



Professor Dr. Volker Rieble und Michael Gutfried, München*

Spezifikationskauf und BGB-Schuldrecht

Der Bestimmungskauf des § 375 HGB führt ein Schattendasein. Zu Unrecht. Die Schuldrechtsreform hat die Vorschrift durch einen veränderten Leistungsstörungsrahmen unbemerkt aufgewertet. Überdies ist die Einordnung des Bestimmungsrechts von grundsätzlicher Bedeutung auch für Leistungswahlrechte und -bestimmungsrechte, die vom Geltungsbereich der Norm nicht erfaßt werden. Der Beitrag systematisiert jene Vertragskonkretisierungsrechte – und ordnet die leistungsstörungsrechtliche Seite des zentralen Problemfalles: der ausbleibenden Konkretisierung.

I. Handelsrechtliche Regelung außerhalb der BGB-Systematik?

Der Bestimmungs- oder Spezifikationskauf des § 375 HGB wird dogmatisch unterschätzt. Seine Einordnung im Verhältnis zum BGB ist bis heute nicht geklärt – Sonderfall der Wahlschuld (§§ 262 ff. BGB) oder Spezialfall der Leistungsbestimmung (§§ 315 ff. BGB)?

Die Norm erlaubt den Parteien des Handelskaufs einen frühzeitigen Vertragsschluß, noch bevor die Kaufsache vollständig – also in Ansehung von Form, Maß und ähnlichen Verhältnissen – bestimmt ist. Der Käufer (vielfach ein Weiterverkäufer) hält sich, die Konkretisierung der Ware offen, um flexibel auf Marktbedürfnisse und Kundennachfrage reagieren zu können. Damit der Käufer den Vertrag nicht durch Verweigerung der Bestimmung sabotieren kann, eröffnet § 375 HGB in seiner ursprünglichen Konzeption dem Verkäufer vier Rechte:

– Er kann den Käufer nach Abs. 1 theoretisch zwingen, die Bestimmung zu treffen. Die Spezifikationspflicht ist

klagbar; vollstreckt wird sie nicht über § 894 ZPO (weil keine eindeutige Inhaltsbestimmung geschuldet ist) und auch nicht über die richterlich gestaltende Ersatzvornahme (§ 315 Abs. 3 BGB) sondern als vertretbare Handlung nach § 887 ZPO. Höchstpersönlich ist die Bestimmung nicht, wie gerade § 375 Abs. 2 HGB zeigt.

– Der Verkäufer kann nach § 375 Abs. 2 Satz 1 Var. 1, Satz 2 und 3 HGB die Bestimmung selbst vornehmen – wenn der Käufer im Bestimmungsverzug ist. Das ist gegenüber der Durchsetzung der Bestimmungspflicht der einfachere Weg, weswegen der Klage auf Bestimmung nach Abs. 1 das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Mit der Ersatzvornahme in der Bestimmung kann der Verkäufer sein Warenabsatzinteresse wahren.

– Der Verkäufer kann infolge der (geänderten) Verweigerung in § 375 Abs. 2 Satz 1, Var. 2 HGB auf §§ 280, 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Käufer eine letzte Bestimmungsfrist gesetzt hat, § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB oder die Fristsetzung wegen der Käuferverweigerung entbehrlich ist, § 281 Abs. 2 BGB. Damit kann er den Gewinn aus dem gescheiterten Geschäft abrechnen – wobei nicht geklärt ist, ob der Verkäufer nur nach der Differenz- oder auch nach der Surrogationsmethode vorgehen kann (dazu III.3.a).

Der Verkäufer kann schließlich nach § 375 Abs. 2 Satz 1 Var. 3 HGB i. V. m. § 323 BGB vom Vertrag zurücktreten. Zur nach neuen Schuldrecht möglichen Kombination von Rücktritt und Schadensersatz sagt die Norm nichts (dazu III.3.c).

Mit diesen Rechten kompensiert § 375 HGB die im Interesse des bestimmungsberechtigten Käufers eingegangene vorzeitige Vertragsbindung und die Unterwerfung unter das Käuferbestimmungsrecht. Dem Verkäufer ist insbesondere von Anfang an der Gewinn aus dem Geschäft gesichert.

Der Bestimmungskauf steht zwischen Wahlschuld und Leistungsbestimmung: § 262 BGB setzt voraus, daß sich die

* Volker Rieble lehrt Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität; Michael Gutfried ist sein Assistent.

Vertragsparteien über konkret bestimmte Leistungsinhalte geeinigt haben, zwischen denen frei gewählt werden kann. Darüber geht die Spezifikation hinaus, weil der Leistungsinhalt nach Menge und Beschaffenheit nicht vertraglich festgelegt ist. Die Leistungsbestimmung des § 315 BGB kann weiter noch jeden Schuldinhalt konkretisieren – dieser erweiterte Rahmen wird durch die Verpflichtung auf Billigkeit kompensiert. Dahinter bleibt § 375 HGB zurück, weil die Kaufsache der Art nach bestimmt sein muß und sich die Spezifikation auf Modalitäten (Form, Maß, ähnliche Verhältnisse) bezieht. Allerdings hat die Rechtsprechung schon früh den „komplizierten“ Spezifikationskauf anerkannt, bei dem der Käufer zwischen verschiedenen Qualitäten wählen durfte¹. Der *BGH* hat später in einem obiter dictum gemeint, die reine Gattungswahl begründe (nur) eine Wahlschuld i.S. von § 262 BGB; es handele sich nicht um einen Spezifikationskauf. Denn der Käufer hatte nur zwischen verschiedenen Ölsorten (Autoöle, Speiseöle etc) zu wählen; Form und Maß seien auch über die Preislisten des Verkäufers bereits bestimmt, so daß nur noch die Gattungswahl offen stand². Das steht in gewissem Widerspruch zu einer *RG* Entscheidung (aus der Zeit vor Inkrafttreten des § 375 HGB), mit der sich der *BGH* nicht auseinandersetzt: Die Festlegung der Garnnummer für zu lieferndes Wollgarn hat das *RG* unproblematisch als Spezifikation gesehen³ und nicht als Alternativobligation. Heute würde man die Garnnummer als Gattungsschuldmerkmal begreifen. Die Aussage des *BGH* ist ein obiter dictum, weil der Verkäufer dem Wahl und Abnahme unwillen des Käufers mit der eigenen Wahl begegnet ist. Dazu war er aber unabhängig von der Einordnung als Wahlschuld oder Bestimmungskauf sowohl nach § 264 Abs. 2 BGB wie nach § 375 Abs. 2 HGB berechtigt. Auf der anderen Seite hat der *BGH* die Bestimmung der Ausstattung verschiedener Heizkesseltypen als Bestimmungskauf und nicht als Wahlschuld gewertet⁴.

Handelsrechtslehrbücher sehen in § 375 HGB nach wie vor eine marginale Abweichung von der Wahlschuld der §§ 262 ff. BGB⁵ und können sich hierbei auf eine Äußerung in der Denkschrift stützen⁶. Demgegenüber sieht die überwiegende Meinung den Spezifikationskauf als Sonderfall der Leistungsbestimmung gem. § 315 BGB⁷.

Erklärbar ist diese grundsätzliche Irritation mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 375 HGB: Im 19. Jahrhundert entwickelte sich der Spezifikationskauf vor allem im Eisen- und Textilhandel. Verbreitet waren Verträge, in denen sich der Käufer verpflichtete, eine bestimmte Menge Ware abzunehmen, deren genauer Zuschnitt (Draht oder Stifte⁸), Materialbeschaffenheit (Schweißisenkesselblech oder Fluß-

blech⁹) oder der Herstellungsart (Garnnummer¹⁰) bei Vertragsschluß offen blieb und später vom Käufer nach dessen zwischenzeitlich geklärten Bedürfnissen festgelegt werden sollte. Dabei konnte der Kaufpreis fix oder entsprechend der Käuferentscheidung variabel ausgestaltet sein. Diese „neuartige“ Vertragsgestaltung stellte Rechtsprechung und Wissenschaft vor dogmatische Probleme: Der Vertrag war zum Abschlußzeitpunkt nicht vollziehbar, hing vielmehr von der späteren Spezifikation ab und damit vom Käufer, dessen Spezifikationsverweigerung überwunden werden mußte. „An sich“ war der Kaufvertrag zu unbestimmt.

Leistungsbestimmungsrechte, die den Vertrag nach dessen Abschluß einseitig konkretisierten, waren wenig bekannt. So enthielt der erste Entwurf zum BGB die später als selbstverständlich gestrichene (Prot. I 464) Norm des § 352: „Ist die Leistung, welche den Gegenstand des Vertrages bilden soll, weder bestimmt bezeichnet noch nach den im Vertrage enthaltenen Bestimmungen zu ermitteln, so ist der Vertrag nichtig.“¹¹ § 315 BGB ist hierzu Ausnahmeverordnung, der die nachträglich einseitige Konkretisierung des Vertrages als Rechtsgeschäft gestattet (und systematisch mit hin zum Allgemeinen Teil rechnet); ähnlich verfährt Art. 14 Abs. 1 Satz 2 CISG.

Das HGB von 1897 ist zwar zeitgleich mit dem BGB in Kraft getreten, aber insoweit systematisch nicht abgestimmt. Ihm ging es um Praktikabilitätsbedürfnisse des kaufmännischen Verkehrs, nicht um dogmatische Einordnung. Das ADHGB 1861 enthielt keine Vorschrift über den Spezifikationskauf. Erst im HGB Gesetzgebungsverfahren wurde die Notwendigkeit gesehen (§ 346 E HGB). Das gemeine Recht kannte nachträgliche Leistungsbestimmungen primär in Form der Drittleistungsbestimmung.¹² Auch das Preußische Allgemeine Landrecht regelte nur die Bestimmung durch einen Dritten (§ 72 ALR Abs. 1 Satz 5) und ließ die Gültigkeit des Vertrags von dessen Leistungsbestimmungsakt abhängen. Verträge, deren Bestimmung der Willkür des Verpflichteten überlassen wurde, waren gem. § 71 ALR Abs. 1 Satz 5 unverbindlich. Die Alternativobligation (§§ 37, 38 ALR Abs. 1 Satz 11) war dazu enge Ausnahme. Deswegen hatten Rechtspraxis und Wissenschaft Konstruktionsschwierigkeiten mit dem Spezifikationskauf, die *Oertmann*¹³ eingehend geschildert hat. Die Nähe zur Wahlschuld wurde konstruktiv gesucht, um den Vertrag trotz Unbestimmtheit für „perfekt“ zu achten. Mit der von *Oertmann* favorisierten Gattungsschuld hat die Spezifikation nichts zu tun: Dort ist der Kaufgegenstand durch die Gattungsbezeichnung als Schuld eindeutig bestimmt: Die Konkretisierung durch Aussonderung ist Realakt im Zuge der Erfüllung, anders als bei Wahlschuld und Leistungsbestimmung kein Rechtsgeschäft. Die Aussonderung konkretisiert nicht die Schuld, sondern die Leistung (auf die mit der Gattungsbezeichnung hinreichend bestimmte Schuld)¹⁴.

1 *RGZ* 30, 97.

2 *BGH* NJW 1960, 674 = BB 1960, 264.

3 *RGZ* 14, 243.

4 *BGH* WM 1976, 124.

5 *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 29 Rn. 17; *Müller*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, Handelsgesetzbuch, 2001, § 375 Rn. 2; unklar *K. Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 29 II Nr. 3.

6 Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzes und eines Einführungsgesetzes, RT-Drs. Nr. 632 von 1897, S. 218: „Der Übergang des Spezifikationsrechtes auf den Verkäufer steht zudem im Einklang mit den Grundsätzen, welche nach § 264 Abs. 2 B.G.B. für Wahlverbindlichkeiten ... gelten.“

7 Statt vieler: *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch, 33. Aufl. 2007, § 375 Rn. 1; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck*, HGB, 6. Aufl. 2007, § 375 Rn. 1; *Stuhlfelner*, in: *Heidelberger Kommentar (HK) zum HGB*, 7. Aufl. 2006, § 375 Rn. 1; *Brox*, Handels- und Wertpapierrecht, 18. Aufl. 2005, Rn. 340; *Lettl*, Handelsrecht, 2006, § 12 Rn. 29; eingehend *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB, 2004, § 315 Rn. 194 ff.

8 So der Fall *RGZ* 10, 95.

9 So der Fall *RGZ* 30, 97.

10 *RGZ* 14, 243.

11 Auch *Senf* JR 1932, 234.

12 *Dernburg*, Pandekten II, 7. Aufl. 1903, § 15; dazu auch: *Winter*, Die Bestimmung der Leistung durch Vertragspartner oder Dritte unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung und Lehre des 19. Jahrhunderts, 1979, S. 37 ff.

13 *Oertmann* AcP 85 (1896) 202 ff.

14 Vgl. *RGZ* 57, 138, 141: Gattungsschuld keine Alternativobligation!

II. Bestimmungskauf, Leistungsbestimmung und Wahlschuld

1. Wofür kommt es darauf an?

a) Spezialität von § 375 HGB

Die Abgrenzung von Bestimmungskauf und Leistungsbestimmung ist für § 375 HGB selbst von geringer Bedeutung: Die Vorschrift verdrängt in ihrem Anwendungsbereich §§ 315 ff. BGB. Dagegen ist die Einordnung der Spezifikation als Wahlschuld oder Leistungsbestimmung dann entscheidend, wenn § 375 HGB tatbestandlich nicht greift:

Weil kein Handelskauf vorliegt, also entweder beide Seiten trotz des seit der HGB Reform erweiterten Kaufmannsbegriffes¹⁵ keine Kaufleute sind oder das Geschäft nicht als Kauf einzuordnen ist (noch IV für den Werk[lieferungs]vertrag).

Weil das Bestimmungsrecht nicht dem Käufer, sondern dem Verkäufer oder einem Dritten zukommt.

Weil das Bestimmungsrecht des Käufers zu weit reicht, also nicht auf „Form, Maß und ähnliche Verhältnisse“ beschränkt ist.

Weil die Parteien § 375 HGB abbedungen haben, ohne einen anderen Konfliktlösungsmechanismus für die ausbleibende Schuldkonkretisierung zu treffen.

In diesen Fällen ist nach zutreffender Meinung grundsätzlich das Recht der Leistungsbestimmung einschlägig, also §§ 315 ff. BGB¹⁶; denn es geht um die einseitige vertragsersetzende Leistungsbestimmung durch Gestaltungsakt. Der Bestimmungskauf des § 375 HGB ist ein Unterfall der Leistungsbestimmung und kein Sonderfall der Wahlschuld.

Durchaus problematisch dagegen ist die Abgrenzung von Bestimmungskauf und Wahlschuld: Der *BGH* (Fn. 2) geht davon aus, daß eine Wahlschuld nicht zugleich Bestimmungskauf sein könne. Durchdacht ist das nicht, weil §§ 262 ff. BGB dem Verkäufer nur die Ersatzwahl bieten, ihm insbesondere Vertragsauflösung und Schadensersatz vorenthalten. Daß der kaufmännische Verkäufer gegenüber dem säumigen Käufer weniger Schutz braucht, wenn dieser nicht über Form, Maß und ähnliche Verhältnisse entscheidet, sondern eine von mehreren Kaufsachen wählt, ist nicht ersichtlich. Die Entscheidung des *BGH* ist zu begrifflich. Wenn man mit einem Teil der Lehre (Nachw. in Fn. 5) den Bestimmungskauf als Sonderfall der Wahlschuld ansieht, müßte § 375 HGB „gegenständlich“ §§ 262 ff. BGB vollständig verdrängen. So wird ganz überwiegend angenommen, daß die BGB Wahlschuld (außerhalb des Handelskaufes) auch auf die Bestimmung untergeordneter Modalitäten erstreckt werden kann¹⁷ mithin auch auf Form, Maß und ähnliche Verhältnisse. Raum für die Wahlschuld besteht in soweit aber nur, wenn § 375 HGB tatbestandlich nicht greift. Das heißt: Auch außerhalb des Anwendungsbereiches von § 375 HGB gelangt man nicht stets zu § 315 BGB. Ob die Parteien das von ihnen vereinbarte Recht zur Modalitätenfestsetzung als Leistungsbestimmung oder als Wahlschuld wollten, hängt von ihrem Vertragswillen ab, der im Wege (notfalls ergänzender Auslegung) festzustellen ist. Je unter-

geordneter die Leistungsmodalität ist, desto mehr wird für den einfachen Weg der Wahlschuld sprechen.

Freilich: Das Argument vom Schutzgefälle hängt entscheidend davon ab, ob mit der überwiegenden Meinung der Gläubiger der Wahlschuld kein subjektives Recht auf die vom Schuldner vorzunehmende Schuldwahl hat¹⁸ da drauf ist mit Blick auf die Schuldrechtsreform zurückzukommen (2.c).

Allerdings sehen die §§ 262 ff. BGB keine „Drittwahlschuld“ vor. Bezeichnenderweise hat der historische Gesetzgeber diesen Fall gesehen: Zunächst war in § 212 E I geregelt, daß das Schuldverhältnis unter der Bedingung der Wahl des Dritten (aufschiebend) bedingt ist¹⁹; sodann aber hat die zweite Kommission diese Vorschrift mit Rücksicht auf die §§ 317 319 BGB als überflüssig angesehen²⁰. Mit Recht hält die heute h. M. mithin die §§ 317 ff. BGB für einschlägig²¹. Das führt materiell dazu, daß der auf die Drittwahl „warten de“ Vertrag schwebend wirksam und nicht aufgeschoben bedingt ist. Die Drittwahl kann richterlich ersetzt werden, wenn für sie ein justitiabler Maßstab vorgegeben ist²²; ansonsten löst die Unwilligkeit des Dritten den Vertrag (gleich einer auflösenden Bedingung), § 319 Abs. 2 BGB. Das liegt daran, daß die Parteien selbst sich einvernehmlich dem Unwillen des Dritten ausgeliefert haben (und dies einvernehmlich korrigieren können); der Vorschlag *Gernhubers*, analog § 2154 Abs. 2 BGB das Wahlrecht auf den Schuldner übergehen zu lassen²³, verkennt eben dies.

Diese Zuordnung ist von elementarer Bedeutung: Damit wird die Leistungsbestimmung der §§ 315 ff. BGB zur grundlegenden Regelung der nachträglich einseitigen Schuldkonkretisierung durch Gestaltungsakt. Wahlschuld und Bestimmungskauf sind speziellere Ausformungen, die die Regeln der §§ 315 ff. BGB modifizieren aber keine fremdartigen inkompatiblen Regelungen. In allen Fällen ist der Vertrag „perfekt“ und harret auf den gestaltenden Konkretisierungsakt.

b) Übergang des Bestimmungsrechts – keine richterliche Ersatzvornahme

Dabei bestehen zwei elementare Unterschiede, die sich beide daraus erklären, daß bei Wahlschuld und Bestimmungskauf ein Eingriff in das Synallagma ausscheidet wegen der vereinbarten Gleichwertigkeit der Wahlmöglichkeiten oder wegen der untergeordneten Bedeutung der Bestimmung. Das wirkt sich einmal in der Reaktion auf die ausbleibende Bestimmung des Gläubigers/Käufers aus: §§ 315 Abs. 3 Satz 2, 319 Abs. 1 Satz 2 BGB setzen auf die richterliche Ersatzvornahme; § 264 Abs. 2 Satz 2 BGB wie § 375 Abs. 2 HGB lassen das Konkretisierungsrecht auf den Schuldner/Verkäufer übergehen, weil die Reichweite des Wahlrechts gering ist und seinen Vertragspartner nicht besonders belastet. § 375 Abs. 2 Satz 2 und 3 HGB weicht mit fristgebundener Abwendungsbefugnis und Genehmigungsfiktion etwas vom Modus des § 264 Abs. 2 BGB ab.

Sieht man im Bestimmungskauf (zu Recht) einen Anwendungsfall der Leistungsbestimmung, ist die Frage aufgeworfen, ob der Verkäufer zusätzlich den Weg zur richterlichen

¹⁵ Dazu *Kaiser* JZ 1999, 495.

¹⁶ *Koller*, in: *Staub*, HGB, 4. Aufl. 2004, § 375 Rn. 2; *Wagner*, in: *Röbriht/Graf v. Westphalen*, HGB, 2. Aufl. 2001, § 375 Rn. 4; *Rieble*, in: *Staudinger* (Fn. 7) § 315 Rn. 196.

¹⁷ *Planck/Siber*, BGB, 4. Aufl. 1914, Anm. 4 zu §§ 262–265; *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, § 11 I 1, S. 254 mit zahlreichen Nachweisen; *Bittner*, in: *Staudinger*, BGB, 2004, § 262 Rn. 2; so ausdrücklich *RGZ* 57, 138, 141 für Leistungsort und -zeit.

¹⁸ *Bittner*, in: *Staudinger* (Fn. 17), § 264 Rn. 5 m. w. N.

¹⁹ Dazu *Mot.* II 10.

²⁰ *Protokolle* RJA, S. 204; *Schubert*, in: *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1978, § 265, S. 169; *Siber*, in: *Planck* (Fn. 17), Anm. 6 zu §§ 262–265.

²¹ Dazu auch *Bittner*, in: *Staudinger* (Fn. 17), § 262 Rn. 21 m. w. N.

²² *Rieble*, in: *Staudinger* (Fn. 7), § 319 Rn. 21.

²³ *Gernhuber* (Fn. 17), § 11 II 2c, S. 265 f.

Ersatzvornahme beschreiten kann²⁴. Das ist aus vielen Gründen abzulehnen: Erstens fehlt der Gestaltungs- und Schadensklage des § 315 Abs. 3 BGB von vornherein das Rechtsschutzbedürfnis, weil der Verkäufer mit der Ersatzbestimmung einen leichteren Weg hat.²⁵ Zweitens hat der Richter keinen justitiablen Ermessens- und Entscheidungsmaßstab, weil die Spezifikation im freien Belieben des Käufers steht, das dem Richter nicht zugänglich ist (arg. § 319 Abs. 2 BGB)²⁶. Drittens läßt sich das Recht des Schuldners, innerhalb der mit der Ersatzbestimmung gesetzten Frist „doch noch“ eine eigene Bestimmung vorzunehmen, nicht in das Verfahren des § 315 Abs. 3 BGB integrieren. Viertens schließlich hat auch der säumige Käufer ein berechtigtes Interesse an handelstypisch schneller (und preiswerter) Konfliktbereinigung²⁷; durch seine Pflichtverletzung hat er dieses Recht nicht eingebüßt.

c) Keine Billigkeitskontrolle

Aus eben diesem Grund scheidet bei Wahlschuld und Bestimmungskauf eine richterliche Kontrolle der Leistungsbestimmung auf Billigkeit aus: Der Schuldner/Käufer darf grundsätzlich eigensüchtig nach freiem Belieben entscheiden und muß keine Rücksicht auf die Interessen des Gläubigers/Verkäufers nehmen.

Der bestimmungsberechtigte Käufer ist nicht auf billiges Ermessen verpflichtet, weil die Spezifikation nur untergeordnete Aspekte der Verkäuferpflicht betrifft (Form, Maß und ähnliche Verhältnisse), mithin insbesondere das Preis-Leistungs-Verhältnis unberührt läßt und weil die richterliche Kontrolle der Leistungsbestimmung und Ersatzvornahme nach § 315 Abs. 3 BGB für den kaufmännischen Verkehr zu lange währt²⁸. § 375 HGB hilft offenkundig und gewollt nur der ausbleibenden Leistungsbestimmung ab, nicht aber der „fehlerhaften“. Das zeigt sich an § 375 Abs. 2 Satz 3 HGB, der eine Genehmigungswirkung für die Verkäufer-Ersatzspezifikation vorsieht, um diesen von jeder Unsicherheit zu entlasten²⁹: Der Käufer seinerseits kann sich gegen die Verkäufer-Spezifikation nur wehren, indem er seinerseits „die letzte Chance“ zur eigenen Bestimmung wahrnimmt.

Die mitunter vertretene Auffassung, der Käufer sei im Rahmen von § 375 HGB ergänzend auf das billige Ermessen des § 315 Abs. 1 BGB verpflichtet³⁰, widerspricht diesem handelsrechtlichen Beschleunigungszweck und eröffnete dem Verkäufer den Weg zur Destruktion und nachträglichen Vertragsreue. § 375 HGB sichert dem Verkäufer einen Weg zur raschen Realisierung seines Gewinns; es geht nur um den Schutz vor der ausbleibenden Leistungsbestimmung. Vor „Unbilligkeit“ ist der Verkäufer bereits dadurch geschützt, daß die Bestimmung nur untergeordnete Leistungsaspekte betrifft. Das belegt schließlich § 309 Nr. 1 BGB, der Änderungsvorbehalte nur hinsichtlich des Preises, also bezogen auf das Synallagma dem AGB Kontrollverdikt unterwirft. Abgesehen davon ist die Bindung an das billige Ermessen

nach § 315 Abs. 1 BGB bloße Auslegungsregel, nicht einmal dispositives Recht³¹. Diese Auslegungsregel ist im Rahmen von § 375 HGB von vornherein nicht anwendbar. Hinter der Auslegungsregel steht die Vermutung, die Parteien wollten mit der Kontrolle der Leistungsbestimmung die fehlende vertragliche Richtigkeitsgewähr kompensieren³². Um Richtigkeitsgewähr geht es aber bei untergeordneten Vertragsbedingungen wie „Form, Maß und ähnliche Verhältnisse“ nicht. Insofern finden typischerweise ohnehin keine Verhandlungen zum Richtigen hin statt. Der beschränkte Bestimmungsspielraum des Käufers ist bereits vom Vertrag hinreichend gedeckt.

Immerhin ließe sich erwägen, § 315 BGB ergänzend anzusetzen, wenn die Spezifikation Auswirkungen auf das Äquivalenzverhältnis des Kaufvertrages hat³³. Indes handelt es sich um ein Scheinproblem: Was äquivalent ist, bestimmen die Parteien. Hat die besondere Ausstattung oder Qualität der Kaufsache Auswirkungen auf den Preis, so werden die Vertragsparteien Preisdifferenzierungen zwischen den gewünschten Ausführungen bei Vertragsschluß festlegen³⁴. Soll der Kaufpreis dagegen bei jeglicher Spezifikation gleich bleiben, so sehen die Parteien sämtliche Ausführungen als äquivalenzneutral an³⁵ nicht anders als bei der Wahlschuld. Im Kern läuft jene Auffassung also darauf hinaus, das Äquivalenzverständnis der Parteien durch das Gericht kontrollieren zu lassen. Das aber ist nur über § 138 BGB möglich. § 375 HGB erlaubt allein die Kontrolle, ob das Bestimmungsrecht über „Form, Maß und ähnliche Verhältnisse“ hinausgeht.

Eine Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB ist mit hin im Rahmen des Bestimmungskaufes nur möglich, wenn die Parteien das vereinbaren; damit bedingen sie zugleich § 375 HGB insoweit ab.

2. Bestimmungspflicht des Käufers

a) Bestimmungskauf

Die zentrale Aussage des § 375 HGB liegt in seinem Absatz 1: Der Käufer ist zur Bestimmung verpflichtet, gerade in Reaktion auf eine vorherige, die Bestimmungspflicht verneinende *RG* Rechtsprechung³⁶. Im früheren Verweis auf § 326 BGB a.F. war zugleich die Anerkennung als Hauptpflicht enthalten: Der Käufer ist synallagmatisch zur Spezifikation verpflichtet, weil seine Bestimmung Durchführungsvoraussetzung für den Vertrag insgesamt und damit für den Kaufpreisanspruch des Verkäufers ist. Die Qualifizierung als Hauptpflicht ist seit der Schuldrechtsreform nicht mehr bedeutsam, weil §§ 280, 281 und auch § 323 BGB auch auf untergeordnete Pflichtverletzungen reagieren³⁷, wobei ledig-

²⁴ So *Grunewald*, in: MünchKommHGB, 2. Aufl. 2007, § 375 Rn. 27.

²⁵ *Hopt*, in: *Baumbach* (Fn. 7), § 375 Rn. 5; *Lüke*, in: MünchKommZPO, 2. Aufl. 2000, vor § 253 Rn. 10; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 7), § 375 Rn. 2.

²⁶ *Gehrlein*, in: *Bamberger/Roth*, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Aufl. 2007, § 315 Rn. 7; *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, 31. Aufl. 2006, § 6 Rn. 8; *Medicus*, Schuldrecht I, 17. Aufl. 2006, Rn. 200; *Rieble*, in: *Staudinger* (Fn. 7), § 315 Rn. 131.

²⁷ *Rieble*, in: *Staudinger* (Fn. 7), § 315 Rn. 201.

²⁸ *Rieble*, in: *Staudinger* (Fn. 7), § 315 Rn. 201.

²⁹ E I § 346, Denkschrift (Fn. 6), I 216 ff. E II § 367, Denkschrift II 234. Zu Vertragsgestaltungen für die Leistungsbestimmung *Rieble*, in: *Staudinger* (Fn. 7), § 315 Rn. 65 ff.

³⁰ So aber *Grunewald*, in: MünchKommHGB (Fn. 24), § 375 Rn. 6; *Wagner*, in: *Röhrich/G.v. Westfalen*, (Fn. 16), § 375 Rn. 5.

³¹ *Rieble*, in: *Staudinger* (Fn. 7), § 315 Rn. 62 f. unscharf *Gottwald*, in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2007, § 315 Rn. 28.

³² *Rieble*, in: *Staudinger* (Fn. 7), § 315 Rn. 28 ff.; *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, § 6 II a, S. 80 f. begreift § 315 BGB als Element ausgleichender Vertragsgerechtigkeit und in Fn. 8 nachgerade als Bestätigung der Lehre *Schmidt-Rimplers*.

³³ So *Wolf*, in: *Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. 1987 ff., § 315 Rn. 69; in diese Richtung auch *K. Schmidt* (Fn. 5), S. 787.

³⁴ So der Fall *RGZ* 43, 101.

³⁵ *Rieble*, in: *Staudinger* (Fn. 7) § 315 Rn. 201.

³⁶ *RGZ* 14, 247.

³⁷ BT-Drucks 14/6040, 183; *Dauner-Lieb*, in: Anwaltskommentar zum BGB, 2. Aufl. 2005, § 323 Rn. 8 und § 324 Rn. 5, 8; *Grotte*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 26), § 323 Rn. 4; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 323 Rn. 1, 10; *Gsell*, in: *Soergel*, BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 23 ff. (aber kein Rücktrittsrecht, wenn der Rücktritt im Hinblick auf die verletzte Pflicht sinnlos ist; Rn. 28); *Otto*, in: *Staudinger*, BGB, 2004, § 323 Rn. A7, B 12 und 14, der in Rn. C 10 ff. allerdings dem Zumutbarkeitskriterium des § 324 entsprechende Einschränkungen macht; *Huber*, in: *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, 2002, 5. Kapitel Rn. 18.

lich streitig ist, inwieweit §§ 282 und 324 BGB zusätzliche Anforderungen stellen³⁸. In dieser Pflichtenstellung liege die Besonderheit des Bestimmungskaufs gerade gegenüber der Wahlschuld³⁹. Dieses Alleinstellungsmerkmal des § 375 HGB ist zweifelhaft geworden, weil man auch Wahlschuld und Leistungsbestimmung eine Pflicht zur Konkretisierung entnehmen kann; mithin könnte auch der Gläubiger der Wahlschuld und der Gegner des Leistungsbestimmers auf die Verletzung der Bestimmungspflicht entsprechend reagieren⁴⁰.

b) Leistungsbestimmung

Für §§ 315 ff. BGB enthält das Recht der der Leistungsbestimmung unterworfenen Partei auf richterliche Ersatzvornahme zugleich ein subjektives Recht „auf“ die Leistungsbestimmung, das im Gestaltungs-klagerecht enthalten ist⁴¹. Die Motive (II 192) sahen das eindeutig: „Derjenige Kontrahent, welchem hiernach die Bestimmung der Leistung anheimgegeben worden, ist hierzu durch den Vertrag verpflichtet.“ Auch sollte „dem klageberechtigten Kontrahenten sein Recht, gegen den Säumigen sein Interesse nach den allgemeinen Normen zu verfolgen, selbstverständlich nicht benommen“ sein (Mot. II 192 f.). Indes fehlt einer selbständigen Klage auf Leistungsbestimmung das Rechtsschutzbedürfnis, weil die richterliche Ersatzvornahme, also die Klage auf die vom Richter festzusetzende Leistung, der leichtere Weg ist.

Daß die richterliche Ersatzbestimmung auch im Fall des § 319 Abs. 1 BGB greift, obzwar der Dritte zur Leistungsbestimmung in der Regel nicht verpflichtet ist, ist kein Gegenargument. Um den Dritten geht es nicht. Auch § 319 BGB konstatiert (mit der Ausnahme in Abs. 2) ein durchsetzbares Recht der einen Vertragspartei gegen die andere auf Schuldkonkretisierung. Dieses Recht steht im Dienst des vertraglichen Leistungsaustausches; es kann keinen Zweifel geben, daß im Synallagma das Interesse der Partei an der eigenen Leistung einen Anspruch auf Konkretisierung sowohl dieser wie auch der Gegenleistung deckt⁴². Das liegt in der Konsequenz der Zulassung des Vertrages über eine zunächst unbestimmte Leistung: Aus seiner Wirksamkeit als „perfekter“ Vertrag folgt, daß die konkretisierungsberechtigte Partei zu eben dieser Perfektion verpflichtet ist. Bestätigt wird das dadurch, daß der Gesetzgeber für Sonderfälle der Bestimmung einseitiger Leistungspflichten stets eine Pflicht zur Leistungsbestimmung anordnet – so bei der Belohnungsverteilung nach § 660 Abs. 1 S. 1 BGB („hat“) oder beim Preisausschreiben des § 661 BGB („ist ... zu treffen“).

c) Wahlschuld

Das soll bei der Wahlschuld für manche das Grundmodell des Spezifikationskaufs (oben I.) anders sein: „Eine Verpflichtung des Wahlberechtigten, die Wahl vorzunehmen,

besteht nicht“ (Mot. II 8 zu § 210)⁴³. In der Tat läßt sich für den wahlberechtigten Gläubiger vertreten, daß die Wahl eine Mitwirkungshandlung in Vorbereitung der Leistungsannahme ist, weswegen die Wahl für ihn bloße Obliegenheit ist. Verzug mit der Wahl ist dann Annahmeverzug; die Wahl sei Mitwirkungshandlung i. S. von § 295 BGB. Eben dies ist h. M. für § 264 Abs. 2 BGB⁴⁴. Indes anerkennt die Norm mit dem Übergang des Wahlrechtes auf den Schuldner ein durchsetzbares subjektives Recht „auf Leistungsbestimmung“ durchsetzbar nur eben im (erleichterten) Wege der Ersatzvornahme und nicht der Klage.

Freilich: Diese traditionelle Sicht ist unter zwei Aspekten fragwürdig. Zunächst ist die Schuldkonkretisierung durch den Wahlakt kein Teil der Leistungshandlung. Insofern ist der Zugriff auf den Annahmeverzug und § 295 BGB zweifelhaft. Dort geht es um eine zur Bewirkung (!) der geschuldeten Leistung erforderliche Gläubigerhandlung. Die Konkretisierung der Schuld durch Wahlakt als Rechtsgeschäft stellt im Vorfeld erst die erfüllbare Schuld her. Mithin müßte § 295 BGB über den reinen Wortlaut auf diesen Fall ausgeweitet werden. Näher liegt es, für § 264 Abs. 2 BGB entgegen der h. M. auf den Schuldnerverzug mit der Wahlpflicht abzustellen.

Stellt man bei § 264 Abs. 2 BGB auf den Annahmeverzug ab, führte dies zu Schwierigkeiten: Der Schuldner muß zum Zeitpunkt des (wörtlichen) Angebots leistungsfähig sein (§ 297 BGB). Solange die Schuld nicht konkretisiert ist und damit nicht feststeht, was und wie der Schuldner zu leisten hat, kann eine Aussage über die Leistungsfähigkeit nicht getroffen werden⁴⁵: etwa, wenn der Schuldner den Leistungsgegenstand erst noch herstellen oder selbst am Markt besorgen muß.⁴⁶ Auch die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs passen nicht: Die damit einhergehenden Rechte des Schuldners auf Hinterlegung (§ 372 ff. BGB) und Versteigerung (§§ 383 ff. BGB) lassen sich sinnvoll erst ausüben, wenn die Leistungspflicht konkretisiert wurde. Auch der Übergang der Leistungsgefahr (§ 300 Abs. 2 BGB) setzt eine vorherige Konkretisierung der Schuld voraus⁴⁷, an der es ohne ausgeübten Wahlakt fehlt.

Die Schwierigkeiten bei Hinterlegung und Versteigerung im Falle unkonkretisierter Schuld wurden in der historischen Diskussion durchaus gesehen.⁴⁸ Allerdings glaubte man, die Probleme durch den Übergang des Wahlrechtes auf den Schuldner lösen zu können, ohne zu bedenken, daß die Schuldkonkretisierung durch Wahlakt nicht Rechtsfolge sondern Voraussetzung des Annahmeverzugs ist.

Zweitens und vor allem ist der wahlberechtigte Gläubiger zugleich Schuldner der Gegenleistung und (wie bei Kauf und Werkvertrag) der Abnahme der gewählten Schuld. Die Vollzugsfähigkeit dieser Gegenansprüche hängt von seiner Wahl ab. Wie bei § 315 BGB ist deshalb eine grundsätzliche Pflicht zur Schuldkonkretisierung und damit zur Perfektion

³⁸ Dafür Kaiser, in: *Staudinger*, BGB, 2004, § 346 Rn 11; Kaiser, in: *Staudinger*, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 2. Aufl. 2008, erscheint demnächst, unter D I 1b; Ernst, in: *MünchKommBGB*, 5. Aufl. 2007, § 323 Rn. 13, 15, der aber auch im Synallagma stehende Nebenleistungspflichten kennt.

³⁹ Statt vieler: *Canaris* (Fn. 5), § 29 Rn. 22; *Looschelders*, *Schuldrecht AT*, 4. Aufl. 2006, Rn. 246; *Medicus* (Fn. 26), Rn. 200.

⁴⁰ Für die Leistungsbestimmung anders noch *Rieble*, in: *Staudinger* (Fn. 7), § 315 Rn. 284.

⁴¹ Eingehend *Rieble*, in: *Staudinger* (Fn. 7), § 315 Rn. 79 ff., 282.

⁴² *Brox/Walker* (Fn. 26), § 6 Rn. 7; *Larenz* (Fn. 32), S. 82; *Gottwald*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 31), § 315 Rn. 39; dagegen nehmen *Grüneberg*, in: *Palandt* (Fn. 37), § 315 Rn. 12 und *Hager*, in: *Erman*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 315 Rn. 16 stets eine Verpflichtung an; Konkretisierungspflicht nur in Ausnahmefällen: *Ballhaus*, in: *RGRK-BGB*, 12. Aufl. 1976, § 315 Rn. 8; *Wolf*, in: *Soergel* (Fn. 33), § 315 Rn. 35.

⁴³ Und die überwiegende Meinung, *Bittner*, in: *Staudinger* (Fn. 17), § 264 Rn. 11; *Krüger*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 31) § 264 Rn. 1; *Heinrichs*, in: *Palandt* (Fn. 37), § 264 Rn. 1.

⁴⁴ *Bittner*, in: *Staudinger* (Fn. 17), § 264 Rn. 11; *Krüger*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 31), § 264 Rn. 1.

⁴⁵ Für den Bestimmungskauf auch: *Hefermehl*, in: *Schlegelberger*, HGB, 5. Aufl. 1982, § 375 Rn. 16.

⁴⁶ Die Rechtsprechung fordert für die Leistungsbereitschaft des Unternehmers/Verkäufers im Regelfall, daß dieser bereits die Ware fertiggestellt oder sich verschafft haben muß, läßt aber Ausnahmen nach Treu und Glauben zu; vgl. *RGZ* 34, 98; *BGH* BB 1958, 284.

⁴⁷ Für Gattungsschulden ist das allgemein anerkannt; *Hönn* AcP 177 (1977), 396 ff.; *Heinrichs*, in: *Palandt* (Fn. 37), § 300 Rn 4; *Löwisch*, in: *Staudinger*, BGB, 2004, § 300 Rn. 19.

⁴⁸ Ausführlich dazu *Kobler* JherJb 17, 261, 359.

des Vertrages anzunehmen. Der Übergang des Wahlrechtes nach § 264 Abs. 2 BGB auf den Schuldner zeigt gerade, daß das BGB dessen Recht auf Schuldkonkretisierung anerkennt. Eine bloße Obliegenheitsverletzung hätte Rechtsfolgen nur im Rechtskreis des Gläubigers.

Dies wird durch den Blick auf § 264 Abs. 1 BGB bestätigt: Die vom Schuldner zu treffende Wahl ist Vorstufe zur eigenen Leistungspflicht. § 264 Abs. 1 BGB sagt einerseits, daß der Gläubiger sein Recht auf Wahl nicht eigenständig (klageweise) durchsetzen kann, sondern im Rahmen der Zwangsvollstreckung der Wahlschuld das Wahlrecht selbst ausübt. Auch darin wird mittelbar das Recht auf Wahl anerkannt: Das Alternativleistungsurteil bejaht implizit dieses Recht und integriert die Zwangsvollstreckung des Anspruchs auf Wahlentscheidung nach § 887 ZPO in die Zwangsvollstreckung der Wahlleistung.

Den Schuldner trifft durchaus eine Pflicht zur Wahl, nur ist diese Nebenpflicht (ausnahmsweise) nicht selbständig durchsetzbar⁴⁹. Ansatzpunkt für Sekundäransprüche (wegen Wahlverzögerung) kann sie dennoch sein.

d) Systematisierung

Der zentrale Grund für eine durchgängige Pflicht zur Vertragskonkretisierung liegt darin, daß die Parteien von dem Angebot der Rechtsordnung, einen vollwirksamen Vertrag trotz Unbestimmtheit der Leistung abzuschließen, Gebrauch gemacht haben. Könnte die bestimmungsberechtigte Partei durch Untätigkeit dann „doch“ den Vertrag zu Fall bringen, setzte sie sich zum eigenen Leistungsversprechen in Widerspruch. Der Vertrag wäre mit einem Reurecht ausgestattet und eben doch nicht „perfekt“. § 162 Abs. 2 BGB hülfe nicht, weil der Bedingungseintritt der Konkretisierung inhaltlich nicht feststellbar ist. Deswegen greift die Rechtsordnung zu zwei unterschiedlichen Instrumenten, um dem der Leistungsbestimmung im weiteren Sinne Unterworfenen beizustehen. In § 264 Abs. 1 und 2 BGB und § 375 Abs. 2 HGB läßt es das an sich an die Vertragspartei gebundene (freies Belieben!) Konkretisierungsrecht auf die andere Vertragspartei übergehen, auch wenn dies in § 264 Abs. 1 BGB erst im Rahmen der Zwangsvollstreckung geschieht: „Es ist aber ein Weg zu eröffnen, auf welchem ... dem Gläubiger auf einfache und sichere Weise zur Befriedigung verholven wird“ (Mot. II 8). In § 315 Abs. 3 BGB wird sogar richterliche Vertragshilfe geboten. Dahinter steht stets dasselbe Recht des Unterworfenen auf Konkretisierungsvollzug und mit hin die Pflicht des Konkretisierungsberechtigten zur Konkretisierung.

Diese Pflicht zur Leistungsbestimmung, zur Schuldwahl oder zur Spezifikation ist typischerweise nicht selbständig durchsetzbar, gerade weil die Rechtsordnung alternative Konfliktlösungsinstrumente bereithält. Doch kann die Verletzung der Bestimmungspflicht als Leistungsstörung Folgen auslösen. Das müßte mit Blick auf § 160 Abs. 1 BGB selbst dann so sein, wenn die Konkretisierung „nur“ als aufschiebende Bedingung des Vertragsschlusses verstanden würde, wie dies mit der Annahme des perfekten Vertrages gerade verworfen worden ist. Anders gewendet: Weil der Vertragsschluß wirksam ist, gebietet die Vertragstreue dem Bestimmungsberechtigten die Konkretisierung.

Insofern lassen sich die Rechtsfolgen des § 375 Abs. 2 HGB über das allgemeine Leistungsstörungsrecht auf Wahl schuld und Leistungsbestimmung ausdehnen: Auf den Streit

über Anforderungen an untergeordnete Nebenpflichtverletzungen kommt es typischerweise nicht an. Die Pflicht zur Konkretisierung einer synallagmatischen Leistung steht nicht unmittelbar im Synallagma; doch ermöglicht dieser Konkretisierungsakt erst den Leistungsaustausch. Wer sich der Bestimmung des § 375 HGB, der Schuldwahl oder der Leistungsbestimmung in Ansehung einer Hauptleistungspflicht verweigert, verhält sich in schwerer Weise vertragsun-treu vergleichbar der Vertragsaufsage⁵⁰. Weil der Konkretisierungspflichtige den Leistungsaustausch vereitelt, ist so wohl Schadensersatz statt der Leistung als auch Rücktritt als Rechtsbehelf gerechtfertigt.

Nur in dem Ausnahmefall, in welchem der Konkretisierungsberechtigte seine Leistung erbracht hat und nur die ihm zustehende Gegenleistung noch zu konkretisieren hat, kann die Verletzung der Konkretisierungspflicht in aller Regel nicht als Störung des Leistungsaustausches begriffen werden. Hier verhindern die §§ 282, 324 BGB den Zugang zur vorzeitigen Vertragsabwicklung.⁵¹ Anders kann es nur sein, wenn eine Leistung zu konkretisieren ist, an deren Abnahme der Gegner besonderes Interesse hat.

Die Abgrenzungsschwierigkeiten der unterschiedlichen Schuldkonkretisierungswege mildern sich mithin über eine Annäherung der Rechtsfolgen ab. Insofern leistet die Schuldrechtsreform erhebliche Vereinfachungshilfe: Weil Schadensersatz statt der Leistung sowie Rücktritt anders als in § 326 BGB a. F. keine streng synallagmatischen Rechtsbehelfe mehr sind, die auf eine Verletzung gerade der Hauptleistungspflicht reagieren, kann auch auf Verletzungen der Bestimmungspflicht als Form der Vertragsaufsage reagiert werden. Kommt der Schuldner seiner Pflicht zur Bestimmung der Leistungszeit nicht nach, kann heute anders als unter § 326 BGB, weil kein Verzug mit der Hauptleistungspflicht eingetreten war⁵² mit Rücktritt und Schadensersatz reagiert werden. Auch die Pflicht zum Abruf einer Werkleistung war damals nur Nebenpflicht und führte nicht zu § 326 BGB a. F.⁵³ Jener Rechtsprechung ist mit der Schuldrechtsreform der Boden entzogen weithin unbemerkt⁵⁴. Für den Kauf auf Abruf wird das teilweise gesehen!⁵⁵

Das aber heißt: Auch für die Wahlschuld und das Leistungsbestimmungsrecht steht dem Unterworfenen das Recht zu, dem Gegner eine Frist zur geschuldeten Vertragskonkretisierung zu setzen um den Weg zum Rücktritt (§ 323 Abs. 1 BGB) oder zum Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 Abs. 1 Satz 1 BGB) frei zu machen.

Fraglich ist das nur für den Fall des § 264 Abs. 1 BGB: Hier läßt sich vertreten, daß die Norm dem bestimmungspflichtigen Schuldner das Recht einräumt, mit der Wahl bis

⁵⁰ Dazu, daß die Vertragsaufsage grundsätzlich zum Schadensersatz statt der Leistung und zum Rücktritt führt *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, § 44 IV 2; *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 361.

⁵¹ Die Autoren, die auch bei der Verletzung einer untergeordneten Leistungspflicht allein §§ 281, 323 BGB anwenden wollen, schließen Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung analog § 281 Abs. 1 Satz 3 bzw. § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB aus. *Grothe*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 26), § 323 Rn. 40; *Westermann*, in: *Erman* (Fn. 42), § 323 Rn. 27; *Grüneberg*, in: *Palandt* (Fn. 37), § 323 Rn. 32.

⁵² *RGZ* 64, 114.

⁵³ *BGH NJW* 1972, 99.

⁵⁴ *Gehrlein*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 26), § 315 Rn. 8; *Hager*, in: *Erman* (Fn. 42), § 315 Rn. 16; *Grüneberg*, in: *Palandt* (Fn. 37), § 315 Rn. 12 f. *Gottwald*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 31) § 315 Rn. 42; differenzierter: *Stadler*, in: *Jauernig*, BGB, 12. Aufl. 2007, § 315 Rn. 12; dagegen sieht *Grüneberg*, in: *MünchKommHGB* (Fn. 24), § 375 Rn. 2 zwar die Möglichkeit des Rücktritts und Schadensersatzes, geht aber von §§ 282, 324 BGB aus.

⁵⁵ *Westermann*, in: *Erman* (Fn. 42), § 323 Rn. 5; *Stadler*, in: *Jauernig* (Fn. 54), § 323 Rn. 5a; *Grüneberg*, in: *Palandt* (Fn. 37), § 323 Rn. 10.

⁴⁹ Grundsätzlich zur Durchsetzbarkeit von Nebenpflichten *Stürner* JZ 1976, 384.

zum Zwangsvollstreckungsverfahren zu warten und dem Gläubiger eine entsprechende Wartelast auferlegt. Damit verträge sich eine vorherige Fristsetzung nicht. Indes wäre eine solche Wartelast systemwidrig, weil jeder Gläubiger in jedem Schuldverhältnis auf erhebliche Pflichtverletzungen reagieren darf. Ein Sachgrund dafür, daß bei Vertragsuntreue durch Nichtwahl die allgemeinen Rechte beschränkt werden dürfen, ist nicht erkennbar. § 264 Abs. 1 BGB ist also eng zu verstehen: Die Vorschrift regelt allein den späten Übergang des Wahlrechts erst in der Zwangsvollstreckung (und eben aus der vollstreckungssystematischen Erwägung, die Zwangsvollstreckung der Wahlpflicht in diejenige der Leistung zu integrieren). Damit wird weder die materielle Pflicht noch die schuldrechtliche Reaktion auf die Pflichtverletzung beschränkt, arg. § 893 ZPO.

III. § 375 HGB und Schuldrechtsreform

1. Spezifikation auch über die Gattung hinaus

Auch die Gattungswahl kann entgegen dem *BGH* (NJW 1960, 674) dem Bestimmungsrecht des § 375 HGB überantwortet werden, wenn sich die eine Gattung von der anderen durch „Form, Maß und ähnliche Verhältnisse“ unterscheidet und die Parteien (wie bei der Wahlschuld) von der Gleichwertigkeit ausgehen. Das folgt unmittelbar aus § 375 HGB.

Jene Meinung in der Literatur, die darauf abstellen will, ob sich die spezifikationsbedingten Abweichungen im Rahmen einer Schlechtleistung bewegen (dann Bestimmungskauf) oder ob die Abweichung eine Aliud Lieferung impliziert (dann Wahlschuld)⁵⁶, ist mit der Schuldrechtsreform überholt (§ 434 Abs. 3 BGB und Entfall des früheren § 378 HGB). Indes: Ob Verhältnisse „ähnlich“ sind, entscheidet nicht das Gewährleistungsrecht⁵⁷. Dort geht es um die Abweichung der Leistung von der Schuld, hier dagegen um die Abweichung der Leistungsbestimmung von dem in § 375 HGB vorausgesetzten Bestimmungsrahmen. Die aliud Leistung ist stets schuldwidrig; welche Rechtsfolgen an sie geknüpft werden, hat mit der Schuld nichts zu tun. Insofern taugt auch das Ausmaß der Bestimmtheit nicht zur Abgrenzung, wie gerade der Garnrollenfall des *RG* (*RGZ* 14, 243) zeigt.

Wahlschuld und Bestimmungskauf müssen nicht entlang einer festen Grenze geschieden werden; vom Ausmaß der Bestimmung her können sich beide Normen überlappen. Eine systematische Abgrenzung beider Konkretisierungswege hat es nie gegeben. § 375 HGB geht in seinem Anwendungsbereich, dem Handelskauf mit Bestimmungsrecht des Käufers, als speziellere Regelung vor.

2. Spezifikationsverzug als Tatbestandsvoraussetzung?

a) Ausgang: Fristsetzungserfordernis

Vor der Schuldrechtsreform war alles klar: § 375 HGB erhebt die Spezifikation zur Hauptpflicht und verwies auf § 326 BGB a. F. Dies geschah nicht nur auf der Rechtsfolgen Seite, sondern auch dadurch, daß auf der Tatbestandsseite im Gleichklang mit § 326 BGB a. F. Schuldnerverzug vorausgesetzt war. Bei der Anpassung des § 375 HGB an das neue Schuldrecht wurde geschluppt: Korrigiert wurde nur die

Folgende Seite durch Rechtsgrundverweisung⁵⁸ auf Schadensersatz nach §§ 280, 281 BGB und Rücktritt gemäß § 323 BGB.

Das heißt: Der Verkäufer muß dem Käufer stets eine Frist zur geschuldeten Spezifikation setzen.

Wählt er die Ersatzbestimmung, so muß der Verkäufer nach § 375 Abs. 2 Satz 2 HGB Fristsetzung und Ersatzbestimmung verbinden; für den Käufer begrenzt die Frist dann sein Abwendungsrecht nach § 375 Abs. 2 Satz 3 HGB; mit Fristablauf ist die Spezifikation des Verkäufers maßgebend.

Will der Verkäufer zurücktreten, muß er dem Käufer nach § 323 Abs. 1 BGB eine Frist zur Bestimmung setzen (wenn dies nicht wegen erkennbarer Vertragsaufsage nach § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich ist). Hat der Verkäufer eine Ersatzspezifikation erklärt, ist ihm der Rücktritt verwehrt; denn mit Fristablauf ist der gewünschte Konkretisierungserfolg nach § 375 Abs. 2 Satz 3 HGB eingetreten; die Frist verstreicht also nicht fruchtlos.

Will der Verkäufer Schadensersatz statt der Leistung, muß er dem Käufer nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB die Frist zur ausstehenden Bestimmung setzen, entbehrlich nach § 281 Abs. 2 BGB. Auch hier gilt: Hat der Verkäufer mit der Fristsetzung Ersatzspezifikation erklärt, ist ihm der Schadensersatz verwehrt. Mit Fristablauf ist der gewünschte Konkretisierungserfolg nach § 375 Abs. 2 Satz 3 HGB eingetreten; die Frist verstreicht nicht fruchtlos.

Hat der Verkäufer mit der Fristsetzung keine Ersatzspezifikation verbunden, erlischt dieses Recht nicht mit Fristablauf. Denn die Fristsetzung hat nunmehr nur noch Warnfunktion, befristet aber den Anspruch auf Bestimmung nicht mehr, anders als früher nach § 326 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz BGB a. F. („der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen“). Anders ist es über § 643 Satz 2 BGB im Werkvertrag (noch IV.).

Sein Recht auf Ersatzspezifikation verliert der Verkäufer also erst, wenn er den Rücktritt erklärt hat oder den Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 Abs. 4 BGB verlangt hat. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt das Wahlrecht des Verkäufers bestehen. Will der Verkäufer „doch noch“ zur Ersatzspezifikation greifen, ist allerdings die mit ihr verbundene zweite Fristsetzung erforderlich. Das Ersatzbestimmungsrecht ist notwendig mit der Abwendungsbefugnis des Käufers verbunden; erklärt der Verkäufer eine Ersatzbestimmung ohne (zweite) Fristsetzung, kann seine Erklärung nicht nach § 375 Abs. 2 Satz 3 HGB verbindlich werden.

Systemwidrig hat der Gesetzgeber in § 375 HGB als eigenständiges Tatbestandsmerkmal den Schuldnerverzug mit der Bestimmungspflicht belassen („Ist der Käufer mit der Erfüllung dieser Verpflichtung in Verzug“). Systemwidrig, weil das neue Schuldrecht weder für den Schadensersatz statt der Leistung noch für den Rücktritt Verzug voraussetzt.

b) Verzugsabhängiger Rücktritt?

Diese Schlampe führte bei Wortlauttreue zu der absurden Konsequenz, daß § 375 Abs. 2 HGB den Verkäufer nur unter Bestimmungsverzug zum Rücktritt berechtigte und also Verstreichenmüssen des bestimmungspflichtigen Käufers voraussetzte, § 286 Abs. 4 BGB. § 375 HGB mutierte zu einer „Insel alten Schuldrechts“ und stellte den Verkäufer insoweit schlechter als nach allgemeinem Schuldrecht. Das ist Beleg dafür, daß die Schuldrechtsreform mit Binnenlogik ausgestattet ist und systematische Fernwirkungen nicht erfaßt.

⁵⁶ A. A. *Emmerich* JuS 1997, 98, 99; *Müller*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost* (Fn. 5), § 375 Rn. 8; *K. Schmidt* (Fn. 5), S. 786.

⁵⁷ So aber *Canaris* (Fn. 5), § 29 Rn. 25; *Grunewald*, in: *MünchKommHGB* (Fn. 24), § 375 Rn. 7, 9.

⁵⁸ *Canaris* (Fn. 5), § 29 Rn. 19; *Hopt*, in: *Baumbach* (Fn. 7), § 375 Rn. 9.

Canaris entschuldigt dies damit, daß der „Kommission Leistungsstörungsrecht“ „ein umfassendes Durchdenken solcher Annex- und Folgeprobleme schon wegen des außerordentlichen Zeitdrucks ... nur sehr eingeschränkt möglich“ war und bietet höchstselbst wissenschaftliche Nachbesserung an in der Festschrift für ein anderes solchermaßen bezichtigtes Kommissionsmitglied⁵⁹.

Dieses Redaktionsversehen ist zu korrigieren; am besten durch eine Neufassung: „Verzögert der Käufer die Bestimmung ...“. Bis dahin darf die Rechtspraxis den Schuldnerverzug als Rücktrittsvoraussetzung „weginterpretieren“, indem die Rechtsgrundverweisung auf § 323 BGB das Verzugsmerkmal konsumiert⁶⁰. Der Rücktritt des § 323 BGB ist auch bei bloßer Leistungsverzögerung möglich; dem Schuldner wird durch die Fristsetzung eine letzte Chance eingeräumt; ob er diese nutzen kann, ist unerheblich. Den Rückgriff auf die Universalformel vom „untragbaren Wertungswiderspruch“ (der nur behauptet, was er zu beweisen sucht, nämlich die Wertung der Untragbarkeit) braucht es nicht. Damit wird zugleich ein gewisser systematischer Gleichlauf mit dem Tatbestand des § 319 Abs. 2 BGB gewonnen, der auch auf die Parteileistungsbestimmung anzuwenden ist, weil der Richter keine Ersatzleistungsbestimmung nach seinem freien Belieben treffen kann⁶¹. Nur ist es hier anders als dort: Wegen der Ersatzvornahmemöglichkeit muß der Vertrag nicht notwendig scheitern, wenn die Bestimmung verzögert wird. Erst durch die Rücktrittserklärung macht der Verkäufer deutlich, daß er auf sein Recht zur Ersatzvornahme und damit auf die Konkretisierung des Vertrages verzichtet.

c) Verzugsunabhängiger Schadensersatz?

Etwas komplizierter ist es für den Schadensersatz statt der Leistung. § 281 BGB verlangt in der Tat keinen Schuldnerverzug als „Einstiegsvoraussetzung“ in das Fristsetzungsverfahren. Wohl aber muß der Schuldner zu irgendeinem Moment die Pflichtverletzung zu vertreten haben, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB kein Schadensersatz ohne Vertretenmüssen. Dieses Grunderfordernis ist vom Gesetzgeber gleich doppelt (übergründlich) für § 281 BGB postuliert: § 280 Abs. 3 BGB spricht von den „zusätzlichen Voraussetzungen“ des § 281 BGB; dieser wiederum verweist in Abs. 1 Satz 1 auf die „Voraussetzungen des § 280 Abs. 1“.

Wiewohl der Ansatzpunkt für das Vertretenmüssen im Fall der Nachfrist gewisse Schwierigkeiten macht, ist die gesetzgeberische Entscheidung, keinen Schuldnerverzug zu verlangen, zu respektieren. Der Käufer muß die ausbleibende Bestimmung entweder vor der Fristsetzung zu vertreten haben (dann typischerweise Schuldnerverzug) oder (!) aber die Versäumung der gesetzten Frist. Ihm wird vorgeworfen, daß er bis Fristablauf die geschuldete Bestimmung nicht leistet⁶². Keinesfalls darf verlangt werden, daß das Vertretenmüssen sich notwendig auf die Nachfrist bezieht⁶³. Das ist im Gesetz nicht verlangt. In aller Regel wird ein einmal eingetretener

Bestimmungsverzug überdies die Zufallshaftung des § 287 Satz 2 BGB auslösen⁶⁴. Bestimmungsverzug ist also hinreichende, nicht jedoch notwendige Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch statt der Leistung. Auf der anderen Seite: Lag der Käufer während der gesamten Zeit ab Fälligkeit der Bestimmungspflicht bis zum Ablauf der Nachfrist im Koma, so schuldet er keinen Schadensersatz.

d) Verzugsabhängige Ersatzvornahme?

Damit ist aber sogleich die Frage aufgeworfen, ob die Ersatzvornahme in der Bestimmung noch vom Schuldnerverzug abhängen darf. Auch das wird von *Canaris* mit der Generalklausel des „untragbaren Wertungswiderspruches“ verneint; er schlägt stattdessen vor, auf den Gläubigerverzug des § 264 Abs. 2 BGB (analog) auszuweichen⁶⁵.

Das ist zweifelhaft, weil die Bestimmung der Kaufsache keine Mitwirkungshandlung an der Leistungsbewirkung ist, weswegen der Verzug des § 264 Abs. 2 BGB besser als Verzug mit der geschuldeten Konkretisierung verstanden werden sollte (oben II.2.c). Auch damit freilich würde mehr verlangt als für den Rücktritt.

Indes ist beides weder Wertungswiderspruch noch untragbar: Ohne § 375 Abs. 2 HGB hätte der Verkäufer kein Recht zur Ersatzbestimmung, weil wie gesehen Grundfigur des Bestimmungskaufes nicht die Wahlschuld, sondern die Leistungsbestimmung ist. Bei dieser scheitert die richterliche Ersatzvornahme am freien Belieben der Spezifikation. Deswegen ist es auch nicht widersprüchlich, daß das Scheitern des Vertrages leichter eintritt als das Recht zur Ersatzspezifikation. Die Parteien haben einen Vertrag geschlossen, der erst durch spätere Konkretisierung vollzugsfähig ist und sich damit dem Risiko des Scheiterns selbst ausgeliefert. Eben diese Sicht bestätigt § 643 Satz 2 BGB für den Werkvertrag: Ohne jedes Verschuldenserfordernis scheitert dieser, wenn der Besteller seine Mitwirkungshandlung innerhalb der gesetzten Frist nicht erfüllt.

Weg vom Verzugsfordernis käme man allenfalls mit der Erwägung, der historische Gesetzgeber habe einen Gleichlauf der Voraussetzungen von Ersatzvornahme, Schadensersatz und Rücktritt gewollt⁶⁶. Indes ist der gewollte Gleichlauf unmöglich, weil die Schuldrechtsreform die Einheitlichkeit des § 326 a. F. BGB aufgegeben hat. Schadensersatz gibt es nur bei Vertretenmüssen; Rücktritt auch ohne. Daß die Ersatzvornahme gegen den Wortlaut des § 375 HGB notwendig ohne jedes Vertretenmüssen des Käufers möglich sein soll, ist jedenfalls kein zwingender Schluß. Deshalb sollte man insofern beim Wortlaut bleiben.

Das wiederum kompliziert das dreifache Wahlrecht des § 375 Abs. 2 HGB. Für die Ersatzspezifikation braucht es Bestimmungsverzug; für den Schadensersatz irgendein Vertretenmüssen der Nichtspezifikation bis zum Ablauf der Nachfrist, für den Rücktritt genügt die bloße Bestimmungsverzögerung.

3. Schadensersatzfragen

a) Surrogations- oder Differenzmethode?

Für den Schadensersatz statt der Leistung wird allgemein ein Nebeneinander von Differenzmethode und Surrogations

⁵⁹ *Canaris*, in: Festschrift Konzen, 2006, S. 43.

⁶⁰ So mit Recht *Canaris* (Fn. 5) § 29 Rn. 20; *ders.*, in: Festschrift Konzen (Fn. 59), S. 45; *Grunewald*, in: MünchKommHGB (Fn. 24) § 375 Rn. 25; a. A. *Hopt*, in: *Baumbach* (Fn. 7), § 375 Rn. 10.

⁶¹ *Rieble*, in: *Staudinger* (Fn. 7), § 315 Rn. 65; *Gebhrlein*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 26), § 315 Rn. 12; *M. Wolf*, in: *Soergel* (Fn. 33), § 315 Rn. 50; *Ballhaus*, in: RGRK (Fn. 42), § 315 Rn. 18.

⁶² H.M.: *Canaris* DB 2001, 1815, 1816; *Otto*, in: *Staudinger* (Fn. 37), § 280 D 11; *Ernst*, in: MünchKommBGB (Fn. 31) § 281 Rn. 47 ff. *Faust*, in: *Huber/Faust* (Fn. 37), 3. Kapitel Rn. 153; *Hirsch* Jura 2003, 289, 293.

⁶³ So aber *St. Lorenz*, in: Festschrift U. Huber, 2006, S. 423, 426 f. *Lorenz/Riehm* (Fn. 50), Rn. 535; *Daumer-Lieb*, in: Festschrift Konzen, 2006, S. 63, 79; *Heinrichs*, in: *Palandt* (Fn. 37), § 281 Rn. 16.

⁶⁴ *Gsell*, in: Festschrift *Canaris*, 2007, S. 337, 348 ff.

⁶⁵ *Canaris*, in: Festschrift Konzen (Fn. 59), S. 46 mit Redaktionsversehen beim Zitieren der einschlägigen Normen, es geht um § 264 Abs. 2 Satz 1 BGB und nicht HGB; *ders.* (Fn. 5), § 29 Rn. 17.

⁶⁶ E I § 346 HGB mit Denkschrift (Fn. 6) I S. 216 ff.

methode befürwortet⁶⁷ obzwar der Anspruch auf diejenige Leistung, für die die Frist gesetzt war, mit dem Schadensersatzverlangen untergeht, § 281 Abs. 4 BGB. Der Anspruch auf die Gegenleistung bleibt unberührt, jedenfalls aber das Recht des Gläubigers, die eigene Leistung noch zu erbringen.

Das ist hier anders: Sobald der Verkäufer als Gläubiger des Bestimmungsanspruches den Schadensersatz verlangt, ist nach § 281 Abs. 4 BGB der Anspruch gegen den Käufer auf Bestimmung ausgeschlossen. Damit aber kann die Verkäuferpflicht nicht mehr konkretisiert werden. Mit dem Schadensersatzverlangen hat er also sein eigenes Absatzinteresse torpediert. Mithin bleibt nur die Differenzmethode: Der Verkäufer muß den Wert seiner unkonkretisierten Leistungspflicht in Ansatz bringen und kann den ihm gebührenden Gewinn verlangen.

b) Schadensersatz für Verzögerung und statt der Leistung

Mit Blick auf die Verzögerung der Bestimmung kann der Verkäufer auch Verzögerungsschadensersatz verlangen, §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB etwa weil sich durch die Spezifikationsverzögerung die Herstellungskosten verteuern. Kommt es später zum Schadensersatz statt der Leistung, stellen sich einige Probleme auch hier.

Wichtig ist zunächst, daß die Fristsetzung den Verzug nicht beendet: Die gesetzte Frist verschafft dem Schuldner keinen Aufschub⁶⁸, sondern mahnt gerade zur Eile. Sie ist Höchstfrist.

Für das Verhältnis beider Ansprüche ist ein abgrenzendes Nebeneinander der richtige Weg⁶⁹: Der Verzögerungsschaden gleicht aus, daß der Schuldner bis zum Untergang der Leistungspflicht durch Schadensersatzverlangen nach § 281 Abs. 4 BGB nicht geleistet hat; der Schadensersatz „statt“ der Leistung hat den Entfall des Leistungsanspruches und den zu diesem Zeitpunkt entstehenden Schaden auszugleichen. Die zeitliche Trennung berücksichtigt zum einen die unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen von Verzögerungsschaden und Schadensersatz statt der Leistung. Zum anderen macht sie das von der Rechtsprechung⁷⁰ zum alten Schuldrecht befürwortete Wahlrecht des Gläubigers hinsichtlich des Zeitpunkts der Schadensermittlung entbehrlich: Wertminderungen der Kaufsache und andere dynamische Entwicklungen der Schadensposten, die zwischen Verzugsbeginn und dem Zeitpunkt eintreten, zu dem der Verkäufer den Schaden statt der Leistung verlangt, sind bereits vom Verzögerungsschaden umfaßt.⁷¹

c) Schadensersatz neben Rücktritt?

Tritt der Verkäufer zurück, so kann er nach neuem Schuldrecht auch Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn das erforderliche Vertretenmüssen (oben 2.c) vorliegt. Die bisherige Alternativität von Schadensersatz und Rücktritt ist mit § 325 BGB aufgegeben. Bei der redaktionellen „Anpassung von § 375 Abs. 2 HGB ist indes das aus § 326 BGB a. F. entlehnte „oder“ stehen geblieben. Nun muß die Rechtswissenschaft auch hier als methodischer Reparaturbetrieb agieren und das bisherige streng alternative „oder“ als ku-

mulatives „oder“ lesen. Mit dem Wortsinn ist das zu vereinbaren und wegen des veränderten systematischen Zusammenhangs geboten⁷².

Praktisch wird die Rückgewähr kaum. Der Verkäufer hat seine Leistung infolge der fehlenden Bestimmung gerade nicht erbringen können. Immerhin kann der Verkäufer trotz des Rücktritts den bis dahin angelaufenen Verzögerungsschaden geltend machen⁷³ und auch seinen Gewinn als Schadensersatz statt der Leistung liquidieren. Überdies ist es denkbar, daß der Verkäufer Folgeschäden geltend macht, etwa daß er wegen der vorgehaltenen Erfüllungsbereitschaft ein anderweitiges gewinnbringendes Geschäft nicht eingehen konnte. Für den Fall der Spezifikationsverzögerung bietet der Rücktritt mithin dem Verkäufer keine Vorteile im Vergleich zum Schadensersatz.

IV. Spezifikationswerk(lieferungs)vertrag

1. Werklieferung unter Bestimmungsrecht

§ 381 Abs. 2 HGB ordnet die Geltung der Handelskaufregeln für den Werklieferungsvertrag an. Die Norm war vor der Schuldrechtsreform schon „teilüberflüssig“, weil das BGB für den Werklieferungsvertrag über vertretbare Sachen die Geltung von Kaufrecht und damit auch des Handelskaufrechts anordnete (§ 651 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F.)⁷⁴. Nunmehr gilt Kaufrecht für alle Werklieferungsverträge, § 651 BGB und damit stets auch Handelskaufrecht (vorausgesetzt, es handelt sich um ein Handelsgeschäft i. S. von § 343 HGB). § 381 Abs. 2 HGB ist als Verweisungsnorm zunächst vollständig überflüssig. Auch das hat der Reformgesetzgeber nicht gesehen.

§ 375 HGB hat für jene Werklieferungsverträge, für die nach § 651 Satz 3 BGB „etwas“ Werkvertragsrecht anzuwenden ist, nach wie vor erhebliche Bedeutung: Die Spezifikation durch den Werkbesteller ist nach BGB zunächst und gemäß der h. M. „nur“ Obliegenheit⁷⁵; auf diese Obliegenheitsverletzung reagieren §§ 642, 643, 645 BGB. Nach § 375 HGB ist die Werkspezifikation zugleich Hauptpflicht, so daß der Unternehmer für den Fall der ausbleibenden Spezifikation wählen kann, ob er nach BGB oder nach HGB vorgeht. Freilich gilt das nur für Spezifikationslasten des Bestellers, nicht aber für andere Mitwirkungshandlungen (etwa Stellen von Zutaten). So kann der Schneider als Kaufmann, bei dem der Kunde den Termin für das Maßnehmen oder die Anprobe versäumt, womöglich Rechte aus § 375 HGB geltend machen. Auch der Werkvertrag über die Herstellung einer Zahnprothese⁷⁶ ist Werklieferungsvertrag, weswegen die unterbliebene Angabe der konkreten Maße mit § 375 HGB geahndet werden kann. Das hat die Rechtsprechung immer wieder übersehen, wenn der Werkbesteller nicht seine gewünschte Sonderausstattung für einen Omnibus Aufbau mitgeteilt hat⁷⁷, er es versäumt hat, ein „Pflichtenheft“ zu

⁷² Canaris, in: Festschrift Konzen (Fn 59), S. 44 f.; Oetker, Handelsrecht, 5. Aufl. 2007, § 8 Rn. 26.

⁷³ Kaiser, in: Staudinger (Fn. 38), Vor § 346 Rn. 88.

⁷⁴ Hefermehl, in: Schlegelberger (Fn. 45), § 381 Rn. 5.

⁷⁵ Mot. II S. 495 (zu § 575 E I); Prot. II S. 328 (zu § 643); BGHZ 11, 80, 85; Fikentscher, Schuldrecht, 9. Aufl. 1997, § 80 II 3 (Rn. 895); Larenz, Schuldrecht II/1, 14. Aufl. 1987, § 53 IIIc; Locher, Das private Baurecht, 6. Aufl. 1996, Rn. 128; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, S. 517; Peters, in: Staudinger, BGB, 2003, § 642 Rn. 17; für eine echte Schuldnerpflicht dagegen Glanzmann, in: RGRK (Fn. 42), § 642 Rn. 2, § 631 Rn. 46, 94; Schwelker, in: Erman (Fn. 42), § 642 Rn. 2, 6.

⁷⁶ Vgl. BGHZ 63, 306; OLG Koblenz NJW-RR 1995, 567.

⁷⁷ BGH BB 1958, 284.

⁶⁷ St. Lorenz, in: Karlsruher Forum 2005, S. 82; Looschelders (Fn. 39), Rn. 673; Heinrichs, in: Palandt (Fn. 37), § 281 Rn. 21; im Ergebnis auch Emmerich, in: MünchKommBGB (Fn. 31), Vor § 281 Rn. 35 ff.

⁶⁸ So aber Otto, in: Staudinger (Fn. 37), § 280 Rn. E 18 und § 281 Rn. B 146; Tiedtke/Schmitt BB 2005, 615, 617.

⁶⁹ So auch Kaiser, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2. Aufl. 2008 (erscheint demnächst), unter F IV 2.

⁷⁰ BGH MDR 1959, 910; BGH NJW 1997, 1231; NJW 1998, 2901.

⁷¹ Ausführlich Giesen, in: Festschrift Huber (Fn. 63), S. 263, 267 ff.

stellen, etwa für ein elektronisches Zugangssicherungssystem⁷⁸ oder für herzustellende Software⁷⁹ und die Gerichte hierin nur eine Obliegenheitsverletzung sehen wollten, die nicht zum Schadensersatz berechtigt. Die Gerichte hätten also an sich prüfen müssen, ob § 375 HGB über § 651 BGB für die Werkspezifikation greift; das setzt voraus, daß das Werk als bewegliche Sache qualifiziert werden kann⁸⁰. Relativiert wird § 375 HGB indes durch das Werkvertragsrecht:

2. Spezifikation und Werkvertragsrecht

Im reinen Werkvertrag ist § 375 HGB nach wie vor nicht anwendbar. Indes heißt das nicht, daß die unterlassene Leistungsbestimmung nur als Obliegenheitsverletzung nach §§ 642 f., 645 BGB gesehen werden kann.

Vielmehr kann man auch hier noch genauer hinsehen: Wie schon bei der historischen Diskussion um den Spezifikationskauf wird nicht hinreichend zwischen Vertragskonkretisierung und Mitwirkung beim Leistungsvollzug unterschieden. Das erste betrifft die rechtsgeschäftliche Konkretisierung der Leistungspflicht, mit der der Vertrag überhaupt erst hinreichend bestimmt wird und die Schuld als durchsetzbare entsteht. Das zweite ist Realakt beim Leistungsvollzug. § 642 BGB meint überhaupt nur dies: Daß nämlich der Besteller die Mitwirkung „bei der Herstellung des Werkes“ versäumt. Von der Mitwirkung bei der Vervollständigung des Vertrages ist nicht die Rede.

Deswegen läßt sich die Werkspezifikation als konkretisierende Leistungsbestimmung gemäß § 315 BGB begreifen (§ 375 HGB greift hier nicht) mit der Folge, daß der Besteller zu ihr verpflichtet ist. Man kann nur umgekehrt fragen, ob daraus, daß der Werkunternehmer (ohne besondere Vereinbarung) keinen Anspruch auf Leistungsvollzug, also Herstellung hat (arg. § 649 BGB) und insbesondere vom Besteller auch nicht die verabredete Mitwirkung im Leistungsvollzug verlangen kann, §§ 642 f., 645 BGB, in einem „Erst Recht Schluß“ folgt, daß auch eine Pflicht zur Konkretisierung des Vertrages ausscheidet.

Ob die Mitwirkung im Leistungsvollzug stets Obliegenheit ist, darf jedoch bereits bezweifelt werden. Die historische Gesetzgebung stand unter dem maßgeblichen Einfluß *Kohlers*, der jede Obligation als Vermögensbestandteil des Gläubigers betrachtete, mit dem dieser nach Belieben verfahren durfte.⁸¹ Diese Betrachtungsweise ist durch die Anerkennung einer Pflicht zur Vertragstreue, der auch der Gläubiger unterliegt, überholt.⁸² Zudem läßt § 645 Abs. 2 BGB ausdrücklich die „weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens“ unberührt. Gemeint ist die Haftung aus § 280 BGB wegen der Verletzung von Mitwirkungspflichten. Daß die Mitwirkung des Bestellers bloße Obliegenheit ist, ist also vom Gesetzgeber nur als Normalfall vorausgesetzt.⁸³ Erfasst wird auch der Fall, daß die Unmöglichkeit der Werkherstellung selbst vom Besteller zu vertreten ist, § 326 Abs. 2 BGB.

⁷⁸ *BGH* NJW-RR 1992, 556

⁷⁹ *BGH* NJW-RR 1994, 1469

⁸⁰ Daran wird es bei individuell entwickelter Software zumeist fehlen; ausführlich dazu: *Redeker* CR 2004, 88; *Müller-Hengstenberg* CR 2004, 161; zusammenfassend *Junker* NJW 2005, 2829, 2831 f.

⁸¹ *Kohler* (Fn. 48), S. 267 ff.

⁸² Auch die Rechtsprechung läßt – trotz Bezeichnung als Mitwirkungsobliegenheiten – Schadensersatzansprüche des Unternehmers zu, wenn die unterlassene Mitwirkung den Vertragszweck gefährdet: *BGHZ* 50, 175; 11, 80.

⁸³ *Hartmann*, Die unterlassene Mitwirkung des Gläubigers, 1997, S. 48 geht dagegen stets von einer Nebenleistungspflicht des Gläubigers aus, da dieser auf das Erreichen des Vertragszwecks verpflichtet sei.

Der Besteller ist grundsätzlich zur Konkretisierung der Werkschuld verpflichtet, soweit es um von ihm zu liefernde Beschaffungsangaben (Pflichtenheft) geht wie dies der *BGH* für den Sonderfall des Werkabrufs bereits gesehen hat (*NJW* 1972, 99). Der Verstoß gegen diese Konkretisierungspflicht kann zum Schadensersatz führen. Man sollte einen Schritt weitergehen und das Recht zur Fristsetzung nach § 643 BGB wortlautgetreu auf Mitwirkungsakte bei der Herstellung begrenzen. Das heißt: Eine Fristsetzung mit Aufhebungsfolge nach § 643 Satz 2 BGB ist ausgeschlossen; der Unternehmer kann dem Besteller nur eine Frist für die Schuldpflicht zur Konkretisierung nach §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 323 Abs. 1 BGB setzen.

Daß der Besteller auch schon vor Konkretisierung gem. § 649 BGB kündigen kann, ist kein Gegenargument. § 649 BGB bestimmt nur, daß der Besteller sich von den vertraglichen Pflichten durch Kündigung (teilweise) lösen kann, besagt jedoch nichts über das Pflichtenprogramm, dem der Besteller während der bestehenden Vertragsbindung unterliegt.⁸⁴ Zudem beläßt § 649 BGB dem Werkunternehmer gerade anders als § 645 Abs. 1 BGB den vollen Gewinn aus dem Werkvertrag und bringt nur ersparte Aufwendungen sowie unterlassenen Erwerb in Ansatz. Eben dies hat auch bei der schadensrechtlichen Abwicklung zu erfolgen über Vorteilsausgleichung und Mitverschulden bei der Schadensabwendung.

Damit wird Gleichklang zum (kaufmännischen) Werklieferungsvertrag über unvertretbare Sachen hergestellt, der sei nerseits dem Kaufrecht und damit § 375 Abs. 1 HGB unterfällt andererseits nach § 651 Satz 3 BGB aber auch §§ 642–645, 649 BGB. Wollte man aus dem Werkvertragsrecht folgern, daß es keinen Anspruch auf Konkretisierung gebe, wäre dieser Widerspruch kaum aufzulösen.

V. Fazit

Die Unterschiede zwischen dem Spezifikationskauf und den Regelungen des BGB sind marginal; allerdings nicht wegen dessen Nähe zur Wahlschuld, sondern weil § 375 HGB in Tatbestand und Rechtsfolgen ein ideales Regelungsmodell der Leistungsbestimmung nach freiem Ermessen darstellt. Vor allem die in § 375 Abs. 2 HGB gewährten Sekundärrechte des Rücktritts und Schadensersatzes sind seit der Schuldrechtsreform nicht mehr ein Spezifikum des Handelsrechts, sondern ergeben sich bereits aus der Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts des BGB.

Zentral hierfür ist die Erkenntnis, daß die Konkretisierung eines Vertrages gleich ob diese durch Bestimmung nach § 375 HGB, Wahlschuld gemäß § 262 ff. BGB oder Leistungsbestimmung nach § 315 BGB erfolgt von der konkretisierungsbefugten Partei geschuldet ist. Für diese Schuldpflicht zur Konkretisierung gelten die allgemeinen Leistungsstörungsregeln. Deshalb kann der der Konkretisierung Unterworfenene dem Berechtigten eine Frist setzen und nach deren fruchtlosem Ablauf entweder Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 BGB) verlangen oder zurücktreten (§ 323 BGB). Das gilt auch für Spezifikationspflichten im Werk(lieferungs)vertrag.

Erschreckend ist einmal mehr, daß die Schuldrechtsreform die systematischen Folgewirkungen des neuen Leistungsstörungsrechts auf andere Bereiche des Privatrechts nicht bedacht hat.

⁸⁴ Zutreffend *Hartmann* (Fn. 83), S. 46.