

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 Pendenzgedankens	90
2. Die Bindung an die Wahl und der Ausschluss des ius variandi	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 ius variandi	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 ius variandi	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 Unmöglichkeitsfälle (§ 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 „Siegesszug“ 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 erfüllungs- konnexer 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 Gefahrtragsregeln 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 Verschiffs- oder Verladeanzeige	327
(b) Die Parallelität von Wahlerklärung und Verschiffs- 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 Versendungsgeschäften	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 leistungsersetzende 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 leistungsersetzende 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 Schutzzunwürdigkeit 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 leistungsetzende 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 Beispielsfälle 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 Zulässigkeitsschranken, 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

a) Die an sich belanglose Frage nach der Bindung an die Wahl gemäß § 263 BGB	585
(1) Die gleich effektive Bindung gemäß § 242 BGB	586
(2) Der Verdeckung des schadensrechtlichen Grundsatzes der Vertrauensentsprechung	586
b) Die durch die Einordnung der Haftung als Wahlschuld verdeckten weiteren Probleme	587
(1) Die Pflicht des falsus procurator zur Herausgabe eines stellvertretenden commodums	587
(2) Der Schutz des die Erfüllung wählenden Gläubigers	587
(3) Die Ungereimtheiten eines Übergangs des Wahlrechts auf den falsus procurator	588
3. Der Umgang mit den Nacherfüllungsalternativen in § 439 Abs. 1 und 635 Abs. 1 BGB	589
a) Die Bindungsfrage	589
b) Die leistungsersetzende Haftung	590
III. Abschließende Bemerkungen	592
Zusammenfassung des 4. Teils	593
Kapitel 14: Zusammenfassung in Thesen	595
Endbetrachtungen	609
Literaturverzeichnis	617
Stichwortregister	631