

5. Bindung des Schuldners?

Da die Konkretisierung zur Folge hat, dass die Gattungsschuld fortan im Wesentlichen **wie** eine **Stückschuld** zu behandeln ist (→ Rn. 32), stellt sich hier die weitere Frage, ob dieser Zustand endgültig ist oder ob der Schuldner auf den Schutz des § 243 Abs. 2 auch verzichten kann, so dass er bis zum Augenblick der Erfüllung in der Lage bliebe, eine bereits eingetretene **Konkretisierung** wieder **rückgängig zu machen** und mit anderen Gegenständen zu erfüllen.⁸⁸ Die Frage wird heute nach Treu und Glauben vielfach bejaht. Zulässig sind nach dieser Meinung zB die Rückstellung der ausgesonderten und dem Gläubiger angebotenen Gegenstände in den allgemeinen Bestand, die Umlenkung der auf dem Transport befindlichen Ware an andere Gläubiger (interessant vor allem, wenn diese zur Zahlung eines höheren Preises als die ursprünglichen Gläubiger bereit sind) oder das Angebot von Ersatzsachen bei Untergang der Sachen, auf die sich das Schuldverhältnis zunächst konkretisiert hatte, um den Anspruch auf die Gegenleistung zu retten.⁸⁹ Dagegen sollte nach Meinung der Gesetzesverfasser die Konkretisierung **bindend** sein, um dem Gläubiger schon vor vollständiger Erfüllung Dispositionen über die Ware zu ermöglichen und um dem Schuldner die Möglichkeit zu nehmen, auf Kosten des Gläubigers zu spekulieren.⁹⁰ Daneben gibt es noch zahlreiche vermittelnde Meinungen.

31

Die Frage lässt sich nicht einheitlich beantworten. Maßgebend sind vielmehr in erster Linie die Abreden der Parteien (§§ 133, 157).⁹¹ Fehlt es dagegen an solchen Abreden, so ist zwar angesichts des Wortlauts der § 243 Abs. 2 und § 300 Abs. 2 und des Willens der Gesetzesverfasser (→ Rn. 31) davon auszugehen, dass die Konkretisierung **grundsätzlich bindend** sein soll; in bestimmten Fallgruppen sind jedoch gemäß § 242 **Ausnahmen** anzuerkennen. Eindeutig ist dies zunächst, wenn der Käufer die Ware grundlos als mangelhaft zurückgewiesen hat; in diesem Fall kann der Verkäufer immer noch trotz zwischenzeitlicher Konkretisierung anderweitig über die zurückgewiesene Ware disponieren und mit anderer Ware erfüllen (Verbot des venire contra factum proprium).⁹²

32

Dasselbe hat zu gelten, sofern sich der Käufer bei der Schickschuld mit der angebotenen Ersatzware einverstanden erklärt.⁹³ Weitere derartige Fälle sind denkbar, vor allem, wenn der Gläubiger **kein** erkennbares Interesse daran hat, dass der Schuldner gerade mit dem Gegenstand erfüllt, auf den sich das Schuldverhältnis bereits konkretisiert hatte.⁹⁴ Daraus folgt umgekehrt, dass die Konkretisierung **spätestens** dann für den Schuldner **bindend** ist, wenn er die Ware dem Gläubiger in einer Weise angedient hat, die es diesem ermöglicht, im Wirtschaftsverkehr darüber zu **disponieren**. Im Regelfall wird das schon der Fall sein, wenn er dem Gläubiger die Aussonderung oder Absendung der Ware angezeigt hat.⁹⁵ Ebenso wird es sich gewöhnlich verhalten, wenn der Gläubiger an der Auswahl der Ware mitgewirkt und die Ware bereits geprüft hatte⁹⁶ oder wenn der Gläubiger die mangelhafte Ware angenommen hat und nach § 439 Abs. 1 vorgeht.⁹⁷

33

⁸⁸ Dazu insbes. *Canaris* JuS 2007, 793 (794 ff.); *Erman/H. P. Westermann* Rn. 19.

⁸⁹ *Medicus* JuS 1966, 297 (303 ff.); *Canaris* JuS 2007, 793 (796); v. d. *Daele*, Probleme des gegenseitigen Vertrages, 1968, 80 f.; *Hager*, Die Gefahrtragung beim Kauf, 1982, 233 ff.;

Leonhard SchuldR I 100 ff.; Staudinger/Schiemann, 2015, Rn. 39 ff.

- 90 Mot. II 12, 74; Prot. I 287 f.; ebenso *H. A. Fischer* JherJb 51 (1907), 159 (202 ff.); *U. Huber* FS Ballerstedt, 1975, 339 ff.; *Enneccerus/Lehmann* SchuldR § 6 IV 2; *van Venrooy* WM 1981, 890 ff.
- 91 *Ernst* GS Knobbe-Keuk, 1997, 49 (102 ff.).
- 92 RGZ 91, 110 (112 f.); 108, 184 (187); OLG Marienwerder OLGE 8, 435; OLG Bremen MDR 1958, 919; Bamberger/Roth/Sutschet Rn. 18; Erman/*H. P. Westermann* Rn. 19.
- 93 BGH WM 1964, 1023 (1024 f.) = BB 1965, 349 = AWD 1964, 395.
- 94 RGZ 91, 110; 108, 184; Bamberger/Roth/Sutschet Rn. 18; Erman/*H. P. Westermann* Rn. 19.
- 95 *Canaris* JuS 2007, 793 (796 f.); *Gernhuber* Schuldverhältnis § 10 III 2 d/e; *Ernst* GS Knobbe-Keuk, 1997, 49 (102 ff.).
- 96 Staudinger/Schiemann, 2015, Rn. 43.
- 97 Staudinger/Schiemann, 2015, Rn. 39.

Zitiervorschläge:

MüKoBGB/Emmerich BGB § 243 Rn. 31-33

MüKoBGB/Emmerich, 8. Aufl. 2019, BGB § 243 Rn. 31-33