

§ 113 ZPO/ZH, Anforderungen an die Substanziierung. *Die Behauptungen sind wohl grundsätzlich in den Rechtsschriften resp. in den Parteivorträgen aufzustellen, aber das gilt nicht absolut. Entscheidend ist, ob die Gegenpartei weiss, wogegen sie argumentieren muss.*

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

6.1 Es bleibt die Frage, ob die Klägerin ihren Eventualstandpunkt, nämlich die Bemessung des Werklohns "nach dem Wert der Arbeit und den Aufwendungen des Unternehmers" (Art. 374 OR) ausreichend substantiiert hat. Der Einzelrichter und die Beklagte verneinen es.

Wie konkret die Behauptungen aufzustellen sind, damit darüber allenfalls Beweis erhoben werden und damit darauf das Recht angewendet werden kann, ist eine Frage des Bundesrechts, da es die Durchsetzung des materiellen Rechts betrifft. In welcher Form und vor allem wann im Verfahren die Behauptungen aufzustellen sind, unterliegt noch den prozessualen Regeln der Kantone. Im Kanton Zürich sind die Behauptungen im Hauptverfahren aufzustellen; es ist also insbesondere nicht zulässig, die Behauptungen erst im Beweisverfahren konkretisieren zu wollen. Die Praxis verlangt auch mindestens grundsätzlich, dass die Behauptungen in den Vorträgen aufgestellt werden, und dass sie Gericht und Gegner nicht aus Beilagen zusammen suchen müssen. Das kantonale Recht bestimmt ferner, dass eine Partei auf ungenügende Substanziierung hingewiesen werden muss (dabei differenziert § 55 ZPO nicht danach, ob die Partei anwaltlich vertreten ist; Art. 56 CH-ZPO wird enger anzuwenden sein). Erfolgt der entsprechende Hinweis des erstinstanzlichen Gerichtes erst durch das Urteil, sind entsprechende Noven ausnahmsweise im ersten Vortrag der Berufung erlaubt (ZR 100/2001 Nr. 27). Die Inhalt der notwendigen Behauptungen muss anhand der in Frage kommenden materiellen Rechtssätze bestimmt werden.

Die Anwendung der Grundsätze zur Substanziierung hat wie alles prozessuale Handeln Treu und Glauben zu genügen (§ 50 Abs. 1 ZPO). So wäre es überspitzt formalistisch, das Einkopieren der in einer Beilage vorhandenen Aufstellung in die Rechtsschrift zu verlangen, wenn vernünftigerweise kein Zweifel daran be-

stehen kann, dass die Partei diese Aufstellung zum Bestandteil ihrer Behauptungen machen will. Massstab dafür ist nicht so sehr die Bequemlichkeit des Gerichts zum Bearbeiten der Sache als das legitime Interesse des Gegners, zu wissen, worauf er antworten muss. Die Anforderungen an die Bestimmtheit dürfen nicht überspannt werden. So wird in aller Regel nicht verlangt, dass das behauptete Erbringen von Leistungen oder eine behauptete mündliche Erklärung mit Tag und Stunde angegeben wird, sondern man begnügt sich mit Zeiträumen, wie "in der Woche X", "im Monat Y". Sollten ausnahmsweise genauere Angaben erforderlich scheinen, müsste es das Gericht ausdrücklich verlangen. Ferner darf das Behaupten nicht mit dem Beweisen verwechselt werden. Es kann sein, dass eine Behauptung klarerweise nicht im vollen Umfang zu beweisen ist. Das macht sie aber nicht unzulässig, sondern es bedeutet lediglich, dass der Beweisführer mit Sicherheit nur teilweise erfolgreich sein wird.

6.2 In der Klagebegründung liess die Klägerin ausführen, sie sei für die Rechnungsstellung vom tatsächlichen Aufwand ausgegangen. Ihre Mitarbeiter führten so genannte "Wochenzeitkarten", und von dort würden die Stunden in eine "Auftragskarte" übertragen. Für die Rechnung fasse sie die Stunden nach der Qualifikationsstufe der Mitarbeiter zusammen und trage sie in einen "Stundenrapport" ein, der auch den Materialaufwand enthalte. So sei sie im Fall der Balkonvergrösserung für die Beklagte vorgegangen, und so seien die als Beilage vorgelegten Rapporte für die Balkonvergrösserung, für das Geländer, für die Trennwand und für das Vordach entstanden (act. 14 S. 4, unter Hinweis auf die Beilagen 16/7 - 16/11).

Für die Balkonvergrösserung sind dem in der Klagebegründung bezeichneten Rapport folgende Positionen zu entnehmen: Techniker 14 Stunden à Fr. 165.20, Montagechef 6 Stunden à Fr. 129.90, Metallbauschlosser 53 Stunden à Fr. 98.85; 24 Stunden Pw à Fr. 1.--, 24 Stunden Lieferwagen à Fr. 1.90; Bohrerhammer 5 Stunden à Fr. 10.10; Leiter 5 Stunden à Fr. 4.50, Kabelrolle 5 Stunden à Fr. 7.50; Trennscheiben 100 mm 10 Stück à Fr. 11.80; Bodenplatte Fr. 447.--, CNS Winkel und Rohre Fr. 622.--, Rinne Dübel etc. Fr. 472.--; Entsorgung Fr. 210.-- (act. 16/7, datiert mit 18.08.2005). Gleich aufgebaut sind die weiteren

Rapporte (act. 16/8, Geländer; act. 16/10, Trennwand; act. 16/11, Vordach). Zusammen mit der Behauptung in der Klagebegründung, das sei der tatsächliche Aufwand, lassen sich dazu sehr wohl Beweissätze formulieren und weiss die Gegenpartei durchaus, womit sie sich auseinander zu setzen hat. Dass die Klägerin nicht im Einzelnen ausführte, wann die einzelnen Leistungen erbracht worden seien, schadet ihr entgegen der Auffassung der Beklagten nicht. Es ist unbestritten, dass die Arbeiten im Sommer 2005 ausgeführt wurden, und die einzelnen Aufstellungen datieren zwischen dem 5. Juli und dem 29. August 2005. Praxisgemäss ist das ausreichend; es ist kein Grund ersichtlich, weshalb aufgrund besonderer Umstände eine genauere Spezifizierung nötig wäre, damit die Beklagte ausreichend dagegen argumentieren könnte. Wie die Klägerin ihre Beweise führen will: mit den einzelnen Wochenzeitkarten und den Auftragskarten, mit Zeugenaussagen oder anderen Beweismitteln, ist noch unbekannt, es spielt hier aber auch noch keine Rolle - dafür wird zunächst eine Beweisaufgabe zu erlassen sein (§ 136 ZPO), und erst in der darin anzusetzenden Frist wird die Klägerin ihre Beweismittel nennen müssen (und anders als nach neuem Recht auch solche Beweismittel nennen dürfen, die sie bisher nicht in das Verfahren einbrachte). Es ist daher (noch) müssig, dass die Beklagte einzelne Beilagen der Klägerin kritisiert. Insbesondere lässt sie bemängeln, dass die Klägerin ihr nicht täglich Stundenrapporte unterbreitete (act. 18/13, act. 17 S. 3 unten). Ob die als Beweismittel anzurufenden Unterlagen deswegen "unbrauchbar" sind (act. 18/17), ist nicht an der Beklagten zu entscheiden, sondern wird der Einzelrichter im Rahmen der Beweiswürdigung überlegen.

Die Klägerin legte dem Einzelrichter das Blatt "Regielohnansätze per 1. Januar 2005 für die Region Zürich" ihres Branchenverbandes Metall-Union Zürich vor (act. 16/12). Der Vergleich der Ansätze für gelernte resp. ungelernte Metallbauer legt die Annahme nahe, dass die Klägerin die entsprechenden Zahlen in ihre Aufstellungen übernahm. Übliche, namentlich von Branchenverbänden aufgestellte und empfohlene Ansätze können für die Vergütung eines Auftrags massgebend sein (Art. 394 Abs. 3 OR), geben aber nicht notwendigerweise den tatsächlichen Aufwand des Unternehmers im Werkvertrag wieder (Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl. 1994, Rz. 946 ff, besonders Rz. 958 ff.). Die Klägerin hat

ausdrücklich behauptet, die entsprechenden Zahlen spiegelten ihren tatsächlichen Aufwand (act. 14 S. 4). Der Einzelrichter wird erwägen, ob die zu nennenden Beweismittel den Beweis dafür erbringen, dass der Klägerin entsprechende Beträge für die genannten Arbeitsleistungen ausgelegt hat. Falls die Klägerin die Branchentarife übernommen hat, dürfte es nicht der Fall sein, denn diese werden wohl einen Gewinn der Unternehmung einrechnen, und die tatsächlichen Aufwendungen liegen dann vermutungsweise tiefer. Das ist aber einmal mehr eine Frage der Beweiswürdigung und nicht der ausreichenden Behauptung. Beizupflichten ist der Beklagten immerhin darin, dass die Klägerin nur ihren tatsächlichen Aufwand behauptet hat und zu einem an sich zulässigen Zuschlag unter dem Titel Generalunkosten und Unternehmensgewinn keine Ausführungen machte. Unter diesem Titel wird daher kein Beweis zu erheben sein und wird der Klägerin nichts zugesprochen werden können.

Entgegen der Auffassung von Einzelrichter und Beklagter hat die Klägerin damit ihre Klage für den Eventualstandpunkt (dass die Vereinbarung des Pauschalpreises nicht bewiesen werden kann) ausreichend spezifiziert, und es muss darüber Beweis abgenommen werden.

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 10. November 2010
Geschäfts-Nr. NE100005/U