

# **BGer 4F\_1/2021 vom 14. Juni 2021**

Bundesgericht, 2021-06-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4F\\_1\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4F_1_2021)

FR: TF 4F\_1/2021 du 14 juin 2021

IT: TF 4F\_1/2021 del 14 giugno 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Urteile des Bundesgerichts erwachsen am Tag ihrer Ausfällung in Rechtskraft ( Art. 61 BGG ). Sie können mit keinem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden und eine nochmalige Überprüfung der einem Urteil des Bundesgerichts zu Grunde liegenden Streitsache ist grundsätzlich ausgeschlossen. Das Bundesgericht kann aber auf sein Urteil zurückkommen, wenn einer der in den Art. 121 - 123 BGG abschliessend aufgeführten Revisionsgründe vorliegt (Urteil 4F\_7/2020 vom 22. Februar 2021 E. 1.1, zur Publikation vorgesehen).

### **E. 2.1**

Das Bundesgericht prüft vorab die Zulässigkeit des Revisionsgesuchs. Dabei sind für Fragen, die nicht im 7. Kapitel des Bundesgerichtsgesetzes betreffend die Revision behandelt werden, die allgemeinen Bestimmungen dieses Gesetzes anwendbar ( BGE 144 I 214 E. 1.2). Insbesondere gelten für das Revisionsgesuch die in Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG genannten Begründungsanforderungen (zit. Urteil 4F\_7/2020 E. 1.2.1; Urteile 4F\_17/2018 vom 9. Oktober 2018 E. 1.1; 4F\_24/2017 vom 4. September 2018 E. 1; 4F\_16/2018 vom 31. August 2018 E. 1.1; 4F\_7/2017 vom 22. März 2017 E. 3). Sind die Sachurteilsvoraussetzungen nicht erfüllt, tritt das Bundesgericht auf das Revisionsgesuch nicht ein.

### **E. 2.2**

Erachtet das Bundesgericht das Revisionsgesuch demgegenüber als zulässig, tritt es darauf ein und prüft, ob der geltend gemachte Revisionsgrund gegeben ist ( BGE 144 I 214 E. 1.2). Ob tatsächlich ein Grund zur Revision vorliegt, ist demnach keine Frage des Eintretens, sondern der materiellen Beurteilung (zit. Urteile 4F\_7/2020 E. 1.2.2; 4F\_17/2018 E. 1.1; 4F\_16/2018 E. 1.1).

### **E. 2.3**

Auf das Revisionsgesuchs ist - unter Vorbehalt einer hinreichenden Begründung - einzutreten.

### **E. 3**

Die Gesuchsteller berufen sich auf den Revisionsgrund nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG . Sie hätten nachträglich erhebliche Tatsachen entdeckt, die sie im früheren Verfahren nicht hätten beibringen können.

### **E. 3.1**

Im Einzelnen machen sie geltend, neue Erkenntnisse würden aufzeigen, dass das Urteil 4A\_251/2020 auf einem unzutreffenden Sachverhalt beruhe. Am 28. Dezember 2020 sei

der Gesuchsteller 1 von H. \_\_\_\_\_ über ein in Zürich anhängiges Strafverfahren unterrichtet worden. Einen Tag später habe auch R. \_\_\_\_\_ über dieses hängige Strafverfahren und dessen Stand unterrichtet. Sie hätten ausgeführt, dass sie vom zuständigen Staatsanwalt in Haft genommen worden seien. Die Strafuntersuchung sei am 26. März 2015 durch eine Strafanzeige der (ehemaligen) Klägerin 3 eingeleitet worden. Die darin enthaltenen Vorwürfe würden vom gleichen Sachverhalt handeln, wie demjenigen, der dem Urteil 4A\_251/2020 zugrunde liege. Es gehe erneut um die Zusatzaufträge für den Lötschbergtunnel in einem Umfang von Fr. 1'980'348.--. Offenbar seien H. \_\_\_\_\_ (als mutmasslicher Haupttäter) und R. \_\_\_\_\_ nun weitgehend geständig.

Gemäss einem Gespräch vom 29. Dezember 2020 mit R. \_\_\_\_\_ habe dieser gegenüber den Untersuchungsbehörden in Zürich ausgesagt, dass H. \_\_\_\_\_ die Idee gehabt habe, Gelder abzuzweigen für angebliche Zusatzaufträge (die nie ausgeführt worden seien und deren Ausführung auch nie beabsichtigt gewesen sei). H. \_\_\_\_\_ habe auch den Plan mit der Weitergabe der Gelder durch Verträge mit Unterbeauftragten von der D. \_\_\_\_\_ AG über die Beklagte 3, die O. \_\_\_\_\_ AG und weiter nach Indonesien entworfen und umgesetzt. Offenbar zeige die Strafuntersuchung auf, dass die Gelder nach Durchlaufen der verschiedenen Gesellschaften auf einem Bankkonto in Australien gelandet seien, das H. \_\_\_\_\_ zustehe oder zugestanden habe.

Der Sachverhalt, von dem die Erstinstanz (und mit ihm die weiteren Instanzen) ausgegangen seien, basiere auf der Annahme, dass die D. \_\_\_\_\_ AG über den Grundauftrag weitere Arbeiten ausgeführt habe, und dass die Gesuchsteller die D. \_\_\_\_\_ AG schädigen wollten, indem sie die Arbeiten für Zusatzaufträge im Umfang von Fr. 1'980'348.-- selbst erledigt, aber das Geld an die Beklagte 3 weitergeleitet hätten. Beides treffe nicht zu.

### **E. 3.2**

Bis heute sei ihnen noch keine Einsicht in die Akten des Zürcher Strafverfahrens gewährt worden. Sie würden deshalb vor Bundesgericht eine Nachfrage beim zuständigen Staatsanwalt beantragen.

### **E. 4**

Nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG kann in Zivilsachen und in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten die Revision verlangt werden, wenn die ersuchende Partei nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel auffindet, die sie im früheren Verfahren nicht beibringen konnte, unter Ausschluss von Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem Entscheid entstanden sind.

#### **E. 4.1**

Für eine Revision aufgrund nachträglich entdeckter Tatsachen müssen die folgenden fünf Voraussetzungen gegeben sein: (1) Der Gesuchsteller beruft sich auf eine Tatsache. (2) Diese Tatsache ist erheblich, d.h. sie ist geeignet, die tatsächliche Grundlage des angefochtenen Urteils zu verändern und bei zutreffender rechtlicher Würdigung zu einer anderen Entscheidung zu führen. (3) Die Tatsache existierte bereits, als das bundesgerichtliche Urteil gefällt wurde (unechtes Novum). Es handelt sich - präziser ausgedrückt - um eine Tatsache, die sich bis zum Zeitpunkt verwirklichte, als im Hauptverfahren noch tatsächliche Vorbringen prozessual zulässig waren. Tatsachen, die später entstanden sind, also echte Noven, werden nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG

ausdrücklich ausgeschlossen. (4) Die Tatsache muss nachträglich, also nach diesem Zeitpunkt, entdeckt worden sein. (5) Der Gesuchsteller konnte die Tatsache im Hauptverfahren trotz hinreichender Sorgfalt nicht vorbringen (zit. Urteil 4F\_7/2020 E. 4 und E 4.1 mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 4.2**

Nachfolgend ist zu prüfen, ob diese Voraussetzungen hinsichtlich der von den Gesuchstellern geltend gemachten Tatsachen erfüllt sind.

Dabei ist vorab festzuhalten, dass die Vorbringen der Gesuchsteller jedenfalls nur - sofern denn die Voraussetzungen (vgl. hiervor E. 4.1) erfüllt sind - Anlass zur Revision im Zusammenhang mit den der Beklagten 3 vergüteten Auftragsnachträgen im Umfang von Fr. 1'980'348.-- geben könnten. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zu Recht ausführt, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorbringen Anlass zu einer Revision hinsichtlich der im Umfang von insgesamt Fr. 216'278.36 gutgeheissenen Leistungsklagen wegen zu hoher Lohnzahlungen, ungerechtfertigter Bonuszahlungen sowie für ausbezahlte Reisespesen geben könnten. Die Gesuchsteller führen dazu einzig pauschal aus, sie seien für die Erstinstanz "offenbar von Beginn weg die bösen Buben" gewesen. Dies genügt nicht.

#### **E. 4.3**

Zu prüfen ist in einem ersten Schritt, ob es sich bei den von den Gesuchstellern geltend gemachten Tatsachen überhaupt um entscheidende Tatsachen handelt. Dies ist vorliegend eng mit der weiteren Voraussetzung verknüpft, ob sie die entsprechenden Tatsachen im Hauptverfahren trotz hinreichender Sorgfalt nicht vorbringen konnten.

##### **E. 4.3.1**

Bei der behaupteten Tatsache, es ergebe sich aus dem Zürcher Strafverfahren, dass H.\_\_\_\_\_ die Idee gehabt habe, Gelder abzuzweigen für angebliche Zusatzaufträge, welche nie ausgeführt werden sollten und auch nie ausgeführt wurden, handelt es sich auf den ersten Blick um eine entscheidende Tatsache, erwog doch das Bundesgericht, die Vorinstanz habe mit der Erstinstanz davon ausgehen können, die Gesuchsteller hätten substantiiert angeben müssen, wer denn ausser ihnen die Verträge mit der ARGE E.\_\_\_\_\_ erfüllt habe. Da sie dies unterlassen hätten und lediglich die Erfüllung durch die P.\_\_\_\_\_ (von der Beklagten 3) behauptet worden sei, diese die Verträge aber unbestrittenermassen nicht erfüllt habe, sei nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanzen von der Auftragsausführung durch die Gesuchsteller selber ausgegangen seien (zit. Urteil 4A\_251/2020 E. 3.7.3). Der Umstand, dass ein Teil der Aufträge allenfalls gar nie ausgeführt worden ist, wäre vor diesem Hintergrund auf den ersten Blick geeignet, zu einem anderen Entscheid zu führen.

Die Gesuchsteller haben aber - wie sich auch aus dem Urteil des Bundesgerichts ergibt - bereits im Berufungsverfahren behauptet, dass ein Teil der Auftragsnachträge allenfalls nicht ausgeführt worden sei. Diese Behauptung der teilweisen Nichtdurchführung der Auftragsnachträge hat die Vorinstanz gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO als verspätet erachtet (zit. Urteil 4A\_251/2020 E. 3.2.1). Aus dem Urteil 4A\_251/2020 ergibt sich nicht, dass die Gesuchsteller vor Bundesgericht hinreichend gerügt hätten, dass die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO - entgegen der Vorinstanz - erfüllt gewesen wären. Es ergibt sich nur, dass die Gesuchsteller die vorinstanzliche Formulierung, wonach von den Gesuchstellern und der I.\_\_\_\_\_ AG (Beklagte 3) einzig die tatsächliche Ausführung der Zusatzaufträge

durch die P. \_\_\_\_\_ behauptet worden sei, beanstandet haben (vgl. zit. Urteil 4A\_252/2020 E. 3.2.2). Auch in ihrem Revisionsgesuch zeigen die Gesuchsteller nicht auf, dass sie im bundesgerichtlichen Verfahren hinreichend geltend gemacht hätten, dass die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO - entgegen der Vorinstanz - erfüllt waren.

Wer ein Revisionsgesuch auf neu entdeckte Tatsachen und Beweismittel gründet, muss dartun, dass es ihm trotz aller Sorgfalt nicht möglich war, sich schon im früheren Verfahren auf sie zu berufen ( BGE 98 II 250 E. 3 S. 225). Vorliegend haben sich die Gesuchsteller aber bereits vor dem Obergericht darauf berufen, dass die Aufträge allenfalls teilweise gar nicht ausgeführt worden sind, allerdings ohne darzulegen, dass die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt waren. Dass die Vorinstanz nicht berücksichtigte bzw. nicht berücksichtigen konnte, dass ein Teil der Aufträge allenfalls überhaupt nicht ausgeführt wurde, hatten sie sich somit selbst zuzuschreiben. Das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision kann nicht dazu dienen, allfällige prozessuale Versäumnisse der Parteien in den vorinstanzlichen Verfahren zu beheben (zit. Urteil 4F\_7/2020 E. 5.5.2 mit Hinweisen; Urteile 5F\_19/2018 vom 29. Oktober 2018 E. 2.1; 4F\_7/2018 vom 23. Juli 2018 E. 2.1.1 und E. 2.1.2; 2F\_11/2007 vom 22. November 2007 E. 3.1).

Im Übrigen ergibt sich aus der (verspäteten) Behauptung im vorinstanzlichen Verfahren gerade auch, dass die Gesuchsteller bereits zu diesem Zeitpunkt zumindest vermuteten, dass die weitergegebenen Aufträge allenfalls (teilweise) gar nicht ausgeführt worden sind. Damit wäre es ihnen aber bereits im vorinstanzlichen Verfahren möglich gewesen, hinreichend darzulegen, weshalb aus ihrer Sicht - bei fehlender Durchführung der Aufträge - kein Schaden der D. \_\_\_\_\_ AG vorliegt (vgl. dazu zit. Urteil 4A\_251/2020 E. 4.4).

#### **E. 4.3.2**

Auf den Grundsatz, dass ein Revisionsverfahren nicht dazu dient, prozessuale Versäumnisse der Parteien zu bereinigen, kann im Weiteren auch verwiesen werden, wenn die Gesuchsteller mit Verweis auf das Berner Strafverfahren (namentlich die Einstellungsverfügung im Strafverfahren vom 25. Februar 2014) darlegen, welche Schlüsse die Vorinstanz daraus hätte ziehen müssen. Es lag an ihnen, in den vorangehenden Verfahren dazu substantiierte Behauptungen aufzustellen. Die Vorinstanz hielt fest, soweit die Parteien auf das Berner Strafverfahren Bezug nähmen, würden sie sich mit Hinweisen auf dessen Bestehen bzw. dessen Einstellung beschränken. Das Bundesgericht erwog in seinem Urteil, die Gesuchsteller würden diesbezüglich weitgehend appellatorische Kritik üben. Im Übrigen habe die Vorinstanz Art. 53 OR nicht verkannt, indem sie nicht tel quel die Ergebnisse des Berner Strafverfahrens übernehme (zit. Urteil 4A\_251/2020 E. 3.6.1). Die Gesuchsteller legen in ihrem Gesuch jedenfalls nicht rechtsgenügend dar, weshalb sie die Erkenntnisse und Unterlagen aus dem Berner Strafverfahren trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits prozesskonform in die vorhergehenden Verfahren hätten einbringen können.

#### **E. 4.3.3**

Weiter war die von den Gesuchstellern mehrmals aufgeworfene Frage des konkreten Nutzniessers des Geldflusses nicht entscheidrelevant. Auch im Verfahren vor Bundesgericht war diese Frage nicht entscheidrelevant. Dies weil sich die Gesuchsteller vor Bundesgericht nicht hinreichend mit den diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen auseinandergesetzt hatten (zit. Urteil 4A\_251/2020 E. 3.3.1). Damit vermag der behauptete Umstand, dass sich aus dem Zürcher Strafverfahren ergebe, dass H. \_\_\_\_\_ der (eigentliche) Nutzniesser der Geldflüsse gewesen sein soll, eine Revision nicht zu

begründen.

#### **E. 4.3.4**

Die Gesuchsteller legen in ihrem Gesuch somit insgesamt keine entscheidenderheblichen Tatsachen (bzw. Tatsachen, die sie trotz hinreichender Sorgfalt nicht bereits im Hauptverfahren bringen konnten) dar.

#### **E. 4.4**

Im Übrigen handelt es sich bei den geltend gemachten Tatsachen zum Teil nicht um unechte Noven.

Bei der Tatsache, dass H.\_\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_\_ in Haft genommen worden seien, handelt es sich nicht um eine Tatsache, die bereits damals (gemeint zum Zeitpunkt als im Hauptverfahren noch prozessuale Vorbringen zulässig waren) vorhanden war, sondern vielmehr um ein echtes Novum. Machen die Gesuchsteller doch in ihrem Revisionsgesuch explizit geltend, sie seien in Gesprächen vom 28. und 29. Dezember 2020 unterrichtet worden, dass die beiden "wenige Tage zuvor" in Haft genommen worden seien. Damit handelt es sich folgerichtig auch bei der Tatsache, dass die beiden geständig sein sollen, nicht um eine Tatsache, die sich zu einem Zeitpunkt verwirklichte, als im Hauptverfahren noch tatsächliche Vorbringen prozessual zulässig waren. Die Gesuchsteller führen denn auch selbst aus, H.\_\_\_\_\_ habe erst

kürzlich in einem Strafverfahren in Zürich gestanden, ein eigentliches Betrugsschema entworfen zu haben. Bei der Tatsache, dass ein Strafverfahren gegen H.\_\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_\_ in Zürich geführt wird, handelt es sich schliesslich überhaupt nicht um ein Novum. Die Gesuchsteller führen in ihrer Replik selbst aus, selbstverständlich hätten sie von jenem Strafverfahren in Zürich gewusst, ihnen sei aber der Verfahrensverlauf und der Verfahrensstand nicht bekannt gewesen.

#### **E. 4.5**

Zusammenfassend sind die von den Gesuchstellern geltend gemachten Tatsachen nicht entscheidenderheblich. Zum Teil handelt es sich ohnehin um echte Noven, die nicht Anlass zu einer Revision geben können. Die Gesuchsteller scheinen das Zürcher Strafverfahren zum Anlass zu nehmen, in einem Revisionsverfahren prozessuale Versäumnisse in den vorangehenden Verfahren zu beheben. Dies ist nicht zulässig. Daran ändert auch ihr Hinweis auf den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung nichts, zumal im vorliegenden Verfahren anders als in den Strafverfahren die Verhandlungsmaxime galt. Damit kann offenbleiben, ob und inwieweit den Gesuchstellern in den vorangehenden Verfahren das angeblich von H.\_\_\_\_\_ initiierte Betrugsschema (bereits) bekannt gewesen ist bzw. inwieweit sie daran aktiv beteiligt waren, wie die Gesuchsgegnerin geltend macht. Offenbleiben kann weiter, ob sie sich entgegenhalten lassen müssten, dass sie sich betreffend das Zürcher Strafverfahren zu passiv verhalten hätten. Schliesslich kann auch offenbleiben, inwieweit die von ihnen behaupteten Tatsachen (namentlich das angebliche Geständnis von H.\_\_\_\_\_) im Zürcher Strafverfahren überhaupt erstellt sind, womit auch auf die beantragte Nachfrage beim zuständigen Staatsanwalt verzichtet werden kann.

#### **E. 4.6**

Wenn die Gesuchsteller in ihrem Gesuch unter dem Titel "Versuch einer ergänzenden Würdigung [...]" dem Bundesgericht einen erweiterten Sachverhalt präsentieren, kann darauf mangels Vorliegens eines Revisionsgrundes (vgl. hiervor E. 4.5) nicht eingegangen

werden.

Soweit die Gesuchsteller schliesslich unter dem Titel "Wieso das Kantonsgericht zu einem falschen Entscheid kommen konnte" Kritik am erstinstanzlichen Verfahren üben und der Erstinstanz namentlich vorwerfen, sie habe verkannt, dass die vier beklagten Parteien eine einfache Streitgenossenschaft gebildet hätten und sie habe eine fehlerhafte Beweisverfügung erlassen, scheinen sie zu übersehen, dass ein Revisionsverfahren nicht dazu dienen kann, generelle Kritik an der erstinstanzlichen Beweiswürdigung oder Verfahrensführung zu üben. Die Vorinstanz hat sich zudem mit der Kritik der Gesuchsteller an der erstinstanzlichen Beweisverfügung auseinandergesetzt und festgehalten, weshalb sie aus dem Mangel der Beweisverfügung nichts für sich ableiten können (zit. Urteil 4A\_251/2020 E. 3.3.2 und E. 3.3.2.1). Mit dieser Begründung der Vorinstanz setzten sich die Gesuchsteller im bundesgerichtlichen Verfahren nicht rechtsgenügend auseinander, wie das Bundesgericht entschied (zit. Urteil 4A\_251/2020 E. 3.3.2.2). Dies können sie nun nicht mittels eines Revisionsverfahrens nachholen. Aus diesem Grund geht auch ihr Einwand fehl, die Vorinstanz habe Fehler des erstinstanzlichen Verfahrens bemerkt, diese (aufgrund des damals noch unvollständigen Sachverhalts) aber als unbedeutend empfunden.

#### **E. 4.7**

Die Gesuchsteller machen schliesslich geltend, zwischen dem vorsitzenden Richter im erstinstanzlichen Verfahren und Verwaltungsräten von involvierten Gesellschaften scheinbare Verwandtschaft - mindestens aber nahe Bekanntschaft - zu bestehen, womit es an der Unbefangenheit fehle. Ausserdem machen sie weitere Ausstandsgründe geltend. Der betreffende Richter habe andere Ziele als das Aufdecken der materiellen Wahrheit verfolgt.

Die Gesuchsteller üben Kritik am vorsitzenden Richter im erstinstanzlichen Verfahren, ohne eigentliche Revisionsgründe hinreichend darzutun. Sie nehmen jedenfalls zu Recht nicht Bezug auf Art. 121 lit. a BGG, der die Verletzung von Ausstandsvorschriften durch Gerichtspersonen des Bundesgerichts voraussetzt. Auch andere Revisionsgründe tun sie nicht dar.

#### **E. 5**

Nach dem Gesagten ist das Revisionsgesuch abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang werden die Gesuchsteller - unter solidarischer Haftbarkeit - kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1 und Abs. 5 sowie Art. 68 Abs. 2 und Abs. 4 BGG ).

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