

Daniel Wuffli

## Ohnehinkosten im Bauprozess

---

Aus Anlass eines jüngst ergangenen Bundesgerichtsurteils vom 11. Mai 2021 (4A\_601/2020), bei welchem es um die Haftung einer Architektin und Ingenieurin für Risse in der Gebäudefassade ging, werden die sog. Ohnehinkosten (= Sowiesokosten) aus materiell-rechtlicher, beweisrechtlicher und zivilprozessualer Perspektive dargestellt. Der Beitrag widmet sich damit einem in der baurechtlichen Beratungspraxis zwischen Bauherren auf der einen und mangelhaftenden Unternehmern sowie Planern auf der anderen Seite häufig umstrittenem Thema.

---

Beitragsart: Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete: Bau- und Raumplanungsrecht. Bodenrecht; Schaden.

Schadenersatz; Zivilprozessrecht; Obligationenrecht

Zitiervorschlag: Daniel Wuffli, Ohnehinkosten im Bauprozess, in: Jusletter 28. Juni 2021

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Bundesgerichtsurteil vom 11. Mai 2021
  - 2.1. Sachverhalt und Prozessgeschichte
  - 2.2. Erwägungen des Bundesgerichts
3. Bemerkungen
  - 3.1. Ohnehinkosten im materiellen Recht
  - 3.2. Beweislast für Ohnehinkosten
  - 3.3. Prozessuale Hürden
4. Fazit

### 1. Einleitung

[1] Steht in baurechtlichen Auseinandersetzungen die Mängelhaftung des Unternehmers dem Grunde nach erst einmal fest, werden bei der Ermittlung der Nachbesserungskosten oft die sog. Ohnehinkosten bzw. Sowiesokosten relevant.

[2] Bei aussergerichtlichen Vergleichsgesprächen sind sich die Parteien über die Höhe der Ohnehinkosten und damit zusammenhängend auch der Nachbesserungskosten häufig uneinig. Können die diesbezüglichen Differenzen nicht bereinigt werden, werden Ohnehinkosten zum Gegenstand eines Zivilprozesses. Im Zusammenspiel Zivilprozessrecht, Beweisrecht und materielles Baurecht gilt es einiges zu berücksichtigen, wie ein jüngst ergangenes Bundesgerichtsurteil eindrücklich aufgezeigt hat.

### 2. Bundesgerichtsurteil vom 11. Mai 2021

#### 2.1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

[3] Mit Urteil vom 11. Mai 2021 hatte das Bundesgericht im Verfahren 4A\_601/2020 folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Die Bauherrin C AG sah sich mit der Klage auf Werklohnforderung der Unternehmerin D AG konfrontiert. Die Bauherrin C AG verweigerte die Bezahlung der (unbestrittenen) Werklohnforderung, weil an der Fassade des Gebäudes Risse entstanden waren und die C AG somit eine Gegenforderung behauptete. Nachdem die Unternehmerin D AG offenbar erfolgreich dargelegt hatte, dass die Risse auf den nach Anweisung der Bauherrschaft eingesetzten Beton und/oder auf Fehlplanungen der Architektin A AG oder der Ingenieurin B AG zurückzuführen seien, verkündete die Bauherrin C AG der A AG und der B AG den Streit. Weil sich in der Folge die Bauherrin und die Unternehmerin D AG vergleichsweise einigten (offenbar stand ein Ausführungsmangel nicht mehr zur Diskussion), versuchte die Bauherrin C AG die Nachbesserungskosten des Mangels (Risse in der Gebäudefassade) gegen die Architektin A AG und die Ingenieurin B AG durchzusetzen und erhob Streitverkündungsklage auf Zahlung von Fr. 430'000.00, weil diese die Verantwortung für die Rissbildung im Beton tragen würden.

[4] Nachdem die Klage zunächst abgewiesen und eine von der C AG dagegen erhobene Berufung gutgeheissen wurde, hiess das Bezirksgericht Arbon nach erfolgter Rückweisung des Verfahrens die Streitverkündungsklage im Umfang von Fr. 284'400.00 teilweise gut. Gegen diesen Entscheid erhoben die Architektin A AG und die Ingenieurin B AG Berufung, die Bauherrin C AG Anschlussberufung. Mit Urteil vom 30. April 2020 verpflichtete das Obergericht (in Abweisung der Berufung und Gutheissung der Anschlussberufung) die Ingenieurin und die Architektin zur Be-

zahlung von Fr. 426'900.00. Im Unterschied zum Bezirksgericht liess das Obergericht die mit einem Gutachten ausgewiesenen «Ohnehinkosten» nicht zum Abzug zu, weil die Beklagten A AG und B AG dies im Behauptungsstadium nicht oder zu knapp behauptet, nicht rechtsgenügend substantiiert und auch keine Beweisanträge gestellt hätten (insbesondere kein Gutachten beantragt). Das Bezirksgericht hätte in Bezug auf die Ohnehinkosten nach Auffassung des Obergerichts überhaupt keinen Beweis abnehmen dürfen.

[5] Das Obergericht des Kantons Thurgau stellte fest, dass es sich bei den Ohnehinkosten um Kosten der Nachbesserung handle, die auch bei ursprünglich mangelfreier Ausführung entstanden wären. Die Beweislast für Ohnehinkosten liege nach Art. 8 ZGB bei den Beklagten A AG und B AG, die gestützt darauf weniger bezahlen wollten, als die Bauherrin C AG fordere. Damit müssten die Beklagten diese Kosten auch rechtzeitig behaupten und substantiieren. Die Architektin habe in ihrer Duplik den Begriff der Ohnehinkosten zwar verwendet und vorgebracht, die von der C AG gehegten Sanierungswünsche seien unverhältnismässig und würden in erheblichen Ohnehinkosten resultieren. Gemäss Ausführungen in der Duplik soll es die C AG gewesen sein, die auf die Installation von Fensterbänken verzichtet habe; bei der Installation von solchen würde es sich um Ohnehinkosten handeln, die so oder anders entstanden wären. Als Beweismittel habe die Architektin die Befragung des Bauherrenberaters offeriert.

[6] Das Thurgauer Obergericht kam zum Schluss, dass es der Architektin möglich und zumutbar gewesen wäre, die Ohnehinkosten genügend klar und bestimmt im Schriftenwechsel in das Verfahren einzubringen und als Beweis eine Expertise zu offerieren. Die Architektin habe keine genügenden Behauptungen aufgestellt und als Beweismittel lediglich die Befragung des Bauherrenberaters angeboten, aber darauf verzichtet, ihm Fragen zu stellen. Ein Gutachten dazu habe sie nicht beantragt. Zudem seien die Fensterbankbleche laut Gutachten sowieso keine Ohnehinkosten. Die Ingenieurin habe sich vor Bezirksgericht zu den Ohnehinkosten nicht rechtzeitig geäussert. Die Bezifferung auf Fr. 150'000 sei nicht im Behauptungsstadium im Rahmen der beiden Schriftenwechsel, sondern erst an der Hauptverhandlung und mithin nach Aktenschluss erfolgt.

[7] Der den Parteien zugestellte (erste) Fragenkatalog habe die Frage «mit welchen Massnahmen hätten die festgestellten Schäden und/oder Mängel verhindert werden können, wenn diese von Beginn ergriffen worden wären (Frage der eingesparten Baukosten/Ohnehinkosten)?» enthalten. Der Vertreter der Bauherrin C AG habe zunächst Fragen nach den Sanierungskosten sowie dem Mehr- und Minderwert (einschliesslich des Quantum) vorgeschlagen und mit der Frage angeschlossen, ob «Teile dieser Kosten Ohnehinkosten seien, (d.h. Kosten, die auch angefallen wären, wenn die Fassade von Anbeginn nach den Regeln der Baukunde geplant und ausgeführt worden wäre)?» Diese Formulierung habe das Bezirksgericht übernommen und die Frage so dem Experten unterbreitet. Das Gutachten sowie das Ergänzungsgutachten hätten sich in der Folge zu den Ohnehinkosten geäussert. Die Bauherrin C AG habe keine Möglichkeit gehabt, sich gegen das Einfliessen der Ohnehinkosten in den Prozess zu wehren. Von ihr einen ausdrücklichen Protest zu verlangen, anstatt betreffend die Ohnehinkosten eine für sie günstigere Frage zu formulieren, gehe zu weit. Im Beweisbeschluss sei von Ohnehinkosten – zu Recht – nicht die Rede gewesen.

## **2.2. Erwägungen des Bundesgerichts**

[8] Das Bundesgericht wies die von der Architektin A AG und der Ingenieurin B AG gegen das obergerichtliche Urteil erhobene Beschwerde ab und schützte den Entscheid der Vorinstanz.

[9] Die A und B AG monierten vor Bundesgericht zunächst, dass sie den Begriff der Ohnehinkosten in den Prozess eingeführt hätten. Sie hätten insbesondere festgehalten, dass die Sanierungswünsche der Bauherrin «in erheblichen Ohnehinkosten» resultieren würden, die diese selber zu tragen hätte. Konkret sei dann sogar die Installation von Fensterbänken genannt. Mithin sei das Thema Ohnehinkosten in Form eines schlüssigen Tatsachenvortrages in den Prozess eingebracht worden.<sup>1</sup> Das Bundesgericht hält dem entgegen, dass der Tatsachenvortrag gerade nicht schlüssig gewesen sei. So sei unklar, um welchen Betrag die Forderung mit Blick auf die Fensterbänke zu reduzieren wäre und welche anderen Posten als Ohnehinkosten zu betrachten seien. Die Bauherrin C AG habe nicht abschätzen können, ob sie die Behauptungen der Architektin anerkennen oder bestreiten solle. Insbesondere sei ihr ein substantiiertes Bestreiten nicht möglich gewesen.<sup>2</sup>

[10] Sodann wendeten die Beklagten A AG und B AG vor Bundesgericht ein, dass es um Ohnehinkosten von Sanierungsmassnahmen gehe, die noch nicht vorgenommen worden seien und deren Inhalt und Umfang nicht feststehe. Es sei nicht möglich, diese Kosten konkreter in den Prozess einzuführen als sie dies getan hätten. Die Behauptungs- und Beweislast für die zur Sanierung erforderlichen konkreten Vorkehren liege bei der Bauherrschaft. Das Vorbringen bezüglich der Ohnehinkosten in der Duplik der Architektin sei von der heutigen Bauherrin C AG im erstinstanzlichen Verfahren nie bestritten worden. Fehle es aber an einer Bestreitung, bedürfe die rechtsgenüßlich aufgestellte Behauptung keiner zusätzlichen Substantiierung.<sup>3</sup> Diesbezüglich räumte das Bundesgericht ein, dass es durchaus Konstellationen gebe, in welchen detaillierte Angaben erst nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch die Gegenpartei erwartet werden könnten. Auch wenn das Beweisverfahren nicht dazu diene, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, könne von der behauptungsbelasteten Partei vernünftigerweise nicht erwartet werden, dass sie vor der Durchführung des Beweisverfahrens die entscheiderelevanten technischen Aspekte bis ins letzte Detail darlege, würde dies doch die gerichtliche Durchsetzung ihrer Ansprüche faktisch verunmöglichen. Selbst wenn ein solcher Fall vorliegen sollte, hätten die Beschwerdeführerinnen darlegen müssen, welche zusätzlichen Angaben der Bauherrin für eine schlüssige Behauptung der Ohnehinkosten nötig gewesen wären oder nach welchen Kriterien die Ohnehinkosten auszuscheiden wären und inwiefern ihnen dazu das notwendige Fachwissen fehle. Diesbezüglich hätten sie ein Gutachten beantragen können. Dass die Bauherrin selbst ein Gutachten beantragt habe, helfe nichts, soweit dieses nicht dazu offeriert worden sei, die Ausscheidung von Ohnehinkosten zu ermöglichen.<sup>4</sup>

[11] Das Bundesgericht stellte weiter klar, dass es im Rahmen der Verhandlungsmaxime den Parteien obliege, ein Gutachten als Beweismittel zu beantragen. Ein solches dürfte nur im Ausnahmefall vom Gericht von Amtes wegen angeordnet werden. Es sei Aufgabe der beweispflichtigen Partei, ausreichende Beweisanträge zu stellen. Ein Gutachten dürfe nur dann von Amtes wegen angeordnet werden, wenn dies nicht auf Bevorzugung einer Prozesspartei hinauslaufe. Insofern verhalte sich Art. 183 Abs. 1 ZPO analog zur richterlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO). Der Zweckgedanke der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO bestehe darin, dass eine Partei nicht wegen Unbeholfenheit ihres Rechts verlustig gehen soll, indem das Gericht bei klaren Mängeln der Parteivorbringen helfend eingreifen soll. Bei anwaltlich vertretenen Parteien

---

<sup>1</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_601/2020 vom 11. Mai 2021 E. 3.3.

<sup>2</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_601/2020 vom 11. Mai 2021 E. 4.2.1.

<sup>3</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_601/2020 vom 11. Mai 2021 E. 3.2.

<sup>4</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_601/2020 vom 11. Mai 2021 E. 4.2.2.

habe die richterliche Fragepflicht nur eine sehr eingeschränkte Tragweite. Die Architektin zeige nicht auf, woraus sich hätte ergeben sollen, dass ihre Vorbringen offensichtlich unvollständig sein sollten, zumal sich die anwaltlich vertretene Partei der Anforderungen an rechtsgenügeliche Behauptungen und Beweisofferten bewusst gewesen sein musste.<sup>5</sup>

[12] Schliesslich rief das Bundesgericht in Erinnerung, dass das Gericht unbehauptete, aber durch das Beweisverfahren erwiesene Tatsachen nur dann berücksichtigen dürfe, wenn diese «im Rahmen dessen lägen, was behauptet worden sei». Die Anforderungen an die Substantiierung einer Behauptung oder einer Bestreitung seien nicht Selbstzweck. Sie dienten vielmehr der Eingrenzung des Beweisthemas und schafften die Voraussetzungen für eine sachgerechte Beweisführung und den Subsumtionsvorgang in der Rechtsfindung. Die Anforderungen an die Substantiierung stellten sicher, dass die Ohnehinkosten in einer Form behauptet werden, die ein substantiiertes Bestreiten ermöglichte und es der Gegenpartei erlaubte zu entscheiden, ob sie die Vorbringen bestreiten oder anerkennen wolle – dies sei kein überspitzter Formalismus.<sup>6</sup>

### 3. Bemerkungen

#### 3.1. Ohnehinkosten im materiellen Recht

[13] Der juristische Grundgedanke bezüglich Ohnehinkosten aus materiell-rechtlicher Sicht liegt auf der Hand: Der Werkbesteller soll nicht davon profitieren, dass der vertragsgemässe Zustand des Werks erst nachträglich im Zuge der Nachbesserung hergestellt wird. Hätte ihn das Werk mehr gekostet, wenn es schon von vornherein ohne den fraglichen Mangel (der die Nachbesserung notwendig machte) ausgeführt worden wäre, so muss er sich im Umfang dieses Mehrbetrages (Ohnehinkosten) an den Kosten der Mängelbeseitigung beteiligen.<sup>7</sup> Oder in den Worten des Bundesgerichts: «le maître doit supporter les frais qu'il aurait de toute manière dû assumer si le contrat avait été parfaitement exécuté».<sup>8</sup>

[14] Sofern die mangelhaftenden Beklagten im hier diskutierten Verfahren für sich in Anspruch nehmen, dass ein Teil der angefallenen Nachbesserungskosten ohnehin angefallen wäre, behaupten sie sog. Ohnehinkosten. Hätte sich die Prozessgeschichte nicht im Rahmen eines Zivilprozesses, sondern während aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen abgespielt und wäre ein von allen Beteiligten akzeptierter Gutachter zum Ergebnis gelangt, dass rund 1/3 der Nachbesserungskosten ohnehin angefallen wäre, wenn das Werk von Beginn weg ohne Risse in der Fassade hergestellt worden wäre, dann läge die Lösung auf der Hand: Die für den Mangel verantwortliche Architektin sowie die Ingenieurin haben 2/3 der Nachbesserungskosten zu tragen, die Bauherrin C AG hingegen die Ohnehinkosten von rund 1/3.

[15] Auch wenn für den Verfahrensausgang nicht von Relevanz, dürfte es sich bei den im Bundesgerichtsurteil punktuell thematisierten Kosten für die Installation von Fensterbänken hingegen nicht um eigentliche Ohnehinkosten handeln, sondern um zusätzliche Leistungen im Rahmen der Nachbesserung, die über die ohnehin geschuldete Nachbesserung hinausgehen. Konkret soll

---

<sup>5</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_601/2020 vom 11. Mai 2021 E. 4.3.1.–4.3.3.

<sup>6</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_601/2020 vom 11. Mai 2021 E. 4.4.

<sup>7</sup> PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl.2019, Rz. 1728.

<sup>8</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_514/2016 vom 6. April 2017 E. 3.2.1

die Bauherrin auf die Installation der Fensterbänke verzichtet haben und nachträglich (vermutungsweise erst im Zuge der Nachbesserung) soll sie dann doch auf deren Installation bestanden haben.<sup>9</sup> Ein solcher Fall ist vergütungsmässig gleich zu behandeln wie eine Beststellungsänderung vor Ablieferung des Werks.<sup>10</sup>

### 3.2. Beweislast für Ohnehinkosten

[16] Nicht selten stellen sich die für einen Mangel haftenden Unternehmer und/oder Planer auf den Standpunkt, dass die Behauptungs- und Beweislast für die zur Sanierung erforderlichen konkreten Vorkehren bei der Bauherrschaft liege, welche Nachbesserung verlange. Entsprechend versuchen sie durch das pauschale Vorbringen von angeblichen Ohnehinkosten das Quantitativ der Haftung noch reduzieren zu können. Dieses Vorgehen wird damit begründet, dass Ohnehinkosten gerade keine Nachbesserungskosten seien und die Bestellerin indes einzig Nachbesserungskosten einfordern könne und für deren Höhe auch beweisbelastet sei. Ein solches Vorgehen ist mit den Grundsätzen von Art. 8 ZGB jedoch nicht in Einklang zu bringen.

[17] Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufschiebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Rechtshindernde Tatsachen sind letztlich nichts anderes als negative Voraussetzungen für die Entstehung eines Rechts. Rechtserzeugende und rechtshindernde Sachumstände sind somit untrennbar miteinander verquickt (bzw. in den Worten des Bundesgerichts: «die beiden Seiten der Medaille des subjektiven Rechts»). Die rechtserheblichen und rechtshindernden Tatsachen ergeben sich aus dem materiellen Recht. Ob es sich um eine rechtsaufhebende oder rechtsbegründende Tatsache handelt, ergibt sich aus einer ausdrücklichen Beweislastregel, aus der Struktur des anzuwendenden Rechtssatzes oder aus dessen systematischer Stellung. Aus der Struktur des Rechtssatzes können sich namentlich eine Regel und eine Ausnahme ergeben. Dann muss jene Partei, die sich auf die Ausnahme beruft, diese als rechtshindernde Tatsache beweisen.<sup>11</sup>

[18] In Bezug auf Nachbesserungskosten und Ohnehinkosten ergibt sich folgende Beweislastverteilung: Die Bauherrin ist für die Höhe der entstandenen Nachbesserungskosten, die sie vom Unternehmer und/oder Planer einfordert, beweisbelastet. Ist ihr dieser Beweis erst einmal gelungen, liegt es an der Unternehmerin, allfällige Ohnehinkosten zu beweisen. Diese Beweislastregel liegt auch dem hier besprochenen Bundesgerichtsurteil zu Grunde.

---

<sup>9</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_601/2020 vom 11. Mai 2021 E.2.1.

<sup>10</sup> GAUCH (Fn. 1), Rz. 1729.

<sup>11</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_365/2017 vom 26. Februar 2018 E. 5.2.1 mit Hinweisen.

### 3.3. Prozessuale Hürden

[19] Die strengen Anforderungen des Bundesgerichts an die Substantiierung sind für den Ausgang von Bauprozessen häufig entscheidend.<sup>12</sup> Auch im hier dargestellten Verfahren war für die Frage der Ohnehinkosten entscheidend, welche Behauptungen die Architektin und Ingenieurin aufstellten und welche Beweismittel sie hierfür offerierten.

[20] Aus der Beweislastverteilung (Rz. 18 vorne) ergibt sich ohne Weiteres, dass der haftende Unternehmer und/oder Planer die Ohnehinkosten zu behaupten, im Bestreitungsfall weitergehend zu substantiieren und auch mit genügenden Beweisofferten zu untermauern hat. Kommt er dieser prozessualen Obliegenheit nicht vor Aktenschluss nach, kann er auch aus Ohnehinkosten, die – aus welchen Gründen auch immer – durch ein Gerichtsgutachten belegt und beziffert sind, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Dies ist die (harte) zivilprozessuale Realität.

[21] Pikant war im zu beurteilenden Fall, dass es offenbar die nicht beweisbelastete Bauherrin war, welche die Ohnehinkosten im Rahmen des dem Gerichtsgutachter unterbreiteten Fragenkataloges vertieft zum Prozessthema gemacht hatte. Das Bundesgericht stellte diesbezüglich klar, dass es der beweisbelasteten Partei nichts helfe, wenn die (nicht beweisbelastete) Gegenpartei ein Gutachten zu den Nachbesserungskosten beantrage, da ein solches von der Bauherrin beantragtes Gutachten ja nicht die Ausscheidung von Ohnehinkosten ermöglichen soll.<sup>13</sup> Diesen bundesgerichtlichen Erwägungen ist vollumfänglich beizupflichten: Es obliegt stets der beweisbelasteten Partei, taugliche Beweismittel frist- und formgerecht zu offerieren. Ein Beweismittel ist dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt.<sup>14</sup> Das Gericht ist nicht gehalten, zur Klärung einer Frage Beweismittel abzunehmen, die nicht in diesem Zusammenhang angeboten wurden.<sup>15</sup> Auch wenn die Bauherrin für die Höhe der Nachbesserungskosten ein Gutachten beantragt hatte, kann daraus nicht abgeleitet werden, dass im Rahmen dieses Gutachtens auch allfällige Ohnehinkosten zu thematisieren sind. Dies würde vielmehr entsprechende Behauptungen und Beweisanträge der beweisbelasteten Unternehmer/Planer voraussetzen.

[22] In Bezug auf die Behauptungs- und Substantiierungslast knüpft das Urteil an die bisherige, strenge bundesgerichtliche Rechtsprechung<sup>16</sup> an. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche vielmehr voraus.<sup>17</sup> Auch wenn die behauptungsbelastete Partei die entscheiderelevanten technischen Aspekte nicht bis ins letzte Detail darlegen muss (dies würde ihr eine gerichtliche Durchsetzung der Ansprüche verunmöglichen)<sup>18</sup>, hätten die Beklagten vorliegend aus Optik des Bundesgerichts die Ohnehinkosten zumindest prominenter thematisieren und auch darlegen müssen, welche Angaben ihnen für eine schlüssige Behauptung der Ohnehinkosten fehlen bzw. nach welchen Kriterien Ohnehinkosten

---

<sup>12</sup> ROLAND HÜRLIMANN, Die Substanziierungslast – Fluch oder Segen?, Aktuelle Anwaltspraxis 2019, Heft 5, S. 209 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_601/2020 vom 11. Mai 2021 E. 4.2.2 in fine.

<sup>14</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_487/2015 vom 6. Januar 2016 E. 5.2 mit Hinweisen.

<sup>15</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_574/2015 vom 11. April 2016 E. 6.6.4.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu ROLAND HÜRLIMANN, Zivilprozesse in Bausachen: die wunden Punkte, Baurechtstagung 2019, S. 51 ff., S. 70.

<sup>17</sup> BGE 144 III 67 E. 2.1.

<sup>18</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_412/2019 vom 27. April 2020 E. 7.4.2.1.

auszuscheiden wären. Zu solchen Behauptungen hätten die Beklagten, sollte Ihnen das Fachwissen dazu fehlen, dann konkret ein Gutachten beantragen können.<sup>19</sup>

[23] Letztlich konnten sich die Architektin und die Ingenieurin aus rein zivilprozessualen Gründen nicht auf ein gerichtliches Gutachten berufen, nach welchem rund 1/3 der angefallenen Nachbesserungskosten sog. Ohnehinkosten sind und eigentlich von der Bauherrin zu tragen wären. Der Bundesgerichtsentscheid dient damit anschaulich als Beispiel für ein mögliches Auseinanderklaffen der formellen und materiellen Wahrheit.

#### **4. Fazit**

[24] Bei der Geltendmachung und Durchsetzung von Ohnehinkosten haben die für einen Mangel haftenden Unternehmer und/oder Planer neben den zivilprozessualen Regeln insbesondere zu berücksichtigen, dass sie für solche Kosten beweisbelastet sind. Um unliebsame Ergebnisse im Zivilprozess zu vermeiden, sind Ohnehinkosten äusserst sorgfältig in den Prozess einzuführen. Ist eine substantiierte Darstellung von Ohnehinkosten mangels technischem Know-How nicht möglich, so sind sie aber zumindest grob zu umschreiben und es ist konkret anzugeben, nach welchen Kriterien die Ohnehinkosten von den Nachbesserungskosten auszuscheiden sind. Hierfür kann dann ein gerichtliches Gutachten beantragt werden.

[25] Bei Baustreitigkeiten ist den Involvierten zu raten, sich – wenn immer möglich – aussergerichtlich zu einigen. Eine aussergerichtliche Einigung erfolgt in der Regel nicht nur deutlich rascher und billiger, sondern stellt auch sicher, dass die Haftung ungeachtet zivilprozessualer Stolpersteine nach der materiellen Wahrheit (z.B. einem gemeinsam beauftragten Gutachten) festgelegt wird und nicht auf eine formelle Wahrheit abgestellt werden muss.

---

Dr. iur. DANIEL WUFFLI, Rechtsanwalt bei Baur Hürlimann AG, Zürich und Ersatzrichter am Obergericht des Kantons Aargau.

---

<sup>19</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_601/2020 vom 11. Mai 2021 E. 4.2.2.