

## Grundkurs BGB II Arbeitsblatt 7 - Die Bestimmung der Leistungspflicht

### I. Bestimmung des Leistungsinhalts

Welche Leistung geschuldet ist, ergibt sich in den meisten Fällen eindeutig aus dem Schuldverhältnis selbst.

#### 1. Stückschulden

**Beispiel 1:** V verkauft an K einen Gebrauchtwagen für 10.000 Euro.

Hier steht fest, daß V eine ganz bestimmte Leistung erbringen muß: Er hat nach § 433 I 1 BGB *diesen* Wagen (und keinen anderen!) an K zu übereignen und zu übergeben. Man spricht hier von einer **Stückschuld**: V kann seine Leistungspflicht nur mit einer ganz bestimmten Sache erfüllen.

K seinerseits hat ebenfalls eine ganz bestimmte Leistung zu erbringen: Er hat nach § 433 II BGB 10.000 Euro zu bezahlen und *dieses* (und *nur* dieses) Fahrzeug abzunehmen.

#### 2. Gattungsschulden

##### a) Die unbeschränkte Gattungsschuld

**Beispiel 2:** V verkauft an K einen Neuwagen Fabrikat „Nissan Almera“ für 20.000 Euro. V sichert zu, den Wagen in vier Wochen ausliefern zu können, wenn die neue Lieferung des Herstellers bei ihm eintrifft.

V hat abermals eine im Vertrag eindeutig bestimmte Leistung zu erbringen: Er muß einen Wagen des Typs Nissan Almera übereignen und übergeben. Allerdings gibt es auf der Welt nicht nur einen, sondern mehrere dieser Fahrzeuge; sie werden in Serie produziert. V muß nur *irgendeinen* dieser Wagen beschaffen und an K liefern. Die Verbindlichkeit des V ist daher nur der Gattung nach bestimmt; man spricht insofern von einer **Gattungsschuld**. V ist Gattungsschuldner und hat, wie § 243 I BGB es formuliert, eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten.

Der Umstand, daß die Schuld des V nur der Gattung nach bestimmt ist, hat erhebliche praktische Bedeutung: Einerseits kann V aussuchen, welches der am Markt verfügbaren Exemplare er liefert; er trägt aber auch das Risiko, daß er, solange irgendwo irgendein Stück aus der Gattung existiert, versuchen muß, sich dieses Stück zu beschaffen und an K zu liefern. Der Gattungsschuldner trägt m.a.W. das **Beschaffungsrisiko** (auch genannt: die **Leistungsgefahr**). Deutlich zum Ausdruck kommt dies in **§ 275 I BGB**: Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn diese **unmöglich** wird. Solange ein Stück aus der Gattung existiert, kann die Verbindlichkeit damit erfüllt werden; die Leistung ist dann eben *nicht* unmöglich und V *nicht* von seiner Leistungspflicht befreit.

Wenn also nun die Lieferung des Herstellers bei V eintrifft und sogleich danach durch einen Brand auf dem Verkaufsgelände des V zerstört wird, wird V nicht von seiner Pflicht frei; er muß vielmehr eine neue Lieferung beim Hersteller ordern (und bezahlen!), um den Kaufvertrag mit K erfüllen zu können.

Der Hinweis auf § 275 I BGB zeigt denn auch die Relevanz der Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungsschulden im **Klausuraufbau**:

- Wenn ein bestimmtes Stück geschuldet ist und nicht mehr geliefert werden kann, ist die Leistung unmöglich; der Schuldner wird frei.
- Wenn nur irgendein Stück aus einer Gattung geschuldet ist, wird der Schuldner erst dann nach § 275 I BGB befreit, wenn *kein einziges Stück aus dieser Gattung mehr geliefert werden kann*.

*b) Die beschränkte Gattungsschuld (Vorratsschuld)*

Gelegentlich ergibt sich aus der Parteivereinbarung, daß der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit nicht auf alle überhaupt existierenden Exemplare der Gattung zurückgreifen darf und muß, sondern nur auf ein bestimmtes Kontingent (Vorrat). Man spricht hier von einer **Vorratsschuld**. Die Vereinbarung, daß nur aus einem bestimmten Vorrat geleistet werden soll, wird dabei häufig nicht ausdrücklich Vertragsbestandteil, sondern ergibt sich aus dem Umständen.

**Beispiel 3:** Winzer W stellt in seiner Kellerei den Wein „Saufhausener Schluckauf“ her. K ordert 10 Kisten zu je 6 Flaschen.

Wer Wein aus einer bestimmten Kellerei bestellt, gibt damit zu erkennen, daß er gerade den dort hergestellten Wein möchte; denn jede Kellerei hat gewisse ihr eigene Herstellungsweisen und gibt daher dem Wein ihre eigene typische Geschmacksrichtung. W hat daher nur aus seinem eigenen Vorrat zu leisten; sobald dieser erschöpft ist, braucht W nach § 275 I BGB nicht mehr zu leisten, namentlich muß er nicht gleichnamigen Wein aus anderen Kellereien ankaufen, um damit die Verbindlichkeit gegenüber K zu erfüllen.

*c) Vorratsschuld und Gleichbehandlung der Gläubiger*

Vor allem bei der Vorratsschuld stellen sich freilich Probleme, wenn der Vorrat zwar als solcher noch vorhanden ist, aber nicht ausreicht, um damit alle Verbindlichkeiten des Schuldners zu bedienen.

**Beispiel 4:** Nehmen wir im Beispiel 3 an, K und L haben jeweils 10 Kisten bestellt; W hat die Bestellungen auch angenommen. Kurz darauf dringen Gewalttäter in sein Lager ein und zerstören weite Teile seiner Ware; es bleiben lediglich 12 Kisten des „Saufhausener Schluckauf“ übrig. Sowohl K als auch L bestehen darauf, daß 10 Kisten geliefert werden.

Sowohl K als auch L leiten ihren Anspruch auf Lieferung von je 10 Kisten aus § 433 I 1 BGB her: Danach hat W ihnen diese Menge an Wein zu übereignen und zu übergeben. Fraglich ist aber, ob W wenigstens teilweise nach § 275 I BGB von seiner Leistungspflicht frei geworden ist. Voraussetzung dafür ist, daß die dem W obliegende Leistung unmöglich geworden ist.

K hat 10 Kisten bestellt; isoliert betrachtet, könnte W ihm 10 Kisten liefern. L hat 10 Kisten bestellt; isoliert betrachtet, könnte W ihm ebenfalls 10 Kisten liefern. Aber der Bestand reicht nicht aus, um *beide zugleich* mit jeweils 10 Kisten zu beliefern. In diesem Fall muß W den verbliebenen Bestand unter den Gläubigern gleichmäßig aufteilen. Sowohl K als auch L können daher die Lieferung von jeweils 6 Kisten verlangen; hinsichtlich der übrigen 4 Kisten ist W nach § 275 I BGB von seiner Leistungspflicht frei geworden, weil ihm eben die vollständige Bedienung *aller* Gläubiger objektiv nicht möglich ist.

Gleichbehandlung ist dabei *proportional* zu verstehen: K und L werden in Abhängigkeit vom Umfang ihrer Bestellung beliefert. Wenn etwa K 10 und L 20 Kisten bestellt hätte, bekäme L doppelt so viel wie K: L 8 Kisten, K 4 Kisten.

d) *Die zur Stückschuld konkretisierte Gattungsschuld*

**Beispiel 5:** V verkauft an K einen neuen VW Golf Diesel aus der Serienproduktion des Herstellers. Im Kaufvertrag wird vereinbart, daß V, sobald die nächste Lieferung des Herstellers eingetroffen ist, einen Wagen dieses Typs für K beiseite stellt, den K hierüber verständigt und K sich den Wagen sodann bei V abholt. So geschieht es auch. Noch bevor K bei V eintrifft, wird der Wagen von Unbekannten gestohlen, die trotz intensiver Ermittlungen nicht aufgespürt werden können. K verlangt, daß ihm ein anderer Neuwagen des Fabrikats Golf Diesel geliefert wird.

Durch den Kaufvertrag zwischen K und V ist ein Anspruch des K auf Übereignung und Übergabe eines neuen VW Golf Diesel nach § 433 I 1 BGB entstanden. Dieser Anspruch könnte aber nach § 275 I BGB erloschen sein.

V schuldete ursprünglich einen Neuwagen eines bestimmten, in Serie produzierten Fabrikats. Seine Leistung war also der Gattung nach bestimmt. Solange auf dem Markt irgendein VW Golf verfügbar war, mußte V ihn sich beschaffen und an K liefern. Doch könnte sich das Schuldverhältnis (nämlich der Kaufvertrag) nach § 243 II BGB auf gerade denjenigen VW Golf Diesel beschränken, den V für K, wie vereinbart, beiseite gestellt hat und den K hierüber informiert hat. Hierdurch hat V diesen Wagen aus der Gattung als den für K Bestimmten ausgewählt, ihn dadurch **ausgesondert**, für K **bereitgestellt** und den K schließlich hierüber **informiert**. Da K nach den mit V getroffenen Vereinbarungen den Wagen abzuholen hatte, hat V durch die beschriebene Leistungshandlung im Sinne des § 243 II BGB alles Erforderliche getan, um dem K einen VW Golf Diesel mittlerer Art und Güte (vgl. Wortlaut des § 243 II: „einer *solchen* Sache“, d.h. einer Sache mittlerer Art und Güte) zu liefern.

Konsequenz ist, daß V nur noch diesen Wagen schuldet: Man sagt, die Gattungsschuld wurde zur Stückschuld **konkretisiert**. Mit der Konkretisierung geht die **Leistungsgefahr** auf den Gläubiger über: Da die Diebe nicht auffindbar sind, besteht keine Aussicht mehr, daß der Wagen wieder in den Besitz des K zurückkehrt. Die *Übergabe* des Wagens ist damit unmöglich geworden. Wenn das Stück, auf welches sich das Schuldverhältnis beschränkt, nicht mehr geliefert werden kann, wird der Schuldner nach § 275 I BGB von seiner Verpflichtung frei und der Gläubiger verliert seinen Erfüllungsanspruch.

e) *Bindung an die Konkretisierung?*

Stark umstritten ist, ob V, wenn er die Kaufsache für K bereitgestellt und den K benachrichtigt hat, das Recht hat, die **Konkretisierung wieder rückgängig** zu machen, d.h. statt des schon für K bereitgestellten Wagens einen anderen Wagen des gleichen Fabrikats zu liefern.

An einem solchen Vorgehen kann V aus vielerlei Gründen ein Interesse haben. So mag es geschehen, daß der für K bereitgestellte Wagen bis zum Eintreffen des K aus Gründen zerstört wird, die V *zu vertreten* hat und dem V daher ein Anspruch des K auf *Schadensersatz statt der Leistung* droht. Dann wird V möglicherweise lieber gleich ein Ersatzfahrzeug liefern. Aber selbst wenn V die Zerstörung nicht zu vertreten hat, ist ihm möglicherweise die Geschäftsverbindung zu K so wichtig, daß er darauf verzichten will, sich auf seine Leistungsbefreiung nach §§ 243 II, 275 I BGB zu berufen.

Die Rechtsprechung (BGH NJW 1982, 873) *verneint* ein Recht des Schuldners (hier: V), die Konkretisierung rückgängig zu machen: § 243 II BGB ordnet an, daß sich das Schuldverhältnis

nis insgesamt auf die bereitgestellte Sache beschränke; damit sei der Schuldner verpflichtet, genau die bereitgestellte Ware und keine andere zu leisten. Hiergegen wendet sich mit Recht ein Teil der Literatur (ausführlich *Medicus*, JuS 1966, 297 ff.): § 243 II BGB soll den Schuldner davor schützen, daß er statt der bereitgestellten und dann untergegangenen Ware andere Sachen der gleichen Gattung beschaffen muß. Auf diesen Schutz muß der Schuldner verzichten können. Richtigerweise ist also das Recht des Gattungsschuldners anzuerkennen, die bereits konkretisierte Sache noch gegen eine andere Sache der gleichen Gattung (die freilich ebenfalls mittlerer Art und Güte sein muß) auszutauschen. *Schuldverhältnisse sind in erster Linie dazu da, um erfüllt zu werden; die Gesetzesauslegung muß daher bestrebt sein, die Erbringung der geschuldeten Primärleistung (im Beispiel 5: die Lieferung des Wagens) so weit wie nur irgend denkbar zu ermöglichen.*

### 3. Einseitige Leistungsbestimmung durch eine Partei

Bei Stück- und ebenso bei Gattungsschulden legt das Schuldverhältnis bereits eindeutig fest, was der Schuldner zu leisten hat: *Dieses* Stück oder ein Stück aus *dieser* Gattung. Daneben kennt das geltende Recht aber auch Schuldverhältnisse, in denen eine der Vertragsparteien sich *aussuchen* kann, was geleistet wird – indem sie nämlich entweder sich zwischen zwei oder mehreren im Schuldverhältnis bereits festgelegten Wahlmöglichkeiten entscheidet (sogleich a) oder ohne eine solche Begrenzung einseitig den Leistungsinhalt bestimmt (sogleich b).

#### a) Wahlschuld und *ius variandi*

Wenn der Gläubiger oder der Schuldner nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses entscheiden dürfen, welche von mehreren bereits im voraus *festgelegten* Leistungen erbracht wird, sprechen wir entweder von einer **Wahlschuld** oder von einem **ius variandi**. Beides bedeutet *nicht dasselbe*; vielmehr unterscheiden sich beide Typen von Schuldverhältnissen wie folgt:

**Beispiel 6:** V besitzt ein Mehrfamilienhaus in Berlin mit insgesamt 6 Wohneinheiten. M will zum 1.04.2004 an der Freien Universität Berlin studieren. V verpflichtet sich gegenüber M in einem Mietvorvertrag, dem M diejenige Wohnung in seinem Haus zu vermieten, die als nächstes frei wird. Zum 31.03.2004 ziehen gleich zwei Mieter aus.

V hat mit M einen Vorvertrag geschlossen – einen Vertrag also, in dem er sich verpflichtet, mit M später einen *weiteren Vertrag* (sog. *Hauptvertrag*) abzuschließen. M soll danach verlangen können, daß ein Mietvertrag über *eine* der sechs Wohnungen im Haus zustande kommt. *Welche* dieser Wohnungen das sein wird, steht noch nicht fest; fest steht lediglich, daß M nur den Abschluß *eines* Mietvertrags verlangen kann. In einem solchen Fall spricht man von einer **Wahlschuld**: Es muß ein Mietvertrag über wahlweise eine von sechs Wohnungen in einem bestimmten Haus abgeschlossen werden.

Im Vertrag ist bestimmt, daß M die nächste frei werdende Wohnung soll beanspruchen können. Wenn nun gleichzeitig mehrere Wohnungen frei werden, muß eine der beiden Parteien entscheiden, über welche Wohnung der Vertrag abgeschlossen wird. § 262 BGB enthält hierzu eine Auslegungsregel: Wenn nichts bestimmt ist, steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu (hier: dem V, der sich zum Abschluß eines Mietvertrags verpflichtet hat).

Die **Wahl** erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil (§ 263 I BGB); sie ist also **einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung**. Ihre Wirkung wird in § 263 II BGB beschrieben: Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete. Die Wahl legt

also den Inhalt des Schuldverhältnisses fest, sofern dieser vorher offen geblieben war; sie hat **rechtsgestaltenden Charakter**. Das Wahlrecht ist also **Gestaltungsrecht**.

**Beispiel 7:** K kauft bei V ein neues Fahrrad aus einer Serienproduktion. Als bald muß er feststellen, daß die Gangschaltung nicht funktioniert. Er verlangt daher von V, die Gangschaltung zu reparieren. V stellt beim Reparaturversuch fest, daß er hierfür ein Ersatzteil bestellen müßte; dies Teil ist aber nicht mehr verfügbar, da es sich bei dem Fahrrad um ein Auslaufmodell handelt. Als V dies dem K mitteilt, verlangt K, daß V ihm ein anderes Fahrrad des gleichen Typs liefert; V hat ein solches Fahrrad noch auf Lager.

Wenn bei einem gekauften Fahrrad die Gangschaltung nicht funktioniert, so begründet dies einen **Sachmangel** (§ 434 BGB). In diesem Fall kann der Käufer nach § 439 I BGB Nacherfüllung verlangen, und zwar nach seiner Wahl in Gestalt der

- *Nachbesserung* (d.h. die gelieferte Sache wird repariert, der Mangel also beseitigt)
- oder *Nachlieferung* (d.h. es wird eine neue fehlerfreie Sache geliefert).

Man könnte hier auf die Idee kommen, der Gesetzgeber habe hier eine gesetzliche Wahlschuld angeordnet, und zwar abweichend von § 262 BGB mit Wahlrecht des *Gläubigers*: K könne entweder ein neues Fahrrad oder die Reparatur des gelieferten verlangen. Das hätte freilich bedenkliche Konsequenzen, die am Beispiel 7 sogleich anschaulich werden: K hat sich für Nachbesserung entschieden. Es soll also das gelieferte Fahrrad repariert werden. Stünden nun Nachbesserung und Nachlieferung zueinander im Verhältnis der Wahlschuld, so würde dies bedeuten, daß die Entscheidung des K, Nachbesserung zu verlangen, nach § 263 II BGB als die vom Verkäufer von Anfang an allein geschuldete Leistung gilt. Wenn sich nun, wie im Beispiel 7, die Nachbesserung als unmöglich erweist, weil kein Ersatzteil mehr aufzutreiben ist, ist K jeglichen Anspruchs auf eine fehlerfreie Kaufsache beraubt:

- *Nachbesserung* kann er nicht verlangen, da sie unmöglich und daher V insoweit nach § 275 I BGB befreit ist;
- *Nachlieferung* kann er nicht verlangen, weil infolge der Wahl des K nach § 263 II BGB von Anfang an nur Nachbesserung geschuldet ist.

Diese Konsequenz entspricht nicht dem Sinn des Nacherfüllungsanspruchs: Das reformierte Kaufrecht ist von dem Bestreben getragen, dem Käufer in allererster Linie eine fehlerfreie Kaufsache zu verschaffen. Der Käufer soll bei Mängeln der Kaufsache nicht gleich den Kaufpreis mindern oder gar zurücktreten dürfen (wie dies bis zum 31. 12. 2001 der Fall war!), sondern primär darauf dringen, daß er eine mangelfreie Sache bekommt. Auch hier gilt nämlich wieder: *Schuldverhältnisse sind dazu da, erfüllt zu werden*; Sekundärrechte wie etwa Minderung, Rücktritt oder Schadensersatz sollen nur im Notfall eingreifen, wenn die Durchführung des Vertrags gescheitert ist. Solange V noch ein fehlerfreies Fahrrad der gekauften Marke liefern kann, ist nicht einzusehen, warum er dazu nicht verpflichtet sein soll.

Dem Sinn und Zweck des § 439 I BGB entspricht daher allein eine Lösung, die nach Fehlschlagen der Nachbesserung zugunsten des K einen Anspruch auf Nachlieferung aufrecht erhält. Diese Konsequenz ist aber auf dem Boden der Vorschriften über die Wahlschuld nicht erreichbar. Deshalb muß das Verhältnis von Nacherfüllung und Nachbesserung anders definiert werden: Dem Käufer (hier: dem K) steht ein **ius variandi** zu – zu deutsch: ein Recht, vom einen Rechtsbehelf zum anderen übergehen zu können, *ohne* an die einmal getroffene Wahl gebunden zu sein.

Das *ius variandi* unterscheidet sich von der Wahlschuld also gerade dadurch, daß § 263 II BGB für letztere gilt, für ersteres aber nicht: Bei einem *ius variandi* kann der Berechtigte, selbst wenn er einmal den einen Rechtsbehelf gewählt hat, später noch auf einen anderen übergehen und umgekehrt; er ist also *nicht* an die einmal getroffene Wahl gebunden, sondern kann sich später noch umentscheiden.

### b) Ersetzungsbefugnis

Von der Wahlschuld zu unterscheiden ist die **Ersetzungsbefugnis** (*facultas alternativa*). Bei ihr steht eindeutig fest, was der Schuldner zu leisten hat; der Schuldner hat aber das Recht, eine bestimmte andere Leistung als die geschuldete an Erfüllungs Statt (§ 364 I BGB) zu erbringen. Was der Unterschied zur Wahlschuld in der Praxis bedeutet, zeigt sich deutlich am folgenden

**Beispiel 8** (nach BGHZ 46, 338): K kauft bei V einen Neuwagen für 20.000 Euro. Von diesem Betrag soll K 15.000 Euro in bar, den Rest dadurch tilgen, daß er dem V sein bisheriges (gebrauchtes) Fahrzeug zur Verfügung stellt (in Zahlung gibt). K hatte seinen Altwagen durch Privatkauf von P erworben; P hatte ihm dabei verschwiegen, daß es sich um einen Unfallwagen handelte. V übereignet und übergibt dem K den Neuwagen, K dem V dafür den Altwagen. K bezahlt auch sogleich den Barbetrag von 15.000 Euro. V stellt alsbald Unfallschäden am Altwagen des K fest und meint, angesichts dessen sei er an seine Bereitschaft, anstelle der restlichen 5.000 Euro den Wagen des K in Zahlung zu nehmen, nicht mehr gebunden. Er verlangt von K Zahlung von 5.000 Euro. Mit Recht?

Es gibt drei Möglichkeiten, die Vereinbarung zwischen V und K über die Inzahlungnahme des Altfahrzeugs zu deuten:

- K könnte alternativ 5.000 Euro oder die Übereignung und Übergabe des Altwagens als **Wahlschuld** zu leisten haben. Konsequenz: Wenn K sich für die Hingabe des Altwagens entscheidet, gilt dies nach § 263 II BGB als von Anfang an allein geschuldet. Wenn nun, wie in Beispiel 8, der Altwagen mangelhaft ist, kann der Verkäufer *jedenfalls nicht einfach statt dessen 5.000 Euro verlangen*: Nach § 263 II BGB schuldet K definitiv nur die Übergabe eines mangelfreien Altwagens. Diese Verpflichtung freilich ist dem K unmöglich: K hat *diesen* Wagen in Zahlung gegeben (Stückschuld); und dieser Wagen leidet an einem unbehebbareren Mangel: Er wird als Unfallwagen für immer weniger wert sein. K ist daher von seiner Pflicht, dem V einen mangelfreien Altwagen zu verschaffen, nach § 275 I BGB frei. V kann allenfalls nach §§ 437 Nr.2, 326 V, 323 V 2 BGB vom gesamten Kaufvertrag zurücktreten.
- K und V könnten einen **gemischttypischen Vertrag mit Elementen des Kaufs und des Tauschs** geschlossen haben (dafür *Mayer-Maly*, 1. FS Larenz, 1973, S. 673, 681; *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn.756): K hat dem V für den Neuwagen teils Geld zu zahlen, teils den Altwagen zu verschaffen. Soweit er Geld zahlen mußte, liegt ein Kauf, soweit der den Altwagen hingeben mußte, ein Tausch vor, Konsequenz: Wenn der Altwagen mangelhaft ist, wird die Komponente „Tausch“ nicht wie geschuldet erfüllt; V kann nach §§ 480, 437 Nr.2, 326 V, 323 V 2 BGB vom ganzen Vertrag zurücktreten. Er kann aber *nicht Zahlung von 5.000 Euro* statt des Altwagens verlangen; denn das war gerade nicht vertraglicher Inhalt seiner Leistungspflicht. Die Parteien haben als Gegenleistung für den Neuwagen 15.000 Euro plus den Altwagen vereinbart, sonst nichts.
- Der BGH (BGHZ 46, 338, 340 f.; 89, 126, 128 ff.; zustimmend *Binder*, NJW 2003, 393, 395 f.) hat sich jedoch keiner dieser beiden Deutungen angeschlossen, sondern angenommen, V habe den Wagen an K für 20.000 Euro verkauft. K schulde also *an sich* diesen Betrag; er sei aber befugt, einen Teilbetrag von 5.000 Euro dadurch zu tilgen, daß er **an Er-**

**fällungs Statt** den Altwagen hingebe. Die Vereinbarung über die Inzahlungnahme des Fahrzeugs begründe damit eine **Ersetzungsbefugnis**. Konsequenz: Für den Mangel des an Erfüllung Statt gewährten Altwagens hat K wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten (§ 365 BGB). V kann daher von der Inzahlungnahme nach §§ 437 Nr.2, 326 V BGB zurücktreten. Die Ersetzungsbefugnis des K ist damit erloschen; *V kann Zahlung von 5.000 Euro verlangen*. Von dieser Verpflichtung kann K sich freilich lösen, wenn die Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts nach § 313 III BGB vorliegen: Es mag nämlich sein, daß die Möglichkeit, sich durch Inzahlunggabe des Gebrauchtwagens von einem Teil der Kaufpreisschuld zu befreien, zur *Geschäftsgrundlage* des Vertrags geworden ist (BGHZ 89, 126, 129): Doch soll es sich hierbei um absolute Ausnahmefälle handeln (*Binder*, NJW 2003, 393, 396)

**Stellungnahme**: Führt man sich die Interessenlage der Parteien vor Augen, so erscheint die vom BGH vorgenommene Deutung freilich kaum sachgerecht: Für viele Kunden ist für den Abschluß eines Neuwagenkaufs entscheidend, daß sie einen Teil des Kaufpreises durch Hingabe ihres Altfahrzeugs tilgen können - allein schon deshalb, weil der volle Neuwagenpreis für sie nicht finanzierbar wäre. Der Kaufentschluß steht und fällt also mit der Möglichkeit, das alte Auto in Zahlung geben zu können; und diese Motivationslage wird nicht selten durch die Werbung des Händlers bestärkt (denken Sie etwa an Werbesprüche wie: „für Ihren Alten bis zu 3.000 Euro“!). Andererseits wird, *wenn* der Kunde es sich anders überlegt und statt des Altwagens Geld zahlen *will*, der Händler nichts dagegen haben. Richtig erscheint mithin also die Deutung als **Wahlschuld mit Wahlrecht des Käufers**: Er soll entscheiden, ob er Geld zahlt oder den Altwagen zur Verfügung stellt; entscheidet er sich für letzteres, so ist dem Händler jede Möglichkeit verschlossen, anstelle des Altwagens doch noch Geld verlangen zu können.

Anhand des Beispiels 8 dürfte jedenfalls der **Unterschied zwischen Wahlschuld und Ersetzungsbefugnis** deutlich geworden sein:

- Bei der **Wahlschuld** kann der Wahlberechtigte sich aussuchen, welche von mehreren verschiedenen Leistungen er erbringt. Wenn er sich für eine entscheidet, wird so getan, als sei(en) die andere(n) Leistungen *niemals Inhalt der Verbindlichkeit gewesen*. Die (potentielle) Pflicht, eine andere als die gewählte Leistung zu erbringen, *lebt also auch dann nicht mehr auf, wenn die gewählte Leistung mangelhaft oder unmöglich ist*. Dies alles folgt aus § 263 II BGB.
- Bei der **Ersetzungsbefugnis** schuldet der Ersetzungsberechtigte *primär eine bestimmte Leistung*. Er darf diese zwar durch eine andere ersetzen; wird die Alternativleistung aber unmöglich oder ist sie mangelhaft, *so lebt die primär geschuldete Leistung wieder auf*. § 263 II BGB gilt für diesen Fall gerade nicht.

### c) Das einseitige Leistungsbestimmungsrecht aus § 315 BGB

Das Gesetz kennt schließlich die Möglichkeit, daß *eine* der Parteien des Schuldverhältnisses *einseitig bestimmen* kann, was geleistet werden soll, und zwar *ohne* an bestimmte, im Schuldverhältnis bereits festgelegte Varianten gebunden zu sein. Diese **einseitige Leistungsbestimmung** ist niedergelegt in § 315 BGB. Praktische Bedeutung kommt dieser Vorschrift vor allem im **Arbeitsrecht** zu: Wer als Arbeitnehmer eine Arbeitsstelle annimmt, weiß naturgemäß noch nicht, wie die Tätigkeiten genau beschaffen sein werden, für die er eingesetzt wird; auch der Arbeitgeber weiß dies nicht im einzelnen im voraus. Der Arbeitsvertrag bestimmt lediglich einen Rahmen denkbarer Tätigkeiten. Was der Arbeitnehmer zu tun hat, ergibt sich erst während der Durchführung des Arbeitsverhältnisses aus **Weisungen** des Arbeitgebers, die der Arbeitnehmer sodann auszuführen hat. Diese Weisungen sind nichts anderes als ein-

seitige Leistungsbestimmungen nach § 315 BGB: Der Arbeitgeber bestimmt den Inhalt der Leistung, die sein Arbeitnehmer ihm schuldet. § 315 BGB enthält damit die Grundlage für das **Direktionsrecht des Arbeitgebers**.

## II. Bestimmung des Leistungsortes

Aus dem Schuldverhältnis muß sich nicht nur ergeben, *was* geleistet wird (*Leistungsinhalt*), sondern auch, *wo* (Leistungsort) und *wann* (Leistungszeit) es zu leisten ist. Vor allem die Konkretisierung der Gattungsschuld nach § 243 II BGB hängt maßgeblich davon ab, daß der Schuldner „alles seinerseits Erforderliche getan“ hat. Das „seinerseits“ Erforderliche hat der Schuldner dann getan, wenn er zur rechten Zeit (dazu im Einzelnen unten III.) am rechten Ort die gebotene **Leistungshandlung** vorgenommen hat.

**Beispiel 9:** V verkauft an K 100 Packungen Kaffee der Marke X zum Preis von insgesamt 500 Euro.

- a) Über den Transport der Ware haben V und K keine weiteren Vereinbarungen getroffen.
- b) Da K die Ware nicht selbst abholen kann, verspricht V, sie gegen Aufpreis von 50 Euro bei K anzuliefern.
- c) V und K haben von vornherein vereinbart, daß V den Kaffee auf eigene Kosten zu K transportieren läßt.

### 1. Holschuld

V schuldete dem K die Lieferung von 100 Packungen Kaffee der Marke X. V und K hatten in Variante a keine besonderen Vereinbarungen über den Transport der Ware getroffen. In diesem Fall bestimmt **§ 269 I BGB**, daß im Zweifel die Leistung am Wohnsitz bzw. (§ 269 II BGB) am Sitz der gewerblichen Niederlassung des Schuldners zu erbringen ist. Grundsätzlich muß der Gläubiger sich also die Leistung beim Schuldner abholen; man spricht insoweit von einer **Holschuld**. In einem solchen Fall hat der Schuldner am rechten *Ort* geleistet, sobald er die Sache aus seinen Beständen **ausgesondert (dazu vgl. oben II.)**, für den Gläubiger **bereitgestellt** und den Gläubiger davon **unterrichtet** hat, daß die Ware abzuholen sei. Zur rechten *Zeit* hat er geleistet, wenn er die Leistung zu dem Zeitpunkt, da er diese Handlungen vorgenommen hat, *bewirken konnte* (was er im Zweifel sofort kann, § 271 I BGB; auf diesen Gesichtspunkt ist in der Fallprüfung in der Regel nicht einzugehen).

Wenn also V in Variante a die 100 Packungen Kaffee der Marke X aussondert, bereitstellt und K davon unterrichtet, daß er die Ware abholen kann, *hat V im Sinne des § 243 II BGB alles Erforderliche getan*. Die Gattungsschuld konkretisiert sich damit zur Stückschuld, das Schuldverhältnis beschränkt sich jetzt auf **diese** von V bereitgestellten 100 Packungen, das heißt: Ab sofort schuldet V **nur noch diese für K bereitgestellten** 100 Packungen Kaffee. Wird die Lieferung dieser 100 Packungen aus irgendeinem Grund objektiv unmöglich (z.B. wenn es im Lager des V brennt und der für K bereitgestellte Kaffee verbrennt), so ist V *nicht verpflichtet, sich anderweitig 100 Packungen zu beschaffen und sie an K zu liefern*; vielmehr ist die Leistung **objektiv unmöglich** und V von seiner Leistungspflicht nach § 275 I BGB frei geworden.

Im **Klausuraufbau** stellt sich dies wie folgt dar:

- **Obersatz:** K könnte gegen V einen Anspruch auf Übereignung und Übergabe von 100 Packungen Kaffee der Marke X aus § 433 I 1 BGB haben.
- Der Anspruch ist zunächst entstanden, da V und K einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen hatten
- Der Anspruch könnte aber nach § 275 I BGB erloschen sein. Voraussetzung ist, daß die Leistung des V objektiv unmöglich geworden ist.

- ◆ Es war Gattungsschuld vereinbart; Kaffee der Marke X existiert noch, daher ist an sich die Leistung noch objektiv möglich
- ◆ Aber die Lieferpflicht des V beschränkt sich möglicherweise nach § 243 II BGB auf die für K bereitgestellten 100 Packungen mit der Folge, daß die Leistung, da *diese* Packungen nicht mehr geliefert werden können, *objektiv* unmöglich ist. Voraussetzung: V hat das zur Leistung des Kaffees seinerseits Erforderliche getan. Das hängt davon ab, ob Bring-, Hol- oder Schickschuld vereinbart ist. Vorliegend mangels abweichender Vereinbarungen Holschuld, § 269 I, II BGB. V mußte also nur die Ware aussondern, für K bereitstellen und K benachrichtigen. Das hat V getan. Die Lieferpflicht des V beschränkt sich also auf die 100 Packungen Kaffee, die vernichtet worden sind.
- Rechtsfolge: Die Leistung des V ist objektiv unmöglich. Auf Vertretenmüssen kommt es bei § 275 I BGB entgegen dem insoweit mißverständlichen Wortlaut nicht an. V ist von seiner Lieferpflicht frei geworden.

## 2. Bringschuld

In Variante b hatten V und K eine besondere Vereinbarung über den Transport des Kaffees getroffen: V hatte versprochen, die Ware gegen Aufpreis bei K anzuliefern. Aus der Tatsache, daß V einen Aufpreis verlangte, ist zu folgern, daß es zur *Leistungspflicht des V* gehören sollte, die Ware zu K zu bringen. In einem solchen Fall ist der Leistungsort nicht nach § 269 I, II der Sitz des Schuldners; vielmehr haben im Sinne des § 269 I BGB V und K eine anderweitige Bestimmung über den Leistungsort getroffen, indem sie nämlich den Sitz des *Gläubigers* (des K) zum Leistungsort erkoren haben. Man spricht dann von einer **Bringschuld**. In einem solchen Fall hat der Schuldner erst dann am rechten Ort geleistet, wenn er sich **zu seinem Gläubiger begibt** und ihm die Ware anbietet.

V muß daher, um am rechten Ort zu leisten, sich **zu K begeben** und bei ihm in der Absicht, die Ware anzubieten, an der **Türklingel läuten**. Wird die Ware auf dem Transportweg zu K vernichtet, so muß V andere 100 Packungen aus seinen Beständen an K leisten. Erst wenn z.B. V vergeblich bei K klingelt und, weil K nicht zu Hause ist, unverrichteter Dinge wieder abfahren muß, beschränkt sich die Schuld des V auf genau die 100 Packungen, die er dabei hatte; wenn jetzt auf dem Rücktransport die Ware vernichtet wird, muß V nicht nochmals leisten.

## 3. Schickschuld

In Variante c hatte V versprochen, die Kosten der Versendung zu übernehmen. Aus einer solchen Vereinbarung ist nach § 269 III BGB im Zweifel nicht zu folgern, daß Leistungsort der Sitz des Gläubigers sein soll; vielmehr verbleibt es mangels anderweitiger Absprachen bei der Auslegungsregel des § 269 I BGB, wonach Leistungsort der Sitz des Schuldners ist. Man spricht in diesen Fällen von einer **Schickschuld**. V hat in einem solchen Fall dann im Sinne des § 243 II BGB das seinerseits Erforderliche getan, wenn er die Ware der Transportperson übergeben hat. Wenn also die (ausgesonderte) Ware auf dem Transport untergeht, muß V nicht erneut leisten; vielmehr schuldet er nur noch diese auf dem Transport zu K befindlichen 100 Packungen Kaffee und wird, wenn diese nicht mehr geliefert werden können, nach § 275 I BGB von seiner Leistungspflicht frei: Die ihm obliegende Leistung ist dann *objektiv unmöglich* geworden.

## 4. Die Geldschuld als qualifizierte Schickschuld

**Beispiel 10:** S hat bei G ein privates Darlehen von 100.000 Euro aufgenommen und will es nun, da es zum 30.04.2004 fällig wird, zusammen mit den vereinbarten Zinsen (10.000 Euro) zurückzahlen. S und G haben vereinbart, daß S den Betrag nicht überweisen, sondern bar bezahlen soll,

weil G nicht möchte, daß der Betrag auf seinem Konto auftaucht. S beauftragt die Firma T, den Betrag in einem ihrer Geldtransporter an den Wohnsitz des G zu übermitteln. Auf dem Weg dorthin wird der Geldtransporter ausgeraubt; die Täter verschwinden unerkannt ins Ausland. G besteht weiterhin auf Zahlung; S meint, er habe alles getan, was er tun müsse, um den Betrag zurückzahlen.

§ 270 I BGB bestimmt, daß jemand, der **Geld** schuldet, dieses auf seine Gefahr und seine Kosten an den Wohnsitz des *Gläubigers* zu übermitteln hat. Diese Formulierung scheint darauf hinzudeuten, daß Geldschulden vom Gesetzgeber als Bringschulden konzipiert sind. Nach § 270 IV BGB bleiben jedoch die Vorschriften über den Leistungsort unberührt; mangels abweichender Vereinbarung ist daher nach § 269 I BGB die Geldschuld am Wohnsitz des *Schuldners* zu erfüllen.

Versucht man, sich dem Verständnis dieser beiden Bestimmungen zu nähern, so ist im Ausgangspunkt festzuhalten:

- Die Leistungshandlung hat der Schuldner an seinem Wohnsitz vorzunehmen.
- Der Leistungserfolg (d.h. der Empfang des Geldes) hat am Wohnsitz des Gläubigers zu erfolgen.

Beides paßt nur zusammen, wenn man sagt, der Schuldner muß dem Gläubiger das Geld von seinem Wohnsitz aus *schicken*. Damit steht zunächst fest: Die Geldschuld ist eine **Schickschuld**.

Normalerweise hätte dies zur Konsequenz, daß der Schuldner (hier: S), wenn er die geschuldete Summe in bar verschickt, alles zur Leistung Erforderliche getan hat. Auch wenn die Geldschuld streng genommen nicht als „Gattungsschuld“ bezeichnet werden kann, hat sie mit einer solchen Schuld doch gemeinsam, daß der Schuldner mit jedem beliebigen Geldschein oder -stück erfüllen kann. Gäbe es § 270 I BGB nicht, so müßte daher § 243 II BGB analog angewendet werden mit der Folge, daß sich die Schuld des S, sobald er das Geld der Transportfirma übergeben hat, nach § 243 II BGB auf *dieses* Geld beschränkt und S im Falle des Verlustes gemäß § 275 I BGB nicht erneut leisten muß; die Leistungsgefahr trüge dann der Gläubiger. Eben diese Konsequenz will § 270 I BGB verhindern: Danach soll der **Schuldner**, solange das Geld nicht beim Gläubiger angekommen ist, die **Leistungsgefahr** tragen. Wenn also das Geld unterwegs verlorenght, muß S erneut leisten. In eben dieser Weise verhält es sich in Beispiel 10: S ist nach wie vor verpflichtet, dem G nach § 488 I BGB die Darlehenssumme und die Zinsen zurückzubezahlen.

Daß S alles zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat, ist gleichwohl nicht bedeutungslos: Wenn sich die Übermittlung des Geldes **verzögert** (etwa weil bei T das Geld erst nach zweiwöchiger Suche wieder aufgefunden wird), so gerät S nicht nach § 286 I BGB in Schuldnerverzug; denn er *hat* bei Fälligkeit geleistet - auch wenn das Geld erst zwei Wochen später bei G ankommt.

### III. Bestimmung der Leistungszeit

Wann die Leistung zu erbringen ist, bestimmt § 271 BGB:

- Im Zweifel kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.
- Wenn eine Leistungszeit bestimmt ist, kann der Gläubiger die Leistung nicht vorher verlangen, der Schuldner sie aber vorher bewirken.

Wenn der Gläubiger die Leistung verlangen kann, ist sie **fällig**. Die Fälligkeit der Leistung ist von Bedeutung etwa in § 286 I BGB: Der Schuldner kann erst in Verzug geraten, wenn die Leistung fällig ist.

Wenn das Gesetz davon spricht, daß der Schuldner die Leistung **bewirken kann**, so fragt sich zunächst, warum eine solche Anordnung überhaupt nötig sein soll: Warum soll der Schuldner nicht ganz allgemein die Leistung auch früher als geschuldet erbringen dürfen? Die Antwort erschließt sich im folgenden

**Beispiel 11:** U ist von seiner Ehefrau E geschieden und schuldet ihr Unterhalt (§§ 1569 ff. BGB). Um mit ihr möglichst wenig zu tun zu haben, möchte U den Unterhalt einmal jährlich jeweils zum 1. Januar im voraus überweisen.

Nach § 1585 I 1 BGB ist Unterhalt nach der Scheidung in Geld zu gewähren, und zwar nach § 1585 I 2 BGB monatlich im voraus. Wenn nun U den Unterhalt für ein ganzes Jahr auf einmal bezahlen will, zahlt er die Rate für Januar zum Fälligkeitsdatum, die Raten für Februar bis Dezember vor Fälligkeit.

Die Anordnung in § 1585 I 1,2 BGB, daß Unterhalt als Geldrente monatlich im voraus zu gewähren ist, hat ihren guten Sinn: Zum Monatsbeginn muß der Unterhalt bezahlt werden, weil der Unterhaltsgläubiger (hier: E) von dem Geld leben muß; E kann nicht bis zum Monatsende warten, wenn die Ausgaben für Wohnung, Nahrung, Kleidung usw. bereits während des Monats, oft sogar bereits zu Monatsbeginn (Miete!) anfallen. Monatlich muß der Unterhalt bezahlt werden, weil E sich das Geld irgendwie einteilen muß: Was zu Monatsbeginn auf ihrem Konto erscheint, muß für den ganzen Monat reichen. Je mehr Unterhalt auf einmal überwiesen wird, desto längerfristig muß E kalkulieren, damit sie das Geld nicht vorzeitig ausgibt und hinterher nichts mehr zum Leben hat. Das möchte ihr die Rechtsprechung (BGHZ 123, 49, 53 ff.) nur für einen begrenzten Zeitraum zumuten: U kann den Unterhalt *maximal für ein halbes Jahr im voraus* bezahlen.

Für die Zeit danach braucht E die Zahlung des U nicht anzunehmen. Das bedeutet:

- E gerät durch die Ablehnung des Unterhalts für Juli bis Dezember nicht in Annahmeverzug.
- U kann gegen die Unterhaltsforderung für Juli bis Dezember nicht mit etwaigen Gegenforderungen aufrechnen; denn die Aufrechnung setzt voraus, daß der Aufrechnende die Leistung auf die Forderung, gegen die er aufrechnet (sog. Hauptforderung), bewirken kann (§ 387 BGB).