



Geschäfts-Nr.: HG170230-O

U

(vormals: HG140250-O)

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichterin
Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Hans Dietschweiler, Christoph
Pfenninger und Ruedi Kessler sowie der Gerichtsschreiber Roman
Kariya

Beschluss und Urteil vom 29. Juni 2018

in Sachen

ARGE A._____, einfache Gesellschaft, bestehend aus:

a) **B.**_____ **AG,**

b) **C.**_____ **AG,**

Klägerinnen

a, b vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____

a, b vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et dipl. Ing. ETH X2._____

gegen

D._____ **AG,**

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 4)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägerinnen den Betrag von CHF 4'876'889.80 zuzüglich 10% Zins seit dem 28. April 2012 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahrensgang

A. Prozessverlauf

Die Klägerinnen reichten am 17. Dezember 2014 die Klage mit obigem Rechtsbegehren ein. Das Verfahren wurde unter der Geschäfts-Nr. HG140250-O angelegt. Mit Urteil vom 31. Januar 2017 des Handelsgerichts des Kantons Zürich (fortan Handelsgericht Zürich) wurde die Beklagte zur Bezahlung von CHF 569'114.65 (inkl. MwSt.) zuzüglich 5 % Zins seit 28. April 2012 an die Klägerinnen a und b verpflichtet. Im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen (act. 1/39). Gegen dieses Urteil erhoben die Klägerinnen a und b Beschwerde in Zivilsachen. Mit Urteil vom 20. November 2017 hob das Bundesgericht das handelsgerichtliche Urteil – in teilweiser Gutheissung der Beschwerde – auf, nämlich Ziff. 1 (soweit die Klage abweisend), Ziff. 3 (Kostenverteilung) und Ziff. 4 (Parteientschädigung), und wies die Sache zur Neubeurteilung in einzelnen Punkten zurück. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten war (BGE 143 III 545 [fortan Rückweisungsentscheid] = act. 44). Demgemäss sind Dispositiv-Ziff. 1 Abs. 1 (Verpflichtung der Beklagten, den Klägerinnen a und b CHF 569'114.65 [inkl. MwSt.] zuzüglich 5 % Zins seit 28. April 2012 zu bezahlen) sowie Dispositiv-Ziff. 2 (Festsetzung der Gerichtsgebühr auf CHF 115'000.–) in Rechtskraft erwachsen. Das handelsgerichtliche Verfahren ist nun unter der Geschäftsnummer HG170230-O fortzusetzen. Der im Verfahren HG140250-O geleistete Kostenvorschuss von CHF 70'000.– ist auf das vorliegende Verfahren zu übertragen.

Der Prozess erweist sich als spruchreif, weshalb das Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Es ist an dieser Stelle auf Veränderungen in der Bearbeitung des vorliegenden Prozesses hinzuweisen. Am Urteil vom 31. Januar 2017 wirkte noch Handelsrichter Jakob Frei mit, welcher in der Folge per Ende Dezember 2017 altershalber das Handelsgericht verliess. Er wird im vorliegenden Verfahren durch Handelsrichter Christoph Pfenninger ersetzt. Eine solche personelle Veränderung ist – weil begründet – zulässig (Urteil des Bundesgerichts 4A_27/2015 vom 29. September 2015, E. 8.2). Ansonsten hat sich der Spruchkörper nicht verändert.

Im Übrigen ist hinsichtlich des Prozessverlaufs auf das Urteil vom 31. Januar 2017 des Handelsgerichts Zürich zu verweisen (act. 1/39 S. 5 f.).

B. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin a ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E._____/ZH, welche den Betrieb einer Bauunternehmung bezweckt. Bei der Klägerin b handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in F._____/GL, welche die Ausführung von Bauarbeiten aller Art im Hoch- und Tiefbau sowie die Herstellung von und den Handel mit Baumaterialien aller Art sowie den Betrieb von Deponien bezweckt. Die beiden Klägerinnen a und b (fortan Klägerinnen) haben sich zu einer einfachen Gesellschaft zusammengeschlossen und bilden die Arbeitsgemeinschaft A._____.

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in G._____, welche den Erwerb, die Veräusserung, die Verwaltung und die Vermittlung von Grundstücken, die Planung und die Ausführung von Bauten jeder Art auf eigene oder fremde Rechnung sowie die Beratung in Baufragen bezweckt.

b. Prozessgegenstand

Die Klägerinnen schlossen am 12. Oktober 2009 als Unternehmerkonsortium mit der Beklagten als Bauherrin einen Werkvertrag zur Ausführung der Baumeisterarbeiten im Zusammenhang mit der Wohnüberbauung Projekt "H._____, I._____". Dabei handelt es sich um eine Wohnüberbauung mit 7 Doppel Einfamilienhäusern (fortan DEFH) und 8 Mehrfamilienhäusern (fortan MFH), also insgesamt 118 Wohneinheiten. Als Werkpreis wurde pauschal 13'800'000.– (exkl. MwSt.) bzw. 14'848'000.– (netto, inkl. MwSt.) vereinbart. Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin noch offene Werklohnforderungen aus dem Werkvertrag geltend. Die Beklagte anerkennt die eingeklagte Forderung zwar teilweise, stellt dieser Forderung aber verrechnungsweise eigene Forderungen aus dem Werkvertrag gegenüber.

C. Beweisvorbringen der Parteien

Sowohl die Klägerinnen als auch die Beklagte offerierten ihre Beweismittel form- und fristgerecht, versehen mit je einem Beweismittelverzeichnis (act. 3/2-84; act. 11/1-59; act. 22/85-113; act. 26/60).

Erwägungen

**I.
Formelles**

Tragweite des Rückweisungsentscheids

Heisst das Bundesgericht eine Beschwerde teilweise gut und weist es die Angelegenheit zur diesbezüglich neuen Beurteilung an die kantonale Instanz zurück, wird der Streit – hinsichtlich der aufgehobenen Punkten – in jenes Stadium vor der kantonalen Instanz zurückversetzt, in dem er sich vor Erlass des angefochtenen Entscheids befand. Die kantonale Instanz hat ihre neue Entscheidung auf die rechtlichen Erwägungen des bundesgerichtlichen Entscheids zu stützen. Sie hat

sich von Bundesrechts wegen nur noch mit jenen Punkten zu befassen, die das Bundesgericht kassierte. Die anderen Teile des Urteils haben Bestand und sind – soweit notwendig – in das neue Urteil zu übernehmen. Irrelevant ist, dass das Bundesgericht mit seiner Rückweisungsentscheid formell in der Regel das ganze angefochtene Urteil bzw. ganze Dispositiv-Ziffern aufhebt. Entscheidend ist nicht das Dispositiv, sondern die materielle Tragweite des bundesgerichtlichen Entscheids. Die neue Entscheidung der kantonalen Instanz ist somit auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt. Das Verfahren wird nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies notwendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen (BGE 135 III 334, E. 2 und 2.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_824/2016 vom 10. April 2017, E. 5.2.1).

Eintretensvoraussetzungen

In formeller Hinsicht haben die Erwägungen im Urteil vom 31. Januar 2017 des Handelsgerichts Zürich nach wie vor Bestand (act. 1/39 S. 6). Die Eintretensvoraussetzungen sind somit gegeben.

II. Materielles

1. Umfang der neuen Beurteilung

1.1. Die Klägerinnen a und b machen verschiedene Ansprüche innerhalb eines Rechtsbegehrens geltend. Die Forderung setzt sich wie folgt zusammen:

- CHF 2'320'459.60 (inkl. MwSt.): Mehrforderungen zufolge Bestellungsänderungen bzw. besonderer Verhältnisse gemäss Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 (22 geltend gemachte Zusatzleistungen)

- CHF 1'898'640.– (inkl. MwSt.): Mehrforderungen zufolge Bauablaufstörungen (7 geltend gemachte Störungspositionen)
- CHF 657'790.20 (inkl. MwSt.): Restforderung aus der Pauschale.

Die Beklagte bringt ihrerseits acht Forderungen zur Verrechnung.

1.2. Von den Mehrforderungen zufolge Bestellungsänderungen bzw. besonderer Verhältnisse gemäss Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 anerkannte die Beklagte sechs vollumfänglich (nämlich die Zusatzleistungen Nr. 6, 7, 12, 13, 14 und 17), im Betrag von insgesamt CHF 44'737.50 (exkl. MwSt.). Da die Zusatzleistung Nr. 20 bereits bezahlt worden war, wurde diese in der Replik nicht mehr geltend gemacht. Drei weitere Zusatzleistungen anerkannte die Beklagte teilweise, nämlich Zusatzleistung Nr. 5 im Umfang von CHF 14'400.– (exkl. MwSt.), Zusatzleistung Nr. 8 im Umfang von CHF 28'216.70 (exkl. MwSt.) und Zusatzleistung Nr. 22 im Umfang von CHF 11'630.– (exkl. MwSt.), insgesamt im zusätzlichen Betrag von CHF 54'246.70 (exkl. MwSt.).

Mit Urteil vom 31. Januar 2017 des Handelsgerichts Zürich wurde entschieden, dass sich die Beklagte ihr Schuldbekenntnis betreffend die Zusatzleistung Nr. 11 im Umfang von CHF 56'580.- (exkl. MwSt.) entgegenhalten lassen muss. Insgesamt wurden somit Mehrforderungen zufolge Bestellungsänderungen bzw. besonderer Verhältnisse gemäss Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 in der Höhe von insgesamt CHF 168'009.35 (inkl. MwSt.) als berechtigt erachtet, im weiteren Umfang indessen als unbegründet abgewiesen. Die Mehrforderungen zufolge Bauablaufstörungen wurden allesamt abgewiesen. Die Restforderung aus der Pauschale wurde dagegen gutheissen. Von den Forderungen, welche die Beklagte zur Verrechnung brachte, wurden zwei als berechtigt erachtet, nämlich eine in der Höhe von CHF 216'000.– (inkl. MwSt.) und eine über CHF 40'684.90 (inkl. MwSt.). Die übrigen zur Verrechnung gestellten Forderungen wurden als unbegründet abgewiesen.

1.3. Vor Bundesgericht nicht mehr streitig waren die gutgeheissenen Mehrforderungen zufolge Bestellungsänderungen bzw. besonderer Verhältnisse ge-

mäss Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 in der Höhe von insgesamt CHF 168'009.35 (inkl. MwSt.) sowie die Restforderung aus der Pauschale in der Höhe von CHF 657'790.20 (inkl. MwSt.). Insgesamt machen diese nicht mehr streitigen Positionen CHF 825'799.55 aus. Ebenso wenig streitig waren sodann die von der Beklagten zur Verrechnung gestellten Forderungen, soweit diese abgewiesen wurden. Mangels diesbezüglicher Rüge in der Beschwerde war ferner die vom Handelsgericht Zürich gutgeheissene, von der Beklagten zur Verrechnung gebrachte Forderung über CHF 40'684.90 nicht zu überprüfen. Gleiches galt hinsichtlich der Verzinsung der Forderungen mit 5 % statt der beantragten 10 % (Rückweisungsentscheid, E. 3.3).

Mit Urteil vom 20. November 2017 schützte das Bundesgericht die Eventualbegründungen im handelsgerichtlichen Urteil hinsichtlich der Mehrforderungen aus Zusatzleistungen Nr. 1 + 2, 3, 10, 19 und 21 (Rückweisungsentscheid, E. 5.1, 5.2, 5.4, 5.6 und 5.7). Ebenso wurde das Urteil hinsichtlich der Mehrforderungen zufolge Bauablaufstörungen Nr. 1, 4, 5, 6 (betreffend den internen Aufwand) und 7 geschützt (Rückweisungsentscheid, E. 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3, 6.2.4.1 und 6.2.5). Über diese Positionen ist damit rechtskräftig entschieden.

Die übrigen Positionen wurden hingegen zur neuen Beurteilung zurückgewiesen. Auf die für das Handelsgericht Zürich verbindlichen rechtlichen Erwägungen des Bundesgerichts ist an entsprechender Stelle einzugehen.

1.4. Demnach ist (noch) über die geltend gemachten Zusatzleistungen Nr. 4, 5, 8, 9, 11, 15, 16, 18 und 22 betreffend die Mehrforderungen zufolge Bestelungsänderungen bzw. besonderer Verhältnisse gemäss Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118, die Mehrforderungen Nr. 2, 3 und 6 (soweit den vom Privatgutachter in Rechnung gestellten Betrag betreffend) zufolge Bauablaufstörungen sowie die zur Verrechnung gestellte Rückforderung von CHF 216'000.– neu zu entscheiden.

2 Mehrforderungen Nr. 4, 5, 8, 9, 11, 15, 16, 18 und 22 zufolge Bestel-
lungsänderungen bzw. besonderen Verhältnissen

2.1. Verbindliche rechtliche Erwägungen im Rückweisungsentscheid

2.1.1. Das Bundesgericht äusserte sich in seinem Rückweisungsentscheid zur Frage, wie die Preise für Nachtragsarbeiten wegen einseitigen Bestellungsänderungen (Art. 84 SIA-Norm 118) bzw. wegen von der Bauherrin verschuldeter besonderer Verhältnisse (Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118) bei einem Werkvertrag mit Pauschalpreis zu bestimmen sind, wenn die Unternehmerin diese Arbeiten ausgeführt hat, ohne dass sich die Parteien vorgängig über die entsprechenden Entschädigungen geeinigt hätten oder die Bauherrin deren Ausführung in Regie angeordnet habe. Dabei kam es zu einem von der Begründung des Urteils des Handelsgerichts Zürich abweichenden Schluss. Es entschied, dass auch dann, wenn sich die Parteien nicht auf einen Mehr- oder Minderpreis geeinigt hätten, der Mehr- oder Minderpreis gleichwohl in sinngemässer Anwendung von Art. 89 SIA-Norm 118 Abs. 1 und 2 zu bestimmen sei (Rückweisungsentscheid, E. 4.4.4.1).

Entsprechend sei zur Bestimmung der Nachtragspreise auf die allgemeinen Marktpreise im Zeitpunkt der Bestellungsänderung abzustellen. Hierfür habe das Gericht einen Ermessensentscheid zu treffen und dabei alle Preiselemente zu berücksichtigen, die aufgrund der Parteibehauptungen vorhanden seien.

Das Bundesgericht äusserte sich sodann weiter zu den Preiselementen: So stellte es klar, dass es bei der Bestimmung der Nachtragspreise durch das Gericht nach Art. 89 Abs. 2 SIA-Norm 118 anhand der unbestimmten, nicht näher konkretisierten allgemeinen Marktpreise nicht das Ziel sein könne, das einzig richtige Ergebnis zu ermitteln, dürfte es ein solches doch gar nicht erst geben. Wäre den Parteien wichtig gewesen, dass ein Gericht bei der nachträglichen Bestimmung der Nachtragspreise an eine exakte Bemessungsmethode gebunden wäre, hätten sie eine entsprechend präzisere vertragliche Regelung treffen können und müssen. Indem sie sich stattdessen für die Übernahme der SIA-Norm 118 entschieden hätten, die zur Frage, wie bei einem Vertrag mit Pauschalpreis die Preise für Nachtragsarbeiten wegen einseitigen Bestellungsänderungen bzw. aufgrund von der

Bauherrin verschuldeter besonderer Verhältnisse zu bilden seien, bloss eine vage Vorgabe enthalte, räumten sie dem Gericht einen erheblichen Beurteilungsspielraum ein. Das Gericht habe dieses Ermessen pflichtgemäss wahrzunehmen und die Nachtragspreise sachgerecht und mit Augenmass zu bestimmen. Dabei könne – obschon im Grundsatz nicht von einer Preisfortschreibung auszugehen sei – bei der Festsetzung der allgemeinen Marktpreise auf ein ausgefülltes Leistungsverzeichnis oder Preisanalysen abgestellt werden. Dies insbesondere dann, wenn diese der Bauherrin bekannt gewesen seien. Dass diese nämlich den Werkvertrag mit dieser Unternehmerin abgeschlossen habe, spreche dafür, dass deren Preise im Zeitpunkt der Offertstellung konkurrenzfähig gewesen seien. Dies jedenfalls dann, wenn die Bauherrin – wie es üblich sei – von mehreren Unternehmerinnen Offerten eingeholt und womöglich noch Abgebotsrunden durchgeführt habe. Allfällige Rabatte oder Nachlässe, die im Rahmen von Abgebotsrunden gewährt worden seien, seien allerdings bei den ursprünglichen Preisangaben im Leistungsverzeichnis noch in Anschlag zu bringen, etwa durch einen entsprechenden prozentualen Abzug. Ohne anderslautende Anhaltspunkte (etwa eine negative Teuerung und/oder sinkende Lohnkosten) dürften diese Preise auch zu einem späteren Zeitpunkt (erst recht) noch als konkurrenzfähig – und damit einen allgemeinen Marktpreis reflektierend oder gar unterbietend – zu betrachten sein. Solche Unterlagen seien daher im Rahmen der gerichtlichen Bildung der Nachtragspreise sehr wohl zu berücksichtigen und könnten als Hilfsmittel dazu dienen, etwa indem sie mangels anderer Anhaltspunkte als Indizien für die allgemeinen Marktpreise verstanden würden (Rückweisungsentscheid, E. 4.4.4.2).

An diese rechtlichen Erwägungen des Bundesgerichts ist das Handelsgericht Zürich gebunden, und es sind diese der nachfolgenden Beurteilung zugrunde zu legen.

Im Übrigen ist auf die allgemeinen rechtlichen Erwägungen im handelsgerichtlichen Urteil vom 31. Januar 2017 (HG140250-O, Erw.II.2.2.2.1. f.) zu verweisen.

2.1.2. Gemäss Rückweisungsentscheid hat nun das Handelsgericht Zürich – soweit erforderlich – einerseits die bislang noch nicht behandelten Punkte zu prüfen (etwa, ob überhaupt zu vergütende Bestellungenänderungen vorliegen) und

andererseits die Nachtragspreise zu bestimmen. Diese Preisbestimmung setzt zunächst voraus, dass die zusätzlichen Leistungen behauptet sind (und auch bewiesen werden können). Ferner müssen nach dem Gesagten Behauptungen vorliegen, die dem Handelsgericht Zürich ermöglichen, die Nachtragspreise für diese Leistungen in Ausübung seines Ermessens zu bestimmen, wobei grundsätzlich die Marktpreise im Zeitpunkt der Beststellungsänderung massgeblich sind (E. 4.4.4.2).

2.2. Zivilprozessuale Grundsätze

2.2.1. Wie sogleich zu zeigen ist, vermögen die Klägerinnen auch hinsichtlich der neu zu beurteilenden Zusatzleistungen Nr. 4, 5, 8, 9, 11, 15, 16, 18 und 22 betreffend die Mehrforderungen zufolge Beststellungsänderungen bzw. besonderer Verhältnisse gemäss Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 (nach wie vor) nicht durchzudringen. Da die Gründe hierfür mehrheitlich an den Anforderungen der wesentlichen zivilprozessualen Grundsätze liegen, werden diese nachfolgend aufgezeigt.

2.2.2. Der Verhandlungsgrundsatz – welcher im vorliegenden Fall anwendbar ist – besagt, dass der Rechtsuchende die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hat, aus deren Vorliegen er seinen Anspruch herleitet (Urteil des Bundesgerichts 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011, E. 5.5). Das Gericht darf das Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen abstützen. Somit obliegt den Parteien die Behauptungslast. Es handelt sich dabei nicht um eine Rechtspflicht, sondern um eine prozessuale Obliegenheit, deren Unterlassung zu einem prozessualen Nachteil führt, indem die betreffende Tatsache im Prozess unberücksichtigt bleibt. Die inhaltliche Tragweite der Substantiierungslast hängt auch vom prozessualen Verhalten der Gegenpartei ab. Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige undifferenzierte Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei seinerseits schlüssig und widerspruchsfrei, ist diese gehalten, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (Urteil des Bundesgerichts 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011, E. 6.2, mit weiteren Hinweisen). Eine nicht oder nicht genügend substantiierte Behauptung darf nachträglich mittels eines Beweisverfahrens nicht mehr korrigiert werden, führte dies ansonsten doch

zu einer Aushöhlung der Substantiierungslast und damit zu einer Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes.

2.2.3. Zudem hat die Klage nach Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten. Dabei ist ein Beweismittel nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt (Prinzip der Beweisverbindung). Die Beweismittel sind den behaupteten Tatsachen zuzuordnen und unmittelbar im Anschluss an die zu beweisenden Tatsachenbehauptungen aufzuführen (Urteile des Bundesgerichts 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018, E. 5; 4A_487/2015 vom 6. Januar 2016, E. 5.2-5.4; 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013, E. 4.4). Die Behauptungen sind mit anderen Worten zu verknüpfen. Wenn zu einem Beweisthema keine Beweismittel angeboten werden, ist das Gericht nicht gehalten, Beweismittel abzunehmen, die in einem anderen Zusammenhang angeboten worden sind. Des Weiteren muss die Angabe der Beweismittel spezifisch sein. Ein pauschaler Verweis auf eine Urkundenansammlung oder eine umfangreiche Urkunde ist nicht zulässig. Vielmehr ist bei einem mehrseitigen Dokument die relevante Seite oder Stelle anzugeben. Es geht auch nicht an, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu schildern und sich zum Beweis am Schluss dieser Behauptungen pauschal auf einen Stoss Akten oder eine Anzahl Zeugen zu berufen (LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [HRSG.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 221 N. 51; PAHUD, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [HRSG.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 221 N. 17).

2.2.4. Die Aufzählung der zulässigen Beweismittel in Art. 168 ZPO ist abschliessend. Im Zivilprozess stellt ein Privatgutachten kein Beweismittel dar; weder als Urkunde im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO noch als Gutachten im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO. Letztere Bestimmung lässt einzig vom Gericht eingeholte Gutachten als Beweismittel zu. Parteigutachten haben lediglich die Qualität von Parteibehauptungen. Dies bedeutet, dass wenn die aufgrund eines Parteigutachtens in den Prozess eingebrachten Tatsachen bestritten sind,

diese gestützt auf die Parteigutachten allein nicht als bewiesen erachtet werden dürfen (BGE 141 III 433, E. 2.5.1. ff.)

2.3. Würdigung

2.3.1. Vorbemerkung

Demnach haben die Klägerinnen für ihre geltend gemachten Mehrforderungen sowohl ihre Mehrleistungen als auch die Kalkulationsgrundlagen zur Bildung der Nachtragspreise substantiiert zu behaupten und zu beweisen. Dem kommen sie indessen – auch unter Einbezug der verbindlichen rechtlichen Erwägungen im Rückweisungsentscheid – nicht nach. Bereits an dieser Stelle ist zudem darauf hinzuweisen, dass es nicht einem Sachverständigen obliegt, den Umfang einer Mehrleistung selber zu ermitteln. Ein/e Gutachten/Expertise dient nämlich nur dazu, hinreichend substantiierte Tatsachenbehauptungen, die eine geltend gemachte Mehrleistung begründen, in tatsächlicher Hinsicht zu überprüfen.

Demnach braucht auch der klägerische Eventualeinwand, wonach die ursprüngliche Pauschalpreisabrede infolge der nachträglich in zeitlicher und qualitativer Hinsicht massiv modifizierten Leistung als gegenstandslos dahingefallen sei (act. 1/21 S. 28 Rz. 31 ff.), nicht geprüft zu werden. Entsprechend erübrigen sich ebenso Ausführungen hinsichtlich des strittigen Baugrundrisikos sowie der Tragweite der bestehenden Abmahnungs- und Nachprüfungspflicht.

2.3.2. Mehrforderung betreffend die geltend gemachte Zusatzleistung Nr. 4 in der Höhe von CHF 298'767.15 (brutto, exkl. MwSt.)

2.3.2.1. Die Klägerinnen machen Mehrkosten für den behaupteten Mehrverbrauch von Mager- und Sickerbeton hinsichtlich der Werkleitungen sowie der Kanalisation geltend (act. 1 S. 68 ff. Rz. 103 ff.).

2.3.2.2. Die Klägerinnen bringen vor, dass bei der Erstellung der Werkleitungen ein Mehrausmass von 21.25m³ an Mager- und Geröllbeton an Stellen verbaut worden sei, wo gar kein Mager- und Geröllbeton ausgeschrieben gewesen sei (act. 1/1 S. 69 Rz. 104c; act. 1/21 S. 78 Rz. 181c). Bei der Erstellung der Kanali-

sationsgräben sei ein Mehrausmass von 2'447.9m³ angefallen (act. 1/1 S. 69 Rz. 104d). Die Beklagte führt dagegen aus, dass die Klägerinnen die Mehrausmasse der Werkleitungen sowie auch der Kanalisationsgräben nicht näher dargelegt hätten, weshalb diese unsubstantiierten Behauptungen bestritten würden (act. 1/10 S. 57 f Rz. 165).

Die Klägerinnen haben daher die Existenz und den Umfang ihrer geltend gemachten Mehrleistungen (mithin das Mehrausmass) substantiiert zu behaupten und zu beweisen.

2.3.2.3. Betreffend das behauptete Mehrausmass von 21.25m³ bei der Erstellung der Werkleitungen führen sie aus, dass sich dieses aufgrund der Lieferscheine ergeben würde (act. 1/1 S. 69 Rz. 104c). Um welche Lieferscheine es sich dabei handelt, ist allerdings nicht ersichtlich; solche liegen auch nicht bei den Akten. Stattdessen bringen die Klägerinnen in pauschaler Weise und erst in Rahmen einer Aufzählung am Schluss des entsprechenden Sachverhaltskomplexes in einer Klammerbemerkung vor, dass "Lieferscheine, Rechnungen etc., welche primär einem Experten zur Bestimmung/Prüfung des Quantitativs dienen" auf erstes Verlangen des Gerichts umgehend nachgereicht würden (act. 1/1 S. 72 Rz. 108, unter BO). Das genügt dem Erfordernis eines formgerechten Beweisantrags nicht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2013 vom 5. Februar 2014, E. 6.3.5). Abgesehen davon, dass – wie erwähnt – nicht ersichtlich ist, auf welche Lieferscheine die Klägerinnen Bezug nehmen (eine genaue Bezeichnung mit Angabe der Daten und des Ausstellers fehlt), wurden diese gemäss Klammerbemerkung auch erst für den Fall einer Expertise angeboten. Unter der bestrittenen Behauptung des Mehrausmasses von 21.25m³ bei der Erstellung der Werkleitungen wurde allerdings keine Expertise beantragt. Es reicht nicht aus, wenn die Klägerinnen am Schluss eines ganzen Sachverhaltskomplexes in einer Klammerbemerkung allgemeine, stichwortartige Begriffe wie "Mehrmengen" oder "Bau-Ist" anführen und damit für sämtliche in diesem Zusammenhang stehenden bestrittenen Tatsachenbehauptungen das Beweismittel des Gutachtens offeriert haben wollen. Dies zuzulassen würde das Erfordernis der Zuordenbarkeit der Beweismittel zu einzelnen Tatsachenbehauptungen unterlaufen. Gleiches gilt hinsichtlich der Ausmass-

zusammenstellung, auf welches die Klägerinnen ebenso in allgemeiner Weise verweisen.

Ohnehin hätten die Klägerinnen die betreffenden Lieferscheine, mit welchen sie diese Tatsachenbehauptung ("Mehrausmass von 21.25m³ bei der Erstellung der Werkleitungen") allenfalls hätten beweisen wollen, bereits im Rahmen ihres Parteivortrags einreichen müssen. Eine Ausnahme bestünde nur dann, wenn ein früheres Einreichen als unverhältnismässig erscheinen würde (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 221 N. 54). Derartige Gründe wurden nicht dargetan und sind auch nicht ersichtlich.

Was die übrigen, am Schluss des entsprechenden Sachverhaltskomplexes aufgezählten Beweismittel betrifft, so lassen sich diese – ohne Eigeninterpretation des Gerichts – den einzelnen Behauptungen nicht zuordnen. Auch das genügt dem Erfordernis eines formgerechten Beweisantrags nicht. Was die Klammerbemerkung bei der am Schluss des geschilderten Sachverhaltskomplexes erwähnten Expertise betrifft, so enthält diese lediglich und pauschal den Begriff "Mehrmengen". Es genügt aber nicht, pauschal für sämtliche sich im Rahmen dieser "Mehrmengen" ergebenden und bestrittenen einzelnen Tatsachenbehauptungen ein Gutachten zu beantragen. Dies zuzulassen würde das Erfordernis der Zuordenbarkeit der Beweismittel zu den einzelnen bestrittenen Tatsachenbehauptungen unterlaufen.

Betreffend J._____ führen die Klägerinnen in ihrer Replik zwar aus, dass "[dieser] das Ausmass im Detail erfasst [habe]". Wenn sie ihn danach – nach mehreren strittigen Tatsachenbehauptungen – unter der pauschalen Aufzählung sämtlicher Beweismittel einfach als Zeugen aufführen, stellt auch dies kein formgerechter Beweisantrag dar. Ohnehin liesse sich alleine mit J._____, der – genau genommen – auch nur für die Tatsachenbehauptung "Erfassung des Ausmasses im Detail" seine Erwähnung fand, der Beweis des tatsächlichen Mehrausmasses nicht erbringen.

2.3.2.4. Unter der Behauptung des Mehrausmasses von 2'447.9m³ bei der Erstellung der Kanalisationsgräben fehlen bereits formgerecht angebotene Beweismittel.

mittel. Auf die Ausmasszusammenstellung wurde nämlich lediglich im Rahmen des behaupteten gesamten Mager- und Geröllbetons verwiesen. Ohnehin liesse sich damit der Beweis des tatsächlichen Mehrausmasses nicht erbringen.

Was die übrigen, am Schluss des ganzen Sachverhaltskomplexes aufgezählten Beweismittel anbetrifft, so gilt – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – das in der vorhergehenden Erwägung Ausgeführte (Erw.II.2.3.2.3. Absatz 3 und 4).

2.3.2.5. Da damit die behaupteten und bestrittenen Mehrausmasse – auch zufolge nicht formgerechter Beweisanträge – nicht bewiesen worden sind bzw. werden können, erweist sich bereits deshalb die von den Klägerinnen geltend gemachte Mehrforderung in der Höhe von CHF 298'767.15 (brutto, exkl. MwSt.) als unbegründet. Entsprechend kann offen gelassen werden, ob vorliegend überhaupt ein Anspruch auf Mehrvergütung bestehen würde

2.3.3. Mehrforderung betreffend die geltend gemachte Zusatzleistung Nr. 5 in der Höhe von CHF 63'887.60 (brutto, exkl. MwSt.)

2.3.3.1. Die Klägerinnen machen Mehrkosten für 18 Füllproben bei den Kanalisationsleitungen geltend, nachdem die Stadt I. _____ im Rahmen einer nachträglichen Änderung der Kanalisationsbewilligung vom 15. September 2009 die Auflage gemacht habe, von der Hauskanalisation bis zum "Einspitz" in die öffentliche Kanalisation Füllproben durchzuführen (act. 1/1 S. 73 ff. Rz. 109 ff.).

2.3.3.2. Die Beklagte anerkannte unter dieser Position eine Mehrforderung von CHF 14'400.– (brutto, exkl. MwSt.). Hierüber wurde bereits rechtskräftig entschieden (vgl. Rückweisungsentscheid, E. 3.2 f.).

2.3.3.3. Hinsichtlich der über die Anerkennung hinaus geltend gemachten Mehrforderung kann offen gelassen werden, ob überhaupt ein Anspruch auf Mehrvergütung bestehen würde, da es den behauptungs- und beweisbelasteten Klägerinnen nicht gelingt, die Kalkulationsgrundlagen zur Bildung der Nachtragspreise hinreichend darzulegen.

Die Klägerinnen behaupten Mehrkosten von CHF 4.65 pro Laufmeter unter dem Titel "Etappenweises Einbringen Füllbeton" (act. 1/1 S. 75 f. Rz. 112c). Dabei legen sie allerdings – wie die Beklagte in ihrer Klageantwort zutreffend ausführt (act. 1/10 S. 61 Rz. 183 ff.) – nicht dar, wie sie CHF 3.70 für die Löhne und CHF 0.90 für den Inventaranteil (also insgesamt CHF 4.65 pro Laufmeter) berechnen. Angaben, welche es erlauben würden zu überprüfen, ob dieser Laufmeterpreis – unter Berücksichtigung der ursprünglichen Kostengrundlage – als allgemeiner Marktpreis herangezogen werden könnte, fehlen gänzlich. Gleiches gilt hinsichtlich der behaupteten Verdoppelung des Arbeitsaufwands pro m³ Hüllbeton von 0.25h/m³ auf 0.5h/m³. Worauf sich die Klägerinnen hierbei stützen (etwa von welchen Erschwernissen auszugehen wäre), ist weder dargetan noch ersichtlich.

Betreffend das "Kühlen der Kanalisationsleitungen" behaupten die Klägerinnen sodann Mehrkosten von CHF 11.50 pro Laufmeter Leitung (act. 1/1 S. 76 Rz. 112d). Aber auch diesbezüglich fehlen Angaben dazu, worauf sich dieser Preis stützt bzw. wie sich dieser berechnet. Ein pauschaler Verweis auf das Gutachten der "K._____" genügt nicht, handelt es sich dabei doch – wie erwähnt (Erw.II.2.2.4.) – lediglich um eine Parteibehauptung. In einem Privatgutachten enthaltene Ausführungen – etwa zur Festlegung des Preises – müssen in den Rechtsschriften selber enthalten sein; allenfalls genügen auch präzise Verweise auf konkrete Stellen. Der pauschale Verweis ("hat die Gutachterin bestätigt" [act. 1/21 S. 82 Rz. 195]) genügt diesen Anforderungen aber nicht. Dem Gericht ist es verwehrt, eine unvollständige Behauptung aufgrund der Beilagen zu ergänzen zu versuchen. Ohnehin aber lässt sich dem Privatgutachten keine Begründung der Kalkulationsgrundlagen entnehmen.

Auch aus der Berechnung des anerkannten Betrages von CHF 14'400.– lässt sich nichts zu Gunsten der Klägerinnen ableiten. Der anerkannte Betrag basiert auf einer anderen Kostengrundlage als der bestrittene. Die Kalkulationsgrundlagen wurden auch zum Ersteren nicht dargetan. Ohnehin liegt die Anerkennung einer Forderung – soweit dem Gesetz oder Rechtsprechung nicht entgegenstehen – in der Disposition der Parteien. Im Bestreitungsfall (act. 1/10 S. 60 f. Rz. 180 ff.) ist eine Anspruchsprüfung vorzunehmen und daher auch über Rechtsfragen – wie

vorliegend die Festsetzung des Nachtragspreises, basierend auf für dem Gericht nachvollziehbaren Angaben der Parteien – zu befinden.

2.3.3.4. Demnach fehlen rechtserhebliche Tatsachen im Zusammenhang mit den von ihnen geforderten Mehrkosten, für welche die Klägerinnen die Behauptungs- und Beweislast tragen. Wie erwähnt, lässt sich dieser Mangel auch mittels eines Beweisverfahrens – insbesondere mit der von den Klägerinnen beantragten Expertise – nicht beheben (siehe Erw. II.2.2.2.). Da die erwähnten Kalkulationsgrundlagen fehlen, ist es dem Gericht nicht möglich, eine Festsetzung des Nachtragspreises nach Ermessen vorzunehmen.

Folglich erweist sich die geltend gemachte Mehrforderung im CHF 14'400.– (brutto, exkl. MwSt.) übersteigenden Betrag als nicht hinreichend substantiiert und damit als unbegründet.

2.3.4. Mehrforderung betreffend die geltend gemachte Zusatzleistung Nr. 8 in der Höhe von CHF 89'863.20 (brutto, exkl. MwSt.)

2.3.4.1. Unter dieser Position machen die Klägerinnen Mehrkosten dafür geltend, dass sie sämtliche Balkon-Untersichten überhöht, in mehrere resp. laufend wechselnde Richtungen und als Folge davon auch die Abschalungen für die Balkon-Stirnen schief und nicht mehr parallel hätten ausführen müssen. Sodann hätten sie auch sämtliche Balkonoberflächen mehrseitig geneigt ausführen müssen (act. 1/1 S. 81 ff. Rz. 122 ff.).

2.3.4.2. Die Beklagte anerkannte unter dieser Position eine Mehrforderung von CHF 28'216.70 (brutto, exkl. MwSt.). Hierüber wurde bereits rechtskräftig entschieden (Rückweisungsentscheid, E. 3.2 f.).

2.3.4.3. Hinsichtlich der über die Anerkennung hinaus geltend gemachten Mehrforderung kann offen gelassen werden, ob überhaupt ein Anspruch auf Mehrvergütung bestehen würde, da es den behauptungs- und beweisbelasteten Klägerinnen nicht gelingt, die Kalkulationsgrundlagen zur Bildung der Nachtragspreise hinreichend darzulegen.

Die Klägerinnen machen unter dem Titel "Mehrseitig geneigte Balkonuntersichten" einen Anspruch auf Mehrvergütung basierend auf einem Mehrpreis von CHF 12.– pro m² geltend. Diesem Mehrpreis liegt gemäss klägerischer Darstellung ein zeitlicher Mehraufwand von 50 % zugrunde (act. 1/1 S. 83 Rz. 125b). Woraus sich dies ergibt, legen sie aber – auch nach entsprechender beklagtischer Bestreitung (act. 1/10 S. 65 f. Rz. 205) – nicht dar. Sodann rechnen die Klägerinnen mit einem von der Beklagten bestrittenen Mehrpreis von CHF 4.50 pro m² und führen aus, dass sich dieser aus der Preisdifferenz von CHF 10.– pro m³ zwischen den Pos. 721.104 und Pos. 721.301 herleite (act. 1/1 S. 85 Rz. 125d). Nachvollziehbar ist dieser Schritt – lediglich mit den Ausführungen in den Rechtschriften – allerdings nicht. Es geht zudem nicht an, dass das Gericht eine unvollständige Behauptung anhand der Beilagen (vorliegend das Privatgutachten sowie das Leistungsverzeichnis, worauf unter dem Titel "Mehrseitig geneigte Balkonoberflächen" ohnehin nicht konkret verwiesen wurde) ergänzen müsste und dürfte. Der Mehrpreis von CHF 4.50 wurde daher nicht hinreichend dargetan.

Die Klägerinnen können auch nicht einwenden, dass die Beklagte den Mehrpreis aufgrund ihrer Anerkennung von CHF 28'216.70 (brutto, exkl. MwSt.) bestätigt hätten. Einzig bestätigt hätte die Beklagte – wenn überhaupt – einen Mehrpreis von CHF 5.05 pro Laufmeter hinsichtlich der "auf- und absteigenden Deckenrand-schalungen", nicht aber hinsichtlich des Mehrpreises der übrigen Positionen, insbesondere betreffend die "mehrseitig geneigten Balkonuntersichten".

2.3.4.4. Demnach fehlen rechtserhebliche Tatsachen im Zusammenhang mit den von ihnen geforderten Mehrkosten, für welche die Klägerinnen die Behauptungs- und Beweislast tragen. Wie erwähnt, lässt sich dieser Mangel auch mittels eines Beweisverfahrens – insbesondere mit der von den Klägerinnen beantragten Expertise – nicht beheben (siehe Erw. II.2.2.2.). Da die erwähnten Kalkulationsgrundlagen fehlen, ist es dem Gericht nicht möglich, eine Festsetzung des Nachtragspreises nach Ermessen vorzunehmen.

Folglich erweist sich die geltend gemachte Mehrforderung im CHF 28'216.70 (brutto, exkl. MwSt.) übersteigenden Betrag als nicht hinreichend dargetan und damit als unbegründet.

2.3.5. Mehrforderung betreffend die geltend gemachte Zusatzleistung Nr. 9 in der Höhe von CHF 13'455.75 (brutto, exkl. MwSt.)

2.3.5.1. Die Klägerinnen behaupten unter dieser Position Mehrkosten für diverse Änderungen im Bereich der Decken- und Balkonstirnen sowie für die Ausführung eines rund 10 % konstanten Gefälles bei den Balkonbrüstungen (act. 1/1 S. 88 ff. Rz. 128 ff.).

2.3.5.2. Die Klägerinnen führen aus, dass sie insgesamt 2.1m² Balkonstirnen und 33.9m² Deckenstirnen *zusätzlich* geschalt hätten. Hinsichtlich der Balkon- und Deckenstirnen berechnen sie die Differenz multipliziert mit den jeweiligen Einheitspreisen gemäss Leistungsverzeichnis (act. 1/1 S. 90 f. Rz. 131; act. 1/21 S. 91 f. Rz. 219). Die Beklagte bestreitet die geltend gemachten Mehrausmasse (act. 1/10 S. 68 Rz. 216).

Die Klägerinnen haben daher die Erbringung und den Umfang ihrer behaupteten Mehrleistungen (mithin das Mehrausmass) substantiiert zu behaupten und zu beweisen.

2.3.5.3. Betreffend die geltend gemachten Mehrausmasse der Balkonstirnen von 2.1m² sowie der Deckenstirnen von 33.9m² verweisen die Klägerinnen auf die Ausschreibungs- und Ausführungspläne sowie auf die Ausmasszusammenstellung (act. 1/1 S. 89 Rz. 129a). Allerdings behaupten die Klägerinnen in ihren Rechtsschriften weder das Ausmass gemäss "Bau-Soll" noch dasjenige gemäss "Bau-Ist", auch nach entsprechender Bestreitung der Beklagten (act. 1/10 S. 67 f. Rz. 213) nicht. Dies ist aber für eine Beurteilung des bestrittenen Mehrausmasses notwendig. Ohne Darlegung der Zahlen, auf deren Basis die Klägerinnen ihr behauptetes Mehrausmass errechnen, lässt sich auch kein Beweisverfahren durchführen. Der pauschale Verweis auf die Ausmasszusammenstellung (act. 1/3/35) – ohne präzise Angaben auf konkrete Stellen – ist kein rechtsgenügender Verweis, um etwaige darin enthaltene Ausführungen zum Bestandteil der Rechtsschriften zu erklären. Gleiches gilt bezüglich der Ausführungs- und Ausschreibungspläne (act. 1/3/32a und act. 1/3/33a). Ohnehin lässt sich weder der tabellarischen Ausmasszusammenstellung noch den Ausführungs- und Ausschreibungsplänen –

ohne Eigeninterpretation des Gerichts – die entsprechenden Ausmasse entnehmen. Das Gericht müsste sich aus den darin enthaltenen Zahlen selber die Ausmasse errechnen, was nicht angeht. Den Substantiierungsanforderungen wurde damit nicht Rechnung getragen. Folglich sind die Ausmasse, mithin auch die Mehrausmasse, nicht hinreichend dargetan.

2.3.5.4. Betreffend die geltend gemachten 2'901.1 Laufmeter Kronen (bezüglich der Balkonbrüstungen), welche erschwert in geneigter Form hätten ausgeführt werden müssen, machen die Klägerinnen einen Einheitspreiszuschlag von CHF 3.50 pro Laufmeter geltend (act. 1/1 S. 91 Rz. 131f). Allerdings ist nicht dargetan worden, woraus sich dies ergibt. Damit fehlen Angaben, um überhaupt beurteilen zu können, ob dieser Einheitspreiszuschlag – unter Berücksichtigung der ursprünglichen Kostengrundlage – als allgemeiner Marktpreis herangezogen werden könnte. Selbst nach beklagtischer Bestreitung (act. 1/10 S. 68 Rz. 214) sind die Klägerinnen dem nicht nachgekommen. Damit erweist sich bereits der geltend gemachte Einheitspreiszuschlag als nicht substantiiert.

2.3.5.5. Insgesamt fehlen somit rechtserhebliche Tatsachen im Zusammenhang mit den von ihnen geltend gemachten Mehrleistungen und Mehrkosten, für welche die Klägerinnen die Behauptungs- und Beweislast tragen. Wie erwähnt, lässt sich dieser Mangel auch mittels eines Beweisverfahrens – insbesondere mit der von den Klägerinnen beantragten Expertise – nicht beheben (siehe Erw. II.2.2.2.). Da die erwähnten Angaben fehlen, ist es dem Gericht nicht möglich, eine Festsetzung des Nachtragspreises nach Ermessen vorzunehmen.

Demnach erweist sich die geltend gemachte Mehrforderung in der Höhe von CHF 13'455.75 (brutto, exkl. MwSt.) als nicht hinreichend dargetan und damit als unbegründet. Entsprechend kann offen gelassen werden, ob vorliegend überhaupt ein Anspruch auf Mehrvergütung bestehen würde.

2.3.6. Mehrforderung betreffend die geltend gemachte Zusatzleistung Nr. 11 in der Höhe von CHF 486'203.25 (brutto, exkl. MwSt.)

2.3.6.1. Diesbezüglich machen die Klägerinnen Mehrkosten für aufgrund eines behaupteten nachträglich angeordneten Spriesskonzepts und des damit verbundenen längeren Vorhaltens der Deckenschalungen sowie für zusätzliches Unterspriessen der Decken- und Kragplattenfläche geltend (act. 1/1 S. 97 ff. Rz. 140 ff.).

2.3.6.2. Über das Schuldbekenntnis im Umfang von CHF 56'580.– (brutto, exkl. MwSt.) wurde bereits rechtskräftig entschieden (Rückweisungsentscheid, E. 3.2 f.). Hinsichtlich der im übrigen Umfang geltend gemachten Mehrforderung von CHF 429'623.25 (brutto, exkl. MwSt.) ist zunächst darauf hinzuweisen, dass offen gelassen werden kann, wie die Vorgabe des Spriesskonzepts in rechtlicher Hinsicht einzuordnen wäre. Denn ohnehin gelingt es den Klägerinnen – wie sogleich aufzuzeigen ist – nicht, die Kalkulationsgrundlagen zur Bildung der Nachtragspreise zu substantiieren.

2.3.6.3. Die Klägerinnen machen unter dem Titel "Längeres Schalen" einen Mehrpreis von CHF 1.50 pro m² geltend. Grundlage seien 25 % mehr Inventarkosten (act. 1/1 S. 100 Rz. 143b). Allerdings führen die Klägerinnen – auch nach beklagtischer Bestreitung (act. 1/10 S. 73 Rz. 236) – nicht aus, woraus sich diese 25 % mehr Inventarkosten ergeben sollen. Eine Begründung fehlt. Folglich ist der geltend gemachte Einheitspreiszuschlag nicht hinreichend dargetan.

Weiter machen die Klägerinnen unter dem Titel "Ein und Ausbau Notspriessungen" einen Mehrpreis von CHF 9.45 pro m² geltend. Grundlage hierfür sei, dass der Aufwand für den Ein- und Ausbau der Notspriessungen in Koordination mit dem gleichzeitig auszuführenden Ausschalen einen Drittel des Aufwands für die Deckenschalung betrage (act. 1/1 S. 100 Rz. 143c). Nach beklagtischer Bestreitung (act. 1/10 S. 74 Rz. 237) hätten die Klägerinnen ausführen müssen, woraus sich dieser Drittel ergeben soll, was sie indessen nicht tun. Entsprechend ist auch dieser geltend gemachte Mehrpreis nicht substantiiert.

Schliesslich machen die Klägerinnen unter dem Titel "Vorhalten Notspriessung" einen Mehrpreis von CHF 3.15 pro m² geltend. Grundlage hierfür sei ein marktadäquater Preis von CHF 0.07 pro m² und Tag. Bei einer durchschnittlichen Vorhaldedauer von 1.5 Monaten resultiere daraus CHF 3.15 pro m² (act. 1/1 S. 100 f. Rz. 143d) Nachdem die Beklagte diesen Mehrpreis bestritt (act. 1/10 S. 74 Rz. 238), wäre es an den Klägerinnen gewesen, die geltend gemachten CHF 0.07 pro m² und die Vorhaldedauer von 1.5 Monaten zu erläutern. Da sie dies auch in ihrer Replik nicht nachholen, erweist sich auch dieser behauptete Mehrpreises als nicht hinreichend dargetan.

2.3.6.4. Auch aus dem Schuldbekenntnis im Umfang CHF 56'580.– (brutto, exkl. MwSt.) lässt sich nichts zu Gunsten der Klägerinnen ableiten, da bezüglich des Mehrpreises von CHF 2.50 pro m², welcher diesem Schuldbekenntnis zugrunde liegt, – und welchen die Klägerinnen für die behaupteten Mehrkosten nicht gelten lassen wollen – ebenso nähere Angaben (bezüglich Kostengrundlage) fehlen. Folglich lässt sich daraus zur Festsetzung eines marktüblichen Preises nichts ableiten.

2.3.6.5. Insgesamt fehlen somit rechtserhebliche Tatsachen im Zusammenhang mit den von ihnen geforderten Mehrkosten, für welche die Klägerinnen die Behauptungs- und Beweislast tragen. Wie erwähnt, lässt sich dieser Mangel auch mittels eines Beweisverfahrens – insbesondere mit der von den Klägerinnen beantragten Expertise – nicht beheben (siehe Erw. II.2.2.2.). Da die erwähnten Kalkulationsgrundlagen fehlen, ist es dem Gericht nicht möglich, eine Festsetzung des Nachtragspreises nach Ermessen vorzunehmen.

Die geltend gemachte Mehrforderung in der Höhe von CHF 429'623.25 (brutto, exkl. MwSt.) ist demnach nicht hinreichend dargetan und damit unbegründet. Entsprechend kann offen gelassen werden, ob vorliegend überhaupt ein Anspruch auf Mehrvergütung bestehen würde.

2.3.7. Mehrforderung betreffend die geltend gemachte Zusatzleistung Nr. 15 in der Höhe von CHF 219'410.95 (brutto, exkl. MwSt.)

2.3.7.1. Unter dieser Position machen die Klägerinnen Mehrkosten dafür geltend, dass sie nachträglich einerseits weniger Mauerwerk (anstelle von Betonwänden) und andererseits breitere Backsteinwände hätten ausführen müssen (act. 1/1 S. 104 ff. Rz. 149 ff.).

2.3.7.2. Hierzu führen sie aus, dass der offerierte Werkpreis von CHF 14'848'800.– an die Bedingung geknüpft gewesen sei, dass mindestens 5'000 m² Wand im Mauerwerk BN oder KN anstelle von Beton hätte ausgeführt werden können. Soweit die Einsparungen nicht tatsächlich hätten erzielt werden können, sollte die nicht erzielte Kosteneinsparung auf den Werkpreis aufgerechnet werden. Dies sei anlässlich einer Besprechung vom 9. Oktober 2009 sogar noch zwischen den Parteien (auf Seiten der Klägerinnen vertreten durch die Kalkulatoren L. _____ und M. _____) diskutiert worden. Dass das Angebot BKP 211 vom 7. Oktober 2009 Vertragsbestandteil bilde, sei bereits in der Auftragsbestätigung vom 9. Oktober 2009 der Beklagten so festgehalten. Und nach Ziff. 2.2 Vorspann zum Werkvertrag bilde das "(Bereinigte) Angebot des Unternehmers" Vertragsbestandteil (act. 1/1 S. 104 Rz. 149; act. 1/21 S. 101 Rz. 243).

Die Beklagte bestreitet dies. Sie führt aus, dass die Klägerinnen nicht plausibel und nachvollziehbar darlegen würden, weshalb sie im Rahmen der Offertkalkulation darauf hätten vertrauen dürfen. Im Weiteren könnten sich die Klägerinnen nicht auf ihre Allgemeinen Präzisierungen sowie Angebotsgrundlagen berufen. Es handle sich dabei nämlich nicht um Vertragsbestandteile. Eine entsprechende Vereinbarung sei auch nie getroffen worden. Eine solche hätte in die Vertragsunterlagen aufgenommen werden müssen, was aber nicht der Fall sei. Es lasse sich nirgends eine entsprechende Bestimmung finden (act. 1/10 S. 76 Rz. 247 f.; act. 1/25 S. 63 f. Rz. 259).

2.3.7.3. Die Parteien streiten sich über den Vertragsinhalt. Da die Klägerinnen daraus Rechte ableiten wollen, haben sie – den allgemeinen Beweislastregeln

(Art. 8 ZGB) folgend – den geltend gemachten Vertragsinhalt substantiiert zu behaupten und zu beweisen.

Den Klägerinnen gelingt es vorliegend allerdings nicht, die behauptete "vereinbarte Bedingung" hinreichend darzutun. So ist nicht ersichtlich, wer von Seiten der Beklagten anlässlich der Besprechung am 9. Oktober 2009 hierüber diskutiert haben soll. Abgesehen davon, dass gar nicht erst behauptet wurde, dass auf Seiten der Klägerinnen eine entsprechende Vereinbarung durch die Kalkulatoren L._____ und M._____ mit der Beklagten getroffen wurde – diese sollen ja nur darüber diskutiert haben (act. 1/21 S. 101 Rz. 243c) –, lässt sich den Rechtschriften auch hinsichtlich der behaupteten Anfrage der Beklagten zum Kosteneinsparungspotential weder das Datum noch die für die Beklagte handelnde Person entnehmen. Dies wäre aber für eine substantiierte Bestreitung der Beklagten notwendig gewesen. Solche nicht konkreten Behauptungen verunmöglichen es der Beklagten nämlich, die geltend gemachte "vereinbarte Bedingung" durch konkrete Einwände widerlegen zu können. Würde dies einer substantiierten Behauptung genügen, so würde erst durch ein Beweismittel, insbesondere durch eine entsprechende Zeugenaussage, das notwendige Behauptungssubstrat beschafft werden. Das geht nicht an. Mangels Behauptung der konkreten Umstände (insbesondere des Zeitpunkts der geltend gemachten Vereinbarung sowie des auf Seiten der Beklagten handelnden Person) ist der behauptete Vertragsinhalt nicht hinreichend dargetan. Ein Beweisverfahren entfällt somit. Folglich vermögen die Klägerinnen einen tatsächlichen Konsens nicht nachzuweisen, und erweist sich die geltend gemachte Mehrforderung bereits deshalb als unbegründet.

2.3.7.4. Kommt hinzu, dass der Vorspann zum Werkvertrag, Ziff. 2.2, mit "Bereinigte Angebot des Unternehmers (ohne eigene Vertragsbedingungen)" – was von den Klägerinnen in ihrer Replik nur unvollständig wiedergegeben wird – vielmehr darauf hindeutet, dass der Werkvertrag nicht unter der von den Klägerinnen geltend gemachten Bedingung abgeschlossen wurde. Zudem würde es doch sehr erstaunen, wenn ein professionelles Bauunternehmen (bei der Klägerin a handelt es sich immerhin um eines der schweizweit grössten) einen derart detaillierten

Vertrag abschliessen würde, ohne über einen solchen Punkt eine im Vertrag ersichtliche Regelung getroffen zu haben.

2.3.7.5. Nach dem Gesagten erweist sich die geltend gemachte Mehrforderung in der Höhe von CHF 219'410.95 (brutto, exkl. MwSt.) als unbegründet. Entsprechend kann offen gelassen werden, ob vorliegend überhaupt ein Anspruch auf Mehrvergütung bestehen würde.

2.3.8. Mehrforderung betreffend die geltend gemachte Zusatzleistung Nr. 16 in der Höhe von CHF 4'061.45 (brutto, exkl. MwSt.)

2.3.8.1. Die Klägerinnen behaupten Mehrkosten für das zusätzliche Anbringen von Noppenfolien Delta MS auf den Deckenstirnen (act. 1/1 S. 110 ff. Rz. 155 ff.).

2.3.8.2. Die Klägerinnen behaupten, dass die Beklagte (N._____) während der Ausführung gegenüber den Klägerinnen (O._____) angeordnet habe, zusätzlich zu den Wänden auch auf den Deckenstirnen Noppenfolien Delta MS anzubringen (act. 1/1 S. 110 Rz. 156). Die Beklagte bestreitet dies (act. 1/10 S. 79 Rz. 260).

2.3.8.3. Für eine Beststellungsänderung, welche die Klägerinnen durch eine entsprechende Anordnung der Beklagten geltend machen, tragen Erstere die Behauptungs- und Beweislast. Um eine Beststellungsänderung hinreichend darzutun, damit gestützt auf entsprechende Behauptungen ein allfälliges Beweisverfahren (eine Zeugeneinvernahme) hätte durchgeführt werden können, hätten sie aber die genauen Umstände einer Anordnung – wie etwa den genauen Zeitpunkt, Ort und Form – darlegen müssen. Nur so wäre der Beklagten eine substantiierte Bestreitung möglich gewesen. Solche nicht konkreten Behauptungen verunmöglichen es der Beklagten, diese nicht näher spezifizierte Anordnung durch konkrete Einwände widerlegen zu können. Würde dies einer substantiierten Behauptung genügen, so würde erst durch ein Beweismittel, insbesondere durch eine entsprechende Zeugenaussage, das notwendige Behauptungssubstrat beschafft werden. Das geht nicht an. Mangels Behauptung der konkreten Umstände, insbesondere des Zeitpunkts der geltend gemachten Anordnung, ist die Beststellungsänderung nicht

hinreichend dargetan. Ein Beweisverfahren entfällt somit. Folglich erweist sich die geltend gemachte Mehrforderung bereits deshalb als unbegründet.

2.3.8.4. Zusätzlich versäumen es die Klägerinnen, die Kalkulationsgrundlagen zur Bildung der Nachtragspreise zu substantiieren.

So behaupten sie, dass sie unter dem Titel "Kanalisation im Gebäude" mit einem Einheitspreis CHF 7.30 pro Laufmeter kalkuliert hätten. Zu beachten sei nun aber, dass für das Zuschneiden der Folie von 2.4m auf 0.6m ein Mehraufwand (von 3 Minuten pro Laufmeter) entstehe und durch das Zuschneiden auch mehr Verluste resultierten (Annahme 10 % statt 5 %). Pro Laufmeter Noppenfolie auf den Deckenstirnen errechne sich unter Berücksichtigung dieser veränderten Ausführungsvoraussetzungen ein Einheitspreis von CHF 12.05 pro m² (act. 1/1 S. 111 f. Rz. 158c). Eine Begründung, wie bzw. woraus die Klägerinnen einen Mehraufwand von 3 Minuten pro Laufmeter bzw. 10 % grössere Verluste herleiten, liegt – auch nach beklaglicher Bestreitung (act. 1/10 S. 79 f. Rz. 263) – nicht vor.

Damit fehlen rechtserhebliche Tatsachen im Zusammenhang mit den von ihnen geforderten Mehrkosten, für welche die Klägerinnen die Behauptungs- und Beweislast tragen. Wie erwähnt, lässt sich dieser Mangel auch mittels eines Beweisverfahrens – insbesondere mit der von den Klägerinnen beantragten Expertise – nicht beheben (siehe Erw. II.2.2.2.). Da die erwähnten Angaben fehlen, ist es dem Gericht nicht möglich, eine Festsetzung des Nachtragspreises nach Ermessen vorzunehmen. Folglich erweist sich die geltend gemachte Mehrforderung in der Höhe von CHF 4'061.45 (brutto, exkl. MwSt.) – auch deshalb – als unbegründet.

2.3.9. Mehrforderung betreffend die geltend gemachte Zusatzleistung Nr. 18 in der Höhe von CHF 39'940.– (brutto, exkl. MwSt.)

2.3.9.1. Diesbezüglich machen die Klägerinnen Mehrkosten für die Erstellung sämtlicher Balkonuntersichten sowie der Wände in den Innenhöfen der DEFH in Sichtbetonqualität (Typ 4.1) geltend (act. 1/1 S. 114 ff. Rz. 162 ff.).

2.3.9.2. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es vorliegend um die angeblichen Mehrleistungen im Zusammenhang mit der Erstellung der Balkonuntersich-

ten sowie der Wände in den Innenhöfen der DEFH *in Sichtbetonqualität* geht. Irrelevant ist daher die von der Beklagten gemäss Nachtrag Nr. 8 anerkannte Mehrforderung in der Höhe von CHF 28'216.70 (exkl. MwSt.; act. 1/10 S. 82 Rz. 275 f.). Es handelt sich somit um eine andere geltend gemachte Mehrleistung.

2.3.9.3. Die Beklagte verwahrt sich gegen die geltend gemachte Mehrforderung hinsichtlich der Schalhautänderung und die Schalung Typ 2 zu Typ 4.1. Sie führt aus, dass in Ziffer 5.6.2 der Pauschalpräzisierung festgelegt sei, dass sämtliche sichtbaren Betonteile der MFH in Sichtbeton Typ 4.1 hätten ausgeführt werden müssen. Die Betonwände seien im Leistungsverzeichnis 211.5 Beton und Stahlarbeiten Pos. 231.134 hinreichend umschrieben worden (act. 1/10 S. 81 Rz. 271 f.).

Die Klägerinnen bringen dagegen vor, dass Ziff. 5.6.2 der Pauschalpräzisierung klarerweise im Widerspruch zur Vorgabe im Leistungsverzeichnis, wonach die Balkonuntersichten und Vordächer mit Schalungen Typ 2 ausgeführt werden sollten, stünden. Entsprechend habe Ziff. 5.6.2 der Pauschalpräzisierung nach Treu und Glauben lediglich bedeuten können und müssen, dass sämtliche in Sichtbeton auszuführenden (also "sichtbar" auszuführenden) Betonteile mit dem Schalungstyp 4.1 ausgeführt werden sollten. Es habe selbstverständlich nicht die Meinung sein können, dass im Widerspruch zum Leistungsverzeichnis sämtliche optisch sichtbaren Betonflächen der MFH in Sichtbeton hätten ausgeführt werden sollen (act. 1/21 S. 108 Rz. 259d).

Zu prüfen ist, ob die Klägerinnen aus ihrem behaupteten Widerspruch zwischen Ziff. 5.6.2 der Pauschalpräzisierung und dem Leistungsverzeichnis, etwas zu ihren Gunsten ableiten können. Das ist zu verneinen. Denn gemäss Pauschalpräzisierung, die laut der vereinbarten Regelung zur Rangordnung (Vorspann zum Werkvertrag, 2.2) derjenigen des Leistungsverzeichnisses vorgeht, sind sämtliche sichtbaren Betonteile in Sichtbeton Typ 4.1 auszuführen. Da zudem gemäss Leistungsverzeichnis die Wände im Aussenbereich, mithin auch diejenigen des Innenhofs, in Sichtbeton Typ 4.1 auszuführen sind (211.5 Beton und Stahlarbeiten Pos. 231.134), liegt genau genommen – und der Beklagten folgend – ohnehin kein Widerspruch vor.

Folglich war die Leistung hinsichtlich der Schalhautänderung und die Schalung Typ 2 zu Typ 4.1 vertraglich zum Pauschalpreis geschuldet. Die Umstände für einen normativen Konsens bezüglich Ziff. 5.6.2 der Pauschalpräzisierung entsprechend ihrem Verständnis haben die Klägerinnen zudem nicht dargetan. Eine Mehrleistung liegt damit gar nicht erst vor. Daran vermöchten auch die am Schluss dieser Tatsachenbehauptungen aufgezählten Beweismittel nichts zu ändern. Mangels Beweisverbindung (siehe Erw.II.2.2.3.) ist ohnehin unklar, welche Tatsachen damit bewiesen werden sollten. In diesem Punkt erweist sich die geltend gemachte Mehrforderung daher als unbegründet.

2.3.9.4. Die Beklagte anerkennt hingegen eine Beststellungsänderung hinsichtlich der Balkonuntersichten (act. 1/10 S. 82 f. Rz. 276 f.), bringt jedoch zurecht vor, dass die Klägerinnen ihre diesbezüglichen Mehrkosten nicht hinreichend substantiiert hätten. So behaupten die Klägerinnen einen Mehrpreis von CHF 7.–, ohne zu begründen, weshalb sie von CHF 5.50 ausgehen; die Differenz zwischen den Positionen 231.112-114 und den Positionen 231.134 und 231.135 liegt zwischen CHF 5.– und CHF 6.50. Eine diesbezügliche Begründung fehlt. Im Weiteren machen die Klägerinnen – auch nach beklagtischer Bestreitung (act. 1/10 S. 83 Rz. 279 f.) – keinerlei Ausführungen dazu, weshalb sie unter dem Titel "Sichtbetonfläche Balkonuntersichten" zur Bestimmung des Mehrpreises von einer Erhöhung von CHF 3.– pro m² ausgehen. Die Kalkulationsgrundlagen sind damit nicht hinreichend dargetan.

Auch aus dem von der Beklagten behaupteten "marktüblichen Mehrpreis" von CHF 4.– pro m² lässt sich nichts ableiten. Nachdem die Klägerinnen mit diesem Mehrpreis nicht einverstanden waren (1/21 S. 110 Rz. 263b), hätten sie zur Festsetzung eines Nachtragspreises nach Ermessen die diesem Mehrpreis zugrunde liegenden Kalkulationsgrundlagen darlegen müssen, was sie jedoch nicht getan haben.

Demnach fehlen rechtserhebliche Tatsachen im Zusammenhang mit den von ihnen geforderten Mehrkosten, für welche die Klägerinnen die Behauptungs- und Beweislast tragen. Wie erwähnt, lässt sich dieser Mangel auch mittels eines Beweisverfahrens – insbesondere mit der von den Klägerinnen beantragten Exper-

tise – nicht beheben (siehe Erw. II.2.2.2.). Da die erwähnten Angaben fehlen, ist es dem Gericht nicht möglich, eine Festsetzung des Nachtragspreises nach Ermessen vorzunehmen. Folglich erweist sich die geltend gemachte Mehrforderung auch in diesem Punkt als unbegründet.

2.3.10. Mehrforderung betreffend die geltend gemachte Zusatzleistung Nr. 22 in der Höhe von CHF 361'770.– (brutto, exkl. MwSt.)

2.3.10.1. Unter dieser Position machen die Klägerinnen Mehrkosten für das behauptete längere Vorhalten der Installationen (Baustelleneinrichtung) infolge der Verzögerung der Erstellung der MFH und DEFH durch die qualitativen und ausführungstechnischen Projektänderungen geltend (act. 1/1 S. 129 ff. Rz. 183 ff.).

2.3.10.2. Die Beklagte anerkannte unter dieser Position eine Mehrforderung im Umfang von CHF 11'630.– (brutto, exkl. MwSt.). Hierüber wurde bereits rechtskräftig entschieden (Rückweisungsentscheid, E. 3.2 f.).

2.3.10.3. Hinsichtlich der über die Anerkennung hinaus geltend gemachten Mehrforderung kann offen gelassen werden, ob überhaupt ein Anspruch auf Mehrvergütung bestehen würde, da es den behauptungs- und beweisbelasteten Klägerinnen nicht gelingt, die Existenz und den Umfang der geltend gemachten Mehrleistungen zu substantiieren.

Die Klägerinnen führen aus, dass bei der Erstellung der MFH Verzögerungen von durchschnittlich 34AT und bei der Erstellung der DEFH von 8AT entstanden seien (act. 1/1 S. 130 Rz. 184a). Die Beklagte weist diese Behauptung als unsubstantiiert zurück (act. 1/10 S. 91 Rz. 311). Dem ist beizupflichten. Die Klägerinnen verweisen auf die in Rz. 90 der Klageschrift aufgeführte Tabelle. Ausführungen zu den einzelnen Positionen fehlen indessen gänzlich. Ein allgemeiner Verweis auf das "Ist-Bauprogramm" oder das Privatgutachten (act. 1/3/8; act. 1/3/9; act. 1/21 S. 119 Rz. 286a f.) reicht für eine hinreichende Darlegung der geltend gemachten Mehrarbeitstage nicht aus. Ohnehin fehlen auch im Privatgutachten entsprechende Behauptungen. Folglich erweist sich auch die bestrittene Behauptung einer theoretischen Gesamtverzögerung von 167AT als nicht substantiiert. Ebenso feh-

len Ausführungen hinsichtlich der behaupteten und bestrittenen tatsächlichen Projektverzögerung von rund 80AT. Ungenügend ist im Weiteren auch der pauschale Verweis auf das "Soll-Bauprogramm", ohne auszuführen, welche Forcierungsmassnahmen überhaupt getroffen worden sein sollen. So oder so lässt sich daraus auch die Fertigstellung bis am 17. Oktober 2010 nicht entnehmen. Insgesamt wurde daher bereits die behauptete Gesamtverzögerung von 1.33 Monaten, mit welcher die Klägerinnen ihren Mehrvergütungsanspruch berechnen, nicht hinreichend dargetan. Gleiches gilt hinsichtlich der geltend gemachten Verzögerung bei den Kanalisations- und Werkleitungsarbeiten von 203.5AT, wurde diese doch ebenso nicht hinreichend dargetan; auch nach beklagtischer Bestreitung (act. 1/10 S. 92 Rz. 318) nicht.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerinnen auch aus der anerkannten Mehrforderung im Umfang von CHF 11'630.– (brutto, exkl. MwSt.) nichts zu ihren Gunsten ableiten können. Die Anerkennung einer Forderung liegt – soweit dem Gesetz oder Rechtsprechung nicht entgegenstehen – nämlich in der Disposition der Parteien. Im vorliegenden Bestreitungsfall (act. 1/10 S. 92 Rz. 316 ff.) ist indessen eine Anspruchsprüfung vorzunehmen und daher auch über Rechtsfragen – wie vorliegend die Existenz der Mehrleistung – zu befinden. Kommt hinzu, dass die klägerischen Rechtsschriften ohnehin keine diesbezüglichen Kalkulationsgrundlagen enthalten.

2.3.10.4. Im Weiteren haben es die Klägerinnen auch versäumt, hinsichtlich ihrer Behauptungen betreffend die Mehrarbeitstage von 34AT und 8AT, die Gesamtverzögerung von 167AT, die tatsächliche Projektverzögerung von 80AT sowie die zeitliche Gesamtverzögerung von 1.33 Monaten formgültige Beweismittel – insbesondere eine gerichtliche Expertise – zu offerieren. Es genügt nicht, am Schluss eines Sachverhaltskomplexes noch alle denkbaren zusätzlichen Beweismittel aufzuzählen. Auch geht nicht an, mit allgemeinen stichwortartigen Begriffen in einer Klammerbemerkung alle für in diesem Zusammenhang stehenden bestrittenen Tatsachenbehauptungen das entsprechende Beweismittel – vorliegend ein Gutachten – zu offerieren. Damit fehlt auch hier die erforderliche konkrete Zuordnung der Beweismittel zu den einzelnen Tatsachenbehauptungen. Gleiches gilt auch

betreffend die Verzögerung bei den Kanalisations- und Werkleitungsarbeiten von 203.5AT.

2.3.10.5. Demnach fehlen rechtserhebliche Tatsachen im Zusammenhang mit den von ihnen geforderten Mehrleistungen, für welche die Klägerinnen die Behauptungs- und Beweislast tragen. Dieses Versäumnis lässt sich auch nicht durch eine Expertise nachholen, zumal hierfür ohnehin keine formgerechten Beweisanträge vorliegen.

Die geltend gemachte Mehrforderung in der Höhe von CHF 361'770.– (brutto, exkl. MwSt.) erweist sich somit als unbegründet.

2.3.11. Zwischenfazit betreffend die geltend gemachten Mehrforderungen zufolge Beststellungsänderungen bzw. besonderer Verhältnisse gemäss Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118

Aus den dargelegten Gründen erweisen sich sämtliche (neu zu beurteilenden) Mehrforderungen Nr. 4, 5, 8, 9, 11, 15, 16, 18 und 22 zufolge Beststellungsänderungen bzw. besonderen Verhältnissen als unbegründet.

3. Mehrforderungen Nr. 2, 3 und 6 (soweit den vom Privatgutachter in Rechnung gestellten Betrag betreffend) aufgrund Bauablaufstörungen

3.1. Verbindliche rechtliche Erwägungen im Rückweisungsentscheid

Der Neubeurteilung der Mehrforderungen aus Bauablaufstörungen Nr. 2 und 3 sind die rechtlichen Erwägungen im Rückweisungsentscheid hinsichtlich der Festsetzung der entsprechenden Nachtragspreise zugrunde zu legen (Rückweisungsentscheid, E. 6.1). Es ist daher auf die vorhergehenden Ausführungen in Erw.II.2.1.1. zu verweisen. Bei der Neubeurteilung der Mehrforderung Nr. 6 (soweit den vom Privatgutachter in Rechnung gestellten Betrag betreffend) sind – in Nachachtung der bundesgerichtlichen Erwägungen – insbesondere die Anspruchsvoraussetzungen zur Frage zu prüfen, ob die Kosten für das Privatgutachten auf die Beklagte überwältzt werden können (Rückweisungsentscheid, E. 6.2.4.2).

3.2. Rechtliches

3.2.1. Anspruchsgrundlagen

Weder im gesetzlichen Werkvertragsrecht noch in der SIA-Norm 118 noch im vorliegenden Werkvertrag ist der Begriff der "Bauablaufstörung" zu finden. Bauablaufstörungen alleine stellen somit keine Anspruchsgrundlage dar, aus der die Unternehmerin einen Anspruch herleiten könnte. Vielmehr ergibt sich die jeweilige Anspruchsgrundlage aus den entsprechenden Ursachen für die betreffende Bauablaufstörung, sofern sie im Einflussbereich der Bauherrschaft stehen. Solche Ursachen sind in erster Linie veranlasste Bestellungsänderungen, die oft veränderte Ausführungsvoraussetzungen nach sich ziehen und neben Mehraufwand auch zeitliche Auswirkungen auf das Bauprogramm und die Vollendung des Werks haben können (vgl. SPIESS HANS RUDOLF, Bauablaufstörungen im schweizerischen Werkvertragsrecht, recht 2012, Heft 4, S. 116 ff., S. 117; HÜRLIMANN, Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn, in: Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, S. 831). Entsprechend sind auch hier die einschlägigen Bestimmungen hinsichtlich der Bestellungsänderungen sowie des Mehraufwands aufgrund besonderer Verhältnisse im Sinne von Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 massgebend. Entsprechend hat die Unternehmerin den aus den jeweiligen beschriebenen Ursachen resultierenden Mehraufwand zu behaupten und zu beweisen.

3.2.2. Festlegung der Nachtragspreise

Der Mehranspruch erstreckt sich auf den gesamten Mehraufwand, den eine Bestellungsänderung bzw. ein Annahmeverzug für die Unternehmerin bzw. ein Mehraufwand wegen besonderer, von der Bauherrin zu vertretender Verhältnisse zur Folge hat. Den verbindlichen rechtlichen Erwägungen im Rückweisungsentscheid folgend, bestimmt sich die Vergütung, welche die Bauherrin für einen entstandenen Mehraufwand schuldet, unter Vorbehalt einer anderen Abrede nach den "allgemeinen Marktpreisen". Auch hierfür trägt die Unternehmerin die Behauptungs- und Beweislast (siehe Erw.II.2.1.1.).

3.2.3. Sinngemässe Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR

Es stellt sich die Frage, ob unter Umständen die sinngemässe Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR in Betracht zu ziehen ist (GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., N. 786 und N. 1339). Art. 42 Abs. 2 OR enthält eine bundesrechtliche Beweisvorschrift, die einem Geschädigten den Schadensnachweis erleichtern soll. Sie räumt dem Sachgericht für Fälle, in denen der strikte Nachweis des Schadens ausgeschlossen ist, einen erweiterten Ermessensspielraum ein, indem sie ihm gestattet, den Schaden aufgrund einer blossen Schätzung als ausgewiesen zu erachten. Unter Umständen kann sich somit eine analoge Anwendung im Falle eines Mehraufwands aufgrund einer Beststellungsänderung bzw. eines Annahmeverzugs rechtfertigen (vgl. HÜRLIMANN, a.a.O., S. 835 f.).

Die Schadens- bzw. Mehraufwandsbestimmung nach richterlichem Ermessen bildet indessen die Ausnahme gegenüber einer genauen Berechnung und ist daher nur zulässig, sofern eine zahlenmässige, auf reale Daten gestützte Berechnung für die beweispflichtige Partei tatsächlich nicht möglich oder unzumutbar ist. Entsprechend hat auch das Bundesgericht die Hürden zur Anwendung der richterlichen Schadensschätzung stets hoch angesetzt (vgl. statt vieler BGE 128 III 271, E. 2b; KESSLER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [HRSG.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 42 N. 10 und N. 10b). Gerade einer Unternehmerin ist es bei einer Leistungsänderung infolge einer Beststellungsänderung grundsätzlich immer zuzumuten, den strikten Beweis für die Bemessung des Nachtragspreises zu erbringen. Das gilt auch für Nachtragspreise wegen besonderer Verhältnisse im Sinne von Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 und für Mehrkosten von Beschleunigungsmassnahmen im Sinne von Art. 95 Abs. 3 SIA-Norm 118 (vgl. SPIESS, Bauablaufstörungen, a.a.O., S. 122 f.). Entsprechend hat diejenige Unternehmerin, welche sich auf Art. 42 Abs. 2 OR stützt, dies eingehend zu begründen. Schliesslich ist zu beachten, dass keine Berufung auf Art. 42 Abs. 2 OR möglich ist, wenn der Nachweis des konkreten Schadens bzw. Mehraufwands zwar unmöglich ist, diese Unmöglichkeit aber in der Verantwortung des Beweispflichtigen liegt (vgl. BGE 134 III 306, E. 4.3).

Kommt Art. 42 Abs. 2 OR zur Anwendung, so hat die beweispflichtige Partei alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens bzw. Mehraufwands sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten – Art. 42 Abs. 2 OR enthebt auch nicht von der Substantiierungsobligenheit – und zu beweisen (vgl. BGE 122 III 219, E. 3.a). Schliesslich hat die beweispflichtige Partei taugliche Beweisanträge zur bestmöglichen Feststellung des Schadens bzw. Mehraufwands zu stellen (KESSLER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [HRSG.], Obligationenrecht I, a.a.O., Art. 42 Rz. 10b).

3.3. Würdigung

3.3.1. Vorbemerkung

3.3.1.1. Es kann offen bleiben, ob den Klägerinnen im Grundsatz ein Mehrvergütungsanspruch aufgrund von Bestellungsänderungen oder wegen besonderer Verhältnisse zustehen würde, da es ihnen ohnehin nicht gelingt, ihre behaupteten Mehrleistungen sowie die Kalkulationsgrundlagen zur Bildung der Nachtragspreise hinreichend dazulegen.

3.3.1.2. Vorliegend nicht zulässig ist der Wahrscheinlichkeitsbeweis im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR. Es ist nicht ersichtlich, weshalb und inwiefern der Nachweis des konkreten Schadens- bzw. Mehraufwands unmöglich sein soll, und diese Unmöglichkeit – wie die Klägerinnen geltend machen – im Verantwortungsbereich der Beklagten liegen soll. Die blosser Behauptung der Klägerinnen, wonach die Beklagte ein "Chaos" verursacht habe, um ihnen die Beweismöglichkeiten für ihre Mehrvergütungsansprüche zu vereiteln (act. 1/1 S. 185 f. Rz. 283), reichen als Begründung nicht aus. Auch vermögen die Klägerinnen mit ihrer Aussage, wonach es nicht sein könne, dass ein Unternehmer für seine Kooperationsbereitschaft mit einer Auferlegung eines unverhältnismässig hohen Beweismasses "bestraft" werde, nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Ausführungen dazu, worin diese Kooperationsbereitschaft bestehen soll und inwiefern es ihnen aufgrund dessen unmöglich gewesen sein soll, ihren angeblichen Mehraufwand genau zu erfassen und darzulegen, fehlen. Auch trifft nicht zu, dass es infolge einer angeordneten Beschleunigung zu einer Beweislastumkehr kommt. Die Beweislast läge nach wie

vor bei den Klägerinnen, führt Art. 42 Abs. 2 OR – wie erwähnt – doch lediglich zu einer Beweiserleichterung. Auch ansonsten machen die Klägerinnen in den weiteren Rechtsschriften keine Ausführungen, inwiefern es ihnen unmöglich und unzumutbar gewesen sein soll, ihre angeblichen Mehrleistungen exakt darzulegen.

3.3.2. Mehrforderung betreffend die Störungsposition 2 in der Höhe von CHF 408'000.– (brutto, exkl. MwSt.), eventualiter in der Höhe von CHF 976'264.82 (brutto, exkl. MwSt.)

3.3.2.1. Die Klägerinnen machen unter dieser Position Mehrkosten für längeren Ressourceneinsatz von zeitabhängigem Personal (Projektleiter, Bauführer, Hilfsbauführer/Praktikant, Fachmann Arbeitssicherheit und Qualitätsmanagement, Poliere, Kranführer, Bauplatzdienst) geltend (act. 1/1 S. 192 ff. Rz. 294).

3.3.2.2. In ihrer Replik errechnen die Klägerinnen (neu) einen Mehrvergütungsanspruch (Projektleiter, Bauführer, Hilfsbauführer/Praktikant, Fachmann Arbeitssicherheit und Qualitätsmanagement, Poliere, Kranführer, Bauplatzdienst) von CHF 976'264.85.– (brutto, exkl. MwSt.), welchen sie aber nur geltend machen wollen, soweit die übrigen Forderungen vom Gericht nicht bestätigt würden. Ansonsten werde lediglich ein Anspruch in der Höhe von CHF 408'000.– (brutto, exkl. MwSt.) geltend gemacht (act. 1/1 S. 192 ff. Rz. 294; act. 1/21 S. 145 ff. Rz. 375 ff.). Ob ein solches Vorgehen zulässig ist, ist bereits fraglich, braucht aber im Lichte der nachfolgenden Erwägungen nicht weiter geprüft zu werden.

3.3.2.3. Ihre geltend gemachten Mehrkosten errechnen die Klägerinnen durch Multiplikation des behaupteten Mehreinsatzes an Mannmonaten mit den angeblichen Monatskosten. Abgesehen davon, dass bereits nicht nachvollziehbar ist, wie sich die Monatskosten berechnen bzw. herleiten, hält auch der Mehreinsatz an Mannmonaten den Substantiierungsanforderungen nicht stand. Dem Mehreinsatz an Mannmonaten legen die Klägerinnen nämlich bei sämtlichem Personal (Projektleiter, Bauführer, Hilfsbauführer/Praktikant, Fachmann Arbeitssicherheit und Qualitätsmanagement, Poliere, Kranführer, Bauplatzdienst) für die verschiedenen Monate prozentuale Auslastungen für das "Bau-soll" sowie das "Bau-ist" zugrunde, ohne jedoch – auch nach entsprechender beklagterischer Bestreitung (act. 1/10

S. 123 Rz. 416) – die Grundlagen zur Kalkulation dieser Auslastungen darzulegen. Ohne solche Grundlagen ist es der Beklagten aber nicht möglich, sich zu diesen Auslastungen – sowie auch zu den auf diesen basierenden Mannmonaten – hinreichend zu äussern bzw. diese substantiiert zu bestreiten. Dem Gericht ist daher eine Beurteilung der behaupteten Mehrleistungen gar nicht erst möglich.

Sodann behaupten die Klägerinnen Verzögerungen des Bauprojekts von 1.33 Monaten. Damit meinen sie wohl die geltend gemachte und im Rahmen der Zusatzleistung Nr. 22 behauptete Gesamtverzögerung. Hierauf stützen die Klägerinnen ihre Mehrkosten. Allerdings ist bereits die unter jener Position vorgebrachte Gesamtverzögerung von 1.33 Monaten nicht hinreichend dargetan, und es fehlen ohnehin auch diesbezügliche formgerechte Beweisanträge (siehe Erw.II.2.3.10.). Entsprechend sind auch die Berechnungen (insbes. betreffend das sog. Bau-Soll'), welche auf dieser Gesamtverzögerung basieren, nicht hinreichend dargetan.

Wie erwähnt, sprechen sich die Klägerinnen für eine sinngemäss Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR aus. Eine solche kommt aber nicht in Frage, da sich in den klägerischen Rechtsschriften keinerlei Ausführungen dazu finden, inwiefern es den Klägerinnen unmöglich und unzumutbar gewesen sein soll, ihre angeblichen Mehrleistungen exakt darzulegen. Im Übrigen hätten die Klägerinnen ohnehin – selbst bei sinngemässer Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR – die Berechnungsgrundlagen ihrer behaupteten Mehrleistungen hinreichend darlegen müssen, was sie nicht getan haben. Ohne diese Angaben wäre es daher dem Gericht ohnehin nicht möglich, eine entsprechende Schadensschätzung vorzunehmen.

3.3.2.4. Abgesehen davon hätten die Klägerinnen – wie die Beklagte bereits in ihrer Klageantwort zutreffend ausführt (act. 1/10 S. 123 Rz. 416) – angeben müssen, welche Projektänderungen zu welchen konkreten Mehrleistungen geführt haben sollen. Dies wäre für eine hinreichende Darlegung der Mehrleistungen – und nicht zuletzt auch hinsichtlich der Kausalitätsfrage – unerlässlich gewesen. Selbst wenn die behaupteten Mehrleistungen durch die (Privat-)Gutachterin bestätigt würden, vermöchte eine solche Erklärung eine mangelhafte Substantiierung nicht zu ersetzen.

3.3.2.5. Insgesamt fehlen demnach grundlegende Angaben zu rechtserheblichen Tatsachen im Zusammenhang mit den behaupteten Mehrleistungen, wofür die Klägerinnen die Behauptungs- und Beweislast tragen. Mangels hinreichender Substantiierung kann auch kein Beweisverfahren – insbesondere die von den Klägerinnen beantragte Expertise – durchgeführt werden (siehe Erw.II.2.2.2.). Unter diesen Umständen sind somit die Ausführungen zur Anwendung des SAP-Programms irrelevant (act. 1/29; act. 1/30/114-116; act. 1/32). Die vorliegend geltend gemachte Mehrforderung in der Höhe von CHF 408'000.– bzw. CHF 976'264.85.– (brutto, exkl. MwSt.) ist damit unbegründet.

3.3.3. Mehrforderung betreffend die Störungsposition 3 in der Höhe von CHF 554'000.– (brutto, exkl. MwSt.)

3.3.3.1. Die Klägerinnen machen unter dieser Position Mehrkosten für längeren Ressourceneinsatz von Inventar geltend (act. 1/1 S. 195 ff. Rz. 295).

3.3.3.2. Auch diesbezüglich kann offen bleiben, ob überhaupt ein Anspruch auf Mehrvergütung bestehen würde, da die Klägerinnen abermals ihre Mehrleistungen sowie die Kalkulationsgrundlagen zur Bildung der Nachtragspreise nicht hinreichend dartun.

Die Klägerinnen behaupten – mit Verweisung auf die geltend gemachte Zusatzleistung Nr. 22 – Verzögerungen des Bauprojekts von 1.33 Monaten (act. 1/21 S. 157 ff. Rz. 383c, Rz. 384c, Rz. 385c und Rz. 386c). Allerdings ist bereits die unter jener Position vorgebrachte Gesamtverzögerung von 1.33 Monaten – wie bei der Störungsposition 2 ausgeführt – nicht hinreichend dargetan worden, und es fehlen ohnehin auch diesbezügliche formgültige Beweisanträge (vgl. Erw.II.2.3.10.). Entsprechend sind auch die Zahlen (betreffend das sog. Bau-Soll'), welche auf dieser Gesamtverzögerung für die Berechnung des längeren Ressourceneinsatzes des gesamten Inventars (nämlich "Krane", "Restliche Baustelleneinrichtung" und "Schalung") basieren, nicht hinreichend dargetan.

Auch die Grundlagen hinsichtlich der Preiskomponenten (mit welchen die Klägerinnen den jeweiligen Mehreinsatz multiplizieren) bzw. die Plausibilitätsrechnung

sind nicht dargetan. Abgesehen davon haben die Klägerinnen – wie die Beklagte bereits in ihrer Klageantwort zutreffend ausführt (act. 1/10 S. 124 Rz. 420) – auch nicht ausgeführt, welche Projektänderungen zu welchem längeren Ressourceneinsatz von welchem Inventar geführt haben soll. Dies wäre aber für eine hinreichende Darlegung der Mehrleistungen – und nicht zuletzt auch hinsichtlich der Kausalitätsfrage – unerlässlich gewesen. Eine allfällige Bestätigung der behaupteten Mehrleistungen durch die (Privat-)Gutachterin vermöchten die unzureichende Substantiierung nicht beheben.

3.3.3.3. Damit fehlen bereits Angaben zu rechtserheblichen Tatsachen hinsichtlich der geltend gemachten Mehrleistungen sowie zu den Mehrkosten, wofür die Klägerinnen die Behauptungs- und Beweislast tragen. Wie bereits an mehreren Stellen festgehalten wurde, lässt sich eine unzureichende Substantiierung auch mittels eines Beweisverfahrens – insbesondere mit der von den Klägerinnen beantragten Expertise – nicht korrigieren (siehe Erw.II.2.2.2.). Mangels genügender Substantiierung finden denn auch die eingereichten Beweismittel keine Berücksichtigung, zumal – wie vorgängig ausgeführt – pauschale Verweisungen auf Beilagen ohnehin nicht genügen, um allenfalls darin enthaltene Ausführungen zum Bestandteil der Tatsachenbehauptungen erklären zu können; erst recht gilt dies für Sammelbeilagen. Entsprechend keine Berücksichtigung findet denn auch das eingereichte Baujournal (act. 1/3/88). Irrelevant sind damit auch die weiteren Eingaben der Parteien nach Aktenschluss (act. 1/29; act. 1/32).

Auch die sinngemässe Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR, wofür sich die Klägerinnen mehrfach aussprechen, fällt – wie erwähnt – ausser Betracht. In den klägerischen Rechtsschriften finden sich nämlich keinerlei Ausführungen dazu, inwiefern es den Klägerinnen unmöglich und unzumutbar gewesen sein soll, ihre angeblichen Mehrleistungen sowie die Mehrkosten genau zu beziffern. Im Übrigen hätten die Klägerinnen ohnehin – selbst bei sinngemässer Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR – die Berechnungsgrundlagen ihrer behaupteten jeweiligen Monatskosten, welche die Beklagte bestritten hat (act. 1/10 S. 124 Rz. 420), darlegen müssen. Das taten die Klägerinnen nicht (vgl. act. 1/21 S. 157 ff. Rz. 383 ff.). Oh-

ne entsprechende Grundlagen ist es damit auch dem Gericht nicht möglich, eine Schadensschätzung selber vorzunehmen.

Die geltend gemachte Mehrforderung in der Höhe von CHF 554'000.– (brutto, exkl. MwSt.) erweist sich daher als unbegründet.

3.3.4. Mehrforderung betreffend die Störungsposition 6, Feststellungsmehraufwand in der Höhe von CHF 56'000.– (brutto, exkl. MwSt.)

3.3.4.1. Die Klägerinnen machen unter dieser Position die aufgrund der Gutachterin K._____ GmbH zur Ausarbeitung eines technischen resp. baubetriebliches Gutachtens angefallenen Kosten (zuzüglich Endzuschlag von 16.03 %) geltend (act. 1/1 S. 205 f. Rz. 298).

3.3.4.2. Über den behaupteten internen Aufwand von CHF 18'000.– (brutto, exkl. MwSt.) wurde bereits rechtskräftig entschieden (Rückweisungsentscheid, E. 6.2.4.1).

3.3.4.3. Im Weiteren fordern die Klägerinnen unter dieser Position einen Feststellungsmehraufwand hinsichtlich der für das Gutachten in Rechnung gestellten Kosten in der Höhe von CHF 32'000.– (act. 1/1 S. 205 Rz. 298 c).

Hierzu erwog das Bundesgericht, dass sich das Handelsgericht Zürich zur Frage zu äussern habe, welche Tatsachen hätten erstellt sein müssen, um gestützt hierauf die Notwendigkeit beurteilen zu können (Rückweisungsentscheid, E. 6.2.4).

3.3.4.4. Damit ausserprozessuale Parteikosten als Schaden zugesprochen werden können, ist zunächst erforderlich, dass der geltend gemachte Aufwand zur Durchsetzung der Forderung der Gläubiger gerechtfertigt, notwendig und angemessen war. Notwendigkeit und Angemessenheit gehören zu den Tatbestandsmerkmalen, deren sachverhältnismässige Grundlagen es zu substantiieren gilt. Weiter dürfen solche Kosten nicht durch die Parteientschädigung gedeckt sein (Urteil des Bundesgerichts 4A_692/2015 vom 1. März 2017, E. 6.1 mit Hinweisen).

Da es den behauptungs- und beweisbelasteten Klägerinnen – wie sogleich zu zeigen ist – nicht gelingt, die Anspruchsvoraussetzung der Notwendigkeit hinreichend darzutun, kann offen gelassen werden, ob die geltend gemachten Kosten für das Privatgutachten unter den Titel "Schaden" oder "Parteientschädigung" zu subsumieren wären, ist doch bei beiden die Notwendigkeit Anspruchsvoraussetzung (Urteil des Bundesgerichts 4A_113/2017 vom 6. September 2017, E. 6.2.5).

3.3.4.5. Über die Notwendigkeit äusserten sich die Klägerinnen dahingehend, dass sich sowohl in tatsächlicher als auch rechtlicher Hinsicht komplexe Fragen stellten, was aktenkundig sei. Ohne die Ergebnisse der beiden Gutachten hätte gar keine Klage ausgearbeitet werden können (act. 1/21 S. 167 f. Rz. 404c). Die Beklagte hält dagegen, dass die Klägerinnen nicht dargelegt hätten, inwiefern sie nicht selber in der Lage gewesen seien, ihre Mehrkosten zu beschreiben, obwohl sie an vorderster Front auf der Baustelle tätig gewesen und erfahrene Baumeister seien (act. 1/25 S. 97 Rz. 435).

Der beklagtische Einwand ist berechtigt. Die pauschalen klägerischen Behauptungen zur Notwendigkeit genügen bereits den Substantiierungsanforderungen nicht. Nicht ausgeführt wurde, für welche konkreten Fragen denn überhaupt die Zuhilfenahme eines externen Gutachters notwendig gewesen sein soll. Auch hätten die Klägerinnen darlegen müssen, inwiefern der beigezogene externe Gutachter (K._____ GmbH) besser (als die Klägerinnen) qualifiziert gewesen sein soll, die entsprechenden Fragen zu beantworten. Bei den Klägerinnen handelt es sich nämlich um professionelle Bauunternehmungen (bei der Klägerin a gar um eine der schweizweit grössten). Umso mehr wären sie gehalten gewesen, auszuführen, inwiefern es für sie erforderlich gewesen sein soll, ein externes Gutachten – noch dazu an eine bis zu jenem Zeitpunkt nicht involvierte Drittpartei – in Auftrag zu geben. Hierzu hätten sich die Klägerinnen – nach entsprechender beklagtischer Bestreitung – aber äussern müssen. Die Klägerinnen haben nicht genug konkret dargetan, weshalb sie nicht in der Lage waren, welche tatsächlichen und rechtlichen Fragen selbst abzuklären, und inwiefern die (Privat-)Gutachterin zur Eruierung welcher Ergebnisse besser geeignet war. Die Notwendigkeit zur Erstel-

lung eines Privatgutachtens ist damit nicht hinreichend dargetan. Folglich erweist sich auch diese Mehrforderung als unbegründet.

- 3.4. Zwischenfazit betreffend die Mehrforderungen aus Bauablaufstörungen Nr. 2, 3 und 6 (soweit den vom Privatgutachter in Rechnung gestellten Betrag betreffend)

Demnach erweisen sich sämtliche (neu zu beurteilenden) Mehrforderungen aus Bauablaufstörungen Nr. 2, 3, und 6 (soweit den vom Privatgutachter in Rechnung gestellten Betrag betreffend) als unbegründet.

4. Zur Verrechnung gestellte Zahlung vom 2. Mai 2011 in der Höhe von CHF 216'000.– (inkl. MwSt.)

- 4.1. Verbindliche rechtliche Erwägungen im Urteil des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hielt fest, dass entscheidend sei, ob es sich bei dieser Zahlung um eine Akontozahlung handle oder nicht. Dies bestimme sich danach, was die Parteien diesbezüglich vereinbart hätten. Es hielt verbindlich fest, dass die Beklagte, die eine Rückzahlung von den Klägerinnen verlangte, die Tatsachen zu beweisen habe, auf die sich ein solcher Rückforderungsanspruch abstütze; nicht die Klägerinnen hätten zu beweisen, dass sie diesen Betrag nicht zurückerstatten müssten. Ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch der Beklagten bestehe dann, wenn eine Akontozahlung vereinbart worden sei (der keine Forderung in entsprechender Höhe entgegenstehe – was von den Klägerinnen zu beweisen wäre); ein bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch bestehe, wenn sie die Zahlung irrtümlich oder unfreiwillig vorgenommen habe (Art. 63 Abs. 1 OR). Da die Beklagte ausgeführt habe, dass sie die Zahlung einzig aus Kulanz geleistet habe, falle eine irrtümlich oder unfreiwillig vorgenommene Zahlung ausser Betracht (Rückweisungsentscheid, E. 7.2). An diese Erwägungen ist das Handelsgericht Zürich nunmehr gebunden.

4.2. Qualifizierung der Zahlung

4.2.1. Zunächst ist zu prüfen, ob es sich bei der Zahlung vom 2. Mai 2011 um einen Akontozahlung handelt. Hierfür trägt die Beklagte die Behauptungs- und Beweislast.

4.2.2. Die Beklagte fordert den von ihr am 2. Mai 2011 geleisteten Betrag in der Höhe von CHF 216'000.– (inkl. MwSt.) zurück und stellt diesen zur Verrechnung. Hierzu führt sie aus, dass es sich bei der Zahlung vom 2. Mai 2011 von CHF 200'000.– (exkl. MwSt.) um eine Akontozahlung gehandelt habe. Da ohnehin in diesem Zeitpunkt noch Akontozahlungen ausstehend seien, sei es für die Beklagte nicht von Bedeutung gewesen, unter welchem Titel die Zahlung erfolgt sei, da sie ohnehin als unpräjudiziell bezeichnet worden sei. Diese Zahlung sei nicht gerechtfertigt gewesen und habe einzig auf Kulanz basiert. Eine Anerkennung der Schuld habe schon deshalb nicht erfolgen können, weil die Beklagte damals gar nicht im Besitze der notwendigen Unterlagen gewesen sei, welche eine Bauablaufstörung aufgezeigt hätten. Die Beklagte habe stets darauf beharrt, dass die Zahlung einzig erfolge, um die Zusammenarbeit nicht zu gefährden. Mit Schreiben vom 6. April 2011 (act. 1/11/5) hätten die Klägerinnen bestätigt, dass sich die Beklagte im Zusammenhang mit Mehrvergütungsansprüchen zur Bezahlung von CHF 200'000.– bereit erklärt habe (act. 1/10 S. 145 Rz. 494).

Die Klägerinnen bringen dagegen vor, dass es sich bei der geleisteten Zahlung um eine Abschlags- und nicht um eine Akontozahlung gehandelt habe. Die Rechnung sei als normale Rechnung und nicht etwa als Akontorechnung gestellt worden (act. 1/21 S. 184 f. Rz. 457).

4.2.3. Im von L._____ (damaliger zuständiger Projektleiter der Klägerinnen) verfassten und von ihm unterzeichneten Schreiben vom 6. April 2011 (act. 1/11/5) steht wörtlich (Hervorhebung durch das Gericht):

" Dafür, dass Sie sich bereit erklärt haben für unsere Mehrforderungen eine **Akontozahlung** in der Höhe von CHF 200'000.00 zu leisten, bedanken wir uns. [...]

- Die Zahlung von CHF 200'000.00 betrachten wir als **Akontozahlung** [...]"

Auf dieses – von der Beklagten mit der Klageantwort eingereichten – Schreiben vom 6. April 2011 nehmen die Klägerinnen keinerlei Bezug (act. 1/21 S. 184 f. Rz. 457). Daraus geht aber unmissverständlich hervor, dass es der Meinung des als für die Klägerin 1 als Hilfsperson agierenden L._____ entsprach, dass es sich bei der Zahlung vom 2. Mai 2011 um eine Akontozahlung handelte. Dies tat er mit dem entsprechenden Schreiben denn auch gegenüber der Beklagten so kund. Die Klägerinnen, welche dieser Auffassung nicht widersprochen haben, müssen sich dies entgegenhalten lassen. Gründe, weshalb L._____ von einer falschen Annahme ausgegangen sein soll, wurden nicht vorgebracht (die Klägerinnen äusserten sich hierzu überhaupt nicht) und sind auch nicht ersichtlich. Mithin ist von einem Konsens auszugehen, dass es sich um eine Akontozahlung handelte.

Aufgrund dessen ist erwiesen, dass die damals Verantwortlichen, mithin die Parteien, von einer Akontozahlung ausgegangen sind. Folglich ist der Beweis der Zahlung von CHF 216'000.– (inkl. MwSt.) als Akontozahlung erbracht.

4.3. Rückforderungsanspruch

Da es sich bei der erbrachten Leistung von CHF 216'000.– (inkl. MwSt.) somit um eine Akontozahlung – unter Vorbehalt einer späteren Abrechnung – handelt, ist der Rückforderungsanspruch der zu viel geleisteten Akontozahlungen vertraglicher Natur (BGE 130 III 504, E. 6.4; BGE 126 III 119, E. 3d). Da die Klägerinnen auch nicht geltend machen, dass die Zahlung zur Begleichung einer konkreten anderen Schuld erfolgte (vgl. auch Art. 86 f OR), kann die Zahlung folglich zur Verrechnung gestellt werden.

5. Ergebnis

Angesichts der bereits mit Urteil vom 31. Januar 2017 des Handelsgerichts Zürich abgeurteilten sowie der vorstehend (neu) beurteilten Ansprüchen steht den Klägerinnen aufgrund von anerkannten Ansprüchen hinsichtlich der geltend gemachten Zusatzleistungen eine Forderung in der Höhe von CHF 168'009.35 (inkl. MwSt.) sowie aus der Restpauschale eine solche in der Höhe von CHF 657'790.20 (inkl. MwSt.) zu. Insgesamt besteht damit eine Gesamtforderung in der Höhe von

CHF 825'799.55 (inkl. MwSt.). Dieser steht jedoch (unverändert) eine Verrechnungsforderung der Beklagten in der Höhe von CHF 256'684.90 (inkl. MwSt.) gegenüber. Da es sich sowohl bei der begründeten Forderung der Klägerinnen als auch bei der Gegenforderung der Beklagten um geldwerte Forderungen handelt (gleichartig), die zwischen denselben Parteien bestehen (gegenseitig), und da zudem die beidseitigen Forderungen fällig sind, sind vorliegend die Voraussetzungen der Verrechnung gemäss Art. 120 OR ohne Weiteres erfüllt. Im Umfang der Gegenforderung ist die begründete Forderung der Klägerinnen daher infolge der erklärten Verrechnung erloschen.

Demgemäss verbleibt ein Betrag zugunsten der Klägerinnen in der Höhe von CHF 569'114.65 (inkl. MwSt.). Da ihr dieser zuzüglich 5 % Zins seit 28. April 2012 bereits gemäss insoweit rechtskräftigem Urteil vom 31. Januar 2017 des Handelsgerichts Zürich zugesprochen wurde, ist die Klage wiederum im Mehrbetrag abzuweisen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Gerichtsgebühr

Mit Urteil vom 31. Januar 2017 des Handelsgerichts Zürich wurde die Gerichtsgebühr auf CHF 115'000.– festgesetzt (Dispositiv-Ziffer 2). Grundlage hierfür war ein Streitwert von CHF 5'573'886.61 (inkl. MwSt.). Das Bundesgericht hob die entsprechende Dispositiv-Ziffer 2 nicht auf, weshalb darüber rechtskräftig entschieden wurde.

Da die Klägerinnen (nach wie vor) zu 9/10 unterliegen, sind ihnen die Kosten in diesem Umfang unter solidarischer Haftung aufzuerlegen. Im übrigen Umfang von 1/10 sind die Kosten der Beklagten aufzuerlegen. Die Kosten sind – soweit möglich – aus dem von den Klägerinnen geleisteten Vorschuss zu beziehen. Der Fehlbetrag ist von den Parteien im Verhältnis der ihnen auferlegten Kosten nachzufordern (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

6.2. Parteientschädigung

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Vorliegend ist vom selben Streitwert auszugehen, welcher der Gerichtsgebühr zugrunde lag. Bei diesem Streitwert von CHF 5'573'886.61 beträgt die Grundgebühr rund CHF 73'000.–. Sie ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlung und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Bei der Festsetzung der Parteientschädigung ist vorliegend zu berücksichtigen, dass eine Vergleichsverhandlung durchgeführt, eine zweite Rechtsschrift (Replik bzw. Duplik) sowie je eine Stellungnahme verfasst wurde, und es sich um einen aufwendigen Fall handelt. Dies führt in Anwendung von §§ 4 und 11 AnwGebV zu einer Parteientschädigung in der Höhe von CHF 110'000.–. Da die Beklagte zu 9/10 obsiegt, ist ihr – in Verrechnung des den Klägerinnen a und b zuzusprechenden Anteils von 1/10 – eine Parteientschädigung von 8/10, d.h. CHF 88'000.–, zuzusprechen.

Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5.; ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.). Vorliegend verlangt die Beklagte eine Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer (act. 1/10 S. 2), behauptet aber keine für die Zurechnung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände. Daher ist der Beklagten die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Das Verfahren HG140250-O wird unter der neuen Geschäfts-Nr. HG170230-O fortgesetzt.
2. Der im Verfahren HG140250-O geleistete Kostenvorschuss im Betrag von CHF 70'000.– wird auf das Verfahren HG170230-O übertragen.
3. Es wird festgestellt, dass das Urteil vom 31. Januar 2017 des Handelsgerichts des Kantons Zürich (Geschäfts-Nr. HG140250-O) wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:
" 1. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägerinnen a und b CHF 569'114.65 (inkl. MwSt.) zuzüglich 5 % Zins seit 28. April 2012 zu bezahlen.
[...]
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 115'000.–.
[...]"
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis und an die Obergerichtskasse zur Veranlassung gemäss Dispositiv-Ziff. 2.

und erkennt sodann:

1. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten werden zu 9/10 den Klägerinnen a und b zusammen unter solidarischer Haftung und zu 1/10 der Beklagten auferlegt und – soweit möglich – aus dem von den Klägerinnen geleisteten Vorschuss gedeckt. Der Fehlbetrag wird von den Parteien im Verhältnis der ihnen auferlegten Kosten nachgefordert.

3. Die Klägerinnen a und b werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 88'000.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
5. 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 5'573'886.61.

Zürich, 29. Juni 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Roland Schmid

Roman Kariya