Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 73 (1954)

Artikel: Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung

Autor: Kummer, Max

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895787

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 10.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung

Von PD Max Kummer, Bern

Das bernische Gesetz über den Ausbau der Rechtspflege vom 10. Februar 1952 gibt dem Art. 407 der bernischen Zivilprozeßordnung folgenden neuen Wortlaut:

> «Ist der Beklagte zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so wird die Erklärung durch das Urteil ersetzt. Ist sie von einer Bedingung oder Gegenleistung abhängig, so tritt diese Wirkung mit der Feststellung gemäß Art. 397, Abs. 2, ein.»

Damit wird die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung auch in einer kantonalen Zivilprozeßordnung ausdrücklich erwähnt, nachdem der neue Bundeszivilprozeß vom 4. Dezember 1947 mit seinem wörtlich gleichlautenden Art. 78 vorausgegangen ist. Die deutsche Zivilprozeßordnung enthielt schon in ihrer ersten Fassung von 1877 (heutiger § 894) eine Vorschrift dieses Inhaltes, die sich ihrerseits auf Vorbilder in den früheren Partikularrechten stützte[1]. Desgleichen ist der französischen Doktrin und Praxis der in diesen Vorschriften liegende Gedanke längst geläufig. Bereits Pothier, Wegbereiter des Code civil (1699–1772), vertrat die Auffassung, aus dem Kaufsversprechen sei auf Abschluß des Vertrages zu klagen,

---

[1] O. Fischer, Vollstreckbarkeit, in Festgabe für Felix Dahn, III. Teil (1905) S. 59 ff.; Th. Kipp, Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen (Sonderabdruck aus der Festgabe der Kieler juristischen Fakultät für Rudolf Jhering) (1892) S. 4 ff.

wobei das Urteil die Unterschrift ersetze[2], und noch allgemeiner bemerkte er zu der Zwangsvollstreckung einer Rechtsübertragung: le jugement vaudra pour contrat[3]. Für das geltende französische Recht kann Planiol von einer «pratique établie» sprechen, wonach bei Weigerung des Schuldners, eine promesse de contrat zu erfüllen, «le jugement tiendra lieu de l'acte qui aurait dû être passé»[4]. Desgleichen bestimmt der italienische Codice civile von 1942 in Art. 2932, daß, wer von einem andern den Abschluß eines Vertrages zu fordern berechtigt sei, «può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso».

Unter Hinweis auf das deutsche und französische Vorbild hat Leuch in seinem Kommentar zur bernischen Zivilprozeßordnung (N 1 zu ZPO 404) bereits für das bisherige Recht ausgeführt, es entspreche einer natürlichen Erledigung, wenn das rechtskräftige Urteil, das zur Abgabe einer Willenserklärung verurteile, diese Erklärung unmittelbar ersetze[5]. Dieser seiner Meinung hat er in Art. 78 des (von ihm geschaffenen) neuen Bundeszivilprozesses Ausdruck verliehen und damit auch den bernischen Gesetzgeber veranlaßt, Gleiches zu tun. Es mag daher angezeigt sein, der Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung einige Bemerkungen zu widmen; und zwar möge das auf dem Boden des kantonalen (bernischen) Prozeßrechtes geschehen, um auch diejenigen Fragen zu erfassen, die sich aus dem Verhältnis der kantonalen Prozeßrechte unter sich und den Beziehungen des kantonalen Prozeßrechtes zum Bundesrecht ergeben.

---

[2] Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 4. A., Bd. II (1952) Nr. 2424. Nach heutiger Auffassung kann freilich gestützt auf die promesse de vente (CCf. 1589) direkt auf Lieferung der Sache geklagt werden; Planiol a. a. O.

[3] Planiol/Ripert, Traité pratique de droit civil français, Bd. X (1932) Nr. 182.

[4] A. a. O. Nr. 1638.

[5] Ihm folgend M. Guldener, Das schweizerische Zivilprozeßrecht, Bd. II S. 538.

1. Natur des Urteils

Wer von einem andern die Abgabe einer Willenserklärung verlangt, macht eine Leistungspflicht geltend: Er behauptet, gegen den Beklagten eine Forderung des Inhaltes zu haben, daß dieser zu einem Tun, nämlich zur Abgabe einer bestimmten Erklärung, verpflichtet sei. Deshalb ist die Klage, die diesen Anspruch gegen den (angeblich) Verpflichteten vorbringt, eine Leistungsklage und das die Klage gutheißende Urteil ein Leistungsurteil, dem sonach lediglich deklarative Kraft eignet: Es stellt fest, daß der Beklagte eine Leistung schuldet, und es gibt überdies den Leistungsbefehl, der die Vollstreckung erschließt.

Wie ein Urteil zu vollstrecken sei, bestimmt sich nach dem Inhalt der Leistung. Besteht er in der Abgabe einer Willenserklärung, so möchte es an sich naheliegend scheinen, vom Schuldner – unter Strafdrohung bei Widersetzlichkeit – die Leistung unmittelbar zu fordern (ZPO 404 Abs. 4). Hier greift nun aber die Vorschrift von ZPO 407 ein: Sie lehnt es ab, gegen diesen irgendwelche Zwangsmaßnahmen zu richten, wie sie in der Strafdrohung von ZPO 404 Abs. 4 liegen, weil darauf unbeschadet des Ergebnisses der Zwangsvollstreckung verzichtet werden kann, vermöge der Annahme, daß die geschuldete Erklärung durch das Urteil als abgegeben gilt. Denn damit zeitigt das Urteil die gleiche Wirkung, wie sie die Erklärung des Schuldners, falls abgegeben, nach sich ziehen würde. Eine überraschend einfache Regelung – die geschickt die Eigenart des Leistungsinhaltes auszuwerten versteht. Bezweckt nämlich jede andere Leistung, auf äußere Gegebenheiten einzuwirken und hier einen bestimmten realen Erfolg herbeizuführen, so fehlt der Leistung auf Abgabe einer Willenserklärung diese Seite völlig. Ob die Leistung erbracht werde oder nicht: äußerlich wird nichts wahrnehmbar, und zu ihrer Durchsetzung bedarf es daher auch keines Zugriffes auf äußere Gegebenheiten. «Der Zwang zur Erklärung würde den Gläubiger nur aufhalten und den Schuldner ohne Not

belästigen» – stellten schon die Motive zum Entwurf der deutschen Zivilprozeßordnung fest[6]. Das Ziel der Zwangsvollstreckung läßt sich eben weit bündiger erreichen, denn der volle Erfolg, den der Gläubiger von der Leistung erwartet, stellt sich restlos bereits auf Grund der bloßen Annahme ein, daß mit dem Urteil die Erklärung als abgegeben gelte.

Weil gleichsam die Willenserklärung erzeugend, wird das Urteil häufig als ein gestaltendes angesehen[7]. Jedoch zu Unrecht – sofern man den Ausdruck «Gestaltungsurteil» nicht über seinen üblichen Sinn ausweiten will, wonach die Gestaltung sich auf die Rechtslage bezieht, nicht aber auf eine Frage des Sachverhaltes. Die Klage auf Abgabe einer Willenserklärung verlangt nun aber nie, daß der Richter in die gegebene Rechtslage gestaltend eingreife und diese umforme; sondern das Urteil spricht sich bloß darüber aus, ob der Beklagte das zu leisten habe, was der Kläger von ihm fordert. Allerdings tritt vermöge des Urteils häufig ein bestimmter Rechtserfolg ein (wenn zum Beispiel die Erklärung auf Annahme einer Vertragsofferte lautet); aber diese neue Rechtslage ist, genau besehen, nicht Inhalt des Urteils, sondern Folge der Willenserklärung, und es berührt sie auch entfernt nicht, ob nun die Erklärung freiwillig oder auf dem Wege über ein Urteil erfolge – im Gegensatz zu jeder andern Gestaltungsklage, die per definitionem nur dort vorliegen kann, wo ein Rechtserfolg außerprozessual durch den betreffenden Gestaltungsanspruch nicht erreichbar ist. Indessen beschränkt sich die Bedeutung von ZPO 407 einzig darauf, daß ein bestimmter Sachverhalt – nämlich die er-

---

[6] Vgl. RGZ 76, 412.

[7] G. Leuch, Kommentar zur bernischen ZPO, N. 1 zu Art. 404, Gross, De l'exécution forcée des obligations non pécuniaires, Diss. Lausanne 1934, S. 33, P. Langheineken, Der Urteilsanspruch (1899) S. 252, F. Stein, Grundriß des Zivilprozeßrechtes (1921) S. 247. Lent, Zivilprozeßrecht, 3. A. (1949) S. 77 spricht von Gestaltung im Gewande der Fiktion, J. Goldschmidt, Zivilprozeßrecht (1929) S. 377, von einem Urteil, welches, obschon es Leistungsurteil sei, wie ein Gestaltungsurteil behandelt werde.

folgte Abgabe der Erklärung durch den Pflichtigen – als gegeben unterstellt wird, ohne Rücksicht darauf, ob dem in Wirklichkeit tatsächlich so sei oder nicht. Das aber ist nichts anderes als eine Fiktion[8].

2. Die Wirkungen des Urteils

Nach ZPO 407 ersetzt das Urteil die Erklärung. Demnach ist es so zu halten, wie wenn der Schuldner die Erklärung de facto abgegeben hätte, und alle Rechtsfolgen, die dort bewirkt würden, treten auch hier unverändert ein. Die Leistungspflicht ist erfüllt, der Schuldner mithin befreit[9]. Betrifft die Willenserklärung einen Rechtserwerb, bei welchem der gute Glaube hineinspielt, so sind dessen Voraussetzungen und Wirkungen genau so zu würdigen, wie wenn die Erklärung freiwillig abgegeben worden wäre. Der gute Glaube muß also in dem Zeitpunkt vorliegen, in welchem nach ZPO 407 die Erklärung als abgegeben gilt[10].

Anderseits greifen die Wirkungen des Urteils aber auch nicht weiter als bei freiwillig gegebener Erklärung. Wenn diese nach materiellem Recht den beabsichtigten Erfolg alleine nicht zu erzielen vermag, so kann es auch die durch Klage und Urteil erzwungene nicht[11]. Das gilt insbesondere für Erklärungen, die der Zustimmung eines Dritten oder

---

[8] So schon A. Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. I (1885) S. 303 ff.; ferner Kipp, a. a. O. 31 ff., Hellwig/Oertmann, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. II (1919) S. 389/90, A. Nikisch, Zivilprozeßrecht (1950) S. 157, L. Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 4. A. (1949) § 87 II 1.

[9] Zu beachten ist, daß für einen Einspruch gegen die Vollstreckung nach ZPO 409 kein Raum mehr bleibt. Denn dieser Einspruch kann sich nur gegen die noch nicht vollzogene Vollstreckung richten, der erfolgte Eintritt der Wirkung gemäß ZPO 407 dagegen nicht gestützt auf ZPO 409 rückgängig gemacht werden.

[10] Daß Tatbestände, wo in dieser Weise der gute Glaube hineinspielt, tatsächlich sehr selten sind, ergibt sich aus den Ausführungen unten S. 181 ff.

[11] Vgl. RGZ 76, 411/12.

einer Behörde bedürfen, um volle Wirksamkeit zu entfalten. Zu denken beispielsweise an die Zustimmung des Beirates (ZGB 395) oder der Vormundschaftsbehörde (ZGB 421): Um zum Erfolg zu kommen, ist hier infolgedessen nicht nur der Pflichtige, sondern auch der Beirat oder die Vormundschaftsbehörde ins Recht zu fassen[12].

Das Gesetz schweigt sich darüber aus, wann die Wirkungen von ZPO 407 eintreten. Indessen kann das nur der Zeitpunkt des Eintrittes der formellen Rechtskraft sein[13]. Das heißt nicht, daß bei eingetretener Rechtskraft die Erklärung auch als dem Gläubiger zugegangen zu betrachten sei[14]. Vielmehr trifft das erst zu, wenn diesem das Urteil eröffnet und der Eintritt der formellen Rechtskraft zur Kenntnis gebracht, ihm also beispielsweise der Rückzug der vom Beklagten eingelegten Appellation mitgeteilt ist. Darüber hinaus ist der Gläubiger aber auch bei einer Zustellung zu behaften, die vom Schuldner ausgeht. Denn so gut der Schuldner die Erklärung außerprozessual hätte abgeben können, so unbedenklich ist ihm zuzugestehen, nunmehr an Stelle dieser Erklärung das vorerst nur ihm eröffnete und durch ihn selbständig nicht mehr angreifbare Urteil dem Gläubiger zu übermitteln, mit der Wirkung, daß dieser den Zugang der Erklärung gelten lassen muß.

Will der Gläubiger das Urteil gegenüber Dritten, beispielsweise einer Behörde gegenüber, verwerten, so bedarf es sonach keines weiteren Ausweises als der Bescheinigung der formellen Rechtskraft.

Mit materieller Rechtskraft entscheidet das Urteil einzig über den Leistungsanspruch, indem es diesen – und

---

[12] Hat sich zum Beispiel der Grundbesitzer einem andern gegenüber verpflichtet, mit dessen Sohn einen mehrjährigen Pachtvertrag abzuschließen, und fällt er hernach unter Vormundschaft, so muß nicht nur gegen ihn (vertreten durch seinen Vormund), sondern auch gegen die sich widersetzende Vormundschaftsbehörde auf Abschluß dieses Vertrages geklagt werden (ZGB 421).

[13] So auch die DZPO § 894.

[14] Vgl. RGZ 160, 321; Rosenberg a.a.O. § 210 III 3a.

nur ihn – als begründet oder unbegründet erklärt. Dagegen bleiben die Rechtsfolgen, welche die Erklärung – wenn abgegeben – allenfalls nach sich zieht, völlig außerhalb der materiellen Rechtskraft, weil sie nicht Gegenstand des Urteils bilden. Das schließt freilich nicht aus, daß nicht auch sie eine gewisse Festigung erfahren, wenn die Erklärung, der sie entspringen, auf rechtskräftigem Urteil beruht. Geht die Klage beispielsweise auf Annahme der von einem Dritten (nicht vom Kläger) gemachten Vertragsofferte, so stellt das die Klage zusprechende Urteil zwar nicht zugleich auch die Rechtsgültigkeit des Vertrages fest, der nunmehr durch die (nach ZPO 407 erzwungene) Annahmeerklärung zwischen dem Dritten und dem Beklagten zustande kommt: nicht nur, weil das Urteil ja nicht zwischen den Vertragsparteien ergeht, sondern auch deshalb, weil es überhaupt die Rechtsgültigkeit des Vertrages nicht zu überprüfen hat. Aber im praktischen Erfolg ist es doch so, daß der Beklagte, einmal zum Abschluß des Vertrages mit dem Dritten verurteilt, damit auch weitgehend jeder Möglichkeit entblößt ist, sich auf Willensmängel oder gewisse sonstige Gebrechen des Vertrages mit dem Dritten zu berufen. Denn seine Verpflichtung zum Vertragsschluß fließt aus seiner Beziehung zum Kläger; diesem gegenüber hat er die ihn zum Vertragsschluß mit dem Dritten verpflichtende Bindung eingegangen, und daher müßte er auch gegen dessen Klage zum Widerstand antreten, falls er seine Verpflichtung nicht gelten lassen wollte. Das Urteil jedoch, das ihm den Vertrag mit dem Dritten abzuschließen befiehlt, versperrt ihm endgültig, diesen Vertrag anzugreifen, weil es materielle Rechtskraft darüber schafft, daß er ihn einzugehen hat – wo hingegen der Dritte der Rechtskraft dieses ihn nicht als Prozeßpartei einschließenden Urteils nicht unterworfen ist.

Hinsichtlich der subjektiven Rechtskraftgrenzen folgt das Urteil der allgemeinen Regel, die bei Leistungsurteilen nur die Prozeßparteien der Rechtskraft unterwirft. Hievon zu unterscheiden ist die Fiktion von ZPO 407, in der die Vollstreckung des Urteils liegt, und für die daher die

Frage der Rechtskraftgrenzen insofern keine Rolle spielt, als Dritte nicht als ungeschehen betrachten können, was in Wirklichkeit eingetreten ist – und dieser Wirklichkeit ist die Fiktion der abgegebenen Erklärung gleichzustellen – so wenig sie irgend eine andere, durch die Zwangsvollstreckung bewirkte Änderung des Sachverhaltes (zum Beispiel die erfolgte Wegnahme einer Sache) mit der Behauptung verleugnen könnten, ihnen gegenüber sei das Urteil nicht maßgebend. Daher kann auch zu praktisch kaum abweichenden Ergebnissen gelangen, wer dem Urteil – die stets inter omnes Rechtskraft erzeugende – Gestaltungswirkung beilegt. Weil eben jene vermeintliche Gestaltungswirkung re vera nichts anderes als die durch die Zwangsvollstreckung bewirkte Veränderung des gegebenen Sachverhaltes ist und sich keine Rechtsfolge findet, auf die sie bezogen werden könnte – das Urteil entscheidet deklarativ über einen Leistungsanspruch zwischen den Prozeßparteien – fällt sie mit der Fiktion zusammen, die als solche für jedermann genau so besteht, wie wenn der Schuldner die Erklärung wirklich abgegeben hätte.

3. Die Zulässigkeit der Klage

Wie jede Klage, setzt auch diejenige auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung ein hinreichendes Interesse am nachgesuchten Rechtsschutz voraus. Fehlt dieses, so ist die Klage nicht als unbegründet abzuweisen, sondern es ist auf sie nicht einzutreten: Denn das Rechtsschutzinteresse ist nicht Bedingung der inhaltlichen Begründetheit des behaupteten Anspruches, sondern Voraussetzung dafür, daß der Kläger zu einem Urteil gelange, das sich über die Begründetheit seiner Rechtsbehauptung mit Rechtskraftwirkung ausspricht.

Nicht für beliebige, sondern nur für solche Erklärungen steht daher der Klageweg offen, die für den Kläger rechtliche Bedeutung haben. Das Gesetz spricht denn auch von einer «Willenserklärung», womit es unverkennbar auf

den rechtsgeschäftlichen Charakter anspielt und bewußt die Unterscheidung gegenüber einer bloßen Aussage macht, der diese Seite fehlt. Das ist wohl begründet. Die Willenserklärung, wie sie ZPO 407 auffaßt, schafft unmittelbar einen rechtlichen Erfolg, stellt zum Beispiel eine verpflichtende Offerte oder die Zustimmung zu einem Vertrag dar; sie erfolgt um dieser rechtlichen Wirkung willen, die ohne weiteres auch ein hinreichendes Interesse an der Klage offenbart. Die bloße Aussage dagegen ist Mitteilung eigenen Wissens und Denkens ohne die Absicht, damit rechtliche Wirkungen zu erzeugen, und daher fehlt auch ein Anlaß, sie zum Urteil zu bringen.

Immerhin ist der Begriff der Willenserklärung nicht zu eng zu fassen. Maßgebend muß sein, ob des Klägers Interesse, vom Beklagten die geforderte Erklärung zu erhalten, nach vernünftigem Ermessen die Gewährung eines Urteils gebietet. Insbesondere müssen Erklärungen, die nicht unmittelbar rechtliche Folgen zu bewirken bestimmt sind, dann zum Urteil mit Vollstreckung nach ZPO 407 zugelassen werden, wenn das Gesetz auf sie ausdrücklich Anspruch gibt, wie beispielsweise die Rücknahme oder Berichtigung einer unzulässigen Äußerung im Wettbewerb (UWG 2 Abs. 1 lit. c)[15], das Dienstzeugnis nach OR 342[16], die sogenannte Ehrenerklärung als besondere Art der Genugtuung im Sinne von OR 49, ferner auch die Quittung (OR 88). Allerdings wird der Schuldner gegen den die Quittung verweigernden Gläubiger mit Vorteil unmittelbar auf negative Feststellung seiner Schuldpflicht klagen, erreicht er doch damit die rechtskräftige Feststellung, daß er nichts mehr schuldet, wohingegen er dort, weit umständlicher, nicht etwa geradewegs ein den Untergang der Schuld feststellendes Urteil einbringt, sondern vorerst bloß ein

---

[15] O.A. Germann, Unlauterer Wettbewerb (1945) S. 325.

[16] Über die Schwierigkeiten dieser Klage in anderer Richtung vgl. unten N. 31.

schlichtes Beweismittel erstreitet, das ihm alsdann helfen soll, die erfolgte Zahlung darzutun[17].

Des weiteren fehlt das Interesse, wenn die Parteien den Prozeß nur zum Schein durchzuführen beabsichtigen, um beispielsweise bestimmte Formvorschriften zu umgehen, deren die rechtsgeschäftliche Erklärung nach Zivilrecht bedürfte. Ein Prozeßverfahren, das die Parteien nicht um des Rechtsschutzes, sondern um prozeßfremder Zwecke willen anheben, braucht der Richter nicht durchzuführen[18].

Das Interesse fehlt aber auch, wenn der nach der Verwirklichung seines Rechtsanspruches strebende Kläger zu einer Klage greift, die ihn einen unnötigen Umweg einschlagen läßt[19]; denn überflüssige Prozesse an die Hand zu nehmen, sind die Gerichte nicht gehalten. Bei der Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung ist das nicht anders. Wer beispielsweise gestützt auf eine als «Vorvertrag» bezeichnete Abrede gegen den Vertragspartner auf Abschluß des Hauptvertrages klagt, entbehrt des Interesses für diese Klage, falls er in der Lage ist, bereits jetzt die eigentliche Leistungspflicht, die als Inhalt des noch abzuschließenden Hauptvertrages ausersehen ist, anzurufen und deren Erfüllung (durch Verurteilungsklage) zu fordern. Verpflichtet sich zum Beispiel ein Eigentümer durch «Vorvertrag», mit dem Vertragspartner einen Kaufvertrag abzuschließen, oder ein Erfinder, seine Erfindung, wenn vollendet, dem Partner zur Auswertung zu überlassen – wobei die Einzelheiten dieser Hauptverträge noch näher festzulegen seien –, dann kann der Partner unmittelbar auf Herausgabe der Sache und auf Überlassung der Erfindung klagen – vorausgesetzt der «Vorvertrag» enthalte bereits eine Einigung über die wesentlichen Punkte im Sinne von OR 2[20].

---

[17] Daß das Urteil auch die Form der Quittung ersetzt, wird unten (Ziffer 5) auszuführen sein.

[18] Vgl. BGE 65 II 139.

[19] A. Schönke, Das Rechtsschutzbedürfnis (1950) S. 25 ff.

[20] von Tuhr/Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts S. 252.

Bei einem solchen «Vorvertrag», der tatsächlich bereits Hauptvertrag ist und unmittelbar die letztlich gewollte Vertragsleistung zu fordern gestattet, fehlt demzufolge das Interesse an einer Klage auf Abgabe der Zustimmungserklärung zum Hauptvertrag. Denn überflüssig ist es, vorerst noch diesen zusätzlichen Vertrag einzuschieben, der in keiner Richtung dem Kläger weitergehende rechtliche Möglichkeiten in die Hand gibt, als sie ihm bereits der «Vorvertrag» verschafft[21]. Wo aber der Vorvertrag die wesentlichen Punkte nicht regelt, noch Anhaltspunkte bietet, die Inhalt und Umfang der Leistung zu bestimmen erlauben, da erzeugt er auch keinen Anspruch auf Abschluß des Hauptvertrages, weil er für seinen Inhalt der nämlichen Bestimmbarkeit bedarf wie jeder andere Vertrag auch[22].

Fraglich ist, wie bei Abstimmungsvereinbarungen zu verfahren sei. Wer in einer privatrechtlichen Körperschaft als stimmberechtigtes Mitglied eines Organs sich einem andern gegenüber rechtsgültig verpflichtet[23], anläßlich der Beschlußfassung in bestimmtem Sinne zu stimmen, schuldet die Abgabe einer Willenserklärung. Ihn nachträglich zur Abgabe dieser Willenserklärung verurteilen zu wollen, falls er aus der vertraglichen Bindung ausgebrochen ist, wäre nun aber eitles Beginnen. Das Organ hat seinen Willen mit der Beschlußfassung rechtsgültig gebildet – unbekümmert um allfällige Abstimmungsvereinbarungen zwischen den Stimmenden unter sich und mit Dritten – und dabei bleibt es, gleichviel ob hintendrein der Gläubiger auch versuchte, den in der Beschlußfassung vertragsbrüchig gewesenen Schuldner zu zwingen, eine Stimmerklärung des

---

[21] Ähnlich die französische Praxis, vgl. Planiol/Ripert, Traité élémentaire de droit civil, 4. A., Bd. II (1952) Nr. 2424 zu CCf. 1589.

[22] Oser/Schönenberger, Kommentar zum OR, N. 8 zu Art. 22.

[23] Auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine solche Vereinbarung materiellrechtlich Bestand habe, ist hier nicht einzutreten.

versprochenen Inhaltes abzugeben. Das Stimmrecht kann eben nur anläßlich der Beschlußfassung ausgeübt, die Erklärung mithin nur hier abgegeben werden.

Um den Erfüllungsanspruch aus einer Abstimmungsvereinbarung durchzusetzen, bliebe sonach als einziger Weg, den Schuldner bereits zum voraus zu verurteilen, sein Stimmrecht anläßlich der künftigen Beschlußfassung im vertraglich vereinbarten Sinne auszuüben, wobei dann die Stimme mit dem Urteil, entsprechend ZPO 407, als abgegeben anzusehen wäre[24]. Zugunsten dieses Vorgehens ließe sich hiebei anführen, daß ein Rechtsanspruch, wenn er schon einmal materiellrechtlich gültig, dann wo immer möglich auch seiner Verwirklichung in forma specifica zuzuführen sei[25]; und das wäre hier nur durch solche vorauseilende Klage denkbar.

Allein nichts hindert den Schuldner, anläßlich der Beschlußfassung, zum Beispiel der Gesellschafterversammlung, trotzdem seine Stimme – nochmals und nunmehr in anderem Sinne – einzulegen. Welche Stimme soll nun gelten, die

---

[24] Einen in dieser Richtung gehenden Vorschlag macht Zluhan, Abstimmungsvereinbarungen des privaten Gesellschaftsrechtes, Archiv für zivilistische Praxis Bd. 128 (1928) S. 298, unter Hinweis auf DZPO 259, wonach gegebenenfalls auf Verurteilung zu künftiger Leistung geklagt werden kann.

[25] Das Reichsgericht hat einen Erfüllungsanspruch konsequent abgelehnt, weil ein Erfüllungszwang mit den Vorschriften über die Willensbildung in der Gesellschafterversammlung unvereinbar sei (RGZ 160, 262 mit Hinweis auf die früheren Entscheide) und daher aus der Abstimmungsvereinbarung nur auf Schadenersatz geklagt werden könne (RGZ 133, 95). Der Widerspruch in dieser Begründung ist offensichtlich: Ist ein Rechtsanspruch nach materiellem Recht begründet, dann muß er auch der Erzwingung zugänglich sein, und es kann sich dann nurmehr fragen, ob die Erzwingung praktisch-technisch überhaupt durchführbar sei. Wenn aber das Reichsgericht den Erfüllungsanspruch aus der Abstimmungsvereinbarung wegen unzulässigen Eingriffes in die freie körperschaftliche Willensbildung ablehnt, so verwirft es letztlich die Gültigkeit einer solchen Vereinbarung, weshalb ihre Mißachtung auch keiner Schadenersatzpflicht rufen kann.

durch Urteil erzwungene, die der Gläubiger in der Weise wird zur Geltung bringen wollen, daß er der Versammlung das Urteil vorlegt; oder die Stimme, die der Schuldner jetzt, in der Versammlung, abgibt? Schwerlich ist ein Weg zu finden, um zugunsten der durch Urteil erzwungenen Stimme zu entscheiden. Dem Schuldner kommt nun einmal das unverkürzbare Recht zu, als Gesellschafter in der Versammlung selber zu stimmen, und er muß es nicht hinnehmen, daß seine Stimme zufolge jenes Urteils bereits als «verbraucht» betrachtet werde. Ebensowenig vermag jenes Urteil die Ungültigkeit seiner in der Gesellschafterversammlung abgegebenen Stimme zu bewirken, weil es sich lediglich über sein Verhältnis zu seinem Vertragspartner ausspricht, jedoch seine Stellung gegenüber der Gesellschaft überhaupt nicht berührt. Auch kann es ihn nicht stärker binden, als daß er zum voraus – erzwungenermaßen – kundgibt, wie er stimmen werde – und nichts verwehrt ihm, sich hernach eines andern zu besinnen. Im Urteil zugleich das Verbot solch abweichender Stimmabgabe zu erblicken, frommt wenig, weil das den Schuldner nicht hindert, sich dennoch darüber hinwegzusetzen; so wenig irgend eine andere Unterlassungspflicht unmittelbar erzwungen werden kann – sie kann es nur mittelbar durch Strafandrohung.

Den Erfüllungsanspruch aus einer Abstimmungsvereinbarung nach Maßgabe von ZPO 407 zu vollstrecken, nützt daher dem Gläubiger nichts, weshalb ihm schon aus diesem Grunde ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse an einer solchen Klage abzusprechen ist[26].

---

[26] Lediglich dann wäre eine praktische Bedeutung denkbar, wenn der Kläger nicht eine nach ZPO 407 zu vollstreckende Erklärung, sondern die Verurteilung zu einem bestimmten Tun – bestehend in der Stimmabgabe – anstrebt, um die Strafdrohung von ZPO 404 Abs. 4 eingreifen zu lassen. In der Tat liegt hier – neben der schwer zu substanzierenden Schadenersatzforderung – das einzige Druckmittel, um den Schuldner zu veranlassen, so zu stimmen, wie das Urteil befiehlt. (Die Praxis behilft sich daher regelmäßig mit Konventionalstrafen.) Nötigenfalls wird der Richter durch Befragen des Klägers abzuklären haben, was dieser be-

Ähnlich liegen die Verhältnisse bei der Erteilung einer Vollmacht. Behauptet der Gläubiger, sein Schuldner habe sich verpflichtet, ihn oder einen Dritten für eine bestimmte Rechtshandlung zu bevollmächtigen, so wäre seine Klage auf Abgabe dieser Erklärung – mit deren Zuspruch die Vollmacht als erteilt gälte[27] – eine stumpfe Waffe: Hat es doch der Schuldner in der Hand, die Vollmacht jederzeit, ja selbst unmittelbar nach dem Urteil, schlankweg zu widerrufen – ein Recht, das ihm unbeschneidbar zusteht (OR 34); und so wenig er sich desselben vertraglich begeben kann, so wenig vermag ihn das Urteil daran zu hindern, die Vollmacht sofort wieder zurückzunehmen. Daher ist kaum ein praktischer Nutzen ersichtlich, ihn durch Urteil zum Erteilen der Vollmacht zu verhalten, wenn doch mit Sicherheit zu erwarten ist, daß er die ihm wider Willen abgezwungene Vollmacht alsogleich widerruft. Auch hier fehlt es mithin am Rechtsschutzinteresse.

Allgemein läßt sich somit festhalten, daß für Willenserklärungen, die der Schuldner jederzeit zurücknehmen oder verändern kann, die Klage nach ZPO 407 mangels Interesses nicht offensteht. Anders als beispielsweise bei einer Offerte, wo der Antragsteller im Rahmen von OR 3 ff. gebunden bleibt, oder bei einer Zustimmung zu einem Vertrag, den er nicht mehr einseitig lösen kann, trägt hier das Urteil dem obsiegenden Kläger nichts ein.

4. Die Bestimmtheit des Erklärungsinhaltes

Damit die Vollstreckung nach ZPO 407 möglich ist, muß die Willenserklärung von vornherein bestimmt, ihrem

zweckt, um bei beabsichtigtem Vorgehen nach ZPO 407 die Klage mangels Interesses von der Hand zu weisen oder dann auf sie einzutreten, falls er bei der gegebenen Sachlage ein vernünftiges Interesse des Klägers an einem durch die Strafdrohung von ZPO 404 verstärkten Urteilsbefehl als gegeben erachtet.

[27] Wie das die deutsche Doktrin lehrt, Stein/Jonas/Schönke, Kommentar zur deutschen Zivilprozeßordnung, 17. A. (1950) § 894 I 2.

Inhalt nach somit auf Grund des materiellen Rechtes eindeutig festgelegt sein. Denn nur so kann auch das Klagebegehren den Inhalt der geforderten Erklärung nennen; das aber ist notwendig, damit desgleichen das die Klage zusprechende Urteil die Erklärung vollumfänglich wiedergibt und außer Zweifel stellt, was nach erfolgter Vollstreckung gemäß ZPO 407 nunmehr seitens des Schuldners als erklärt gilt. Dem Richter bleibt selbstredend unbenommen, das Klagebegehren inhaltlich enger als gestellt zuzusprechen, soweit es seiner Natur nach einen solchen teilweisen Zuspruch überhaupt zuläßt.

1. Fehlt diese Bestimmtheit, dann bleibt lediglich die Vollstreckung durch indirekten Zwang (ZPO 404), indem der verurteilte Schuldner durch Strafdrohung zu verhalten ist, die durch den Urteilsbefehl von ihm geforderte Erklärung abzugeben[28]. So bei allen aussagenden Erklärungen, wo der Schuldner dem Kläger berichten soll, was er von einem bestimmten Geschehnis weiß; wie beispielsweise die Pflicht zur Rechenschaftsablegung durch den Beauftragten (OR 400) oder die Pflicht des geschäftsführenden Gesellschafters, den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Mitgesellschafter zu unterrichten (OR 540/41).

Sie fehlt ferner bei der Wahlobligation, wenn der Schuldner wahlberechtigt, mit seiner Wahlerklärung aber im Verzuge ist. Der Gläubiger hat hier seine Klage auf beide Leistungen alternativ zu richten, und auch das Urteil kann nicht auf eine einzige der beiden, sondern nur auf diese oder jene erkennen. Bevor der Schuldner gewählt hat, ist daher die Zwangsvollstreckung ausgeschlossen, und der Gläubiger muß gegen ihn auf Abgabe der Wahlerklärung

[28] Weil es sich hier regelmäßig um nicht vertretbare Leistungen handelt, kommt eine Ersatzvornahme durch Dritte nach ZPO 404 Abs. 1 oder die Ermächtigung des Gläubigers zu eigener Vornahme nach OR 98 Abs. 1 nicht in Frage. Es bleibt nur die Strafdrohung nach ZPO 404 Abs. 4 und letztlich der Schadenersatzanspruch. Vgl. unten Ziff. 8.

klagen – was er mit der Klage auf alternative Leistung, im Interesse der Vereinfachung, verbinden mag[29]. Da der Schuldner sich immer noch zu dieser oder jener Leistung entschließen kann, ist das Urteil, weil den Inhalt der Erklärung offen lassend, nach ZPO 404 zu vollstrecken[30].

Auch das Urteil, das ein Dienstzeugnis nach OR 342 abzugeben befiehlt, ist, soweit das Zeugnis die subjektive Bewertung der Leistung des Dienstnehmers durch den Dienstherrn betrifft (OR 342 Abs. 2), nicht nach ZPO 407 vollstreckbar, wohl aber wenn das Zeugnis sich nur über Art und Dauer des Dienstverhältnisses auszusprechen hat (OR 342 Abs. 1)[31]. Wiewohl zwar nicht Willenserklärung im rechtsgeschäftlichen Sinne, ist das Dienstzeugnis doch eine gesetzlich vorgesehene Erklärung, auf die der Dienstpflichtige Anspruch hat[32].

2. Der Anwendungsbereich von ZPO 407 beschränkt sich also auf Erklärungen, die zum voraus feststehen-

---

[29] Ob dem Schuldner wirksam angedroht werden könne, das Wahlrecht gehe auf den Gläubiger über, falls er es nicht binnen bestimmter Frist ausübe – so Oser/Schönenberger, N. 10 zu OR 72 –, läßt sich kaum vertreten, da hiefür jede gesetzliche Grundlage fehlt.

[30] von Tuhr/Siegwart, a.a.O. 72, befürworten ein Vorgehen nach BGB 264 Abs. 1, wonach der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf diese oder jene Leistung richten kann, wenn der Schuldner bis zum Beginn der Zwangsvollstreckung nicht wählt. – H. Becker, Kommentar zum OR, 2.A., N. 9 zu Art. 72, verweist den Gläubiger ausschließlich auf Schadenersatz.

[31] Das Zeugnis hat freilich wohl nur dann praktischen Wert, wenn es vom Dienstherrn unterschrieben ist, weshalb regelmäßig nach ZPO 404 zu vollstrecken ist, wie das auch immer dann der Fall sein muß, wenn es ein subjektives Werturteil des Arbeitgebers enthalten soll. Unverkennbar kann ein nach ZPO 407 erwirktes Zeugnis allenfalls ein zweischneidiges Schwert sein, da sich ein Arbeitgeber möglicherweise doppelt überlegen wird, ob er einen Bewerber anstellen wolle, der gegen seinen früheren Dienstherrn prozessiert hat. – Das deutsche Recht kennt nur die Vollstreckung nach DZPO 888, also durch Strafdrohung; Düringer/Hachenburg, Kommentar zum HGB, 3.A., Bd. I § 73 Anm. 3.

[32] Vgl. oben S. 171.

den Inhalt haben. Seine praktische Bedeutung etwas ins Licht zu rücken, soll an Hand einiger Beispiele versucht werden.

a) Zunächst Erklärungen, die unmittelbar dem klagenden Gläubiger zugehen sollen. Hier ist etwa zu nennen die Klage auf Rückübertragung der Forderung, wenn bei der Inkassovollmacht der Zedent den Inkassoauftrag widerruft[33]. Ferner das Sequester (OR 480), die Hinterlegung von Sachen oder Wertpapieren bis zum Austrag eines Rechtsstreites, wenn der Aufbewahrer nach Hinterlegungsvertrag nur in beider Parteien Einverständnis das hinterlegte Gut dieser oder jener von ihnen herausgeben darf, die eine sich aber zu Unrecht weigert, der Freigabe an die andere zuzustimmen. Ihr Gegner kann alsdann gegen sie auf Abgabe der Zustimmung klagen. Ähnlich ist es bei der Hinterlegung zugunsten eines Dritten, wenn damit vertraglich der Vorbehalt verbunden ist, daß dieser den Herausgabeanspruch nur mit Zustimmung des Promissars ausüben könne[34].

Ähnliche Tatbestände können bei Gesamthandverhältnissen auftreten. So wenn ein Gesamthänder verpflichtet ist, einer Verfügung über das Gesamtgut zuzustimmen. Seine Weigerung vermögen die andern Beteiligten durch Klage auf Abgabe seiner Zustimmung zu beseitigen. Das wird freilich weniger in Frage kommen bei der Erbengemeinschaft, denn diese ist ihrer Natur nach nicht auf eine gesamthänderische Verwaltung der Erbschaft ausgerichtet, sondern bildet mehr nur eine Übergangsstufe bis zur Teilung; sie kennt überdies den amtlich bestellbaren Erbenvertreter, der dort, wo die entzweiten Erben sich nicht zur Vornahme der erforderlichen Rechtshandlungen zusammen finden können, auf einfacherem Weg zu helfen vermag als die Klage gegen den widerstrebenden Erben auf Zustimmung[35]. Eher denkbar sind dagegen solche Klagen in der

[33] BGE 71 II 169.
[34] Vgl. auch BGE 73 II 174.
[35] ZGB 602 Abs. 3.

einfachen Gesellschaft, der Kollektivgesellschaft und der Kommanditgesellschaft. Hier kann ausnahmsweise ein Gesellschafter seinen Mitgesellschaftern gegenüber verpflichtet sein, gewissen rechtsgeschäftlichen Vorkehren zuzustimmen[36] – sofern nämlich sein Widerstreben vereinbarter Vertragspflicht entgegensteht oder so unvernünftig und derart offensichtlich gegen die Interessen der Gesellschaft gerichtet ist, daß es einer klaren Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht gleichkommt.

Ein weiterer Anwendungsfall ist die Klage des Verwaltungsrates auf Erteilung der Décharge, wenn die Generalversammlung diese zu Unrecht verweigert[37]; ferner die Klage des Aktionärs und Veräußerers von Namenaktien

[36] Ebenso A. Siegwart, Kommentar zum OR N. 6 zu Art. 534. Den ausdrücklichen Widerstand eines Gesellschafters dadurch zu umgehen, daß die andern nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag vorgehen – wie das Siegwart a. a. O. als weitere Möglichkeit vorschlägt – erscheint angesichts des ausdrücklich bekundeten entgegenstehenden Willens dagegen fragwürdig; ganz abgesehen davon, daß damit die Frage, ob jener Gesellschafter nach Gesellschaftsvertrag zuzustimmen habe, im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag natürlich nicht beantwortet werden kann. – Die Pflicht zu solcher Zustimmung erachten als möglich auch RGZ 68, 261; 97, 331; 162, 83, was die deutsche Doktrin überwiegend billigt: K. Geiler bei Düringer/Hachenburg, Kommentar zum HGB, 3. A., Bd. II 1 (1932) Anm. 108 S. 136, A. Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft (1946) S. 96, Enneccerus/Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 13. Bearb. (1950) S. 695.

[37] Ebenso F. von Steiger, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 2. A. (1952) S. 284. Das Bundesgericht hat in einem unveröffentlichten Urteil vom 22. November 1933 (zitiert von Barbey, La Décharge en droit suisse, Diss. Genf 1949) dieses Vorgehen als zu weitgehend verworfen: Wohl sei die Vollstreckung dieses Leistungsurteils mit gewissen Schwierigkeiten verbunden; aber bei Versagen der kantonalrechtlichen Vollstreckungsmaßnahmen verwandle sich der Anspruch des Klägers in einen Schadenersatzanspruch. – Insofern sind freilich die praktischen Auswirkungen gleich, als auch diese Schadenersatzklage auf Naturalersatz gemäß OR 43 gestellt sein kann, womit ebenfalls die Herausgabe der gemäß OR 709/10 hinterlegten Aktien zu erreichen ist.

gegen die Gesellschaft, der Übertragung der Aktien zuzustimmen[38]. Die dem Eintrag im Aktienbuch zukommenden Wirkungen werden hiebei ohne weiteres durch das nach ZPO 407 vollstreckte Urteil ausgelöst, weil dieses jeder rechtsgeschäftlichen Form genügt, die das materielle Recht für die Erklärung verlangt[39].

Weitere Tatbestände finden sich bei der Nutznießung an Forderungen, wo der Gläubiger und der Nutznießer gegeneinander ein Recht auf Zustimmung zu bestimmten Vorkehren haben (ZGB 773 Abs. 3, 774 Abs. 3, 775 Abs. 1). Ferner beim Forderungspfandrecht (ZGB 906), das dem Pfandgläubiger gegebenenfalls einen Anspruch gegen den Gläubiger auf Kündigung und Einziehung der Pfandforderung gibt. – Regelmäßig hat der Kläger in diesen Fällen in seinem Klagebegehren genau zu sagen, zu welcher rechtsgeschäftlichen Vorkehr er die Zustimmung des Beklagten haben will, kann es doch nicht Sache des Richters sein, nach der zweckmäßigsten Vorkehr zu suchen, um dann den Beklagten zu verurteilen, ihr zuzustimmen. Das heißt selbstredend nicht, er müsse den Klageantrag nicht auch darauf prüfen, ob die beantragte rechtsgeschäftliche Maßnahme ihrer Art nach angemessen sei.

Fragen kann sich, ob in der Herausgabe einer beweglichen Sache zu Eigentum (zum Beispiel die Erfüllungsklage aus Kaufvertrag) auch eine solche auf Abgabe einer Willenserklärung enthalten sei. Das wird bejahen müssen, wer für den Eigentumsübergang eine besondere, neben dem Kaufvertrag selbständig einhergehende Vereinbarung, die sogenannte dingliche Einigung, verlangt, wie es das deutsche Recht tut (BGB 929). Alsdann müßte der die Erfüllung begehrende Kläger (zum Beispiel Käufer) richtigerweise nicht nur die Herausgabe der Sache fordern, sondern auch die weitere Verurteilung des Beklagten, daß er dem Übergang des Eigentums zustimme. Dieser Schluß

---

[38] BGE 76 II 67/68.

[39] Näheres unten S. 193 ff.

wird denn auch dem Grundsatze nach von der deutschen Lehre gezogen[40]; sie mildert aber seine praktischen Auswirkungen nicht wenig, wenn festzustellen sie sich begnügt, daß in jenem Begehren auf Herausgabe auch dieses zweite eingeschlossen sei[41].

Aus der Annahme einer solchen dinglichen Einigung müßte des weiteren folgen, daß es grundsätzlich möglich wäre, einzig die Abgabe dieser auf die dingliche Einigung und die Besitzesübertragung gerichteten Erklärung klageweise zu fordern, sofern das Eigentum durch Besitzeswandlung, brevi manu traditio oder Besitzeskonstitut übergehen soll. Der Übergang des Eigentums vollzöge sich alsdann mit dem Urteil, weil dieses die Zustimmung zu der dinglichen Einigung und Besitzesübertragung ersetzt.

Daß unser Recht, das die Tradition – im Gegensatz zum deutschen Recht – kausal faßt, dieser dinglichen Einigung entraten könne und damit erst noch wesentlich an Klarheit gewinne, vertritt Simonius: Nach ihm zerfällt die kausale Tradition lediglich in den Rechtsgrund (Kaufvertrag usw.) und in den Besitzesübergang[42] – und nicht in Rechtsgrund (Verpflichtungsgeschäft), dingliche Einigung und Besitzesübergang. Sonach hat, wer die Erfüllung des Kaufvertrages fordert, einzig auf Herausgabe der Sache zu klagen[43]; die Verurteilung des Beklagten, zu erklären, daß das Eigentum übergehe, erübrigt sich dagegen[44].

---

[40] Stein/Jonas/Schönke a.a.O. § 894 Anm. I 3, wonach der Besitzesübergang und die Erklärung hinsichtlich der dinglichen Einigung in der für sie maßgebenden Vollstreckungsform herbeigeführt werden müssen: dort zwangsweise Wegnahme der Sache, hier Ersetzung der Erklärung durch das Urteil nach DZPO 894.

[41] Stein/Jonas/Schönke a.a.O. § 897 Anm. I.

[42] A. Simonius, Kommentar zum ZGB, N. 43 zu Art. 714.

[43] Simonius a.a.O. N. 43 zu ZGB 714.

[44] Hervorzuheben ist, daß das Urteil Rechtskraft nur eben für diesen Anspruch schafft, nicht aber für den Rechtsgrund, also zum Beispiel den Kaufvertrag. Erweist sich später der Kaufvertrag als nichtig (zum Beispiel in einer nachfolgenden Feststellungsklage) oder fällt er dahin, so bedeutet das, angesichts der kausalen Tradi-

Damit aber ist auch bei den Übergabesurrogaten (Besitzeswandlung, brevi mano traditio, Besitzeskonstitut) ein Klagebegehren des Inhaltes, der Beklagte habe zu der dinglichen Einigung Hand zu bieten, folgerichtigerweise abzulehnen. Denn wird dort die rechtsgenügliche Willenseinigung der Parteien, daß das Eigentum übergehe, im Verpflichtungsgeschäft (Kaufvertrag) erblickt, so kann es natürlich hier nicht anders sein, und für eine Leistungsklage irgendwelchen Inhaltes bleibt überhaupt kein Raum mehr: Einer tatsächlichen Übergabe der Sache bedarf es nicht, und die Einigung bezüglich des Besitzes nach ZGB 922 Abs. 2, das heißt die Zustimmung zu der Besitzesübertragung (auf dem Wege eines der genannten Übergabesurrogate) ist bereits im Grundgeschäft enthalten. Den Richter anzurufen ist demzufolge nur durch Feststellungsklage möglich, weil streitig nur sein kann, wie die Eigentumsverhältnisse nunmehr tatsächlich liegen (falls beispielsweise der Eintritt einer Bedingung, auf die der Eigentumsübergang gestellt wurde, zweifelhaft ist).

Der Rechtsgrund einer Tradition muß indessen nicht unbedingt ein Vertrag, sondern kann auch eine gesetzliche Pflicht sein[45]; so wenn beispielsweise der Beauftragte eine Sache pflichtwidrig für sich, statt für den Auftraggeber gekauft hat[46], oder ausnahmsweise ein Schadenersatzanspruch nicht in Geld, sondern in Gestalt einer Naturalleistung (OR 43) – Verpflichtung zur Übergabe des Eigentums – zugesprochen wird[47]. Er kann sodann auch in einer letztwilligen Verfügung liegen, wenn nämlich der Erbe dem Vermächtnisnehmer eine Sache herauszugeben hat[48].

---

tion, daß der Erwerber nicht Eigentümer geworden ist und daher der Vindication des Veräußerers nicht mit der Einrede der beurteilten Sache begegnet werden kann.

[45] Simonius a.a.O. N. 35 zu 714.

[46] von Tuhr/Siegwart a.a.O. § 15 I.

[47] Vgl. den Tatbestand in BGE 50 II 381 E. 1 (eine unbewegliche Sache betreffend).

[48] Simonius a.a.O. N. 36 S. 659 zu ZGB 714.

Nach dem Ausgeführten muß es auch hier für die Durchsetzung des Anspruches auf Eigentumsübertragung genügen, wenn der Gläubiger auf Herausgabe klagt. Freilich fehlt hier – im Gegensatz zu den ersterwähnten Tatbeständen – eine Beziehung zwischen den Parteien, in der die Einigung im Sinne von ZGB 922 Abs. 2 bezüglich des Besitzüberganges mitenthalten sein könnte. Aber die Klage auf Herausgabe der Sache bedeutet nichts anderes als die Herbeiführung und Verwirklichung eben dieser Einigung.

Wie aber ist zu klagen, wenn der Eigentumsübergang nicht durch tatsächliche Übergabe der Sache, sondern durch Besitzeskonstitut, Besitzwandlung oder brevi manu traditio erfolgt? Da der Rechtsgrund für den Eigentumsübergang auch hier bereits vorliegt, bleibt einzig die Frage, ob noch Weiteres beizutragen sei, damit das Eigentum übergehe; ob also der Eigentumsübergang kraft eines dieser Übergabesurrogate erst noch durch eine besondere rechtsgeschäftliche Äußerung bewerkstelligt werden müsse. Das ist zu bejahen. Beispielsweise kann der Vermächtnisnehmer nicht um deswillen ohne weiteres Eigentümer der ihm vermachten Sache werden, nur weil diese vorläufig noch einem Dritten vermietet bleibt; das widerspräche ZGB 562 Abs. 1 und stellt ihn übrigens ohne ersichtlichen Grund wesentlich besser als dort, wo die Sache beim Beschwerten liegt; vielmehr fällt ihm auch hier auf Grund des Vermächtnisses nicht mehr als ein obligatorischer Anspruch auf Eigentumsübertragung gegen den Erben zu. Somit kommt man – auch bei Aufgabe der dinglichen Einigung im Sinne des BGB – nicht darum herum, die nicht im Rechtsgrund eingeflochtene vertragliche Einigung auf Besitzesübertragung als selbständige rechtsgeschäftliche Vorkehr anzuerkennen. Um sie zu erzwingen, ist mithin auf Abgabe der Erklärung zu klagen, in den Besitzesübergang (vermöge Übergabesurrogates) einzuwilligen.

b) Bei Erklärungen, die Registerbehörden zugehen sollen, interessieren hauptsächlich die für Grundbucheinträge bestimmten. Im praktisch wichtigsten Fall, beim

Erwerb des Grundeigentums, hat hier das Gesetz eine Regelung getroffen, die die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung entbehren läßt. Nach ZGB 665 gibt der Erwerbsgrund (zum Beispiel Kaufvertrag) dem Erwerber gegen den Eigentümer einen persönlichen Anspruch des Inhaltes, die gemäß ZGB 963 Abs. 1 nötige Verfügung für den Eintrag des neuen Eigentümers zu treffen. Verweigert der Veräußerer diese Erklärung, so braucht nun aber der Erwerber nicht auf deren Abgabe zu klagen, wie es nach der allgemeinen Regel zu erwarten wäre, sondern er kann unmittelbar den gerichtlichen Zuspruch des Eigentums durch Gestaltungsurteil verlangen (ZGB 665 Abs. 1) und, wenn auf diese Weise Eigentümer geworden, von sich aus den Grundbucheintrag veranlassen[49, 50].

Offen bleibt damit die Frage, ob neben ZGB 665 auch noch die Klage auf Abgabe der Erklärung gemäß ZGB 963 Abs. 1 verfügbar bleibe. Hinsichtlich des Prozeßaufwandes – hier wie dort bedarf es nur eines einzigen Urteils, um das angestrebte Ziel zu erreichen – wie auch des Prozeßthemas stehen sich die beiden Klagen gleich[51]. Dennoch wird man

---

[49] Th. Guhl, Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung (in Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des schweizerischen Bundesgerichtes, Bern 1924) S. 105, 106.

[50] Daß es bei vorbehaltlosem Zuspruch des Eigentums der «Ermächtigung zur Eintragung», von der GBVo 18 (am Ende) spricht, nicht bedarf, heben mit Recht Haab a.a.O. N. 69 zu ZGB 656 und Homberger a.a.O. N. 35 zu ZGB 963 hervor.

[51] Lediglich im Gerichtsstand sind Abweichungen denkbar; zwar nicht im innerkantonalen, wohl aber im zwischenkantonalen Verhältnis. Innerkantonal lehnt es nämlich die bernische ZPO ab, die Klage auf Zuspruch des Grundeigentums nach ZGB 665 am forum rei sitae zu geben; der Anspruch gilt als «persönlicher» und untersteht nicht der Vorschrift von ZPO 29 (Guhl a.a.O. 118/119, Leuch a.a.O. N. 1 zu ZPO 29), die nur dingliche Klagen (und Besitzesklagen) an den Ort der gelegenen Sache verweist. Anders zwischenkantonal, wo nach herrschender Auffassung die Forderung auf Zuspruch des Grundeigentums nicht unter die persönlichen Ansprachen im Sinne von BV 59 fällt und daher am Ort der gelegenen Sache eingeklagt werden kann, sofern ihr das kantonale

die Klage auf Abgabe der Erklärung nach ZGB 963 Abs. 1 neben jener andern nicht als schlechthin überflüssig betrachten und ihr ein Rechtsschutzinteresse absprechen dürfen, zumal auch anderweitige Gründe fehlen, die annehmen ließen, das Gesetz fordere für den Gestaltungsanspruch nach ZGB 665 ausschließlich Geltung. So darf in diesem Zusammenhang auf seine Regelung der Löschung verwiesen werden, wo es anders vorgeht und auf Grund eines persönlichen Anspruches auf Löschung keine gestaltende Klage gibt, die zu einem das Recht unmittelbar vernichtenden Urteil führt[52]. Wer also beispielsweise seine Dienstbarkeit aufzugeben versprochen hat, ist mit Klage auf Abgabe der Erklärung nach ZGB 964 zu belangen[53]. Selbst dem Eigentümer eines durch Grundpfandverschreibung belasteten Grundstückes gibt es im Falle des Forderungsunterganges nur einen persönlichen Anspruch gegen den Gläubiger, daß er der Löschung des Pfandrechtes zustimme (ZGB 826). Wenn nun auch für das Verfahren bei Löschungen gesetzgeberisch andere Gesichtspunkte hineingespielt haben mögen als beim Eigentumserwerb, so darf daraus doch gefolgert werden, daß sich das Gesetz nicht auf die Gestaltungsklage versteift, wenn es um die Durchsetzung solcher Ansprüche auf Veränderung der dinglichen Rechtslage geht.

Ist dem aber so, dann wäre nicht einzusehen, weshalb nicht auch ein Anspruch auf Verschaffung des Eigentums durch Klage auf Abgabe der Erklärung nach ZGB 963 Abs. 1 sollte verfolgt werden können – freilich auf das

---

Prozeßrecht diesen Gerichtsstand gewährt (W. Burckhardt, Kommentar zur Bundesverfassung, 3. A. (1931) S. 553; Haab a. a. O. N. 30 zu ZGB 656). Demgegenüber besteht für die Klage auf Abgabe der Erklärung nach ZGB 963 kein Zweifel, daß die Gerichtsstandsgarantie von BV 59 eingreift.

[52] Es kennt nur die Klage nach ZGB 975 bei unrichtigem Eintrag.

[53] Wobei dann hier die Ermächtigung nach ZPO 408 und GBVo 18 i. f. zu erteilen ist, vgl. oben N. 50.

Risiko hin, daß dann die kantonalrechtlich durchgeführte Vollstreckung nur mühsam vonstatten geht, falls diese sich nicht zu einer der Vorschrift von ZPO 407 entsprechenden Lösung bekennt.

Daß die Klage auf Zuspruch des Grundeigentums namentlich auch aus diesen Gründen derjenigen auf Abgabe der Willenserklärung nach ZGB 963 überlegen ist, bleibt damit nicht weniger wahr. Aber mitunter mögen Gründe des Gerichtsstandes die Wahl der zweiten gebieten[54].

In gleicher Weise wie auf Zuspruch des Grundeigentums geklagt werden kann, lassen sich Dienstbarkeiten und Grundlasten begründen (ZGB 731 Abs. 2, 746, 783 Abs. 3). Ferner auch – was allerdings gelegentlich bestritten[55], von Homberger aber schlüssig befürwortet wird[56] – Grundpfandverschreibungen.

Lediglich bei Schuldbrief und Gült soll nach Homberger[57] die Klage auf unmittelbare Begründung dieser Rechte versagen, so daß einzig die Klage auf Verurteilung zur Abgabe der Erklärung nach ZGB 963 offen stünde. Wegen des zu erstellenden Wertpapiers – so begründet Homberger seine Auffassung – könne erst die Eintragung das Pfandrecht zur Entstehung bringen – wobei er offenbar unter «Eintragung» auch die gleichzeitige Ausstellung des Wertpapiers versteht, ansonst seine Begründung einen Sinn verliert. Dem wäre beizupflichten, sofern die Ausstellung des Pfandtitels für die Begründung des Grundpfandrechtes konstitutive Bedeutung hätte: denn das Gestaltungsurteil kann den Pfandtitel nicht ersetzen. Diese Annahme geht indessen

---

[54] So, wenn zum Beispiel die beiden Streitparteien im einen (gleichen) Kanton wohnen und das Grundstück in einem andern Kanton liegt und diese beiden Kantone für die Klage auf Zuspruch des Eigentums das Forum der gelegenen Sache als ausschließlichen Gerichtsstand aufstellen: Mit der Klage auf Verurteilung zur Abgabe der Willenserklärung können alsdann die Parteien den Rechtsstreit in ihrem Wohnsitzkanton zum Austrag bringen.

[55] H. Leemann, Kommentar zum ZGB, N. 15 zu Art. 799.

[56] A. Homberger, Kommentar zum ZGB, N. 31 zu Art. 963.

[57] Homberger a.a.O. N. 31 zu Art. 963.

doch wohl zu weit und findet im Wortlaut von ZGB 856 Abs. 1 keine Stütze; gegenteils hebt Abs. 2 ausdrücklich hervor, die Eintragung habe schon vor der Ausstellung des Pfandtitels Schuldbrief- und Gültwirkung. Diese Eintragung, mithin diese «Schuldbrief- und Gültwirkung» zu erzeugen, ist nun aber das Gestaltungsurteil – gleich wie bei der Eigentumsübertragung – füglich in der Lage, mit der Wirkung, daß nunmehr der Kläger gestützt auf das Urteil von sich aus die Eintragung im Grundbuch und die Ausstellung des Pfandtitels veranlassen kann. Freilich ist der Pfandtitel unerläßlich, soll der Berechtigte die volle Verfügungsmöglichkeit über das Pfandrecht erlangen. Aber das ist beim Eigentum grundsätzlich nicht anders: Solange der Eigentümer im Grundbuch nicht eingetragen ist, kann er über sein Recht ebenfalls nicht rechtsgeschäftlich (unter Lebenden) verfügen. Daher ist nicht zu zögern, auch hier die Klage nach ZGB 665 zuzulassen, denn ohne Not sollte dieser äußerst zweckmäßige Weg der Anspruchsdurchsetzung nicht preisgegeben werden. Folgt man jedoch Homberger, so bleibt dann allerdings als einziger Weg nur die Klage auf Abgabe der Erklärung nach ZGB 963.

Endlich ist auch für die Legalservituten[58] – Notweg (ZGB 694 Abs. 1), Notbrunnen (ZGB 710), Überbau (ZGB 674) – die Möglichkeit gegeben, entweder mit der Klage auf Abgabe der Erklärung nach ZGB 963 oder mit der Klage auf unmittelbaren Zuspruch des Rechtes vorzugehen[59]. Die einzige Schwierigkeit liegt hier darin, daß regelmäßig der Streit auch um die Höhe der Entschädigung geht. Es sind hier verschiedene Fälle auseinanderzuhalten:

Haben sich die Parteien über den Errichtungsvertrag einschließlich Entschädigung geeinigt, verweigert jedoch der beklagte Eigentümer die Anmeldung im Grundbuch, so ist er auf Abgabe der Erklärung nach ZGB 963 oder auf

---

[58] P. Liver, Kommentar zum ZGB, Dienstbarkeiten und Grundlasten (1. Lieferung), Einleitung N. 96.

[59] Daß beide Möglichkeiten gegeben sind, hebt als einziger ausdrücklich Liver a. a. O. N. 97 und 98 hervor.

unmittelbaren Zuspruch des Rechtes (ZGB 665) zu belangen, wobei ihm die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (OR 82) offen steht, falls der Kläger ihm die Entschädigung nicht geleistet oder so sichergestellt hat, daß er sie mit erfolgtem Eintrag sofort erheben kann.

Gleich vorzugehen ist dort, wo der Beklagte auf bloße Leistungsklage hin zu der Einwilligung verurteilt ist, dem Kläger gegen Entschädigung eine Dienstbarkeit einzuräumen und das Urteil zugleich die Höhe dieser Entschädigung festsetzt. Dieses Urteil ersetzt nun aber nicht schon die Erklärung nach ZGB 963, denn diese duldet keinen Vorbehalt, wie er hier in der Verkoppelung mit einer Gegenleistung liegt, zumal ja dem Beklagten wiederum die Einrede, daß der Kläger seinerseits noch nicht geleistet habe, gewahrt bleiben muß. Es bedarf vielmehr noch der nachträglichen Feststellung durch das urteilende Gericht gemäß ZPO 397 Abs. 2 (ZPO 407 zweiter Satz), daß die Gegenleistung erbracht ist. Erst jetzt gilt die Erklärung als abgegeben. (Wo das kantonale Prozeßrecht diese Lösung nicht kennt, bleibt nichts anderes übrig, als nach erbrachter Gegenleistung auf Feststellung dieser Erfüllung oder auf Abgabe der Erklärung nach ZGB 963 zu klagen.)

Am durchschlagendsten ist nun freilich auch hier, gegen den zu keiner Einigung Hand bietenden Eigentümer die Gestaltungsklage entsprechend ZGB 665 Abs. 1 zu erheben. Das Urteil läßt das beschränkte dingliche Recht unmittelbar entstehen und ermöglicht dergestalt dem Kläger, von sich aus die Eintragung im Grundbuch zu veranlassen. Wie steht es aber mit der Entschädigung? Beim Zuspruch des Grundeigentums nach ZGB 665 ist nämlich der Veräußerer stets insoweit gesichert, als er immer die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenstellen und damit den Verlust des dinglichen Rechtes aufschieben kann, solange der Vertragspartner die Gegenleistung nicht erbringt. Hier aber soll ja die Gegenleistung in dem Urteil, welches das Recht gestaltend zuspricht, zunächst erst einmal festgesetzt werden! Denn die Entscheidung beider Fragen im nämlichen

Verfahren ist gegeben und unbedingt zu befürworten. Anderseits darf das Urteil dem Kläger das beschränkte dingliche Recht nicht vorbehaltlos zusprechen, ohne gleichzeitig den Beklagten zu sichern, daß er die Entschädigung erhalte. Um diesen Erfordernissen zu genügen, muß daher das Urteil das beschränkte dingliche Recht Zug um Zug mit der Leistung der Entschädigung zusprechen, wobei dann wiederum die Gestaltungswirkung des Urteils erst eintritt mit der richterlichen Feststellung gemäß ZPO 397 Abs. 2, welche Vorschrift zwar nur das Leistungsurteil im Auge hat, aber bedenkenlos auch auf Gestaltungsurteile dieser Art anzuwenden ist[60].

5. Willenserklärungen, die besonderer Form bedürfen

Das auf Abgabe einer Willenserklärung verurteilende Erkenntnis ersetzt immer auch eine gesetzlich vorgeschriebene oder vertraglich ausbedungene Form. Ist beispielsweise für eine Willenserklärung die öffentliche Beurkundung erforderlich, so hindert das nicht, daß das Urteil trotzdem diese Erklärung vollwirksam nach ZPO 407 ersetze. Das Urteil ist in diesem Sinne die stärkste Form, stärker als die einfache Schriftlichkeit und stärker auch als die öffentliche Beurkundung. Denn weil es jede privatrechtliche Vereinbarung zu ersetzen vermag – insoweit nämlich, als gestützt auf das Urteil die Vollstreckung möglich ist –, muß ihm ohne weiteres zugestanden werden, alle rechtsgeschäftlichen Formen zu umfassen. Jede andere Entscheidung ließe sich schon deshalb nicht rechtfertigen, weil es nicht dem Zufall vertraglich vereinbarter oder gesetzlich verlangter Form überlassen bleiben kann, ob im Einzelfall die Willenserklärung auf dem Wege über ZPO 407 zu erzwingen sei oder nicht. Auch der Einwand ginge fehl, das kantonale Prozeßrecht dürfe nicht derart eigenmächtig die bundesrechtlichen Formvorschriften umbiegen. Diese Form-

---

[60] Vgl. auch BGE 78 II 139/140 E. 8 i.f.

vorschriften beschränken sich auf das – freie – rechtsgeschäftliche Handeln und wollen nicht auf die Zwangsvollstreckung ausgedehnt sein, wie denn auch das Bundeszivilrecht dem kantonalen Prozeßrecht unabweislich die nötige Freiheit belassen muß, deren dieses bedarf, um zu einer zweckmäßigen und vernünftigen Rechtsverwirklichung zu gelangen.

Übrigens wird, was diese Formvorschriften bezwecken, im Prozeßfall ohnehin anderweitig gewahrt. Sind sie zum Schutze des sich Verpflichtenden aufgestellt, so haben sie ihre Aufgabe ausgespielt, sobald die Frage zum gerichtlichen Austrag kommt, weil sich hier ein solcher Schutz vor übereilter Verpflichtung und gegen Übervorteilung erübrigt. Und wo sie um der Klarheit der Rechtslage willen eingreifen (zum Beispiel OR 165) oder den Beweis sichern sollen (was unter anderem die öffentliche Beurkundung anstrebt), da ist dieser Zweck nicht minder gegenstandslos, sobald die diesbezügliche Willenserklärung zur gerichtlichen Beurteilung steht.

Jeder Rechtsakt, der seiner rechtlichen Natur nach Willenserklärung – und nicht mehr – ist, kann daher, wie immer auch die für ihn verlangte Form sein mag, auf dem Weg über ZPO 407 vollstreckt werden[61]. Die Erklärung gilt als abgegeben in derjenigen Form, die das materielle Recht

---

[61] Ebenso Becker a. a. O. N. 5 zu OR 11. (Eine Ausnahme wäre für die Zustimmung zur Eheschließung zu machen, die nur vor dem Zivilstandsbeamten verpflichtend abgegeben werden kann, wenn nicht hier ohnehin die klageweise Durchsetzung ausgeschlossen wäre, ZGB 91.) – Anders Oser/Schönenberger N. 7 zu OR 98, die einen Erklärungsersatz im Sinne von ZPO 407 ablehnen, wo Rechtsgeschäfte besonderer Form bedürfen. Sie verkennen, wo die Grenze zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem Prozeßrecht zu ziehen ist. Wie hier offenbar auch Leuch N. 1 zu ZPO 404, wenn er der Oser/Schönenbergschen Begründung, bei formbedürftigen Rechtsgeschäften gehe die Lösung nach ZPO 407 wegen möglicher Kollusion der Parteien zu weit, treffend die Frage entgegenwirft, was schon solche Kollusion schade – beifügend: höchstens der Rentabilität des Notariates!

verlangt, und zwar nicht nur zwischen den Prozeßparteien, sondern auch im Verhältnis zu Dritten[62].

Dagegen ist eine Vollstreckung nach ZPO 407 nicht mehr möglich, wenn das, was vom Beklagten verlangt wird, mehr ist als eine bloße Willenserklärung; also Handlungen, in denen die Willenserklärung nur als eines von mehreren Elementen enthalten ist[63]. So ist die Ausstellung eines Wechsels mehr als bloße Willenserklärung, denn hier soll unterschrieben, es soll eine Sache bestimmter äußerer Gestalt geschaffen werden, und Akzept, Verbürgung, Indossierung usw. sind nur so möglich, daß der Erklärende die Urkunde in bestimmter Weise verändert. Wer daher aus dem pactum de cambiando auch auf Verurteilung klagen würde, sein Gegner habe das Akzept (OR 1015) oder die Verbürgung (OR 1021) zu erklären, dem hülfe selbst die Annahme, er könne diesfalls gestützt auf das Urteil die Haftung nach OR 1044 Abs. 1 beanspruchen, nicht darüber hinweg, daß eben trotzdem noch kein Wechsel vorliegt. Das Urteil kann – um in Kipps Worten zu sprechen – nicht indossiert werden[64]. Daher muß der Richter, soll ein solcher Anspruch verwirklicht werden, entweder den Beklagten nach ZPO 404 Abs. 1 und 4 zur Unterzeichnung verhalten oder die Ersatzvornahme durch einen Dritten verfügen (ZPO 404 Abs. 1)[65].

Was für den Wechsel, gilt ganz allgemein für alle Wertpapiere, sobald es sich um Erklärungen handelt, die, um wertpapierrechtlich wirksam zu sein, auf der Urkunde angebracht werden müssen (vgl. OR 965). Überall hier ist eben die reale Urkunde bestimmten Inhaltes unerläßlich; diese aber vermag das Urteil zur Abgabe einer Willenserklärung nicht zu ersetzen – im Gegensatz zu andern Willenserklärungen, wie beispielsweise zu einem formgebundenen Vertrags-

---

[62] Vgl. RGZ 76, 412.
[63] Kipp a.a.O. 48/49, 59.
[64] Kipp a.a.O. 60.
[65] Vgl. unten S. 204.

schluß, wo das Urteil den vollen Rechtserfolg herbeiführt, den die Ausstellung der Vertragsurkunde haben würde[66].

Fragen kann sich, ob bei der Übertragung von Namenaktien die Eintragung im Aktienbuch unter dem Gesichtspunkt ihrer Vollstreckung nur Willenserklärung – nämlich die Anerkennung der Aktionäreigenschaft des Erwerbers durch die Gesellschaft – oder ob darüber hinaus auch der konkrete Eintrag in allen Fällen unerläßlich sei, damit von der Gesellschaft verlangt werden kann, einem Aktienerwerber die mitgliedschaftliche Stellung als Aktionär einzuräumen. Die Annahme des zweiten hätte zur Folge, daß bei Weigerung der Aktiengesellschaft, den Erwerber in das Aktienbuch einzutragen, auf Vornahme dieses Eintrages geklagt werden müßte, mit Vollstreckung durch Strafdrohung (ZPO 404 Abs. 4) oder durch Ersatzvornahme nach OR 98 und ZOP 404 Abs. 1[67]. Solange sich die Gesellschaft diesem Eintrag widersetzt, wäre sie nicht gehalten, den Erwerber als Aktionär anzuerkennen; ja ihre verantwortlichen Organmitglieder könnten die Bestrafung wegen Mißachtung des Urteilsbefehls auf sich nehmen, der Erwerber käme keinen Schritt weiter.

Indessen ist zu bedenken, daß der Eintrag im Aktienbuch maßgebend ist für die Legitimation des Erwerbers als Aktionär gegenüber der Gesellschaft[68]. Es wäre nun nicht einzusehen, weshalb die Gesellschaft vorerst gezwungen werden müßte, die Eintragung wirklich vorzunehmen, und erst hernach, wenn sie das getan hat, gehalten wäre, den Erwerber als Aktionär anzuerkennen – kann doch diese Anerkennung von ihr ohne weiteres durch Urteil gefordert werden, ungeachtet eines bislang unterlassenen Eintrages. Das umsomehr, als ja irgendwelche Publizitätswirkungen im Verhältnis zu Dritten dem Aktienbuch nicht zukom-

---

[66] Kipp a. a. O. 61.

[67] Da es sich um eine vertretbare Leistung handelt (vgl. unten S. 198 ff.), wäre eine solche Ersatzvornahme durch einen Dritten naheliegend.

[68] Vgl. BGE 69 II 316.

men[69]. Oder sollte man im Ernst vertreten, es bedürfe eines Urteilsbefehls auf Eintragung, der *in forma specifica* zu vollstrecken sei, etwa durch Ersatzvornahme seitens eines Dritten, indem das Aktienbuch manu militari zu behändigen und vom Dritten nachzutragen sei! Die Unhaltbarkeit solchen Vorgehens liegt auf der Hand. Vielmehr gilt auch hier, daß das auf Zustimmung zu der Aktienübertragung (oder auf Anerkennung des Erwerbers als Aktionär) verurteilende Erkenntnis gleichzeitig auch die Form, nämlich den Eintrag im Aktienbuch, ersetzt. Nur das ermöglicht eine auch den praktischen Bedürfnissen gerecht werdende, reibungslose Vollstreckung dieses Anspruches. Daß der Eintrag, soll das Aktienbuch richtig und vollständig nachgeführt sein, dann doch vorzunehmen ist, ändert an diesem Schluß nichts[70].

6. Die Vollstreckung nach ZPO 407 von Abstand und gerichtlichem Vergleich

Unterwirft sich der Beklagte dem Rechtsbegehren, das seine Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung fordert, so stellt sich die Frage, ob ZOP 407 anzuwenden sei, von vorneherein nicht, weil bereits der Abstand die vom Kläger geforderte Willenserklärung darstellt. Freilich ist er insofern Prozeßhandlung, als er darauf gerichtet ist, den Prozeß zu beenden. Aber er ist zugleich auch rechtsgeschäftliche Willensäußerung, durch die der Beklagte dem Klagebegehren zustimmt, mithin das erklärt, was sein Gegner fordert.

Beim gerichtlichen Vergleich könnte sich fragen, ob ZPO 407 mit der herrschenden deutschen Lehre allenfalls deshalb nicht anzuwenden sei, weil der Vergleich nicht wie das rechtskräftige Urteil allen Angriffen widerstehe,

---

[69] A. Wieland, Das Aktienbuch und der Rechtsübergang an Namenaktien nach dem revidierten Obligationenrecht (1945) S. 34.

[70] Die Stellungnahme des Bundesgerichtes ist nicht ganz eindeutig, vgl. BGE 69 II 317 und 76 II 68.

sondern nichtig oder anfechtbar sein könne[71]. Für diesen Schluß bietet indessen unser Gesetz nicht die geringste Stütze, nachdem es ohne jeden Vorbehalt den gerichtlichen Vergleich wie ein Urteil vollstrecken läßt[72]. Auch der Einwand, nur die Rechtsbeständigkeit, wie sie allein dem Urteil eigne, rechtfertige die Fiktion von ZPO 407, schlägt nicht durch. Einmal werden gerichtliche Vergleiche tatsächlich äußerst selten angefochten. Zum andern ist ja ohnehin für den gerichtlichen Vergleich unabweislich die Vollstreckung zu gewähren, weshalb zwar der Weg hiezu verschieden gezogen, das Endergebnis jedoch nur ein und dasselbe sein kann.

Wie ist es nun zu halten, wenn eine Partei sich im gerichtlichen Vergleich verpflichtet, eine bestimmte Willenserklärung abzugeben? Es ist denkbar, daß mit dieser Formulierung alsogleich die Erklärung als solche abgegeben sein will; es kann damit aber auch nur bezweckt sein, vorerst die Pflicht zu der Erklärungsabgabe zu begründen. Welches von beiden gewollt ist, das durch Auslegung zu erschließen, erübrigt sich indessen, wie sich sofort zeigen wird. Wer im Vergleich eine Erklärung abzugeben vorerst nur verspricht, verpflichtet sich zu einem Tun. Für diese Pflicht gilt allgemein der Grundsatz von ZPO 397 Abs. 3, wonach gestützt auf den gerichtlichen Vergleich unmittelbar zur Zwangsvollstreckung geschritten werden kann, wie wenn ein Urteil vorläge. Es bedarf also keines weiteren Erkenntnisses, das den Verpflichteten zu der ihm durch den

---

[71] Rosenberg a.a.O. § 130 II 2b, § 210 III 2b.

[72] Daß nach deutscher Auffassung der gerichtliche Vergleich keine materielle Rechtskraft entfaltet (Rosenberg a.a.O. § 130 IIb, gegenteilig freilich Kipp a.a.O. 89), jedoch § 894 DZPO ausdrücklich nur vom «rechtskräftigen» Urteil spricht, wird häufig als Grund angeführt, weshalb diese Vorschrift auf den Vergleich nicht anwendbar sei (Hellwig/Oertmann a.a.O. Bd. II 391, Stein/Jonas/Schönke a.a.O. § 894 Anm. I 1, RGZ 55, 58). Da indessen dann doch eine Vollstreckung durch Beugezwang nach § 888 DZPO gewährt wird, diese aber fast unfehlbar zum gleichen Ziel führt, bleibt diese Auffassung nicht recht verständlich.

Vergleich überbundenen Leistung verurteilt, wie es der Fall wäre, wenn bloß ein außergerichtlicher Vergleich vorläge und der Vollstreckungstitel erst noch durch Klage erwirkt werden müßte. Selbst wenn die Leistungspflicht aus dem gerichtlichen Vergleich bedingt oder auf Zeit gestellt ist, ändert sich daran nichts; immer ist der Weg zur Zwangsvollstreckung grundsätzlich kein anderer als beim Urteil. Worin nun aber die Zwangsvollstreckung bei der auf gerichtlichem Vergleich beruhenden Pflicht zur Abgabe einer Willenserklärung besteht, sagt ZPO 407: Auch hier gilt die Erklärung als abgegeben im Moment, wo nach Vergleich die Voraussetzungen erfüllt sind, um die Zwangsvollstreckung nach ZPO 402 ff. einzuleiten. Wenn die Pflicht zur Abgabe der Willenserklärung sofort fällig ist, so tritt – das ist die notwendige Folge – mit dem Vergleichsabschluß (bzw. mit gerichtlicher Genehmigung des nicht vor Instruktionsrichter oder Gesamtgericht abgeschlossenen Vergleiches) die Wirkung von ZPO 407 ein. Es ist also unwesentlich, ob nach dem Parteiwillen im Vergleich unmittelbar die Erklärung abgegeben oder erst die Pflicht hiezu begründet sein soll; beides fällt vollstreckungsrechtlich in eins zusammen; und aus diesem Grund ist es überflüssig, auslegend nachzuprüfen, ob die Parteien dieses oder jenes gewollt haben.

Bei aufschiebend befristeter Pflicht gilt die Erklärung als abgegeben mit Erreichen des Fälligkeitstermins; und hängt die Abgabe der Erklärung von einer Gegenleistung oder Bedingung ab, so ist nach ZPO 407 zweiter Satz vorzugehen und vom Gericht, das letztinstanzlich geurteilt hat (ZPO 397 Abs. 2), die Feststellung zu verlangen, daß die Bedingung erfüllt oder die Gegenleistung erbracht sei. Diese Feststellung gibt die Zwangsvollstreckung frei und löst ohne weiteres die Wirkung von ZPO 407 aus.

In allen Fällen darf dem Vergleich dabei kein weitergehender Inhalt unterschoben werden als ihn die Parteien gewollt haben. Mit der Vergleichsabrede, ein Grundstück zu übertragen, ist nichts anderes als das Verpflichtungsge-

schäft errichtet, die Erklärung nach ZGB 963 aber noch nicht abgegeben, sofern der Vergleich sie nicht ausdrücklich enthält oder – was nach dem Ausgeführten vollstreckungsrechtlich gleichbedeutend ist – zumindest die Pflicht des Veräußerers zu ihrer Abgabe erwähnt. Der gerichtliche Vergleich hat hier keine größere Tragweite als eine außergerichtliche, durch öffentliche Verurkundung getroffene Grundstückübertragung, und der Erwerber muß nötigenfalls auf Zuspruch des Eigentums nach ZGB 665 oder auf Abgabe der Erklärung nach ZGB 963 klagen.

7. Die Bedeutung von ZPO 407 im interkantonalen Verhältnis und die Vollstreckung ausländischer oder außerkantonaler Urteile

Die Vollstreckung von Zivilurteilen ist durch BV 64 dem kantonalen Recht vorbehalten[73]. Maßgebend ist hiebei das Recht desjenigen Kantons, in welchem die durch den Urteilsinhalt gebotene Vollstreckungshandlung vorgenommen werden muß[74]. Bei dem Urteil, das eine Willenserklärung abzugeben befiehlt, kann das nur der Wohnsitz des Schuldners sein. Fehlt ein solcher, so ist am Aufenthaltsort zu vollstrecken.

Demzufolge findet ZPO 407 auch Anwendung auf ein außerkantonales oder ein ausländisches Urteil, gleichgültig ob dem Recht des Prozeßortes eine Vorschrift dieses Inhaltes bekannt ist oder nicht. Für solche Urteile tritt alsdann die Wirkung von ZPO 407 ein, sobald der Weg für die Zwangsvollstreckung frei gegeben ist, der Appellationshof mithin das Exequatur nach ZPO 400 oder 401 erteilt hat. Umgekehrt hilft ZPO 407 einem bernischen, jedoch in einem andern Kanton zu vollstreckenden Urteil nichts, weil bernisches Vollstreckungsrecht überhaupt nicht zum Zug kommt.

---

[73] Ausgenommen die auf Geld oder Sicherheitsleistung lautenden Urteile, die dem SchKG unterstehen.

[74] Burckhardt a.a.O. S. 579, Leuch N. 3 zu ZPO 397.

Von der Vollstreckung ist klar auseinanderzuhalten die außerkantonale Verwendung des nach ZPO 407 im Kanton Bern vollstreckten Urteils. Verfügt der Gläubiger über ein dem bernischen Vollstreckungsrecht unterworfenes Urteil – sei es ein bernisches oder sei es ein außerbernisches (schweizerisches oder ausländisches), für das er das Exequatur besitzt und die Vollstreckung nach ZPO 407 ausgelöst hat –, so liegt nicht eine Vollstreckungshandlung vor, wenn er dieses, die Willenserklärung verkörpernde Urteil in einem andern Kanton einer Behörde oder einem Dritten gegenüber verwendet. Der Gläubiger hat auf Grund der durchgeführten Zwangsvollstreckung die Erklärung – dargestellt durch das rechtskräftige und zur Vollstreckung freigegebene Urteil – empfangen, und es ist so zu halten, wie wenn ihm diese tatsächlich abgegeben worden wäre – wird doch das Urteil durch die Vollstreckung nach ZPO 407 gleichsam in die Erklärung selber umgewandelt. Es ist denn auch leicht einzusehen, daß es für den Gebrauch, den der Gläubiger von der Erklärung machen will, nicht darauf ankommen kann, ob der Vollstreckungskanton nach dem Grundsatz von ZPO 407 vollstreckt oder den Schuldner durch Strafzwang zur realen Abgabe der Erklärung gebracht hat. Hier wie dort ist das Urteil nach dem maßgebenden Recht vollstreckt. Und daher muß auch in jedem andern Kanton der Erfolg dieser Vollstreckung – nämlich die Tatsache, daß die Erklärung nunmehr abgegeben ist – so hingenommen werden wie irgend ein anderes Vollstreckungsergebnis auch. Weder eine Behörde noch ein Dritter, denen gegenüber sich der Gläubiger auf das die Erklärung darstellende Urteil beruft, können daher einwenden, ihr Recht kenne einen solchen Erklärungsersatz nicht.

8. Das Verhältnis von ZPO 407 zu OR 98

Es bleibt ein Letztes zu prüfen: das Verhältnis von ZPO 407 zu OR 98 Abs. 1. Ist der Schuldner – dahin lautet OR 98 Abs. 1 – zu einem bestimmten Tun verpflichtet, so

kann sich der Gläubiger ermächtigen lassen, die Leistung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen. Da nun auch die Verpflichtung, eine Willenserklärung abzugeben, auf ein Tun geht, fragt sich zunächst, ob auch für sie eine Ersatzvornahme nach OR 98 Abs. 1 in Betracht falle. Diese Ersatzvornahme ist nämlich nur bei solchen Leistungen möglich, die ihrem Inhalt nach überhaupt geeignet sind, durch einen andern als den Schuldner ausgeführt zu werden. Die Leistung muß sonach vertretbar sein. Nur wenn sie das ist, kann an des Schuldners Stelle der Gläubiger oder ein von diesem beigezogener Dritter sie vornehmen[75].

Ist nun eine Willenserklärung im Sinne von OR 98 Abs. 1 vertretbar oder nicht vertretbar? Unvertretbar sind im allgemeinen solche Leistungen, deren schuldtilgende Wirkung davon abhängt, daß sie gerade der Schuldner erbringe, mithin Handlungen, die durch besondere individuelle Fähigkeiten (künstlerischer oder wissenschaftlicher Natur), Erfahrungen und Wissen des Schuldners bedingt sind. Willenserklärungen bestimmten, von vorneherein feststehenden Inhaltes sind nun offensichtlich nicht von derartigen individuellen Befähigungen des Schuldners abhängig – im Gegensatz zu den Erklärungen, die der Schuldner inhaltlich frei

[75] Daß die Ermächtigung sich nicht auf den Fall beschränkt, wo der Gläubiger die Handlung persönlich vornimmt, sondern daß sie dem Gläubiger freie Hand läßt, einen Dritten mit der Vornahme der Handlung vertraglich zu beauftragen, ist nicht anzuzweifeln. Nur jenes zuzulassen, zwingt weder der Gesetzeswortlaut auf – er besagt nur, dem Gläubiger sei gestattet, die Handlung vorzunehmen; ob persönlich oder durch einen Dritten, bleibt seine Sache – noch ist es durch die praktischen Bedürfnisse geboten. So auch von Tuhr/Siegwart a.a.O. § 67 IV bei N. 53; zurückhaltender Th. Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, 4. A., S. 48. Die Vornahme der Handlung durch einen Dritten gemäß ZPO 404 Abs. 1 beim Richter zu verlangen, behält daneben ihren guten Sinn, so wenn zum Beispiel polizeiliche Hilfe erforderlich ist oder dem Gläubiger daran liegt, daß der Richter den Dritten bezeichne und dessen Honorar bestimme, um hernach nicht den Einwand des auf Kostenersatz belangten Schuldners, dem Dritten sei zu viel bezahlt worden, widerlegen zu müssen.

fassen kann[76] – und sie wären bedenkenlos den vertretbaren Leistungen zuzuordnen, wenn sie sich von diesen nicht in anderer Richtung unterschieden. Ist nämlich der Gläubiger berechtigt, eine vertretbare Handlung zu fordern – zum Beispiel die Erstellung eines Bauwerkes – so wird ihm volle Befriedigung, wer auch immer die Arbeit ausführe, und unbekümmert darum, ob eine richterliche Ermächtigung nach OR 98 Abs. 1 vorausgegangen sei oder nicht. Das ist dagegen anders bei der Willenserklärung, wo der Forderung des Gläubigers nur genügt wird, wenn der Schuldner persönlich sie abgibt, und es nicht denkbar ist, daß ein anderer mit einer gleichlautenden Erklärung dem Gläubiger irgendwie zu dienen vermöchte.

Es läge somit zu folgern nahe, die Willenserklärung bleibe gleich einer unvertretbaren Leistung schuldnergebunden, ja noch in vermehrtem Masse, weil sie ihrem Inhalte nach eine gedankliche Vorstellung sei, die unabdingbar einzig vom Schuldner und nur von ihm ausgehen könne und mit der Person des Leistenden eben gleichsam auch den Leistungsinhalt ändere.

Worin liegt nun aber das Wesen dieser «Unvertretbarkeit» begründet? Daß es nicht die persönlichen Befähigungen und Eigenschaften des Schuldners, also nicht Umstände tatsächlicher Natur sein können, wurde bereits vermerkt. Es bleiben also unabweislich nur rechtliche Gegebenheiten, die hiefür verantwortlich sein müssen; und die Bestätigung hiefür liegt denn auch darin, daß gegebenenfalls auch ein anderer als der Schuldner die Forderung des Gläubigers zu erfüllen vermag, sofern er nämlich vom Schuldner zur Abgabe der geschuldeten Erklärung bevollmächtigt ist. Hier stößt man somit auf den entscheidenden Unterschied zu anderen vertretbaren Leistungen: Bei jenen kann ein Dritter die Forderung des Gläubigers ohne weiteres erfüllen, die Forderung auf Abgabe einer Willenserklärung aber nur, wenn ihn der Schuldner hiezu bevollmächtigt. Das

---

[76] Vgl. oben S. 177.

und nichts anderes muß somit die Grundlage sein, auf der zu entscheiden ist, ob die Abgabe einer Willenserklärung als vertretbare Leistung im Sinne von OR 98 gelten dürfe.

Eine verbreitete Meinung lehnt das ab. Ausgehend vom Satz, daß vertretbar nur jene Handlung sei, für die ein Dritter beliebig einspringen könne, zieht sie den Schluß, die Handlung des Dritten müsse schon vor der richterlichen Ermächtigung geeignet sein, diejenige des Schuldners vollwertig zu ersetzen; die vom Richter erteilte Ermächtigung setze demzufolge die Vollmacht des Dritten voraus, könne sie aber nicht schaffen[77]. Eine andere Auffassung nennt Handlungen als nicht vertretbar, die ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängen, wie Vornahme von Rechtsgeschäften und Mitwirkung bei solchen, worunter dann offenbar auch die Willenserklärungen ganz allgemein zu rechnen wären[78].

All das klingt nicht nur gezwungen und gekünstelt; was wesentlicher ist, es engt die Tragweite von OR 98 Abs. 1 in einer Weise ein, die den praktischen Bedürfnissen stracks entgegensteht. Denn wohin anders drängen diese, wenn nicht offensichtlich nach einem möglichst weiten Verwendungsbereich der Ersatzvornahme! – ist sie doch für die Anspruchsverwirklichung ein höchst wertvoller Rechtsbehelf. Sie verdient daher eine sehr geschmeidige Handhabung und soll erst dort aufgegeben werden, wo ihr nicht wegzuräumende Hindernisse tatsächlicher Natur entgegentreten, nämlich bei den auf individuelle Befähigungen des Schuldners gestellten Leistungen. Daher ist nicht zu zögern, auch die Abgabe einer Willenserklärung dieser Vorschrift

---

[77] So Kipp a.a.O. S. 100; ihm folgend Stein/Jonas/Schönke a.a.O. § 887 bei Fußnote 15 mit weiteren Verweisungen, Rosenberg a.a.O. § 210 I 2a. Vgl. auch Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß 61, 363 mit vielen Verweisungen. Ursprünglich war das Reichsgericht anderer Auffassung (RGZ 55, 59/60), die Doktrin folgte ihm aber nicht, vgl. Deutsche Juristenzeitung 1935 S. 1250 und Rosenberg loc. cit.

[78] F. Stein, Grundriß des Zivilprozeßrechts (1921) S. 285.

zu unterwerfen. Das Bedenken, die Leistung könne ein anderer nur erbringen, wenn er bevollmächtigt sei, erledigt sich damit, daß eben statt der Vollmacht die auf OR 98 gestützte richterliche Ermächtigung des Gläubigers, die Leistung selber vorzunehmen, eingreift[79]. Es wäre eine wunderliche Schwäche des Gesetzes, wenn es solche Vollmacht nicht zu ersetzen vermöchte und gleichsam über sein eigenes Bein stolperte.

Sonach zeigt sich, daß auch die Abgabe einer Willenserklärung unter dem Gesichtspunkt von OR 98 vertretbar ist[80] und sich der Gläubiger durch den Richter ermächtigen lassen kann, die Leistung selber vorzunehmen, das heißt, die Erklärung namens des Schuldners abzugeben. Das ist ohne weiteres durchführbar, wenn der Schuldner eine Erklärung schuldet, die sich nicht an den Gläubiger, sondern an einen Dritten oder eine Behörde richtet. So kann der Pfandgläubiger sich ermächtigen lassen, an Stelle des Verpfänders die erforderlichen Verwaltungsmaßnahmen (zum Beispiel eine

---

[79] Gegen diesen Schluß wendet sich Calamandrei, Das Urteil als Vollstreckungsakt, in Judicium Bd. 2 (1930) S. 317 ff. Er nennt die Willenserklärung als «rechtlich unvertretbar», denn schreibe das Gesetz einer Person die ausschließliche Fähigkeit zu, durch ihren Willen bestimmte Rechtswirkungen zu erzeugen, so sei es unmöglich, daß diese Rechtswirkungen anders als eben durch diesen Willen hervorgerufen werden könnten. Sollte das verneint werden, so hätte man es mit einem Einbruch in die Rechtssphäre des Schuldners und mit einer Minderung seiner Persönlichkeit zu tun, welche kraft Gesetzes in jenen Grenzen souverän sei. – Allein wenn das Gesetz fordert, daß die geschuldete Willenserklärung erzwungen werde, so wird man im Ernst nicht gleichzeitig annehmen dürfen, das nämliche Gesetz gewähre dem Einzelnen eine freie Rechtssphäre, die es selber nicht antasten dürfe und die jene Verwirklichung verunmögliche! Wie weit diese Freiheit reiche, sagt eben das Gesetz, weshalb es auch vorsehen kann, einen Dritten zu der Abgabe der Willenserklärung zu bevollmächtigen.

[80] Daß die Vornahme einer Rechtshandlung eine vertretbare Handlung ist, wird auch im französischen Recht anerkannt; Planiol/Ripert, Traité pratique de droit civil français, Bd. VII (1931) Nr. 782 S. 79.

Kündigung) vorzunehmen[81]; der Kollektivgesellschafter, an Stelle des die Mitwirkung mutwillig verweigernden Mitgesellschafters einen Eintrag im Handelsregister auch in dessen Namen anzumelden; der Gläubiger, namens des Schuldners den Vertrag mit dem Dritten abzuschließen, den einzugehen sich der Schuldner verpflichtet hatte; der Grundeigentümer, namens des Inhabers eines beschränkten dinglichen Rechtes, das aufzugeben sich dieser verpflichtet hat, die vertraglich versprochene Erklärung nach ZGB 964 für die Löschung abzugeben[82].

Eine eigenartige Lage ergibt sich jedoch, wenn der Schuldner verpflichtet ist, dem Kläger selber die Erklärung abzugeben. Kann auch hier der Richter den Kläger ermächtigen, sich selber die Erklärung abzugeben, was nichts anderes als ein Selbstkontrahieren bedeutet? Der Fall wird, so viel ich sehe, nur bei der Verpflichtung zu einer Zession praktisch (bei der Verpflichtung zum Eingehen einer Obligation deshalb nicht, weil schon der Vorvertrag dem Gläubiger den Anspruch auf Erfüllung gibt)[83]. Hier aber kennt das Gesetz ohnehin die Klage auf Zuspruch der Forderung (OR 166) – die sich im Ergebnis mit der Klage auf Abgabe der Abtretungserklärung deckt –, so daß insoweit die aufgeworfene Frage kaum praktische Bedeutung hat. Indessen ist aber ganz allgemein die Zulässigkeit solchen Vorgehens ohne weiteres zu bejahen. Ein Selbstkontrahieren ist dort zulässig, wo nicht zu befürchten ist, der Stellvertreter nütze seine Stellung zum eigenen Vorteil aus[84]. Diese Voraussetzungen sind hier aufs beste verwirklicht, wird ja dem Anspruch des Klägers auf Abschluß dieses Vertrages der richterliche Schutz zuteil. Es wäre insbesondere nicht einzusehen, weshalb bei dieser Sachlage der Richter einen Dritten (und nicht unmittelbar den Gläubiger) ermächtigen sollte, an Stelle des widerstrebenden Schuldners die Erklärung ab-

---

[81] K. Oftinger, Kommentar zum ZGB N. 14 zu Art. 906.
[82] Siehe oben S. 186.
[83] Siehe oben S. 172.
[84] BGE 50 II 183, 57 II 560, 63 II 174.

zugeben[85]. Offenbar geschähe das um der Äußerlichkeit willen, dem Bild eines selbstkontrahierenden Stellvertreters auszuweichen. Ein überflüssiger Umweg, steht doch die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens hier über jedem Zweifel.

Es bleibt zu beantworten, ob auch die Verpflichtung des Schuldners, ein Wertpapier zu unterschreiben, nach OR 98 Abs. 1 vollstreckt werden könne. Daß die Unterzeichnung als solche eine vertretbare Handlung im Sinne dieser Vorschrift ist, ergibt sich aus dem Vorstehenden. Auch sie ist so wenig wie die Willenserklärung von besonderem persönlichem Wissen und Können des Schuldners abhängig. Entscheidend bleibt somit nur, ob rechtlich eine solche Unterzeichnung auch durch Stellvertretung möglich sei – was offensichtlich zutrifft. Ist dem aber so, dann hindert nichts, daß der Richter den Gläubiger ermächtige, namens des Schuldners und als dessen bevollmächtigter Stellvertreter zu unterzeichnen. Der Gläubiger kann sich also auf diese Weise zum Beispiel die vom Schuldner versprochene, aber nicht gegebene Wechselunterschrift erzwingen. Wird der Schuldner aus dem Wechsel belangt, so nützt ihm der Einwand fehlender Vollmacht seines Stellvertreters nichts, weil eben das richterliche Erkenntnis diese Vollmacht schafft und der Gläubiger sie jederzeit mit dem Urteil und der Ermächtigung nach OR 98 dartun kann. Da das Urteil gleichzeitig auch den Umfang dieser Vollmacht festlegt, hat der Schuldner insoweit nichts zu befürchten; eine Überschreitung macht den Gläubiger persönlich haftbar (OR 998).

Damit ist es nunmehr möglich, das Verhältnis von OR 98 Abs. 1 zu ZPO 407 näher zu betrachten. Die Vorschrift von ZPO 407 bewirkt, daß mit dem Urteil, das vom Beklagten die Abgabe einer Willenserklärung fordert, diese Erklärung unmittelbar als abgegeben gilt. Der Gläubiger kann insbesondere die Erklärung von sich aus an die Drittperson oder die Behörde weiterleiten, für die sie bestimmt ist. In

[85] So anscheinend von Tuhr/Siegwart a.a.O. in der – von Siegwart stammenden – Fußnote 41 zu § 67.

allen diesen Fällen bedarf es somit keiner Ermächtigung nach OR 98 mehr. Mit dem formell rechtskräftigen Erkenntnis auf Verurteilung hat der Gläubiger alles, was er zur vollen Verwirklichung seines Anspruches braucht; der weitere Antrag, der Richter habe die Ersatzvornahme zu bewilligen, ist nicht nötig. Insoweit ist also die Vollstreckung nach ZPO 407 der kürzere Weg; er schneidet die Vollstreckung nach OR 98 ab.

Dagegen reicht die Ersatzvornahme nach OR 98 über ZPO 407 hinaus, wenn die Erklärung des Schuldners gleichzeitig in einer Unterschrift zum Ausdruck kommen soll und diese nicht bloß um eines Formerfordernisses willen, sondern zur Herstellung einer Sache bestimmter äußerer Gestalt (Wechsel usw.) verlangt ist. Diese Leistung läßt sich nur über OR 98, nicht aber über ZPO 407 vollstrecken.

Von diesem Sonderfall abgesehen, ist somit die Ersatzvornahme bei Willenserklärungen nur für jene kantonalen Prozeßrechte von Bedeutung, die eine Vorschrift wie ZPO 407 nicht enthalten und Willenserklärungen entweder durch indirekten Zwang durchsetzen oder, von einer Vollstreckung in forma specifica absehend, bloß auf Schadenersatz verweisen. Hier springt OR 98 Abs. 1 ein: Der Gläubiger kann mit seiner Klage nicht nur die Verurteilung zur Abgabe der Willenserklärung, sondern von Bundesrechts wegen, durch das kantonale Recht unbeschneidbar, die Ermächtigung zur Ersatzvornahme verlangen. Diese Ersatzvornahme steht dann in der Regel durchaus einer Realerfüllung gleich. Sie unterscheidet sich darin von der Ersatzvornahme bei andern Leistungen, wo der Gläubiger, nimmt er die Arbeit selber vor, den entsprechenden Aufwand zunächst selber tragen oder doch, wenn ein Dritter die Arbeit ausführen soll, die Kosten vorschießen muß; die Realexekution läuft dann letztlich wieder auf eine Geldentschädigung hinaus, bestehend im Kostenersatz des Schuldners an den Gläubiger[86].

---

[86] A. Heusler, Der Zivilprozeß der Schweiz (1923) S. 187.