

eindeutigen Wortlaut des § 887 Abs. 3 ZPO zu entnehmende Grundsatz greift auch im vorliegenden Fall durch. Der Gläubiger weist in seinem Schriftsatz vom 13. Januar 1950 zu Unrecht darauf hin, daß nicht Leistung, sondern Lieferung eines Pelzmantels begehrt wird. Der Unterschied zwischen Leistung und Lieferung ist rein terminologischer Natur, wie sich schon aus dem Sprachgebrauch, aber auch aus der Entscheidung in RG 58, 160 ergibt, wo es ausdrücklich heißt: „Der Beklagte hat die ... aufgeführten Gegenstände ... zu liefern, also Sachen zu leisten“.

An dieser Auffassung ist auch in Anbetracht der nachstehenden, in der Rechtsprechung vertretenen Auffassungen festzuhalten. Wenn die Entscheidung des OLG Hamm vom 19. Dezember 1947 — SU 264/47 — (MDR 1948, 180) die Frage aufwirft, ob nicht unter den besonderen wirtschaftlichen Verhältnissen des Jahres 1947 über § 887 Abs. 3 ZPO hinweggesehen werden könnte, so bleibt diese Frage doch unter Hinweis darauf unbeantwortet, daß es Sache der späteren Zwangsvollstreckung sei, sich mit ihr auseinanderzusetzen. Die Ausschaltung der zit. Bestimmung kann auch nicht — wie es in der Entscheidung in JR 1949, 581 geschieht — damit begründet werden, daß der Schuldner zur Beschaffung einer Sache heute u. U. wesentlich mehr Mühe aufwenden müsse als früher und daß deshalb nicht von einer Leistung, sondern von einer Handlung gesprochen werden müsse, so daß § 887 Abs. 1 ZPO anwendbar sei. Nach Einrichtung der Handelsorganisation kann nicht mehr davon die Rede sein, daß die Beschaffung von Ersatzsachen gegenwärtig noch wesentliche Mühe mache, also das Hauptgewicht auf der in dem Ausfindigmachen der Kaufgelegenheit bestehenden Handlung liege.

Das Gleiche gilt für die Entscheidung des OLG Halle vom 27. Juni 1949 — 1 W. 172/48 — (NJ 1949, 321), die ebenfalls davon ausgeht, daß ein Pelzmantel „Mangelartikel“ sei, dessen Leistung durch die Beschaffungsschwierigkeiten zu einer Handlung gestempelt und damit der Ausnahmeregelung des § 887 Abs. 3 ZPO entzogen sei. Im übrigen geht aus der genannten Entscheidung klar hervor, daß sie lediglich in dem für besonders dringlich erachteten konkreten Einzelfall eine Regelung anstrebte und daß sie die Ersatzvornahme bei Leistung von Sachen nur als „vorübergehende Anpassung an die zeitgebundenen Notwendigkeiten“ — und auch dann nur unter Beschränkung auf die Fälle; in denen ein Abwarten späterer Beschaffungsmöglichkeiten für den Gläubiger nicht tragbar erschien — zulassen wollte.

Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob in einem ganz besonders dringlichen Fall einmal eine Abweichung vom dem in § 887 Abs. 3 ZPO ausgesprochenen Grundsatz selbst in Anbetracht der Tatsache erwogen werden kann, daß das Warenangebot der Handelsorganisation ständig größer und die Mühe der Beschaffung von Sachen mithin geringer wird. Der vorliegende Fall entbehrt dieser Dringlichkeit um so mehr, als der Gläubiger den Pelzmantel, für den er jetzt Ersatz verlangt, nicht selbst brauchte, sondern nach seinem eigenen Vortrag veräußern wollte.

Der Gläubiger kann demnach nur im Wege der Klage auf Leistung des Interesses gemäß § 893 ZPO, nicht aber im Wege der Ersatzvornahme Vorgehen. An dem Erfordernis einer nochmaligen besonderen Klage muß hier ungeachtet der damit verbundenen Verzögerung festgehalten werden. Wenn der Vergleich vom 25. April 1949 von einem Chinchilla-Naturkaninmantel (Mittelware) spricht, so ist denkbar, daß verschiedene Ausführungen solcher Mäntel vorhanden sind, die untereinander im Preis erheblich differieren, obwohl sie alle noch als „Mittelware“ bezeichnet werden können. Würde der Gläubiger den teuersten auf Kosten des Schuldners erwerben, so würde er u.U. eine über den Schadensersatz hinausgehende Bereicherung erhalten. Dem wird durch die Klage auf Leistung des Interesses vorgebeugt, weil der Gläubiger hier einen genau bestimmten Betrag zugesprochen erhält.

Anmerkung:

Die Entscheidung des LG Berlin gibt Veranlassung, zu der angesichts der Zeitverhältnisse bei Schadensfällen bedeutsamen Frage Naturalrestitution oder Wert-

ersatz in Geld und den sich daraus ergebenden weiteren Problemen materiellrechtlicher und verfahrensrechtlicher Art Stellung zu nehmen.

I. Das LG Berlin hat in der Entscheidung den Antrag des Gläubigers, ihn zur Ersatzvornahme gemäß § 887 ZPO zu ermächtigen und dem Schuldner die Vorauszahlung der Kosten aufzugeben, unter Berufung auf § 887 Abs. 8 ZPO abgelehnt. Dazu ist zu bemerken: Die dem System der ZPO zugrunde liegende Unterscheidung der Zwangsvollstreckungsregelungen nach der Art des zu verwirklichenden Anspruchs ist praktisch von der größten Bedeutung. Die für jede dieser Anspruchsarten gegebene Regelung ist ausschließlich und kann auf eine andere Art nicht übertragen werden. Ausdrücklich wird das in § 887 Abs. 3 ZPO insofern bestimmt, als die Normen über die Erzwingung zur Erwirkung von (vertretb.) Handlungen auf die Zwangsvollstreckung zum Zwecke der durch §§ 883 ff. ZPO geregelten Herausgabe oder Leistung von Sachen keine Anwendung finden (Rosenberg, Lehrb. d. Dtsch. Zivilprozeßrechts, 3. Aufl., 1931, § 177 II lc). Daraus folgt, daß die Ersatzvornahme nach § 887 Abs. 1 u. 2 ZPO dann ausgeschlossen ist, wenn die vorzunehmende Handlung in der Herausgabe oder Leistung von Sachen im Sinne der §§ 883 ff. ZPO besteht (Jonas, ZPO, 16. Aufl., § 887 Anm. II, 1); die Ausdrücke „Leistung“ und „Lieferung“ werden in der Entscheidung des LG Berlin mit Recht als Synonyma behandelt.

Eine Vollstreckung nach § 883 ZPO scheidet vorliegend aus, da es sich um eine erst vom Schuldner zu beschaffende Sache handelt. Aber auch die Anwendbarkeit von § 881 ZPO wird zu verneinen sein. Selbst bei der unter den heutigen Verhältnissen angezeigten Erweiterung des Begriffs der Vertretbarkeit (dazu Benckard, JR 1950, S. 77) erscheint es zweifelhaft, ob ein — wenn auch im Titel näher umschriebener — Pelzmantel zu den vertretbaren Sachen im Sinne von § 91 BGB gehört (OLG Halle, N. 191,9, S. 321). Darüber hinaus setzt § 884 ZPO offenbar voraus, daß der Schuldner, der im fraglichen Fall Privatmann ist, die Sachen aus einer bei ihm im normalen Geschäftsverkehr zu ergänzenden Menge zu leisten hat (LG Berlin, JR 191,9, S. 581). Es ergibt sich nach allem, daß, wenn der Schuldner unvertretbare Sachen zu beschaffen hat, weder § 883 noch § 881, ZPO unmittelbar Anwendung finden. Es wird daher vielfach die systemgemäß auch aus § 887 Abs. 3 ZPO nicht zu beanstandende Folgerung gezogen, daß in diesem Falle nach §§ 887 ff. ZPO zu vollstrecken sei (Baumbach, Anm. I A zu § 883 ZPO; Rosenberg a. a. O. § 211, I 2a a. E. im Anschluß an OLG Köln, LZ 1925, S. 329; Bruns in der Anm. zu OLG Hamm, MDR 191,8, S. 178 ff.), wobei vorliegend § 888 ZPO schon um deswillen ausscheidet, weil eine Beschaffung, die bedeutende Geldmittel erfordert, nicht mehr ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt (Baumbach, Anm. I zu § 888 ZPO; James Goldschmidt, Zivilprozeßrecht 1929, § 110 Sb; Sebode, DR 1939, S. 975). Demgegenüber vertritt Jonas (16. Aufl. Anm. I, 1 zu § 833 ZPO entgegen den früh. Aufl.) die Auffassung, daß sachlich dasselbe wie in § 881, ZPO auch gelten müsse, wenn der Schuldner unvertretbare Sachen zu beschaffen habe; denn es sei kein durchschlagender Grund ersichtlich, hier für den Fall, daß der Schuldner den Gegenstand schon beschafft haben sollte, den Versuch der Wegnahmenvollstreckung auszuschließen.

II. Die Ausführungen unter I. ergeben, daß die Ablehnung der Ersatzvornahme in Fällen der hier vorliegenden Art unter Berufung auf § 887 Abs. 3 ZPO keineswegs zwingend ist. Die ablehnende Entscheidung des LG Berlin ist gleichwohl aus anderen Gründen im Ergebnis gerechtfertigt. Der Gläubiger hat eine Vorauszahlung von 1000.— DM für die Ersatzbeschaffung beantragt, das AG auf eine solche von 700.— DM erkannt, obwohl in der Einlassung des Schuldners ein Stopppreis von nur 11,9,32 DM geltend gemacht worden war. Das Gericht hat gegen Schluß der Entscheidungsgründe noch ausgeführt, daß der Gläubiger bei Zubilligung der beantragten Vorauszahlung u. U. eine über den Schadensersatz hinausgehende Bereicherung durch Erwerb einer teuren Ausführung in „Mittelware“ erhalten könnte. Dieses Bedenken hätte jedoch auch ein nach § 887 ZPO erlassener Beschluß durch nähere Vorschrif-