

Es ist auch zu beachten, daß der Bergwerksbesitzer auf Grund der Behauptung, daß die Herstellung zur Entschädigung des Grundstücksbesitzers doch nicht genüge, daß dieser nach erfolgter Herstellung vielmehr mit Schadensersatzansprüchen hervortreten werde und dadurch ihm, dem Bergwerksbesitzer, unverhältnismäßige Aufwendungen verursachen werde, unter Umständen auf Grund des § 251 Abs. 2 BGB. verlangen kann, von vornherein Geldentschädigung zu leisten.

Der Grundstücksbesitzer kann andererseits auch nicht Herstellung verlangen, soweit ihm ein Anspruch auf Schadensersatz gegeben ist. Insoweit die Herstellung nicht möglich ist, kann sie auch nicht verlangt werden, ja das Gericht hat dies sogar von Amtswegen zu berücksichtigen. Der Schadensersatzanspruch, der gegeben ist, insoweit die Herstellung zur Entschädigung des Grundstücksbesitzers nicht ausreicht, setzt die bereits erfolgte oder daneben erfolgende Herstellung voraus; eine nochmalige oder weitere Herstellung ist daher begrifflich unmöglich.

B. 1. In den beiden Fällen, in denen der Schadensersatzanspruch als Ersatz für die Forderung auf Herstellung dient, kann er wahlweise geltend gemacht werden¹⁾; das Wahlrecht steht im Falle des § 250 BGB. dem Grundstücksbesitzer, im Falle des § 251 Abs. 2 dem Bergwerksbesitzer zu. Im ersten Falle wird das Wahlrecht ausgeübt durch Fristsetzung unter der Erklärung, daß die Herstellung nach Ablauf der Frist abgelehnt wird, und fruchtlosen Fristablauf, im zweiten Falle durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Bergwerksbesitzers. In beiden Fällen wird

1) Auf die Streitfrage, ob in dem Falle des § 251 Abs. 2 BGB. (übrigens auch in dem Falle des § 249 BGB.) eine *facultas alternativa* oder eine *elektive Wahlschuld* vorliegt, soll hier nicht eingegangen werden. Die Streitfrage hat für den Bergschaden keine Bedeutung: denn ein Untergang der beschädigten Sache, für welchen die Streitfrage von Bedeutung ist, kommt bei Grundstücken nicht vor. Für die Ausdehnung des Wahlrechts ist die Streitfrage unerheblich, da auch bei der elektiven Wahlschuld das Wahlrecht durch einseitige Erklärung des Berechtigten ausgeübt wird; in diesem Falle eine Annahmeerklärung des anderen Teils zu verlangen, wie dies die herrschende Meinung will, erscheint nicht angängig, weil der andere Teil überhaupt gar nicht berechtigt ist, die Annahme zu verweigern.