

Die elektive Konkurrenz

Eine systematische Untersuchung der
Gläubigerrechte bei Leistungsstörungen im
BGB, CISG, in den PECL und im DCFR

Von

Thomas Bachmann



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	27
A. Ausgangslage	27
B. Ziele der Untersuchung	30
C. Gang der Untersuchung	31

Kapitel 1

Die elektive Konkurrenz im historischen Kontext	34
A. Die Entwicklung der elektiven Konkurrenz	34
I. Die actio im römischen Recht	34
II. Die Klagenkonkurrenz im gemeinen Recht	35
1. Traditionelle gemeinrechtliche Klagenkonkurrenzen	35
2. Die elektive oder „vollständige“ Konkurrenz der Klagen nach Savigny	37
a) Der Begriff der Konkurrenz nach Savigny	37
b) Der Begriff des Klagrechts nach Savigny	38
III. Die Entwicklung des Anspruchs nach Windscheid	39
1. Der Anspruch	39
2. Die Überwindung der prozessrechtlichen elektiven Konkurrenz	40
IV. Die elektive Konkurrenz und die Anspruchskonkurrenzen	41
1. Die Anspruchshäufung	42
2. Die Gesetzeskonkurrenz	42
3. Die Anspruchskonkurrenz	43
a) Die echte Anspruchskonkurrenz	43
b) Die Anspruchsnormenkonkurrenz	44
c) Das Merkmal der Anspruchskonkurrenz: Die Erfüllungsgemeinschaft	45
d) Das Merkmal der elektiven Konkurrenz: Die Geltendmachung	46
e) Die Abgrenzungsprobleme am Beispiel des Bürgenrückgriffs	47
aa) Beispiel: Der Bürgenrückgriff	47
bb) Die Selbständigkeit der Rückgriffsansprüche	48
cc) Die Erfüllungsgemeinschaft der Rückgriffsansprüche	49
dd) Fazit: Der Bürgenrückgriff	50

4. Die elektive Konkurrenz heute: Überleben aktionenrechtlichen Denkens.....	51
V. Das Gestaltungsrecht in der elektiven Konkurrenz	53
1. Das Gestaltungsrecht nach Seckel	53
2. Einordnung in das moderne Verständnis der elektiven Konkurrenz..	55
VI. Fazit: Die historische Entwicklung der elektiven Konkurrenz	56
B. Parallele: Die historische Entwicklung der Wahlschuld und der Ersetzungsbefugnis	57
I. Die obligatio alternativa	57
II. Die Pendenztheorien	59
III. Die Bestimmbarkeit der Schuld: Parallele zur Ersetzungsbefugnis	62
1. Die unbestimmte, aber bestimmbare Schuld	62
2. Die bestimmte Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Schuldners.....	64
3. Die bestimmte Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers.....	65
IV. Die Kodifikation der Wahlschuld in den §§ 262 ff. BGB	67
V. Die praktische „Wertlosigkeit“ der Wahlschuldregeln.....	68
1. Problem: Die Zweifelsregel der Schuldnerwahl nach § 262 BGB ...	69
2. Problem: Die Rückwirkung der Wahl nach § 263 Abs. 2 BGB	70
VI. Die „Flucht“ in die Ersetzungsbefugnis und die elektive Konkurrenz ..	71
1. Beispiele: § 179 Abs. 1 BGB und § 340 Abs. 1 BGB – von der Wahlschuld zur elektiven Konkurrenz.....	72
2. Beispiele: § 81 BEG und § 843 Abs. 3 BGB – von der Wahlschuld zur Ersetzungsbefugnis des Gläubigers	75
3. Beispiel des neuen Schuldrechts: § 439 Abs. 1 BGB	76
VII. Ausblick	77
C. Fazit zu Kapitel 1: Die elektive Konkurrenz im historischen Kontext.....	79

Kapitel 2

Die Gläubigerwahlrechte im Schuldverhältnis	80
A. Die Struktur des Schuldverhältnisses	80
I. Das Schuldverhältnis	80
II. Die Strukturelemente im Schuldverhältnis.....	81
B. Die Rechte des Gläubigers	82
I. Das Forderungsrecht – der Anspruch	82
II. Trennung von Primäranspruch und Sekundäranspruch	83
III. Das Gestaltungsrecht	85
C. Der Inhalt des Forderungsrechts.....	86
I. Synonyme des Forderungsrechts: Schuld, Forderung, Obligation	86
II. Die Leistung – das Leistungsgebot	87
III. Die Leistungsmodalitäten	87

D. Die Gläubigerwahrscheinlichkeiten	89
I. Die Optionen des Gläubigers: Recht und Tun	89
II. Beispiele	90
1. Optionale Leistungsgebote: „Tun 1 oder Tun 2“	90
2. Optionale Rechte: „Recht 1 oder Recht 2“	91
3. Problem: „Tun oder Recht“?	92
III. Einordnung der drei Typen von Gläubigerwahlrechten	94
1. Die Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht	94
a) Der Gehalt der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht	94
b) Das Gläubigerwahlrecht als Gestaltungsrecht	95
2. Die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers	96
a) Die gestaffelten Leistungsgebote	97
b) Das ausfüllende Gestaltungsrecht	97
3. Die elektive Konkurrenz	98
a) Beispiele	99
b) Der Begriff der elektiven Konkurrenz	99
IV. Fazit: Die Gläubigerwahrscheinlichkeiten	102
E. Fazit zu Kapitel 2: Die Gläubigerwahlrechte im Schuldverhältnis	102

Kapitel 3

Die logische Einordnung der Gläubigeroptionen 104

A. Die Vielfalt der Handlungsmöglichkeiten	104
I. Das monadische System	106
1. Die einfache Schuld	106
2. Der monadische Wahrheitswert	107
3. Beispiele	108
4. Fazit: Das monadische System	109
II. Die Abgrenzung der Optionenvielfalt zur Wahl	109
B. Das dyadische System	110
I. Die Wittgensteinsche Wahrheitswertetafel	111
II. Die Fälle miteinander verträglicher Optionen	113
1. Tautologie	114
2. Disjunktion	114
3. Replikation	115
4. Präpendenz	115
5. Implikation	116
6. Postpendenz	116
7. Äquivalenz	117
8. Konjunktion	117
III. Die Fälle miteinander nicht verträglicher Optionen	118

1. Exklusion	118
2. Kontravalenz	118
3. Postnonpendenz	119
4. Postsektion	119
5. Pränonpendenz	119
6. Präsektion	120
7. Rejektion	120
8. Antilogie (Kontradiktion)	121
IV. Die Gläubigerwahlrechtsfälle im dyadischen System	121
1. Die Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht	122
2. Die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers	123
3. Die elektive Konkurrenz	124
a) Abgrenzung zu Fällen kompatibler Rechte	124
b) Beispiel inkompatibler Rechte	125
4. Fazit: Die Gläubigerwahlrechtsfälle im dyadischen System	126
V. Fazit: Das monadische und das dyadische System	127
C. Nähere Begrenzung der Ausschließlichkeit: Die Alternativität	127
I. Die Bedeutung der Alternativität	128
II. Terminologisches Problem: Herkunft und Festlegung als Zweizahl im Sprachgebrauch	129
III. Logische Einordnung der Alternativität	131
1. Der Begriff „Disjunktive“ bei Savigny und Pescatore	131
2. Alternativität im logischen Sinne: Die drei Bedeutungen des „oder“	132
a) Mögliche Bedeutungen des „oder“	132
b) Einordnung der „Disjunktive“	133
3. Die Alternativität von Leistungsgeboten	134
a) Die Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht	134
b) Die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers	135
4. Die Alternativität von Rechten in elektiver Konkurrenz	136
a) Die Konkurrenz zwischen Primäranspruch und Sekundärrecht	136
b) Die Konkurrenz der Sekundärrechte	136
c) Fazit: Die Alternativität von Rechten in elektiver Konkurrenz	139
IV. Fazit: Die Alternativität	139
D. Die Entstehung der Alternativität im System der Gläubigerwahlrechte	140
I. Die Entstehung der Alternativität	140
1. Die Begründung der Alternative	140
a) Anknüpfung an das Ereignis 1	141
b) Beispiele	141
c) Fazit: Die Begründung der Alternative	142
2. Die Vermehrung der Optionen zur Alternative	143
a) Anknüpfung an das Ereignis 2	143

b) Beispiel.....	144
c) Fazit: Die Vermehrung der Optionen zur Alternative.....	145
II. Die Vermehrung der Rechte im neuen Leistungsstörungenrecht	145
a) Die Unmöglichkeit der Leistung gemäß § 275 BGB	145
b) Frühere Rechtslage: Der Wegfall des Primäranspruchs nach § 326 Abs. 1 S. 2 HS 2 BGB a.F.	146
c) Problem: Das Schicksal des Erfüllungsanspruchs gemäß § 439 BGB	147
aa) Problemaufriss: Das Schicksal des Erfüllungsanspruchs bei Mängeln.....	148
bb) Lösung: Die Modifikation des Erfüllungsanspruchs	149
cc) Vergleich: Das Schicksal des Erfüllungsanspruchs im CISG.....	150
III. Die zeitliche und qualitative Staffelung der Optionen	151
IV. Trennung von Staffelung und Alternativität der Rechte	152
1. Die Staffelung von alternativen und kompatiblen Rechten	152
2. Beispiele.....	154
V. Die elektive Konkurrenz zwischen nicht gestaffelten Rechten.....	155
1. Beispiel: Die Konkurrenz zwischen dem Erfüllungsanspruch und einem Gestaltungsrecht ohne Leistungsstörung	155
2. Beispiel: Die Begründung des von Anfang an gestörten Schuld- verhältnisses nach § 179 Abs. 1 BGB	156
VI. Fazit: Die Entstehung der Alternativität	157
E. Fazit zu Kapitel 3: Die logische Einordnung der Gläubigeroptionen	158

Kapitel 4

**Die Fälle elektiver Konkurrenz im System
der Gläubigerrechte**

A. Vorüberlegung: Auswahl der Fälle und internationaler Vergleich.....	159
I. Die systematische Auswahl der Fälle.....	159
II. Der Vergleich zu CISG, PECL und DCFR	160
1. Das UN-Kaufrecht (CISG).....	160
2. Die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (PECL).....	161
3. Der Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR)	162
B. Die elektive Konkurrenz gleichrangig primärer Ansprüche	164
I. Verhaltene Ansprüche.....	164
1. Die Definition nach Langheineken	164
2. Der Grad der Wirkungslosigkeit eines Anspruchs.....	166
II. Die Konkurrenz verhaltener Ansprüche am Beispiel des § 179 Abs. 1 BGB	167
1. Beispiel.....	167

2. Die Besonderheiten des Falls.....	168
3. Logische Einordnung der Konkurrenz.....	169
III. Vergleich zu PECL und DCFR.....	169
IV. Fazit: Die elektive Konkurrenz gleichrangig primärer Ansprüche.....	170
C. Die Konkurrenz der Nacherfüllungsvarianten.....	170
I. Die Varianten der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 1 BGB.....	171
1. Frühere Rechtslage.....	171
a) Nachlieferung: Der modifizierte Erfüllungsanspruch.....	172
b) Nachbesserung: Der selbständige Gewährleistungsanspruch.....	172
c) Die Gläubigerwahl: Elektive Konkurrenz.....	173
2. Heutige Regelung: § 439 Abs. 1 BGB.....	173
3. Auslegung der Nacherfüllungsalternative.....	175
a) Gesetzeswortlaut.....	175
b) Systematische Auslegung.....	175
c) Historische Auslegung.....	176
aa) Interpretation von Art. 3 Richtlinie 1999/44/EG.....	176
bb) Gesetzesbegründung.....	177
cc) Frühere Rechtslage und Abschlussbericht der Schuldrechtskommission.....	178
dd) Rückgriff auf Art. 46 CISG.....	180
ee) Zwischenergebnis: Historische Auslegung.....	181
d) Teleologische Auslegung.....	181
aa) Die Einschränkung der Käuferposition durch § 263 BGB... ..	182
bb) Die Stärkung der Verkäuferposition durch § 264 Abs. 2 BGB.....	183
cc) Zwischenergebnis: Teleologische Auslegung.....	186
4. Lösungsansätze zum teleologischen Widerspruch zwischen § 439 BGB und den Wahlschuldregeln.....	186
a) Mindermeinung: Anwendung der §§ 262 ff. BGB auf § 439 Abs. 1 BGB.....	186
b) Richtlinienkonforme Auslegung von § 439 Abs. 1 BGB.....	187
c) Beschränkung des Anwendungsbereichs der §§ 262 ff. BGB.....	188
d) Anfechtung der Wahl gemäß § 119 Abs. 2 BGB.....	189
e) Keine endgültige Bindungswirkung des Gestaltungsrechts.....	189
f) Spezialität des § 439 BGB gegenüber den §§ 262 ff. BGB.....	191
g) Fazit: Lösungsansätze zum teleologischen Widerspruch zwischen § 439 BGB und den Wahlschuldregeln.....	192
5. Folgeproblem: Das Wahlrecht innerhalb der Nacherfüllungsvariante.....	193
6. Fazit: Die Varianten der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 1 BGB..	195
II. Vergleich zu Art. 46 Abs. 2 und Abs. 3 CISG: Elektive Konkurrenz... ..	195
III. Vergleich zu PECL und DCFR: Alternative Leistungen.....	197
1. Art. 9:102 (1) PECL.....	197
2. Art. III.-3:302 (2) DCFR.....	198
IV. Fazit: Die Konkurrenz der Nacherfüllungsvarianten.....	199

D. Das Verhältnis zwischen Primäranspruch und Schadensersatzanspruch statt der Leistung	200
I. Prämisse: Elektive Konkurrenz getrennter Ansprüche	200
1. Die Ausschließlichkeit von Primäranspruch und Schadensersatz....	200
2. Trennung der Ansprüche	201
II. Logische Einordnung der Konkurrenz	202
III. Die Verhaltenheit und Erfüllbarkeit der Ansprüche	203
1. Die Rangfolge der Ansprüche vor erfolglosem Fristablauf	203
2. Verhaltener Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach erfolglosem Fristablauf	203
3. Problem: Verhaltener Primäranspruch nach erfolglosem Fristablauf?	204
a) Problemaufriss und Stellungnahme	204
b) Die Lösungsansätze der Gegenmeinung.	206
aa) Die Aufforderung zur Gläubigerwahl durch den Schuldner	206
bb) Das Angebot der Leistung durch den Schuldner	207
cc) Stellungnahme	208
dd) Folgeproblem: Das erfolglose Angebot	209
4. Fazit: Die Verhaltenheit und Erfüllbarkeit der Ansprüche	210
IV. Vergleich zu CISG, PECL und DCFR	210
1. Art. 45 Abs. 1 b), Abs. 2 und Art. 74 ff. CISG	211
2. Art. 8:102 und Art. 9:501 PECL	213
3. Art. III.-3:102 und Art. III.-3:701 ff. DCFR	214
4. Fazit: Vergleich zu CISG, PECL und DCFR	214
V. Fazit: Das Verhältnis zwischen Primäranspruch und Schadensersatz statt der Leistung	215
E. Das Verhältnis zwischen Primäranspruch und Rücktrittsrecht	215
I. Erklärung der Konkurrenz	215
1. Der Gestaltungscharakter des Rücktritts.	215
2. Die Konkurrenz zum Primäranspruch	216
II. Logische Einordnung der Konkurrenz	217
III. Vergleich zu CISG, PECL und DCFR	217
1. Art. 49 und Art. 64 CISG	218
a) Der Ausnahmecharakter des Rechts zur Vertragsaufhebung	218
b) Die elektive Konkurrenz zum Anspruch auf Erfüllung	218
c) Kein Vorrang der Erfüllung	219
2. Art. 9:301 PECL	219
a) Der Ausnahmecharakter und die Ex-nunc-Wirkung des Rechts zur Vertragsaufhebung	219
b) Die elektive Konkurrenz zum Anspruch auf Erfüllung	220
3. Art. III.-3:502 ff. DCFR	221
a) Der Ausnahmecharakter des Rechts zur Vertragsaufhebung	221
b) Die elektive Konkurrenz zum Anspruch auf Erfüllung	222
4. Fazit: Vergleich zu CISG, PECL und DCFR	222
IV. Fazit: Das Verhältnis zwischen Primäranspruch und Rücktrittsrecht ...	223

F. Das Verhältnis zwischen Primäranspruch und Gestaltungsrechten (Anfechtung, Kündigung, Minderung)	223
I. Das Verhältnis zwischen Erfüllungsanspruch und Anfechtungsrecht....	223
1. Die elektive Konkurrenz zum Anspruch auf Erfüllung	223
2. Problem: Die Konkurrenz zwischen den Gewährleistungsrechten und der Anfechtung	224
3. Vergleich zu CISG, PECL und DCFR.....	226
II. Das Verhältnis zwischen Primäranspruch und Kündigungsrecht.....	228
III. Das Verhältnis zwischen Primäranspruch und Minderungsrecht	229
1. Das besondere Gestaltungsrecht im Kauf- und Werkvertragsrecht... ..	229
2. Die elektive Konkurrenz zum Nacherfüllungsanspruch.....	230
3. Logische Einordnung der Konkurrenz.....	231
4. Vergleich zu CISG, PECL und DCFR.....	231
a) Der Vorrang des Nacherfüllungsrechts des Verkäufers nach Art. 50 CISG	232
b) Art. 9:401 i. V.m. 8:102 PECL und Art. III.-3:601 i. V.m. III.-3:102 DCFR	232
IV. Fazit: Das Verhältnis zwischen Primäranspruch und Gestaltungsrechten	233
G. Das Verhältnis zwischen den Gestaltungsrechten.....	233
I. Die elektive Konkurrenz von Gestaltungsrechten.....	234
II. Logische Einordnung der Konkurrenz.....	235
1. Die Staffelung der Rechte.....	235
2. Die schwache Ausschließlichkeit der Gestaltungsrechte	236
III. Vergleich zu CISG, PECL und DCFR.....	237
1. CISG: Die elektive Konkurrenz zwischen Recht zur Vertrags- aufhebung und Minderung	237
2. PECL und DCFR: Die elektive Konkurrenz zwischen den Gestaltungsrechten	239
IV. Fazit: Das Verhältnis zwischen den Gestaltungsrechten	239
H. Das Verhältnis zwischen den Schadensersatzansprüchen gemäß §§ 280 ff. BGB	240
I. Trennung der Schadensersatzansprüche nach dem Interesse des Gläu- bigers.....	240
1. Die Unterscheidung zwischen positivem und negativem Interesse... ..	240
2. Die Einteilung der §§ 280 ff. BGB nach Schaden und Gläubiger- interesse.....	242
a) Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3; 281 BGB	242
b) Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nach §§ 280 Abs. 2, 286 BGB	243
c) Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB	243
II. Grundsatz: Keine Konkurrenz der Schadensersatzansprüche.....	244
III. Die Wahlrechte des Gläubigers im Rahmen des § 281 BGB	246

1. Problem: Der Verzögerungsschaden im Anspruch nach § 281 BGB.	246
a) Frühere Rechtslage	246
b) Heutige Rechtslage	247
c) Fazit: Der Verzögerungsschaden im Anspruch nach § 281 BGB bzw. § 286 BGB	248
2. Das Wahlrecht zwischen kleinem und großem Schadensersatz	249
a) Die Teilleistung des Schuldners	249
b) Die Schlechtleistung des Schuldners	250
c) Bewertung des Wahlrechts	251
3. Weitere Wahlrechte im Rahmen des § 281 BGB	251
IV. Vergleich zu CISG, PECL und DCFR	252
1. Grundsatz: Der allgemeine Schadensersatzanspruch für alle Schäden	252
2. Das Zusammenspiel zwischen Schadensersatzanspruch und Recht zur Vertragsaufhebung	253
a) Kein großer Schadensersatz ohne Vertragsaufhebung	253
b) Die Wahl nach Tötigung eines Deckungsgeschäfts	254
V. Fazit: Das Verhältnis zwischen den Schadensersatzansprüchen gemäß §§ 280 ff. BGB	254
I. Das Verhältnis zwischen Schadensersatzanspruch und Rücktrittsrecht	255
I. Frühere Rechtslage: Die Alternativität von Rücktritt und Schadens- ersatz	255
II. Keine Alternativität der Rechte nach heutigem § 325 BGB	256
1. Trennung von Schadensersatz und Rücktritt	257
a) Allgemein: Systematik, Rechtscharakter und Tatbestand	257
aa) Die Aussage des § 325 BGB	257
bb) Die systematische Trennung der Rechte	257
cc) Der Charakter der Rechte	258
dd) Der Zweck der Rechte	258
b) Trennung von Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch neben der Leistung	259
aa) Keine Konkurrenz zwischen Rücktrittsrecht und § 280 Abs. 1 BGB	259
bb) Keine Konkurrenz zwischen Rücktrittsrecht und Verzugs- schadensersatz	260
c) Trennung von Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch statt der Leistung	260
d) Fazit: Trennung von Schadensersatz und Rücktritt	261
2. Problem: Die Wahl des Gläubigers zwischen Surrogations- und Differenzmethode	261
a) Frühere Rechtslage: Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach Surrogations- und Differenzmethode	262
b) Bewertung dieses Wahlrechts nach heutiger Rechtslage	263
aa) Logische Einordnung des Wahlrechts	263

bb) Rechtliche Einordnung des Wahlrechts.....	264
cc) Trennung der Erklärungen des Gläubigers.....	265
3. Logische Einordnung des Verhältnisses zwischen Schadensersatzanspruch und Rücktrittsrecht	266
a) Die vier logischen Handlungsvarianten: Tautologie.....	266
b) Die Unterscheidung zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung	267
c) Beispiel eines Schadensersatzes statt der Leistung.....	268
4. Fazit: Keine Alternativität der Rechte nach heutigem § 325 BGB ..	269
III. Die Alternativität der Rechtsfolgen von Rücktritt und Schadensersatz..	269
1. Der Einfluss des Rücktritts auf den Schadensersatz.....	270
a) Der Einfluss auf die Gegenleistung des Gläubigers.....	270
b) Der Einfluss auf den Nutzungsausfall	271
c) Der Einfluss auf die Leistung des Schuldners.....	272
aa) Grundsatz: Die Wahl zwischen kleinem und großem Schadensersatz.....	272
bb) Keine Wahl bei Rücktrittserklärung.....	273
2. Die schadensrechtliche Überlagerung der Rücktrittsfolgen	274
a) Die „Aufbesserung“ der Rückgewähransprüche	274
aa) Beispiel.....	274
bb) Die Ausweitung des Differenzschadens	274
cc) Stellungnahme.....	275
b) Die Beschränkung der Rückgewähransprüche.....	277
aa) Beispiel.....	277
bb) Der rücktrittsrechtliche Nutzungersatz als Schaden	277
cc) Der Gesamtvermögensvergleich und die normative Schadensberechnung.....	277
dd) Stellungnahme.....	278
3. Das Wahlrecht des Gläubigers vor dem Hintergrund der alternativen Rechtsfolgen	279
a) Trennung von elektiver Konkurrenz und automatischer Schadensberechnung	279
b) Problem: Die nachteilige Wahl des Rücktritts.....	280
aa) Problemaufriss.....	280
bb) Beispiel.....	281
cc) Lösungsansätze	282
c) Lösungsansatz 1: Der Vorrang des Schadensersatzrechts	282
aa) Frühere Rechtslage: Der Vorrang des Rücktrittsrechts	282
bb) Heutige Rechtslage: Vorrang des Schadensersatzrechts?	283
cc) Beispiel: Rücktrittsbedingter Nutzungsausfall der mangelhaften Sache.....	284
dd) Kritik.....	285
d) Lösungsansatz 2: Das ius variandi	286
e) Fazit: Die nachteilige Wahl des Rücktritts.....	287

IV.	Vergleich zu CISG, PECL und DCFR	287
1.	Keine elektive Konkurrenz: Der Schadensersatz ohne oder neben Vertragsaufhebung	288
2.	Kein großer Schadensersatz ohne Vertragsaufhebung	288
3.	Kombination beider Rechte: Die Alternativität der Rechtsfolgen ...	289
a)	Die Vertragsaufhebung und der Schadensersatz nach der Differenzmethode	289
b)	Die Vertragsaufhebung und der Deckungskauf	290
c)	Die Konkurrenz der Rechtsfolgen bezüglich der Gebrauchsvorteile	291
aa)	CISG, DCFR: Vorteilsausgleich nach Vertragsaufhebung ...	292
bb)	PECL: Kein Vorteilsausgleich nach Vertragsaufhebung ...	292
4.	Fazit: Vergleich zu CISG, PECL und DCFR	293
V.	Fazit: Das Verhältnis zwischen Schadensersatzanspruch und Rücktrittsrecht	293
J.	Das Verhältnis zwischen Schadensersatzanspruch und Minderungsrecht ...	294
I.	Keine Konkurrenz zwischen Minderung und Schadensersatz neben der Leistung	294
1.	Der Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung	295
2.	Der sonstige Schadensersatz neben der Leistung	295
II.	Problem: Die elektive Konkurrenz zwischen Minderung und Schadensersatz statt der Leistung	297
1.	Problemaufriss	297
a)	Beispiel	297
b)	Streitstand	298
2.	Stellungnahme	298
a)	Vergleich zum Verhältnis zwischen Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung	299
b)	Die Ausschließlichkeit der Rechte	300
c)	Offenes Problem: Die voreilige Minderung	300
d)	Fazit: Die elektive Konkurrenz zwischen Minderung und Schadensersatz statt der Leistung	302
III.	Logische Einordnung des Verhältnisses zwischen Schadensersatz und Minderung	302
1.	Das Verhältnis zwischen Schadensersatz neben der Leistung und Minderung	302
2.	Das Verhältnis zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Minderung	303
IV.	Vergleich zu CISG, PECL und DCFR	304
1.	Art. 45 Abs. 1 b), 2 und Art. 50 CISG	304
2.	Art. 9:401 (3) PECL und Art. III.-3:601 (3) DCFR	305
V.	Fazit: Das Verhältnis zwischen Schadensersatzanspruch und Minderungsrecht	305

K. Das Verhältnis zwischen Schadensersatzanspruch und Aufwendungsersatzanspruch	306
I. Die Alternativität zwischen Schadensersatzanspruch und Aufwendungsersatzanspruch	306
1. Die elective Konkurrenz zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Aufwendungsersatz	306
2. Frühere Rechtslage: Die Rentabilitätsvermutung	307
3. Heutige Rechtslage: Die Rentabilitätsvermutung	308
4. Fazit: Die Alternativität zwischen Schadensersatzanspruch und Aufwendungsersatzanspruch	309
II. Keine Alternativität zwischen Schadensersatzanspruch und Aufwendungsersatzanspruch	310
1. Der Schadensersatz neben der Leistung	310
a) Grundsatz: Keine elective Konkurrenz	310
b) Ausnahme: Elective Konkurrenz	310
2. Ausnahme bei Schadensersatz statt der Leistung: Keine elective Konkurrenz?	311
III. Logische Einordnung des Verhältnisses zwischen den Rechten	312
IV. Vergleich zu CISG, PECL und DCFR	312
1. Art. 74 CISG	313
2. Art. 9:502 PECL und Art. III.-3:702 DCFR	313
V. Fazit: Das Verhältnis zwischen Schadensersatzanspruch und Aufwendungsersatzanspruch	314
L. Das Verhältnis zwischen Aufwendungsersatzanspruch und Rücktrittsrecht ..	315
I. Die Stellung des Aufwendungsersatzanspruchs im BGB	315
1. Problem: Parallele zum Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung ..	315
2. Das Verhältnis zum Rücktrittsrecht	316
a) Beispiel	316
b) Das Zusammenspiel der Rechte: Anwendung des § 325 BGB ..	316
c) Logische Einordnung des Verhältnisses der Rechte	317
II. Vergleich zu CISG, PECL und DCFR	318
1. Allgemein: Die Aufwendungen als ersatzfähiger Schaden	318
2. Besonderheit: Die Aufwendungen aus Erhaltungspflichten nach Art. 85 f. CISG	319
III. Fazit: Das Verhältnis zwischen Aufwendungsersatzanspruch und Rücktrittsrecht	319
M. Das stellvertretende commodum nach § 285 BGB im System der Gläubigerrechte	319
I. Das Verhältnis zum Primäranspruch	320
II. Das Verhältnis zu den Schadensersatzansprüchen	321
1. Keine Alternativität zwischen Schadensersatzanspruch und Anspruch aus § 285 BGB	321
a) Schadensersatz neben der Leistung	321
b) Schadensersatz statt der Leistung	322

2. Problem: Bewertung als elektive Konkurrenz?.....	322
a) Merkmale der elektiven Konkurrenz.....	323
aa) Trennung der Ansprüche.....	323
bb) Keine logische Ausschließlichkeit der Ansprüche.....	324
b) Fazit: Keine elektive Konkurrenz.....	325
III. Das Verhältnis zum Rücktrittsrecht.....	325
1. Beispiel des Rücktritts wegen Teilunmöglichkeit.....	325
2. Logische Einordnung der Beziehung.....	326
3. Problem: Surrogationsmethode bei Rücktritt und § 285 BGB?.....	327
IV. Das Verhältnis zum Minderungsrecht.....	327
1. Beispiel.....	327
2. Die Anwendbarkeit des § 285 BGB im besonderen Schuldrecht....	328
3. Logische Einordnung der Beziehung.....	329
4. Problem: Die gesetzliche Minderung nach § 326 Abs. 3 S. 2 BGB	330
V. Das Verhältnis zum Aufwendungsersatzanspruch.....	331
1. Parallele zum Schadensersatz statt der Leistung: Keine elektive Konkurrenz.....	331
2. Problem: Die Kombination der Rechte.....	331
a) Analogie zu § 285 Abs. 2 BGB.....	331
b) Beschränkung auf rentable Aufwendungen.....	332
3. Fazit: Das Verhältnis zum Aufwendungsersatzanspruch.....	333
VI. Vergleich: Das stellvertretende commodum in CISG, PECL und DCFR	333
1. Art. 79 Abs. 5 CISG i. V. m. Art. 84 Abs. 2 b) CISG analog.....	333
a) Die Folgen der Unmöglichkeit.....	333
b) Die Entlastung des Schuldners und das stellvertretende commodum.....	334
c) Das Verhältnis zu Vertragsaufhebung und Minderung.....	335
2. Art. 8:101 i. V. m. 8:108 PECL sowie Art. 9:309 PECL analog?....	336
3. Art. III.-3:101 (2) i. V. m. III.-3:104 DCFR sowie Art. III.-3:513 (1) DCFR analog?.....	337
4. Fazit: Das stellvertretende commodum in CISG, PECL und DCFR	338
VII. Fazit: Das stellvertretende commodum nach § 285 BGB im System der Gläubigerrechte.....	338
N. Fazit zu Kapitel 4: Die Fälle elektiver Konkurrenz im System der Gläubigerrechte.....	339

Kapitel 5

Das Wahlrecht und die Lösung der elektiven Konkurrenz	341
A. Das Wahlrecht.....	341
I. Das Wahlrecht der Wahlschuld.....	342
1. Das Wahlrecht als initiatives Gestaltungsrecht.....	342
2. Beispiel.....	344

II.	Das Wahlrecht der Ersetzungsbefugnis	345
1.	Das Wahlrecht als Gestaltungsrecht	345
a)	Die Leistung und die Ersatzleistung	345
b)	Das Wahlrecht des Schuldners: Gestaltungserklärung und Erfüllungsversuch	346
c)	Das Wahlrecht des Gläubigers und der „Wettlauf“ mit dem Schuldner	346
2.	Beispiel	347
III.	Das Wahlrecht in der elektiven Konkurrenz	347
1.	Vorüberlegung: Unterschied zu Wahlschuld und Ersetzungs- befugnis	348
2.	Die Wahl eines normalen Anspruchs	349
a)	Der normale Anspruch	349
b)	Die Ausübungsfreiheit und die Erfüllung des Anspruchs	349
c)	Beispiel	350
3.	Die Wahl eines Gestaltungsrechts	352
a)	Die Gestaltungswirkung der Wahl	352
b)	Beispiel	352
4.	Die Wahl eines verhaltenen Anspruchs	353
a)	Die materiellrechtliche Bedeutung der Wahl	353
b)	Beispiel: Die Wahl des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3; 281 BGB	354
c)	Sonderfall: Die Wahl der verhaltenen Ansprüche nach § 179 Abs. 1 BGB	355
5.	Fazit: Das Wahlrecht in der elektiven Konkurrenz	357
IV.	Problem: Bedeutet Wahlrecht auch Wahlpflicht?	357
1.	Problemaufriss	357
a)	Das Dilemma des Schwebezustands für den Schuldner	358
b)	Beispiel: Die elektive Konkurrenz von Gewährleistungsrechten im Kaufrecht	359
c)	Lösungsansatz: Spiegelung des Wahlrechts in einer Wahl- pflicht?	361
aa)	Die negative Ausübungsfreiheit der Rechte	361
bb)	Die Begrenzung der negativen Ausübungsfreiheit durch Zwang	362
2.	Die faktische Wahlpflicht durch gesetzlichen Zwang	363
a)	Der gesetzliche Zwang zur Wahl	363
b)	Der faktische Zwang durch Verjährung	363
c)	Der faktische Zwang durch Zeitablauf vor der Verjährung	364
aa)	Beispiel: Der Verlust des Anfechtungsrechts nach § 121 Abs. 1 S. 1 BGB	365
bb)	Beispiel: Der Verlust des Rechts zur Vertragsaufhebung nach Art. 49 Abs. 2 CISG	366

3.	Die faktische Wahlpflicht durch das Zwangsrecht des Schuldners ..	367
a)	Das Zwangsrecht des Schuldners.....	367
b)	Das Beispiel der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht: § 264 Abs. 2 BGB.....	367
4.	Fazit: Keine allgemeine Wahlpflicht.....	369
V.	Fazit: Das Wahlrecht	370
B.	Der Zweck des Wahlrechts.....	370
I.	Die Zweckrichtung in den Fällen der Gläubigerwahl.....	371
1.	Der Zweck der Wahl in der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht... ..	371
a)	Der ökonomische Zweck	371
b)	Der Anpassungszweck	373
aa)	Der Versicherungszweck	373
bb)	Der Wahlzweck	374
cc)	Auseinanderfallen und Disharmonie der Zwecke	374
2.	Der Zweck der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers.....	375
3.	Der Zweck der Wahl in einer elektiven Konkurrenz	376
a)	Der Zweck der Wahl zwischen Primäranspruch und alternativen Sekundärrechten.....	376
aa)	Die Wahl zwischen Erfüllungsstadium und Abwicklungsstadium.....	376
bb)	Beispiel	377
b)	Der Zweck der Wahl zwischen alternativen Sekundärrechten ...	378
aa)	Die Wahl zwischen alternativen Formen der Abwicklung ..	378
bb)	Beispiel	378
II.	Die Bewertung des Wahlrechtzwecks.....	379
1.	Der Versuch teleologischer Abgrenzung von Wahlschuld und elektiver Konkurrenz.....	379
2.	Die Berücksichtigung des Zwecks im Rahmen der Bindungswirkung eines Rechts	381
III.	Fazit: Der Zweck des Wahlrechts	381
C.	Die Grenzen des Wahlrechts und das ius variandi.....	382
I.	Die absoluten Grenzen des Gläubigerwahlrechts.....	382
1.	Vorüberlegung: Die anfängliche Einengung der Optionenvielfalt ...	383
a)	Die qualitative Stufung der Optionen zur Verhinderung von Konkurrenzen	383
b)	Beispiel: Das qualitative Gefälle der Rechtsbehelfe im CISG ...	383
2.	Die Erfüllung der Leistungspflicht durch den Schuldner.....	384
a)	Die Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht	385
b)	Die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers	385
c)	Die elektive Konkurrenz	386
aa)	Die elektive Konkurrenz zwischen Primär- und Sekundäransprüchen.....	386
bb)	Die elektive Konkurrenz zwischen Sekundäransprüchen....	387

3. Die Unmöglichkeit der Gläubigeroptionen	388
a) Die Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht	388
b) Die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers.	389
c) Die elektive Konkurrenz.	390
4. Verjährung, Zeitablauf und Verwirkung.	391
5. Das vertraglich vereinbarte Ende des Wahlrechts.	393
6. Fazit: Die absoluten Grenzen des Gläubigerwahlrechts.	394
II. Die Ausübung der Wahl	394
1. Trennung zwischen Beginn und Ende der Bindung an die Wahl	394
a) Die Unterscheidung zwischen der Wirkung ex tunc und der Wirkung ex nunc	394
b) Beispiel: Die Wirkung der Anfechtung nach § 142 Abs. 1 BGB	395
c) Beispiel: Die Wirkung der Wahl in der Wahlschuld nach § 263 Abs. 2 BGB	395
2. Die Ausübung der Wahl und die „Definität“ der Entscheidung	396
a) Trennung der Wahlerklärung von der bloßen Ankündigung der Wahl	396
b) Beispiel: Die Wahl der Rechte nach § 326 Abs. 1 BGB a.F.	396
aa) Die Ablehnungsandrohung vor der Wahl der Rechtsbehelfe	396
bb) Übertragung auf die heutige Rechtslage	398
III. Das ius variandi	400
1. Problemaufriss: Die nachteilige Wahlentscheidung des Gläubigers	400
2. Ursprung und Dogmatik des ius variandi	402
3. Das ius variandi als Grundregel	404
IV. Die Gläubigerwahl in der elektiven Konkurrenz: Bindung an die Wahl oder ius variandi?	405
1. Die Wahl des Primäranspruchs	406
a) Keine Bindung an die getroffene Wahl.	406
b) Beispiele	407
2. Die verschiedenen Bezugspunkte der Bindung an die Wahl des Sekundärrechts	409
3. Die Wahl des Sekundäranspruchs.	411
a) Die Bindung an den Sekundäranspruch gegenüber dem Primär- anspruch	411
aa) Die Bindung an den Schadensersatzanspruch statt der Leis- tung nach § 281 Abs. 4 BGB	411
bb) Keine Bindung an den Aufwendungsersatzanspruch	412
cc) Fazit: Keine Bindung an Sekundäransprüche ohne ausdrück- liche Regelung.	413
b) Die Bindung an den Sekundäranspruch gegenüber anderen Sekundärrechten	414

aa)	Keine Bindung an den Sekundäranspruch	414
bb)	Beispiel: Der Schadensersatz statt der ganzen Leistung	415
c)	Fazit: Die Wahl des Sekundäranspruchs	416
4.	Die Wahl des Gestaltungsrechts	416
a)	Die Bindung an das Gestaltungsrecht gegenüber dem Primäranspruch	417
aa)	Die Unwiderruflichkeit der Gestaltungserklärung	417
bb)	Beispiel	419
b)	Die Bindung an das Gestaltungsrecht gegenüber anderen Sekundärrechten	420
aa)	Meinungsstand zum Rücktritt nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB a.F.	420
bb)	Problem: Übertragbarkeit auf die heutige Rechtslage?	423
cc)	Beispiel: Der Wechsel vom Rücktritt zum kleinen Schadensersatz	424
dd)	Beispiel: Der Wechsel zwischen Rücktritt und Minderung	425
ee)	Stellungnahme	426
ff)	Fazit: Die Bindung an das Gestaltungsrecht gegenüber anderen Sekundärrechten	430
5.	Fazit: Die Bindung an die Gläubigerwahl in der elektiven Konkurrenz	430
V.	Parallele zur Gläubigerwahl zwischen Leistungsgeboten: Bindung an die Wahl oder ius variandi?	431
1.	Die Bindung an die Wahl in der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht	432
aa)	Grundsatz: Die Bindung an die Wahl nach § 263 Abs. 1 BGB	432
bb)	Ausnahmen: Keine Bindung an die Wahl nach § 263 Abs. 1 BGB	432
cc)	Beispiel: Die Wahl zwischen den Nacherfüllungsvarianten nach § 439 Abs. 1 BGB	435
2.	Die Bindung an die Wahl der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers	438
3.	Fazit: Die Bindung an die Gläubigerwahl zwischen Leistungsgeboten	439
VI.	Die Schranken des ius variandi	440
1.	Die absoluten Grenzen des ius variandi	440
2.	Das rechtskräftige Urteil über das Gewählte	441
3.	Das Gebot von Treu und Glauben nach § 242 BGB	442
a)	Zeitlicher und quantitativer Maßstab	443
b)	Qualitativer Maßstab: Das Vertrauen des Schuldners in die getroffene Wahl	444
aa)	Beispiel: Die Klage des Schuldners	445

bb) Beispiel: Die Zusage des Schuldners.....	446
cc) Beispiel: Die erkennbare Vorbereitungshandlung des Schuldners	446
4. Fazit: Die Schranken des ius variandi	447
VII. Fazit: Die Grenzen des Wahlrechts und das ius variandi	447
D. Fazit zu Kapitel 5: Das Wahlrecht und die Lösung der elektiven Konkur- renz	448
Zusammenfassende Thesen	449
Literaturverzeichnis	460
Sachverzeichnis	472