

## Ersatzvornahme nach Art. 98 OR

### Bundesgerichtsurteil 4A\_524/2015 vom 31. März 2016 (zur Publikation vorgesehen)

Mit Bemerkungen von RA MLaw Luca Angstmann und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich\*

#### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
  - 1. Kantonale Vorinstanzen
  - 2. Urteil des Bundesgerichts vom 31. März 2016
- III. Bemerkungen
  - 1. Einleitung
  - 2. Analyse des Entscheids
  - 3. Rechtslage nach dem Entscheid zugunsten der Vollstreckungstheorie
  - 4. Alternativen zu Art. 98 OR
  - 5. Abschliessende Bemerkung

#### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

In den Jahren 2010 und 2011 führte die B. AG als Generalunternehmerin auf dem Grundstück des C. Überbauungsarbeiten aus. Dadurch wurden auf dem Nachbargrundstück des A. Risse verursacht. A. zufolge hätte er das Grundstück nach Beendigung der Bauarbeiten zweimal zusammen mit Vertretern der B. AG besichtigt und ein Protokoll erstellt, welches die notwendigen Instandstellungsarbeiten auflistete. Die B. AG habe ihm mit Erstellung des Protokolls die Behebung der Risse zugesichert, allerdings seien die versprochenen Arbeiten trotz Aufforderung nicht erbracht worden.

Auf Gesuch von A. um vorsorgliche Beweisabnahme nach Art. 158 ZPO liess das Regionalgericht Bern-Mittelland ein Gutachten betreffend die Schäden sowie die dadurch verursachten Instandstellungskosten am Grundstück von A. einholen. Nach erfolglosem Schlichtungsversuch erhob A. am 5. November 2013 Klage mit folgenden Rechtsbegehren:

«1. Der Kläger sei gerichtlich zu ermächtigen, die im Verfahren [...] festgestellten, durch die Beklagte auf seinem Grundstück [...] verursachten Schäden auf Kosten der Beklagten beheben zu lassen.

2. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger die Kosten des Verfahrens [...], ausmachend CHF 8139.10 sowie CHF 15 000.– Schadenersatz nebst Zins zu 5% auf CHF 23 139.10, seit 4.7.2013 zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.»

Rechtsbegehren Nr. 1 stimmte mit dem Schlichtungsgesuch überein. Bei Rechtsbegehren Nr. 2 handelte es sich hingegen um ein zusätzliches Begehren.

Mit Entscheid vom 19. Februar 2015 trat der Gerichtspräsident des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland (im Folgenden Regionalgericht) nicht auf die Klage ein. Dagegen erhob A. Berufung beim Obergericht des Kantons Bern (im Folgenden Obergericht) und verlangte die Aufhebung des Entscheides, soweit er das Nichteintreten auf das Rechtsbegehren Nr. 1 betraf. Das Obergericht bestätigte mit Entscheid vom 26. August 2015 den erstinstanzlichen Entscheid, worauf A. Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht erhob. Das Bundesgericht wies die Beschwerde mit Entscheid vom 31. März 2016 vollumfänglich ab.

#### II. Erwägungen der Gerichte

##### 1. Kantonale Vorinstanzen

###### 1.1 Entscheid des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 19. Februar 2015

Das Regionalgericht führte im Wesentlichen aus, A. habe sich für die Begründung seines Ersatzanspruches explizit auf Art. 98 OR gestützt. Diese Angelegenheit werde nach Art. 250 lit. a ZPO ausdrücklich in das summarische Verfahren verwiesen.<sup>1</sup> Für die Durchführung eines ordentlichen Verfahrens bestehe demnach kein Raum. Der Kläger habe das ordentliche Verfahren bewusst gewählt und an diesem auch festgehalten, nachdem das Gericht die Verhandlung auf die Frage der Verfahrensart beschränkt habe. Es sei daher auch nicht in Frage gestanden, die Streitsache von Amtes wegen in das summarische Verfahren zu verweisen.<sup>2</sup> Folglich trat das Regionalgericht auf das Rechtsbegehren Nr. 1 nicht ein. Darüber hinaus hielt es zum Rechtsbegehren Nr. 2 fest, dass dieses zwar als Leistungsbegehren zu betrachten sei, allerdings stelle es eine Klageänderung dar, welche voraussetze, dass die geänderte Klage in derselben Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen sei. Da

<sup>1</sup> Entscheid des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 19. Februar 2015 (CIV 13 5110), E. II.4.

<sup>2</sup> Entscheid des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 19. Februar 2015 (CIV 13 5110), E. II.5.

\* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>.

dies vorliegend nicht der Fall sei, sei auch auf das Rechtsbegehren Nr. 2 nicht einzutreten.<sup>3</sup>

## 1.2 Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 26. August 2015

Vor Obergericht machte A. geltend, die Vorinstanz habe verkannt, dass sein Rechtsbegehren Nr. 1 ein Leistungsbegehren mitenthalte. Er habe damit nämlich auch verlangt, dass die Kosten für die Ersatzvornahme der beklagten Partei aufzuerlegen seien.<sup>4</sup> Die Klage sei folglich im ordentlichen Verfahren zu führen.<sup>5</sup> Das Nichteintreten mit Bezug auf das Rechtsbegehren Nr. 2 wurde seitens A. vor Obergericht hingegen nicht beanstandet.<sup>6</sup>

Demgegenüber erwog das Obergericht, dass Art. 250 lit. a Ziff. 4 ZPO die Ermächtigung zur Ersatzvornahme gemäss Art. 98 OR ausdrücklich dem summarischen Verfahren zuweise. Die Bestimmungen über die Verfahrensart seien zwingender Natur. Wer gestützt auf Art. 98 Abs. 1 OR die Ermächtigung zur Ersatzvornahme verlange, müsse dies folglich im summarischen Verfahren tun. Allein der Antrag auf Ermächtigung zur Ersatzvornahme «auf Kosten des Schuldners» würde noch kein Leistungsbegehren enthalten. Da die Kosten der Ersatzvornahme in der Regel erst im Nachhinein bekannt sein würden, könne das Leistungsbegehren auf Kostenersatz naturgemäss auch nicht bereits mit dem Begehren auf Ermächtigung zur Ersatzvornahme eingereicht werden. Eine Kumulation des Ermächtigungsbegehrens mit dem Leistungsbegehren auf Auslagenersatz falle daher regelmässig ausser Betracht.

Wie das Obergericht weiter ausführt, müsse der Gläubiger die Kosten für die Ersatzvornahme selbst vorlegen. Erst im Nachhinein sei er berechtigt, auf den Schuldner Regress zu nehmen. Zwar bestehe nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Anspruch des Gläubigers gegenüber dem Schuldner auf Leistung eines Vorschusses für die mutmasslichen Kosten der Ersatzvornahme. Einen solchen Vorschuss habe A. aber vorliegend nicht verlangt. Der Anspruch

auf Kostenbevorschussung bilde darüber hinaus Teil des Anspruches nach Art. 98 OR. Selbst wenn A. ein entsprechendes Leistungsbegehren formuliert hätte, wäre demnach immer noch das summarische Verfahren zur Anwendung gelangt.<sup>7</sup>

Bei der Verfahrensart handle es sich um eine Prozessvoraussetzung nach Art. 59 ZPO. Eine in der falschen Verfahrensart eingereichte Eingabe müsse jedoch nicht in jedem Fall einen Nichteintretensentscheid zur Folge haben. Auf die Klage sei nur dann nicht einzutreten, wenn die Eingabe den Formvorschriften des anwendbaren Verfahrens nicht genüge, sodass das Gericht sie nicht in das richtige Verfahren weisen könne oder wenn der Kläger auf der falschen Verfahrensart bestehe. Da A. unmissverständlich die Durchführung eines ordentlichen Verfahrens verlangt habe, sei eine Zuweisung seiner Eingabe in das summarische Verfahren ausgeschlossen.<sup>8</sup> Demnach bestätigte das Obergericht den Entscheid der Vorinstanz.<sup>9</sup>

## 2. Urteil des Bundesgerichts vom 31. März 2016

Vor Bundesgericht machte A. geltend, auf Grundlage der von der B. AG gemachten Zusicherungen komme ihm ein Erfüllungsanspruch zu. Dazu berief er sich wiederum auf Art. 98 OR.<sup>10</sup>

Das Bundesgericht wies zunächst darauf hin, dass die dogmatische Qualifikation der Ersatzvornahme nach Art. 98 OR umstritten sei. Unklarheit bestehe darüber, ob es sich bei Art. 98 OR um eine prozessrechtliche Vollstreckungsregel oder eine materiellrechtliche Erfüllungsregel handle. Gemäss der ersten Ansicht, der sog. *Vollstreckungstheorie*, besage die Bestimmung lediglich, dass der Gläubiger bei einer Verpflichtung zu einem Tun von Bundesrechts wegen einen Anspruch habe, dass ein Leistungsurteil mittels Ersatzvornahme vollstreckt werde. Die Ermächtigung zur Ersatzvornahme setze demnach ein rechtskräftiges Leistungsurteil gegen den Schuldner voraus.<sup>11</sup>

<sup>3</sup> Entscheid des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 19. Februar 2015 (CIV 13 5110), E. II.8.

<sup>4</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 26. August 2015 (ZK 15 148 VOA), E. III.2.1.

<sup>5</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 26. August 2015 (ZK 15 148 VOA), E. III.2.3.3.

<sup>6</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 26. August 2015 (ZK 15 148 VOA), E. III.2.4.

<sup>7</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 26. August 2015 (ZK 15 148 VOA), E. III.2.3.2.

<sup>8</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 26. August 2015 (ZK 15 148 VOA), E. III.2.3.3.

<sup>9</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 26. August 2015 (ZK 15 148 VOA), E. III.5.

<sup>10</sup> BGer 4A\_524/2015 vom 31. März 2016, E. 4.

<sup>11</sup> BGer 4A\_524/2015 vom 31. März 2016, E. 4.1.

Nach der zweiten Ansicht, der sog. *Erfüllungstheorie*, sei die Ersatzvornahme nach Art. 98 OR hingegen Bestandteil des Erfüllungsanspruches. Der Gläubiger könne sich demzufolge auch ohne Leistungsurteil zur Ersatzvornahme ermächtigen lassen, sofern er rechtswirksam auf das Erbringen der Leistung durch den Schuldner verzichtet habe.<sup>12</sup>

Das Bundesgericht machte darauf aufmerksam, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Schaffung der schweizerischen Zivilprozessordnung die Gelegenheit gehabt hätte, die Einordnung von Art. 98 Abs. 1 OR zu klären. Bekanntermassen habe der Gesetzgeber mit der Einführung der ZPO das materielle Zivilrecht so weit als möglich von prozessualen Regeln entlasten und zugleich eine Gesamtkodifikation des Prozessrechts schaffen wollen. Obwohl mit Art. 343 Abs. 1 lit. e ZPO prozessrechtlich bestimmt worden sei, dass ein Entscheid auf eine Verpflichtung zu einem Tun mittels Ersatzvornahme vollstreckt werden kann, sei Art. 98 Abs. 1 OR – im Gegensatz zu Art. 97 Abs. 2 OR – nicht gestrichen worden. Dieser Umstand spreche an sich eher gegen ein rein vollstreckungsrechtliches Verständnis der Bestimmung. Allerdings ergebe sich aus der Beratung keine weitere Diskussion und kein Hinweis, dass sich der Gesetzgeber der Frage bewusst gewesen wäre.<sup>13</sup> Zudem bestimme Art. 250 lit. a Ziff. 4 ZPO, dass für die Ermächtigung zur Ersatzvornahme nach Art. 98 OR das summarische Verfahren zur Anwendung komme. Aufgrund seiner Beweismittelbeschränkungen eigne sich das summarische Verfahren nicht für die vorfrageweise Klärung von materiellrechtlichen Verpflichtungen. Das Bundesgericht kam deshalb zum Schluss, dass die Ermächtigung zur Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR als Vollstreckungsmassnahme und nicht als Bestandteil des Erfüllungsanspruches zu verstehen sei. Dies setze voraus, dass die Leistungspflicht bereits beurteilt wurde.<sup>14</sup>

Weiter ging das Bundesgericht auf das Verhältnis zwischen Art. 98 Abs. 1 OR und Art. 366 Abs. 2 OR ein. In der Lehre werde argumentiert, der systematische Zusammenhang von Art. 366 Abs. 2 OR und Art. 98 Abs. 1 OR spreche für ein materielles Verständnis von Art. 98 Abs. 1 OR. Gemäss dieser Lehrmeinung setze Art. 366 Abs. 2 OR voraus, dass der

Besteller auf die Leistung des Unternehmens verzichte und damit dessen Leistungspflicht zum Erlöschen gebracht habe; gleich müsse es sich auch bei Art. 98 OR verhalten. Dem kann gemäss Bundesgericht insofern zugestimmt werden, als die bundesgerichtliche Rechtsprechung davon ausgehe, der Besteller verzichte bei Art. 366 Abs. 2 OR auf die Leistung zu einem Tun (Nachbesserung). Die ursprüngliche Leistung wandle sich daher in eine Verpflichtung zur Erstattung der Kosten einer Ersatzvornahme. Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch werde folglich durch einen anderen Erfüllungsanspruch ersetzt. Das Bundesgericht hält dem jedoch entgegen, dass sich Art. 366 Abs. 2 OR zwar an Art. 98 Abs. 1 OR anlehne, da beide Bestimmungen die Ersatzvornahme betreffen. Im Unterschied zu Art. 98 OR setze Art. 366 Abs. 2 OR aber keine richterliche Ermächtigung voraus, um zur Ersatzvornahme zu schreiten. Ferner verlange Art. 366 Abs. 2 OR die Gewährung einer angemessenen Nachfrist. Es sei nun gerade Tatsache, dass Art. 98 Abs. 1 OR keine solche Voraussetzung nenne. Überzeugenderweise würden die Vertreter der Vollstreckungstheorie daraus ableiten, Art. 98 OR wolle dem Gläubiger keinen unmittelbaren Erfüllungsanspruch auf Ersatzvornahme gewähren. Letztlich würden auch die Vertreter der Erfüllungstheorie davon ausgehen, die Ersatzvornahme nach Art. 98 OR bedürfe ebenfalls einer vorgehenden Aufforderung zur Leistung, damit der Schuldner um seine Leistungspflicht wisse, sofern sich die Zeit der Erfüllung weder aus Vertrag noch aus den Umständen ergibt. Es könne jedoch nicht erklärt werden, weshalb der Gesetzgeber, wenn er bei Art. 98 Abs. 1 OR wie bei Art. 366 Abs. 2 OR von einer Umwandlung des Realerfüllungsanspruches in einen Anspruch auf Ersatzvornahme ausgegangen wäre, eine solche Voraussetzung nicht in den Wortlaut des Gesetzes aufnahm.<sup>15</sup>

Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass entweder zuerst im ordentlichen Verfahren ein Leistungsbegehren zu stellen ist, für das in einem zweiten Schritt gestützt auf Art. 98 OR und Art. 250 lit. a Ziff. 4 ZPO die Ersatzvornahme verlangt werden kann. Stattdessen könne aber auch gleichzeitig mit dem Leistungsbegehren im ordentlichen Verfahren gestützt auf Art. 236 Abs. 3 ZPO für den Fall des Ob-siegens ein Begehren um direkte Vollstreckung mittels Ersatzvornahme gestellt werden. Da A. bewusst kei-

<sup>12</sup> BGer 4A\_524/2015 vom 31. März 2016, E. 4.1.

<sup>13</sup> BGer 4A\_524/2015 vom 31. März 2016, E. 4.4.1.

<sup>14</sup> BGer 4A\_524/2015 vom 31. März 2016, E. 4.4.1.

<sup>15</sup> BGer 4A\_524/2015 vom 31. März 2016, E. 4.4.2.

ne in der ZPO vorgesehene Variante gewählt habe, seien die Vorinstanzen zu Recht auf das Rechtsbegehren Nr. 1 nicht eingetreten.<sup>16</sup>

### III. Bemerkungen

#### 1. Einleitung

Aus einer rein technischen Sicht hätte sich das Bundesgericht nicht zur Rechtsnatur von Art. 98 OR äussern müssen. Seit dem Inkrafttreten der schweizerischen ZPO steht nämlich von vornherein fest, dass der Anspruch auf Ermächtigung zur Ersatzvornahme nach Art. 98 OR im summarischen Verfahren geltend zu machen ist (Art. 250 lit. a Ziff. 4 ZPO). Damit war von Anfang an klar, dass die von A. anhängig gemachte Klage unabhängig von der Frage, ob Art. 98 OR materiell- oder vollstreckungsrechtlicher Charakter zukommt, nicht im ordentlichen Verfahren zu beurteilen ist. Vor der Vorinstanz war denn auch nicht streitig, welche Rechtsnatur Art. 98 OR zukommt. Vielmehr machte A. geltend, er habe über Art. 98 OR hinaus ein im ordentlichen Verfahren zu behandelndes Leistungsbegehren gestellt. Das Obergericht kam in nachvollziehbarer Weise zum Schluss, A. leite seinen Anspruch allein aus Art. 98 OR ab, und bestätigte konsequenterweise den erstinstanzlichen Nichteintretensentscheid. Auch das Bundesgericht hätte demnach die Beschwerde von A. mit dem blossen Hinweis auf die falsche Verfahrensart abweisen können. Stattdessen hat das Bundesgericht die Gelegenheit genutzt, einen langjährigen Lehrstreit zu klären, was mit Blick auf die Rechtssicherheit zu begrüssen ist. Nachfolgend wird zunächst auf die Erwägungen des Bundesgerichts und auf den Art. 98 OR zugrundeliegende Theorienstreit eingegangen. Anschliessend soll die daraus resultierende Rechtslage dargestellt werden. Vollständigkeitshalber soll dabei auch auf die mit Art. 98 OR zusammenhängenden Rechtsgrundlagen eingegangen werden.

#### 2. Analyse des Entscheids

##### 2.1 Ausgangspunkt: Erfüllungs- oder Vollstreckungstheorie

Ist der Schuldner zu einem Tun verpflichtet, so kann sich der Gläubiger nach dem Wortlaut von Art. 98

Abs. 1 OR ermächtigen lassen, die Leistung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen. Mag die praktische Relevanz von Art. 98 OR gering sein, über die Auslegung dieser Bestimmung scheiden sich die Geister. Grundlage des vorliegenden Entscheids war demnach folgender Lehrstreit:

Zum einen wird in der Lehre vertreten, es handle sich bei dieser Bestimmung um eine prozessrechtliche Vollstreckungsregel. Dem Gläubiger komme folglich der Anspruch zu, ein Leistungsurteil mittels Ersatzvornahme zu vollstrecken (sog. Vollstreckungstheorie).<sup>17</sup> Als Begründung dafür werden insbesondere historische und systematische Gründe angeführt. Es wird argumentiert, der Gesetzgeber habe sich bewusst vom französischen Recht (Art. 1142 Code Civil) abgewendet, nach dem bei Nichterfüllung kein Erfüllungsanspruch bestehe. Vielmehr habe er sich bei der Kodifikation des heutigen Obligationenrechts an das deutsche Recht angelehnt, welches die Art. 98 OR entsprechende Regelung dem Vollstreckungsrecht zuweise (§ 887 der deutschen Zivilprozessordnung).<sup>18</sup> Ferner wird darauf hingewiesen, dass der Wortlaut von Art. 98 OR keine Nachfrist vorsehe. Der Schuldner habe folglich keine Verteidigungsmöglichkeit, was dafür spreche, dass der Ermächtigung zur

<sup>17</sup> Diese Ansicht wird unter anderem von folgenden Autoren vertreten: *Rolf H. Weber*, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung*, Art. 97–109 OR, Bern 2000, N 46 zu Art. 98 OR; *Wolfgang Wiegand*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 6 zu Art. 98 OR; *Peter Gauch*, *Die Ersatzvornahme nach OR 98 I und viele Fragen zur Nichterfüllung – Ein Entscheid des Luzerner Obergerichts*, recht 1987/Heft 1, 24 ff.; *Andreas von Thur/Arnold Escher*, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band II, 3. Aufl., Zürich 1974, 91; *Peter Gauch et al.*, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Band II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 2515; *Jörg Schmid*, in: Eugen Bucher et al. (Hrsg.), *Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag*, Die Ersatzvornahme im allgemeinen Schuldrecht, Bern 2005, 605 ff.

<sup>18</sup> Vgl. *BK-Weber* (Fn. 17), N 47 zu Art. 98 OR; *Schmid* (Fn. 17), 614. § 887 der deutschen Zivilprozessordnung lautet: «Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so ist der Gläubiger von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen.»

<sup>16</sup> BGer 4A\_524/2015 vom 31. März 2016, E. 5.

Ersatzvornahme ein Leistungsurteil voranzugehen habe.<sup>19</sup>

Ein anderer Teil der Lehre geht dagegen davon aus, das Recht auf Ersatzvornahme sei Bestandteil des Erfüllungsanspruches (sog. Erfüllungstheorie).<sup>20</sup> Es gehe dabei um die Bewirkung der geschuldeten Erfüllungshandlung. Demnach könne sich ein Gläubiger auch ohne Vorliegen eines Leistungsurteils zur Ersatzvornahme ermächtigen lassen, sofern er rechtswirksam auf die Leistung verzichtet habe.<sup>21</sup> Auch für die Erfüllungstheorie werden historische Argumente angeführt. So wird argumentiert, das Obligationenrecht von 1881 habe mit Art. 111 aOR für den Fall der Nichtleistung keine Klage auf Realerfüllung, sondern lediglich eine Klage auf Schadenersatz vorgesehen. Das bereits im aOR von 1881 vorgesehene Recht auf Ersatzvornahme sei demnach dem materiellen Recht und nicht dem Vollstreckungsrecht zuzuweisen. Zwar sei bei der Revision des Obligationenrechts im Jahre 1911 beabsichtigt gewesen, die Klagbarkeit des Erfüllungsanspruches einzuführen, allerdings ohne die Intention, am Charakter von Art. 98 OR etwas zu ändern.<sup>22</sup> Zudem spreche auch der systematische Zusammenhang mit Art. 259b OR und Art. 366 Abs. 2 OR für die Erfüllungstheorie.<sup>23</sup> Sinn und Zweck der Regelung könne letztlich nur sein, dem Gläubiger rasch zur Erfüllung zu verhelfen, zumal ein Verfahren auf Schadenersatz in der Regel umständlich und insbesondere langwierig sei.<sup>24</sup>

## 2.2 Summarisches Verfahren als entscheidendes Kriterium zugunsten der Vollstreckungstheorie

### 2.2.1 Vorbemerkung

Das Bundesgericht hat sich mit dem vorliegenden Entscheid für die Vollstreckungstheorie entschieden. In seinen Erwägungen ist es dabei weder auf die von der Lehre vorgebrachten historischen Argumente noch auf die angeführte *ratio legis* von Art. 98 OR ein-

gegangen. Entscheidend ist für das Bundesgericht vielmehr, dass Art. 250 lit. a Ziff. 4 ZPO die Ermächtigung zur Ersatzvornahme nach Art. 98 OR dem summarischen Verfahren zuweist. Im Zentrum steht mit anderen Worten das systematische Auslegungselement.<sup>25</sup> Das summarische Verfahren mit seinen beschränkten Beweismitteln eigne sich nicht, um vorfrageweise eine materiellrechtliche Verpflichtung zu klären. Dementsprechend müsse die Leistungspflicht des Schuldners bereits feststehen. Der Verweis von Art. 98 OR in das summarische Verfahren schliesst nach der Auffassung des Bundesgerichtes ein materiellrechtliches Verständnis von Art. 98 OR aus.

Grundsätzlich gibt es zwei mögliche Sichtweisen von Art. 98 OR als materielle Regelung: Zum einen kann in Art. 98 OR ein *modifizierter Erfüllungsanspruch* gesehen werden. Dies entspricht der klassischen Erfüllungstheorie. Andererseits kann Art. 98 OR aber auch als ein dem Erfüllungsanspruch *vorgelegter Anspruch auf Ersatzvornahme* verstanden werden. Beide Varianten sind mit Blick auf das summarische Verfahren genauer zu untersuchen.

### 2.2.2 Ersatzvornahme als Modifizierung des Erfüllungsanspruches

Das Zusammenspiel zwischen materiellem Rechtsanspruch und Ausgestaltung des Verfahrens hängt insbesondere von der Frage ab, ob und worüber rechtskräftig entschieden wird. Der Hinweis des Bundesgerichtes, das summarische Verfahren sei ungeeignet, vorfrageweise eine materiellrechtliche Verpflichtung zu überprüfen, ist ebenfalls vor diesem Hintergrund zu sehen. Der bundesgerichtliche Hinweis wirkt al-

<sup>19</sup> Gauch (Fn. 17), 28; BK-Weber (Fn. 17), N 47 zu Art. 98 OR.

<sup>20</sup> Diese Ansicht vertreten insbesondere: Walter Fellmann, die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR – «Vollstreckungstheorie» oder «Erfüllungstheorie», recht 1993/Heft 4, 109 ff.; Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2009, § 44 Rz. 18.

<sup>21</sup> Koller (Fn. 20), § 44 Rz. 20.

<sup>22</sup> Koller (Fn. 20), § 44 Rz. 5 und 20; Fellmann (Fn. 20), 111 ff.

<sup>23</sup> Koller (Fn. 20), § 44 Rz. 20.

<sup>24</sup> Fellmann (Fn. 20), 115.

<sup>25</sup> BGer 4A\_524/2015 vom 31. März 2016, E. 4.4.1. Dies mag auf den ersten Blick erstaunen, folgt das Bundesgericht bei der Auslegung von Gesetzestexten doch nach ständiger Rechtsprechung dem sog. *Methodenpluralismus*. Demnach ist der Regelungsgehalt einer Norm nicht aufgrund einer Hierarchie von Auslegungsmethoden zu ermitteln. Das Gesetz muss vielmehr aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden (zum Ganzen: BGE 137 V 434, E. 3.2; BGE 136 II 187, E. 7.3; BGE 134 V 170, E. 4.1). Mit dem Verweis von Art. 98 OR in das summarische Verfahren hat der Gesetzgeber jedoch in der Tat den Rahmen möglicher Lesearten vorgegeben. Es ist daher nachvollziehbar, wenn sich das Bundesgericht primär mit der Bedeutung dieses Verweises befasste und andere Auslegungsmethoden insofern in den Hintergrund rückten.

lerdings etwas unscharf, sind Vorfragen doch gerade nicht von der Rechtskraft eines Entscheides erfasst;<sup>26</sup> sie sollten sich deshalb genau genommen auch nicht auf die Verfahrensausgestaltung auswirken. Es stellt sich aber in der Tat die Frage, worüber – unter Annahme der Erfüllungstheorie – in einem Verfahren nach Art. 98 OR entschieden würde; mithin was Streitgegenstand eines solchen Verfahrens wäre. Erst in Kenntnis davon kann geklärt werden, ob das summarische Verfahren dazu geeignet ist. Ist dies nicht der Fall, ist die Erfüllungstheorie – wie das Bundesgericht ausführt – abzulehnen.

Der Streitgegenstand eines Verfahrens wird durch das Rechtsbegehren und den vom Kläger behaupteten Lebenssachverhalt bestimmt.<sup>27</sup> Das Rechtsbegehren bei Art. 98 OR lautet primär auf Ermächtigung zur Ersatzvornahme, was nahelegt, dass der Erfüllungsanspruch nicht Teil des Streitgegenstands darstellt, sondern lediglich als Vorfrage zu betrachten ist. Das Urteil auf Ermächtigung zur Ersatzvornahme greift allerdings gestaltend in den Erfüllungsanspruch ein: Unter Modifikation des Erfüllungsanspruchs tritt das Recht auf Ersatzvornahme neben das Recht auf Leistung oder an dessen Stelle.<sup>28</sup> Die richterliche Ermächtigung wirkt sich deshalb auf den Erfüllungsanspruch aus, was bedingt, dass dieser Gegenstand des Verfahrens sein muss. Zwar lässt sich dieser Umstand nicht dem Rechtsbegehren entnehmen. Er folgt aber – wie soeben ausgeführt – aus der gestaltenden Wirkung des Entscheides. Folgt man der Erfüllungstheorie, ist der Erfüllungsanspruch daher Bestandteil des Streitgegenstands, über den rechtskräftig entschieden wird.

Ist über einen Anspruch endgültig zu entscheiden, folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, dass den Parteien das Recht auf Abnahme sämtlicher Beweismittel zukommen muss. Die definitive Beurteilung einer Sache setzt mit anderen Worten ein Verfahren ohne Beweismittelbeschränkung voraus.<sup>29</sup> Das summarische Verfahren zeichnet sich im Normalfall gerade dadurch aus, dass rasch und schnell – und damit unter Beschränkung der Angriffs- und Ver-

teidigungsmittel – entschieden wird.<sup>30</sup> Aus diesem Grund sind nach Art. 254 Abs. 1 ZPO als mögliche Beweismittel lediglich Urkunden vorgesehen. Seiner Konzeption nach eignet sich das summarische Verfahren deshalb nicht für den definitiven Entscheid über einen materiellrechtlichen Anspruch. Dafür ist vielmehr das ordentliche bzw. bei einem Streitwert bis CHF 30 000 das vereinfachte Verfahren vorgesehen. Freilich gibt es summarische Verfahren, in welchen definitiv über einen Anspruch entschieden werden muss und insofern keine Beweismittelbeschränkung bestehen darf.<sup>31</sup> Das Gesetz lässt daher gemäss Art. 254 Abs. 2 lit. b ZPO ausnahmsweise andere Beweismittel zu, sofern «es der Verfahrenszweck erfordert». Der definitive Entscheid über einen materiellen Anspruch im summarischen Verfahren fällt somit nicht gänzlich ausser Betracht.<sup>32</sup> Idealerweise ist die Rechtsordnung jedoch als Einheit möglichst kohärenter Wertentscheidungen unter Beachtung ihres normativen Kontextes zu verstehen.<sup>33</sup> Wenn der Gesetzgeber den Anspruch nach Art. 98 Abs. 1 OR in Art. 250 lit. a Ziff. 4 ZPO explizit dem summarischen Verfahren zuweist, ist – angesichts dessen Konzeption und der offenen Formulierung von Art. 98 Abs. 1 OR – folglich davon auszugehen, dass mit Art. 98 Abs. 1 OR nicht die definitive Beurteilung des Erfüllungsanspruchs gemeint sein kann.

Auch wenn das Bundesgericht etwas unglücklich von einer «*vorfrageweisen*» Überprüfung der materiellrechtlichen Verpflichtung spricht, wollte es damit wohl auf das eben beschriebene Verhältnis von rechtskräftiger Entscheidung und daraus folgenden Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrens hinweisen. Im Ergebnis ist es daher nachvollziehbar, wenn das Bundesgericht aufgrund des Verweises von Art. 98 OR in das summarische Verfahren die Erfüllungstheorie ablehnt: Auch wenn dieser Schluss nicht unausweichlich ist, so liegt er doch auf der Hand.

<sup>26</sup> Vgl. BGE 138 III 261, E. 1.2.

<sup>27</sup> Statt vieler: BGE 139 III 126, E. 3.

<sup>28</sup> Koller (Fn. 20) spricht von einem «*modifizierten Erfüllungsanspruch*» (Koller [Fn. 20], § 44 Rz. 30).

<sup>29</sup> BGE 138 III 166, E. 3.9; BGE 120 II 352, E. 2a.

<sup>30</sup> Ingrid Jent-Sørensen, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), *Kurzkommentar ZPO*, 2. Aufl., Basel 2013, N 4 zu Art. 248.

<sup>31</sup> Als Beispiel sei hier auf den Anspruch nach Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB verwiesen.

<sup>32</sup> Kuko ZPO-Jent-Sørensen (Fn. 30), N 6 zu Art. 255.

<sup>33</sup> Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 4. Aufl., Bern 2013, 88 f.

### 2.2.3 Vorgelagerter Anspruch auf Ersatzvornahme

Die Ermächtigung zur Ersatzvornahme nach Art. 98 OR könnte allerdings auch als ein dem Hauptverfahren vorgelagerter Anspruch betrachtet werden, bei welchem lediglich eine *prima-facie*-Überprüfung des Erfüllungsanspruches stattfindet. Die volle Prüfung hätte alsdann in einem ordentlichen Folgeprozess zu erfolgen. Ein solches Verständnis von Art. 98 OR wäre zum einen mit dem Verweis in das summarische Verfahren ohne weiteres vereinbar und zum anderen nicht systemfremd. So wird beispielsweise die richterliche Ermächtigung zur Hinterlegung bzw. zum Notverkauf im Falle des Gläubigerverzugs ebenfalls in das summarische Verfahren verwiesen und hierbei nicht verbindlich über den Gläubigerverzug entschieden.<sup>34</sup>

Art. 98 OR spricht nun aber davon, dass die Ersatzvornahme «*auf Kosten des Schuldners*» zu erfolgen hat. Der Wortlaut der Bestimmung deutet daher darauf hin, dass bei der Ermächtigung zur Ersatzvornahme über deren Kostentragung mitzuentcheiden ist bzw. darüber bereits entschieden wurde, was wiederum eine Prüfung des Erfüllungsanspruches voraussetzt. Will man – was die Lehre nahezu einhellig macht<sup>35</sup> – dem Gläubiger darüber hinaus einen Anspruch auf Kostenbevorschussung durch den Schuldner zugestehen, käme ein dem Hauptanspruch vorgelagerter Anspruch auf Ermächtigung zur Ersatzvornahme einer vorsorglichen Leistungsmassnahme gleich; allerdings ohne die Möglichkeit, dem Gläubiger Frist zur Prosequierung anzusetzen. Das erscheint nicht nur systemwidrig, sondern widerspricht im Ergebnis auch einer sachgerechten Interessenabwägung, führte die Regelung diesfalls doch zu einer Umkehr der Parteirollen: Der Schuldner müsste sich im Anschluss an den Entscheid über die Kostenbevorschussung mit negativer Feststellungsklage zur Wehr setzen.<sup>36</sup> Folglich ist auch ein solches Verständnis von Art. 98 Abs. 1

OR abzulehnen. Allerdings handelt es sich dabei um eine Wertungsfrage, welche auch anders entschieden werden könnte.

### 2.3 Das Fehlen einer Nachfrist als weiterer Hinweis zugunsten der Vollstreckungstheorie

Aus Sicht des Bundesgerichts sprach schliesslich auch die Tatsache für die Vollstreckungstheorie, dass Art. 98 OR keine Regelung über die Pflicht zur Ansetzung einer angemessenen Nachfrist enthält. In der Tat ist Art. 98 OR insofern nicht mit Art. 366 Abs. 2 OR vergleichbar. Vielmehr ist Art. 366 Abs. 2 OR als Spezialnorm zu Art. 107 OR zu betrachten und verlangt vor diesem Hintergrund gleichermaßen das Ansetzen einer angemessenen Nachfrist.<sup>37</sup> Das Gesetz gibt dem Gläubiger in beiden Fällen ein Gestaltungsrecht, mit welchem er ohne richterliche Überprüfung in das Rechtsverhältnis der Parteien eingreifen kann. Allerdings ist anzumerken, dass der Erfüllungsanspruch gerade keine Nachfrist, sondern lediglich die Fälligkeit der Forderung voraussetzt. Es könnte daher argumentiert werden, ein modifizierter Erfüllungsanspruch bedürfe ebenso wenig der vorgängigen Ansetzung einer angemessenen Nachfrist wie der Erfüllungsanspruch selbst. Folglich wäre auch hier eine andere Argumentation denkbar gewesen.

### 2.4 Fazit

Auch wenn die Argumentation des Bundesgerichts keine unausweichlichen Schlüsse zulässt, so ist dem Bundesgericht im Ergebnis doch zuzustimmen, wenn es sich aufgrund den erwähnten systematischen Überlegungen für die Vollstreckungstheorie entscheidet.

## 3. Rechtslage nach dem Entscheid zugunsten der Vollstreckungstheorie

### 3.1 Tatbestand

#### 3.1.1 Vollstreckungstitel

Mit vorliegendem Entscheid ist nun geklärt, dass es sich bei Art. 98 Abs. 1 OR um eine vollstreckungsrechtliche Norm handelt und der Ermächtigung zur Ersatzvornahme ein Leistungsurteil voranzugehen

werden könne (vgl. BGer 4A\_524/2015 vom 31. März 2016, E. 4.4.1).

<sup>37</sup> Vgl. BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott (Fn. 17), N 19 zu Art. 366.

<sup>34</sup> Vgl. BGE 136 II 178, E. 5.1.

<sup>35</sup> Siehe dazu hinten III.3.2.2.

<sup>36</sup> Lediglich Thévenoz scheint diese Ansicht ansatzweise zu vertreten, indem er ausführt: «Selon CPC 250 a IV, le créancier peut obtenir en procédure sommaire l'autorisation de l'exécution par un tiers apparaît alors comme un moyen de justice propre du créancier autorisé par le juge mais mis en œuvre par le seul créancier.» (Luc Thévenoz, in: Ders./Franz Werro [Hrsg.], Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1–529, 2. Aufl., Basel 2012, N 3 zu Art. 98). Das Bundesgericht begnügte sich allerdings mit dem Hinweis, dass der Ansicht von Thévenoz nicht gefolgt

hat. Insofern wurde ein Gleichlauf zwischen Art. 98 OR und Art. 343 ZPO geschaffen. Der Gläubiger kann demnach zunächst in einem ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahren ein Leistungsurteil erstreiten und sich alsdann in einem zweiten Schritt nach Art. 98 OR bzw. Art. 343 ZPO zur Ersatzvornahme ermächtigen lassen.<sup>38</sup> Darüber hinaus kann er aber bereits beim Erkenntnisgericht nach Art. 236 Abs. 3 ZPO eine direkte Vollstreckungsanordnung in Form der Ermächtigung zur Ersatzvornahme verlangen.

Lehre und Rechtsprechung möchten dem Gläubiger im Rahmen von Art. 98 OR keinen Anspruch auf Ersatzvornahme gewähren: Selbst wenn der Gläubiger einen Antrag auf Ermächtigung zur Ersatzvornahme stellt und deren Voraussetzungen erfüllt sind, sei der Richter nicht an den Antrag des Gläubigers gebunden. Vielmehr könne er unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips auch auf eine andere Massnahme erkennen.<sup>39</sup> Letztlich wird damit auf Vollstreckungsebene eine angemessene Berücksichtigung der Interessen des Schuldners angesprochen. Es ist allerdings nicht einzusehen, weshalb dem Schuldner ein Anspruch des Gläubigers auf Ersatzvornahme nicht zugemutet werden kann. Einerseits hat er die Nichtleistung und die damit verbundene Realvollstreckung selbst zu verantworten. Andererseits stellt die Ersatzvornahme regelmässig ein vergleichsweise leichter Eingriff in die Sphäre des Schuldners dar, da er lediglich zu deren Duldung und Kostenübernahme verpflichtet ist. Ferner kann der Umstand, dass die Kosten der Ersatzvornahme sehr hoch ausfallen können, nicht gegen einen Anspruch auf Ersatzvornahme angeführt werden, stellen sie doch regelmässig die pekuniäre Vergleichsbasis zur Wertbestimmung des Erfüllungsanspruches dar. Ein Anspruch auf Ersatzvornahme ist daher richtigerweise nur dann zu verneinen, wenn das Begehren auf Ermächtigung zur Ersatzvornahme einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt (Art. 2 Abs. 2 ZGB).<sup>40</sup> Dabei kommt vor allem eine starke Äquivalenzstörung im Verhältnis der Leistung des Schuldners zur Gegenleistung des Gläubigers in Betracht. Diese wäre allerdings bereits anlässlich der Beurteilung der Leistungspflicht zu berücksichtigen. Auf Vollstreckungsebene

dürfte deshalb nur noch in ganz beschränktem Masse Raum für die Annahme von Rechtsmissbrauch bestehen.

### 3.1.2 Verpflichtung zu einem Tun

Die Regelung von Art. 98 Abs. 1 OR bezieht sich lediglich auf eine Verpflichtung zu einem Tun. Für Duldung und Unterlassung fällt die Ermächtigung zur Ersatzvornahme bereits konzeptionell ausser Betracht. Mag Art. 98 Abs. 1 OR seiner ursprünglichen Konzeption nach lediglich für Dienstleistungen, wie Leistungen aus Werkvertrag, Auftrag oder Arbeitsvertrag, gegolten haben, muss sein Anwendungsbereich nunmehr im systematischen Zusammenhang mit Art. 343 ZPO betrachtet werden.<sup>41</sup> Da die Möglichkeit der Ersatzvornahme nach Art. 343 ZPO nicht auf die Dienstleistungen beschränkt ist, sondern mit Ausnahme der Vollstreckung von Geldforderungen nach SchKG jede Verpflichtung zu einem Tun erfasst, muss dasselbe auch für Art. 98 Abs. 1 OR gelten.<sup>42</sup> Dies muss umso mehr gelten, als Schadenersatz nach Art. 107 OR (Kosten für die Ersatzbeschaffung einer Sache) keine echte Alternative darstellt, da dabei – im Gegensatz zur Leistungspflicht des Schuldners und deren Vollstreckung – ein Verschulden vorausgesetzt wird.<sup>43</sup> Erfasst werden von Art. 98 Abs. 1 OR demnach nicht nur Dienstleistungen, sondern auch Sachleistungen.

Die Leistungspflicht des Schuldners muss im Zeitpunkt der Ermächtigung zur Ersatzvornahme noch bestehen.<sup>44</sup> Ob die Leistungspflicht vor Fällung des Urteils – genauer gesagt, vor Beginn der Urteilsberatung – untergegangen ist, kann aber aufgrund der Rechtskraft des Leistungsurteils nicht mehr überprüft werden.<sup>45</sup> Ist die Leistungspflicht inzwischen

<sup>38</sup> BGer 4A\_524/2015 vom 31. März 2016, E. 5.

<sup>39</sup> BK-Weber (Fn. 17), N 71 zu Art. 98 OR; BSK OR I-Wiegand (Fn. 17), N 5 zu Art. 98; BGE 130 III 302 (= Pra 93 [2004] Nr. 130), E. 3.3.

<sup>40</sup> Vgl. Schmid (Fn. 17), 616.

<sup>41</sup> Es ist umstritten, ob sich der Anwendungsbereich von Art. 98 Abs. 1 OR auf Dienstleistungen beschränkt (dieser Ansicht folgend: Schmid [Fn. 17], 611; Gauch [Fn. 17], 26 Fn. 10) oder aber auch Sachleistungen mitumfasst (so beispielsweise: von Thur/Escher [Fn. 17], 92; BK-Weber [Fn. 17], N 56 zu Art. 98 OR).

<sup>42</sup> Im Ergebnis wie hier für die Rechtslage vor Einführung der ZPO: Schmid (Fn. 17), 611; wohl a.A. Franz Kellerhals, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, ZPO, Art. 150–352, Bern 2012, N 68 zu Art. 343 ZPO, der den Anwendungsbereich von Art. 343 ZPO gerade mit Verweis auf Art. 98 OR einschränkt.

<sup>43</sup> Vgl. Schmid (Fn. 17), 611.

<sup>44</sup> BK-Kellerhals (Fn. 42), N 70 zu Art. 343.

<sup>45</sup> Vgl. BGer 4A\_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.6.

untergegangen, gilt es, diesen Umstand als echtes Novum zu beachten, und es kann keine Ermächtigung zur Ersatzvornahme mehr erteilt werden (Art. 341 Abs. 3 ZPO). Dringt der Schuldner im Vollstreckungsverfahren mit dieser Einwendung nicht durch, hat er immer noch die Möglichkeit, eine negative Feststellungsklage zu erheben.

Der Gläubiger muss bei der Ersatzvornahme nach Möglichkeit Ersatz in gleicher Art und Güte zu gleichen Bedingungen vornehmen.<sup>46</sup> Fraglich ist, wie es sich verhält, wenn dies nicht möglich ist, insbesondere weil es sich um eine nicht vertretbare Leistung handelt. Massgebend muss diesfalls sein, ob die Ersatzvornahme dasselbe Bedürfnis des Gläubigers befriedigt. Im Geschäftsverkehr dürfte regelmässig das Interesse des Gläubigers am Mehrwert ausschlaggebend sein, den er bei korrekter Erbringung der geschuldeten Leistung durch den Schuldner realisieren kann. Gerade mit Bezug auf letzteren Punkt macht ein weites Verständnis möglicher Ersatzvornahmen Sinn, zumal entgangener Mehrwert ersatzfähiger Schaden darstellt, welcher den Wert der Ersatzvornahme ohne Weiteres übersteigen kann. Sind diese Kriterien erfüllt, kann demnach auch für eine nicht vertretbare Leistung die Ersatzvornahme verlangt werden.

In prozessualer Hinsicht ist nicht verlangt, dass der Leistungsgegenstand der Ersatzvornahme bereits im Rechtsbegehren exakt formuliert wird.<sup>47</sup> Je detaillierter der Inhalt der Ermächtigung ausgestaltet ist, desto weniger kann der Schuldner allerdings in einem allfälligen Prozess über die Rechtfertigung der Höhe der Kosten der Ersatzvornahme vorbringen. Wird die Ersatzvornahme von einem Dritten vorgenommen, scheint es daher ratsam, dem Gericht einen Kostenvoranschlag einzureichen. Der Schuldner könnte diesfalls nur noch einwenden, der Gläubiger habe bei der Ausführung der Ersatzvornahme entgegen Treu und Glauben gehandelt, namentlich indem er seinen Mitwirkungspflichten nicht nachgekommen sei, und infolgedessen seien zu hohe Kosten entstanden.<sup>48</sup>

## 3.2 Rechtsfolge

### 3.2.1 Ermächtigung zur Ersatzvornahme

Der Gläubiger kann die Ersatzvornahme selbst tätigen oder aber von einem Dritten vornehmen lassen.<sup>49</sup> Auch wenn es sich bei der Ermächtigung zur Ersatzvornahme um eine vollstreckungsrechtliche Regelung handelt, zeitigt diese wiederum materiellrechtliche Wirkung. Nach erfolgter Ermächtigung ist der Gläubiger einerseits berechtigt, zur Ersatzvornahme zu schreiten. Verpflichtet ist er dazu jedoch nicht. Es steht ihm nach wie vor frei, sein Gestaltungsrecht nach Art. 107 OR unter Beachtung der dort genannten Voraussetzungen auszuüben.<sup>50</sup> Andererseits ist die Erfüllungspflicht des Schuldners für die Zeit, während der um Ersatzvornahme ersucht wird, als gestundet zu betrachten.<sup>51</sup> Konnte die Ersatzvornahme erfolgreich getätigt werden, erlischt die Erfüllungspflicht des Schuldners endgültig. Allerdings hat er alsdann die Kosten der Ersatzbeschaffung zu tragen. Die Ersatzvornahme wird nicht nur auf Kosten, sondern auch auf Gefahr des Schuldners getätigt. Lässt der Gläubiger die Ersatzvornahme von einem Dritten vornehmen und leistet dieser nicht (oder schlecht), kann sich der Gläubiger zunächst an den Dritten halten. Er kann aber auch auf die Leistungspflicht des Schuldners zurückkommen, auf dessen Leistung verzichten und Schadenersatz in der Höhe des Wertausfalles der Leistung verlangen.<sup>52</sup>

### 3.2.2 Auf Kosten des Schuldners

Die Kosten für die Ersatzvornahme sind nach Art. 98 Abs. 1 OR bzw. Art. 343 ZPO vom Schuldner zu tragen. Dabei handelt es sich um einen materiellrechtlichen Anspruch auf Aufwendungsersatz.<sup>53</sup> Grundsätzlich hat der Schuldner dem Gläubiger sämtliche tatsächlich anfallenden Kosten zu ersetzen. Aus Treu und Glauben folgt jedoch, dass der Gläubiger bei der Ersatzvornahme nach pflichtgemäsem Ermessen zur

<sup>49</sup> Statt aller: BSK OR I-Wiegand (Fn. 17), N 1 zu Art. 98.

<sup>50</sup> BK-Weber (Fn. 17), N 157 zu Art. 107 OR.

<sup>51</sup> Schmid (Fn. 17), 618.

<sup>52</sup> BK-Weber (Fn. 17), N 79 zu Art. 98 OR; BSK OR I-Wiegand (Fn. 17), N 7 zu Art. 98; Schmid (Fn. 17), 626.

<sup>53</sup> BK-Weber (Fn. 17), N 79 zu Art. 98 OR; Schmid (Fn. 17), 626; a.A. BSK OR I-Wiegand (Fn. 17), N 7 zu Art. 98, welcher von einem Schadenersatzanspruch ausgeht und in der Konsequenz davon für die Kostenüberwälzung ein Verschulden seitens des Schuldners verlangt.

<sup>46</sup> BK-Weber (Fn. 17), N 79 zu Art. 98 OR.

<sup>47</sup> Schmid (Fn. 17), 621.

<sup>48</sup> Ähnlich: Schmid (Fn. 17), 626.

Minimierung der Aufwendungen beizutragen hat.<sup>54</sup> Er hat demzufolge die Interessen des Schuldners angemessen zu berücksichtigen und darf sich nicht auf dessen Kosten bereichern. Es kann ihm allerdings auch nicht zugemutet werden, langwierige Erkundigungen darüber zu tätigen, wie und wo er eine Ersatzvornahme möglichst günstig vornehmen lassen kann. Er braucht lediglich seine Geschäftserfahrung einzusetzen. Letztlich hängt die Zulässigkeit der Höhe der veranschlagten Kosten aber von der Interessenabwägung und den Gegebenheiten des Einzelfalls ab. Verstösst der Gläubiger bei der Vornahme von Ersatz gegen Treu und Glauben, sind vom Richter hypothetische Kosten einzusetzen. Behauptungs- und Beweislast dafür trägt der Schuldner.<sup>55</sup>

Das Bundesgericht gesteht dem Gläubiger bei der Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR einen Anspruch auf Kostenbevorschussung zu.<sup>56</sup> Demnach kann der Gläubiger nicht nur zur Ersatzvornahme schreiten; vielmehr ist der Schuldner einstweilen zur Zahlung eines Kostenvorschusses verpflichtet. Die Pflicht zur Kostenbevorschussung wird damit begründet, dass der Gläubiger ein evidentes Interesse an der finanziellen Absicherung der Ersatzvornahme habe, während dem Schuldner lediglich eine Pflicht überbunden werde, die er später ohnehin erfüllen müsse.<sup>57</sup> Um den Interessen der Parteien angemessen Rechnung zu tragen, sei die Vorschusspflicht aber an bestimmte Modalitäten zu binden. Der Gläubiger sei zunächst in der Verwendung des Kostenvorschusses nicht frei. Vielmehr sei der Vorschuss ausschliesslich für die Finanzierung der Ersatzvornahme bestimmt. Zudem sei der Gläubiger abrechnungspflichtig und müsse einen allfälligen Überschuss zurückerstatten. Letztlich habe er den gesamten Betrag zurückzuerstatten, wenn er die Nachbesserung nicht innert angemessener Frist vornehmen lasse.<sup>58</sup>

Gestützt auf diese Rechtsprechung sieht die Lehre bei der Ersatzvornahme nach Art. 98 OR ebenfalls

einen Anspruch auf Kostenbevorschussung vor.<sup>59</sup> Das Bundesgericht hat nun aber mit vorliegendem Entscheid explizit auf die Unterschiede zwischen Art. 366 Abs. 2 OR als materiellrechtlichen Anspruch auf Ersatzvornahme einerseits und Art. 98 OR als vollstreckungsrechtlichen Anspruch auf Ersatzvornahme andererseits hingewiesen.<sup>60</sup> Will man den Anspruch auf Kostenbevorschussung auch im Rahmen von Art. 98 OR gewähren, so kann demnach nicht *tel quel* auf die erwähnte Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Interessanterweise liess das Bundesgericht den Anspruch auf Kostenbevorschussung im vorliegenden Entscheid sodann auch gänzlich unerwähnt.<sup>61</sup> Es wird sich zeigen, ob ein solcher Anspruch auch bei Art. 98 OR gewährt wird. Zwar findet der Anspruch auf Kostenbevorschussung im Wortlaut von Art. 98 Abs. 1 OR keine Stütze, im Ergebnis wäre er jedoch aus den zu Art. 366 Abs. 2 OR vorgebrachten Gründen als sachgerecht zu betrachten. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass der Gläubiger in Durchsetzung seines rechtskräftig festgestellten Leistungsanspruches handelt, was umso mehr dafür spricht, dass nicht er, sondern der mit dem Urteil verpflichtete Schuldner die Kosten der Vollstreckung zu bevorschussen hat.<sup>62</sup> Richtigerweise ist dem Gläubiger demnach auch bei Art. 98 OR ein Anspruch auf Kostenbevorschussung zuzugestehen.

### 3.3 Bedürfnis nach effektivem Rechtsschutz

Den Vertretern der Erfüllungstheorie zufolge kann der Sinn und Zweck von Art. 98 Abs. 1 OR nur in der Möglichkeit von schnellem und effektivem Rechtsschutz liegen. Dies werde aber mit der Notwendigkeit eines vorgängigen Leistungsurteils gerade verunmöglichlicht.<sup>63</sup>

Es ist in der Tat naheliegend, dass das Interesse an einer Ersatzvornahme mit zunehmender Dauer sinkt. Sie hat daher in aller Regel rasch zu erfolgen. Bis ein Leistungsurteil im ordentlichen Verfahren ergeht, kann jedoch viel Zeit vergehen. Es ist demnach

<sup>54</sup> Schmid (Fn. 17), 627.

<sup>55</sup> Generell zur Verteilung der Beweislast: Kuko ZPO-Schmid (Fn. 30), N 5 ff. zu Vorbemerkungen zu Art. 150–193; sowie zur Verteilung der Behauptungslast: Kuko ZPO-Schmid (Fn. 30), N 2 zu Art. 150.

<sup>56</sup> BGE 128 III 416, E. 4.2.2; BGE 136 III 273 (= Pra 99 [2010] Nr. 129), E. 2.4; BGE 141 III 257, E. 3.

<sup>57</sup> BGE 128 III 416, E. 4.2.2.

<sup>58</sup> Zum Ganzen: BGE 128 III 416, E. 4.2.2.

<sup>59</sup> BK-Weber (Fn. 17), N 80 zu Art. 98 OR; BSK OR I-Wiegand (Fn. 17), N 7 zu Art. 98; Schmid (Fn. 17), 622.

<sup>60</sup> BGer 4A\_524/2015 vom 31. März 2016, E. 4.4.2.

<sup>61</sup> Anders die Vorinstanz, welche den Anspruch auf Kostenbevorschussung explizit erwähnte (vgl. Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 26. August 2015 [ZK 15 148 VOA], E. III.2.3.2).

<sup>62</sup> Vgl. von Thur/Escher (Fn. 17), 91.

<sup>63</sup> Vgl. Fellmann (Fn. 20), 115.

nicht von der Hand zu weisen, dass zwischen der Notwendigkeit eines Leistungsurteils und dem Interesse an der Ersatzvornahme ein Spannungsverhältnis besteht. Allerdings bietet das Gesetz bereits Möglichkeiten, schnelle Rechtsdurchsetzung zu erlangen.

Ist der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und ist die Rechtslage klar, steht es dem Gläubiger zunächst frei, das summarische Verfahren in Form des Rechtsschutzes in klaren Fällen in Anspruch zu nehmen (Art. 257 ZPO). Damit wird die Möglichkeit eröffnet, bei «klaren» Verhältnissen einen rechtskräftigen Entscheid zu erwirken, ohne ein ordentliches Verfahren durchlaufen zu müssen. Die Anordnung einer direkten Vollstreckungsmassnahme ist dabei ebenso möglich wie bei einem ordentlichen Verfahren.<sup>64</sup> Demnach reicht dem Gläubiger unter Umständen bereits die Durchführung eines summarischen Verfahrens, um die Ermächtigung zur Ersatzvornahme zu erlangen. Im Gegensatz zu einem Prozess auf Schadenersatz hat er dazu lediglich das Bestehen und die Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs zu beweisen. Weder Pflichtverletzung, Schaden noch ein Verschulden müssen darüber hinaus nachgewiesen werden.<sup>65</sup> Werden dem Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen generell geringe Erfolgchancen beigemessen, ist es im Falle der Klage auf Erfüllung – weil eben nur der Erfüllungsanspruch nachgewiesen werden muss – durchaus möglich, dass der Gläubiger mit einem solchen Antrag durchdringt. Dagegen wird der Gläubiger keinen Erfolg haben, wenn der Schuldner mit Bezug auf den Rechtsgrund rechtsverneinende oder -hemmende Tatsachen substantiiert geltend machen kann oder die Einrede der nicht richtigen Erfüllung gemäss Art. 82 OR erhebt.

Immerhin hat der Gläubiger stets die Möglichkeit, im Rahmen vorsorglichen Rechtsschutzes um einstweilige Ermächtigung zur Ersatzvornahme zu ersu-

chen.<sup>66</sup> Die Anordnung einer vorläufigen Vollstreckungshandlung kann unbestrittenermassen Inhalt einer vorsorglichen Massnahme sein.<sup>67</sup> Mit Bezug auf den Inhalt einer solchen Massnahme gilt es Folgendes festzuhalten: Der Gläubiger kann sich demnach einstweilen ermächtigen lassen, eine Ersatzvornahme zu tätigen bzw. tätigen zu lassen. Die einstweilige Kostenbevorschussung durch den Schuldner fällt allerdings mangels gesetzlicher Grundlage ausser Betracht (vgl. Art. 263 lit. e ZPO).<sup>68</sup> Die Kosten der getätigten Ersatzvornahme sind daher in jedem Fall vorerst vom Gläubiger zu tragen. Der Schuldner hat die Ersatzvornahme zunächst zu dulden. Darüber hinaus liegt seine Leistungspflicht bis zur Klärung des Rechtsstreits bzw. bis zum Ablauf der Prosequierungsfrist in der Schwebe. Der Gläubiger muss innerhalb der angesetzten Frist beim Gericht auf Leistung des Schuldners klagen (Art. 263 ZPO). Dazu hat er (auch) einen prozessualen Antrag auf direkte Vollstreckung in Form der Bestätigung der einstweiligen Ermächtigung zur Ersatzvornahme auf Kosten des Schuldners zu stellen. Da die Ersatzvornahme in der Regel bereits getätigt wurde und deren Kosten folglich bereits feststehen, kann er darüber hinaus zugleich ein Leistungsbegehren auf Geldzahlung in der Höhe der Kosten der Ersatzvornahme stellen. Wird die Leistungspflicht des Schuldners anlässlich des Hauptprozesses verneint, trägt der Gläubiger die Kosten der Ersatzvornahme definitiv. Unterlässt der Gläubiger die Prosequierung, fällt die Massnahme ohne Weiteres dahin (Art. 263 ZPO). Die Ersatzvornahme ist demnach so zu behandeln, als sei sie ohne Ermächtigung durch den Richter vorgenommen worden. Wird die Leistung des Schuldners aufgrund der Ersatzvornahme unmöglich, liegt ein Fall von Art. 119 OR vor und der Schuldner wird von seiner Leistungspflicht definitiv befreit. Andernfalls besteht seine Leistungspflicht fort und der Gläubiger kann nach wie vor auf Leistung klagen.

Generell betrachtet, stellen vorläufige Vollstreckungsmassnahmen regelmässig einen schweren Eingriff in die Rechtsstellung des Beklagten dar. Dem Gebot der Verhältnismässigkeit sowie der Vornahme

<sup>64</sup> Kuko ZPO-*Jent-Sorensen* (Fn. 30), N 13 zu Art. 248.

<sup>65</sup> *Schmid* (Fn. 17), 621; a.A. BSK OR I-*Wiegand* (Fn. 17), N 7 zu Art. 98, der für die Kostenüberwälzung auf den Schuldner dessen Verschulden voraussetzt. *Weber* stellt sich auf den Standpunkt, der Schuldner habe die Kosten einer Ersatzvornahme nicht zu tragen, wenn er die subjektive Unmöglichkeit seiner Leistungspflicht nicht verschuldet habe (BK-*Weber* [Fn. 17], N 75 zu Art. 98 OR). Da es sich diesfalls aber um einen Anwendungsfall von Art. 119 Abs. 1 OR handelt und die Leistungspflicht des Schuldners folglich gänzlich untergeht, ist dabei auch eine Ersatzvornahme ausgeschlossen.

<sup>66</sup> So auch: BK-*Weber* (Fn. 17), N 86 zu Art. 98 OR; von *Thur/Escher* (Fn. 17), 91 Fn. 10; a.A. *Schmid* (Fn. 17), 630.

<sup>67</sup> Statt vieler: *Thomas Sprecher*, in: Karl Spühler/Luca Tenschino/Dominik Infanger (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2013, N 4 zu Art. 261.

<sup>68</sup> Im Ergebnis gleich: *Schmid* (Fn. 17), 631.

einer sachgerechten Abwägung zwischen den Interessen des Klägers und denjenigen des Beklagten sind daher besondere Beachtung zu schenken.<sup>69</sup> Inwieweit eine Massnahme in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift und welche Auswirkungen dies für die zu fordernde Strenge bei der Beurteilung der Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme zeitigt, kann allerdings nicht verallgemeinert werden. Vielmehr ist die konkret ins Auge gefasste Massnahme anhand des Einzelfalles zu beurteilen. Folgendes ist jedoch festzuhalten: Wie erwähnt, ist ein Kostenvorschuss im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme nicht möglich. Der Schuldner muss sich demnach lediglich gefallen lassen, dass der Gläubiger eine Ersatzvornahme tätigt, und er kann während der Schwebezeit nicht mehr rechtsgültig erfüllen. Im Gegensatz zu anderen vorläufigen Vollstreckungsmassnahmen stellt die einstweilige Ermächtigung zur Ersatzvornahme folglich gerade keinen allzu schweren Eingriff in die Rechtsstellung des Schuldners dar.

Zusammenfassend kann demnach gesagt werden, dass das Gesetz dem Bedürfnis nach schnellem Rechtsschutz durchaus Rechnung trägt; zum einen kann eine Ersatzvornahme inklusive Kostenbevorzugung in einem summarischen Verfahren erwirkt werden, sofern klare Verhältnisse bestehen. Zum anderen steht auch die Möglichkeit offen, um eine Ersatzvornahme in Form des einstweiligen Rechtsschutzes zu ersuchen, sofern die Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme gegeben sind. Allerdings hat der Gläubiger in diesem Fall das Kostenrisiko der Ersatzvornahme zu tragen.

## 4. Alternativen zu Art. 98 OR

### 4.1 Weitere Vollstreckungsmassnahmen

Der Vollständigkeit halber sei hier auf Alternativen zur Ersatzvornahme nach Art. 98 OR hingewiesen. Auf vollstreckungsrechtlicher Ebene sieht das Gesetz in Art. 343 ZPO weitere mögliche Massnahmen vor. Dabei handelt es sich um eine abschliessende Aufzählung.<sup>70</sup> In Betracht kommen Strafandrohung nach Art. 292 StGB, Ordnungsbusse bis zu CHF 5000, Ordnungsbusse bis zu CHF 1000 für jeden Tag der Nichterfüllung oder eine Zwangsmassnahme wie Wegnahme einer beweglichen Sache oder Räumung eines

Grundstücks. Im Rahmen von Art. 343 ZPO ist der Richter nicht an die Anträge des Gesuchstellers gebunden. Er hat einzig den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Berufet sich der Gläubiger auf Art. 98 OR, muss ihm allerdings ein Anspruch auf Ersatzvornahme zugesprochen werden.<sup>71</sup>

Ferner hat der Gläubiger die Möglichkeit, ein sog. Taxationsverfahren anzustrengen (Art. 345 ZPO). Demnach kann er die Umwandlung der Realleistung in eine Geldleistung verlangen, um anschliessend auf dem Wege der Vollstreckung nach SchKG vorzugehen. Dem Taxationsverfahren hat grundsätzlich eine erfolglose Realvollstreckung voranzugehen. Nur wenn die Realvollstreckung von Anfang an erfolglos scheint, kann der Gläubiger direkt zur Taxation schreiten.<sup>72</sup> Sie stellt somit keine echte Alternative zur Realvollstreckung dar.

### 4.2 Materiellrechtlicher Anspruch auf Ersatzvornahme

Darüber hinaus gewährt das materielle Recht dem Gläubiger ebenfalls die Möglichkeit, zur Ersatzvornahme zu schreiten. Gemäss Art. 107 OR kann der Gläubiger bei Verzug des Schuldners unter Ansetzen einer angemessenen Nachfrist auf dessen Leistung verzichten und im Rahmen des Sekundäranspruches auf Schadenersatz die Kosten einer Ersatzvornahme auf den Schuldner überwälzen.<sup>73</sup> Dazu bedarf es keiner richterlichen Ermächtigung, allerdings setzt Schadenersatz nach Art. 107 OR ein Verschulden vonseiten des Schuldners voraus.<sup>74</sup> Ferner ist darauf hinzuweisen, dass einzelne Normen des besonderen Teils des Obligationenrechts ebenfalls eine Möglichkeit zur Ersatzvornahme vorsehen. So können etwa der Mieter nach Art. 259b lit. b OR oder der Besteller nach Art. 366 Abs. 2 OR unter Beachtung der dort genannten Voraussetzungen zur Ersatzvornahme schreiten.<sup>75</sup>

<sup>69</sup> Vgl. BSK ZPO-Sprecher (Fn. 67), N 8 zu Art. 262.

<sup>70</sup> BK-Kellerhals (Fn. 42) N 8 zu Art. 343.

<sup>71</sup> Siehe dazu vorne III.3.1.1.

<sup>72</sup> Kuko ZPO-Kofmel-Ehrenzeller (Fn. 30), N 1 zu Art. 345 mit weiteren Hinweisen.

<sup>73</sup> Vgl. BK-Weber (Fn. 17), N 173 ff. zu Art. 107 OR.

<sup>74</sup> BSK OR I-Wiegand (Fn. 17), N 16 zu Art. 107.

<sup>75</sup> Weiterführend dazu: BSK-Weber (Fn. 17), N 10 Art. 259b; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N 867.

## 5. Abschliessende Bemerkung

Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR stellt eine Massnahme zur Vollstreckung des Erfüllungsanspruchs dar. Als solche setzt sie ein rechtskräftiges Urteil über den Bestand der Forderung voraus. Der Gläubiger kann entweder zunächst ein Leistungsurteil erwirken und alsdann in einem zweiten Schritt um Realvollstreckung in Form der Ermächtigung zur Ersatzvornahme ersuchen. Darüber hinaus kann er aber auch bereits im Erkenntnisverfahren einen Antrag auf direkte Vollstreckung in Form der Ermächtigung zur Ersatzvornahme stellen (Art. 236 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 337 ZPO).

International betrachtet ist die Möglichkeit der Realvollstreckung keine Selbstverständlichkeit. Gerade im angelsächsischen Rechtsraum stellt *the remedy of specific performance* die Ausnahme dar: Als Grundsatz gilt «*play or pay*». Realerfüllung wird lediglich gewährt, sofern sie aufgrund der Art des Anspruchs unumgänglich erscheint, beispielsweise weil es sich um eine Speziesschuld handelt.<sup>76</sup>

Auch wenn das schweizerische Recht an sich für alle Ansprüche die Klage auf Realerfüllung vorsieht,

zeigen die gemachten Ausführungen doch in aller Deutlichkeit die Schwierigkeiten auf, reale Erfüllung entgegen dem Willen des Schuldners (zu verlangen und) erfolgreich durchzusetzen. Die Ersatzvornahme stellt dazu zumindest eine Möglichkeit dar. Der Gläubiger ist dabei in aller Regel gehalten, mehrere Prozesse gegen den Schuldner zu führen. Das dauert seine Zeit. Dem kann durch die Möglichkeit des Rechtsschutzes in klaren Fällen oder mit einer vorsorglichen Massnahme nur teilweise begegnet werden. Trifft den Schuldner ein Verschulden, wird der Gläubiger daher regelmässig den Weg über Art. 107 OR gehen und Geldleistung in Form von Schadenersatz verlangen. Er wird lediglich zur Klage auf Realerfüllung und Realvollstreckung schreiten, wenn ihm dies unumgänglich erscheint; mit anderen Worten genau in den Fällen, in denen der angelsächsische Rechtsraum ebenfalls die Klage auf Realerfüllung zulässt. Insofern kann gesagt werden, dass der Frage, ob eine Rechtsordnung die Erfüllungsklage als Grundsatz oder als Ausnahme vorsieht, wohl geringere Bedeutung zukommt, als man vordergründig glauben könnte.

<sup>76</sup> Zum Ganzen: Alan Schwartz, in: The Yale Law Journal Vol. 89, 1979, 272 f.