

VOLKER WIESE

Alternativität  
in Schuldverhältnissen

*Jus Privatum*

217

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 217





Volker Wiese

# Alternativität in Schuldverhältnissen

Mohr Siebeck

*Volker Wiese*, geboren 1971; Studium der Rechtswissenschaften in Kiel, Strasbourg und Montreal/Kanada (LL.M.); 2005 Promotion; 2012 Habilitation; Professor an der Universität Bayreuth.

e-ISBN PDF 978-3-16-155375-2  
ISBN 978-3-16-155374-5  
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel-Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Frühjahr 2012 an der *Bucerius Law School* – Hochschule für Rechtswissenschaft – in Hamburg als Habilitationsschrift eingereicht. Sie befindet sich daher im Wesentlichen auf diesem Stand; mit Einarbeitung und Aktualisierung der wesentlichen Neuerscheinungen in Deutschland ab diesem Zeitpunkt.

Das Habilitationsverfahren fand im November 2012 seinen erfolgreichen Abschluss und mir wurde die Lehrbefugnis für die Rechtsgebiete Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Europäisches und Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung erteilt. Nach Annahme eines Rufs an die EBS Universität Wiesbaden im Frühjahr 2014 wechselte ich nach Ruferteilung zum Sommersemester 2015 an die Universität Bayreuth, an der ich seitdem Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und internationales Zivilverfahrensrecht bin.

Mein besonderer Dank gebührt allen, die mich während der Zeit der Erstellung der Habilitationsschrift unterstützt haben. Den Rahmen eines Vorworts würde es sprengen, sämtliche Namen aufzuzählen. Herausheben möchte ich daher lediglich Prof. Dr. Florian Faust, der die Arbeit betreut und das Erstgutachten erstellt hat, Prof. Dr. Matthias Jacobs, der mir stets mit Rat und Tat beiseite gestanden und das Zweitgutachten erstellt hat, sowie Prof. Dr. Dieter Reuter für die Erstellung des Drittgutachtens.

Meinem Bruder möchte ich diese Arbeit widmen.

Bayreuth, im Frühjahr 2017

Volker Wiese



# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsverzeichnis . . . . .	IX
Einleitung . . . . .	1
Übersicht . . . . .	5
Kapitel 1: Erscheinungsformen von Alternativität . . . . .	7
Kapitel 2: Problemstellung . . . . .	31
Erster Teil: Alternativität im historischen und internationalen Kontext . . . . .	41
Kapitel 3: Historische Grundlagen . . . . .	43
Kapitel 4: Die Entstehungsgeschichte der Regelungen im BGB . . . . .	90
Kapitel 5: Die (angebliche) Überwindung der Wahlschuld durch die Rechtspraxis . . . . .	120
Kapitel 6: Alternativität im Rechtsvergleich . . . . .	177
Zusammenfassung des 1. Teils . . . . .	218
Zweiter Teil: Alternativität in der Dogmatik . . . . .	221
Kapitel 7: Die Alternativität als Erscheinung der Rechtsfolgenkonkurrenz . . . . .	223
Kapitel 8: Funktionen der Alternativität . . . . .	285
Zusammenfassung des 2. Teils . . . . .	301
Dritter Teil: Alternativität im gesetzlichen System . . . . .	303
Kapitel 9: Die Alternativität im System der Gefahrtragungsregeln am Beispiel der Wahlschuld mit Wahlrecht des Schuldners . . . . .	305
Kapitel 10: Die Alternativität im System der Gefahrtragungsregeln in den übrigen Fällen . . . . .	417
Zusammenfassung des 3. Teils . . . . .	453



Vierter Teil: Alternativität in der Rechtsanwendung . . . . .	455
Kapitel 11: Die Alternativität im Prozessrecht . . . . .	457
Kapitel 12: Die Grenzen des <i>ius variandi</i> . . . . .	560
Kapitel 13: Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Rechtsfiguren . . .	566
Zusammenfassung des 4. Teils . . . . .	593
Kapitel 14: Zusammenfassung in Thesen . . . . .	595
Endbetrachtungen . . . . .	609
Literaturverzeichnis . . . . .	617
Stichwortregister . . . . .	631

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Einleitung . . . . .	1
Übersicht . . . . .	5
Kapitel 1: Erscheinungsformen von Alternativität . . . . .	7
I. Die Wahlschuld . . . . .	7
II. Die elektive Konkurrenz . . . . .	9
III. Die Ersetzungsbefugnisse . . . . .	11
1. Die facultas alternativa des Schuldners . . . . .	11
a) Der Streit um die Pflicht des Schuldners, die Ersatzleistung erbringen zu müssen . . . . .	11
b) Der Streit um die Befugnis des Schuldners, nach Unmöglichkeit der Hauptleistung die Ersatzleistung noch erbringen zu dürfen . . . . .	13
2. Die facultas alternativa des Gläubigers . . . . .	14
a) Der Streit um die Rechtsnatur . . . . .	14
(1) Die These von der Existenz zweier bedingter Forderungen . . . . .	14
(2) Die These vom einheitlichen Anspruch nebst Gestaltungsrecht . . . . .	15
b) Der Streit um die Berechtigung des Gläubigers, nach Unmöglichwerden der Hauptleistung die Erbringung der Ersatzleistung zu erzwingen . . . . .	16
IV. Auszugrenzende Erscheinungen . . . . .	18
1. Bedingte Rechtsgeschäfte . . . . .	18
a) Erster angeblicher Sonderfall: Die „Wahl“ einer der Parteien als Potestativbedingung . . . . .	19
b) Zweiter angeblicher Sonderfall: Die Wahl eines Dritten . . . . .	21
2. Leistungsbestimmungsrechte . . . . .	22
3. Schadensrechtliche Berechnungsmethoden . . . . .	24
a) Der verwirrende Sprachgebrauch . . . . .	25

b) Alternative Möglichkeiten des Vortrags zur Art der Berechnung und kein „Wahlrecht“ . . . . .	27
Kapitel 2: Problemstellung . . . . .	31
I. Die Orientierung an den Sachproblemen . . . . .	31
II. Der erste Teil: Alternativität in der historischen und modernen Entwicklung . . . . .	34
III. Der zweite Teil: Alternativität in der Dogmatik . . . . .	34
IV. Der dritte Teil: Alternativität im gesetzlichen System . . . . .	36
V. Der vierte Teil: Alternativität in der Rechtsanwendung . . . . .	38
Erster Teil: Alternativität im historischen und internationalen Kontext . . . . .	41
Kapitel 3: Historische Grundlagen . . . . .	43
I. Der Streitstand im gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts . . . . .	43
1. Die Alternativobligation . . . . .	44
a) Die Bindung an die Wahlerklärung . . . . .	45
(1) Die Bedeutung der Digestenstelle L.138 § 1 D. de verb. obl. 45, 1 . . . . .	45
(2) Die weitere Diskussion im 19. Jahrhundert . . . . .	47
(3) Ein Beispiel aus der Praxis . . . . .	49
b) Haftungsrechtliche Konsequenzen der Formel „duae res in obligatione“ . . . . .	50
(1) „Duae res in obligatione“ und die besondere Befugnis des Schuldners zur so genannten „aestimatio“ . . . . .	51
(2) „Duae res in obligatione“ und die Haftung auf Schadensersatz . . . . .	52
c) Die Formel „duae res in obligatione“ und die Rechtsnatur der Alternativobligation . . . . .	53
(1) Die Inhaltsleere der ursprünglichen Formel „duae res in obligatione“ . . . . .	53
(2) Die Hinwendung zu den Pendenztheorien . . . . .	54
(3) Die Korrektur der „duae res“-Formel durch das Konzentrationsprinzip . . . . .	57
d) Der Verlust und der Übergang des Wahlrechts infolge Verzugs . . . . .	58
(1) Beispiele aus der Praxis zu einer Verwirkung des Wahlrechts des säumigen Schuldners in der Zwangsvollstreckung . . . . .	59
(2) Ein Beispiel aus der Praxis zum Übergang des	

Wahlrechts vom säumigen Gläubiger auf den Schuldner . . . . .	61
2. Die elektive Konkurrenz . . . . .	62
a) Vorbemerkungen: Der Terminus „elektive Konkurrenz“	62
(1) Die unklare Trennung der „elektiven“ von der „alternativen“ Klagenkonkurrenz . . . . .	63
(2) Die Trennung der „elektiven Klagenkonkurrenz“ von der „elektiven Konkurrenz“ der Rechte . . . . .	65
(3) Die unterschiedliche Verwendung des Begriffs „elektiv“ . . . . .	67
b) Die Bindung an die Wahlerklärung . . . . .	68
(1) Die Bindung an die Wahl zwischen der actio redhibitoria und der actio quanti minoris . . . . .	69
(2) Die Bindung an die Wahl zwischen Erfüllungsklage und der Klage auf Rückgängigmachung des Vertrags nach der lex commissoria . . . . .	70
c) Die Konsequenzen des Verlusts einer Klagemöglichkeit .	73
d) Die Rechtsnatur der elektiven Konkurrenz . . . . .	75
3. Die zum Teil behauptete Kongruenz der Alternativobligation und der elektiven Konkurrenz . . . . .	76
a) Die parallele Frage nach der Bindung an die Wahlerklärung . . . . .	77
b) Die parallele Rechtsnatur beider Rechtsfiguren . . . . .	78
c) Die Einsortierung eines bestimmten Falls . . . . .	79
II. Die frühen Kodifikationen zur Alternativobligation . . . . .	80
1. Das Preußische Allgemeine Landrecht (1794) . . . . .	81
a) Die unregelte Frage der Bindung an die Wahlerklärung	81
b) Der Umgang mit der Unmöglichkeit einer der Leistungen	81
2. Der Code Civil (1804) und das Badische Recht . . . . .	83
a) Die unregelte Frage der Bindung an die Wahlerklärung	83
b) Der Umgang mit der Unmöglichkeit einer der Leistungen	83
3. Das Österreichische ABGB (1812) . . . . .	84
a) Die Bindung an die Wahlerklärung . . . . .	84
b) Der Umgang mit der Unmöglichkeit einer der Leistungen	84
4. Das Sächsische BGB (1865) . . . . .	85
a) Die Bindung an die Wahlerklärung . . . . .	85
b) Der Umgang mit der Unmöglichkeit einer der Leistungen	86
5. Der Dresdner Entwurf (1866) . . . . .	86
a) Die Bindung an die Wahlerklärung . . . . .	87
b) Der Umgang mit der Unmöglichkeit einer der Leistungen	87
c) Der Übergang des Wahlrechts . . . . .	87
III. Abschließende Bemerkungen . . . . .	88

Kapitel 4: Die Entstehungsgeschichte der Regelungen im BGB . . . .	90
I. Die Entscheidung wesentlicher Prinzipienfragen bei der Wahlschuld (§§ 262–265 BGB) . . . . .	90
1. Die Ablehnung des suspensiven Pendentgedankens . . . . .	90
2. Die Bindung an die Wahl und der Ausschluss des <i>ius     variandi</i> . . . . .	92
3. Das Prinzip der Konzentration und der Einfluss der Unmöglichkeit . . . . .	93
4. Der Verlust und der Übergang des Wahlrechts . . . . .	94
II. Die Kodifikation elektiv konkurrierender Rechte anhand zweier Beispiele . . . . .	95
1. Der Übergang der gemeinrechtlichen Rechtsfiguren in das BGB als elektiv konkurrierende Berechtigungen . . . . .	95
2. Die Bindung an die Wahl und der Ausschluss des <i>ius     variandi</i> . . . . .	96
a) Die Beratungen zu § 326 BGB a.F. . . . .	97
b) Die Beratungen zu den Kaufmängelgewährleistungs- rechten Wandelung und Minderung . . . . .	99
3. Der Einfluss des Verlusts eines der alternativ gegebenen Rechte und Ansprüche . . . . .	102
4. Der Verlust und der Übergang des Wahlrechts . . . . .	103
III. Die Veränderungen durch die Schuldrechtsreform 2002 . . . . .	104
1. Veränderungen im Bereich der Wahlschuld . . . . .	104
a) Das Konzentrationsprinzip und die Unverhältnis- mäßigkeit und Unzumutbarkeit der Leistung . . . . .	104
b) Die Schadensersatzhaftung bei anfänglicher Unmöglichkeit einer der Leistungen . . . . .	106
2. Die Veränderungen im Bereich der als Beispiele herangezogenen elektiv konkurrierenden Rechte . . . . .	109
a) Die Bindung an die Wahl und der Ausschluss des <i>ius       variandi</i> . . . . .	109
(1) Das Schicksal des § 326 BGB a.F. . . . .	109
(2) Das Schicksal der Mängelansprüche des Käufers auf Wandelung und Minderung . . . . .	113
b) Der Verlust und der Übergang des Wahlrechts . . . . .	113
(1) Die These vom Rechtsverlust infolge Annahmeverzugs . . . . .	114
(2) Die These von einer analogen Anwendung des § 264 Abs. 2 BGB . . . . .	115
IV. Erkennbare Gemeinsamkeiten und Unterschiede in der Kodifikation . . . . .	116

Kapitel 5: Die (angebliche) Überwindung der Wahlschuld durch die Rechtspraxis . . . . .	120
I. Die früh aufkeimende Kritik an den im Bürgerlichen Gesetzbuch getroffenen Regelungen . . . . .	121
1. Die weite Definition der Wahlschuld in § 262 BGB . . . . .	121
2. Die Bindung an die Wahl und deren Rückwirkung (§ 263 BGB) . . . . .	124
a) Die Kritik an § 263 Abs. 1 BGB . . . . .	124
b) Die Kritik an § 263 Abs. 2 BGB . . . . .	125
3. Das Prinzip der Konzentration und die Behandlung der Unmöglichkeitfälle (§ 265 BGB) . . . . .	126
4. Der Verlust und der Übergang des Wahlrechts (§ 264 BGB) . . . . .	127
5. Eine erste Kritik an der Kritik . . . . .	127
a) Eine kurze Kritik an der Kritik des § 263 Abs. 1 BGB . . . . .	128
b) Eine kurze Kritik an der Kritik des § 263 Abs. 2 BGB . . . . .	129
c) Eine kurze Kritik an der Kritik des § 265 BGB . . . . .	131
II. Die (angebliche) Abwendung der Rechtspraxis von dem gesetzlichen Modell der Wahlschuld . . . . .	133
1. Von der vermeintlichen Armut an praktischen Beispielen für durch Rechtsgeschäft begründete Wahlschulden . . . . .	133
a) Beispiele für durch die Rechtsprechung anerkannte Wahlschulden mit Schuldnerwahlrecht . . . . .	136
b) Beispiele für durch die Rechtsprechung anerkannte Wahlschulden mit Gläubigerwahlrecht . . . . .	139
2. Von der (tatsächlichen) Armut an praktischen Beispielen für durch Gesetz begründete Wahlschulden . . . . .	142
III. Der „Siegzug“ anderer Rechtsfiguren . . . . .	148
1. Die Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa) des Schuldners . . . . .	148
a) Der (vermeintliche) Sieg der rechtsgeschäftlichen Ersetzungsbefugnis über die Wahlschuld . . . . .	149
(1) Das Beispiel alternativer Rückzahlungspflichten . . . . .	149
(2) Das Beispiel alternativer Renovierungsklauseln . . . . .	151
(3) Die praktischen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Wahlschuld und Ersetzungsbefugnis . . . . .	152
(4) Der ergebnisorientierte Umgang mit der Ersetzungsbefugnis . . . . .	153
b) Der „Sieg“ der gesetzlichen Ersetzungsbefugnis über die Wahlschuld . . . . .	154
(1) Die Wahlfreiheit des Schuldners bei Fremdwährungsschulden . . . . .	154
(2) Die Wahlfreiheit des Schuldners zur Entschädigung in Geld . . . . .	155

(3) Die Wahlfreiheit des Schuldners zur Abwendung einer Geschenkherausgabe . . . . .	156
2. Die Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa) des Gläubigers	157
a) Der (vermeintliche) Sieg der rechtsgeschäftlichen Ersetzungsbefugnis über die Wahlschuld . . . . .	157
b) Der „Sieg“ der gesetzlichen Ersetzungsbefugnis über die Wahlschuld . . . . .	159
(1) Die Wahlfreiheit des Gläubigers zur Restitution in Geld . . . . .	159
(2) Die Wahlfreiheit des Gläubigers zur Kapitalabfindung	161
(3) Die Wahlfreiheit des Gläubigers bei Strafversprechen	162
3. Die elektive Konkurrenz . . . . .	163
a) Die unklare Grundstruktur der elektiven Konkurrenz . .	163
b) Der Sieg der elektiven Konkurrenz über die Wahlschuld am Beispiel des § 326 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. . . . .	167
(1) Die entsprechende Anwendung der Wahlschuld- regelungen auf die elektiv konkurrierenden Rechte des § 326 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. . . . .	168
(2) Die Abwendung vom Vorbild der Wahlschuld für die elektiv konkurrierenden Rechte . . . . .	169
(3) Die Bedeutung der Gesetzestechnik . . . . .	171
c) Weitere Beispiele elektiv konkurrierender Rechte, insbesondere aus dem Schrifttum . . . . .	173
IV. Abschließende Bemerkungen . . . . .	175
 Kapitel 6: Alternativität im Rechtsvergleich . . . . .	177
I. Die modernen europäischen Modellrechte . . . . .	177
1. Die Principles of European Contract Law und der Draft Common Frame of Reference . . . . .	177
2. Der Vergleich der Regelungen mit dem deutschen Recht . . .	179
3. Abschließende Bemerkungen . . . . .	183
II. Das niederländische Recht . . . . .	184
1. Das Burgerlijk Wetboek . . . . .	184
2. Der Vergleich der Regelungen mit dem deutschen Recht . . .	186
3. Abschließende Bemerkungen . . . . .	187
III. Das französische Recht . . . . .	188
1. Der Code Civil . . . . .	188
2. Der Vergleich der Regelungen mit dem deutschen Recht . . .	190
3. Abgrenzungsfragen im französischen Recht . . . . .	196
a) Der Vergleich mit den Ersetzungsbefugnissen . . . . .	196
b) Der Vergleich mit den elektiv konkurrierenden Rechten .	198
IV. Das Common Law Englands . . . . .	200

1. Die grundlegenden Gerichtsurteile im Vergleich mit dem deutschen Recht . . . . .	200
a) Der zur Wahl berechtigte Teil . . . . .	200
b) Der Umgang mit der Wahl . . . . .	203
c) Der Umgang mit der Unmöglichkeit vor der Wahl . . . . .	205
2. Abgrenzungsfragen im englischen Recht . . . . .	207
a) Der Vergleich mit den Ersetzungsbefugnissen . . . . .	207
b) Der Vergleich mit den elektiv konkurrierenden Rechten . . . . .	209
(1) Die „doctrine of election between remedies“ . . . . .	209
(2) Die „doctrine of election“ im Zuwendungsrecht . . . . .	212
(3) Der bindende „waiver of tort“ als gemeinsamer Kern . . . . .	214
V. Die Stellung der deutschen Rechtsordnung im europäischen Gefüge . . . . .	216
Zusammenfassung des 1. Teils . . . . .	218
Zweiter Teil: Alternativität in der Dogmatik . . . . .	221
Kapitel 7: Die Alternativität als Erscheinung der Rechtsfolgenkonkurrenz . . . . .	223
I. Die unwirkliche „Einheit“ einer Forderung bei einer Mehrheit von Leistungsgegenständen . . . . .	224
1. Die rätselhafte „Einheit“ der (historischen) Obligation . . . . .	225
a) Der Meinungsstand bei der gemeinrechtlichen Alternativobligation . . . . .	225
(1) Die „Einheit“ als Ausdruck einer einheitlichen Verjährung . . . . .	225
(2) Die Verschmelzung von „Einheit“ und „Mehrheit“ . . . . .	226
b) Der Vergleich zu der schließlich überwundenen Diskussion zur „Einheit“ der Korrealobligation . . . . .	227
(1) Die Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligationen . . . . .	228
(2) Die „Einheit“ der Korrealobligation als Leerformel . . . . .	229
(3) Die Verschmelzung von „Einheit“ und „Mehrheit“ . . . . .	230
(4) „Pandektenwissenschaft in ihrer übelsten Form“ . . . . .	231
c) Die „Einheit der Obligation“ als überholtes Denkmodell . . . . .	232
2. Die „Einheit der Wahlschuld“ im Modell der modernen Lehre von der Anspruchsgrundlagen- oder Anspruchs- normenkonkurrenz . . . . .	233
a) Die Kritik an der Lehre von der Anspruchsgrundlagen- oder Anspruchsnormenkonkurrenz . . . . .	235
b) Der mögliche Mehrwert einer Analyse auf der Grundlage . . . . .	



der Lehre von der Anspruchsgrundlagen- oder Anspruchsnormenkonkurrenz . . . . .	236
3. Die relevanten Sachprobleme im Modell einer alternativen Anspruchsnormenkonkurrenz . . . . .	237
a) Die „Einheit der Wahlschuld“ wegen zwingend einheitlicher Verjährung . . . . .	238
(1) Der einheitliche Verjährungsbeginn . . . . .	239
(2) Die einheitliche Verjährungshemmung und der einheitliche Verjährungsneubeginn . . . . .	244
(a) Keine einheitliche Verjährungshemmung durch Klageerhebung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) nach herrschender Sicht . . . . .	245
(b) Die zwingende Anwendung des § 213 BGB auf Wahlschulden . . . . .	249
b) Die „Einheit der Wahlschuld“ und die Aufspaltung der Forderung durch Teilabtretungen und Teilpfändungen der einzelnen Leistungen . . . . .	251
(1) Die Unteilbarkeit einer Forderung als Ergebnis von Erwägungen des Schuldnerschutzes . . . . .	251
(2) Die Teilbarkeit der Wahlschuld mit Wahlrecht des Schuldners bei Zustimmung des Schuldners . . . . .	254
(3) Die Teilbarkeit der Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers bei Zustimmung des Schuldners . . . . .	257
(a) Die geringe praktische Bedeutung allenfalls bei Pfändungen . . . . .	257
(b) Der erforderliche Schutz des Schuldners vor der Gefahr von Doppel- und Fehlleistungen . . . . .	260
(c) Der erforderliche Schutz des Schuldners vor doppelter gerichtlicher Inanspruchnahme . . . . .	262
(d) Zwischenergebnis . . . . .	264
c) Die „Einheit“ der Wahlschuld wegen einheitlicher Erfüllung . . . . .	264
4. Keine Unterschiede zwischen der „einheitlichen“ Wahlschuld und der elektiven Konkurrenz einer „Mehrheit“ von Forderungen . . . . .	266
a) Die Verjährung elektiv konkurrierender Ansprüche . . . . .	266
(1) Der einheitliche Verjährungsbeginn . . . . .	266
(2) Die einheitliche Verjährungshemmung und der einheitliche Verjährungsneubeginn . . . . .	268
b) Die isolierte Abtretbarkeit einzelner elektiv konkurrierender Forderungen . . . . .	268

c) Die einheitliche Erfüllung . . . . .	269
(1) Erfüllungskonnexität sowohl bei der Wahlschuld als auch bei elektiv konkurrierenden Forderungen . . . . .	269
(2) Annahmeverzug infolge isolierter Erfüllbarkeit einer der Leistungsvarianten . . . . .	271
5. Die Inhaltsleere der Dichotomie von Forderungseinheit und Forderungsmehrheit . . . . .	272
II. Die Rechtsfolgenkonkurrenz von Alternativansprüchen . . . . .	273
1. Die Erfüllungskonnexität von Alternativrechten . . . . .	273
a) Die elektive Konkurrenz als Grundform erfüllungskonnexer alternativer Verpflichtungen . . . . .	274
b) Die historische Entwicklung als Beweis der Besonderheit der Wahlschulden . . . . .	274
(1) Die Entwicklung zur materiellen Solutionskonkurrenz elektiv konkurrierender Ansprüche . . . . .	274
(2) Die Entwicklung von der Solutionskonkurrenz zur Konzentrationskonnexität bei Wahlschulden . . . . .	275
3. Die Gefahrenkonnexität von Alternativrechten und die besondere Bedeutung der Wahlschuld . . . . .	276
4. Die Neubestimmung der traditionellen Abgrenzung von Wahlschuld und elektiver Konkurrenz . . . . .	278
a) Zwei Erkenntnisse über Gemeinsamkeiten und Unterschiede . . . . .	278
(1) Die Erfüllungskonnexität als gemeinsames Merkmal . . . . .	278
(2) Die Gefahrenkonnexität als trennendes Merkmal . . . . .	279
b) Die Erkenntnisse angewandt auf das Beispiel der Haftung eines falsus procurator (§ 179 Abs. 1 BGB) . . . . .	280
(1) Keine Gefahrenkonnexität der Haftungsalternativen am Beispiel des Unmöglichwerdens der Erfüllungsvariante . . . . .	280
(2) Keine Gefahrenkonnexität der Haftungsalternativen am Beispiel der Erfüllungswahl . . . . .	281
c) Die Erkenntnisse angewandt auf das Beispiel der Nacherfüllungshaftung . . . . .	282
III. Abschließende Bemerkungen . . . . .	283
Kapitel 8: Funktionen der Alternativität . . . . .	285
I. Zweckbetrachtungen . . . . .	286
1. Der Substitutionszweck . . . . .	286
2. Der Versicherungszweck . . . . .	287
3. Der Auswahl- oder Anpassungszweck . . . . .	290
II. Vorteile der Alternativität . . . . .	293

1. Die Ersetzbarkeit der Leistungsgegenstände . . . . .	293
a) Die Erhöhung der Realerfüllungswahrscheinlichkeit . . . . .	294
(1) Die Vorzüge der Wahlschulden und anderer elektiv konkurrierender Ansprüche . . . . .	294
(2) Die Möglichkeit zur Einschränkung der Ersetzbarkeit der Leistungsgegenstände durch Wahl . . . . .	295
b) Die Besonderheit der Ersetzungsbefugnisse . . . . .	296
2. Die Anpassung durch den wahlberechtigten Teil . . . . .	299
a) Die Vorzüge der Alternativität bei zur Auswahl berechtigtem Schuldner . . . . .	299
b) Vorzüge der Alternativität bei zur Auswahl berechtigtem Gläubiger . . . . .	299
III. Abschließende Bemerkungen . . . . .	300
Zusammenfassung des 2. Teils . . . . .	301
Dritter Teil: Alternativität im gesetzlichen System . . . . .	303
Kapitel 9: Die Alternativität im System der Gefahrtragungsregeln am Beispiel der Wahlschuld mit Wahlrecht des Schuldners . . . . .	305
I. Die Gefahrverteilung kraft konkretisierenden Akts . . . . .	306
1. Das Konkretisierungs- oder Konzentrationsprinzip . . . . .	306
a) Konkretisierung, Konzentration und Gefahrübergang . . . . .	306
b) Konkretisierung, Konzentration und Schuldumwandlung . . . . .	308
(1) Die Schuldumwandlungsthese bei der Gattungsschuld . . . . .	308
(2) Die Schuldumwandlungsthese bei der Wahlschuld . . . . .	311
2. Zwei Grundmodelle einer Gefahrverteilung kraft konkretisierenden Akts . . . . .	315
a) Leistungshandlungen des Schuldners als konkretisierende Realakte bei der Gattungsschuld . . . . .	315
(1) Der Meinungsstand zur Schickschuld . . . . .	315
(2) Der Meinungsstand zur Holschuld . . . . .	316
(3) Der Meinungsstand zur Bringschuld . . . . .	317
(4) Ein Theorienstreit als Hintergrund der unterschiedlichen Meinungen . . . . .	318
b) Willenserklärungen des Schuldners als konkretisierende Akte bei der Wahlschuld . . . . .	320
(1) Die Nähe des Wahlschuldmodells zur herrschenden Auslegung des § 243 Abs. 2 BGB . . . . .	320
(2) Das ungeklärte Verhältnis der Berechtigung zur Wahl zu den schuldnerischen Leistungshandlungen . . . . .	321
c) Die heutzutage verbreitet vertretenen Mischmodelle . . . . .	323

3. Der regelmäßige Gleichlauf aller Konkretisierungsmodelle bei Leistungserbringung und bei Annahmeverzug . . . . .	324
a) Die wenigstens konkludent erteilte Leistungsanzeige des Schuldners bei Angebot der Leistung . . . . .	324
b) Besonderheiten bei Ausbleiben einer Leistungsanzeige des Schuldners . . . . .	325
4. Die Unterschiedlichkeit der Konkretisierungsmodelle im Hinblick auf die Anzeige der Auswahl . . . . .	325
a) Die Versendungsgeschäfte . . . . .	325
(1) Der grundsätzliche Verzicht auf Aussonderungs- und Absendeanzeigen bei Gattungsschulden . . . . .	326
(2) Das Interesse der Parteien an Aussonderungs- und Absendeanzeigen . . . . .	327
(a) Die Ankunftsverträge mit Verschiffungs- oder Verladeanzeige . . . . .	327
(b) Die Parallelität von Wahlerklärung und Verschiffungs- oder Verladeanzeige . . . . .	329
(3) Die Rückwirkung von Absendeanzeigen und Wahlerklärungen . . . . .	330
(a) Der Bedeutung der Rückwirkung in der Handelspraxis . . . . .	331
(b) Die dogmatische Bedeutung der Rückwirkung . . . . .	332
(4) Der partielle Gleichlauf von Gattungs- und Wahlschuld trotz Unterschiedlichkeit der Konkretisierungsmechanismen . . . . .	334
b) Die Vereinbarung eines Leistungstermins . . . . .	335
5. Die Unterschiedlichkeit der Konkretisierungsmodelle im Hinblick auf die Leistungsberechtigung und die Leistungsfähigkeit des Schuldners . . . . .	337
a) Die Konkretisierung vor dem Zeitpunkt der Leistungsberechtigung . . . . .	337
(1) Die Konkretisierung zeitlich vor verabredetem Leistungstermin (vgl. § 296 BGB) . . . . .	337
(2) Die Konkretisierung bei Annahmeverhinderung des Gläubigers (vgl. § 299 BGB) . . . . .	339
(a) Die Unergiebigkeit der Gesetzgebungsgeschichte . . . . .	339
(b) Konkretisierung durch Willensakte und Annahmeverhinderung des Gläubigers . . . . .	340
(c) Konkretisierung durch Leistungshandlungen und Annahmeverhinderung des Schuldners . . . . .	341
b) Die Konkretisierung vor dem Zeitpunkt der Leistungsfähigkeit . . . . .	342

(1) Die Konkretisierung bei Leistung von Sachen unterdurchschnittlicher Qualität . . . . .	343
(a) Die unterschiedlichen Konsequenzen für die Nachlieferungspflicht . . . . .	343
(b) Die herrschend geforderte Einschränkung des Wahlschuldwahlrechts nach Treu und Glauben . . .	344
(c) Die notwendige Korrektur der Sicht der herrschenden Meinung zur Wahlschuld . . . . .	345
(d) Kein Konflikt des Konkretisierungsmechanismus der Wahlschuld mit § 475 Abs. 1 BGB . . . . .	347
(2) Die Konkretisierungsmöglichkeit des Wahlschuldners bei fehlender Leistungsfähigkeit . . . . .	348
(a) Die erweiterten Konkretisierungsmöglichkeiten des Wahlschuldners . . . . .	348
(b) Die Ausnahme bei (vorübergehender) Unmöglichkeit der Leistung . . . . .	348
II. Die Möglichkeit zur Entkonkretisierung des Schuldverhältnisses . . . . .	350
1. Die relevanten Fallkonstellationen und Interessen . . . . .	351
a) Die Entkonkretisierung und der Gefahrübergang . . . . .	351
b) Die Interessen des Gläubigers als entscheidender Maßstab . . . . .	354
2. Der Grundsatz der Bindung des Schuldners zum Schutz des Gläubigers bei Versandungsgeschäften . . . . .	356
a) Der Schutz der Dispositionsfreiheit . . . . .	356
(1) Der Grundsatz des „Worthaltens“ des Schuldners bei der Wahlschuld . . . . .	357
(2) Die generelle Notwendigkeit des Schutzes der Dispositionen des Gläubigers auch ohne Kommunikationsakt des Schuldners . . . . .	358
b) Der Schutz vor Spekulationen des Schuldners . . . . .	359
(1) Die scheinbar ausschließliche Selbstgefährdung des Schuldners . . . . .	360
(2) Die Spekulationsmöglichkeiten des Schuldners im Hinblick auf die typischen Transportrisiken . . . . .	361
(a) Ein Beispiel für Spekulationen bei Gattungs- schickschulden . . . . .	361
(b) Ein Beispiel für Spekulationen bei Wahlschickschulden . . . . .	363
c) Grundsatz und Ausnahme und die Verteilung der prozessualen Darlegungs- und Beweislast . . . . .	363
(1) Die exceptio doli bei Gattungsschulden . . . . .	364
(a) Der Zwang des Schuldners zum Beweis eines	

fehlenden Interesses des Gläubigers am Erhalt der versendeten Ware . . . . .	364
(b) Die exceptio doli als Grundlage für eine Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast beim Verbrauchsgüterversendungskauf . . . . .	367
(c) Keine exceptio doli bei der Erteilung von Verschiffungs- oder Verladeanzeigen . . . . .	370
(2) Die exceptio doli bei Wahlschulden . . . . .	372
3. Der Grundsatz der Bindung des Schuldners und dessen Ausnahmen bei Annahmeverzug des Gläubigers . . . . .	373
a) Der fragwürdige Schutz der Dispositionen des Gläubigers während des Annahmeverzugs . . . . .	374
(1) Der Vorwurf der Selbstgefährdung des Gläubigers . . . . .	374
(2) Der Vorwurf des treuwidrigen Handelns des Gläubigers . . . . .	374
b) Der fragwürdige Schutz des Gläubigers vor Spekulationen während des Annahmeverzugs . . . . .	375
c) Die Bedeutung der exceptio doli in den Konstellationen des Annahmeverzugs . . . . .	376
(1) Die exceptio doli bei Gattungsschulden . . . . .	376
(2) Die exceptio doli bei Wahlschulden . . . . .	377
4. Die Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei der Möglichkeit des Schuldners zur Entkonkretisierung im Gattungs- und Wahlschuldverhältnis . . . . .	378
a) Das grundsätzlich gleiche Regel-Ausnahme-Verhältnis . . . . .	378
b) Die unterschiedliche Bedeutung der exceptio doli . . . . .	379
III. Die Gefahrverteilung bei Verkürzung des Leistungsvorrats . . . . .	379
1. Der zufällige Untergang einzelner Elemente des Leistungsvorrats . . . . .	380
a) Die leistungsbefreiende Wirkung . . . . .	380
(1) Der Inhalt der Schuld und das Konzentrationsprinzip . . . . .	380
(a) Die Unmöglichkeit bei der Gattungsschuld . . . . .	380
(b) Die Unmöglichkeit bei der Wahlschuld . . . . .	380
(c) Die Deckungsgleichheit von Gattungs- und Wahlschuld . . . . .	381
(2) Die Verkürzung des Leistungsvorrats bis auf das letzte Stück . . . . .	382
(a) Die Konzentration der Gattungsschuld auf das letzte Stück . . . . .	382
(b) Die Konzentration der Wahlschuld auf das letzte Stück . . . . .	383

(3) Repartierung und der Abzug des Eigenanteils . . . . .	384
(a) Die Befreiung von Doppelverpflichtungen bei Verkürzung des Leistungsvorrats . . . . .	385
(b) Das Behaltendürfen eines Eigenanteils . . . . .	388
b) Die leistungsetzende Haftung des Schuldners auf das stellvertretende commodum . . . . .	390
(1) Der Ausschluss des Anspruchs auf das stellvertretende commodum bei der Gattungsschuld . . . . .	390
(a) Die mangelnde Identität des Surrogats mit dem geschuldeten Leistungsgegenstand . . . . .	391
(b) Die Aufteilung eines Surrogats für den gesamten schuldnerischen Vorrat . . . . .	392
(c) „Reelle“ oder „potentielle Identität“ des Surrogats mit dem geschuldeten Leistungsgegenstand . . . . .	393
(2) Der Ausschluss des Anspruchs auf das stellvertretende commodum bei der Wahlschuld . . . . .	397
(a) Die mangelnde Identität des Surrogats mit dem geschuldeten Leistungsgegenstand vor einer Konkretisierung der Wahlschuld durch Wahl . . . . .	397
(b) Die Herausgabe von erlangten Surrogaten bei gleichzeitigem Untergang aller alternativ geschuldeten Leistungsgegenstände . . . . .	398
2. Der vom Schuldner zu vertretende Untergang einzelner Elemente des Leistungsvorrats . . . . .	399
a) Die leistungsbefreiende Wirkung . . . . .	399
b) Die leistungsetzende Haftung des Schuldners . . . . .	400
(1) Die angeblich „latente“ Schadensersatzpflicht des Wahlschuldners . . . . .	400
(a) Der Versuch einer Begründung . . . . .	401
(b) Die Unbegründetheit einer „latenten“ Schadensersatzhaftung . . . . .	402
(2) Keine Obhutspflichten im Hinblick auf den Leistungsvorrat . . . . .	405
(a) Die Abgrenzung zur Pflicht des Schuldners zur Erhaltung seiner Leistungsfähigkeit . . . . .	406
(b) Keine Pflicht zur Obhut über den Vorrat im Interesse des Gläubigers . . . . .	407
(3) Die schuldhaft herbeigeführte Repartierung . . . . .	408
(a) Die Entscheidung des Reichsgerichts zur Rübensamenrepartierung . . . . .	408
(b) Die gleich gelagerte Haftung des Wahlschuldners . . . . .	409

3. Der vom Gläubiger zu vertretende Untergang einzelner Elemente des Leistungsvorrats . . . . .	410
a) Die leistungsbefreiende Wirkung . . . . .	410
b) Die Rechtstellung des Schuldners . . . . .	411
(1) Die Wahlfreiheit des Wahlschuldners . . . . .	411
(a) Die Gegenleistung nebst Schadensersatz oder die Gegenleistung abzüglich ersparter Aufwendungen . . . . .	411
(b) Die einer Aufrechnungslage ähnliche Situation . . . . .	411
(2) Die Übertragung dieses Rechtsgedankens auf die Gattungsschuld . . . . .	412
(a) Das fehlende Bedürfnis nach einer dem § 265 S. 2 BGB ähnlichen Vorschrift . . . . .	412
(b) Der Unterschied zwischen Gattungs- und Wahlschulden . . . . .	412
4. Der beiderseits zu vertretende Untergang einzelner Elemente des Leistungsvorrats . . . . .	413
a) Die Situation des Gattungsschuldners . . . . .	413
b) Die Situation des Wahlschuldners . . . . .	413
IV. Abschließende Bemerkungen . . . . .	414

Kapitel 10: Die Alternativität im System der Gefahrtragungsregeln in den übrigen Fällen . . . . .	417
I. Gattungs- und Wahlschulden mit Wahlrecht des Gläubigers . . . . .	417
1. Die Gefahrverteilung durch Wahl . . . . .	417
a) Die Gläubigerwahl bei der Gattungsschuld . . . . .	418
(1) Die Vorstellungen des (historischen) Gesetzgebers . . . . .	418
(2) Die Richtigkeit der Erwägungen des Gesetzgebers . . . . .	419
b) Die Bindung an die Gläubigerwahl . . . . .	419
(1) Die Ausnahme bei Verzug des Schuldners . . . . .	420
(a) Die Berücksichtigung der Dispositionsfreiheit des Schuldners über die nicht-gewählten Leistungsgegenstände . . . . .	420
(b) Die Schutzwürdigkeit des Schuldners im Verzug . . . . .	421
(2) Die Ausnahme bei Mängeln des ausgewählten Stücks . . . . .	422
2. Der Einfluss einer Verkürzung des Leistungsvorrats . . . . .	424
a) Der zufällige Untergang einzelner Elemente des Leistungsvorrats . . . . .	424
(1) Die leistungsbefreiende Wirkung . . . . .	424
(2) Die leistungsetzende Haftung des Schuldners auf das stellvertretende commodum . . . . .	426



b)	Der vom Schuldner zu vertretende Untergang einzelner Elemente des Leistungsvorrats . . . . .	429
(1)	Die Zugriffsmöglichkeit auf die leistungsersetzende Haftung als zentrales Charakteristikum . . . . .	429
(2)	Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach §§ 265 S. 2, 284 BGB . . . . .	430
c)	Der vom Gläubiger zu vertretende Untergang einzelner Elemente des Leistungsvorrats . . . . .	431
(1)	Die Bildung fehlerhafter Beispielfälle durch die herrschende Meinung . . . . .	432
(2)	Die fehlerhafte Berechnung des vom Gläubiger zu leistenden Schadensersatzes durch die herrschende Meinung . . . . .	432
(3)	Die Rechtsmissbräuchlichkeit eines Erfüllungsverlangens des Gläubigers . . . . .	433
d)	Der beiderseits zu vertretende Untergang einzelner Elemente des Leistungsvorrats . . . . .	435
3.	Besonderheiten bei Annahmeverzug des wahlberechtigten Gläubigers . . . . .	435
II.	Die Gefahrverteilung bei der facultas alternativa . . . . .	437
1.	Die facultas alternativa des Schuldners . . . . .	437
a)	Der Streit um die Befugnis des Schuldners, das Schuldverhältnis auf die Ersatzleistung zu beschränken . . . . .	437
(1)	Das Unmöglichwerden der Leistung des Ersatzgegenstands vor Schuldtilgung . . . . .	438
(a)	Die These von der Schuldumwandlung . . . . .	438
(b)	Die Überzeugungskraft der herrschenden Meinung . . . . .	439
(2)	Die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf einen mangelhaften Ersatzgegenstand . . . . .	441
b)	Der Streit um die Befugnis des Schuldners, nach Unmöglichkeit der Hauptleistung die Ersatzleistung noch zu erbringen . . . . .	443
2.	Die facultas alternativa des Gläubigers . . . . .	445
a)	Die umstrittenen Folgen einer Unmöglichkeit der Hauptleistung . . . . .	445
b)	Die Gefahrverteilung im Übrigen . . . . .	448
III.	Die Gefahrverteilung bei der elektiven Konkurrenz . . . . .	449
IV.	Abschließende Bemerkungen . . . . .	450
	Zusammenfassung des 3. Teils . . . . .	453

Vierter Teil: Alternativität in der Rechtsanwendung . . . . .	455
Kapitel 11: Die Alternativität im Prozessrecht . . . . .	457
I. Der Streitgegenstand alternativer Klagen . . . . .	458
1. Der herrschende durch den Klageantrag bestimmte Streitgegenstandsbegriff . . . . .	459
2. Das abzulehnende materiellrechtliche Verständnis des Streitgegenstands alternativer Klagen . . . . .	461
II. Die Zulässigkeit alternativer Klagenhäufung . . . . .	463
1. Die Zulässigkeitsschranken des § 260 ZPO . . . . .	463
2. Die Zulässigkeitsschranken des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO . . . . .	464
a) Alternativklagen auf Verurteilung „nach Wahl des Gerichts“ . . . . .	465
(1) Die hinreichende Festlegung des Streitgegenstands durch den Kläger . . . . .	466
(a) Die Geltendmachung sämtlicher prozessualer Ansprüche unter auflösender Bedingung . . . . .	466
(b) Der Vergleich mit der zulässigen alternativen Klagebegründung . . . . .	467
(c) Die vom Kläger dem Gericht überlassene Auswahl eines der Streitgegenstände . . . . .	469
(2) Die unzulässige Einschränkung der Gegenrechte des Beklagten durch die Bedingtheit der Klageerhebung . . . . .	471
(a) Keine Verletzung des Rechts des Beklagten auf Sachentscheidung . . . . .	471
(b) Die grundsätzliche Einschränkung der Gegenrechte des Beklagten bei Begründetheit der Klage . . . . .	472
(c) Die grundsätzliche Einschränkung der Gegenrechte des Beklagten bei Unbegründetheit der Klage . . . . .	474
(d) Keine Unzulässigkeit alternativer Anträge bei Stufenklagen . . . . .	475
b) Alternativklagen auf Leistung nach „Wahl des Beklagten“ . . . . .	476
(1) Die hinreichende Festlegung des Streitgegenstands durch den Kläger . . . . .	476
(2) Keine unzulässige Einschränkung der Gegenrechte des Beklagten . . . . .	477
(3) Die Möglichkeit der Vollstreckung aus alternativ gefassten Urteilen ohne Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren . . . . .	483
(a) Die vollstreckungsrechtlichen Vorgaben für die	

	Auswahl eines der Leistungsgegenstände durch den Gerichtsvollzieher . . . . .	483
	(b) Die vollstreckungsrechtlichen Vorgaben für die Auswahl eines der Leistungsgegenstände durch den Gläubiger . . . . .	486
	c) Alternativklagen auf Leistung „nach Wahl des Klägers“ . . . . .	488
3.	Sonstige Zulässigkeitschranken, insbesondere das Fehlen eines Rechtsschutzbedürfnisses . . . . .	490
	a) Die grundsätzliche Unzulässigkeit von Klagen auf Erbringung nicht-fälliger Leistungen . . . . .	490
	b) Die ausnahmsweise Zulässigkeit von Klagen auf künftige Leistungen . . . . .	491
	c) Die vergleichbare Rechtslage bei Feststellungsklagen . . . . .	493
III.	Der praktische Umgang mit der alternativen Klagenhäufung . . . . .	493
1.	Die Streitwertberechnung . . . . .	494
	a) Keine Addition der Einzelwerte . . . . .	494
	b) Der für die Zuständigkeit relevante höhere der Werte . . . . .	495
2.	Die Trennung des Prozesses . . . . .	498
	a) Die Trennung durch gerichtliche Anordnung (§ 145 Abs. 1 ZPO) . . . . .	498
	b) Die Führung getrennter Prozesse durch den Kläger . . . . .	499
	(1) Die Zulässigkeit getrennter Prozesse am Beispiel alternativer Gewährleistungsansprüche . . . . .	499
	(2) Die Präjudizialität des einen Prozesses für den anderen . . . . .	501
	(a) Keine Bindung aufgrund der Aussetzung eines der Prozesse . . . . .	502
	(b) Keine Bindung aufgrund der Rechtskraft der zeitlich ersten Entscheidung . . . . .	502
	(c) Der Einfluss der Rechtskraft der zeitlich ersten Entscheidung auf das ius variandi des Klägers . . . . .	505
	(3) Das zutreffende Verteidigungsverhalten des Beklagten . . . . .	507
	(a) Das Erheben einer Feststellungswiderklage . . . . .	508
	(b) Die Bindung des Klägers an den Gerichtsstand der Widerklage . . . . .	508
	(c) Die Aussetzung eines parallel geführten Prozesses . . . . .	509
	(d) Klagen gegen eine Mehrzahl von Vollstreckungstiteln . . . . .	509
3.	Die Umstellung des Klageantrags . . . . .	510
	a) Der Übergang von einem Alternativantrag zu einem einfachen . . . . .	510
	(1) Das Schicksal des weggefallenen Anspruchs . . . . .	511

(2) Das Schicksal des weiterverfolgten Anspruchs . . . . .	512
(a) Die Änderung einer ursprünglichen Klage „nach Wahl des Gerichts“ . . . . .	512
(b) Die Änderung einer ursprünglichen Klage „nach Wahl des Klägers“ . . . . .	512
(c) Die Änderung einer ursprünglichen Klage „nach Wahl des Beklagten“ . . . . .	513
(d) Die Privilegierung der jeweiligen Klageänderungen . . . . .	514
b) Der Übergang von einem einfachen zum Alternativantrag	516
(1) Die Änderung des ursprünglich einfachen Antrags . .	516
(a) Die Zulässigkeit der Klagebeschränkungen . . . . .	516
(b) Die Zulässigkeit der teilweisen Klagerücknahme . .	517
(2) Die nachträgliche Klagenhäufung . . . . .	519
c) Der Übergang von einem einfachen zu einem anderen einfachen Antrag . . . . .	520
(1) Der Austausch der Streitgegenstände . . . . .	520
(a) Die Zulässigkeit nach § 263 ZPO . . . . .	520
(b) Die Zulässigkeit nach § 264 Nr. 3 ZPO, insbesondere bei Wechsel zwischen verschiedenen Gewährleistungsansprüchen . . . . .	520
(2) Das Fallenlassen des zunächst geltend gemachten Streitgegenstands . . . . .	526
4. Die besondere Problematik der Nacherfüllungsklagen mit Wahlbefugnis des Schuldners, insbesondere hinsichtlich der werkvertraglichen Nacherfüllung . . . . .	528
a) Die fehlerhafte Rezeption einer höchstrichterlichen Rechtsprechung zum alten Werkvertragsrecht . . . . .	529
b) Das fehlerhafte Ausblenden der durch die Schuldrechtsreform eingeführten Neuerungen . . . . .	531
(1) Der Verlust der Konkretisierungsfunktion der Abnahme bei mangelhaften Werken . . . . .	532
(2) Das Recht des Werkunternehmers zur Neuherstellung	535
(3) Die Rückwirkungen auf die Nacherfüllungsklage . . .	536
c) Die Vollstreckung der Nacherfüllungspflichten . . . . .	536
(1) Die Vollstreckung der Pflicht zur „Mängelbeseitigung“ . . . . .	537
(a) Keine Pflicht zur Benennung einer konkreten Einzelmaßnahme bei der Vollstreckung nach § 887 Abs. 1 ZPO . . . . .	537
(b) Die Pflicht zur Benennung einer konkreten	

Einzelmaßnahme bei der Beantragung eines Kostenvorschusses nach § 887 Abs. 2 ZPO . . . . .	540
(c) Der Ersatz der erforderlichen Ersatzvornahme- kosten nach §§ 788, 91 ZPO und die Einschätzungsprärogative des Gläubigers . . . . .	540
(2) Die Vollstreckung der Pflicht zur „Neuherstellung“ . . . . .	541
(3) Die Vollstreckung der Pflicht zur „Mängelbeseitigung oder Neuherstellung“ . . . . .	542
d) Nacherfüllungsklagen im Anwendungsbereich der VOB/B . . . . .	543
(1) Der Ausschluss der Neuherstellungspflicht . . . . .	543
(2) Exkurs: Die Wirksamkeit des § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B trotz Diskrepanz zum Werkvertragsrecht des BGB . . . . .	545
(a) Die inhaltliche Zulässigkeit einer Beschränkung der primären Gewährleistungsansprüche auf die Mängelbeseitigung . . . . .	545
(b) Die Transparenz der getroffenen Regelungen . . . . .	546
(3) Konsequenzen für den Prozess . . . . .	547
IV. Die Behandlung der Ersetzungsbefugnisse in Klage, Urteil und Vollstreckung . . . . .	547
1. Die Behandlung einer facultas alternativa des Schuldners . . . . .	548
a) Die Berücksichtigung einer Abwendungsbefugnis zugunsten des Schuldners im Klageantrag und im Urteil . . . . .	548
b) Vollstreckungsrechtliche Konsequenzen . . . . .	551
(1) Die vorbehaltlose Verurteilung zur Leistung nach Streit um die Existenz einer Ersetzungsbefugnis im Erkenntnisverfahren . . . . .	551
(2) Die vorbehaltlose Verurteilung zur Leistung ohne Streit um die Existenz einer Ersetzungsbefugnis im Erkenntnisverfahren . . . . .	552
2. Die Behandlung einer facultas alternativa des Gläubigers . . . . .	554
a) Die generelle Zulässigkeit der Klage auf die Hauptleistung . . . . .	555
b) Die Zulässigkeit der Klage auf die fakultative Leistung nach § 259 ZPO . . . . .	555
V. Abschließende Bemerkungen . . . . .	557
Kapitel 12: Die Grenzen des ius variandi . . . . .	560
I. Der Schutz des Vertrauens des Wahlgegners . . . . .	560
II. Die Schutzwürdigkeit eines vertragsbrüchigen Wahlgegners . . . . .	562
1. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20. Januar 2006 . . . . .	562

2. Keine Einschränkung des ius variandi bei Verzug des Wahlgegners . . . . .	563
a) Keine Einschränkung des ius variandi des Gläubigers bei Leistungsverzug des Schuldners . . . . .	563
b) Keine Einschränkung des ius variandi des Schuldners bei Annahmeverzug des Gläubigers . . . . .	564
III. Abschließende Bemerkungen . . . . .	565
 Kapitel 13: Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Rechtsfiguren	566
I. Die Regelungsgrundsätze in §§ 262 bis 265 BGB . . . . .	567
1. Im Zweifel hat der Schuldner die Wahl (§ 262 BGB) . . . . .	567
2. Die Wahl erfolgt durch Willenserklärung (§ 263 Abs. 1 BGB)	567
3. Die Wahl wirkt zurück (§ 263 Abs. 2 BGB) . . . . .	568
4. Über die Vollstreckung bestimmt der Gläubiger, auch wenn der Schuldner die Wahl hat (§ 264 Abs. 1 BGB) . .	568
5. Der Schuldner kann das Wahlrecht des Gläubigers an sich ziehen (§ 264 Abs. 2 BGB) . . . . .	569
a) Exkurs: Der Umgang mit dem handelsrechtlichen Spezifikationsrecht . . . . .	570
(1) Im Zweifel kein ausreichender Schutz des Käufers bei bloßem Annahmeverzug . . . . .	570
(2) Das Selbstspezifikationsrecht des Verkäufers im Zweifel nur bei Spezifikationsverzug des Käufers . . .	572
b) Exkurs: Die These von der analogen Anwendung des § 264 Abs. 2 BGB in Rücktritts- und Nacherfüllungs- konstellationen . . . . .	574
6. Das Schuldverhältnis beschränkt sich auf die übrigen Leistungen, sofern eine Unmöglichkeit einer der Leistungen nicht vom nicht-wahlberechtigten Teil zu vertreten ist (§ 265 BGB) . . . . .	577
II. Die erforderliche Orientierung an den Sachproblemen . . . . .	578
1. Die bedenkliche obergerichtliche Rechtsprechung zu Art. 233 § 11 Abs. 3 EGBGB . . . . .	578
a) Der unzutreffende Umgang mit der Haftung als Wahlschuld durch das OLG Celle . . . . .	579
b) Die nicht notwendige Einordnung als elektive Konkurrenz durch das OLG Jena . . . . .	580
c) Der unzutreffende Umgang mit der Haftung als facultas alternativa des Gläubigers durch das OLG Brandenburg	581
d) Ein Fazit zu Art. 233 § 11 Abs. 3 EGBGB . . . . .	584
2. Die irreführende Entscheidung des Reichsgerichts zu § 179 Abs. 1 BGB . . . . .	585