

## **Die Bedeutung des Übergangs der Gegenleistungsgefahr im Rahmen von § 243 II BGB und § 275 II BGB\***

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Claus-Wilhelm Canaris, München

### **I. Problemstellung**

#### **1. Die Rückgängigmachung der Konkretisierung nach § 243 II BGB durch den Schuldner**

Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet und „hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan“, so bestimmt § 243 II BGB, dass „sich das Schuldverhältnis auf diese Sache beschränkt“. Dieser als Konkretisierung bezeichnete Vorgang bedeutet, dass die Leistungsgefahr auf den Gläubiger übergeht: Wird die Sache jetzt durch Zufall vernichtet, braucht der Schuldner keine andere Sache aus der Gattung zu leisten, sondern wird nach § 275 I BGB frei, da er ja nur noch diese bestimmte und nicht mehr irgendeine Sache aus der Gattung schuldet. Es ist eine altehrwürdige Streitfrage, ob der Schuldner die von ihm herbeigeführte Konkretisierung einseitig wieder rückgängig machen kann. Daran kann er aus verschiedenen Gründen ein Interesse haben. Einer liegt darin, dass er sich den Anspruch auf die Gegenleistung, der ja nach § 326 I 1 BGB grundsätzlich zugleich mit dem Anspruch auf die Leistung nach § 275 I BGB erlischt, erhalten will, indem er wieder in das Stadium der Gattungsschuld zurückkehrt und an den Gläubiger eine andere Sache aus der Gattung leistet. Dies sei illustriert und anschließend diskutiert an folgendem

*Beispiel 1:* Autohändler V hat einen nur der Gattung nach bestimmten Neuwagen an K verkauft und mit ihm vereinbart, dass dieser ihn nach der Lieferung durch den Hersteller im Autohaus des V abholt. Als V einen entsprechenden Wagen erhält, stellt er diesen für K bereit und teilt ihm telefonisch mit, dass er ihn abholen könne. Anschließend wird der Wagen bei einer auf höherer Gewalt beruhenden Explosion im Autohaus des V zerstört. Dieser möchte wissen, ob er K einen anderen Wagen liefern müsse oder zumindest liefern dürfe, da er einen solchen zu einem Preis erwerben kann, der erheblich unter dem mit V vereinbarten Kaufpreis liegt. Was ist V zu raten? Kommt es darauf an, ob die Explosion unmittelbar nach dem Anruf des V bei K oder drei Tage später stattgefunden hat?

Bei einer Explosion drei Tage nach dem Anruf ist sofort klar, dass für V überhaupt kein Handlungsbedarf besteht: Er hat bei dieser Variante „das zur Leistung seinerseits Erforderliche“ i.S. von § 243 II BGB getan, so dass er nach § 275 I BGB von seiner Leistungspflicht frei geworden ist, und hat zugleich seinen Anspruch auf die Gegenleistung nach § 326 II 1 Alt. 2 BGB behalten, weil K bei einer Holschuld, wie sie hier vorliegt, nach § 295 S. 1 Alt. 2 BGB grundsätzlich schon durch ein „wörtliches Angebot“ des V in Annahmeverzug gerät und ein solches hier in dem Anruf des V lag. Erfolgte die Explosion dagegen unmittelbar nach dem Anruf, ergeben sich Zweifel. Es scheint nahezuliegen, dass V auch hier mit der Bereitstellung des Wagens und der Benachrichtigung des K „das zur Leistung seinerseits Erforderliche“ getan und der Kaufvertrag sich daher auf den zerstörten Wagen beschränkt hatte. Intuitiv nicht ohne Weiteres einleuchtend ist indessen die Hypothese, dass K bei dieser Variante gleichfalls in Annahmeverzug geraten sei, obwohl er ja überhaupt keine Möglichkeit zu einer Abholung des Wagens vor dessen Zerstörung hatte. Sollte demnach Konkretisierung zu bejahen, Annahmeverzug aber abzulehnen sein, könnte es für V hier in der Tat sinnvoll sein, die Konkretisierung rückgängig zu machen, um durch die Leistung eines anderen Wagens den gem. § 326 I 1 BGB drohenden Verlust seines Anspruchs auf den Kaufpreis

abzuwenden. Ob indessen eine so unterschiedliche Behandlung von Leistungs- und Gegenleistungsgefahr wirklich zutreffend ist, bedarf näherer Prüfung.

Mag auch die Frage nach der Möglichkeit des Schuldners zur Erfüllung des Vertrages mit einer anderen Sache aus der Gattung – gewissermaßen einer Möglichkeit zur „zweiten Andienung“ – in besonderem Maße repräsentativ für die praktische Bedeutung einer Rückgängigmachung der Konkretisierung sein, so darf doch diese Problematik nicht hierauf reduziert werden. Dass sie erheblich komplexer ist, sei illustriert an folgendem

*Beispiel 2:* Autohändler *V* hat an *K* einen fabrikneuen, nur der Gattung nach bestimmten Sportwagen, von dem nur eine begrenzte Stückzahl hergestellt wird, für 100000 Euro verkauft. Vereinbarungsgemäß lässt *V* den Wagen auf einen Autotransporter verladen, der ihn zu *K* bringen soll. Kurz darauf entschließt sich *V*, den Transporter auf Drängen des *D* zu diesem umzudirigieren. *V* hatte an *D* ebenfalls einen derartigen Wagen verkauft und mit ihm einen Kaufpreis von 120000 Euro vereinbart. *K* lehnt die Annahme eines anderen Wagens ab und verlangt von *V*

Canaris: Die Bedeutung des Übergangs der Gegenleistungsgefahr im Rahmen von § 243 II BGB und § 275 II BGB (JuS 2007, 793)

794

20000 Euro. Mit Recht? Kommt es darauf an, ob *K* ebenfalls ein Händler oder ein Privatmann ist? Hier liegt, wie einstweilen<sup>1</sup> ohne weitere Untersuchung angenommen sei, eine Schickschuld vor. Da bei einer solchen die Konkretisierung nach § 243 II BGB mit der ordnungsgemäßen Absendung, also in der Regel mit der Übergabe an die Transportperson eintritt<sup>2</sup>, hatte sich der Kaufvertrag zwischen *V* und *K* auf den verladenen Wagen beschränkt. Weil *V* diesen nach dessen Übereignung an *D* nicht mehr an *K* übergeben und übereignen kann, ist er zwar von der Pflicht hierzu nach § 275 I BGB frei geworden, zugleich aber nach § 285 I BGB zur Herausgabe des aus dem Geschäft mit *D* erzielten Surrogats, also zur Zahlung von 20000 Euro verpflichtet. Hier dient eine etwaige Rückgängigmachung der Konkretisierung durch den Schuldner somit dem Ziel, der Pflicht zur Abführung eines Surrogats zu entgehen. Dabei drängt sich indessen – zumindest dann, wenn man durch die Überschrift dieses Beitrags dafür sensibilisiert ist – die Frage auf, ob nicht ein Übergang der Preisgefahr nach § 447 BGB der Rückgängigmachung der Konkretisierung entgegensteht, und daran schließt sich sogleich die Folgefrage an, ob also insoweit wegen des Ausschlusses von § 447 BGB in § 474 II BGB zwischen Verbrauchsgüterkäufen und sonstigen Kaufverträgen zu unterscheiden ist.

## **2. Das Verhältnis von § 275 II BGB zu den Bestimmungen über den Übergang der Gegenleistungsgefahr**

Nach § 275 II BGB „kann der Schuldner die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht“. Auch hier handelt es sich – ebenso wie bei § 243 II BGB – um eine Regelung der Leistungsgefahr, da es ja darum geht, ob und unter welchen Voraussetzungen der Schuldner von seiner Pflicht zur Leistung frei wird. Dabei ist die Leistungsgefahr zwischen Schuldner und Gläubiger geteilt<sup>3</sup>: Unterhalb der Schwelle des „groben Missverhältnisses“ trägt sie der Schuldner, oberhalb dieser Schwelle liegt sie beim Gläubiger.

Die Gegenleistungsgefahr richtet sich bekanntlich nach anderen Regelungen wie vor allem den §§ 326 I und II, 446f. BGB. Auch hier stellt sich somit die Frage, ob diese Rückwirkungen auf die Verteilung der Leistungsgefahr haben. Das sei illustriert und anschließend diskutiert an folgendem

*Beispiel 3:* Autohändler V verkauft einen bestimmten Pkw der Marke „Borgward Hansa 1500“ aus dem Jahre 1950 an K zum Preis von 50000 Euro, was ungefähr seinem Marktwert entspricht. Vereinbarungsgemäß lässt V den Wagen auf einen Autotransporter verladen, der ihn zu K bringen soll. Der Inhaber der Transportfirma führt den Transport nicht durch, sondern veräußert den Wagen für 40000 Euro an den gutgläubigen D. Dieser ist bereit, ihn an V für 55000 Euro zu verkaufen. Kann K von V Übergabe und Übereignung des Wagens verlangen? Kommt es darauf an, ob K ebenfalls ein Händler oder ein Privatmann ist?

Es sei unterstellt, dass bei den vorliegenden Preis- und Wertverhältnissen ein „grobes Missverhältnis“ i.S. von § 275 II BGB zu verneinen ist und V also nach dieser Vorschrift nicht von seiner Leistungspflicht frei wird. Es sei ferner davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen eines Versandkaufs i.S. von § 447 BGB vorliegen. Dann stellt sich die Frage, ob die Fortdauer der Leistungspflicht nach § 275 II BGB mit einem etwaigen Übergang der Gegenleistungs- oder Preisgefahr auf K nach § 447 BGB zu vereinbaren ist und ob es, sollte das zu verneinen sein, auch hier wegen § 474 II BGB einer abweichenden Behandlung des Verbrauchsgüterkaufs bedarf.

## **II. Rückgängigmachung der Konkretisierung und Gefahrtragung**

### **1. Der Meinungsstand**

Der Meinungsstand zu der Frage, ob der Schuldner die Konkretisierung einseitig rückgängig machen kann, ist durch eine große Vielfältigkeit und einen verwirrenden Reichtum an Nuancen gekennzeichnet. Im Wesentlichen stehen sich drei Grundpositionen gegenüber, die jedoch jeweils durch eine Reihe von Ausnahmen bzw. Differenzierungen relativiert werden und daher im praktischen Ergebnis weniger weit voneinander entfernt sind, als es zunächst scheinen mag. Die erste Ansicht geht davon aus, dass die Rückgängigmachung der Konkretisierung grundsätzlich unzulässig ist, hilft dem Schuldner jedoch, indem sie die Berufung des Gläubigers auf den Eintritt der Konkretisierung häufig mit dem Einwand des Rechtsmissbrauchs gem. § 242 BGB abwehrt<sup>4</sup>. Die zweite Ansicht vermeidet eine klare Aussage über die grundsätzliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Rückgängigmachung und versucht, mit einer Fallgruppenbildung zum Ziel zu kommen. Die dritte Ansicht schließlich hält die Rückgängigmachung für grundsätzlich zulässig, schützt aber berechnete Interessen des Gläubigers durch gewisse Modifikationen<sup>6</sup>.

### **2. Der Übergang der Gegenleistungsgefahr als Grenze für die Zulässigkeit einer Rückgängigmachung der Konkretisierung**

#### **a) Die Rechtslage bei der Holschuld**

In dieser Meinungsvielfalt findet man am ehesten einen Fixpunkt, wenn man sie gewissermaßen vom Ende her angeht und fragt, welchen Einfluss der Übergang der Gegenleistungsgefahr hat – was freilich, soweit ersichtlich, überraschenderweise nicht explizit thematisiert zu werden pflegt. Von vornherein klar ist dabei nur, dass sich das eingangs erörterte Problem, ob der Schuldner die Konkretisierung rückgängig machen kann, um nach Untergang der geschuldeten Sache trotz § 326 I 1 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung zu behalten, nach dem Übergang der Gegenleistungsgefahr nicht mehr stellt; denn dann bleibt dem Schuldner ja sein Gegenanspruch erhalten, wie oben bei der zweiten Variante von *Beispiel 1* illustriert worden ist, so dass sein Bedürfnis nach einer Rückgängigmachung der Konkretisierung entfällt.

Dass dies indessen nicht so trivial ist, wie es auf den ersten Blick scheint, lehrt die erste Variante von *Beispiel 1*, bei der der verkaufte Wagen unmittelbar nach der Mitteilung des V an K über dessen Bereitstellung zerstört worden ist. Konkretisierung

tritt nämlich bei der Holschuld nicht schon allein mit der Bereitstellung der Sache und einer entsprechenden Mitteilung des Schuldners an den Gläubiger ein, sondern erst nach Ablauf einer angemessenen Frist für die Abholung<sup>7</sup>. Dafür spricht nicht nur, dass es der Schuldner in der Hand hat, den Zeitpunkt der Mitteilung zu bestimmen, sondern auch und vor allem, dass eine mit der Stückschuld vergleichbare Lage, zu der ja die Konkretisierung nach § 243 II BGB führt, erst dann gegeben ist, wenn der Gläubiger eine faire Möglichkeit zur Abholung der Sache gehabt hat. Bei der ersten Variante von *Beispiel 1* ist also in Wahrheit entgegen dem Anschein, der oben erweckt worden ist, noch keine Konkretisierung eingetreten, und daher stellt sich auch hier die Problematik ihrer Rücknahme nicht. Weil § 243 II BGB nicht eingreift, muss V einen anderen Wagen leisten und darf dies somit auch.

Diese Lösung wäre allerdings gegenstandslos, wenn die Gegenleistungsgefahr nach § 326 II 1 Alt. 2 BGB wegen Annahmeverzugs des K schon auf diesen übergegangen wäre und er also den bereitgestellten Wagen trotz dessen Zerstörung bezahlen müsste. Das ist indessen nicht der Fall. Auch i.R. von § 295 S. 1 Alt. 2 BGB ist nämlich dem Gläubiger ebenso wie i.R. von § 243 II BGB eine angemessene Frist für die Abholung zuzugestehen. Zwar hängt der Eintritt von Annahmeverzug bekanntlich nicht davon ab, dass der Gläubiger das Unterbleiben der Annahme zu vertreten hat, doch liegt der gesetzlichen Regelung, wie insbesondere die Vorschrift des § 297 BGB zeigt, als selbstverständliche Prämisse zu Grunde, dass der Schuldner dem Gläubiger eine faire Chance zur Entgegennahme der Leistung zu geben versuchen muss, und außerdem weist auch § 299 BGB a. E., wonach der Gläubiger bei einer vorübergehenden Annahmeverhinderung nur in Verzug gerät, wenn ihm der Schuldner die Leistung „eine angemessene Zeit vorher angekündigt“ hat, unmissverständlich in die Richtung eines solchen Fristgewährungserfordernisses. Die Länge der Frist ist dabei i.R. von § 295 S. 1 Alt. 2 BGB genauso zu bestimmen wie i.R. von § 243 II BGB, da es beide Male um dasselbe Sachproblem geht.

Damit gelangt man zu einem ersten höchst bemerkenswerten Zwischenergebnis: Bei der Holschuld fällt der Zeitpunkt der Konkretisierung nach § 243 II BGB mit dem Zeitpunkt des Eintritts von Annahmeverzug zusammen, so dass hier Leistungs- und Gegenleistungsgefahr regelmäßig gleichzeitig übergehen und sich die Problematik einer Rückgängigmachung der Konkretisierung grundsätzlich nicht stellt. Nach Ablauf der Abholfrist befindet sich der Gläubiger nämlich fast immer im Annahmeverzug, so dass der Schuldner nach § 326 II 1 Alt. 2 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung behält, und vor Ablauf der Abholfrist ist noch keine Konkretisierung eingetreten, so dass der Schuldner folgerichtig noch anderweitig über die Sache disponieren und diese z.B. einem anderen Gläubiger zuweisen darf, ohne sich in die an *Beispiel 2* illustrierte Gefahr einer Pflicht zur Herausgabe eines etwaigen Surrogats nach § 285 BGB zu verwickeln. Nur in seltenen Ausnahmefällen wie dem einer vorübergehenden Annahmeverhinderung i.S. von § 299 BGBs fallen bei der Holschuld Annahmeverzug und Konkretisierung auseinander, weil deren Eintritt durch das Vorliegen der Voraussetzungen von § 299 BGB nicht berührt wird<sup>9</sup>, und nur in diesen Fällen kann der Schuldner folglich ein Interesse an der Rückgängigmachung der Konkretisierung haben.

#### **b) Die Rechtslage bei der Bringschuld**

Ganz ähnlich liegt es im Ergebnis bei der Bringschuld. Bei dieser führt nämlich das zur Konkretisierung erforderliche Handeln des Schuldners entweder ohnehin zur Erfüllung der Schuld oder doch zumindest zum Annahmeverzug, so dass die Gegenleistungsgefahr nach § 326 II 1 Alt. 2 BGB auf den Gläubiger übergeht. Auch hier gibt es seltene Ausnahmefälle, wie vor allem den des §

299 BGB, wo kein Annahmeverzug, wohl aber, wie soeben ausgeführt, Konkretisierung eintritt und sich daher in der Tat die Frage nach der Möglichkeit zu einer Rückgängigmachung der Konkretisierung stellen kann.

### c) Die Rechtslage bei der Schickschuld

Lässt sich somit bei der Hol- und der Bringschuld das Problem der Rückgängigmachung der Konkretisierung durch genaue Analyse der möglichen Anwendungsfälle und konsequente Berücksichtigung der Regeln über die Tragung der Gegenleistungsgefahr auf ein – übrigens nach dem bisherigen Diskussionsstand überraschendes – *Minimum* reduzieren, so stellt es sich bei der Schickschuld in voller Klarheit. Auch das gilt freilich – nach dem bisherigen Diskussionsstand ebenfalls überraschenderweise – erst seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes.

Wenden wir uns zunächst *Beispiel 2* in seiner ersten Variante zu, bei welcher der Käufer (ebenfalls) Autohändler und somit kein Verbraucher i.S. von §§ 13, 474 BGB ist. Hier ist die Leistungsgefahr nach § 243 II BGB auf den Käufer übergegangen, weil dafür nach (wohl!) allgemeiner Ansicht die Übergabe an die – ordnungsgemäß ausgewählte – Transportperson (erforderlich und) genügend ist<sup>10</sup>. Im selben Zeitpunkt ist die Gegenleistungsgefahr nach § 447 BGB auf den Käufer übergegangen, so dass er den Kaufpreis auch dann entrichten muss, wenn die verkaufte Sache nunmehr durch Zufall untergeht. Damit verträgt es sich nicht, eine Rückgängigmachung der Konkretisierung durch den Verkäufer zuzulassen. Hier ist die Sache nämlich auf der obligatorischen Ebene dem Käufer schon fast im selben Maße zugeordnet wie nach Eintritt der Erfüllungswirkung, da er bei ihrem Untergang keine andere Sache fordern kann und trotzdem den Preis bezahlen muss. Daher verdient er eine „stabile“, d.h. von einem gegenläufigen Entschluss des Verkäufers unabhängige Stellung, während andererseits diesem angesichts seiner vollständigen Gefahrenlastung anderweitige Dispositionen über die Sache nicht mehr gestattet sein dürfen. Sonst käme man zu einer Kumulierung *aller* Vorteile beim Verkäufer und *aller* Nachteile beim Käufer, die mit den Geboten der Vertragsgerechtigkeit im Sinne der *iustitia commutativa* ebenso unvereinbar wäre wie mit der *Maxime*, dass derjenige, der die Risiken trägt, grundsätzlich auch die Vorteile erhalten soll. Demgemäß ist es völlig sachgerecht, dass der Käufer einen „Übererlös“ nach § 285 BGB herausverlangen kann, wenn der Verkäufer einen solchen etwa durch Umdirigieren der auf dem Transport befindlichen Sache an einen anderen Interessenten erzielt wie im *Beispiel 2*; denn die Sache ist hier, wie gesagt, durch die Risikoverteilung der §§ 243 II, 447 BGB auf der obligatorischen Ebene dem Käufer zugeordnet. Daher ist es folgerichtig, mit der Regelung von § 243 II BGB, wonach die Gattungsschuld nach der Konkretisierung wie eine Stückschuld behandelt wird, hier uneingeschränkt ernstzumachen und also dem Käufer den Anspruch aus § 285 I BGB zuzusprechen,

Canaris: Die Bedeutung des Übergangs der Gegenleistungsgefahr im Rahmen von § 243 II BGB und § 275 II BGB (JuS 2007, 793)

796

der ihm bei einer primären Stückschuld ja mit Selbstverständlichkeit zustünde. Die Problematik einer Möglichkeit zur zweiten Andienung stellt sich angesichts der Zahlungspflicht des Käufers nach § 447 BGB ohnehin nicht.

Bei der zweiten Variante von *Beispiel 2* handelt der Käufer als Privatmann und ist also Verbraucher i.S. von § 13 BGB. Folglich ist § 447 BGB nach § 474 II BGB nicht anwendbar, so dass die Preisgefahr nicht schon mit Übergabe der Sache an die Transportperson, sondern nach § 446 BGB erst mit Übergabe an den Käufer übergeht. Andererseits geht die Leistungsgefahr nach § 243 II BGB auch hier mit der Übergabe der Sache an die Transportperson über, weil § 474 II BGB den

Charakter der Schuld als Schickschuld unberührt lässt und diese nicht etwa in eine Bringschuld verwandelt<sup>11</sup>. Hier fallen somit die Konkretisierung und der Übergang der Preisgefahr auseinander – wodurch sich § 474 II BGB übrigens (auch) unter diesem Aspekt in didaktischer Hinsicht geradezu als Geschenk des Gesetzgebers erweist, weil die Vorschrift vorzügliches Anschauungsmaterial für sonst eher randständige Probleme bietet. Bei dieser Konstellation kommt es also wirklich zum Schwur: Darf der Verkäufer die Konkretisierung rückgängig machen, sei es, um nach dem Untergang der Sache dem Käufer eine andere Sache aus der Gattung anzudienen und sich so den Anspruch auf die Gegenleistung entgegen § 326 I 1 BGB zu erhalten, oder sei es, um die Sache nach der Absendung umzudirigieren und sie einem anderen Käufer zukommen zu lassen, ohne dem Anspruch auf Herausgabe des Surrogats nach § 285 BGB ausgesetzt zu sein?

### **3. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer Rückgängigmachung der Konkretisierung in den verbleibenden Problemkonstellationen**

In den wenigen Fällen, in denen die Problematik somit wirklich relevant wird, sprechen die deutlich besseren Gründe für die Zulässigkeit einer Rückgängigmachung der Konkretisierung. Der Wortlaut von § 243 II BGB steht nicht entgegen, da die Vorschrift nichts darüber sagt, ob die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die betreffende Sache endgültig ist, und also insoweit einer einschränkenden Interpretation zugänglich ist, die dann eine entsprechende Gesetzeslücke offenlegt. Die Gesetzesmaterialien belegen zwar, dass die Verfasser von § 243 II BGB die Konkretisierung als bindend für den Schuldner ansahen<sup>12</sup>, haben aber allenfalls geringes Gewicht bei der Abwägung der verschiedenen Auslegungskriterien, weil sie auf einer unzureichenden Durchdringung der Problematik beruhen; so kommt z.B. der Fall, dass der Verkäufer die Konkretisierung rückgängig machen will, um mit einer anderen Sache aus derselben Gattung den Kaufpreis zu retten<sup>13</sup>, gar nicht ins Blickfeld, so dass insoweit eine „Anschauungslücke“ (im Sinne Hecks) vorliegt<sup>14</sup>.

Den Ausschlag geben daher objektiv-teleologische Gesichtspunkte. Dabei spricht für die Zulassung einer einseitigen Rückgängigmachung vor allem, dass § 243 II BGB unzweifelhaft eine Schutzvorschrift zu Gunsten des Schuldners darstellt und dass der Gläubiger angesichts des (ursprünglichen) Vorliegens einer Gattungsschuld typischerweise kein legitimes Interesse daran hat, gerade dieses vom Schuldner zur Konkretisierung verwendete und nicht ein anderes, ebenfalls vertragskonformes Stück aus der Gattung zu erhalten. Bei der *vertraglich* begründeten Stückschuld gebietet es der Respekt vor der Privatautonomie zwar, dass der Schuldner grundsätzlich, d.h. abgesehen vom hier nicht zu erörternden Sonderfall einer „ersetzbaren“ Primärleistung<sup>15</sup>, nur mit dem *vereinbarten* Leistungsgegenstand erfüllen kann, doch lässt sich das auf die nach § 243 II BGB entstandene Stückschuld nicht übertragen, weil diese aus einer Gattungsschuld hervorgegangen ist und auf Grund einer *einseitigen* Tathandlung des Schuldners *von Gesetzes wegen* in eine Stückschuld umgewandelt wird. Oder anders gesprochen: Aus der Sicht des Gläubigers ist der Leistungsgegenstand – anders als aus der Sicht des Schuldners – auch nach der Konkretisierung noch „*ersetzbar*“, so dass zwar der Gläubiger nach dem Schutzzweck von § 243 II BGB keinen Anspruch auf Neulieferung hat<sup>16</sup>, wohl aber dem Schuldner grundsätzlich eine Möglichkeit zur zweiten Andienung zuzubilligen ist<sup>17</sup>. Das gilt umso mehr, als dieser mit der Rückgängigmachung der Konkretisierung ja wieder der ursprünglichen – strengeren! – Haftung nach den Regeln über die Gattungsschuld ausgesetzt ist.

Demgemäß kann keine Rede davon sein, dass die Zulassung einer einseitigen Rückgängigmachung der Konkretisierung durch den Schuldner mit legitimen Interessen des Gläubigers an einem „stabilen“ Anspruch auf den konkretisierten Leistungsgegenstand unvereinbar sei. Liefert der

Schuldner die Ersatzsache nicht rechtzeitig, kann der Gläubiger den Verzögerungsschaden nach §§ 280 II, 286 BGB und/oder Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 III, 281 I BGB verlangen und/oder nach § 323 I BGB zurücktreten, wobei auf das Fristsetzungserfordernis gegebenenfalls nach §§ 281 II Alt. 2, 323 II Nr. 3 BGB zu verzichten ist. Dass dem Gläubiger darüber hinaus auch ein etwaiger Übererlös nach § 285 BGB zustehen soll, wenn der Schuldner einen solchen durch eine anderweitige Verfügung über die Sache erzielt, auf die sich seine Leistungspflicht konkretisiert hat, wie vor allem durch den Verkauf an einen Dritten zu einem über den Marktkonditionen liegenden Preis, kann nun wirklich nicht der Sinn von § 243 II BGB sein und ist daher dann, wenn die Gegenleistungsgefahr noch nicht auf den Gläubiger übergegangen ist – und nur um diese Fälle geht es hier! –, entschieden abzulehnen.

Zuzugeben ist freilich, dass der Gläubiger schutzwürdig sein kann, wenn ihm der Schuldner von dem die Konkretisierung auslösenden Vorgang wie z.B. von der Übergabe an die Transportperson Anzeige macht<sup>18</sup>. Dann ist es aber nicht die Konkretisierung als solche, sondern diese Anzeige, welche die Rückgängigmachung der Konkretisierung durch den Schuldner ausschließt – und auch das nicht schon dann, wenn die Anzeige lediglich zur Herbeiführung der Konkretisierung

Canaris: Die Bedeutung des Übergangs der Gegenleistungsgefahr im Rahmen von § 243 II BGB und § 275 II BGB (JuS 2007, 793)

797

dient wie bei der Holschuld, sondern nur dann, wenn ihr Zweck gerade darin liegt, dem Gläubiger eine zuverlässige Disposition über die konkretisierte Sache schon vor deren Erhalt zu ermöglichen<sup>19</sup>. Dann liegt entweder eine (konkludente) Vereinbarung vor, dass die Sache nunmehr (auch) zu Gunsten des Gläubigers „unersetzbar“ ist, oder der Schuldner verstößt doch zumindest gegen § 242 BGB, wenn er die Konkretisierung rückgängig zu machen sucht. Gleiches gilt, wenn der Gläubiger an der Auswahl der Sache mitgewirkt oder sie geprüft hat; denn dann kann von ihm nicht erwartet werden, dass er diesen Vorgang wiederholt, nur weil der Schuldner die Sache inzwischen anderweitig verwenden möchte.

Da im *Beispiel 2* solche Umstände nicht vorliegen, durfte V bei der zweiten Variante, in der die Preisgefahr wegen § 474 II BGB noch nicht auf K übergegangen war, die Konkretisierung rückgängig machen und hat das (konkludent) getan, indem er den Transport zu D umdirigierte. K hat daher keinen Anspruch gegen V auf Herausgabe des Erlöses aus dem Geschäft mit D. Das ist die folgerichtige und durchaus gerechte Kehrseite der Entlastung des K von der Gegenleistungsgefahr durch § 474 II BGB.

### **III. Das Verhältnis von § 275 II BGB zu den Regeln über den Gefahrübergang**

#### **1. Die Verdrängung von § 275 II BGB durch die Bestimmungen über den Übergang der Gegenleistungsgefahr**

Eine ähnliche Begrenzungsfunktion wie gegenüber der Möglichkeit zur Rückgängigmachung der Konkretisierung entfalten die Bestimmungen über den Übergang der Gegenleistungsgefahr gegenüber der Regelung von § 275 II BGB. Danach ist, wie oben bei Fußnote 3 dargelegt, die Leistungsgefahr in dem Sinne geteilt, dass sie unterhalb der Schwelle eines „groben Missverhältnisses“ im Sinne dieser Vorschrift beim Schuldner, oberhalb dagegen beim Gläubiger liegt. Ist nun die Gegenleistungsgefahr bereits auf den Gläubiger übergegangen, wäre es widersinnig, den Schuldner noch mit der Leistungsgefahr zu belasten. Hat der Gläubiger nämlich trotz Eintritts eines Leistungshindernisses jedenfalls seine Gegenleistung zu entrichten, also z.B. den Kaufpreis zu bezahlen, liegt darin die klare Wertung des Gesetzes, dass das Schicksal des Leistungsgegenstandes nunmehr *voll* in den Risikobereich des Gläubigers fällt und die

Leistungsfahr somit von jetzt an nicht mehr geteilt ist. Die Regelung der Gegenleistungsfahr enthält daher implizit zugleich die Regelung der Leistungsfahr – was übrigens kein Spezifikum der vorliegenden Problematik darstellt, sondern z.B. vor der Schaffung von § 275 III BGB auch für § 616 BGB galt<sup>20</sup>.

Ist also z.B. die Preisfahr hinsichtlich des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache durch deren Übergabe an den Käufer gem. § 446 BGB auf diesen übergegangen und kommt nun die Sache abhandeln, so wäre es geradezu paradox, wenn es immer noch der Verkäufer wäre, der sich um deren Wiedererlangung kümmern und die Kosten dafür tragen müsste. § 446 BGB verdrängt daher § 275 II BGB. Das ergibt sich mit vollends durchschlagender Überzeugungskraft auch aus der Rechtslage i.R. von § 439 BGB. Entsteht nämlich nach dem Übergang der Preisfahr durch Zufall ein Mangel, so braucht der Verkäufer diesen nicht zu beseitigen, da er dann erst nach dem gem. § 434 I 1 BGB maßgeblichen Gefahrübergang eingetreten ist. § 434 BGB ist aber auf das Engste mit § 275 II BGB verwandt, da es in beiden Vorschriften um die Problematik überwindbarer Leistungshindernisse geht, und daher ist ein möglichst weitgehender Gleichlauf ihrer Interpretation anzustreben<sup>21</sup>. Demgemäß wäre es ein untragbarer Wertungswiderspruch, wenn der Verkäufer nach Übergang der Preisfahr z.B. die abhandeln gekommene Sache auf seine Kosten wiederzubeschaffen hätte, obwohl er einen erst jetzt entstandenen Mangel nicht zu beseitigen braucht.

Dieselbe Lösung gilt folgerichtig für die übrigen Vorschriften über den Übergang der Gegenleistungsfahr, also vor allem für § 326 II BGB und § 447 BGB<sup>22</sup>. Bei der ersten Variante von *Beispiel 3*, bei der der Käufer kein Verbraucher und also § 447 BGB anwendbar, weil nicht durch § 474 II BGB gesperrt ist, braucht der Verkäufer somit den Wagen nicht von *D* zurückzukaufen, sondern ist von seiner Übergabe- und Übereignungspflicht frei geworden.

## **2. Die Anwendbarkeit von § 275 II BGB trotz Übergangs der Leistungsfahr nach § 243 II BGB**

Bei der zweiten Variante von *Beispiel 3*, bei der der Käufer Verbraucher i.S. von § 13 BGB ist, kommt dagegen § 447 BGB gem. § 474 II BGB nicht zur Anwendung, so dass die Gegenleistungsfahr nach § 446 BGB erst mit der Übergabe an den Käufer auf diesen übergeht. Weil eine solche hier nicht stattgefunden hat, richtet sich die Lösung uneingeschränkt nach § 275 II BGB. Da die Voraussetzungen dieser Vorschrift für eine Befreiung des *V* von seiner Leistungspflicht aus § 433 I 1 BGB (unterstelltermaßen) nicht erfüllt sind, hat *V* das Auto von *D* zu kaufen, um gegenüber *K* erfüllen zu können. § 243 II BGB ändert daran nichts. Zwar ist die Konkretisierung schon mit der Übergabe an die Transportperson eingetreten<sup>23</sup>, doch verwandelt sich damit die Gattungsschuld ja lediglich in eine Stückschuld und bleibt als solche der Regelung des § 275 II BGB unterworfen.

Man kann dieser Konsequenz auch nicht dadurch entrinnen, dass man § 243 II BGB in den Fällen des § 275 II BGB gewissermaßen analog auf die Stückschuld anwendet. Allerdings ist dieser Gedanke weniger paradox als es zunächst scheint; denn man könnte aus § 243 II BGB den allgemeinen Rechtsgedanken zu entnehmen versuchen, dass der Schuldner von der Leistungsfahr frei wird, sobald er „das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat“, und diesen Gedanken dann auf die Stückschuld und damit auch auf die konkretisierte Gattungsschuld anwenden mit der Folge, dass die Teilung der Leistungsfahr durch § 275 II BGB mit dem Eintritt der Voraussetzungen von § 243 II BGB endet. Abgesehen davon, dass diese Argumentation methodologisch doch einigermaßen halsbrecherisch wäre, wird sie der *ratio legis* von § 243 II BGB

nicht gerecht. Diese liegt nämlich keineswegs in einem solchen allgemeinen Rechtsgedanken, sondern in der viel problemnäheren Wertung, dass der Schuldner bei Herbeiführung

Canaris: Die Bedeutung des Übergangs der Gegenleistungsgefahr im Rahmen von § 243 II BGB und § 275 II BGB (JuS 2007, 793)

798

der Konkretisierung von den Risiken, die sich für ihn aus der Unbestimmtheit des von ihm zu leistenden Gegenstandes ergeben – also den *spezifischen* Risiken gerade einer *Gattungsschuld* –, befreit zu werden verdient, weil er dem Gläubiger nunmehr eine der Lage bei der Stückschuld entsprechende Position verschafft hat. Nur diese Sichtweise entspricht der Rechtsfolge von § 243 II BGB, wonach die Gattungs- zur Stückschuld wird. Nur sie wird überdies der Tatsache gerecht, dass auch vor Erlass des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes über die Befreiung des Stückschuldners von seiner Leistungspflicht nicht einfach nach dem Kriterium, ob dieser „das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat“, sondern nach § 275 II BGB a.F. zu entscheiden war. Über die Auslegung dieser Vorschrift aber gab es eine heftige Kontroverse, bei der zuletzt die Meinung deutlich überwog, nach der der Schuldner keineswegs schon dann befreit wurde, wenn er das seinerseits Erforderliche getan hatte<sup>24</sup>. Demgemäß wäre es auch kein valides Argument, dass die Verfasser von § 243 II BGB an eine Teilung der Leistungsgefahr, wie sie § 275 II BGB zur Folge hat, vielleicht nicht gedacht haben; denn zu einer solchen führte auch die zuletzt vorherrschende Ansicht zu § 275 II BGB a.F., und da § 243 II BGB mittelbar auf § 275 BGB (a.F. und n. F.) Bezug nimmt, schlägt die jeweilige Ausgestaltung und Interpretation *dieser* Vorschrift zwangsläufig auf § 243 II BGB durch.

Es bleibt also dabei, dass das Risiko einer nachträglichen Leistungserschwerung beim Versandkauf in den Fällen des Verbrauchsgüterkaufs wegen der Unanwendbarkeit von § 447 BGB gem. § 474 II BGB trotz Eintritts der Konkretisierung bis zur Grenze des „groben Missverhältnisses“ i. S. von § 275 II BGB beim Verkäufer liegt. Die Richtigkeit dieses Ergebnisses findet eine – überaus wichtige<sup>25</sup> – Bestätigung darin, dass der Verkäufer einen beim Transport durch Zufall entstandenen Mangel nach § 439 I BGB zu beseitigen hat, weil der insoweit maßgebliche Zeitpunkt gem. § 434 I 1 BGB nicht etwa der Übergang der Sachgefahr nach § 243 II BGB durch Übergabe an die *Transportperson*, sondern der Übergang der Preisgefahr nach §§ 446f. BGB und damit hier gem. § 446 S. 1 BGB erst derjenige der Übergabe an den *Käufer* ist. Auch mit der ratio legis von § 474 II BGB steht diese Lösung voll in Einklang. Beim Verbrauchsgüterkauf soll nämlich der Verkäufer das Risiko des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung deshalb tragen, weil er es besser beherrscht, insbesondere besser unter Versicherungsschutz bringen kann, und weil es überdies hier „heute auch der Verkehrsauffassung entspricht, dass die Ware im Falle ihrer Versendung auf Gefahr des Verkäufers reist“<sup>26</sup> – Gesichtspunkte, die keineswegs nur für die Preisgefahr, sondern auch für die Sachgefahr passen.

#### IV. Ergebnisse

1. Nach dem Übergang der Gegenleistungsgefahr – und damit in fast allen praktisch relevanten Fällen – ist eine einseitige Rückgängigmachung der Konkretisierung i. S. von § 243 II BGB durch den Schuldner nicht mehr möglich, was indessen im bisherigen Verlauf der Diskussion soweit ersichtlich überraschenderweise keine Rolle gespielt hat (vgl. o. II 2 c). In den wenigen Fällen, die vor diesem Zeitpunkt liegen, ist sie demgegenüber zulässig, es sei denn, die Sache, auf die sich das Schuldverhältnis nach § 243 II BGB beschränkt hat, ist nach den Abreden der Parteien oder den Umständen des Falles (auch) für den Gläubiger „unersetzbar“ geworden (vgl. o. II 3).

2. Nach dem Übergang der Gegenleistungsgefahr ist § 275 II BGB unanwendbar mit der Folge, dass die Leistungsgefahr nicht mehr geteilt ist, sondern voll den Gläubiger trifft (vgl. o. III 1). Vor

diesem Zeitpunkt hat es dagegen bei der Anwendbarkeit von § 275 II BGB auch dann sein Bewenden, wenn die Leistungsgefahr nach § 243 II BGB auf den Gläubiger übergegangen war; denn diese Vorschrift befreit den Schuldner nur insoweit von der Leistungsgefahr, als sie gerade auf der Gattungsbezogenheit seiner Verpflichtung beruht, nicht aber auch insoweit, als sie auch bei einer Stückschuld von ihm zu tragen ist (vgl. o. III 2).

---

\* Der Autor ist em. o. Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Arbeitsrecht sowie Rechtsphilosophie an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

1 Vgl. präzisierend unten bei Fußn. 11.

2 Vgl. z.B. *Medicus*, SchuldR I, 17. Aufl. (2006) Rdnr. 183; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 66. Aufl. (2007), § 243 Rdnr. 5.

3 Vgl. z.B. *Ernst*, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. (2007), § 275 Rdnr. 26; *Dauner-Lieb*, in: AnwKomm-BGB, 2. Aufl. (2005), § 275 Rdnr. 22.

4 Vgl. z.B. RGZ 91, 110 (112); *U. Huber*, in: Festschr. f. Ballerstedt, 1975, S. 327ff. (345ff.); *Emmerich*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 3), § 243 Rdnr. 34; *Erman/Westermann*, BGB, 11. Aufl. (2004), § 243 Rdnr. 19; *Grothe*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, 2003, § 243 Rdnr. 18; *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 2), § 243 Rdnr. 7; *Looscheiders*, SchuldR Allg. Teil, 5. Aufl. (2007), Rdnr. 297.

5 Repräsentativ *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, § 10 III 2 d und e.

6 Grdl. *Medicus*, JuS 1966, 297 (300); vgl. ferner *ders.*, Bürgerliches Recht, 20. Aufl. (2004), Rdnr. 262; *Staudinger/Schiemann*, BGB, 2005, § 243 Rdnr. 43; *Soergel/Teichmann*, BGB, 12. Aufl. (1990), § 243 Rdnr. 12; *Jauernig/Mansel*, BGB, 12. Aufl. (2007), § 243 Rdnr. 11; *Esser/Schmidt*, SchuldR I/1, 8. Aufl. (1995), § 13 I 2 c; *Fikentscher/Heinemann*, SchuldR, 10. Aufl. (2006), Rdnr. 249; *Faust*, ZGS 2004, 252 (257).

7 Vgl. z.B. *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 2), § 243 Rdnr. 5; *Soergel/Teichmann* (o. Fußn. 6), § 243 Rdnr. 10.

8 Einen solchen Fall hat möglicherweise *Medicus*, JuS 1966, 297 („Preiselbeeren“), im Auge, auch wenn er § 299 BGB in diesem Zusammenhang nicht erwähnt.

9 So mit Recht z.B. *Gernhuber* (o. Fußn. 5), § 10 III 5b; *Staudinger/Schiemann* (o. Fußn. 6), § 243 Rdnr. 37; a. A. v. *Caemmerer*, JZ 1951, 744; *U. Huber*, in: Festschr. f. Ballerstedt (o. Fußn. 4), S. 327ff. (339).

10 Vgl. die Nachw. in Fußn. 2.

11 Vgl. z.B. *Stephan Lorenz*, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. (2004), § 474 Rdnr. 34; *Erman/Grunewald* (o. Fußn. 4), § 474 Rdnr. 9; *Xander*, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Gattungsschuld, 2006, S. 296f.

12 Vgl. Mot. II, S. 12, 74; Prot. I, S. 287f.

13 Für einen solchen Fall sieht auch *U. Huber*, in: Festschr. f. Ballerstedt (o. Fußn. 4), S. 327ff. (352), die Rückgängigmachung der Konkretisierung entgegen seiner Grundposition als zulässig an.

14 Ob die Erwägungen der Gesetzesverfasser wenigstens *in sich selbst* schlüssig sind, ist str.; verneinend *Medicus*, JuS 1966, 297 (301f.); bejahend *U. Huber*, in: Festschr. f. Ballerstedt (o. Fußn. 4), S. 327ff. (348f.).

15 Vgl. dazu nur BGHZ 168, 64 = NJW 2006, 2839 = JuS 2006, 1015 (*Emmerich*); *Canaris*, JZ 2003, 831 (835).

16 Das habe ich in einem im Druck befindlichen Festschriftbeitrag näher dargelegt.

17 Vgl. auch *Schroeter*, AcP 207 (2007), 28 (52), dessen Begründung jedoch nicht überzeugt, weil er sie nicht aus dem Schutzzweck von § 243 II BGB entwickelt, sondern – in scharfem Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht – mit dem Nachlieferungsanspruch des Käufers aus § 439 I Alt. 2 BGB in Zusammenhang bringt.

18 Darauf stellt vor allem *Gernhuber* (o. Fußn. 5), § 10 III 2 e, maßgeblich ab; vgl. ferner *U. Huber*, in: Festschr. f. Ballerstedt (o. Fußn. 4), S. 327ff. (346ff.); *Ernst*, in: Gedächtnisschr. f. Knobbe-Keuk, 1997, S. 49ff. (103f.); *Emmerich*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 3), § 243 Rdnr. 35.

19 So liegt es offenbar im Überseehandel, vgl. *U. Huber*, in: Festschr. f. Ballerstedt (o. Fußn. 4), S. 327ff. (345ff.).

20 Vgl. eingehend *Greiner*, *Ideelle Unzumutbarkeit*, 2004, S. 147ff. Ob Entsprechendes für § 645 BGB zutrifft, ist umstritten, vgl. dazu z.B. *Kohler*, NJW 1993, 417 (418f.).

21 Vgl. auch *Canaris*, JZ 2004, 217 (219).

22 Daher bereitet die Abstimmung von § 275 II BGB mit den Gefahrtragungsregeln entgegen den ungenauen und viel zu undifferenzierten – Ausführungen von *Lobinger*, *Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten*, 2004, S. 156f., in dem von ihm behandelten Beispiel, in dem § 447 BGB einschlägig ist (was er freilich nicht erwähnt, ja vielleicht nicht einmal für relevant hält), keine ernsthaften Schwierigkeiten. Solche könnten sich allenfalls ergeben, wenn § 447 BGB nach § 474 II BGB unanwendbar ist, so dass es auf das Verhältnis von § 275 II BGB zu § 243 II BGB ankommt, sie sind aber auch dann bei genauerer Analyse der Problematik und der gesetzlichen Vorgaben ohne wesentliche Verwerfungen zu bewältigen, vgl. dazu sogleich im Text. Es ist bezeichnend für die Art der Polemik von *Lobinger*, dass die Unterscheidung zwischen § 447 BGB einerseits und §§ 474 II, 446 BGB bzw. § 243 II BGB andererseits bei ihm nicht vorkommt.

23 Vgl. o. bei und mit Fußn. 11.

24 Vgl. die Darstellung des Meinungsstandes bei *Canaris*, JZ 2004, 217 (222f.), sowie *Gsell*, JZ 2004, 110 (118 m. Fußn. 74).

25 Vgl. o. bei Fußn. 21.

26 Vgl. die Regierungsbegründung BT-Dr 14/6040, S. 243f.

[REDACTED]