

ten über die Ausführung der Ersatzvornahme beseitigen können (Baumbach, Anm. 3 B zu § 887 ZPO). Gleichwohl ist der Gedanke, daß der Gläubiger durch die Zubilligung der beantragten Vorauszahlung zwecks Ersatzvornahme etwas erlangen würde, worauf er keinen rechtlichen Anspruch hat, von entscheidender Bedeutung. Der Gericht und Parteien bindende gesetzliche Preisstop verbietet es, und zwar auch nach Schaffung der freien Läden der HO, dem Gläubiger durch Zubilligung von Geldbeträgen in Höhe der HO-Preise die Ersatzbeschaffung selbst in die Hand zu geben, es sei denn, es wird sichergestellt, daß der Gläubiger die Ersatzbeschaffung wirklich mittels der HO vornimmt. Jede seitens der Preisbehörde preisrechtlich nicht genehmigte anderweitige Ersatzbeschaffung zu die gesetzlichen Stopppreise überschreitenden Preisen würde eine unzulässige Handlungsweise darstellen, zu der das Gericht auf keinen Fall Mithilfe leisten kann. Der HO-Preis ist keine zweite Preisebene, die wahlweise an Stelle der gesetzlichen Stopppreise ebenfalls dem allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr zugrunde gelegt werden kann. Der HO-Preis beinhaltet vielmehr zunächst ebenfalls den Stopppreis, dann aber darüber hinaus eine Sonderverbrauchssteuer, die aus wirtschafts- und finanzpolitischen Gründen von demjenigen erhoben wird, der die zur Zeit noch lediglich zusätzliche Versorgungsquelle der HO in Anspruch nimmt. Wird dem Gläubiger die Ersatzbeschaffung in der HO zugebilligt, dann muß sichergestellt sein, daß die im HO-Preis enthaltene Steuer auch dem Träger dieses Steuermonopols zufließt. Diese Vorsorge könnte nun allerdings auch ein nach § 887 ZPO erlassener Beschluß durch nähere Vorschriften über die Ausführung der Ersatzvornahme treffen (Baumbach, Anm. 3 B zu § 887 ZPO). Es würde darin zu bestimmen sein, daß der Schuldner unter Rücknahmeverzicht einen bestimmten Betrag zugunsten der HO hinterlegt — Zwangsvollstreckung erfolgt nach §§ 803 ff. ZPO (Baumbach, Anm. 1 zu § 887 und Grundzüge Anm. 1 vor § 803 ZPO) — und der Gläubiger ermächtigt wird, mit der Hinterlegungsquittung den Ersatzgegenstand in der HO zu erwerben; bei einer zwischenzeitlich eingetretenen Preissenkung würde nach Vorliegen der Preisrechnung der HO der Differenzbetrag unmittelbar von der Hinterlegungsstelle an den Schuldner zurückerstattet werden (vgl. dazu des näheren Schaul, NJ 7949, S. 181 ff.). Entsprechend den Empfehlungen in der Rundverfügung Nr. 2/49 des Ministeriums der Justiz der DDR vom 26. Oktober 1949 wird diesen Verhältnissen jetzt annehmbar schon im Erkenntnisverfahren durch die Wortfassung der Schuldtitel Rechnung getragen werden. Für den der Entscheidung des LG Berlin zugrunde liegenden amtsgerichtlichen Vergleich, der vor der Rundverfügung Nr. 2/49 geschlossen worden ist, hätte sich ein entsprechendes Ergebnis über § 887 ZPO noch in der Vollstreckungsinstanz herbeiführen lassen.

HI. Dieses Ergebnis aber hat das LG Berlin im fraglichen Falle, und zwar mit Recht, offenbar vermeiden wollen. Die Einlassung des Schuldners ergibt, daß dieser erwerbslos ist und selbst den Stopppreis nur in kleinen Monatsraten begleichen kann. Grundsatz des Schadensersatzrechts des BGB ist zwar voller Ersatz des legalen Interesses ohne Rücksicht auf Verschuldensgrad und Tragfähigkeit des Schuldners (Esser, Lehrbuch des Schuldrechts, 1949, S. 75). Dieses starre Prinzip erfährt jedoch eine ausgleichende Balance durch den alle Schuldverhältnisse beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Auch bezüglich der unter § 279 BGB fallenden Verpflichtung des Schuldners, nach Einzelmerkmalen bestimmte Sachen zu beschaffen (Achilles-Greif, 19. Aufl., 1949, Anm. 2 zu § 279 BGB), kommt es darauf an, ob der Gegenstand mit Mitteln erworben werden kann, mit deren Anwendung nach Treu und Glauben zu rechnen ist (so schon RGZ 88, 73; 107, 156). Ist dem Schuldner demgemäß die Leistung nicht zuzumuten, so ist diese wirtschaftliche der objektiven Unmöglichkeit gleichzuachten (Achilles-Greif, 19. Aufl., Anm. 3 zu § 279 und Anm. 2 zu § 275 BGB und die dort zit. Entscheidungen). Die Unmöglichkeit im wirtschaftlichen Sinne macht den Schuldner hier jedoch nicht frei, sondern führt gemäß § 251 Abs. 2 BGB zum Wertersatz in Geld. Dieser Grundsatz erhält unter den jetzigen Zeitverhältnissen einer noch nicht völlig

ausreichenden Warendecke besonderes Gewicht. Nicht jedem Schuldner ist die Ersatzbeschaffung auf Grund des zusätzlichen, noch nicht in jeder Hinsicht der Normalversorgung dienenden Warenangebots der HO zugänglich und zumutbar (hierauf hat Schaul a.a.O. S. 183 mit Recht hingewiesen). Gemäß § 242 BGB würde für einen erwerbslosen Schuldner die Aufzählung der Naturalrestitution durch Beschaffung in der HO, und zwar zugunsten eines Gläubigers, der die Sache nicht einmal selbst benötigt, sondern sie nur zur Weiterveräußerung erlangen will, eine „unverhältnismäßige Aufwendung“ darstellen, zu deren Abwendung § 251 Abs. 2 BGB die Möglichkeit des Wertersatzes in Geld für den Schuldner eröffnet. Bei freiwilliger Verpflichtung des Schuldners zur Naturalrestitution durch gerichtlichen Vergleich dürfte angesichts des bei Vergleichsschluß mindestens stillschweigend „als feststehend zugrunde gelegten Sachverhalts“ der Erfüllungsfähigkeit des Schuldners zur Erfüllungszeit das Nichtvorliegen dieser Voraussetzung bereits die Unwirksamkeit des Vergleichs aus § 779 BGB ergeben; zumindest aber wird der Geltendmachung des im Vergleich niedergelegten Gläubigeranspruchs aus § 242 BGB zu begegnen sein.

Das LG Berlin hat diesen Gedanken implicite durch die Verweisung des Gläubigers zur Klage auf das Interesse gemäß § 893 ZPO praktische Wirkung verliehen. Das Interesse besteht in der Leistung von Geldersatz an Stelle der ursprünglich geschuldeten anderweitigen Leistung. Geldersatz für einen Sachwert, der zur Weiterveräußerung bestimmt war, kann aber angesichts der gesetzlichen Stopppreise nur in Höhe dieser Preise dem Gläubiger zugebilligt werden (so schon RGZ 171, 292 = DR 1944, <S. 242; in Betracht zu ziehen wird dabei weiter sein die Einbuße an (ebenfalls den Preisvorschriften unterliegendem) Gewinn zufolge Unterbleibens der Weiterveräußerung (Herschel in der Anm. zu RG DR 1944, S. 242). Die Verweisung des Gläubigers zur Klage auf das Interesse gemäß § 893 ZPO eröffnet somit auch dem Schuldner, der sich durch gerichtlichen Vergleich selbst zur Naturalrestitution verpflichtet hatte, gegebenenfalls die Möglichkeit, seine Ersatzpflicht auf den Wertersatz in Geld auf Basis der Stopppreise zu beschränken. Obwohl in der Klage auf das Interesse gemäß § 893 ZPO auch auf Hinterlegung in Geld in Höhe der HO-Preise zwecks Ersatzbeschaffung in der HO erkannt werden könnte, so wird doch bei sorgfältiger Abwägung der beiderseitigen Parteibelange im Falle schwerer Notlage des Schuldners und Fehlens eines demgegenüber schutzwürdigeren Gläubigerinteresses zur Zeit der letzten Verhandlung (nach § 893 ZPO) das „zu ersetzende Interesse“ (§ 287 ZPO) gemäß § 242 BGB dem Gläubiger nur in Höhe der Stopppreise zuzubilligen sein, und zwar auch dann, wenn der Gläubiger über § 893 ZPO die Aufwendungen einer von ihm bereits in der HO vorgenommenen Ersatzbeschaffung erstattet verlangt.

Aber auch wenn das LG Berlin den § 887 Nr. 1 u. 2 ZPO grundsätzlich für anwendbar erachtet hätte, wäre der Gläubiger über § 887 ZPO nach Lage der Verhältnisse nicht zu dem erstrebten Ziele gekommen. Aus der wirtschaftlichen Lage des Schuldners zur Erfüllungszeit ergeben sich Einwendungen, die, wie oben dargestellt, entweder bereits gemäß § 779 BGB oder zumindest über § 242 BGB dem Gläubigeranspruch aus dem Vergleich entgegenstehen. Verfahrensrechtlich stünde für den Schuldner die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) offen, da die Einwendungen sich gegen den durch den Titel geschaffenen Anspruch richten (Rosenberg a. a. O. § 134 III 3; a. A. Baumbach, Anm. 2 G zu § 794 ZPO; OLG Köln, JW 1930, S. 175); die Vollstreckbarkeit könnte über § 769 ZPO vorläufig beseitigt werden (nach Baumbach a. a. O. und OLG Köln a. a. O. nur durch einstw. Verfügung).

IV. So vermitteln die §§ 242, 251 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den gesetzlichen Stopppreisen, und zwar auch gegenüber einem bereits titulierten Anspruch auf Naturalrestitution, einen Ausblick in das „soziale Schadensverteilungsrecht“ (der treffende Ausdruck im Hinblick auf die „Billigkeitshaltung“ des § 829 BGB bei Esser a. a. O. S. 459; ähnlich Hedemann, Schuldrecht des BGB, 3. Aufl. 1949, S. 353, 819 und 33), dem die Gerichte bei Verlangen und Durchsetzung der Naturalrestitution verstärkte Aufmerksamkeit zuwenden sollten. Dr. jur. Rudolph Gähler, Ostritz O.-L.