

# **BGer 4A\_724/2016 vom 19. Juli 2017**

Bundesgericht, 2017-07-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_724\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_724_2016)

FR: TF 4A\_724/2016 du 19 juillet 2017

IT: TF 4A\_724/2016 del 19 luglio 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde betrifft eine Zivilsache ( Art. 72 BGG ); sie richtet sich gegen einen Endentscheid (Art. 90) eines oberen kantonalen Gerichts, das als Rechtsmittelinstanz entschieden hat ( Art. 75 BGG ), die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen unterlegen ( Art. 76 BGG ) und die Beschwerdefrist ist auch für die Beschwerdeergänzung eingehalten ( Art. 100 BGG ).

#### **E. 1.1**

Die Beschwerde hat ein Rechtsbegehren zu enthalten ( Art. 42 Abs. 1 BGG ). Da die Beschwerde an das Bundesgericht ein reformatorisches Rechtsmittel ist ( Art. 107 Abs. 2 BGG ), ist grundsätzlich ein materieller Antrag erforderlich. Rechtsbegehren, die auf einen Geldbetrag lauten, müssen beziffert werden ( BGE 134 III 235 E. 2 S. 236 f. mit Hinweis), was auch gilt, wenn die Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens selbständig angefochten werden (Urteile 4A\_226/2014 vom 6. August 2014 E. 1.2 mit Hinweis).

Die Beschwerdeführerin verlangt in ihrem Rechtsbegehren nur die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung, was angesichts fehlender Tatsachenfeststellungen in der Sache genügen mag. Für den Fall, dass sie mit ihrer Beschwerde in der Sache nicht durchdringt, stellt sie jedoch keine Anträge in Bezug auf die Kostenverlegung, die sie hinsichtlich der Kosten eines Zwischenverfahrens beanstandet. Auf die Beschwerde ist insoweit nicht einzutreten, als sie sich selbständig gegen die Kostenverlegung im Zwischenentscheid richtet.

#### **E. 1.2**

Im Übrigen ist auf die Beschwerde - unter Vorbehalt hinreichender Begründung ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ) - einzutreten.

#### **E. 2.1**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Das Bundesgericht 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 140 III 115 E. 2 S. 117; 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können ( Art. 97 Abs. 1 BGG ).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG ( BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18).

## **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe "die indirekten Anerkennungshinweise der Beklagten in kläg. act. 4" nicht gewürdigt, sondern sinngemäss als prozessual irrelevant beiseitegelassen; sie bezieht sich dabei auf E. 3e des angefochtenen Urteils. Die Vorinstanz hat dort die Vorbringen der Beschwerdeführerin wiedergegeben, wonach die Beschwerdegegner Zusatzarbeiten handschriftlich auf der Abrechnung vom 31. Oktober 2011 mit Häkchen bzw. mit Einkreisung anerkannt hätten. Die Vorinstanz hat indes nicht als nachgewiesen erachtet, dass die Beschwerdeführerin eine entsprechende Anerkennung im erstinstanzlichen Verfahren behauptet hatte. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, die Vorinstanz habe den Prozesssachverhalt willkürlich festgestellt, indem sie eine prozessual rechtzeitige Behauptung der Anerkennung verneint hat. Die Vorbringen erschöpfen sich in appellatorischer Kritik an der Interpretation der klägerischen Vorbringen im erstinstanzlichen Verfahren. Darauf ist nicht einzutreten.

## **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die Behauptungs- und Substanziierungsanforderungen überspannt. Sie bestreitet nicht grundsätzlich, dass sie die Zusatzarbeiten zu behaupten und zu beweisen hat, für die sie Werklohn fordert. Sie stellt sich jedoch auf den Standpunkt, sie habe die bestrittenen Zusatzleistungen mit dem sinngemässen Vorbringen hinreichend behauptet, dass sämtliche von ihr in Rechnung gestellten Arbeiten Zusatzleistungen seien, soweit diese nicht Inhalt des ursprünglichen Werkvertrags bildeten.

### **E. 3.1**

In Verfahren, die wie hier vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht sind, tragen die Parteien die Verantwortung für die Beschaffung des Tatsachenstoffes. Sie haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben ( Art. 55 Abs. 1 ZPO ). Die Parteien trifft die sog. Behauptungslast. Welche Tatsachen zu behaupten sind, hängt vom Tatbestand der Norm ab, auf die der geltend gemachte Anspruch abgestützt wird. Die Parteien haben alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen zu behaupten, die den geltend gemachten Anspruch begründen. Bestreitet der Prozessgegner jedoch den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann ( BGE 127 III 365 E. 2b S. 368; Urteile 4A\_427/2016 vom 28. November 2016 E. 3.3; 4A\_1/2016 vom 25. April 2016 E. 2.1;

4A\_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; je mit Hinweisen).

Ein globaler Verweis auf eingereichte Unterlagen genügt den Anforderungen an Behauptung und Substanziierung nicht (Urteile 4A\_427/2016 vom 28. November 2016 E. 3.3; 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 2.6; 4A\_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; 5A\_61/2015 vom 20. Mai 2015 E. 4.2.1.3 mit Hinweisen); vielmehr sind die Behauptungen einzeln so zu detaillieren, dass die angebotenen Beweise den Behauptungen klar zugeordnet werden können. Da sich der Gegenstand der Behauptungs- und Substanziierungslast nach der materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage richtet, bestimmen für Rechtsverhältnisse des Bundesprivatrechts die anwendbaren Normen des Bundesrechts, welche Tatsachen zu behaupten und zu substantzieren sind ( BGE 123 III 183 E. 3e S. 188; Urteile 5A\_749/2016 vom 11. Mai 2017 E. 4; 4A\_427/2016 vom 28. November 2016 E. 3.3; 5A\_658/2014 vom 6. Mai 2015 E. 6.3.1).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat diese Grundsätze dem angefochtenen Urteil ausdrücklich zugrunde gelegt. Sie hat mit dem erstinstanzlichen Gericht zutreffend erkannt, dass die Beschwerdeführerin ihre Werklohnforderung für die in Rechnung gestellten Zusatzarbeiten rechtzeitig (vgl. Art. 229 ZPO ) behaupten und beweisen musste und zwar angesichts der Bestreitung der Beschwerdegegner in Einzeltatsachen gegliedert so umfassend und klar, dass darüber Beweis abgenommen werden konnte. Als Grundlage ihrer Forderung beruft sich die Beschwerdeführerin auf eine vertragliche Abrede mit den Beschwerdegegnern, wonach "Zusatzarbeiten im Aufwand mit Fr. 75.-/Std abgerechnet" werden. Die Vorinstanzen haben zutreffend geschlossen, dass sich die beweisbelastete Beschwerdeführerin auf dieser Grundlage zur Begründung ihrer Werklohnforderung nicht damit begnügen kann, die Ausführung von Arbeiten zu behaupten und nachzuweisen. Die eingeklagte Forderung steht ihr nur insoweit zu, als die Beschwerdegegner Zusatzarbeiten tatsächlich bestellt haben und sie diese bestellten Arbeiten ausgeführt hat, wobei für die Höhe des Entgelts nach der Parteivereinbarung der zeitliche Aufwand für diese Arbeiten massgebend ist. Entsprechend hat die Beschwerdeführerin konkrete Behauptungen darüber aufzustellen, wann die Beschwerdegegner welche Zusatzarbeiten bestellt haben und während welcher Zeit sie diese bestellten Arbeiten ausgeführt hat. Nur unter diesen Umständen können die Beschwerdegegner konkret dazu Stellung nehmen und allenfalls den Gegenbeweis antreten.

### **E. 3.3**

Nach den im angefochtenen Urteil wiedergegebenen Erwägungen des Bezirksgerichts hatte die Beschwerdeführerin im erstinstanzlichen Verfahren nicht dargelegt, wann, wo und wie einzelne Zusatzaufträge erteilt worden sein sollten; sie hatte für den Fall, dass solche Zusatzaufträge erteilt wurden, für die in Rechnung gestellten Teilbeträge weder behauptet noch hinlänglich substantziiert, wie sich diese zusammensetzten, das heisst wann welche Arbeiten mit wie vielen Arbeitsstunden und mit welchem Material ausgeführt wurden. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz zum Prozesssachverhalt führte die Beschwerdeführerin dazu in der Berufung nur aus, es seien sämtliche der auszuführenden Fertigstellungsarbeiten in der Auftragsbestätigung vom Januar 2011 enthalten und alles, was sonst noch zur Ausführung gelangt sei bzw. was sie in Rechnung gestellt hatte, sei als Zusatzarbeiten zu betrachten, die mit Fr. 75.-- pro Stunde hätten entgolten werden müssen.

#### **E. 3.3.1**

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf eine "Zusammenstellung der Zusatzarbeiten (Urk. 67 S. 5 f., dat. 11.04 2016) " und behauptet, die daraus ersichtlichen Positionen seien in der Berufungsschrift gegenteils "im Hinblick auf die Konkordanz mit rechtzeitig in Klageschrift und Replik vorgebrachten, detaillierten tatbeständlichen Behauptungen kommentiert worden". Urkunde 67 der vorinstanzlichen Akten enthält die Plädoyernotizen vom 11. April 2016 des Anwalts der Beschwerdeführerin im erstinstanzlichen Verfahren. Dort findet sich auf Seiten 6 und 7 ein "Auszug bzw. Zusammenstellung aus Klageschrift/ Replik", welche offenbar der Berufung beigelegt wurde. Diese Zusammenstellung hat die Vorinstanz mit der Begründung nicht berücksichtigt, dass Noven in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nicht mehr vorgebracht werden konnten und die Beschwerdeführerin sich auf eine Ausnahme nicht berufen habe. Die Vorinstanz hat daher entsprechende Vorbringen nur insoweit berücksichtigt, als sie bereits in Klage und Replik enthalten waren. Der Beschwerde ist nicht zu entnehmen, inwiefern die Vorinstanz Recht verletzt haben sollte, wenn sie Noven als unzulässig erachtete, die erst in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vorgebracht wurden. Die Vorinstanz ist im Übrigen gerade davon ausgegangen, dass die Darstellung in einer Liste unbeachtlich ist; sie hat entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht angenommen, die Zusammenfassung in einer Liste schade, sondern sie hat nur die rechtzeitigen Vorbringen in Klage und Replik als beachtlich angesehen. Die entsprechenden Vorbringen gehen an der Sache vorbei. Schliesslich ist nicht ersichtlich, was die Beschwerdeführerin aus dem Urteil 4A\_152/2009 vom 29. Juni 2009 ableiten will.

### **E. 3.3.2**

Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz zum Prozesssachverhalt hat die Beschwerdeführerin im erstinstanzlichen Verfahren einzig zu sechs Positionen detailliertere Ausführungen gemacht. Bezüglich dieser Positionen hat sie nach den verbindlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid weder in der Klagebegründung noch in der Replik den Werklohn beziffert oder dessen Berechnung dargelegt. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vom 19. Dezember 2016 genügen den Anforderungen nicht, die an Sachverhaltsrügen gestellt werden. Auf die entsprechenden appellatorischen Vorbringen ist nicht einzutreten.

### **E. 3.3.3**

Die Vorinstanz hat mit dem Bezirksgericht zutreffend erkannt, dass die Beschwerdeführerin die angeblich bestellten Zusatzarbeiten nicht substantiiert hat. Daran ändert entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nichts, dass es sich bei diesen Arbeiten teilweise um kleine oder kleinste Positionen gehandelt haben soll, zumal die Klage der Beschwerdeführerin auch in Bezug auf die grösseren Positionen die prozessualen Anforderungen nicht erfüllt.

## **E. 4**

Die Beschwerdeführerin hält daran fest, das Bezirksgericht wäre verpflichtet gewesen, sie durch Ausübung der richterlichen Fragepflicht auf die mangelnde Substanziierung hinzuweisen.

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz hat mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung dargelegt, dass der gerichtlichen Fragepflicht ( Art. 56 ZPO ) bei anwaltlich vertretenen Parteien nur eine sehr eingeschränkte Bedeutung zukommen kann. Sie hat zudem dargelegt, dass für Hinweise des Gerichts auf mangelhafte Substanziierung kein Anlass besteht, wenn die

Gegenpartei auf diesen Mangel bereits hingewiesen hat und dieser Mangel auf die Nachlässigkeit der beweisbelasteten Partei zurückzuführen ist. Sie hat festgestellt, dass die Beschwerdeführerin ihre Substanziierungspflicht durchaus erkannt hat, wie aus ihren Ausführungen in der erstinstanzlichen Replik hervorgehe. Sie habe nämlich vorgebracht, es würde die Hauptarbeit werden, zu allen gegen 40 Positionen noch die erforderlichen tatbeständlichen Ausführungen zu machen und die Beweise zu benennen; sie habe dies angesichts der vereinzelt unter Fr. 100.-- liegenden Beträge als rechtsmissbräuchlich erachtet. Die Beschwerdeführerin hat nach den Feststellungen der Vorinstanz bewusst auf eine weitere Substanziierung verzichtet.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin setzt sich mit diesen Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinander und begründet namentlich nicht, inwiefern die Vorinstanz den prozessualen Sachverhalt willkürlich festgestellt haben sollte. Sie stellt vielmehr ihre Sicht der Dinge dar und bestreitet die Feststellung der Vorinstanz nicht einmal, dass sie es als "rechtsmissbräuchlich" erachtete, zu allen Positionen die erforderlichen Behauptungen aufzustellen. Es ist von der Feststellung der Vorinstanz auszugehen, dass die Beschwerdeführerin die Anforderungen an die Substanziierung kannte, jedoch angesichts des Aufwands bewusst darauf verzichtete. Was die Ausübung der Fragepflicht bewirken könnte, wenn eine Partei bewusst den erforderlichen Aufwand nicht treiben will, ist nicht erkennbar. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist mutwillig.

#### **E. 5**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Diesem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin zu auferlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Diese hat den anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnern deren Parteikosten für das Verfahren vor Bundesgericht zu ersetzen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

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