

GR_GERICHTE ZK2 2021 44 vom 9. Februar 2023

GR Gerichte, 2023-02-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2021_44

FR: GR_GERICHTE ZK2 2021 44 du 9 février 2023

IT: GR_GERICHTE ZK2 2021 44 del 9 febbraio 2023

Regeste

Forderung | Berufung OR Werkvertrag/Verlagsvertrag

Erwägungen

E. 6

/ 25 gesehen von offensichtlichen Mängeln beschränkt sich die Rechtsmittelinstanz auch bei voller Kognition darauf, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erheben – das ist gleichsam das "Prüfprogramm". Das Bundesgericht ist mit den Anforderungen an die Berufung streng: neuestens kritisierte es, das Kantonsgericht hätte in einem Urteil nicht solche Argumente und Behauptungen des Klägers im erstinstanzlichen Verfahren berücksichtigen und würdigen dürfen, welche in der Berufung nicht ausdrücklich wiederholt wurden (BGer 4A_186/2022 v. 22.8.2022 E. 4.4 mit Bezug auf KGer GR ZK2 21 27 v. 15.3.2022). Soweit die Berufung dem Erfordernis der Begründung genügt, ist das angerufene Gericht nach Art. 57 ZPO dann weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 576 E. 2.3.3). Diese Anforderungen sind immerhin mit Augenmass, nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) zu handhaben. Wenn der Berufung bei loyalen Bemühen zu entnehmen ist, was warum kritisiert werden soll, und wenn das angefochtene Urteil den Punkt nicht besonders eingehend abhandelt, sodass auch ohne das Bezeichnen einzelner Seiten oder Absätze klar wird, was gemeint ist, lässt sich die Kritik häufig ohne Schwierigkeiten ("aisément", sagt das Bundesgericht) verstehen und beurteilen. Jedenfalls dürfen die formellen Anforderungen nicht überspannt oder überspitzt formalistisch angewendet werden. Im Einzelnen lässt sich das freilich nur bei der Diskussion konkreter Kritikpunkte beurteilen. 1.3. In der Berufung sind neue Vorbringen mit wenigen Ausnahmen ausgeschlossen (Art. 317 ZPO). Die Parteien müssen, um den vorstehend genannten Erfordernissen zu genügen, die Voraussetzungen einer der gesetzlichen Ausnahmen begründen. Wenn sie in der Berufung tatsächliche Behauptungen vortragen, die nicht auf den ersten Blick etwas betreffen, wovon schon das erstinstanzliche Gericht ausging, werden sie als neu betrachtet, ohne dass die Berufungsinstanz die erstinstanzlichen Rechtsschriften und Akten darauf hin zu durchsuchen hätte, wo die Behauptung allenfalls schon aufgestellt worden sein könnte. Auch neue Beweismittel unterliegen der Noven-Beschränkung. Novenrechtlich unzulässige Vorbringen oder Dokumente sind allerdings nicht nach einem häufig verwendeten Ausdruck in einem physischen Sinn "aus dem Recht zu weisen". Wohl sind sie wie unzulässige neue Behauptungen für die Entscheidung nicht zu beachten. Weil aber eine obere Instanz ihre Zulässigkeit anders beurteilen mag und nur schon aus Gründen der Transparenz und der Vollständigkeit

E. 7

/ 25 des Dossiers im Sinne einer tatsächlichen Chronologie dürfen sie aus den Akten nicht etwa entfernt und dem Einleger zurückgeschickt werden. Ebenso unrichtig ist die oft anzutreffende Floskel, ein Argument sei "nicht zu hören". Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 ZPO) verlangt, dass auch Unzulässiges, Verspätetes oder Ungebührliches (Art. 132 ZPO) "gehört" wird – wie damit umzugehen ist und ob es für die Entscheidungsfindung verwendet werden kann und darf, ist eine andere Frage. 2. Nach Art. 60 ZPO prüft "das Gericht" (und damit auch die Rechtsmittelinstanz) von Amtes wegen die Prozessvoraussetzungen. Diese sind hier nicht weiter problematisch; der guten Ordnung halber nur kurz, was folgt: Die Streitverkündung der Klägerin an den Kanton bedurfte keiner Begründung und keiner gerichtlichen Bewilligung (Art. 78 Abs. 1 ZPO). Der solchermassen in den Streit gerufene (in der Formulierung der ZPO: "berufene") Kanton konnte ohne weitere Voraussetzungen zu Gunsten der Klägerin an deren Seite dem Prozess beitreten, in der Sprache des Gesetzes "intervenieren" (Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO). Damit war ein ausdrücklicher Entscheid im Sinne von Art. 75 Abs. 2 ZPO entbehrlich. Die Wirkungen der Streitverkündung treten erst mit der Erledigung des Prozesses ein (Art. 80 ZPO i.V.m. Art. 77 ZPO). Im Verfahren selbst durfte und darf der Kanton als "intervenierende" Partei alle der Klägerin zustehenden Prozesshandlungen vornehmen, so lange er sich nur nicht mit der Klägerin in Widerspruch setzte (Art. 76 Abs. 1 und 2 ZPO). – Konkret hat der Kanton die Berufung der Beklagten mit einer eigenen Rechtsschrift beantwortet (act. A.2). Diese ist demnach zu beachten und zu behandeln, wie wenn die Klägerin sie selber eingereicht hätte. 3.1. Gegenstand der Auseinandersetzung war zunächst die Forderung der Klägerin aus dem Projekt "Werkleitungen G. _____ strasse C. _____". Diese Forderung von CHF 81'490.60 hatte die Beklagte anerkannt, was sie auch in der Berufung bestätigt (act. A.1 S. 5). Das Regionalgericht hat in Dispositiv-Ziffer 1 seines Urteils davon Vormerk genommen, dass die Beklagte "die Klage" in diesem Umfang anerkannt habe, und es hat die Beklagte "demnach" zum Zahlen dieses Betrages verpflichtet (Dispositiv-Ziffer 2). 3.2. Die Beklagte verlangt mit der Berufung, das Urteil des Regionalgerichts sei aufzuheben. Sie relativiert das nicht, sodass es dem Wortlaut nach insbesondere auch die Ziffern 1 und 2 des Dispositivs umfasst. Weshalb diese beiden Ziffern falsch seien, erläutert sie zwar nicht, und nach den allgemeinen Anforderungen an

E. 8

/ 25 die Berufung (vorstehend E. 1.2) wäre auf diese insoweit nicht einzutreten. Allerdings ist das Urteil in diesen Punkten offenkundig fehlerhaft im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis. 3.3. Das Regionalgericht vermengt das Anerkennen einer Forderung und das Anerkennen einer Klage. Das ist keine spitzfindige Unterscheidung, sondern sehr wohl wesentlich, wie gerade dieser Fall zeigt. Grundlegend dazu: Wird eine Klage anerkannt, erledigt das den Streit sofort und ohne weiteres Zutun des Gerichts (Art. 241 Abs. 2 ZPO; dass der Streitgegenstand der Disposition der Parteien unterstehen muss, braucht hier nicht vertieft zu werden). Das formelle Abschreiben des Verfahrens (Art. 241 Abs. 2 ZPO) hat dann in der Sache keine eigene Bedeutung; es verschafft dem Kläger nur, wenn auch immerhin, den allenfalls nötigen Vollstreckungs-"Titel" (Art. 81 Abs. 1 SchKG; Art. 335 ff. ZPO). Die Ziffern 1 und 2 des Dispositivs im angefochtenen Urteil wollen offenbar diesen Vorgang resp. diese Vorgänge zum Ausdruck bringen, auch wenn sie damit Art. 241 Abs. 2 ZPO nicht richtig verstehen: die Anerkennung selbst genügt, und ein weitergehender Spruch des Gerichts ("wird demnach verpflichtet") ist gerade nicht nötig. Nichts anderes

steht in dem vom Regionalgericht angeführten Urteil des Kantonsgerichts ZF 10/94 vom 12. April 1994 (PKG 1994 Nr. 15 S. 54), abgesehen davon, dass seit jenem Urteil die schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten ist, welche die Konsequenzen einer Klageanerkennung abschliessend regelt. Um das Anerkennen einer Klage geht es aber im vorliegenden Verfahren nicht. Es liegt der zugegebene anspruchsvolle Fall einer Verrechnungslage vor: die Beklagte erklärte, sie bestreite die eingeklagte Forderung nicht, aber weil sie selbst gegen die Klägerin über eine (weit höhere) eigene Forderung verfüge, und weil sie die Verrechnung erklärt habe, sei sie nicht (mehr) zum Zahlen der Klageforderung verpflichtet. Damit berief sie sich auf den von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) zu beachtenden Art. 124 Abs. 2 OR: die Verrechnung bewirkt rückwirkend den Untergang von Forderung und Gegenforderung, soweit diese sich ausgleichen. Die Beklagte hatte an sich zwei Optionen: sie konnte die Klageforderung bestreiten und nur für den Fall, dass das Gericht diese als bestehend beurteilte, eventuell mit einer eigenen Forderung verrechnen. Oder aber sie konnte die Klageforderung an sich anerkennen, die Erfüllung aber mit der Begründung der Verrechnung verweigern. So ist es hier. Weil die Klägerin die von der Beklagten zur Verrechnung gestellte Forderung bestritt, musste das Regionalgericht diese prüfen. Das Ergebnis (das Regionalgericht erkennt, die Forderung bestehe nicht) ist in der Berufung streitig.

E. 9

/ 25 3.4. Kommt nachstehend auch das Kantonsgericht zum Schluss, die Forderung der Beklagten bestehe nicht oder nicht im geltend gemachten Umfang, ist die Klage ganz oder teilweise gutzuheissen. Bei einer gänzlichen Guttheissung der Klage bleiben die Ziffern 1 und 2 des Dispositivs im angefochtenen Urteil zwar falsch, aber der Beklagten entsteht dadurch kein Nachteil, und es ist auf die Berufung insofern nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Beurteilt das Kantonsgericht die Forderung der Beklagten als ganz oder teilweise berechtigt, ist das Dispositiv von Grund auf neu zu fassen. 4. Die von der Beklagten ins Verfahren eingeführte Forderung basiert auf einem Projekt "(F. _____" in L. _____. Der Kanton hatte Baumeister- und Belags-Arbeiten ausgeschrieben, und diverse Unternehmungen hatten sich darum beworben. Es ging um ein grösseres Vorhaben; nach den Akten wurden die ganzen Arbeiten für rund CHF 1,5 bis 1,6 Mio. offeriert (RG act. IV./2-6). Den Zuschlag erhielt die Klägerin (RG act. II./9 und II./12). Diese betraute ihrerseits die Beklagte mit dem Ausführen verschiedener Arbeitsgattungen aus ihrem Vertrag mit dem Kanton, wobei die Parteien mit dem Vermerk "Grundlage: Werkvertrag TBA..." auf den Vertrag der Klägerin mit dem Kanton verwiesen (RG act. II./10). Unstreitig und davon auszugehen ist, dass die Parteien damit einen Werkvertrag schlossen: die Beklagte sollte Arbeit ausführen und abliefern, und die Klägerin würde das bezahlen (so auch das angefochtene Urteil in E. 15 f.). Der Streit unter den Parteien betrifft die in der Ausschreibung des Kantons wie folgt umschriebenen Arbeiten (Darstellung nach der Offerte der Beklagten, RG act. IV./2): "900 Zusatzarbeiten [...] 940 Reinigung von Abwasseranlagen, Fernsehaufnahmen 941 Abwasseranlagen reinigen vor Fernsehaufnahmen. Inbegriffen sind: Wasserbezug, Entsorgung des anfallenden Spülguts, An- und Weg-fahrt sowie Bedienung. 001 Spezifikation 02 Meteorwasserleitung D=200 oder 315 04 PP oder PP-S 06 Zu reinigende Strecke m 450 07 LE = m A LE 1.00 A". Die Beklagte (sie hatte wie die Klägerin an der vom Kanton eröffneten Ausschreibung des Projektes teilgenommen) hatte diesen Teil der Arbeiten im Rahmen eines Werkpreises von insgesamt rund CHF 1.56 Mio. für einen Preis von CHF

E. 10

/ 25 3'248.00 offeriert (RG act. IV./2; wie dieser Preis verstanden werden soll, ist Thema des Prozesses). Sie beruft sich darauf, im Verhältnis der heutigen Prozessparteien gelte ein Preis von CHF 580.00 pro Laufmeter – für die ausgemessenen tatsächlichen 392.2 Laufmeter demnach unter Berücksichtigung von Rabatt, Skonto und Mehrwertsteuer CHF 233'769.20 (act. A.1 Rz. 13 unter Verweis auf RG act. I./3 Rz. 20 ff.). Nach Verrechnung der Klageforderung von CHF 81'490.60 kommt sie auf die mit der Widerklage geltend gemachten CHF 152'278.60. Unstreitig ist, dass die Beklagte die übernommene Arbeit in diesem Punkt erbracht hat (resp. ihrerseits durch eine weitere Unterakkordantin, die H._____, ausführen liess; vgl. angefochtenes Urteil E. 16). Aus rechtlicher Sicht (Art. 57 ZPO) hat die Klägerin daher einen Werklohn im Sinne von Art. 372 Abs. 1 OR zu zahlen. Streittig ist, was dazu vereinbart worden ist. Das Regionalgericht stellt die Grundlagen zutreffend dar: der Werkpreis bemisst sich nach dem, was die Parteien dazu vereinbart haben. Systematisch geht dabei der tatsächliche Wille der Parteien (Art. 18 OR) dem vor, was vernünftige und korrekte Parteien unter den ausgetauschten Willenserklärungen in guten Treuen verstehen durften und mussten (Art. 1 OR und Art. 2 ZGB). Aus praktischen Gründen wird im Prozess allerdings zuerst die zweite Frage behandelt, da es von deren Beantwortung abhängt, welche Partei einen davon abweichenden inneren Willen im Sinne von Art. 18 OR beweisen kann und muss (Art. 8 ZGB; so zutreffend das angefochtene Urteil in E. 41). Führt keine der beiden Untersuchungen zu einem schlüssigen Ergebnis, wird der Werklohn subsidiär nach dem Wert der Arbeit und den Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt (Art. 374 OR). 4.1. Das Regionalgericht geht mit den Beteiligten davon aus, die auf Seite 107 der in der vom Kanton erstellten Ausschreibung genannten Arbeiten (RG act. II./9 letztes Blatt) seien von der Beklagten als Unter-Akkordantin der Klägerin übernommen worden. Das zum Werkpreis Erklärte sei nach einem objektivierten Verständnis unter vernünftigen und korrekten Vertragspartnern so zu verstehen, dass die Beklagte das Reinigen der Meteorwasserleitung zum Pauschalpreis von CHF 580.00 auszuführen gehabt habe (angefochtenes Urteil E. 44 ff.). Die Beklagte ist anderer Ansicht. Sie versteht die schriftliche Offerte, welche unstreitig zum Vertrag geworden ist, als Offerte für nur einen Meter zu reinigende Wasserleitung. Das Regionalgericht habe sich über das Angebot einer gerichtlichen Offerte hinweggesetzt und sei auf das Argument nicht eingegangen, die Ausschreibung durch den Kanton und damit auch die Vereinbarung über den Unter-Akkord habe nur einen Meter zum Gegenstand gehabt. Dass die verschiedenen Offerenten nach Auffassung des Regionalgerichts alle von einem Pauschal-

E. 11

/ 25 preis ausgegangen seien, beurteilt sie als "schlicht und ergreifend falsch und unhaltbar" und als eine "ergebnisbezogene Annahme". Die offerierenden Anbieter hätten sich darauf verlassen dürfen, dass die Ausschreibung korrekt sei – und diese nenne eben ausdrücklich nur einen Meter für die zu offerierenden Arbeiten. Die CHF 580.00 wären für die ausgeführten Arbeiten zu tief, was auch aus der Rechnung der Unter-Unterakkordantin H._____ hervorgehe und das Gutachten der M._____ bestätige. Endlich macht sie geltend, dass der Kanton in der Ausschreibung das sonst übliche Anpassen der Preise bei einer wesentlichen Veränderung der Mengen wegbedungen habe, belege ihre Auffassung, dass ein blosser Einheitspreis vereinbart worden sei (act. A.1 passim, besonders Rz. 28 ff. und 48 ff.). 4.1.1. Dass sich das Regionalgericht mit der Frage nicht auseinandergesetzt habe, ist angesichts der mehrseitigen sorgfältigen und ausführlichen Erwägungen im

angefochtenen Urteil ein unberechtigter Vorwurf. Ob diese Erwägungen der Kritik der Beklagten in der Berufung standhalten, ist sogleich zu prüfen. Dass die Erwägungen "schlicht und ergreifend falsch und unhaltbar" und "ergebnisbezogen" seien, wie sich die Beklagte ausdrückt, ist freilich keine überprüfbare sachliche Kritik. Im Vordergrund steht die Zeile von Offerte und Vertrag, welche nach der Angabe "zu reinigende Strecke 450m" lautet: "07 LE = m A LE 1.00 A 580.- 580.-" Über diesen Zahlen stehen dazu in einer Art Kopfzeile über dem "1.00" die Angabe "Menge", bei den zwei Beträgen von je CHF 580.00 "Preis" und "Summe" (RG act. II./9 letztes Blatt). Der Beklagten ist darin Recht zu geben, dass das für sich allein nicht einfach klar ist im Sinn der Klägerin, welcher das Regionalgericht folgt: dass die CHF 580.00 als Pauschalpreis zu verstehen seien. "LE" steht unstrittig für "Leistungseinheit", in diesem Zusammenhang also "Laufmeter". Wenn dann nachfolgend in der Spalte "Menge" steht "1.00", drängt sich jedenfalls bis hierher für einen Nicht-Insider der Schluss auf, die Offerentin solle (nur) für einen Meter offerieren. Auch der Kanton räumt ein, die Darstellung in der Ausschreibung sei "ein Fehler" gewesen (act. A.2 Rz. 5). Daraus lässt sich erklären, dass die Beklagte ihren gegenüber der Klägerin offerierten Preis von CHF 580.00 mit den nach dem Ausführen der Arbeiten gemessenen tatsächlichen 392.2 Metern multipliziert und so auf eine Forderung von gut CHF 227'000.00 kommt. Das stimmt bis hier vom Mechanismus her auch mit den anderen von der Beklagten im Unter-Akkord offerierten Positionen überein: oben auf dem als Beweisdokument eingereichten Blatt (von jedenfalls

E. 12

/ 25 mehr als 107 Seiten; das ganze Dokument wird nicht offen gelegt) finden sich Einheitspreise von CHF 6.00, CHF 15.00 und CHF 217.00, welche mit den in der Ausschreibung vorgegebenen Mengen von 45.00, 50.000 bzw. 10.000 multipliziert werden, was dann die pro Position offerierten CHF 270.00, CHF 750 bzw. CHF 2'170.00 ergibt (RG act. II./9 letztes Blatt). Dem stehen allerdings andere Überlegungen entgegen: Zunächst ist es ein offenkundiger Widerspruch, dass die "zu reinigende Strecke" eine Zeile weiter oben mit 450 Metern angegeben wird, dann aber unter "Menge" nur "1.00" steht. Wenn das Ausmass angegeben wird, müsste es auch in der Zeile mit den zu offerierenden Preisen erscheinen – wie in den weiter oben auf dem Blatt stehenden und soeben zitierten Positionen. Unten auf dem fraglichen Blatt der Offerte ist ein (Zwischen-)Total angegeben: CHF 124'923.10. Das umfasst offenbar auch andere Positionen im Rahmen der Leistungskategorie "237 Kanalisation und Entwässerungen" (RG act. II./9 letztes Blatt oberste und unterste Zeile; die auf dem Blatt angegebenen Zahlen ergeben eine Summe von CHF 3'770.00; auch wenn man, der Auffassung der Beklagten im Prozess folgend, die CHF 580.00 mit den 450 Laufmetern multipliziert, kann die Summe nicht die auf diesem Blatt genannten Positionen meinen: dann gibt es CHF 264'190.00). Das wäre logisch unmöglich, wenn die Auffassung der Beklagten zuträfe: ist ein Summand unbestimmt (wie hier nach der Beklagten die Position "Abwasseranlagen reinigen vor Fernsehaufnahmen"), kann gar keine bestimmte Summe berechnet werden. Und umgekehrt: wenn eine Summe genannt wird, darf die Leserin und Adressatin in der Regel annehmen, die einzelnen Summanden seien so gemeint, wie sie in der Rechnung stehen. Das drängt nach Treu und Glauben und unter vernünftigen und korrekten Vertragspartnern den Schluss auf, die streitige Position werde mit dem angegebenen Franken-Betrag pauschal offeriert, und nicht unter dem Vorbehalt der Multiplikation mit der Anzahl zu reinigender Laufmeter. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Länge der in den Unterlagen zur Ausschreibung genannten zu spülenden und mit der Kamera zu untersuchenden Wasserleitung dann am Ende

nachgemessen und statt der genannten 450 Metern auf 392.2 Meter fixiert wurden. Das ist eine Ungenauigkeit des Vertrages, wie sie nach gerichtlicher Notorietät in der Baubranche immer wieder anzutreffen ist und sie beide Parteien stillschweigend akzeptieren (ob die Änderung der Menge bei einem Ausmass-Preis zu einer Änderung des Einheitspreises führt, ist eine andere Frage). Dass man es in der Branche mit der Darstellung in Offerten und Verträgen nicht immer ganz genau nimmt, wird bestätigt durch eine umgekehrt fehlerhafte Offerte der H._____ vom 17. März 2020 in anderem Zusammen-

E. 13

/ 25 hang: genannt werden dort zwei Positionen "Baustelleneinrichtung" und Leistungen "Kanalreinigung pro/m" resp. "Kanalfernsehaufnahmen pro/m" zum Einheitspreis von je CHF 1.45. Die Anzahl der Laufmeter wird nicht genannt. Unter diesen Umständen ist klar, dass die weiter unten stehende Wendung "zu zahlender Betrag" ein blanker Fehler ist: nach Treu und Glauben und unter vernünftigen und korrekten Vertragspartnern sollte der Preis für die Leistungen nicht je CHF 1.45 sein, sondern dieser Betrag multipliziert mit der Anzahl Meter (ergänzend zur Unsicherheit über das Ausmass auch nachstehend Erwägung 4.1.2). Zum nämlichen Schluss – dass in der Auseinandersetzung der Parteien die genannte Zahl eine Pauschale bedeutet, und nicht nur einen Einheitspreis – gelangt man, wenn man sich den Rahmen der Ausschreibung vergegenwärtigt. Der Kanton schrieb Baumeister- und Belagsarbeiten im Bereich der I._____brücke in L._____ aus. Nach dem Deckblatt der Ausschreibungsunterlagen (welche, wie die Beklagte betont, auch für das vertragliche Verhältnis der Parteien die Grundlage bilden) hatten die Offerenten für die ausgeschriebenen Leistungen einen "nachstehenden Gesamtbetrag" zu offerieren (RG act. II./9 Deckblatt). Das verlangte bei den einzureichenden Offerten nach Treu und Glauben einen klaren und unmissverständlichen Vorbehalt, wenn eine Offerentin (und im Unter-Verhältnis der Parteien also auch die Beklagte) die dort genannte Zahl nicht als verbindlich betrachten wollte – weil bei einer oder mehreren Positionen der angegebene Frankensbetrag erst noch mit der Menge multipliziert werden müsse. Das schweizerische Recht kennt im Allgemeinen keinen "gerechten Preis", und die Parteien sind (innerhalb der Schranken der Übervorteilung oder des Wuchers, Art. 21 OR bzw. Art. 157 StGB) frei, untereinander den Preis für eine Leistung festzusetzen (Art. 19 Abs. 1 OR). Bei der objektivierten Auslegung von für sich allein nicht ganz klaren Willensäusserungen der Vertragsschliessenden kann allerdings durchaus eine Rolle spielen, ob ein bestimmter Preis überhaupt plausibel war. Wenn die Beklagte Wert legt darauf, dass die Kalkulation für einen oder für 450 Meter unterschiedlich sei, weil die festen Kosten je nachdem einen ganz anderen Teil ausmachten, ist das gewiss richtig, aber auch banal; es trägt zur hier beantwortenden Frage nichts bei. Was Leistungen im Tiefbau im Allgemeinen kosten, ist dem nicht fachkundigen Kantonsgericht nicht bekannt. Allerdings sind Plausibilitäts-Überlegungen sehr wohl möglich. Es ging nach der Ausschreibung um "Baumeister- und Belagsarbeiten". Deren Details werden im Prozess nicht offengelegt. Jedenfalls aber bildeten die auf dem hier kritischen Blatt der Ausschreibungsunterlagen genannten Positionen 850 ("Nebenarbeiten") und 900 ("Zusatzarbeiten") nicht den Kern der auszuführenden Arbeiten. Die Position 900 umfasste

E. 14

/ 25 ihrerseits zwei Positionen, nämlich unter der Ziffer 940 "Reinigen von Abwasseranlagen" und "Fernsehaufnahmen". Der Streit der Parteien geht wiederum nur um die erste dieser Positionen, welche umschrieben ist mit "941 Abwasseranlagen reinigen vor

Fernsehaufnahmen. Inbegriffen sind Wasserbezug, Entsorgung des anfallenden Spülguts, An- und Wegfahrt sowie Bedienung". Auch hier kann das nicht fachkundige Gericht nicht beurteilen, wie aufwändig diese Leistung war. Sicher ist aber, dass keine eigentlichen Baumeister- und Belagsarbeiten auszuführen waren, sondern dass es um eine untergeordnete Position ging ("Zusatzarbeiten"). Plausibel, wenn auch nicht entscheidend, ist die Annahme, dass der Kanton mit einer Kamera ("Fernsehaufnahmen") den Zustand der Abwasserleitung im Bereich der I.____brücke ermitteln wollte und sich wohl vorbehielt, eine allfällige Sanierung im Zuge des mit den ausgeschriebenen Arbeiten geplanten Projektes vorzunehmen. Die Beklagte hatte für das ganze Projekt "I.____brücke" eine Offerte eingereicht. Alle Offerentinnen waren auf einen Werkpreis in der Grössenordnung von CHF 1.5 bis 1.6 Mio. gekommen (RG act. IV./2-6). Was davon Gegenstand der Untervergabe im Verhältnis der Parteien war, wird dem Gericht nicht offengelegt – nach dem Vertrag RG act. II./10 wurden die Arbeitsgattungen 117, 121, 151, 211, 221, 237 und 241 weitergegeben, und die heute streitige Position ist nach der Beklagten (RG act. I./3, Titel zu Rz. 39) ein Teil der Arbeitsgattung 237 (dazu auch RG act. II./9, oberste und unterste Zeile). Wie es sich damit genau verhält, kann offenbleiben. Das heute streitige Spülen der Abwasserleitung war jedenfalls nur ein Teil – sowohl der Leistungen aus dem Vertrag Kanton/Beklagte als auch aus dem Subunternehmer-Vertrag Beklagte/Klägerin. Nach dem Verständnis der Beklagten hätte die streitige Leistung im Zeitpunkt der Offerte (und dieser ist für den Inhalt des Vertrages massgeblich) bei der Klägerin CHF 261'000.00 ausgemacht: CHF 580.00 mal die in den Ausschreibungsunterlagen genannten 450 Meter. Bei der Offerte der Beklagten wären von den für die ganzen Arbeiten offerierten rund CHF 1.56 Mio. allein auf die heute streitigen Zusatz-Arbeiten, konkret das Spülen der Leitung vor dem Kontrollieren mit einer Kamera, rund CHF 1.46 Mio. entfallen. Dabei wären zwar noch Rabatt, Skonto und Mehrwertsteuer zu berücksichtigen, die Grössenordnung bleibt sich aber gleich. Das konnte nach Treu und Glauben unter vernünftigen und korrekten Vertragsschliessenden nicht gemeint sein. Der Schluss wird bestätigt dadurch, dass die Unternehmung, welche das heute streitige Spülen der Leitung dann tatsächlich ausführte, in anderem Zusammenhang für eine solche Arbeit zu einem Einheitspreis von CHF 1.45 pro Laufmeter offerierte, zuzüglich CHF 500.00 "Baustelleneinrichtung" – das gäbe hier etwas mehr als CHF 1'000.00 (dazu näher nachstehend E. 4.1.5).

E. 15

/ 25 Das Verständnis der Beklagten, dass die von der Klägerin akzeptierten CHF 580.00 als blosser Einheitspreis zu verstehen und dieser mit den zu reinigenden Metern zu multiplizieren sei, ist demnach ausgeschlossen. Es drängt sich nach dem Gesagten auf, die CHF 580.00 als Pauschalpreis zu verstehen. Es ist allerdings nicht schlechterdings unmöglich, dass weitere Gesichtspunkte zum Schluss führten, die CHF seien nicht als Pauschalpreis zu verstehen – dann wird zuerst die Frage nach dem übereinstimmenden inneren Willen der Parteien aktuell (Art. 18 OR), subsidiär der objektive Wert der von der Beklagten erbrachten Leistung (Art. 374 OR). 4.1.2. Was der Kanton in der Ausschreibung zu Mengen-Änderungen vorsah und durch die grundsätzliche Übernahme des Vertrages Kanton/Beklagte ins Verhältnis der Parteien übernommen wurde, ist hier nicht von Bedeutung. Ökonomisch mag die Auffassung der Beklagten richtig sein, dass ein offerierter Einheitspreis bei wesentlicher Änderung des Ausmasses nach einer Korrektur ruft. Im vorliegenden Fall wurde das Ausmass in der Offerte mit 450 Laufmetern angenommen, während die Parteien darin übereinstimmen, dass tatsächlich 392.2 Laufmeter (also etwa

87%) zu reinigen waren. Die Beklagte macht allerdings nicht geltend, ihr Preis von CHF 580.00 sei darum als Preis für einen Meter zu tief. Und richtig ist, dass es bei einem Pauschalpreis nicht darauf ankommt, was der Unternehmer zum Herstellen des Werkes für Aufwendungen hat (Art. 373 Abs. 1 OR). Auch das ist hier allerdings nicht kritisch. Dass die "zu reinigende Strecke" mit 450m angegeben wurde (RG act. IV./2 ff. und II./9 letzte Seite), haben die Beteiligten offenbar übereinstimmend als circa-Mass verstanden – es wurde denn auch nach Beendigung der Arbeiten ausgemessen, und allseits geht man von diesem tatsächlichen Wert aus. Es ist aber unerheblich. War die Strecke am Ende kürzer als 450m, musste weniger Arbeit geleistet werden als angenommen, war sie länger, mehr – denn bei einem Pauschalpreis kam es auf die tatsächliche Länge der Strecke nicht an. Im einen Fall fuhr die Offerentin am Ende besser, im anderen schlechter. Würde ein Einheitspreis vereinbart, war diese Unsicherheit ausgeschaltet. Das mag aus Sicht einer vorsichtigen und risikoaversen Offerentin für einen Einheitspreis gesprochen haben, ist allerdings entgegen der Argumentation der Beklagten kein zwingendes Element dafür, dass auch ein solcher mit dem tatsächlichen Ausmass zu multiplizierender Einheitspreis vereinbart wurde. Insbesondere kann man objektiv überlegen, dass ein Pauschalpreis wie gesehen auch die Chance barg, dass die zu reinigende Wasserleitung kürzer war als 450m, die versprochene Leistung (das Spülen der Leitung) also mit einem etwas geringeren Aufwand erstellt werden konnte.

E. 16

/ 25 4.1.3. Die Beklagte beruft sich zweifach auf eine "Expertise": sie habe eine solche (in der Form einer Art Privatgutachten) bereits eingereicht, und es sei eine durch das Gericht einzuholen. In der Klageantwort berief sich die Beklagte auf den Bericht einer "M. _____" (RG act. III./17). Diese nimmt wie die Beklagte an, die streitige Position sei nicht pauschal, sondern als Einheitspreis offeriert und übernommen worden. Sie geht davon aus, die Ausschreibung enthalte in diesem Punkt einen Fehler, den die Klägerin aber hätte bemerken müssen. Und da Verträge zu halten seien, könne die Beklagte die verlangte Vergütung fordern. – Wie das Regionalgericht zutreffend erwägt, ist das als Parteivorbringen der Beklagten zu würdigen und nicht als gerichtliches Gutachten. Es widerlegt die vorstehenden Überlegungen nicht (namentlich, da nach der Darstellung in dem Bericht ausdrücklich ein "offensichtlicher Fehler" vorliege, was ein erheblicher Irrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR wäre) und vermag sie auch nicht ernstlich in Frage zu stellen. Die Beklagte kritisiert, dass das Regionalgericht kein gerichtliches Gutachten eingeholt hat (act. A.1 Rz. 26 f.). Sie hatte das in der Duplik verlangt, zum Beweis der Angemessenheit eines Einheitspreises von CHF 580.00 pro Laufmeter, insbesondere unter Berücksichtigung der Rüst- und Installationskosten und weiterer Fixkosten (RG act. I./6 Rz. 20). Das Regionalgericht wies den Antrag ab, weil ausreichend Beweismaterial vorhanden sei (Beweisverfügung RG act. V./1 S. 6 unter lit. c). In der Berufung setzt sich die Beklagte damit nicht in ausreichender Weise auseinander. Und auch in der Sache ist dem Regionalgericht Recht zu geben: ob der Werkpreis nach der Auffassung der Beklagten (Einheitspreis mal Laufmeter) "angemessen" war, was die Beklagte mit dem Gutachten beweisen wollte, ist nicht massgebend. Es könnte Thema sein, wenn es um die Vergütung nach Art. 374 OR ginge. Auch dann bliebe allerdings die Schwierigkeit, dass für die heute streitigen Arbeiten extrem weit auseinanderliegende Preise offeriert wurden: CHF 580.00, CHF 855.00, CHF 1'100.00, CHF 2'000.00 und CHF 3'248.00 (RG act. IV./2 ff.; alles auf dem nämlichen Ausschreibungs-Formular). Bemerkenswert ist auch, dass die Beklagte in ihrer Offerte gegenüber dem Kanton für die heute streitige Position CHF 3'248.00

einsetzte (RG act. IV./2), gegenüber der Klägerin dann auf dem Weg der Übernahme der Bedingungen des Vertrages Kanton/Klägerin (dazu RG act. II./10 und RG act. II./9) CHF 580.00 – ob man diese Beträge mit 450 (im Zeitpunkt der Vertragsschlüsse) oder mit 392.2 (nach tatsächlichem Aus- mass) multipliziert, spielt keine Rolle: es bleibt dabei, dass die Beklagte vom Kan- ton zunächst das rund Fünfeinhalbfache (CHF 3'248.00 gegenüber CHF 580.00) forderte als später dann von der Klägerin. Diese Diskrepanz lässt es fraglich er-

E. 17

/ 25 scheinen, ob sich die Beklagte für untergeordnete Neben- und Zusatzarbeiten der heute streitigen Art überhaupt an einem "angemessenen" Preis orientierte, oder ob sie nicht einfach eine beliebige Zahl einsetzte – weil sie erwartete, am Ende werde es durch den Kanton bezahlt werden. Für die hier entscheidende Frage, was vernünftige und korrekte Parteien nach Treu und Glauben unter den Angaben im schriftlichen Vertrag verstehen durften und mussten, war aber gar keine "an- gemessene" Vergütung zu ermitteln. Dass der nach Auffassung der Beklagten resultierende Werklohn für die streitige untergeordnete Neben-Leistung exorbitant war und nach Treu und Glauben nicht gemeint sein konnte, ergab und ergibt sich nach den vorstehenden Erwägungen und (wie schon das Regionalgericht zutref- fend gefunden hat) ausreichend klar aus den Akten. Ein Gutachten war und ist nicht einzuholen. 4.1.4. Das angefochtene Urteil erwähnt Preise der H._____. Diese hatte das Spülen der Leitung im Unter-Unter-Akkord für die Beklagte ausgeführt. Die H._____ hatte der Beklagten einmal für die analoge Leistung an einem anderen Ort offeriert: dort nannte sie für die Baustelleneinrichtung einen Preis von CHF 500.00 und für die Kanalreinigung ausdrücklich "pro/m" CHF 1.45, und das Nämli- che dann auch für die Kamera-Aufnahmen (RG act. III./18, Offerte vom 17. März 2020 für ein Projekt "J._____strasse N._____"). Das hätte für das hier streitige Vorhaben für die in der Ausschreibung genannten 450 Meter einen Werkpreis von CHF 1'152.50 ergeben, bei den ausgemessenen 392,2 Metern CHF 1'068.70. Wie viel die H._____ im vorliegenden Fall offerierte und der Beklagten verrechne- te, geht aus der Berufung nicht ausreichend klar hervor. Die Beklagte reicht eine Rechnung der H._____ ein (act. B.3), dies in der Berufung allerdings offenkundig verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO) und daher unbeachtlich. Das Papier hülle der Be- klagten allerdings ohnehin nicht: es werden damit CHF 826.95 in Rechnung ge- stellt für "Meteorleitung entstopft und gereinigt". Das Objekt wird bezeichnet mit "K._____strasse" – das kann, muss aber keineswegs das Objekt "I._____brücke" sein. Die Länge der Leitung wird nicht angegeben – der Schluss läge nahe, dass sie neben dem Anfahrtsweg (67 km) und der für die Arbeit benötigten Verwendung eines "Spül-/Saugwagens" keine erhebliche Rolle spielte. Es bleibt daher dabei, dass die im Verhältnis der Parteien vereinbarten CHF 580.00 für das Spülen der Meteorwasserleitung nach Treu und Glauben und unter vernünftigen und korrekten Vertragsparteien als Pauschale zu verstehen sind, und nicht als mit den gespülten Laufmetern zu multiplizierender Einheitspreis.

E. 18

/ 25 4.2. Wie bereits vorstehend erwogen, gibt es freilich für die fragliche Leistung keinen "gerechten" Preis. Die Parteien konnten unter dem Aspekt der Inhaltsfrei- heit im Vertragsrecht (Art. 19 OR) vereinbaren, dass die Beklagte das Spülen der Leitung für CHF 580.00 multipliziert mit der Anzahl Laufmetern ausführen werde. Das ginge dem objektivierten Verständnis vor (Art. 18 OR). 4.2.1. Die Beklagte rügt, dass das Regionalgericht die angebotenen Befragungen nicht durchführte: zum Beweis, dass die

Parteien subjektiv darin übereinstimmten, die CHF 580.00 für das Spülen der Leitung sollten ein Einheitspreis sein und mit der Anzahl Laufmeter multipliziert werden (act. A.1 Rz. 33). Sie verweist dafür auf die Duplik in erster Instanz (RG act. I./6), und dort auf die Rz. 22 und 25, ferner auf Rz. 43 der Widerklageduplik (RG act. I./8). Das Regionalgericht erwog, es sei von den Befragungen kein "sachdienliches Ergebnis" zu erwarten und es liege für den Entscheid ausreichend Beweismaterial vor (RG act. V./1 S. 6). Es behielt zwar die Einvernahme der beiden Genannten in der Hauptverhandlung vor, wenn das noch nötig sein sollte (a.a.O.), kam darauf aber nicht zurück (Protokoll der Hauptverhandlung RG act. VIII./1 S. 6).

4.2.2. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 52 ZPO) umfasst auch das Recht der Parteien auf Abnahme der offerierten Beweismittel (Art. 152 ZPO). Das Gesetz macht dabei eine wichtige Einschränkung: abzunehmen sind nur die "tauglichen" Beweismittel (vgl. Art. 152 Abs. 1 ZPO). Das geht über die selbstverständliche Voraussetzung hinaus, dass eine Behauptung nach der rechtlichen Analyse der Sache durch das Gericht wesentlich sein muss. Das Gericht darf und soll im Interesse einer effizienten Prozessführung – die letztlich wieder den Parteien zugutekommt – von der Abnahme von Beweismitteln absehen, von welchen kein relevanter Erkenntnisgewinn zu erwarten ist, sei es, dass schon so viele Beweismittel vorhanden sind, dass das fragliche an der Überzeugung des Gerichts nichts mehr zu ändern vermöchte, sei es, dass zum Voraus sicher feststeht, dass Beweismittel den Beweis nicht erbringen können (dazu, namentlich zur so genannten "antizipierten Beweiswürdigung" grundlegend Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 321; Botschaft zur ZPO, BBl 2016, S. 7312 zu Art. 150 E-ZPO; BGE 143 III 297 E. 9.3.2 und 146 III 73 E. 5.2.2, je mit zahlreichen Verweisungen; aus der neueren Literatur nur Samuel Baumgartner, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar zur ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, N 14 f. und 16 ff. zu Art. 152 ZPO; Philipp Schweizer, in: Bohnet et al. [Hrsg.], Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019, N 6 ff. zu Art. 152 ZPO; Peter Guyan, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Basel 2017, N 6 ff. zu Art. 152 ZPO). Heikel ist die

E. 19

/ 25 antizipierte Würdigung und Ablehnung der Befragung einer Person mit der Begründung, aufgrund ihrer Stellung bei einer Partei würden ihre Aussagen generell nicht als verlässlich beurteilt werden können (so namentlich das erste der beiden zitierten Urteile des Bundesgerichts). In der Regel kann diese Würdigung erst erfolgen, nachdem man die Aussagen der Person kennt. Ausnahmsweise kann es aber doch trotz aller gebotenen Zurückhaltung so sein, dass von einer angebotenen Befragung oder wie hier von angebotenen Befragungen nicht zu erwarten ist, dass es die Überzeugung des Gerichts erstellen könnte, der behauptete Sachverhalt habe sich so ereignet wie behauptet. Und so ein Ausnahmefall liegt hier vor.

4.2.3. Vorweg ist klar zu stellen, wer zu beweisen hat: nachdem sich ergeben hat, dass die CHF 580.00 für das Spülen der Meteorwasserleitung in einer objektivierten Auslegung als Pauschale zu verstehen ist, steht die Behauptung der Beklagten zur Beurteilung, beide Seiten hätten übereinstimmend angenommen, diese CHF 580.00 seien mit den Laufmetern zu multiplizieren. Entgegen der Kritik der Beklagten ist dafür sie beweisbelastet – denn wenn ihr dieser Beweis nicht gelingt, bleibt es bei der objektivierten Auslegung des Vertrages. Das Regionalgericht hat das richtig gesehen, und eine Verletzung von Art. 8 ZGB liegt nicht vor. In der Sache ist zu beweisen, dass beide Parteien übereinstimmend der Auffassung waren, die CHF 580.00 seien mit den Laufmetern zu multiplizieren (Art. 18 OR). Es genügt also nicht, wenn sich ergibt, dass die

Beklagte schon beim Vertragsschluss dieser im Prozess vertretenen Auffassung war. Weil es um den inneren Willen der Parteien beim Vertragsschluss geht, ist (aufgrund rechtlicher Überlegungen: Art. 1 OR i.V.m. Art. 57 ZPO) das Wissen und Wollen in jenem Zeitpunkt massgebend. Konkret ist also zu fragen, was die Parteien wollten, als sie die Erklärungen austauschten, die Beklagte solle angenommene 450 Laufmeter der Meteorwasserleitung spülen, zum Preis von CHF 580.00. Das war Inhalt des Vertrages; dass das tatsächliche Ausmass dann kleiner war, hätte unter Umständen eine Korrektur des Vereinbarten legitimiert oder verlangt, aber es änderte nichts am Vertragsschluss. 4.2.4. Angerufen ist die Befragung von O._____, des Präsidenten des Verwaltungsrates der Beklagten (RG act. II./2), und von P._____, Mitglied der Geschäftsleitung der Klägerin (RG act. II./1). Bei beiden steht nicht die Einvernahme als Zeuge, sondern als Partei zur Diskussion (Art. 159 ZPO). Die beiden zu Befragenden sind als Organe mit ihren Parteien eng verbunden, am Ergebnis des Prozesses mindestens ideell, möglicherweise auch direkt finanziell interessiert. Wie vorstehend ausgeführt, steht das allein ihrer Einvernahme nicht

E. 20

/ 25 entgegen, insbesondere darum, weil das Gesetz auch die Befragung einer Partei als Einzelperson als Beweismittel anerkennt (Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO) und also davon ausgeht, dass auch eine derart "befangene" Person einvernommen und das zu Protokoll Erklärte (erst) dann im Sinne von Art. 157 ZPO gewürdigt werden soll. Dass O._____ den Standpunkt seiner Gesellschaft bestätigen würde, darf unterstellt werden. Das wäre allerdings nicht geeignet, die Überzeugung des Gerichts an seiner Behauptung zu begründen. Und das nicht einzig wegen seiner engen Verbindung zu seiner Partei, sondern wegen der Unglaubhaftigkeit des Inhaltes seiner Aussage. Wie vorstehend erwogen, müsste er gemeint haben, nicht nur der Preis im Verhältnis der heutigen Parteien, sondern auch der, welchen die Beklagte gegenüber dem Kanton offerierte, werde nach der Anzahl der Laufmeter multipliziert. Aus der Sicht und im Zeitpunkt der Offerte der Beklagten gegenüber dem Kanton waren das wie gesehen über CHF 1.4 Mio.: CHF 3'248.00 mal 450 Laufmeter = CHF 1'461'600.00, minus 3% Rabatt plus (damals) 8% Mehrwertsteuer also gut CHF 1'531'000.00 – bei einer gesamten Offersumme inklusive Mehrwertsteuer von rund CHF 1'561'000.00 (RG act. IV./2). Das ist abwegig. Es betrifft zwar nicht das Verhältnis der Parteien: in diesem ergäbe die im Prozess von der Beklagten vertretene Auffassung zu der in der Offerte der Beklagten gegenüber dem Kanton und im Verhältnis der Parteien identische Vertragsbestimmung die Rechnung CHF 580.00 mal 450 Laufmeter = 261'000.00, abzüglich Rabatt 3% und Skonto 2% (RG act. II./10) plus Mehrwertsteuer = rund CHF 268'000.00. Auch das wäre angesichts des Gesamtumfangs der Arbeiten von CHF 1.5 bis 1.6 Mio. für die untergeordnete Position absurd viel – ohne dass dabei berücksichtigt werden müsste, dass die Unter-Unterakkordantin der Beklagten für die hier streitigen Arbeiten gemessen an ihren Forderungen für ein analoges Objekt nur etwas mehr als tausend Franken verlangt haben würde (E. 4.1.4). Als Letztes kommt hier hinzu, dass der Standpunkt der Beklagten eine wenn auch minimale Plausibilität für sich reklamieren könnte, wenn die Beklagte geeignete Hilfs-Behauptungen aufstellt hätte: etwa, dass für das Spülen von Leitungen der hier streitigen Art bei anderen Objekten ebenfalls mehrere hunderttausend oder über eine Million Franken verlangt wurde, und dass solche exorbitanten Beträge dann auch bezahlt wurden. Solche Behauptungen gibt es aber nicht. Muss mit Sicherheit angenommen werden, selbst wenn O._____ im Sinne der Beklagten aussagte, könnte ihm das Gericht nicht glauben, ist das Beweisangebot der Einvernahme von P._____ bereits fraglich: es müsste ja bewiesen werden, dass beide Seiten

die Auffassung der Beklagten im Prozess schon beim Vertrags-

E. 21

/ 25 schluss teilten. Es ist also zu fragen, ob es eine (wenn auch kleine) Chance für die Beklagte gibt, dass P._____ zu Protokoll gäbe, sowohl er als auch die Beklagte bzw. O._____ hätten die streitige Klausel so verstanden, wie sie die Beklagte jetzt im Prozess versteht – und dass das Gericht das als glaubhaft betrachtete. Das ist vernünftigerweise ausgeschlossen. Die Klägerin vertritt im Prozess dezidiert und mit einem nicht unerheblichen Aufwand die entgegengesetzte Position. Dass die Parteien und namentlich die von der Beklagten zur Befragung offerierten Personen darüber konkret gesprochen haben sollten, wann, wo und wie das gewesen sein sollte, macht die Beklagte nicht geltend. Das nachzubringen, und wäre es auf dem Weg der Aussage eines Organs im Beweisverfahren, wäre zu spät, und diese Aussagen wären darum unbeachtlich (Art. 317 ZPO). Die blossе und nicht weiter spezifizierte Anerkennung des Prozessstandpunktes der Beklagten durch P._____ könnte das Gericht daher so wenig davon überzeugen wie eine entsprechende Aussage von O._____. Die Beklagte macht in der Berufung geltend, die Klägerin habe selbst gegenüber dem Kanton ihre Auffassung vertreten, das Reinigen der Wasserleitung sei nicht mit einer Pauschale, sondern in Regie abzurechnen (act. A.1 Rz. 38 und 39). Wäre das die Haltung der Klägerin gewesen, stärkte das die Position der Beklagten, und die Einvernahme der beiden Organe könnte sinnvoll und nötig sein. Das ist aber nach der Darstellung der Beklagten selbst gar nicht der Fall: sie führte in erster Instanz aus: "Die B._____ hatte gegenüber der A._____ AG stets zum Ausdruck gebracht, dass sie deren Rechtsauffassung nicht teile, und dass sie für die fragliche Position 1 : 1 denjenigen Betrag ausbezahlen werde, welchen sie vom Kanton dafür erhält" (RG act. I./8 Rz. 43). Damit räumt sie ein, dass die Klägerin nicht von einer Regieposition ausging. Nach dieser Darstellung würde die Klägerin wider bessere Einsicht nur versucht haben, die exorbitante Forderung der Beklagten an den Kanton weiter zu geben (nachdem sie, wie die Beklagte weiter ausführt [act. A.1 Rz. 61 am Ende], zuerst versucht habe, mit der Beklagten eine Einigung auf einem tiefen Betrag zu finden). Das kann hier alles offenbleiben, und es muss nicht untersucht werden, wie ein solches Verhalten der Parteien rechtlich einzuordnen wäre. Jedenfalls macht es die Einvernahme von P._____ zusätzlich entbehrlich. Im Ergebnis war der Entscheid des Regionalgerichts richtig, die beantragten Einvernahmen nicht durchzuführen, und es ist weder eine Rückweisung der Sache zur Ergänzung des Verfahrens noch eine Befragung der beiden Organe in der Berufung angezeigt. 4.3. Im Ergebnis würde man meinen, die Hauptklage sei (nur) unter Abzug der soweit von der Klägerin nicht bestrittenen Forderung der Beklagten von CHF

E. 22

/ 25 580.00 gutzuheissen. Das wird so aber nicht und auch nicht eventuell verlangt, und keine der Parteien spricht den Punkt an. Mindestens denkbar ist, dass die Klägerin der Beklagten das bereits zahlte. Es liegt daher kein so offensichtlicher Fehler des Regionalgerichts vor, dass der Punkt von Amtes wegen korrigiert werden könnte und müsste. Die offensichtlich unrichtigen Ziffern 1 und 2 des Dispositivs im angefochtenen Urteil (dazu vorstehend E. 3) stellen für die Beklagte bei dieser Beurteilung ihrer Gegenforderung und der Widerklage keinen Nachteil dar. Auf eine Korrektur ist daher zu verzichten. Vielmehr ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen. 5.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist im Rahmen der

Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilsachen (BR 320.210) auf CHF 10'000.00 anzusetzen. Sie wird mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss in selbiger Höhe ver- rechnet. 5.2. Der Kanton verlangt eine Entschädigung und verweist dafür auf die "aus- sergerichtliche Entschädigungsfolge". Im Unterschied zum früheren bündneri- schen Zivilprozessrecht kennt die schweizerische Zivilprozessordnung den Begriff der "aussergerichtlichen" oder "ausseramtlichen" Entschädigung nicht, sondern spricht von der "Parteientschädigung" (vgl. Art. 95 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 ZPO). 5.2.1. In aller Regel werden die Kosten unter den Parteien verlegt, also unter den Personen, über deren streitigen Rechtsverhältnisse sich das Urteil ausspricht (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Kanton ist hier keine solche Partei. Allerdings sieht das Ge- setz ausdrücklich die Möglichkeit vor, auch "den Anteil an den Prozesskosten" für eine Nebenpartei festzusetzen (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Der Kanton ist als Streitbe- rufener und Nebenintervenient (Art. 74 ZPO) eine solche Nebenpartei. Lehre und Praxis haben vor dem Inkrafttreten von BGG und ZPO dafür gehalten, die Nebenintervenientin solle grundsätzlich nicht in die Kostenverlegung einbezo- gen werden (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. Zürich 1979, S. 408, und BGE 130 III 571 E. 6). Das Bundesgericht behielt immerhin "Gründe der Billigkeit" vor (a.a.O.). Es hat seine zitierte Praxis im Jahr 2014 ohne weitere Präzisierungen bestätigt (BGer 4A_480/2014 v. 5.11.2015 E. 4.3), und die überwiegende Mehrzahl der Kommentatoren gibt den Grundsatz von BGE 130 III 571 wieder, wenn auch ohne den Punkt besonders zu vertiefen (Adrian Urwyler/ Myriam Grütter, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], DIKE-Kommentar ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 10 zu Art. 106 ZPO; Viktor Rüegg/Michael Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Basel

E. 23

/ 25 2017, N 9 zu Art. 106 ZPO; Michael Graber, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Basel 2017, N 3 zu Art. 77 ZPO; David Jen- ny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016, N 19 zur Art. 106 ZPO). Denis Tappy (in: Bohnet et al. [Hrsg.], Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl. Basel 2019, N 35 zu Art. 106 ZPO) weist immerhin darauf hin, dass "la lettre de l'art. 106 al. 3 implique que même un intervenant accessoire peut être chargé des frais ou avoir droit à des dépens". Er räumt ein, das Bundesgericht sehe das grundsätzlich anders, aber die Gerichte verfügten in dem Punkt jedenfalls über einen weiten Ermessensspiel- raum. Ebenfalls kritisch ist Martin H. Sterchi (in: Güngerich et al. [Hrsg.], Berner Kommentar zur ZPO, Bern 2012, N 13 zu Art. 106 ZPO): Er geht davon aus, dass die Nebenintervenientin mit der unterstützten Partei kostenpflichtig werden kann; einen Anspruch auf Parteientschädigung gesteht er jener dann zu, wenn "eine gemeinsame Interessenwahrung mit der unterstützten Hauptpartei nicht tunlich war". 5.2.2. Ausgangspunkt ist das Gesetz (Art. 106 Abs. 3 ZPO), welches bei den Kos- tenfolgen wie gesehen ausdrücklich die Nebenparteien nennt. Es muss also sol- che Fälle geben. Guldener (a.a.O.) und ihm folgend das Bundesgericht legen Wert darauf, dass die Nebenintervenientin in keinem direkten rechtlichen Nexus zum Gegner stehe. Das stimmt natürlich. Gleichwohl erlaubt das Prozessrecht ihre Teilnahme am Verfahren. Die Nähe zur Stellung der Hauptpartei ergibt sich dar- aus, dass die Nebenintervenientin sich mit den Handlungen der unterstützten Sei- te nicht in Widerspruch setzen darf (Art. 76 Abs. 2 ZPO). Richtig ist allerdings auch, dass die Gegenpartei mit dem Hinzutreten der Nebenintervenientin nichts zu tun hat und es nicht verhindern kann, und dass der mögliche Rückgriff unter den auf der anderen Seite Beteiligten sie auch nichts angehen muss. Von da

her wäre es kaum zu rechtfertigen, der Nebenintervenientin wie etwa einer Streitgenossin im Erfolgsfall neben der unterstützten oder Erst-Partei eine volle Entschädigung zuzugestehen. In den zitierten Entscheiden des Bundesgerichts war denn auch zu entscheiden, ob die Nebenintervenientin neben der Hauptpartei eine Entschädigung erhalten solle. Damit stimmt überein, dass das Regionalgericht im angefochtenen Urteil dem Kanton keine Entschädigung zusprach, was dieser auch nicht anfecht. Anders ist die Situation aber dann, wenn eine Nebenintervenientin den Prozess alleine führt – sei es, dass die Hauptpartei ausdrücklich aus dem Verfahren ausgeschieden ist (Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO), sei es, dass sie sich einfach faktisch nicht beteiligte. Angenommen, die solchermassen das Verfahren führende Neben-

E. 24

/ 25 intervenientin unterliegt, besteht wohl Konsens darüber, dass sie die Kosten zu tragen und dem Gegner die Entschädigung zu zahlen hat – das ist eine Folge der prozessualen Zulässigkeit dieser Konstellation, auch wenn das Urteil formell auf die Hauptpartei lautet. Es drängt sich auf, die Überlegung auch im anderen Fall gelten zu lassen: wenn die den Prozess allein bestreitende Nebenintervenientin obsiegt. Klar ist, dass sie dann keine Gerichtskosten tragen muss (Art. 106 Abs. 1 ZPO), denn kostenpflichtig ist, wer unterliegt. Die "Kosten" von Art. 106 Abs. 1 ZPO umfassen allerdings auch die Parteientschädigung (Art. 95 ZPO, für die Parallelität von Gerichtskosten und Entschädigung ausdrücklich Art. 111 Abs. 2 ZPO). Es liegt daher nahe und drängt sich recht eigentlich auf, der allein prozessierenden und damit obsiegenden Nebenintervenientin auch den Anspruch auf eine Parteientschädigung zuzugestehen. Das Kantonsgericht betrachtet das als den geradezu typischen vom Bundesgericht vorbehaltenen Fall, dass "Gründe der Billigkeit" eine Entschädigung rechtfertigen. 5.2.3. Die Klägerin und Berufungsbeklagte hat sich am Verfahren vor Kantonsgericht nicht beteiligt. Das war zwar nicht ganz freiwillig, sondern weil sie die Frist für die Berufungsantwort schuldhaft versäumte (sie ersuchte am letzten Tag der Frist um eine gesetzlich unmögliche Fristerstreckung). Faktisch hat aber der Kanton das Verfahren in der Berufung alleine geführt, und eine der Klägerin zuzusprechende Parteientschädigung scheidet aus. Damit liegt der Fall vor, in welchem nach den vorstehenden Erwägungen dem Kanton als Nebenintervenienten "aus Billigkeitsgründen" eine Entschädigung zusteht. Der Kanton hat in diesem Fall zwar keine Ausführungen zu dieser "Billigkeit" gemacht. Da es aber nicht um zu behauptende tatsächliche Verhältnisse im Sinne von Art. 55 Abs. 1 ZPO, sondern um Rechtsanwendung im Sinne von Art. 57 ZPO geht, schadet ihm das nicht. 5.2.4. Eine Honorarnote des Anwaltes, wie das die einschlägige Verordnung (BR 310.250) vorsieht, wird nicht vorgelegt. Im Rahmen des Ermessens und unter Annahme eines durchschnittlichen Honorars von CHF 240.00 pro Stunde ist die Entschädigung auf CHF 4'000.00 festzusetzen. Dazu kommt die Mehrwertsteuer.

E. 25

/ 25

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