

Professor *Peter Gauch*,
Freiburg

Die Ersatzvornahme nach OR 98 I und viele Fragen zur Nichterfüllung – Ein Entscheid des Luzerner Obergerichts

Urteilsanmerkung Zivilrecht

LGVE 1985 I, Nr. 11, S. 24 ff., und ZBJV 1986 130 ff.

I. Der Entscheid

1. Ein Bauherr hatte durch einen Generalunternehmer¹ ein Einfamilienhaus errichten lassen. Nachdem Feuchtigkeitschäden und Mängel an der Dachkonstruktion auftraten, ersuchte der Bauherr um richterliche Ermächtigung, die vorhandenen Mängel im Sinne einer Ersatzvornahme nach OR 98 I auf Kosten des Unternehmers zu beheben². Art. 98 I, auf den er sich berief, hat folgenden Wortlaut:

«Ist der Schuldner zu einem Tun verpflichtet, so kann sich der Gläubiger, unter Vorbehalt seiner Ansprüche auf Schadenersatz, ermächtigen lassen, die Leistung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen.»

Das Luzerner Obergericht nahm (als Rekursinstanz) diesen Fall zum Anlass, um in einem *Grundsatzentscheid* «Gehalt» und «Anwendungsbereich» von OR 98 I zu prüfen und «die Frage zu beantworten, in welcher Prozessform ein Begehren nach Art. 98 Abs. 1 OR durchgesetzt werden kann». «Da die gerichtlichen Entscheidungen und auch die Auffassungen in der Lehre zu Art. 98 Abs. 1 OR widersprüchlich» seien, dränge «sich eine allgemeine Darstellung der Rechtslage auf».

2. Eine «allgemeine Darstellung der Rechtslage» wird im gefällten und zweimal publizier-

ten Entscheid tatsächlich geboten. Mit dogmatischer Gedankenführung und unter Einbezug des gesetzlichen Umfeldes (OR 97 I und OR 102 ff.) erläutert das Gericht die Bestimmung des Art. 98 I. Der Umfang der Rechtserörterungen, die der Entscheid enthält, zwingt zu einer stark verkürzten Wiedergabe.

Im wesentlichen wird ausgeführt: a) In der Lehre finden sich zwei Auffassungen über die Tragweite von OR 98 I. Die Mehrheit der Autoren begreift OR 98 I als reine Vollstreckungsnorm, welche ein Urteil gegen den Schuldner voraussetzt und sich an den Vollstreckungsrichter wendet («Vollstreckungstheorie»)³. Auf der andern Seite wird OR 98 I als Bestandteil des Erfüllungsanspruches verstanden; es gehe um die Bewirkung der Erfüllungshandlung durch den Gläubiger; die Ermächtigung zur Ersatzvornahme folge aus dem Erfüllungsanspruch («Erfüllungstheorie»)⁴. – b) Nach der Systematik des Gesetzes und richtig verstanden, qualifiziert sich OR 98 I als Spezialnorm zu OR 97 I. Sie wendet sich an den *Sachrichter* und setzt voraus, dass der Schuldner aus Gründen, die er zu vertreten hat, subjektiv ausserstande ist, die von ihm geschuldete Leistung (überhaupt oder gehörig) zu erbringen⁵. Als Ausfluss der materiellen Rechtsordnung verleiht sie dem Gläubiger die Befugnis, eine versprochene Leistung zu bewirken, die zwar nicht der Schuldner, wohl aber ein anderer zu erbringen vermag. – c) «Dass nur die subjektive

³ «Diese Ansicht vertreten» (nach den Ausführungen des Gerichts) «mit Nachdruck: von *Tuhr/Escher* (OR Allgemeiner Teil, 90–93), *Gauch/Schluep/Jäggi* (OR Allgemeiner Teil II, 3. Aufl., Nr. 1589) und schliesslich *Gauch* (Die Verbesserung eines mangelhaften Werkes durch einen Dritten, Baurecht 2 [1982] 36). In der Tendenz die «Vollstreckungstheorie» bejahend, äussern sich *Oser/Schönenberger* (Komm. N 1 ff. zu Art. 98 OR) und *von Büren* (OR Allgemeiner Teil, S. 10 N 12). Auch die zivilprozessrechtliche Literatur geht weitgehend vom vollstreckungsrechtlichen Gehalt der Bestimmung aus. Es handle sich um eine eidgenössische Vollstreckungsnorm, die der jeweiligen kantonalen Regelung der Ersatzvornahme entspreche (*Walder-Bohner*, Zivilprozessrecht, 521; *Sträuli/Messmer*, Komm. zur zürcherischen ZPO, 2. Aufl., 620; *Leuch*, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 411 f.). Nach *Gauch/Schluep/Jäggi* schliesslich ergänzt oder verdrängt das Bundesrecht das kantonale Recht, soweit es zur Durchsetzung seiner materiellen Ordnung das Vollstreckungsmittel gemäss Art. 98 Abs. 1 OR zur Verfügung stelle. (a. a. O. Nr. 1589 a) (Zitate aus dem besprochenen Entscheid).

⁴ Das Gericht zitiert: «*Becker*, Komm., N 3 zu Art. 98 OR; *Bucher*, OR Allgemeiner Teil, 296 f.» Dieser «Erfüllungstheorie» habe sich, wenn auch nur sinngemäss, *Vogel* (Grundriss des Zivilprozessrechts, 316) angeschlossen.

⁵ Das Gericht führt aus: Art. 97 Abs. 1 OR «legt die Ersatzpflicht des Schuldners im allgemeinen fest, wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden kann. Besteht nun diese Verbindlichkeit in einem Tun, gewährt Art. 98 Abs. 1 OR als Spezialnorm dem Gläubiger das Recht, die Leistung des Schuldners mittels Ersatzvornahme real zu bewirken. Wesentlich ist dabei, dass dem Gläubiger dieser Anspruch nur unter den Prämissen des Art. 97 Abs. 1 OR zusteht. Lediglich im Fall, wo die Leistung nicht oder nicht gehörig erfüllt werden kann, ist die Regelung von Art. 98 Abs. 1 OR anwendbar.»

¹ Zum Generalunternehmer und Generalunternehmervertrag: *Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl. Zürich 1985, Nr. 183 ff.

² Der Generalunternehmervertrag ist ein (Bau-) Werkvertrag (OR 363 ff.; *Gauch* a. a. O. Nr. 191). Bei Ablieferung eines mangelhaften Werkes hat der Besteller (hier der «Bauherr») die in OR 368 vorgesehenen Mängelrechte, soweit die Voraussetzungen hiefür erfüllt sind. Vorliegend dürfte es sich so verhalten haben, dass der Bauherr (vergeblich) die unentgeltliche Verbesserung des Werkes (OR 368 II) verlangt hatte, bevor er sich mit seinem Begehren an den Richter wandte. Im Entscheid selber wird diese Vorgeschichte zwar nicht erzählt. Doch ist sie insofern von Bedeutung, als der Forderungsanspruch des Bestellers auf Verbesserung des abgelieferten Werkes erst durch die Ausübung des Nachbesserungsrechts entsteht (*Gauch* a. a. O. Nr. 1205 ff.). Würde es an einem solchen Anspruch fehlen, wäre eine Ersatzvornahme nach OR 98 I zum vornherein ausgeschlossen. Zur Durchsetzung des Nachbesserungsanspruchs auf dem Wege der Ersatzvornahme (OR 98 I): *Gauch* a. a. O. Nr. 1272 ff.

Leistungsunmöglichkeit Regelungsgegenstand von Art. 98 Abs. 1 OR sein kann, leuchtet ohne weiteres ein. Ist nämlich die versprochene Leistung durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand objektiv unmöglich geworden, wird auch eine Ersatzvornahme durch den Gläubiger bzw. einen von ihm beauftragten Dritten hinfällig. Im Fall der subjektiven Leistungsunmöglichkeit hingegen, wenn nur der Schuldner nicht erfüllen kann, ein Dritter indes zu leisten imstande ist, beinhaltet die vom Sachrichter (durch Sachurteil) ausgesprochene Ermächtigung nichts anderes als die in Art. 97 Abs. 1 OR festgelegte Ersatzpflicht des verantwortlichen Schuldners.» – d) Die Vertreter der «Vollstreckungstheorie», die für die Anwendung von OR 98 I ein ergangenes Leistungsurteil voraussetzen, bringen keine Argumente «in gesetzestechnischer Hinsicht» vor und verkennen die Systematik des Gesetzes. Einige von ihnen gehen davon aus, der Schuldner, gegen den die Ersatzvornahme verlangt wird, wäre selber imstande, die Leistung zu erbringen⁶. Dieser Fall (in dem der Schuldner nicht leistet, obwohl er leisten könnte) wird von OR 98 I aber gerade nicht geregelt. Vielmehr hat sich der entsprechende Gläubiger (bei gegebenen Voraussetzungen) an die Bestimmungen über den Schuldnerverzug (OR 102 ff.) zu halten, und zwar auch dann, wenn der Schuldner unumwunden erklärt, er werde die Leistung nie erbringen (vgl. OR 108 I Ziff. 1). – e) «Aufgrund dieser Ausführungen steht fest, dass Art. 98 Abs. 1 OR erfüllungsrechtlichen Inhalts ist und sich an den Sachrichter wendet. Folglich kann sich der Gläubiger grundsätzlich im ordentlichen Verfahren die Ermächtigung zur Ersatzvornahme erteilen lassen. Sind die tatsächlichen Verhältnisse sofort feststellbar und ist die Anspruchsgrundlage liquid, kann das Recht auch im Befehlsverfahren durchgesetzt werden. Handelt es sich indes nicht um einen Unmöglichkeitensfall und damit auch nicht um einen Tatbestand im Sinne von Art. 98 Abs. 1 OR, ist der Gläubiger auf ein Leistungsurteil angewiesen, wenn er den Obliegenheiten nach Art. 102 ff. OR nachgekommen ist und weiterhin auf Leistungserbringung durch seinen Schuldner pocht. Ein solches Urteil hat er dann allenfalls in Form der kantonalrechtlichen Ersatzvornahme vollstrecken zu lassen.»

⁶ Genannt werden von *Tuhr/Escher* (a. a. O. 90 f.), weil sie sich dahingehend äussern, OR 98 I mache «das Einschreiten des Gläubigers weder von einer Aufforderung an den Schuldner noch von einem Verzug des Schuldners abhängig». Von dieser Äusserung auf die vom Gericht unterstellte Lehrmeinung zu schliessen, ist allerdings sehr gewagt.

II. Der Kommentar

1. OR 98 I gehört zu den wenig beachteten Bestimmungen des Obligationenrechts. Umso verdienstvoller ist es, dass sich das Luzerner Obergericht in einem sorgfältig redigierten Entscheid mit dieser Bestimmung auseinandersetzt, obwohl für einmal nicht die kontroverse Frage zur Debatte steht, ob der Besteller eines Werkes überhaupt einer richterlichen Ermächtigung nach OR 98 I bedarf, um seinen Nachbesserungsanspruch (OR 386 II) durch Ersatzvornahme durchzusetzen⁷. Was den Inhalt des Entscheides betrifft, so melden sich allerdings einige Bedenken. Das gilt vorab mit Bezug auf die *Hauptthese des Gerichts*, dass OR 98 I eine «Spezialnorm» zu OR 97 I sei und sich demzufolge nur mit dem Fall befasse, da die geschuldete Leistung (das «Tun») durch *Verschulden* des Leistungspflichtigen *subjektiv unmöglich* geworden sei. Vorab mögen fünf Bemerkungen erlaubt sein:

a) Das Obergericht stützt seine These auf eine systematische Interpretation des Gesetzes, die es völlig in den Vordergrund rückt. Wer den Sinn einer Gesetzesbestimmung ermittelt, darf aber nicht übersehen, «dass das Gesetz systematisch unvollkommen, d. h. unvollständig und widersprüchlich, sein kann»: dass das «systematische Element also nur ein Indiz» ist «für den Sinn»⁸. Das zeigt sich gerade im vorliegenden Fall. Denn bei rein «systematischer» Betrachtung und auf den ersten Blick könnte man zwar zur Meinung gelangen, OR 98 I stehe in innerem Zusammenhang zu OR 97 I, den es als «Spezialnorm» ergänze⁹. In Wirklichkeit aber ist dies so wenig der Fall wie bei OR 97 II, der sich mit der «Art der Zwangsvollstreckung» befasst.

b) Bei richtigem, vom Sinn und Zweck her gewonnenen Verständnis enthält OR 98 I eine Bestimmung, die von OR 97 I unabhängig und

⁷ Pro memoria: Nach BGE 107 II 55 f. (= BR 1982 18 Nr. 16) ist der Besteller ohne richterliche Ermächtigung (in analoger Anwendung von OR 366 II) befugt, den Mangel durch Ersatzvornahme auf Kosten des säumigen Unternehmers zu beseitigen oder beseitigen zu lassen. Diese Rechtsprechung ist in einem Teil der Lehre auf kritische Ablehnung gestossen (vgl. z. B.: *Tercier*, BR 1981 32; *Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl. Zürich 1985, Nr. 1285 ff., und BR 1982 34 ff.; unentschieden: *Merz*, ZBJV 1981 149 f.).

⁸ *Mejer-Hayoz*, N 189 zu ZGB 1. Das Bundesgericht hat wiederholt erkannt, dass das Gesetz in erster Linie «nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie nach den ihm zugrundeliegenden Wertungen auszulegen sei» (Pra 1986 464).

⁹ Dies namentlich auch mit Rücksicht auf Wortlaut und Stellung des Randtitels zu OR 98.

insofern eigenständig ist. Das darin vorgesehene Recht auf Ersatzvornahme bezieht sich nur (aber immerhin) auf Leistungen, die in einem «Tun» (einer Handlung, nicht in blosser Sachverschaffung) bestehen¹⁰ und nach dem Inhalt der Forderung auch von einem andern als dem Schuldner bewirkt werden können¹¹. Es gestattet dem Gläubiger einer solchen «obligatio faciendi», bei «Ausbleiben der Erfüllung»¹² seinen fälligen¹³ Anspruch durchzusetzen, indem er die geschuldete Leistung «auf Kosten des Schuldners»¹⁴ vornimmt (oder durch einen Dritten vornehmen lässt¹⁵). Dieses Recht, das nach OR 98 I (mangels anderer Vereinbarung) eine richterliche Ermächtigung voraussetzt¹⁶, dient also bei den in Frage stehenden Handlungspflichten der realen Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs¹⁷, während OR 97 I die ursprüngliche Leistungspflicht (ob fällig oder nicht) durch eine sekundäre Schadenersatzpflicht ersetzt¹⁸.

c) Das Recht auf Ersatzvornahme, das sich aus OR 98 I ergibt, tritt zum Klagerecht des Gläubigers (dem Recht auf ein zusprechendes

Leistungsurteil) hinzu und bildet (gleich wie das Klagerecht) einen «Ausfluss» der Forderung¹⁹. Da die Forderung des Gläubigers nicht nur das «private» Leistungsrecht gegenüber dem Schuldner, sondern auch das «öffentliche» Recht des Gläubigers auf ein Urteil und auf alle gesetzlichen Vollstreckungsmassnahmen beinhaltet²⁰, gründet die richterliche Ermächtigung zur Ersatzvornahme auch für die Vertreter der so genannten «Vollstreckungstheorie» im Erfüllungsanspruch. Das wird vom Luzerner Obergericht, das diesbezüglich einen Gegensatz zwischen «Vollstreckungs-» und «Erfüllungstheorie» konstruiert, offenbar übersehen.

d) Die Ersatzvornahme nach OR 98 I dient (wie gesagt) der realen Durchsetzung des fälligen Erfüllungsanspruchs, indem sie dem Gläubiger nur (aber immerhin) die Leistung verschafft, auf die er Anspruch hat. Schon daraus folgt, dass das Recht des Gläubigers auf Ersatzvornahme (entgegen der Ansicht des Obergerichts) weder eine subjektive Leistungsunmöglichkeit noch ein Verschulden des Leistungspflichtigen (oder eine Hilfspersonenhaftung nach OR 101) voraussetzt²¹. Auch bildet das Recht des Gläubigers, im konkreten Einzelfall nach den Bestimmungen des Schuldnerverzuges (OR 102/107 ff.) vorzugehen²², kein Hindernis, das einer Ersatzvornahme nach OR 98 I entgegensteht²³. OR 98 I erinnert sogar selber an einen möglichen Verzug des Schuldners, indem er allfällige «Ansprüche auf Schadenersatz» und damit auch die Pflicht des Schuldners zum Ersatz von Verzugsschaden (OR 103 I) ausdrücklich vorbehält²⁴. Ist dagegen die Leistung objektiv unmöglich geworden²⁵, so scheidet (wie das Obergericht zu Recht festhält) die Ersatzvornahme daran, dass gar keiner mehr in der Lage ist, die Leistung zu bewirken.

¹⁰ Verschiedene Autoren lassen die Ersatzvornahme auch bei Sachleistungen zu (etwa von *Tuhr/Escher* a. a. O. 92; *Oser/Schönenberger*, N 3f. zu OR 98), was aber abzulehnen ist (*Becker*, N 1 zu OR 98; *Keller/Schöbi*, *Gemeinsame Rechtsinstitute*... Basel 1984, 126). Weder Sachleistungen noch Verpflichtungen zur Abgabe von Willenserklärungen werden von OR 98 I erfasst. Ohne Zweifel ausgeschlossen ist die Anwendung von OR 98 I, wenn es um Geldforderungen geht, deren Vollstreckung dem SchKG untersteht.

¹¹ Die Leistung muss in diesem Sinne «vertretbar» sein (vgl. z. B. *Becker*, N 1 zu OR 98; *Bucher* a. a. O. 296), was in OR 98 I zwar nicht ausdrücklich gesagt wird, sich aus dem Zweck der Vorschrift aber von selbst versteht. Denn bei Leistungen, die der Schuldner nach dem Inhalt der Forderung persönlich erbringen muss (z. B. Malen eines Porträtes durch einen bestimmten Künstler), ist eine Ersatzvornahme von vornherein ausgeschlossen (vgl. z. B. auch *v. Tuhr/Escher* a. a. O. 92; *Keller/Schöbi* a. a. O. 126, diese jedoch unter Vorbehalt von Fällen, in denen die «persönliche Erfüllungspflicht zum Vorteil des Gläubigers vorgeschrieben... oder vereinbart ist»).

¹² Randtitel A («Ausbleiben der Erfüllung») zu OR 97 ff.

¹³ *Bucher* a. a. O. 297.

¹⁴ Zu ersetzen hat der Schuldner sämtliche Kosten, die der Gläubiger nach pflichtgemäßem Ermessen aufwendet, um die Leistung vorzunehmen oder vornehmen zu lassen. Dies gilt selbst dann, wenn der Erfolg ohne Verschulden des Gläubigers ausbleibt, weshalb der Schuldner auch die Gefahr der Ersatzvornahme trägt. Da dem Gläubiger nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist, dass er die Leistung des vertragsuntreuen Schuldners vorfinanziert, hat er sogar ein Recht auf Vorauszahlung der vermutlichen Kosten. Zum Ganzen: *Becker*, N 3 zu OR 98; *von Tuhr/Escher* 91 und (für den Sonderfall der werkvertraglichen Nachbesserung) *Gauch*, *Der Werkvertrag*, Nr. 1272 ff. Gegen das Recht auf Vorauszahlung: *Bucher* a. a. O. 297.

¹⁵ Die Möglichkeit, die Leistung auch durch einen Dritten vornehmen zu lassen, wird in OR 98 I zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber als selbstverständlich vorausgesetzt.

¹⁶ *Guhl/Merz/Kummer*, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 7. Aufl., Zürich 1980, 12; *Gross*, *De l'exécution forcée des obligations non péuniaires*, Diss. Lausanne 1934, 39.

¹⁷ Eine analoge Bestimmung findet sich in Art. 1144 des französischen Code civil.

¹⁸ Statt aller: *Wiegand*, *recht* 1983 4.

¹⁹ Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, *Vorbem. vor Art. 1 OR*, N 43 ff.

²⁰ *Schönenberger/Jäggi*, a. a. O.; *Gauch/Schluemp/Jäggi* a. a. O. Nr. 37 ff.

²¹ Vgl. z. B. *Bucher* a. a. O. 297; *Becker*, N 8 und 10 zu OR 98; *von Tuhr/Escher* a. a. O. 91 f.; *Fick/Morlot*, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Zürich 1915, N 11 zu OR 98.

²² Vgl. darüber *Wiegand*, *recht* 1983 124 ff.

²³ *Becker*, N 10 zu OR 98; *Bucher* a. a. O. 297.

²⁴ Vgl. schon *Schneider/Fick*, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Zürich 1896, N 3 zu aOR 111.

²⁵ Eine objektive Leistungsunmöglichkeit besteht für jedermann, also nicht bloss «subjektiv» gerade für den betreffenden Schuldner. Die Leistung ist also von einem beliebigen Schuldner nicht erbringbar (*Guhl/Merz/Kummer* a. a. O. 39). Bei Leistungen, die der Schuldner nach dem Inhalt der Forderung persönlich zu erbringen hat, liegt bei subjektivem Unvermögen des Schuldners immer (und zugleich) auch objektive Leistungsunmöglichkeit vor, da hier von vornherein kein anderer in der Lage ist, die geschuldete Leistung zu erbringen.

e) Den Erwägungen des Obergerichts liegt die Vorstellung zugrunde, im Falle der Nichterfüllung könne sich der Gläubiger von Gesetzes wegen nur nach den Regeln über die Leistungsunmöglichkeit oder den Schuldnerverzug behelfen. Dieses «zweiteilige System», das aus OR 97 ff./OR 102 ff. abgeleitet wird, lässt jedoch ausser Betracht, dass der Gläubiger (solange die Leistung möglich ist) seine Forderung vor allem auch durch Erfüllungsklage und Vollstreckung durchsetzen kann, ohne dass er die Regeln des Schuldnerverzuges zu bemühen braucht. Entgegen dem, was das Gericht anzunehmen scheint, hängt das Klagerecht des Gläubigers selbst dann nicht von einer vorgängigen Fristansetzung nach OR 107 ab, wenn kein Fall von OR 108²⁶ vorliegt. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes (OR 107 II), wonach der Gläubiger nach erfolgloser Ansetzung einer Frist «immer noch» (!) auf Erfüllung klagen kann.

2. Was die subjektive Leistungsunmöglichkeit im besondern betrifft, so wurde dargetan, dass sie keine Voraussetzung für die Ersatzvornahme nach OR 98 I bildet. In der Tat gibt es nichts, das es rechtfertigen könnte, den zwar leistungsfähigen, aber leistungsumwilligen Schuldner vom Anwendungsbereich des bundesrechtlichen OR 98 I auszuschliessen²⁷, um ihn «nur» den kantonalrechtlichen Vollstreckungsvorschriften zu unterwerfen. Mit dieser Feststellung ist nun allerdings das Verhältnis zwischen der subjektiven Leistungsunmöglichkeit und der Ersatzvornahme noch nicht vollständig geklärt. Denn offengelassen wurde bis anhin die umgekehrte Frage, ob bei subjektiver Leistungsunmöglichkeit überhaupt Platz für die Anwendung von OR 98 I bleibt. Für die Beantwortung der so gestellten Frage muss unterschieden werden:

a) Entweder geht man mit dem Obergericht und der herrschenden Unmöglichkeitstheorie davon aus, dass die (nachträgliche) Leistungsunmöglichkeit im Sinne des Gesetzes (OR 97 I/119) auch die subjektive (nicht nur die objektive) Unmöglichkeit der Leistung einschliesst. Dann besteht die folgende Rechtslage:

- Der Eintritt der subjektiven Unmöglichkeit hat zur Folge, dass die ursprüngliche Verpflichtung des Schuldners «zu einem Tun» (die Handlungspflicht, um die es in OR 98 I geht) von Gesetzes wegen erlischt (OR 97 I/119 I) und bei

Verschulden durch eine Schadenersatzpflicht ersetzt wird (OR 97 I). Mit dem Erlöschen der ursprünglichen Handlungspflicht entfällt zugleich auch die Grundvoraussetzung für das Recht des Gläubigers auf Ersatzvornahme (OR 98 I), weil es ein solches Recht ohne entsprechenden Erfüllungsanspruch des Gläubigers selbstverständlich nicht geben kann.

- Der Fall der subjektiven Leistungsunmöglichkeit entzieht sich also (wenn man der herrschenden Unmöglichkeitstheorie folgt) dem Anwendungsbereich des Art. 98 I OR, während das Obergericht den «Regelungsgegenstand» der Bestimmung sogar auf diesen Fall beschränken will! Zur Erklärung führt es aus, dass die richterliche Ermächtigung zur Ersatzvornahme «nichts anderes als die in OR 97 I ... festgelegte Ersatzpflicht des verantwortlichen Schuldners» beinhalte. Damit setzt sich das Gericht über den inneren Unterschied zwischen OR 97 I und OR 98 I hinweg. Es vermengt die sekundäre Schadenersatzforderung (OR 97 I) mit der realen Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs (OR 98 I), der sich gerade nicht auf die Leistung von Schadenersatz richtet, auch nicht, was den Anspruch des Gläubigers auf Kostenersatz betrifft²⁸. Und ausserdem zwingt das Gericht den Gläubiger, wenn er bei subjektiver Leistungsunmöglichkeit nicht leer ausgehen will, zur Ersatzvornahme, was schon vom praktischen Ergebnis her nicht zu befriedigen vermag.

b) Hält man es hingegen mit einer neueren Lehrmeinung, welche die subjektive Leistungsunmöglichkeit nicht als «Unmöglichkeitsfall» im Sinne des Gesetzes (OR 97 I/119) auffasst²⁹, so besteht eine ganz andere Rechtslage. Bleiben nämlich die gesetzlichen Unmöglichkeitsregeln (OR 97 I/119) aus dem Spiel, so dauert die ursprüngliche Leistungspflicht des Schuldners trotz subjektiver Leistungsunmöglichkeit fort³⁰. Deshalb steht einerseits nichts im Weg, OR 98 I auch in diesem Fall (dem Fall der subjektiven Leistungsun-

²⁸ Der Anspruch auf Kostenersatz, der dem Gläubiger nach OR 98 I zusteht, ist seiner Natur nach ein Aufwendungs-, kein Schadenersatzanspruch (Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 1273, mit weiteren Hinweisen).

²⁹ Zum Beispiel von Büren a. a. O. 365 und 390; Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 499; Gauch/Schlupe/Jäggi a. a. O. Nr. 1863; Schönle, SJ 99 (1977) 469f.; Esser/Schmidt, SchR I, AT, 6. Aufl., 304f.

Für das Werkvertragsrecht wird der Standpunkt der neueren Lehrmeinung übrigens durch die Vorschrift des Art. 379 I bestätigt. Denn OR 379 I anerkennt das nachträgliche Unvermögen des Unternehmers zur Vertragserfüllung (sei es infolge Todes oder sonstiger Unfähigkeit) nur dann als Befreiungsgrund, wenn der «Vertrag mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers eingegangen war», die Leistung also mit der Unfähigkeit des Unternehmers für jedermann (und damit «objektiv») unmöglich geworden ist (vgl. dazu Gauch a. a. O. Nr. 526f.).

³⁰ Die frühere Gesetzesbestimmung, wonach sich «jede Verbindlichkeit etwas zu thun, wenn die Nichterfüllung dem Schuldner zur Last fällt, in eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz» auflöst (aOR 111), wurde nicht ins revidierte OR übernommen.

²⁶ Vgl. dazu Wiegand, recht 1983 125.

²⁷ Vgl. z. B. auch Keller/Schöbi a. a. O. 126.

möglichkeit) anzuwenden. Und andererseits kann sich der Gläubiger bei gegebenen Voraussetzungen auch nach den Regeln über den Schuldnerverzug behelfen (OR 102/107 ff.). Dass diese zweite Möglichkeit kein Grund ist, der eine Ersatzvornahme nach OR 98 I ausschliesst, wurde bereits erwähnt.

3. Für den *prozessualen Aspekt* des Art. 98 I OR ist schliesslich bedeutsam, dass die richterliche Ermächtigung zur Ersatzvornahme (OR 98 I) den Gläubiger in die (Rechts-) Lage versetzt, sich die vom Schuldner versprochene Leistung auf dessen Kosten (und Gefahr) selber zu verschaffen. Eine Ermächtigung mit solcher Wirkung darf selbstverständlich nur dann erteilt werden, wenn die Leistungspflicht des Schuldners, der zum Ersatz der Kosten verpflichtet wird, gerichtlich feststeht. Mit Rücksicht darauf verdient die Lehrmeinung, wonach die Ermächtigung ein Urteil gegen den Schuldner voraussetzt³¹, nach wie vor Zustimmung³². Präzisierend ist lediglich beizufügen:

a) Das vorausgesetzte Leistungsurteil beruht auf einer Erfüllungsklage des Gläubigers. Zu dieser Klage bleibt der Gläubiger nach OR 107 auch dann berechtigt, wenn er dem Schuldner eine (nutzlose) Frist zur Erfüllung angesetzt hat³³. Da umgekehrt eine solche Fristansetzung für die Erfüllungsklage nicht erforderlich ist (oben II/1e), kann das für die richterliche Ermächtigung (OR 98 I) vorausgesetzte Leistungsurteil mit oder ohne vorgängige Fristansetzung (OR 107) erstritten werden.

b) Sodann steht es dem Gläubiger von Bundesrechts wegen frei, ob er die Ermächtigung zur Ersatzvornahme erst *nach* dem Leistungsurteil und gesondert (also vom Vollstreckungsrichter) erwirken oder sein Ermächtigungsbegehren schon mit der Leistungsklage verbinden will. Wählt er den zweiten Weg, so hat der zur Beurteilung der Sachfrage angerufene Richter zugleich auch über die Ermächtigung zur Ersatzvornahme zu entscheiden. Die Rechtslage verhält sich ähnlich wie bei der Klage auf Abgabe einer Willenserklärung, bei welcher bereits im Sachurteil die Vollstreckung dadurch angeordnet werden kann, dass das

Urteil die Abgabe der Erklärung ersetzt, und zwar unabhängig davon, ob die kantonale Prozessordnung dies vorsieht oder nicht³⁴.

c) Demzufolge ist zwar möglich, dass die in OR 98 I verlangte Ermächtigung vom Sachrichter erteilt wird, der schon im Rahmen seines Sachurteils die Ersatzvornahme als Vollstreckungsmassnahme bewilligt. Das wird zwar von jenen Autoren übersehen, die nur auf den Vollstreckungsrichter abstellen³⁵. Umgekehrt heisst dies aber nicht, dass sich OR 98 I *ausschliesslich* an den Sachrichter wendet, wie das Luzerner Obergericht annimmt.

4. Trotz allem, was man dem besprochenen Entscheid entgegenhalten kann, bleibt es doch ein *Verdienst des Luzerner Obergerichts*, mit diesem Entscheid die Diskussion um Art. 98 I OR und weitere Fragen der Nichterfüllung anzuregen. Durch die ausführlichen Sachargumente, die das Gericht seinem Entscheid zugrunde legt, nimmt es Teil an der Rechtswissenschaft, für die Lehre und Rechtsprechung in gleicher Weise verantwortlich sind³⁶. Da aber den «Nur-Wissenschaftler» eine Mitverantwortung an den Entwicklungen der Rechtsprechung trifft³⁷, habe ich mir erlaubt, meine Widersprüche anzumelden.

³¹ Zum Beispiel von *Tuhr/Escher* a. a. O. 91.

³² Für das deutsche Recht vgl. § 887 der deutschen ZPO, der die OR 98 I entsprechende Bestimmung enthält.

³³ Erklärt er allerdings «unverzüglich» nach Ablauf der Frist, «auf die nachträgliche Leistung zu verzichten» (OR 107 II), so erlischt mit dem Erfüllungsanspruch auch das Recht auf Erfüllungsklage.