

wählen. Die meist sehr schwer zu beantwortende Tatfrage kann also ganz auf sich beruhen.

Bemerkt sei übrigens, daß dem Bergwerksbesitzer natürlich dann das Wahlrecht aus § 251 Abs. 2 BGB. nicht zusteht, wenn er sich durch Vertrag zur Herstellung verpflichtet hat.

IV. Das Verhältnis zwischen Herstellung und Schadensersatz ist folgendes: In zwei der vier erwähnten Fälle tritt der Schadensersatz an die Stelle der Herstellung, in den beiden anderen, nämlich den unter 2. und 3. erwähnten Fällen des § 251 Abs. 1, tritt er neben ihn; in den beiden ersten Fällen ist der Schadensersatzanspruch ein Ersatz des Anspruchs auf Herstellung, in den beiden letzten Fällen dient er dagegen nur zu seiner Ergänzung, was sich deutlich aus dem Worte „soweit“ des § 251 Abs. 1 ergibt.

A. In den beiden Fällen, in denen der Grundstücksbesitzer Schadensersatz nur als Ergänzung des Herstellungsanspruches begehren kann, steht ihm überhaupt kein Wahlrecht zwischen beiden Ansprüchen zu; er kann nicht für denjenigen Teil seiner Forderung, hinsichtlich dessen Herstellung möglich oder zu seiner Befriedigung ausreichend sein würde, Schadensersatz verlangen etwa mit der Begründung, daß sich hierdurch die Berechnung im Interesse beider Parteien einfacher gestalten würde; hier muß vielmehr das Gericht auf Grund des § 139 ZPO. den Grundstücksbesitzer auf seine unrichtige Berechnung hinweisen und, wenn er trotzdem bei ihr verharret, die Klage abweisen. Eine derartige Unrichtigkeit der Substantiierung müßte vom Gericht sogar von Amts wegen berücksichtigt werden, wenn sich aus dem Tatbestand ergibt, daß eine Herstellung möglich und zur Befriedigung des Grundstücksbesitzers ausreichend ist; denn es handelt sich nicht um Tatsachen, sondern um eine Anwendung von Rechtssätzen. Dagegen steht nichts im Wege, daß die Parteien vereinbaren, Schadensersatz solle statt Herstellung auch insofern geleistet werden, als diese möglich und zur Befriedigung des Grundstücksbesitzers ausreichend ist.