

§§ 221 ff. ZPO. – Ist eine Ersatzvornahme möglich, kann (noch) nicht die Umwandlung einer Leistungspflicht in eine Geldleistung gemäss § 223 ZPO verlangt werden. Dieses Institut ist erst als ultima ratio zulässig.

*Aus den Erwägungen:*

1. Gemäss § 221 ZPO erfolgt der Vollzug der rechtskräftigen richterlichen Entscheide auf dem Wege der Betreibung, wenn der Entscheid auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lautet, im Übrigen auf dem Wege des Befehlsverfahrens (§ 129 Ziff. 4 ZPO). Der dem Gericht schriftlich eingereichte oder zu Protokoll gegebene Vergleich ist dabei einem rechtskräftigen Urteil gleichgestellt (§ 224 Abs. 1 ZPO). Lautet das Urteil bzw. der gerichtliche Vergleich auf Vornahme einer Handlung, so verschafft ihm der Kantonsgerichtspräsident auf Verlangen des Berechtigten zunächst im Wege des Befehls Nachachtung, und zwar unter Ansetzung einer angemessenen Frist, Androhung von Busse und Überweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsams (§ 222 Abs. 1 ZPO). Wird dem Befehl nicht oder unvollständig Folge geleistet, so ordnet der Richter die Ersatzvornahme durch Dritte oder die Polizei auf Kosten des Verpflichteten an (§ 222 Abs. 2 ZPO). Das setzt allerdings voraus, dass die fragliche Handlung überhaupt auch durch einen Dritten vorgenommen werden kann und nicht ausschliesslich durch die verpflichtete Partei selbst, also notwendig persönlich erfolgen muss, wie das etwa bei der Schaffung eines Kunstwerkes der Fall wäre (Ernst Brandenburg, Diss. Zürich 1966, S. 106). Es muss sich also um eine vertretbare Leistung handeln, um eine solche, bei der es vom Standpunkt des Gläubigers aus gleichgültig ist, ob die Leistung gerade durch den Schuldner oder durch einen Dritten ausgeführt werde. Ist hingegen die gehörige Erfüllung einer persönlichen, also nicht vertretbaren Leistung nicht möglich oder die Sache nicht auffindbar, so wandelt der Richter gemäss § 223 ZPO die Verpflichtung im summarischen Verfahren in eine solche zu entsprechender Geldleistung um, wobei die Festsetzung nötigenfalls aufgrund eines Beweisverfahrens erfolgt und die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils hat. Das Umwandlungsverfahren gemäss § 223 ZPO ist eine Art Schadenersatzprozess, der sich deshalb ohne weiteres im Befehlsverfahren durchführen lässt, weil nicht die Schadenersatzpflicht festgestellt werden muss, sondern lediglich die Höhe des Ersatzanspruchs. Es handelt sich also um eine Art Schätzungs- oder Taxationsverfahren, zu welchem der Richter Sachverständige beiziehen soll, wenn ihm die nötige Sachkenntnis fehlt (vgl. Ernst A. Brandenburg, a.a.O., S. 107). Dementsprechend sieht die Prozessordnung denn auch nur hier ausdrücklich ein Beweisverfahren vor.

Nach dem Wortlaut von § 223 ZPO ist eine Umwandlung einer Leistungspflicht in eine Geldleistung nur bei einer – persönlichen – Leistung (oder wenn die Sache nicht auffindbar ist) möglich, nicht aber bei einer vertretba-

ren Leistung. Dies im Unterschied etwa zum Bundeszivilprozess, der in Art. 76 Abs. 3 der berechtigten Partei ausdrücklich eine Wahlmöglichkeit zwischen Realvollstreckung und Schadenersatz wegen Nichterfüllung einräumt; ebenso etwa die aargauische (vgl. Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1998, N 1 f. zu § 431) oder die bernische Prozessordnung (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N 5 zu Art. 404). Gleich wie die zugerische Ordnung sehen dagegen auch weitere kantonale Prozessordnungen die Umwandlung in eine Geldforderung nur als letzte Möglichkeit und nicht als Wahlmöglichkeit vor. So stipuliert die geltende luzernische Prozessordnung - im Gegensatz zur früheren Regelung - die Umwandlung in § 297 nicht mehr als Wahlmöglichkeit, sondern nur noch als ultima ratio, wenn die Vollstreckung nicht möglich ist (Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, N 1 zu § 297). Die gleiche Regelung enthalten auch etwa die Zivilprozessordnungen der beiden Basel (Staehelin/Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, § 25 N 19), des Kantons St. Gallen (Art. 305), des Kantons Thurgau (§ 263) sowie des Kantons Zürich (§ 309), wobei das den Berechtigten nicht hindert, nachträglich nach Massgabe privatrechtlicher Bestimmungen (Art. 97 OR) Schadenersatz geltend zu machen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 1 zu § 309 mit Hinweisen).

2. a) Bei der Erstellung der Verwaltungsabrechnung handelt es sich unzweifelhaft um eine vertretbare Leistung. Die Beschwerdegegnerin behauptet in ihrem Gesuch indes, es sei eine Urteilsvollstreckung gemäss § 222 Abs. 2 und/oder 4 ZPO nicht praktikabel, da völlig unklar sei und auch nicht in Erfahrung gebracht werden könne, wo der Beschwerdeführer arbeite und wo die herauszugebenden Akten gelagert würden. So könne denn sinnvollerweise kein Dritter dazu verpflichtet werden, die ausstehende Abrechnung vorzunehmen, da ihm die entsprechenden Unterlagen dazu fehlten. Eine polizeiliche Beschaffung der Unterlagen sei nicht möglich, da der Polizei nicht mitgeteilt werden könne, an welchem Ort sich die herauszugebenden Unterlagen befänden. Die Beschwerdegegnerin müsse deshalb einen Dritten mit der «Rekonstruierung» der Abrechnung betrauen, weshalb ihr zur Durchsetzung des Urteilspruchs lediglich die Möglichkeit der Umwandlung in eine Geldleistung bleibe.

b) Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Zunächst behauptet die Beschwerdegegnerin nicht, dass die erforderlichen Unterlagen zur Erstellung der Verwaltungsabrechnung überhaupt nicht mehr vorhanden seien. Dass sie nicht weiss, wo der Beschwerdeführer diese zur Zeit aufbewahrt, wie sie ausführt, bedeutet noch nicht, dass diese nicht mittels polizeilichem Zwang beschafft werden könnten. Sodann vertritt sie selbst die Meinung, dass die Abrechnung durch einen Dritten erstellt werden müsse, und zwar mit oder ohne die Unterlagen. Sie bringt damit selbst zum Ausdruck, dass eine Er-

satzvornahme möglich ist und sie diese letztlich denn auch anstrebt, einzig mit dem Unterschied, dass sie den Auftrag hierzu selbst erteilen will. Ist aber eine Ersatzvornahme möglich, kann sie (noch) nicht die Umwandlung der Verpflichtung des Beschwerdeführers in eine Geldleistung gemäss § 223 ZPO verlangen, welches Institut nach den vorstehenden Ausführungen erst als ultima ratio zulässig ist. Das entsprechende Umwandlungsgesuch hätte daher abgewiesen werden müssen.

Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer sich im vorinstanzlichen Verfahren dazu überhaupt nicht geäussert hat. Nach dem Grundsatz *iura novit curia* hat der Richter das Recht von Amtes wegen anzuwenden. Das Gesuch um Umwandlung in eine entsprechende Geldleistung hat gemäss § 127 Abs. 1 ZPO mündlich oder schriftlich zu erfolgen, und der Gegenpartei ist Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Vernehmlassung zu geben, sofern das Gesuch nicht von vornherein als unbegründet erscheint. Erscheint eine Partei nicht bzw. lässt sie sich nicht vernehmen, so wird gemäss § 128 Abs. 2 ZPO aufgrund der vorhandenen Akten entschieden. Anders als im ordentlichen Versäumnisverfahren gemäss § 96 ZPO ist also im summarischen Verfahren nicht auf Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden anzunehmen, wenn sich der Gesuchsgegner auf das Verfahren nicht einlässt. Soweit sich bereits aus den Akten ergibt, dass das Begehren unzulässig ist, muss trotz Säumnis des Gesuchsgegners das Gesuch abgewiesen werden.

Justizkommission, 10. Februar 2005

*§ 58 Abs. 2 GOG; §§ 52 Abs. 2, 59 Abs. 2 und 3 ZPO. – Nichteintreten auf eine Beschwerde wegen ungebührlicher Äusserungen?*

*Sachverhalt und Erwägungen:*

1. Mit Verfügung vom 30. November 2004 entzog die Direktion für Soziales und Sicherheit des Kantons Zürich, Strassenverkehrsamt, Abteilung Administrativmassnahmen, X. gestützt auf Art. 35 Abs. 3 VZV vorsorglich bis zur Abklärung von Ausschlussgründen für unbestimmte Zeit mit Wirkung ab 8. Dezember 2004 den Führerausweis für Motorfahrzeuge aller Kategorien. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass aufgrund eines Berichtes des Polizeirichteramtes Winterthur, wonach X. suizidgefährdet und in psychiatrischer Behandlung stehe und durch zahlreiche Verkehrsregelverletzungen aufgefallen sei, an ihrer Fahreignung ernsthafte Zweifel bestünden. Entsprechend wurde X. aufgefordert, sich einer verkehrsmedizinischen Abklärung zu unterziehen, welcher Aufforderung sie bislang nicht nachgekommen sei.