

Einleitung

»In Wahrheit sichert erst die beständige Überprüfung des inneren Systems einer Rechtsordnung auf Materialfehler, Sprünge und nicht bündig schließende Fugen, d.h. auf seine stimmige Widerspruchsfreiheit, auch die Widerspruchsfreiheit der Gesetzes- und Rechtsanwendung, auf welcher Rechtssicherheit, gleichmäßige Handhabung und also auch Gerechtigkeit, damit auch die praktische Moral der Rechtsanwendung beruht.«¹

Die Untersuchung befaßt sich mit dem kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch der §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB², insbesondere mit seiner Rechtsnatur, den Auswirkungen seiner Entstehung für die Parteien des Kaufvertrages und seiner Einbettung in den Kontext des Kaufvertragsrechts.

Vieles ist bereits zu diesem Thema gesagt worden. Gängiger Ausgangspunkt ist dabei das alte Schuldrecht, insbesondere das alte Kaufvertragsrecht. Aus dem Vergleich resultieren Bezeichnungen des heutigen Nacherfüllungsanspruchs als Recht zur zweiten Andienung³ und Abwendungsbefugnis⁴. Zudem wird ein Vorrang der Nacherfüllung⁵ konstatiert, welcher im alten Recht nicht bestand.

Die vorliegende Untersuchung nimmt einen anderen Blickwinkel ein. Der Nacherfüllungsanspruch und mit ihm das Kaufgewährleistungsrecht sind nicht anhand des alten Kaufgewährleistungsrechts, sondern anhand des heute geltenden Allgemeinen Leistungsstörungsrechts zu beschreiben. Dies ist geboten, weil die Umstände, welche in das Gewährleistungsrecht führen – dessen Existenz einmal hinweggedacht – heute Rechtsfolgen aus dem Allgemeinen Leistungsstörungsrecht nach sich zögen. Weder der Mangel noch die Schlechtleistung sind Besonderheiten, mit denen das neue Allgemeine Schuldrecht nicht umzugehen wüßte. Der Mangel der Sache wäre schlicht ein Erfüllungshindernis (vgl. § 433 I 2), die Erbringung der Schlechtleistung daher ein rechtliches nullum, das den Erfüllungsanspruch unberührt ließe. Der Käufer könnte ohne ein Kaufgewährleistungsrecht weiterhin unbeschränkt Erfüllung seines Anspruchs verlangen, als wäre nichts geschehen.

Früher hätte es sich anders verhalten. Die Mangelhaftigkeit der Sache war weder nach der Erfüllungs- noch nach der Gewährleistungstheorie ein Erfüllungshindernis. Aus den Besonderheiten der §§ 459 ff. a.F. war zwingend zu schlußfolgern, daß es

1 *Wieacker*, FS Nipperdey I, S. 783 (806).

2 §§ ohne Angaben sind im folgenden solche des BGB.

3 Vgl. statt vieler *Schroeter*, AcP 207, 28 ff.

4 Vgl. *Schubel*, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, S. 163 (185 ff.).

5 Vgl. statt vieler *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114 (2116).

sich bei dem Mangel um eine Sonderfigur der Leistungsstörung handelte, welcher nur durch das Kaufgewährleistungsrecht begegnet werden konnte.

Das heutige Kaufgewährleistungsrecht ist dagegen ein Besonderes Leistungsstörungsrecht, welches aus Anlaß der Schlechtleistung eintritt und dessen Primäranspruch der Nacherfüllungsanspruch ist. Mit dem alten Kaufgewährleistungsrecht hat es damit – abgesehen von gewissen gleichbleibenden Begriffen, wie z.B. der Nacherfüllung oder der Minderung – kaum noch etwas gemein. Diese Perspektive ermöglicht eine völlig andere Einordnung des Nacherfüllungsanspruchs. Wird er einmal nicht mit dem früheren Nacherfüllungsanspruch des Gewährleistungsrechts, sondern mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch verglichen, so kommt beispielsweise eine Qualifizierung als Recht zur zweiten Andienung nicht in Betracht. Der Vorrang der Nacherfüllung verdient keine Erwähnung, da der Vorrang der Primärebene vor der Sekundärebene selbstverständlich ist. Im Gegenteil müßte nun eine abweichende Regelung wie diejenige des alten Rechts (Nachlieferungsanspruch nur wahlweise, Nachbesserungsanspruch überhaupt nicht) als Ausnahme Beachtung finden. Aus demselben Grund ist in dem Nacherfüllungsanspruch des Käufers keine Abwendungsbefugnis von Sekundärrechten für den Verkäufer zu sehen. Die Erfüllung des Primäranspruchs ist vorrangig und dient nicht der Abwendung der Sekundärebene. Diese tritt erst – eben sekundär – ein, wenn sich auf der Primärebene eine Störung ergeben sollte.

Dieser Ansatz wirkt sich auf den Gang der Untersuchung aus. Zwar wird fortlaufend das alte Gewährleistungsrecht zum Vergleich herangezogen. Gemessen und beurteilt werden Nacherfüllungsanspruch und Gewährleistungsrecht aber am Allgemeinen Leistungsstörungsrecht.

So beginnt die Untersuchung mit dem Erfüllungsanspruch im Sachkauf, wobei der Sachkauf ausgewählt wurde, um den Grad der Abstraktion möglichst gering zu halten. Die getroffenen Aussagen können mutatis mutandis auf den Rechtskauf sowie den Kauf sonstiger Gegenstände übertragen werden. Der Erfüllungsanspruch wird als Ursprung des Nacherfüllungsanspruchs in seinen Bestandteilen zu analysieren sein. Sodann wird der maßgebliche Auslöser für den Eintritt in das Gewährleistungsrecht und zugleich für die Modifikation des Erfüllungsanspruchs und damit das Heraustreten des Nacherfüllungs- aus dem Erfüllungsanspruch betrachtet werden: die Schlechtleistung. Es wird darzustellen sein, worin eine Schlechtleistung besteht, wobei dem Mangelbegriff des Kaufgewährleistungsrechts maßgebliche Bedeutung zukommt. Anschließend wird die Schlechtleistung in ein Verhältnis zu dem Erfüllungsanspruch gesetzt werden, auf den sie erbracht wird. Kommt es zu einer Erfüllung oder ganz im Gegenteil zu einer Verletzung des Erfüllungsanspruchs? Es folgt die Untersuchung der fiktiven Rechtslage ohne Gewährleistungsrecht, bevor im Hauptteil der Arbeit auf den Übergang in das Gewährleistungsrecht einzugehen sein wird.

Dieser Hauptteil befaßt sich einführend mit dem »Wie« des Gewährleistungsrechtseintritts, also mit den Geschehnissen an der Schnittstelle von Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch. Sodann wird der Nacherfüllungsanspruch in Inhalt und Umfang erfaßt werden, bevor hieraus Schlüsse für den genauen Vorgang der Modifikation des Erfüllungsanspruchs gezogen werden können. Diese Modifikation so-

wie ihr Ergebnis – der modifizierte Erfüllungsanspruch – werden sodann erläutert und im weiteren überprüft, welche Auswirkungen sich für die Kaufvertragsparteien ergeben. Wem »gehört« der Nacherfüllungsanspruch? Wer erlangt Vorteile aus der Modifikation?

Im Anschluß wird auf das den Nacherfüllungsanspruch umgebende Gewährleistungsrecht einzugehen sein. Wie tritt es ein? In welchem Verhältnis steht es zu dem Nacherfüllungsanspruch? Und nicht zuletzt: In welchem Verhältnis stehen Nacherfüllungsanspruch und Gewährleistungsrecht zum Erfüllungsanspruch und dem Allgemeinen Leistungsstörungenrecht insgesamt? Im Zusammenhang mit den Sekundärrechten des Käufers aus dem Gewährleistungsrecht (§ 437 Nr. 2, 3) wird noch einmal die Frage aufzugreifen sein, welche Vertragspartei welche Vor- und Nachteile aus dem Übergang von dem Erfüllungs- zum Nacherfüllungsanspruch bzw. aus dem Allgemeinen Leistungsstörungenrecht in das Gewährleistungsrecht zu tragen hat. Diese Frage kann nicht in einem separaten Punkt abgehandelt werden. Sie wird immer wieder und vor allem immer anders im Kontext mit einzelnen Käuferrechten (§ 437) aber auch Beschränkungen von Käuferrechten (§§ 439 III, 442, 438) zu beurteilen sein.

In einem Exkurs wird zudem ein Sonderfall des Übergangs in das Gewährleistungsrecht erörtert werden. Hierbei handelt es sich um die Konstellation, in welcher der Erfüllungsanspruch anfänglich oder nachträglich, jedenfalls aber vor Heraustreten des Nacherfüllungsanspruchs, unmöglich wird. Anhand dieser Fragestellung soll ermittelt werden, ob der Gewährleistungsrechtseintritt eines noch bestehenden Erfüllungsanspruchs überhaupt bedarf und – sollte dies nicht der Fall sein – wann und wie das Gewährleistungsrecht in solchen Fällen eintritt.

Aus der Untersuchung bis zu diesem Punkt wird zu schlußfolgern sein, welche Voraussetzungen für den Gewährleistungsrechtseintritt bestehen und ob es einen solchen eindeutigen »Einschnitt« überhaupt gibt, oder ob der Übergang vom Allgemeinen Leistungsstörungenrecht in das Gewährleistungsrecht ein fließender ist, also bestimmte Vorwirkungen des Gewährleistungsrechts in das Allgemeine Leistungsstörungenrecht in Betracht kommen.

Abschließend wird aus den bis hierhin gefundenen Ergebnissen zu folgern sein, welche Wertungen dem heutigen Gewährleistungsrecht des Kaufvertrags zugrunde liegen.

Über die gesamte Untersuchung hinweg werden in den jeweiligen Kontext eingebettet allgemein diskutierte Fragen rund um den Nacherfüllungsanspruch aus der hier aufgestellten Gesamtkonzeption heraus beantwortet (z.B. die Frage nach einer Nacherfüllung beim Stückkauf oder der Möglichkeit der Kondiktion eines höherwertigen aliud). Die Beantwortung erfolgt damit nicht – wie so häufig – auf subjektiven Gerechtigkeitserwägungen fußend, sondern aus dem gefundenen Gesamtgefüge heraus.

Einigen Erläuterungen sind Abbildungen beigelegt worden. Ihre Anfertigung diente mir zur Visualisierung der Zusammenhänge und vermag diese Funktion vielleicht auch für den Leser zu erfüllen.

1. Teil: Erfüllungsanspruch im Sachkauf

Da sich die Arbeit mit dem besonderen Verhältnis des Erfüllungsanspruchs zu dem Nacherfüllungsanspruch des Sachkäufers befaßt, ist es von Bedeutung, zunächst den Erfüllungsanspruch zu umgrenzen. Unter dem Erfüllungsanspruch wird hier der Leistungsanspruch des Sachkäufers gegen den Verkäufer verstanden.⁶ Zwei Fragen sind von Bedeutung. Die erste Frage ist diejenige nach der Verortung: Wo befindet sich die Anspruchsgrundlage des Erfüllungsanspruchs? Die zweite Frage ist diejenige nach seinem Inhalt: Was kann der Sachkäufer von seinem Verkäufer verlangen?

A. *Die Anspruchsgrundlage des Erfüllungsanspruchs*

Die Anspruchsgrundlage des Erfüllungsanspruchs entstammt dem wirksamen Kaufvertrag, also der Parteivereinbarung, nicht dagegen der Norm des § 433 I BGB. Diese beschreibt allein den Inhalt eines Käuferanspruchs und legt mithin fest, daß ein Vertrag, der einer Partei einen solchen Anspruch einräumt (und der anderen Partei den in § 433 II bezeichneten), ein Kaufvertrag ist, für den, soweit nicht durch andere Vereinbarungen wirksam abbedungen, das Kaufvertragsrecht der §§ 434 ff. und somit v.a. die dort geregelten Sekundärrechte infolge von Störungen der Vertragsabwicklung gelten.⁷ So verhält es sich generell im Vertragsrecht.⁸ Die primären vertraglichen Ansprüche entstammen allein dem Vertrag. Das übrige Vertragsrecht gilt ergänzend, soweit es nicht abbedungen worden ist.⁹ Dies zu erläutern, ist für das

6 Jeder Anspruch ist ein zu erfüllender (vgl. § 241 I BGB). Die Begrifflichkeit wird jedoch als Abgrenzungsmerkmal des unmittelbar aus dem Kaufvertrag entstehenden Käuferanspruchs zu dem Nacherfüllungsanspruch verwandt.

7 *Müller-Laube*, S. 50 (»Der Vertrag ist – kraft seiner Funktion als Instrument, autonome Akte mit rechtsverbindlicher Wirkung zu setzen – Gegenstand rechtlicher Bewertung, die allgemeine Rechtsordnung fungiert als Korrelat, indem sie im Gesetz (...) die Maßstäbe für die Beurteilung des Einzelvertrages festlegt.«) sowie S. 51 (»Im besonderen Schuldrecht bedient sich das Gesetz des Vertragstyps als Mittel zur dogmatischen Ordnung. Die Normen – einer Leitidee untergeordnet – erscheinen hier in Komplexen, zugeschnitten auf bestimmte Lebensverhältnisse, deren spezifische Interessenkonflikte einer rechtlichen Wertung unterworfen werden.«)

8 Vgl. *Müller-Laube*, S. 49 ff.

9 Vgl. *Esser/Schmidt*, SchR I/1, § 12, S. 211 (»reservehalber von Gesetzes wegen vorgehaltenes Programm«); *Oechsler*, SchR-BT, § 1, S. 17, Rdn. 21ff.; insbesondere aber *Oechsler*, SchR-BT, § 1, S. 6ff., Rdn. 6ff. auch zu der – vorliegend nicht relevanten – dogmatischen Frage, ob die Normen des Vertragsrechts vertraglicher oder außervertraglicher Natur sind.

Folgende von Bedeutung, weil sich zahlreiche vermeintliche Konflikte¹⁰ allein durch Rückbesinnung auf die Tatsache lösen lassen, daß die Parteien im Rahmen des Vertragsschlusses ihren zu diesem Zeitpunkt bestehenden korrespondierenden Willen in gegenseitige Verpflichtungen gegossen haben, die das Gesetz – einmal als wirksam akzeptiert – auch im folgenden zu berücksichtigen hat. Dies muß auch dann gelten, wenn sich das Schuldverhältnis anders als erwartet entwickelt oder der Wille der einen oder der anderen Partei zu einem späteren Zeitpunkt von dem damals geäußerten Willen abweicht.¹¹

B. Die Bestandteile des Erfüllungsanspruchs

Der Erfüllungsanspruch des Käufers besteht aus den Anspruchsbestandteilen der Eigentumsverschaffung an der geschuldeten Sache (Übergabe und Verschaffung des Eigentums, § 433 I 1) sowie der sach- und rechtsmangelfreien Verschaffung (vgl. § 433 I 2).

I. Übereignung, § 433 I 1

Die geschuldete Form der Übereignung der geschuldeten Sache ist, wie § 433 I 1 zu entnehmen ist, grds. diejenige des § 929 S. 1, also Einigung und Übergabe. Doch auch andere Formen der Übereignung (vgl. §§ 929 ff.) können vereinbart werden. Der Vertrag bleibt ein Kaufvertrag. Gleiches gilt für den Kauf von Grundstücken, deren Übereignung sich nach §§ 873, 925 vollzieht.

Bei den Primärnormen des Vertragsrechts handelt es sich nicht um Tatbestände, welche verlangen, daß ihr Wortlaut erfüllt sein müßte. Die Verträge des geschriebenen Vertragsrechts in §§ 433 ff. sind sog. Normstrukturtypen¹² in Abgrenzung zu Tatbeständen. Es kommt nicht darauf an, daß alle dort aufgezählten Merkmale vorliegen, sondern lediglich darauf, daß bei wertender Betrachtung der Hauptleistungspflichten des geschlossenen Vertrages eine Zuordnung zum Vertragstypus anhand

10 Z.B. die Probleme der Nachlieferung beim Stückkauf (vgl. S. 71 ff.), der Reichweite des Zurückweisungsrechts des Käufers (vgl. S. 143) oder der Vorwirkungen des Gewährleistungsrechts in das Allgemeine Leistungsstörungenrechts hinein (vgl. S. 145).

11 Hierbei ist die Frage, ob das Vertragsrecht deshalb gilt, weil es die Parteien bei Vertragsschluß (hypothetisch) gewollt haben (vgl. *Sandrock*, Ergänzende Vertragsauslegung, S. 44), oder ob es gesetzlicher Natur ist (vgl. *Canaris*, JZ 1965, 475 ff. hinsichtlich der Schutzpflichten; *Oechsler*, SchR-BT, § 1, S. 12: Haftung aus Vertrag, »weil (...) normiert ist, bis zu welchem Grad das Vertrauen (...) in das Leistungsversprechen (...) schutzwürdig ist.«), ohne Belang, da es für die Parteien durch vertragliche Disposition gestaltbar ist und somit – mit Ausnahme von indisponiblen Regelungen – nicht im Widerspruch zu dem bei Vertragsschluß beiderseitig Gewollten stehen kann.

12 *Oechsler*, SchR-BT, § 1, S. 12 f.; vgl. *Larenz*, SchR II/1, § 38, S. 4 (»Regelungsmuster«).

von dessen prägenden Merkmalen möglich ist.¹³ Beim Kaufvertrag sind dies die Pflicht des Verkäufers, die Rechtsinhaberschaft am Kaufgegenstand zu verschaffen, sowie die Pflicht des Käufers, hierfür ein Entgelt zu entrichten.¹⁴

Um die Übersichtlichkeit zu wahren, wird sich die Darstellung auf den Kauf beweglicher Sachen mit der Pflicht zur Übereignung nach § 929 S. 1 beschränken.

II. Geschuldete Sache, § 433 I 1

Die Frage, welche Sache die geschuldete Sache (§ 433 I 1: »die Sache«) des Erfüllungsanspruchs ist, ist je nach Art des Kaufvertrags unterschiedlich zu beantworten. Zu unterscheiden ist hier zwischen dem sog. Stück- und dem sog. Gattungskauf.

1. Stückkauf

Ein Stück- (auch Spezies-) kauf ist ein Kaufvertrag, der eine Stückschuld begründet. Bei einer Stückschuld ist der Anspruchsgegenstand so genau bestimmt, daß dem Schuldner für die Erfüllung seiner Leistungspflicht keine Auswahlmöglichkeit bleibt.¹⁵ Es gibt nur *eine* geschuldete Sache. Daß sie geschuldet ist, steht aufgrund der vertraglichen Festlegung nicht zur Disposition. Auch das Vorliegen eines Sachmangels vermag hieran nichts zu ändern, obwohl dieser Umstand die Erfüllung hindert (vgl. § 433 I 2). Die Anspruchsbestandteile *Sache* und *sachmangelfrei* stehen innerhalb des Erfüllungsanspruchs ohne inhaltliche Überschneidungen *nebeneinander*.

2. Gattungskauf

Der Gattungskauf ist ein Kaufvertrag, der darauf gerichtet ist, hinsichtlich der Kaufsache eine Gattungsschuld zu begründen. Merkmal der Gattungsschuld ist die fehlende Bestimmtheit des Anspruchsgegenstandes bei Vertragsschluß, während seine Merkmale (natürliche, technische, wirtschaftliche Eigenschaften, Menge, Gewicht)

13 Oechsler, SchR-BT, § 1, S. 12 ff., Rdn. 15ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 122 ff.; vgl. auch Larenz, SchR II/1, § 38, S. 4: »Der Ausdruck Typus meint, im Gegensatz zum »Begriff« oder zu einer »Klasse« von Gegenständen, ein Merkmals Ganzes, dessen einzelne »Züge« in gewissem Grade ersetzbar oder verschieden stark ausgeprägt sein können, sich indessen stets zu einem Sinn Ganzen zusammenfügen.«

14 Oechsler, SchR-BT, § 1, S. 13, Rdn. 15.

15 Vgl. RGZ 70, 423 (426); MüKo/Emmerich, § 243, Rdn. 9; Staudinger/Schiemann, § 243, Rdn. 12.

festgelegt sind.¹⁶ Geschuldet ist im Gattungskauf die Übereignung *irgendeiner* Sache, welche die vertraglich vereinbarten¹⁷ Eigenschaften aufweist.

Die geschuldete Sache steht bis zur Konkretisierung i.S.d. § 243 nicht fest. Durch die Parteivereinbarung über die Beschaffenheit wird nur eine Gattung von Sachen gebildet, die über die vereinbarte Beschaffenheit verfügen. Die Gattung muß nicht einmal aus vertretbaren Gegenständen gebildet werden.¹⁸ Voraussetzung ist allein die ausdrückliche oder konkludente Beschreibung nach Gattungsmerkmalen. Die Gattungsbestimmung dient keinem Selbstzweck. Entscheidend für die Parteien sind die Definition des Anspruchsgegenstandes einerseits und die Reichweite der Beschaffungspflicht des Schuldners andererseits. Erfüllungstauglich sind unter den Sachen der Gattung alle diejenigen, die i.S.d. § 243 I als ergänzendem Vertragsrecht von mindestens¹⁹ mittlerer Art und Güte sind²⁰. Anders als dies bei der Stückschuld überhaupt möglich wäre, tritt mit dem Erfordernis aus § 243 I noch eine relative Qualitätskomponente hinzu, also eine geschuldete Qualität gemessen an derjenigen der anderen gattungszugehörigen Sachen. *Die* nach dem Vertrag geschuldete Sache ist unter all diesen erfüllungstauglichen wiederum allein diejenige, zu deren Leistung der Schuldner gem. § 243 II alles seinerseits Erforderliche getan hat²¹, auf die er das Schuldverhältnis somit konkretisiert bzw. konzentriert hat.

Diese Abgrenzung zwischen *nur* erfüllungstauglichen und *der einen* geschuldeten Sache muß auch dann gelten, wenn nur eine einzige Sache den Beschaffenheitsanforderungen des Gattungsvertrags entspricht.²² Sie ist zunächst nicht die geschuldete, sondern nur die einzige erfüllungstaugliche Sache. Erst wenn zu ihrer Leistung das seitens des Schuldners Erforderliche getan ist, wird sie zur geschuldeten Sache des Kaufvertrags, vergleichbar der Konkretisierungswirkung bei Vorhandensein

16 Vgl. *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 10 I a, S. 213; *Staudinger/Schiemann*, § 243, Rdn. 6; *MüKo/Emmerich*, § 243, Rdn. 5.

17 Dies wird wie bei der geschuldeten Beschaffenheit der Sache im Stückkauf häufig konkludent geschehen.

18 Vgl. *MüKo/Emmerich*, § 243, Rdn. 6; *Palandt/Heinrichs*, § 243, Rdn. 2.

19 In aller Regel wird er eine Sache von höherer Qualität liefern dürfen, vgl. *Staudinger/Schiemann*, § 243, Rdn. 25; *MüKo/Emmerich*, § 243, Rdn. 22.

20 Dieses Erfordernis setzt voraus, daß die durch Vereinbarung erschaffene Gattung qualitativ voneinander abweichende Sachen enthält, vgl. *Gillig*, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 64 f.; *MüKo/Emmerich*, § 243, Rdn. 19.

21 Dies bestimmt sich nach dem jeweiligen Leistungsort. Vgl. *Palandt/Heinrichs*, § 243, Rdn. 5; *MüKo/Emmerich*, § 243, Rdn. 26 ff.

22 Auch in diesem Fall liegt kein Stückkauf vor. Nicht der Vertrag bestimmt, daß nur eine einzige Sache zur Erfüllung in Betracht kommt, sondern die die vertragliche Beschaffungspflicht insoweit beschränkende Wirklichkeit. Diese Beschränkung ist aber u.U. nur vorübergehender Natur, so daß zu einem späteren Zeitpunkt das tatsächliche Leistungshindernis wegfallen und sich die Schuld mithin auch auf andere Sachen erstrecken könnte. A.A. aber *MüKo/Emmerich*, § 243, Rdn. 6; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 10 I a, S. 213. Zutreffend dagegen *Riemenschneider*, Die Stellung des Gattungsschuldners und Gattungsgläubigers, S. 3.

einer Gattung.²³ Büßt die zunächst erfüllungstaugliche Sache die Qualifikation der mindestens mittleren Art und Güte aus der vertraglich vereinbarten Gattung allerdings vor der erforderlichen Leistung i.S.d. § 243 II ein, indem sie in ihrer Beschaffenheit vom Vertrag abweicht, ist auch sie nicht mehr erfüllungstauglich und kann durch die Leistung i.S.d. § 243 II nicht mehr zur geschuldeten Sache werden.

Aus dem Gattungskauf resultiert im Anschluß an die Konkretisierung eine konkretisierte Gattungsschuld, wenn nicht die Erfüllung zugleich durch die zur Konkretisierung führende Leistung herbeigeführt wird und in der Folge überhaupt keine Schuld mehr besteht (vgl. § 362). Ist aber noch nicht erfüllt worden, und liegt somit eine konkretisierte Gattungsschuld vor, so beschränkt sich das Schuldverhältnis gem. § 243 II auf *diese* Sache. Jedoch soll dies uneingeschränkt nur *zugunsten* des Schuldners gelten, namentlich in der Form, daß er frei von seiner Leistungspflicht wird, sobald ihm die Leistung hinsichtlich *dieser* Sache unmöglich geworden ist (vgl. § 275), obwohl er zunächst unbegrenzt Leistung von erfüllungstauglichen Sachen aus der vertraglich erschaffenen Gattung schuldete. Möchte er dagegen den Anspruch mit einer anderen Sache erfüllen, so soll ihm dies nach allg. Ansicht²⁴ – anders als dem Stückschuldner – unter mehr oder weniger weitgehenden Einschränkungen gestattet sein. Damit entspricht die konkretisierte Gattungsschuld weder der Natur einer Stückschuld noch derjenigen einer reinen Leistungsgefahrtragungsregel, da bei der Beschränkung der schuldnerischen Entscheidung zur weiteren Leistung aus der Gattung dem Gläubiger in unterschiedlichem Umfang schutzwürdige Interessen am Erhalt *ebendieser* einer Sache zugebilligt werden.²⁵

Geschuldet ist ab Konkretisierung zugunsten des Schuldners allein die konkretisierte Gattungssache. Darüber hinaus gilt zu seiner (mehr oder weniger freien) Wahl das zur Gattungsschuld vor der Konkretisierung Gesagte: Jede erfüllungstaugliche Sache kann durch die i.S.d. § 243 II erforderliche Leistung zur geschuldeten Sache werden.

23 Im Hinblick auf eine fortbestehende Leistungspflicht aus der Gattung spielt die Konkretisierung in dieser Konstellation keine Rolle, da eine solche mangels Möglichkeit (keine Gattung) entfällt. Die Konsequenz besteht allein in Folgendem: Wird die nach Maßgabe des § 243 II geleistete Sache vor dem sachmangelrelevanten Zeitpunkt sachmangelhaft, bleibt sie die geschuldete. Weicht sie von der vereinbarten Beschaffenheit ab, noch bevor die Voraussetzungen des § 243 II erfüllt sind, ist sie weder geschuldet noch erfüllungstauglich.

24 Die Rspr. bejaht die Bindung des Schuldners an die Konkretisierung grds., begründet Ausnahmen jedoch nach §§ 157, 242, vgl. RGZ 91, 110 (112); BGH NJW 1982, 873. In der Lit. grds. Gebundenheit des Schuldners mit Rücksicht auf ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der betreffenden Sache bejahend: Planck/Siber, § 243, 5b; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 10 III 2, S. 228 ff.; MüKo/Emmerich, § 243, Rdn. 34 f.; grds. Recht des Schuldners, die Konkretisierung rückgängig zu machen: Medicus, JuS 1966, 297 (303 ff.); Larenz, SchR I, § 11 I, S. 153/154; Fikentscher/Heinemann, SchR, § 28 III, S. 135, Rdn. 249.

25 Vgl. Nachweise in: FN 24.

3. Stück- und Gattungskauf im neuen Schuldrecht

Beide Kaufvertragstypen gibt es entgegen einer verbreiteten Ansicht²⁶ auch heute noch unter Geltung des neuen Schuldrechts. Die Qualifikation ist allein eine Frage des jeweiligen Vertrags, nicht dagegen des Gesetzes. Würde das Gesetz den Stückkauf wirklich nicht mehr kennen, so bestünde eine Regelungslücke für eine Vielzahl – wenn auch heute nicht mehr die Mehrzahl – von Kaufverträgen. Dies ist nicht der Fall. Würde das Gesetz – wie diese Ansicht wohl eher verstanden sein will – die Eigenart des Kaufvertrags, ein Stückkauf zu sein, ignorieren und ihn bereits auf primärer Ebene behandeln wie den Gattungsvertrag²⁷, so griffe es modifizierend und dabei sogar pflichtenerweiternd in die vertragliche Vereinbarung ein, was gerade nicht der Funktion des Vertragsrechts als Ergänzung der vertraglichen Vereinbarung entspricht.

Daß das Gesetz heute nicht mehr zwischen Stück- und Gattungskauf unterscheidet, könnte allenfalls unter dem Aspekt erwogen werden, daß im neuen Kaufrecht mit dem Nachbesserungsanspruch des § 439 I, 1. Alt. nunmehr ein Nacherfüllungsanspruch eingeführt worden ist, der auch im Fall des Stückkaufs entsteht, für welchen im alten Kaufrecht kein Nacherfüllungsanspruch vorgesehen war. Doch hierin eine Angleichung zwischen den Vertragstypen zu sehen, wäre schon deshalb nicht korrekt, weil ein Nachbesserungsanspruch in den §§ 433 ff. a.F. genausowenig für den Gattungskauf vorgesehen war und nun auch für diesen eingeführt worden ist.

Das neue Kaufrecht behandelt Stück- und Gattungskauf – genau wie früher – unter Berücksichtigung der Besonderheit unterschiedlich, daß den Gattungsverkäufer eine weitergehende Beschaffungspflicht trifft als den Stückverkäufer, der nur die *eine* vertraglich bestimmte Sache beschaffen muß. Der Stückverkäufer konnte deshalb früher keine Herstellung der Sachmangelfreiheit durch fortgesetzte Beschaffung, also Nachlieferung gem. § 480 I a.F., verlangen und kann es auch heute nicht. Der Gattungskauf ist dem Stückkauf somit nach wie vor um *eine* Nacherfüllungsvariante voraus.

26 Vgl. statt vieler *Schroeter*, AcP 207, 28 (49 ff.) (»Rechtsbegriffe«); *Scheuren-Brandes*, ZGS 2005, S. 296; so anklingend auch in BT-Drs. 14/6040, S. 230 (»(...) Unterscheidung zwischen Stückkauf und Gattungskauf verzichtbar.«)

27 Einfach gesagt: durch Begründung eines Nachlieferungsanspruchs infolge Lieferung der geschuldeten aber mangelhaften Sache.