

**Viele Studierende haben mich nach den Details zum Anspruch auf Bevorschussung der Ersatzvornahme gefragt. Das Präjudizienbuch beschreibt diesen Anspruch gut, siehe Siegenthaler, Art. 366 N 2:**

«Der Anspruch auf Ersatzvornahme ist eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs auf Leistung beziehungsweise Nachbesserung durch den Unternehmer selber. Der daraus fließende Anspruch des Bestellers ist daher ein Anspruch auf Aufwendungsersatz, nicht auf Schadenersatz 141 III 257/259 E. 3.3. Der Vertrag bleibt somit bestehen, wobei sich die Pflicht des Unternehmers, das Werk zu erstellen, zu einer Pflicht zur Bezahlung der Ersatzvornahmekosten wandelt 126 III 230/233 E. 7a/aa fr., 4A\_518/2011 (21.12.11) E. 3 fr., 4A\_556/2011 (20.1.12) E. 2.4. – Die Androhung der Ersatzvornahme kann in Analogie zu Art. 108 Abs. 1 entfallen, wenn der Unternehmer als zur Verbesserung des Mangels unfähig erscheint oder wenn dieser ausdrücklich oder durch konkludentes Handeln zu erkennen gibt, dass er den Zustand nicht ändern wird 4A\_518/2011 (21.12.11) E. 4 fr. Ein Entzug der Arbeiten ohne vorgehende Aufforderung zur Verbesserung ist zwar in Anwendung von Art. 108 möglich, es handelt sich indessen um eine Ausnahmeregelung, deren Voraussetzungen nicht leichthin als gegeben anzunehmen sind 4A\_518/2011 (21.12.11) E. 5 fr. In casu befand sich der Unternehmer mit der verlangten Verbesserung ca. 1½ Jahre im Verzug, woraus der Besteller habe schliessen dürfen, dass der Unternehmer zur Verbesserung unfähig sei 4C.77/2005 (20.4.05) E. 4 fr. – Analoge Anwendung der Bestimmung auf die Nachbesserung gemäss Art. 368 Abs. 2: Dem Besteller, der die Nachbesserung wählt, steht gegenüber dem dazu nicht gewillten oder nicht fähigen Unternehmer das Recht zu, die Nachbesserung ohne richterliche Ermächtigung durch einen Dritten ausführen zu lassen und vom Unternehmer dafür Ersatz zu verlangen 107 II 50/55 f. E. 3, 4C.159/1999 (28.7.00) E. 4. Schreitet der Besteller zur Ersatzvornahme ohne Vorschuss, wozu er auch ohne richterliche Ermächtigung befugt ist (136 III 273/276 E. 2.4 Pra 2010 853 E. 2.4), muss er nach getätigter Mängelbeseitigung im Rückerstattungsprozess gegen den Unternehmer sowohl den grundsätzlichen Anspruch auf Ersatzvornahme als auch die Berechtigung des konkret getätigten Aufwandes nachweisen 141 III 257/259 f. E. 3.3. – **Der Anspruch des Bestellers auf die Erstattung der Kosten beinhaltet auch einen Anspruch auf Bevorschussung dieser Kosten 128 III 416/418 E. 4.2.2. Der Kostenvorschuss ist ein vorweggenommener Aufwendungsersatz für die Kosten der Ersatzvornahme.** Klagt der Besteller auf Leistung eines Vorschusses, geht es im Vorschussprozess um das Bestehen des Anspruchs auf Ersatzvornahme (und damit des Vorschussanspruchs), welcher im nachfolgenden Abrechnungsprozess nicht mehr infrage gestellt werden kann. Die Höhe der Kosten ist dagegen nur insoweit Gegenstand des Vorschussprozesses, als darin über die Höhe des Vorschusses entschieden wird. Bezüglich der Höhe der tatsächlichen Kosten, die in diesem Zeitpunkt noch gar nicht aufgelaufen sind und für die am Ende Ersatz geschuldet ist, entfaltet das Urteil im Vorschussprozess keine Rechtskraft. Das Kostenvorschussurteil schliesst demzufolge im Abrechnungsprozess weder die Rückforderung eines zu hohen Kostenvorschusses durch den Unternehmer noch die Nachforderung der noch nicht gedeckten Kosten durch den Besteller aus 141 III 257/260 E. 3.3. – Der Anspruch auf Erstattung der Kosten der Ersatzvornahme ist unabhängig vom Verschulden des Unternehmers am Mangel, vorausgesetzt ist nur, dass der Besteller den Mangel nicht selbst verschuldet hat 4C.159/1999 (28.7.00) E. 5.»

**Es gibt auch ein einschlägiges Urteil des Bundesgerichts dazu:** <https://bger.li/128-III-416>

**Vgl. auch die Aussagen von BK-Koller, Art. 366 N 571 ff.:**

N 571: «1. Dogmatische Grundlegung. Art. 366 Abs. 2 OR verleiht dem Besteller Anspruch auf "Ersatz" der mit der Ersatzvornahme verbundenen Kosten, sagt aber nicht, wann dieser Ersatz zu leisten ist.

Dass sich mit dem Terminus "Ersatz" notwendig die Vorstellung verbindet, die Kosten könnten erst im Anschluss an die Ersatzvornahme liquidiert werden (in diesem Sinne Staudinger/Peters, N 190 zu § 633 BGB, betr. § 633 Abs. 3 BGB), trifft m.E. nicht zu. Vielmehr ist eine Lücke (intra legem) anzunehmen, die nach allgemeinen Grundsätzen zu füllen ist. Ob in Füllung dieser Lücke ein Anspruch auf Kostenvorschuss zu bejahen ist, wird in der schweizerischen Lehre, soweit ersichtlich, nicht behandelt (vgl. etwa die Kommentare von Becker, Bühler, Gautschi, Oser/Schönenberger und Zindel/Pulver, ferner den "Werkvertrag" von Gauch). Hinsichtlich der analogen Problematik bei Art. 98 Abs. 1 OR gehen die Meinungen auseinander (gegen den Kostenvorschuss z.B. Fellmann, recht 1993, S. 118; Wiegand, BasK, N 7 zu Art. 98 OR; dafür von Tuhr/Escher, S. 91; Becker, BerK, N 3 zu Art. 98 OR; weitere Nachweise bei Gauch, Werkvertrag, Nr. 1816). Nach der hier vertretenen Ansicht ist ein Anspruch auf Kostenvorschuss zu bejahen, sowohl hinsichtlich Art. 98 Abs. 1 OR (Nr. 497 meines "Nachbesserungsrechts") als auch hinsichtlich Art. 366 Abs. 2 OR. Denn es ist ein Gebot der Billigkeit, dass der Besteller für die Kosten der Ersatzvornahme nicht in Vorlage treten muss (BauR 1984, S. 528 [Ersatzvornahme nach § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B]; in verwandtem Zusammenhang [Ersatzvornahme bei Mängeln des abgelieferten Werks] vgl. BGHZ 56, 141; 47, 272; BGH, NJW 1990, S. 1475; BauR 1997, S. 834; prägnant Erman/Seiler, N 36 zu § 633 BGB; Staudinger/Peters, N 192 zu § 633 BGB; teilweise abweichend Köhler, JZ 1983, S. 706, und NJW 1985, S. 947, der die Ansicht vertritt, dass das Interesse des Bestellers, mit den Kosten der Ersatzvornahme nicht in Vorlage treten zu müssen, nur im Rahmen von § 257 BGB anzuerkennen sei). Eingehend zum gesamten Thema die im Literaturverzeichnis (vor N 1) aufgeführten Dissertationen von Achilles-Baumgärtel und Ehrhardt-Renken.»

N 573: «2. Ein Anspruch auf Kostenersatz besteht nur, wenn der Besteller die Ersatzvornahme tatsächlich durchführt (oben N 502). Aus dieser Zweckgebundenheit des Anspruchs folgt, dass der Besteller zur Ersatzvornahme tatsächlich gewillt sein muss, ansonsten ihm kein Kostenvorschuss zugesprochen werden darf (vgl. BGHZ 47, 274; OLG Hamburg, BauR 1979, S. 332; BGH, NJW 1984, S. 2457; OLG Köln, BauR 1988, S. 483; MünchKomm/Soergel, N 158 zu § 633 BGB). Dieser Wille darf jedenfalls dann als erwiesen gelten, wenn der Besteller den Zweitunternehmer bereits mit der Ersatzvornahme beauftragt hat. Dass der Vertragsabschluss bereits erfolgt ist, ist jedoch nicht erforderlich. Im Einzelfall kann ein rechtsgenügender Wille zur Ersatzvornahme erwiesen sein, obwohl nicht einmal ein Kostenvoranschlag eingeholt wurde (Kutschmann, BauR 1972, S. 134 f.); in einem solchen Fall wird allerdings der Umfang des erforderlichen Vorschusses oft nicht beweisbar sein (vgl. unten N 576). Die Beweislast für die fehlende Bereitschaft des Bestellers zur Durchführung der Ersatzvornahme trägt der Unternehmer (Staudinger/Peters, N 205 zu § 633 BGB; Erman/Seiler, N 38 zu § 633 BGB).»