

lic. iur. Roger Brändli

## **Die Bevorschussung der Kosten einer Ersatzvornahme – insbesondere zur Frage des einstweiligen Rechtsschutzes**

*Das Bundesgericht hat in BGE 128 III 416 ff. die Möglichkeit der Bevorschussung der Kosten für eine Ersatzvornahme anerkannt. Für die Mehrheit der Bauherren bedeutet diese Möglichkeit allerdings nicht wirklich einen Fortschritt. Bis zur rechtskräftigen Erledigung des Vorschussprozesses können Jahre verstreichen. Solange kann mit der Mängelbeseitigung in den meisten Fällen nicht zugewartet werden. Die Bauherren sind damit letztlich doch gezwungen, die Kosten einer Ersatzvornahme – mit dem entsprechenden Ausfallrisiko – vorzufinanzieren. Diese Situation liesse sich vermeiden, könnte der Vorschussanspruch im Verfahren der vorsorglichen Massnahme vorläufig vollstreckt oder zumindest sichergestellt werden.*

### **Inhaltsübersicht**

1. Der Anspruch auf Bevorschussung der Kosten für eine Ersatzvornahme
  - 1.1. Das Recht auf Ersatzvornahme
  - 1.2. Der Bevorschussungsanspruch als Inhalt des Rechts auf Ersatzvornahme
  - 1.3. Die Voraussetzungen des Bevorschussungsanspruchs
2. Der Kostenvorschussanspruch als richterliche Rechtsfortbildung
3. Geltendmachung des Kostenvorschussanspruchs im Allgemeinen
  - 3.1. Verrechnung
  - 3.2. Ordentliche Klage
4. Geltendmachung des Kostenvorschussanspruchs im Verfahren der vorsorglichen Massnahme?
  - 4.1. Schnelle Bevorschussung – ein evidentes Bedürfnis des Bauherrn
  - 4.2. Sicherstellung des Kostenvorschusses (Sicherungsmassnahme)
  - 4.3. Vorläufige Leistung des Kostenvorschusses (Leistungsmassnahme)
5. Andere Möglichkeiten zur schnellen Durchsetzung des Vorschussanspruchs?
  - 5.1. Schnelle Handhabung klaren Rechts
  - 5.2. Vorläufige Vollstreckung nicht rechtskräftiger Urteile
6. Fazit und Folgerung für die Praxis

## **1. Der Anspruch auf Bevorschussung der Kosten für eine Ersatzvornahme**

### **1.1. Das Recht auf Ersatzvornahme**

[Rz 1] Liefert der Unternehmer ein mangelhaftes Werk ab, so ist er verpflichtet, auf entsprechendes Verlangen des Bauherrn die Mängel zu beseitigen (Art. 368 Abs. 2 OR): Er ist zur Nachbesserung verpflichtet<sup>1</sup>. Kommt er dieser Nachbesserungspflicht nicht bzw. nicht rechtzeitig nach – kommt er also in Nachbesserungsverzug –, so kann der Bauherr eine Frist zur Abhilfe, d.h. zur Mängelbeseitigung, ansetzen, verbunden mit der Androhung, er werde die Nachbesserung auf Kosten und Gefahr des Unternehmers einem Dritten übertragen, falls die Abhilfefrist ungenutzt verstreichen sollte. Tritt dieser Fall ein, so kann der Bauherr androhungsgemäss einen Dritten mit den Nachbesserungsarbeiten beauftragen und die entsprechenden Kosten als Aufwendungsersatz vom Unternehmer verlangen. Dieses Recht zur Ersatzvornahme stützt sich auf sinngemässe Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR<sup>2</sup>. Es entsteht von Gesetzes wegen mit Ablauf der Abhilfefrist; einer richterlichen Ermächtigung zur Ersatzvornahme (Art. 98 Abs. 1 OR) bedarf es nicht<sup>3</sup>.

[Rz 2] Die SIA-Norm 118 sieht ebenfalls ein Recht des Bauherrn auf Ersatzvornahme vor (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1). Anders als nach der gesetzlichen Regelung setzt das Recht auf Ersatzvornahme gemäss der SIA-Norm 118 einzig voraus, dass sich der Unternehmer in Nachbesserungsverzug befindet. Mit dem Eintritt des Nachbesserungsverzugs entsteht ohne weiteres das Recht auf Ersatzvornahme. Eine Abhilfefrist mit der Androhung der Ersatzvornahme muss im Unterschied zu Art. 366 Abs. 2 OR nicht angesetzt werden. Ebenso wenig ist ein Verschulden des Unternehmers

am Mangel oder am Nachbesserungsverzug erforderlich .

## 1.2. Der Bevorschussungsanspruch als Inhalt des Rechts auf Ersatzvornahme

[Rz 3] Sobald das Recht auf Ersatzvornahme entstanden ist, darf der Bauherr die Verbesserung des Werkes, d.h. die Mängelbeseitigung, auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen. Auf Kosten des Unternehmers bedeutet nicht nur, dass der Bauherr einen Anspruch auf Rückerstattung von Zahlungen hat, die er dem Drittunternehmer für die Mängelbeseitigung leistet, der Bauherr hat vielmehr einen Anspruch auf Vorauszahlung der mutmasslichen Drittverbesserungskosten<sup>5</sup>. Der Bauherr muss mithin nicht in Vorlage treten. Das Bundesgericht hat dies in BGE 128 III 416<sup>6</sup> nach einer sorgfältigen Beurteilung anerkannt, nachdem es die Frage in BGE 126 III 230 noch offen gelassen hatte<sup>7</sup>. Der Entscheid betraf einen Fall im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118. Nach Art. 366 Abs. 2 und 98 Abs. 1 OR kann es sich indes nicht anders verhalten, denn die Frage der Vorschusspflicht stellt sich bei allen diesen Bestimmungen in gleicher Weise<sup>8</sup>. Das bedeutet: Der Bauherr hat einen bundesgerichtlich anerkannten Anspruch auf Bevorschussung der Kosten einer Ersatzvornahme, gleichviel ob sich das Recht auf Ersatzvornahme auf Art. 98 Abs. 1, 366 Abs. 2 OR oder Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 stützt.

[Rz 4] Mit dem Gesagten beinhaltet das Recht auf Ersatzvornahme ein Wahlrecht: Der Bauherr kann in Vorlage tretend die Drittverbesserung ausführen lassen und die ihm entstandenen Kosten beim Unternehmer zurückverlangen (Kostenrückerstattungsanspruch). Oder er kann den Unternehmer zu einer Vorauszahlung anhalten und mit diesem Geld alsdann die Drittverbesserung finanzieren (Kostenvorschussanspruch).

## 1.3. Die Voraussetzungen des Bevorschussungsanspruchs

[Rz 5] Der Anspruch auf Bevorschussung der Kosten einer Ersatzvornahme setzt zweierlei voraus: Erstens muss das Recht auf Ersatzvornahme entstanden sein und zweitens muss der Bauherr gewillt sein, die Ersatzvornahme tatsächlich durchzuführen. Die erste Voraussetzung ergibt sich aus der Tatsache, dass der Kostenvorschussanspruch im Recht auf Ersatzvornahme enthalten ist und deswegen immer nur bestehen kann, wenn das Recht zur Ersatzvornahme gegeben ist. Die Nachbesserungsabsicht als zweite Voraussetzung folgt aus der Zweckgebundenheit des Vorschusses. Dieser darf nur für die Ersatzvornahme verwendet werden. Will der Bauherr in Wirklichkeit nicht zur Ersatzvornahme schreiten, erwachsen ihm keine (Ersatzverbesserungs-)Kosten, weshalb er diesfalls auch keinen Kostenvorschuss beanspruchen kann<sup>9</sup>. Die Nachbesserungsabsicht des Bauherrn wird allerdings vermutet<sup>10</sup>. Der Bauherr, der dem Unternehmer eine Abhilfefrist setzt, verbunden mit der Androhung der Ersatzvornahme, wird im Allgemeinen gewillt sein, die Ersatzvornahme auch tatsächlich durchzuführen. Dem Unternehmer obliegt der Gegenbeweis.

[Rz 6] Abzulehnen sind Meinungen, die den Vorschussanspruch an zusätzliche Voraussetzungen knüpfen wollen. Namentlich muss die Beanspruchung eines Kostenvorschusses dem Unternehmer neben der Androhung der Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR nicht auch noch eigens angedroht werden (zweifache Androhung)<sup>11</sup>. Der Bevorschussungsanspruch ist im Recht auf Ersatzvornahme enthalten, er ist gleich wie der Rückerstattungsanspruch dessen Inhalt<sup>12</sup>. Daher genügt die Androhung des Bauherrn, er werde die Nachbesserung auf Kosten und Gefahr des Unternehmers einem Dritten übertragen, falls die Abhilfefrist ungenutzt verstreichen sollte (Art. 366 Abs. 2 OR analog)<sup>13</sup>.

[Rz 7] Eine zweifache Androhung kann auch nicht mit dem Argument begründet werden, die Kostenvorschusspflicht sei für den Unternehmer belastender als die Kostenrückerstattungspflicht, weil er sofort Geld in die Hand nehmen müsse<sup>14</sup>. Denn: Der Unternehmer, der die Abhilfefrist trotz Androhung der Ersatzvornahme ungenutzt verstreichen lässt, hat alle aus dem Recht auf Ersatzvornahme fliessenden Ansprüche zu gewärtigen. Zu diesen Ansprüchen gehört auch der Kostenvorschussanspruch des Bauherrn. Der Unternehmer, der es zur Ersatzvornahme kommen lässt, muss daher mit einer Vorauszahlung der Drittverbesserungskosten rechnen, auch ohne dass ihm dies noch ausdrücklich androht wird<sup>15</sup>. Dazu kommt, dass keinerlei Gründe ersichtlich sind, weshalb der Unternehmer, der sich mit der Nachbesserung in Verzug befindet und die Abhilfefrist ungenutzt hat verstreichen lassen, für sein pflichtwidriges Verhalten noch besonderen Schutz verdienen sollte. So muss auch nach allgemeinem Verzugsrecht (Art. 102 ff. OR) der Schuldner «sofort Geld in die Hand nehmen», wenn er innert der Nachfrist gemäss Art. 107 Abs. 1 OR nicht leistet und der Gläubiger alsdann Schadenersatz nach Art. 107 Abs. 2 OR verlangt, ohne dass der Gläubiger mit der Nachfristsetzung die Geltendmachung von Schadenersatz besonders androhen müsste. Nichts

anderes kann bei der Bevorschussung der Kosten einer Ersatzvornahme gelten.

## 2. Der Kostenvorschussanspruch als richterliche Rechtsfortbildung

[Rz 8] Das Recht auf Ersatzvornahme ist ein Recht auf Ersatzerfüllung: Der Bauherr verzichtet auf Erfüllung der Nachbesserungsarbeiten durch den Unternehmer, hat statt dessen aber das Recht, die Nachbesserungsarbeiten durch einen Dritten ausführen zu lassen, und zwar auf Kosten des Unternehmers. Weder das Gesetz (Art. 98 Abs. 1, 366 Abs. 2 OR) noch die SIA-Norm 118 (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1) sagen indes, in welchem Zeitpunkt der Unternehmer die Kosten der Ersatzerfüllung an den Besteller zu bezahlen hat, sondern sie statuieren nur die Kostentragungspflicht an sich. Das Gesetz und ebenso die SIA-Norm 118 sind insoweit lückenhaft (Lücke intra legem)<sup>16</sup>. Von selbst versteht sich, dass die Kosten im Anschluss an die Ersatzvornahme vom Unternehmer erhältlich gemacht werden können (Kostenrückerstattungsanspruch). Ob darüber hinaus in Lückenfüllung ein Anspruch auf Kostenvorschuss besteht, hat das Bundesgericht in BGE 128 III 416 in Übereinstimmung mit dem überwiegenden Teil der Lehre mit folgenden Argumenten bejaht (Erw. 4.2.2):

[Rz 9] «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, Werkmangel, a.a.O., S. 19). Und drittens hat der Besteller ein evidentes Interesse an der finanziellen Absicherung der Ersatzvornahme, während dem Unternehmer nur eine Pflicht überbunden wird, die er später ohnehin erfüllen müsste.»

## 3. Geltendmachung des Kostenvorschussanspruchs im Allgemeinen

### 3.1. Verrechnung

[Rz 10] Der Bauherr kann seine Bevorschussungsforderung mit noch nicht bezahltem Werklohn verrechnen (Art. 120 OR). Er kann dies selbst dann, wenn der Unternehmer den Anspruch auf einen Kostenvorschuss für eine Ersatzvornahme bestreitet, z.B. weil seiner Ansicht nach keine Mängel vorliegen, für die er einzustehen hat, oder weil er die Voraussetzungen einer Ersatzvornahme aus einem anderen Grund als (noch) nicht gegeben erachtet (Art. 120 Abs. 2 OR). Es ist dann am Unternehmer, der den Kostenvorschussanspruch und damit das Verrechnungsrecht bestreitet, auf Zahlung des Werklohns zu klagen.

[Rz 11] Ob auch der Unternehmer (wider den Willen des Bauherrn) ein Verrechnungsrecht hat, ist umstritten. GAUCH verneint dies im Hinblick auf die «besondere Natur» des Kostenvorschussanspruchs, der die tatsächliche Erfüllung an den Bauherrn verlange (Art. 125 Ziff. 2 OR)<sup>17</sup>. M.E. ist gegenteilig zu entscheiden<sup>18</sup>. Art. 125 Ziff. 2 OR sollte nur auf Ansprüche bezogen werden, deren besondere Natur in der unmittelbaren Sicherung des Lebensunterhalts besteht. Eine analoge Ausweitung auf andere Fälle ist abzulehnen<sup>19</sup>. Wer ein Verrechnungsrecht des Unternehmers verneint, muss ihm zumindest ein Rückbehaltungsrecht gemäss Art. 82 OR zugestehen<sup>20</sup>.

### 3.2. Ordentliche Klage

[Rz 12] Hat der Bauherr den Werklohn bereits vollständig bezahlt, hat er keine Möglichkeit zu verrechnen. Leistet der Unternehmer den Kostenvorschuss für die Ersatzvornahme nicht freiwillig (was regelmässig der Fall sein wird, nachdem der Unternehmer auch die Abhilfefrist ungenutzt hat verstreichen lassen), bleibt dem Bauherrn nur der Klageweg. Er hat auf Leistung des Kostenvorschusses zu klagen. Kann der Bauherr ohne eine sachverständige Beratung die ungefähre Höhe des Kostenvorschusses nicht angeben oder seriös beziffern, reicht es aus, wenn er eine unbezifferte Leistungsklage einreicht und für die Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten ein gerichtliches Gutachten beantragt<sup>21</sup>. Die Bezifferung hat der Bauherr in diesem Fall nach durchgeführten Beweisverfahren, d.h. nach Vorliegen des Gutachtens, vorzunehmen.

## **4. Geltendmachung des Kostenvorschussanspruchs im Verfahren der vorsorglichen Massnahme?**

### **4.1. Schnelle Bevorschussung – ein evidenten Bedürfnis des Bauherrn**

[Rz 13] Die Durchsetzung des Bevorschussungsanspruchs im ordentlichen Verfahren kann Jahre dauern. In BGE 128 III 416 beispielsweise vergingen von der Einleitung der Bevorschussungsklage bis zu deren rechtskräftigen Erledigung über vier Jahre. Hat der Bauherr nach Jahren des Prozessierens dann endlich ein rechtskräftiges Urteil in der Hand, scheidet nicht selten die Vollstreckung daran, dass der Unternehmer zwischenzeitlich von der Bildfläche verschwunden ist (z.B. infolge Konkurses<sup>22</sup>), nicht mehr über die nötigen Mittel verfügt oder diese rechtzeitig so verschoben hat, dass eine Vollstreckung unmöglich oder unverhältnismässig erschwert ist<sup>23</sup>.

[Rz 14] Das Bundesgericht bejahte den Kostenvorschussanspruch des Bauherrn in BGE 128 III 416 unter anderem mit dem «evidenten Interesse des Bestellers an seiner Absicherung». Mit dem Absicherungsinteresse meint das Bundesgericht ganz offensichtlich das Interesse des Bauherrn gegen eine zwischenzeitliche Insolvenz des Unternehmers geschützt zu sein. Mit dem Kostenvorschuss soll der Bauherr das Geld möglichst frühzeitig erhalten. Die vorstehenden Ausführungen zeigen allerdings, dass dem Bauherrn mit dem Bevorschussungsanspruch allein nicht geholfen ist, weil sich die Insolvenzproblematik dennoch gleichermassen stellt. Richtig besehen bringt der Kostenvorschussanspruch hinsichtlich des Ausfallrisikos dem Bauherrn kaum Vorteile gegenüber dem Kostenrückerstattungsanspruch, sondern stellt nur sicher, dass der Bauherr nicht in Vorlage treten muss. Dies mag immerhin für den insolventen Bauherrn eine Verbesserung sein, falls die Mängelbeseitigung nicht dringlich und der Unternehmer liquid ist. In Fällen der Dringlichkeit oder bei drohender Insolvenz des Unternehmers ist jedoch der Kostenvorschussanspruch nutzlos, weil die gerichtliche Durchsetzung im ordentlichen Verfahren gewöhnlich mehrere Jahre dauert.

[Rz 15] Das «evidente Interesse des Bestellers an seiner Absicherung» (BGE 128 III 416, S. 418) lässt sich mit dem Anspruch auf Kostenvorschuss nur verwirklichen, wenn der Bauherr für die Dauer des Gerichtsverfahrens Sicherstellung (Ziff. 4.2.) oder gar vorläufige Vollstreckung (Ziff. 4.3.) seines Kostenvorschusses verlangen kann. Währendem die Sicherstellung nur das Ausfallrisiko des Bauherrn abdeckt, ermöglicht eine vorläufige Vollstreckung dem Bauherrn zusätzlich eine schnelle Ersatzvornahme ohne Vorfinanzierung.

### **4.2. Sicherstellung des Kostenvorschusses (Sicherungsmassnahme)**

[Rz 16] Mit dem Kostenvorschussanspruch hat der Bauherr eine Forderung in Geld gegenüber dem Unternehmer. Sicherstellung des Kostenvorschusses heisst also Sicherstellung einer Geldforderung. Die Sicherstellung von Geldforderungen ist nach herrschender Auffassung abschliessend im SchKG geregelt, insbesondere mit den Vorschriften über den Arrest (Art. 271 ff. SchKG). Daneben haben Sicherungsmassnahmen des kantonalen Rechts keinen Platz<sup>24</sup>. Eine einstweilige Verfügung, welche die Sicherung des Kostenvorschussanspruchs des Bauherrn zum Gegenstand hat, wäre daher – weil bundesrechtswidrig – unzulässig (sog. verkappter Arrest)<sup>25</sup>. Als Sicherungsmassnahme bleibt dem Bauherrn also nur die Arrestlegung gemäss Art. 271 ff. SchKG.

### **4.3. Vorläufige Leistung des Kostenvorschusses (Leistungsmassnahme)**

[Rz 17] Den Interessen des Bauherrn wäre am besten gedient, könnte er den Kostenvorschuss im Verfahren der vorsorglichen Leistungsmassnahme für die Dauer des Prozesses vorläufig erhältlich machen. In diesem Fall wäre sein Ausfallrisiko minimiert und er könnte sofort mit dem Geld des Unternehmers zur Ersatzvornahme schreiten. Er müsste nicht eigenes Geld in die Hand nehmen. Andererseits wäre eine vorläufige Zahlung des Kostenvorschusses für den Unternehmer mit erheblichen Risiken verbunden, insbesondere wäre bei einem finanzschwachen Bauherrn die Rückleistung gefährdet, falls das Urteil in der Hauptsache die Kostenvorschusspflicht des Unternehmers verneint.

[Rz 18] Nach herrschender Auffassung kann die vorläufige Leistung von Geld – abgesehen von den gesetzlichen Ausnahmen – nicht Gegenstand einer Leistungsmassnahme sein<sup>26</sup>. Nicht einmal aufgrund einer ausdrücklichen Bestimmung des kantonalen Verfahrensrechts könne ein Schuldner vorsorglich zur Bezahlung eines Geldbetrages verpflichtet werden<sup>27</sup>. Eine solche Anordnung sei nicht mit Art. 38 Abs. 1 SchKG vereinbar, welcher die

Vollstreckung von Geldforderungen abschliessend regle. Damit in Übereinstimmung stehe auch die Rechtsprechung, wonach Art. 80 SchKG nur für Endentscheide definitive Rechtsöffnung gewähre und die provisorische Rechtsöffnung die einzige Möglichkeit der Verurteilung des Schuldners zu einer Geldleistung gestützt auf blosser Glaubhaftmachung des Ansprechers darstellen könne<sup>28</sup>.

[Rz 19] Das SchKG regelt die Vollstreckung von Geldforderungen abschliessend. Daraus lässt sich allerdings entgegen der herrschenden Meinung nicht der Schluss ziehen, einstweiliger Rechtsschutz sei unzulässig, soweit er die vorläufige Vollstreckung von Geldforderungen bezweckt: «Auch der vorläufigen Vollstreckung hat wie der Vollstreckung rechtskräftiger Endurteile ein Erkenntnisverfahren vorauszugehen, eben das Massnahmeverfahren. Erst die Vollstreckung der hier angeordneten Massnahme erfolgt nach Vollstreckungsrecht, d.h. für Verpflichtungen zu Geldzahlung nach SchKG und für andere Leistungen nach kantonalem Vollstreckungsrecht. Auf Geldleistung gerichtete vorläufige Vollstreckungsmassnahmen sind daher durch Betreibung auf Pfändung oder Konkurs zu vollstrecken, wobei der vollstreckbare Massnahmeentscheid einen definitiven Rechtsöffnungstitel im Sinne von SchKG 80 I bildet.»<sup>29</sup> Das SchKG steht mit dem Gesagten vorsorglichen Massnahmen zur vorläufigen Vollstreckung von Geldforderungen nicht entgegen. Die formell rechtskräftige Leistungsverfügung ist ein definitiver Rechtsöffnungstitel gemäss Art. 80 Abs. 1 SchKG<sup>30</sup>. So sind zum Beispiel auch die gestützt auf Art. 137 Abs. 2, 281 Abs. 2, 283 oder 329 Abs. 3 ZGB angeordneten Leistungsverfügungen definitive Rechtsöffnungstitel<sup>31</sup>.

[Rz 20] Die Zulässigkeit von vorsorglichen Leistungsmassnahmen bestimmt sich nach Bundesrecht. Das Bundesgericht hat dies in BGE 103 II 1, S. 5 klar zum Ausdruck gebracht, indem es festhielt, vorsorgliche Massnahmen bedürften insoweit einer Grundlage im Bundesprivatrecht, als dadurch für die Prozessdauer subjektive Privatrechte zu- oder aberkannt würden. In Bezug auf die Bevorschussung der Kosten einer Ersatzvornahme bedeutet dies, dass sich eine vorläufige Vollstreckung im Verfahren der vorsorglichen Massnahme nicht auf kantonales Recht stützen lässt. Eine kantonale Bestimmung, welche die vorläufige Vollstreckung des Bevorschussanspruchs als vorsorgliche Massnahme vorsehen würde, wäre folglich unbeachtlich. Ein entsprechender Anspruch bedarf vielmehr einer Rechtsgrundlage im Bundesrecht.

[Rz 21] Das Bundesprivatrecht sieht die vorläufige Vollstreckung von Geldleistungen in vereinzelten Rechtsbereichen ausdrücklich vor, beispielsweise in Art. 137 Abs. 2, 281 Abs. 2, 283 und 329 Abs. 3 ZGB oder in Art. 28 KHG<sup>32</sup>. Die vorläufige Vollstreckung des Kostenvorschussanspruchs für eine Ersatzvornahme ist dagegen im geschriebenen Bundesrecht nicht vorgesehen. Es fragt sich aber, ob sich ein einstweiliger Rechtsschutz des Bauherrn nicht aus ungeschriebenem Bundesrecht ergibt. Die Frage stellt sich um so mehr, als der Kostenvorschussanspruch des Bauherrn in richterlicher Rechtsfortbildung entwickelt wurde (oben Ziff. 2.) und daher die Ausgestaltung dieses Anspruchs ebenfalls durch Richterrecht zu ordnen ist.

[Rz 22] Die Bevorschussung der Kosten einer Ersatzvornahme im Verfahren der vorsorglichen Leistungsmassnahme ist mit dem Gesagten nicht im Vorherein ausgeschlossen. Vielmehr ist zu entscheiden, ob die Interessenlage beim Kostenvorschussanspruch es rechtfertigt, in Analogie zu den positivrechtlichen Leistungsmassnahmen (namentlich Art. 137 Abs. 2, 281 Abs. 2, 283 und 329 Abs. 3 ZGB) dem Bauherrn die vorläufige Vollstreckung des Kostenvorschusses zu ermöglichen. Wertungsgesichtspunkte sprechen gegen eine Analogie. Wo der Gesetzgeber die vorläufige Vollstreckung von Geldleistungen vorgesehen hat, tat er dies aus ganz bestimmten rechtspolitischen Gründen, etwa weil die vorläufige Erfüllung eine Lebensnotwendigkeit darstellt (so in Art. 137 Abs. 2, 281 Abs. 2, 283 und 329 Abs. 3 ZGB)<sup>33</sup>. Das überwiegende Interesse des Bauherrn an einer sofortigen Leistung oder gar dessen Notlage allein vermag eine Analogie nicht zu rechtfertigen. Auch in anderen Rechtsbereichen, namentlich im Haftpflichtrecht, kann die geschädigte Person infolge eines jahrelangen Prozesses in existenzielle Not geraten, ohne dass deswegen vorläufige Geldleistungen verlangt werden könnten<sup>34</sup>. Dazu kommt, dass im Falle einer Abweisung der Bevorschussungsklage die Rückerstattung der vom Unternehmer geleisteten Zahlung höchst gefährdet wäre, weil eine Analogie zu den positivrechtlichen Leistungsmassnahmen eine wirtschaftliche Notlage des Bauherrn voraussetzen würde. Gegen eine Analogie spricht im Weiteren, dass es nicht Aufgabe des Privatrechts ist, mittels vorsorglichen Massnahmen auf Geldleistung eine Art «private Sozialhilfe» zu gewährleisten. Schliesslich ist zu bedenken, dass es der Bauherr, anders als etwa der Geschädigte im Haftpflichtrecht, in der Hand hat, sich mit entsprechender Vertragsausgestaltung gegen das Ausfall- und Vorfinanzierungsrisiko bei einer allfälligen Ersatzvornahme abzusichern. Ist eine vorläufige Vollstreckung von Geldleistungen im Haftpflichtrecht nicht möglich, hat dies aus diesem Grund noch vielmehr für den Kostenvorschussanspruch des Bauherrn zu gelten.

## 5. Andere Möglichkeiten zur schnellen Durchsetzung des Vorschussanspruchs?

[Rz 23] Der Bauherr kann den Anspruch auf Bevorschussung der Kosten einer Ersatzvornahme nicht im Verfahren der vorsorglichen Massnahme vorläufig erhältlich machen. Sicherstellung kann er ebenfalls nur unter den eingeschränkten Voraussetzungen von Art. 271 ff. SchKG verlangen. Es bleibt dem Bauherrn damit nichts anderes übrig, als den Vorschussanspruch im ordentlichen Klageverfahren durch ein rechtskräftiges Endurteil erhältlich zu machen. Andere Möglichkeiten kommen nicht in Betracht, namentlich kann der Bauherr seinen Anspruch auch nicht mit dem in einzelnen Kantonen bekannten Institut der «schnellen Handhabung klaren Rechts» durchsetzen (Ziff. 5.1.). Ebenso wenig ist es dem Bauherrn möglich, einen im ordentlichen Verfahren ergangenen erstinstanzlichen Entscheid vorläufig zu vollstrecken, wenn der Unternehmer ein Rechtsmittel ergreift (Ziff. 5.2.).

### 5.1. Schnelle Handhabung klaren Rechts

[Rz 24] Dreizehn Kantone der Deutschschweiz kennen als besondere Ausgestaltung des summarischen Verfahrens (Befehlsverfahren) das Institut der «schnellen Handhabung klaren Rechts» bei nicht streitigen oder sofort herstellbaren tatsächlichen Verhältnissen<sup>35</sup>. Der Vorteil gegenüber dem zeitraubenden ordentlichen Verfahren liegt vor allem im schnellen Abschluss des Verfahrens, das dem Gläubiger ermöglicht, die Vollstreckung einzuleiten.

[Rz 25] Den Kostenvorschussanspruch für eine Ersatzvornahme kann der Bauherr nicht in diesem Verfahren durchsetzen. Er kann es deshalb nicht, weil die schnelle Handhabung klaren Rechts nur bei Begehren auf Tun, Unterlassen und Rechtsgestaltung möglich ist, nicht aber bei Geldforderungen<sup>36</sup>. Dies gilt für sämtliche Kantone, die ein Verfahren zur Handhabung klaren Rechts vorsehen<sup>37</sup>.

### 5.2. Vorläufige Vollstreckung nicht rechtskräftiger Urteile

[Rz 26] Im Unterschied zu ausländischen Rechtsordnungen sieht das schweizerische Recht keine Möglichkeit einer vorläufigen Vollstreckung nicht rechtskräftiger Urteile vor. In Deutschland beispielsweise sind – um einen Missbrauch des Rechtsmittelzuges zu begrenzen – auch nicht rechtskräftige Entscheidungen der ordentlichen Gerichte vorläufig vollstreckbar, und zwar je nach Sachlage ohne oder nur gegen Sicherheitsleistung. Wenn also eine Geldforderung von einem erstinstanzlichen Gericht in einem ordentlichen Verfahren als berechtigt befunden wird, kann der Gläubiger das Urteil vollstrecken lassen, obschon der Entscheid noch nicht rechtskräftig ist und noch mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann. In der Schweiz ist dieses Institut aber wie gesagt nicht bekannt, vielmehr gilt hier von jeher nur ein rechtskräftiges Urteil als vollstreckbares Urteil im Sinne von Art. 80 und 81 SchKG (definitiver Rechtsöffnungstitel). De lege ferenda ist «die Schaffung einer Möglichkeit der provisorischen Vollstreckung nicht rechtskräftiger Urteile» allerdings schon angeregt worden<sup>38</sup>. De lege lata bleibt es aber dabei: Der Bauherr kann sein Kostenvorschussurteil nicht vollstrecken, solange es nicht rechtskräftig ist. Er kann nicht verhindern, dass sich der Unternehmer durch die Ergreifung von Rechtsmitteln einen mitunter mehrjährigen Zahlungsaufschub verschafft – womit das mit dem Kostenvorschuss angestrebte Ziel, den Bauherrn hinsichtlich der Ersatzvornahme finanziell abzusichern<sup>39</sup>, freilich oftmals illusorisch wird.

## 6. Fazit und Folgerung für die Praxis

[Rz 27] Steht dem Bauherrn ein widerwilliger Unternehmer gegenüber, kann der Anspruch auf Bevorschussung einer Ersatzvornahme nur mit einem rechtskräftigen Endurteil durchgesetzt werden. Vorbehalten bleibt der Fall, dass der Bauherr seinen Bevorschussungsanspruch mit dem Werklohnanspruch des Unternehmers verrechnen kann. Als vorsorgliche Massnahmen kommen einzig die im SchKG vorgesehenen in Betracht, namentlich die Arrestlegung gemäss Art. 271 ff. SchKG. Ist die Mängelbeseitigung dringlich, hilft dem Bauherrn der Kostenvorschussanspruch daher in der Praxis nicht wirklich. Der Bauherr ist in dieser Situation gezwungen, die Kosten der Ersatzvornahme vorzuschiessen und alsdann beim Unternehmer einzufordern.

[Rz 28] Die Folgerung für den Bauherrn kann daher nur sein, bei Vertragsschluss auf vertragliche Sicherheiten zu bestehen. Denkbar ist beispielsweise ein Rückbehaltrecht für einen Teil des Werklohnes oder eine sog. Gewährleistungsgarantie, die dem Bauherrn erlaubt, auf erstes Anfordern hin einen bestimmten Betrag einseitig beim

Garanten (in der Regel eine Bank) abzurufen.

---

Lic. iur. Roger Brändli promoviert mit einer Arbeit zum Nachbesserungsrecht im Werkvertrag. Vor seinem Eintritt in die Anwaltskanzlei Trachsel, Knobel & Michel in Altendorf war er Mitarbeiter der Vereinigung für Baurecht VİBR, die unter der Leitung von Prof. Dr. Alfred Koller steht.

---

- <sup>1</sup> Keine Pflicht zur Nachbesserung besteht bei Nachbesserungsunmöglichkeit. Die Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung allein genügt allerdings noch nicht für die Annahme der Nachbesserungsunmöglichkeit. Vielmehr liegt Nachbesserungsunmöglichkeit nur vor, wenn überdies auch eine Neuherstellung des Werkes unmöglich ist (BGE 128 III 416 = Auszug aus BGE 4C.258/2001 vom 5. September 2002, Erw. 4.1.4). Dieser Fall ist freilich selten, indes nicht ausgeschlossen, wie der Entscheid in BauR 1981, S. 475, belegt: Geringere Gesamtwohnfläche eines Hauses als im Werkvertrag vorgesehen, aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften ist es jedoch nicht möglich, die Wohnfläche nachträglich noch zu vergrössern. – Die Übermässigkeit der Nachbesserungskosten (Art. 368 Abs. 2 OR) befreit den Unternehmer nicht ohne weiteres von der Nachbesserungspflicht, sondern verschafft ihm nur ein Einrederecht (Leistungsverweigerungsrecht). Erst mit der Erhebung der Einrede entfällt die Nachbesserungspflicht (vgl. dazu im Einzelnen ROGER BRÄNDLI, AJP 2004, S. 1259 ff.).
- <sup>2</sup> BGE 107 II 50, S. 55 f.; bestätigt etwa in Urteil 4C.159/1999 vom 28. Juli 2000 (Erw. 4) und Urteil 4C.286/2001 vom 22. Januar 2002 (Erw. 3d). Für eine analoge Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR einzig in Fällen von Dringlichkeit PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 1822.
- <sup>3</sup> Auch wenn eine richterliche Ermächtigung für die Ersatzvornahme nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht notwendig ist, steht es dem Bauherrn selbstverständlich dennoch frei, die Ersatzvornahme auf Art. 98 Abs. 1 OR zu stützen und vorgängig die richterliche Ermächtigung einzuholen. Der Bauherr wird dies in der Praxis aber wohl nur dann tun, wenn er wegen der Klage auf Bevorschussung der Kosten einer Ersatzvornahme ohnehin an den Richter gelangen muss und die richterliche Ermächtigung gleichsam mit der Vorschussklage verbinden kann. Beispiel eines Rechtsbegehrens: «1. Der Kläger sei richterlich zu ermächtigen, die Sanierung des Daches auf Kosten der Beklagten einem Dritten zu übertragen. 2. Die Beklagte sei zu verpflichten, für die voraussichtlich entstehenden Sanierungskosten einen angemessenen, nach durchgeführtem Beweisverfahren zu beziffernden Kostenvorschuss zu leisten. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.»
- <sup>4</sup> PETER GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1991, N 10 lit. a zu Art. 169. Demgegenüber ist das Recht auf Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR von einem Verschulden des Unternehmers abhängig. Der Unternehmer muss entweder den Mangel oder aber den Nachbesserungsverzug verschuldet haben (ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, N 539 zu Art. 366 OR; a.M. GAUCH [Anm. 2], Nr. 880 f.; GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER, Basler Kommentar, N 35 zu Art. 366 OR). Zumindest ein Verschulden am Nachbesserungsverzug wird regelmässig gegeben sein.
- <sup>5</sup> In der Lehre ist der Anspruch auf Kostenvorschuss umstritten, wird aber mehrheitlich bejaht. Dafür bspw. ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 91; HERMANN BECKER, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 98 OR; KOLLER, Berner Kommentar, N 571 ff. zu Art. 366 OR; JÜRIG NIKLAUS, Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR, Diss. St. Gallen 1999, Nr. 3.36; ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, N 60 und 80 zu Art. 98 OR; dagegen etwa WALTER FELLMANN, recht 1993, S. 118; WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 98 OR.
- <sup>6</sup> Dieser Entscheid ist in vielerlei Hinsicht bemerkenswert, namentlich auch was die nicht amtlich publizierten Entscheiderwägungen anbetrifft (vgl. dazu die Besprechung von ROLAND HÜRLIMANN/THOMAS SIEGENTHALER, recht 2003, S. 146 ff.).
- <sup>7</sup> Zuvor hatte das Bundesgericht den Vorschussanspruch bereits in einem unveröffentlichten Urteil vom 8. Dezember 1987 (Erw. 6) i.S. B. gegen M. anerkannt (der Entscheid ist abgedruckt bei NIKLAUS [Anm. 5], S. 189 ff.).

- <sup>8</sup> NIKLAUS (Anm. 5), Nr. 3.35.
- <sup>9</sup> KOLLER, Berner Kommentar, N 573 zu Art. 366 OR; NIKLAUS (Anm. 5), Nr. 3.39.
- <sup>10</sup> MARTHA NIQUILLE-EBERLE, Probleme rund um die Ersatzvornahme, insbesondere Bevorschussung der Kosten, in: Alfred Koller (Hrsg.), Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, St. Gallen 2004, S. 63 ff., Nr. 32.
- <sup>11</sup> So aber NIQUILLE-EBERLE (Anm. 10), Nr. 26.
- <sup>12</sup> Dies übersieht offenbar NIQUILLE-EBERLE (Anm. 10), die eine doppelte Androhung mit dem Argument befürwortet, eine Kostenvorschusspflicht sei «für den Unternehmer belastender als die blossе Ersatzvornahme». Kostenvorschuss und Ersatzvornahme sind nicht zweierlei, sondern der Kostenvorschussanspruch ist gleichermassen wie der Kostenrückleistungsanspruch Inhalt des Rechts auf Ersatzvornahme.
- <sup>13</sup> M.E. genügt sogar eine Eventualandrohung, d.h. der Bauherr muss die Ersatzvornahme nicht als *sicher* in Aussicht stellen; es reicht aus, wenn der Bauherr erklärt, er werde nach Ablauf der Abhilfefrist *vielleicht* zur Ersatzvornahme schreiten (wie hier KOLLER, Berner Kommentar, N 528 ff. zu Art. 366 OR; NIKLAUS [Anm. 5], Nr. 2.114; a.M. NIQUILLE-EBERLE [Anm.10], Nr. 27).
- <sup>14</sup> So der Sache nach NIQUILLE-EBERLE (Anm.10), Nr. 26.
- <sup>15</sup> A.M. NIQUILLE-EBERLE (Anm.10), Nr. 26.
- <sup>16</sup> KOLLER, Berner Kommentar, N 571 zu Art. 366 OR.
- <sup>17</sup> GAUCH (Anm. 2), Nr. 1817; ebenso VIKTOR AEPLI, BR 2003, S. 73.
- <sup>18</sup> Ebenfalls für ein Verrechnungsrecht des Unternehmers KOLLER, Berner Kommentar, N 577 zu Art. 366 OR; NIKLAUS (Anm. 5), Nr. 3.75.
- <sup>19</sup> PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 8. Aufl., Zürich 2003, Nr. 3429; a.M. VIKTOR AEPLI, Zürcher Kommentar, N 59 ff. zu Art. 125 OR.
- <sup>20</sup> KOLLER, Berner Kommentar, N 579 zu Art. 366 OR.
- <sup>21</sup> NIQUILLE-EBERLE (Anm.10), Nr. 49.
- <sup>22</sup> So verhielt es sich beispielsweise im BGE 128 III 416 ff. zugrunde liegenden Fall. Die beklagte Unternehmerin fiel, nachdem sie in weiteren Prozessen zu Kostenvorschüssen verpflichtet wurde, in Konkurs (vgl. NIQUILLE-EBERLE [Anm. 10], Nr. 18 Anm. 43).
- <sup>23</sup> Vgl. allgemein zu dieser Problematik THOMAS SIEGENTHALER, Für eine vorläufige Vollsteckung nicht rechtskräftiger Urteile betreffend Geldforderungen – ein Diskussionsbeitrag, AJP 2000, S. 172 ff.
- <sup>24</sup> BGE 108 II 180, S. 181 Erw. 2 = Pra 71 (1982) Nr. 300; 86 II 291, S. 295; 85 II 194, S. 196.
- <sup>25</sup> OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. Aufl., Bern 2001, 12 N 194.
- <sup>26</sup> BGE 113 II 465, S. 466 Erw. 2 = Pra 78 (1989) Nr. 260; 79 II 288; 74 II 51; ZR 100 (2001) Nr. 65.
- <sup>27</sup> ZR 96 (1997) Nr. 42, mit Hinweis auf HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 1982, N 5 zu § 110 ZPO.
- <sup>28</sup> EGV-SZ 1991 Nr. 32 S. 140, mit Hinweis auf BGE 79 II 288; 74 II 51.
- <sup>29</sup> OSCAR VOGEL, SJZ 76 (1980), S. 94. Ebenfalls für die Zulässigkeit der vorläufigen Vollstreckung von Geldleistungen: ISAAK MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983, S. 275; MARTIN ZIEGLER, «Sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei ...» (Aspekte des Superprovisoriums, unter besonderer Berücksichtigung des schwyzerischen Zivilprozesses), in: SJZ 86 (1990), S. 320 ff., 321.
- <sup>30</sup> KURT AMONN/GERHARD WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 19 N 32, mit Verweis auf BGE 53 I 57. Vollstreckbar ist eine vorsorgliche Leistungsmassnahme, wenn sie nicht mehr durch ein ordentliches Rechtsmittel angefochten werden kann, d.h. formell rechtskräftig geworden ist.
- <sup>31</sup> THOMAS SUTTER/DIETER FREIBURGHHAUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 51 zu Art. 137 ZGB, mit Hinweis auf BGE 95 II 639, S. 644; 90 I 113; 53 I 57; 41 I 122.
- <sup>32</sup>

Der Vorentwurf über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts sieht in Art. 56h VE ebenfalls die Möglichkeit von vorläufigen Geldleistungen vor. Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut: «Vermag die geschädigte Person ihren Anspruch glaubhaft zu machen und erfordern es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse, so kann das Gericht die belangte Partei zu vorläufigen Zahlungen verurteilen, ohne dass dadurch der endgültigen Entscheidung vorgegriffen wird.»

<sup>33</sup> BGE 125 III 451, S. 460.

<sup>34</sup> BGE 74 II 51 ff.; 86 II 291, S. 295.

<sup>35</sup> Es handelt sich dabei um folgende Kantone: ZH, LU, UR, SZ, OW, NW, GL, SO, SH, AR, AI, SG, TG.

<sup>36</sup> VOGEL/SPÜHLER (Anm. 25), 12 N 175; HANS SCHMID, «Klares Recht» als Prozessvoraussetzung im zürcherischen Befehlsverfahren, in: Festschrift Oscar Vogel, Fribourg 1991, S. 109 ff., 110. Nicht im Vornherein gegen Unzulässigkeit MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 587.

<sup>37</sup> ISAAK MEIER, Rechtsschutz im summarischen Verfahren als Alternative zum ordentlichen Zivilprozess im schweizerischen Recht, Köln 1997, S. 64; DAVID RÜETSCHI, Geldleistung als vorsorgliche Massnahme, Diss. Basel 2001, S. 142: «Grund dafür [dass Geldforderungen ausgeschlossen sind] ist, dass im Falle der Gutheissung der Begehren das Gericht dieses nicht mit einer Erkenntnis abschliesst, sondern damit stets einen Befehl, ein Verbot oder sogar eine unmittelbare Vollstreckungsmassnahme verbindet. Diese sind in Bezug auf Geldforderungen aber abschliessend im SchKG geregelt und fallen damit *zumindest* nicht in die kantonale Verfahrenskompetenz.»

<sup>38</sup> SIEGENTHALER (Anm. 23), S. 176.

<sup>39</sup> So BGE 128 III 416, S. 418.

Rechtsgebiet: Baurecht

Erschienen in: Jusletter 13. Juni 2005

Zitervorschlag: Roger Brändli, Die Bevorschussung der Kosten einer Ersatzvornahme – insbesondere zur Frage des einstweiligen Rechtsschutzes, in: Jusletter 13. Juni 2005

Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=4025>