



Kommentar zu: Urteil [4A_692/2015](#) vom 1. März 2017, zur Publikation vorgesehen
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Zivilprozessrecht

De | Fr | It |

Von ausserprozessualen Kosten und der Verteilung der Prozesskosten

Autor / Autorin

Matthias Lindner

Malou Middendorp

BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE

Redaktor / Redaktorin

Beat Brändli



Im Urteil des Bundesgerichts 4A_692/2015 vom 1. März 2017 äusserte sich das Bundesgericht (allerdings noch unter Anwendung des kantonalen Verfahrensrechts) zu den Voraussetzungen zur Geltendmachung von ausserprozessualen Kosten als Mangelfolgeschaden. Das Bundesgericht rügte in seiner Entscheidung die doppelte Berücksichtigung der ausserprozessualen Kosten (einmal als möglicher Mangelfolgeschaden und einmal als Grund für die ermessensweise Verteilung der Prozesskosten) als willkürlich.

Sachverhalt und Erwägungen (vereinfacht)

[1] Stockwerkeigentümer klagten beim Handelsgericht des Kantons Zürich auf Bevorschussung von Nachbesserungskosten für die Behebung verschiedener Baumängel. Weiter beantragten die Kläger die Zusprechung von Schadenersatz für Mangelfolgeschäden (Urteil des Bundesgerichts [4A_692/2015](#) vom 1. März 2017, A.). Als solche machten sie die Kosten für den Beizug eines technischen Beraters und Anwaltskosten geltend, welche je vor dem Prozess entstanden waren.

[2] Das Handelsgericht verpflichtete die Beklagten, den Klägern (im Verhältnis der Wertquoten ihrer Stockwerkeigentumsanteile) CHF 107'835.80 zzgl. Zins zu 5% seit 11. März 2008 zu bezahlen, wovon CHF 102'941.70 als Vorschuss an die mutmasslichen Kosten für die Behebung verschiedener Mängel und der Rest als Ersatz von Mangelfolgeschäden. Die vom Handelsgericht grundsätzlich als Mangelfolgeschäden anerkannten Kosten wurden den Klägern im Umfang ihres Obsiegens im restlichen Prozess (zu 12%) zugesprochen. Bei der Verteilung der Prozesskosten gelangte das Handelsgericht hingegen zur Auffassung, dass von der Kostenverteilung gemäss Prozessausgang (12% zu 88%) abzuweichen sei und die Kosten den Parteien ermessensweise im Verhältnis 40% zu 60% aufzuerlegen seien.

[3] Das Bundesgericht hielt betreffend den von den Klägern verlangten Ersatz für die Kosten mit Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichts [4C.11/2003](#) vom 19. Mai 2003) fest, dass ausserprozessuale Parteikosten dann als Schadenersatz zugesprochen werden können, wenn der geltend gemachte Aufwand zur Durchsetzung der Forderung der Gläubiger gerechtfertigt, notwendig und angemessen gewesen ist. Auch hielt das Bundesgericht fest, dass ausserprozessuale Kosten grundsätzlich – werden in der Hauptsache werkvertragliche Ansprüche geltend gemacht – als Mangelfolgeschaden zu qualifizieren sind.

[4] Weiter äusserte sich das Bundesgericht zu den Anforderungen an die Substantiierung eines solchen Mangelfolgeschadens. Das Bundesgericht führte aus, dass die sachverhaltsmässigen Grundlagen der Notwendigkeit und Angemessenheit (in diesem Fall in Bezug auf die Aufwendungen des technischen Beraters resp. des Anwalts) substantiiert darzutun seien. Auch sei Gegenstand der Substantiierung, weshalb es sich beim angebehrten Kostenersatz um ausserprozessualen und nicht um vorprozessualen Aufwand handle (zu dieser Unterscheidung vgl. die Kommentierung weiter unten).

[5] Das Bundesgericht gelangte zur Auffassung, dass die Kläger in ihrer Klageschrift den Aufwand ihres technischen Beraters detailliert dargetan hatten (Datum, ausführende Person, benötigte Zeit und Art der Tätigkeit). Das Bundesgericht hielt weiter fest, dass die klare Umschreibung der Tätigkeiten allerdings nicht zwingend bedeuten müsse, dass gestützt darauf beurteilt werden könne, ob der Aufwand erforderlich und angemessen gewesen sei. Vorliegend sei eine solche Beurteilung aber sowohl für die

Gegenpartei(en) wie auch für das Gericht möglich gewesen, da der eingegrenzte Gegenstand des Beratungsauftrags und dessen Thematik einen äusseren Rahmen vorgegeben hätten. Sodann hätten die Beklagten, soweit sie der Ansicht gewesen sein sollten, sie hätten sämtliche Arbeitsergebnisse und insbesondere die zahlreichen E-Mails und Briefe des Beraters kennen müssen, um die vorgenannte Beurteilung vornehmen und in der Folge die Behauptungen der Beschwerdegegner substantiiert bestreiten zu können, dies hinreichend deutlich zum Ausdruck bringen müssen und eine Herausgabe verlangen sollen. Auch kam das Bundesgericht zum Schluss, dass es zur genügenden Substantiierung des Aufwands nicht von Nöten sei, die Aufwendungen einzelnen Mängeln zuzuordnen. Die Vorinstanz habe der Tatsache, dass einige Mängel oder die Voraussetzungen der Vorschusspflicht für eine Nachbesserung nicht nachgewiesen waren, durch die Verteilung des Berateraufwands analog der Grundsätze über die Prozesskostenverteilung genügend Rechnung getragen (E. 6.1.3).

[6] Die Kläger hatten als Mangelfolgeschaden weiter den Aufwand ihres Anwalts für die Geltendmachung der Ansprüche gegenüber der Beklagten, für die aussergerichtliche Durchsetzung und letztlich für die Suche nach einer aussergerichtlichen Vergleichslösung vor Handelsgericht geltend gemacht. Die Beklagten machten vor Bundesgericht geltend, sowohl das Recht- wie auch das Aktenstudium seien vollumfänglich durch die Prozessentschädigung abgedeckt. Vergleichsbemühungen hätten die Kläger im eigenen Interesse und auf eigenes Risiko vorgenommen. Die Beklagten wiesen auf die kantonale Rechtsprechung (ZR 107 Nr. 14) hin, wonach Vergleichsbemühungen zu den (mit der Prozessentschädigung abgedeckten) vorprozessualen Kosten gehören. Sodann habe die Vorinstanz betreffend die weiteren Anwaltskosten nicht geprüft, ob diese tatsächlich notwendig und erforderlich gewesen seien.

[7] Die Zusammenstellung der Anwaltskosten enthielt nach Ansicht des Bundesgerichts viele unspezifische Positionen, wie das Studium der Rechts- und Aktenlage sowie Kontakte mit der eigenen Partei. Nach Auffassung des Bundesgerichts rügten die Beklagten zu Recht, dass «für jeden Prozess zuerst Rechts- und Aktenstudium betrieben werden müsse, ohne dass dies – mangels weitergehender Anhaltspunkte – ausserprozessualen Aufwand darstellen würde». Gemäss Bundesgericht seien allfällige Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von Ansprüchen bei einer Stockwerkeigentümergeinschaft über einen allfälligen Zuschlag bei der Parteientschädigung infolge Komplexität zu entschädigen. Der Hinweis der Vorinstanz, dass die Durchsetzung von Ansprüchen bei einer Stockwerkeigentümerschaft für Laien nicht einfach sei und den Beizug eines Anwalts erfordere, vermochte das Bundesgericht nicht zu überzeugen. Es sei mit diesem Hinweis nicht dargetan, dass diese Anwaltskosten deswegen ausserprozessualen Aufwand darstellen würden. Die Beklagten rügten daher zu Recht, dass die Notwendigkeit und die ausserprozessuale Natur dieser Anwaltskosten von der Vorinstanz weder begründet noch von den Klägern substantiiert dargelegt worden seien (E. 6.2.2).

[8] Betreffend die Verteilung der Prozesskosten hielt das Bundesgericht fest, dass nach Massgabe von Obsiegen und Unterliegen die Kosten vor Vorinstanz im Verhältnis 12% zu 88% zu verteilen gewesen wären. Die Vorinstanz hatte jedoch die Ansicht vertreten, dass gestützt auf die Verhältnisse des Einzelfalls, insbesondere die Schwierigkeit für die Kläger, die teilweise komplexe Mängelproblematik vor Einholung eines gerichtlichen Gutachtens zu erfassen, und den Umstand, dass ihnen als Laien mehrere Unternehmen auf der Beklagtenseite gegenüberstanden, ein Abweichen von der Regelung der Kostenfolgen angezeigt sei. Die Kosten seien deswegen im Verhältnis 2/5 (Kläger) zu 3/5 (Beklagte) den Parteien aufzuerlegen.

[9] Die Beklagten rügten, die von der Vorinstanz berücksichtigten besonderen Umstände seien von den Klägern im Behauptungsverfahren nicht vorgetragen worden. Das Bundesgericht hielt hierzu fest, dass von der Verhandlungsmaxime gemäss § 54 Abs. 3 [ZPO ZH](#) Rechtsverhältnisse ausgenommen seien, über welche die Parteien nicht frei verfügen könnten. Da die Verteilung der Prozesskosten eine verfahrensrechtliche und damit öffentlich-rechtliche Frage sei, seien die Anträge der Parteien in diesem Zusammenhang als blosse Anregungen zu betrachten, die nicht von der Dispositionsmaxime erfasst seien. Als Folge davon und gestützt auf das einschlägige kantonale Prozessrecht könne das Gericht auch von der Verhandlungsmaxime abweichen und den Prozessstoff von Amtes wegen sammeln.

[10] Weiter rügten die Beklagten, dass die Vorinstanz in Willkür verfallen sei, weil sie die «Schwierigkeit für die Kläger, die teilweise komplexe Mängelproblematik vor Einholung eines gerichtlichen Gutachtens zu erfassen», als Kriterium berücksichtigt habe. Die Mängel seien nicht komplex gewesen. Sodann hätten keine Schwierigkeiten bestanden, weil die Kläger von ihrem Berater und Rechtsvertreter professionell unterstützt worden seien. Dieser Aufwand sei den Klägern gemäss vorinstanzlichem Urteil denn auch unter dem Titel Mangelfolgeschaden bereits zu vergüten.

[11] Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, dass die Vorinstanz nicht erörtert habe, weshalb – gerade im Vergleich zu anderen Fällen um Vorschussleistung zur Behebung von Werkmängeln – besondere Schwierigkeiten bestanden hätten. Insbesondere seien die Schwierigkeiten deswegen nicht evident, weil die einzelnen Mängel kaum als besonders kompliziert bezeichnet werden könnten. Der Umfang des Urteils (von 252 Seiten) sei auf die Anzahl der zu beurteilenden Mängel, weniger aber auf deren Komplexität zurückzuführen. Nicht zu überzeugen vermochte das Bundesgericht auch die Argumentation der Kläger, wonach die Bestreitung der Mängel durch die Beklagten und die Tatsache, dass diese meist andere, weniger aufwendige Behebungsmassnahmen als notwendig erachtet hatten, die Kläger gezwungen habe, sowohl die Mängel wie auch die Kosten für deren Beseitigung nachzuweisen.

[12] Für das Bundesgericht war massgebend, dass sich die Kläger im Vorfeld professioneller Hilfe

bedienten, indem sie den technischen Berater und ihren Anwalt beigezogen hatten. Diese Kosten könnten – sind die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt – als Mangelfolgeschaden zu qualifizieren sein. Hieran vermöge nichts zu ändern, dass den Klägern nur ein geringer Teil des Mangelfolgeschadens zuzusprechen sei. Soweit dies die Beraterkosten betreffe, sei dies auf eine nicht zu beanstandende Verlegung entsprechend dem Prozessausgang zurückzuführen und betreffend die Kosten des Rechtsvertreters auf eine ungenügende Substantiierung. Dies dürfe aber nicht dazu führen, dass deshalb die Schwierigkeit der Erfassung der Mängelproblematik ein zweites Mal berücksichtigt werde. Im Resultat würden dadurch über den Umweg der Kostenverlegung die Voraussetzungen betreffend den Ersatz von ausserprozessualen Aufwendungen umgangen. Die Beachtung dieses Kriteriums bei der Kostenverteilung sei somit willkürlich.

[13] Letztlich machten die Beklagten noch geltend, dass die Berücksichtigung des Kriteriums, wonach die Kläger «als Laien mehreren Unternehmen auf der Beklagtenseite gegenüberstanden», ebenfalls willkürlich sei. Das Bundesgericht hielt indes fest, dass es sich dabei um ein zulässiges Kriterium handle: «Zweifellos hat ein Unternehmen, das eine bemängelte Baute selber erstellt hat, von vorneherein einen viel besseren Kenntnisstand als baufachliche Laien, sowohl bezüglich der Ursachen möglicher Mängel als auch möglicher Sanierungsmassnahmen».

[14] Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass sich somit ein Kriterium als willkürlich erweise und das andere nicht. Es hielt aber fest, dass die Tatsache, dass Laien mehreren Unternehmern auf der Beklagtenseite gegenüberstehen, es nicht rechtfertige, von der Kostenverteilung gemäss Prozessausgang um mehr als das Dreifache abzuweichen. Die vorinstanzliche Aufteilung der Kosten und Parteientschädigung erweise sich somit im Ergebnis als willkürlich und sei aufzuheben. Da der Vorinstanz aber betreffend die Verteilung der Prozesskosten ein erheblicher Ermessensspielraum zustehe, gehe es nicht an, wenn nun das Bundesgericht an deren Stelle entscheide, weshalb die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (vgl. zum Ganzen E. 8).

Die Erstattung von prozessualen, vorprozessualen und ausserprozessualen Kosten

[15] Das Handelsgericht hatte in seinem Entscheid zwischen prozessualen, vorprozessualen und ausserprozessualen Kosten unterschieden. Das Bundesgericht ging mit dem Handelsgericht einig, dass einzig ausserprozessuale Kosten Schaden darstellen, da die vorprozessualen und prozessualen Kosten mit der Parteientschädigung abgegolten werden sollen.

[16] Unter vorprozessualen Kosten werden die Kosten verstanden, welche den Parteien zwar vor Einleitung des Zivilprozesses erwachsen, jedoch Prozesscharakter haben. Der Prozesscharakter ist nach der vom Handelsgericht Zürich verwendeten Definition dann zu bejahen, wenn die Kosten im Zeitpunkt des Endentscheids, retrospektiv betrachtet, in Bezug auf die Vorbereitung oder auch die versuchte Verhinderung des Prozesses notwendig oder nützlich und angemessen waren und eine adäquate Folge des schliesslich zum Prozess führenden Ereignisses darstellten (Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6. Juli 2007 E. 15c, publiziert in ZR 107 Nr. 14). Nach dieser Definition werden auch die Kosten für Vergleichsbemühungen unter die vorprozessualen Kosten subsumiert und durch die Parteientschädigung vergütet (so auch das Urteil des Bundesgerichts [4C.55/2006](#) vom 12. Mai 2006 E. 4.1).

[17] Dieser Auffassung scheint das Bundesgericht in diesem Fall, mindestens unter der Geltung des zürcherischen Prozessrechts, zu folgen. Unseres Erachtens ist die Auffassung, dass (notwendige und angemessene) Kosten für vorprozessuale Vergleichsbemühungen von der Parteientschädigung abgedeckt sind und nicht als Schadenersatz geltend gemacht werden können, unter der Geltung der schweizerischen [ZPO](#) abzulehnen.

[18] Es ist selbstredend möglich und kommt vor, dass ein Prozess eingeleitet wird, ohne dass sich der Kläger vorher um eine ausserprozessuale Einigung bemüht hat. Die kantonalen Anwaltsstarife, nach denen die Parteientschädigung berechnet wird, decken aber regelmässig nur die Leistungen ab, welche mit der Vorbereitung und der Teilnahme an einem Prozess notwendigerweise verbunden sind. Vorprozessuale Vergleichsbemühungen hingegen gehören nicht zum Prozess, sondern wollen diesen gerade verhindern. Aufwendungen für in guten Treuen geführte Vergleichsverhandlungen sind daher unseres Erachtens von der Parteientschädigung nicht erfasst und können zusätzlich als Mangelfolgeschaden geltend gemacht werden (gl.M. BSK ZPO- Viktor Rüegg, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 95 N. 20 ZPO; vgl. auch BK ZPO-Martin H. Sterchi, Bern 2012, Art. 95 N. 13; a.M. Benedikt A. Suter / Christina von Holzen, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 95 N. 38 ZPO). Dabei werden diese grundsätzlich nur im Umfang des Obsiegens im Prozess als von der Gegenseite verursacht gelten und ersetzt werden können. Voraussetzung für die Zusprechung als Schadenersatz ist in prozessualer Hinsicht, dass diese Aufwendungen substantiiert ausgewiesen und von den Aufwendungen zur Vorbereitung des Prozesses klar abgegrenzt werden.

[19] Am Rande erwähnt sei das Urteil des Bundesgerichts [4A 148/2016](#) vom 30. August 2015. In jenem Entscheid (in dem es soweit ersichtlich nicht um Kosten bezüglich vorprozessualer Vergleichsgespräche ging) hielt das Bundesgericht ebenfalls fest, dass vorprozessuale Anwaltskosten in der Regel mit der Parteientschädigung entgolten werden. Werden sie hingegen ausnahmsweise als selbstständiger Anspruch eingeklagt, kann sich dies auf die Zuständigkeit auswirken: Ein selbstständiger Anspruch kann im Gegensatz zum blossen Anspruch auf Parteientschädigung (je nach Fallkonstellation) einen eigenständigen (zusätzlichen) Gerichtsstand begründen. Da kein selbstständiger Anspruch auf Ersatz der

vorprozessualen Anwaltskosten bestand, konnte die Klägerin im obgenannten Verfahren daraus auch keinen zusätzlichen Gerichtsstand ableiten.

Prozessmaximen und rechtliches Gehör bei der Kostenverteilung

[20] Das Bundesgericht hielt in seinem Urteil unter dem geltenden kantonalen Verfahrensrecht fest, dass Anträge der Parteien betreffend die Kostenverlegung durch das Gericht lediglich als Anregungen zu verstehen seien, da die Prozesskostenverteilung nicht der Dispositionsmaxime unterliege. Im Weiteren gelte die Verhandlungsmaxime, d.h. das Gericht sei bei der Kostenverteilung zugrundeliegenden Sachverhaltsfeststellung nicht an die Behauptungen der Parteien gebunden. Es stellt sich die Frage, was diesbezüglich unter der neuen [ZPO](#) gilt.

[21] Die Botschaft zur [ZPO](#) hält betreffend die Parteientschädigung fest, dass eine solche im Gegensatz zu den Gerichtskosten (vgl. Art. 105 Abs. 1 [ZPO](#)) entsprechend der Dispositionsmaxime nur auf Antrag einer Partei zugesprochen werde ([BBI 2006 7221](#), 7296; dies etwa im Gegensatz zum Verfahren vor Bundesgericht, vgl. Art. 68 [BGG](#)). Dies wurde vom Bundesgericht mittlerweile bestätigt und ist in der Lehre soweit ersichtlich nicht umstritten ([BGE 139 III 334](#) E. 4.3. mit Hinweisen).

[22] Fraglich ist aber, ob unter der Geltung der neuen [ZPO](#) für die für die Kostenverteilung massgeblichen Sachumstände die Untersuchungs- oder die Verhandlungsmaxime gilt. Im Regelfall (Art. 106 Abs. 1 und 2 [ZPO](#)) verteilt das Gericht die Prozesskosten (worumter neben den Gerichtskosten auch die Parteientschädigung fällt: Art. 95 Abs. 1 [ZPO](#)) nach dem Verfahrensausgang. Es versteht sich von selber, dass das Gericht den Verfahrensausgang zu diesem Zweck von Amtes wegen feststellt, denn die Kosten werden in der Regel mit dem Endentscheid verlegt (Art. 104 Abs. 1 [ZPO](#)). Unklar ist hingegen, ob das Gericht, wenn es in Anwendung von Art. 107 [ZPO](#) oder Art. 108 [ZPO](#) von der Kostenverteilung nach dem Verfahrensausgang abweicht, diese Abweichung auf Sachumstände stützen darf, welche die Parteien nicht behauptet haben.

[23] Auf den ersten Blick mag die Geltung der Dispositionsmaxime bezüglich der Parteientschädigung für die Anwendung der Verhandlungsmaxime sprechen. Es ist allerdings zu beachten, dass das Gericht die Kostenverteilung nach denselben Regeln sowohl für die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung vornimmt. Für die Festsetzung der Gerichtskosten gilt gemäss Art. 105 Abs. 1 [ZPO](#) die Offizialmaxime. In aller Regel erfolgt die Verteilung der Gerichtskosten und der Parteientschädigung im selben Verhältnis. In der Praxis dürfte – ähnlich wie bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen – im Zivilprozess eine beschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung kommen (vgl. zum eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz bei den Prozessvoraussetzungen: Alexander Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 60 N. 4; BK ZPO-Simon Zingg, Bern, 2012, Art. 60 N. 4 f.). Das Gericht betreibt grundsätzlich keine eigenen Nachforschungen nach Umständen, welche eine Abweichung vom Grundsatz der Verteilung der Kosten nach dem Verfahrensausgang rechtfertigen. Drängt es sich aber auf, solche sich aus den Akten oder dem Verhalten der Parteien im Prozess ergebenden Umstände zu berücksichtigen, darf das Gericht dies tun, selbst wenn die Parteien diese Umstände nicht behauptet haben. Immerhin wird das Gericht unseres Erachtens den Parteien im Rahmen des rechtlichen Gehörs Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen, wenn es – ohne dass eine Partei dies verlangt und den betreffenden Umstand behauptet hätte – darauf abstellen will. Dies wird eher selten der Fall sein, weil in der Regel die Parteien entweder selber unter Behauptung der entsprechenden Tatsachen eine ermessensweise Kostenverteilung verlangen werden oder eine Kostenverteilung nach dem Verfahrensausgang noch vertretbar erscheint.

[24] Das rechtliche Gehör gebietet bei einem Abweichen vom Unterliegerprinzip im Weiteren, dass ein begründeter Kostenentscheid zu ergehen hat (vgl. Schmid, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kuko ZPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 107 N. 12 mit Verweis auf Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, § 16 Rz. 37). Ein begründeter Entscheid hat unseres Erachtens auch dann zu ergehen, wenn eine Partei die ermessensweise Verteilung der Prozesskosten beantragt, das Gericht jedoch am Unterliegerprinzip festhält.

Rechtfertigt die Laienstellung bei technischen/baulichen Sachverhalten eine ermessensweise Kostenverteilung?

[25] Das Bundesgericht qualifizierte den Umstand, dass die Vorinstanz die Komplexität bei der Erfassung der Mängelproblematik bei der Kostenverlegung zugunsten der Besteller berücksichtigte, als willkürlich. Zur Begründung führte es zum einen aus, die Länge des vorinstanzlichen Urteils sei nicht auf die Komplexität der Mängel, sondern auf deren stattliche Anzahl zurückzuführen. Der Umstand, dass die Beklagten die Mängel bestritten und weniger aufwändige Behebungsmassnahmen als notwendig erachtet hätten, sei zudem in nahezu jedem Verfahren um Bevorschussung von Mängelbehebungsarbeiten gegeben. Schliesslich hätten die Kläger sich professioneller Hilfe (Rechtsanwalt und technischer Berater) bedient, um die Mängelproblematik zu erfassen und diese Kosten seien ihnen - soweit genügend substantiiert und im Verhältnis zum Verfahrensausgang - bereits als Schadenersatz zugesprochen worden.

[26] Auf der anderen Seite war es gemäss Bundesgericht hingegen nicht willkürlich, dass die Vorinstanz bei der Kostenverlegung berücksichtigte, dass die Kläger als Laien mehreren Unternehmen auf der Beklagtenseite gegenübergestanden seien. Zur Begründung führte es aus, zweifellos habe ein Unternehmen, das eine bemängelte Bauteile selber erstellt habe, von vorneherein einen viel besseren Kenntnisstand als baufachliche Laien, sowohl bezüglich der Ursachen der Mängel als auch möglicher

Sanierungsmassnahmen.

[27] Die unterschiedliche Beurteilung dieser beiden Kriterien für die Kostenverlegung durch das Bundesgericht erstaunt, denn sie stehen letztlich in engem Zusammenhang: Dass die Kläger Laien waren hatte einen Einfluss auf ihre Schwierigkeiten, die Mängelproblematik zu erfassen.

[28] Entgegen dem, was die Ausführungen des Bundesgerichts suggerieren, kann unseres Erachtens eine besondere Komplexität des Falles auch in einer Vielzahl von Mängeln liegen, insbesondere dann, wenn es um die Nachbesserung derselben geht. Dies gerade mit Blick auf Stockwerkeigentum und die damit verbundene hoch umstrittene Mehrfachabtretung von Mängelrechten in Kaufverträgen sowie die Schwierigkeiten betreffend die Erbringung der Nachbesserungsarbeiten.

[29] Angesichts der in der Praxis häufig anzutreffenden Überforderung von Laien mit baulichen Sachverhalten und der deswegen vermehrt bereits vor dem Prozess anfallenden Kosten für externe Berater/Rechtsvertreter ist die Klarstellung des Bundesgerichts zu begrüssen, dass diese Kosten Mangelfolgeschaden darstellen und nicht ermessensweise bei der Prozesskostenverteilung zu berücksichtigen sind. Würden solche Aufwendungen nicht als ausserprozessuale Kosten qualifiziert, sondern gälten als über die Parteientschädigung abgegolten, führte dies dazu, dass diese Kosten den Parteien häufig nur teilweise ersetzt würden. Andererseits bestehen Rechtsunsicherheiten, welchen mit vermehrten Aufwendungen seitens eines Gutachters/Beraters/Rechtsvertreters zu begegnen ist, auch bei Streitigkeiten unter sachverständigen Parteien. Ursache hierfür dürfte nicht zuletzt die unterschiedlich hohen (aber teilweise ziemlich strikten) Substantiierungsanforderungen der Gerichte sein, welchen ohne technischen Sachverstand fast nicht mehr Genüge getan werden kann. Solche Kosten sollten als ausserprozessuale Kosten und damit als Schaden qualifiziert werden. Das entbindet aber im Streit, wie das Bundesgericht richtig festhält, nicht davon, diese Kosten wiederum rechtsgenügend und substantiiert darzutun.

[30] Da eine vor dem Prozess auf professionelle Hilfe angewiesene Partei diese (externen) Kosten bei Obsiegen im Prozess bereits als Mangelfolgeschaden zugesprochen erhalten kann, betrifft eine zusätzliche Berücksichtigung ihres Laienstatus bei der Kostenverlegung nur noch ihren eigenen Aufwand (z.B. für die Instruktion des externen Beraters). Solche internen Kosten werden praxismässig im Prozess nur sehr zurückhaltend entschädigt. Es ist typisch, dass in einem Vertrag der Erbringer der vertragscharakteristischen Leistung (Unternehmer, Auftragnehmer) sich im betreffenden Fachbereich besser auskennt und sich die andere Seite im Falle eines Rechtsstreits stärker in die Materie einarbeiten muss. Dies rechtfertigt aber unseres Erachtens höchstens in Extremfällen eine Abweichung von der Kostenverlegung nach dem Verfahrensausgang (vgl. dazu auch BK ZPO-Martin H. Sterchi, a.a.O., Art. 107 N. 22).

Randnotiz

[31] Die Beklagten beanstandeten vor Bundesgericht unter anderem auch, dass die Vorinstanz den Klägern auf die Vorschussforderung für die mutmasslichen Nachbesserungskosten Verzugszins zugesprochen hatte. Die Beklagten begründeten ihren Standpunkt damit, dass der Kostenvorschuss Aufwändungsersatz darstelle und dem Besteller infolge der Zweckgebundenheit und der Abrechnungspflicht nach Abschluss der Nachbesserungsarbeiten kein Schaden entstehe. Vielmehr fehle das Kapital erst, wenn der Besteller die Mängel im Rahmen einer Ersatzvornahme auf eigene Kosten behebe.

[32] Das Bundesgericht folgte der Beklagten insoweit, als es festhielt, dass der Kostenvorschuss einen vorweggenommenen Aufwändungsersatz für die Kosten der Ersatzvornahme und damit eine Änderung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs darstelle. Das Bundesgericht argumentierte jedoch weiter, dass die Verzugszinspflicht in der Lehre unstrittig sei und es sich beim Kostenvorschuss trotz Zweckgebundenheit um eine Geldforderung handle, die gemäss Art. 104 OR im Fall des Verzugs zu verzinsen sei. Der Verzug trete sodann spätestens mit Klageeinleitung ein (vgl. zum Ganzen E. 7).

[33] Dieser Ansicht ist vollumfänglich zuzustimmen, wenn man bedenkt, dass die Ersatzvornahme resp. die Kostenbevorschussung derselben eine Änderung der vertraglichen Leistungspflicht begründet, wobei die Schuldner zwar nicht mit der Ersatzvornahme, jedoch aber mit der ursprünglichen Leistungspflicht in Verzug geraten ist. Da die Ersatzvornahme anstelle der ursprünglichen Leistungspflicht tritt und aus einer Geldforderung besteht, ist es nur folgerichtig, dass die Forderung verzugszinspflichtig ist.

Zitiervorschlag: Matthias Lindner / Malou Middendorp, Von ausserprozessualen Kosten und der Verteilung der Prozesskosten, in: dRSK, publiziert am 21. April 2017



