

5. 1. Kann noch auf Leistung erkannt werden, wenn ihre Unmöglichkeit zur Zeit der Urteilsfällung feststeht?
2. Kann sich der Schuldner gegenüber der Klage aus § 283 BGB. auf eine vor Erlass des Leistungsurteils eingetretene, von ihm nicht zu vertretende Unmöglichkeit berufen, oder ist er gemäß § 767 BPD. mit diesem Einwand ausgeschlossen?

I. Zivilsenat. Urtr. v. 16. Mai 1923 i. S. B. & Sohn (Bekl.) w. B. (Kl.). I 441/22.

I. Landgericht Hamburg. — II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kaufmann B. in S. hatte gegen Lagerschein bei der Beklagten 2 Ballen Tabak eingelagert und trat im Frühjahr 1920 seine Rechte aus dem Schein an den Kläger ab; die Beklagte, hiervon benachrichtigt, stellte einen Lagerschein auf den Kläger aus und bemerkte ihn an Stelle des B. in ihren Büchern als Einlagerer. Als der Kläger später die Aushändigung der Ballen verlangte, erklärte die Beklagte, ihr Lagermeister Sch. habe die Ballen zwei Personen aushändigen lassen, welche die Ballen im Namen des Klägers abgefordert hätten. Dieser erhob gegen die Beklagte Klage auf Herausgabe der Ballen. Die Beklagte berief sich auf Unmöglichkeit der Erfüllung.

Das Landgericht wies die Klage ab. Das Oberlandesgericht gab ihr statt. Die Revision des Beklagten hatte Erfolg.

Gründe:

Der Berufungsrichter führt aus, zur Begründung der Herausgabepflicht auf Grund des zwischen den Parteien bestehenden Lagervertrags genüge der Beweis der Übergabe der Ballen an die Beklagte, dagegen bedürfe es nicht auch der Behauptung, daß sie sich noch im Besitz der Ballen befinde. Auf die Schadenserzagsklage wegen Nichterfüllung sei der Kläger schon deshalb nicht beschränkt, weil er niemals zugegeben habe, sich davon überzeugt zu haben, daß die Beklagte die 2 Ballen nicht mehr hinter sich habe. Ob dem Anspruch auf Erfüllung der Boden entzogen sein würde, wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung für den Kläger bereits feststünde, brauche nicht entschieden zu werden. Im § 283 BGB. habe das bürgerliche Recht für den Fall, daß sich die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil durch ein Vorgehen gemäß § 883 ZPO. als nicht durchführbar herausstellen sollte, ein Verfahren vorgesehen, das dem Kläger die Vorteile des ihm günstigen Urteils auf Herausgabe dadurch bewahre, daß er sofort Schadenserzags wegen Nichterfüllung verlangen könne, gleichgültig, ob die Unmöglichkeit der Erfüllung schon bei der Klagerhebung vorhanden gewesen oder erst nachträglich eingetreten sei. Deshalb könne der Beklagten im gegenwärtigen Verfahren der Beweis der Unmöglichkeit der Leistung überhaupt nicht nachgelassen werden, und es habe der Klage auf Erfüllung stattgegeben werden müssen, obwohl durch die vom Landgericht zugelassene Beweiserhebung im Laufe des Rechtsstreits festgestellt sein möge, daß die Beklagte durch das von ihr zu vertretende Vorgehen ihres Lagermeisters zur Auslieferung der Ballen außerstande sei.

Diese Ausführungen des Berufungsrichters sind nicht frei von Rechtsirrtum und stehen mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. RGZ. Bd. 54 S. 28, Bd. 88 S. 78; Warneyer 1911 Nr. 412; JW. 1919 S. 98 Nr. 3) in Widerspruch.

Den Hauptzweck eines Leistungsurteils außer den Fällen des § 888 Abs. 2 BPO. bildet die Vollstreckung; darum ist die Verurteilung zu einer festgestelltemaßen objektiv unmöglichen Leistung widersinnig. Deshalb läßt das Reichsgericht, wie in Bd. 54 S. 28 und Bd. 88 S. 78 klar ausgesprochen ist, eine Verurteilung zu einer Leistung nicht zu, falls die Erfüllungsummöglichkeit feststeht. Der für das Feststehen der Unmöglichkeit maßgebende Zeitpunkt ist nicht der der Klagerhebung, sondern der des Urteils; denn die Entscheidung darf zu der Zeit, wo sie erlassen wird, nicht widersinnig sein. Eine Härte gegen den Gläubiger ist hierin nicht zu erblicken. Denn wenn sich erst während des Rechtsstreits die Unmöglichkeit ergibt, kann er, ohne der Einrede der Klagänderung ausgesetzt zu sein, seinen Antrag auf Erfüllung in einen Schadenersatzanspruch umwandeln. Weber im § 275 noch im § 280 BGB. wird zwischen objektiver Unmöglichkeit und subjektivem Unvermögen ein Unterschied gemacht. Allerdings ist es im letzteren Falle begrifflich nicht undenkbar, daß der Dritte, dem die Leistung möglich ist, solche für den Schuldner macht. Allein so lange mit dieser Möglichkeit nicht gerechnet werden kann, muß der Schuldner einer Verurteilung zu einer unmöglichen Leistung, falls die Unmöglichkeit feststeht, entgegen können.

Im übrigen hat der Berufungsrichter bisher zu der Frage, ob objektive Unmöglichkeit oder subjektives Unvermögen der Beklagten anzunehmen ist, noch keine Stellung genommen. Das Landgericht hatte objektive Unmöglichkeit angenommen. Allein wenn die Beklagte, wie das Landgericht auf Grund der Aussage des Lagermeisters Sch. als erwiesen annimmt, die fraglichen Ballen einem Dritten ausgeantwortet hat und deshalb wegen nicht mehr vorhandenen Besitzes ihrer Herausgabepflicht nicht genügen kann, so liegt nur subjektive Unmöglichkeit auf Seiten der Beklagten vor. Aber da die Tabakballen anscheinend zur Verarbeitung in eine Zigarrenfabrik gekommen sind und die Beklagte bereits im Jahre 1920 den Besitz der Ballen eingebüßt hat, scheinen die Ballen als solche, d. h. im unverarbeiteten Zustande, überhaupt nicht mehr vorhanden zu sein, und dann würde wohl mit dem ersten Richter die objektive Unmöglichkeit bejaht werden müssen.

Der Herausgabeanspruch läßt sich auch nicht auf § 280 BGB. in Verbindung mit § 249 BGB. stützen. Denn wenn bei nachfolgender Unmöglichkeit der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen hat und dieser Ersatz in erster Linie in der Herstellung des Zustandes zu suchen ist, der be-

stehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, so geht doch aus der Tatsache, daß sich die Beklagte eben auf die Unmöglichkeit der Erfüllung des Leistungsanspruchs beruft und diese Unmöglichkeit vom Gericht festgestellt wird, hervor, daß eine Naturalherstellung nicht mehr in Frage kommt und daß deshalb nicht der § 249, sondern § 251 BGB. zur Anwendung gelangt.

Rechtssirrig ist die Auffassung des Berufungsrichters, wonach die Überzeugung des Gläubigers oder eine diese Überzeugung enthaltende Erklärung, daß er die Leistung für unmöglich halte, maßgebend sein soll; vielmehr entscheidet für die Frage der Unmöglichkeit der vom Gericht festzustellende objektive Sachverhalt. Denn es ist ausgeschlossen, daß eine Partei das Gericht zu einer Entscheidung zwingen könnte, die vom Gericht selbst für unzulässig erachtet wird. Steht durch das Beweisergebnis die Unmöglichkeit fest, so darf das Gericht dem Eigensinn des Gläubigers, durch den Gerichtsvollzieher die Vollstreckung zu versuchen und das Offenbarungseidsverfahren durchzusetzen, nicht Vorschub leisten. Es kann daher, da der objektive Sachverhalt entscheidet, ganz auf sich beruhen, ob nicht der Kläger, worauf die Revision mit Recht hinweist, anfänglich selbst von der Auffassung ausgegangen ist, der Beklagten sei die Herausgabe der Ballen in der Tat dadurch unmöglich geworden, daß sie ihrem Lagermeister von dritter unbekannter Seite abgeschwindelt worden seien.

Der Berufungsrichter geht aber auch, wie seine Ausführungen erkennen lassen, von einer unrichtigen Auffassung über das Verhältnis des § 275 zu § 283 BGB. aus. Die Beklagte hat sich darauf berufen, daß ihr die Leistung durch einen von ihr nicht zu vertretenden Umstand nachträglich unmöglich geworden sei; an sich hat sie beides, Unmöglichkeit und Nichtvertretbarkeit, zu beweisen (§ 282 BGB.). Es ist durchaus folgerichtig, daß das Reichsgericht in Bd. 54 S. 28 den Beweis der Unmöglichkeit dann nicht mehr für erforderlich erachtet, wenn bereits jetzt feststeht, daß eine etwaige Unmöglichkeit vom Schuldner zu vertreten sein würde, weil in einem solchen Falle eben nicht § 275, sondern höchstens § 280 BGB. zur Anwendung kommt, also jedenfalls eine Schadensersatzpflicht des Schuldners bestehen bleibt. Im vorliegenden Falle beruft sich die Beklagte jedoch darauf, daß sie die Unmöglichkeit nicht zu vertreten habe und daß nach den Vertragsbedingungen der Kläger die Beweislast habe. Der Berufungsrichter erwähnt zwar, daß die Beklagte das Vorgehen ihres Lagermeisters zu vertreten habe; darüber aber, ob den Lagermeister ein Verschulden trifft, erhellt aus seinen Erörterungen nichts. So lange diese Frage aber nicht geklärt ist und nicht feststeht, ob nicht im Falle der Unmöglichkeit der § 275 BGB. angewendet werden muß, ist die getroffene Entscheidung jedenfalls ungerechtfertigt. Der Berufungsrichter verkennt

die Bedeutung der Vorschrift des § 283 BGB., wenn er annimmt, daß die Beklagte auch der Schadensersatzklage aus § 283 BGB. den Einwand entgegenstellen könne, daß bereits vor Erhebung der Leistungs-klage Unmöglichkeit der Erfüllung eingetreten sei. Dieser Annahme steht die Vorschrift des § 767 ZPO. entgegen. Der Einwand des Schuldners, gemäß § 275 BGB. von der Verpflichtung zur Leistung frei geworden zu sein, ist nach § 767 Abs. 2 ZPO. nur insoweit zulässig, als die Gründe für diesen Einwand nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung entstanden sind, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen der Zivilprozeßordnung spätestens hätten geltend gemacht werden müssen. Nach Rechtskraft des ergangenen Leistungsurteils kann also der Einwand, daß der Beklagten bereits vor Erlaß des Urteils eine von ihr nicht zu vertretende Unmöglichkeit zur Seite gestanden habe, nicht mehr geltend gemacht werden. Deshalb hebt auch der § 283 Abs. 1 Satz 3 die Verpflichtung zum Schadensersatz nur für den Fall auf, daß die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird (d. h. nach Erlaß des Leistungsurteils unmöglich wird), den der Schuldner nicht zu vertreten hat.

Schließlich steht es aber auch mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Widerspruch und erscheint als rechtsirrig, wenn der Berufungsrichter den — wie er anzunehmen scheint — erbrachten Beweis der Unmöglichkeit unberücksichtigt lassen zu dürfen glaubt, um zu einer Verurteilung zu kommen, deren Vollstreckungsunmöglichkeit bereits jetzt feststeht. Aus der Tatsache, daß in gewissen Fällen sich eine Beweisaufnahme über die Unmöglichkeit der Leistung erübrigt, folgt noch keineswegs, daß beim Feststehen der Unmöglichkeit die daraus sich ergebenden Folgerungen unberücksichtigt bleiben dürften.

Hiernach unterlag das angefochtene Urteil der Aufhebung. In der Sache selbst kann noch nicht erkannt werden. Denn wenn auch bei Bejahung der Unmöglichkeit der Rückgabe der Tabakballen die erfolgte Verurteilung der Beklagten nicht aufrechterhalten werden kann, so hat der Kläger doch in der Berufungsinstanz einen Hilfsantrag auf Schadensersatz gestellt, über den der Berufungsrichter noch zu erkennen haben wird.