung zuerkannt,¹³⁷ wenn die Erfüllung des ursprünglichen Vertrags bereits zu einem Eigentumswechsel geführt hat. Dagegen spricht aber die Lehre der direkten Wirkung,¹³⁸ dass die Vertragsaufhebung einen automatischen Rückfall in den Güterzustand bewirken soll, so dass es sich bei dem Anspruch auf Rückgabe der erhaltenen Leistung um einen Herausgabeanspruch handelt, der vorrangig vor der regulären Forderung zu befriedigen sei.¹³⁹

d) Inhalt und Umfang der Wiederherstellungspflicht

Der Inhalt der Wiederherstellungspflicht hängt vor allem von der Natur des Vertrages und den Umständen der Erfüllung ab, wie Art. 566 Abs. 1 Hs. 2 ZGB vorsieht.

¹³² Sog. „vermittelnden Theorie“, vgl. statt aller *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 681 f.

¹³³ *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, ⁴2018, S. 582; zu dieser Identitätslehre und ihre dogmatischen Implikationen als Umgestaltung des Schuldverhältnisses, vgl. *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 159 f. mit *Stoll*, Die Wirkungen des vertragsgemäßen Rücktritts, 1921, S. 21 ff.

¹³⁴ So besagt Art. 566 Abs. 3 ZGB: „Nachdem der Hauptvertrag aufgelöst wurde, haftet der Sicherungsgeber im Hinblick auf die vom Schuldner zu tragende zivilrechtliche Haftung weiterhin für die Sicherheit, es sei denn, dass im Sicherungsvertrag etwas anderes vereinbart wurde.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 301.

¹³⁵ Vgl. Entscheidung des Mittleren Gerichts von Shenyang, Liaoning Provinz: (2011) Shen Zhong Min Er Zhong Nr. 1538 (辽宁省沈阳市中级人民法院民事判决书, (2011) 沈中民二终字第1538号): In diesem Fall befand das Gericht, dass die Rückgabeverpflichtung, die sich aus der Auflösung des Vertrages ergab, zwar nicht im Austauschverhältnis stand, aber mit dem ursprünglichen Schuldverhältnis *identisch* war, d. h. die Rückgabeverpflichtung war im Wesentlichen immer noch Teil des ursprünglichen Schuldverhältnisses, und aufgrund des Grundsatzes der Gleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte sollte die einschlägige Vorschrift der Einrede der gleichzeitigen Erfüllung (hier: Art. 66 VG = Art. 525 ZGB) auch analog angewendet werden. Dies umfasst auch die Verpflichtung, andere Maßnahmen zu ergreifen, s. dazu *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, S. 365.

¹³⁶ Hier: „vermittelnden Theorie“, s. Fn. 132.

¹³⁷ Diese Auffassung wird auch vom OVG vertreten, nach dem die Vertragsauflösung nicht mit einer Änderung der Eigentumslage an der Sache einhergeht, sondern nur die Frage betrifft, ob die Parteien die im Vertrag vereinbarten Pflichten noch weiter erfüllen müssen, s. dazu Entscheidung des OVG: (2013) Zui Gao Fa Min Ti Nr. 90 (最高人民法院民事判决书, (2013) 最高法民提字第90号), abgedruckt auch in: Amtsblatt des OVG 2015, Nr. 1.

¹³⁸ Zur Lehre von der direkten Wirkung als unausweichlicher Schritt in der dogmatischen Entwicklung, vgl. *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 157 f.

¹³⁹ So *Cui, Jianyuan*, Chin. J. L. 2012, 52, 60.

aa) Rückgabe des Leistungsgegenstandes

Dazu gehört in erster Linie die Rückgabe des ursprünglichen erbrachten Leistungsgegenstandes. Dies geschieht üblicherweise, wenn die Leistung in unverändertem Zustand zurückgegeben werden kann. Betrifft die Leistung also einen bestimmten Gegenstand, so ist die Rückgabe in Bezug auf diesen spezifischen Leistungsgegenstand vorzunehmen, soweit dieser noch existiert. Ist der ursprüngliche Gegenstand nicht mehr vorhanden, so ist er zu dem zum Zeitpunkt der Beendigung des Vertrages bestehenden Preis zurückzugeben.¹⁴⁰

bb) Zinsen, Früchte und Gebrauchsvorteile

Besteht die erhaltene Leistung in Geld, so sind neben dem entsprechenden Geldbetrag auch die Zinsen ab dem Zeitpunkt des Empfangs zurückzuzahlen.¹⁴¹ Die Einbeziehung der Zinsen im Rahmen der Rückabwicklung statt in dem des Schadensersatzes ermöglicht es, diese von der Haftungsbefreiung des Art. 590 ZGB auszunehmen. Wird etwas anderes als Geld geleistet, so ist der aus dem früheren Besitz und Gebrauch dieses Gegenstandes gezogene Nutzen auch zurückzugeben, insbesondere die aus dem ursprünglichen Gegenstand gezogenen Früchte.¹⁴²

cc) Rückgewähr durch eine vergleichbare Leistung?

Fraglich ist, ob die Rückgabe auch in einer vergleichbaren Leistung erfolgen kann oder muss. In der Literatur wird zwar die Auffassung vertreten, dass im Falle *der ersetzbaren Leistung* die Rückgabe auch in gleicher Art, in gleichem Wert und in gleicher Sache erfolgen kann.¹⁴³ Unklar bleibt jedoch, ob der Schuldner dazu verpflichtet ist, mit anderen Worten, ob der Gläubiger die Rückgabe einer vergleichbaren Leistung oder einfach den Wert der ursprünglichen Leistung verlangen kann.

dd) Volle Rückgewähr der empfangenen Leistungen

Zu beachten ist auch, dass es sich bei der Wiederherstellungspflicht nicht um ein Schuldverhältnis handelt, die ausschließlich auf ungerechtfertigter Bereicherung beruht, sodass der Umfang der Rückgabe nicht auf „bestehende Interessen“ beschränkt sei, sondern eine „vollständige Rückgewähr der Leistungen“ erfordert, d. h. alle aufgrund des Vertrages erworbenen Sachen, Rechte oder Interessen müssen nach Auflösung des Vertrages aneinander zurückgegeben werden.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 684.

¹⁴¹ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 684.

¹⁴² Lu, Qing, N. Legal Sci. 2012, 72, 81; Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 684.

¹⁴³ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 684.

¹⁴⁴ Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 684.

3. Die Ergreifung anderer Abhilfemaßnahmen

Anstelle der Wiederherstellung können die Parteien nach Art. 566 Abs. 1 Hs. 2 ZGB auch die Ergreifung anderer Maßnahmen zur Abhilfe fordern, unter denen in der Regel die sog. „Wiederherstellung in Wert“ zu verstehen ist.¹⁴⁵

a) Die Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur als Voraussetzung?

In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, ob diese Verpflichtung zum *Wertersatz* voraussetzt, dass die Rückgewähr im ursprünglichen Zustand unmöglich geworden ist. Insoweit steht die *Rückgewähr in Wert* nach der Auflösung des Vertragsverhältnisses - im Unterschied zu dem auf Art. 157 Abs. 1 ZGB¹⁴⁶ beruhenden außervertraglichen Abwicklungsmechanismus - in einem - dem Wortlaut des Art. 566 Abs. 1 ZGB nach - *alternativen* Verhältnis zur Rückgewähr in Natur.

b) Berechnung auf der Grundlage der Gegenleistung?

Zweitens kann, wenn im Vertrag bereits eine Gegenleistung vereinbart wird, der Betrag des Wertersatzes aufgrund dieser Gegenleistung berechnet werden („Ersatz nach der Gegenleistung“), wenn der Vertrag nach seiner Beendigung nicht in seinen ursprünglichen Zustand zurückversetzt werden kann.¹⁴⁷

¹⁴⁵ So *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 675.

¹⁴⁶ Art. 157 Abs. 1 ZGB besagt: „Ist ein Zivilrechtsgeschäft unwirksam, aufgehoben worden oder als keine Wirkungen entfaltend bestimmt, so müssen die Handelnden aus dieser Handlung erlangtes Vermögensgut zurückgeben; *wenn es nicht zurückgegeben werden kann oder eine Rückgabe unnötig ist*, so muss es in seinen Wert umgerechnet ersetzt werden.“ Übersetzt von *Ding, Yijie/Leibkühler/Klages u.a.*, ZChinR 2020, 207, 233.

¹⁴⁷ Vgl. Entscheidung des Unteren Volksgerichts des Haidian Viertels, Peking: (2003) Hai Min Chu Nr. 337 (北京市海淀区人民法院民事判决书, (2003) 海民初字第337号): In diesem Fall haben die Parteien einen Vertrag über die Entwicklung von Technologien geschlossen, und der Auftragnehmer hat die Entwicklung der vereinbarten Hardware-Ausrüstung bereits fertiggestellt, deren Annahme der Auftraggeber aber ablehnte. In Bezug auf die daraus resultierende Abwicklung des Vertrages vertritt das Gericht die Auffassung, dass der Teil des Vertrages, der von beiden Parteien bereits erfüllt worden war, im Wege des *Wertersatzes nach der Gegenleistung* abgewickelt werden sollte, da die *Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes* nicht mehr möglich ist und Abhilfemaßnahmen noch keinen praktischen Sinn hat. Daher sollte der Auftragnehmer die betreffende Ausrüstung weiterhin an den Auftraggeber übergeben, und dieser sollte dem Auftragnehmer für die in die Entwicklung der Ausrüstung getätigten Investitionen *der Gegenleistung nach* vergüten. Diese Entscheidung ist m.E. zwar im Ergebnis zu begrüßen, scheint aber besser begründet worden zu sein: Erstens ist im gegebenen Fall die entwickelte Hardware noch nicht vom Auftraggeber abgenommen worden, was bedeutet, dass es keine Möglichkeit der Liquidation aufgrund einer Vertragsauflösung besteht. Dies zeigt sich auch darin, dass das vom Gericht erzielte Ergebnis eines „vollen“ Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers gleichkommt - auch wenn es hier gegebenenfalls noch um die sog. aufgedrängte Leistungserbringung geht. Zweitens kann in diesem Fall, was ein Dauerschuldverhältnis anbelangt, auch eine *Kündigung* aus wichtigem Grund aufgrund der Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien durchaus in Betracht gezogen werden. Danach kann der Auftragnehmer Ersatz für die Kosten verlangen, die er in die fertige Hardware investiert hat, die durch die Nichtabnahme des Auftraggebers nutzlos geworden ist, soweit dieser dafür verantwortlich ist. - Dieser Weg wäre aber nach Ansicht des Gerichts durch die beiderseitige Vertragsverletzung der Parteien behindert worden, weil seiner Ansicht nach beide Parteien ein *Fehlverhalten* an der Nichtfortsetzung der Zusammenarbeit hatten. Nur wenn man davon ausgeht, dass die fertiggestellte Hardware für den Schuldner nicht von Interesse ist, und das Verwendungsrisiko grundsätzlich beim Gläubiger liegt, lässt sich die *Notwendigkeit* der Aufrechterhaltung dieses *Teils* des Vertrages im Rahmen der *gesamten* Vertragsabwicklung anerkennen (dann figuriert als „bereits empfangen und seiner Natur nach nicht in seinem ursprünglichen Zustand zurückgegeben“), was als ein Erfüllungsanspruch unter dem *Deckmantel* eines Wertersatzes angesehen werden kann.

c) Der Ausschluss der Rückgewähr in Wert und das Zurückspringen von Gefahr

Wie bereits oben erwähnt, ist der Rückgewährschuldner grundsätzlich zum „Ersatz des Preises“ verpflichtet, wenn die erhaltene Leistung nicht oder nicht mehr in unverändertem Zustand zurückgegeben werden kann. Dadurch kann das Recht auf Aufhebung auch dann noch stattfinden, wenn die empfangene Leistung nicht oder nicht in ihrem ursprünglichen Zustand zurückgegeben werden kann.¹⁴⁸ Allerdings können die *Ursachen* für die Unmöglichkeit der Rückgewähr unterschiedlich sein, und es stellt sich dann die Frage, ob dies im Rahmen der Verpflichtung zum Ersatz des *Preises* einheitlich behandelt oder teilweise auf der Ebene des Vertragsaufhebungsrechts gelöst werden sollte.¹⁴⁹ Für den Ausschluss der Verpflichtung zur Rückgewähr in Wert hat der chinesische Gesetzgeber - im Unterschied zu § 346 Abs. 3 BGB - aber keine allgemeine Regelung auf der Ebene der Allgemeinen Vorschriften des Vertragsbuches getroffen. In diesem Zusammenhang sind Regelungen mit einer ähnlichen Funktion zunächst nur dann im internen System zu finden. Dabei sind insbesondere die vom chinesischen Gesetzgeber für bestimmte Vertragstypen vorgesehenen Gefahrtragungsregeln zu berücksichtigen.¹⁵⁰

4. Schadensersatz nach Art. 566 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 3 ZGB

Nach Art. 566 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 3 ZGB kann der Gläubiger, wenn ein Vertrag „schon erfüllt“ worden ist, *neben* der Rückgewähr oder anderen Abhilfemaßnahmen auch Schadensersatz verlangen. Da die Rückgewähr des Wertes bereits im Rahmen der oben erwähnten „Abhilfemaßnahmen“ behandelt wird, sollte sie hier vom Schadensersatz unterschieden werden. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dieser Schadensersatz also wie § 346 Abs. 4 BGB zu behandeln, d. h. in Bezug auf die Schadensersatzhaftung wegen Verletzung der in Art. 566 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 1, 2 ZGB verankerten Rückgewährpflichten. In

¹⁴⁸ Diese Schlussfolgerung lässt sich jedoch nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 566 Abs. 1 ZGB ableiten, sondern muss im Zusammenhang mit Art. 157 Abs. 1 ZGB (s. Fn. 146) betrachtet werden, in dem steht: „nach der Unwirksamkeit eines Vertrages das daraus erlangte Vermögensgut zurückzugeben ist; kann es nicht zurückgegeben werden oder dies unnötig, so muss es *in seinen Wert umgerechnet ersetzt* werden“, wobei ausdrücklich auf den Terminus vom Wertersatz abgestellt wird; ausf. zum Verhältnis zwischen Wertersatz nach Rücktritt und Wertersatz nach Ungültigkeit bzw. Anfechtung des Vertrages im chinesischen Recht *Zhao, Wenjie*, Peking U. L. J. 2015, 1171 ff.

¹⁴⁹ In der Praxis wurde im Fall „*Sun Hongliang hätte ein Fahrzeug unter Vorbehalt der Eigentumsübertragung am Ende des Ratenzahlungszeitraums erwerben kann, nachdem das Fahrzeug während des Zeitraums gestohlen wurde und abhandengekommen ist, gegen Zhong Yuan Automobile Rental and Leasing Corp. die Kautionsrückerstattung und die Versicherungsleistung entsprechend dem Anteil des gezahlten Betrags geteilt*“ (孙红亮以分期付款期满所有权转移方式承包车辆后因在期间内车辆被抢灭失诉中原汽车租赁公司退还抵拆金和按已交款比例分享保险赔款案) vom Gericht einerseits entschieden, dass das Risiko der zufälligen Zerstörung und des Untergangs des Gegenstands nach der Übergabe vom Käufer zu tragen ist, so dass *Sun Hongliang* weiterhin zahlen muss; andererseits wurde in Anbetracht des Verlusts des Fahrzeugs die Erfüllung des Vertrages nicht mehr für notwendig erachtet, so dass dem Antrag von *Sun Hongliang* auf Rücktritt vom Vertrag stattgegeben wurde, wodurch er letztlich von seiner Zahlungspflicht befreit wurde, abgedruckt in: *The China Institute of Applied Jurisprudence* (Hrsg.), China Law Reports, 2001, S. 225 ff. Offensichtlich wird hier nicht genau zwischen der Vertragsaufhebung und dem Gefahrübergang unterschieden.

¹⁵⁰ In der Literatur wird sie in diesem Zusammenhang häufiger im Zusammenhang mit der kaufrechtlichen Gefahrtragungsregeln diskutiert; diesbezüglich wird im Folgenden aber nicht weiter darauf eingegangen.

Anbetracht der Tatsache, dass Art. 566 Abs. 2 ZGB nun - im Gegensatz zu Art. 97 VG - ausdrücklich vorsieht, dass die Vertragsaufhebung die Haftung wegen Vertragsverletzung unberührt bleibt, besteht daher Raum für eine Neubewertung der Position dieses Schadensersatzanspruches.¹⁵¹ Und das Nebeneinander („neben“) von Schadenersatz und Rückgewähr kann daher so verstanden werden, dass der Schadenersatz eine *Garantie* für die Erfüllung der Rückgewährspflicht darstellt

¹⁵¹ Dies verkennt z. B. *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I, 2020, 366 ff.; *Liu, Chengwei*, in: *Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei* (Hrsg.), Kommentar zum ZGB, 2020, Bd. 2, S. 203, 211 ff.; *Cui, Jianyuan*, *VertragsR*, 42021, S. 317 ff.

Dritter Teil Rechtsvergleichende Zusammenfassung

Einleitung

Bei der Durchführung des Schuldverhältnisses treten verschiedene Hindernisse auf. Wie mit ihnen rechtlich umzugehen ist, stellt eine von jeder Rechtsordnung zu beantwortende Frage dar. Der Begriff „Leistungsstörungen“ hat eine große Suggestionskraft und kann verschiedene Hindernisse abdecken, was sowohl in Deutschland als auch in China anerkannt ist. Daher stellt dies den Ausgangspunkt der Untersuchung dar. Neben der theoretischen Rezeption gibt es bei der Formulierung des ZGB aber auch lokalisierte Erfahrungen oder Antworten, zum Teil als Ergebnis der Transformation der rezipierten *Gesetze* oder Lehre, zum Teil als eigene Lösungen aus der chinesischen Praxis. Die aus einem Leistungshindernis resultierende Rechtsbehelfe lassen sich je nach den Folgen, die sie mit sich bringen, oder dem Zweck, den sie verfolgen, unterschiedlich einstufen: Zu denjenigen, die noch das ursprüngliche Ziel verfolgen, gehören das Erfüllungsanspruch und dessen Geldersatz; zu denjenigen, die auf die Abwicklung des Vertrages abzielen, gehören dann die Vertragsaufhebung auch der Schadensersatz statt der Leistung. Diese drei Rechtsbehelfe sind die wichtigsten Mittel, die den Gläubigern im Falle einer Vertragsverletzung zur Verfügung stehen,¹ und bilden den Hauptgegenstand dieser Untersuchung.

A. Formen der Leistungsstörungen

I. Pflichtverletzung und Vertragsverletzung

Im deutschen Recht hat der BGB-Gesetzgeber mit § 280 Abs. 1 BGB ein einheitliches Tatbestandsmerkmal, nämlich die *Pflichtverletzung*, für den Schadensersatzanspruch vorgesehen. Dieser Begriff muss im Lichte des Bedeutungsgehaltes des § 280 Abs. 1 BGB GB verstanden werden, bei dem die Abgrenzung zwischen ihm und Vertretenmüssen im Vordergrund steht. Die Unterscheidung zwischen beiden dient der angemessenen Verteilung der Beweislast. Demnach enthält die Pflichtverletzung nicht mehr ein dem Schuldner *vorwerfbares* Element, sondern ist in einem rein objektiven Sinne zu verstehen, also als „Nichterfüllung“. Dies betrifft nicht nur die Leistungspflichtverletzung, sondern auch den Verstoß gegen eine Nebenpflicht. Für letztere hat der Gesetzgeber zusätzlich zu § 280 Abs. 1 BGB weitere Rechtsfolgen in den §§ 282 und 324 BGB geregelt. Im Übrigen gehen die verschiedenen Arten von Leistungshindernissen nicht mit der Einführung des einheitlichen Pflichtverletzungsbegriffs vollständig verloren² - im Gegenteil: die traditionelle Vorgehensweise in Bezug auf die *Ursachen* bleibt noch weiter beibehalten.³ In diesem

¹ *Treitel*, Remedies for Breach of Contract, 1988, S. 1.

² NK-BGB/*Dauner-Lieb*, § 280 Rn. 19.

³ Krit. dazu *Grundmann*, AcP 204 (2004), 569, 594 f.

Zusammenhang kann man von einem „gemischten System“ des Leistungsstörungenrechts sprechen.⁴

Anders als im deutschen Recht ist im chinesischen Recht der Begriff der Vertragsverletzung der übergeordnete Begriff, der alle Formen von Leistungshindernissen vereint.⁵ Dies wird in Art. 577 ZGB auch als „Nichterfüllung oder nicht ordnungsgemäße Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung“ definiert, so dass der Schwerpunkt ebenfalls auf der *Verletzung* einer vertraglichen *Pflicht* liegt. Was die Vertragspflichten betrifft, so sind sie in Art. 509 ZGB aufgeführt und umfassen neben den Leistungspflichten auch die sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergebenden Nebenpflichten. Für die Verletzung von Schutzpflichten besteht eine Konkurrenz zwischen Vertragsrecht und Deliktsrecht. Nichtleistung bedeutet, dass die Leistung bei Ablauf der Leistungsfrist noch nicht erfolgt. Dabei ist es unerheblich, ob die Leistung bereits unmöglich geworden ist oder sich lediglich verzögert. Mit anderen Worten: Beide sind eingeschlossen. Entscheidend ist nur, ob die Frist für die Erfüllung abgelaufen ist. Die Festlegung der Erfüllungsfrist richtet sich also nach Art. 511 ZGB.

II. Unmöglichkeit der Leistung

Im deutschen Recht hat der BGB-Gesetzgeber im Hinblick auf den Sekundäranspruch zwar die nachträgliche Unmöglichkeit in die Pflichtverletzung aufgenommen, dies aber auch in § 283 BGB besonders hervorgehoben. Für die anfängliche Unmöglichkeit enthält das BGB ebenfalls in § 311a Abs. 2 BGB eine Sonderregelung, die von der Dogmatik der Pflichtverletzung i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB unabhängig ist.

Auf der Ebene der Vertragsverletzung verfolgt das chinesische Recht hingegen einen anderen Ansatz als das deutsche Recht, wenn es darum geht, ob die Unmöglichkeit der Leistung hervorgehoben wird, oder genauer gesagt, ob sie als eine eigene Art von Leistungshindernis betrachtet wird. Hier ist die Problematik der Unmöglichkeit nicht spezialisiert. Insbesondere wird die Frage der anfänglichen Unmöglichkeit kaum angesprochen.

III. Verzögerung der Leistung und Schuldnerverzug

1. Die Besonderheit der Interessenlage

Der Grund für die Anerkennung der Verzögerung der Leistung als eigener Typ des Leistungshindernisses liegt in der besonderen Interessenlage, die in solchen Fällen gegeben ist: Da in solchen Fällen noch die Möglichkeit einer späteren Leistung besteht, ist bei der

⁴ Looschelders, SchuldR AT, 2022, § 20 Rn. 19.

⁵ Es ist nicht zu leugnen, dass Art. 577 ZGB trotz der Tatsache, dass die Vereinheitlichung der Tatbestände durch eine einheitliche Formulierung auf der Ebene der Rechtsfolgen (Haftung für *Vertragsverletzung*) erreicht werden kann, immer noch einen starken Eindruck von einem ursächlichen Ansatz vermittelt. Dieser Eindruck wird durch die Vorschrift des Art. 582 ZGB noch verstärkt.

Ausgestaltung des Rechtsbehelfssystems das Verhältnis zwischen dem ursprünglichen Leistungsanspruch und sekundären Rechtsbehelfen wie Schadensersatz zu berücksichtigen. Dies wirft zum einen die Frage nach den *Übergangstatbestände* von der Primärleistung auf eine sekundäre Leistung auf, die von der jeweiligen Rechtsordnung zu beantworten ist, und zum anderen die Frage des Verzögerungsschadens, bei dem es darum geht, das Interesse des Gläubigers an der rechtzeitigen Leistung durch eine Ersatzleistung auszugleichen, wenn dies nicht mehr wie geplant befriedigt wurde. Darüber hinaus birgt die nicht rechtzeitige Erfüllung auch Risiken, die über das ursprüngliche Pflichtenprogramm hinausgehen und auf die ebenfalls mit einem System der verspäteten Erfüllung reagiert werden muss.

2. *Sonderweg des BGB: Schuldnerverzug als eigene Rechtsfigur*

Im deutschen Recht stellt der Verzug des Schuldners eine eigene, vom Begriff der Pflichtverletzung in § 280 Abs. 1 BGB getrennt zu betrachtende Leistungsstörung dar, die nicht nur mit eigenen Voraussetzungen (vgl. § 286 BGB), sondern auch mit besonderen Rechtsfolgen (vgl. §§ 280 Abs. 2, 287 und 288 BGB) verbunden ist.⁶ Auch wenn diese Rechtsfigur nach der Schuldrechtsreform an Bedeutung verloren hat,⁷ erfüllt sie weiterhin zwei wichtige Funktionen. Erstens kann der Gläubiger bei unklarer Leistungszeit den Schuldner mahnen und dann in Verzug setzen, was gewisse rechtliche Nachteile mit sich bringt; zweitens können diese als zusätzliche Voraussetzung für Verzugsschäden und Verzugszinsen angesehen werden. Darunter übernimmt das Erfordernis der Mahnung als Schutzinstrument⁸ für den Schuldner die Aufgabe, ihn zu warnen: Dies ist in der Regel⁹ nur dann erforderlich, wenn der Zeitpunkt der Leistung unklar ist.¹⁰ Das Tatbestandsmerkmal des Vertretenmüssens ist zwar für den Verzögerungsschaden¹¹ überflüssig, aber für andere Folgen des Verzuges, wie z. B. die Zufallshaftung des § 287 BGB, noch von Bedeutung.

3. *Die Stellung des ZGB*

Im chinesischen Recht gibt es insgesamt zwei Vorschriften, die sich ausdrücklich auf den Leistungsverzug beziehen: Bei der Regelung des Leistungsverzuges in Art. 563 Abs. 1 Nr. 3 und 4 ZGB geht es um das Verhältnis zur Vertragsaufhebung. Was den Verzug in Art. 590 Abs. 2 ZGB anbelangt, so handelt es sich um die sog. Zufallshaftung. Daher muss der Schuldner von diesem *Zeitpunkt* an mit möglichen Sanktionen und anderen rechtlichen

⁶ Hier stößt das einheitliche Pflichtverletzungskonzept an seine Grenzen, s. dazu MüKoBGB/*Ernst*, 2022, Vor § 275 Rn. 13 ff.

⁷ Insbesondere setzt heute im deutschen Recht weder Schadenersatz statt der Leistung noch Rücktritt den Verzug voraus.

⁸ *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 243.

⁹ Zu den anderen Fällen, in denen eine Mahnung entbehrlich ist, vgl. § 286 Abs. 2 und 3 BGB.

¹⁰ Da in einem solchen Fall die Leistung sofort *fällig* ist, ist ein zusätzlicher Tatbestand - also neben der Fälligkeit der Leistung - erforderlich, um den *Verzug* auszulösen.

¹¹ Auch die Regelung zum Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung ist ein Ausdruck des deutschen Sonderweges, s. dazu *Harke*, Schuldnerverzug, 2006, S. 136.

Nachteilen rechnen. Dazu gibt es aber keine mit § 286 BGB vergleichbare Regelung darüber, was einen Erfüllungsverzug darstellt. Ist die Leistungsfrist unklar, so kann der Schuldner zwar jederzeit leisten und der Gläubiger kann die Leistung jederzeit verlangen, sofern der anderen Partei die erforderliche Vorbereitungszeit eingeräumt¹² wird (vgl. Art. 511 Nr. 4 ZGB).¹³ Man kann aber bezweifeln, ob die Leistung sofort „fällig“ werden muss,¹⁴ oder erst nach der „Mahnung“ fällig werden.¹⁵ Im Übrigen gibt es im ZGB - anders als im deutschen Recht - auch keine *Sonderregelung* für Verzugszins bei einer Geldschuld und Verzugschaden.

IV. Mangelhafte Leistung

Was die Leistung des Schuldners anbelangt, so gibt es im Allgemeinen auch einen qualitativen Aspekt,¹⁶ der ebenfalls unter den Begriff der Pflichtverletzung des § 280 Abs. 1 BGB fallen. Auf diese Weise wird das spezielle Mängelgewährleistungsrecht in das allgemeine Leistungsstörungsrecht integriert. Da die Verletzung einer Verpflichtung, die dazu führt, dass die Erwartung des Gläubigers nicht *ordnungsgemäß* erfüllt wird, immer eine zeitliche Dimension hat,¹⁷ gilt eine - zumindest behebbare - Schlechtleistung auch als Verzug mit der Erbringung einer mängelfreien Leistung.¹⁸ Die daraus resultierende Pflicht zur Nacherfüllung unterliegt ebenfalls dem Problem des Verzuges. Die Unterscheidung zwischen mangelhafter Leistung und Verzug beruht daher eher auf der Tradition des deutschen Rechts als auf den Erfordernissen des Pragmatismus. Zumindest kann das Vorhandensein eines Mangels und seine Rüge - wie z. B. durch das Verlangen einer etwaigen Nacherfüllung¹⁹ - dieselbe Informations- und Warnfunktion wie eine Mahnung erfüllen. Ist der Mangel hingegen unbehebbar, so ist die Interessenlage demjenigen der Unmöglichkeit gleichzusetzen.

Ergänzend zu Art. 577 ZGB hat der chinesische Gesetzgeber auch in Art. 582 ZGB die Rechtsfolgen der mangelhaften Leistung weiter präzisiert. Im Gegensatz zu Art. 111 VG hat der ZGB-Gesetzgeber hier einen Paradigmenwechsel von der Gewährleistung zur mangelhaften Leistung vollzogen, indem er den Anwendungsbereich des Art. 582 ZGB von der „Nichtkonformität in Bezug auf die *Qualität*“ auf die „Nichtkonformität in Bezug auf die Leistung“ erweitert hat.²⁰ Wenn die Leistung nicht vertragsgemäß ist, kann der Gläubiger je

¹² Diese „Gewährung“ der Vorbereitungszeit ist also nicht mit der „Fristsetzung“ identisch.

¹³ So „zu jeder Zeit-Fällig“ statt „sofort-Fällig“.

¹⁴ So die „Sofort-Fälligkeit-Regelung“ in § 271 BGB.

¹⁵ Die eigene Rechtsfigur des Schuldnerverzuges beruht also auf der Diskrepanz zwischen dem Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger die Leistung verlangen kann, und dem Zeitpunkt, zu dem der Schuldner leisten muss.

¹⁶ MüKoBGB/*Ernst*, 2022, § 286 Rn. 6.

¹⁷ So MüKoBGB/*Ernst*, 2022, Vor § 275 Rn. 14.

¹⁸ Insbesondere bei dem mangelbedingten Betriebsausfallschaden ist diese Sichtweise für die Bestimmung der Anspruchsgrundlage von großer Bedeutung, vgl. BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 280 Rn. 279 ff., insb. Rn. 297.

¹⁹ Im deutschen Recht ist dies in dem Erfordernis zur Fristsetzung mit eingeschlossen, die im Regelfall auch eine Mahnung darstellt, s. dazu Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 138; a.A. *Dauner-Lieb*, FS Konzen, 2006, S. 63, 82.

²⁰ Dadurch wird der in der bisherigen Literatur angesprochene Streit dadurch gelöst, dass es nach chinesischem Recht keinen eigenständigen Mechanismus für die Sachmängelhaftung gibt.

nach Art des Gegenstands und des Umfangs des Schadens in angemessener Weise wählen, welchen Rechtsbehelf er geltend machen will. Dazu zählen Reparatur, Rückgabe, Ersatzlieferung, Minderung sowie andere Haftung wegen Vertragsverletzung. Davon ist die Natur der Rückgabe der Waren noch umstritten. Ebenso bleibt noch offen, ob die Nacherfüllung vor Minderung und Rückgabe Vorrang hat.

V. Antizipierte Vertragsverletzung

Im deutschen Recht hat der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform mit § 323 Abs. 4 BGB erstmals die sog. antizipierte Vertragsverletzung vorgesehen. So hat der Gläubiger in der *unübersehbaren* Gefährdung der Leistung die rechtliche Möglichkeit, *vorzeitig* vom Vertrag zurückzutreten.²¹ Dabei werden vor allem zwei Konstellationen in Betracht gezogen, in denen vor Fälligkeit der Leistung ein unüberwindbares Leistungshindernis droht oder eine endgültige und unmissverständliche Leistungsverweigerung des Schuldners vorliegt.²² Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist jedoch nicht darauf beschränkt.²³ Eine entsprechende Regelung für den Schadenersatz statt der Leistung findet sich in § 281 BGB nicht. Zumindest bei der vorzeitigen Leistungsverweigerung lässt sich aber eine Verletzung der Leistungstreuepflicht feststellen, und es ist dann § 282 BGB anzuwenden.²⁴ Darüber hinaus kann der Gläubiger die Leistung in der Regel nicht sofort verlangen, solange sie noch nicht fällig geworden ist; unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO kann er aber Klage auf künftige Leistung erheben.²⁵

Im chinesischen Recht wird neben der Nicht- oder Schlechtleistung des Art. 577 ZGB im Art. 578 ZGB auch die vorweggenommene Vertragsverletzung als eigenständige Form der Leistungsstörungen anerkannt. Dies ist dadurch gekennzeichnet, dass die Erfüllungsverweigerung bereits vor Ablauf der Leistungsfrist erfolgt. Daher kann der Gläubiger die Haftung für Vertragsverletzungen auch vor Ablauf der Erfüllungsfrist geltend machen. Dies gilt nicht nur für den Schadenersatz statt der Leistung, sondern auch für die Weiter-Erfüllung. Im Falle der Unsicherheitseinrede ist nun nach Art. 528 S. 3 ZGB auch die Haftung für vorzeitige Vertragsverletzungen anwendbar. Darüber hinaus kann der Gläubiger auch nach Art. 563 Abs. 1 Nr. 2 ZGB den Vertrag vorzeitig aufheben. Insgesamt scheint die vorzeitige Leistungsverweigerung den Ablauf der Erfüllungsfrist zu bewirken.

VI. Annahmeverzug

Das Institut des Gläubigerverzuges beruht auf dem Gedanken, dass der Gläubiger grundsätzlich nicht *verpflichtet* ist, die vom Schuldner angebotene Leistung anzunehmen. Damit unterscheidet es sich von dem auf einer Pflichtverletzung beruhenden

²¹ So MüKoBGB/Ernst, 2022, § 323 Rn. 138.

²² Vgl. dazu BeckOGK BGB/Looschelders, 1.11.2022, § 323 Rn. 227.

²³ Vgl. auch MüKoBGB/Ernst, 2022, § 323 Rn. 138.

²⁴ Die wohl h.M. wendet § 281 BGB analog an, vgl. dazu MüKoBGB/Ernst, 2022, § 281 Rn. 75.

²⁵ Weidt, Antizipierter Vertragsbruch, 2008, S. 170 f.

Sanktionssystem. Typischerweise wird dies durch das Regime des Gläubigerverzuges in den §§ 293 ff. BGB verkörpert. Dementsprechend kommt der Gläubiger in Annahmeverzug, wenn er die ihm ordnungsgemäß angebotene Leistung nicht annimmt (§ 293 BGB).²⁶ Das Angebot erfolgt grundsätzlich in tatsächlicher Weise (§ 294 BGB); ausnahmsweise genügt auch ein wörtliches Angebot (§ 295 BGB). Unter bestimmten Voraussetzungen kann das Angebot auch entbehrlich sein (§ 296 BGB). Dem in Verzug geratenen Gläubiger werden rechtliche Nachteile wie zum Beispiel die Haftungsminderung des Schuldners (§ 300 Abs. 1 BGB), Gefahrenübergang (§§ 300 Abs. 2, 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2, 323 Abs. 6 S. 2 BGB) und darüber hinaus die Ersatzpflicht für Mehraufwendungen (§ 304 BGB) auferlegt.

Im chinesischen Recht hat der ZGB-Gesetzgeber erstmals eine Regelung für den Verzug des Gläubigers vorgesehen: Nach Art. 589 Abs. 1 ZGB haftet der Gläubiger für die dadurch entstehenden Mehrkosten, wenn er die vertragsgemäße Erbringung der Leistung durch den Schuldner ungerechtfertigt ablehnt. Bei einer Geldschuld ist der Schuldner während des Verzuges des Gläubigers nicht zur Zinszahlung verpflichtet (Art. 589 Abs. 2 ZGB). Weitere Folgen des Gläubigerverzuges lassen sich aber nur aus dem inneren System des ZGB ableiten.

VII. Die Verschmelzung der Pflichtverletzungen

Denkbar ist auch eine Konstellation, in der beide Vertragsparteien den Vertrag verletzen.²⁷ In dieser Hinsicht verfolgt das deutsche Leistungsstörungenrecht die sog. „Alles-oder-Nichts“-Lösung als Prinzip. Insbesondere bei einem gegenseitigen Vertrag, bei dem ein synallagmatisches Verhältnis zwischen den Leistungspflichten der beiden Parteien besteht, wird die Verletzung der Leistungspflicht der einen Partei in der Regel durch eine Verletzung der Leistungspflicht der anderen Partei ausgeschlossen, so dass im Ergebnis nur eine Pflichtverletzung der einen Partei vorliegt. Bei der Schutzpflichtverletzung durch die eine Partei und der Verletzung der Leistungspflicht durch die andere Partei gilt dann der Grundsatz der Einzelbetrachtung. Eine Sonderbehandlung ist nur in den Fällen erforderlich, in denen die Unmöglichkeit von beiden Parteien zu vertreten ist.

Im Gegensatz dazu geht das chinesische Recht von der Bestimmung des Art. 592 Abs. 1 ZGB aus. Art. 592 Abs. 1 ZGB bestimmt, dass wenn beide Parteien gegen den Vertrag verstoßen, so tragen sie jeweils die entsprechenden Verantwortlichkeiten. Demnach haftet jede Partei *entsprechend*, wenn alle Parteien gegen den Vertrag verstoßen. Dies beruht auf der isolierten Betrachtung der Leistungsverpflichtung. In diesem Zusammenhang sind die Bestimmungen der Art. 525-528 ZGB über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages maßgebend. Um eine „Alles-oder-Nichts“-Lösung zu vermeiden, entscheiden sich die Gerichte in der Praxis oft dafür, von den Standardregeln für Vertragsverletzungen abzuweichen.

²⁶ Medicus/Lorenz, SchuldR AT, 222021, § 41 Rn. 1.

²⁷ Vgl. auch Huber, RabelsZ 43 (1979), 413, 417: „Theoretisch wäre natürlich auch noch eine *Verschmelzung* der *beiden* Tatbestände der Nichterfüllung durch den Verkäufer und der Nichterfüllung durch den Käufer denkbar, aber nur um den Preis zu weit getriebener Abstraktion.“

VIII. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Wenn die Parteien einen Vertrag schließen, gehen sie in der Regel nicht nur vom Inhalt des Vertrages aus, sondern auch vom Vorhandensein oder Eintritt eines bestimmten Umstandes. Diese Vertragsgrundlage kann durch spätere oder bekannte Umstände so schwerwiegend gestört sein, dass unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, eine Erfüllung zu den ursprünglichen Bedingungen nicht mehr zumutbar erscheint. In diesem Fall ist ein Eingreifen des Gesetzes erforderlich. Dabei hat der Reformgesetzgeber hat dem mit der Regelung des § 313 BGB Rechnung getragen. Sie bezieht sich nicht nur auf die objektive, sondern auch auf die subjektive Geschäftsgrundlage. Bei einer wesentlichen Änderung der dem Vertrag zugrunde liegenden Umstände nach Vertragsschluss können die Parteien zunächst die Vertragsanpassung verlangen. Nur wenn die Anpassung des Vertrages nicht möglich oder für eine der Parteien unzumutbar ist, kann die benachteiligte Partei vom Vertrag zurücktreten.

Im chinesischen Recht hat der ZGB-Gesetzgeber in Art. 533 ZGB ebenfalls eine Regelung zur Änderung der Umstände geschaffen. Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage hat Art. 533 ZGB zwei wichtige Änderungen vorgenommen: Einerseits wird die Möglichkeit von dem Gesetzgeber anerkannt, die Rechtsfolge der Änderung der Umstände auch in Fällen höherer Gewalt anzuwenden. Andererseits müssen die Parteien angesichts der veränderten Umstände auch erneut verhandeln. Der Wegfall einer subjektiven Geschäftsgrundlage (= gemeinsamer Irrtum) ist nicht erfasst. Nur wenn die Verhandlungen innerhalb einer angemessenen Frist scheitern, können die Parteien beim Gericht eine Änderung oder Aufhebung des Vertrages beantragen. Das Schicksal des ursprünglichen Vertrages hängt letztlich vom Ermessen des Gerichts ab.

B. Erfüllungsanspruch und Weiter-Erfüllung

I. Die Anerkennung des Erfüllungsanspruches

Der Erfüllungsanspruch ist ein vom deutschen Recht geprägtes Konzept.²⁸ Er hat seine Wurzeln in dem materiellrechtlichen Anspruchsbegriff. Damit wird die zwangsweise Durchsetzung der Leistung von der Ebene des Prozessrechts in das materielle Recht vorverlagert. Dementsprechend wird der Erfüllungsanspruch als ein unmittelbar aus dem Vertragsschluss entstehender *Primäranspruch* betrachtet, und nicht als originäre Folge einer Vertragsverletzung. Diese Einordnung wirkt sich positiv auf die Verteilung der Beweislast aus. Daneben macht sie auch ein materiellrechtliches Unmöglichkeitensregime erforderlich. Bei der Gewährung des Primäranspruches unterscheidet der deutsche Gesetzgeber nicht zwischen Geld- und Sachleistungen. Im Falle einer mangelhaften Leistung kann der Gläubiger auch den Anspruch auf Nacherfüllung verfolgen. Dies wird im Allgemeinen als eine Modifikation des

²⁸ So Han, *Shiyuan*, Pri. L. Rev. 2002, 182, 185.

ursprünglichen Erfüllungsanspruchs angesehen. Auch der Reformgesetzgeber liefert keine einheitliche Lösung für das Problem der Selbstvornahme. Bei der vorzeitigen Selbstvornahme ist die differenzierte Behandlung im Kauf- und Vertragsrecht noch nicht zufriedenstellend.

Als nahe liegende Umsetzung der aus dem deutschen Recht übernommenen Anspruchsdogmatik hat der chinesische Gesetzgeber in materiellrechtlicher Hinsicht den Erfüllungszwang - insbesondere aus Sicht des Gläubigers - vorgesehen.²⁹ Danach spielt der Erfüllungsanspruch und seine zwangsweise Durchsetzung im chinesischen Recht auch eine große Rolle. Nach Art. 577 Alt. 1 ZGB kann der Gläubiger bei der Vertragsverletzung noch die ursprüngliche Leistung *verlangen*. Anders als im deutschen Recht wird hier aber weiter zwischen Geld-Erfüllungsanspruch (vgl. Art. 579 ZGB) und Nicht-Geld-Erfüllungsanspruch (vgl. Art. 580 Abs. 1 ZGB) unterschieden, je nachdem, ob dieser der Unmöglichkeitregel unterliegt oder nicht. Dazu wird der Erfüllungsanspruch bei Vertragsverletzung als eine Form der Haftung für Vertragsverletzung ausgestaltet (sog. Weiter-Erfüllung). Dies hat zur Folge, dass der Gläubiger, der die fortgesetzte Leistung verlangt, in Bezug auf die Beweislast gegenüber der Geltendmachung anderer Rechtsbehelfe *bevorzugt* werden muss. Diese gesetzgeberische Entscheidung wird auch von anderem *Systemverlust* begleitet. Im Falle der mangelhaften Leistung wandelt sich der Erfüllungsanspruch weiter in den Nacherfüllungsanspruch. Dies wird im Art. 582 ZGB als Nachbesserung, Neuherstellung und Nachlieferung beschrieben. Grundsätzlich hat die Reparatur Vorrang vor der Ersatzlieferung und Neuanfertigung. Alle drei gehen im Prinzip der Preisminderung und Rückgabe der Ware vor. Die Frage der Selbstvornahme wird durch den neu eingeführten Art. 581 ZGB verallgemeinert. Da es noch an eindeutigen Übergangstatbeständen fehlt, wird die Behandlung der sog. vorzeitigen Selbstvornahme nicht eingehend diskutiert. In einem derartigen Fall kann der Gläubiger, der keine Vertragsaufhebung erklärt und selbst Abhilfemaßnahmen ergriffen hat, eine Vertragsverletzung begehen, und es gilt dann die Regel der beiderseitigen Vertragsverletzungen nach Art. 590 Abs. 1 ZGB.

II. Die Grenzen des Erfüllungsanspruches

Neben ihrer Bedeutung als eine eigene Form der Leistungsstörungen besteht die wichtigste Funktion der Unmöglichkeit darin, die Grenzen des ursprünglichen Leistungsanspruches zu umreißen.³⁰ Dies ist sowohl im deutschen Recht als auch im chinesischen Recht anerkannt. Im ZGB gibt es auch die Regelung über die Unmöglichkeit, nämlich die Regelung des Art. 580

²⁹ Im chinesischen Recht wird die Doppelfunktion des Erfüllungsanspruches auch bei der gesetzgeberischen Terminologie getrennt behandelt: Einerseits wird der Anspruch auf die Primärleistung meist im Rahmen der Leistungspflicht (Art. 509 Abs. 1 ZGB) betont; andererseits wird das Begehren des Gläubigers um fortgesetzte Befriedigung bei der Vertragsverletzung als „Weiter-Erfüllung“ (Art. 577 ZGB) bezeichnet, also als primäre Folge aufgrund der Vertragsverletzung angesehen.

³⁰ In diesem Zusammenhang lässt sich die Rechtsordnung, in der die Möglichkeit des Gläubigers, die ursprüngliche Leistung *verlangen* zu können, anerkannt wird, auch auf die Grenzen dieses Rechts reagieren muss, so dass das Regime der Unmöglichkeit benötigt wird, s. *Zimmermann*, *The Law of Obligations*, 1996, S. 809.

ZGB. Anders als § 275 BGB hat der chinesische Gesetzgeber hier aber bewusst entscheidet, die Unmöglichkeit lediglich als Grenze des Erfüllungsanspruches zu bedienen.³¹ Sie hat auch für den Schadensersatz statt der Leistung von Bedeutung, also wenn die Leistung unmöglich ist, so kann der Gläubiger selbstverständlich den Schadensersatz statt der Leistung verlangen, soweit es kein Entlastungsbegründe nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB oder Art. 590 ZGB besteht. Darüber hinaus sieht Art. 580 Abs. 1 Nr. 3 ZGB im Gegensatz zu § 275 Abs. 1-3 BGB vor, dass ein Gläubiger, der die Erfüllung nicht innerhalb einer angemessenen Frist verlangt, ebenfalls nicht auf Weiter-Erfüllung bestehen kann.

1. Gegenständlicher Unmöglichkeitsbegriff als Ausgangspunkt

Sowohl § 275 Abs. 1 BGB als auch Art. 580 Abs. 1 Nr. 1 ZGB gehen von dem sog. gegenständlichen Unmöglichkeitsbegriff aus. Hier entfällt das normative Element des Begriffs der Unmöglichkeit, der im deutschen Recht auch als echte Unmöglichkeit bezeichnet wird und eine inhärente Grenze des Leistungsanspruches darstellt. Es geht also um eine sachlogische Frage und lässt in der Regel keinen Raum für Wertungen. Dementsprechend kann eine Leistung entweder für den Schuldner oder für jedermann unmöglich sein, oder sie kann aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht erbracht werden.

2. Leistungsaufwand und Vertragserfüllung

In Fällen, in denen die Leistung mit unangemessenen Belastungen oder Aufwendungen verbunden ist, sieht die Rechtsordnung in der Regel auch den Ausschluss des Leistungsanspruches vor, was eine Interessenabwägung erfordert,³² um die Interessen beider Parteien auszugleichen³³ und damit die Ressourcenverschwendung zu vermeiden. Danach kann der Schuldner die Leistung auch nach § 275 Abs. 2 BGB verweigern, wenn zwischen dem Leistungsaufwand und dem Leistungsinteresse des Gläubigers ein grobes Missverhältnis besteht. Als eine aus der Unmöglichkeitsvorschrift abgeleitete Regelung³⁴ übernimmt sie zunächst den Gedanken der sog. „Opfergrenze“,³⁵ d. h. die Grenze der Anstrengungen des Schuldners, die ihm bei theoretisch überwindbaren Hindernissen zugemutet werden kann. Andererseits wird das Interesse des Gläubigers an der Leistung als Bezugspunkt herangezogen, wodurch es sich von der bloßen Leistungerschwerung unterscheidet, die vor allem von § 313 BGB behandelt wird. Der Einbeziehung des Vertretenmüssens³⁶ eröffnet

³¹ Zum gleichen Ergebnis in Bezug auf die Funktion der Unmöglichkeit der Leistung nach § 275 Abs. 1-3 BGB, vgl. nur BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 275 Rn. 8.

³² Für diejenigen, die glauben, dass eine solche Interessenabwägung nicht notwendig ist, um festzustellen, ob vom Schuldner eine sinnlose Anstrengung verlangt wird, vgl. Looschelders, SchuldR AT, 2022, § 21 Rn. 20.

³³ Für die Ansicht, dass eine solche Bestimmung einen Ausgleich zwischen den Interessen der Parteien schaffen soll, vgl. Liang, Huixing, Prof. Liang Huixing zum VertragsR, 1998, S. 138; ders., ZivilR durch Lesen des Gesetzes lernen, 2014, S. 193. Für die gleiche Ansicht, vgl. Han, Shiyuan, VertragsR AT, 42018, S. 770.

³⁴ BeckOGK BGB/Riehm, 1.7.2022, § 275 Rn. 216.

³⁵ PWW/Kramme, § 275 Rn. 18.

³⁶ Vgl. zur Bedeutung des Vertretenmüssens für die Begrenzung der Leistungspflicht Schwarze, LeistungsstörungenR, 32021, § 3 Rn. 6 ff.

einerseits die Möglichkeit, die Vorschrift auf vom Schuldner nicht zu vertretende Leistungshindernisse anzuwenden, und rückt andererseits die wirtschaftliche Bedeutung des Erfüllungsanspruches in den Vordergrund,³⁷ insbesondere den dahinterstehenden unterschiedlichen Risikoallokationsmechanismus³⁸ im Vergleich zu dem des Schadensersatzes.

Im chinesischen Recht ist die Regel des Ausschlusses des Sachleistungsanspruches, wenn die Kosten der Erfüllung übermäßig hoch sind, ebenfalls in Art. 580 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 ZGB festgelegt. Im Gegensatz zu § 275 Abs. 2 BGB, der die Interessen des Gläubigers als Bezugspunkt für die Abwägung der groben Unverhältnismäßigkeit heranzieht, stellt hier eher auf die Leistungskosten des Schuldners ab. Es ist aber allgemein anerkannt, dass ein Vergleich zwischen den Kosten des Schuldners für die Erfüllung und dem Interesse des Gläubigers an der Leistung vorzunehmen ist. Daher ist dies bei der Äquivalenzstörung ebenfalls nicht der Fall.

3. *Persönliche Unzumutbarkeit*

Wenn der Schuldner eine Leistung persönlich zu erbringen hat, und die Durchsetzung solcher Verpflichtung zu einem schwerwiegenden Eingriff in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit führen würde, wird dem Schuldner auch von dem Gesetzgeber eine Möglichkeit eingeräumt, von seiner Leistungspflicht befreit zu werden. Dieser Gedanke findet sich in § 275 Abs. 3 BGB und Art. 580 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 ZGB wieder.³⁹ Da eine solche Leistungsunmöglichkeit in „den persönlichen bezogenen Umständen des Schuldners“⁴⁰ wurzelt, wird sie auch dann als „persönliche Unzumutbarkeit“ bezeichnet.

III. Das Verhältnis von Erfüllungsanspruch und anderen Rechtsbehelfen

Im deutschen Recht gilt in Bezug auf das Verhältnis von Erfüllungsanspruch und andere *Rechtsbehelfe* der Grundsatz der Naturalerfüllung. Der Erfüllungsanspruch ist als *Primäranspruch* konzipiert, der sich unmittelbar aus dem Vertragsschluss ergibt und daher nicht an die Vertragsverletzung anknüpft. Danach können andere Rechtsbehelfe, die sich auf die Vertragsverletzung stützen, grundsätzlich erst nach Erschöpfung dieses Anspruches geltend gemacht werden. Eine zu starke Betonung der Bindungswirkung der Primärleistung wäre jedoch für einen Gläubiger, der selbst nicht vertragsbrüchig ist, zu belastend. Daher hat der deutsche Gesetzgeber eine Reihe von Tatbeständen geschaffen, die die *Transformation* des Primäranspruches in einen Sekundärrechtsbehelf ermöglichen. Die wichtigste davon ist -

³⁷ *Canaris*, JZ 2004, 214, 221, 223 f.

³⁸ *Ernst*, ZfPW 2021, 123, 128.

³⁹ Art. 580 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 ZGB bestimmt, wenn der Gegenstand der Verbindlichkeit zur zwangsweisen Durchsetzung ungeeignet ist, so kann der Gläubiger die Leistung nicht verlangen.

⁴⁰ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 130.

abgesehen von der Unmöglichkeit - ist die Setzung einer Nachfrist.⁴¹ Ihr Anwendungsbereich wird durch die Schuldrechtsreform erheblich erweitert. Insoweit ist die Struktur von Schadensersatz statt der Leistung und Rücktritt parallel aufgebaut. Als Rechtsfolge des Ablaufs der Nachfrist wird dem Gläubiger nun - anders als im alten Schuldrecht - das Recht eingeräumt, zwischen einem Erfüllungsverlangen und dessen Ablehnung zu wählen. Dadurch steht ihm die Option offen, entweder die ursprüngliche Leistung oder den Schadensersatz an ihrer Stelle zu verlangen. Darüber hinaus trifft der deutsche Gesetzgeber auch bei den sog. unvollständigen Leistungen⁴² eine Unterscheidung zwischen Teil- und Gesamtliquidation. Für Letztere gilt ein *zusätzliches* „Wesentlichkeitserfordernis“.⁴³

Im Unterschied zum deutschen Recht ist im chinesischen Recht - zumindest auf der Ebene des materiellen Rechts - vom Gesetzgeber keine eindeutige Regelung vorgesehen, nach der der Erfüllungsanspruch in andere Sekundärrechtsbehelfe umgewandelt werden kann. Zwar hat der chinesische Gesetzgeber die Anspruchsdogmatik übernommen, doch wird der ursprüngliche Anspruch, der sich unmittelbar aus dem Vertragsschluss ergibt, durch einen Weit-Erfüllungsanspruch im Stadium der Vertragsverletzung ersetzt. Es handelt sich also um einen Rechtsbehelf, der auf der Verletzung des Vertrages beruht. Ob dieser vor den anderen Rechtsbehelfen - außer der Vertragsaufhebung - bevorzugt wird, ist umstritten. Der Grund für die Ablehnung des generellen Vorranges der Weiter-Erfüllung lässt sich zunächst nur historisch erklären. Bei Nicht-Geldschulden wird der Anspruch des Gläubigers auf die Fortsetzung der Leistung durch die Unmöglichkeit eingeschränkt, aber diese Beschränkung stellt kein Indiz für den Vorrang dar. Das Fehlen einschlägiger Bestimmungen lässt das Verhältnis zwischen dem Anspruch auf Erfüllung und dem Schadensersatz statt der Leistung weiterhin offen.

C. Schadensersatz

I. Funktionen des Schadensersatzes

Gegenüber dem Erfüllungsanspruch wird Schadensersatz als der üblichere Rechtsbehelf angesehen.⁴⁴ Als Sanktion, die sich auf einer *zurechenbaren* Vertragsverletzung stützt, zielt sie in erster Linie darauf ab, den Schaden zu auszugleichen, der dem Gläubiger dadurch entstanden ist. Es geht daher nicht um die Gewinnabschöpfung. Ebenso wenig dient dieser der Bestrafung. In diesen Hinsichten stimmen das chinesische Recht weitgehend mit dem deutschen Recht überein: Beide verfolgen also dasselbe Ziel, nämlich den Geschädigten durch die Gewährung von Schadensersatz wegen Vertragsverletzung so weit wie möglich in den

⁴¹ Im deutschen Recht erfüllt das Institut der Nachfristsetzung vor allem zwei wichtige Funktionen: Zum einen stellt es eine grundsätzlich unverzichtbare Tatbestandsvoraussetzung bei der Geltendmachung sämtlicher sekundärer Rechtsbehelfe dar; zum anderen führt die Nachfristregelung auch zu einer Vorrangigkeit des Erfüllungsanspruches, d. h. der Gläubiger muss zuerst Erfüllung verlangen.

⁴² Vgl. zu diesem Begriff Soergel/Gsell, 2005, § 323 Rn. 6.

⁴³ Lorenz, FS Wolfsteiner, 2008, S. 121, 124 f., 126 ff., 132 ff.

⁴⁴ Huber, AcP 210 (2010), 319, 322.

Zustand zu versetzen, als wäre der Vertrag vollständig und ordnungsgemäß durchgeführt worden.

II. Arten des Schadensersatzes

1. Ausgangspunkt

Der Zustand der normalen Vertragserfüllung ist jedoch nur hypothetisch, und die Aufgabe der Rechtsordnung besteht daher darin, einen geeigneten Weg zu finden, um diese hypothetische Lage in angemessener Weise zu bewältigen.⁴⁵ Die eine Möglichkeit besteht darin, auf der Erfüllung der ursprünglichen Leistungspflicht zu bestehen und zugleich den während des Verzuges⁴⁶ erlittenen Schaden zu ersetzen,⁴⁷ die andere ist, auf den Versuch der Erfüllung ganz zu verzichten⁴⁸ und der nicht verletzenden Partei den entstandenen Schaden ausschließlich in Form der Geldentschädigung zu ersetzen.⁴⁹ Bei Schadensersatz wegen Vertragsverletzung soll daher zunächst geklärt werden, welche Art von „Schaden“ als solche in Betracht kommen kann.

Die Antwort auf diese Frage kann sich aber nicht auf rein konzeptionelle Überlegungen stützen, sondern erfordert die Festlegung und Abwägung verschiedener Bewertungsentscheidungen. Dies spiegelt sich im deutschen Recht deutlich wider, das für verschiedene Schadensarten vom Gesetzgeber unterschiedliche Voraussetzungen vorsieht, die jeweils eine eigene Funktion erfüllen, so dass diese im positiven Recht angelegte Regelung den Ausgangspunkt für eine dogmatische Analyse bildet. Danach hat der Reformgesetzgeber, wie sich aus den Bestimmungen der §§ 280-285 BGB ergibt, keinen allgemeinen und umfassenden Schadensersatzanspruch angenommen, vielmehr kommt es hier auf die Einteilung der Schadensarten an. Das Hauptanliegen ist es,⁵⁰ eine Über- oder Unterkompensation der Gläubiger zu verhindern.⁵¹ Diese Gefahr besteht aber von Anfang an, weil der Schadensersatz in der Außenwelt nur als Annäherung an die Leistung angesehen werden kann.⁵² Daher ist unabhängig davon, welche Aufteilung gewählt wird, eine möglichst weitgehende Kongruenz zwischen Schaden und Ersatz zu gewährleisten.

Im Mittelpunkt steht aber stets das Verhältnis zwischen Schadensersatz und Erfüllungsanspruch.⁵³ Ausgehend davon wird Art. 584 ZGB zur Kernvorschrift des

⁴⁵ Ebenso Xu, *Defeng*, Peking U. L. Rev. 2005, 688, 689.

⁴⁶ Hier: Verzug im objektiven Sinn.

⁴⁷ Vgl. näher Huber, *Leistungsstörungen II*, 1999, § 30 I (S. 4 ff.).

⁴⁸ Dies kommt in § 281 Abs. 4 BGB deutlich zum Ausdruck.

⁴⁹ Wann der Gläubiger den ursprünglichen Schuldenplan aufgeben und den Vertrag auf dem Wege des Schadensersatzes liquidieren darf, unterliegt rechtspolitischen Gesichtspunkten, die in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich festgelegt sein können.

⁵⁰ Neben der Sicherung des Erfüllungsvorrangs.

⁵¹ Vgl. näher BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 280 Rn. 207.

⁵² Ebenso Unberath, *Die Vertragsverletzung*, 2007, S. 201 f.

⁵³ In einer Rechtsordnung, die grundsätzlich nur Schadensersatz als Rechtsbehelf wegen Vertragsverletzung kennt, besteht es keinen Bedarf, das Verhältnis zwischen Schadensersatz und Leistungsanspruch im materialen Recht zu behandeln. Wenn eine Rechtsordnung dagegen dem Gläubiger grundsätzlich zwei Wege eröffnet,

chinesischen Rechts in Bezug auf die Art des Schadens. Allerdings besitzt diese Bestimmung nur klarstellenden Charakter: Mit ihr sollte nur geklärt werden, dass der Schaden, der dem Gläubiger durch die Vertragsverletzung des Schuldners entstanden ist, in vollem Umfang ausgeglichen wird, insbesondere dann, wenn der Schaden noch durch weitere Erfüllung nicht beseitigt werden kann. Allein aus dieser Bestimmung kann aber kein weiterer teleologischer Gehalt abgeleitet werden.

2. Der „statt der Leistung“ begehrte Schadensersatz

Aufgrund seines ausschließenden Charakters gegenüber dem Erfüllungsanspruch wird der Schadensersatz statt der Leistung zunächst vom BGB-Gesetzgeber als eine eigenständige Rechtsfigur konstruiert.⁵⁴ Es handelt sich um den Ausgleich von Schäden, die durch die weitere Leistung noch ausgeglichen werden können. Es geht also um die Frage, *wann* das *Erfüllungsinteresse* im Wege der Substitution der Leistung zu befriedigen ist, wodurch dem Schuldner ab diesem Zeitpunkt eine zweite Chance zur Andienung genommen wird. Hinsichtlich der dogmatischen Grundlage hat der Reformgesetzgeber eine weitere Unterscheidung getroffen, nämlich die Regelungen der §§ 281-283 und 311a Abs. 2 BGB. Mit der letztgenannten Bestimmung soll klargestellt werden, dass im Falle der anfänglichen Unmöglichkeit noch die Gewährung des Anspruches auf das positive Interesse in Betracht kommen kann. Die Wirkung des Schadensersatzes statt der Leistung ergibt sich vor allem aus § 281 Abs. 4 und 5 BGB, wonach eine Ersatzleistung an die Stelle der Primärleistung tritt und die Wirkung einer Vertragsauflösung hat. In einem solchen Fall kann der Gläubiger auch den noch ausstehenden Teil der Leistung liquidieren, d. h. den sog. „kleinen“ Schadensersatz einfordern.

Im chinesischen Recht kommen die obigen Erwägungen nur *teilweise* durch die Bestimmungen der Art. 577 und 583 ZGB zum Ausdruck, die auch eine Grundlage für Schadensersatz statt der Leistung und in Verbindung mit der Leistung bilden, aber - anders als im deutschen Recht - hat der ZGB-Gesetzgeber keine zusätzlichen Übergangstatbestände⁵⁵ für Schadensersatz statt der Leistung vorgesehen.⁵⁶ Auch die Stimmigkeit der Rechtsfolge zwischen diesem Schadensersatz und der Vertragsaufhebung wird vom chinesischen Gesetzgeber nicht erkannt.

nämlich Erfüllungsanspruch einerseits und Schadensersatz statt der Leistung andererseits, dann muss deren Verhältnis auch im materiellrechtlichen Ebene behandelt werden, s. auch *Jakobs*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S. 170.

⁵⁴ Vgl. zuletzt umfassend *Schroeter*, AcP 220 (2020), 234 ff.

⁵⁵ Vgl. aber Art. 581 ZGB.

⁵⁶ Zur *schwachen* theoretischen Bedeutung der Typisierung von Schadensersatz auf der Grundlage der Bestimmungen der Art. 577 und 583 ZGB, vgl. oben S. 184 Fn. 33.

3. *Schadenersatz wegen Verzögerung der Leistung*

Der Zweck des Schadenersatzes für Verzögerung der Leistung ist der Ausgleich desjenigen Teils des Leistungsinteresses des Gläubigers, der durch die fortgesetzte Leistung des Schuldners noch nicht befriedigt werden kann. Inhaltlich richtet er sich also an das Interesse des Gläubigers an der rechtzeitigen Leistung. Er kann auch im Zusammenhang mit der späteren Leistung oder Ersatzleistung geltend gemacht werden kann. Die Trennung zwischen diesem und dem Schadenersatz wegen Nichterfüllung ist aber ein Sonderweg des deutschen Rechts.⁵⁷ Die Besonderheit dieser Art von Schadenersatz besteht darin, dass dieser auf dem besonderen Tatbestand des Schuldnerverzugs beruht (vgl. § 286 BGB). Insbesondere wenn der Zeitpunkt der Leistung noch nicht feststeht, ist eine Mahnung durch den Gläubiger erforderlich.

Im Unterschied dazu enthält das ZGB keine besondere Anspruchsgrundlage für diese Art von Schadenersatz. Dies hängt eng mit der Tatsache zusammen, dass im chinesischen Recht auf Ebene der Vertragsverletzung dem Leistungsverzug keinen zusätzlichen Tatbestand verleiht. Die Rechtslage - ohne Berücksichtigung des Verschuldensfaktors - nach dem hier zugrunde gelegten Fälligkeitsbegriff unterscheidet sich jedoch nicht von der Rechtslage im deutschen Recht.

4. *Ersatz des stellvertretenden Commodum*

Der Schuldner kann aufgrund der Umstände, die zu seiner Leistungsbefreiung geführt haben, auch einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangen.⁵⁸ Da in diesem Fall der Schuldgegenstand bereits durch das Schuldverhältnis wirtschaftlich dem Vermögen des Gläubigers zugeordnet war, der dahinterstehende wirtschaftliche Wert also nicht mehr dem Schuldner gehört, gibt § 285 Abs. 1 BGB dem Gläubiger das Recht, Herausgabe dieses „Surrogats“ zu fordern.⁵⁹ Im chinesischen Vertragsrecht gibt es keine vergleichbare Bestimmung. In der Praxis kann der Gläubiger jedoch, insbesondere beim Doppelverkauf, auch den Gewinn des Schuldners anstelle des ihm tatsächlich erlittenen Schadens geltend machen. Diese Art der Schadensberechnung wird noch nicht zu einer allgemeinen Regel verfeinert, sondern gilt nur für den Einzelfall.

III. Haftungszurechnung und -befreiung

Im deutschen Recht setzt der Schadenersatz gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB neben der Pflichtverletzung auch voraus, dass die Verletzung dem Schuldner zuzurechnen ist.⁶⁰ Die Frage, was dem Schuldner zuzurechnen ist, bestimmt sich in erster Linie nach der besonderen

⁵⁷ Harke, Schuldnerverzug, 2006, S. 136.

⁵⁸ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 144.

⁵⁹ Medicus/Lorenz, SchuldR AT, 222021, § 35 Rn. 1.

⁶⁰ Durch dieses Erfordernis wird dem Schuldner die Leistungsstörung, die er begangen hat, *zugerechnet*, s. dazu MüKoBGB/Ernst, 2022, § 280 Rn. 24.

Vereinbarung der Parteien oder nach einer besonderen gesetzlichen Vorschrift. Dabei ist insbesondere die Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu berücksichtigen. Fehlt es aber an diesen, so kommt es gem. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB dann auf das Verschulden - bezogen auf das Fehlverhalten des Schuldners - an.⁶¹ Dadurch wird das Prinzip der Verschuldenshaftung festgelegt. Zu beachten ist auch, dass der Reformgesetzgeber die Zurechenbarkeit des anfänglichen Hindernisses in § 311a Abs. 2 BGB anders konstruiert hat als in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, indem die Entlastung des Schuldners davon abhängt, ob er zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses das Leistungshindernis kannte oder hätte kennen müssen. Schließlich haftet der Schuldner gem. § 278 ZGB auch für das Verschulden seiner Hilfsperson im Rahmen der Verschuldenshaftung.

Anders als das deutsche Recht geht das chinesische Recht in Art. 577 ZGB von dem Garantiehaftungsprinzip aus. Gegenüber den früheren Bestimmungen - insbesondere vor dem VG - haben sich das Zurechnungsprinzip für Schadensersatz wegen Vertragsverletzung im chinesischen Recht vom Verschuldensprinzip, das vom deutschen Recht geprägt war, zum Prinzip der Garantiehaftung gewandelt. Als Relikt dieser Tradition enthält das ZGB aber auch eine Reihe von Bestimmungen zur Verschuldenshaftung. Ebenso reicht in der Praxis das bloße Ausbleiben der Leistung für die Begründung der Schadensersatzpflicht noch nicht aus, vielmehr wird das Gericht *stets* die Gründe dafür hinterfragen, was zwangsläufig eine Bewertung des Fehlverhaltens des Schuldners erfordert, womit das Paradigma der *Verschuldensprüfung* auch weitgehend beibehalten wird. Der vorgenannte Wechsel dient vor allem der Angleichung an internationale Standards. Demzufolge hat der chinesische Gesetzgeber in Art. 590 Abs. 1 ZGB einen Mechanismus geschaffen, der den Schuldner nur dann von seiner Haftung befreit, wenn die Leistung aufgrund höherer Gewalt nicht erbracht werden kann. Als höhere Gewalt nach der Definition des Art. 180 Abs. 2 ZGB gilt ein objektiver Umstand, den der Schuldner nicht vorhersehen, nicht vermeiden und nicht überwinden konnte. Daneben setzt die dogmatische Analyse des Art. 590 Abs. 1 ZGB auch die *Verknüpfung* zwischen höherer Gewalt und Unmöglichkeit der Leistung voraus. Ob der Monismus der ursprünglichen Leistungs- und Schadensersatzforderung in Bezug auf ihre Schicksale tatsächlich begriffen und vollzogen wird, bleibt noch offen. Im Übrigen hat der chinesische Gesetzgeber mit Art. 593 ZGB eine Zurechnungsnorm festgelegt, nach der der Schuldner für Dritte haften muss. Der Umfang der Dritten wird - obwohl in dem Gesetz nicht ausdrücklich beschrieben - überwiegend im Zusammenhang mit den Erfüllungsgehilfen behandelt, was dem deutschen Recht entspricht. Die Grundzüge für ihre Einbeziehung in den Rahmen der verschuldensunabhängigen Haftung ist noch unklar.

⁶¹ Die Einbeziehung des Verschuldens als Grund der Zurechnung stellt also eine Ausprägung des Verschuldensgedankens dar.

IV. Inhalt und Umfang des Schadensersatzes

1. Ausgangspunkt

Als Schadensersatz wird dem Gläubiger der Wert der Leistung zugesprochen, den er bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages erhalten hätte. Im deutschen Recht gelten für Inhalt und Umfang des Schadensersatzes wegen Vertragsverletzung die allgemeinen Vorschriften der §§ 249 bis 255 BGB. Ausgehend von der Differenzialhypothese hat der deutsche Gesetzgeber daher den Grundsatz der vollen Schadenskompensation aufgestellt, d. h. der Geschädigte hat alle Nachteile zu ersetzen, die durch das schadensbegründende Ereignis verursacht werden, wobei die Grenze des zu ersetzenden Schadens erst auf der Ebene des Kausalzusammenhangs zwischen beiden, also die haftungsausfüllende Kausalität, zu ziehen ist. Dazu wird der Umfang des Schadensersatzes durch die Regeln des Mitverschuldens (vgl. § 254 BGB) und der Vorteilsausgleichung begrenzt. Die Vorhersehbarkeit des Schadens bleibt hingegen unberücksichtigt.⁶² Was die Art des Ausgleichs anbelangt, so ist die Naturalrestitution der Grundsatz. Diese Vorgehensweise ist jedoch nur dann von begrenzter Bedeutung, wenn es sich um den Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 281-283 und 311a Abs. 2 BGB handelt.

Im chinesischen Recht ist die Ersatzfähigkeit von Schäden nach Art. 584 ZGB⁶³ zunächst an deren Vorhersehbarkeit geknüpft, um einerseits das Garantiehaftungsprinzip abzumildern und andererseits die Parteien dazu anzuhalten, bei Vertragsabschluss hinreichende Informationen auszutauschen, um Schäden im Voraus zu vermeiden. Dazu gehören neben den Nichterfüllungsschäden auch die Folgeschäden, die durch die weitere Erfüllung noch nicht beseitigt werden können (Art. 583 ZGB). Im letztgenannten Fall ist auch der Verzugsschaden eingeschlossen. Zudem gelten für den Schadensersatz auch die Regeln des Mitverschuldens (vgl. Art. 592 Abs. 2 ZGB), der Schadensminderungspflicht (vgl. Art. 591 ZGB) und der Vorteilsausgleichung.

2. Entgangener Gewinn

Sowohl im deutschen als auch im chinesischen Recht umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn (vgl. § 252 S. 1 BGB, Art. 584 Hs. 1 ZGB). Allgemein anerkannt ist auch, dass die bloße Chance auf Gewinnerwerb keine Entschädigung rechtfertigen kann, vielmehr muss diese eine gewisse „Möglichkeit“ haben. In diesem Zusammenhang wird im chinesischen Recht also ein strengeres Erfordernis, nämlich die Gewissheit, aufgestellt, als das im deutschen Recht festgelegte Kriterium der Wahrscheinlichkeit (vgl. § 252 S. 2 BGB). Das Fehlen einer dem § 252 S. 2 BGB vergleichbaren Regelung führt dazu, dass der

⁶² *Huber*, Leistungsstörungen II, 1999, § 39 I 2 (S. 265).

⁶³ In Art. 584 ZGB wird festgelegt, dass die Höhe des Schadensersatzes dem durch die Vertragsverletzung verursachten Verlust entspricht, was ebenfalls als Grundsatz der vollständigen Entschädigung verstanden wird, allerdings unter dem Vorbehalt der Vorhersehbarkeit.

Gläubiger, der nach chinesischem Recht Ersatz für entgangene Gewinne verlangt, eine höhere Beweislast zu tragen hat.

3. *Frustrierte Aufwendungen*

Die Ersatzfähigkeit von frustrierten Aufwendungen ist sowohl im deutschen als auch im chinesischen Recht anerkannt. Im deutschen Recht wurde dies bisher im Rahmen der sog. Rentabilitätsvermutung behandelt, ist nun in § 284 BGB ausdrücklich vorgesehen. Im chinesischen Recht gibt es zwar keine dem § 284 BGB vergleichbarer Regelung, aber der in Art. 577 Alt. 2 ZGB verankerte Schadensersatz umfasst als *Alternative* des Anspruches auf das Erfüllungsinteresse auch den Ersatz von Vertrauensschäden.

V. Schadensberechnung

Hinzu kommt, dass sowohl das deutsche als auch das chinesische Recht es dem Gläubiger erlauben, seinen Schaden konkret oder abstrakt zu berechnen. Im letzteren Fall erfolgt die Berechnung des Schadensersatzes auf der Grundlage des Vorhandenseins des Markts und des Marktwerts des Leistungsgegenstandes. Die Etablierung der Marktwirtschaft in China hat dies ermöglicht. Bei gegenseitigen Verträgen ist das Schicksal der eigenen Gegenleistung des Gläubigers bei der Berechnung des Schadens noch zu berücksichtigen. Daher kann der Gläubiger den von ihm erlittenen Schaden nach seiner Wahl im Wege der Differenz- oder Surrogationsmethode liquidieren. Zudem stellt sich im deutschen Recht auch die Frage nach der sog. Äquivalenzvermutung und der Rentabilitätsvermutung. Diese Problemfelder sind im chinesischen Recht noch nicht hinreichend thematisiert worden. In der Praxis werden diese oft auf *instrumentelle* Weise entschieden.

D. Vertragsaufhebung wegen Vertragsverletzung

I. Vertragsaufhebung als Rechtsbehelf wegen Vertragsverletzung

Als Rechtsbehelf bei der Vertragsverletzung betrifft Vertragsaufhebung auf das Recht des Gläubigers, von seiner eigenen *Gegenleistung* befreit zu werden, wenn seine Interessen erheblich beeinträchtigt sind. Die Frage nach dem Schicksal der Gegenleistungspflicht stellt sich also dann nur bei den gegenseitigen Verträgen (vgl. §§ 320-326 BGB).⁶⁴ Um die Entscheidungsfreiheit des Gläubigers zu stärken, hat der deutsche Gesetzgeber die Vertragsbefreiung als *Gestaltungsrecht* ausgestaltet. Diese Ausgestaltung ist auch vom chinesischen Recht übernommen worden. Anders als die Bestimmungen der Art. 525-528 ZGB ist der Anwendungsbereich des Art. 563 Abs. 1 ZGB seinem Wortlaut nach aber nicht auf gegenseitige Verträge beschränkt, was bedeutet, dass es grundsätzlich auf alle Arten von Verträgen angewendet werden kann.⁶⁵ Häufig wird noch der innere funktionale

⁶⁴ Vgl. Regierungsbegründung zum SMG. BT-Drs. 14/6040, S. 183.

⁶⁵ Für einen klaren und gut begründeten Einwand dagegen, vgl. *Han, Shiyuan*, VertragsR AT, 42018, S. 650 ff.

Zusammenhang zwischen Art. 563 Abs. 1 ZGB und Art. 525-528 ZGB betont. Dazu halten sowohl das deutsche als auch das chinesische Recht fest, dass eine Vertragsaufhebung einen Schadensersatzanspruch nicht verhindert, d. h. beide können nebeneinander bestehen.

II. Voraussetzungen der Vertragsaufhebung

1. *Unmöglichkeit*

Bei der Gewährung der Vertragsaufhebung ist eine besondere Handhabung im Falle der Unmöglichkeit erforderlich. Denn in einem solchen Fall hat der Gläubiger keine andere Option als - zumindest in Bezug auf den unerfüllbaren Teil - den Vertrag zu stornieren. So sieht § 326 Abs. 1 BGB vor, dass im Falle der Unmöglichkeit der Leistung einer Partei die Gegenleistung der anderen Partei *automatisch* erlischt. Denn im Falle eines gegenseitigen Vertrages zwischen Leistung und Gegenleistung eine wechselseitige Abhängigkeit besteht. Davon hat der deutsche Gesetzgeber aber auch einige Ausnahmen vorgesehen.

Im chinesischen Recht werden nur die Fälle besonders berücksichtigt, in denen der Vertragszweck aufgrund höherer Gewalt nicht erreicht werden kann (vgl. Art. 562 Abs. 1 Nr. 1 ZGB). Im Vergleich zur Vertragsaufhebung aufgrund anderer Arten von Vertragsverletzungen ergibt sich hier aber keine Besonderheit. Die Grundsätze und Ausnahmen für die Verteilung der Gegenleistungsgefahr, wie in § 326 BGB, sind nicht festgelegt. Folglich muss das Verhältnis zwischen Gefahrtragung und Beendigung des Vertrages noch geklärt werden.

2. *Nachfristmodell*

Bei der Konstruktion des der Befreiung vom Vertrag hat der deutsche Gesetzgeber neben der Unmöglichkeit der Leistung auch das sog. „Nachfristmodell“ entwickelt.⁶⁶ Da hier noch die Möglichkeit zur Leistung besteht, sollte sich die Gewährung der Befreiungsmöglichkeit vom Vertrag an der Art und dem Ausmaß *der Beeinträchtigung des Gläubigerinteresses* orientieren.⁶⁷ Der Kerngedanke des Nachfristmodells besteht also darin, die Vertragsbindung so weit wie möglich auszuschöpfen. Dies hat der deutsche Gesetzgeber bei der Schuldrechtsreform in vollem Umfang berücksichtigt, indem er sie zu einem allgemeinen, für alle Leistungshindernisse geltenden Tatbestand erhoben hat. Im Gegensatz dazu erkennt der chinesische Gesetzgeber dies weiterhin nur in begrenztem Umfang an.

3. *Wesentliche Vertragsverletzung*

Im Gegensatz zum oben erwähnten Modell der Nachfrist hat der chinesische Gesetzgeber das Modell der grundlegenden Vertragsverletzung weitgehend übernommen. Aus dogmatischer

⁶⁶ So ein „Exportschlager“ des deutschen Rechts, s. dazu *Lorenz*, FS Wolfsteiner, 2008, S. 121, 123 f.

⁶⁷ *Canaris*, FS Kropholler, 2008, S. 3, 8.

Sicht scheint die Bezugnahme auf die Nichterreichung des Vertragszwecks⁶⁸ den Anschein größerer Präzisierung zu erwecken als eine wesentliche Vertragsverletzung, was jedoch nicht darüber hinwegtäuscht, dass der Vertragszweck selbst immer noch ein unbestimmter Begriff ist. In der Praxis wird also vom Richter eine Abwägung zwischen dem Ausmaß der Beeinträchtigung der Interessen des Gläubigers und den Gründen für den Verstoß vorgenommen.

III. Folgen der Vertragsaufhebung

Was die Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung angeht, so geht das deutsche Recht von der sogenannten Rückgewährschuldverhältnisses aus: Der Rücktritt führt also nicht zum Erlöschen des Vertragsverhältnisses, sondern zu dessen Umgestaltung in ein Rückabwicklungsverhältnisses. Demnach entfallen die Leistungspflichten aus dem Vertrag für die Zukunft, wenn sie noch nicht erfüllt sind; wenn sie bereits erbracht sind, so ist nach § 346 Abs. 1 BGB zurückzugewähren. Dabei muss ein Rückgewährschuldner, der eine Leistung erhalten hat, nicht nur die Leistung selbst zurückgewähren, sondern auch die zwischenzeitlich gezogenen Nutzungen herausgeben. Die erhaltenen Leistungen sind auch in Natur zurückzugewähren. Wenn dies nicht oder nicht in unverändertem Zustand zurückgegeben werden kann, dann ist der Rückgewährschuldner nach § 346 Abs. 2 BGB zum Wertersatz verpflichtet. Diese Verpflichtung ist jedoch in den in § 346 Abs. 3 S. 1 BGB vorgesehenen Fällen erloschen. Außerdem muss die sich daraus ergebende Rückgabepflicht gem. § 348 BGB Zug um Zug erfüllt werden.

Im chinesischen Recht ist die Erfüllung eines Vertrages auch beendet, wenn dieser nach seiner Aufhebung noch nicht erfüllt worden ist; ist dieser dagegen bereits erfüllt worden, so können beide Parteien aufgrund der Umstände der Erfüllung und der Natur des Vertrages die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands fordern oder andere Maßnahmen zur Abhilfe ergreifen (Art. 566 Abs. 1 ZGB). Daneben sind sie auch berechtigt, den Ersatz des Schadens zu fordern. Nach Art. 567 ZGB berührt die *Beendigung* der Rechte und Pflichten des Vertrages ferner nicht die Wirksamkeit der Verrechnungs- und Abrechnungsklauseln des betreffenden Vertrages. Dementsprechend bewirkt die Vertragsaufhebung nur das Erlöschen der Leistungspflichten der Parteien; dies bedeutet ebenfalls nicht die Beseitigung des Vertrages, vielmehr bleibt der Vertrag als *Rahmen*⁶⁹ weiter bestehen.

⁶⁸ Ein Paradigma, das geht vor allem zurück auf *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, 1964, S. 495 ff.

⁶⁹ In Anlehnung an *Leser*, in: Schlechtriem (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, 1987, S. 225, 238.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas*, Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers, JZ 2002, S. 378-385.
- , Der Schutz des negativen Interesses 2007.
- , Schadensersatz statt der Leistung: Grundlagen und Grenzen, JuS 2012, S. 865-873.
- Ahl, Björn*, Bestimmungen des Obersten Volksgerichts über die Justizauslegung, ZChinR 2007, 322-327.
- , Die Justizauslegung durch das Oberste Volksgericht der VR China-Eine Analyse der neuen Bestimmungen des Jahres 2007, ZChinR 2007, S. 251-258.
- Altmeppen, Holger*, Nochmals Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB 2001, S. 1821-1824.
- , Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf, DB 2001, S. 1399-1405.
- Arnold, Arnd*, Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform, JZ 2002, S. 866-871.
- Bach, Ivo*, Leistungshindernisse, Tübingen 2017.
- Ballerstedt, Kurt*, Zur Lehre vom Gattungskauf, in: Dietz, Rolf/Hueck, Alfred/Reinhardt, Rudolf (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey, 1955 (zit. *Ballerstedt*, FS Nipperdey).
- Bassler, Moritz/Büchler, Philipp*, Die Reform des Rücktrittsrechts Anlass für eine überfällige Neujustierung der Fristsetzungsdogmatik, AcP 214 (2014), S. 888.
- Baumgärtel, Gottfried/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hanns* (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, 4. Aufl., Köln u.a. 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Beweislast-HdB).
- Binding, Jörg/Pißler, Knut Benjamin/Xu, Lan*, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, Frankfurt am Main 2016.
- Bosch, Friedrich Wilhelm/Habscheid, Walther J.*, Vertragspflicht und Gewissenskonflikt, JZ 1954, S. 213-216.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeines Schuldrecht 2022.
- Bu, Yuanshi*, Die Kodifikation des chinesischen Zivilgesetzbuches - ausgewählte Fragen, ZChinR 2017, S. 183-202.
- , Hintergrund, Bestandsaufnahme und Anmerkungen zum BT ZGB - mit dem Vertrags- und Erbrecht im Fokus, in: dies. (Hrsg.), Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation - Berichte zum ersten und zweiten offiziellen Entwurf, Tübingen 2019, S. 3-43.
- Burrows, Andrew*, Remedies for Torts, Breach of Contract, and Equitable Wrongs 2019.

- Canaris, Claus-Wilhelm*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., Berlin 1983.
- , Theorienrezeption und Theorienstruktur, in: Leser, Hans Georg/Isomura, Tamotsu (Hrsg.), Wege zum japanischen Recht - Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag am 5. April 1992, Berlin 1992, S. 59-94 (zit. *ders.*, FS Kitagawa).
 - , Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, S. 329-336.
 - , Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 499-524.
 - , Schadenersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB 2001, S. 1815-1821.
 - , Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen, in: Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S. 43-66 (zit. *ders.*, SchuldRRreform).
 - , Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht des BGB, in: Fleischer, Holger/Frey, Kasper u.a. (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 3-33 (zit. *ders.*, FS Wiedemann).
 - , Einführung, in: *ders.* (Hrsg.), Schuldrechtsreform 2002, München 2002.
 - , Begriff und Tatbestand des Verzögerungsschadens im neuen Leistungsstörungenrecht - beck-online, ZIP 2003, S. 321-327.
 - , Die AGB-rechtliche Leitbildfunktion des neuen Leistungsstörungenrechts, in: Habersack, Mathias/Hommelhoff, Peter u.a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, Berlin 2003, S. 1073-1096 (zit. *ders.*, FS Ulmer).
 - , Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, S. 831-838.
 - , Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts - Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, in: Lorenz, Egon (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, Karlsruhe 2003, S. 5-100 (zit. *ders.*, Karlsruher Forum 2002).
 - , Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 2 BGB beim Stückkauf, JZ 2004, S. 214-225.
 - , Die von beiden Parteien zu vertretende Unmöglichkeit, in: Wandt, Manfred (Hrsg.), Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts - Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 2004, S. 147-182 (zit. *ders.*, FS E. Lorenz).
 - , Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB, in: Bucher, Eugen/Canaris, Claus-Wilhelm u.a.

- (Hrsg.), Norm und Wirkung - Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive; Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 179-254 (zit. *ders.*, FS Wiegand).
- , Grundlagen und Rechtsfolgen der Haftung für anfängliche Unmöglichkeit nach § 311a Abs. 2 BGB, in: Lorenz, Stephan/Trunk, Alexander u.a. (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 11-38 (zit. *ders.*, FS Heldrich).
 - , Die einstweilige Unmöglichkeit der Leistung, in: Baums, Theodor/Lutter, Marcus u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber Zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 143-163 (zit. *ders.*, FS U. Huber).
 - , Die Bedeutung des Übergangs der Gegenleistungsgefahr im Rahmen von § 243 II BGB und § 275 II BGB, JuS 2007, S. 793-798.
 - , Der Vertrag mit ersetzbarer Primärleistung als eigenständige Rechtsfigur und die Zentralprobleme seiner Ausgestaltung, in: Aderhold, Lutz/Grunewald, Barbara u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S. 137-160 (zit. *ders.*, FS H.P. Westermann).
 - , Teleologie und Systematik der Rücktrittsrechte nach dem BGB, in: Baetge, Dietmar/Hein, Jan von/Hinden, Michael von (Hrsg.), Die richtige Ordnung - Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, Tübingen 2008, S. 3-22 (zit. *ders.*, FS Kropholler).
 - , Die Bedeutung des Kriteriums der Unteilbarkeit der Leistung oder der Gegenleistung im modernisierten Leistungsstörungsrecht, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian u.a. (Hrsg.), Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts - Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, Köln 2009, S. 17-41 (zit. *ders.*, 2. FS Medicus).
 - , Die Problematik der Minderung beim Dienstvertrag, in: Bitter, Georg/Lutter, Marcus u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 177-197 (zit. *ders.*, FS K. Schmidt).
 - , Gläubigerverzug und Unmöglichkeit, in: Prölss, Jürgen/Armbrüster, Christian (Hrsg.), Recht genau - Liber amicorum für Jürgen Prölss zum 70. Geburtstag, München 2009, S. 21-45 (zit. *ders.*, FS Prölss).
 - , Das Leistungsverweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit der Leistung in einer Kollisions- oder Konfliktslage nach deutschem Recht, in: Giorgi, Maria Vita de/Delle Monache, Stefano/Cristofaro, Giovanni de (Hrsg.), Studi in onore di Giorgio Cian, Padova 2010, S. 383-412 (zit. *ders.*, FS Cian).
 - , Der Einfluss der Leistung auf den Verzug des Schuldners, in: Grundmann, Stefan/Haar, Brigitte u.a. (Hrsg.), Unternehmen, Markt und Verantwortung - Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Berlin, New York 2010, S. 47-60 (zit. *ders.*, FS Hopt).

- , Der Fortbestand des Anspruchs auf die Gegenleistung nach § 326 Abs. 2 BGB wegen Verantwortlichkeit des Gläubigers, in: Lobinger, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Eduard Picker - zum 70. Geburtstag, Tübingen 2010, S. 113-137 (zit. *ders.*, FS Picker).
- , Grundprobleme des Schuldnerverzugs nach dem BGB, in: Apathy, Peter/Bollenberger, Raimund u.a. (Hrsg.), Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag, Wien 2010, S. 45-75 (zit. *ders.*, FS Koziol).
- Chen, Lingyun*, Zur Verteilung des von der vertragsbrüchigen Partei erzielten Gewinns (论违约方获益之归属), *Sci. L.* 2018, S. 137-145.
- Cheng, Tan*, Die Einschränkung des Erfüllungsanspruches durch Schadensminderungspflicht (减损义务对履行请求权的限制及其路径 - ein Weg zur Bewältigung der „Vertrags-Pattsituation“ (破解合同僵局的一种思路), *Peking U. L. J.* 2021, S. 888-907.
- Chi, Ying*, Verschulden bei Vertragsverhandlungen im chinesischen Recht, Hamburg 2005.
- Cui, Jianyuan*, Die dogmatische Einordnung der Sachmängelleistung (物的瑕疵担保责任的定性及定位), *Chin. Legal Sci.* 2006, S. 32-43.
- , Zu den allgemeinen Voraussetzungen für die gesetzliche Aufhebung eines Vertrags (合同一般法定解除条件探微), *Sci. L.* 2011, S. 121-128.
- , Die dogmatische Einordnung von Warenrückgabe und Preisminderung (退货、减少价款的定性及定位), *Sci. L.* 2012, S. 93-98.
- , Kritik zur Vermittlungstheorie der Aufhebungserfolge (解除效果折衷说之评论), *Chin. J. L.* 2012, S. 52-70.
- , Zum Vertragszweck und seiner Nichterreicherung (论合同目的及其不能实现), *Jilin University Journal Social Sciences Edition* 2015, S. 40-50.
- , Vertragsrecht (合同法), 4. Aufl., Beijing 2021 (zit. *Cui, Jianyuan*, *VertragsR*).
- , Analyse der Haftung für Vertragsverletzungen (违约责任探微), *RRL* 2022, S. 18-34.
- , Die Stellung der Kausalität bei der Haftung für Vertragsverletzungen und die Entwicklung der Kausalitätslehre (因果关系在违约责任中的地位及其学说演变), *JHAJ* 2022, S. 155-165.
- Dauner-Lieb, Barbara*, Im Labyrinth der Pflichtverletzungen - Schadensersatz bei Schlechtleistung, in: Dauner-Lieb, Barbara/Hommelhoff, Peter u.a. (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 63-83 (zit. *Dauner-Lieb*, FS Konzen).
- , Zur Reichweite des Vorrangs der (Nach-)Erfüllung beim Kauf - wundersame Vermehrung der Nachfristsetzungen gem. §§ 281, 323 BGB?, in: Heldrich, Andreas/Pröls, Jürgen/Koller, Ingo (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 1, München 2007, S. 143-163 (zit. *dies.*, FS Canaris, Bd. 1).

- , Schadensersatz statt der Leistung - Wider den effizienten Vertragsbruch!, in: Danzl, Karl-Heinz/Dauner-Lieb, Barbara/Wittwer, Alexander (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht - Festschrift für Christian Huber zum 65. Geburtstag, München 2020, S. 97-117 (zit. *dies.*, FS C. Huber).
- Dauner-Lieb, Barbara/Dötsch, Wolfgang*, Schuldrechtsreform Haftungsgefahren für Zwischenhändler nach neuem Recht, DB 2001, S. 2535-2540.
- Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Ring, Gerhard* (Hrsg.), NomosKommentar BGB, 4. Aufl., Bonn 2021 (zit. NK-BGB/Bearbeiter).
- Dedek, Helge*, Die Konsumtion des § 283 a.F. BGB durch § 281 BGB, in: Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis - Akzente, Brennpunkte, Ausblick, Köln 2003, S. 183-202 (zit. *Dedek*, Neues SchuldR).
- Derleder, Peter/Zänker, Leif*, Der ungeduldige Gläubiger und das neue Leistungsstörungenrecht - Das Verhältnis von Fristsetzung, Schadensersatzverlangen und Rücktritt, NJW 2003, S. 2777-2783.
- Ding, Yijie/Leibkühler, Peter/Klages, Nils/Pißler, Knut Benjamin*, Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China, ZChinR 2020, S. 207-417.
- Dubovitskaya, Elena*, Fristsetzung im Schuldrecht: Neue Obliegenheit für den säumigen Schuldner?, JZ 2012, S. 328-333.
- , Absolute Fixgeschäfte, AcP 215 (2015), S. 581-609.
- Eberl-Borges, Christina*, Einführung in das chinesische Recht, Baden-Baden 2018.
- Effer-Uhe, Daniel/Mohnert, Alica* (Hrsg.), Vertragsrecht in der Coronakrise - Online-Tagung im April 2020, Baden-Baden 2020.
- Ehmann, Horst/Sutschet, Holger*, Schadensersatz wegen kaufrechtlicher Schlechtleistungen — Verschuldens- und/oder Garantiehafung?, JZ 2004, S. 62-72.
- Emmerich, Volker*, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München 2005 (zit. *Emmerich*, LeistungsstörungenR).
- Erman, Walter* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Aufl., Köln 2020 (zit. *Erman/Bearbeiter*).
- Ernst, Wolfgang*, Die Schuldrechtsreform 2001/2002 - Zum Diskussionsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZRP 2001, S. 1-11.
- , Miniatur: Primär- und Sekundäranspruch in historischer Sicht, ZfPW 2021, S. 123-128.
- Esser, Josef/Schmidt, Eike*, Schuldrecht Band I - Allgemeiner Teil - Teilband. 2, 8. Aufl., Heidelberg 2000 (zit. *Esser/Schmidt*, SchuldR AT II).
- Faust, Florian*, Die Rechtslage nach Ablauf der Nachfrist, in: Baums, Theodor/Lutter, Marcus u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber Zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 239-261 (zit. *Faust*, FS U. Huber).
- , Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25.10.2006 - VIII ZR 102/06, JuS 2007, S. 487-488.

- , Pflichtverletzung und Vertretenmüssen als Voraussetzungen des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung, in: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 1, München 2007, S. 219-249 (zit. *ders.*, FS Canaris, Bd. 1).
- , Haftung bei Störungen im Rückgewährschuldverhältnis, JuS 2009, S. 481-489.
- Fervers, Matthias*, Fristsetzungserfordernis für Vermieteransprüche bei Verletzung vertraglicher Pflichten, WuM 2017, S. 429-439.
- , Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.2.2018 - VIII ZR 157/17, NZM 2018, S. 320-325.
- Fikentscher, Wolfgang*, Schuldrecht, 9. Aufl., Berlin/New York 1997.
- Finn, Markus*, Erfüllungspflicht und Leistungshindernis - Die Bestimmung der Grenzen vertraglicher Primärpflichten nach 275 Abs. 1 und 2, 313 BGB, Berlin 2010.
- Fleck, Wolfgang*, Begriff und Funktion der »Billigkeit« bei § 284 BGB, JZ 2009, S. 1045-1053.
- Flessner, Axel*, Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung, ZEuP 1997, S. 255-320.
- , Rechtsbehelfe? , ZEuP 1997, S. 1183-1185.
- , Der Geld-Erfüllungsanspruch im europäischen Vertragsrecht auf den Stufen zum Gemeinsamen Referenzrahmen, in: Wiegand, Wolfgang/Koller, Thomas/Walter, Hans-Peter (Hrsg.), Tradition mit Weitsicht - Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Bern, Zurich 2009, S. 145-166 (zit. *ders.*, FS Bucher).
- Flume, Johannes W.*, Marktaustausch - Grundlegung einer juristisch-ökonomischen Theorie des Austauschverkehrs, Tübingen 2019.
- Freitag, Robert*, Rechtsfolgen der Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung, NJW 2014, S. 113-117.
- Gaier, Reinhard*, Das Rücktritts(folgen)recht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, WM 2002, S. 1-14.
- Ge, Yunsong*, Eine Studie über die Regeln der vorzeitigen Vertragsverletzung (期前违约规则研究) - Zugleich zur Unsicherheitseinrede (兼论不安抗辩权), Beijing 2003 (zit. *Ge, Yunsong*, Eine Studie über die Regeln der vorzeitigen Vertragsverletzung).
- Gernhuber, Joachim*, Die Erfüllung und ihre Surrogate - sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, 2. Aufl., Tübingen 1994.
- Greiner, Stefan*, Ideelle Unzumutbarkeit, Berlin 2004.
- Gresbrand, Alexander/Martinek, Madeleine/Odom, Thomas/Rotermund, Nina/Will, Ronja/Pißler, Knut Benjamin*, Gesetz der Volksrepublik China zum Schutz der Rechte und Interessen von Verbrauchern, ZChinR 2014, S. 69-85.
- Grigoleit, Hans Christoph*, Leistungspflichten und Schutzpflichten, in: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 1, München 2007, S. 275-306 (zit. *Grigoleit*, FS Canaris, Bd. 1).

- , Dauerschuldverhältnisse und allgemeines Leistungsstörungenrecht, in: Wandt, Manfred (Hrsg.), *Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht - Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag*, Karlsruhe 2014, S. 795-817 (zit. *ders.*, 2. FS E. Lorenz).
- , System der Leistungsstörungen - Einheitlichkeit und Differenzierung im kaufrechtlichen Leistungsstörungenrecht, in: Artz, Markus/Gsell, Beate/Lorenz, Stephan (Hrsg.), *Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung*, Tübingen 2014, S. 55-105.
- Grigoleit, Hans Christoph/Bender, Philip*, Der Diskurs über die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht - Teleologische Dogmatisierung auf dem Prüfstand, *ZfPW* 2019, 1, *ZfPW* 2019, S. 1.
- Grigoleit, Hans Christoph/Riehm, Thomas*, Grenzen der Gleichstellung von Zuwenig-Leistung und Sachmangel, *ZGS* 2002, S. 115-122.
- , Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, *AcP* 203 (2003), S. 727-762.
- Grundmann, Stefan*, Der Schadensersatzanspruch aus Vertrag - System und Perspektiven, *AcP* 204 (2004), S. 569-605.
- Grüneberg, Christian* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch - Mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschliesslich Rom I-, Rom II und Rom III-Verordnungen sowie EU-Güterrechtsverordnungen, Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, 82. Aufl., München 2023* (zit. *Grüneberg/Bearbeiter*).
- Grunewald, Barbara*, Der Umfang der Haftungsmilderung für den Schuldner im Annahmeverzug des Gläubigers, in: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo (Hrsg.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Bd. 1, München 2007, S. 329-335 (zit. *Grunewald*, FS Canaris, Bd. 1).
- Gsell, Beate*, Der Schadensersatz statt der Leistung nach dem neuen Schuldrecht, in: Helms, Tobias/Neumann, Daniela u.a. (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht - Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler* 2001, Stuttgart u.a., S. 105-131 (zit. *Gsell*, *JbJZivRWiss* 2001).
- , Anmerkung zu BGH, Urt. v. 18.2.2002 - II ZR 355/00, *BKR* 2002, S. 499-508.
- , Gespaltene Verjährung kaufvertraglicher Ansprüche auf Ersatz mangelbedingter Schäden? - Zu Gerhard Wagner *JZ* 2002, 475 ff., *JZ* 2002, S. 1089-1095.
- , Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, in: Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis - Akzente, Brennpunkte, Ausblick*, Köln 2003, S. 321-346 (zit. *dies.*, *Neues SchuldR*).
- , Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz, *JZ* 2004, S. 643-649.

- , Rechtskräftiges Leistungsurteil und Klage auf Schadensersatz statt der Leistung, JZ 2004, S. 110-121.
- , Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, NJW 2006, S. 125-127.
- , Mängelleistung und verzögerte Nacherfüllung als einheitliche Pflichtverletzung im neuen Schuldrecht, in: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 1, München 2007, S. 337-357 (zit. *dies.*, FS Canaris, Bd. 1).
- , Die schadensrechtliche Einordnung der Mehrkosten eines vorzeitigen Deckungskaufes nach der „Zauberformel“ als Beispiel für die Leistungsfähigkeit der Dogmatik, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans Christoph u.a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert - Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin 2017, S. 451-478 (zit. *dies.*, 2. FS Canaris).
- beck-online.Großkommentar Zivilrecht, München 2015 ff. (zit. BeckOGK BGB/Bearbeiter).
- Gutzeit, Martin*, Gibt es einen kaufrechtlichen Ausbesserungsanspruch?, NJW 2007, S. 956-960.
- , Der arglistig täuschende Verkäufer, NJW 2008, S. 1359-1362.
- Han, Shiyuan*, Untersuchung zum Schadensersatz wegen Vertragsverletzung (违约损害赔偿研究), Beijing 1999 (zit. *Han, Shiyuan*, Schadensersatz wegen Vertragsverletzung).
- , Das chinesische Leistungsstörungenrecht (中国的履行障碍法), Pri. L. Rev. 2002, S. 182-207.
- , Theoretische Fragen des Leistungsverzuges (履行迟延的理论问题), J. Tshinghua U. 2002, S. 45-54.
- , Unvollständige Erfüllung von Verträgen über medizinische Dienstleistungen und deren Rechtsbehelfe (医疗服务合同的不完全履行及其救济), Chin. J. L. 2005, S. 89-104.
- , Das chinesische Leistungsstörungenrecht (中国的履行障碍法), in: Han, Shiyuan/Xia, Sending (Hrsg.), Eine Studie zum Recht der Leistungsstörungen (履行障碍法研究), Beijing 2006, S. 1-31 (zit. *ders.*, Studie zum LeistungsstörungenR).
- , Das System des Leistungsstörungenrecht (履行障碍法的体系) 2006 (zit. *Han, Shiyuan*, Das System des LeistungsstörungenR).
- , Die Sachmängelhaftung des Verkäufers und das chinesische Vertragsrecht (出卖人的物的瑕疵担保责任与我国合同法), Chin. Legal Sci. 2007, S. 170-190.
- , Die logische Struktur der Minderungshaftung (减价责任的逻辑构成), Tsinghua L. Rev. 2008, S. 15-29.
- , Allgemeiner Teil des Vertragsrechts (合同法总论), 3. Aufl., Beijing 2011 (zit. *Han, Shiyuan*, VertragsR AT).
- , Das chinesische Vertragsrecht und CISG (中国合同法与CISG), J. JN U. 2011, S. 7-13.

- , Höhere Gewalt, Veränderung der Umstände und Vertragsaufhebung (不可抗力、情事变更与合同解除), JLA 2014, S. 61-65.
- , Untersuchung ausgewählter Fragen zur Änderung der Umstände (情事变更若干问题研究), Peking U. L. J. 2014, S. 657-675.
- , Allgemeiner Teil des Vertragsrechts (合同法总论), 4. Aufl., Beijing 2018 (zit. *Han, Shiyuan*, VertragsR AT).
- , Kündigung von Dauerschuldverhältnissen: Rücktritt für die vertragsbrüchige Seite oder Kündigung aus wichtigem Grund (继续性合同的解除: 违约方解除抑或重大事由解除), Peking U. L. J. 2020, S. 104-127.
- , Rechtsentwicklung und Fortschritt in der Rechtsprechung: das Vertragsrecht als Perspektive (法律发展与裁判进步: 以合同法为视角), Chin. L. Rev. 2020, S. 32-45.
- Han, Shiyuan/Cui, Jianyuan*, Antizipierte Vertragsverletzung und chinesisches Vertragsrecht (先期违约与中国合同法), Chin. Legal Sci. 1993, S. 33-38.
- Han, Shiyuan/Pißler, Knut Benjamin*, Materielle Gestaltungsmacht in der Rechtsdurchsetzung in der Volksrepublik China - Aufrechnung und Vertragsstrafen, in: Gebauer, Martin/Huber, Stefan (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung durch Vertragsstrafe und Aufrechnung, Tübingen 2018, S. 67-82.
- Harke, Jan Dirk*, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung: Römisches Recht, BGB und Schuldrechtsmodernisierung, in: Helms, Tobias/Neumann, Daniela u.a. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht - Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, Stuttgart u.a., S. 29-59 (zit. *Harke*, JbZivRWiss 2001).
- , Schuldnerverzug - Eine dogmengeschichtliche Untersuchung, Berlin 2006.
- , Allgemeines Schuldrecht, Berlin, Heidelberg 2010 (zit. *Harke*, SchuldR AT).
- Hartmann, Christian*, Die unterlassene Mitwirkung des Gläubigers - Ein Beitrag zum Recht der Leistungsstörungen, Berlin 1997.
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, München 2021 f. (zit. BeckOK BGB/Bearbeiter).
- Heck, Philipp*, Grundriss des schuldrechts, Tübingen 1929 (Nachdruck 1994) (zit. *Heck*, SchuldR).
- Heinrichowski, Caspar/Pißler, Knut Benjamin*, Zivilprozessgesetz der Volksrepublik China, ZChinR 2012, S. 307-367.
- Heinrichs, Helmut*, Die Transformation des Erfüllungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch nach deutschem Recht: Eine Skizze der Neuregelung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ERCL 2 (2006), S. 342-365.
- Heiss, Helmut*, Rechtsrezeption und Rechtsmischung als Gesetzgebungstechnik: Chancen und Risiken, in: ders. (Hrsg.), Zivilrechtsreform im Baltikum, Tübingen 2006, S. 137-157.

- Herresthal, Carsten/Riehm, Thomas*, Die eigenmächtige Selbstvornahme im allgemeinen und besonderen Leistungsstörungenrecht, NJW 2005, S. 1457.
- Heuser, Robert*, Grundriss des chinesischen Wirtschaftsrechts, Hamburg 2006.
- Himmelschein, Jury*, Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, AcP 135 (1932), S. 255-327.
- Hoebel, Sebastian*, Mängelgewährleistungsrecht im chinesischen Vertragsrecht, Freilaw 2018, S. 1-7.
- Honsell, Heinrich/Mayer-Maly, Theo/Selb, Walter*, Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin/New York 1987.
- Höpfner, Clemens*, Anforderungen an die Fristsetzung - Bestimmtheitsgebot und Angemessenheit der Frist, NJW 2016, S. 3633.
- Hou, Guoyue*, Art. 533: Änderung der Umstände (第五百三十三条: 情事变更), in: Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei (Hrsg.), Kommentar zum ZGB - Allgemeine Teil des Vertragsbuches, Bd. 2, Beijing 2020, S. 523-534.
- Hu, Kangsheng* (Hrsg.), Kommentar zum VG der Volksrepublik China (中华人民共和国合同法释义), 3. Aufl. 2013 (zit. *Hu, Kangsheng* (Hrsg.), Kommentar zum VG).
- Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des Zivilgesetzbuches der Volksrepublik China (中华人民共和国民法典合同编解读) - Teil I (上册), Beijing 2020 (zit. *Huang, Wei* (Hrsg.), Kommentar zum Vertragsbuch des ZGB I).
- Huber, Peter/Faust, Florian* (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung - Einführung in das neue Recht, München 2002 (zit. *Bearbeiter*, in: Huber/Faust (Hrsg.), SchuldRMod).
- Huber, Ulrich*, Einige Probleme des Rechts der Leistungsstörungen im Licht des Haager einheitlichen Kaufrechts, JZ 1974, S. 433-440.
- , Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge, RabelsZ 43 (1979), S. 413-526.
- , Leistungsstörungen - Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufrechts?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, Köln 1981, S. 647-909.
- , Rücktritt vom Vertrag und Ersatz des Verzugsschadens - Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 24. 6. 1983 - V ZR 113/82, JZ 1984, 409-412.
- , Leistungsstörungen, Band 1 - Die allgemeinen Grundlagen - Der Tatbestand des Schuldnerverzugs - Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände, Tübingen 1999 (zit. *Huber, Leistungsstörungen I*).
- , Leistungsstörungen, Band 2 - Die Folgen des Schuldnerverzugs - Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, Tübingen 1999 (zit. *Huber, Leistungsstörungen II*).

- , Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, S. 2137-2151.
- , Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform - Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen 2001, S. 31-117.
- , Schadensersatz statt der Leistung, AcP 210 (2010), S. 319-353.
- Hüffer, Uwe*, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln - Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Mitwirkung des Gläubigers bei der Vertragserfüllung unter besonderer Berücksichtigung der gegenseitigen Verträge, Berlin 1976.
- Jaggy, Ulrike*, Der sogenannte kleine Schadensersatz bei § 463 BGB, Berlin 2001.
- Jakobs, Horst Heinrich*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn 1969.
- , Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht - Zur Ordnung des Rechts der Leistungsstörungen im Bürgerlichen Gesetzbuch und nach einheitlichem Kaufrecht, Paderborn 1985 (zit. *Jakobs*, Gesetzgebung im LeistungsstörungenR).
- Jansen, Nils*, Gesetzliche Schuldverhältnisse - Eine historische Strukturanalyse, AcP 216 (2016), S. 112-233.
- Jauernig, Othmar* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl., München 2021 (zit. *Jauernig/Bearbeiter*).
- Jhering, Rudolf von*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung - Erster Teil, 5. Aufl. 1891.
- Jin, Keke*, Zur Windscheidsche Anspruchskonzeption (论温德沙伊德的请求权概念), J. Comp. L. 2005, S. 112-121.
- , Der Begriff des Anspruches im deutschen Zivilrecht (德国民法上的请求权概念), Seeker 2007, S. 89-91.
- Junker, Markus/Beckmann, Michael/Rüßmann, Helmut/Herberger, Maximilian* (Hrsg.), Juris Praxiskommentar BGB, 9. Aufl., Saarbrücken 2020 (zit. *jurisPK-BGB/Bearbeiter*).
- Kaiser, Dagmar*, Zeitweilige Unmöglichkeit, in: Häuser, Franz/Hammen, Horst u.a. (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, Berlin 2004, S. 121-143 (zit. *Kaiser*, FS Hadding).
- Kästle-Lamparter, David*, Welt der Kommentare - Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart, Tübingen 2016.
- Ke, Weicai*, Die Unmöglichkeit der Leistung im chinesischen Vertragsgesetz (我国合同法上的“不能履行”) - Zugleich zum System der Nichterfüllungsformen nach chinesischem Vertragsgesetz (兼论我国合同法的债务不履行形态体系), Tsinghua L. J. 2016, S. 151-167.
- Kitagawa, Zentarō*, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan, Frankfurt/M. 1970.

- Kleinschmidt, Jens*, Erfüllungsanspruch, in: Basedow, Jürgen/J. Hopt, Klaus/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Tübingen 2009, S. 436-441.
- Knütel, Christian*, Die Schwächen der „konkreten“ und „abstrakten“ Schadensberechnung und das positive Interesse bei der Nichterfüllung, AcP 202 (2002), S. 556-606.
- Knütel, Rolf*, Zum „Zufall“ in § 287 S. 2 BGB, NJW 1993, S. 900-901.
- Kohler, Jürgen*, Das Vertretenmüssen beim verzugsrechtlichen Schadensersatz, JZ 2004, S. 961-965.
- , Bestrittene Leistungsunmöglichkeit und ihr Zuvertretenhaben bei § 275 BGB - Prozesslage und materielles Recht, AcP 205 (2005), S. 93-126.
- Köhler, Helmut*, Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Heldrich, Andreas u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft, München 2000, S. 295-327 (zit. *Köhler*, FG 50 Jahre BGH).
- Kötz, Hein*, Vertragsrecht, 2. Aufl., Tübingen 2012 (zit. *Kötz*, VertragsR).
- Kramer, Ernst A.*, Hauptprobleme der Rechtsrezeption, JZ 2017, S. 1-11.
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried*, Schadensersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003.
- Larenz, Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1: Besonderer Teil, 13. Aufl., München 1986 (zit. *Larenz*, SchuldR BT I).
- , Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987 (zit. *Larenz*, SchuldR AT).
- Leitende Gruppe des OVG zur Anwendung des ZGB* (Hrsg.), Verständnis und Anwendung zum Vertragsbuch des Zivilgesetzbuches der Volksrepublik China Teil II (中华人民共和国民法典合同编理解与适用 (二)) 2020 (zit. *Leitende Gruppe des OVG zur Anwendung des ZGB* (Hrsg.), Verständnis und Anwendung zum Vertragsbuch des ZGB II).
- Leser, Hans Georg*, Die Erfüllungsverweigerung, in: von Caemmerer, Ernst (Hrsg.), *Ius privatum gentium - Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. 7. 1969*, Bd. 2, Tübingen 1969, S. 643-658 (zit. *Leser*, FS Rheinstein, Bd. 2).
- , Der Rücktritt vom Vertrag - Abwicklungsverhältnis u. Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen, Tübingen 1975.
- , Lösung vom Vertrag - Eine vergleichende Betrachtung, in: Wolf, Ernst/Bickel, Dietrich (Hrsg.), *Recht und Rechtserkenntnis - Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag*, Köln 1985, S. 373-394 (zit. *ders.*, FS E. Wolf).
- , Vertragsaufhebung und Rückabwicklung unter dem UN-Kaufrecht, in: Schlechtriem, Peter (Hrsg.), *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, Baden-Baden 1987, S. 225-257.

- Leuschner, Lars*, Prüfungsfristen und Darlegungsobliegenheiten bei der außergerichtlichen Inanspruchnahme Inanspruchnahme, AcP 207 (2007), S. 64.
- Li, Hao*, The Codification of Chinese Civil Law: Innovations and Controversies, in: Möllers, Thomas M.J./Li, Hao (Hrsg.), The General Rules of Chinese Civil Law - History, Reform and Perspective, Baden-Baden 2018, S. 17-50.
- Li, Jianxing*, Die vollständige Abgrenzung zwischen der Unsicherheitseinrede und der antizipierten Vertragsverletzung (不安抗辩权与预期违约的完全区分论), PSL 2017, S. 123-135.
- , Zur Dekonstruierung der Einrede der Vorleistung (先履行抗辩权之解构), Jur. Rev. 2018, S. 106-119.
- , Die Erfüllungsverweigerung (论拒绝履行) 2019 (zit. *Li, Jianxing*, Die Erfüllungsverweigerung).
- , Dogmatische Gestaltung zur gesetzlichen Regelung des beschleunigten Fälligwerdens (法定加速到期的教义学构造), SLB 2019, S. 105-117.
- Li, Yongjun*, Braucht das chinesische Vertragsrecht ein eigenes Regime für antizipatorische Vertragsverletzungen (我国合同法是否需要独立的预期违约制度)?, TPSL 1998, S. 34-42.
- , Zum Einfluss des Lokalisierungskonzepts im Schuldrecht auf das einheitliche Schuldrechtliche Rechtsbehelfssystem (论债法中本土化概念对统一的债法救济体系之影响), Chin. Legal Sci. 2014, S. 158-176.
- , Vertragsrecht (合同法), 6. Aufl., Beijing 2021 (zit. *Li, Yongjun*, VertragsR).
- Li, Yunyang*, Rücksichtnahmepflichten und Haftung für deren Verletzung im chinesischen und deutschen Recht 2019.
- Li, Zhimin*, Altes chinesisches Zivilrecht (中国古代民法) 1988 (zit. *Li, Zhimin*, Altes chinesisches ZivilR).
- Liang, Huixing*, Eine Untersuchung zum Grundsatz der Realerfüllung (关于实际履行原则的研究), Chin. J. L. 1987, S. 37-45.
- , Die Veränderte Umstände im Vertragsrecht (合同法上的情事变更问题), Chin. J. L. 1988, S. 35-47.
- , Zur Revision des Wirtschaftsvertragsgesetzes (论经济合同法的修订), J. ZNEL U. 1991, S. 95-100.
- , Vom "fest auf die drei Füße stellen" zum einheitlichen Vertragsrecht (从“三足鼎立”走向统一的合同法), Chin. Legal Sci. 1995, S. 9-17.
- , Professor Liang Huixing zum Vertragsrecht (梁慧星教授谈合同法) 1998 (zit. *Liang, Huixing*, Prof. Liang Huixing zum VertragsR).

- , Einheitliches VG: Erfolge und Unzulänglichkeiten (统一合同法: 成功与不足), Chin. Legal Sci. 1999, S. 25-29.
- , Die Rezeption ausländischen Zivilrechts in China, NDCJV 2003, S. 68-76.
- , Zivilrecht durch Lesen des Gesetzes lernen (读条文 学民法), Beijing 2014 (zit. *Liang, Huixing*, ZivilR durch Lesen des Gesetzes lernen).
- Liu, Chengwei*, Art. 565: Art und Weise der Ausübung des Vertragsaufhebungsrechts (第五百六十五条: 解除权的行使方式), in: Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei (Hrsg.), Kommentar zum ZGB - Allgemeine Teil des Vertragsbuches, Bd. 2, Beijing 2020, S. 191-203.
- , Art. 566: Rechtsfolgen des Vertragsaufhebungsrechts (第五百六十六条: 解除的效力), in: Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei (Hrsg.), Kommentar zum ZGB - Allgemeine Teil des Vertragsbuches, Bd. 2, Beijing 2020, S. 203-214.
- Liu, Yang*, Die Grundprinzipien der Tragung von Gegenleistungsgefahr und deren Durchbrechung (对待给付风险负担的基本原则及其突破), Chin. J. L. 2018, S. 95-114.
- , Übermäßiger Leistungsaufwand als Schranke für den Ausschluss des Erfüllungsanspruches (履行费用过高作为排除履行请求权的界限) - Anmerkung zur Entscheidung Xinyu Corp. gegen Feng Yumei (新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案评析), PSL 2018, S. 105-120.
- Liu, Yong*, Neuinterpretation der Regel der Vorhersehbarkeit (可预见性规则之重释), JN J. 2021, S. 47-60.
- Lobinger, Thomas*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten - Zugleich ein Beitrag zur Korrekturbedürftigkeit der §§ 275, 311a, 313 BGB n.F, Tübingen 2004.
- , Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, AcP 216 (2016), S. 28-106.
- Looschelders, Dirk*, Der Bezugspunkt des Vertretenmüssens bei Schadensersatzansprüchen wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache, in: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 1, München 2007, S. 737-756 (zit. *Looschelders*, FS Canaris, Bd. 1).
- , Unmöglichkeit - ein Störenfried in der Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts?, in: Remien, Oliver (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht - Zwischenbilanz und Perspektiven ; Würzburger Tagung vom 27. und 28. 10. 2006, Tübingen 2008, S. 63-84.
- , Anmerkung zu BGH, Urt. v. 12.3.2010 - V ZR 147/09, LMK 2010, S. 305065.
- , Pflichtverletzung als Prüfstein der Privatrechtsdogmatik, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans Christoph u.a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert - Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin 2017, S. 403-423 (zit. *ders.*, 2. FS Canaris).

- , Schuldrecht AT, 20. Aufl., München 2022 (zit. *Looschelders*, SchuldR AT).
- Lorenz, Egon*, Der Tu-quoque-Einwand bei Rücktritt der selbst vertragsuntreue Partei wegen Vertragsverletzung des Gegners - BGH, WPM 1970, 1246, JuS 1972, S. 311-315.
- Lorenz, Stephan*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag - Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht, München 1997.
- , Die Lösung vom Vertrag, insbesondere Rücktritt und Widerruf, in: Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S. 329-355 (zit. *ders.*, SchuldRReform).
- , Schadensersatz wegen Pflichtverletzung — ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ 2001, S. 742-745.
- , Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?, NJW 2002, S. 2497-2505.
- , Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht, NJW 2003, S. 1417-1419.
- , Neues Leistungsstörungen- und Kaufrecht - Eine Zwischenbilanz, Berlin 2004.
- , Schadensersatz statt der Leistung, Rentabilitätsvermutung und Aufwendungsersatz im Gewährleistungsrecht, NJW 2004, S. 26.
- , Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW 2005, S. 1889-1896.
- , Voreilige Selbstvornahme der Nacherfüllung im Kaufrecht: Der BGH hat gesprochen und nichts ist geklärt, NJW 2005, S. 1321-1324.
- , Arglist und Sachmangel - Zum Begriff der Pflichtverletzung in § 323 V 2 BGB, NJW 2006, S. 1925-1927.
- , Einmal Vertretenmüssen - immer Vertretenmüssen? - Zum Verhältnis von Fristablauf und Vertretenmüssen beim Schadensersatz statt der Leistung, in: Baums, Theodor/Lutter, Marcus u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber Zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 423-435 (zit. *ders.*, FS U. Huber).
- , Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des „Rechts zur zweiten Andienung“, NJW 2006, S. 1175-1179.
- , Schuldrechtsmodernisierung - Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, in: Lorenz, Egon (Hrsg.), Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung - Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, Karlsruhe 2006, S. 5-138 (zit. *ders.*, Karlsruher Forum 2005).
- , Vertragserhaltung im Kaufrecht, in: Kanzleiter, Rainer (Hrsg.), Festschrift für Hans Wolfsteiner - Zum 70. Geburtstag am 29. November 2007, Köln, München 2008, S. 121-136 (zit. *ders.*, FS Wolfsteiner).
- , Das Deckungsgeschäft im System der Schadensarten oder: Was taugt die „Zauberformel“?, in: Häublein, Martin/Utz, Stephen (Hrsg.), Rechtsgeschäft,

- Methodenlehre und darüber hinaus - Liber Amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012, Berlin 2012, S. 147-169 (zit. *ders.*, FS Leenen).
- , Das „Zurückspringen“ der Gefahr auf den Verkäufer und seine Folgen, NJW 2015, S. 1725-1728.
- Lorenz, Stephan/Riehm, Thomas*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002 (zit. *Lorenz/Riehm*, Neues SchuldR).
- Lorenz, Stephan/Stringari, Katrina*, Mangelschaden und Mangelfolgeschaden im reformierten deutschen und griechischen Schuldrecht, in: Stathopoulos, Michael/Beys, Kostas u.a. (Hrsg.), Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag, München 2006, S. 237-279 (zit. *Lorenz/Stringari*, FS Georgiades).
- Lu, Jiahao*, Erläuterung der Vorschriften über die Vertragsaufhebung wegen Leistungsverzuges (履行迟延的合同解除规则释论), PSL 2021, S. 104-117.
- Lu, Qing*, Rescission of Contracts and Liability for Breach of Contracts - A Review from the Perspective of Claim of Rights, N. Legal Sci. 2012, S. 72.
- Maier-Reimer, Georg*, Totgesagte leben länger! Die Unmöglichkeit aus der Sicht der Praxis, in: Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis - Akzente, Brennpunkte, Ausblick, Köln 2003, S. 291-331 (zit. *Maier-Reimer*, Neues SchuldR).
- Mankowski, Peter*, Wie setzt man eine Nachfrist, ZGS 2003, S. 451.
- , Die Anspruchsgrundlage für den Ersatz von „Mangelfolgeschäden“ (Integritätsschäden), JuS 2006, S. 481-487.
- , Hat der Verkäufer unter dem BGB wirklich ein eigenes subjektives Recht zur zweiten Andienung?, JZ 2011, S. 781-785.
- Medicus, Dieter*, "Geld muß man haben" - Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, AcP 188 (1988), S. 489-510.
- , Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung, in: Basedow, Jürgen (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Tübingen 2000, S. 179-193.
- , Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz - behutsame Weiterentwicklung oder Systemwechsel?, in: Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis - Akzente, Brennpunkte, Ausblick, Köln 2003, S. 61-70 (zit. *ders.*, Neues SchuldR).
- , Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, 521-529.
- , Bemerkungen zur „vorübergehenden Unmöglichkeit“, in: Lorenz, Stephan/Trunk, Alexander u.a. (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 347-357 (zit. *ders.*, FS Heldrich).
- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan*, Schuldrecht II - Besonderer Teil, 18. Aufl., München 2018 (zit. *Medicus/Lorenz*, SchuldR BT).

- , Schuldrecht I - Allgemeiner Teil, 22. Aufl., München 2021 (zit. *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT).
- Mi, Jian*, Deutsches Recht in China seit der Politik der Reform und Öffnung, ZChinR 2007, S. 132-139.
- Miu, Yu*, Zur Nachbesserung und Ersatzlieferung beim Kaufvertrag (论买卖合同中的修理、更换), Tsinghua L. J. 2016, S. 85-107.
- Mommsen, Friedrich*, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig 1853.
- , Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855.
- Mugdan, Benno*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich - II. Band Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., München 2000 ff. (zit. *MüKoBGB/Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg.: *Säcker, Franz-Jürgen/Rixecker, Roland* u.a., 8. Aufl., München 2018 ff. (zit. *MüKoBGB/Bearbeiter*).
- Münzel, Frank*, Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts der VR China, Chinas Recht III.7 12.4.86/1.
- Münzel, Frank/Zheng, Xiaoqing*, Vertragsgesetz der VR China, Chinas Recht 15.3.1999/1 (2000.1).
- Nastelski, Karl*, Die Zeit als Bestandteil des Leistungsinhalts, JuS 1962, S. 289-298.
- Oka, Takashi*, Einige Bemerkungen über den Einfluss des deutschen Rechts bei der Entstehung des Entwurfs zum japanischen BGB und bei seiner Beratung, in: *Schwenzer, Ingeborg/Hager, Günter* (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem - zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S. 141-153 (zit. *Oka*, FS Schlechtriem).
- OMG - German Legal Dogmatics! 2020.
- Pelzer, Nils*, § 15 Einzelne Vollstreckungsmaßnahmen, in: *Pissler, Knut Benjamin* (Hrsg.), Handbuch des chinesischen Zivilprozessrechts - Analyse und Materialien, Tübingen 2018.
- Peukert, Alexander*, § 326 Abs. 1 S. 2 BGB und die Minderung als allgemeiner Rechtsbehelf, AcP 205 (2005), S. 430-486.
- Picker, Eduard*, Schuldrechtsreform und Privatautonomie: Zur Neuregelung der Schuldnerpflichten bei zufallsbedingter Leistungsstörung nach § 275 Abs. 2 und § 313 BGB, JZ 2003, S. 1035-1048.
- Pißler, Knut Benjamin*, Anleitungsansicht des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Behandlung von Streitfällen zu zivil- und handelsrechtlichen Verträgen in der gegenwärtigen Situation, ZChinR 2009, S. 296-303.
- , Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des „Vertragsgesetzes der Volksrepublik China“ (Teil 2), ZChinR 2009, S. 288-293.

- , Erläuterungen des Obersten Volksgerichts der Volksrepublik China zu einigen Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen über Kaufverträge bei gehandelten Häusern, ZChinR 2011, S. 131-139.
- , Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen zu Kaufverträgen, ZChinR 2014, S. 373-383.
- , Höchststrichterliche Interpretationen als Mittel der Rechtsfortbildung in der Volksrepublik China, RabelsZ 2016, S. 372-398.
- , Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen zu Kaufverträgen 2021, ZChinR 2021, S. 207-215.
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd/Ahrens, Martin* (Hrsg.), BGB - Kommentar, 17. Aufl., Köln 2022 (zit. *PWW/Bearbeiter*).
- Qi, Xiaokun*, Eine vergleichende Studie zum neuen und alten deutschen Schuldrecht (德国新、旧债法比较研究) - Zur Ideenwechsel und Verbesserung von Gesetzgebungstechniken (观念的转变和立法技术的提升) 2006 (zit. *Qi, Xiaokun*, Eine vergleichende Studie zum neuen und alten deutschen SchuldR).
- Rabel, Ernst*, Das Recht des Warenkaufs - eine rechtsvergleichende Darstellung, Berlin 1936/1957 (Nachdruck 1964).
- Riehm, Thomas*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, München 2006.
- , Pflichtverletzung und Vertretenmüssen - Zur Dogmatik der §§ 280 ff. BGB, in: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 1, München 2007, S. 1079-1103 (zit. *ders.*, FS Canaris, Bd. 1).
- , Irrungen und Wirrungen zur Fristsetzung und ihrer Entbehrlichkeit, NJW 2014, S. 2065-2069.
- , Der Grundsatz der Naturalerfüllung, Tübingen 2015.
- , Naturalrestitution und Wertersatz beim Schadensersatz statt der Leistung, in: Lorenz, Stephan/Arnold, Stefan (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, München 2015, S. 363-380 (zit. *ders.*, GS Unberath).
- , Rechtsgrund - Pflicht - Anspruch - Zur Dogmatik des Schuldverhältnisses, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans Christoph u.a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert - Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin 2017, S. 345-369 (zit. *ders.*, 2. FS Canaris).
- , Der Anspruch auf Nachlieferung - Insbesondere in den „Diesel-Abgas-Fällen“, ZIP 2019, S. 589-596.
- , Corona und das Allgemeine Leistungsstörungsrecht, in: Effer-Uhe, Daniel/Mohnert, Alica (Hrsg.), Vertragsrecht in der Coronakrise - Online-Tagung im April 2020, Baden-Baden 2020, S. 11-45.

- Roth, Herbert*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 24. 3. 2006 - V ZR 173/05, JZ 2006, S. 1026-1028.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022 (zit. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie).
- Rütten, Wilhelm*, Die Entstehung des Erfüllungszwangs im Schuldverhältnis, in: Lange, Hermann/Nörr, Knut Wolfgang/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, S. 939-959 (zit. *Rütten*, FS Gernhuber).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg.: *Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland*, 9. Aufl., München 2021 ff. (zit. *MüKoBGB/Bearbeiter*).
- Scheil, Jörg-Michael/Gargulla, Tanja/Sehröder, Christoph/Riemenschneider, Jakob*, Vertragsgesetz der Volksrepublik China - Übersetzung und Einführung, Hamburg 2001.
- Schermaier, Martin Josef*, Was schuldet der Schuldner? Die „Pflicht zur Anstrengung“ im modernisierten Schuldrecht, in: Harrer, Friedrich/Honsell, Heinrich/Mader, Peter (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly - Zum 80. Geburtstag, Wien 2011, S. 409-422 (zit. *Schermaier*, GS Mayer-Maly).
- , Einleitung: Transplantationen und Irritationen, Evolutionen und Diffusionen - Über Bedingungen und Konsequenzen der Rezeption fremden Rechts, in: Schermaier, Martin Josef/Gephart, Werner (Hrsg.), Rezeption und Rechtskulturwandel - Europäische Rechtstraditionen in Ostasien und Russland, Frankfurt am Main 2016, S. 9-32.
- , Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28. 2. 2018 - VIII ZR 157/17, JZ 2018, S. 950-952.
- Scherner, Karl Otto*, Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung, Wiesbaden 1965.
- Schlechtriem, Peter*, Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland, ZEuP 1993, S. 217.
- Schlechtriem, Peter/Schmidt-Kessel, Martin*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Tübingen 2005 (zit. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, SchuldR AT).
- Schmidt, Reimer*, Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953.
- Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Tübingen 2003 ff. (zit. *HKK-BGB/Bearbeiter*).
- Schroeter, Ulrich G.*, Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts, AcP 207 (2007), S. 28-63.
- , Anticipatory Breach, Change of Circumstances, and Third-Party Rights: A Civil Law Perspective, in: DiMatteo, Larry A./Lei, Chen (Hrsg.), Chinese Contract Law, Cambridge 2018, S. 323-350.
- , Befriedigung des Leistungsinteresses in Geld: Der »statt der Leistung« verlangte Schadensersatz im modernisierten Schuldrecht, AcP 220 (2020), S. 234-292.

- , Internationales UN-Kaufrecht - Ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), 7. Aufl., Tübingen 2022 (zit. *Schroeter*, IntUN-KaufR).
- Schulze, Reiner* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch - Handkommentar, 11. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit. HK-BGB/Bearbeiter).
- , Die Verletzung vertraglicher Pflichten im System des chinesischen und des deutschen Zivilrechts, in: Möllers, Thomas M. J./Li, Hao (Hrsg.), Der Besondere Teil des neuen chinesischen Zivilgesetzbuches - Zwischen Tradition und Moderne, 2022, S. 155-208.
- Schur, Wolfgang*, Leistung und Sorgfalt - Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Pflicht im Bürgerlichen Recht, Tübingen 2001.
- Schwarze, Roland*, „Steht und fällt“ - Das Rätsel der relativen Fixschuld, AcP 207 (2007), S. 437-455.
- , Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl., Berlin 2021 (zit. *Schwarze*, LeistungsstörungenR).
- Seong, Seunghyeon*, Die Entwicklung des Leistungsstörungenrechts und die Rezeption der westeuropäischen Rechtstheorien in Korea - mit Bezügen zum japanischen Recht, ZJapanR 2011, S. 199-222.
- Shang, Lianjie*, Die Neugestaltung der Rechtsfolgen der Änderung der Umstände aus der Sicht der Risikoverteilung (风险分配视角下情事变更法效果的重塑) - Zum Art. 533 ZGB (对民法典第 533 条的解读), LSD 2021, S. 169-188.
- Shao, Jiandong*, Zur Rezeption des deutschen Zivilrechts in China, ZChinR 1999, S. 80-93.
- Shen, Deyong* (Hrsg.), Die Verständigung und Anwendung der Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des VG der VR China Teil 2 (最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用), 2. Aufl., Beijing 2015 (zit. *Shen, Deyong* (Hrsg.), Die Verständigung und Anwendung der Erläuterungen des OVG zum VG II).
- Shen, Jianming*, The Remedy of Requiring Performance under the CISG and the Relevance of Domestic Rules - particularly in the context of China-related sales transactions, Ariz. J. Int'l & Comp. L. 13 (1996), S. 253-306.
- Shen, Weixing*, Die sozialistische Marktwirtschaft und das einheitliche chinesische Vertragsrecht, in: Berger, Klaus Peter/Borges, Georg u.a. (Hrsg.), Zivil- und Wirtschaftsrecht im europäischen und globalen Kontext - Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, S. 125-142 (zit. *Shen, Weixing*, FS Horn).
- Shi, Jiayou*, Unmöglichkeit und Vertragsbeendigung - Art. 580 Abs. 2 ZGB als Grundlage (履行不能与合同终止——以《民法典》第580条第2款为中心), M. L. Sci. 2021, S. 31-45.
- Signat, Carine*, Die Selbstvornahme des Gläubigers und ihre rechtliche Natur - ein deutsch-französischer Vergleich, ZEuP 2009, S. 716-744.

- Soergel, Theodor* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., Stuttgart 1987 ff. (zit. *Soergel/Bearbeiter*).
- (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl., Stuttgart 1999 ff. (zit. *Soergel/Bearbeiter*).
- Stamm, Jüngen*, Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts 2007.
- Staudinger, Julius von* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1999 ff. (zit. *Staudinger/Bearbeiter*).
- Stoll, Hans*, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 589-597.
- , Überlegungen zu Grundfragen des Rechts der Leistungsstörungen aus der Sicht des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: Rauscher, Thomas/Mansel, Heinz-Peter (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, München 2001, S. 287-301 (zit. *ders.*, FS W. Lorenz).
- Stoll, Heinrich*, Die Wirkungen des vertragsgemäßen Rücktritts, Bonn 1921.
- , Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen 1936.
- Stürner, Michael*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht - Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, Tübingen 2010.
- , „Faktische Unmöglichkeit“ (§ 275 II BGB) und Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) - unmöglich abzugrenzen?, Jura 2010, S. 721-726.
- Stürner, Rolf*, Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht, ZZP 2014, S. 271-331.
- Sui, Pengsheng*, Vertragsrecht (合同法论), Beijing 1997 (zit. *Sui, Pengsheng*, VertragsR).
- Sun, Haili* (Hrsg.), Ausgewählte Gesetzgebungsmaterialien zum Vertragsgesetz der Volksrepublik China (中华人民共和国合同法立法资料选), Beijing 1999 (zit. *Sun, Haili* (Hrsg.), Ausgewählte Gesetzgebungsmaterialien zum VG).
- Sun, Liangguo*, Das Recht der vertragsbrüchigen Partei, den Vertrag aufzuheben und seine Grenzen (违约方的合同解除权及其界限), C. L. Rev. 2016, S. 46-58.
- Sun, Weifei*, Kommentierung zu Art. 584 ZGB (Umfang des Schadensersatzes bei Vertragsverletzung) (民法典第584条(违约损害赔偿范围)评注), SJTU L. Rev. 2022, S. 33-44.
- Sun, Wen*, Dekonstruktion von Neuverhandlungen unter veränderten Umständen (情势变更下再交涉之解构), LBS 2020, S. 13-25.
- Sutschet, Holger*, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, Tübingen 2006.

- Teichmann, Arndt*, Strukturveränderungen im Recht der Leistungsstörungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BB 2001, S. 1485-1492.
- Teubner, Gunther*, Gegenseitige Vertragsuntreue - Rechtsprechung und Dogmatik zum Ausschluss von Rechten nach eigenem Vertragsbruch, Tübingen 1975.
- Treitel, Guenter H.*, Remedies for Breach of Contract 1988.
- , Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved), in: Mehren, Arthur T. von (Hrsg.), International Encyclopedia of Comparative Law - Volume VII/1: Contracts in General, Tübingen 2008.
- Unberath, Hannes*, Die Vertragsverletzung, Tübingen 2007.
- Vollkommer, Gregor*, Haftungserweiterung durch Neufassung des § 276 BGB?, in: Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis - Akzente, Brennpunkte, Ausblick, Köln 2003, S. 123-136 (zit. *Vollkommer*, Neues SchuldR).
- von Caemmerer, Ernst*, Mortuus redhibetur - Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137, in: Paulus, Gotthard (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 621-642 (zit. *von Caemmerer*, FS Larenz).
- Wagner, Gerhard*, Ansprüche auf Unmögliches? - Die Rechtsfolgen anfänglichen Unvermögens, JZ 1998, S. 482-494.
- , Schuldrechtsreform und Deliktsrecht, in: Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis - Akzente, Brennpunkte, Ausblick, Köln 2003, S. 203-223 (zit. *ders.*, Neues SchuldR).
- , Mortuus redhibetur im neuen Schuldrecht?, in: Baums, Theodor/Lutter, Marcus u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber Zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 591-624 (zit. *ders.*, FS U. Huber).
- Wang, Hongliang*, Eine Untersuchung zum System des chinesischen Unmöglichkeitensrecht (我国给付不能制度体系之考察), Sci. L. 2007, S. 134-144.
- , Zur Risikoverteilung bei der Leistungsstörung (试论履行障碍风险分配规则) - Zugleich zum objektiven Haftungssystem im VG (兼评我国合同法上的客观责任体系), Chin. Legal Sci. 2007, S. 85-95.
- , Die Natur und Ausübung des Anspruches auf Zwangserfüllung (强制履行请求权的性质及其行使), L. Sci. 2012, S. 104-114.
- , Allgemeiner Teil des Schuldrechts (债法总论), Beijing 2016 (zit. *Wang, Hongliang*, SchuldR AT).
- , Kommentar zur Neuerung der Typen von Leistungsstörungen im ZGB (民法典中给付障碍类型的创新与评释), U. NN J. 2020, S. 36-44.

- Wang, Liming*, Untersuchung zu einigen Fragen der antizipierten Vertragsverletzung (预期违约若干问题研究), TPSL 1995, S. 18-27.
- , Zur Einrede der Zug um Zug-Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen (论双务合同中的同时履行抗辩权), Civ. & Comm. L. Rev. 1995, S. 1-36.
- , Theorie der Haftung für Vertragsverletzungen (违约责任论), Beijing 2000 (zit. *Wang, Liming*, Haftung für Vertragsverletzungen).
- , Untersuchung des Vertragsrechts (合同法研究) - Band II (第二卷), 3. Aufl., Beijing 2015 (zit. *Wang, Liming*, VertragsR II).
- Wang, Nijie*, Vertragliche Nebenpflichten im Kaufrecht 2020.
- Wang, Weiguo*, Das Prinzip der Verschuldenshaftung: Die dritte Renaissance, Beijing 2000.
- Wang, Zejian*, Grundzüge des Schuldrechts (债法原理), 2. Aufl., Beijing 2013 (zit. *Wang, Zejian*, Grundzüge des SchuldR).
- Weidt, Heinz*, Antizipierter Vertragsbruch - Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht 2008.
- Weller, Marc-Philippe*, Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, common law und DCF -ein kritischer Vergleich, JZ 2008, S. 764-773.
- , Die Vertragstreue - Vertragsbindung - Naturalerfüllungsgrundsatz - Leistungstreue, Tübingen 2009.
- Weller, Matthias*, Persönliche Leistungen, Tübingen 2012.
- Wertenbruch, Johannes*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 24.3.2006 - V ZR 173/05, LMK 2006, 182969.
- Werthwein, Simon*, Das Persönlichkeitsrecht im Privatrecht der VR China 2009.
- Widmer, Ralf*, Die Haftung für Vertragsverletzung im Aussenwirtschaftsrecht der Volksrepublik China - Unter Berücksichtigung des neuen Vertragsgesetzes von 1999, Hamburg 2000 (zit. *Widmer*, Die Haftung für Vertragsverletzung im AWVG).
- Windel, Peter A.*, Allgemeines Schuldrecht im System des Zivilrechts, in: ders. (Hrsg.), OMG - German Legal Dogmatics!, 2020, S. 129-140.
- , OMG - German Legal Dogmatics! Was nützt deutsche Rechtsdogmatik?, in: ders. (Hrsg.), OMG - German Legal Dogmatics!, 2020, S. 11-30.
- Windscheid, Bernhard/Kipp, Theodor*, Lehrbuch des Pandektenrechts. 2, 9. Aufl., Aalen 1906.
- Winkelmann, Thomas*, Der Anspruch - Funktion, Entstehung, Anknüpfungen, Tübingen 2021.
- Wollschläger, Christian*, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, Köln/Wien 1970.
- Wu, Guoping/Li, Junye*, Entschädigung für den Verlust der Differenz zwischen dem Preis eines doppelten Hausverkaufs, The people's judiciary 2014, S. 32-35.
- Wu, Teng*, Überdenken und Rekonstruieren der Realisierung von Preisminderung (减价实现方式的重思与重构), N. Legal Sci. 2014, S. 141-152.

- , Die Charakterisierung von Sachmangel und Rückgabe im VSG und der Weg dorthin (消费者权益保护法上物的瑕疵与退货的定性及出路) - Ausgehend von der Perspektive der Abstimmung mit dem VG (基于与合同法相衔接的视角), LE 2017, S. 38-54.
- , Art. 577-594, in: Wang, Liming/Zhu, Hu (Hrsg.), Kommentar zum chinesischem Zivilgesetzbuch - Vertragsbuch - Allgemeiner Teil (中国民法典释评合同编通则), Beijing 2020 (zit. *dass.*, Kommentar zum ZGB - Vertragsbuch - AT).
- , Zur dogmatischen Einforderung und Auswirkung der unvollständigen Erfüllung unter dem Rechtsbehelfsmodell (救济进路下不完全履行的定位和效果), Sci. L. 2021, S. 153-164.
- Xi, Xiaoming* (Hrsg.), Das Verständnis und die Anwendung der gerichtlichen Auslegung von Kaufverträgen durch den OVG (最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用) 2012 (zit. *Xi, Xiaoming* (Hrsg.), Das Verständnis und die Anwendung der gerichtlichen Auslegung von Kaufverträgen durch den OVG).
- Xie, Deliang*, Zur Rechtfertigung des Art. 580 Abs. 2 ZGB (民法典第580条第2款之证成) - Die Teilunmöglichkeit als Ansatzpunkt (以部分不能为切入点), Nanjing U. L. Rev. 2022, S. 123-138.
- Xie, Gen*, Zur Restrukturierung der Vertragsbindungstheorie Chinas (我国合同拘束力理论的重构), Chin. J. L. 2011, S. 70-84.
- , Zur Beibehaltung oder Abschaffung des Art. 121 VG (论合同法第121条的存废), Tsinghua L. J. 2012, S. 143-152.
- , Nochmals Beibehaltung oder Abschaffung des Art. 121 VG (再论合同法第121条的存废) - Die Sichtweise der Haftung für Erfüllungsgehilfen (以履行辅助人责任论为视角), M. L. Sci. 2014, S. 27-38.
- , Kommentierung zu Art. 590 ZGB (Befreiung von Vertrag wegen höherer Gewalt) (民法典第590条 (合同因不可抗力而免责) 评注), Jur. Rev. 2022, S. 177-190.
- Xie, Hongfei*, Neue Entwicklung der Studie zum Vertragsrecht (合同法学的新发展), Beijing 2014 (zit. *Xie, Hongfei*, Neue Entwicklung der Studie zum VertragsR).
- , Gestaltungsmechanismen und Vereinheitlichung des gesetzlichen Vertragsaufhebungsrechts im ZGB (《民法典》法定解除权的配置机理与统一基础), U. ZJGS J. 2020, S. 18-29.
- Xie, Huaishi*, The Contract Law of Modern China, in: Mehren, Arthur T. von (Hrsg.), International Encyclopedia of Comparative Law - Volume VII/1: Contracts in General, Tübingen 2008.
- Xu, Jieer/Piβler, Knut Benjamin*, Reisegesetz der Volksrepublik China, ZChinR 2013, S. 243-266.

- Xu, Defeng*, Zum Begriff des Vertrauensinteresses im Vertragsrecht und zum Schadenersatz für Aufwendungen (论合同法上信赖利益的概念及对成本费用的损害赔偿), *Peking U. L. Rev.* 2005, S. 688-706.
- Xu, Jiangang*, Zur Kernaussage des Grundsatzes der vollen Wiedergutmachung im Schadenersatz und seiner Notwendigkeit (论损害赔偿中完全赔偿原则的实质及其必要性), *ECUPL J.* 2019, S. 149-161.
- , Die Natur und der Ersatz frustrierter Aufwendungen bei Vertragsverletzungen (违约中落空费用的性质及赔偿), *L. Sci.* 2020, S. 54-67.
- Ye, Jinqiang*, Institutionelle Mechanismen nach der Aussetzung der Leistung aufgrund der Unsicherheitseinrede (不安抗辩中止履行后的制度安排) - Kommentar zur Neufassung von Arti. 528 ZGB (民法典第528条修正之释评), *Sci. L.* 2020, S. 132-139.
- Yi, Jun*, Eine kritische Betrachtung des Zurechnungsprinzips von Schadenersatz wegen Vertragsverletzung im chinesischen Vertragsgesetz, *AfcdP* 2012, S. 3-28.
- Yin, Anjun*, Zur Wechsellmöglichkeit des Rechtsbehelfs bei Vertragsverletzung nach dessen Wahl (论违约救济方式选择后的可变更性), *ECUPL J.* 2015, S. 74-87.
- Yin, Fei*, Art. 533: Änderung der Umstände, in: Wang, Liming/Zhu, Hu (Hrsg.), *Kommentar zum chinesischen Zivilgesetzbuch - Vertragsbuch - Allgemeiner Teil* (中国民法典释评合同编通则), Beijing 2020, S. 337-350 (zit. Yin, Fei, *Kommentar zum ZGB - Vertragsbuch - AT*).
- Zhao, Jin*, Der immaterielle Schadenersatz wegen Pflichtverletzung, in: Bu, Yuanshi (Hrsg.), *Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation - Berichte zum ersten und zweiten offiziellen Entwurf*, Tübingen 2019, S. 139-150.
- Zhao, Wenjie*, Zum Wertersatz bei ungerechtfertigter Bereicherung und bei gesetzlichen Vertragsaufhebungsrecht (论不当得利与法定解除中的价值偿还), *Peking U. L. J.* 2015, S. 1171-1196.
- , Kommentierung zu Art. 94 VG (Das gesetzliche Vertragsaufhebungsrecht) (合同法第94条(法定解除)评注), *Jur. Rev.* 2019, S. 175-191.
- , Über das interne und externe System des gesetzlichen Rechts zur Vertragsaufhebung (论法定解除权的内外体系) - Die Nichterreicherung des Vertragszwecks in Art. 563 Abs. 1 ZGB als Ausgangspunkt (以民法典第 563 条第 1 款中合同目的不能实现为切入点), *ECUPL J.* 2020, S. 126-137.
- Zheng, Xiaojian*, Die Funktion des Schadenersatzes und die Abschaffung des Grundsatzes der vollständigen Entschädigung (损害赔偿的功能与完全赔偿原则的存废) - Die Bilanz der Interessenlage (利益平衡视角下之反思), *Henan Social Sci.* 2018, S. 55-60.

- Zhong, Ruiqing*, Die Feststellung des "durch die Vertragsverletzung verursachten Schadens": Theoretische und praktische Untersuchung(“违约所造成的损失”界定:理论与实证研究), *Jur. Rev.* 2022, S. 29-43.
- Zhou, Hua*, Begrenzung der Kompensation im Namen des Schadensersatzes (以损害之名为限制赔偿之实) - Analyse der Selbstkorrektur des Grundsatzes der vollständigen Entschädigung im Deliktrecht (试论侵权法之完全赔偿原则的自我修正), *Hebei L. Sc.* 2017, S. 46-57.
- Zhou, Jianghong*, Die Regel der Gefahrtragung und die Vertragsauflösung (风险负担规则与合同解除), *Chin. J. L.* 2010, S. 74-88.
- Zhou, Youjun*, Zur Sachmängelhaftung des Verkäufers (论出卖人的物的瑕疵担保责任), *Legal F.* 2014, S. 107-113.
- Zhu, Guangxin*, Erforschung des Zurechnungsprinzips der Haftung für Vertragsverletzung (违约责任的归责原则探究), *TPSL* 2008, S. 76-89.
- , Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Vertragsrechts Band II (合同法总则研究(下册)), Beijing 2018 (zit. *Zhu, Guangxin*, *VertragsR AT II*).
- , Art. 577: Definition der Haftung für Vertragsverletzungen (第五百七十七条: 违约责任的定义), in: *Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei* (Hrsg.), *Kommentar zum ZGB - Allgemeine Teil des Vertragsbuches*, Bd. 2, Beijing 2020, S. 285-304.
- , Art. 579: Fortgesetzte Erfüllung der Geldschulden (第五百七十九条: 金钱债务的继续履行), in: *Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei* (Hrsg.), *Kommentar zum ZGB - Allgemeine Teil des Vertragsbuches*, Bd. 2, Beijing 2020, S. 320-332.
- , Art. 580: Der Erfüllungsanspruch bei Nicht-Geldschulden und seine Grenzen (第五百八十条: 非金钱债务的履行请求权及其限制), in: *Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei* (Hrsg.), *Kommentar zum ZGB - Allgemeine Teil des Vertragsbuches*, Bd. 2, Beijing 2020, S. 332-358.
- , Art. 590: Haftungsentlastung bei höherer Gewalt (第五百九十条: 不可抗力的免责事由), in: *Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei* (Hrsg.), *Kommentar zum ZGB - Allgemeine Teil des Vertragsbuches*, Bd. 2, Beijing 2020, S. 460-473.
- Zhu, Hu*, Art. 563 ZGB, in: *Wang, Liming/Zhu, Hu* (Hrsg.), *Kommentar zum chinesischen Zivilgesetzbuch - Vertragsbuch - Allgemeiner Teil* (中国民法典释评合同编通则), Beijing 2020 (zit. *Zhu, Hu*, *Kommentar zum ZGB - Vertragsbuch - AT*).
- , Ausübung des Vertragsaufhebungsrechts und dessen Rechtsfolgen (解除权的行使和行使效果), *J. Comp. L.* 2020, S. 93-108.
- Zhu, Xiaozhe*, Mängelgewährleistung, Schlechtleistung und Anspruchskonkurrenz (瑕疵担保、加害给付与请求权竞合) Mängelgewährleistung, Schlechtleistung und Anspruchskonkurrenz (瑕疵担保、加害给付与请求权竞合) - Zum Schadensersatz für

- das Integritätsinteresse im allgemeinen schuldrechtlichen Leistungsstörungenrecht (债法总则给付障碍中的固有利益损害赔偿), *Peking U. L. J.* 2015, S. 1125-1149.
- Zhu, Xinyi*, Zur Begrenzung der Rechtsbehelfsmöglichkeiten des Gläubigers bei unvollständiger Erfüllung (不完全履行下债权人救济途径选择权之限制), *L. Sci.* 2022, S. 131-144.
- Zhuang, Jiayuan*, Die vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit (债权人原因引起的给付不能), *Sci. L.* 2018, S. 143-154.
- Zimmermann, Reinhard*, *The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1990 (Nachdruck 1996).
- , *The New German Law of Obligations - Historical and Comparative Perspectives*, Oxford 2005.
- Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China 2020.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein*, *Einführung in die Rechtsvergleichung - Auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3. Aufl., Tübingen 1996.

Anhang I: Relevante Rechtsvorschriften des ZGB¹

3. Buch: Verträge

1. Abschnitt: Allgemeiner Teil

4. Kapitel: Vertragserfüllung

Art. 509 ZGB (= Art. 60 VG): „I. Die Parteien müssen entsprechend dem Vereinbarten ihre Pflichten in vollem Umfang erfüllen. Die Parteien müssen unter Wahrung von Treu und Glauben aufgrund der Natur und der Ziele des Vertrages und nach der Verkehrssitte die Pflichten zu Mitteilungen, zur [gegenseitigen] Unterstützung, zur Geheimhaltung and anderem erfüllen.

II. Die Parteien müssen bei der Vertragserfüllung die Verschwendung von Ressourcen, die Schädigung der ökologischen Umwelt vermeiden.“

Art. 510 ZGB (= Art. 61 VG): „Wenn ein Vertrag wirksam geworden ist, und die Parteien zur Qualität, zum Preis oder Entgelt, zum Erfüllungsort oder zu anderen Punkten keine oder keine klare Vereinbarung getroffen haben, können sie eine ergänzende Vereinbarung treffen; können sie zu keiner ergänzenden Vereinbarung kommen, so wird der Punkt nach den *entsprechenden* Vertragsklauseln oder nach der Verkehrssitte bestimmt.

Art. 511 ZGB (= Art. 62 VG): „Wenn die Parteien zu den fraglichen Inhalten eines Vertrages keine klare Vereinbarung getroffen haben, und der Punkt sich auch nicht nach Art. 510 ZGB bestimmen lässt, so gelten die folgenden Vorschriften:

1. Sind die Qualitätserfordernisse unklar, so wird nach den *zwingenden* Staatsnormen erfüllt; *gibt es keine zwingende Staatsnormen, so wird nach den empfohlenen Staatsnormen erfüllt; gibt es keine empfohlene Staatsnormen, so wird nach den Branchennormen erfüllt*; gibt es keine Staats- oder Branchennormen, so wird nach den allgemeinen Normen oder dem Vertragszweck entsprechend besonders bestimmten Normen erfüllt.

2. Ist der Preis oder das Entgelt unklar, so wird nach dem Marktpreis am Erfüllungsort zur Zeit der Errichtung des Vertrages erfüllt; muss nach dem Recht der von der Regierung [imperativ] bestimmte oder der Leitpreis der Regierung durchgeführt werden, so wird nach [diesen] Vorschriften erfüllt.

3. Ist der Erfüllungsort unklar, und wird Geld gezahlt, so wird am Ort des Zahlungsempfängers erfüllt; wird unbewegliches Vermögen geleistet, so wird am Ort des

¹ Die folgende Übersetzung basiert auf der deutschen Übersetzung des VG von 1999 von Prof. Dr. *Frank Münzel*, mit Ergänzungen und Änderungen im Buch „Verträge“ des ZGB 2020, um den Zusammenhang zwischen den beiden Gesetzen besser wiederzugeben. Die relevanten Änderungen und Ergänzungen sind in kursiver Schrift gekennzeichnet.

unbeweglichen Vermögens erfüllt; bei anderen Vertragsgegenständen wird an dem Ort erfüllt, an dem sich die Partei befindet, die eine Pflicht erfüllt.

4. Ist die Erfüllungsfrist unklar, so kann der Schuldner zu jeder Zeit erfüllen, der Gläubiger kann auch zu jeder Zeit Erfüllung verlangen, der anderen Seite muss aber die nötige Zeit zur Vorbereitung gegeben werden.

5. Ist die Art und Weise der Erfüllung unklar, so wird in der Art und Weise erfüllt, welche für die Verwirklichung des Vertragszieles von Vorteil ist.

6. Ist unklar, wer die Kosten der Erfüllung trägt, so werden sie von dem getragen, der die Pflicht zur Erfüllung hat; *wird die Leistungskosten auf Grund des Gläubigers erhöht, so werden die Mehrkosten von Gläubigern tragen.*“

Art. 528 ZGB (= Art. 69 VG): *„Wenn eine Partei die Erfüllung nach dem vorigen Artikel unterbricht, muss sie dies der anderen Seite rechtzeitig mitteilen. Wenn die andere Seite entsprechende Sicherheiten stellt, muss die Erfüllung wiederaufgenommen werden. Wenn nach der Unterbrechung die andere Seite nicht innerhalb einer vernünftigen Frist ihre Erfüllungsfähigkeit wiedererlangt und auch keine angemessenen Sicherheiten stellt, gilt dies als die Nichterfüllung der Hauptverpflichten, die durch ihr Handeln zum Ausdruck bringt, und die Seite, die unterbrochen hat, kann den Vertrag kündigen und die Haftung für Vertragsverletzung verlangen.*“

Art. 533 ZGB (neu eingeführt): *„I. Nach Vertragsabschluss haben sich die Grundbedingungen des Vertrages erheblich geändert, die die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehen konnten und nicht zu den Geschäftsrisiken gehören, so dass die weitere Erfüllung des Vertrages für eine Partei offensichtlich ungerecht ist, kann die benachteiligte Partei mit der anderen Partei neu verhandeln; wenn die Verhandlung innerhalb einer vernünftigen Frist scheitert, können die Parteien vor dem Volksgericht oder dem Schiedsorgan verlangen, den Vertrag zu ändern oder zu kündigen.*

II. Das Volksgericht oder das Schiedsorgan muss unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände des Falls und gemäß dem Prinzip der Gerechtigkeit bestimmen, den Vertrag zu ändern oder zu kündigen.“

7. Kapitel: Beendung der Rechte und Pflichten aus Verträgen

Art. 563 ZGB (= Art. 94 VG): *„I. Wenn eine der folgenden Voraussetzungen vorliegt, kann eine Partei den Vertrag kündigen: 1. Wenn sich das Vertragsziel wegen höherer Gewalt nicht verwirklichen lässt; 2. wenn vor dem Ablauf der Frist für die Erfüllung eine Seite klar erklärt oder mit ihren Handlungen zum Ausdruck bringt, dass sie eine Hauptverbindlichkeit nicht erfüllen wird; 3. wenn eine Seite mit der Erfüllung einer Hauptverbindlichkeit in Verzug ist und sie auch nach Mahnung nicht innerhalb einer vernünftigen Frist erfüllt; 4. wenn der Verzug einer Partei bei der Erfüllung von Verbindlichkeiten oder andere*

Vertragsverletzungen dazu führen, dass das Vertragsziel nicht verwirklicht werden kann; 5. bei anderen vom Gesetz bestimmten Umständen.

II. Einen unbefristeten Vertrag, den auf einer dauernden Schuld gerichtet ist, kann eine Partei jederzeit den Vertrag kündigen, aber muss er dies eine vernünftige Zeit vorher der anderen Partei mitteilen.“

Art. 564 ZGB (= Art. 95 VG): „I. Wenn gesetzliche Bestimmungen oder Vereinbarungen der Parteien eine Frist für die Ausübung des Kündigungsrechts bestimmen, und die Partei das Recht nicht innerhalb der Frist ausübt, erlischt es.

II. Wenn gesetzliche Bestimmungen und Vereinbarungen der Parteien keine Frist für die Ausübung des Kündigungsrechts bestimmen, und *die Partei, der es zusteht, es nicht innerhalb eines Jahres von dem Tag an ausübt, zu dem sie von dem Kündigungsgrund Kenntnis hatte oder kennen musste, oder die Partei nach Mahnung der anderen Seite das Recht nicht innerhalb einer vernünftigen Frist ausübt, erlischt es.“*

Art. 565 ZGB (= Art. 96 VG): „I. Wenn eine Partei nach dem Recht kündigt, muss sie dies der anderen mitteilen. Sie hat den Vertrag gekündigt, sobald die Mitteilung der anderen Seite zugeht; *in der Mitteilung heißt es, dass der Schuldner die Schuld nicht innerhalb einer bestimmten Frist erfüllt und der Vertrag automatisch gekündigt wird, wenn der Schuldner die Schuld nicht innerhalb dieser Frist erfüllt, wird der Vertrag nach Ablauf der in der Mitteilung angegebenen Frist gekündigt.* Wenn die andere Seite Einwände hat, kann sie beim Volksgericht oder Schiedsgericht die Feststellung der Wirksamkeit des gekündigten Vertrages verlangen.

II. Wenn eine Partei die andere Partei nicht mitteilt, und direkt durch Klagen oder Schiedsanträgen die Kündigung des Vertrages geltend macht, und wenn das Volksgericht oder das Schiedsgericht diese Behauptung feststellt, wird der Vertrag rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Zustellung der Klageschrift oder des Schiedsantrags an die andere Partei gekündigt.“

Art. 566 ZGB (= Art. 97 VG): „I. Wenn nach der Kündigung des Vertrages noch nicht erfüllt worden ist, wird die Erfüllung beendet. Ist schon erfüllt worden, so kann entsprechend den Umständen der Erfüllung und der Natur des Vertrages eine Partei die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verlangen und andere Maßnahmen zur Abhilfe ergreifen und ist auch berechtigt, Schadenersatz zu verlangen.

II. Wenn der Vertrag aufgrund einer Vertragsverletzung gekündigt wird, kann der Inhaber des Kündigungsrechts die verletzende Partei auffordern, die Haftung für die Vertragsverletzung zu tragen, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren.

III. Nach Kündigung des Hauptvertrages sollte die zivilrechtliche Haftung des Sicherungsgebers gegenüber dem Schuldner weiterhin die Haftung die Sicherheit tragen, sofern im Sicherungsvertrag nichts anderes bestimmt ist.“

8. Kapitel: Haftung für Vertragsverletzungen

Art. 577 ZGB (= Art. 107 VG): „Wenn eine Partei Vertragspflichten nicht oder nicht gemäß den Vereinbarungen erfüllt, haftet sie wegen der Vertragsverletzung darauf, weiter zu erfüllen, Maßnahmen zur Abhilfe zu ergreifen oder den Schaden zu ersetzen.“

Art. 578 ZGB (= Art. 108 VG): „Wenn eine Partei klar erklärt oder durch ihr Handeln zum Ausdruck bringt, dass sie Vertragspflichten nicht erfüllen wird, kann die andere Seite sie schon vor dem Ablauf der Erfüllungsfrist wegen Vertragsverletzung haftbar machen.“

Art. 579 ZGB (= Art. 109 VG): „Wenn eine Partei den Preis, das Entgelt, *die Miete, die Zinsen oder andere Geldschulden* nicht bezahlt hat, kann die andere Seite die Zahlung verlangen.“

Art. 580 ZGB (= Art. 110 VG): „I. Wenn eine Partei eine nicht in Geld bestehende Verbindlichkeit nicht oder nicht gemäß den Vereinbarungen erfüllt, kann die andere Erfüllung verlangen, außer wenn einer der folgenden Umstände vorliegt: 1. wenn rechtlich oder tatsächlich nicht erfüllt werden kann; 2. wenn der Gegenstand der Verbindlichkeit zur Zwangsvollstreckung ungeeignet ist, oder die Kosten der Erfüllung zu hoch sind; 3. wenn der Gläubiger nicht innerhalb einer vernünftigen Frist die Erfüllung verlangt hat.

II. Wenn einer der im vorstehenden Absatz genannten Ausschlussgründe dazu führt, dass das Vertragsziel nicht mehr erreicht werden kann, kann das Volksgericht oder das Schiedsorgan auf Antrag der Vertragspartei die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag beenden, dies beeinträchtigt jedoch nicht die Haftung wegen Vertragsverletzung.“

Art. 581 ZGB (neu eingeführt): „Wenn eine Partei die Verbindlichkeiten nicht oder nicht vertragsgemäß erfüllt, und deren Erfüllung nach der Natur der Verbindlichkeit nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann, kann die andere Partei die Kosten verlangen, die durch Ersatzvornahme von einem Dritten entstehen.“

Art. 582 ZGB (= Art. 111 VG): „Wenn die *Erfüllung* nicht dem Vereinbarten entspricht, wird entsprechend der Vereinbarung der Parteien für die Vertragsverletzung gehaftet. Wenn es dazu keine oder keine klare Vereinbarung gibt, und die Frage sich auch nach Art. 510 ZGB nicht klären lässt, kann die geschädigte Seite aufgrund der Haftung der anderen Seite für die Vertragsverletzung entsprechend der Art des Gegenstands und der Größe des Schadens eine

vernünftige Wahl zwischen unter anderem Reparatur, Austausch, erneuter Herstellung, Wandlung und Minderung des Preises oder Entgelts treffen.“

Art. 583 ZGB (= Art. 112 VG): „Wenn eine Partei Vertragspflichten nicht oder nicht gemäß den Vereinbarungen erfüllt, muss, wenn nach Erfüllung der Vertragspflichten oder dem Ergreifen von Maßnahmen zur Abhilfe die andere Seite noch weiteren Schaden hat, der Schaden ersetzt werden.“

Art. 584 ZGB (= Art. 113 VG): „Wenn eine Partei Vertragspflichten nicht oder nicht gemäß den Vereinbarungen erfüllt und der anderen Seite damit ein Schaden verursacht, muss der Betrag des Schadenersatzes dem durch die Vertragsverletzung verursachten Schaden entsprechen, einschließlich des nach Vertragserfüllung zu erlangenden Gewinns, darf aber den Schaden nicht überschreiten, den die den Vertrag verletzende Seite bei Errichtung des Vertrages als mögliche Folge einer Vertragsverletzung vorhergesehen hat oder vorhersehen musste.“

Art. 589 ZGB (neu eingeführt): „I. Wenn der Schuldner entsprechend dem Vereinbarten seine Pflicht erfüllt und der Gläubiger ohne ordentlichen Grund die Annahme ablehnt, kann der Schuldner Ersatz der erhöhten Aufwendungen vom Gläubiger verlangen. II. Der Schuldner braucht im Zeitraum des Gläubigerverzuges keine Verzugszinsen zu zahlen.“

Art. 590 ZGB (= Art. 117, 118 VG): „I. Wenn eine Partei den Vertrag wegen höherer Gewalt nicht erfüllen kann, entfällt jeweils entsprechend dem Einfluss der höheren Gewalt die Haftung ganz oder teilweise, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Wenn der Vertrag wegen höherer Gewalt nicht erfüllt werden kann, muss dies rechtzeitig der anderen Seite mitgeteilt werden, um den Schaden, welcher der anderen Seite entstehen kann, einzuschränken, und sie muss innerhalb einer vernünftigen Frist Beweise [der höheren Gewalt] vorlegen.“

II. Wenn eine Partei mit der Erfüllung in Verzug ist, wird sie nicht dadurch von ihrer Haftung befreit, dass dann höhere Gewalt eintritt.“

Art. 591 ZGB (= Art. 119 VG): „I. Wenn eine Partei den Vertrag verletzt hat, muss die andere Seite angemessene Maßnahmen ergreifen, um eine Ausweitung des Schadens zu verhindern; wenn sie keine angemessenen Maßnahmen ergreift, um eine Ausweitung des Schadens zu verhindern, so dass sich der Schaden ausweitet, kann sie dafür keinen Ersatz verlangen.“

II. Vernünftige Aufwendungen der Parteien zur Verhinderung einer Ausweitung des Schadens trägt die Seite, welche den Vertrag verletzt hat.“

Art. 592 ZGB (= Art. 120 VG): „I. Wenn beide Seiten den Vertrag verletzen, haftet jeder seiner Verletzung entsprechend.

II. Wenn eine Partei der anderen Partei durch Vertragsverletzung einen Schaden Verursacht, [und] hat die andere Partei auch den Eintritt des Schadens verschuldet, kann die Schadenersatzsumme entsprechend gemindert werden.“

Art. 593 ZGB (= Art. 121 VG): „Wenn eine Partei aus Gründen, die bei einem Dritten liegen, den Vertrag verletzt, haftet sie *nach dem Recht* der anderen Seite für die Verletzung. Ein Streit zwischen der Partei und dem Dritten muss nach dem Gesetz oder dem Vereinbarten *behandelt* werden.“

Anhang II: Sachregister

- Absolutes Fixgeschäft *siehe* Fixgeschäft
- Abstrakte Schadensberechnung *siehe* Schadensberechnung
- Annahmeverzug *siehe* Gläubigerverzug
- Änderung der Umstände 148 ff., 173 f., 226 f.
- als Haftungsbefreiungsgrund 151
 - Geschäftsrisiko 151 f.
 - versus höhere Gewalt 151
 - Vertragsänderung und- Aufhebung 152 f.
- Anspruchskonzept 122
- Aufwendungsersatz
- nach § 284 BGB 78 ff.
 - nach § 347 Abs. 2 BGB 108 f.
 - frustrierte Aufwendungen 79 f., 198 f.
- Außerordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnissen 102 f., 226
- Beiderseitige Pflichtverletzungen 33 ff.
- Beiderseitige Vertragsverletzungen 144 ff.
- Beschaffungsrisiko 71 f., 135
- Beweislast 13 f., 41 f., 61, 138, 159, 170
- CISG 188, 199, 211, 215, 211
- Culpa in contrahendo* 3, 122
- Deckungsgeschäft 76, 81 f., 87, 92, 134, 172, 202, 208
- Differenzmethode *siehe* Schadensersatz statt der Leistung
- Differenzhypothese 79, 85
- Eigene Vertragstreue des Gläubigers 99, 222 f.
- Einrede 19, 126 ff.
- Einrede des nicht erfüllten Vertrages 19, 126 f., 144 ff.
- Einrede der Vorleistung 145
 - Einrede der Zug um Zug-Erfüllung 144 ff.
 - Unsicherheitseinrede 19, 129 f., 145
- Entgangener Gewinn 87, 197 f.
- Entschädigung in Geld 73, 86, 156, 181
- Erfüllungsanspruch 40 ff., 123, 154 ff.
- als Primäranspruch 41, 59
 - Fälligkeit 18, 41, 121
 - Geld-Erfüllungsanspruch 155 f.
 - Grenzen des ~ 46 ff.
 - Vorrang des ~ 55 f.
- Erfüllungsfrist 120 f.
- Ablauf der ~ 120 f., 125 f., 129
 - beschleunigter Ablauf der ~ 131 f.
 - und Fälligkeit 120 f., 126
 - und Verzug 120 f., 126
- Erfüllungsgefährdung 97, 217
- Erfüllungsgehilfe 70 f., 195
- Erfüllungsinteresse 62, 73, 75, 79, 133, 182, 186
- Erfüllungsverweigerung 26, 61 f., 129 ff., 216 f.
- nach Fälligkeit 26, 61 f.
 - vor Fälligkeit 26, 62, 96, 129, 216 f.
- Erhaltungsinteresse 86
- Fahrlässigkeit *siehe* Verschulden
- Fixgeschäft 62 f., 220
- absolutes ~ 48
 - relatives ~ 62 f.
- Fristsetzung 26, 46, 56 ff., 81, 95 f., 124
- Angemessenheit 57 f.
 - Entbehrlichkeit der ~ 60 ff., 96
 - Fristablauf 59 f.
- Garantiehftung 77, 115, 187 f., 188
- Garantiehftungsprinzip 115, 117 f., 187 f.

- Garantieübernahme 71, 78
- Gattungsschuld 32, 44, 47, 71 f., 135
- Gattungskauf 135
- Gefahrübergang 32, 106, 144, 216
- Geldersatz *siehe* Entschädigung in Geld
- Gegenleistung 31, 34 ff., 57, 67, 79, 83 f., 94, 99, 105, 139 ff., 205 f.
- Teilbarkeit der ~ 97
 - Gegenleistungsanspruch 32, 46, 99 ff., 215
 - Gegenleistungsgefahr 32, 216, 254
 - Gegenleistungspflicht 95, 146, 223, 253
- Gegenseitige Verträge 26, 32, 66, 82, 94, 99, 144, 146, 205, 228
- Gesamtanalogie 132
- Gewährleistungsrecht 24, 67, 134 f.
- Gläubigerverantwortung 98, 101, 106
- Gläubigerverzug 29 ff., 98, 101, 142 ff.,
- nach Art. 589 ZGB 142 ff.
 - nach §§ 293 ff. BGB 22 ff.
- Grob unverhältnismäßiger
Leistungsaufwand 51 ff.
- Haftung für Vertragsverletzung *siehe*
Haftung wegen Vertragsverletzung
- Haftung wegen Vertragsverletzung 116, 122, 129, 134, 139, 156 ff., 159 f.
- Begriff 158 f.
 - Zurechnung der ~ 190 f.
- Haftungsausfüllende Kausalität 88, 203
- Höhere Gewalt 123, 125, 127, 149 ff., 159 f., 191 ff.
- als Haftungsbefreiungsgrund 191
- Impossibilia nulla est obligatio* 46
- inneres System des Rechts 8
- Integritätsinteresse 27, 72, 75, 86, 102, 123, 185 f.
- Interessenabwägung 98, 245
- Interessenfortfall 66, 97
- Ius variandi* 165
- Justizielle Auslegung *siehe* Juristische Erläuterung
- Juristische Erläuterung 8, 113
- Klage auf zukünftige Leistung 133
- Kodifizierung 7 f.
- konkrete Schadensberechnung *siehe*
Schadensersatz statt der Leistung
- Kommentar 114, 170
- Lehre der Einheit der Obligation 180, 194
- Lehre vom effizienten Vertragsbruch 171
- Leistungsfrist *siehe* Erfüllungsfrist
- Leistungsgefahr 32, 72
- Leistungspflicht 14, 16 f., 40 f., 120 f.
- Begriff 40
 - erfolgsbezogene ~ 14
 - in *natura* 40
 - verhaltensbezogene ~ 14 f.
- Leistungsstörungen 1 f., 117
- Begriff 1 f.
 - beschränkte Störungen 65
 - Systematisierungsfunktion 2
 - und Vertragsverletzung 117
- Leistungsstörungsrecht
- Abdingbarkeit 4
 - Alles-oder-Nichts-Prinzip 147
 - deutsches ~ als Vergleichungsmuster 4 f.
 - Leitbildfunktion des ~ 4
 - System des chinesischen ~ 111 ff.
 - System des deutschen ~ 11 ff.
 - Systematisierung des chinesischen ~ 4 f.
- Mangelfolgeschäden *siehe* Schadensersatz neben der Leistung
- Mängelgewährleistung 134 ff.
- Mängelgewährleistungsrecht 67

- Mängelrüge 137
- Mangelhaftung 135 f.
- Sachmängelhaftung 135
- Minderung 67, 136, 139 ff., 178
- als allgemeine Mangelhaftung 139
- Preisminderung 135, 142, 165
- Mindestschaden 79, 83, 84, 79, 205
- Gegenleistung als ~ 83, 205
- Mitverschulden 90 ff., 101, 160, 201 f.
- Modifikationlehre 175

- Nacherfüllung 25, 42 ff., 56, 65, 73, 161 ff.,
- Nachbesserung 43, 162 f.
- Nacherfüllungsanspruch 42, 161 f.
- Nachlieferung 43 f., 164
- Neuherstellung 44, 162 f.
- Unzumutbarkeit der ~ 65
- Vorrang der ~ 164 f.
- Nachfrist 25, 57, 95, 184, 218 f.
- Nachfristmodell 213, 219
- Naturalerfüllung 40, 56
- Grundsatz der ~ 56, 174, 186
- Naturalerfüllungspflicht 40
- Naturalrestitution 73
- die vom Richter bemessenen ~ 181
- nach § 249 Abs. 1 BGB 85 f.
- beim Schadensersatz statt der Leistung 86 f.
- Nebenpflicht 3, 64, 122 f., 185
- Nichterfüllung 13, 117, 123, 128
- Nichterfüllungshaftung 134 f.
- Nichterfüllungsschaden 186, 197
- Nutzungsersatz 108

- Obliegenheit 29, 35, 57, 90, 201

- Pacta sunt servanda* 52, 56, 57
- Persönliche Unzumutbarkeit *siehe*
- Persönliche Unmöglichkeit

- Pflichtgrenze 6, 172, 193
- Pflichtverletzung 13 ff., 110
- als Nichterfüllung 13
- Begriff 13
- des Rücktrittsgegners 107
- positive Vertragsverletzung 13
- Primäranspruch 18, 41, 56, 59

- Realerfüllung 158, 174 f.
- Historischer Realerfüllungsgrundsatz in China 174 f.
- Recht zur zweiten Andienung 46, 165
- zweite Chance zur Andienung 57, 164
- Rechtsbehelf 4, 24, 41, 67, 136, 156 f.
- wegen Vertragsverletzung 94, 126, 159
- Rechtsdogmatik 7 f., 196
- Begriff 8
- Funktionen der ~ 7 f.
- Justizielle Auslegung als eine Arbeitsweise der ~ 8, 113
- Rechtsvergleichung 6
- funktionaler Ansatz 5
- Schuleinflüsse der ~ 6, 129, 134
- Rechtsrezeption 2, 6, 114, 211
- remedy* 162
- Rentabilitätsvermutung 79, 84
- Äquivalenzvermutung 83, 84
- Rezeption 5 ff.
- des deutschen Rechts in China 6, 154
- Richterrecht 13, 148
- right to reject* 138
- Risikoverteilung 4, 36, 80, 125, 147
- Rückabwicklung 66, 231
- fehlgeschlagener Verträge 66
- wegen Unmöglichkeit 99 ff.
- Rückgabe von Waren 134, 137 f., 178
- Rücktritt 63, 94 ff.
- Abwicklungsverhältnis 103, 230, 255
- Ausschluss des ~ 98

- als Gestaltungsrecht 94
- Folgen des ~ 103 ff.
- Teilrücktritt 67, 97
- und Schadensersatz statt der Leistung 66
- und Minderung 67
- Vorzeitiger ~ 96 f.

- Schadensabwicklung 66, 205
- Schadensberechnung 81 ff., 204
 - abstrakte ~ 82, 204
 - konkrete ~ 81 f., 204
- Schadensersatz neben der Leistung 75, 182 ff.
 - mangelbedingter Betriebsausfallschaden 73, 74
 - Mangelfolgeschäden 6, 72, 185
 - nach Art. 583 ZGB 185 ff.
 - nach § 280 Abs. 1 BGB 72 f.
 - Ersatz für Folgeschäden 185
- Schadensersatz statt der Leistung 56, 74 ff., 177, 182
 - Differenzmethode 66, 83 f., 205
 - Kosten des Deckungsgeschäfts 76
 - nach Art. 577 ZGB 186
 - nach § 311a Abs. 2 BGB 77 f.
 - Surrogationsmethode 83, 205
 - Übergangstatbestände von Erfüllungsanspruch auf ~ 56 ff., 183, 186
- Schadensersatz wegen Nichterfüllung 15, 59, 94, 99
- Schadensersatz wegen Vertragsverletzung 118, 179 ff.
 - Gewinnherausgabe 206
- Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung 22, 73 f., 184
 - nach § 280 Abs. 2 BGB 22, 73 f.
 - Verhältnis zum Schadensersatz statt der Leistung 74
 - Verzögerungsschaden 22, 73
- Schadensminderungsobliegenheit 91 f., 133 f., 201 ff.,
- Schlechterfüllung *siehe* Schlechtleistung
- Schlechtleistung 14, 24 f., 28, 42, 66, 95, 97 f., 100, 117, 136, 140
 - Unerheblichkeit der ~ 66, 97 f.
- Schuldnerverzug 18 ff., 73 f., 124, 184 f.
 - Mahnung 19 ff., 126, 213, 217 ff.
 - nach § 286 BGB 18 ff.
- Schutzpflicht 27 f., 102
- Selbstvornahme 45 f., 164
 - Selbstnacherfüllung 164
- Stellvertretendes Commodum* 80 f.
- Störung der Geschäftsgrundlage 36 ff., 107
 - Äquivalenzstörung 52, 173
 - als Störung des Vertrages 36
 - Geschäftsgrundlage 36 f.
 - Vertragsanpassung bei ~ 38 f.
- Synallagma 34, 94, 99, 102
 - konditionelles bzw. funktionelles ~ 99

- Teilrücktritt *siehe* Rücktritt
- Teilunmöglichkeit *siehe* teilweise Unmöglichkeit 67
- Theorienrezeption 5 ff.
- Treu und Glauben 20, 31, 33, 53, 89, 122, 148 f., 202, 222
- Tu-quoque-Einwand 34, 99

- Unmöglichkeit 15 ff., 46 ff., 123 f., 165 ff.
 - anfängliche ~ 17, 169
 - beiderseits zu vertretende ~ 34 ff.
 - dauernde ~ 49 f., 95
 - nachträgliche ~ 15 f.
 - persönliche ~ 54 f., 170 f.
 - qualitative ~ 25, 49, 67, 96, 102, 194
 - Rechtsfolgen der ~ 17 f., 50 f., 55, 169 f.
 - rechtliche ~ 48, 166 f.
 - subjektive ~ 48, 168

- tatsächliche ~ 47 f., 166
- teilweise ~ 48 f., 167 f., 194
- vorübergehende ~ 49 f., 120, 169, 187
- wirtschaftliche ~ 51, 149
- Unvermögen 123
- Unzumutbarkeit der Leistung 38, 172
- Unzumutbarkeit der Leistung durch den Schuldner 64
- Überhöhte Leistungskosten 149, 171 ff., 226
- Verantwortlichkeit des Gläubigers *siehe* Gläubigerverantwortung
- Verschulden 69, 110, 190
 - Fährlässigkeit 69 f.
 - Vorsatz 70
- Verschulden bei Vertragsverhandlungen *siehe Culpa in contrahendo*
- Verschuldenshaftung 69, 88, 187 f.
 - Verschuldensprinzip 69, 115, 187 f.
- Vertragsabwicklung 26, 57, 66, 98, 105, 138, 177
- Vertragsaufhebung 9, 39, 138 f., 176, 177, 205, 208 ff.
 - als Gestaltungsrecht 208 f.
 - bei beiderseitigen Vertragsverletzungen 147 f.
 - bei Störung der Geschäftsgrundlage 39
 - durch die vertragsbrüchige Partei 224, 227
 - Einwände gegen ~ 210
 - Folgen der ~ 228 ff.
 - wegen höherer Gewalt 149, 215 f.
 - wegen Leistungsverzuges 217 ff.
 - wegen vorzeitiger Vertragsverletzung 216 f.
- Vertragsautonomie 3 f., 53, 181
- Vertragsverletzung 56, 94, 116 ff.
 - als Oberbegriff 117 ff.
 - antizipierte ~ 128 ff., 216 f.
 - Rechtswidrigkeit der ~ 118
 - und Leistungsverzug 124 ff.
 - und Unmöglichkeit 123 f.
 - und Vertretenmüssen 118 ff.
 - wesentliche ~ 211 f.
- Vertretenmüssen 13 f., 22, 25, 28, 46, 53 f., 71 f., 77, 106, 118 f., 159
 - Abgrenzung zur Pflichtverletzung 13 f.
 - bei Schutzpflichtverletzung 28
 - ohne Verschulden 71 f.
- Verzögerung der Leistung 18, 25, 124 f., 140
- Verzug 18 ff.
 - des Gläubigers *siehe* Gläubigerverzug
 - des Schuldners *siehe* Schuldnerverzug
 - Verzugsschaden 74, 127, 184 f.
- Verzugszinsen 22 f., 127
- Vorteilsausgleichung 92 f., 202 f.
- Vorhersehbarkeitsregelung 199 ff., 203
- Wandelung 137
- Wegfall der Geschäftsgrundlage *siehe* Störung der Geschäftsgrundlage
- Weiter-Erfüllung 156 ff.
 - als Erfüllungsanspruch bei der Vertragsverletzung 157 f.
 - Grenze der ~ 165 ff.
 - und Schadensersatz statt der Leistung 133, 177
 - und Vertragsaufhebung 176
 - Vorrang der ~ 161, 173 ff.
 - wegen Schlechtleistung 136
- Wertersatz 104 ff.
 - Ausschluss des ~ nach § 346 Abs. 3 BGB 106 ff.
 - nach § 346 Abs. 2 BGB 105 f.
- Widerrufsrecht 137
- ZGB 3, 111
 - Kodifizierung des ~ 3, 111

- verstecktes System des Schuldrechts AT
im ~ 3

- Vertragsbuch des ~ 7

Zufallshaftung 25, 127 f.

Zurückspringen der Gefahr 106, 233

Zwangserfüllung *siehe* Weiter-Erfüllung