



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Präsident, und Ersatzoberrichterin Franziska Egloff, die Handelsrichter Werner Furrer, Jakob Frei und Jean-Marc Bovet sowie der Gerichtsschreiber Dr. Moritz Vischer

**Urteil und Beschluss vom 8. November 2017**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG, ...,**  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**Gewerkschaft B.\_\_\_\_\_,**  
Beklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren gemäss Klageschrift vom 17. Februar 2016:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 55'000.00 zu bezahlen sowie Verzugszins von 5% gerechnet ab Einreichung der Klage.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren gemäss Replik vom 15. Dezember 2016:**

(act. 23 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 53'423.50 zu bezahlen sowie Verzugszins von 5% gerechnet ab Einreichung der Klage (17. Februar 2016).
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Sachverhalt und Verfahren**

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Bauunternehmung, deren Zweck namentlich die Übernahme und Ausführung von Bauarbeiten jeder Art sowie den Handel mit Baumaterialien umfasst.

Der Beklagte ist eine Gewerkschaft, die als Verein im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist.

b. Prozessgegenstand

Streitgegenstand bilden diverse Schadenersatzforderungen der Klägerin aus der angeblich seitens des Beklagten initiierten, widerrechtlichen Bestreikung diverser Baustellen auf dem Gebiet der Stadt Zürich (C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_) am 10. November 2015.

## B. Prozessverlauf

Am 17. Februar 2016 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klage samt Beilagen mit obigen Rechtsbegehren hierorts ein (act. 1; act. 2; act. 3/2-24). Den ihr mit Verfügung vom 19. Februar 2016 (act. 4) auferlegten Gerichtskostenvorschuss leistete sie fristgerecht (act. 6). Mit Verfügung vom 11. März 2016 (act. 9) wurde dem Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt. Deren Erstattung samt Beilagen erfolgte am 30. Mai 2016 (act. 11; act. 12/1-8). Der anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 19. August 2016 geschlossene Vergleich (Prot. 6 f.) wurde mit Eingabe der Klägerin vom 20. September 2016 (act. 17) widerrufen. Auch die in der Folge aufgenommenen aussergerichtlichen Vergleichsgespräche führten zu keiner Einigung (act. 19; act. 20), weshalb mit Verfügung vom 19. Oktober 2016 (act. 21) ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wurde. Die Replik datiert vom 15. Dezember 2016 (act. 23; act. 24/1-160) und die Duplik vom 3. März 2017 (act. 27; act. 28/1-2). Die Parteien verzichteten auf die Durchführung der Hauptverhandlung (act. 33; act. 34). Das Verfahren erweist sich damit als spruchreif, weshalb ein Urteil zu ergehen hat (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden nur soweit für die Entscheidungsfindung notwendig einzugehen.

## Erwägungen

### 1. Formelles

#### 1.1. Teilrückzug

Mit der Replik fordert die Klägerin vom Beklagten "nur" noch einen Betrag von CHF 53'423.50 anstatt von CHF 55'000.–. Im Differenzbetrag von CHF 1'576.50 ist das Verfahren demnach zufolge Klagerückzugs als erledigt abzuschreiben (Art. 241 ZPO; vgl. LEUENBERGER, ZPO-Kommentar, Art. 227 ZPO N 6).

## 1.2. Zuständigkeit

Die *örtliche Zuständigkeit* des Handelsgerichts des Kantons Zürich blieb zu Recht unbestritten (act. 1 N 6; act. 11 N 5).

Auch die *sachliche Zuständigkeit* ist gegeben. Denn der Begriff der geschäftlichen Tätigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO ist – entgegen der Ansicht des Beklagten (act. 11 N 3 f.) – mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre sehr weit auszulegen (BGE 140 III 355 E. 2.3.1. m.w.H.; vgl. BGE 142 III 96 E. 3.3.2; DAETWYLER / STALDER, in: BRUNNER / NOBEL [Hrsg.], Handelsgericht Zürich 1866-2016, Zuständigkeit, Verfahren und Entwicklungen, Festschrift zum 150. Jubiläum, Zürich / Basel / Genf 2016, S. 172 f. m.w.H.). Mit anderen Worten können auch, wie vorliegend u.a. geltend gemacht, deliktische Ansprüche unter den Begriff der geschäftlichen Tätigkeit fallen (Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG160261-O vom 3. Januar 2017 E. 3.3.4; VETTER, ZPO-Kommentar, Art. 6 ZPO N 21 m.w.H.).

*Zusammenfassend* ist auf die Klage somit einzutreten.

## 1.3. Frage der Zulässigkeit der Klageänderung vom 15. Dezember 2016

### 1.3.1. Streitpunkte

Der Beklagte erblickt im replicando vorgetragenen Tatsachenfundament der Klägerin eine unzulässige Klageänderung. Denn die Klägerin mache erstmals durch Zession erworbene Schadenersatzansprüche ihrer 69 Arbeitnehmer geltend, was eine "völlig neue sachverhaltliche Grundlage" im Sinne einer Klageänderung darstelle (act. 27 N 7). Aufgrund der Geringfügigkeit der so einforderten Beträge (zwischen circa CHF 270.– und CHF 690.–) gelange nicht die gleiche Verfahrensart zur Anwendung, weshalb sich die Klageänderung als unzulässig erweise.

Die Klägerin liess sich – trotz Zustellung der Duplik (Verfügung vom 9. März 2017 [act. 29]) – zur Zulässigkeit der "Klageänderung" nicht mehr vernehmen. Anzumerken ist, dass eine formelle Fristansetzung entbehrlich war (BSK-WILLISEGGER, Art. 227 ZPO N 54).

### 1.3.2. Würdigung

#### a) Klageänderung?

Gemäss Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO ist eine Klageänderung zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht. Eine Klageänderung umfasst nach der herrschenden Lehre nicht nur eine inhaltliche Änderung der Rechtsbegehren, sondern auch eine *Änderung des Klagefundaments*, d.h. die Klägerin leitet die Klage zusätzlich aus einem anderen Lebensvorgang her (sog. "Lehre des zweigliedrigen Streitgegenstands"; OFK-ENGLER, Art. 227 ZPO N 2; KUKO-NAEGELI/MAYHALL, Art. 227 ZPO N 17). Auch das Bundesgericht vertritt die Lehre des zweigliedrigen Streitgegenstands (BGE 139 III 126 E. 3.2; BGE 142 III 210 E. 2.1; BGE 143 III 254 E. 3.1).

Vorliegend stützte die Klägerin ihr Klagefundament in der Klageschrift vom 17. Februar 2016 auf einen eigenen, ihr als Arbeitgeberin entstandenen Schaden ab. Der in der Replik vom 15. Dezember 2016 geltend gemachte Schaden ist hingegen angeblich den einzelnen Arbeitnehmern entstanden. Dementsprechend fassen die einzelnen Schadenersatzansprüche auf *mehreren, unterschiedlichen Lebenssachverhalten*, sind sie doch im einen Fall der Risikosphäre der Arbeitgeberin und in den anderen Fällen den Risikosphären der einzelnen Arbeitnehmer zuzuordnen. Die einzelnen Schadenersatzansprüche der Arbeitnehmer sind folglich nicht im Schadenersatzanspruch der Klägerin als Arbeitgeberin enthalten, sondern von diesem gänzlich unabhängig (vgl. BGE 123 III 16 E. 2a; BGE 139 III 126 E. 3.2.3). Jede einzelne Schadenersatzposition der Arbeitnehmer ist klar abgegrenzt und kann konkret definiert werden (vgl. BGE 143 III 254 E. 3.5). Es liegt somit eine Klageänderung im Sinne von Art. 227 ZPO vor.

Daran vermögen auch die Zessionen – ohne über deren Gültigkeit zu urteilen – nichts zu ändern. Zum einen betonte das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Lehre des zweigliedrigen Streitgegenstands stets den Vorrang einer inhaltlichen, d.h. qualitativen Betrachtungsweise (BGE 123 III 16 E. 2a; BGE 139 III 126 E. 3.2.3), und zum anderen wird durch eine Abtretung die Forderung auch materi-

ellrechtlich gerade *nicht* verändert (vgl. Art. 169 OR; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER, N 3474). Die zedierte Forderung besteht damit aus ihrem ursprünglichen Rechtsverhältnis mit all ihren Vorzügen und Schwächen weiter fort (VON TUHR / ESCHER, S. 354). Kurz gefasst bleibt es auch nach den Abtretungen bei mehreren, wenngleich in der Hand der Klägerin gehaltenen und in objektiver Klagenhäufung geltend gemachten Forderungen, die entsprechend auf *mehreren, verschiedenen* Lebenssachverhalten basieren. Es liegt eine Klageänderung vor.

b) Gleiche Verfahrensart?

Die Klägerin macht mit der Klageänderung vom 15. Dezember 2016 zusammengefasst folgende Schadenersatzansprüche ihrer 69 Arbeitnehmer geltend (vgl. act. 24/156):

Ereignis	Summe der eingeforderten Beträge pro Ereignis
Schaden aus Verdienstausfall (Baustelle C.____)	CHF 3'380.40
Schaden aus Verdienstausfall (Baustelle D.____)	CHF 4'755.50
Schaden aus Verdienstausfall (Baustelle E.____)	CHF 11'429.40
Schaden aus Verdienstausfall (Baustelle F.____)	CHF 5'767.80
	Σ CHF 25'333.10

Gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO gilt für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.– das vereinfachte Verfahren. Die zedierten Schadenersatzansprüche der Arbeitnehmer erreichen – selbst bei ihrer Zusammenrechnung (dazu: BGE 142 III 788 E. 4; BRUNNER, Dike-Komm-ZPO, Art. 6 ZPO N 26; DAETWYLER / STALDER, a.a.O., S. 189 f. m.w.H.) – die erforderliche Streitwertgrenze von CHF 30'000.– nicht (total nur CHF 25'333.10). Diese Ansprüche sind so allesamt im *vereinfachten Verfahren* zu behandeln.

Die Hauptklage ist indes im ordentlichen Verfahren zu behandeln. Damit liegt aufgrund der fehlenden gleichen Verfahrensart eine unzulässige Klageänderung vor. Auf die Klageänderung vom 15. Dezember 2016 ist folglich nicht einzutreten. Im

Übrigen kann das Handelsgericht des Kantons Zürich keine Streitigkeiten im vereinfachten Verfahren behandeln (Art. 243 Abs. 3 ZPO).

### 1.3.3. Zwischenfazit

*Zusammenfassend* ist mangels gleicher Verfahrensart auf die Klageänderung vom 15. Dezember 2016 nicht einzutreten.

### 1.4. Fazit

Im Umfang von CHF 1'576.50 ist das Verfahren zufolge Klagerückzugs als erledigt abzuschreiben. Während auf die Klage vom 17. Februar 2016 einzutreten ist, erweist sich die in der Replik vorgenommene Klageänderung vom 15. Dezember 2016 als unzulässig. Auf sie ist nicht einzutreten.

## 2. Schaden

### 2.1. Streitpunkte

Die Klägerin fordert im Wesentlichen den Ersatz von vier Schadenspositionen ("Personalkosten [Lohnzahlung]", "Nutzungsausfallentschädigung", "Schaden Rückgabe Beton" und "Zerstörte Mauer"); im Einzelnen ist dies wie folgt (act. 23 S. 20):

Baustelle C._____	Personalkosten (Lohnzahlung), Ziff. III/29.1.3 S.28 CHF 4'662.00 Nutzungsausfallentschädigung, Ziff. III/31.4 S. 39 CHF 2'673.20 Schaden Rückgabe Beton, Ziff. III/32.4, S. 31 CHF 2'104.95
Baustelle D._____	Personalkosten (Lohnzahlung), Ziff. III/36.6, S. 33 CHF 8'904.60 Nutzungsausfallentschädigung, Ziff. III/37.4.3, S. 35 CHF 1'831.20
Baustelle E._____	Personalkosten (Lohnzahlung), Ziff. III/39.3, S. 36 CHF 18'591.30 Nutzungsausfallentschädigung, Ziff. III/39.13, S. 40 CHF 2'938.00
Baustelle F._____	Personalkosten (Lohnzahlung), Ziff. III/44.3, S. 41 CHF 9'315.90 Nutzungsausfallentschädigung, Ziff. III/44.9.1, S. 43 CHF 1'720.40 Zerstörte Mauer, Ziff. III/46, S. 44 CHF 681.95
<b>Total</b>	<b>CHF 53'423.50</b>

Die Beklagte bestreitet die einzelnen Schadenersatzforderungen der Klägerin. Abgesehen von einer mangelhaften Substantiierung der Ansprüche liege teilweise auch kein Schaden im Rechtssinne vor (z.B. act. 27 N 25 f.).

## 2.2. Rechtliches und Würdigung

### a) Personalkosten (Lohnzahlung)

Die Klägerin fasst mit dem Beklagten vorliegend einen ausserhalb des Arbeitsvertrags stehenden Dritten ins Recht und fordert von ihm die durch die Bestreikung ohne Gegenwert gebliebenen Lohnkosten ein ("ohne Arbeit, kein Lohn"). In derartigen Konstellationen stellt sich die Frage, inwiefern überhaupt Schadenersatzansprüche aus der Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers gegen einen Dritten als Verursacher geltend gemacht werden können. Schliesslich behält der *Arbeitnehmer* seinen Erfüllungsanspruch aus Vertrag und die *Arbeitgeberin* ist – mangels Widerrechtlichkeit – Reflex- oder Drittgeschädigte, so dass in beiden Konstellationen ein Schadenersatzanspruch gegenüber dem haftpflichtigen Dritten zu verneinen wäre (BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a OR N 14).

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung gesteht indes der Arbeitgeberin in derartigen Fällen durch Füllung einer Gesetzeslücke in Analogie zu Art. 51 Abs. 2 OR ein integrales Regressrecht auf den Dritten zu (BGE 126 III 521 E. 2a-b). Denn die Lohnfortzahlungspflicht dient nicht dem Schutz des haftpflichtigen Dritten, sondern demjenigen des Arbeitnehmers (ZK-STAEHELIN/VISCHER, Art. 324a OR N 53), oder in den Worten des Bundesgerichts:

#### **BGE 126 III 521 E. 2b**

"Indessen ist allgemein anerkannt, dass der Arbeitgeber den haftpflichtigen Dritten belangen kann. Ihn anders zu behandeln als etwa den Versicherer, (...), wäre weder einleuchtend noch billig und liefe entgegen dem Zweck sowohl der Lohnfortzahlungspflicht wie auch der haftpflichtrechtlichen Verantwortlichkeitsanschauung auf einen Schutz des Schädigers des Arbeitnehmers hinaus (...)."

Diese Rechtsprechung ist in der Lehre – soweit ersichtlich – positiv rezipiert worden (BK-BREHM, Art. 41 OR N 31 m.w.H.). Auch das Bundesgericht hat sie mehrfach implizit bestätigt (z.B. BGE 137 III 352 E. 4.4).



Entgegen der Ansicht des Beklagten (z.B. act. 27 N 26) würde es im vorliegenden Fall damit nicht per se an einem ersatzfähigen Schaden der klägerischen Arbeitgeberin fehlen.

Wie es sich damit aber genau verhält, braucht angesichts der noch aufzuzeigenden, mangelhaften Behauptungen der Klägerin nicht geklärt zu werden. So kann auch offen bleiben, ob Lohn im Streikfall überhaupt durch die Klägerin geschuldet war oder nicht (zur Problematik etwa: BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324 OR N 42).

Denn das Bundesgericht hielt im vorerwähnten Entscheid unmissverständlich fest, dass bei der Berechnung des Regressanspruchs der Arbeitgeberin auf den hypothetischen Schaden, den der Arbeitnehmer ohne die Zahlung der Arbeitgeberin erlitten hätte, abzustellen ist (BGE 126 III 521 E. 2c). Die Berechnung des Regressanspruches ist damit in jedem Fall eine konkrete, wird doch auf die effektiv ausbezahlten Beträge seitens der Arbeitgeberin abgestellt. Exemplarisch kann für eine solche Berechnung auf die unpublizierten Erwägungen im genannten Entscheid verwiesen werden (Urteil BGer 4C.292/1999 vom 26. September 2000 E. 3 f. [nicht publizierte E. in BGE 126 III 521]). Es kann daher entgegen der Klägerin nicht auf das Urteil des BGer 4A\_507/2015 vom 19. Februar 2016 zum Werkvertragsrecht abgestellt werden (z.B. act. 23 N 29.1.2).

Die Klägerin operiert in casu – in ausdrücklicher Kenntnis dieser Rechtsprechung (act. 23 N 27.5) – aber nicht mit konkreten Zahlen bzw. durch sie effektiv bezahlten Beträgen, sondern verweist (offenbar) durchwegs auf die Regie-Ansatztarife 2015 (act. 23 N 29.1, N 36.6, N 39.6, N 44.3). Es fehlt damit in den Parteivorträgen der Klägerin an entsprechenden Behauptungen, die eine konkrete, hypothetische Schadenersatzbemessung ermöglichen würden. Dieses durch die Klägerin damit nur ungenügend vorgetragene Tatsachenfundament lässt sich auch nicht durch eine richterliche Schadenersatzbemessung im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR korrigieren (vgl. z.B. Urteil BGer 4A\_709/2011 vom 31. Mai 2012 E. 3.3.2 m.w.H.). Bereits aus diesem Grund ist der Klägerin kein Schadenersatz für Personalkosten (Lohnzahlung) zuzusprechen, und die Klage ist diesbezüglich abzuweisen.

Ohnehin hätte die Klägerin keine zulässigen Beweismittel offeriert. Beispielsweise fusst die klägerische Schadenersatzberechnung, wie erwähnt, offenbar auf den Regie-Ansatztarifen 2015. Jedenfalls scheint die Klägerin davon in ihrer Replik bezüglich der Baustelle C.\_\_\_\_\_ auszugehen ("Die [hier] aufgeführten Preisansätze entsprechen den Regie-Ansätzen 2015 für Bauarbeiten" [act. 23 N 29.1.1]; "Regietarif 2015" [act. 23 N 29.1.3]). Gleiches gilt hinsichtlich der ebenfalls geltend gemachten Nutzungsausfallentschädigung für die Baumaschinen. Abgesehen davon, dass sich den hierzu eingereichten Beilagen act. 3/12 bzw. act. 3/14 nur die Regietarife für Baumaschinen entnehmen lassen, ist für das erkennende Gericht unklar, welche Tatsachenvorbringen mit diesen Urkunden bewiesen werden sollen. Denn sie scheinen integral sowohl für den Schadenersatzanspruch aus Lohnfortzahlung als auch für denjenigen aus Nutzungsausfall anboten worden zu sein (z.B. act. 1 N 19.1; act. 1 N 19.2). Mehrthematische Beweismittel sind aber *unzulässig* (statt vieler: HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Band 1, Zürich 2015, N 2.11). Dies führt dazu, dass – selbst wenn act. 3/12 und act. 3/14 hinsichtlich des Schadenersatzanspruches aus Lohnfortzahlung überhaupt ein Beweiswert zukäme – sie nicht als zulässige Beweismittel abgenommen werden könnten und die entsprechenden klägerischen Tatsachenvorbringen so als unbewiesen zu gelten hätten. Im Einzelnen gilt:

Baustelle	Höhe der Stundenansätze der einzelnen Arbeitnehmer
C._____	kein (gültiges respektive taugliches) anbotenes Beweismittel
D._____	kein (gültiges respektive taugliches) anbotenes Beweismittel
E._____	kein anbotenes Beweismittel
F._____	kein anbotenes Beweismittel

Mit anderen Worten fehlt es bei den vorgebrachten Regie-Stundenansätzen der einzelnen Arbeitnehmer an (rechtsgenügend) offerierten Beweismitteln, weshalb der Klage auch in diesbezüglicher Hinsicht kein Erfolg beschieden sein kann.

*Zusammenfassend* besteht mangels ausreichender Tatsachenvorbringen und formgültig offerierter Beweismittel kein Schadenersatzanspruch der Klägerin unter

dem Titel "Personalkosten (Lohnzahlung)". Die Klage ist diesbezüglich abzuweisen.

b) Nutzungsausfallentschädigung

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt ein lediglich abstrakter Nutzungsausfall nicht als Schaden (BGE 115 II 474 E. 3a; BGE 126 III 388 E. 11a; BGE 132 III 379 E. 3.3.2). Genau diesen versucht die Klägerin vorliegend vom Beklagten einzufordern. Sie legt insbesondere nicht dar, inwiefern ihr aus dem Stillstand der Maschinen Mehrkosten oder sonstige Kosten, welche sich konkret im Sinne der Differenztheorie auf ihr Vermögen ausgewirkt haben, entstanden sind.

Überhaupt kommt die Klägerin ihrer Behauptungs- und Beweislast nicht gehörig nach. Sie lässt es beispielsweise – ohne Nennung von Beweismitteln – bei Sätzen wie "Der durch Nutzungsausfall entstandene Schaden ist unzweifelhaft der Klägerin erwachsen" oder "Die in den Bauprozess integrierten Gerätschaften und Maschinen werden als (Vorhalte-)Kosten für ihre Dauer an der Baustelle dem Bauherrn in Rechnung gestellt" (act. 23 N 10.1) bewenden. Die durch die Klägerin vorgenommene Berechnung ist denn auch überhaupt nicht nachvollziehbar.

Dies sei lediglich beispielhaft, *als pars pro toto*, bezüglich der Baustelle "D.\_\_\_\_\_" ausgeführt. So führt die Klägerin aus, es würden lediglich die fixen Kosten AVS (Amortisation, Versicherung, Stationierung) zuzüglich eines Endzugschlages von 15 Prozent geltend gemacht (act. 23 N 37.4). Dies ergäbe – "der Einfachheit halber mit 30 Tagen gerechnet" – einen AVS-Wert von total CHF 1'000.70. Mit anderen Worten müsste die Klägerin in Übereinstimmung mit ihren eigenen Ausführungen auf der Basis des Betrags von CHF 1'000.70 den Endzuschlag von 15 Prozent berücksichtigen. Dies tut sie scheinbar jedoch nicht: Sie berücksichtigt den Endzuschlag von 15 Prozent auf einem Betrag von CHF 1'592.30 (act. 23 N 37.4.3). Abgesehen davon ist die Berechnung des ursprünglichen Betrags von CHF 1'000.70 ohnehin nicht schlüssig dargetan worden, berücksichtigt die Klägerin doch offenbar irgendwelche nicht in ihrem Parteivortrag vorkommenden Gerät-

schaften (vgl. act. 24/17 S. 2: Tachymeter, Betonkübel, Vibrostampfer, Abbruchzange etc.).

*Zusammenfassend* liegt hinsichtlich der eingeforderten Nutzungsausfallentschädigung weder ein Schaden im Rechtssinne vor, noch wurde dieser rechtsgenügend behauptet und belegt. Die Klage ist diesbezüglich abzuweisen.

c) Schaden Rückgabe Beton

Die Klägerin begnügt sich – in Verkennung ihrer Behauptungs- und Beweislast – erneut mit allgemein gehaltenen Sätzen wie "beide Fahrmischer mussten durch die Störung durch den Beklagten wieder unverrichteter Dinge und mit vollen Tanks zum Betonwerk zurück" (act. 23 N 32.3). Es wäre angesichts der konkreten beklagischen Bestreitungen (act. 11 N 32; act. 27 N 130) aber an der Klägerin gewesen, genauer auszuführen, inwiefern ihr durch die "Rückgabe von Beton" ein Schaden im Sinne der Differenztheorie entstanden ist. Ohnehin unterliess sie es auch, taugliche Beweismittel zu offerieren. Es kann aufgrund des vorgetragenen Tatsachenfundaments damit nur schon nicht erstellt werden, wieviel Beton am fraglichen Tag verarbeitet wurde bzw. wieder abtransportiert werden musste. Damit kann der Klägerin aber diesbezüglich auch kein Schaden entstanden sein. Wiederum ist das Quantitativ nicht schlüssig behauptet worden. Es kann im Geltungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes nicht Aufgabe des erkennenden Gerichts sein, die Sachdarstellung einer Partei aus den Beilagen selbst zusammenzutragen (Urteil BGer 4A\_221/2015 vom 23. November 2015 E. 3.1 m.w.H. [nicht publizierte E. in BGE 141 III 549]). So soll sich die Höhe des Schadens aus einer – unzulässigerweise nicht in den Parteivortrag integrierten – Beilage wie folgt zusammensetzen (act. 3/12a):

5065 Erweiterung C. \_\_\_\_\_  
Rechnung G. \_\_\_\_\_

Datum	Lieferschein Artikel	Artikelbezeichnung	Menge	Preis	Betrag
			m <sup>3</sup>		
10.11.2015	175350/10	11082360 H236-0 C25/35 32 Cc 01 F4 Pfahlbeton im Trockenen inkl. Fracht	6.70	100.00	670.00
		41102209 Restbeton von Betonwerk	6.70	30.50	204.35
10.11.2015	175360/10	11082360 H236-0 C25/35 32 Cc 01 F4 Pfahlbeton im Trockenen inkl. Fracht	6.00	100.00	600.00
		41102209 Restbeton von Betonwerk	6.00	30.50	183.00
		Zwischentotal			1'657.35
		Kalkulations-Endzuschlag	8.00%		132.59
		Angebot			1'789.94
		Rabatt Werkvertrag	7.00%		125.30
		Zwischentotal			1'915.23
		Skonto Werkvertrag	2.00%		38.30
		Zwischentotal			1'953.54
		Anteil Firmentafel	0.10%		1.95
		Zwischentotal			1'955.49
		Anteil Betriebshaftpflicht	0.30%		5.67
		Zwischentotal			1'961.36
		Anteil Bauwesen	0.30%		5.68
		Zwischentotal			1'967.24
		Strukturkosten Tiefbau	0.07		137.71
		Total exkl. MWST			<u>2'104.95</u>

In den klägerischen Parteivorträgen finden sich, wie bereits erwähnt, keine Ausführungen zu den geltend gemachten, vorne stehend tabellarisch aufgeführten Rabatten und Zuschlägen wie "Anteil Firmentafel", "Anteil Bauwesen" usw.:

**act. 23 N 32.4**

"Blatt 3 der Klagebeilage 12a [...] belegt, welche Abzüge vom Bruttoangebot dieser Offerte gemacht wurden. Zuzüglich einem Kalkulations-Endzuschlag werden diese Abzüge dem Endpreis [...] hin und zurück [...] wieder zugeschlagen."

*Zusammenfassend* mangelt es an rechtsgenügend vorgetragenen Tatsachenbehauptungen der Klägerin hinsichtlich eines Schadens aus der Rückgabe von Beton. Die Klage ist diesbezüglich abzuweisen.

d) Zerstörte Mauer

Angesichts der konkreten beklagischen Bestreitungen (act. 11 N 46; act. 27 N 55 ff.; N 142 ff.) wäre es an der Klägerin gewesen, genauer auszuführen, wie sich die geltend gemachten Schadensersatzpositionen für die zerstörte Mauer auf der Baustelle "F.\_\_\_\_\_" genau zusammensetzen. Insbesondere wäre aufzuzeigen gewesen, warum der durch die Klägerin selbst erstellte Regierapport einen Schaden im Sinne der Differenztheorie belegen soll (act. 3/22). Jedenfalls stellt nach dem Ausgeführten weder ein abstrakter Nutzungsausfall für den T-Kran-

Betrieb einen Schaden im Rechtssinne dar noch der Einsatz von eigenen Arbeitnehmern. Die Klägerin liess es aber erneut bei pauschalen Vorbringen wie "Der Beklagte kann nicht ernsthaft bestreiten, dass die mutwillige Zerstörung einer Mauer einen Schaden verursacht" (act. 23 N 46) bewenden, was prozessual ungenügend ist.

*Zusammenfassend* mangelt es an rechtsgenügend vorgetragenen Tatsachenbehauptungen der Klägerin hinsichtlich eines Schadens aus der Zerstörung einer Mauer auf der Baustelle "F.\_\_\_\_\_". Die Klage ist diesbezüglich abzuweisen.

### 2.3. Fazit

Nach dem Ausgeführten ist die Klage vollumfänglich abzuweisen.

### 3. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Die Klägerin macht mit ihrer Klage weder im Lichte der Differenztheorie ersatzfähige Schadenspositionen geltend, noch vermag sie diese rechtsgenügend darzutun bzw. zu belegen. Die Klage ist vollumfänglich abzuweisen.

### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Sowohl die Festsetzungen der Gerichtsgebühr als auch der Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 55'000.–. Dies führt zu einer angesichts des Verfahrensaufwandes (doppelter Schriftenwechsel, verschiedene Themen, Aktenumfang, Vergleichsverhandlung) um einen Drittel leicht erhöhten Gerichtsgebühr von CHF 8'000.–, welche ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und teilweise aus ihrem Kostenvorschuss zu beziehen bzw. nachzufordern ist (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Bei der Festsetzung der Parteientschädigung ist vorliegend zu berücksichtigen, dass ein zweiter Schriftenwechsel stattfand. Dies führt zu einer durch die Klägerin zu bezahlenden und gegenüber der Grundgebühr um einen Drittel erhöhten Parteientschädigung in der Höhe von rund CHF 10'000.–. Mangels Antrags ist keine Mehrwertsteuer geschuldet.

**Das Handelsgericht beschliesst:**

1. Das Verfahren wird im Umfang von CHF 1'576.50 zufolge Klagerückzugs als erledigt abgeschrieben.
2. Auf die Klageänderung der Klägerin vom 15. Dezember 2016 (Schadenersatzansprüche der einzelnen [69] Arbeitnehmer) wird nicht eingetreten.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen richten sich nach dem nachfolgenden Erkenntnis.
4. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

**und erkennt sodann:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 8'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen; im nicht gedeckten Betrag werden die Kosten nachgefordert.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 10'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von act. 33 und an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 34.
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 55'000.–.

Zürich, 8. November 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Präsident:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Dr. Moritz Vischer