

BGer 4A_523/2013 vom 31. März 2014

Bundesgericht, 2014-03-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_523_2013

FR: TF 4A_523/2013 du 31 mars 2014

IT: TF 4A_523/2013 del 31 marzo 2014

Erwägungen

E. 1

Den Beschwerden in den Verfahren 4A_523/2013 und 4A_527/2013 liegt derselbe Lebenssachverhalt zugrunde und am vorinstanzlichen Verfahren waren dieselben Parteien beteiligt. Es rechtfertigt sich damit, die Verfahren zu vereinigen und die Beschwerden in einem einzigen Urteil zu behandeln (BGE 128 V 124 E. 1 S. 126 mit Hinweisen).

Verfahren 4A_523/2013

E. 2

Mit der Beschwerde 4A_523/2013 gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 9. September 2013 richtet sich der Beklagte gegen einen verfahrensabschliessenden Entscheid (Art. 90 BGG) einer oberen kantonalen Instanz, die auf ein Rechtsmittel hin kantonal letztinstanzlich in einer Zivilsache entschieden hat (Art. 75 i.V.m Art. 72 BGG), die Rechtsbegehren des Beklagten sind im kantonalen Verfahren nicht geschützt worden (Art. 76 Abs. 1 BGG), der massgebende Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.-- (Art. 51 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) und die Beschwerdefrist ist eingehalten (Art. 100 Abs. 1 BGG).

Auf die Beschwerde kann somit - unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG) - eingetreten werden.

E. 3

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 135 III 397 E. 1.5 S. 401). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. BGE 136 II 508 E. 1.2 S. 511 f.; 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.; 133 III 350 E. 1.3 S. 351, 393 E. 7.1 S. 398, 462 E. 2.4 S. 466). Soweit die Partei den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (Urteile 4A_214/2008 vom 9. Juli 2008 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 134 III 570 ; 4A_470/2009 vom 18. Februar 2010 E. 1.2). Überdies hat sie darzutun, inwiefern die Behebung des gerügten Mangels für den Ausgang des

Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 135 I 19 E. 2.2.2 S. 22). Dies gilt auch, wenn im Zusammenhang mit einer Sachverhaltsrüge eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gerügt wird; es muss dargelegt werden, dass und inwiefern die Gehörsverletzung für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann, wobei die Glaubhaftmachung eines anderen Entscheids in der Sache bei korrekter Vorgehensweise genügt (BGE 137 II 122 E. 3.4 S. 125 mit Hinweis, vgl. auch Urteil 4A_80/2013 vom 30. Juli 2013 E. 1.3). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, namentlich auf rein appellatorische Kritik an der Beweiswürdigung, ist nicht einzutreten (BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.).

E. 4

Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe sich mit seinen Argumenten nicht in rechtsgenügender Hinsicht auseinandergesetzt und habe den Sachverhalt unrichtig und unter Verletzung seines rechtlichen Gehörs festgestellt.

E. 4.1

Gemäss Art. 42 Abs. 1 BGG hat die Rechtsschrift die Begehren und deren Begründung zu enthalten; im Rahmen der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG), andernfalls wird darauf nicht eingetreten. Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG , dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Der Beschwerdeführer soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die er im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit seiner Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (vgl. BGE 134 II 244 E. 2.1 S. 245 f.).

Hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem Recht gilt eine qualifizierte Rügepflicht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG).

Diese Grundsätze übergeht der Beklagte, indem er in seiner Beschwerde über mehrere Seiten den erstinstanzlichen Entscheid vom 4. Februar 2013 sowie den Inhalt der am 31. Mai 2012 erstellten Expertise kritisiert. Damit setzt er sich nicht mit dem angefochtenen Entscheid auseinander, womit er den genannten Begründungsanforderungen nicht zu genügen vermag. Auf die entsprechenden Vorbringen kann deshalb von vornherein nicht eingetreten werden, womit sich weitere Ausführungen diesbezüglich erübrigen.

E. 4.2

Die Vorinstanz hielt fest, Gegenstand des von den Parteien am 15. Februar 2007 abgeschlossenen Vertrages sei die Verpflichtung zur Herstellung eines pauschalpreistauglichen Umbauprojekts hinsichtlich eines "schlüsselfertigen" Gebäudes für maximal Fr. 4,15 Mio. mit Kostenvoranschlag auf Submissionsbasis gewesen, welches durch die zuständige Behörde bewilligt werden musste. Strittig sei, ob die Klägerin ein entsprechendes Projekt abgeliefert habe; darüber sei im Rahmen der Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens ein Gutachten eingeholt worden.

Dieses Gutachten erweise sich als vollständig, nachvollziehbar und schlüssig; die Klägerin habe die Leistungen erbracht, welche von ihr gemäss Vereinbarung vom 15. Februar 2007 erwartet werden durften bzw. sie habe ein pauschalpreistaugliches Projekt für eine schlüsselfertige Baute vorgelegt.

E. 4.3.1

Wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren bemängelt der Beklagte, die Parteien hätten im Rahmen der Erstellung dieses Gutachtens keine Gelegenheit erhalten, Expertenfragen zu formulieren. Im Einklang mit Art. 264 und Art. 268 der damals noch anwendbaren bernischen Zivilprozessordnung sowie Art. 185 Abs. 2 der neuen Schweizerischen ZPO und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 137 V 210) hätte das erstinstanzliche Gericht ihm die Möglichkeit zur Stellungnahme von Änderungs- und Ergänzungsanträgen in schriftlicher und mündlicher Form einräumen müssen. Das erstinstanzliche Gericht habe die Fragen an den Experten vielmehr eigenmächtig formuliert und durch die Darstellung sowie die Wortwahl der Fragen, den Grundsatz einer neutralen und sachlichen Beantwortung verletzt. Eine tendenziöse, einseitige und der notwendigen Neutralität ermangelnde Fragestellung durch das Gericht könne durch nachträglich zugelassene (und dazu mündlich beantwortete) Ergänzungsfragen in keiner Weise geheilt werden.

E. 4.3.2

Die Vorinstanz hielt fest, auch wenn der erstinstanzliche Richter die Parteien vorgängig nicht zur Fragestellung aufgefordert bzw. die von ihm formulierten Fragen den Parteien nicht zur Stellungnahme unterbreitet habe, habe das erstinstanzliche Gericht im Lichte der einschlägigen Bestimmung (Art. 268 ZPO /BE) und der Lehre keine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder des Grundsatzes des "fair trials" begangen. Die Parteien hätten nämlich faktisch Gelegenheit gehabt, noch vor Erstattung des Gutachtens, sich schriftlich zur Fragestellung zu äussern und hätten anlässlich der Fortsetzungsverhandlung vom 5. September 2012 Ergänzungs- und Erläuterungsfragen an den Experten stellen können. Eine allfällige Pflichtverletzung sei dadurch geheilt worden.

E. 4.3.3

Soweit der Beklagte sich auf BGE 137 V 210 beruft und geltend macht, seine Mitwirkungsrechte seien nicht gewahrt worden bzw. ihm sei der vorgesehene Katalog der Expertenfragen nicht vorgängig zur Stellungnahme unterbreitet worden, geht seine Rüge fehl. BGE 137 V 210 befasst sich mit dem Einholen von Administrativ- und Gerichtsgutachten bei medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS) im IV-Abklärungsverfahren. Vorliegend handelt es sich jedoch um eine privatrechtliche Streitigkeit, wobei im Rahmen der Frage, ob die Klägerin entsprechend der Vereinbarung vom 15. Februar 2007 ein Projekt für eine schlüsselfertige Baute abgeliefert hat, ein Gutachten einzuholen war.

Seine Rüge der Verletzung der Mitwirkungsrechte, ist jedoch auch aus einem anderen Grund unbegründet: Der Beklagte bringt in seiner Beschwerdeschrift selber vor, sich zu der Fragestellung des erstinstanzlichen Richters an den Experten geäußert zu haben. Er macht geltend, das erstinstanzliche Gericht habe den Parteien mittels Verfügung vom 23. März 2012 den Namen des Experten mitgeteilt und festgehalten, dass ein "Gutachten zur Frage, ob der Baubeschrieb vom 6. Dezember 2007 und die Leistungen gemäss Kostenvoranschlag vom 14. Dezember 2007 dem Minimalstandard im Sinne eines Projekts für ein schlüsselfertiges Gebäude entsprechen oder nicht (...)" eingeholt werde. Daraufhin habe er dem Gericht mitgeteilt, dass die beabsichtigte Fragestellung nicht genügend und falsch sei, weshalb den Parteien Frist anzusetzen sei, Expertenfragen zu stellen. Das Gericht sei jedoch nicht auf sein Begehren eingetreten. Daraus geht hervor, dass der Beklagte - entgegen seinen Vorbringen - sehr wohl die Möglichkeit hatte, sich zu dem vom Gericht

ausgearbeiteten Fragekatalog zu äussern, wenn auch nur faktisch, so wie dies von der Vorinstanz festgestellt wurde. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist damit weder dargetan noch ersichtlich. Darüber hinaus räumt der Beklagte selber ein, dass die konkrete Fragestellung an den Experten nach Gewährung des rechtlichen Gehörs dem Richter obliegt. Daher kann ihm nicht gefolgt werden, wenn er im bundesgerichtlichen Verfahren (wiederum) vorbringt, er hätte nach kantonalem Recht die Expertenfragen selber formulieren dürfen, ohne jedoch in rechtsgenügender Hinsicht darzulegen, woraus sich ein solches Recht ergeben hätte. Aus seiner zitierten Lehrstelle geht denn auch - wie er im übrigen selber hervorhebt - vielmehr hervor, dass nach Berner Praxis den Parteien Gelegenheit zu geben ist, sich zu "einem vom Richter erstellten Entwurf einer Frageliste zu äussern". Inwiefern die Vorinstanz kantonales Verfahrensrecht willkürlich angewendet haben soll, begründet der Beklagte nicht. Schliesslich übergeht er auch, dass nach Art. 185 ZPO (welcher vorliegend nicht anwendbar ist) der endgültige Entscheid über die Formulierung der Fragen stets dem Gericht obliegt (BGE 139 III 33 E. 4.3 S. 36 mit Hinweis).

E. 4.3.4

Soweit der Beklagte sodann die Art und den Wortlaut der Fragestellung des erstinstanzlichen Gerichts an den Experten bemängelt, ist seine Rüge ebenfalls unbegründet. Die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht festgehalten, aus dem Gutachten gehe hervor, dass es beim Bauen keine klaren Qualitätsstandards gebe, womit definitionsgemäss weder gesagt werden könne, was ein "Minimalstandard" noch was ein "Eigentumsstandard" sei. Auch wenn der erstinstanzliche Richter den Experten nach Minimalstandards gefragt habe (was letztlich auf den Wortlaut im Rückweisungsentscheid zurückzuführen sei), habe dieser das Projekt gleichwohl auch unter dem Aspekt der Eigentumsstandards geprüft, womit die Expertise eine taugliche Beurteilungsgrundlage bilde. Hinzu komme, dass ein erfahrener Gutachter sich kaum durch die verwendete Fragestellung bzw. durch das Unterstreichen oder Hervorheben eines einzelnen Wortes ("Minimalstandard") zu einer Verletzung der gebotenen Neutralität/Objektivität habe verleiten lassen.

Anlässlich der Fortsetzungsverhandlung vom 5. September 2012 hat der Beklagte die Möglichkeit erhalten, dem Experten nach Erarbeitung des Gutachtens Ergänzungs- und Erläuterungsfragen zu stellen. Der Beklagte hatte somit die Gelegenheit, den Experten auf seine Bedenken aufmerksam zu machen und ihn konkret nach dem geplanten Standard des Projekts zu fragen bzw. ihn darauf anzusprechen, ob das geplante Projekt auch einem "durchschnittlichen Standard" entsprechen würde. Ebenso hätte er sich erkundigen können, inwiefern sich ein "Minimalstandard" von einem "Normalstandard" unterscheiden würde. Dem Beklagten kann daher nicht gefolgt werden, wenn er vorbringt, der Experte wäre bei anderer Fragestellung durch das Gericht zu einer anderen Schlussfolgerung gekommen. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Experte bei einer vorgängigen Fragestellung anders hätte aussagen sollen, als er dies schliesslich im Beweisverfahren getan hat. Ebenso wenig ist ersichtlich, inwiefern die Antworten des Experten in schriftlicher Form anders als in mündlicher Form hätten ausfallen sollen. Darüber hinaus hat die Vorinstanz festgehalten, der Experte habe das Projekt auch unter dem Aspekt der Eigentumsstandards geprüft. Zudem habe es keinen Sinn ergeben, an dem für das Projekt geplanten Ort - an einer Durchgangsstrasse in der Ebene in der Nähe der Aare - Luxuswohnungen zu erstellen. So würde auch die vorgesehene teilweise gewerbliche Nutzung des Gebäudes gegen ein

Hochpreissegment sprechen. Angesprochen werde daher vielmehr eine weniger anspruchsvolle Käuferschaft, womit sich das Projekt in objektiver Sicht an den entsprechenden Anforderungen zu orientieren habe. Im Übrigen würden die aufgeführten Positionen in fast allen Punkten eine Ausführung in einem normalen, durchschnittlichen Standard zulassen. Inwiefern die Vorinstanz damit in Willkür verfallen ist, legt der Beklagte nicht dar. Entsprechend ist nicht ersichtlich, in welcher Hinsicht sich der Experte durch die Wortwahl und die Darstellung der Fragen hätte beeinflussen lassen.

E. 4.4.1

Der Beklagte bringt weiter vor, aufgrund der Weigerung des erstinstanzlichen Gerichts, der Klägerin sowie dem Zeugen Q. _____ nach Einholung des Gutachtens Ergänzungsfragen zu stellen, hätten rechtserhebliche Tatsachen im Zusammenhang mit der Schlüsselfertigkeit und der Vollständigkeit (d.h. Lückenlosigkeit) bzw. dem Ausbaustandard des Projekts nicht erstellt werden können. Entscheidend sei nämlich, was die Parteien in ihrer Vereinbarung gewollt hätten und nicht was der Experte darunter verstanden habe. Die Vorinstanz habe den abgewiesenen Beweisantrag durch die erste Instanz geschützt und in willkürlicher antizipierter Beweiswürdigung angenommen, die Befragung der entsprechenden Personen hätte keine entscheiderelevanten neuen Erkenntnisse gebracht, ohne vertieft auf seine einzelnen Fragen einzugehen.

E. 4.4.2

Zu dem von der ersten Instanz abgewiesenen Beweisantrag auf Einvernahme von Zeugen und Parteien hielt die Vorinstanz fest, es sei davon auszugehen, dass eine Befragung der Beteiligten fünf bis sechs Jahre nach dem massgeblichen Geschehen zu Fragen im Zusammenhang mit dem damaligen Verständnis des Begriffs "Schlüsselfertigkeit", der Bedeutung von "Edelrohbau" von Gewerberäumlichkeiten oder den vorausgesetzten Ausführungsvarianten unter den gegebenen Verhältnissen keine entscheiderelevanten neuen Erkenntnisse gebracht hätten. Die Weigerung des erstinstanzlichen Gerichts, nicht erhebliche Beweise abzunehmen, stelle keine Verweigerung des rechtlichen Gehörs dar. Ohnehin würden die tatsächlichen Behauptungen in Bezug auf den Inhalt der Fragen weitgehend fehlen.

E. 4.4.3

Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) gewährt den Parteien insbesondere das Recht, mit rechtzeitig und formrichtig angebotenen erheblichen Beweismitteln gehört zu werden (BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148; 129 II 497 E. 2.2 S. 505 ; 127 I 54 E. 2b S. 56). Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt vor, wenn ein Gericht darauf verzichtet, beantragte Beweise abzunehmen, weil es aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148; 130 II 425 E. 2.1 S. 428 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht greift in eine antizipierte Beweiswürdigung nur ein, wenn sie willkürlich und damit offensichtlich unhaltbar ist, namentlich wenn sie eine prozessuale Vorschrift oder einen unumstrittenen Grundsatz des Beweisrechts krass verletzt oder sonst wie in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 132 III 209 E. 2.1 S. 211 ; 131 I 57 E. 2 S. 61 ; 129 I 8 E. 2.1 S. 9; je mit Hinweisen).

E. 4.4.4

Der Beklagte führt nicht aus, inwiefern eine erneute Befragung von der Klägerin und dem Zeugen Q. _____ anlässlich der Fortsetzungsverhandlung vom 5. September 2012 für den Ausgang des Verfahrens relevant gewesen wäre. Aus den hiervor erwähnten Feststellungen der Vorinstanz geht hervor, dass das Projekt durchaus einem normalen, durchschnittlichen Standard entsprochen und der Experte das Projekt sowohl unter dem Aspekt des "Minimalstandards" als auch des "Eigentumsstandards" geprüft hat. Eine Luxusbaute konnte nicht erwartet werden. Daher kann dem Beklagten nicht gefolgt werden, was die Klägerin oder der Zeuge Q. _____ anderes unter dem Ausbaustandard hätten verstehen bzw. aussagen sollen.

Ebenso wenig legt der Beklagte dar, was die Klägerin oder der Zeuge bezüglich der "Schlüsselfertigkeit" und der "Vollständigkeit" des Projektes hätten ausführen können und inwiefern dies entscheiderelevant gewesen wäre. Soweit er auch diesbezüglich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend macht und ausführt, die Vorinstanz sei ihren Begründungsanforderungen nicht nachgekommen, begründet er nicht, inwiefern ihm die angeblich ungenügende Begründung der Vorinstanz eine sachgerechte Anfechtung des Entscheids verunmöglicht hätte (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188; 130 II 530 E. 4.3 S. 540 ; 129 I 232 E. 3.2 S. 236 ; 126 I 97 E. 2b S. 102 f.; je mit Hinweisen).

E. 4.5

Schliesslich bringt der Beklagte vor, die Vorinstanz habe "den Sachverhalt bezüglich des Parteiwillens betreffend 'Schlüsselfertigkeit' und 'Edelrohbau' des Bauprojekts" willkürlich festgestellt. Er besteht darauf, dass ihm infolge der im Projekt noch offenen Punkte - welche überdies sowohl vom Experten wie auch von der Vorinstanz unbestrittenermassen festgehalten wurden - Mehrkosten entstanden wären, weshalb es sich seiner Meinung nach nicht um eine "schlüsselfertige Baute" handeln können. Falsch und unbelegt sei darüber hinaus, dass solche Mehrkosten aufgrund des vereinbarten Kostendachs von der Klägerin zu tragen gewesen wären.

Die Vorinstanz hielt in tatsächlicher Hinsicht fest, es sei nicht entscheidend, ob die Umsetzung des Projekts zu einer Überschreitung des Kostendachs von Fr. 4,15 Mio. geführt hätte, da sich ein solches Risiko im Projektierungsstadium für einen Generalunternehmer nie völlig ausschliessen lasse. Der Experte habe denn auch festgehalten, dass die Projektpläne noch relativ viel offen lassen dürften; dies entspreche einem dynamischen oder rollenden Planungsprozess, in welchem die noch offenen Punkte wie Materialisierungen, Farbenwahl, Bepflanzung, Lage von Aussenbeleuchtung, Realisierbarkeit des Heizsystems, Deckenstärke der Gewerberäume, Lage der Carports etc. geklärt werden müssten. Kostensicherheit würde demnach erst nach der Vergabe sämtlicher Arbeiten bestehen. Folglich sei massgebend, ob die Klägerin gestützt auf die vorliegenden Projektunterlagen nach Treu und Glauben (d.h. unter Inkaufnahme tragbarer Risiken) eine Generalunternehmerofferte für ein Kostendach von Fr. 4,15 Mio. erstellen durfte. Für die Schlussfolgerung des Beklagten, die Umsetzung des Projekts hätte zwangsläufig zu Kostenüberschreitungen geführt, würden sich keine Anhaltspunkte finden lassen.

Damit setzt sich der Beklagte kaum auseinander. Er legt weder dar, woraus sich solche konkrete Anhaltspunkte ergeben hätten noch weshalb die Projektpläne keine offenen Punkte mehr zulassen dürften. Er bringt vielmehr in unsubstanziierter Weise vor, der Schluss, dass im Rahmen einer rollenden Planung sämtliche aufgezeigten Lücken und

Mängel der Generalunternehmerofferte nachgeholt werden könnten, sei eine reine Vermutung. Dabei übergeht er auch, dass sowohl der Experte wie auch die Vorinstanz festgehalten haben, gewisse Punkte in den Planungsunterlagen würden fehlen. Es würden aber keine offenen Fragen vorliegen, die das Projekt als Ganzes in Frage gestellt oder offensichtlich die Einhaltung des Kostendachs gefährdet hätten. Dem Beklagten hätten somit keine Mehrkosten gedroht, welche die Annahme der Generalunternehmerofferte unzumutbar gemacht hätte. Zudem müsse auch der enge Zeitrahmen berücksichtigt werden, der gegeben war, da die Baubewilligung für das ursprüngliche Bauprojekt zu verjähren drohte, wofür die Klägerin nicht verantwortlich gemacht werden durfte. Mit seinen Vorbringen vermag der Beklagte nicht, diese Feststellungen als willkürlich auszuweisen.

E. 5

Die Beschwerde des Beklagten erweist sich als unbegründet. Die Vorinstanz hat ohne Verletzung von Bundesrecht festgehalten, dass die Klägerin die Leistungen erbracht hat, welche von ihr gemäss der Vereinbarung vom 15. Februar 2007 erwartet werden durften. Indem der Beklagte aber keinen Generalunternehmervertrag abgeschlossen hat, sind die Fr. 150'000.-- geschuldet.

Verfahren 4A_527/2013

E. 6.1

Die Beschwerde der Klägerin 4A_527/2013 richtet sich gegen die Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss dem Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 21. Dezember 2011 (Rückweisungsentscheid). Eine direkte Anfechtung dieses strittigen Punkts war der Klägerin prozessual verwehrt, da die in einem Rückweisungsentscheid getroffene Kosten- und Entschädigungsregelung nach ständiger Praxis einen Zwischenentscheid darstellt (Art. 93 Abs. 1 BGG ; BGE 135 III 329 E. 1.2 mit Hinweisen) der in der Regel keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG bewirkt und damit nicht selbstständig beim Bundesgericht angefochten werden konnte. Ihre Anfechtung ist erst mit Beschwerde gegen den im Anschluss an den aufgrund des Rückweisungsentscheid neu ergehenden Endentscheid in der Sache möglich (Art. 93 Abs. 3 BGG ; BGE 135 III 329 E. 1.2.1 S. 332; vgl. auch Urteil 4A_119/2013 vom 27. Juni 2013 E. 2.2).

E. 6.2

Der Endentscheid in der Sache wurde vom Obergericht des Kantons Bern am 9. September 2013 gefällt. Mangels Interesse der Klägerin an der Anfechtung des Hauptentscheides aufgrund Obsiegens, kann der Zwischenentscheid betreffend die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Rückweisungsentscheid vom 21. Dezember 2011 gemäss Art. 93 Abs. 3 BGG nunmehr selbstständig mit ordentlicher Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (BGE 137 V 57 E. 1.1 S. 59 mit Hinweisen).

E. 6.3

Der Beklagte macht geltend, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, weil die Klägerin die Beschwerde zu früh eingereicht habe bzw. bevor der Endentscheid in Rechtskraft erwachsen sei. Die Rechtskraft des Endentscheids sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine positive Prozessvoraussetzung. Erst mit der Verfügung des Bundesgerichts vom 31. Oktober 2013, in der sein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen wurde, sei das Urteil des Obergerichts vom 9. September 2013

materiell und formell in Rechtskraft erwachsen.

Dieser Einwand ist unbegründet. Die Kostenregelung in einem Rückweisungsentscheid muss zusammen mit dem Endentscheid, der von einer Rechtsmittelinstanz ergangen ist, innerhalb der Beschwerdefrist von Art. 100 BGG beim Bundesgericht angefochten werden. Die gegenteilige Auffassung des Beklagten würde dazu führen, dass das Bundesgericht vorerst in der - ebenfalls angefochtenen - Hauptsache entscheiden müsste und erst deren rechtskräftige Erledigung die Anfechtung des selbstständigen Kostenentscheids erlauben würde. Der Beklagte verkennt die Bedeutung der von ihm zitierten Rechtsprechung. Das Ziel von Art. 93 Abs. 3 BGG besteht darin, dass sich das Bundesgericht nur einmal mit einer Streitsache zu befassen hat, worauf bereits im Urteil 4A_119/2013 vom 27. Juni 2013, das zwischen den gleichen Parteien erging, hingewiesen wurde. Anders ist die Ausgangslage, wenn ein erstinstanzliches Gericht, an welches die Sache zurückgewiesen wurde, in der Hauptsache voll zu Gunsten der beschwerdeführenden Person entscheidet. In diesem Fall ist abzuwarten, ob der erstinstanzliche Entscheid in Rechtskraft erwächst, weil andernfalls nicht gewährleistet ist, dass sich das Bundesgericht nur einmal mit der Sache beschäftigen muss.

E. 7

Die Beschwerde hat ein Rechtsbegehren zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). Da die Beschwerde in Zivilsachen ein reformatorisches Rechtsmittel ist (Art. 107 Abs. 2 BGG), ist grundsätzlich ein materieller, d.h. bezifferter Antrag erforderlich; Anträge auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung oder blosse Aufhebungsanträge genügen nicht und machen die Beschwerde unzulässig (BGE 133 III 489 E. 3.1 S. 489 f.). Ein blosser Rückweisungsantrag reicht ausnahmsweise aus, wenn das Bundesgericht im Falle der Gutheissung in der Sache nicht selbst entscheiden könnte, weil die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz fehlen (BGE 133 III 489 E. 3.1 S. 490 mit Hinweisen).

Die Klägerin beantragt in ihrem Hauptbegehren Ziffern 3 und 4 des Entscheides des Obergerichts des Kantons Bern vom 21. Dezember 2011 (Rückweisungsentscheid) seien aufzuheben und im Sinne der Ausführungen an das Obergericht zurückzuweisen. In ihrem Eventualbegehren beantragt sie, den Beklagten zu verurteilen, die Gerichtskosten des Verfahrens zzz vor dem Obergericht des Kantons Bern zu bezahlen und ihr für das Verfahren zzz eine angemessene Parteientschädigung auszurichten.

Aus den Ausführungen der Klägerin kann geschlossen werden, dass sie damit geltend machen will, das Bundesgericht könnte bei Gutheissung der Beschwerde nicht selbst endgültig entscheiden, da die erforderlichen Feststellungen der Vorinstanz fehlen würden. Ob die Rechtsbegehren damit den hievordargelegten gesetzlichen Anforderungen genügen, kann offen bleiben, da die Beschwerde jedenfalls in der Sache unbegründet ist.

E. 8

Mit Entscheid vom 21. Dezember 2011 hiess die Vorinstanz die Berufung des Beklagten im Sinne seines Eventualantrags gut und wies die Sache zur Neuurteilung an das erstinstanzliche Gericht zurück. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werde die Klägerin (vollumfänglich) kosten- und entschädigungspflichtig, weshalb diese verurteilt wurde, dem Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 12'643.50 zu bezahlen und die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 7'500.-- zu übernehmen.

Die Klägerin macht geltend, die Vorinstanz habe damit Art. 104 und Art. 106 ZPO verletzt. Die Vorinstanz habe die Klägerin vollumfänglich kostenpflichtig erklärt, obwohl das Hauptbegehren des Beklagten (auf Klageabweisung) abgewiesen wurde und dieser lediglich mit seinem Eventualantrag durchgedrungen sei. Die Rückweisung sei zudem zwecks Beweisergänzung erfolgt; in diesem Fall wären die oberinstanzlichen Kosten gar nicht durch die obere Instanz zu verlegen gewesen.

E. 8.1

Art. 104 Abs. 4 ZPO bestimmt, dass die obere kantonale Instanz bei einem Rückweisungsentscheid die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz (ersten Instanz) überlassen

kann .

Die Klägerin bezieht sich zur Begründung ihrer Rüge auf die Kommentarliteratur, insbesondere auf die Meinung von Viktor Rüegg im Basler Kommentar sowie die Botschaft des Bundesrates zur ZPO und macht geltend, bei Art. 104 Abs. 4 ZPO handle es sich um eine Sonderregelung, wobei die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens - insbesondere bei Rückweisung infolge Ergänzung des Beweisverfahrens - von der unteren Instanz zu verlegen seien:

Die Botschaft zur ZPO sieht vor, dass das Gericht über die Prozesskosten in seinem Urteil zu befinden hat. Diese Grundsätze gelten auch für die Rechtsmittelinstanz, allerdings mit der Besonderheit, dass "wenn der Prozess an die erste Instanz zurückgewiesen werden muss (Rückweisungsentscheid), weil die untere Instanz beispielsweise die Beweisführung zu ergänzen hat, ist oft nicht absehbar, welche Partei in welchem Umfang dann letztlich obsiegen oder unterliegen wird. In solchen Fällen kann es sich rechtfertigen, dass die obere Instanz nur die Kostenhöhe des Rechtsmittelverfahrens festlegt, die konkrete Verteilung aber der Vorinstanz überlässt" (Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff., insb. 7296; so auch Staehelin/ Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 16 Rz. 33; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2010, N. 5 zu Art. 104 ZPO ; Hans Schmid, in: Oberhammer/Domej/ Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2. Aufl. 2014, N. 7 zu Art. 104 ZPO ; Adrian Urwyler, in: Brunner/ Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2011, N. 6 zu Art. 104 ZPO). Gewisse Autoren präzisieren dies und machen geltend, die Oberinstanz solle grundsätzlich im Rückweisungsentscheid die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen, ausser es würden besondere Gründe vorliegen. Solche besonderen Gründe würden insbesondere unnötige Prozesskosten im Sinne von Art. 108 ZPO und die endgültige Entscheidung über eine gesonderte Frage darstellen (David Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N. 11 zu Art. 104 ZPO ; Viktor Rüegg, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 6 zu Art. 106 ZPO ; Alexander Fischer, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N. 19 zu Art. 104 ZPO). Martin H. Sterchi unterscheidet, ob die Rechtsmittelinstanz einen erstinstanzlichen Zwischenentscheid bestätige oder einen kassatorischen Entscheid fälle; bei der Bestätigung eines Zwischenentscheides erscheine es gerechtfertigt, die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens derjenigen Partei aufzuerlegen, die ein anderes Ergebnis - nämlich einen Endentscheid - angestrebt habe, auch wenn diese Partei in einem späteren Endentscheid aus anderen Gründen doch noch obsiegen sollte.

Fälle die Rechtsmittelinstanz mit dem Rückweisungsentscheid hingegen ein kassatorisches Urteil, so dass der endgültige Ausgang der Streitsache offen bleibe und theoretisch auch eine reformatio in peius möglich sei, rechtfertige es sich, auch die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens in die definitive Kostenverteilung der unteren Instanz einzubeziehen, womit die Verteilung der Vorinstanz zu überlassen sei (Martin H. Sterchi, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, 2012, N. 14 ff. zu Art. 104 ZPO). Schliesslich betont Denis Tappy, dass es sich bei Art. 104 Abs. 4 ZPO um eine blosser Möglichkeit und nicht um eine Pflicht handle, womit die Kosten des Rechtsmittelverfahrens nach Massgabe des Unterliegens von der Rechtsmittelinstanz zu verteilen seien (Denis Tappy, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy [Hrsg.], Code de procédure civile commenté, 2011, N. 19 zu Art. 104 ZPO).

Sowohl aus dem Wortlaut der Norm, der Botschaft als auch aus der Kommentarliteratur geht eindeutig hervor, dass es sich bei Art. 104 Abs. 4 ZPO um eine "kann"-Bestimmung handelt. Aufgrund dieser fakultativen Bestimmung hat das Gericht somit die Wahl zwischen der direkten Verteilung der Prozesskosten in ihrem Rückweisungsentscheid oder diese festzusetzen und die Verteilung der ersten Instanz zu überlassen. Es liegt somit im Ermessen der Rechtsmittelinstanz, ob sie die für das Rechtsmittelverfahren ergangenen Prozesskosten selber verteilen will oder nicht. Entgegen der Auffassung der Klägerin kann nicht geschlossen werden, dass der Gesetzgeber explizit gewollt hat, die Kostenliquidation bis nach Abschluss des Beweisergänzungsverfahrens aufzuschieben. Eine solche Schlussfolgerung ergibt sich weder aus der Botschaft noch aus der Lehre. Die Vorinstanz durfte demnach die Verteilung und die Liquidation der Prozesskosten in ihrem Rückweisungsentscheid vom 21. Dezember 2011 vornehmen. Eine Verletzung von Bundesrecht ist dabei nicht ersichtlich. Darüber hinaus bringt der Beklagte zu Recht vor, dass auch das Bundesgericht in seinen Rückweisungsentscheiden regelmässig selber seine Kosten verteilt, auch wenn der Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache vor den kantonalen Instanzen meist noch offen ist (statt vieler Urteile 4A_465/2013 vom 3. März 2014 E. 3; 4A_234/2013 vom 20. Januar 2014 E. 4).

E. 8.2

Art. 106 ZPO basiert auf dem Erfolgsprinzip. Entsprechend werden die Prozesskosten im Allgemeinen nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens verteilt (Ausnahmen in Art. 107 und Art. 108 ZPO).

Der Beklagte hat in seiner ersten Berufung an das Obergericht beantragt, den Entscheid des erstinstanzlichen Gerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen. In seinem Eventualbegehren beantragte er, der erstinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Klägerin ihrerseits hat die Gutheissung ihrer Klage beantragt.

Für die Parteien ist es schwierig vorherzusehen, ob ein Gericht reformatorisch entscheidet oder sich mit der Aufhebung und der Rückweisung der Sache begnügt; die Gerichte verlangen daher grundsätzlich einen materiellen Antrag und es wird den Anwälten empfohlen, Rückweisungsanträge nur als Eventualantrag zu stellen (vgl. Urteil 1C_697/2013 vom 13. Januar 2014 E. 3.3 mit Hinweisen). In dieser Situation darf es der beschwerdeführenden Partei grundsätzlich nicht zum Nachteil gereichen, wenn sich das Gericht für die Rückweisung entscheidet und deshalb nur den Eventualantrag, nicht aber den Hauptantrag auf Abweisung der Klage gutheisst. Beizufügen ist auch hier, dass

ebenfalls das Bundesgericht bei der Verteilung seiner Kosten grundsätzlich keinen Unterschied macht, ob das Haupt- oder das Eventualbegehren gutgeheissen wurde. Entscheidend ist jedoch vielmehr, dass die Klägerin mit ihrem Antrag auf Gutheissung ihrer Klage vollständig unterlegen ist. Entsprechend hat die Vorinstanz keine Verletzung von Bundesrecht begangen, indem sie der Klägerin die Verfahrenskosten auferlegt und sie verurteilt hat, dem Beklagten eine Parteientschädigung auszurichten.

E. 8.3

Nach dem Gesagten, erweist sich auch die Beschwerde der Klägerin als unbegründet.

E. 9

Aus diesen Gründen sind beide Beschwerden abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. Dem Verfahrensausgang entsprechend werden die Parteien je für das von ihnen angestrebte Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG). Nach Kompensation der gegenseitig geschuldeten Parteientschädigungen verbleibt ein Betrag von Fr. 4'000.-- zugunsten der Klägerin.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.