

Vor Gericht und auf hoher See... Die Klippe der Notwendigkeit und Angemessenheit des Aufwandes

Wer vor Gericht eine aufwandbasierte Vergütung geltend macht, scheitert oftmals an der Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich der Notwendigkeit und Angemessenheit des Aufwandes. Diese Rechtsprechung sollte überdacht werden – was der vorliegende Entscheid illustriert.

Un entrepreneur qui fait valoir en justice une rémunération basée sur la valeur de son travail et ses dépenses se heurte souvent au fardeau de l'allégation et de la preuve à propos du caractère nécessaire et adéquat desdites dépenses. Le présent arrêt démontre que la jurisprudence devrait être revue.

Urteil des Bundesgerichts vom 10. Oktober 2023 (4A_226/2023)

Thomas Siegenthaler, Dr. iur., Rechtsanwalt, M.Jur., Fachanwalt SAV für Bau- und Immobilienrecht, Winterthur (ts)

Der Entscheid

Das Bundesgericht bestätigte die Auslegung des Handelsgerichts: «Die Vorinstanz verletzte kein Bundesrecht, wenn sie zum Schluss gelangte, der Totalunternehmer-Werkvertrag enthalte keine Regelung, wonach mehr Aufwand zu entschädigen wäre als notwendig und angemessen (...). Daher hatte die Beschwerdeführerin den Nachweis der Notwendigkeit und Angemessenheit der Subunternehmerleistungen zu erbringen.» (E. 3.3.1). Denn: «Grundlage einer Entschädigung nach Aufwand bildet der bei sorgfältigem Vorgehen objektiv notwendige Aufwand. Der geltend gemachte Aufwand muss daher so dargelegt werden, dass dessen Notwendigkeit und Angemessenheit überprüft werden kann. Dies setzt nachvollziehbare Angaben zu den erbrachten Arbeiten und den dafür aufgewendeten Arbeitsstunden voraus. Ungenügend sind namentlich bloss tabellenförmige Zusammenstellungen darüber, an welchem Datum welche Mitarbeiter wie viele Stunden eingesetzt worden sind. Notwendig sind vielmehr hinlängliche Angaben zu den erbrachten Arbeiten. Fehlen diese ganz oder beschränken sich auf Stichworte bzw. vage und unverständliche Beschreibungen, genügen sie den Substanziierungsanforderungen nicht (Urteile 4A_371/2022 vom 5. Dezember 2022 E. 3; 4A_446/2020 vom 8. März 2021 E. 6.1)» (E. 3.1.1).

Und weiter: «Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass es angesichts der von ihr bundesrechtskonform als hinreichend beurteilten Bestreitungen des geltend gemachten Aufwands durch die Beschwerdegegnerin nicht genügt, lediglich darauf hinzuweisen, dass die Rechnung beispielsweise «Fenster aus Aluminium» betraf oder das «Herstellen, Liefern und Montieren der Fenster aus Aluminium» (...). Die Beschwerdeführerin behauptet namentlich nicht, entgegen der Vorinstanz habe sie nachvollziehbare Angaben zu den erbrachten Arbeiten und den dafür aufgewendeten Arbeitsstunden gemacht. (...) Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, sie habe in der Replik auf rund 1000 Seiten einzeln aufgezeigt, welcher Aufwand von welchem Subunternehmer erbracht worden sei, ist ihr zudem entgegenzuhalten, dass das Gericht und die Gegenpartei die notwendigen Informationen zur Beurteilung eines Anspruchs

Der Fall

(218) Im Rahmen eines Totalunternehmervertrags über den Bau eines Nanotech-Labors kam es zu Meinungsverschiedenheiten betreffend die Schlussabrechnung. Die Parteien hatten eine offene Abrechnung vereinbart, wobei der Werkpreis aufgrund der von der Totalunternehmerin vorgelegten Unternehmer- und Lieferantenrechnungen ermittelt werden sollte. Es wurde zwar ein Kostenziel vereinbart, aber weder im Sinne eines Festpreises noch im Sinne einer verbindlichen Ober- oder Untergrenze für den Werklohn: Vorgesehen war, dass die Bauherrin auch im Falle einer Überschreitung des Kostenziels für die vollen Kosten aufkommt und für den Fall einer Unterschreitung wurde vereinbart, dass die Totalunternehmerin an einer Unterschreitung nicht partizipiert (kein «Bonus»).

Die Totalunternehmerin forderte einen Restwerklohnanspruch (3,9 Mio. CHF). Die Bauherrin war der Auffassung, mit den geleisteten Akontozahlungen und der Schlusszahlung seien sämtliche Ansprüche abgegolten.

Die Totalunternehmerin stellte sich auf den Standpunkt, aufgrund der Vereinbarung eines Kostenziels genüge es, den Nachweis zu erbringen, dass die Subunternehmer-Rechnungen für den Bau des Werks angefallen und von ihr vollständig bezahlt worden seien. Die Totalunternehmerin unterliess es daher, vor dem Handelsgericht Zürich die Notwendigkeit und Angemessenheit des geltend gemachten Aufwands zu behaupten und gegebenenfalls zu substantiieren und zu beweisen. Das Handelsgericht wies die Klage ab, weil sich entgegen der Auffassung der Totalunternehmerin aus der Vereinbarung eines Kostenziels keine Abrede ergebe, wonach mehr als derjenige Aufwand zu entschädigen wäre, der bei sorgfältigem Vorgehen zur Ausführung des Werks genügt hätte.

in einer nachvollziehbaren Art erhalten müssen. Dass dies der Fall war, erscheint angesichts des Umfangs der Replik zumindest fraglich. ... Sie scheint zudem zu verkennen, dass es nicht ausreicht nachzuweisen, dass die einzelnen Aufwände im Zusammenhang mit dem strittigen Bauprojekt standen und die Rechnungen bezahlt wurden. Sie hätte vielmehr deren Notwendigkeit und Angemessenheit behaupten und beweisen müssen.» (E. 3.3.3).

Die Anmerkungen

1. Zur Bedeutung des hier vereinbarten Kostenziels finden sich im Entscheid des Handelsgerichts (Urteil HG190209-O vom 9. März 2023 E. 3.3.3) folgende Aussagen: «Die Bedeutung dieses Kostenziels wird in Ziff. 4 des Totalunternehmervertrags (...) weiter definiert. So wird das Kostenziel in Ziff. 4.1 als «verbindliches Kostenziel für den Werkpreis für die schlüsselfertige Erstellung des Bauwerks» umschrieben und festgehalten, dass der Bauherr auf die Einhaltung des Kostenziels grössten Wert lege. Es dürfe nicht überschritten werden (...). In Ziff. 4.6 werden sodann die Folgen einer Über- oder Unterschreitung des Kostenziels festgehalten. Bei einer Überschreitung ist der Mehrbetrag vollumfänglich vom Bauherrn zu tragen. Bei einer Unterschreitung hat der Totalunternehmer keinen Anspruch auf die Unterschreitung (...).»

Das Kostenziel wurde also einesteils als «verbindlich» definiert, aber sowohl die Einhaltung als auch die Nicht-Einhaltung waren hier offenbar folgenlos: Die Bauherrin zahlt einfach den angefallenen Aufwand – als ob es kein Kostenziel gäbe. Es ist nachvollziehbar, wenn das Handelsgericht und das Bundesgericht folgerten, ein solches Kostenziel beinhaltet keine Regelung, wonach mehr Aufwand zu entschädigen wäre als notwendig und angemessen. Dabei wurde aber der wohl entscheidende Punkt übersehen, denn die Frage hätte lauten müssen, was ein solches Kostenziel hinsichtlich der *Beweislast* bedeutet: Impliziert ein bei einer Aufwandvergütung vereinbartes Kostenziel nicht, dass die Bauherrschaft den im Rahmen dieses Kostenziels liegenden Aufwand von vornherein als *vermutungsweise* «notwendig und angemessen» akzeptiert? Oder anders gefragt: Ist es legitim, wenn ein Bauherr trotz Einhaltung des Kostenziels auf dem Nachweis besteht, dass der geltend gemachte Aufwand nicht nur effektiv geleistet wurde, sondern auch «notwendig und angemessen» war? Wäre es bei Einhaltung des Kostenziels nicht vielmehr Sache des Bauherrn, gegebenenfalls den Nachweis zu erbringen, dass der tatsächliche Aufwand trotz Einhaltung des Kostenziels nicht «notwendig und angemessen» war? Diese Fragen wurden vom Handelsgericht und vom Bundesgericht nicht ge-

stellt. Aus den Urteilen geht jedoch auch nicht hervor, dass der Totalunternehmer diese Fragen durch eine entsprechende Sachverhaltsdarstellung thematisiert hätte.

2. Der Darlegung des Totalunternehmers von über 1000 Seiten, «welcher Aufwand von welchem Subunternehmer erbracht worden sei», wird seitens des Bundesgerichts entgegengehalten, «dass das Gericht und die Gegenpartei die notwendigen Informationen zur Beurteilung eines Anspruchs in einer nachvollziehbaren Art erhalten müssen» und dass dies angesichts dieses Umfangs zumindest fraglich sei. In der gleichen Erwägung wird aber ausgeführt, dass diese rund 1000 Seiten inhaltlich noch längst nicht genügten, denn es hätte *zusätzlich* «nachvollziehbare Angaben zu den erbrachten Arbeiten und den dafür aufgewendeten Arbeitsstunden» gebraucht und *zudem* auch noch die Behauptung der Notwendigkeit und Angemessenheit dieses Aufwandes. Mit anderen Worten: Obschon die rund 1000 Seiten offenbar bei weitem noch nicht alle erforderlichen Details enthielten und man deutlich *mehr* hätte darlegen müssen, wird angedeutet, dass bereits diese rund 1000 Seiten gerade wegen dieses Umfangs nicht nachvollziehbar seien. Es hätte also deutlich mehr Details gebraucht, aber man hätte weniger schreiben sollen...

Diese kafkaeske Erwägung des Bundesgerichts illustriert, dass die Rechtsprechung, wonach im Falle einer nach dem Aufwand bemessenen Vergütung der Unternehmer die Notwendigkeit und Angemessenheit des effektiv geleisteten Aufwandes nachweisen muss, dazu führt, dass nach geleistetem Aufwand bemessene Vergütungen kaum mehr justiziabel sind. Es gibt aber ohnehin keinen sachlichen Grund, einem Unternehmer, der eine aufwandbasierte Vergütung geltend macht, punkto Umfang der Behauptungs- und Beweislast höhere rechtliche Hürden in den Weg zu stellen als etwa einem Geschädigten, der einen Brandschaden geltend macht und dabei die Notwendigkeit und Angemessenheit des Sanierungsaufwandes nicht darlegen muss (Urteil 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 6.2.3). Sachgerecht wäre es, die Behauptungs- und Beweislast betreffend die Notwendigkeit und Angemessenheit des Aufwandes beim Besteller zu verorten. Möglich wäre das, indem nicht die Notwendigkeit des Aufwandes als rechtsbegründend betrachtet würde, sondern die *fehlende* Notwendigkeit als rechtshindernd (vgl. PETER GAUCH, Aufwandvergütung und unnötiger Mehraufwand – Ein Kurzaufsatz zu Art. 374 OR, BR/DC 5/2022, S. 252). Eine andere Möglichkeit wäre, die Inrechnungstellung von unnötigem Aufwand als Verletzung einer Nebenpflicht zu qualifizieren (wie es ROLAND HÜRLIMANN und ich vertreten, in: Hochstrasser / Huber-Purtschert / Maisen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., 2023, N 4 zu Art. 374 OR).