

BGE 128 III 416

Bundesgericht (BGE), 2001-05-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_128 III 416](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_128_III_416)

FR: ATF 128 III 416

IT: DTF 128 III 416

Regeste

Regeste Bevorschussung der Kosten für eine Ersatzvornahme (Art. 98 OR). Der Besteller, der berechtigt ist, einen Werkmangel auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten beheben zu lassen, hat Anspruch auf Bevorschussung der Kosten für die Ersatzvornahme (E. 4.2.2).

Erwägungen

E. 4

(...) 4.2.2 (...) Umstritten ist die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht dem Antrag der Klägerinnen entsprochen hatte, die Beklagte zu verpflichten, den von ihr zu tragenden Anteil der Kosten der Ersatzvornahme in der Höhe von Fr. 180'000.- zu bevorschussen. Das Bundesgericht hatte sich noch nie zur Frage zu äussern, ob der Besteller Anspruch darauf hat, dass die Kosten für die Nachbesserung durch einen Dritten vom Unternehmer zu bevorschussen sind (in BGE 126 III 230 wurde die Frage angeschnitten, dann aber offen gelassen [E. 7a/bb S. 236]). In der Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, dass der Richter den Schuldner - beispielsweise den Unternehmer - verpflichten kann, die dem Gläubiger - beispielsweise dem Besteller - anfallenden Kosten der Ersatzvornahme vorzuschüssen. Zur Begründung wird ausgeführt, nach Treu und Glauben sei eher dem Unternehmer, der nicht erfüllt habe, als dem Besteller zuzumuten, die Kosten der Leistungserbringung vorzufinanzieren (im Allgemeinen: ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Bern 2000, N. 80 zu Art. 98 OR ; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 91; im Speziellen zum Werkvertrag: PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, S. 487, Rz. 1816 f.; PIERRE TERCIER, Les contrats spéciaux, 2. Aufl., Zürich 1995, S. 441, Rz. 3584; ALFRED KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995, S. 165 f.; ders., Berner Kommentar, N. 571 zu Art. 366 OR ; ders., Mängelbeseitigung durch Ersatzvornahme, in: Haftung für Werkmängel, St. Gallen 1998, S. 19 f.; JÜRIG NIKLAUS, Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR , Diss. St. Gallen 1999, S. 37). Andere Autoren lehnen dagegen eine Vorschusspflicht bei Ersatzvornahme ohne nähere Begründung ab (im Allgemeinen: EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 332; WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 2. Aufl., Basel 1996, N. 7 zu Art. 98 OR ; im Speziellen zum Werkvertrag: THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar, N. 73 zu Art. 366 OR ; im Speziellen zur BGE 128 III 416 S. 418 zivilprozessualen Ersatzvornahme: MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 627 Fn. 30; VOGEL/SPÜHLER, Grundriss zum Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Zürich 2001, Kap. 15, Rz. 35). Verschiedene Gründe sprechen dafür, von einer Pflicht des Unternehmers auszugehen, die Kosten für die Ersatzvornahme vorzuschüssen. Erstens ist dem Unternehmer als der

vertragsuntreuen Partei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zuzumuten, die Kosten für die Nachbesserung vorzufinanzieren, wie in der Literatur zutreffend festgehalten wird. Zweitens kann durch die Vorschusspflicht des Unternehmers, der seine Nachbesserungspflicht nicht selbst erfüllen will oder kann, erreicht werden, dass dieser nicht besser gestellt wird als der Unternehmer, der seine Nachbesserungspflicht sogleich selbst erfüllt (in diesem Sinn KOLLER, *Werkmängel*, a.a.O., S. 19). Und drittens hat der Besteller ein evidenten Interesse an der finanziellen Absicherung der Ersatzvornahme, während dem Unternehmer nur eine Pflicht überbunden wird, die er später ohnehin erfüllen müsste. Um den Interessen des Unternehmers angemessene Rechnung zu tragen, ist die Vorschusspflicht aber an bestimmte Modalitäten zu binden. Erstens ist festzuhalten, dass der Besteller in der Verwendung des Kostenvorschusses nicht frei ist. Vielmehr ist der Vorschuss ausschliesslich für die Finanzierung der Ersatzvornahme bestimmt (WEBER, a.a.O., N. 80 zu Art. 98 OR ; GAUCH, a.a.O., S. 487; KOLLER, *Nachbesserungsrecht*, a.a.O., S. 166). Zweitens ist der Besteller verpflichtet, nach Abschluss der "Ersatznachbesserung" über die Kosten abzurechnen und dem Unternehmer einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten (WEBER, a.a.O., N. 80 zu Art. 80 OR ; GAUCH, a.a.O., S. 487; KOLLER, *Nachbesserungsrecht*, a.a.O., S. 166). Eine allfällige Nachforderung ist ausgeschlossen, wenn wie im vorliegenden Fall über den Umfang der Nachbesserungsarbeiten im Detail bereits entschieden wurde und insofern eine "res iudicata" vorliegt. Drittens hat der Besteller den gesamten Betrag zurückzuerstatten, wenn er die Nachbesserung nicht innert angemessener Frist vornehmen lässt (KOLLER, *Nachbesserungsrecht*, a.a.O., S. 166).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.