

# Wenn die Gerichte der klagenden Partei den Teppich unter den Füßen wegziehen und diese nichts dazu sagen darf

**Andreas Güngerich**, Dr. iur., Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Rechtsanwalt, LL.M., Bern

Mit BGE 143 III 545 hat das Bundesgericht einen wegweisenden Entscheid zur Frage der Bestimmung des Preises für einseitige Beststellungsänderungen bei einem Werkvertrag mit Pauschalpreis gefällt. Es hat – im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 – erkannt, dass das Gericht Nachtragspreise für solche Leistungen in Ausübung seines Ermessens zu bestimmen habe, wobei grundsätzlich die Marktpreise im Zeitpunkt der Beststellungsänderung massgeblich seien. Mit dem vorliegenden Beitrag sollen indes nicht werkvertragsrechtliche Aspekte, sondern einige der sich stellenden zivilprozessualen Fragen beleuchtet werden.

## I. Prozessgeschichte

Ein aus zwei Unternehmungen bestehendes Konsortium schloss mit einer Bauherrin einen Werkvertrag zur Ausführung der Baumeisterarbeiten für eine Wohnüberbauung ab. Vereinbart wurden ein pauschaler Werkpreis sowie die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977/1991). Die Unternehmer machten Mehrforderungen zufolge Beststellungsänderungen und Bauablaufstörungen im Umfang von rund CHF 4,9 Mio geltend und klagten vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die Bauherrin auf Zahlung.

Das Handelsgericht hiess die Klage im Umfang von rund CHF 570 000 nebst Zins gut.<sup>1</sup> Im Übrigen wies es die Klage ab. Es führte namentlich aus, die Klägerinnen hätten es unterlassen, ihre jeweiligen Aufwände genügend substantiiert zu behaupten.

Das in der Folge angerufene Bundesgericht hob das Urteil des Handelsgerichts auf und wies die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück.<sup>2</sup> In den Erwägungen hielt das Bundesgericht fest, dass der Preis für einseitige Beststellungsänderungen entgegen der Ansicht der Vorinstanz auch dann in sinngemässer Anwendung von Art. 89 SIA-Norm 118 zu bestimmen sei, wenn sich die Parteien nicht auf einen Mehrpreis geeinigt hätten. Zur Bestimmung der Nachtragspreise sei grundsätzlich auf die allgemeinen Marktpreise im Zeitpunkt der Beststellungsänderungen abzustellen. Das Gericht habe bei der Festsetzung der Nachtragspreise einen Ermessensentscheid zu treffen und die Nachtragspreise sachge-

recht und mit Augenmass zu bestimmen. Soweit die Vorinstanz die Mehrforderungen einzig mit der Begründung abgewiesen habe, es fehle an den erforderlichen rechtserheblichen Behauptungen bezüglich der Berechnung der Mehrforderungen, da der effektive Aufwand nachzuweisen gewesen wäre, seien der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache neu zu beurteilen.<sup>3</sup>

Das Handelsgericht wies daraufhin die Klage, abgesehen vom bereits rechtskräftig zugesprochenen Teilbetrag, erneut ab.<sup>4</sup> Abermals scheiterten die Klägerinnen an nicht hinreichender Substanziierung. Die Vorinstanz war der Auffassung, die Klägerinnen hätten für ihre geltend gemachten Mehrforderungen sowohl ihre Mehrleistungen als auch die Kalkulationsgrundlagen zur Bildung der Nachtragspreise substantiiert zu behaupten und zu beweisen. Dem seien sie indessen – auch unter Einbezug der verbindlichen rechtlichen Erwägungen im Rückweisungsentscheid – nicht nachgekommen.

Wiederum gelangten die Klägerinnen an das Bundesgericht. Sie rügten unter anderem, dass ihnen das rechtliche Gehör im vorinstanzlichen – zweiten – Verfahren verweigert worden sei. Die Parteien hätten nach dem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts erneut angehört werden müssen. Das Bundesgericht verneinte eine Gehörsverletzung; dies mit der Begründung, dass das Bundesgericht im vormaligen Entscheid ja hinreichend festgelegt habe, wie der Preis zu berechnen gewesen sei.<sup>5</sup> Das Bundesgericht wies die Beschwerde grösstenteils ab. In wenigen Punkten wurde allerdings das vorinstanzliche Urteil wiederum aufgehoben, damit das Handelsgericht aufs Neue entscheide. Das Handelsgericht wies die Klage schliesslich ab,<sup>6</sup> soweit ersichtlich wurde das Bundesgericht nicht nochmals angerufen.

## II. Gehörsanspruch

Die Klägerinnen haben vorliegend im zweiten bundesgerichtlichen Verfahren konkret gerügt, die Vorinstanz hätte nach dem Rückweisungsentscheid den Parteien zunächst das rechtliche Gehör gewähren und erst dann ein neues Sachurteil fällen dürfen.<sup>7</sup> So hätten die Klägerinnen darlegen können, dass es in der Baubranche keine präzisen, allgemein

<sup>1</sup> HGer Zürich vom 31. Januar 2017, HG140250.

<sup>2</sup> BGer vom 20. November 2017, 4A\_125/2017, teilweise publ. in: BGE 143 III 545.

<sup>3</sup> BGE 143 III 545/553, E. 4.4.4.3.

<sup>4</sup> HGer Zürich vom 29. Juni 2018, HG170230.

<sup>5</sup> BGer vom 20. März 2019, 4A\_447/2018, E. 4.3.2.

<sup>6</sup> HGer Zürich vom 19. August 2019, HG190060.

<sup>7</sup> Die Klägerinnen haben in ihrer Klage mehrere unterschiedliche Ansprüche geltend gemacht. Ich beschränke mich vorliegend auf die Mehrvergütungsforderungen zufolge Beststellungsänderungen.

verbindlichen Marktpreise mehr gebe, es dem Schweizerischen Baumeisterverband aus wettbewerbsrechtlichen Gründen verboten sei, Richtlinien bzw. Bandbreiten von Regie- und/ oder Marktpreisen zu ermitteln und die ermessensweise Ermittlung von Marktpreisen einzig durch Bestellung eines gerichtlichen Sachverständigen vorgenommen werden könne.

Vorab ist festzuhalten, dass die ZPO keine Vorschriften enthält, welche die Neuaufnahme des vorinstanzlichen Verfahrens nach einer Kassation detailliert regeln würden. Mit dem Bundesgericht ist davon auszugehen, dass die Rückweisung alleine keinen Anspruch auf Anhörung gibt. Mit der Rückweisung an die Vorinstanz nimmt das Verfahren seinen Fortgang, wo es sich befand, bevor die Vorinstanz ihren (ersten) Entscheid fällte.<sup>8</sup> Im vorliegenden Fall war der vorinstanzliche Schriftenwechsel bereits abgeschlossen. Ein Beweisverfahren fand vorinstanzlich offenbar keines statt. Die Parteien wurden angefragt, ob sie auf die Hauptverhandlung verzichteten, was beide Parteien bejahten.<sup>9</sup>

Das Bundesgericht hält allerdings explizit fest, dass eine erneute Anhörung – bspw. durch Anordnung eines weiteren Schriftenwechsels – dann als notwendig zu erachten sei, wenn der Sachverhalt ergänzt werde, wenn der kantonalen Instanz ein weiter Ermessensspielraum bleibe oder wenn die rechtliche Beurteilung im bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid derart vom angefochtenen Entscheid abweiche, dass im Neubeurteilungsverfahren von einer grundsätzlich neuen Lage ausgegangen werden müsse.<sup>10</sup> Dass Derartiges vorliege, verneint das Bundesgericht, vielmehr ergebe sich aus dem früheren Bundesgerichtsurteil hinreichend, wie in Bezug auf die Preisfestsetzung vorzugehen sei. Eine Gehörs-gewährung erübrige sich.

Eine solche Schlussfolgerung ist m.E. fragwürdig. Es verbleibt ein ungutes Gefühl. Man muss sich vorstellen, wie das vom Handelsgericht gewählte Vorgehen auf die klagenden Parteien wirken muss: Das Bundesgericht hat das vorinstanzliche Urteil am 20. November 2017 aufgehoben und die Sache zum neuen Entscheid zurückgewiesen. Aufgrund der Prozessgeschichte im zweiten Urteil des Handelsgerichts vom 29. Juni 2018 ist davon auszugehen, dass als nächster Schritt direkt das neue Urteil eröffnet worden ist. Zu den neu aufgeworfenen Fragen konnten sich die Parteien nie äussern.

M.E. drängen sich zweierlei Überlegungen auf: Es wäre zum einen angezeigt gewesen, sich in einem solchen Fall die Grundbedeutung des Gehörsanspruchs<sup>11</sup> vor Augen zu führen. Der Gehörsanspruch verkörpert die persönlichkeitsbezogenen Mitwirkungsrechte und sichert die Subjektqualität der Prozessparteien. Die Gehörs-gewährung verhindert, dass die Parteien zu blossen Objekten staatlicher Machtausübung degradiert werden.<sup>12</sup> Im vorliegenden Fall hat das Bundes-

gericht die Berechnung der Mehrvergütung auf eine neue Grundlage gestellt. Die Klägerinnen wie auch das Handelsgericht gingen von einer anderen Preisfestsetzung aus. Wenn nun die Konsequenzen des ersten bundesgerichtlichen Urteils für das weitere Verfahren festzulegen waren, hätten sich wohl die Prozessparteien legitimerweise einbringen wollen. Es ergibt sich ja gerade aus dem ersten Bundesgerichtsurteil, dass die Arbeit noch nicht gemacht worden ist und neue Abklärungen nötig sind. Hier die Parteien nicht anzuhören, hat in der Tat Elemente der umschriebenen dergradierenden Wirkung. Man könnte auch eine anderweitige Praxis per analogiam beziehen: Es ist anerkannt, dass die Parteien sich dann vorgängig äussern dürfen, wenn das Gericht beabsichtigt, seinen Entscheid auf eine Rechtsregel abzustützen, auf die sich keine Partei berufen hat und mit deren Erheblichkeit die Beteiligten vernünftigerweise nicht rechnen mussten.<sup>13</sup> Diese in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit entwickelte Praxis ist mit der Ausgangslage des vorliegenden Falls zugegebenermassen nicht ganz vergleichbar, der erste bundesgerichtliche Entscheid dürfte aber schon einen gewissen «Überraschungseffekt» für die Vorinstanz und die Parteien gehabt haben, was Anlass zur Anhörung gibt.

Relevant ist aber zum anderen Folgendes: Das Bundesgericht weist im zweiten Urteil selbst explizit darauf hin, dass die Gehörs-gewährung dann angezeigt sei, wenn der kantonalen Instanz ein weiter Ermessensspielraum bleibe oder wenn von einer «grundsätzlich neuen Lage» auszugehen sei. Genau das ist hier doch der Fall. Es galt, Marktpreise im Zeitpunkt der Beststellungsänderung festzusetzen. Das Bundesgericht hat im ersten Entscheid die Vorinstanz angewiesen, bei der Festsetzung der Nachtragspreise einen Ermessensentscheid zu treffen und die Nachtragspreise sachgerecht und mit Augenmass zu bestimmen. Das wäre Grundlage für eine Äusserungsmöglichkeit gewesen: Die Parteien hätten sich m.E. äussern dürfen, wie diese Ermessensausübung aus ihrer Sicht richtigerweise umzusetzen gewesen wäre.<sup>14</sup> Auch die Notwendigkeit eines Beweisverfahrens wäre – mit Einbezug der Parteien – erneut zu thematisieren gewesen.

### III. Aktenschluss

Die Gewährung rechtlichen Gehörs allein ist aber letztlich zweitrangig. Brennend erscheint vielmehr die Frage, ob nach dem Rückweisungsentscheid eine Ergänzung des Sachenvortrags und der Beweismittel möglich gewesen wäre.<sup>15</sup>

<sup>8</sup> BGer vom 20. März 2019, 4A\_447/2018, E. 4.3.1.

<sup>9</sup> HGer Zürich vom 31. Januar 2017, HG140250, lit. B.

<sup>10</sup> BGer vom 20. März 2019, 4A\_447/2018, E. 4.3.1.

<sup>11</sup> Art. 53 Abs. 1 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

<sup>12</sup> R. KIENER/W. KÄLIN/J. WYTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, S. 512; siehe auch J. P. MÜLLER/MARKUS SCHEFER, in: Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 848.

<sup>13</sup> Sog. überraschende Rechtsanwendung; siehe BGE 130 III 35/40, E. 6. und BGer vom 17. Februar 2017, 4A\_478/2016, E. 3.4.

<sup>14</sup> Vgl. auch Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom 21. November 2019, VII ZR 10/19, N 20. Das Gericht hat bei Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und bei Rückweisung an die Vorinstanz zur Bildung eines neuen Einheitspreises angeordnet, dass den Parteien im wiederaufzunehmenden Verfahren zunächst Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen sei.

<sup>15</sup> Es ist zwischen der Äusserungsmöglichkeit (Ausübung des Gehörsanspruchs) und dem Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel zu unterscheiden. Ersteres kann auch stattfinden, wenn die sog. Novenschranke bereits zu beachten ist (vgl. etwa BGer vom 19. Juni 2020,

Was waren denn die «rechtserheblichen Tatsachen»<sup>16</sup>? Nach dem ersten bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid stand fest, dass die Klägerinnen für ihre geltend gemachten Mehrforderungen sowohl ihre Mehrleistungen als auch die Kalkulationsgrundlagen zur Bildung der Nachtragspreise substantiiert zu behaupten und beweisen hatten. Es war nunmehr klar, dass die Marktpreise im Zeitpunkt der Bestellungsänderungen massgebend sind, wobei einem im Rahmen des Vertragsabschlusses ausgefüllten Leistungsverzeichnis oder einer Preisanalyse eine Indizwirkung zukommen kann.<sup>17</sup> Das Handelsgericht ging demgegenüber im Rahmen seines ersten Urteils davon aus, dass Nachtragspreise bei einem Werkvertrag mit Pauschalpreis anhand des effektiven Aufwands der Unternehmerin zu bestimmen seien (analog Art. 374 OR). Entsprechend war es (vormals) an den Klägerinnen, den aufgrund der Bestellungsänderung entstandenen Personal-, Sach- und übrigen Aufwand darzutun (Arbeitsstunden, die Mengeneinheiten ihres verbrauchten Materials und die Benützungsstunden eingesetzter Maschinen oder anderer Baustelleneinrichtungen).<sup>18</sup> Die Klägerinnen hingegen haben offenbar in ihrer Klage den behaupteten Mehraufwand durch Multiplikation von Einheitspreisen pro m<sup>2</sup> bzw. m<sup>3</sup> mit dem jeweils angeblich ausgeführten Ausmass errechnet.<sup>19</sup> Es liegt auf der Hand, dass bei diesen verschiedenen Berechnungsweisen erhebliche Unterschiede in Bezug auf das Tatsachenfundament bestehen. Hätten die Klägerinnen nun ihren Tatsachenvortrag ergänzen können?

Es versteht sich von selbst, dass die Gerichte neuen Tatsachen und Beweismitteln kritisch gegenüberstehen. Solche erschweren einen geordneten Verfahrensgang. Einschlägig ist Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO: In der Hauptverhandlung werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Nun kann man einwenden, dass nach der Rückweisung durch das Bundesgericht zu neuem Entscheid an die Vorinstanz gar keine Hauptverhandlung im Sinne von Art. 229 ZPO stattgefunden habe, auf eine solche hätten die Parteien bereits früher verzichtet.<sup>20</sup> Art. 229 ZPO ist aber nicht in diesem engen Sinne zu verstehen. Auch nach der Hauptverhandlung oder wenn eine solche gar nicht stattgefunden hat, können neue Beweismittel noch zugelassen werden, sofern die Voraussetzungen von Art. 229 ZPO im Übrigen erfüllt sind.<sup>21</sup>

Entscheidend ist also, ob neue Tatsachen und Beweismittel als «trotz zumutbarer Sorgfalt» nicht vorher vorbringbar gelten. Vorliegend ging es ja darum, dass nach dem Rück-

weisungsentscheid (neu) die Marktpreise der zusätzlichen Leistungen im Zeitpunkt der Bestellungsänderungen zu bestimmen waren. Die Kläger haben dazu offenbar nicht hinreichende Angaben gemacht, weil sie dies im Rahmen des Schriftenwechsels nicht für relevant erachtet haben.

Die ZPO lässt neue Tatsachen und Beweismittel nur zu, wenn der betroffenen Partei keine Nachlässigkeit bei der Behauptungs- oder der Beweisführungslast (bzw. der subjektiven Beweislast) vorzuwerfen ist.<sup>22</sup> Die Partei, die das Novenrecht beansprucht, hat darzutun, inwiefern die Verspätung entschuldbar ist, insbesondere warum ein früheres Vorbringen nicht möglich war. Als Beweismass genügt, dass die Partei die Unmöglichkeit einer rechtzeitigen Erstattung glaubhaft machen kann (Art. 148 Abs. 1 ZPO analog).<sup>23</sup> Die Würdigung der Umstände geschieht durch richterliches Ermessen.<sup>24</sup> M.E. hätte es gute Gründe gegeben, neue Tatsachen und Beweismittel zuzulassen. Entscheidend ist die Frage, ob es als zumutbar gegolten hat, sie bereits im Rahmen des Schriftenwechsels beizubringen. Das Bundesgericht hat in seinem ersten Urteil den Stand der Lehre ausführlich zusammengefasst.<sup>25</sup> Die «richtige» Preisfestsetzung war mithin alles andere als klar und vorhersehbar. Jedenfalls haben aber weder die Klägerinnen noch das erstinstanzliche Gericht eine Preisfestsetzung nach Marktpreisen im Zeitpunkt der Bestellungsänderung vor Augen gehabt. Mit etwas weitherziger Auslegung von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO wäre es vertretbar, in einem solchen – in mehrfacher Hinsicht speziellen – Fall ein Novenrecht zu bejahen.

Es geht letztlich um die Frage, was man einer klagenden Partei alles zumuten will. Ist gerade bei in der Lehre und Praxis sehr umstrittenen und vom Bundesgericht nicht geklärten Rechtsfragen jede Eventualität zu antizipieren und für jede (rechtliche) Theorie der entsprechende Tatsachenvortrag vorzunehmen? In dieser Frage allzu strikt zu sein, bedeutet, der betroffenen Partei eine übermässige Last aufzuerlegen, die dazu führen wird, dass eine sinnvolle Rechtsverfolgung tendenziell illusorisch oder unerhört kostspielig wird.<sup>26</sup> Das Bundesgericht verlangte, die Nachtragspreise «sachgerecht und mit Augenmass» zu bestimmen, ein solches Vorgehen ist auch bei der Handhabung des Akten schlusses wünschenswert.

Die Ergänzung müsste aber in engen Grenzen bleiben. Anderweitig Unterlassenes darf nicht nachgeholt werden. Mit nachträglichen Behauptungen, ob überhaupt und welche Bestellungsänderungen in welchem Umfang vorliegen, wären die Kläger abgeschnitten gewesen, sind diese Angaben doch so oder anders erforderlich gewesen. Neue Tatsachen und Beweismittel hätten also ausschliesslich die Preiskalkulation betreffen dürfen.

5A\_366/2019, E. 3.1, zur Publikation vorgesehen). Aus der Prozessgeschichte des hier besprochenen Falls ist zu schliessen, dass das Einbringen neuer Tatsachen und Beweismittel nicht thematisiert worden ist.

<sup>16</sup> Zum Begriff statt vieler BGE 141 III 241/242, E. 3.1.

<sup>17</sup> BGE 143 III 545/551, E. 4.4.4.2.

<sup>18</sup> HGer Zürich vom 31. Januar 2017, HG140250, E. 2.2.2.4.1.

<sup>19</sup> HGer Zürich vom 31. Januar 2017, HG140250, E. 2.2.3.1.1.

<sup>20</sup> Siehe vorne Ziff. I.

<sup>21</sup> Siehe BK ZPO-KILLIAS, Art. 229 N 28 f.

<sup>22</sup> Siehe ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 229 N 8.

<sup>23</sup> BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 ZPO N 33.

<sup>24</sup> E. PAHUD, in: A. Brunner/D. Gasser/I. Schwander (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 229 N 15.

<sup>25</sup> BGE 143 III 545/549, E. 4.4.3.

<sup>26</sup> Vgl. zur Problematik der hohen Anforderung an die Substanziierungslast im Allgemeinen: R. HÜRLIMANN, Die Substanziierungslast – Fluch oder Segen?, Anwaltsrevue 2019, S. 209 ff.