

Schweizerische Baurechtstagung 2017

# Die Ersatzvornahme

Voraussetzungen, Vorschuss, Durchführung

Prof. Dr. iur. Jörg Schmid, Luzern



# Inhalt

---

- I. Einleitung
- II. Die materiellen Voraussetzungen der Ersatzvornahme
- III. Die gerichtliche Ermächtigung
- IV. Die Rechtslage nach der Ermächtigung
- V. Die Rechtslage bei fehlender Ermächtigung



# I. Einleitung

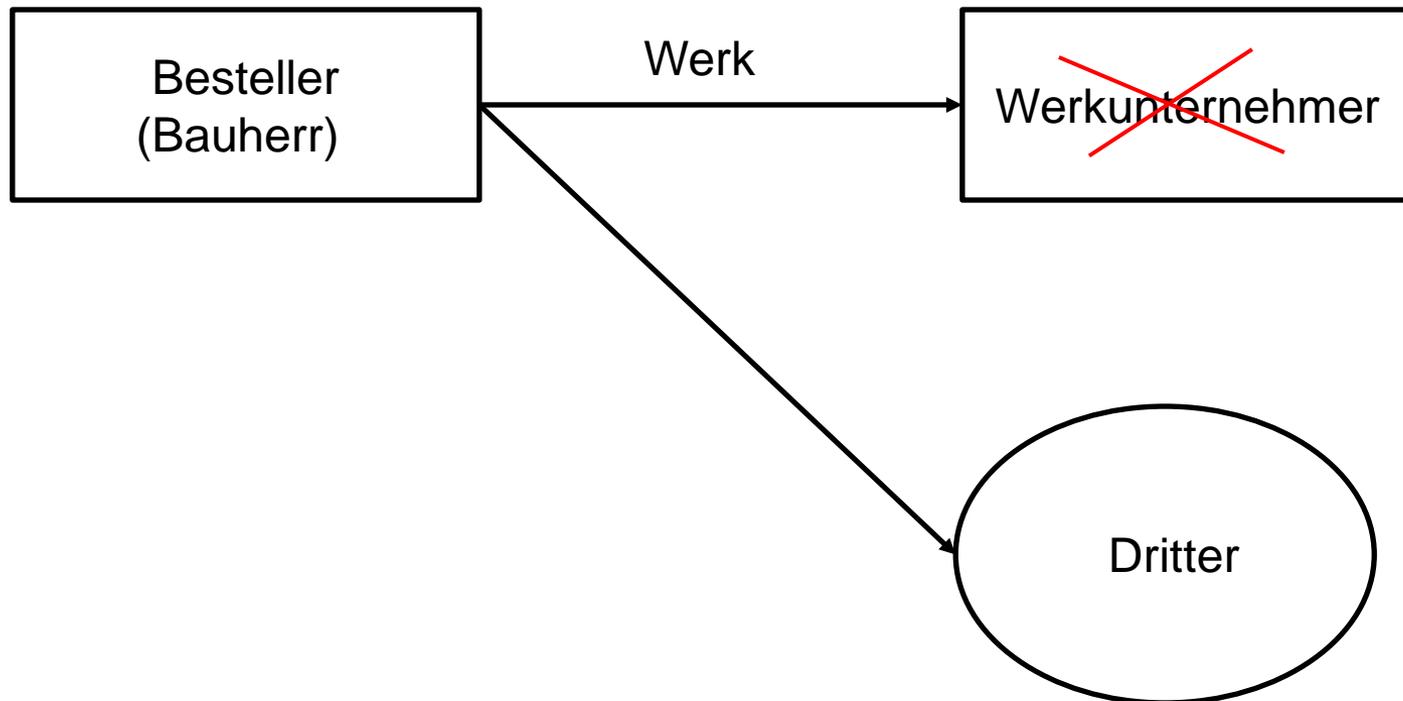
---

**Forderungen auf Arbeitsleistung**  
(Beispiel: Arbeitsleistungen des  
Werkunternehmers)



# I. Einleitung

## Ersatzvornahme als Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs



# I. Einleitung

---

## **Art. 98 Abs. 1 OR:**

«Ist der Schuldner zu einem Tun verpflichtet, so kann sich der Gläubiger, unter Vorbehalt seiner Ansprüche auf Schadenersatz, ermächtigen lassen, die Leistung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen.»



## II. Die materiellen VSS der Ersatzvornahme

---

Nichterfüllung trotz Fälligkeit

Nichterfüllung trotz Leistungsmöglichkeit

Vertretbarkeit der Leistung



# III. Die gerichtliche Ermächtigung

## A. Allgemeines

Art. 98 Abs. 1 OR

Art. 250 lit. a Ziff. 4 ZPO  
(summarisches Verfahren)



# III. Die gerichtliche Ermächtigung

## B. Das Erfordernis eines Leistungsurteils

Vollstreckungstheorie vs. Erfüllungstheorie?

BGE 142 III 321 ff.: Vollstreckungstheorie

→ Die Leistungspflicht des Schuldners muss gerichtlich geklärt sein.



### III. Die gerichtliche Ermächtigung

Zwei mögliche prozessuale Vorgehensweisen:

- Leistungsklage und Vollstreckungsgesuch
- Begehren um Ersatzvornahme bereits mit der Leistungsklage



# III. Die gerichtliche Ermächtigung

## C. Der Ermächtigungsentscheid

Verweigerung wegen  
Unverhältnismässigkeit?

Gutheissender Entscheid: gerichtliche  
Ermächtigung zur Ersatzvornahme

Ersatzvornahme auf Kosten des Schuldners



# IV. Die Rechtslage nach der Ermächtigung

## A. Im Allgemeinen

Recht (nicht Pflicht) des Gläubigers zur Ersatzvornahme

Stundung der Realerfüllung des Schuldners,  
kein endgültiger Verzicht des Gläubigers



## IV. Die Rechtslage nach der Ermächtigung

Rechtslage bei Erfüllung durch den Dritten



## IV. Die Rechtslage nach der Ermächtigung

### B. Die Ersatzvornahme geschieht auf Kosten des Schuldners

Kostenersatzpflicht nach Art. 98 Abs. 1 OR

Durchsetzung der Ersatzforderung

- als nachträgliche Ersatzforderung
- als Kostenvorschuss des Schuldners



# IV. Die Rechtslage nach der Ermächtigung



# IV. Die Rechtslage nach der Ermächtigung

## C. Die Ersatzvornahme geschieht auf Gefahr des Schuldners

Grundsatz

Präzisierungen



## V. Rechtslage bei fehlender Ermächtigung

### A. Grundsatz: Rechtsnachteile für den Gläubiger

Die Leistung des Schuldners wird ohne dessen Verschulden objektiv unmöglich; seine Schuld erlischt (Art. 119 Abs. 1 OR)



# V. Rechtslage bei fehlender Ermächtigung

## B. Ausnahme: Entbehrlichkeit der Ermächtigung

1. Entbehrlichkeit kraft wirksamer Vertragsabrede

Insbesondere:

Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118



## V. Rechtslage bei fehlender Ermächtigung

Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118

«... Soweit der Unternehmer Mängel innerhalb der vom Bauherrn angesetzten Frist nicht behebt, ist der Bauherr berechtigt, nach seiner Wahl:



## V. Rechtslage bei fehlender Ermächtigung

Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118

1. entweder weiterhin auf der Verbesserung zu beharren; diese jedoch nur dann, wenn die Verbesserung im Verhältnis zu seinem Interesse an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht (Art. 368 Abs. 2 OR). **Der Bauherr kann die Verbesserung statt durch den Unternehmer auch durch einen Dritten ausführen lassen oder sie selbst vornehmen, beides auf Kosten des Unternehmers (Art. 170) ...»**



# V. Rechtslage bei fehlender Ermächtigung

## 2. Entbehrlichkeit kraft besonderer Gesetzesbestimmungen

Schuldnerverzug

Art. 366 Abs. 2 OR

Art. 368 Abs. 2 OR



## V. Rechtslage bei fehlender Ermächtigung

Schuldnerverzug des Unternehmers

Nachfrist

Verzicht auf Arbeitsleistung, dafür  
Schadenersatz wegen Nichterfüllung  
(positives Interesse)



## V. Rechtslage bei fehlender Ermächtigung

### Art. 366 Abs. 2 OR (Tatbestand)

«Lässt sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers bestimmt voraussehen ....»



# V. Rechtslage bei fehlender Ermächtigung



## V. Rechtslage bei fehlender Ermächtigung

### Art. 366 Abs. 2 OR (Rechtsfolge)

«... so kann ihm der Besteller eine angemessene Frist zur Abhilfe ansetzen oder ansetzen lassen mit der Androhung, dass im Unterlassungsfall die Verbesserung oder die Fortführung des Werkes auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen werde.»



## V. Rechtslage bei fehlender Ermächtigung

### **Art. 368 Abs. 2 OR**

Durchsetzung der Nachbesserungsforderung  
bei Mängeln

Bundesgericht: analoge Anwendung von  
Art. 366 Abs. 2 OR



# V. Rechtslage bei fehlender Ermächtigung



# V. Rechtslage bei fehlender Ermächtigung

---

## Fazit

Ersatzvornahme mit gerichtlicher Ermächtigung

Ersatzvornahme ohne gerichtliche  
Ermächtigung

