

# Mängelbeseitigung durch Ersatzvornahme

Insbesondere das sog. Selbsthilferecht des Bestellers  
nach Art. 366 Abs. 2 OR

ALFRED KOLLER

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>2</b>
<b>I. Einleitung</b>	<b>4</b>
<b>II. Unechte Ersatzvornahme</b>	<b>5</b>
1. Nach Art. 107 Abs. 2 OR	5
2. Nach Art. 366 Abs. 1 OR	8
3. Der nach Art. 107 Abs. 2 bzw. Art. 366 Abs. 1 OR geschuldete Schadenersatz	9
<b>III. Echte Ersatzvornahme</b>	<b>11</b>
1. Analoge Anwendbarkeit von Art. 366 Abs. 2 OR?	12
2. Das Recht auf Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR	14
A. Das Grundsätzliche	14
B. Zu den Voraussetzungen der Ersatzvornahme: Nachträge und Ergänzungen	16
C. Anspruch auf Kostenvorschuss?	19
D. Der Umfang des Kostenersatzes	20
E. Verhältnis des Anspruchs auf Kostenersatz zur Werklohnforderung	22
F. Rechtslage bei mangelhafter Ersatzvornahme	23
<b>IV. Echte und unechte Ersatzvornahme im Vergleich</b>	<b>24</b>
<b>V. Anhang: nicht amtlich publiziertes Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 19. November 1996 in Sachen B. gegen M.</b>	<b>27</b>

**LITERATURVERZEICHNIS**

Die gängigen schweizerischen Kommentarwerke (Zürcher Kommentar, Berner Kommentar, Basler Kurzkommentar) werden im folgenden nicht aufgeführt. Dasselbe gilt für Beiträge im «Schweizerischen Privatrecht». – **Zitierweise:** Die Autoren werden nur mit dem Verfasseramen, nötigenfalls mit einem präzisierenden Zusatz zitiert. Schweizerische Kommentarwerke werden mit dem Namen des Bearbeiters und einem Kürzel für den Kommentar (ZürK, BerK, BasK) zitiert (z.B. KRAMER, BerK, N ... zu Art. ... OR). Beiträge aus dem schweizerischen Privatrecht (SPR) werden mit dem Namen des Autors und dem Zusatz SPR samt Band zitiert (z.B. MERZ, SPR VI/1, S. ...).

ACHILLES-BAUMGÄRTEL JANINE, Der Anspruch auf Kostenvorschuss im Gewährleistungsrecht, Baurechtliche Schriften, Bd. 40, Düsseldorf 1998.

BLOMEYER JÜRGEN, Die Kosten erfolgloser Nachbesserungsversuche des Auftraggebers, ZfBR 1985, S. 155 ff.

BUCHER EUGEN, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A. Zürich 1988.

EHRHARDT-RENKEN SABINE, Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung, Baurechtliche Schriften, Bd. 6, Düsseldorf 1986.

ERMAN WALTER, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. A. Münster 1993 (zit. ERMAN/BEARBEITER).

FELLMANN WALTER, Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR – «Vollstreckungstheorie» oder «Erfüllungstheorie», recht 1993, S. 109 ff.

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 4. A. Zürich 1996 (zit. GAUCH, Werkvertrag).

– Die Verbesserung des mangelhaften Werkes durch einen Dritten, BR 1982, S. 34 ff. (zit. GAUCH, BR 1982).

GRUNSKY WOLFGANG, Prozessuale Probleme bei Geltendmachung des Vorschussanspruchs zur Mängelbeseitigung, NJW 1984, S. 2545 ff.

GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A. Zürich 1991, bearbeitet von Alfred Koller und Jean Nicolas Druey aufgrund der Ausgabe von Hans Merz und Max Kummer, §§ 1–48 bearbeitet von Alfred Koller (zit. GUHL/MERZ/KOLLER).

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 4. A. Bern 1997.

KOLLER ALFRED, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. A. Zürich 1995 (zit. KOLLER, Nachbesserungsrecht).

LIEBER REINHARD, Die Erstattung der Kosten einer Ersatzvornahme des Gläubigers nach dem BGB, Aachen 1997.

MÜLLER-FOELL CHRISTOPH, Ersatzvornahme beim VOB-Bauvertrag vor Abnahme auch ohne Kündigung? NJW 1987, S. 1608 ff.

- MÜNCHENER KOMMENTAR zum Bürgerlichen Recht, 3. A. München ab 1992  
(zit. MÜNCHKOMM/BEARBEITER).
- RGRK, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. A. Berlin/New York ab 1974  
(zit. RGRK/BEARBEITER).
- TERCIER PIERRE, Les contrats spéciaux, 2. A. Zürich 1995.
- SOERGEL HANS THEODOR/SIEBERT WOLFGANG, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. A. Stuttgart/Berlin/Mainz ab 1987 (zit. SOERGEL/BEARBEITER).
- VON STAUDINGER JULIUS, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. A. Berlin ab 1993 (zit. STAUDINGER/BEARBEITER).
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. A. Zürich 1974.

## I. Einleitung

1. **Ausgangslage und Problemstellung.** Liefert der Unternehmer ein mangelhaftes Werk ab, so ist er verpflichtet, die vorhandenen Mängel auf entsprechendes Begehren des Bestellers zu beseitigen (Art. 368 Abs. 2 OR): Er ist zur Nachbesserung verpflichtet. Kommt er dieser Pflicht nicht bzw. nicht rechtzeitig nach, so stellt sich für den Besteller die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen er die Mängel auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten beseitigen lassen darf. Ein solches Recht auf Ersatzvornahme ist in Art. 98 Abs. 1 OR vorgesehen. Dazu kommt Art. 366 Abs. 2 OR, welcher allerdings im vorliegenden Kontext nur analog zum Tragen kommt. Schliesslich kann der Besteller die Kosten einer Ersatzvornahme unter Umständen auch über Art. 107 Abs. 2 OR oder Art. 366 Abs. 1 OR liquidieren. Nach diesen Bestimmungen hat allerdings der Besteller – anders als nach Art. 98 Abs. 1 und 366 Abs. 2 OR – keinen Anspruch auf Aufwendungsersatz, sondern einen Schadenersatzanspruch. Der Anspruch auf Aufwendungsersatz ist ein modifizierter Erfüllungsanspruch, wogegen der Schadenersatzanspruch ein Nichterfüllungsanspruch ist. Diesem Unterschied mag man terminologisch dadurch Rechnung tragen, dass man im einen Fall (Art. 98 Abs. 1, 366 Abs. 2 OR) von echter, im anderen Fall (Art. 107 Abs. 2, 366 Abs. 1 OR) von unechter Ersatzvornahme spricht<sup>1</sup>. Echte und unechte Ersatzvornahme unterscheiden sich nicht nur dogmatisch-theoretisch, sondern auch praktisch. Diese Unterschiede samt ihren Vor- und Nachteilen aufzuzeigen, bildet den Hauptzweck des vorliegenden Aufsatzes (unten IV.).

2. **Eingrenzung des Themas.** Ein Recht auf echte Ersatzvornahme ist auch in der **SIA-Norm 118** vorgesehen. Die einschlägige Bestimmung, Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1, bleibt im vorliegenden Aufsatz ausser Betracht. Art. 366 Abs. 2 OR gibt jedoch weitgehend die Rechtslage gemäss dem besagten SIA-Norm-Artikel wieder (zum wohl wichtigsten Unterschied s. Anm. 30). Die zu Art. 366 Abs. 2 OR gemachten Ausführungen gelten daher – mutatis mutandis – zu einem guten Teil auch für den Fall, dass die Parteien die SIA-Norm 118 übernommen haben. Das trifft insbesondere für das Kernstück des vorliegenden Aufsatzes zu, die Ausführungen zum Verhältnis Schadenersatz/Aufwendungsersatz (unten IV.). S. im übrigen die einschlägigen Ausführungen bei GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157–190, Zürich 1991, ferner KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 198, 293 ff.

---

<sup>1</sup> In gewisser Weise erlaubt auch die Minderung eine unechte Ersatzvornahme, denn im allgemeinen ist der Minderwert identisch mit den Kosten, welche im Falle einer Drittverbesserung entstehen (BGE 116 II 313; GUHL/MERZ/KOLLER, S. 486). Das ist aber nur eine Faustregel; die Berechnung des Minderwerts knüpft nicht unmittelbar an die betreffenden Kosten an. Es verhält sich insoweit anders als beim Anspruch aus Art. 107 Abs. 2 OR bzw. Art. 366 Abs. 1 OR.

3. **Terminologische Vorbemerkung.** Sowohl bei der echten als auch bei der unechten Ersatzvornahme sind immer drei Personen beteiligt: der Besteller, der Unternehmer und der Dritte. Auch der Dritte ist rechtlich gesehen Unternehmer, denn wer es übernimmt, Mängel eines Werkes zu beseitigen, der schliesst einen Werkvertrag. Dem wird im folgenden dadurch Rechnung getragen, dass der Dritte auch als *Zweitunternehmer* bezeichnet wird, der Unternehmer als *Erstunternehmer*. Beizufügen ist, dass der Zweitunternehmer «Unternehmer des Bestellers» ist. Das heisst: Der Besteller hat den Vertrag mit dem Zweitunternehmer im eigenen Namen zu schliessen; zum Vertragsabschluss im Namen des Erstunternehmers ist er – von Gesetzes wegen – nicht befugt. Das gilt auch bei der echten Ersatzvornahme (III.2.A. Ziff. 2 lit. b).

## II. Unechte Ersatzvornahme

Die Nachbesserungsschuld zerfällt wie die ursprüngliche Leistungspflicht des Unternehmers in zwei Teilpflichten: in die Herstellungspflicht, hier die Pflicht nachzubessern, einerseits und in die Ablieferungspflicht, hier die Pflicht, das nachgebesserte Werk abzuliefern, andererseits. Dementsprechend ist zwischen Herstellungs- und Ablieferungsverzug zu unterscheiden, je nachdem, ob der Unternehmer mit den *Nachbesserungsarbeiten* oder aber mit der *Ablieferung* des verbesserten Werks in Verzug gerät. Auf den *Herstellungsverzug* kommt Art. 366 Abs. 1 OR zur Anwendung, auf den *Ablieferungsverzug* Art. 107 Abs. 2 OR. Sind im Einzelfall beide Verzugstatbestände gegeben, kann sich der Besteller alternativ auf beide Bestimmungen berufen. Wenn sich also der Unternehmer mit der Ablieferung des nachgebesserten Werkes in Verzug befindet und dies seine Ursache darin hat, dass er mit den Nachbesserungsarbeiten in Verzug geraten ist, so kann der Besteller sowohl nach Art. 366 Abs. 1 OR als auch nach Art. 107 Abs. 2 OR vorgehen<sup>2</sup>.

### 1. Nach Art. 107 Abs. 2 OR

Kommt der Unternehmer mit der Ablieferung des nachgebesserten Werks in Verzug, so kann ihm der Besteller nach Art. 107 Abs. 2 OR eine Nachfrist ansetzen und nach ungenutztem Fristablauf auf die Leistung, konkret: die Nachbesserung, verzichten und bei Verschulden des Unternehmers Ersatz des positiven

---

<sup>2</sup> Das wirkt sich, wie noch zu zeigen ist, insbesondere dahin aus, dass der Besteller entweder Nachfrist für die Vornahme der Nachbesserungsarbeiten oder aber für die Ablieferung des nachgebesserten Werkes ansetzen kann.

Vertragsinteresses verlangen<sup>3</sup>. Unter diesem Titel steht dem Besteller Ersatz der Kosten einer Ersatzvornahme zu. Präzisierungen:

a) Die Nachfrist bezieht sich auf die verzögerte Handlung, d.h. hier die Ablieferung des nachgebesserten Werks. Der Besteller, der nach Art. 107 Abs. 2 OR auf die Nachbesserung verzichten will, hat also dem Unternehmer Frist für die Vornahme der Ablieferung anzusetzen. Setzt er Frist nicht für die Ablieferung, sondern für die Vornahme der Nachbesserungsarbeiten an, so steht ihm ein Vorgehen nach Art. 107 Abs. 2 OR nicht offen, wohl aber kann der Besteller in einem solchen Fall nach Art. 366 Abs. 1 OR vorgehen. Wenn also beispielsweise der Besteller den Unternehmer auffordert, er solle die Nachbesserungsarbeiten endlich in Angriff nehmen, und zwar innert dreier Tage, so kommt Art. 366 Abs. 1 OR zum Zuge, nicht Art. 107 Abs. 2 OR. Im Ergebnis spielt dies freilich keine Rolle, weil der Besteller bei Fristablauf nach beiden Bestimmungen völlig gleich gestellt ist (unten II.2. lit. a).

b) Die Ansetzung einer Nachfrist erübrigt sich in den Fällen von Art. 108 OR. Im Vordergrund steht Art. 108 Ziff. 1 OR, wonach auf die Ansetzung einer Nachfrist dann verzichtet werden kann, wenn sich aus dem Verhalten des Unternehmers ergibt, «dass sie sich als unnützlich erweisen würde». Dieser Tatbestand ist in der Praxis häufig. Er ist immer dann gegeben, wenn der Unternehmer die Nachbesserung verweigert. Böser Wille des Unternehmers ist nicht vorausgesetzt. Eine Nachfristansetzung ist daher auch dann nicht erforderlich, wenn der Unternehmer der festen Überzeugung ist, er sei nicht gewährleistungspflichtig<sup>4</sup>. Erfolgt eine Erfüllungsverweigerung dieser Art schon vor Verzugsseintritt, so braucht der Besteller den Verzug nicht abzuwarten, vielmehr kann er schon vorher auf die Nachbesserung verzichten<sup>5</sup>.

c) Das Verschuldenserfordernis bezieht sich auf den Ablieferungsverzug, nicht etwa auf den zu beseitigenden Mangel. Ist der Verzug nicht verschuldet, steht dem Besteller kein Schadenersatz nach Art. 107 Abs. 2 OR zu. Aber nur nach Art. 107 Abs. 2 OR ist kein Schadenersatz geschuldet. Hingegen kann sich der Besteller nach Art. 368 Abs. 2 OR schadlos halten, falls der Unternehmer den *Mangel* verschuldet hat. Genauer: Der Besteller, der gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR rechtswirksam auf die Nachbesserung verzichtet, kann nun anstelle des

---

<sup>3</sup> Wie es sich im vorliegenden Kontext mit dem Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses verhält, bleibt ausser Betracht.

<sup>4</sup> Vgl. den im Anhang wiedergegebenen BGE, S. 2 f.

<sup>5</sup> Mangels Ablieferungsverzugs kommt Art. 107 Abs. 2 OR in einem solchen Fall «nur» analog zum Tragen. Falls der Unternehmer in Herstellungsverzug ist, kann der Leistungsverzicht auch (unmittelbar) auf Art. 366 Abs. 1 OR abgestützt werden.– Zur vorzeitigen Erfüllungsverweigerung im allgemeinen s. KOLLER, BerK, N 22, 27, 257, 281 ff., 337, 730 ff. zu Art. 366 OR.

Nachbesserungsrechts das Minderungsrecht ausüben<sup>6</sup> und einen über den Minderwert hinausgehenden Schaden als Mangelfolgeschaden ersetzt verlangen, falls der Unternehmer den Mangel verschuldet hat. Auf diese Weise können die Kosten einer Ersatzvornahme vollumfänglich liquidiert werden. Statt zu mindern und zusätzlich Ersatz des Mangelfolgeschadens ersetzt zu verlangen, kann der Besteller m.E. auch nur Schadenersatz verlangen. Er braucht also nicht den Minderwert zu berechnen und zusätzlich den verbleibenden Schaden zu substantiieren, vielmehr kann er «einfach» Schadenersatz beanspruchen, also seinen ganzen Schaden (Mangelschaden plus Mangelfolgeschaden) gleichsam in einem Aufwasch liquidieren<sup>7</sup>.

Statt zu mindern, kann der Besteller auch wandeln, falls die spezifischen Voraussetzungen von Art. 368 Abs. 1 und 3 OR erfüllt sind; dazu kommt der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens, falls der Unternehmer den Mangel verschuldet hat<sup>8</sup>. Nach dem Gesagten leben mit dem Verzicht auf die Nachbesserung die ursprünglichen Mängelrechte (Minderungsrecht, Wandelungsrecht, Schadenersatzanspruch nach Massgabe von Art. 368 Abs. 1/2 OR) wieder auf<sup>9</sup>. Der Besteller erlangt mit anderen Worten im Verzichtsfalle dieselbe Rechtsstellung, die er vor Ausübung des Nachbesserungsrechts hatte.

d) Die Schadenersatzpflicht gemäss Art. 107 Abs. 2 OR entspricht derjenigen nach Art. 366 Abs. 1 OR. Sie wird daher erst behandelt, nachdem die Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht nach Art. 366 Abs. 1 OR behandelt sind (unten II.3.).

<sup>6</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1796; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 166.

<sup>7</sup> HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. A. Bern 1992, S. 221; KOLLER, BerK, N 187 zu Art. 363 OR und N 455 f. zu Art. 366 OR. Demgegenüber steht die herrschende Lehre (zit. bei KOLLER, a.a.O.) auf dem Standpunkt, der Schaden i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR meine nur den Mangelfolgeschaden. Auch HONSELL hat sich in der 3. und 4. A. der herrschenden Ansicht angeschlossen, allerdings ohne Begründung.

<sup>8</sup> Bei Bauwerken, die hier ausschliesslich interessieren, wird die Wandelung regelmässig – aber nicht immer (vgl. z.B. BGE 98 II 118 ff.) – ausser Betracht fallen.

<sup>9</sup> Das ist mit Bezug auf die kausalen Mängelrechte völlig unbestritten (vgl. ZINDEL/PULVER, BasK, N 62 zu Art. 368 OR; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1797; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 166). Demgegenüber wird z.T. der Eindruck erweckt, ein Schadenersatzanspruch sei ausgeschlossen, falls der Unternehmer den Verzug nicht verschuldet habe (vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1796; KOLLER, a.a.O.). In Wirklichkeit ist nur ein Schadenersatzanspruch nach Art. 107 Abs. 2 OR ausgeschlossen, während der Anspruch gemäss Art. 368 Abs. 1 und 2 OR durchaus bestehen kann, vorausgesetzt, der Unternehmer hat den *Mangel* verschuldet.

## 2. Nach Art. 366 Abs. 1 OR

Art. 366 Abs. 1 OR ist eine unglücklich formulierte Bestimmung. Der Wortlaut gibt die Rechtslage nicht zutreffend wieder. Der Sache nach ist die Bestimmung nichts anderes als eine auf die Besonderheiten des Werkvertrags zugeschnittene Wiederholungsregel zu Art. 107 Abs. 2 OR. Daraus folgt namentlich zweierlei<sup>10</sup>:

a) Entgegen dem Wortlaut von Art. 366 Abs. 1 OR steht dem Besteller – bei gegebenen Voraussetzungen – nicht nur der Rücktritt vom Vertrag im engen technischen Sinne offen, vielmehr steht ihm die ganze Palette der Möglichkeiten von Art. 107 Abs. 2 OR zur Verfügung. Er hat insbesondere die Möglichkeit, auf die Leistung des Unternehmers, d.h. hier die Nachbesserung, zu verzichten und bei Verschulden des Unternehmers Ersatz des positiven Vertragsinteresses zu verlangen.

Das Verschuldenserfordernis bezieht sich auf den Verzug mit den Nachbesserungsarbeiten. Ist der Verzug nicht verschuldet, steht dem Besteller kein Schadenersatz nach Art. 366 Abs. 1 OR zu. Doch ist wiederum zu beachten, dass sich der Besteller nach Art. 368 Abs. 2 OR schadlos halten kann, falls der Unternehmer den zu beseitigenden *Mangel* verschuldet hat (vgl. oben II.1. lit. c).

b) Entgegen dem Wortlaut von Art. 366 Abs. 1 OR setzt der Leistungsverzicht nicht bloss Verzug, sondern zusätzlich die Ansetzung einer Nachfrist voraus. Der Besteller, welcher das Nachbesserungsrecht ausgeübt hat, kann also, wenn der Unternehmer in Nachbesserungsverzug geraten ist, nicht ohne weiteres auf die Nachbesserung verzichten, sondern muss dem Unternehmer vorher noch eine letzte Erfüllungsgelegenheit einräumen. Vorbehalten sind wiederum die Fälle von Art. 108 OR.

Das Nachfristerfordernis bezieht sich – wie im Rahmen von Art. 107 Abs. 2 OR – auf die verzögerte Leistung. Die verzögerte Leistung ist hier aber nicht die Ablieferung des nachgebesserten Werks, sondern sind vielmehr die *Nachbesserungsarbeiten*. Ist der Unternehmer beispielsweise mit der Aufnahme der Arbeiten in Verzug geraten, so kann ihm der Besteller Frist für den Arbeitsbeginn ansetzen; hat der Unternehmer einen Zwischentermin nicht eingehalten, so kann ihm der Besteller Frist ansetzen, um die bis zu jenem Termin geschuldete Leistung nachzuholen<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Ferner: Der Wortlaut erweckt den Eindruck, nur drei Fälle von Herstellungsverzug würden von der Bestimmung erfasst. In Wirklichkeit werden beliebige Fälle erfasst (KOLLER, BerK, N 3 zu Art. 366 OR).

<sup>11</sup> Als Verzugsfall gilt gemäss Art. 366 Abs. 1 OR auch die Verzögerung der Ausführung «in anderer Weise» (der Unternehmer arbeitet z.B. einschichtig statt, wie vertraglich vorgesehen, zweischichtig). S. zu diesem Tatbestand KOLLER, BerK, N 63 ff. zu Art. 366 OR.



### 3. Der nach Art. 107 Abs. 2 bzw. Art. 366 Abs. 1 OR geschuldete Schadenersatz

1. Bei gegebenen Voraussetzungen hat der Besteller – wie gesagt – sowohl nach Art. 107 Abs. 2 OR als auch nach Art. 366 Abs. 1 OR Anspruch auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses, d.h. darauf, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Unternehmer die Mängel beseitigt hätte. Der Besteller kann daher die Mängel durch einen Dritten beseitigen lassen und die Kosten der Mängelbeseitigung vom Unternehmer ersetzt verlangen. Dabei braucht er nicht abzuwarten, bis die Kosten tatsächlich entstanden sind, vielmehr hat er schon vor der Ersatzvornahme die Möglichkeit, die zu erwartenden (künftigen) Kosten vom Unternehmer ersetzt zu verlangen. Hat der Besteller nicht die Absicht, die Mängel beseitigen zu lassen, so bedeutet dies nicht, dass er ersatzlos bleibt. Er hat vielmehr Anspruch auf die durch die Mängel verursachte Wertminderung des Werks. Die Wertminderung ist grundsätzlich *konkret* zu berechnen<sup>12</sup>, z.B. indem der Besteller dartut, dass er beim Verkauf des Werks wegen der Mängel einen Verlust erlitten hat. Eine *abstrakte* Berechnung ist dann zulässig, wenn die Mängel einen *objektiven* Minderwert des Werks zur Folge haben, d.h. das Werk nach der Verkehrsanschauung mit den Mängeln weniger wert ist als ohne Mängel. Diesfalls gelten als Schaden die hypothetischen Kosten einer Ersatzvornahme. Ein objektiver Minderwert ist insbesondere bei Mängeln, welche die Gebrauchstauglichkeit des Werks einschränken, zu bejahen. Kein objektiver Minderwert ist hingegen dann anzunehmen, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt und dadurch lediglich ein Affektionsinteresse des Bestellers betroffen ist<sup>13</sup>.

Nach dem Gesagten kann der Besteller den Schaden bei Mängeln, welche einen objektiven Minderwert des Werks mit sich bringen, konkret oder abstrakt berechnen: *konkret*, indem er die Ersatzvornahme durchführt und die entstandenen Kosten ersetzt verlangt oder indem er die mutmasslichen Kosten der erst geplanten Ersatzvornahme beansprucht; *abstrakt*, indem er die hypothetischen Kosten

---

<sup>12</sup> Statt vieler KELLER ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, 2. A. Bern 1998, S. 27.

<sup>13</sup> Dass der Schaden ausnahmsweise abstrakt berechnet werden darf, ist allgemein anerkannt und z.T. im Gesetz ausdrücklich vorgesehen (vgl. z.B. Art. 191 Abs. 3 und 215 Abs. 2 OR). Im vorliegenden Kontext rechtfertigt sich eine abstrakte Schadensberechnung aus der Überlegung, dass der Besteller bei Mängeln, welche einen objektiven Minderwert des Werks zur Folge haben, auch dann einen Vermögensnachteil erleidet, wenn er auf die Ersatzvornahme verzichtet. Dieser Nachteil besteht im geringeren Verkehrswert des (mängelbehafteten) Werks, welcher sich jederzeit in einem konkreten Nachteil auswirken kann, so etwa bei einer Weiterveräußerung. Dabei ist in Kauf zu nehmen, dass sich der Nachteil möglicherweise nie realisieren wird. Eine abstrakte Schadensberechnung ist aber nur dort gerechtfertigt, wo sich der Nachteil *typischerweise* realisiert. Wo dies nicht zutrifft, ist ein konkreter Schadensnachweis erforderlich, so bei Mängeln, welche keinen objektiven Minderwert des Werks mit sich bringen.

einer Ersatzvornahme beansprucht. Die konkrete, an den künftigen Kosten einer Ersatzvornahme orientierte Schadensberechnung hat offensichtliche Gemeinsamkeiten mit der abstrakten Berechnung. Der zentrale Unterschied besteht darin, dass es bei der abstrakten Berechnung nicht auf den Willen zur Ersatzvornahme ankommt, wogegen der Besteller, der den Schaden konkret berechnet, diesen Willen hat<sup>14</sup> und die Schadensberechnung an den konkret zu erwartenden Kosten orientiert.

2. Berechnet der Besteller seinen Schaden nach den hypothetischen oder künftigen Kosten der Ersatzvornahme, so hat dies den Vorteil, dass er die Ersatzvornahme gleichsam bevorschussen lassen kann: Er muss nicht abwarten, bis die Ersatzvornahme durchgeführt ist. Der *Nachteil* dieser Schadensberechnung besteht darin, dass sich die Kosten einer Ersatzvornahme nicht auf Heller und Pfennig genau vorherbestimmen lassen<sup>15</sup>. Oft sind die tatsächlichen Kosten erheblich höher als die ursprünglich angenommenen. In einem solchen Fall bleibt der Besteller, der die Mängel in der Folge beseitigen lässt, auf einem Teil der Kosten sitzen. Denn ist der Schaden einmal liquidiert, so kann der Besteller nicht im nachhinein ein weiteres Schadenersatzbegehren stellen<sup>16</sup>.

Den eben erwähnten Nachteil vermeidet der Besteller, wenn er die Mängel vorerst beseitigen lässt und erst im nachhinein Kostenersatz verlangt. Dieses Vorgehen hat jedoch den Nachteil, dass der Besteller die Kosten der Ersatzvornahme vorschüssen muss, denn ein Recht auf Kostenvorschuss kennt das vertragliche Haftungsrecht – *de lege lata* – nicht<sup>17</sup>. Das kann für den Besteller ein nicht unbedeutender Nachteil sein, jedenfalls dann, wenn er bereits den ganzen Werklohn bezahlt hat. Diesfalls riskiert er, dass sein Schadenersatzanspruch an fehlender

<sup>14</sup> Oder zumindest vorgibt, ihn zu haben.

<sup>15</sup> Anders nur dann, wenn der Besteller mit dem Zweitunternehmer, dem er die Mängelbeseitigung überträgt, einen Pauschalpreis abgemacht hat. Diesfalls gehen Mehrkosten, mit denen ursprünglich nicht gerechnet wurde, zu Lasten des Zweitunternehmers, nicht des Bestellers.

<sup>16</sup> Einen Vorbehalt macht Art. 46 Abs. 2 OR für Körperschäden. Diese Bestimmung gilt für andere Schäden, auch solche, wie sie hier zur Diskussion stehen, nicht. Doch ist zu beachten, dass Art. 46 Abs. 2 OR Teilklagen nicht ausschliesst (BREHM, BerK, N 154 zu Art. 46 OR); der Besteller hat also die Möglichkeit, seinen Schaden sukzessive im Verlaufe der Entstehung, d.h. der anfallenden Kosten, ersetzt zu verlangen (s. nachstehend im Text; BREHM, BerK, N 151 zu Art. 46 OR).

<sup>17</sup> Für das ausservertragliche Haftungsrecht soll sich dies ändern (vgl. den Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts vom August 1991, S. 149 f.; Vorentwurf für einen Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts der Professoren PIERRE WIDMER und PIERRE WESSNER, Art. 53, abgedruckt in SVZ 1997, S. 61, und kommentiert von WIDMER in SVZ 1997, S. 45). *De lege lata* sieht bereits Art. 28 KHG die Möglichkeit vor, dass der Richter Abschlagszahlungen zuspricht, wenn damit zu rechnen ist, dass das Gerichtsverfahren längere Zeit in Anspruch nehmen wird.

Solvenz des Schuldners scheitert. Dieses Risiko besteht dann nicht, wenn der Besteller den Werklohn mindestens in Höhe der Kosten der Ersatzvornahme noch nicht bezahlt hat. In einem solchen Fall kann er die betreffenden Kosten vom ausstehenden Werklohn in Abzug bringen und braucht nur noch die Differenz zu bezahlen<sup>18</sup>.

Der Besteller steht nach dem Gesagten vor der Alternative, seinen Schaden genau zu berechnen, dafür die Kosten der Ersatzvornahme vorschliessen zu müssen, oder aber bei der Schadensberechnung erhebliche Unsicherheiten in Kauf zu nehmen, dafür sofortigen Kostenersatz zu erhalten. Diesem Dilemma kann er teilweise entgehen, indem er den Schaden mittels Teilklagen sukzessive nach dem Kostenanfall ersetzt verlangt<sup>19</sup> und auf diese Weise gleichsam Abschlagszahlungen erwirkt. Dieses Vorgehen ist jedoch umständlich und damit unpraktikabel.

Als Fazit ist festzuhalten, dass die Liquidation der Ersatzvornahmekosten auf dem Wege des Schadenersatzes gewisse nicht zu vermeidende Nachteile aufweist. Der Besteller wird sich daher mit Interesse der Frage zuwenden, ob sich diese Nachteile im Rahmen der echten Ersatzvornahme vermeiden lassen.

### III. Echte Ersatzvornahme

Wie bereits gesagt (oben I. Ziff. 1), hat der Besteller nach Massgabe von Art. 98 Abs. 1 und Art. 366 Abs. 2 OR die Möglichkeit, die Mängel, welche der Unternehmer pflichtwidrig nicht beseitigt, durch einen Dritten beseitigen zu lassen und die Kosten nicht unter dem Titel Schadenersatz, sondern als Aufwendungsersatz zu liquidieren. Von den beiden erwähnten Bestimmungen ist Art. 366 Abs. 2 OR die weitaus bedeutsamere. Denn während Art. 98 Abs. 1 OR die Ersatzvornahme von einer richterlichen Ermächtigung abhängig macht, trifft dies für Art. 366 Abs. 2 OR nicht zu. Art. 98 Abs. 1 OR wird daher im folgenden vernachlässigt. Er wird nur insoweit behandelt, als dies zum besseren Verständnis von Art. 366 Abs. 2 OR erforderlich scheint. Im übrigen wird auf die einschlägigen Ausführungen im Berner Kommentar verwiesen<sup>20</sup>.

Art. 366 Abs. 2 OR findet freilich auf den Nachbesserungsverzug nur analoge Anwendung. Analoge Anwendung aber findet er, wie das Bundesgericht in kon-

<sup>18</sup> Differenztheorie (vgl. KOLLER, BerK, N 452 zu Art. 366 OR). Statt dessen kann der Besteller die Ersatzvornahmekosten auch in vollem Umfang geltend machen und den entsprechenden Anspruch mit der Werklohnforderung zur Verrechnung bringen (Austauschtheorie; vgl. KOLLER, a.a.O.). Daran besteht freilich regelmässig kein praktisches Interesse.

<sup>19</sup> Ein solches Vorgehen wird durch Art. 46 Abs. 2 OR nicht ausgeschlossen (oben Anm. 16; BREHM, BerK, N 154 zu Art. 46 OR).

<sup>20</sup> KOLLER, BerK, N 87 ff. zu Art. 366 OR.

stanter Rechtsprechung entschieden hat<sup>21</sup>. Die in der Lehre gegen diese Rechtsprechung vorgebrachten Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Das wird nachstehend unter 1. näher ausgeführt. Unter 2. folgen Ausführungen zum materiellen Gehalt von Art. 366 Abs. 2 OR.

## 1. Analoge Anwendbarkeit von Art. 366 Abs. 2 OR?

Art. 366 Abs. 2 OR ist eine Parallelbestimmung zu Art. 368 OR. Während diese letztere Bestimmung an einen Mangel nach Ablieferung des Werks anknüpft, bezieht sich Art. 366 Abs. 2 OR auf Mängel vor der Ablieferung. Genauer befasst sich Art. 366 Abs. 2 OR mit dem Sachverhalt, dass vor der Werkablieferung ein Mangel entstanden oder im Entstehen begriffen ist, und zwar durch schuldhaftes vertragswidriges Verhalten des Unternehmers. Auf die Art der Vertragswidrigkeit (Schlechterfüllung, Verzug, usw.) kommt – entgegen der Marginalie – nichts an<sup>22</sup>. Insbesondere ist nicht vorausgesetzt, dass der Unternehmer einen Mangel durch *positives* Tun – schuldhaft – herbeiführt<sup>23</sup>. Es genügt vielmehr, wenn er durch eine (schuldhafte) Unterlassung die Entstehung eines Mangels ermöglicht oder wenn er (schuldhaft) einen bestehenden Mangel nicht beseitigt. Mit anderen Worten kommt Art. 366 Abs. 2 OR nicht zuletzt dann zur Anwendung, wenn der Unternehmer mit der Beseitigung eines Mangels – vor Ablieferung des Werks – (schuldhaft) in Verzug gerät. Wenn dem aber so ist, so ist Art. 366 Abs. 2 OR konsequenterweise auch auf den Nachbesserungsverzug zur Anwendung zu bringen. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb der Verzug mit der Beseitigung eines Mangels *vor* der Ablieferung den Weg zu Art. 366 Abs. 2 OR öffnen soll, nicht aber der Verzug mit der Beseitigung eines Mangels *nach* der Ablieferung. In beiden Fällen drängt es sich auf, dem Besteller die Möglichkeit zu geben, den Mangel ohne Gang zum Richter durch einen Dritten beseitigen zu lassen, dies aus der Überlegung, dass Mängel oft schadensträchtig sind, damit die Rechtsgüter des Bestellers gefährden und daher die Mängelbeseitigung dringlich ist. Freilich ist Dringlichkeit nicht in jedem Einzelfall gegeben. Der Gesetzgeber hat jedoch darauf verzichtet, die Dringlichkeit zum Tatbestandsmerkmal von Art. 366 Abs. 2 OR zu erheben, dies mit gutem Grund: im Interesse der Rechtssicherheit, insbesondere zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten. Eine teleologische Reduktion auf Dringlichkeitsfälle ist daher

---

<sup>21</sup> Grundlegend BGE 107 II 55 f., neustens der im Anhang wiedergegebene BGE, S. 6 E. 2a.

<sup>22</sup> KOLLER, BerK, N 511 ff. zu Art. 366 OR.

<sup>23</sup> Aber nur *mängelbezogene* Vertragswidrigkeiten fallen unter Art. 366 Abs. 2 OR (KOLLER, BerK, N 519 ff. zu Art. 366 OR, mit Hinweisen auf abweichende Ansichten).

abzulehnen, sowohl im unmittelbaren als auch im analogen Anwendungsbereich von Art. 366 Abs. 2 OR<sup>24</sup>.

Aus dem Gesagten folgt, dass der Besteller unter Umständen ohne richterliche Ermächtigung zur Ersatzvornahme schreiten kann, obwohl sich im konkreten Fall ein Absehen vom Ermächtigungserfordernis nach der ratio legis von Art. 366 Abs. 2 OR an sich nicht rechtfertigt. Das mag auf den ersten Blick überraschen. Indessen ist es kein seltenes Phänomen, dass der Anwendungsbereich einer Bestimmung über die ratio legis hinausschiesst. So darf etwa bei Verstössen gegen Formvorschriften nicht gefragt werden, ob im Einzelfall der Formzweck (z.B. Übereilungsschutz) die Einhaltung der Form erforderte<sup>25</sup>.

Dass sich die analoge Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR auf den Nachbesserungsverzug aufdrängt, sei an einem Beispiel veranschaulicht:

Zimmermann A hat am Hause des B den Dachstock zu errichten. Nach Fertigstellung des Dachstocks, aber noch vor dessen Ablieferung, zeigen sich am Dachstock Mängel, welche offenbar von einer fehlerhaften Beschaffenheit des von A verwendeten Holzes herrühren. Kommt A mit den nötigen Sanierungsarbeiten in Verzug, so kann B nach Massgabe von Art. 366 Abs. 2 OR auf die Reparatur durch A verzichten und diese auf Gefahr und Kosten des A einem Dritten übertragen. Warum sollte ihm dieses Vorgehen nicht offenstehen, wenn sich die fehlerhafte Beschaffenheit des Holzes erst kurz *nach* der Ablieferung zeigt und nun A mit der von B verlangten Reparatur (Nachbesserung) in Verzug gerät? Verneint man die Frage, so muss sich B vom Richter zur Ersatzvornahme ermächtigen lassen (Art. 98 Abs. 1 OR). Dieses Erfordernis aber verträgt sich mit den schützenswerten Bedürfnissen des B nicht.

Gegen die analoge Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR kann nicht vorgebracht werden, Art. 368 OR erwähne das Recht auf Ersatzvornahme nicht. Denn bei diesem Recht handelt es sich um ein sekundäres Mängelrecht, welches nicht an den Mangel als solchen, sondern an den Nachbesserungsverzug anknüpft; sekundäre Mängelrechte aber regelt Art. 368 Abs. 2 OR generell nicht. Daraus wird zu Recht nicht geschlossen, sekundäre Mängelrechte gebe es nicht. So ist beispielsweise anerkannt, dass das Wandlungs- und das Minderungsrecht (als sekundäre Mängelrechte!) wiederaufleben, wenn der Besteller auf die Nachbesserung gemäss Art. 107 Abs. 2 OR oder Art. 366 Abs. 1 OR verzichtet (oben II.1. lit. c).

---

<sup>24</sup> Vgl. demgegenüber GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1823, der Art. 366 Abs. 2 OR auf den Nachbesserungsverzug nur dann anwenden will, wenn Gefahr im Verzuge ist. Wer dieser Ansicht folgt, darf die Bestimmung konsequenterweise auch im unmittelbaren Anwendungsbereich nur bei Gefahrslagen heranziehen. Das aber scheint angesichts des Gesetzeswortlauts, der das Gefahrenelement auch nicht ansatzweise erwähnt, nicht zutreffend.

<sup>25</sup> Vgl. in verwandtem Zusammenhang LARENZ KARL/CANARIS CLAUDIUS-WILHELM, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Studienausgabe), 3. A. Berlin/Heidelberg/New York 1995, S. 212.

## 2. Das Recht auf Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR

### A. Das Grundsätzliche

1. Kommt der Unternehmer mit der Nachbesserung in Verzug, so kann ihm der Besteller eine angemessene Frist zur Abhilfe, also zur Mängelbeseitigung, ansetzen, verbunden mit der Androhung, er werde die Nachbesserung auf Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen, falls die Frist ungenutzt verstreichen sollte. Tritt dieser Fall ein, so kann der Besteller androhungsgemäss einen Dritten mit der Ersatzvornahme betrauen und die entsprechenden Kosten als Aufwendungsersatz beim Unternehmer geltend machen. Macht der Besteller von diesem Recht Gebrauch, so kann er nicht gleichzeitig am Nachbesserungsanspruch gegenüber dem Unternehmer festhalten. Das ist zwar in Art. 366 Abs. 2 OR nicht ausdrücklich so gesagt. Wenn es hier aber heisst, der Besteller könne die Verbesserung einem Dritten «übertragen», so ist damit offenbar gemeint, er könne sie dem Unternehmer entziehen und damit einen Dritten betrauen<sup>26</sup>. Allein diese Auslegung nimmt auf die schützenswerten Interessen des Unternehmers gebührend Rücksicht. Diesem wäre es nicht zumutbar, sich nach der Beauftragung des Dritten weiterhin erfüllungsbereit zu halten, z.B. für den Fall, dass der Dritte die Mängel unvollständig beseitigen sollte<sup>27</sup>.

Hat der Besteller zwar eine Abhilfefrist gesetzt, jedoch die Ersatzvornahme nicht angedroht, so kann er zwar nach fruchtlosem Fristablauf auf die Nachbesserung verzichten und allenfalls Schadenersatz gemäss Art. 107 Abs. 2 OR bzw. Art. 366 Abs. 1 OR geltend machen<sup>28</sup>. Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz steht ihm hingegen nicht zu.

2. Das Recht auf Ersatzvornahme ist ein Recht auf **Ersatzerfüllung** (Selbsthilferecht<sup>29</sup>): Der Besteller verzichtet auf Realerfüllung, d.h. Nachbesserung,

<sup>26</sup> Vgl. KOLLER, BerK, N 470 und 585 zu Art. 366 OR.

<sup>27</sup> Kurz: Der Erst- und der Zweitunternehmer schulden die Nachbesserungsarbeiten nicht solidarisch. Verpflichtet ist vielmehr nur der Zweitunternehmer, wogegen sich die Verpflichtung des Erstunternehmers darauf beschränkt, die Kosten der Ersatzvornahme zu vergüten.

<sup>28</sup> S. im einzelnen KOLLER, BerK, N 477 ff. zu Art. 366 OR.– Ferner sei daran erinnert, dass mit dem Verzicht auf die Nachbesserung das Minderungsrecht des Bestellers wieder auflebt, unter den Voraussetzungen von Art. 368 Abs. 1 und 3 OR auch das Wandlungsrecht (oben II.1. lit. c).

<sup>29</sup> Dieser in der Lehre gebräuchliche Ausdruck ist missverständlich, weil man unter Selbsthilfe normalerweise nur den Eingriff in den Rechtskreis eines Dritten ohne dessen Einwilligung und ohne richterliche Ermächtigung versteht (vgl. Art. 52 Abs. 3 OR, § 229 BGB). Zur Selbsthilfe in diesem Sinne ist der Werkbesteller nicht ermächtigt. Insbesondere hat er an den Richter zu gelangen, wenn der Unternehmer die Kosten der Ersatzvornahme nicht freiwillig übernimmt.

durch den Unternehmer, hat aber dafür das Recht, sich Realerfüllung durch Bezug eines Dritten (Zweitunternehmer) auf Kosten des Unternehmers (Erstunternehmer) zu verschaffen. Aus dieser konzeptionellen Grundeinstellung folgt dreierlei:

a) Die vom Zweitunternehmer vorgenommene Mängelbeseitigung wird dem Erstunternehmer zugerechnet: Mit der Ablieferung des Zweitunternehmerwerks ist auch der Werkvertrag des Erstunternehmers erfüllt. Daher hat dieser Anspruch auf den ganzen Werklohn, sobald der Zweitunternehmer das nachgebesserte Werk abgeliefert hat.

Vorbehalten sind Fälle, in denen der Zweitunternehmer die Mängel nicht vollständig beseitigt, also selbst ein mangelhaftes Werk abgeliefert hat. Auf diesen Sonderfall wird später eingegangen (unten III.2.F.).

b) Die Kosten, welche dem Besteller aus dem Bezug des Zweitunternehmers entstehen, gehen – wie in Art. 366 Abs. 2 OR ausdrücklich gesagt – zu Lasten des Erstunternehmers. Auch dies versteht sich von selbst, wenn man das Recht auf Ersatzvornahme als Recht auf Ersatzerfüllung auffasst: Der Besteller verschafft sich über den Zweitunternehmer Erfüllung des mit dem Erstunternehmer geschlossenen Werkvertrags und muss dafür den ganzen Werkpreis bezahlen; dass er daneben nicht auch noch zusätzlich den Zweitunternehmer entlöhen muss, ist nur konsequent. Zu beachten ist allerdings, dass der Besteller den Werkvertrag mit dem Zweitunternehmer im eigenen Namen zu schliessen hat. Dementsprechend ist er im Aussenverhältnis vergütungspflichtig, er hat aber einen Regressanspruch gegen den Erstunternehmer.

Zum Umfang des Kostenersatzes s. unten III.2.D.

c) Fasst man das Recht auf Ersatzvornahme als Recht auf Ersatzerfüllung auf, so versteht sich von selbst, dass der Besteller nur dann einen Anspruch auf Kostenersatz hat, wenn er die Mängel tatsächlich beseitigen lässt. Verzichtet er darauf, so steht ihm höchstens Schadenersatz zu.

3. Macht der Besteller von seinem Recht auf (echte) Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR Gebrauch, so entsteht ein **Dreiecksverhältnis**. Bei dessen Darstellung sind Wiederholungen nicht ganz zu vermeiden.

– *Zwischen dem Besteller und dem Zweitunternehmer* besteht ein Werkvertrag, der auf die Verbesserung des Erstunternehmerwerks gerichtet ist. Dem Besteller stehen alle werkvertraglichen Rechte zu, andererseits ist er auch zur Werklohnzahlung verpflichtet.

Erfüllt der Zweitunternehmer mangelhaft, so ist er dem Besteller gewährleistetungspflichtig (unten III.2.F. Ziff. 2).

– *Zwischen dem Besteller und dem Erstunternehmer* besteht ein Abwicklungsverhältnis, welches zwei Forderungen umfasst: Einerseits hat der Be-

steller Anspruch darauf, dass ihm der Werklohn, den er dem Zweitunternehmer zu bezahlen hat, erstattet wird (Anspruch auf Aufwendungsersatz). Andererseits hat der Erstunternehmer gegen den Besteller einen Anspruch auf den vertraglichen Werklohn für die ersatzweise getätigten Erfüllungshandlungen; denn die Erfüllungshandlungen des Zweitunternehmers werden – wie gesagt – dem Erstunternehmer zugerechnet.

Eine Zurechnung erfolgt freilich auch in der Weise, dass Mängel der Ersatzvornahme zu Lasten des Erstunternehmers gehen. Dieser wird daher – neben dem Zweitunternehmer – gewährleistetungspflichtig (unten III.2.F. Ziff. 1).

- *Zwischen dem Erstunternehmer und dem Zweitunternehmer* besteht grundsätzlich keine Rechtsbeziehung. Anders jedoch dann, wenn der Zweitunternehmer mangelhaft erfüllt. Wird der Erstunternehmer für diese Mängel vom Besteller zur Rechenschaft gezogen, so hat er allenfalls einen Regressanspruch gegen den Zweitunternehmer. Auch das Umgekehrte gilt, falls der Besteller den Zweitunternehmer belangt (s. unten III.2.F. Ziff. 3).

## B. Zu den Voraussetzungen der Ersatzvornahme: Nachträge und Ergänzungen

1. Art. 366 Abs. 2 OR macht den Anspruch auf Aufwendungsersatz von einem «**Verschulden** des Unternehmers» abhängig. Das bedeutet im vorliegenden Kontext, dass der Unternehmer entweder den Mangel oder den Nachbesserungsverzug verschuldet haben muss<sup>30</sup>. Zumindest ein Verschulden im letzteren Sinne wird regelmässig gegeben sein.

Fehlt es ausnahmsweise an einem Verschulden, so hat der Besteller zwar keinen Anspruch auf Aufwendungsersatz gemäss Art. 366 Abs. 2 OR, hingegen stehen ihm die allgemeinen verzugsrechtlichen Rechtsbehelfe zur Verfügung. Das heisst: Der Besteller kann unter den Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 OR bzw. Art. 366 Abs. 1 OR auf die Nachbesserung verzichten. Im Falle eines Leistungsverzichts leben die mit der Ausübung des Nachbesserungsrechts untergegangenen Mängelrechte wieder auf. Der Besteller kann nun also wandeln oder mindern, vorausgesetzt, die spezifischen Voraussetzungen dieser Mängelrechte sind erfüllt.

Ein Teil der Lehre ist der Meinung, ein Verschulden sei trotz des insoweit klaren Wortlauts von Art. 366 Abs. 2 OR nicht erforderlich. In Wirklichkeit hafte der Unternehmer kausal. Eine Haftung greife nur dann nicht Platz, wenn den Besteller ein Selbstverschulden i.S.v. Art. 369 OR treffe<sup>31</sup>. Begründet wird dies einer-

<sup>30</sup> Anders Art. 169 SIA-Norm 118 (GAUCH, [zit. auf S. 4, I. Ziff. 2], N 10 lit. a zu Art. 169).

<sup>31</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 880 f.; ZINDEL/PULVER, BasK, N 35 zu Art. 366 OR; TERCIER, Nr. 3478; ZELTNER URS, Die Mitwirkung des Bauherrn bei der Erstellung des Bauwerkes, Diss. Freiburg/CH 1993, Nr. 294; wie im Text hingegen BECKER, BerK, N 6 zu Art. 366 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 5 a.E. zu Art. 366 OR; HONSELL, S. 253.



seits mit dem systematischen Zusammenhang von Art. 366 Abs. 2 OR und Art. 368 OR, zum andern damit, dass es sonst Fälle gäbe, «in denen der Besteller bis zur Ablieferung des Werks zuwarten müsste, um sich gegen die mangelhafte Erstellung des (dann vollendeten) Werkes wehren zu können» (GAUCH, Werkvertrag, Nr. 881). Beide Argumente gehen m.E. fehl, wie ich an anderer Stelle darzutun versucht habe<sup>32</sup>.

2. Zur **Abhilfefrist** i.S.v. Art. 366 Abs. 2 OR:

a) *Gegenstand der Frist*. Der Besteller kann die Abhilfefrist sowohl auf die Nachbesserungsarbeiten als auch auf die Ablieferung des nachgebesserten Werkes beziehen. Beides ist möglich, wie ja auch im Rahmen der verzugsrechtlichen Bestimmungen beides möglich ist (oben II.1. lit. a bzw. II.2. lit. b). Hat beispielsweise der Unternehmer mit den Nachbesserungsarbeiten noch überhaupt nicht begonnen, so kann ihm der Besteller eine Frist für die Aufnahme der Arbeiten ansetzen, aber auch für die Ablieferung des nachgebesserten Werkes.

b) *Dauer der Frist*. Die Frist muss «angemessen» sein. Was angemessen ist, hängt von den Umständen ab. Es kann insoweit – mutatis mutandis – auf die zu Art. 107 Abs. 2 OR entwickelten Grundsätze abgestellt werden<sup>33</sup>. Entsprechendes gilt in der Frage, wie es sich im Falle der Ansetzung einer zu kurzen Frist verhält<sup>34</sup>.

c) Art. 108 OR kommt im vorliegenden Kontext analog zur Anwendung. Die Ansetzung einer Abhilfefrist erübrigt sich daher in Fällen, in denen sich der Unternehmer weigert, die Mängelbeseitigung vorzunehmen (Art. 108 Ziff. 1 OR analog). Solche Fälle sind – wie bereits gesagt – häufig. Insbesondere kommt es immer wieder vor, dass ein Unternehmer der Meinung ist, er sei für einen Mangel nicht gewährleistetspflichtig und daher auch nicht zur Nachbesserung verpflichtet.

3. Will der Besteller nach Art. 366 Abs. 2 OR vorgehen, so hat er mit der Ansetzung der Abhilfefrist die **Ersatzvornahme anzudrohen**.

a) Der Zweck des Androhungserfordernisses besteht darin, dem Unternehmer die Tragweite einer Nichteinhaltung der Abhilfefrist vor Augen zu führen. Diesem Zweck ist Genüge getan, wenn sich der Besteller das Recht *vorbehält*, gegebenenfalls zur Ersatzvornahme zu schreiten. Dass er diese Massnahme als *sicher* in Aussicht stellt, falls die Frist ungenutzt verstreichen sollte, ist also nicht erfor-

<sup>32</sup> BerK, N 542 zu Art. 366 OR.

<sup>33</sup> Dazu WIEGAND, BasK, N 9 zu Art. 107 OR, m.w.Nw.; teilweise abweichend KOLLER, BerK, N 302 ff. zu Art. 366 OR.

<sup>34</sup> S. dazu KOLLER, BerK, N 323 ff. zu Art. 366 OR, mit Hinweisen auf den kontroversen Meinungsstand.

derlich. Dies bedarf angesichts des nicht ganz eindeutigen Wortlauts der besonderen Hervorhebung.

b) Auf die Androhung der Ersatzvornahme kann verzichtet werden, wenn sich der Unternehmer weigert, die Nachbesserung vorzunehmen. Die Androhung wäre diesfalls ein «zweckloses Ritual» und damit eine «überflüssige Förmelerei»<sup>35</sup>. Sie trotzdem zu verlangen, verbietet der Grundgedanke von Art. 108 Ziff. 1 OR.

c) Bleibt die Androhung fruchtlos, d.h. läuft die Abhilfefrist ungenutzt ab, so besteht nun die angedrohte Rechtslage:

- Hat sich der Besteller das Recht, einen Dritten zu beauftragen, (bloss) vorbehalten, so kann er nun dieses Recht ausüben, d.h. die Mängelbeseitigung auf Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen. Verpflichtet, dieses Recht auszuüben, ist er nicht: Einerseits ist es ihm unbenommen, an der Nachbesserung durch den Unternehmer festzuhalten; zum andern kann er auf die Nachbesserung verzichten und Schadenersatz (statt Aufwendungsersatz) verlangen. Das Schadenersatzbegehren lässt sich freilich nicht aus Art. 366 Abs. 2 OR herleiten; Anspruchsgrundlage bildet vielmehr Art. 366 Abs. 1 OR bzw. Art. 107 Abs. 2 OR.

Zu beachten ist, dass im vorliegenden Kontext das Sofort-Erfordernis von Art 107 Abs. 2 OR gilt: Will der Besteller auf die Nachbesserung verzichten und entweder Schadenersatz oder Aufwendungsersatz verlangen, so hat er dies unverzüglich zu erklären. Versäumt er dies, so bleibt das Nachbesserungsrecht weiterbestehen, damit auch die Möglichkeit des Unternehmers, sich durch Nachbesserung zu befreien. Aber nur der Leistungsverzicht ist sofort zu erklären; für die Wahlentscheidung zwischen Schadenersatz und Aufwendungsersatz besteht keine zeitliche Dringlichkeit<sup>36</sup>.

- Hat der Besteller die Beauftragung eines Dritten als sicher in Aussicht gestellt, so fällt die Nachbesserungspflicht des Unternehmers mit Fristablauf eo ipso dahin<sup>37</sup>; an deren Stelle tritt das Recht des Bestellers, die Nachbesserung auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten vornehmen zu lassen.

<sup>35</sup> So SOERGEL/WIEDEMANN, N 65 zu § 326 BGB, in verwandtem Zusammenhang. In dem im Anhang wiedergegebenen BGE wurde offenbar auf die Androhung verzichtet, ohne dass der Unternehmer dies moniert hätte.

<sup>36</sup> KOLLER, BerK, N 600 zu Art. 366 OR.

<sup>37</sup> Vgl. in verwandtem Zusammenhang KOLLER, BerK, N 244 zu Art. 366 OR.

d) Hat es der Besteller versäumt, die Ersatzvornahme anzudrohen, so hat er zwar kein Recht auf Ersatzvornahme, hingegen kann er nichtsdestotrotz auf die Nachbesserung verzichten und nach Massgabe von Art. 107 Abs. 2 bzw. Art. 366 Abs. 1 OR Schadenersatz verlangen (oben III.2.A. Ziff. 1).

### C. Anspruch auf Kostenvorschuss?

1. Umstritten ist, ob der Anspruch auf Kostenersatz ein reiner Rückerstattungsanspruch ist oder ob er auch einen Anspruch auf Kostenvorschuss beinhaltet<sup>38</sup>. M.E. ist ein solcher Anspruch zu **bejahen**<sup>39</sup>. Das ist nicht nur ein Gebot der Billigkeit<sup>40</sup>, sondern entspricht auch der konzeptionellen Grundauffassung, wonach Art. 366 Abs. 2 OR einen modifizierten Erfüllungsanspruch verschafft: Der Besteller hat auch nach der Übertragung der Nachbesserungsarbeiten auf einen Dritten Anspruch darauf, dass der Erstunternehmer erfüllt, wenn auch nicht in forma specifica, so doch mittels Bevorschussung der Ersatzvornahme. Dieser Anspruch ist fällig, sobald die Nachbesserungsforderung dahingefallen ist (vgl. dazu oben III.2.A. Ziff. 1 und III.2.B. Ziff. 3).

2. **Präzisierungen:** – a) Der Besteller kann sich die ganzen mutmasslichen Kosten der Ersatzvornahme *auf einmal* bevorschussen lassen. Er hat also nicht bloss Anspruch darauf, dass ihm die Kosten sukzessive nach Massgabe der dem Zweitunternehmer zu tätigen Zahlungen bevorschusst werden.

<sup>38</sup> Vgl. einerseits FELLMANN, S. 118; WIEGAND, BasK, N 7 zu Art. 98 OR (gegen den Kostenvorschuss); andererseits VON TUHR/ESCHER, S. 91; BECKER, BerK, N 3 zu Art. 98 OR (dafür). Alle diese Autoren beziehen sich allerdings auf Art. 98 Abs. 1 OR, nicht Art. 366 Abs. 2 OR. Es ist jedoch anzunehmen, dass sie mit Bezug auf die letztere Bestimmung nicht anders entscheiden würden, denn die Frage der Vorschusspflicht stellt sich bei beiden Bestimmungen in gleicher Weise. Beizufügen ist, dass sich die speziell zu Art. 366 OR ergangene Lehre, soweit ersichtlich, zur Frage der Vorschusspflicht nicht äussert (vgl. die Kommentare von BECKER, BÜHLER, GAUTSCHI, OSER/SCHÖNENBERGER und ZINDEL/PULVER sowie den «Werkvertrag» von GAUCH).

<sup>39</sup> Wer einen Vorschussanspruch verneint, muss dem Besteller zumindest das Recht zustehen, fälligen Werklohn zurückzubehalten, soweit dies nötig ist, um die Ersatzvornahme zu finanzieren (vgl. LG Köln, BauR 1973, S. 114; JAUERNIG/SCHLECHTRIEM, N 25 a.E. zu § 633 BGB). Ein Rückbehaltungsrecht vermöchte aber dem Besteller nur zu helfen, wenn er den Werklohn noch nicht bezahlt hat. Hätte er ihn bereits bezahlt, müsste er bei Ablehnung eines Vorschussanspruchs zuwarten, bis er den Zweitunternehmer bezahlt hat, um hierauf auf den Erstunternehmer zu regressieren. Für eine derartige unterschiedliche Behandlung des Bestellers, je nachdem, ob er den Werklohn bereits bezahlt hat oder nicht, besteht kein Anlass. Man vermeidet diese ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, indem man den Vorschussanspruch befürwortet.

<sup>40</sup> Diesen Gesichtspunkt heben die deutsche Rechtsprechung und Lehre hervor; vgl. z.B. 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.

Reicht der erhaltene Kostenvorschuss nicht aus, um die ganzen Kosten der Ersatzvornahme zu finanzieren, so kann ein weiterer Vorschuss angefordert werden<sup>41</sup>.

b) Nach Abschluss der Ersatzvornahme hat der Besteller über die Verwendung des Kostenvorschusses *Rechenschaft* abzulegen<sup>42</sup>. Einen allfälligen Überschuss hat er dem Unternehmer zurückzuerstatten.

Soweit der Besteller aus dem Kostenvorschuss Nutzen (Zinsen) gezogen hat, hat er diesen in die Abrechnung einzubeziehen. Nur so lässt sich rechtfertigen, dass die ganzen Kosten der Ersatzvornahme zum vornherein zu bezahlen sind und nicht bloss sukzessive nach Massgabe der dem Zweitunternehmer getätigten Zahlungen.

c) Ein Anspruch auf Kostenvorschuss besteht nur dann, wenn der Besteller den Willen hat, die Ersatzvornahme durchzuführen<sup>43</sup>. 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<sup>44, 45</sup>. Die Beweislast liegt beim Unternehmer. Es obliegt also nicht dem Besteller zu beweisen, dass er den Willen zur Ersatzvornahme hat, vielmehr hat der Unternehmer zu beweisen, dass dem Besteller dieser Wille fehlt<sup>46</sup>.

Wenn der Besteller die Ersatzvornahme – entgegen seinen ursprünglichen Beteuerungen – nicht durchführt, so hat er den Kostenvorschuss zurückzuzahlen<sup>47</sup>.

d) Zur *Verrechenbarkeit* des Anspruchs auf Kostenvorschuss s. unten III.2.E.

## D. Der Umfang des Kostenersatzes

1. Der Umfang (die Höhe) des Kostenersatzes richtet sich nach dem Werklohn, den der Besteller dem Zweitunternehmer zu bezahlen hat. *Grundsätzlich* hat der Erstunternehmer den *ganzen* Werklohn zu übernehmen. Bei diesem Grundsatz

<sup>41</sup> KOLLER, BerK, N 580 zu Art. 366 OR, m.w.Nw.

<sup>42</sup> VON TUHR/ESCHER, S. 101 Anm. 54; MÜNCHKOMM/SOERGEL, N 158 zu § 633 BGB; RGRK/GLANZMANN, N 33 zu § 633 BGB; BGHZ 47, 274.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> KUTSCHMANN, BauR 1972, S. 134 f.

<sup>45</sup> In einem solchen Fall wird allerdings der Umfang des erforderlichen Vorschusses oft nicht beweisbar sein.

<sup>46</sup> STAUDINGER/PETERS, N 205 zu § 633 BGB; ERMAN/SEILER, N 38 zu § 633 BGB.

<sup>47</sup> Vgl. OLG Koblenz, BauR 1997, S. 847; STAUDINGER/PETERS, N 214 zu § 633 BGB.

bleibt es auch dann, wenn die Ersatzvornahme – ohne Verschulden des Bestellers – fehlschlägt<sup>48</sup>. Das ist gemeint, wenn Art. 366 Abs. 2 OR sagt, die Verbesserung des Werkes geschehe auf «Gefahr» des Erstunternehmers<sup>49</sup>.

2. *Einschränkungen*: – a) Der Besteller hat lediglich Anspruch auf Ersatz jener Kosten, die nach pflichtgemäßem Ermessen aufgewendet werden müssen, um das Werk zu verbessern<sup>50</sup>. Dabei hat er «nicht ohne weiteres die billigste Methode der Mängelbeseitigung zu wählen, darf aber auch nicht auf Kosten des Schuldners [Unternehmers] Luxus betreiben» (im Anhang wiedergegebener BGE, S. 7 E. 2b)<sup>51</sup>. Wählt er eine zu teure Methode, so hat er sich an den Kosten der Ersatzvornahme zu beteiligen, d.h. er bekommt nicht die ganzen Kosten der Ersatzvornahme ersetzt.

Das Gesagte gilt sinngemäss hinsichtlich der Auswahl des Zweitunternehmers: Vom Besteller darf nicht verlangt werden, unter allen Umständen den billigsten Unternehmer beizuziehen. Vielmehr darf er auch nicht-finanzielle Aspekte wie Zuverlässigkeit, voraussichtliche Arbeitsgeschwindigkeit usw. berücksichtigen.

b) Trifft den Besteller ein Mitverschulden an der «vertragswidrigen Erstellung» i.S.v. Art. 366 Abs. 2 OR, so muss er sich einen Abzug gefallen lassen<sup>52</sup>. Im Falle eines Selbstverschuldens (Art. 369 OR) entfällt jeglicher Anspruch.

Entsprechendes gilt, wenn der Besteller zwar kein Verschulden an der «vertragswidrigen Erstellung» hat, er jedoch für das Scheitern der Ersatzvornahme (mit-)verantwortlich ist.

c) Hat die Ersatzvornahme dem Besteller «einen Mehrwert erbracht, so ist dieser abzuziehen» (RGRK/GLANZMANN, N 31 zu § 633 BGB). Ein Abzug ist sodann für sog. «Sowieso-Kosten» zu machen<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Vgl. HONSELL, S. 253; SJZ 1989, S. 119.

<sup>49</sup> BECKER, BerK, N 3 zu Art. 98 OR.– Der Besteller trägt die Gefahr bis zu jenem Zeitpunkt, in dem der Zweitunternehmer den mit dem Besteller geschlossenen Werkvertrag erfüllt hat. Ist das vom Zweitunternehmer abgelieferte Werk mangelhaft, so hat der Erstunternehmer für die im Zeitpunkt der Ablieferung vorhandenen Mängel einzustehen (vgl. unten III.2.F. Ziff. 1 lit. a); künftige Verschlechterungen des Werks gehen jedoch nicht mehr zu seinen Lasten.

<sup>50</sup> Ob sich der Besteller pflichtgemäss verhalten hat, ist *ex ante* zu beurteilen; im Streitfall hat sich also der Richter zu fragen, ob das Vorgehen des Bestellers aus dessen damaliger Sicht vertretbar war (vgl. BLOMEYER, S. 155 ff., Zusammenfassung; ERMAN/SEILER, N 35 zu § 633 BGB).

<sup>51</sup> Vgl. auch BGH, BauR 1989, S. 465 f.

<sup>52</sup> RGRK/GLANZMANN, N 32 zu § 633 BGB.

<sup>53</sup> BauR 1997, S. 129 ff.; illustrativ BauR 1989, S. 467, E. III/1; vgl. auch den im Anhang wiedergegebenen BGE, Sachverhaltsdarstellung lit. B. Zum Begriff der Sowieso-Kosten

d) Die verschiedenen Gründe, welche zu einer Einschränkung des Kostenersatzanspruchs führen, können sich im Einzelfall überlagern. Wenn beispielsweise der Besteller für die Sanierung einer Bodenheizung ein überdimensioniertes Luftabscheidegerät mit eingebautem Druckausdehnungsgefäss einbaut (vgl. den im Anhang wiedergegebenen BGE), so ist einerseits der vorstehend lit. a erwähnte Tatbestand gegeben (Luxus zu Lasten des Unternehmers), andererseits mag die Überdimensionierung des Gerätes dem Besteller gewisse Vorteile bringen, etwa was die Lebensdauer des Gerätes anbelangt (Tatbestand lit. c).

## E. Verhältnis des Anspruchs auf Kostenersatz zur Werklohnforderung

Dem Anspruch des Bestellers auf Kostenersatz (Kostenvorschuss bzw. Kostentrückerstattung) steht der Werklohnanspruch des Erstunternehmers gegenüber. Dabei ist zu beachten, dass der Erstunternehmer – wie bereits erwähnt – trotz der Nichtvornahme der Mängelbeseitigung Anspruch auf den vollen Werklohn hat, denn die Mängelbeseitigung durch den Zweitunternehmer wird ihm zugerechnet.

Der Anspruch auf Kostenersatz und der Werklohnanspruch sind unter den Voraussetzungen von Art. 120 ff. OR verrechenbar. Das gilt insbesondere auch für den Anspruch auf Kostenvorschuss<sup>54</sup>. Zur Verrechnung sind beide Parteien berechtigt, auch der Unternehmer. Dieser kann somit einen Anspruch auf Kostenvorschuss dadurch tilgen, dass er einen fälligen Werklohnanspruch zur Verrechnung stellt.

Beispiel: U hat für B eine Garage zum Pauschalpreis von Fr. 25'000.– zu erstellen. Nach der vertraglichen Abmachung ist die Hälfte des Werklohns bei Vertragsabschluss zu bezahlen, die andere Hälfte bei Ablieferung des Werks. Nach der Ablieferung des Werks stellt sich heraus, dass die Garage diverse Mängel aufweist. Wegen der Mängel behält B den noch ausstehenden fälligen Werklohn von Fr. 12'500.– zurück<sup>55</sup>. In der Folge verlangt er die Nachbesserung. U lässt jedoch das Begehren unbeachtet und er lässt sich auch durch eine Abhilfefrist mit Androhung der Ersatzvornahme i.S.v. Art. 366 Abs. 2 OR nicht beeindrucken. Hierauf überträgt B die Mängelbeseitigung dem X und verlangt von U Fr. 10'000.– als Beitrag an die mutmasslichen Kosten der Ersatzvornahme. U kann diesfalls den fälligen Werklohn zur Verrechnung stellen; B bekommt also letztlich kein Geld in die Hand.

---

statt vieler GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1728; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 346 ff., je m.w.Nw.

<sup>54</sup> A.A. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1817. Er befürwortet einen Verrechnungsausschluss «im Hinblick auf seine [des Vorschussanspruchs] besondere Natur (Art. 125 Ziff. 2 OR)». Zu dieser Auffassung s. KOLLER, BerK, N 579 zu Art. 366 OR.

<sup>55</sup> Zum Zurückbehaltungsrecht bei Mängeln s. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2366 ff.; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 304 ff.

## F. Rechtslage bei mangelhafter Ersatzvornahme

Schliesslich sei der Frage nachgegangen, wie es sich rechtlich verhält, wenn der Zweitunternehmer die ihm nach Art. 366 Abs. 2 OR übertragene Mängelbeseitigung nicht korrekt vornimmt, er also seinerseits mangelhaft erfüllt.

1. *Das Rechtsverhältnis des Bestellers zum Erstunternehmer.* – a) Erfüllt der Zweitunternehmer mangelhaft, so hat der Besteller (auch) gegenüber dem Erstunternehmer Gewährleistungsansprüche<sup>56</sup>. Das liegt im Begriff der «Gefahr», wie ihn Art. 366 Abs. 2 OR verwendet. Ausgeschlossen ist allerdings der Anspruch auf Nachbesserung, denn indem der Besteller den Zweitunternehmer beauftragt, verzichtet er auf die Realerfüllung durch den Erstunternehmer (oben III.2.A. Ziff. 1). Dieser Verzicht ist unwiderruflich.

b) Mit den Mängelrechten gegenüber dem Erstunternehmer konkurrieren solche gegenüber dem Zweitunternehmer. Dieser ist im umfassenden Sinne gewährleistetspflichtig, es besteht also auch ein Recht auf Nachbesserung. Belangt der Besteller den Zweitunternehmer, so wirkt sich dies auch auf das Rechtsverhältnis zum Erstunternehmer aus:

- Verlangt der Besteller, dass der Zweitunternehmer nachbessert, so geht das Minderungsrecht gegenüber dem Erstunternehmer unter, wenn die Nachbesserung Erfolg hat. Hat sie nur teilweisen Erfolg, so besteht nun gegenüber dem Erstunternehmer ein Minderungsrecht «auf niedrigerer Stufe». Damit konkurrieren wiederum Mängelrechte gegenüber dem Zweitunternehmer.
- Übt der Besteller das Nachbesserungsrecht aus, so kann er fälligen Werklohn, den er dem Erstunternehmer schuldet, zurückbehalten, bis die Mängel beseitigt sind<sup>57</sup>.
- Erklärt der Besteller gegenüber dem Zweitunternehmer die Minderung, so geht das Minderungsrecht gegenüber dem Erstunternehmer unter, und zwar gänzlich, falls beide Minderungsrechte – wie regelmässig – umfangmässig identisch sind.

c) Kann der Erstunternehmer vom Besteller verlangen, dass dieser zuerst seine Mängelrechte gegenüber dem Zweitunternehmer ausübt? Im Normalfall ist dies zu verneinen. Denn es besteht eine der Solidarität verwandte Rechtslage; wie bei dieser muss der Besteller wählen können, gegen wen er vorgehen will<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> STAUDINGER/PETERS, N 213 zu § 633 BGB.

<sup>57</sup> Beispiel bei KOLLER, BerK, N 588 zu Art. 366 OR.

<sup>58</sup> Vgl. in verwandtem Zusammenhang KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 546.

2. *Das Rechtsverhältnis des Bestellers zum Zweitunternehmer.* – a) Dem Besteller stehen gegenüber dem Zweitunternehmer – wie bereits erwähnt – alle Mängelrechte zu.

b) Zur Frage, ob der Besteller daneben auch den Erstunternehmer belangen kann, s. eben vorstehend Ziff. 1; dort auch zur Frage, ob der Besteller im Interesse des Erstunternehmers (im Sinne einer Obliegenheit) verpflichtet ist, die Mängelrechte gegenüber dem Zweitunternehmer auszuüben.

3. *Das Rechtsverhältnis der Unternehmer zueinander* ist im Gesetz nicht ausdrücklich, aber der Sache nach in Art. 51 OR geregelt. Nach dieser Bestimmung entscheidet der Richter nach seinem Ermessen, ob derjenige Unternehmer, der vom Besteller belangt wurde, auf den anderen Unternehmer Regress nehmen kann. Massgebliche Bedeutung kommt dabei dem Verschulden der Parteien zu. Trifft beide ein Verschulden (beispielsweise hat der Erstunternehmer dem Zweitunternehmer hinsichtlich des Werks fahrlässig falsche Angaben gemacht; der Zweitunternehmer hat dies schuldhaft nicht erkannt), so ist in der Regel eine Schadensteilung am Platze.

Zu § 633 Abs. 3 BGB wird die Ansicht vertreten, der Erstunternehmer könne «seine Gewährleistung ... davon abhängig machen, dass ihm die Gewährleistungsansprüche gegen den Drittunternehmer [Zweitunternehmer] abgetreten werden» (STAUDINGER/PETERS, N 213 zu § 633 BGB). Diese Auffassung ist für das schweizerische Recht abzulehnen. Weder kann der Erstunternehmer seine Gewährleistung im umschriebenen Sinne beschränken, noch kann der Besteller die Regressordnung von Art. 51 OR dadurch abändern, dass er seinen Anspruch gegen den Zweitunternehmer an den Erstunternehmer abtritt (vgl. BGE 80 II 252 f.)<sup>59</sup>.

#### **IV. Echte und unechte Ersatzvornahme im Vergleich**

1. Das bis anhin Gesagte lässt sich im wesentlichen wie folgt zusammenfassen: Kommt der Unternehmer mit den Nachbesserungsarbeiten oder mit der Ablieferung des nachgebesserten Werks in Verzug, so kann ihm der Besteller eine Nachfrist zur Vornahme der verzögerten Handlung ansetzen. Gleichzeitig kann er sich das Recht vorbehalten, bei Nichtwahrung der Frist die Nachbesserungsarbeiten auf Kosten des Unternehmers einem Dritten zu übertragen. Läuft die Frist ungenutzt ab, so kann der Besteller unter der Voraussetzung, dass der Unternehmer den Verzug verschuldet hat, die Nachbesserungsarbeiten androhungsgemäss einem Dritten übertragen und die Kosten der Ersatzvornahme vom Unternehmer

---

<sup>59</sup> Aus der Lehre s. statt vieler BREHM, BerK, N 16 zu Art. 51 OR, m.w.Nw.



ersetzt verlangen<sup>60</sup>. Bei diesem Anspruch handelt es sich um einen Anspruch auf Aufwendungsersatz. Statt dessen kann der Besteller auch Schadenersatz, genauer Ersatz des positiven Vertragsinteresses, verlangen (oben II.3.). Dieser Anspruch setzt nicht voraus, dass dem Unternehmer die Ersatzvornahme angedroht wurde. Im übrigen aber unterscheiden sich die beiden Ansprüche, was die Voraussetzungen anbelangt, kaum<sup>61</sup>. Hingegen unterscheiden sie sich inhaltlich. Die Unterschiede hängen damit zusammen, dass es sich beim Anspruch auf Aufwendungsersatz um einen modifizierten Erfüllungsanspruch handelt, beim Anspruch auf Schadenersatz um einen Nichterfüllungsanspruch. Im folgenden sollen nun Vor- und Nachteile der beiden Ansprüche aufgezeigt und gegeneinander abgewogen werden. Dabei wird unterstellt, dass der Besteller den Willen zur Mängelbeseitigung hat. Trifft dies nicht zu, so entfällt ein Anspruch auf Aufwendungsersatz zum vornherein.

2. Verlangt der Besteller Schadenersatz, noch bevor er die Mängel hat beseitigen lassen, so riskiert er, dass der Ersatz die tatsächlich entstehenden Kosten nicht deckt. Eine nachträgliche Korrektur des zugesprochenen Schadenersatzes ist nach schweizerischem Recht – von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen – ausgeschlossen. Ein vorzeitiges Schadenersatzbegehren hat daher den Nachteil, dass der Besteller u.U. auf einem Teil der Kosten der Mängelbeseitigung sitzen bleibt (oben II.3. Ziff. 2).

Diesen Nachteil vermeidet der Besteller, wenn er mit dem Schadenersatzbegehren zuwartet, bis die Mängel beseitigt sind und die definitiven Kosten der Mängelbeseitigung feststehen. Dieses Vorgehen hat jedoch den Nachteil, dass der Besteller die Kosten der Mängelbeseitigung vorschliessen muss, was ein beträchtlicher Nachteil sein kann, namentlich in Fällen, in denen die Mängelbeseitigung erhebliche Kosten verursacht. Zudem riskiert der Besteller später, dass

<sup>60</sup> Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz gemäss Art. 366 Abs. 2 OR besteht auch dann, wenn der Unternehmer nicht den Verzug, aber den Mangel verschuldet hat (III.2.B. Ziff. 1).

<sup>61</sup> Ein Unterschied besteht darin, dass der Anspruch auf Schadenersatz – anders als derjenige auf Aufwendungsersatz (vorstehende Anm.) – ein Verschulden des Unternehmers am Verzug voraussetzt, ein Verschulden am Mangel also nicht genügt. Der Unterschied wirkt sich jedoch praktisch kaum aus. Denn auch dann, wenn der Unternehmer bloss den Mangel verschuldet hat, kann der Besteller Schadenersatz verlangen, wenn auch nicht nach Art. 107 Abs. 2 bzw. 366 Abs. 1 OR, so doch nach Art. 368 Abs. 2 OR (oben II.1. lit. c). Nach einem Teil der Lehre erfasst allerdings der Schadenersatzanspruch aus Art. 368 Abs. 2 OR nur den Schaden, der verbleibt, wenn der Besteller die Minderung erklärt (oben II.1. lit. c). Das hier diskutierte Problem des Verhältnisses von Schadenersatz und Aufwendungsersatz präsentiert sich dann ein bisschen anders. Grundlegende Unterschiede ergeben sich jedoch keine.

sein Schadenersatzanspruch an fehlender Solvenz des Unternehmers scheitert (oben II.3. Ziff. 2).

Alle diese Nachteile vermeidet der Besteller, wenn er die Kosten der Mängelbeseitigung nicht mittels Schadenersatzes, sondern mittels Aufwendungsersatzes liquidiert. So jedenfalls dann, wenn man der hier vertretenen, allerdings umstrittenen Auffassung folgt, wonach der Unternehmer nach Art. 366 Abs. 2 OR einen Anspruch auf Kostenvorschuss hat und einen weiteren Vorschuss verlangen kann, falls ein erster Vorschuss nicht ausreicht. Denn unter dieser Prämisse ist dafür gesorgt, dass der Besteller vollständigen Kostenersatz erhält, und dies nicht erst post factum. Einen gewissen Nachteil des Aufwendungsersatzes mag man darin sehen, dass der Aufwendungsersatz immer nur zur Deckung der Kosten der Ersatzvornahme verwendet werden darf und überschüssiger Aufwendungsersatz dem Unternehmer zurückbezahlt werden muss (oben III.2.C. Ziff. 2 lit. b). Der Besteller hat daher keine Chance, mehr herauszuholen, als die Kosten der Ersatzvornahme ausmachen. Dies im Unterschied zum Fall, da der Besteller vor der Ersatzvornahme Schadenersatz verlangt: Schadenersatz kann beliebig verwendet werden und ist auch dann nicht zurückzuerstatten, wenn sich herausstellt, dass er die Kosten der Ersatzvornahme übersteigt. In der Regel wird es allerdings so sein, dass der Schadenersatz hinter der tatsächlichen Kostenentwicklung zurückbleibt. Dem Besteller kann daher nicht geraten werden, wegen der erwähnten (minimalen) Chance, aus der Schadensregulierung Gewinn zu ziehen, Schadenersatz statt Aufwendungsersatz zu wählen.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass **der Anspruch auf Aufwendungsersatz dem Schadenersatzanspruch überlegen ist**<sup>62</sup>, immer vorausgesetzt, dass der Besteller tatsächlich gewillt ist, die vom Unternehmer verzögerte Nachbesserung durch einen Dritten vornehmen zu lassen. Diese Überlegenheit hat in Deutschland dazu geführt, dass das Recht auf Ersatzvornahme gemäss § 633 Abs. 3 BGB den Schadenersatzanspruch nach § 635 BGB weitgehend verdrängt hat. Mit anderen Worten hat die Mängelbeseitigung durch Ersatzvornahme der Mängelbeseitigung durch Schadensausgleich weitgehend den Rang abgelaufen. In der Schweiz sind wir noch nicht so weit, doch glaube ich an eine ähnliche Entwicklung, falls sich allgemein die Auffassung durchsetzen sollte, dass Art. 366 Abs. 2 OR auch auf den Nachbesserungsverzug (analog) anwendbar ist<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Besteller Schadenszins ab dem schädigenden Ereignis zugute hat, falls er Schadenersatz verlangt, wogegen ein solcher Anspruch nicht besteht, wenn Aufwendungsersatz verlangt wird (im Anhang wiedergegebener BGE, S. 8 E. 3).

<sup>63</sup> Der Besteller kann im Einzelfall daran interessiert sein, vom Anspruch auf Schadenersatz auf den Anspruch auf Aufwendungsersatz zu wechseln. Auch das Umgekehrte ist denkbar. Für solche Fälle fragt sich, ob dem Besteller ein *ius variandi* zusteht. In der Schweiz

## V. Anhang: nicht amtlich publiziertes Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 19. November 1996 in Sachen B. gegen M.

(Die Zahlen in den eckigen Klammern verweisen auf die Seiten des Originaltextes)

[2] A. – Mit Vertrag vom 15. September 1988 verpflichtete sich H.M. (nachfolgend Beklagter), im neu zu erstellenden Einfamilienhaus der Eheleute B. (nachfolgend Kläger) zum Preis von Fr. 28'000.– die Heizungsanlage zu planen und zu installieren.

Im Dezember 1989 bezogen die Kläger das Haus und stellten in der Heizperiode 1990/91 fest, dass die Bodenheizung nicht funktionierte. Dies teilten sie dem Beklagten mit Schreiben vom 12. März 1991 mit und forderten ihn auf, die Bodenheizung «so in Ordnung zu stellen, dass alle Geschosse ausreichend beheizt werden». Zwei Tage später erklärte der Beklagte, die Heizungsanlage sei komplett verschlammmt und verstopft, und empfahl, eine Thermex-Heizungsschutzanlage einbauen zu lassen. Die Kläger forderten den Beklagten am 26. März 1991 erneut auf, die Heizungsanlage auf seine Kosten instand zu stellen. Der Beklagte lehnte dies am 15. April 1991 mit der Begründung ab, die Verschlammung könne ihm nicht angelastet werden; er stellte sich auf den Standpunkt, handelsübliche Rohre verwendet zu haben.

Anfangs Juni 1991 liessen die Kläger vom Ingenieurbüro G. + G. AG ein Gutachten über die Fussbodenheizungsanlage erstellen. Darin wurde festgehalten, dass die vom Beklagten verwendeten Kunststoffrohre nicht diffusionsdicht waren, was schliesslich zur Verschlammung führte. In der Folge liessen die Kläger dem Beklagten das Gutachten zukommen und forderten ihn auf, die Heizungsanlage nach der im Gutachten vorgeschlagenen Methode der «Systemtrennung» zum Preis von ca. Fr. 10'200.– zu sanieren, wobei sie sich bereit erklärten, mit Fr. 2'500.– an die Sanierungskosten [3] beizutragen. Diesen Vorschlag lehnte der Beklagte am 24. Juni 1991 ab und wies darauf hin, dass er genau jene Rohre

---

wird die Frage nicht diskutiert. In Deutschland wurde sie vom BGH (hinsichtlich § 633 Abs. 3 BGB) bejaht (BGHZ 105, 103 ff. = JZ 1988, S. 1017 ff., mit Anm. von KÖHLER): Der Besteller, der einen Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung einverlangt habe, könne nachträglich noch auf den Schadenersatzanspruch wechseln. Ein Wechsel ist nach diesem Entscheid selbst dann noch möglich, nachdem bereits ein Kostenvorschuss bezahlt wurde; wenn freilich der Anspruch auf Kostenersatz definitiv liquidiert ist, sei es durch Vergleich, sei es durch Urteil, kommt ein Wechsel der Anspruchsgrundlage nicht mehr in Betracht. M.E. muss Entsprechendes auch für das schweizerische Recht gelten. In der Tat hat der Unternehmer kein schutzwürdiges Interesse, das gegen den Anspruchswechsel sprechen würde. Auch das Umgekehrte gilt: Der Besteller, der vorerst Schadenersatz verlangt, kann nachträglich noch auf den Anspruch auf Ersatzvornahme wechseln.

verwendet habe, die offeriert und im Werkvertrag festgehalten worden waren; seines Erachtens könnte eine Schutzanodenanlage als Sanierungsmassnahme genügen, wie er bereits am 14. März 1991 angeboten habe. Mit Schreiben vom 1. Juli 1991 eröffneten die Kläger dem Beklagten, dass sie die Heizungsanlage gemäss dem Gutachten von einer Drittfirma sanieren lassen und ihn für diese Kosten belangen würden. Die Planung der Sanierungsarbeiten wurde dem Ingenieurbüro X. & Partner AG übertragen, das den Einbau eines Luftabscheidegerätes der Marke Air Sep. ASE 24/2.5 mit eingebautem Druckausdehnungsgefäss empfahl. Die Kosten für die gesamte Sanierung schätzte die X. & Partner AG auf Fr. 10'600.–. Die Y. AG führte die Arbeiten im Herbst 1991 aus und stellte dafür Fr. 12'579.50 in Rechnung. Mit Schreiben vom 6. Oktober 1992 forderten die Kläger vom Beklagten die Zahlung der im Zusammenhang mit der Sanierung aufgetretenen Kosten (Gutachten und Arbeiten) von Fr. 17'654.30 abzüglich Fr. 2'500.– und setzten hierfür Frist bis zum 21. Oktober 1992. Der Beklagte verweigerte die Übernahme dieser Kosten.

B. – Am 22. Januar 1993 verlangten die Kläger bei der Gerichtskommission R., der Beklagte sei zu verpflichten, ihnen Fr. 15'154.30 nebst Zins zu 5 % seit dem 13. März 1991 zu zahlen. Der Beklagte schloss auf Abweisung der Klage. Die Gerichtskommission holte eine Expertise ein, in welcher der Experte zum Schluss gelangte, das neu eingebaute Gerät Air Sep. ASE 24/2.5 sei für die Heizungsanlage der Kläger überdimensioniert und dessen Einbau sei auch nicht zu rechtfertigen, um gleichzeitig das Problem des ursprünglich zu knapp dimensionierten Expansionsgefässes zu beheben. Ein geeignetes Gerät hätte nach den Ausführungen des Experten ungefähr Fr. 3'000.– bis Fr. 4'000.– ge[4]kostet, einschliesslich der Installationskosten von ungefähr Fr. 1'000.–. Gestützt auf die Expertise kam die Gerichtskommission zum Schluss, die Kläger seien bei der Ersatzvornahme nicht nach pflichtgemässen Ermessen vorgegangen, da die in der Expertise festgehaltenen Kosten von Fr. 4'000.– in klarem Missverhältnis zur Rechnung der Y. AG stehen würden; die Kläger hätten erkennen müssen, dass das von der X. & Partner AG vorgeschlagene Gerät überdimensioniert sei. Sie sprach den Klägern folgende Beträge als Kostenersatz zu:

Geräte und Montage	Fr. 4'000.–
Heizungsspülung	Fr. 1'986.50
Gutachten G. + G. AG	Fr. 1'878.–
Honorar X. & Partner AG	<u>Fr. 3'448.40</u>
Subtotal	Fr. 11'312.90
«Sowieso-Kosten»	<u>./. Fr. 2'500.–</u>
Total	Fr. 8'812.90

Mit Urteil vom 31. August 1995 verpflichtete die Gerichtskommission R. den Beklagten zur Zahlung von Fr. 8'812.90 nebst Zins zu 5 % seit dem 25. November 1992.

Im anschliessenden Berufungsverfahren änderte das Kantonsgericht St. Gallen am 15. Mai 1996 das Urteil vom 31. August 1995 insoweit, als es den Zins bereits ab dem 21. Oktober 1992 zusprach, ansonsten wurde das angefochtene Urteil bestätigt.

C. – Gegen das Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 15. Mai 1995 erheben die Kläger eidgenössische Berufung und beantragen, das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als die Klage abgewiesen wurde, und den Beklagten zusätzlich zu verpflichten, Fr. 8'812.90 nebst Zins zu 5 % auf [5] Fr. 1'878.– seit dem 13. August 1991, auf Fr. 12'327.90 seit dem 11. Dezember 1991 und auf Fr. 948.40 seit dem 13. Juli 1992 zu zahlen. Sie machen eine Verletzung von Art. 368 Abs. 2 OR geltend.

Der Beklagte schliesst in der Antwort auf Abweisung der Berufung.

#### Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. – Abgesehen von den in Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG vorgesehenen Ausnahmen ist das Bundesgericht im Berufungsverfahren an die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid gebunden. Für eine blossе Kritik an der Beweiswürdigung des Sachrichters ist, soweit nicht Vorschriften des Bundesrechts in Frage stehen, im Berufungsverfahren kein Platz (vgl. BGE 119 II 84 E. 3 und 117 II 256 E. 2a). Daher ist auf die Berufung insoweit nicht einzutreten, als die Kläger die Feststellungen aus ihrer Sicht ergänzen oder abweichend darstellen, ohne entsprechende Rügen vorzubringen.

2. – Die Kläger werfen der Vorinstanz eine Verletzung von Art. 368 Abs. 2 OR vor. Sie machen geltend, die Vorinstanz habe ihnen für die von Dritten ausgeführte Nachbesserung nicht vollumfänglich Kostenersatz zugesprochen und damit unberücksichtigt gelassen, dass der Unternehmer zur unentgeltlichen Verbesserung verpflichtet sei. Sie vertreten die Ansicht, im Fall der Ersatzvornahme rechtfertige es sich, den Besteller mit einer gewissen Grosszügigkeit zu behandeln, auch was die Methode der Mängelbeseitigung angehe.

[6] a) Nach der Rechtsprechung ist der Besteller in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR berechtigt, den Mangel auch nach der Ablieferung des Werkes durch Ersatzvornahme auf Kosten des säumigen Unternehmers zu beseitigen oder beseitigen zu lassen, ohne dass es hierfür einer richterlichen Ermächtigung oder eines Leistungsurteils bedarf (BGE 107 II 50 E. 3; Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., 1996, N 1819). Erfüllt der Unternehmer eine begründete Forderung des Bestellers auf Nachbesserung nicht, kann letzterer auch nach den Regeln über

den Verzug vorgehen, insbesondere gemäss Art. 107 Abs. 2 OR auf die Nachbesserung durch den Unternehmer verzichten und stattdessen Ersatz des aus der Nichterfüllung der Nachbesserungsschuld entstandenen Schadens verlangen, wobei in diesem Schadenersatzanspruch auch die Kosten der Ersatzvornahme enthalten sind (Gauch, a.a.O., N 1831). Die Kläger verlangen vorliegend ausdrücklich Aufwendungs- und nicht Schadenersatz (vgl. dazu Gauch, a.a.O., N 1825 und 1834). Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen der Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR als erfüllt angesehen, was von keiner der Parteien in Frage gestellt wird. Würde der Auffassung gefolgt, eine sinngemässe Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR nach der Ablieferung des Werkes rechtfertige sich nur, wenn Gefahr im Verzug sei (Gauch, a.a.O., N 1823), so könnte übrigens diese Voraussetzung für die Mängelbeseitigung einer ungenügend oder gar nicht funktionstüchtigen Heizungsanlage wohl kaum verneint werden.

b) Der zur Mängelbeseitigung auf Kosten des Unternehmers ermächtigte Besteller hat Anspruch auf Ersatz der Verbesserungskosten, die er nach pflichtgemäßem Ermessen aufwendet, um den vertraglichen Zustand des Werkes selbst oder durch einen Dritten herzustellen (Gauch, a.a.O., N 1809). Es rechtfertigt sich, den Besteller mit einer gewissen Grosszügigkeit zu behandeln, da es nicht an ihm liegt, dass es zur Ersatzvornahme kommen musste. [7] Daher hat er nicht ohne weiteres die billigste Methode der Mängelbeseitigung zu wählen, darf aber auch nicht auf Kosten des Schuldners Luxus betreiben (Gauch, a.a.O., N 1813). Die Vorinstanz hat diese Grundsätze nicht verkannt. Zu Recht hat sie erwogen, dass die Kläger sich für ein mehr als doppelt so teures Gerät entschieden hatten, als für die Behebung der Mängel erforderlich gewesen wäre, und dass sie insbesondere die kostengünstigere Variante gemäss dem Vorschlag des Beklagten überhaupt nicht in Betracht gezogen hatten. Die Mehrkosten der Sanierung sind denn auch nicht auf die gewählte Methode zurückzuführen. Die von den Klägern gewählte Sanierungsmethode gemäss dem Vorschlag des Ingenieurbüros X & Partner AG entsprach nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil grundsätzlich derjenigen, welche der Beklagte den Klägern empfohlen hatte. Die Kläger berücksichtigten den um mehr als die Hälfte billigeren Kostenvoranschlag des Beklagten überhaupt nicht, sondern liessen das von der X. & Partner AG vorgeschlagene überdimensionierte Gerät einbauen. Im übrigen liessen sie sich vorgängig von der mit der Arbeitsausführung betrauten Unternehmung keinen Kostenvoranschlag unterbreiten, obwohl nach der Berechnung des Büros X. & Partner AG die Sanierungskosten einen namentlich auch im Vergleich zum ursprünglichen Preis für die gesamte Heizung sehr erheblichen Betrag erreichen würden. Wenn die Vorinstanz das Vorgehen der Kläger bei der Ersatzvornahme unter diesen Umständen nicht mehr als im Rahmen pflichtgemässen Ermessens qualifiziert hat, hat sie die massgebenden bundesrechtlichen Grundsätze nicht verkannt. Für unsorgfältiges Vorgehen der Besteller bei der Ersatzvornahme haf-

tet der Unternehmer nicht. Dass eine andere Sanierungsvariante teurer zu stehen gekommen wäre und dass unter Umständen der Unternehmer auch für fehlgeschlagene oder unwirtschaftliche Massnahmen einzustehen hat, ändert daran nichts. Nachdem [8] die Kläger die vom Beklagten vorgeschlagene Variante ausführen liessen, hätten sie zumindest abklären müssen, worauf die ausserordentliche Preisdifferenz zurückzuführen war. Dass das eingebaute Gerät tatsächlich überdimensioniert war, hat die Vorinstanz aufgrund der gerichtlichen Expertise verbindlich festgestellt (Art. 63 Abs. 2 OG). Die Rügen der Kläger sind unbegründet.

3. – Die Kläger verlangen auf den von ihnen eingeklagten Beträgen jeweils Zins ab jenem Datum, an dem ihnen die entsprechenden Aufwendungen entstanden sind. Sie verkennen, dass eben kein Schadenersatz beansprucht wird, weshalb auch kein Schadenszins zugesprochen werden kann. Sie haben auch keine Vorauszahlungen der mutmasslichen Kosten verlangt, so dass die Grundlagen für eine Vorschusspflicht des Beklagten zum vornherein fehlen. Die Vorinstanz hat den Klägern für den beanspruchten Aufwendungsersatz zutreffend Verzugszins ab Mahnung zugesprochen. Das angefochtene Urteil ist auch in diesem Punkt bundesrechtskonform.

4. – Die Berufung ist vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Diesem Ausgang des Verfahrens entsprechend tragen die Kläger die Gerichtskosten (Art. 156 Abs. 1 und 7 OG). Sie haben dem Beklagten eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 159 Abs. 2 und 5 OG).