



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Oberrichter Prof. Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Ruedi Kessler, Werner Heim und die Handelsrichterin Anja Widmer sowie der Gerichtsschreiber Dr. Moritz Vischer

Urteil vom 7. Mai 2019

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____

gegen

1. **B._____ AG,**

2. **C._____ AG,**

Beklagte

1 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagten seien solidarisch zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 2'575'692.00 zu bezahlen, zuzüglich Verzugszinse von 5% auf CHF 1'312'500.00 seit dem 2. April 2013 und 5% auf CHF 1'263'192.05 seit dem 26. Dezember 2014.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt.) zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei den Parteien handelt es sich um Bauunternehmen mit Sitz im Kanton Zürich.

Die Beklagten bildeten zusammen mit einer Drittgesellschaft die "Baugesellschaft D._____", die zwei Grundstücke der ehemaligen D._____-Fabrik in ... [Ortschaft] erwarb, um die Fabrikbauten in Wohneinheiten umzunutzen und als Stockwerkeigentum zu veräussern.

b. Prozessgegenstand

Mit der vorliegenden Klage fordert die Klägerin als Bauunternehmerin den noch ausstehenden Werklohn für Baumeisterarbeiten. Diesbezüglich macht sie geltend, es sei ein aufwandabhängiges Honorar in Form einer offenen Kostenabrechnung vereinbart worden. Die Beklagten bestreiten dies.

B. Prozessverlauf

Am 15. März 2017 reichte die Klägerin die Klage hierorts ein (act. 1). Den ihr mit gleichentags ergangener Verfügung (act. 5) auferlegten Kostenvorschuss leistete sie fristgerecht (act. 7). Im Anschluss wurde den Beklagten mit Verfügung vom 5. April 2017 (act. 10) Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt. Deren Er-

stattungen erfolgten am 22. Juni 2017 (Beklagte 1; act. 15 bzw. Beklagte 2; act. 18). Nachdem an der Vergleichsverhandlung vom 10. Januar 2018 keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. 8 ff.), wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 23). Die Replik datiert vom 16. März 2018 (act. 25) und die Dupliken vom 8. Juni 2018 (Beklagte 1; act. 29) bzw. vom 11. Juni 2018 (Beklagte 2; act. 30). Mit Beschluss vom 17. April 2019 (act. 42) wurde das klägerische Ausstandsgesuch gegen Handelsrichter Ruedi Kessler abgewiesen. Auf Begehren der Klägerin (act. 38) fand am 7. Mai 2019 die Hauptverhandlung statt (Prot. S. 17 f.). Das Verfahren erweist sich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu ergehen hat (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich blieben vorliegend zu Recht unbestritten.

2. Fehlende Substantiierung / Ungenügend offerierte Beweismittel

2.1 Rechtliches

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2 ff. festgehalten: "Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO muss die Klage die Tatsachenbehauptungen und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen enthalten. Zweck dieses Erfordernisses ist, dass das Gericht erkennen kann, auf welche Tatsachen sich der Kläger stützt und womit er diese beweisen will, sowie die Gegenpartei weiss, gegen welche konkreten Behauptungen sie sich verteidigen muss (Art. 222 ZPO).

Entsprechend ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Behauptungs- und Substanziierungslast im Prinzip in den Rechtsschriften nachzukommen. Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht (Urteil des Bundesgerichts 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5; 4A_264/2015

vom 10. August 2015 E. 4.2.2; 5A_61/2015 vom 20. Mai 2015 E. 4.2.1.3; 4A_317/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 2.2; 4A_195/2014 und 197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3, nicht publ. in BGE 140 III 602). Es geht darum, dass nicht das Gericht und die Gegenpartei aus den Beilagen die Sachdarstellung zusammensuchen müssen. Es ist nicht an ihnen, Beilagen danach zu durchforsten, ob sich daraus etwas zu Gunsten der behauptungsbelasteten Partei ableiten lässt (vgl. zit. Urteile 4A_281/2017 E. 5; 4A_195 und 197/2014 E. 7.3.3 mit Hinweisen).

Das bedeutet nicht, dass es nicht ausnahmsweise zulässig sein kann, seinen Substanziierungsobligationen durch Verweis auf eine Beilage nachzukommen. Werden Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in einer Rechtschrift behauptet (BGE 136 III 322 E. 3.4.2 S. 328; zit. Urteil 4A_591/2012 E. 2.1) und wird für Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen, ist vielmehr zu prüfen, ob die Gegenpartei und das Gericht damit die notwendigen Informationen in einer Art erhalten, die eine Übernahme in die Rechtschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt, oder ob der Verweis ungenügend ist, weil die nötigen Informationen in den Beilagen nicht eindeutig und vollständig enthalten sind oder aber daraus zusammengesucht werden müssten. Es genügt nicht, dass in den Beilagen die verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Es muss auch ein problemloser Zugriff darauf gewährleistet sein, und es darf kein Interpretationsspielraum entstehen. Der entsprechende Verweis in der Rechtschrift muss spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennen und aus dem Verweis muss selbst klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen. Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbsterklärend ist und genau die verlangten (beziehungsweise in der Rechtschrift bezeichneten) Informationen enthält. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann ein Verweis nur genügen, wenn die Beilage in der Rechtschrift derart konkretisiert und erläutert wird (vgl. zit. Urteil 4A_264/2015 E. 4.2.2), dass die Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen (vgl. zit. Urteil 4A_281/2017 E. 5)."

Dies entspricht auch der Praxis des hiesigen Gerichts (SCHMID, Das Verfahren vor Handelsgericht: aktuelle prozessuale Probleme, ZZZ 2017 / 2018, S. 148 f.).

2.2. Würdigung

Nach dieser Rechtsprechung ist die Klägerin gehalten, die einzelnen Positionen ihres Honorars zumindest in den Grundzügen in ihren Rechtsschriften festzuhalten. Diesen Anforderungen kommt sie nicht nach.

Stattdessen reicht die Klägerin mit der Klageschrift hunderte von Seiten an Beilagen ein, die nicht näher bestimmbare Übersichten, Drittrechnungen, Rapporte u. dgl. enthalten, ohne auch nur im Ansatz in der Klageschrift auszuführen, wie sich ihr Honorar gestützt auf die Beilagen errechnen soll. Angesichts der konkreten Bestreitungen der Beklagten (z.B. act. 15 N 8 ff., N 66 f.; act. 18 N 15, N 253) und der fehlenden, zusätzlichen Angaben in der Replik kann ihre Werklohnforderung mit den offerierten Beweismitteln im Quantitativ nicht nachvollzogen werden. Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen erweist sich als ungenügend.

Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als unbestrittenermassen Akontozahlungen der Beklagten erfolgt sind und ein aus Sicht der Klägerin "komplett unbrauchbares" Schiedsgutachten (act. 1 N 12.4.14, S. 247; vgl. act. 25 N 3.8, N 71) mit anderen, tieferen Zahlen operiert. Dem Gericht wird es so zusätzlich erschwert bzw. verunmöglicht, das Zahlenmaterial ohne die erforderlichen, präzisen Hinweise der Klägerin in den Rechtsschriften fassbar zu machen.

Unumwunden räumt die Klägerin selbst die unspezifischen Verweise auf mitunter mehrere Bundesordner ein, z.B.:

act. 1 N 5.5, S. 23 [Anmerkungen hinzugefügt]

"Ist Vergütung anhand der Selbstkosten vereinbart, hat die Unternehmerin diese anhand von Belegen offen zu legen. Diese Belege liegen vorliegend als Beilagen 112 (extern beigezogene Arbeitskräfte [= 2 Bundesordner]), 203 (Löhne [= 3 Bundesordner]) und 204 (Material [= 5 Bundesordner]) im Recht."

act. 1 N 11.4.2, S. 215 [Anmerkungen hinzugefügt]

"Die Stundenzahlen der vor Ort Beschäftigten wurden (auch für Lehrlinge) täglich auf Rapporten erfasst. Diese werden hiermit ins Recht gelegt.

BO: Tagesrapporte + Stundenkarten A. _____-Gruppe Beilage 203
[= 3 Bundesordner]"

act. 1 N 11.4.4, S. 217

"Die einzelnen Belege zu den Materialkosten und Fremdleistungen werden hiermit alphabetisch geordnet ins Recht gelegt, so wie sie auch der Bauherrenvertretung jederzeit zur Einsicht offen gestanden waren.

BO: 5 Ordner 'Kreditoren', 1 Ordner 'E._____'

Beilage 204"

Es ist allerdings nicht am Gericht, das klägerische Honorar quasi investigativ aus den Beilagen zusammenzutragen und zu errechnen, was auch die Klägerin zu anerkennen scheint (act. 25 N 48, S. 48).

Anzumerken ist, dass umgekehrt Beweisofferten teilweise auch einfach gänzlich fehlen (z.B. bezüglich Regierechnungen, deren Nachreichung – trotz gegenteiliger Ankündigung [act. 1 N 11.4.9, S. 222] – in der Replik unterblieb). Dies ist ebenso ungenügend.

Überhaupt verdeutlichen die genannten Fundstellen exemplarisch, dass die klägerischen Lohnforderungen selbst bei gehörigen Beweisofferten nicht rechtsgenügend behauptet wurden. Die Ausführungen der Klägerin bleiben pauschal und lassen den notwendigen Detaillierungsgrad vermissen. Zusätzlich wird mehrfach ohne nähere Substantiierung auf angeblich "akribisch genau berechnete" Abzüge/Beträge (z.B. act. 1 N 11.4.4/b, S. 218, act. 1 N 11.4.5/c, S. 219, act. 1 N 11.5.3/b, S. 224) verwiesen, ohne deren konkrete Berechnung darzutun. Auch wenn die Klägerin diesbezüglich davon ausgeht, sie habe alles "in Selbstlosigkeit" korrekt berechnet, merkt sie z.B. bei den Materialkosten wiederum an, dass ein fehlender Abzug "kaum jemand gemerkt hätte" (act. 1 N 11.4.4/b, S. 218). In der Replik räumt sie zudem auf eine bloss beispielhafte, beklagliche Beanstandung ihrer (unsubstantiierten) Ausführungen ein, dass ihr zumindest ein Fehler im Betrag von CHF 56.75 unterlaufen sei (act. 25 N 48, S. 33). Dies kann im Geltungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes nicht angehen; das Quantitativ der klägerischen Forderung ist unsubstantiiert und unschlüssig.

Unbehelflich ist sodann der Hinweis der Klägerin auf Art. 6 OR und eine stillschweigende Genehmigung der Detailpositionen mangels Widerspruchs durch die Beklagten (act. 1 N 5.5). Zum einen wurden die Positionen mit den Klageantworten der Beklagten, wie gezeigt, gerade bestritten, so dass die Klägerin zu weiterer

Substantiierung gehalten gewesen wäre, zum anderen bestritt die Klägerin auch nicht, dass den Abrechnungen bereits vorprozessual widersprochen wurde (so ausdrücklich die Beklagten in act. 15 N 80 und act. 18 N 145 ff.; keine klägerische Bestreitung in der Replik in act. 25 N 58, bezüglich Beklagte 2 überhaupt keine Erwähnung).

2.3. Fazit

Die Beweisofferten der Klägerin erweisen sich hinsichtlich der Höhe des geltend gemachten Werklohns als ungenügend (unzulässiger, teilweise fehlender Verweis auf Beilagen). Zudem ist das Quantitativ auch nicht hinreichend substantiiert dargelegt worden.

Die Klage ist deshalb abzuweisen.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Sowohl die Festsetzung der Gerichtsgebühr als auch die Festsetzung der Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). In casu beträgt er gemäss klägerischen Rechtsbegehren CHF 2'575'692.–. Vorliegend rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr – angesichts des kleineren Aufwandes für diesen Entscheid – gestützt auf § 4 Abs. 2 GebV OG um rund einen Drittel auf CHF 31'000.– zu reduzieren. Sie ist ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen.

Ausserdem ist die Klägerin zu verpflichten, den Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Durchführung einer Vergleichsverhandlung und die Einreichung je einer zweiten, umfangreichen Rechtsschrift rechtfertigen einen Zuschlag um die Hälfte, was zu einer Parteientschädigung in der Höhe von rund CHF 70'800.– führt. Die Beklagten äusserten sich nicht dazu, wie die Parteientschädigung unter ihnen aufzuteilen ist. Eine hälftige Aufteilung erscheint daher angebracht. Mangels Darlegung der Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung den Beklagten im Übrigen praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Urteil BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 31'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten 1–2 eine Parteientschädigung in der Höhe von je CHF 35'400.– (insgesamt CHF 70'800.–) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 2'575'692.–.

Zürich, 7. Mai 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich

Präsident:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Dr. Moritz Vischer