

2. Privatrecht / Droit privé

2.7. Schuldrecht – allgemein / Droit des obligations – en général

2.7.1. Obligationenrecht – Allgemeiner Teil – allgemein / Droit des obligations – Partie générale – en général

(4) Art. 98 Abs. 1 OR (Erfüllungs- oder Vollstreckungstheorie?), Art. 250 lit. a Ziff. 4 und 343 ZPO. Nichteintreten auf ein Gesuch, mit dem sich ein durch Bauarbeiten auf dem Nachbargrundstück geschädigter Grundeigentümer ermächtigen lassen wollte, den Schaden auf Kosten des Schädigers durch einen Dritten beseitigen zu lassen.

Bundesgericht, I. Zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_524/2015 vom 31. März 2016, zur amtlichen Publikation bestimmt.



ALFRED KOLLER
Prof. Dr. iur., Universität St. Gallen

Zusammenfassung des Entscheids

In den Jahren 2010 und 2011 realisierte die B. AG als Generalunternehmerin auf dem Grundstück des X. ein Bauvorhaben. Der Nachbar A. machte in der Folge geltend, die Bauarbeiten hätten auf seinem Grundstück Risse verursacht. Seiner Behauptung zufolge hat die B. AG die Risse in einem Augenscheinsprotokoll schriftlich anerkannt und die erforderlichen Instandstellungsarbeiten zugesichert, jedoch trotz Aufforderung nicht erbracht.

Mit Eingabe vom 16. Oktober 2012 stellte A. beim Regionalgericht Bern-Mittelland ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO, woraufhin ein Gutachten betreffend Schäden sowie Instandstellungskosten an der Liegenschaft des A. eingeholt wurde (Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 23. Januar 2013, CIV 12 7018).

Am 5. November 2013 erhob A. gegen die B. AG – nach erfolglosem Schlichtungsversuch – Klage beim Regionalgericht Berner Jura-Seeland. Er stellte u.a. das Begehren, er sei gestützt auf Art. 98 Abs. 1 OR «gerichtlich zu ermächtigen, die im Verfahren CIV 12 7018 NYC (Regionalgericht Bern Mittelland) festgestellten, durch die Beklagte auf seinem Grundstück ... verursachten Schäden auf Kosten der Beklagten beheben zu lassen». Mit Entscheid vom 19. Februar 2015 trat das angerufene Gericht auf die Klage nicht ein. Gleich entschied am 26. August 2015 auf Berufung des Klägers das Obergericht des Kantons Bern. Die Berner Gerichte begründeten das Nichteintreten damit, der geltend gemachte Anspruch hätte gemäss Art. 250 lit. a Ziff. 4 ZPO zwingend im summarischen Verfahren geltend gemacht

werden müssen, das vom Beschwerdeführer eingeleitete ordentliche Verfahren stehe dafür nicht zur Verfügung.

Das vom Kläger angerufene Bundesgericht bestätigte den angefochtenen Entscheid, allerdings mit anderer Begründung: Während die Berner Gerichte – zumindest sinngemäss – davon ausgegangen waren, Art. 98 Abs. 1 OR verschaffe einem Dienstleistungsgläubiger – bei gegebenen Voraussetzungen – das Recht, die geschuldete Dienstleistung ohne Leistungsurteil auf Kosten des Schuldners durch einen Dritten vornehmen zu lassen, nahm das Bundesgericht an, ein solcher Anspruch bestehe nicht, vielmehr halte Art. 98 Abs. 1 OR lediglich fest, dass ein Dienstleistungsgläubiger ein Leistungsurteil durch Ersatzvornahme vollstrecken lassen könne (das Bundesgericht weist also Art. 98 Abs. 1 OR dem Vollstreckungsrecht zu, die Berner Richter hingegen dem materiellen Recht). Da es im konkreten Fall an einem Leistungsurteil fehlte, trat das Bundesgericht auf das Ermächtigungsgesuch nicht ein.

Bemerkungen

1. Nach Art. 98 Abs. 1 OR kann sich ein Dienstleistungsgläubiger «ermächtigen lassen, die Leistung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen» bzw. durch einen Dritten vornehmen zu lassen. Art. 250 lit. a Ziff. 4 ZPO sieht sodann vor, dass die «Ermächtigung zur Ersatzvornahme (Art. 98 OR)» im summarischen Verfahren zu erfolgen hat. Art. 250 ZPO bestimmt, für welche Angelegenheiten des Obligationenrechts das summarische Verfahren Anwendung findet. In lit. a werden – abgesehen von Ziff. 4 – genannt: gerichtliche Hinterlegung einer erloschenen Vollmacht (Art. 36 Abs. 1 OR), Ansetzung einer angemessenen Frist zur Sicherstellung (Art. 83 Abs. 2 OR), Hinterlegung und Verkauf der geschuldeten Sache bei Gläubigerverzug (Art. 92 Abs. 2 und 93 Abs. 2 OR), Ansetzung einer Frist zur Vertragserfüllung (Art. 107 Abs. 2 OR), Hinterlegung eines streitigen Betrages (Art. 168 Abs. 1 OR). Bei diesen Massnahmen handelt es sich ganz offensichtlich nicht um Massnahmen des Vollstreckungsrechts. Warum für Ziff. 4 betr. Art. 98 Abs. 1 OR etwas anderes gelten sollte, ist nicht ersichtlich. Dies auch schon deshalb, weil für die Vollstreckung eines Leistungsurteils an anderer Stelle – im Titel über die Vollstreckung – das summarische Verfahren vorgesehen ist (Art. 339 Abs. 2 ZPO). Auch die systematische Stellung von Art. 98 Abs. 1 OR spricht gegen die Vollstreckungstheorie: Mit der Vollstreckung befasst sich Art. 97 Abs. 2 OR (er sieht vor, dass sich die Vollstreckung nach dem SchKG bzw. der ZPO richtet), wogegen Art. 98 OR offenbar nicht als Vollstreckungsregel gedacht ist. Für Abs. 2, wonach die Verletzung einer Unterlassungspflicht Anspruch auf Schadenersatz verschafft, ist eine vollstreckungsrechtliche Deutung schlechterdings ausgeschlossen. Für Abs. 1 kann

nichts anderes gelten. Das ist – wie FELLMANN herausgearbeitet hat – auch die Auffassung des historischen Gesetzgebers (WALTER FELLMANN, Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR – «Vollstreckungstheorie oder Erfüllungstheorie?», recht 1993, 115 ff.). Wie an anderer Stelle dargelegt, spricht sodann die ratio legis für die Erfüllungstheorie (ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, § 44 Rn 20), sodann der systematische Zusammenhang mit Art. 366 Abs. 2 OR (ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, N 89 zu Art. 366 OR). Das Bundesgericht begründet seine ablehnende Haltung einzig damit, dass Art. 98 Abs. 1 OR die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Ersatzvornahme im Unterschied zu Art. 366 Abs. 2 OR nicht ausdrücklich erwähne. Betrachtet man jedoch Art. 98 Abs. 1 OR als Grundregel zu dieser Bestimmung, so ist klar, was für die Ersatzvornahme vorausgesetzt ist: Der Gläubiger muss auf die Dienstleistung rechtswirksam verzichtet haben, etwa nach Art. 107 Abs. 2 OR (Präzisierungen bei KOLLER, OR AT, § 44 Rn 23 ff.). Unter dieser Voraussetzung kann er sich vom Richter ermächtigen lassen, die (ehemals) geschuldete Leistung durch einen Dritten auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen. Gegebenenfalls wandelt sich der Anspruch auf Dienstleistung in einen finanziellen Anspruch um. Analog verhält es sich bei Art. 98 Abs. 3 OR, wonach ein Unterlassungsgläubiger bei Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht «die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes verlangen und sich ermächtigen lassen [kann], diesen auf Kosten des Schuldners zu beseitigen». Das Ermächtigungsverfahren ist wiederum das summarische (Art. 250 lit. a Ziff. 4 ZPO; STEPHAN MAZAN, Basler Kommentar, N 9 zu Art. 250 ZPO). Demgegenüber müsste wohl das Bundesgericht auch Art. 98 Abs. 3 OR dem Vollstreckungsrecht zuordnen, die Ermächtigung also von einem Leistungsurteil abhängig machen. Man kann sich im Übrigen fragen, ob im vorliegenden Fall nicht anstelle von Art. 98 Abs. 1 OR oder konkurrierend mit dieser Bestimmung auch Art. 98 Abs. 3 OR hätte herangezogen werden können (vgl. KOLLER, OR AT, § 44 Rn 22 a.E.).

In teilweiser Ergänzung des Gesagten lässt sich zusammenfassend feststellen, dass die Bestimmung von Art. 98 Abs. 1 OR dem Dienstleistungsgläubiger einen Anspruch auf Ersatzvornahme ohne Leistungsurteil verschafft. Dieser Anspruch setzt freilich einen rechtswirksamen Leistungsverzicht voraus (dadurch wird der ursprüngliche Erfüllungsanspruch in einen Anspruch auf Kostenersatz umgewandelt). Das ergibt sich aus der Stellung von Art. 98 Abs. 1 OR im Gesetz (er steht im Abschnitt über die «Folgen der Nichterfüllung») und aus der Marginalie («Ausbleiben der Erfüllung»), vor allem aber aus dem systematischen Zusammenhang mit Art. 259b lit. b und 366 Abs. 2 OR, welche die Ersatzvornahme ebenfalls von einem Leistungsverzicht

abhängig machen und sich von Art. 98 Abs. 1 OR im Wesentlichen nur dadurch unterscheiden, dass der Gläubiger selbständig, d.h. ohne richterliche Ermächtigung, zur Ersatzvornahme schreiten kann (betr. Art. 366 Abs. 2 OR vgl. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich 2015, Rn 413 f., betr. Art. 259b lit. b OR PETER HIGI, Zürcher Kommentar, N 49 zu Art. 259b OR). Der Verzicht auf das Ermächtigungserfordernis hat in Art. 366 Abs. 2 und 259b lit. b OR gute Gründe (s. mit Bezug auf die erstere Bestimmung KOLLER, a.a.O., Rn 419 f.). Wo diese Gründe fehlen, muss zumindest ein – materiellrechtlicher – Anspruch auf Ersatzvornahme mit richterlicher Ermächtigung bestehen (Art. 98 Abs. 1 OR). Wer dem nicht folgt, schafft eine mit nichts zu rechtfertigende Benachteiligung all jener Dienstleistungsgläubiger, welche nicht in den Genuss von Art. 259b lit. b oder 366 Abs. 2 OR kommen. So hätte beispielsweise der Mieter bei erheblichen Mängeln keinerlei materielles Recht auf Ersatzvornahme, wogegen ihm ein solches Recht bei nicht erheblichen Mängeln – nach Art. 259b lit. b OR – sogar ohne richterliche Ermächtigung zustünde.

Die Entscheidung des Gesetzgebers, dem Dienstleistungsgläubiger ein Recht auf Ersatzvornahme ohne Leistungsurteil zu gewähren (Art. 98 Abs. 1 OR), verdient nach dem Gesagten Zustimmung. Nicht ohne Weiteres einsichtig ist hingegen, weshalb die nach Art. 98 Abs. 1 OR erforderliche richterliche Ermächtigung im summarischen Verfahren zu erteilen ist (Art. 250 lit. a Ziff. 4 ZPO). In gewissen Fällen, nämlich jenen von Art. 257 ZPO, mag diese Verfahrensart zwar sachadäquat sein, häufig aber wäre wohl das ordentliche Verfahren sachlich besser geeignet. Schwer nachvollziehbar scheint es jedenfalls, weshalb der Gläubiger nicht zumindest alternativ die Möglichkeit haben soll, das ordentliche statt das summarische Verfahren einzuschlagen.

2. Vereinzelt wird gesagt, der Theorienstreit (Erfüllungs- oder Vollstreckungstheorie?) sei mit dem Erlass der ZPO obsolet geworden, weil diese die direkte Vollstreckung zulasse (Art. 337 ZPO), d.h. dem Richter bereits im Erkenntnisverfahren die Möglichkeit gebe, die Ersatzvornahme anzuordnen (Nw. im referierten BGE E. 4.2). Der Dienstleistungsgläubiger hat jedoch keinen Anspruch auf direkte Vollstreckung und zudem ist das Erkenntnisverfahren regelmässig das ordentliche, nicht das summarische. Der Dienstleistungsgläubiger ist also wesentlich besser gestellt, wenn man Art. 98 Abs. 1 OR und Art. 250 lit. a Ziff. 4 ZPO im Sinne der Erfüllungstheorie auslegt. Im Übrigen hat der Dienstleistungsgläubiger, der ein Leistungsurteil erstritten hat, keinen Anspruch auf Ersatzvornahme, denn es liegt am Vollstreckungsrichter zu entscheiden, welche der verschiedenen Vollstreckungsmassnahmen (Art. 343 ZPO) er anordnen will.