

Aufsatz

Prof. Dr. Jürgen Kohler

§ 281 Abs. 4 BGB und das Ende des Erfüllungsanspruchs

DOI 10.1515/jura-2014-0104

Der zum schuldrechtlichen Kernbestand gehörende § 281 Abs. 4 BGB regelt die Grenzen des Erfüllungsanspruchs im Übertritt zur Schadensersatzhaftung unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1–3 BGB. Die unscheinbare Norm erweist sich bei näherer Betrachtung als diffizil und streitanfällig. Ihre Problematiken betreffen zunächst die Frage, ob das Vorgehen nach § 281 Abs. 4 BGB den Erfüllungsanspruch auch ausschließt, wenn der Schadensersatzanspruch an § 280 Abs. 1 S. 2 BGB scheitert. Des Weiteren und vor allem ist höchst kontrovers, welche Grenzen dem Recht des Gläubigers, den Erfüllungsanspruch durch seine Entscheidung für den Schadensersatz nach Eintritt der in § 281 Abs. 1–3 BGB genannten Voraussetzungen auszuschließen, dadurch gesetzt sind, dass der Schuldner auch dann noch in Erfüllung seiner primären Leistungspflicht befreiend leisten kann. Der Beitrag untersucht beide Fragen, wobei der Schwerpunkt auf der zuletzt genannten Problematik liegt.

I. Der Regelungsinhalt und seine Neuigkeiten

Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat; dies ordnet § 281 Abs. 4 BGB an, und zwar gleichgültig, ob es sich um eine Haftung aus einem synallagmatischen Vertrag handelt oder nicht¹. Diese Vorschrift soll das

¹ Damit wird die früher in den hier interessierenden Fällen bestehende Differenzierung der Schadensersatzhaftung wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB aF. für synallagmatische Verträge und nach § 280 Abs. 2 BGB aF. für nonsynallagmatische Rechtsverhältnisse aufgegeben; dazu Heinrichs, Festschr. Derleder (2005) 87, 92.

Jürgen Kohler: Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald.

Verhältnis zwischen einem fälligen Leistungsanspruch, den der Schuldner auch nach Setzung einer eindeutig bestimmten² Frist gemäß § 281 Abs. 1 BGB – oder in den Fällen des § 281 Abs. 2 BGB ohne Fristsetzung – nicht erfüllt hat, und einem Anspruch gegen den Schuldner auf Schadensersatz statt der Leistung auf Grund von §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1–3, Abs. 5 BGB klären, und zwar hinsichtlich der Frage, ob und in wie weit der Gläubiger zwischen diesen beiden Rechten wählen kann. Da dem § 281 Abs. 4 BGB zu entnehmen ist, dass der fruchtlose Ablauf der nach § 281 Abs. 1 BGB gesetzten Frist bzw. der Umstand, dass ein Fall des § 281 Abs. 2 bzw. Abs. 3 BGB vorliegt, jedenfalls nicht genügt, um dem Gläubiger den ursprünglichen Erfüllungsanspruch zu nehmen und ihn auf den Schadensersatzanspruch festzulegen, geht es also darum, die elektive Konkurrenz³ zwischen dem Erfüllungs- und dem Schadensersatzanspruch⁴, der zunächst nur ein verhaltener Anspruch ist⁵, durch eine auf Schadensersatz-

² Zum Erfordernis einer hinreichend klaren Fristbestimmung statt Vieler Heinrichs, Festschr. Derleder (2005) 87, 100; näher dazu Skamel JuS 2010, 671ff.

³ Dazu Althammer ZGS 2005, 375, 376f.; ders., NJW 2006, 1179, 1180; Bressler NJW 2004, 3382, 3382f.; Faust, Festschr. Huber (2006) 239, 240; Heinrichs, Festschr. Derleder (2005) 87, 106; M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 143; Kleine/Scholl NJW 2006, 3462, 3462; AnwK/Dauner-Lieb (2. Aufl. 2012) § 281 Rn. 53; Palandt/Grüneberg (72. Aufl. 2013) § 281 Rn. 49; MüKo/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 68; Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 2 m.w.N. – Darunter ist nach MüKo/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 68 die Befugnis des Gläubigers zu verstehen, den bisherigen Anspruchsinhalt durch einen anderen Anspruchsinhalt zu ersetzen.

⁴ Im Verhältnis zum Rücktrittsrecht, das in Fällen des § 281 BGB in der Regel auf Grund von § 323 BGB ebenfalls besteht, steht ein Schadensersatzbegehren gemäß § 325 BGB in freier Konkurrenz, während die Ausübung des Rücktrittsrechts den Erfüllungsanspruch nach § 346 Abs. 1 S. 1 BGB zum Erlöschen bringt (Faust, Festschr. Huber (2006) 239, 241f.), andererseits aber die Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs grundsätzlich nicht den nachmaligen Übergang zum Rücktritt präkludiert, wie BGH NJW 2006, 1198f. feststellt.

⁵ MüKo/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 92, 105, 108; Faust, Festschr. Huber (2006) 239, 240; M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 139. Unter einem verhaltenen Anspruch ist ein Anspruch zu verstehen, den der Gläubiger geltend machen kann, auf den aber der Schuldner

verlangen gerichtete⁶ zugangsbedürftige⁷ Gläubigererklärung⁸ mit unwiderruflicher⁹ rechtsgestaltender Wirkung¹⁰ zu regeln bzw. unumkehrbar¹¹ zu beenden¹², indem einerseits der Erfüllungsanspruch nunmehr ausgeschlossen und andererseits der Schadensersatzanspruch damit fällig¹³ gemacht wird¹⁴. Ebendies ist der Regelungsgehalt des § 281 Abs. 4 BGB.

Mit der in § 281 Abs. 4 BGB getroffenen Lösung wich der Gesetzgeber¹⁵ der Schuldrechtsreform von 2002 von dem Vorschlag der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts von 1993 ab, der die Schuldrechtsreform 2002 im Übrigen allerdings weitgehend übernahm. Die

unverlangt nicht befreiend leisten kann; vergl. dazu statt Vieler MüKoBGB/Krüger (6. Aufl. 2012) § 271 Rn. 4.

6 Auch wenn das Schadensersatzverlangen konkludent erklärt werden kann, ist doch erforderlich, dass es eindeutig erkennen lässt, dass sich der Gläubiger unmittelbar durch die Erklärung an die Konzentration seiner Rechte auf den Schadensersatz binden will; so statt Vieler schon Gsell Jb.J.ZivRWis. 2001, 105, 114f.; Krause *JURA* 2002, 299, 301 und bereits Canaris JZ 2001, 499, 514f. zu den praktischen Schwierigkeiten der Abgrenzung von Androhung und Verlangen von Schadensersatz; ferner AnwK/Dauner-Lieb (12. Aufl. 2012) § 281 Rn. 50; Palandt/Grüneberg (72. Aufl. 2013) § 281 Rn. 50; Heinrichs, Festschr. Derleder (2005) 87, 106.

7 Maßgeblich ist § 130 Abs. 1 BGB; statt Vieler Faust, Festschr. Huber (2006) 239, 249.

8 Diese Erklärung ist eine formfreie rechtsgeschäftsähnliche, auch konkludent abgebbare Erklärung, auf die die für Rechtsgeschäfte geltenden Regeln entsprechend anzuwenden sind, und dem gemäß ist die Erklärung zugangsbedürftig und auslegbar; statt Vieler Derleder/Zänker NJW 2003, 2777, 2779; Derleder/Hoolmans NJW 2004, 2787, 2789; Heinrichs, Festschr. Derleder (2005) 87, 105f.; M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 139f. in Fn. 12; MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 93; Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 8, 10; Unberath in BeckOK BGB (Stand 1. 3. 2011) § 281 Rn. 50.

9 AnwK/Dauner-Lieb (2. Aufl. 2012) § 281 Rn. 48; Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 9.

10 AnwK/Dauner-Lieb (2. Aufl. 2012) § 281 Rn. 48; Schroeter AcP 207 (2007) 28, 43.

11 Faust, Festschr. Huber (2006) 239, 242f.; Anderes gilt, wenn die die Wahl des Schadensersatzes zum Ausdruck bringende Erklärung nach allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre nicht wirksam ist.

12 Schroeter AcP 207 (2007) 28, 43f. Unabhängig von § 281 Abs. 4 BGB beendet auch ein Rücktritt, der insbes. auf Grund von § 323 BGB in Betracht kommt, die Wahlmöglichkeit, da der Erfüllungsanspruch bereits dadurch erlischt, und zwar gemäß § 325 BGB unbeschadet der Möglichkeit, zusätzlich den Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach Maßgabe der §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB geltend zu machen; MüKo/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 107.

13 MüKo/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 108.

14 Da das Schadensersatzverlangen insoweit für den Erklärenden nachteilig ist, als dadurch der Erfüllungsanspruch erlischt, bedarf ein beschränkt Geschäftsfähiger nach § 111 BGB der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters; Unberath in BeckOK BGB (Stand 1. 3. 2011) § 281 Rn. 50.

15 Vergl. zu den Gesetzesmaterialien Bt-Drs. 14/6040, S. 140f.

im § 283 Abs. 4 des seinerzeitigen Reformentwurfs getroffene Vorläuferregelung hatte vorgesehen, dass erst die Erfüllung des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung den primären Leistungsanspruch ausschließe¹⁶. Im Unterschied zum Reformvorschlag von 1993 hat die Gesetz gewordene Regelung für den Gläubiger den Nachteil, dass er schon mit der Entscheidung für den Schadensersatz das Risiko der Uneinbringlichkeit der Schadensersatzforderung trägt, insbesondere wenn sie – wie in der Regel – auf Geldzahlung gerichtet ist und der Schuldner weder zahlungsfähig ist noch vollstreckbares Vermögen hat. Denn in diesem Fall kann der Gläubiger das wirtschaftliche Risiko nicht mehr durch Rückgriff auf den primären Leistungsanspruch abwälzen, indem er etwa doch den ursprünglichen Sachleistungsanspruch verfolgt und versucht, sein Schadensersatzverlangen zu widerrufen¹⁷.

Die Schuldrechtsreform entschied sich allerdings auch gegen die Vorläuferregelung in § 326 Abs. 1 BGB aF¹⁸, die eine klare Entweder-Oder-Entscheidung unmittelbar kraft Gesetzes vorgesehen hatte¹⁹. Danach konnte und musste der Gläubiger, der bei einem Austauschvertrag Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder zurücktreten wollte, dem im Verzug befindlichen Schuldner eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung setzen und für den Fall erfolglosen Verstreichens dieser Frist die Ablehnung der Leistung androhen, was für den Fall, dass die Leistung in der Nachfrist nicht erbracht wurde, ohne Weiteres zum Ausschluss des Anspruchs auf den primären Erfüllungsanspruch führte. Im Unterschied zu dieser früheren Gesetzeslage hat die in § 281 Abs. 4 BGB getroffene Neuregelung für den Gläubiger zwei Vorzüge. Zum einen ist der Weg zum Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 und 3 BGB früher eröffnet. Dafür genügt nämlich in der Regel ein hinreichend bestimmtes Leistungsverlangen unter Setzung einer angemessenen Erfüllungsfrist gemäß § 281 Abs. 1 BGB, sofern nicht auch diese Fristsetzung

16 Vergl. dazu den Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (1993), S. 132ff.; M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 139f.

17 Zur Unzulässigkeit eines solchen Widerrufs MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 106.

18 Auch die für nichtsynallagmatische Ansprüche geltende Schadensersatzregelung wegen Schadensersatzes statt der Leistung im Verzugsfall wurde nicht zum Vorbild genommen; vergl. zu dieser in vorliegendem Zusammenhang krit. Heinrichs, Festschr. Derleder (2005) 87, 90.

19 Vergl. in diesem Sinne Derleder/Hoolmans NJW 2004, 2787, 2787; Heinrichs, Festschr. Derleder (2005) 87, 88ff.; Faust, Festschr. Huber (2006) 239, 239f.; M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 139.

nach § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich ist;²⁰ nicht erforderlich ist es, dass der Schuldner schon bei der Fristsetzung in Verzug ist²¹. Vormalig²² erforderte der Übergang zum Schadensersatzanspruch hingegen Schuldnerverzug, mithin nach § 284 Abs. 1 BGB aF. grundsätzlich eine Mahnung des Gläubigers in der Weise, dass dem Schuldner – zwar nicht zwingend fristsetzend, aber doch in der Regel zumindest implizit die nötige Erfüllungsfrist einräumend – eine Aufforderung zur Leistung zuzug, und grundsätzlich²³ nach Eintritt des Schuldnerverzugs musste eine weitere Frist zur Erfüllung gesetzt und diese um eine Ablehnungsandrohung für den Fall nicht nachfristgerechter Erfüllung ergänzt werden²⁴. Zum anderen führte nach § 326 Abs. 1 Satz 2, 2. Hs. BGB aF. bereits das erfolglose Verstreichen der mit Ablehnungsandrohung versehenen Nachfrist ipso jure zum Ausschluss des Erfüllungsanspruchs und zur Konzentration der Gläubigerrechte auf Schadensersatzanspruch oder Rücktrittsrecht, während das neue Recht dem Gläubiger auch bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 281 Abs. 1 bis 3 BGB noch die Entscheidung für den Erfüllungsanspruch belässt²⁵.

20 Insbesondere ist nicht nötig, die Ablehnung der Leistung nach erfolglosem Fristablauf anzudrohen; MüKoBGB/Ernst (12. Aufl. 2012) § 281 Rn. 38.

21 Derleder/Hoolmans NJW 2004, 2787, 2788; Gsell Jb.J.ZivRWiss. 2001, 105, 110; MüKoBGB/Ernst (12. Aufl. 2012) § 281 Rn. 18.

22 Zum Entfallen des Erfordernisses der Ablehnungsandrohung statt Vieler Heinrichs, Festschr. Derleder (2005) 87, 92.

23 Eine praktische Erleichterung, die allerdings am Erfordernis der Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung nichts änderte, wurde nur insofern gewährt, als die Nachfrist mit Ablehnungsandrohung schon *no actu* mit der verzugsbegründenden Mahnung für den Fall der nicht fristgerechten Erfüllung der angemahnten Leistung verbunden werden konnte; statt Vieler Palandt/Heinrichs (61. Aufl. 2002) § 326 Rn. 14 m. w. N.

24 Im neuen Recht gilt die vormalige praktische Lösung betr. den Zeitpunkt der Nachfristsetzung insofern fort, als die Mitteilung des Gläubigers, den Schadensersatzanspruch geltend zu machen, schon *eventualiter*, d. h. als Potestativbedingung für den Fall des negativen Ausgangs, mit der den Tatbestand des § 281 Abs. 1 BGB betreffenden Aufforderung des Gläubigers zur Leistung in einer bestimmten Frist verbunden werden kann; so die wohl ganz hM, statt Vieler Derleder/Zänker NJW 2003, 2777, 2779; Weller, Die Vertragstreue (2009), 452f.; AnwK/Dauner-Lieb (2. Aufl. 2012) § 281 Rn. 49; jurisPK/Alpmann (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 73; MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 96, jew. m. w. N.; Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 14; aA Jauernig/Stadler (15. Aufl. 2013) § 281 Rn. 15. MüKoBGB/Ernst (12. Aufl. 2012) § 281 Rn. 96 m. w. N.

25 Statt Vieler Finn ZGS 2004, 32, 32; Gsell Jb.J.ZivRWiss. 2001, 105, 114; Heinrichs, Festschr. Derleder (2005) 87, 92; Schmidt-Räntsch ZJS 2012, 301, 305; Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 1; Weller, Die Vertragstreue (2009), 450f.

II. Neue Rechtsprobleme

§ 281 Abs. 4 BGB hat mit dem Offenhalten des Erfüllungsanspruchs über den erfolglosen Ablauf einer nach § 281 Abs. 1 BGB gesetzten Frist²⁶ allerdings auch eine Schwebelage geschaffen, die rechtliche Unsicherheiten mit sich bringt. Diese Unsicherheiten haben erhebliche rechtliche Folgeprobleme ausgelöst²⁷.

Kontrovers ist zum Einen, ob der Schuldner zwischen erfolglosem Verstreichen der nach § 281 Abs. 1 BGB wirksam gesetzten Frist und Erklärung des Gläubigers nach § 281 Abs. 4 BGB, Schadensersatz zu verlangen, weiterhin die primär geschuldete Leistung – eventuell schuldnerverzugsbeendend – als Erfüllung anbieten sowie erbringen darf und daher der Gläubiger sowohl in Annahmeverzug geraten als auch seine Berechtigung, Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen, verlieren kann²⁸. Im Ergebnis läuft dies bejahendenfalls gewissermaßen auf ein Recht²⁹ zur dritten Andienung hinaus³⁰. Zweifelhaft ist ferner, ob der Schuldner seinerseits Möglichkeiten hat, die grundsätzlich zeitlich nicht befristete³¹ und damit erhebliche Unsicherheit für den Schuldner mit sich bringende Schwebelage zu beenden³², ohne seinerseits die Leistung anbieten zu müssen. Diese Problemlagen sind näher zu erörtern³³.

Darüber hinaus erscheint schon die diesen Fragen vorgeordnete Problematik klärungsbedürftig³⁴, ob der Gläubi-

26 Dem stehen die Fälle der § 281 Abs. 2 und 3 BGB gleich; dies gilt auch für die nachfolgenden Erörterungen.

27 Übersichtsweise statt Vieler M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 137f.

28 Gsell, Festschr. Huber (2006), 299, 299; Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 3ff. m. w. N.

29 Ob dies als Recht des Gläubigers oder nur als Reflex der fortgesetzten Erfüllungsmöglichkeit zu verstehen ist, möge hier dahinstehen; vergl. grds. zum Recht der zweiten Andienung als eines eigenen Rechts des Schuldners des Näheren Schroeter AcP 207 (2007), 28ff.

30 Finn ZGS 2004, 32, 34.

31 Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 6. In Betracht kommen allerdings Verzicht – dieser kann, allerdings nur ausnahmsweise unter besonderen Umständen, auch in der fortgesetzten Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs zu sehen sein, so Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 7 – und insbes. Verwirkung – dazu mag auch grundlos langes Zögern mit der Entscheidung genügen, so Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 6 –, auch kann der Schadensersatzanspruch unabhängig von seiner Geltendmachung verjährt sein; zu allem MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 98, 100.

32 In dem Unterlassen, diese Frage geklärt zu haben, sieht MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 70 eine der gravierenden Schwachstellen des reformierten Leistungsstörungenrechts.

33 Dazu u. Abschn. IV.

34 Dazu u. Abschn. III.

ger für den Fall, dass er den Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach § 281 Abs. 4 BGB gegenüber dem Schuldner eingefordert hat, auch dann nicht mehr auf den ursprünglichen Leistungsanspruch zurückgreifen kann, wenn der Schadensersatzanspruch am fehlenden Vertretenmüssen des Schuldners, also an den Erfordernissen des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB, scheitert.

III. Bindung an die Erfüllungspräklusion trotz nicht bestehender Schadensersatzhaftung?

Die Antwort auf die zunächst aufzuwerfende Frage, ob die erklärte Entscheidung des Gläubigers für den Schadensersatzanspruch den Erfüllungsanspruch auch dann präkludiert, wenn Schadensersatz mangels Zuvertretenhabe des Schuldners gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB³⁵ nicht erfolgreich verlangt werden kann, ist durchaus nicht offenkundig³⁶.

Die Normgeschichte macht zunächst die Annahme sehr wohl plausibel, dass die Entscheidung für den Schadensersatzanspruch den Erfüllungsanspruch auch dann endgültig ausschließt, wenn der Schadensersatzanspruch an § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB scheitert. Die Kommission zur Reform des Schuldrechts hatte 1993 vorgeschlagen, den Erfüllungsanspruch erst mit dem Bewirken der Leistung zu präkludieren³⁷, was zur Folge gehabt hätte, dass dem Gläubiger alle rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken abgenommen worden wären, ehe er den Erfüllungsanspruch verloren hätte. Dies jedoch ist nicht Gesetz geworden; die Schuldrechtsreform 2002 entschied sich absichtlich dagegen³⁸. Die insoweit in § 281 Abs. 4 BGB im negativen Sinne getroffene Entscheidung hat jedoch zur Folge, dass der Gläubiger das wirtschaftliche Risiko trägt, wenn der Schadensersatzanspruch wegen Vermögenslosigkeit des

Schuldners uneinbringlich ist; denn der Erfüllungsanspruch bleibt ausgeschlossen³⁹, insbesondere sind Widerruf oder Anfechtung der das Schadensersatzverlangen zum Ausdruck bringenden Erklärung unzulässig⁴⁰. Belässt also das geltende Recht das Risiko, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Schuldners falsch eingeschätzt zu haben, beim Gläubiger, indem seine Entscheidung gegen den Erfüllungsanspruch bei Bestand bleibt, kann es plausibel sein, den Gläubiger auch dann an seiner Entscheidung festzuhalten, wenn sich das Rechtsrisiko verwirklicht, fälschlich ein Vertretenmüssen des Schuldners im Sinne des § 281 Abs. 1 Satz 2 BGB angenommen zu haben.

Dieses Ergebnis könnte der Wortlaut des § 281 Abs. 4 BGB positivrechtlich insofern indizieren, als dort nur davon die Rede ist, dass der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt haben muss. Diese Aussage lässt sich nämlich zumindest prima facie so verstehen, dass es nur auf die erklärte Entscheidung des Gläubigers für den Schadensersatz ankomme⁴¹, die zugleich zumindest implizit die Entscheidung des Gläubigers gegen die Aufrechterhaltung seines Erfüllungsanspruchs zum Ausdruck bringt⁴². Könnte der Gläubiger unter diesen Umständen doch wieder auf den Erfüllungsanspruch zurückgreifen, wenn sein Schadensersatzverlangen aus rechtlichen Gründen an § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB scheitert, könnte dies als unzulässiges venire contra factum proprium gegen seine vorher entschiedene Festlegung auf den Schadensersatzanspruch statt des Erfüllungsanspruchs anzusehen sein, das dadurch zu sanktionieren wäre, dass der Erfüllungsanspruch nicht mehr geltend gemacht werden könnte.

Aussagen in Kommentierungen des § 281 Abs. 4 BGB können zumindest auf den ersten Blick die Annahme stützen, dass die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs den Erfüllungsanspruch auch dann präkludiert, wenn der Schadensersatzanspruch wegen § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB an mangelndem Vertretenmüssen des Schuldners scheitert. So fragt sich etwa, ob die eng formulierte Feststellung, dass das Schadensersatzverlangen rechtliche Wirkung nur erzeuge, wenn dem Gläubiger eine Schadensersatzbefugnis gemäß § 281 Abs. 1–3 BGB zusteht⁴³, dahin zu verstehen sei, dass der Eintritt der Wirkungen des § 281 Abs. 4 BGB im Übrigen nicht von

³⁵ Wenig problematisch ist hingegen, dass der Gläubiger durch die Ausübung eines ihm nach § 281 Abs. 4 BGB nur vermeintlich zustehenden Wahlrechts seinen primären Erfüllungsanspruch nicht verliert, wenn er keine Nachfrist nach § 281 Abs. 1 BGB gesetzt hatte in der irrigen Annahme, es lägen die Voraussetzungen des § 281 Abs. 2 BGB vor; dazu Schwab JR 2003, 133, 137f.

³⁶ So etwa auch die Lesart des Bundesrats, vergl. BT-Drs. 14/6857 S. 13 (Nr. 29); ferner Krebs, DB 2000 Beil. Nr. 14, 1, 11; implizit auch Oechsler Schuldrecht Bes. Teil (2003) Rn. 229; anders hingegen Gsell Jb.J.ZivRWiss. 2001, 105, 116.

³⁷ Dazu bereits o. Abschn. I.

³⁸ Bt-Drs. 14/6040, S. 140.

³⁹ AnwK/Dauner-Lieb (12. Aufl. 2012) § 281 Rn. 47.

⁴⁰ MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 106.

⁴¹ Diese Lesart hielt der Bundesrat sogar für naheliegend, vergl. BT-Drs. 14/6857 S. 13 (Nr. 29).

⁴² Das ergibt sich aus dem Erfordernis, dass der Gläubiger erkennbar machen muss, dass er Schadensersatz statt der Leistung verlangt; vergl. zu Letzterem Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 10.

⁴³ So Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 8.

Schadensersatzfordernissen abhängen, die § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB aufstellt. Gleiches gilt für die Aussage, dass die Erklärung des Gläubigers, Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen, ohne dass hierfür die Voraussetzungen vorliegen, ins Leere gehe und es sich damit so verhalte wie bei Ausübung eines Gestaltungsrechts, wenn das vermeintlich ausgeübte Gestaltungsrecht in Wirklichkeit nicht bestehe⁴⁴; denn als die in Bezug genommenen Voraussetzungen ›hierfür‹, nämlich für das Verlangen als solchem, kommen die in § 281 Abs. 1–3 BGB genannten Umstände, also erfolgloser Ablauf eines gesetzten Erfüllungsfrist bzw. Entbehrlichkeit einer solchen oder Abmahnung, in Betracht.

Die vorbezeichneten Lesarten, die die Bindung an die Erklärung im Sinne des § 281 Abs. 4 BGB nur von der Erfüllung der spezifischen Erfordernisse der § 281 Abs. 1–3 BGB und damit in einem engen Normverständnis für den Regelfall nur von der Aufforderung zur Leistung unter Setzung einer angemessenen Frist und von deren erfolglosem Verstreichen abhängig machen, verstehen aber die Norm zu eng⁴⁵. Der Bezug des § 281 Abs. 4 BGB erstreckt sich nämlich über den Tatbestand des § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB schon dadurch auch auf die Haftungserfordernisse beider Sätze des § 280 Abs. 1 BGB, dass schon die textliche Fassung des § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB auf § 280 Abs. 1 BGB als einer der Voraussetzungen für ein im Sinne des § 280 Abs. 3 BGB relevantes Schadensersatzverlangen unter Fristsetzung verweist. Auch das Vertretenmüssen des Schuldners im Sinne des Schadensersatzhaftung mitsteuernden § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB ist daher für die Erfüllung des Tatbestands des § 281 Abs. 4 BGB vorzusetzen⁴⁶. Dies gilt, obwohl § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB das Vertretenmüssen des Schuldners nicht unmittelbar als Voraussetzung der Schadensersatzhaftung vorsieht, sondern das Nichtzuvertretenhaben des Schuldners gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Einwendung gegen den nach den §§ 280 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 i. V. m. 281 Abs. 1–3 BGB ist⁴⁷.

Im Ergebnis bestätigt sich damit auch im Hinblick auf das Erfordernis des Vertretenmüssens, dass die Anwendung des § 281 Abs. 1 BGB für die Fälle der Leistungsverzögerung zwar nicht schon bei Setzung der Frist im Sinne des § 281 Abs. 1 BGB den Eintritt von – gemäß § 286

Abs. 4 BGB ein Vertretenmüssen voraussetzendem – Verzug im Sinne des § 286 BGB erfordert, wohl aber Verzugseintritt spätestens bei erfolglosem Fristablauf⁴⁸. Damit wird zugleich erreicht, dass sich das neue Recht insoweit dem vormaligen § 326 BGB aF. annähert; der Unterschied verringert sich im Wesentlichen dahingehend, dass eine Nachfrist nicht gesetzt werden muss und die Drohung der Erfüllungsablehnung entbehrlich ist.

Dem Gläubiger unter der Voraussetzung eines durch § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB bedingten Scheiterns der Schadensersatzpflicht zu gestatten, seiner vormaligen Erklärung zuwider doch den Erfüllungsanspruch weiter zu verfolgen, ist auch durch den Regelungszweck des § 281 Abs. 4 BGB gedeckt. Die Regelung soll es dem Schuldner ermöglichen, sich unter Klärung einer Schwebelage, in der unterschiedliche Ansprüche alternativ drohen, darauf einzustellen, welchen von diesen er nun letztlich erfüllen müsse⁴⁹. Ein solcher Klärungsbedarf im Sinne der Herbeiführung einer Konzentration von Anspruchsalternativen auf nur einen Anspruch besteht aber objektiv gar nicht, wenn von Rechts wegen feststeht, dass eine Schadensersatzpflicht ausgeschlossen ist. Daher ist in einem solchen Fall die Geltung des Festlegungsmechanismus entbehrlich, den § 281 Abs. 4 BGB zum Vorteil des Schuldners und damit allerdings auch zum Nachteil des Gläubigers bereithält.

Insgesamt ist daher folgende Antwort auf die eingangs genannte Frage zu geben: Scheitert der Schadensersatzanspruch an § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB, ist der Gläubiger frei, trotz seiner zuvor erklärten Entscheidung für den Schadensersatzanspruch wieder den Erfüllungsanspruch geltend zu machen. Anders mag es sich nur ausnahmsweise verhalten, wenn der Gläubiger schon bei seiner Entscheidung wissen sollte, dass der Schadensersatzanspruch an § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB scheitert⁵⁰; denn in diesem Fall kann ein konkludenter Verzicht auf den Erfüllungsanspruch oder eine Verwirkung wegen unzulässigen selbstwidersprüchlichen Verhaltens in Betracht zu ziehen sein.

⁴⁴ So MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 105.

⁴⁵ So auch die Erwiderung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats in BT-Drs. 14/6857 S. 50 zu Nr. 29; Unberath in BeckOK BGB (Stand 1. 3. 2011) § 281 Rn. 50; Weller, Die Vertragstreue (2009), 451.

⁴⁶ AnwK/Dauner-Lieb (2. Aufl. 2012) § 281 Rn. 48; MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 47.

⁴⁷ Bestr.; wie hier Staudinger/Otto (2009) § 280 Rn. D 2ff. m. w. N.

⁴⁸ MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 18; vergl. dort auch Rn. 19 mit dem Hinweis auf Palandt/Grüneberg (72. Aufl. 2013) § 281 Rn. 7, dass alle Voraussetzungen des Verzugs zugleich auch solche des § 281 BGB seien.

⁴⁹ So wird es in Bt-Drs. 14/6040, S. 140 deutlich.

⁵⁰ In einem solchen Fall dürfte ein Schadensersatzverlangen kaum je vorkommen, doch ist dies nicht ausgeschlossen, etwa wenn der Gläubiger zwar um das Fehlen der Schuldnerverantwortung im Sinne des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB weiß, er aber – wie sich erweisen sollte, irrig – davon ausgeht, dass der Schuldner den diesem diesbezüglich obliegenden Beweis nicht führen kann; derartige Sachlagen dürften allerdings wegen § 138 ZPO bedenklich sein und wohl oft einen Prozessbetrug darstellen.

IV. Grenzen der Wahlfreiheit des Gläubigers

1. Das Problem und die Problemgrenzen

Seit Einführung des § 281 Abs. 4 BGB ist umstritten, ob der Schuldner auch dann noch durch Erbringen der primären Erfüllungsleistung befreiend leisten kann und dadurch der Gläubiger sowohl sein Wahlrecht verlieren als auch durch Nichtannahme der ordnungsgemäß angebotenen Leistung in Gläubigerverzug kommen kann, wenn dem Gläubiger das Wahlrecht nach § 281 Abs. 4 BGB zwar schon zustand, er es aber noch nicht durch eine auf Wahl des Schadensersatzanspruchs gerichtete Erklärung gegenüber dem Schuldner ausgeübt hatte. Befürworter⁵¹ einer solchen Möglichkeit des Schuldners und ablehnende Stimmen⁵² sind jeweils so zahlreich und gewichtig, dass von einer herrschenden Auffassung kaum die Rede sein kann.

Nahezu unbestritten ist als Ausgangspunkt, dass der Erfüllungsanspruch auch nach erfolglosem Ablauf der vom Gläubiger gesetzten Erfüllungsfrist fortbesteht, solange der Gläubiger dem Schuldner nicht seine Entscheidung für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs mitgeteilt hat, und dass aus diesem Umstand grundsätzlich zu folgern ist, dass der Schuldner die ihm gegenwärtig obliegende Pflicht erfüllt, wenn er dem Gläubiger die primär geschuldete Leistung in erfüllungstauglicher Weise anbietet⁵³. Nimmt der Gläubiger nun die ihm angebotene Leistung vorbehaltlos als Erfüllung an, so ist dies bei Anwendung der üblichen Regeln zur Auslegung empfangsbedürftiger rechtsgeschäftlicher⁵⁴ Erklärungen aus der da-

für maßgeblichen Sicht des Schuldners in der Regel als Verzicht des Gläubigers zu verstehen, Schadensersatz statt der Leistung⁵⁵ geltend zu machen⁵⁶, und zwar unabhängig davon, ob sich der Gläubiger des Bestehens seines Wahlrechts bewusst ist⁵⁷. Für diesen Fall hat sich damit das Problem der Wahlbefugnis des Gläubigers zu dessen Nachteil erledigt⁵⁸. Dasselbe muss gelten, wenn der Schuldner erfüllt, ohne dass dabei der Gläubiger mitwirkt – in der Praxis kommt hier insbesondere die Geldüberweisung in Betracht⁵⁹, oder etwa eine Dienstleistung –, sofern der Gläubiger nach Kenntnisaufnahme von der Erbringung der Primärleistung nicht unverzüglich der Leistungserbringung widerspricht und soweit, wie allerdings in der Regel anzunehmen ist, dieses Unterlassen dem Leistenden zu verstehen gibt, dass sich der Gläubiger für die Primärleistung entschieden hat.

Die Frage nach den Grenzen der Wahlbefugnis des Gläubigers beschränkt sich damit auf drei Problemfälle. Diese sind einzuordnen zwischen dem Zeitpunkt des Entstehens der Wahlbefugnis nach Maßgabe von § 281 Abs. 1 und 3, also in der Regel beginnend mit dem fruchtlosen Ablauf der gesetzten Erfüllungsfrist, und der im vorbezeichneten Sinne vollzogenen Annahme der Primärleistung, sei es durch Mitwirkung bei der Erfüllung oder der als Akzept zu verstehenden Hinnahme einer ohne Gläubigermitwirkung geschehenen Erfüllung. Die drei problematischen Sachlagen sind wie folgt zu umreißen:

Zunächst ist zu fragen, ob der Gläubiger sein Wahlrecht behält, wenn er die Primärleistung ohne sein Zutun empfangen hat, er diese aber unverzüglich ablehnt, nachdem er von der Leistung des Schuldners zum Zweck der Erfüllung des Primäranspruchs erfahren hat. Ferner ist zu untersuchen, ob der Gläubiger einen Schadensersatzanspruch noch in dem Zeitpunkt, in dem ihm der Schuldner die Primärleistung verspätet, aber erfüllungstauglich anbietet, geltend machen und damit gemäß § 281 Abs. 4 BGB den Erfüllungsanspruch ausschließen kann, wenn

51 Althammer NJW 2006, 1179, 1181; Derleder/Hoolmans NJW 2004, 2787, 2790; Faust, Festschr. Huber (2006) 239, 246ff.; Heinrichs, Festschr. Derleder (2005) 87, 107; M. Jacobs, Festschr. Otto (2008) 137, 141ff.; S. Lorenz NJW 2005, 1889, 1892; ders., Karlsruher Forum 2005, 5, 86ff.; Schroeter AcP 207 (2007) 28, 43ff.; Jauernig/Stadler (15. Aufl. 2013) § 281 Rn. 15; MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 78ff.

52 Bressler NJW 2004, 3382, 3385; Canaris, Karlsruher Forum 2002, 5, 49; Finn ZGS 2004, 32, 33ff.; Gsell Jb.J.ZivRWiss. 2001, 105, 115; Schwab JR 2003, 133, 134; AnwK/Dauner-Lieb (12. Aufl. 2012) § 281 Rn. 52; Palandt/Grüneberg (72. Aufl. 2013) § 281 Rn. 49; Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 8; wohl auch Erman/H.P.Westermann (13. Aufl. 2011) § 281 Rn. 20; zum Rücktrittsrecht ebenso H. Hanau NJW 2007, 2806, 2808.

53 So statt Vieler sowohl einerseits MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 82 als auch andererseits Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 3; Weller, Die Vertragstreue (2009), 511 mwN; aA (wohl nur) Kleine/Scholl NJW 2006, 3462, 3462f.

54 Die geschäftsähnliche Handlung, um die es sich bei der Wahlklärung des Gläubigers handelt, ist nach denselben Regeln wie eine rechtsgeschäftliche Erklärung auszulegen.

55 Unberührt bleibt die Möglichkeit, Verzugschaden nach den §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB geltend zu machen.

56 Gsell, Festschr. Huber (2006) 299, 303; AnwK/Dauner-Lieb (12. Aufl. 2012) § 281 Rn. 5; Palandt/Grüneberg (72. Aufl. 2013) § 281 Rn. 49; Erman/H.P.Westermann (13. Aufl. 2011) § 281 Rn. 20; jurisPK/Alpmann (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 68.

57 MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 79.

58 Dies ist, zumindest im Ergebnis, wohl unbestritten; so etwa M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 141 mwN in Fn. 20; ferner Canaris, Karlsruher Forum 2002, 5, 49; Finn ZGS 2004, 32, 37; S. Lorenz NJW 2005, 1889, 1892 Fn. 50; ders., Karlsruher Forum 2005, 5, 86ff.; Weller, Die Vertragstreue (2009), 511.

59 Vergl. Finn ZGS 2004, 32, 35; MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 79.

der Gläubiger die ihm in Annahmeverzug begründender Weise angebotene Primärleistung zurückweist.

Schließlich ist problematisch, ob der Gläubiger sein Wahlrecht schon in der Zeitspanne nach dem Entstehen der Wahlbefugnis nach § 281 Abs. 4 BGB, aber vor der Erfüllung bzw. dem erfüllungstauglichen, Annahmeverzug begründenden Leistungsangebot des Schuldners verlieren kann oder er es zumindest zeitweise nicht ausüben darf. Abgesehen von den besonderen Sachlagen einesteils des Verzichts auf das Wahlrecht⁶⁰ und anderenteils der Verwirkung des Wahlrechts, etwa bei unbegründetem Verstreichen erheblicher Zeit ohne Entscheidung des Gläubigers für den Schadensersatz und darauf gründendem Vertrauen des Schuldners auf dauerhaftes Nichteinfordern von Schadensersatz⁶¹, kommt es hier insbesondere darauf an, ob der Schuldner es in anderer Weise als durch Erbringen bzw. annahmeverzugsbegründendem Angebot der Primärleistung – namentlich durch Aufforderung, sich über die Wahl zu erklären – in der Hand hat, die Wahlbefugnis des Gläubigers zu begrenzen. Es mögen auch sonst Sachlagen in Betracht zu ziehen sein, in denen sich der Gläubiger zumindest zeitweilig nicht für den Schadensersatzanspruch entscheiden darf; in diesen Fällen geht es um die Unzulässigkeit einer Gläubigerentscheidung zur Unzeit.

2. Wahlfreiheit nach Erfüllung ohne Gläubigermitwirkung?

Die Entscheidung muss auch in diesem Fall Ihren Ausgang bei dem Umstand nehmen, dass der Schuldner solange, wie sich der Gläubiger nicht für den Schadensersatzanspruch ausgesprochen hat, trotz erfolglosen Ablaufs der ihm gesetzten Leistungsfrist die Erfüllung des Primäranspruchs schuldet und er daher lediglich das bewirkt hat, wozu er verpflichtet ist⁶². Die Wirkungen der Schuldbefreiung sind daher voraussetzungsgemäß eingetreten. Die Schuldbefreiung durch Erbringen der geschuldeten Primärleistung wird auch dem zunächst, d. h. zumindest bis zum Fristablauf bestehenden Interesse des Gläubigers an

der primär geschuldeten Erfüllung gerecht. Ihn daran auch noch zur Zeit der Leistungserbringung festzuhalten, ist auch sachgerecht, weil der Gläubiger dieses Interesse, mag es auch nach eigener Einschätzung mit dem fruchtlosen Ablauf der von ihm gesetzten Erfüllungsfrist entfallen sein, zur Zeit der Leistungserbringung im Verhältnis zum Schuldner nicht durch Ausübung des ihm nach § 281 Abs. 4 BGB zustehenden Wahlrechts revoziert hatte, obwohl bzw. weil und soweit der Gläubiger – wie im Regelfall anzunehmen ist – dazu Gelegenheit hatte⁶³.

Wird diese Argumentation als maßgeblich angesehen, so ist folgerichtig nur – aber doch auch immerhin –, eine Ausnahme⁶⁴ in dem Sinne anzuerkennen, dass sich der Gläubiger trotz erfüllungstauglichen Angebots der Primärleistung zwischen Fristablauf und seiner erklärten Wahl des Schadensersatzanspruchs noch für letzteren entscheiden – und damit auch den Annahmeverzug abwenden – kann, wenn ihm die Primärleistung so kurz nach Ablauf der gesetzten Frist angeboten wird, dass er bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht hinreichend Gelegenheit hatte, sich die Wahl zwischen Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch zu überlegen⁶⁵. Damit ist dem Umstand Rechnung getragen, dem Gläubiger eine sachlich nötige, aber auch hinreichende Überlegungsfrist zu geben; ein Anreiz zu einer Entscheidung, die als übereilt zu qualifizieren wäre⁶⁶, besteht daher nicht.

Gegen die Möglichkeit des Schuldners, die Wahlbefugnis des Gläubigers durch Leistungserbringung zu beenden, wird eingewendet, dass diese Lösung das Recht des Gläubigers, Schadensersatz zu verlangen, von einer im Tatbestand des § 281 Abs. 4 BGB nicht enthaltenen Voraussetzung abhängig macht, nämlich von dem Umstand, dass der Schuldner zur Zeit des Schadensersatzverlangens noch nicht geleistet haben darf⁶⁷. Dieses Bedenken ist jedoch nicht zu teilen. Da die Rechtsfolge, dass die Wahlfreiheit unter den genannten Umständen endet, die rechts-

⁶⁰ MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 73, 100. – Im weiteren, auch klageweisen Verlangen der primären Leistung, das als solches das Wahlrecht nicht beendet, kann je nach Auslegung ein Verzicht auf die Wahl des Schadensersatzanspruchs liegen; vergl. BGH NJW 2006, 1198 Tz. 15 (zum Rücktritt); MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 75; Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 7.

⁶¹ S. Lorenz, *Karlsruher Forum* 2005, 5, 88; MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 100; Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 8.

⁶² Dieser Ausgangspunkt wird wohl allseits akzeptiert; so etwa auch Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 3.

⁶³ Zu allem in diesem Sinne MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 82f.; Althammer NJW 2006, 1179, 1181; Finn ZGS 2004, 32, 37; Schroeter AcP 207 (2007) 28, 45f.; Erman/H.P.Westermann (13. Aufl. 2011) § 281 Rn. 20.

⁶⁴ Der Fall des § 281 Abs. 2, 2. Alt. BGB – Entbehrlichkeit der Fristsetzung gemäß § 281 Abs. 1 BGB, weil ein anerkanntes Interesse an sofortiger Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs anzuerkennen ist –, rechtfertigt keine weitere Ausnahme; siehe dazu Näheres im Folgenden.

⁶⁵ MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 82 u. 86; Schroeter AcP 207 (2007) 28, 46; wohl auch Erman/H.P.Westermann (13. Aufl. 2011) § 281 Rn. 20; Heinrichs, *Festschr. Derleder* (2005) 87, 107; auch insoweit allerdings aA Faust, *Festschr. Huber* (2006) 239, 248f.

⁶⁶ So aber Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 3.

⁶⁷ Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 3.

logische Folge des in § 281 Abs. 4 BGB vorausgesetzten und anerkannten Fortbestands des primären Erfüllungsanspruchs ist, wird auf der Tatbestandsseite der Norm keine weitere Voraussetzung eingeführt. Und wenn man dies anders sehen wollte, so wäre doch gerade vertretbar, aus der dargestellten Rechtsfolgenlogik zu erschließen, dass diese Wahlbeschränkung im Regelungsprogramm des § 281 Abs. 4 BGB so impliziert ist, dass dieser Umstand gerade in Ermangelung einer gegenteiligen expliziten Regelung zu den begrenzenden Voraussetzungen der Normanwendung gehört.

Insbesondere wird gegen die Beschränkung der Entscheidungsmöglichkeit des Gläubigers durch Erbringung der Primärleistung vorgebracht, dass dieser Effekt den Wertungen von §§ 281 Abs. 1 BGB widerspreche; denn das Interesse des Schuldners an der Leistungserbringung sei mit Erfüllung eines der diesbezüglichen Tatbestände nicht mehr schutzwürdig, vielmehr solle nun der Wille des Gläubigers entscheiden⁶⁸. Auch diesem Argument ist nicht beizutreten, selbst wenn dessen Grundannahme akzeptiert wird. Das Wahlrecht wird dem Gläubiger nämlich nicht genommen, sofern er es nur innerhalb angemessener Frist nach Entstehen seines Wahlrechts ausübt⁶⁹. Daher ist die Sachfrage dahingehend zu präzisieren, ob das Wahlrecht des Gläubigers auch dann noch schützenswert ist, wenn der Gläubiger sich nicht innerhalb einer angemessenen Überlegungsfrist für den Schadensersatz entscheidet, oder ob für diesen Fall nicht doch die Tatsache stärker ins Gewicht fällt, dass der Erfüllungsanspruch fortbesteht und daher der Schuldner mit der Erfüllungspflicht weiter so im Obligo ist, dass er mit der weiteren Inanspruchnahme auf Erfüllung ebenso wie mit einem Schadensersatzbegehren des Gläubigers rechnen muss und er sich daher zur Erbringung der Primärleistung weiterhin berufen sehen darf. In Anbetracht dieser nötigen Differenzierung der Problematik ist aber dem § 281 Abs. 4 BGB nichts in dem Sinne zu entnehmen, dass die Wahlbefugnis des Gläubigers unter allen Umständen Vorrang hat.

Bei Heranziehung der Normentwicklungsgeschichte wird im Gegenteil nicht nur deutlich, dass die Wahlbefugnis des Gläubigers im Abgleich mit den Interessen des

Schuldners keineswegs unbedingt prioritär ist. Vielmehr belegt die historische Normauslegung sogar, dass der Schuldner seine Ungewissheit über den möglichen Inhalt seiner Inanspruchnahme gerade dadurch sollte beenden können, dass er die unter den Voraussetzungen des § 281 Abs. 4 BGB weiterhin geschuldete Primärleistung vor der Entscheidung des Gläubigers für die Schadensersatzpflicht erbringt⁷⁰. Damit ist nicht nur der Weg zur Beendigung der Schwebelage vorgezeichnet, sondern auch erkennbar vorausgesetzt, dass dem Erfüllungsanspruch des Gläubigers ein Erfüllungsrecht des Schuldners korrespondiert, auch wenn dies zur Folge hat, dass diese Erfüllungsbefugnis das Wahlrecht des Gläubigers nach § 281 Abs. 4 BGB begrenzt⁷¹.

Diese Lösung hat auch die Sachrichtigkeit für sich. Auch die gegenteilige Auffassung, die den Vorrang der Wahlfreiheit behauptet, begrenzt nämlich das von ihr behauptete Prinzip dadurch, dass der Schuldner den Gläubiger auf den Erfüllungsanspruch soll festlegen können, indem der Schuldner den Gläubiger zur Entscheidung in angemessener Frist auffordert⁷². Verhält es sich aber so, wird das Wahlrecht des Gläubigers zu dessen Nachteil sogar noch weiter als nach der hier vertretenen Lösung eingeschränkt, da schon die Aufforderung zur Entscheidung genügen soll; bei Respektierung des vom Normurheber vorgestellten Weges wird hingegen vom Schuldner immerhin erwartet, dass er seine Leistung auch tatsächlich dem Gläubiger annahmeverzugsbegründend anbietet.

Dem Wahlrecht des Gläubigers trotz Leistungserbringung des Schuldners⁷³ in der Schwebezeit ist selbst dann nicht der Vorrang zuzuerkennen und das Wahlrecht als fortbestehend anzusehen, wenn § 281 Abs. 4 BGB auf Grund des § 281 Abs. 2, 2. Alt. BGB anwendbar ist⁷⁴. Der Fall des § 281 Abs. 2, 2. Alt. BGB liegt nämlich tatbestandlich nur vor, wenn ein überwiegendes Interesse des Gläubigers die »sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs« rechtfertigt. Dieses Interesse muss indessen nicht nur objektiv bestehen. Vielmehr muss der Gläubiger die so geartete Sachlage auch für sich in dieser Weise subjektiv bewerten und dem gemäß agieren, sobald er von den objektiv den Interessefortfall konstituierenden Umständen erfährt. Dazu gehört, den Fortfall des Erfüllungsinteresses, der das Ausmaß einer den Fortbestand des

⁶⁸ Finn ZGS 2004, 32, 34f.; Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 3.

⁶⁹ Dazu ist auf das oben Ausgeführte zu verweisen; dort wurde im Übrigen bereits dargelegt, dass auch kein sachlich unangemessener Anreiz zu einer übereilten Schadensersatzwahl gesetzt wird (so aber Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 3), wenn bzw. weil dem Gläubiger eine angemessene Entscheidungsfrist auch dann noch zugewilligt wird, wenn der Schuldner ihm die Primärleistung noch kurze Zeit nach Ablauf der gesetzten Frist geleistet haben sollte.

⁷⁰ BT-Drs. 14/6040, S. 140.

⁷¹ Schroeter AcP 207 (2007) 28, 45.

⁷² Vergl. dazu Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 3.

⁷³ Gleich steht auch hier das annahmeverzugsbegründende Angebot der Leistung.

⁷⁴ Anders, und zwar für diesen Fall erst recht, Staudinger/Otto/Schwarze (2012) § 281 Rn. D 3.

Erfüllungsanspruchs ausschließenden Beeinträchtigung haben muss, gegenüber dem Schuldner unverzüglich zumindest konkludent zum Ausdruck zu bringen, indem der Gläubiger statt der Erfüllung die – wie es der Tatbestand der Norm unmittelbar ausdrückt – ›sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs‹ wegen Fortfalls seines Erfüllungsinteresses verlautbart. Unterbleibt dies, sind die tatbestandlichen Erfordernisse der Norm nicht erfüllt. Hat der Gläubiger allerdings seinen Wegfall des Erfüllungsinteresses kundgetan, hat er zugleich sein Wahlrecht nach § 281 Abs. 4 BGB im Rahmen einer angemessenen Überlegungsfrist ausgeübt; alsdann besteht also keine Ungewissheit über den Fortbestand des primären Erfüllungsanspruchs, die beendet werden müsste⁷⁵.

Im Ergebnis ist daher die Möglichkeit des Schuldners anzunehmen, die Wahlbefugnis des Gläubigers zu beenden, indem der Schuldner die weiterhin geschuldete Primärleistung noch vor der Entscheidung des Gläubigers erbringt – und zwar unabhängig davon, ob der Gläubiger bei der Erfüllung mitwirkt. Eine Ausnahme ist insoweit zu machen, als der Gläubiger die Leistung unter dem Vorbehalt demnächstiger Ausübung seines Wahlrechts zurückweisen kann und sein Wahlrecht behält, wenn er bis zur Leistungserbringung oder bis zum annahmeverzugsbegründenden Angebot noch keine hinreichende Gelegenheit hatte, sich über die Ausübung seiner Wahlmöglichkeit schlüssig zu werden.

Die unverzügliche Entscheidung des Gläubigers nach Maßgabe des § 281 Abs. 4 BGB ist daher keine Rechtspflicht des Gläubigers, im Ergebnis aber eine Obliegenheit; der Gläubiger trägt einen Rechtsnachteil, wenn er seine Wahl nicht tunlichst schleunig ausübt⁷⁶. Das ist ein auch unter praktischem Gesichtspunkt überzeugendes Resultat. Es erspart nämlich verkomplizierende Weiterungen des Inhalts, andere Möglichkeiten des Schuldners zur Begrenzung des Wahlrechts des Gläubigers einführen zu müssen⁷⁷; so etwa namentlich mittels einer im Fall des Schweigens durch die Begrenzung der Wahlbefugnis sanktionierten Aufforderung des Schuldners, dass der Gläubiger seine Wahl zwischen Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch treffen möge⁷⁸. Dies zu vermeiden ist im Übrigen auch deshalb

geboten, weil dieses Verfahren mit der eindeutig ablehnenden Auffassung des Gesetzgebers⁷⁹ zu dieser Hilfslösung kollidiert. Und schließlich belastet diese Lösung den Gläubiger nicht ungebührlich, hatte er doch nach genügender Bedenkzeit Gelegenheit, durch Erklärung seiner Entscheidung für den Schadensersatz dem Schuldner die Möglichkeit zur befreienden Erbringung der Primärleistung zu nehmen⁸⁰. Dass schließlich diese Lösung einen ›Wettkampf‹ zwischen der Erfüllung des Primärleistungsanspruchs durch den Schuldner und der Entscheidung des Gläubigers nach § 281 Abs. 4 BGB auslöst, ist übrigens im Interesse einer möglichst schnellen Beendigung der Ungewissheitslage eher ein Vorteil denn ein Mangel⁸¹.

3. Wahlfreiheit bei Annahmeverzug begründendem Angebot?

Vom Fall der ohne Gläubigermitwirkung veranlassten, aber von diesem unverzüglich zurückgewiesenen Erfüllung zu unterscheiden ist es, wenn der Schuldner die Primärleistung zwar verspätet, aber sonst erfüllungstauglich in einer nach Maßgabe des §§ 293 ff. BGB annahmeverzugsbegründenden Weise⁸² angeboten hat. Zu fragen ist auch hier, ob der Gläubiger unter diesen Umständen noch einen Schadensersatzanspruch geltend machen und damit gemäß § 281 Abs. 4 BGB den Erfüllungsanspruch ausschließen kann.

In dieser Sachlage ist die Zurückweisung der angebotenen Leistung zwar notwendig, um die vorgenannten Folgen eines in der Annahme liegenden Verzichts auf das Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung zu vermeiden. Allerdings ist die Zurückweisung des Leistungsangebots als solche nicht hinreichend, um schon darin zwingend die Wahl des Schadensersatzes zu sehen, die den Erfüllungsanspruch des Gläubigers präkludiert⁸³.

⁷⁵ Wird § 281 Abs. 4 BGB richtigerweise auch im Fall des § 282 BGB angewendet (Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 282 Rn. 52), gilt das hier zum Fall des § 281 Abs. 2, 2. Alt. BGB Ausgeführte entsprechend.

⁷⁶ Vergl. in diesem Sinne auch Derleder/Hoolmans NJW 2004, 2787, 2791.

⁷⁷ Vergl. den Hinweis bei Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 3 auf diese Möglichkeit, die zugleich eine Notwendigkeit wäre.

⁷⁸ Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 6.

⁷⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 140.

⁸⁰ Vergl. in diesem Sinne Faust, Festschr. Huber (2006) 239, 246.

⁸¹ Anders Finn ZGS 2004, 32, 35.

⁸² Dies richtet sich nach den §§ 293 ff. BGB. Da nach Fälligkeitseintritt und Ablauf der Frist gemäß § 281 Abs. 1 BGB bzw. unter den Umständen des § 281 Abs. 2 BGB kein maßgeblicher vertraglicher Leistungszeitpunkt besteht, kann der Schuldner die Leistungserbringung gemäß § 299 BGB ankündigen, was dem Gläubiger Gelegenheit gibt, sich noch vor dem annahmeverzugsbegründenden Angebot der Primärleistung für den Schadensersatzanspruch zu entscheiden; dazu Gsell, Festschr. Huber (2006) 299, 305 f.; Faust, Festschr. Huber (2006) 239, 250; M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 146; MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 85.

⁸³ Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 3; insoweit nicht anders auch MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 79 i. V. m. Rn. 85

Es gibt keine Pflicht des Gläubigers, sich unter bestimmten Umständen, namentlich beim Angebot der Primärleistung, über seine Wahl zu erklären⁸⁴; die Zurückweisung hat daher nicht notwendigerweise den Erklärungsgehalt einer Entscheidung für den Schadensersatzanspruch⁸⁵. Vielmehr kommt es auf den Einzelfall an, ob die Zurückweisung unter den Umständen des jeweiligen Falls nach den auch für rechtsgeschäftsähnliche Akte entsprechend geltenden Regeln zur Auslegung von empfangsbedürftigen Willenserklärungen aus Empfängersicht als eine diesbezügliche Wahl des Gläubigers verstanden werden darf und muss⁸⁶. Bei Fehlen sonstiger besonderer, gegen eine solche Entscheidung des Gläubigers gegen den Erfüllungs- und damit für den Schadensersatzanspruch liegender Umstände – mithin unter diesen Umständen im Zweifel – wird man diesen Erklärungsgehalt, d. h. die Entscheidung des Gläubigers für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, allerdings annehmen können⁸⁷.

Von der Frage, unter welchen Umständen eine Erklärung des Gläubigers, Schadensersatz und nicht Erfüllung verlangen zu wollen, als zugangsbedürftige rechtsgeschäftsähnliche Erklärung dieses Inhalts vorliegt, ist allerdings die vorgeordnete Frage zu unterscheiden, ob eine Erklärung, die eine Wahl des Schadensersatzes bei gleichzeitiger Beendigung des Erfüllungsanspruchs beinhaltet, noch im oder nach dem Zeitpunkt des erfüllungstauglichen Angebots der Primärleistung bei vorausgesetzt gegenwärtigem Fortbestand des diesbezüglichen Primäranspruchs des Empfängers, also in der Regel bei oder nach Eintritt von Annahmeverzug, zulässig und damit rechtlich wirksam ist.

Diese Frage wird zu verneinen sein⁸⁸. Annahmeverzug des Gläubigers beendet nach allgemeinen Grundsätzen

etwa schon zuvor entstandenen Schuldnerverzug⁸⁹. Dieser aber ist in der Regel objektiv⁹⁰ die Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 281 Abs. 1 und 2 BGB, von der das Entstehen des Wahlrechts aus § 281 Abs. 4 BGB abhängt. Den Fortbestand dieses Wahlrechts alsdann mit der Dauer des Schuldnerverzugs zu verbinden und damit auch dieses Wahlrecht mit dem Ende des Schuldnerverzugs zu beenden, ist daher sachlich angemessen;⁹¹ denn dies trägt dem Umstand Rechnung, dass die Leistungsverzögerung entfallen ist, die der rechtfertigende Anlass für die Zubiligung des Wahlrechts war. Ferner vermeidet die Beendigung des Wahlrechts bei Eintritt von Annahmeverzug auch Wertungswidersprüche⁹², wenn und soweit⁹³ das Wahlrecht in den Fällen entfällt, in denen der Schuldner ohne Gläubigermitwirkung befreiend leisten kann⁹⁴ und daher der Gläubiger praktisch keine Gelegenheit zur Zurückweisung der Leistung zur Zeit des Annahmeverzugs begründenden Leistungsangebots hat. Schließlich ist dieses Verfahren zur Beendigung der Schwebelage auch im Sinne des Normurhebers. Wenn nämlich angenommen wurde, dass der Schuldner die Ungewissheit über die Ausübung des Wahlrechts durch den Gläubiger dadurch sollte beenden können, dass er die nach dem Schuldverhältnis geschuldete Leistung erbringt⁹⁵, stünde diese Klärungsmöglichkeit doch zur Disposition des Gläubigers, wenn dieser die Erbringung der geschuldeten Leistung, obwohl erfüllungstauglich angeboten, schlicht durch Verweigerung der Annahme der Leistung als Erfüllung verhindern könnte und dies zur Folge hätte, dass er sein Wahlrecht nach § 281 Abs. 4 BGB behielte⁹⁶.

Eines Rückgriffs auf § 242 BGB und das daraus abgeleitete Verbot des selbstwidersprüchlichen Verhal-

insofern, als eben nur im Zweifel also nicht stets und daher notwendigerweise hinreichend – in der Zurückweisung der Primärleistung eine Entscheidung für den Schadensersatzanspruch im Sinne des § 281 Abs. 4 BGB zu sehen ist.

84 Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 3; Derleder/Hoolmans NJW 2004, 2787, 2790.

85 Auch mit Hilfe des § 242 BGB unter dem Aspekt des unzulässigen selbstwidersprüchlichen Verhaltens ist dies nicht zu überwinden; aA wohl Erg. Canaris, Karlsruhe Forum 5, 49.

86 MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 85.

87 So wohl MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 85.

88 Wie hier im Erg. Canaris ZRP 2001, 329, 334; Faust, Festschr. Huber (2006) 239, 249 f.; M. Jacobs, Festschr. Otto (2008) 137, 145 ff.; MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 85; aA Finn ZGS 2004, 32 ff.; Gsell, Festschr. Huber (2006) 299, 303 ff. u. bereits dies., Jb.J. ZivRWiss. 2001, 105, 115; Heinrichs, Festschr. Derleder (2005) 87, 107; AnwK/Schmidt-Kessel (2. Aufl. 2012) §§ 294–296 Rn. 17; jurisPK/Alpmann (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 69.

89 BGH NJW 2007, 2761 Tz. 7 und statt Vieler Palandt/Grüneberg (72. Aufl. 2013) § 286 Rn. 37.

90 Auf ein Zuvertretenhaben im Sinne des § 286 Abs. 4 BGB kommt es allerdings nicht an.

91 Annahmeverzug und Beendigung des Schuldnerverzugs, aber wohl dennoch den Fortbestand des Wahlrechts des Gläubigers annehmend, Unberath in BeckOK BGB (Stand 1. 3. 2011) § 281 Rn. 49.

92 Der diesbezügliche Einwand von Finn ZGS 2004, 32, 35 geht daher fehl.

93 Soweit das Wahlrecht nicht ausgeübt werden konnte, weil der Gläubiger bis zum annahmeverzugsbegründenden Angebot keine angemessene Zeit zur Entscheidung über die Ausübung seines Wahlrechts hatte, gilt das bei der Erfüllung dazu Ausgeführte hier sinngemäß (vergl. dazu o. Abschn. IV.2.), so dass insoweit der Annahmeverzug das Wahlrecht nicht ausschließt; vergl. dazu ebenso Derleder/Hoolmans NJW 2004, 2787, 2789.

94 Näher zu dieser Sachlage o. IV. 2.

95 Bt-Drs. 14/6040, S. 140.

96 M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 147.

tens⁹⁷ bedarf es daher nicht, um die Befugnis des Gläubigers, sich nachmals noch für die Wahl des Schadensersatzes zu entscheiden, als ausgeschlossen anzusehen.

4. Beschränkung der Wahlfreiheit vor Erfüllung und Annahmeverzug begründendem Angebot?

Der Gläubiger könnte sein nach § 281 Abs. 4 BGB zunächst entstandenes Wahlrecht schon in der Zeit vor der Erfüllung bzw. vor dem Annahmeverzug begründenden Leistungsangebot des Schuldners verlieren oder es zumindest zeitweise nicht ausüben dürfen, ohne dass die Sach- und Rechtslagen eines das Schadensersatzbegehren betreffenden Verzichts auf das Wahlrecht oder einer Verwirkung der Befugnis zur Wahl des Schadensersatzes vorliegen. Die Begrenzung der Wahlfreiheit des Gläubigers ist praktisch wohl insbesondere von Belang, wenn die zur Erfüllung erforderliche Leistungshandlung komplex, zeitlich gestreckt oder sonst aufwendig ist⁹⁸. In Betracht kommen hier namentlich Arbeits-, Dienst- und Werkleistungen, aber auch Warenlieferungen mit zeit- und kostenträchtigen Maßnahmen, wie insbesondere bei Erfordernis von Transporten in Fällen einer Schick- oder Bringschuld, bei denen Annahmeverzug in der Regel nicht ohne besondere, kräftebindende und kostenträchtige Bemühung des Schuldners zu erreichen ist. In solchen Fällen⁹⁹ ist zu erkennen und anzuerkennen¹⁰⁰, dass dem Schuldner an zügiger Klärung der Frage gelegen ist, ob er sich fortgesetzt um das Erbringen der weiterhin geschuldeten Primärleistung bemühen darf, sollte oder muss. Ein Klärungsbedarf besteht dabei gerade deswegen, weil das Wahlrecht gemäß § 281 Abs. 4 BGB nicht zeitlich begrenzt ist; insbesondere unterliegt es nicht der Verjährung, da es sich bei der Wahlbefugnis selbst – anders als bei den aus seiner Ausübung folgenden Rechtskonsequenzen – nicht um einen Anspruch handelt und eine Sonderregelung,

⁹⁷ In diesem Sinne Canaris, *Karlsruher Forum* 2002, 5, 49; Finn *ZGS* 2004, 32, 37.

⁹⁸ S. Lorenz, *Karlsruher Forum* 2005, 5, 87. Es ist daher nicht generell zu sagen, dass der Schuldner eines Schutzes nicht bedürfe, sofern er gar keine Leistungshandlungen unternimmt; so aber Gsell, *Festschr. Huber* (2006) 299, 302.

⁹⁹ Ein Bedürfnis für einen Schuldnerschutz in der hiernach dargestellten Weise besteht hingegen nicht, wenn die geschuldete Leistung von der Art ist, dass der Schuldner die Primärleistung ohne besonderen Aufwand unmittelbar erbringen und dem gemäß den Gläubiger in Annahmeverzug versetzen kann; insoweit genügt das unter o. Abschn. IV.2. beschriebene Verfahren.

¹⁰⁰ Statt vieler H. Hanau *NJW* 2007, 2806, 2806 f.

wie sie etwa § 218 BGB für Rücktrittsfälle enthält, nicht besteht¹⁰¹.

Unter den eingangs umrissenen zeitlichen Umständen kommen unterschiedliche tatsächliche Verhältnisse in Betracht. Sie lassen sich insbesondere danach ordnen, ob ein Beteiligter und gegebenenfalls welcher der Beteiligten in der Weise initiativ wird, dass der primäre Erfüllungsanspruch weiterverfolgt wird.

a) Erfüllungsverlangen des Gläubigers – Hemmungswirkung

Verlangt der Gläubiger Erfüllung, während ihm schon das Wahlrecht gemäß § 281 Abs. 4 BGB zusteht, so bindet ihn dies zeitweilig, nämlich für die zu erwartende Dauer der nachgesuchten Leistungserbringung, unter dem Rechtsgesichtspunkt der Unzulässigkeit eines widersprüchlichen Verhaltens. Ein solches Verlangen impliziert, dass der Gläubiger bereit ist, dem Schuldner die Zeit zu gewähren, die nach dem aktuellen, dem Gläubiger bekannten Stand der Leistungserstellung zur Erfüllung nötig ist. Innerhalb der so bestimmten Zeitspanne ist der Übergang auf den Schadensersatzanspruch unzulässig¹⁰².

Wird bei Ablauf der damit bestehenden, weiteren Frist zur Erfüllung nicht geleistet, kann der Gläubiger allerdings unmittelbar wieder Schadensersatz wählen, und zwar insbesondere ohne dass es einer diesbezüglichen Ankündigung oder einer weiteren Fristsetzung bedürfte¹⁰³. Dies ist folgerichtig, weil das Leistungsverlangen die Wahlbefugnis nur auf Zeit hemmt, aber die bereits entstandene Wahlfreiheit nicht dem Grunde nach beseitigt. Eine weitergehende Präklusion der Wahlfreiheit, etwa unter dem Aspekt

¹⁰¹ Statt vieler MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 97, 99; Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 6.

¹⁰² Zutr. Althammer *ZGS* 2005, 375, 377; ders. *NJW* 2006, 1179, 1181; Faust, *Festschr. Huber* (2006) 239, 241; M. Jacobs, *Festschr. Otto* (2008), 137, 153f.; Kleine/Scholl *NJW* 2006, 3462, 3463; S. Lorenz, *Karlsruher Forum* 2005, 86; AnwK/Dauner-Lieb (2. Aufl. 2012) § 281 Rn. 53; Erman/H.P.Westermann (13. Aufl. 2011) § 281 Rn. 20; MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 101; Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 7; Unberath in *BeckOK BGB* (Stand 1. 3. 2011) § 281 Rn. 49; jurisPK/Alpmann (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 70.

¹⁰³ Althammer *ZGS* 2005, 375, 377f.; ders. *NJW* 2006, 1179, 1180; Faust, *Festschr. Huber* (2006) 239, 241; M. Jacobs, *Festschr. Otto* (2008), 137, 14; Kleine/Scholl *NJW* 2006, 3462, 3463; Weller, *Die Vertragstreue* (2009), 453f.; Wieser *NJW* 2003, 2432, 2433; AnwK/Dauner-Lieb (2. Aufl. 2012) § 281 Rn. 53; Erman/H.P.Westermann (13. Aufl. 2011) § 281 Rn. 20; MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 101; jurisPK/Alpmann (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 70; vergl. zur Parallelfrage beim Rücktritt BGH *NJW* 2006, 1198, 1199; aA Schwab *JR* 2003, 133, 135; Jauernig/Stadler (15. Aufl. 2013) § 281 Rn. 15.

des Verzichts, ist in der Regel, wenn keine besonderen weiteren Umstände vorliegen, ebenso wenig anzunehmen¹⁰⁴, wie dies im Fall des Rücktrittsrechts nach § 323 Abs. 1 BGB hinsichtlich des Fortbestands des Rücktrittsrechts gilt, wenn der Gläubiger zunächst weiterhin Erfüllung verlangt hatte¹⁰⁵.

Anders stellt sich die Sach- und Rechtslage dar, wenn sich der Gläubiger passiv verhält, indem er sich in keiner Weise erklärt. In solchen Fällen ist des Weiteren danach zu fragen, ob es einen Unterschied macht, wenn der Schuldner beim Gläubiger um eine Entscheidung über die Ausübung seines Wahlrechts gemäß § 281 Abs. 4 BGB nachsucht.

b) Initiativlosigkeit beider Beteiligten – Präklusion der Wahlbefugnis nach Ablauf angemessener Erklärungsfrist

Unabhängig davon, ob der Schuldner den Gläubiger zur Entscheidung auffordert, ist das Interesse des Schuldners an der Klärung, ob er die voraussetzungsgemäß ganz oder teilweise noch nicht erbrachte Primärleistung weiterhin erbringen darf oder muss und er sich daher leistungsbereit halten kann oder soll¹⁰⁶, tatsächlich nicht von der Hand zu weisen, insbesondere wenn es sich um einen komplexen, zeitlich gestreckten und damit aufwendigen Prozess der Leistungserbringung handelt¹⁰⁷. Fraglich ist allerdings, ob dieses tatsächlich nachvollziehbare Interesse auch rechtlich – über den gemäß § 242 BGB zwar in Betracht kommenden, aber jedenfalls nicht generell verwendbaren¹⁰⁸ und wohl im Einzelfall wenig praktikablen¹⁰⁹ An-

satz der Verwirkung hinausgehend¹¹⁰ – geschützt ist, wenn doch andererseits der Umstand, dass die Ausübung des Wahlrechts aus § 281 Abs. 4 BGB nicht von Gesetzes wegen befristet oder verjährbar gestaltet wurde, ein Indiz für die Tendenz des Gesetzgebers ist, das Klärungsinteresse des Schuldners hintan zu stellen.

§ 314 Abs. 3 BGB sieht bei der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund vor, dass eine solche Kündigung in angemessener Frist nach Kenntnis des Berechtigten vom Kündigungsgrund erklärt werden muss, widrigenfalls die Kündigung unwirksam ist. Eine analoge Anwendung dieser Regelung auf den Fall des § 281 Abs. 4 BGB in dem Sinne, dass das Recht zur Wahl des Schadensersatzes entfällt¹¹¹, ist zu befürworten¹¹². Auch im Fall des § 281 Abs. 4 BGB besteht das Schuldverhältnis fort, auf Grund dessen jeder der Beteiligten, also auch der wahlberechtigte Gläubiger, nach Maßgabe des § 241 Abs. 2 BGB zur Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Teils verpflichtet ist, zumindest wenn diese offenkundig und tatsächlich nachvollziehbar sind und diese ohne Beeinträchtigung von eigenen Interessen des zur Rücksichtnahme Verpflichteten geschützt werden können. Wie § 314 Abs. 3 BGB für Dauerschuldverhältnisse zeigt, gilt diese Sachlage im Hinblick auf das Klärungsinteresse des Partners selbst dann, wenn dieser einen wichtigen Grund für das Entstehen der Unsicherheitslage gesetzt hat. Schon weil diese Regelung nur die tatbestandlich und rechtsfolgenbezogen konkretisierte Konsequenz des allgemein geltenden Rechtsgebots des § 241 Abs. 2 BGB ist, ist die Übertragung auf den vorliegenden Fall des § 281 Abs. 4 BGB gerechtfertigt.

Abgesehen davon liegen auch die sonst üblichen Voraussetzungen der Analogie vor, weil geregelter und unregelter Fall in entscheidender Hinsicht gleich geartet sind. So stimmt die hier bei § 281 Abs. 4 BGB in Rede stehende Sachlage wegen ihrer vorausgesetzten Spezifik, einen komplexen und zeitlich gestreckten Erfüllungsprozess zu erfordern, in einer hier als wesentlich anzusehenden Hinsicht mit den Charakteristika eines Dauer-

¹⁰⁴ M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 139.

¹⁰⁵ Zur rücktrittsrechtlichen Parallelfraße BGH NJW 2006, 1198 Tz. 16 ff., u. a. gegen Schwab JR 2003, 133, 136.

¹⁰⁶ Diese Sachlage wird treffend mit dem Wort ›Hängepartie‹ oder ähnlichen Begriffen belegt; vergl. dazu M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 141 m. w. N.

¹⁰⁷ Statt Vieler etwa Faust, Festschr. Huber (2006) 239, 251; Gsell, Festschr. Huber (2006) 299, 300. – Ob es sich um ein synallagmatisches Verhältnis oder ein einseitig verpflichtendes Schuldverhältnis handelt, ist dabei ohne Bedeutung; der insoweit von MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 99 gemachten Unterscheidung ist daher hier und im Folgenden nicht beizutreten.

¹⁰⁸ Gsell, Festschr. Huber (2006) 299, 301 f.; entgegen Erman/H.P. Westermann (13. Aufl. 2011) § 281 Rn. 19 genügt bloßer längerer Zeitablauf in der Regel nicht.

¹⁰⁹ Als praktischer Anwendungsfall wird es etwa angesehen, wenn sich der Gläubiger schon für den Schadensersatzanspruch entschieden hat und er dies dem Schuldner nicht mitteilt, obwohl er dessen aufwendiges Bemühen um Erbringung der Primärleistung erkennt;

vergl. S. Lorenz NJW 2005, 1889, 1892; M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 148.

¹¹⁰ M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 139.

¹¹¹ Dagegen bleibt der Erfüllungsanspruch unberührt, und desgleichen die Befugnis des Gläubigers, durch erneutes Vorgehen nach § 281 Abs. 1 BGB wiederum zum Recht zurückzukommen, Schadensersatz statt der Erfüllung zu verlangen; zutr. M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 149.

¹¹² So MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 99 i. V. m. § 323 Rn. 150; M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 149; aA Gsell, Festschr. Huber (2006) 299, 302; S. Lorenz NJW 2005, 1889, 1892; AnwK/Dauner-Lieb (2. Aufl. 2012) § 281 Rn. 54.

schuldverhältnisses überein. Des Weiteren beruht die Einräumung der Gestaltungsmöglichkeit so, wie bei § 314 Abs. 3 BGB vorausgesetzt, auch im Fall des § 281 Abs. 4 BGB darauf, dass § 281 Abs. 1–3 BGB das Vorhandensein wichtiger Gründe für die Befugnis des Gläubigers erfordern, ehe diesem die Möglichkeit zur Abstandnahme vom ursprünglichen Leistungsprogramm gegeben wird. Diese Gründe liegen – bezogen auf den Grundfall des § 281 Abs. 1 BGB und verdeutlicht an diesem – in der Vertragsuntreue des anderen Teils, die dieser nach Fälligkeit der Leistung trotz fristgebundener Aufforderung zur Leistung fortsetzt. Wenn § 314 Abs. 3 BGB schließlich auch auf der Erwägung beruht, dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach Verstreichen eines längeren Zeitraums nicht mehr unzumutbar ist, weil ein unangemessenes Zuhalten des Berechtigten mit seiner rechtlichen Reaktion auf die Vertragsstörung dieser das Anzeichen der Schwere nimmt, so lässt sich auch dies auf die Sachlage des § 281 Abs. 4 BGB übertragen, wenn der Gläubiger aus der nach § 281 Abs. 1–3 BGB vorausgesetzten Leistungsverzögerung nicht in angemessener Zeit ersichtlich die Konsequenz zieht, sein Desinteresse am primären Erfüllungsanspruch zum Ausdruck zu bringen¹¹³.

Gegen die analoge Anwendung des § 314 Abs. 3 BGB ist nicht im Wege des Rückschlusses einzuwenden, dass diese am Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke scheitern müsse, weil der Verzicht des Gesetzes auf eine zeitliche Befristung oder auf eine dem Fall des § 218 BGB ähnliche Verjährungsregelung in dem Sinne beredt sei, dass der Gläubiger eben ein zeitlich unbegrenztes Wahlrecht haben solle¹¹⁴. Die Abstandnahme von solchen Regelungen ist nämlich sinnvoll und daher damit zu erklären, weil bzw. dass sich starre Regelungen, wie sie bei derartigen gesetzlichen Maßgaben unvermeidbar sind, wegen der Unterschiede in der Vielzahl der betroffenen Sachlagen verbieten. Hingegen ist die in § 314 Abs. 3 BGB vorgesehene und in den Anwendungsbereich des § 281 Abs. 4 BGB zu übernehmende Maßgabe, dass es auf das Verstreichen einer angemessenen Frist ankommt, insofern signifikant verschieden, als sie gerade jenes Maß an Beurteilungsspielraum eröffnet und damit an Flexibilität ermöglicht, die die Verschiedenartigkeit der im Fall des § 281 Abs. 3 BGB zu regelnden Sachlagen erfordern. Beide Regelungsmodelle sind daher so essentiell verschieden, dass aus dem Fehlen starrer Fristenbestimmungen nicht darauf geschlossen werden kann, dass der Gesetzgeber

deshalb auch adaptionsfähige Lösungen an Hand des Maßstabs der Angemessenheit der für die Entscheidung des Gläubigers erforderlichen Überlegungsdauer habe ausschließen wollen.

Die im Einzelfall zu bestimmende Angemessenheit der Entscheidungsdauer richtet sich nach dem zu erwartenden zeitlichen Umfang des Entscheidungsprozesses, den der Gläubiger zur unverzüglichen Klärung der Lage benötigt. Diese Dauer wird grundsätzlich durch das Zeitmaß bestimmt, das sich bei pflichtgemäßem Bemühen des Gläubigers darum ergibt, sich eine vernünftige Entscheidungsgrundlage in der Abwägung zwischen einerseits seinem Interesse an fortgesetzter Erfüllung und andererseits seinem Interesse an einem Übergang zu einem inhaltlich hinreichend bestimmten Schadensersatzverlangen zu verschaffen.

c) Erklärungsaufforderung des Schuldners und Schweigen des Gläubigers

Eine an den Gläubiger gerichtete Aufforderung des Schuldners, sich über seine Entscheidung zu erklären, ist ohne Belang und daher entbehrlich, soweit es zunächst um die Frage geht, ob und in welcher Weise das Wahlrecht des Gläubigers objektiv beschränkt ist¹¹⁵. Schon der dafür angeführte Hinweis auf die Rechtslage im Fall der Wahlschuld, die diese Möglichkeit zu Gunsten des Schuldners wegen § 264 Abs. 2 BGB gebe¹¹⁶, trägt nicht, weil es an einer wahlschuldartigen Situation fehlt¹¹⁷, da diese einen einheitlichen Anspruch mit alternativem Inhalt erfordert¹¹⁸. Im Übrigen spricht nicht nur die Konsequenz der analogen Anwendung des § 314 Abs. 3 BGB, sondern auch die sachliche Vorzugswürdigkeit der dortigen, d. h. in § 314 Abs. 3 BGB betroffenen Regelung gegen eine Lösung mit Hilfe einer Entscheidungsaufforderung von Seiten des Schuldners; denn in § 314 Abs. 3 BGB ist die Befugnis zur Kündigung allein an den objektiven Maßstab der Angemessenheit der bis zur Ausübung der Gestaltungs-erklä-

¹¹³ Anders in letztgenannter Hinsicht Gsell, Festschr. Huber (2006) 299, 302.

¹¹⁴ In diesem Sinne Gsell, Festschr. Huber (2006) 299, 302.

¹¹⁵ M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 142ff.; Weller, Die Vertragstreue (2009), 5113f.; aA Finn ZGS 2004, 32, 37; Schwab JR 2003, 133, 134f.; 136; Palandt/Grüneberg (72. Aufl. 2013) § 281 Rn. 51; Staudinger/Otto/Schwarze (2009) § 281 Rn. D 6.

¹¹⁶ Heinrichs, Festschr. Derleder (2005) 57, 107f.; Schwab JR 2003, 133, 134f.; Palandt/Grüneberg (72. Aufl. 2013) § 281 Rn. 51.

¹¹⁷ So auch BGH NJW 2006, 1998 Tz. .17; Althammer ZGS 2005, 375, 376 f; ders. NJW 2006, 1179, 1180; Gsell, Festschr. Huber (2006) 299, 301f.; Faust, Festschr. Huber (2006) 239, 245; M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 142f.

¹¹⁸ M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 143.

rung verstrichenen Frist gebunden¹¹⁹. Eine Aufforderung des Schuldners, dass sich der Wahlberechtigte erklären möge, ist dort nicht vorgesehen¹²⁰, und folglich ist ein Schweigen des Gläubigers auf ein fortgesetztes Erfüllungsangebot des Schuldners auch weder als wahlrechtsbegrenzende Zustimmung des Gläubigers zu verstehen, noch rechtfertigt ein Schweigen des Gläubigers generell den Einwand der Verwirkung¹²¹.

Der Verzicht darauf, das Schweigen des Gläubigers auf eine an ihn gerichtete Aufforderung des Schuldners, sich über die Ausübung der Wahl nach § 281 Abs. 4 BGB zu äußern, mit dem Verlust des Rechts zur nachmaligen Entscheidung für den Schadensersatz zu sanktionieren, ist schließlich auch dadurch indiziert, dass der Gesetzgeber diese Lösung in seine Betrachtung einbezogen, aber ausdrücklich verworfen hatte¹²². Auch für das Rücktrittsrecht, das im Fall des § 281 BGB wegen der in aller Regel zugleich bestehenden Rücktrittsmöglichkeit auf Grund von § 323 BGB in die Betrachtung einzubeziehen ist, verwehrt im Übrigen gerade die die gesetzlichen Rücktrittsrechte seit der Schuldrechtsreform dezidiert von der Normanwendung ausschließende Neufassung des § 350 BGB – vormals § 355 BGB aF., seinerzeit in den hier interessierenden Fällen vermittelt des § 327 Satz 1 BGB aF. auch für gesetzliche Rücktrittsrechte geltend –, dass der Passivbeteiligte den anderen Teil durch Auffordern zur Erklärung über dessen Wahlrecht zur Entscheidung veranlassen kann¹²³.

119 Aus der vom Gesetzgeber verweigerten Möglichkeit, dem Schuldner eine Klärungsmöglichkeit durch die an den Gläubiger gerichtete Aufforderung zur Entscheidung zu geben, ist daher nichts für die Unanwendbarkeit zu folgern; anders offenbar Kleine/Scholl NJW 2006, 3462, 3463.

120 Der Auffassung von H. Hanau NJW 2007, 2806, 2809 (zum parallelen Problem des Ausschlusses des Rücktrittsrechts) ist daher nicht zu folgen, dass § 314 Abs. 3 BGB das Ergebnis stütze, dass die vergeblich bleibende Aufforderung des Schuldners an den Gläubiger, sich über seine Rechtewahl zu erklären, die Wahlbefugnis des Gläubigers auf Zeit hemme, solange dies zur nunmehrigen Leistungserbringung durch den Schuldner nötig ist.

121 So zu Letzterem im Erg. wohl auch Gsell, Festschr. Huber (2006) 299, 307.

122 Bt-Drs. 14/6040, S. 140; Althammer ZGS 2005, 375, 375f.; M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 144; Erman/H.P.Westermann (13. Aufl. 2011) § 281 Rn. 19.

123 Althammer NJW 2006, 1179, 1181; Faust, Festschr. Huber (2006) 239, 245f.; Gsell, Festschr. Huber (2006) 299, 301; H. Hanau NJW 2007, 2806, 2807; M. Jacobs, Festschr. Otto (2008), 137, 144. – Die Erwägungen des Gesetzgebers zur Änderung des § 355 BGB aF., die sich auf die bloße Einfügung des Wortes »vertragliche« Rücktrittsrechte beschränkt, sind äußerst dürftig; Bt-Drs. 14/6040 S.197 besagt nur: »§ 355 soll als § 350 übernommen werden. Er soll in dieser Form aber nur für das vertragliche, nicht für das gesetzliche Rücktrittsrecht gelten.« Diese Normeingrenzung wird im Lichte des Abschluss-

Das Wahlrecht des Gläubigers analog § 314 Abs. 3 BGB schon objektiv zu begrenzen, ohne dass zur Begrenzung ein Handeln des Schuldners nötig wäre, ist übrigens auch die schuldnerfreundlichere Lösung. Sie erübrigt nämlich dem Schuldner Erklärungen gegenüber dem Gläubiger. Dem Schuldner mehr als eine Kupierung des Wahlrechts des Gläubigers nach Ablauf einer objektiv angemessenen Entscheidungsfrist zuzugestehen, indem ihm etwa zugebilligt wird, durch einseitiges¹²⁴ Setzen einer unangemessen kurzen Erklärungsfrist einen weitergehenden Vorteil in Gestalt einer Verkürzung der Erklärungsfrist zum Nachteil des Gläubigers bei einem Schweigen des Gläubigers zu erreichen, ist unangebracht, weil dem Gläubiger im Verhältnis zum vertragsuntreuen Schuldner stets eine angemessene Entscheidungsfrist zustehen muss, wie es eben § 314 Abs. 3 BGB ohnehin, nämlich ohne Erklärungs-aufforderung des Schuldners, in einer bei analoger Anwendung konsequent zu übernehmenden Weise vorsieht.

d) Leistungsangebot des Schuldners und Erklärungen des Gläubigers – Differenzierungen

Lässt sich der Gläubiger hingegen auf die Erklärung des Schuldners, er sei leistungsbereit und innerhalb einer benannten Frist leistungsfähig, ausdrücklich oder konkludent¹²⁵ in akzeptierendem Sinne ein, ist eine andere, differenzierte Lösung je nach dem Gehalt der Gläubigererklä-

berichts der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (1993) S. 191 deutlicher, wo dies mit der Einführung eines neuen § 323 Abs. 5 BGB-KE gerechtfertigt wird; die dortige Problemlösungsmöglichkeit wurde aber in den Gesetz gewordenen § 323 BGB nicht übernommen, und dabei wurde die Rückwirkung dieser Unterlassung speziell auf die vorgeschlagene Änderung des § 350 BGB nF., wie Bt-Drs. 14/6040 S. 185 zeigt, nicht mehr bedacht. Die Kritik von Schwab JR 2003, 133, 136f. an § 350 BGB nF. ist daher berechtigt; sie gestattet aber de lege lata nicht den Schluss, dass die Neufassung kein Einwand gegen die Möglichkeit einer das Gläubigerrecht präkludierenden Fristsetzung durch den Schuldner sei.

124 Haben sich die Beteiligten gemeinsam darauf verständigt, was als angemessene Entscheidungsfrist anzusehen sei, so bindet dies grundsätzlich beide Beteiligte, auch wenn die vereinbarte Fristdauer objektiv unangemessen kurz oder lang ist. Insoweit wurde nicht das Kriterium der Angemessenheit der Frist als solches zur Disposition gestellt, wohl aber das Maß der Angemessenheit für den gegebenen Einzelfall einvernehmlich konkretisiert; diese Disponibilität ist akzeptabel und sogar zu begrüßen, weil es sich um einen unbestimmten, der Einzelfallbeurteilung bedürftigen Rechtsbegriff mit erheblichem Beurteilungsspielraum handelt. Die insoweit wechselseitige Bindung der Beteiligten folgt aus dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit und dem Verbot des späteren selbstwidersprüchlichen Verhaltens.

125 Je nach Sachlage mag im Einzelfall auch ein Schweigen des Gläubigers im Sinne der Akzeptanz auszulegen sein.

nung angezeigt. Deren Inhalt ist nach allgemeinen Auslegungsregeln zu ermitteln. Die Gläubigererklärung kann eine Entscheidung für den Erfüllungsanspruch unter Abstandnahme von der Möglichkeit eines Schadensersatzverlangens beinhalten, was die durch die Regelung des § 281 Abs. 4 BGB verursachte Ungewissheit beendet. In der Regel wird ein so weit gehender Erklärungsgehalt allerdings nicht anzunehmen sein, weil sich der Gläubiger dadurch seines Wahlrechts begeben würde und er es bei weiterem Ausbleiben der Leistung nach Maßgabe von § 281 Abs. 1–3 BGB neu begründen müsste. Vielmehr entspricht es seinem wohlverstandenen Interesse und ist daher das Verhalten des Gläubigers in der Regel so auszulegen, dass allenfalls, aber doch auch immerhin, diejenige Rechtslage herbeigeführt werden soll, die gelten würde, wenn der Gläubiger selbst initiativ geworden wäre, indem er den Schuldner fortgesetzt zum Erbringen der Primärleistung in der benannten Frist aufgefordert hätte. In diesem Fall bleibt daher das Wahlrecht zwar dem Grunde nach unberührt; es ist aber für die Dauer der gewährten Leistungsfrist nicht wirksam ausübbar, wobei es bei erfolglosem Verstreichen der gewährten Leistungsfrist wieder ohne Weiteres auflebt¹²⁶.

Weist hingegen der Gläubiger das Leistungsangebot des Schuldners ausdrücklich oder konkludent zurück, kann dies als Wahl des Schadensersatzanspruchs auszulegen sein; das klärt die Rechtslage in Bezug auf das Wahlrecht gemäß § 281 Abs. 4 BGB, wenngleich wohl nicht im Sinne des Schuldners. Die Zurückweisung kann aber stattdessen auch als Entscheidung des Gläubigers für das Offenhalten der Wahlfreiheit zu verstehen sein. Dies dürfte in der Regel der Fall sein, weil dieser Rechtsgehalt dem Interesse des sich erklärenden Gläubigers am besten dient und der Schuldner, soweit keine besonderen Umstände dagegen sprechen¹²⁷, davon ausgehen muss, dass der Gläubiger seinem Eigeninteresse folgt. In diesem Fall muss der auf Sicherheit bedachte Schuldner mit dem

weiteren Erbringen der Leistung abwarten, bis die angemessene Entscheidungsfrist verstrichen ist und damit der Gläubiger auf die fortgesetzte Erfüllung festgelegt wird; es verhält sich ebenso wie im Fall des Schweigens des Gläubigers auf eine Erklärungsaufforderung des Schuldners¹²⁸.

Da jedoch in dem letztgenannten Fall, sofern sich der vorsichtige Schuldner wegen der durch das Gläubigerverhalten fortbestehenden Unsicherheit zur Untätigkeit entschließt, der Gläubiger, der die angemessene Frist zur Wahl des Schadensersatzanspruchs verstreichen lässt, erneut nach § 281 Abs. 1–3 BGB vorgehen und er daher – bezogen auf den Regelfall des § 281 Abs. 1 BGB – eine weitere angemessene Frist zur Erfüllung gewähren muss, um wieder zu einem Schadensersatzanspruch zu gelangen¹²⁹, wirkt diese Rechtskonsequenz wie eine Obliegenheit zum Nachteil des Gläubigers, sich nun – veranlasst durch die Schuldneranfrage – entweder alsbald explizit für den Schadensersatzanspruch zu entscheiden oder aber sich positiv auf das fortgesetzte Leistungsangebot einzulassen. Damit wird doch zumindest mittelbar ein Anlass für den Gläubiger gesetzt, entweder die Unsicherheit der Wahl zu beenden, indem er sich seine Entscheidung für den Schadensersatzanspruch so gleich erklärt, oder aber dem Schuldner die von ihm vorgeschlagene Gelegenheit zur Erfüllung zu geben; in beiden Fällen ist dem Schuldner insofern hinreichend gedient, als er im ersten Fall die nachgesuchte Rechtsicherheit findet und er im zweiten Fall eine Erfüllungsgelegenheit erlangt.

V. Ausblick

Die Problematik, die Grenzen der Wahlfreiheit des Gläubigers im Fall des § 281 Abs. 4 BGB im Verhältnis von primärem Leistungsanspruch und Schadensersatzanspruch statt der Leistung zu bestimmen, findet ihre Parallele im Fall des § 323 BGB, in dem es um die Befugnis des Gläubigers geht, sich an Stelle der Weiterverfolgung des Erfüllungsanspruchs für den Rücktritt vom Vertrag zu entscheiden und damit, wie sich sodann als Rechtsfolge aus § 346 Abs. 1 BGB ergibt, den primären Leistungsanspruch zu beenden. Die Anwendungsfelder der §§ 281, 323 BGB de-

¹²⁶ Dazu o. Abschn. IV.3.a.); insbes. zu diesem Fall wie hier Faust, Festschr. Huber (2006) 239, 251.

¹²⁷ Als ein solcher gegen diese Auslegung sprechender Umstand ist es anzusehen, wenn der Schuldner sein Leistungsangebot mit der Erklärung versehen hatte, dass er eine Zurückweisung des Leistungsangebots durch den Gläubiger als Wahl des Schadensersatzes verstehe; dies bei der Auslegung einer in dieser Hinsicht unbestimmt bleibenden Zurückweisungserklärung des Gläubigers zur Auslegung heranzuziehen ist bei Berücksichtigung der zwischen den Parteien bestehenden Treuepflichten nicht unangemessen, da es einerseits jedem Vertragspartner obliegt, mehrdeutige Erklärungen zu vermeiden, und es andererseits dem Gläubiger unschwer möglich ist, für Klarstellung des Gemeinten zu sorgen.

¹²⁸ Dazu o. Abschn. IV.3.c).

¹²⁹ Die Präklusion des Rechts, Schadensersatz zu fordern, kann insoweit keine stärkere Wirkung als ein Verzicht auf die Wahl des Schadensersatzes haben; zum Wiederenstehen in diesem Fall, wie hier befürwortet, MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 73.

cken sich dabei weitgehend, da die tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 281 Abs. 1 und 2 BGB einerseits und des § 323 Abs. 1 und 2 BGB andererseits weitgehend übereinstimmen; Unterschiede ergeben sich vor allem daraus, dass im Fall des § 281 BGB ein Vertretenmüssen der Leistungsstörung auf Seiten des Schuldners nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zusätzlich erforderlich ist¹³⁰. Die sehr weit gehende Übereinstimmung in den Sachlagen und Anwendungsbereichen beider Normen erfordern und gestatten daher grundsätzlich, eine Regelungskoordination auch hinsichtlich der hier in Rede stehenden Grenzen der Wahlbefugnisse des Gläubigers im Verhältnis von Erfüllungsanspruch zu Schadensersatzanspruch wie zu Rücktrittsbefugnis zu befürworten¹³¹. Dies nahm auch der Gesetzgeber an¹³². Dass bei dieser Lösung nicht zu befür-

130 Zu Letzterem näher o. Abschn. III.

131 In diesem Sinne auch MüKoBGB/Ernst (6. Aufl. 2012) § 281 Rn. 82.

132 Vergl. Bt.-Drs. 14/6040, S. 185, wo das Unterlassen einer speziellen Lösung für den Fall des § 323 BGB damit gerechtfertigt wurde,

worten ist, dem Schuldner eine Lösung seiner Ungewissheit über die Wahl des Gläubigers dadurch an die Hand zu geben, dass er den Gläubiger unter Setzen einer angemessenen Erklärungsfrist zur Entscheidung auffordert, war dabei für das Rücktrittsrecht einerseits durch Modifizierung des vormaligen § 355 BGB aF. in Gestalt des neuen, nun auf vertragliche Rücktrittsrechte beschränkten § 350 BGB und andererseits durch Verzicht auf die in § 323 Abs. 5 des Kommissionsentwurfs von 1993 vorgesehenen Klärungsmechanik vorgezeichnet. Es für die Begrenzung der Wahlfreiheit des Gläubigers im Fall des § 281 Abs. 4 BGB, also für das Verhältnis von primärem Erfüllungsanspruch und Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, ebenso zu halten, ist daher wegen der insoweit bestehenden Gleichheit zwischen den beiden Rechtslagen auch unter gesetzessystematischem Gesichtspunkt nur folgerichtig.

dass sich hier die Problematik ebenso stelle wie im Fall des nachmaligen § 281 BGB und eine gleichsinnige Lösung angezeigt wird.