



Kass.-Nr. AA060026/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Karl Spühler, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Lukas Künzli

Zirkulationsbeschluss vom 25. April 2007

in Sachen

A.-AG,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt [...]

sowie

S.,

Streitberufene

bisher vertreten durch Rechtsanwalt [...]

neu vertreten durch Rechtsanwalt [...]

gegen

B.-AG,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt [...]

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 12. Januar 2006 (HG030108/U/ei)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die S. (vorliegend Streitberufene) liess in B. ZH im Rahmen eines grösseren Bauprojekts zwei Mehrfamilienhäuser von der Klägerin bauen. Am 26. Juli 2000 unterzeichneten die Streitberufene und die Klägerin einen in zwei Stufen aufgeteilten Generalunternehmer-Werkvertrag (kurz: GU-Vertrag). Die erste Stufe befasste sich mit der Projektierung, die zweite mit dem Bau der Häuser.

Die Beklagte erhielt von der Klägerin (als Generalunternehmerin) den Auftrag, den Baugrund zu untersuchen. Am 18. Oktober 2000 erstattete die Beklagte ihr geologisches Gutachten. Nach Beginn der Aushubarbeiten kam es zu Problemen mit dem Grundwasser. Gemäss der Darstellung der Klägerin sei ein Grundwasserspiegel angetroffen worden, welcher entgegen den Angaben des von der Beklagten erstellten Gutachtens mehrere Meter über der Fundationskote (Bodenbereich der Tiefgarage) liege. (Was die Einzelheiten des Sachverhaltes und den Prozessverlauf anbetrifft, sei - um unnötige Wiederholungen zu vermeiden - auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen [KG act. 2 S. 2-10]; vgl. auch die Erwägungen unter "Chronologie, Übersicht" [KG act. 2 S. 11].)

Die Klägerin verlangte von der Beklagten die Bezahlung von Fr. 413'340.35 als Ersatz für die Mehraufwendungen, welche infolge des (von der Klägerin als fehlerhaft bezeichneten) Gutachtens bei den Aushubarbeiten etc. entstanden seien.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage mit Urteil vom 12. Januar 2006 ab (KG act. 2).

2. Dagegen legte die Klägerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 22. Februar 2006 rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ein mit dem Hauptantrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids (vgl. KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8). Die Beschwerdeführerin leistete die ihr auferlegte Prozesskaution von Fr. 19'000.–recht-

zeitig (KG act. 9). Die Beklagte (nachfolgend Beschwerdegegnerin) reichte mit Eingabe vom 17. Mai 2006 (innert mehrmalig erstreckter Frist) eine Beschwerdeantwort ein und beantragt die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (vgl. KG act. 17). Mit Eingabe vom 22. Juni 2006 nahm die Beschwerdeführerin zur Beschwerdeantwort (innert mehrmalig erstreckter Frist) Stellung (vgl. KG act. 25). Die Beschwerdegegnerin äusserte sich zu dieser Stellungnahme (innert erstreckter Frist) mit Eingabe vom 6. September 2006 (vgl. KG act. 30). Dazu äusserte sich die Beschwerdeführerin (innert erstreckter Frist) mit Eingabe vom 18. September 2006 (KG act. 35). Die Beschwerdegegnerin nahm wiederum mit Eingabe vom 30. November 2006 (innert mehrmalig erstreckter Frist) Stellung (vgl. KG act. 45) und die Beschwerdeführerin äusserte sich dazu (innert erstreckter Frist) mit Eingabe vom 17. Januar 2007 (KG act. 51). Mit Präsidialverfügung vom 19. Januar 2007 auferlegte der Vizepräsident des Kassationsgerichts der Beschwerdeführerin eine zusätzliche Kautions von Fr. 8'000.– (vgl. KG act. 52), welche Letztere fristgemäss geleistet hat (vgl. KG act. 54). Die Beschwerdegegnerin äusserte sich nicht mehr zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 17. Januar 2007.

II.

1. Die Vorinstanz unterstellte in ihrem die Klage abweisenden Urteil als wahr, dass das Gutachten falsch gewesen sei. Vor dem Hintergrund dieser Prämisse erachtete es die Vorinstanz als entscheidungswesentlich, ob die Streitberufene das Baugrundrisiko übernommen bzw. zu tragen habe. Falls die Frage bejaht werden müsse, sei das falsche Gutachten nicht schadensursächlich und begründe keine Haftung der Beschwerdegegnerin, da es die Beschwerdeführerin in der Hand gehabt hätte, durch korrektes und zumutbares Verhalten den (aus dem falschen Gutachten resultierenden) Schaden auf die Streitberufene abzuwälzen (vgl. KG act. 2 S. 13-16). Die Vorinstanz legte im Rahmen der Prüfung der entscheidungswesentlichen Frage sodann den zwischen der Streitberufenen und der Beschwerdeführerin abgeschlossenen GU-Vertrag normativ aus, da die Beschwerdeführerin bzw. die Streitberufene keinen tatsächlichen Konsens hinsichtlich der Übernahme des Baugrundrisikos "dargelegt" hätten (vgl. KG act. 2 S. 16). Die Vorin-

stanz kam hernach zum Schluss, dass die Streitberufene für das Baugrundrisiko eintreten müsse und eine Haftung der Beschwerdegegnerin daher abzulehnen sei (vgl. KG act. 2 S. 16-26).

2. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin sei die Vorinstanz fälschlicherweise davon ausgegangen, dass ein tatsächlicher Konsens von ihr (den Rechtsvertretern der Beschwerdeführerin) nicht "dargelegt" worden sei. Zur Begründung ihrer Rüge führt die Beschwerdeführerin aus (vgl. KG act. 1 S. 5-7):

In Ziffer 6.2.6 des GU-Vertrages sei vorgesehen, dass die durch schlechte Bodenverhältnisse verursachten Zusatzkosten (wie Spezialfundation, Grundwasserabsenkung, wasserdichte Betonbauwerke etc.) nicht im Werkpreis inbegriffen und von der Bestellerin separat zu vergüten seien. Damit sei klar gewesen, dass die Streitberufene entsprechende Mehrkosten hätte separat vergüten müssen, wenn der in der zweiten Phase festzulegende Pauschalwerkpreis auf Submissionen beruht hätte, die eingeholt worden seien, bevor das geologische Gutachten vorgelegen habe. Weiter sei in der gleichen Ziffer festgehalten worden, dass der Generalunternehmer nach Vorlage des geologischen Gutachtens erklärt habe, die Verhältnisse des Baugrundes der zu überbauenden Grundstücke zu kennen. Mit dieser Formulierung hätten die Parteien des GU-Vertrages einen Übergang des Baugrundrisikos vereinbart. Sie seien sich einig gewesen, dass die Kenntnis des Baugrundrisikos dem Übergang dieses Risikos gleichgesetzt werde "(das ergibt sich zumindest implizit aus den Ausführungen auf S. 5 der Klageschrift)". Dafür, d.h. für die Behauptung, dass dies der übereinstimmende Parteiwille gewesen sei, habe die Beschwerdeführerin die Herren S. (von der Streitberufenen) und L. (von der Beschwerdeführerin) als Zeugen bezeichnet. Es sei klar, dass die Beschwerdeführerin damit einen tatsächlichen Konsens mit Bezug auf den Übergang des Baugrundrisikos geltend gemacht habe. Zu etwas anderem als zu dem, was sie konkret vereinbart hätten, könnten die Zeugen ja nichts aussagen (vgl. Ziffer 9.2 der Beschwerde).

Weiter habe die Beschwerdeführerin in ihrer Klageschrift auf S. 22 ausgeführt, die Herren L. und S. hätten sich am 27. Februar 2002 um 16.00 Uhr im Büro von Herrn S. getroffen. In dieser Besprechung habe die Beschwerdeführerin auf-

grund des Gutachtens der Beschwerdegegnerin vom 18. Oktober 2000 sowie des ergänzenden Berichts vom 26. Oktober 2001 die Baugrundgarantie übernommen. Insofern hätten die Parteien das Gutachten zum integrierenden Bestandteil des GU-Vertrages erklärt. Gestützt auf die "Übernahme" der Baugrundgarantie hätten sich die Parteien des GU-Vertrages auf eine Pauschalwerksumme von Fr. 30,38 Mio. geeinigt "(Klageschrift S. 22, Replik S. 6)". Die Beschwerdeführerin habe mit anderen Worten behauptet, die Parteien des GU-Vertrages hätten einen tatsächlichen Konsens dahingehend erzielt, dass sie - die Beschwerdeführerin - den Auftrag zu einem Pauschalpreis von Fr. 30,38 Mio. erhalten und dabei das Baugrundrisiko übernommen habe. Dafür, d.h. für die Behauptung, dass dies der übereinstimmende Parteiwille gewesen sei, habe die Beschwerdeführerin die Herren S. und L. als Zeugen benannt. Die Zeugen könnten ja nur zu dem, was sie konkret vereinbart hätten, konkrete Aussagen machen. Schon allein die Bezeichnung der genannten Personen als Zeugen zeige, dass seitens der Beschwerdeführerin ein tatsächlicher Konsens behauptet worden sei (vgl. Ziffer 9.3 der Beschwerde).

Weiter habe die Beschwerdeführerin in ihrer Klageschrift ausgeführt, sie hätte bei der Festlegung des Pauschalpreises, wenn die Beschwerdegegnerin den Wasserspiegel richtig festgestellt und die Beschwerdeführerin dadurch auf die allfällige Gefahr eines höheren Wasserspiegels hingewiesen hätte, die zusätzlich anfallenden Kosten miteinbeziehen und damit einen höheren Werkpreis verlangen können. Es sei davon auszugehen, dass sie den Auftrag auch zu einem höheren, nachvollziehbar begründeten Pauschalpreis erhalten hätte "(Klageschrift S. 22f.)". Auch für die Behauptung, dass dies der übereinstimmende Parteiwille gewesen sei, habe die Beschwerdeführerin die Herren L. und S. sowie zusätzlich Leiser von der Streitberufenen als Zeugen benannt (vgl. vgl. Ziffer 9.4 der Beschwerde).

Die Beschwerdeführerin habe somit einen tatsächlichen Konsens mit Bezug auf den Übergang bzw. die Übernahme des Baugrundrisikos behauptet. Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz verletze die Verhandlungsmaxime. Weiter sei grundsätzlich aufgrund der von der Beschwerdeführerin bezeichneten Beweismittel (Zeugenbefragungen) klar gewesen, dass die Beschwerdeführerin einen tatsächlichen Konsens behauptet habe. Die Vorinstanz hätte - wenn sie aus

den Rechtsschriften keinen tatsächlichen Konsens herausgelesen haben sollte - die Beschwerdeführerin explizit auffordern müssen, die angeblich unklaren Vorbringen dahingehend zu präzisieren, ob und gegebenenfalls inwiefern sie einen tatsächlichen Konsens behaupte. Das gegenteilige Vorgehen stelle eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht dar. Falls die Vorinstanz die Ausführungen der Beschwerdeführerin dahingehend ausgelegt bzw. bewertet haben sollte, dass sie (die Beschwerdeführerin) einen tatsächlichen Konsens nicht bzw. nicht rechtsgenügend dargelegt habe, so überspanne sie die Anforderungen an die Behauptungslast. Darin liege eine Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs und des Verbots des überspitzten Formalismus. Gleichzeitig sei der Beschwerdeführerin das Recht auf Beweisabnahme abgeschnitten worden, da über erhebliche streitige Tatsachen Beweis zu erheben sei. Indem die Vorinstanz die Vorbringen der Beschwerdeführerin einfach ausser Acht gelassen habe und ohne Durchführung eines Beweisverfahrens festhalte, es sei kein tatsächlicher Konsens dargelegt worden, liege eine aktenwidrige Annahme sowie eine willkürliche Würdigung der Parteivorbringen vor (vgl. KG act. 1 S. 7-9, Ziffern 10-14).

3. a) Die Beschwerdeführerin macht (zu Recht) nicht geltend, sie habe im Rahmen ihrer vorinstanzlichen Parteidarstellung (Klageschrift, Replik) ausdrücklich behauptet, dass zwischen ihr und der Streitberufenen ein tatsächlicher Konsens und/oder ein übereinstimmender Parteiwille hinsichtlich der Übernahme des Baugrundrisikos bestanden habe. Sie wendet vielmehr ein, dass sich entsprechende Behauptungen aus ihren Vorbringen ergeben würden. Dahin weisen jedenfalls klar die von ihr in der Beschwerde gewählten Formulierungen: "Damit war klar, [...]", "[...] das ergibt sich zumindest implizit aus den Ausführungen [...]", "[...] die Klägerin hat mit anderen Worten also behauptet [...]", "[...] ergibt sich ferner auch aus Folgendem [...]" (vgl. KG act. 1 S. 5-6, Ziffern 9.2-9.4). Der Sache nach geht es also um eine Interpretation bzw. Würdigung des Sinnes und Inhaltes ihrer Vorbringen. Es ist somit zu prüfen, ob die angefochtene Feststellung, ein tatsächlicher Konsens sei in Bezug auf die Übernahme des Baugrundrisikos von der Beschwerdeführerin nicht "dargelegt", d.h. nicht behauptet worden, richtig ist, oder ob sich aus den in der Beschwerdeschrift zitierten Parteivorbringen und Aktenstellen eine solche Behauptung entgegen der Ansicht der Vorinstanz ergibt. Dabei

ist die Frage nach der richterlichen Auslegung von Parteierklärungen als eine Vorfrage zum Thema, ob der Vorinstanz ein Verfahrensfehler unterlaufen ist, vom Kassationsgericht in freier Kognition zu prüfen. Vorliegend käme eine Gehörsverletzung oder eine Missachtung der in § 54 Abs. 1 ZPO statuierten Verhandlungsmaxime in Frage (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar ZPO ZH, Zürich 1997, N 35 und 37 zu § 281, N 2 zu § 54 ZPO; RB 1987 Nr. 47, vgl. zuletzt: Kass.-Nr. 99/160Z, Beschluss vom 30. Juli 2000, in Sachen E., III/7/b; Kass.-Nr. 99/248 Z, Beschluss vom 14. Dezember 1999, in Sachen H., E. II/3).

b) Die Beschwerdeführerin hat entgegen der Ansicht der Vorinstanz einen tatsächlichen Konsens "dargelegt" bzw. behauptet, wie sich namentlich aus den nachfolgend wiedergegebenen Parteivorbringen ergibt.

Auf Seite 6 der Replik (HG act. 32) erklärte die Beschwerdeführerin, mit Bezug auf die Übernahme des Baugrundrisikos (durch die Beschwerdeführerin) werde auf Ziffer 1-3 (der Replik) verwiesen. Unter Ziffer 3 (S. 4 der Replik) führte die Beschwerdeführerin aus, sollte das Gericht die Auffassung der Beschwerdeführerin nicht teilen, so hätte die Beschwerdegegnerin den Schaden zu übernehmen, weil die Beschwerdeführerin in Ziff. 6.2.6 des GU-Vertrages das Baugrundrisiko übernommen habe. Die Übernahme des Baugrundrisikos lasse sich insbesondere aus Ziff. 6.2.6 des GU-Vertrages herauslesen, als darin festgehalten werde, die Beschwerdeführerin (als Generalunternehmerin) kenne nach Vorliegen des Gutachtens den Baugrund der zu überbauenden Grundstücke. Dieses Gutachten habe einerseits die Grundlage für die Submission der Aushub- und Baumeisterarbeiten und andererseits für die Bestimmung des pauschalen Werkpreises gebildet (vgl. Ziff. 3.2.2). Gemäss Ziff. 3.2.5 des GU-Vertrages gingen Mehrkosten im Vergleich zur angepassten Werkpreissumme (vgl. Ziff. 3.2.2) vollumfänglich zu Lasten des Generalunternehmers. Damit sei das Gutachten zum integrierenden Vertragsbestandteil des GU-Vertrages geworden. Dadurch habe die Beschwerdeführerin aber im Zeitpunkt der Kenntnis des Baugrundes auch das entsprechende Baugrundrisiko übernommen. Die Kenntnis des Baugrundrisikos werde vertraglich mithin mit der Übernahme dieses Risikos gleichgesetzt. Im Anschluss an diese Vorbringen rief die Beschwerdeführerin (wiederum) die Zeugen S. (von der Streitberufenen) und L. (von der Beschwerdeführerin) an.

Die Beschwerdeführerin erklärte wie gesagt nicht ausdrücklich, dass es sich dabei um den übereinstimmenden (wirklichen oder tatsächlichen) Parteiwillen und/oder um einen tatsächlichen Konsens handle. Auch können die Vorbringen ohne weiteres als Argumente einer normativen Auslegung des Vertragstextes verstanden werden. So gesehen liesse sich noch nachvollziehen, weshalb die Vorinstanz davon ausgegangen war, es sei von der Beschwerdeführerin (und der Streitberufenen) kein tatsächlicher Konsens "dargelegt" worden. Hier hat die Beschwerdeführerin aber unter Anrufung der Vertreter der Parteien des GU-Vertrages als Zeugen argumentiert und damit implizit einen tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen behauptet. Alles andere ergäbe keinen Sinn, da die Zeugen nur zu dem Aussagen machen können, was sie tatsächlich vereinbart haben, und zur Frage, wie der Wortlaut in guten Treuen verstanden werden durfte und musste, nicht angerufen zu werden bräuchten. So gesehen erhalten die Vorbringen in der Replik, die Beschwerdeführerin habe im Zeitpunkt der Kenntnis des Baugrundes auch das entsprechende Baugrundrisiko übernommen und die Kenntnis des Baugrundrisikos sei vertraglich mit der Übernahme dieses Risikos gleichgesetzt worden, eine Bedeutung, welche einer ausdrücklichen Behauptung eines tatsächlichen Konsens gleichkommt. Die Vorinstanz hat diesem Umstand jedoch keine Rechnung getragen, was im Ergebnis auf eine Verletzung des Anspruchs auf das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin hinausläuft.

4. Die Begründetheit der Rüge führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

5. Anzufügen ist, dass (ausschliesslich) die Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift vom 22. Februar 2006 (KG act. 1 S. 5-7, Ziff.9, insb. S. 6, Ziff. 9.3 und dortige Belegstellen) zur Gutheissung der Beschwerde führten. Die Beschwerdegegnerin konnte sich dazu in ihrer Beschwerdeantwort vom 17. Mai 2006 (KG act. 17) äussern. Bei dieser Sachlage braucht auf die darauf folgenden Stellungnahmen der Parteien nicht weiter eingegangen zu werden, und es kann offen bleiben, ob bzw. inwieweit die dortigen Vorbringen mit Blick auf das im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde geltende Novenverbot überhaupt zulässig waren.

III.

Die Beschwerdegegnerin wird im vorliegenden Beschwerdeverfahren ausgangsgemäss kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. §§ 64 Abs. 1 und 68 Abs. 2 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Handelsgerichts vom 12. Januar 2006 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
 2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 10'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 587.-- Schreibgebühren,
Fr. 836.-- Zustellgebühren und Porti.
 3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
 4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 12'500.– zu entrichten.
 5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 413'340.–.
- Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Handelsgericht des Kantons Zürich und an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: