

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB160045-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin MLaw V. Stübi

Urteil und Beschluss vom 7. Dezember 2018

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____,

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 13. November 2014 (CG080130-L)

Rückweisung: Urteil des Bundesgerichts vom 25. Juni 2016 (vormaliges Verfahren LB140098-O)

Rechtsbegehren:

(Urk. 2/2 S. 1)

"1. Die Beklagten seien zu verpflichten, den Klägern ihre Gewinnanteile aus der Realisierung der Überbauung D._____/E.____ (abzüglich bereits erfolgte Abgeltungen) herauszugeben, nämlich approximativ:

- an den Kläger 1 Fr. 1'217'000.00
- an den Kläger 2 Fr. 1'132'000.00

nebst 5% Zins ab 21. Juli 1998;

2. [...]

3. [...]

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Abschliessend beziffertes Rechtsbegehren:

(Urk. 173 S. 2)

"Der Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern ihre Gewinnanteile aus der Realisierung der Überbauung D._____/E.____ (abzüglich bereits erfolgter Abgeltungen) herauszugeben, nämlich:

- an den Kläger 1 CHF 841'868.00 nebst 5 % Zins ab 3. September 1998,
- an den Kläger 2 CHF 756'868.00 nebst 5 % Zins ab 3. September 1998;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. November 2014:

(Urk. 196 = Urk. 202)

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird der Beklagte verpflichtet, dem Kläger 1 Fr. 739'698.20 und dem Kläger 2 Fr. 654'698.20, je nebst Zins zu 5 % seit 3. September 1998, zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 73'400.00 ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 1'000.00 Zeugenentschädigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

3. Die Kosten, zuzüglich der Kosten aus dem obergerichtlichen Verfahren LB070110 in der Höhe von Fr. 18'101.–, werden dem Beklagten auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen verrechnet.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 80'700.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen und den Kostenvorschuss von Fr. 600.– zu ersetzen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.

6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung schriftlich und begründet beim Obergericht des Kantons Zürich Berufung eingereicht werden.

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 201 S. 2):

"Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 13. November 2014 (Prozess Nr. CG080130-L) sei vollumfänglich aufzuheben, und es sei die Klage abzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer) zu Lasten der Kläger."

der Kläger und Berufungsbeklagten (Urk. 212 S. 2):

"Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, und es sei das Urteil der 2. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich CG080130-L vom 13. November 2014 zu bestätigen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsklägers/Beklagten."

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger 1, der Kläger 2 und der Beklagte schlossen sich mit Gesellschaftsvertrag vom tt.mm.1993 zu einer einfachen Gesellschaft mit dem Namen "Konsortium D._____" zusammen, deren Zweck darin bestand, die Liegenschaft D._____ in E._____/ZH zu überbauen und anschliessend die Gesamtüberbauung gewinnbringend zu verkaufen (Urk. 2/3/5). Das Konsortium bezweckte insbesondere den Abschluss eines auf den Namen des Klägers 1 eingetragenen Kaufrechts an der Liegenschaft (Ziff. 2.1), die Überbauung und Realisierung dieser Liegenschaft (Ziff. 2.2) und den möglichst gewinnbringenden Verkauf dieser Liegenschaft (Ziff. 2.3). Die Gesellschafter waren zu je einem Drittel am Konsortium beteiligt und nahmen entsprechend ihrer Beteiligung am Konsortium am Geschäftsergebnis teil (Ziff. 3.2 und 3.3). Unter dem Titel "Leistungen der drei Konsorten" hielten die Parteien in Ziff. 4.1.1 bis Ziff. 4.1.3 diverse Leistungen fest, die durch sie beherrschte Gesellschaften erfolgen sollten. Gemäss Ziff. 4.1.2 hatte die dem Beklagten gehörende F._____ AG (fortan F._____ AG) – der auch die Besorgung der Konsortialbuchhaltung übertragen wurde – die Überbauung als Generalunternehmerin mit offener Abrechnung und einem GU-Honorar von 4 Prozent zu erstellen. Das Konsortium sollte mit Erreichung des Gesellschaftszwecks nach erfolgter Gesamtabrechnung und Erledigung allfälliger Baugarantiefälle aufgelöst werden (Ziff. 7.1).

2. Nachdem das zugunsten des Klägers 1 im Grundbuch eingetragene Kaufrecht aufgehoben worden war, erwarb der am Bauprojekt interessierte Kanton Zürich die zu überbauende Liegenschaft direkt von der Erbengemeinschaft G._____. Mit Generalunternehmervertrag vom 11. März 1994 betraute der Kanton Zürich die F._____ AG mit der schlüsselfertigen Ausführung der Wohnüberbauung D._____ zu einem Preis von Fr. 20'000'000.– (Urk. 2/4/7). Nach Realisierung des Bauvorhabens verlangten die Kläger vom Beklagten gestützt auf den Gesellschaftsvertrag die Beteiligung am Konsortialgewinn (Urk. 2/2). Der Beklagte stellte

sich auf den Standpunkt, mit der Aufhebung des Kaufrechts und dem Erwerb des Baugrundstückes durch den Kanton Zürich sei der Gesellschaftsvertrag hinfällig und der Gesellschaftszweck unerreichbar geworden, weshalb ein Gewinnanspruch der Kläger entfalle. Die F._____ AG habe das ganze wirtschaftliche Risiko der Überbauung "D._____" allein getragen (Urk. 2/16).

3. Am 3. Mai 1999 klagten die Kläger gegen die F._____ AG und den Beklagten am Bezirksgericht Meilen auf Abrechnung und Herausgabe ihrer Gewinnanteile. Die Weisung datiert vom 20. Oktober 1998 (Urk. 2/1). Mit Beschluss vom 16. Juni 1999 trat das Bezirksgericht Meilen auf die Klage nicht ein und überwies den Prozess an das Bezirksgericht Zürich (Urk. 1). Am 19. März 2004 zogen die Kläger die Klage gegen die F._____ AG zurück, nachdem die Frage der örtlichen Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich für die Klage gegen die Aktiengesellschaft mehrere Entscheidungen notwendig gemacht hatte (Urk. 33, Urk. 44, Urk. 46, Urk. 47, Urk. 57). Mit Urteil vom 30. September 2004 wies das Bezirksgericht die Klage gegen den (verbliebenen) Beklagten ab (Urk. 60). Dieses Urteil wurde von der I. Zivilkammer mit Beschluss vom 6. Januar 2007 ein erstes Mal und – nach Aufhebung des obergerichtlichen Beschlusses durch das Kassationsgericht – mit Beschluss vom 6. Mai 2008 ein zweites Mal aufgehoben und zwecks Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückverwiesen (Urk. 64 bis Urk. 66), worauf das Bezirksgericht den Beklagten mit Teilurteil vom 19. Februar 2010 verpflichtete, eine vollständige Abrechnung bezüglich der Erstellung der "Überbauung D._____ E._____ ZH" mit sämtlichen Belegen gemäss dem Gesellschaftsvertrag vom tt.mm.1993 einzureichen. Diese Abrechnung habe sämtliche mit der Überbauung zusammenhängenden Geldeingänge und Ausgaben sowie das Generalunternehmer-Honorar der F._____ AG von 4 Prozent zu enthalten (Urk. 119).

4. Gegen dieses Teilurteil erhob der Beklagte Berufung, worauf die I. Zivilkammer mit Urteil vom 1. September 2011 die Klage auf Abrechnung abwies (Urk. 122/143). Sie erwog, die einfache Gesellschaft "Konsortium D._____" bestehe nach wie vor und der Gesellschaftsvertrag vom tt.mm.1993 habe weiterhin Gültigkeit. Auch werde es wohl schon so gewesen sein, dass die Konsorten da-

mals davon ausgegangen seien, der nunmehr bei der F._____ AG anfallende Mehrerlös/Gewinn sei auf sie zu verteilen. Es sei aber nicht erstellt, was die Parteien vereinbart hätten bzw. wovon sie im Zeitpunkt der Abreden nach Treu und Glauben hätten ausgehen dürfen, wie der Gewinn ins Konsortium fliesse. Die Kläger, die vom Beklagten Schadenersatz aus einer angeblich abgegebenen Garantie verlangten, hätten die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, weshalb sie gegenüber dem Beklagten keinen Anspruch auf Schadenersatz in der Höhe von 2/3 des durch die F._____ AG aus der Realisierung der Überbauung D._____/E._____ erzielten Gewinnes hätten. Demzufolge sei der Abrechnungsanspruch abzuweisen.

5. Auf Beschwerde der Kläger hin erkannte das Bundesgericht mit Urteil vom 20. März 2012 was folgt (Urk. 125):

"1.

In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Obergerichts vom 1. September 2011 aufgehoben und der Beschwerdegegner verpflichtet, dem Bezirksgericht innert 30 Tagen ab Empfang dieses begründeten Urteils eine vollständige Abrechnung bezüglich der Erstellung der Überbauung mit sämtlichen Belegen gemäss dem Gesellschaftsvertrag vom tt.mm.1993 einzureichen. Die Abrechnung hat sämtliche mit der Überbauung zusammenhängende Geldeingänge und Ausgaben sowie das Generalunternehmer-Honorar der Aktiengesellschaft von 4 % zu enthalten."

2.

Die Sache wird zur Fortsetzung des Verfahrens an das Bezirksgericht zurückgewiesen.

[...]"

6. Am 19. September 2012 reichte der Beklagte bei der Vorinstanz innert erstreckter Frist eine Konsortialabrechnung ein (Urk. 134). Am 10. September 2013 reichte der Beklagte weitere Belege ein (Urk. 164), worauf die Kläger mit Eingabe vom 18. November 2013 das eingangs aufgeführte abschliessend bezifferte Rechtsbegehren stellten und begründeten (Urk. 173). Die Stellungnahme des Beklagten datiert vom 11. Februar 2014 (Urk. 179). Weitere Stellungnahmen erfolgten am 27. März 2014 (Urk. 185) und am 26. Mai 2014 (Urk. 191), worauf mit Verfügung vom 5. Juni 2014 das Hauptverfahren geschlossen wurde (Urk. 194). Am

13. November 2014 fällte die Vorinstanz das eingangs aufgeführte Urteil (Urk. 196 = Urk. 202).

7. Gegen das ihm am 20. November 2014 zugestellte Urteil führte der Beklagte mit Eingabe vom 24. Dezember 2014 Berufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 198, Urk. 199, Urk. 201). Den ihm auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 34'700.– leistete er rechtzeitig (Urk. 205, Urk. 210). Mit Verfügung vom 14. Januar 2015 wurden klägerische Begehren um vorzeitige Vollstreckbarkeit bzw. Anordnung einer Kanzleisperre auf zwei Grundstücken des Beklagten abgewiesen (Urk. 209). Am 9. März 2015 reichten die Kläger die Berufungsantwort ein (Urk. 212). Der Beklagte machte mit Eingabe vom 12. Mai 2015 von seinem unbedingten Replikrecht Gebrauch (Urk. 217). Am 21. Mai 2015 teilten die Kläger mit, sie verzichteten auf weitere Ausführungen (Urk. 219).

Mit Beschluss vom 11. November 2015 nahm die I. Zivilkammer davon Vormerk, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 13. November 2014 insoweit am 10. März 2015 in Rechtskraft erwachsen war, als die Klagen im Fr. 739'698.20 (Kläger 1) und Fr. 654'698.20 (Kläger 2), je zuzüglich Zins zu 5 % seit 3. September 1998, übersteigenden Umfang abgewiesen wurden. Mit Urteil vom gleichen Tag wurde der Beklagte verpflichtet, dem Kläger 1 Fr. 739'698.20 und dem Kläger 2 Fr. 654'698.20, je nebst Zins zu 5 % seit 3. September 1998, zu bezahlen. Die Prozesskosten wurden zu 9/10 dem Beklagten und zu 1/10 den Klägern auferlegt (Urk. 221).

8. Das Bundesgericht hiess mit Urteil vom 25. Juli 2016 eine dagegen erhobene Beschwerde des Beklagten teilweise gut, hob das Urteil vom 11. November 2015 auf und wies die Sache an die I. Zivilkammer zurück (Urk. 223 = Urk. 224). Am 26. September 2016 wurden die Parteien auf den 29. November 2016 zur Instruktionsverhandlung vorgeladen (Urk. 228). Am 20. Oktober und 3. November 2016 erstattete der Beklagte zwei Noveneingaben (Urk. 229, Urk. 233). Die Kläger nahmen mit Eingabe vom 23. November 2016 unaufgefordert Stellung (Urk. 236) und verzichteten anlässlich der Verhandlung vom 29. November 2016 auf weitere Stellungnahme (Prot. II S. 5). Am 6. Januar 2017 (Urk. 238) wurde beschlossen, über den praxisüblichen Honorarzuschlag für die erhöhten Risiken

des geänderten Projektablaufs (erhöhtes Kostenrisiko der F._____ AG infolge des Pauschalpreises, erhöhtes Risiko infolge der von ihr übernommenen Gewährleistungshaftung), der vom Beklagten auf 5% (Gesamtzuschlag 9%) veranschlagt wird, Beweis zu erheben. Als Hauptbeweismittel des Beklagten wurden abgenommen: Ein Gutachten und die Urk. 2/4/7, Urk. 135/2/1-8 und Urk. 135/7-10. Als Sachverständiger wurden den Parteien H._____, dipl. Architekt HTL, ... [Titel], Partner bei I._____ AG, vorgeschlagen. Der Barvorschuss von Fr. 30'000.– ging rechtzeitig ein (Urk. 239). Mit Beschluss vom 22. Februar 2017 wurde H._____ als sachverständige Person im Sinne von Art. 183 ZPO ernannt und ermächtigt, unter seiner Verantwortung J._____ als fachmännische Hilfsperson beizuziehen (Urk. 243).

Mit Schreiben vom 7. März 2017 wurde der Gutachtensentwurf mit der Expertenfrage den Parteien zugestellt, wobei sie auf Änderungs- und Ergänzungsanträge verzichteten (Urk. 244 bis 246). Am 27. März 2017 erging der Gutachtensauftrag und die Experteninstruktion (Urk. 247). Das Gutachten ging am 4. Juli 2017 beim Gericht ein (Urk. 251, Urk. 252). Mit Verfügung vom 4. Juli 2017 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, Stellung zu nehmen und Ergänzungs- und Erläuterungsanträge zu stellen (Urk. 253). Der Beklagte beantragte am 20. September 2017, es sei eine Oberexpertise einzuholen und von der Honorierung des Gutachtens abzusehen, eventualiter sei das Honorar zu kürzen, subeventualiter seien die Kosten einer Oberexpertise dem Gutachter aufzuerlegen. Für den Fall, "dass das Gericht vorerst den Versuch der Verbesserung des Gutachtens beschreiten sollte", stellte er Ergänzungs- bzw. Erläuterungsfragen (Urk. 255).

Mit Schreiben vom 6. November 2017 wurde der Gutachter um Erläuterung / Ergänzung des Gutachtens ersucht, wobei sich der Beklagte vorgängig zum Entwurf dieses Schreibens vernehmen liess (Urk. 258 bis 261). In einem ersten Teil ergingen ergänzende Hinweise zum Sachverhalt; in einem zweiten Teil folgten die eigentlichen Erläuterungs- und Ergänzungsfragen. Mit Verfügung vom 24. November 2017 wurde der Gutachter ermächtigt, die drei Überbauungen "K._____ -strasse" (L._____), "M._____ -strasse" (N._____ SZ) und "O._____" (P._____) von aussen in Augenschein zu nehmen und/oder fotografieren zu lassen

(Urk. 267), wobei die Parteien auf eine Teilnahme am Augenschein verzichteten (Urk. 267 bis Urk. 269). Am 20. März 2018 ging schliesslich die Beantwortung der Erläuterungs- und Ergänzungsfragen beim Gericht ein (Urk. 275A, Urk. 276). Mit Schreiben vom 22. März 2018 wurden dem Gutachter drei Anschlussfragen unterbreitet, die er am 6. April 2018 (eingegangen am 23. April 2018) beantwortete (Urk. 278, Urk. 279). Mit Verfügung vom 7. Mai 2018 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu den Erläuterungen und Ergänzungen sowie zur Beantwortung der Zusatzfragen Stellung zu nehmen (Urk. 280). Die Stellungnahme der Kläger datiert vom 31. Mai 2018 (Urk. 283), diejenige des Beklagten vom 13. Juni 2018 (Urk. 284). Der Beklagte stellt darin erneut den Antrag, es sei eine Oberexpertise einzuholen und von einer Honorierung abzusehen, eventualiter sei das Honorar angemessen zu kürzen, subeventualiter seien die Kosten der Oberexpertise dem Gutachter aufzuerlegen (Urk. 284 S. 16). Am 2. Juli 2018 liess sich der Beklagte zur Stellungnahme der Kläger vom 31. Mai 2018 vernehmen (Urk. 287). Am 5. Juli 2018 wurde dem Ersuchen der Kläger um Ansetzung einer Frist (zwecks Vernehmlassung zur Stellungnahme des Beklagten vom 13. Juni 2018) entsprochen (Urk. 289). Diese Stellungnahme ging am 20. August 2018 ein (Urk. 290).

Am 5. September 2018 wurden die Parteien auf den 11. Oktober 2018 zur Berufungsverhandlung vorgeladen. Am 1. Oktober 2018 ging die Kostennote des Gutachters ein (Urk. 293, Urk. 294). Nach Erstattung der mündlichen Schlussvorträge wurde den Parteien am 11. Oktober 2018 mitgeteilt, dass das Verfahren in die Phase der Urteilsberatung übergehe (Prot. II S. 38).

II.

1. Die Vorinstanz ermittelte Baukosten in der Höhe von Fr. 17'033'087.05 und – nach Abzug der BKP-Positionen Gebäude (BKP 0) und Baunebenkosten (BKP 5) – eine honorarberechtigte Bausumme von Fr. 16'174'650.85 (Urk. 202 S. 35), auf der sie der F._____ AG ein GU-Honorar von 4 % zuzüglich 6.5 % Mehrwertsteuer, total Fr. 689'040.10, zugestand (Urk. 202 S. 40 ff.). Nach Hinzurechnung von Fr. 237'156.45 für Mehrwertsteuern auf dem nicht vorsteuerab-

zugsberechtigten Teil ergab sich ein Aufwand von Fr. 17'959'283.60 (Urk. 202 S. 43). Bei Einnahmen von Fr. 20'178'378.25 resultierten auf die drei Parteien entfallende Gewinnanteile von Fr. 739'698.20 (Urk. 202 S. 49). Die Einrede der Verjährung und der Nichtigkeit des Garantie- bzw. Schadenersatzanspruchs zufolge unerlaubter Steuerumgehung wies die Vorinstanz zurück (Urk. 202 S. 10 ff.). Nachdem der Kläger 2 bereits Fr. 85'000.– erhalten hatte, war die Klage ausgewiesen und gutzuheissen im Umfang von Fr. 739'698.20 gegenüber dem Kläger 1 und im Umfang von Fr. 654'698.20 gegenüber dem Kläger 2 (Urk. 202 S. 49 und S. 51).

2. Im Berufungsverfahren anerkannten die Parteien bereinigte Baukosten (ohne Honorar der F._____ AG) von Fr. 17'033'087.05 (Urk. 201 S. 38, Urk. 212 S. 23). Die I. Zivilkammer ging in ihrem Urteil vom 15. November 2011 – wie bereits die Vorinstanz – von einer gültigen gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung aus und wies die Verjährungseinrede des Beklagten zurück. Mit der Vorinstanz legte sie der Gewinnberechnung eine honorarberechtigte Bausumme von Fr. 16'174'650.85, ein GU-Honorar der F._____ AG von 4 % zuzüglich 6.5 % Mehrwertsteuer, total Fr. 689'040.10, und einen Konsortialgewinn von Fr. 2'219'094.65 zugrunde (Urk. 221 S. 26). Dies führte zur Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 221).

3.1 Das Bundesgericht bestätigte in seinem Urteil vom 25. Juli 2016 die honorarberechtigte Bausumme von Fr. 16'174'650.85 und verneinte ebenfalls die Abzugsfähigkeit von Einkommenssteuern des Beklagten und Gewinnsteuern der F._____ AG (Urk. 223 E. 7 und E. 8 S. 23 ff.). Es stellte indes fest, dass die F._____ AG zufolge der Änderung der Projekterstellung im Hinblick auf den Pauschalpreis und die von ihr gegenüber dem Besteller vorerst übernommene Gewährleistungshaftung für die gelieferten Pläne ein erhöhtes Risiko getragen habe, dem mittels Lückenfüllung des Vertrages zu begegnen sei (Urk. 223 E. 6.2.3.4 S. 22). Kein Unterschied zur Situation vor der Projektänderung konnte das Bundesgericht bezüglich des Umfangs der für die Realisierung der Überbauung noch erforderlichen Planungsarbeiten ausmachen (Urk. 223 E. 6.2.3.2 S. 20 f.); keine Willkür vermochte das Bundesgericht in der Nichtberücksichtigung der von den

Klägern bestrittenen Kosten von Fr. 340'000.– für eine Bürgschaft zu erblicken (Urk. 223 E. 6.2.3.3 S. 21 f.).

3.2 Das aufgrund des Pauschalpreises erhöhte Kostenrisiko begründete das Bundesgericht wie folgt (Urk. 223 S. 19 E. 6.2.3.1): *"Bei offener Abrechnung mit fixem GU-Zuschlag trägt die Aktiengesellschaft, wie ausgeführt, kein Kostenrisiko; von Kosteneinsparungen bei der Arbeitsausführung profitiert sie aber ebenfalls nicht. Demgegenüber ist ein Pauschalpreis für sie einerseits mit einem Kostenrisiko verbunden, andererseits grundsätzlich aber auch mit einer Chance, durch tiefere Kosten einen grösseren Gewinn zu erzielen. Vorliegend bestand für die Aktiengesellschaft allerdings letztlich gar keine Chance, da sie bei pflichtgemäsem Vorgehen des Beschwerdeführers den Gewinn abzuliefern hatte; es blieb für sie bloss das erhöhte Risiko."*

Den Hinweis darauf, dass die F._____ AG letztlich kein erhöhtes Risiko lief, da ein Verlust vom Konsortium zu tragen gewesen wäre, liess das Bundesgericht nicht gelten. Es führte dazu aus (Urk. 223 E. 6.2.3.1 S. 19 f.): *"Die Vorinstanz begründete dies nicht weiter. Sie übergeht damit, dass gemäss der ursprünglichen Vorgehensweise ein Vertragsverhältnis zwischen der Aktiengesellschaft und dem Konsortium mit einem Anspruch auf offene Abrechnung bestanden hätte. Dieser wäre aufgrund der klaren vertraglichen Regelung einfach durchzusetzen gewesen. Demgegenüber bestand nach der Modifikation der Projektrealisierung kein Vertrag zwischen der Aktiengesellschaft und dem Konsortium. Die Parteien der einfachen Gesellschaft verpflichteten sich nur untereinander, nicht direkt gegenüber der Aktiengesellschaft, einen Verlust zu tragen. Die Aktiengesellschaft hätte damit höchstens mittelbar - über den Beschwerdeführer - einen Anspruch auf Verlusttragung gehabt, nicht aber einen eigenen vertraglichen Anspruch darauf. Wäre es zu einem Verlust gekommen, hätten die Beschwerdegegner bei der nun gewählten rechtlichen Ausgestaltung sodann vorbringen können, die einfache Gesellschaft bestehe nicht mehr und der Verlust sei allein von der Aktiengesellschaft des Beschwerdeführers zu tragen - wie die Prozessgeschichte zeigt, ist die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis ein durchaus dornenvoller Weg. Auch während der Vertragsabwicklung war das Risiko ein un-*

terschiedliches, da die Aktiengesellschaft im einen Fall auf eine Leistung Zug-um-Zug bestehen konnte (Art. 82 OR), im anderen nicht. Es ist unzulässig, das eingegangene Risiko aus einer Sicht im Nachhinein zu beurteilen, in der eine gerichtliche Beurteilung der Rechtsverhältnisse bereits stattgefunden hat. Die beiden Situationen können daher entgegen der Vorinstanz nicht gleichgesetzt werden."

3.3 Das erhöhte Risiko aufgrund der gegenüber dem Besteller vorerst übernommenen Gewährleistungshaftung begründete das Bundesgericht wie folgt (Urk. 223 S. 21 E. 6.2.3.2): *"Gegenüber dem Kanton Zürich haftete die Aktiengesellschaft beim geänderten Projekt als alleinige Vertragspartnerin (namentlich als Generalunternehmerin) aus Gewährleistung und zwar nicht nur für die Bauausführung durch die beigezogenen Subunternehmer, sondern auch für die Planungsleistungen ihrer als Hilfspersonen beigezogenen Architekten und übrigen Planer, wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend macht. Sie hätte zwar ihrerseits Gewährleistungsansprüche gegenüber den Planerstellern gehabt bzw. aufgrund des Gesellschaftsvertrages wären die Kosten aus der Gewährleistung letztlich von den einfachen Gesellschaftern zu tragen gewesen. Die Ansprüche gegenüber bzw. zwischen den einfachen Gesellschaftern hätten aber wieder zuerst durchgesetzt werden müssen. Beim ursprünglichen Projekt hingegen wäre etwa das Architekturbüro des Beschwerdegegners 2 Vertragspartnerin der Konsorten gewesen und nicht der Aktiengesellschaft. Für dessen allfällige Planungsfehler hätte die Aktiengesellschaft daher gegenüber Dritten von vornherein nicht einzustehen gehabt. Kurzum, das Risiko war auch insofern für die Aktiengesellschaft nach der Projektänderung grösser als zuvor."*

3.4 Nachdem der Beklagte – zwecks Nachweises des von ihm auf 9% statt 4% veranschlagten Honorars – eine Expertise zum praxisüblichen TU-Honorarzuschlag beantragte habe, werde die Vorinstanz (d.h. das Obergericht) – so das Bundesgericht weiter – über das Honorar zu befinden haben, das die Parteien vereinbart hätten, und dabei gegebenenfalls eine Expertise einholen müssen, welche auf die genannten Risikofaktoren abstelle. Sodann werde sie nach pflichtgemäsem Ermessen festlegen müssen, um wieviel der Zuschlag zu kürzen sei, weil die F._____ AG – anders als eine gewöhnliche Generalunternehmerin –

anschliessend die Möglichkeit gehabt hätte, ihre Kosten gegenüber den einfachen Gesellschaftern geltend zu machen. Dabei hätten die Parteien zu berücksichtigen, dass das Bundesgericht in einer allfälligen Beschwerde die Ausübung des Ermessens durch die Vorinstanz nur unter einschränkenden Voraussetzungen prüfen könne, weshalb auch aus diesem Grund eine vergleichsweise Erledigung naheliegen könnte (Urk. 223 S. 22 f. E. 6.2.3.4). Damit sei die Sache zur Bestimmung des Honorarzuschlags, den die Parteien nach Treu und Glauben aufgrund der veränderten Risiken des geänderten Projektablaufs vereinbart hätten an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei von einer Verzinsung zu 5% ab 14. Juli 2001 auszugehen sein werde (Urk. 223 S. 34 E. 11).

III.

1. Bei der Schliessung der vom Bundesgericht verorteten Vertragslücke handelt es sich um eine Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Willen der Parteien. Das Gericht hat danach zu fragen, was vernünftig und redlich (nach Treu und Glauben) handelnde Parteien *in der Situation der Vertragspartner* vereinbart hätten (vgl. Urk. 223 S. 34 E. 11: "Bestimmung des Honorarzuschlags, den die Parteien nach Treu und Glauben aufgrund der veränderten Risiken des geänderten Projektablaufs vereinbart hätten"). Zur Beurteilung dieser Frage muss sich das Gericht, gleich wie bei der Auslegung, *in die Lage der Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses zurückversetzen* (ZK-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 OR N 559). Dabei sind die vom Bundesgericht festgestellten Risikofaktoren zu berücksichtigen (Pauschalpreis, vorerst übernommene Gewährleistungshaftung).

2. Der Sachverständige beantwortet die ihm gestellte Gutachterfrage dahingehend, *dass der geänderte Projektablauf keinen zusätzlichen Unternehmer-Honorarzuschlag auf die vereinbarten 4% der honorarberechtigten Bausumme rechtfertigt*. Hingegen sei die honorarberechtigte Bausumme um die Planer-Honorare zu erhöhen.

Die erhöhten Kostenrisiken infolge des Pauschalpreises taxiert der Gutachter als zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt und vernachlässigbar. Es

habe offenbar vor Vertragsschluss ein Kostenvorschlag bestanden, der inklusive einer 10%-Kostenungenauigkeit tiefer als die Werkvertragssumme mit Pauschalpreis gewesen sei (Urk. 276 S. 9).

Die Risiken aus der Gewährleistungshaftung gegenüber dem Kanton hätten sich laut Gutachter auf die Ausführungsplanung beschränkt und seien durch die um die Planer-Honorare erhöhte honorarberechtigte Bausumme zu entschädigen. Da in der honorarberechtigten Bausumme von Fr. 16'174'650.85 die Planer-Honorare bereits enthalten seien (was für das Vorliegen eines Totalunternehmer-Vertrages spreche), würden sich keine "weiteren Zuschläge" aufgrund des geänderten Projektablaufs rechtfertigen. Aufgrund des geänderten Projektablaufes sei ein Zuschlag im Umfang der Planer-Honorare auf die honorarberechtigte Bausumme grundsätzlich zulässig. Im Falle eines Generalunternehmervertrags würde die honorarberechtigte Bausumme aber lediglich Fr. 14'337'078.60 betragen (Urk. 276 S. 9, Urk. 279 S. 3).

3. Der Sachverständige begründet seine Darlegungen wie folgt:

3.1 Gemäss Aussagen verschiedener Generalunternehmer hätten die Prämien von Generalunternehmern Anfang der neunziger Jahre zwischen 2.5% bis 4.5% betragen, je nach Grösse und Komplexität des Bauvorhabens, aber unabhängig von der Vergütungsart. Diese Aussage stütze sich auf seine persönliche Einschätzung der Marktsituation Anfang der 90er Jahre, der Einsicht in Verträge und Abrechnungen im Laufe seiner beruflichen Tätigkeit und insbesondere auf Interviews mit Q._____ und R._____, die bereits Anfang der neunziger Jahre in namhaften Generalunternehmungen tätig gewesen seien und seine Einschätzung stützten (Urk. 252 S. 7, Urk. 276 S. 4).

3.2 Das Honorar des Generalunternehmers setze sich kalkulatorisch typischerweise aus zwei Teilen zusammen: Aus der *Risikoentschädigung* für das unternehmerische Wagnis und dem Honorar für das *Baumanagement*. Diese Komponenten würden in den Verträgen aber nicht einzeln ausgewiesen, sondern man pflege sie unter der Bezeichnung "Generalunternehmer-Honorar" zu einem gemeinsamen Prozentsatz zusammenzufassen (Urk. 252 S. 7 mit Verweis auf Röth-

lisberger, «Mit wem baue ich?», Das Praxisbuch zur Bauausführung, Gwatt [Thun] 2013). Die Risikoentschädigung des Generalunternehmers hänge mit der Art und Grösse des Projekts zusammen. Bei kleineren Projekten sei die Risikoentschädigung in der Regel prozentual höher als bei grösseren Projekten. Ebenso würden einfachere standardisierte Projekte einen niedrigeren Risikozuschlag aufweisen als komplexere Projekte wie beispielsweise Sanierungen (Urk. 252 S. 9 f.).

3.3 Bei der offenen Abrechnung, bei welcher der definitive Werkpreis bei Bauende aufgrund der Schlussabrechnung ermittelt werde, werde das Honorar und die Risikoentschädigung des Generalunternehmers sowie die durch diesen selbst erbrachten Bauleistungen gemäss den vereinbarten Ansätzen vergütet (Urk. 252 S. 7 f.).

3.4 Die prozentuale Prämienhöhe eines Totalunternehmers im Vergleich zu einem Generalunternehmer bleibe – immer unter der Prämisse einer durchschnittlich komplexen Planungsaufgabe – gleich. Durch die Ausweitung der Leistung des Totalunternehmers um die Planungsleistung erhöhe sich die honorarberechtigte Bausumme um die Planer-Honorare und damit das absolute Honorar des Totalunternehmers. Eine Erhöhung der prozentualen Prämie wäre nur gerechtfertigt, falls es sich um eine sehr komplexe und anspruchsvolle Planungsaufgabe handeln würde. Die Übernahme der Gewährleistungshaftung von Planungsfehlern gehöre zum Wesen eines Totalunternehmervertrags und rechtfertige keinen Zuschlag auf die prozentuale Prämie. Die zusätzliche Entschädigung des Totalunternehmers habe durch die Erhöhung der honorarberechtigten Bausumme um die Planer-Honorare zu erfolgen (Urk. 252 S. 7, Urk. 276 S. 5).

3.5 Der Sachverständige schätzt die eingegangenen *Planungsrisiken* (wie auch die Realisierungs- und Kostenrisiken) für die Überbauung "D._____" in E.____ – auch nach Ausklammerung der Regressmöglichkeit auf die verantwortlichen Planer (vgl. dazu noch Urk. 252 S. 17: "sehr gering bis null"; Urk. 261 S. 5) – als sehr gering ein (Urk. 276 S. 8). Einerseits sei die Planung zur Zeit des Vertragsschlusses zwischen der F.____ AG und dem Kanton Zürich schon sehr weit

fortgeschritten gewesen. Andererseits stelle das Projekt "D._____", eine Adaptation der Projekte in P._____, L._____ und N._____ dar (Urk. 252 S. 17).

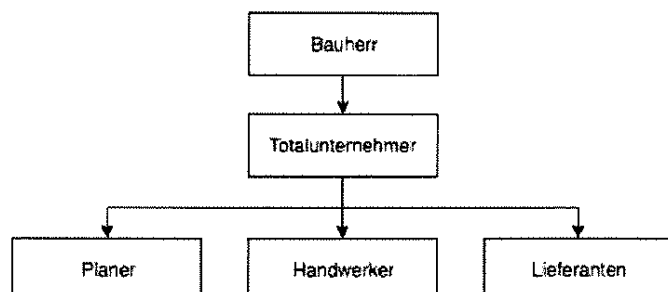
3.5.1 Bei der Überbauung "D._____" handle es sich um ein *standardisiertes Projekt*, da die F._____ AG die gleiche Baute für die ZKB in P._____, für die S._____ in L._____ und für eigene Rechnung in N._____/SZ erstellt habe und durch diese Projektierungen bereits Planer und die wichtigsten Unternehmer feststünden (Urk. 252 S. 15). Unter einem "standardisierten Projekt" sei die mehrfache Realisierung desselben oder leicht modifizierten Bauwerkes unter Verwendung derselben oder stetig optimierten Planungs- und Ausführungsgrundlagen zu verstehen. Dieses Vorgehen habe zum Zweck, die Planungs-, Realisierungs- und Kostenrisiken für den Total- oder Generalunternehmer zu minimieren. Erfolge die Realisierung zudem mit den gleichen Planern und Unternehmern, könnten nicht nur Risiken, sondern ebenso Kosten reduziert werden. Nachdem die vom Konsortium erstellten Überbauungen in L._____, N._____, P._____ und E._____ in Augenschein genommen worden seien, könnten folgende Feststellungen gemacht werden:

- Es handle sich um vier nahezu identische Wohnüberbauungen;
- Hierbei werde eine typisierte Grundeinheit - den örtlichen Gegebenheiten Rechnung tragend - zu einer Siedlung aggregiert;
- Unterschiede bestünden in der Anordnung des Grundtyps, teilweise in der Geschossigkeit der Gebäude sowie in der Konzeption der Unterflurgarage;
- Die Siedlung "M._____-strasse" in N._____ weiche in einzelnen baulichen Details und Modifikationen von den Anlagen in E._____, P._____ und L._____ ab. Die Abweichungen beträfen die Form der Dachgauben sowie eine veränderte Lage der Balkone im Obergeschoss.

Die vier Siedlungen würden auf demselben planerischen Grundkonzept beruhen. Die Realisierung sei mit sehr grosser Sicherheit unter Verwendung der Planungs-, Ausführungs- und Ausschreibungsunterlagen der jeweils vorher gebauten Überbauung erfolgt. Die in einer vierten Wiederholung eingegangenen Planungs-, Realisierungs- und Kostenrisiken würden als sehr gering eingestuft (Urk. 276 S. 5 ff.).

3.5.2 Die im Urteil des Bezirksgerichts Zürich ermittelte honorarberechtigte Bausumme (Urk. 202 S. 41) berücksichtige sämtliche Planerhonorare. Dies ent-

spreche der Usanz im Rahmen eines Totalunternehmervertrages (Urk. 279 S. 3 f.):



Das heisse, dass zur Berechnung der honorarberechtigten Bausumme von den totalen Baukosten die Kosten aus den BKP-Positionen "0 Grundstück" und "5 Baunebenkosten" subtrahiert würden.

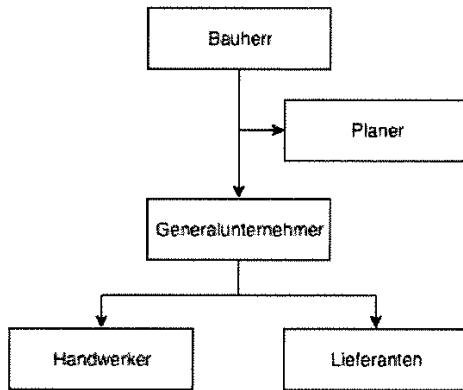
Total Baukosten	17'033'087.05	act. 202 / S. 35
BKP 0	6'065.00	act. 138 / S. 1
BKP 5	852'371.20	act 135/1 S. 36
<hr/>		
Honorarberechtigte Bausumme TU	16'174'650.85	

Wäre das Bauvorhaben von Beginn und über alle Planungsphasen hinweg unter einem Totalunternehmervertrag realisiert worden, würde sich das Totalunternehmer-Honorar wie folgt berechnen:

$$\text{Fr. } 16'174'650.85 \times 0.04 = \text{Fr. } 646'986.05$$

Tatsächlich sei der Vertrag mit dem Kanton Zürich, der die Planungsleistungen eingeschlossen habe, erst am 11. März 1994 abgeschlossen worden.

Vor diesem Zeitpunkt hätten die Konsorten ein Konstrukt mit Generalunternehmervertrag vorgesehen:



Die honorarberechtigte Bausumme hätte sich bei einem Generalunternehmervertrag wie folgt berechnet:

Total Baukosten	17'033'087.05	act. 202 / S. 35
BKP 0	- 6'065.00	act. 138 / S. 1
BKP 5	- 852'371.20	act 135/1 S. 36

Honorarberechtigte Bausumme TU	16'174'650.85	
---------------------------------------	----------------------	--

BKP 291.1 Honorar Architekt	880'720.00	act. 173 S 20f.
BKP 291.1 Honorar Architekt	4'742.90	act. 135/1 S.27
BKP 291.2 Honorar Bauleitung	750'243.00	act. 135/1 S.27
BKP 292 Bauingenieur	135'000.00	act. 135/1 S.27
BKP 293 Elektroingenieur	15'000.00	act. 135/1 S.27
BKP 294.1 Heizungingenieur	14'000.00	act. 135/1 S.27
BKP 294.2 Lüftungingenieur	4'000.00	act. 135/1 S.28
BKP 295 Sanitäringenieur	18'000.00	act. 135/1 S.28
BKP 296.0 Geometer	10'432.30	act. 135/1 S.28
BKP 296.3 Bauphysiker	3'565.00	act. 135/1 S.28
BKP 296.4 Akustiker	1'869.05	act. 135/1 S.28
BKP 29 Honorare	- 1'837'572.25	

Honorarberechtigte Bausumme GU	14'337'078.60	
---------------------------------------	----------------------	--

Zur Berechnung der honorarberechtigten Bausumme des Generalunternehmers würden nicht nur die Kosten aus den BKP-Positionen "0 Grundstück" und "5 Baunebenkosten" abgezogen, sondern ebenso die Kosten der Position BKP "29 Honorare". Wäre das Bauvorhaben wie ursprünglich vorgesehen realisiert worden, hätte sich das Generalunternehmerhonorar wie folgt berechnet (Urk. 279 S. 4 f.):

$$\text{Fr. } 14'337'078.60 \times 0.04 = \text{Fr. } 573'483.15$$

3.5.3 Aus dem Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 13. November 2014 (Urk. 202) gehe hervor, dass die gesamte Planungs- und Projektierungsarbeit für die Überbauung "D._____" lange vor Abschluss des GU-Vertrags abgeschlossen worden sei. Zudem gehe aus dem Urteil hervor, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags mit dem Kanton Zürich die "Vorbereitungsphase zur Ausführung" schon abgeschlossen gewesen sei. Bei Baukonsortien würden Honorarrechnungen in der Regel erst gestellt, wenn ein Vertrag mit einem Investor vorhanden sei. Folglich eigneten sich diese Zahlungen nur bedingt, um den Fortschritt der Planung zu belegen. Mit Abschluss jeder Planungsphase reduziere sich das Planungsrisiko für die jeweilige Projektphase. So würden beispielsweise nach Vorliegen des Bauprojektes und nach Erhalt der rechtsgültigen Baubewilligung keine Risiken für die konkrete Phase mehr bestehen. In der Regel manifestierten sich Planungsfehler während der Bauzeit. Vor Baubeginn würden im Wohnungsbau die meisten kritischen Dimensionen bereits anlässlich der Baueingabe durch die Behörden geprüft und beispielsweise über ein Schnurgerüst vor Ort und vor Baubeginn abgenommen. Während der Bauausführung seien die Unternehmer verpflichtet, Werke, die nicht nach den Regeln der Baukunst geplant seien, vor der Ausführung abzumahnern und deren Ausführung zu verweigern. Reine Planungsfehler nach der Bauausführung würden im Wohnungsbau relativ selten festgestellt. Meistens handle es sich um kombinierte Mängel aus fehlerhafter Detaillierung, Ausführung, Materialwahl und ungenügender Überprüfung durch die Bauleitung (Urk. 276 S. 8 f.)

3.5.4 Die Risiken aus der Gewährleistungshaftung gegenüber dem Kanton Zürich würden sich vorliegend auf die *Ausführungsplanung* beschränken und seien durch die um die Planer-Honorare erhöhte honorarberechtigte Bausumme zu entschädigen. Massgebend seien hierbei die nach Vertragsabschluss vom 11. März 1994 erfolgten Planungsleistungen, aber mindestens die Planungsleistungen, die im Zusammenhang mit der Ausführung des Projektes stünden (Urk. 276 S. 9). Für die bis zum 11. März 1994 abgeschlossenen Planungsleistungen würden keine Honorar-Ansprüche des Totalunternehmers mehr bestehen, da diese – durch den geänderten Projektablauf – die Gewährleistungshaftung nicht mehr tangierten (Urk. 279 S. 3).

Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses am 11. März 1994 und der damit verbundenen Übernahme der Gewährleistungshaftung für die Planungsleistung durch die AG sei ein Teil der Planung bereits abgeschlossen gewesen. So könne mit Bestimmtheit gesagt werden, dass sämtliche Teilphasen der Projektierung (SIA-Ordnung 102 Ziff. 7.7 [Aufteilung in Teilphasen]) bis und mit Baubewilligungsverfahren erfolgreich und mängelfrei abgeschlossen worden seien. Diese bereits erbrachten Leistungen würden 32.5% der Grundleistung von Architekt und Bauleitung entsprechen. Folglich sei die honorarberechtigte Bausumme um Fr. 530'062.95 (Fr. 880'720.- : 54 x 32.5) zu reduzieren. Die honorarberechtigte Bausumme auf Grund des geänderten Projektablaufs betrage daher (Urk. 279 S. 5):

$$\text{Fr. } 16'174'650.85 - \text{Fr. } 530'062.95 = \text{Fr. } \mathbf{15'644'587.90}$$

Daraus resultiere ein Totalunternehmerhonorar von:

$$\text{Fr. } 15'644'587.90 \times 0.04 = \text{Fr. } \mathbf{625'783.50}$$

Die in diesem Totalunternehmerhonorar enthaltene Risikoprämie für die Gewährleistungshaftung gegenüber dem Kanton berechne sich aus der Differenz von Totalunternehmerhonorar und dem Generalunternehmerhonorar:

$$\text{Fr. } 625'783.50 - \text{Fr. } 573'483.15 = \text{Fr. } \mathbf{52'300.35}$$

3.6.1 Laut Gutachter wirkt sich der Umstand, dass das Projekt "D. _____" als vierte von vier auf demselben planerischen Grundkonzept basierenden Bauten realisiert wurde, auch auf das *Kostenrisiko* aus. So stuft er die in einer vierten Wiederholung eingegangenen Kostenrisiken (wie auch die Planungs- und Realisierungsrisiken) als sehr gering ein (Urk. 276 S. 7). Er weist zudem darauf hin, dass die Risiken und die genannte Spannweite von 2.5% bis 4.5% in einem funktionierenden Markt nicht aus der Art der Vergütung (Pauschalpreis oder offene Abrechnung) hervorgehen sondern aus der Qualität des Kostenvoranschlages und insbesondere aus dem Verhältnis der Höhe des Kostenvoranschlages zu einem allfälligen Pauschalpreis. Der Generalunternehmer biete seine Offerte unabhängig vom Vergütungsmodell zu einem Markt- oder Konkurrenzpreis an, da er üblicherweise einem Marktwettbewerb ausgesetzt sei (Urk. 276 S. 4, Urk. 252 S. 7):

1. Das initiale Angebot eines Generalunternehmers an einen potenziellen Besteller muss in erster Linie marktgerecht sein. Marktgerecht heisst, dass unter Konkurrenzbedingungen Aussicht auf einen Zuschlag des Auftrages besteht. In einem funktionierenden Markt mit mehreren Anbietern entscheidet in der Regel der Besteller über Preis und Art der Vergütung. In einem Markt mit steigenden Immobilienpreisen und sinkenden Baupreisen wird der Besteller allenfalls einen Vertrag mit einer offenen Abrechnung eingehen - bei sinkenden Immobilienpreisen und steigenden Baupreisen wird er auf jeden Fall auf einen Pauschalpreis bestehen. Pauschale oder globale Total-/Generalunternehmerverträge sind in der Schweiz die Regel.
2. Ein rational handelnder Generalunternehmer wird folglich unabhängig von der Abrechnungsart seine Prämie so offerieren, dass der resultierende Werkpreis marktgerecht ist. Setzt er diesen in einer Pauschalofferte zu hoch an, wird er nicht zum Zuschlag kommen - spekuliert er und bietet einen zu tiefen Werkpreis bei offener Abrechnung an, geht er ins Risiko ein, dass der Besteller auf einen Pauschalpreis auf einem zu tiefen Werkpreis besteht.
3. Selbst bei einer offenen Abrechnung ist ein Total-/Generalunternehmer an die Genauigkeit des Kostenvoranschlags gebunden. Bezüglich der Risikoallokation bedeutet dies, dass die Risiken nicht aus der Art Vergütung hervorgehen, sondern aus der Qualität des Kostenvoranschlags und insbesondere aus dem Verhältnis der Höhe des Kostenvoranschlags zu einem allfälligen Pauschalpreis.

Generell gelte daher: "Für den Total-/Generalunternehmer bestehe nur ein erhöhtes Kostenrisiko, wenn der Kostenvoranschlag (inkl. Berücksichtigung der hinterlegten Ungenauigkeit) höher als die vereinbarte Pauschale ist." Das Abschliessen von pauschalen Werkverträgen gehöre – so der Gutachter – zur Kernleistung eines Total-/Generalunternehmers und sei eine der Basiskompetenzen, die eine Beauftragung eines Total-/Generalunternehmers überhaupt rechtfertige (Urk. 276 S. 5).

3.6.2 Falls die Parteien (bei der offenen Abrechnung) die Genauigkeit der Kostenschätzung im Vertrag nicht bestimmen würden, gelte die "Faustregel", dass eine Toleranz von 10% nicht überschritten werden dürfe. Diese Regel sei jedoch nicht absolut massgebend, sondern es seien die gesamten Umstände und insbesondere die Prognostizierbarkeit der Kosten mit zu berücksichtigen (Urk. 252 S. 8 mit Verweis auf BGE 115 II 462 und Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N 985). Die Genauigkeit des Kostenvoranschlags werde im Papier "Anlagekosten und Renditeberechnung 1. und 2. Etappe" vom 15. Juli 1993 (Urk. 2/4/3) nicht ausgewiesen. Das Risiko für Kostenüberschreitungen sei

in der Praxis aber trotzdem nicht unbegrenzt. Gemäss gesicherter Rechtsprechung betrage die Toleranz beim Kostenvoranschlag 10%, sofern keine andere Angabe gemacht werde. Darin nicht inbegriffen seien bestellte Mehrleistungen sowie eine allfällige Bauteuerung. Die Kostengenauigkeit werde im vorliegenden Fall jedoch deutlich höher eingeschätzt, da die gleiche Baute im Vorfeld bereits schon an anderen Standorten realisiert worden sei (Urk. 252 S. 12).

3.6.3 Die Klägerschaft (recte: der Beklagte) argumentiere gegen das Vorliegen eines standardisierten Projektes mit um ca. 10% höheren, effektiv abgerechneten Baukosten. Der Vergleich erfolge mit den Zahlen aus dem Dokument "Anlagekosten und Renditeberechnung 1. und 2. Etappe" vom 15. Juli 1993. Dieses Dokument habe den Charakter einer groben Kostenschätzung mit einer Genauigkeit von mehr als +/- 15% und sei folglich für den Vergleich mit der Bauabrechnung wenig geeignet. Aus dem "Finanzrapport" gehe hervor, dass ein Kostenvoranschlag (KV-Original) in der Höhe von Fr. 17'660'000.– spätestens am 21. Juli 1993 vorhanden gewesen sei (Urk. 135/1 S. 37). Dies werde durch die erste Buchung in der Baubuchhaltung bestätigt. Alle weiteren Mutationen seien unter "KV-Aktuell (KV-Mut.))" erstmals am 30. März 1994 erfolgt. Demnach habe vor Vertragsschluss ein Kostenvoranschlag bestanden, der inklusive einer "10%-Kostengenauigkeit" tiefer als die Wertvertragssumme mit Pauschalpreis gewesen sei.

Die effektiv abgerechneten Baukosten seien um 3.7% tiefer ausgefallen als die des internen Kostenvoranschlages der F._____ AG, der vor dem Vertragsabschluss vom 11. März 1994 bekannt gewesen sei. Die Baukostengenauigkeit sei mit einer Kostenunterschreitung von 3.7% sehr genau gewesen und bestätige den Hinweis, dass aus den Erfahrungen der bereits realisierten Projekte die Kostenrisiken hätten minimiert werden können. Die vom Beklagten geschilderte riskante finanzielle Ausgangslage beschreibe einzelne Vorgänge (Höhe des Architektenhonorars, Baukosten, Modifikationen hinsichtlich Bauqualität), die aber mit der eigentlichen Werkleistung wenig zu tun hätten. Sie könnten insbesondere nicht widerlegen, dass es sich beim vorliegenden Projekt um ein standardisiertes Bauprojekt gehandelt habe. Die beschriebenen Umstände würden übliche Vorgänge be-

schreiben, die in ihrer Auswirkung keine erhöhten Risiken darstellten. Es gehöre zur Kernkompetenz eines Generalunternehmers, verschiedene Risikoarten zu identifizieren, einzuschätzen und zu organisieren. Diese Kompetenz gehöre zur Basisleistung eines Total- oder Generalunternehmers und werde nicht gesondert entschädigt (Urk. 276 S. 7 ff.).

IV.

1. Zu prüfen ist, ob das Gutachten vollständig, klar und gehörig begründet ist. Das Gutachten muss eine verlässliche und taugliche Grundlage für die Meinungsbildung des Gerichts bieten. Dabei darf das Gericht auch ein gewisses Mass an Zweifeln und Unsicherheiten hinsichtlich der Schlussfolgerungen durch sein Vertrauen in die Unabhängigkeit und in die Sachkunde des von ihm bestellten Sachverständigen überbrücken, da die Prüfung nur aus der Sicht des interessierten Laien erfolgen kann (Müller, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Bd. I, 2. Aufl. 2016, N 11 zu Art. 188 ZPO).

2. In seiner Eingabe vom 13. Juni 2018 stellte der Beklagte (wie bereits in seiner Eingabe vom 20. September 2017) folgende Anträge (Urk. 284 S. 16 f., Urk. 255 S. 2), die er in seinem Schlussvortrag wiederholte (Urk. 297 S. 17):

- "1. Es sei zur Frage des praxisüblichen TU-Honorarzuschlags infolge der vom Bundesgericht festgestellten zusätzlichen Risikofaktoren (Kostenrisiko infolge Pauschalpreisabrede statt offener Abrechnung sowie Gewährleistungshaftung für Planungsfehler) eine Oberexpertise einzuholen.
2. Von einer Honorierung des Gutachtens vom 30. Juni 2017, der Erläuterungen und Ergänzungen vom 16. März 2018 (act. 276) sowie zur Beantwortung der Zusatzfragen vom 6. April 2018 (act. 279) sei abzusehen, eventualiter sei das Honorar angemessen zu kürzen, subeventualiter seien die Kosten der beantragten Oberexpertise dem bisherigen Gutachter aufzuerlegen."

Der Beklagte kommt zum Ergebnis, der Gutachter habe keine konkreten, schlüssigen und widerspruchsfreien Antworten auf die ihm gestellten Fragen gegeben. Zudem habe er sich wiederholt über den vorgegebenen bzw. durch die bereits ergangenen Urteile verbindlich festgestellten Sachverhalt hinweggesetzt.

Das Gutachten sei daher nicht verwertbar (Urk. 284 S. 16, Urk. 297 S. 16). Als Beweismittel für seine Kritik beruft er sich durchgehend auf eine Oberexpertise und seine (eigene) Parteibefragung bzw. Beweisaussage.

3.1 Der Gutachter hat *die Spannbreite* der Prämien von Generalunternehmern – und auf Nachfrage auch von Totalunternehmern (Urk. 261 S. 6, Urk. 276 S. 5) – Anfang der 90er-Jahre je nach Grösse und Komplexität des Bauvorhabens, aber unabhängig von der Vergütungsart, mit 2.5% bis 4.5% angegeben und dabei auf die Aussagen verschiedener Generalunternehmer verwiesen (Urk. 252 S. 7). Mit Schreiben des Referenten wurde dem Gutachter die Ergänzungsfrage gestellt, auf welche konkreten Quellen sich seine Aussagen stützen würden und ob sich diese belegen liessen (Urk. 261 S. 5). In seiner Antwort vom 6. April 2018 präzisierte der Gutachter, seine Aussage stütze sich auf seine persönliche Einschätzung der Marktsituation Anfang der 90er-Jahre, auf die Einsicht in Verträge und Abrechnungen im Laufe seiner beruflichen Tätigkeit und insbesondere auf Interviews mit Personen, die bereits Anfang der 90er-Jahre in namhaften Generalunternehmungen tätig gewesen seien und diese Einschätzung teilen würden, nämlich:

- Q._____, T._____ AG, Development;
- R._____, U._____ Management, Development and Technical DD.

3.2 Der Beklagte kritisiert, der Gutachter sei nicht in der Lage, die von ihm geltend gemachten Aussagen "verschiedener Generalunternehmer" zu belegen. Er lege namentlich nicht dar, welche konkreten Fragen er den beiden von ihm genannten Personen gestellt habe, wie die konkreten Antworten gelautet hätten und ob diese Personen über genügend Detailkenntnisse zur Beantwortung der gestellten Fragen verfügt hätten. Auch lege der Gutachter nicht konkret dar, worauf seine "persönliche Einschätzung" zur Marktsituation Anfang der 90er-Jahre gründe. Der Gutachter sei gemäss seinem Curriculum vitae (Urk. 285) erst seit 1998 als praktischer Architekt tätig, könne die Marktsituation mithin kaum aufgrund eigener Erfahrungen aus jener Zeit beurteilen. Inwiefern er sich im Nachhinein mit den damaligen Verhältnissen beschäftigt haben soll, lege er ebenfalls nicht schlüssig dar. Die vom Gericht gestellte Frage, ob sich seine Aussagen belegen liessen,

werde vom Gutachter denn auch gar nicht beantwortet, obschon solche Honorarabreden in der Regel schriftlich getroffen würden und der Gutachter bzw. I. _____ AG als wohl führendes Immobilienberatungsunternehmen über "entsprechende Daten und Unterlagen" verfügen sollte. Die Aussagen des Gutachters zur zentralen Frage der üblichen Prämienhöhe seien mithin nach wie vor weder belegt noch nachvollziehbar und damit auch nicht verwertbar (Urk. 284 S. 2 f., vgl. auch Urk. 297 S. 6, S. 11 f.).

3.3 Im Gutachtensauftrag vom 27. März 2017 war der Gutachter ermächtigt worden, Urkunden beizuziehen sowie Parteien und Dritte zu befragen, wobei der Name von Hilfspersonen und die Art ihrer Mitarbeit anzugeben seien (Urk. 247 S. 5). Zu den weiteren Abklärungen, die der Gutachter vornehmen kann (Art. 186 Abs. 1 ZPO), gehören auch formlose Befragungen von Parteien und Dritten. Das Ergebnis solcher Befragungen ist nicht in einem Protokoll festzuhalten; vielmehr ist ein solches Gespräch im Gutachten nur offenzulegen (Art. 186 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Das bedeutet, dass die Aussagen der Befragten im Gutachten zusammenfassend festzuhalten sind (Müller, a.a.O., Art. 186 ZPO N 21 und N 26). Es war somit nicht nötig, dass der Gutachter die konkreten Fragen und konkreten Antworten wiedergibt. Unzutreffend ist auch, dass im Gutachten nicht dargelegt wird, ob die beiden genannten Personen über genügend Detailkenntnisse zur Beantwortung der Fragen verfügen. Es wird nämlich ausdrücklich erwähnt, dass Q. _____ und R. _____ Anfang der 90er Jahren "in namhaften Generalunternehmungen" tätig gewesen sind. Wenn der Gutachter diese Personen als geeignet erachtet, um seine eigene Einschätzung der Marktsituation und Prämienhöhe Anfang der 90er zu verifizieren, darf das Gericht darauf vertrauen, dass er seine Auswahl fachmännisch getroffen hat bzw. er keine Personen beizieht, denen das nötige Fachwissen abgeht. Der Beklagte verlangt im Übrigen nicht, dass das Gericht die Abklärungen des Gutachters nach den Regeln des Beweisverfahrens nochmals vornehmen soll (Art. 186 Abs. 2 ZPO).

Wenn der Beklagte aus dem auf LinkedIn ersichtlichen Lebenslauf von Q. _____ "generalunternehmerseitige einschlägige Erfahrung mit Bezug auf die Kalkulation von GU- und Totalunternehmerverträgen" anzweifelt (Urk. 297 S. 11),

kann dem keine Bedeutung zukommen, weil dieser Lebenslauf über die Zeit Anfang der 90er-Jahre keine Auskunft gibt (Urk. 298, Urk. 291/1).

3.4 Soweit der Beklagte geltend macht, der Gutachter sei gemäss dem (im Internet abrufbaren) Lebenslauf erst seit 1998 als praktischer Architekt tätig und könne darum kaum die damalige Marktsituation aus jener Zeit beurteilen (Urk. 284 S. 2), ist ihm zunächst entgegenzuhalten, dass er keine Einwände gegen die Person des Gutachters erhoben hat (Urk. 242). Er hat insbesondere nicht geltend gemacht, der Gutachter sei infolge seines Alters nicht in der Lage, ein fachmännisches Gutachten zu erstellen. Ein Historiker-Gutachten ist auch nicht deshalb unverwertbar, weil der Gutachter die historischen Tatsachen nicht selbst erlebt hat. Ebenso lässt sich Fachwissen über eine spezifische Marktsituation aneignen. Unberechtigt ist der Vorwurf, der Gutachter lege nicht dar, inwiefern er sich im Nachhinein mit den damaligen Verhältnissen beschäftigt haben soll. Vielmehr hat er sich unter anderem an zwei Personen gewandt, die bereits in der hier massgeblichen Zeit in Generalunternehmungen tätig gewesen sind. Insofern hat er seine eigene Einschätzung der Marktsituation überprüft. Der Gutachter hat denn auch ausdrücklich festgehalten, die Prämienhöhe betrage "[g]emäss Aussagen von verschiedenen Generalunternehmern" 2.5% bis 4.5% (Urk. 252 S. 7).

3.5 Wenn der Beklagte konkrete Gründe und Belege für die persönliche Einschätzung des Gutachters der Marktsituation Anfang der 90er-Jahre vermisst und darauf hinweist, der Gutachter bzw. I. _____ AG müssten über entsprechende Daten und Unterlagen verfügen, zumal Honorarabreden schriftlich getroffen würden (Urk. 284 S. 2), ist Folgendes zu bedenken: Der Gutachter verweist ausdrücklich auf sein Erfahrungswissen (persönliche Einschätzung der Marktsituation) sowie auf Verträge und Abrechnungen, in die er im Laufe seiner beruflichen Laufbahn Einsicht genommen hat. Vom Gutachter kann nicht verlangt werden, die von ihm im Verlaufe der Zeit eingesehenen Verträge und Abrechnungen zu beschaffen und einzureichen oder auch nur einzeln zu dokumentieren. Wenn der Gutachter das maximale Honorar des Generalunternehmers auf 4.5% bemisst, kann daraus geschlossen werden, dass ihm im Laufe seiner beruflichen Tätigkeit höhere Honoraransätze nicht begegnet sind. Ein solches abweichendes Beispiel vermag

auch der Beklagte nicht aufzuzeigen. Ob I. _____ AG über entsprechende Daten (gemeint wohl: Statistiken) und Unterlagen (gemeint wohl: Verträge) für die massgebliche Zeit verfügt, ist zudem reine Spekulation. Im Übrigen wird die Einschätzung des Gutachters massgeblich gestützt von den beigezogenen Hilfspersonen. Damit muss es sein Bewenden haben, zumal die vom Gutachter genannte Spannbreite für die Beantwortung der Gutachterfrage (Honorarzuschlag, den die Parteien vereinbart hätten) insoweit gar keine praktischen Auswirkungen zeitigt, als er dafürhält, die vom Bundesgericht festgestellten erhöhten Risiken rechtfertigten vorliegend keinen Zuschlag zu den vereinbarten 4%.

4.1 Dem Gutachter wurde die Ergänzungsfrage gestellt, weshalb die von ihm genannte Spannbreite von 2.5% bis 4.5% unabhängig von der Vergütungsart sei und ob die Vergütungsart, insbesondere offene Abrechnung oder Pauschalpreisabrede, Anfang der 90er Jahre keinen Einfluss auf die Höhe der Prämie von Generalunternehmern gehabt habe (Urk. 261 S. 6). Der Beklagte beanstandet die vom Gutachter oben in E. III/3.6.1 wiedergegebene Antwort in mehrerer Hinsicht (Urk. 284 S. 3 ff.):

4.2.1 Der Gutachter argumentiere widersprüchlich. Zuerst führe er aus, dass der Entscheid betreffend offene Abrechnung oder Pauschalpreis von der Marktentwicklung abhänge. Gleich anschliessend mache er geltend, dass Pauschal- oder Globalpreise bei Total- und Generalunternehmerverträgen die Regel seien (d.h. unabhängig von der Marktentwicklung vereinbart würden) und dass der Besteller in der Regel über Preis und Art der Vergütung entscheide (d.h. der Unternehmer darauf in der Regel gar keinen Einfluss habe).

Der Gutachter stellte einerseits fest, dass das initiale Angebot eines Unternehmers marktgerecht sein muss und in einem funktionierenden Markt mit mehreren Anbietern in der Regel der Besteller über Preis und Art der Vergütung entscheidet. Zudem äusserte sich der Gutachter dahingehend, dass pauschale oder globale Total- und Generalunternehmerverträge in der Schweiz die Regel seien (Urk. 276 S. 4). Entgegen der Auffassung des Beklagten stellte der Gutachter nicht fest, dass diese Regel *unabhängig von der Marktentwicklung* sei. Vielmehr

kann daraus geschlossen werden, dass der in der Schweiz bestehende Markt so beschaffen ist, dass in der Regel Pauschal- oder Globalpreise vereinbart werden.

4.2.2 Der Beklagte meint, mit der Aussage, dass der Besteller in der Regel über Preis und Art der Vergütung entscheide (d.h. der Unternehmer darauf in der Regel gar keinen Einfluss habe), setze sich der Gutachter in einen weiteren Widerspruch zu seiner Aussage im Gutachten vom 30. Juni 2017, wonach die F._____ AG als Generalunternehmerin keinen Pauschalpreis vereinbart hätte, wenn sie mit erheblichen Risiken gerechnet hätte. Nach neuer Darstellung des Gutachters habe die F._____ AG gar keine Wahl bei der Art der Vergütung gehabt. Zudem entspreche die Pauschalpreisabrede dem Üblichen. Aus der Tatsache, dass eine Pauschalpreisabrede getroffen worden sei, könne mithin entgegen dem Gutachter nichts zu den vom Unternehmer erwarteten Risiken abgeleitet werden (Urk. 284 S. 3).

Auch dieser vermeintliche Widerspruch erscheint konstruiert. Im Gutachten vom 30. Juni 2017 wurde dafürgehalten, die F._____ AG hätte weder einen GU-Vertrag mit Pauschalpreis abgeschlossen, noch den Preis um Fr. 400'000.– gegenüber der offenen Abrechnung gesenkt, wenn ein erhöhtes Kostenrisiko bestanden hätte (Urk. 252 S. 18). Der Umstand, dass der Besteller "in einem funktionierenden Markt mit mehreren Anbietern" "in der Regel" über Preis und Art der Vergütung entscheidet, bedeutet augenscheinlich nicht, dass die F._____ AG den mit dem Kanton Zürich am 11. März 1994 abgeschlossenen Generalunternehmervertrag nicht auch hätte ablehnen können, wenn ihr die Risiken als zu hoch erschienen wären. In diesem Fall hätte der Kanton Zürich auf den Kauf des am 14. März 1994 direkt von der Erbengemeinschaft G._____ erworbenen Grundstücks verzichten können. Zudem wurde der Gutachter vor Unterbreitung der Ergänzungs- und Erläuterungsfragen darauf hingewiesen, dass bei der Beantwortung der Gutachterfrage nicht unterstellt werden könne, die F._____ AG wäre bei erhöhtem Kostenrisiko nicht zu einem GU-Vertrag mit Pauschalpreis und/oder zu einer Senkung des Preises bereit gewesen (Urk. 261 S. 3 f.). Dass ein Besteller über Art und Preis der Vergütung entscheiden kann, setzt voraus, dass ein "funktionierender Markt" und Konkurrenzbedingungen bestehen. Mit seinen allgemei-

nen Ausführungen will der Gutachter offensichtlich nicht besagen, dass ein bestimmter Unternehmer ein bestimmtes Angebot eines Bestellers annehmen muss, wenn für den Unternehmer der Preis nicht stimmt. Hinsichtlich der vom Unternehmer erwarteten Risiken leitet der Gutachter aus der Vereinbarung eines Pauschalpreises allein nichts ab. Vielmehr hält er fest, die Risiken würden aus der Qualität des Kostenvoranschlages und insbesondere aus dem Verhältnis des Kostenvoranschlages zu einem allfälligen Pauschalpreis hervorgehen. Kein Widerspruch ist darin zu sehen, wenn der Gutachter beschreibt, dass der Unternehmer auch bei einer Pauschalpreisabrede marktgerecht offerieren muss und im Falle einer zu hohen Offerte nicht zum Zuschlag kommen wird.

4.2.3 Der Beklagte macht unter Verweis auf Egli (Der General- und Totalunternehmer, in: BRT 1991, S. 82) geltend, die Höhe des GU/TU-Zuschlags hänge massgeblich davon ab, welche Aufgaben und Verantwortungen übernommen würden, insb. ob Preisgarantien abgegeben worden seien (Urk. 297 S. 6). Egli führt an der besagten Stelle aus, der GU/TU berechne für die übernommenen Aufgaben und Verantwortungen (insbesondere wenn er Zeit- und Preisgarantien abgegeben habe) einen Zuschlag auf den Honoraren und Werkklöhnen, der sich auf 3-7% belaufe. Damit lässt sich die marktbezogene Argumentation des Gutachters (für den Pauschal- bzw. Globalverträge in der Schweiz die Regel darstellen) aber nicht widerlegen.

4.3 Der Beklagte kann die Aussage des Gutachters nicht nachvollziehen, dass der "marktgerechte" Preis für eine Baute (bei welcher es sich um ein Unikat handle) durch einen "rational handelnden" Unternehmer bestimmt werden könne. Selbst ein "rational handelnder" Unternehmer könne lediglich die Kosten samt Zuschlägen für Risiko und Gewinn schätzen und hoffen, dass seine Kalkulation sich gegenüber den Angeboten der Mitbewerber durchsetze und sich insofern als marktgerechter Preis erweise und nicht umgekehrt (Urk. 284 S. 3).

Die Bemerkung des Beklagten ist an sich richtig. Die Aussagen des Gutachters können vernünftigerweise aber nicht so verstanden werden, dass ein Unternehmer anhand der eigenen Kosten-, Risiko- und Gewinnberechnung den marktgerechten Preis für eine Baute autonom bestimmen kann. Es gilt den Zusammen-

hang zu beachten. Der Gutachter wurde gefragt, weshalb die Vergütungsart (offene Abrechnung und Pauschalpreisabrede) Anfang der 90er Jahre keinen Einfluss auf die Prämien von Generalunternehmern hatte. Diese Frage beantwortet der Gutachter dahingehend, dass auch bei einem Pauschalpreis marktgerecht *offeriert* werden muss und im Falle einer zu hoch angesetzten Pauschalofferte "unter Konkurrenzbedingungen" keine Aussicht auf einen Zuschlag besteht. Umgekehrt riskiert der Unternehmer bei tief offeriertem Werkpreis und offener Abrechnung, dass der Besteller auf einem Pauschalpreis mit zu tiefem Werkpreis besteht. Der Gutachter geht daher von einem funktionierenden Markt und entsprechenden Konkurrenzbedingungen aus (vgl. bereits Urk. 252 S. 7 Ziff. 3.3: "Markt- oder Konkurrenzpreis"). Eine marktgerechte Offerte kann daher nicht mit dem marktgerechten Preis, zu welchem der Vertrag abgeschlossen wird, gleichgesetzt werden.

4.4.1 Der Beklagte taxiert die Aussage des Gutachters, wonach ein Unternehmer auch bei einer offenen Abrechnung an die Genauigkeit des Kostenvoranschlags gebunden sei, als nicht haltbar. Eine offene Abrechnung könne, müsse aber nicht mit einem (noch dazu verbindlichen) Kostenvoranschlag im Sinne eines Kostendachs verbunden sein. Bei den von Huber/Schwendener (Der Generalunternehmervertrag des Verbands Schweizerisches Generalunternehmer, 2. Aufl., Zürich 2005) genannten Vergütungsvarianten mit offener Abrechnung fänden sich Untervarianten mit und ohne Kostendach. Bei der Variante mit Kostendach sei zudem jeweils ein Bonussystem für den Unternehmer vorgesehen für den Fall, dass das Kostendach unterschritten werde. Zudem gebe es eine Vielfalt anderweitiger Kostenregelungen mit Bezug auf den Gesamtpreis (reiner Höchstpreis, Richtpreis, Referenzpreis, ungefährender Kostenansatz und weiteres mehr). Wesentlich sei, dass vorliegend gemäss Gesellschaftsvertrag eine schlichte offene Abrechnung ohne jegliche Zusicherungen mit Bezug auf die Kostenhöhe vereinbart worden sei. Mithin habe keine Verbindlichkeit mit Bezug auf die Kostenhöhe bestanden bzw. habe die F._____ AG im Gegensatz zur Pauschalpreisabrede mit dem Kanton kein Kostenrisiko getragen. Dieses mit der Pauschalpreisabrede eingegangene Zusatzrisiko sei vom Bundesgericht verbindlich festgehalten worden

und solle gemäss Anweisungen des Bundesgerichts mit einem Zuschlag zum Grundhonorar von 4% zusätzlich vergütet werden (Urk. 284 S. 3 f.).

Ein Kostenvoranschlag und ein Kostendach sind nicht das Gleiche. Beim Kostendach handelt es sich in der Regel um einen Höchstpreis (Gauch, a.a.O., N 1040). Der (unverbindliche) Kostenvoranschlag wird auch ungefährender Kostenansatz genannt, enthält eine auf mehr oder weniger sicheren Grundlagen beruhende Preisschätzung und beruht in aller Regel auf eigenen Berechnungen des Unternehmers (Gauch, a.a.O., N 937). Durch die Vereinbarung eines ungefähren Kostenansatzes wird das Risiko des Bauherrn gemildert. Unterbreitet der Generalunternehmer dem Bauherrn einen selber ausgearbeiteten Kostenvoranschlag, übernimmt er das Kostenrisiko bei übermässiger Abweichung nach oben vom Kostenvoranschlag (Mosimann, Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe, Zürich 1972, S. 153). Darauf nahm der Gutachter Bezug, wenn er festhielt, bezüglich der Genauigkeit der Kostenschätzung gelte die Faustregel, dass eine Toleranz von 10% nicht überschritten werden dürfe (Urk. 252 S. 8 mit Verweis auf Gauch, a.a.O., N 985 und BGE 115 II 462; ferner Huber/Schwendener, a.a.O., N 272 ff.). An anderer Stelle sprach der Gutachter von einer Toleranz beim Kostenvoranschlag von 10% (Urk. 252 S. 12). Der *verbindliche* Kostenvoranschlag wiederum bestimmt als Vertragsbestandteil die geschuldete Vergütung zum Voraus genau als Pauschalpreis (Gauch, a.a.O., N 938).

Zwar trifft es zu, dass die Musterverträge des VSGU (Verband Schweizerischer Generalunternehmer) für General- und Totalunternehmer bei offener Abrechnung Vergütungsvarianten mit oder ohne Kostendach vorsehen. Doch ist auch bei der Vergütungsvariante ohne Kostendach in Ziffer 4.3 die Kostenschätzung in Franken und die Genauigkeit in % anzugeben (Huber/Schwendener, a.a.O., S. 191). Darauf spielt der Gutachter an, wenn er ausführt, in Ziffer 4.3 Vertragsurkunde VSGU werde die Genauigkeit der Kostenschätzung definiert, wobei im Falle der Nichtbestimmung eine Toleranz von 10% im Sinne einer Faustregel gelte (Urk. 252 S. 8). Der Gutachter geht im Übrigen gar nicht davon aus, die F._____ AG habe bei offener Abrechnung mit dem Konsortium ein Kostendach vereinbart. Vielmehr führt er nachvollziehbar aus, dass das Kostenrisiko aufgrund

des von ihm beschriebenen Verhaltens der Marktteilnehmer nicht von der Art der Vergütung abhängt sondern von der Qualität des (ungefähren) Kostenvoranschlages und insbesondere vom Verhältnis zwischen der Höhe des Kostenvoranschlages zu einem allfälligen Pauschalpreis (Urk. 276 S. 4). Es leuchtet ohne weiteres ein, dass bei einem Pauschalpreis das Kostenrisiko mit einem genauen Kostenvoranschlag zuverlässiger abgeschätzt werden kann als mit einem ungenauen. Und es ist auch verständlich und nachvollziehbar, dass das Kostenrisiko umso kleiner wird, je mehr ein allfälliger Pauschalpreis die Höhe des Kostenvoranschlags übersteigt.

Richtig ist, dass im Gesellschaftsvertrag eine offene Abrechnung ohne Zusicherungen mit Bezug auf die Kostenhöhe vereinbart wurde. Es trifft auch zu, dass das Bundesgericht erwog, die F. _____ AG habe zufolge der Änderung des Projektes im Hinblick auf den Pauschalpreis ein erhöhtes Risiko getragen. Der Gutachter hat aber einerseits darauf hingewiesen, dass das Risiko von Kostenüberschreitungen in der Praxis nicht unbegrenzt sei, da die Toleranz beim Kostenvoranschlag üblicherweise 10% betrage, falls keine andere Angabe gemacht werde (Urk. 252 S. 12). Andererseits hielt er präzisierend fest, dass ein erhöhtes Kostenrisiko für den Total- oder Generalunternehmer im konkreten Fall nur bestehe, wenn der Kostenvoranschlag inkl. Berücksichtigung der hinterlegten Ungenauigkeit höher als die vereinbarte Pauschale ausfällt. Falls der Kostenansatz zuzüglich der "hinterlegten Ungenauigkeit" bzw. einer "10%-Kostenungenauigkeit" (Faustregel) die Pauschale nicht erreicht, wird mit anderen Worten das grundsätzlich bestehende Kostenrisiko (Überschreitung der Pauschale) durch die Toleranz soweit reduziert, dass es vernachlässigt werden kann (Urk. 276 S. 9). Dies sind Gesichtspunkte des Fachmannes, die das Bundesgericht nicht berücksichtigen konnte, und die einen Einfluss auf die Bestimmung des praxisüblichen Honorarzuschlags haben. Wenn der Gutachter nach Studium der Akten aus fachmännischer Sicht zum Schluss kommt, das vom Bundesgericht festgestellte Risiko habe sich aufgrund der konkreten (vom Bundesgericht nicht berücksichtigten) Umstände nicht verwirklicht, muss er sich nicht entgegen seiner fachlichen Überzeugung für einen zusätzlichen Honorarzuschlag aussprechen.

4.4.2 Als "nicht nachvollziehbar" bezeichnet der Beklagte die Aussage des Gutachters, dass das Risiko nicht aus der Art der Vergütung sondern von der Qualität des Kostenvoranschlages hervorgehe, insbesondere aus dem Verhältnis der Höhe des Kostenvoranschlages zu einem allfälligen Pauschalpreis. Denn nur bei einer Pauschalpreisabrede (wie auch bei einem verbindlichen Kostendach) wirke sich eine mangelhafte Qualität eines Kostenvoranschlages (oder eine fehlerhafte interne Preiskalkulation) nachteilig aus, nicht jedoch bei einer blossen offenen Abrechnung, wie sie im Gesellschaftsvertrag vorgesehen worden sei, wo der Unternehmer gar kein Preisrisiko trage.

Wenn der Gutachter "bezüglich der Risikoallokation" feststellt, die Risiken würden nicht von der Vergütungsart abhängen, nennt er dafür zwei Gründe: Er erwähnt einerseits "den rational handelnden Generalunternehmer", der seine Prämie unabhängig von der Vergütung so offeriert, dass der resultierende Werkpreis marktgerecht ist. Falls er diesen in einer Pauschalofferte zu hoch ansetzt, riskiert er, den Zuschlag nicht zu bekommen. Falls er einen zu tiefen Werkpreis bei offener Abrechnung offeriert, geht er das Risiko ein, dass der Besteller auf einem Pauschalpreis (in der Schweiz die Regel) und auf einem zu tiefen Werkpreis besteht. Andererseits präzisiert der Gutachter, dass bei einer Pauschalpreisabrede ein erhöhtes Kostenrisiko nur (aber immerhin dann) besteht, wenn der Kostenvoranschlag (inkl. Berücksichtigung der hinterlegten Ungenauigkeit) höher als die vereinbarte Pauschale ist (Urk. 276 S. 4 f.). Bereits zuvor hat der Gutachter darauf hingewiesen, dass der Generalunternehmer seine Offerte unabhängig vom Vergütungsmodell zu einem Markt- oder Konkurrenzpreis anbietet, da er üblicherweise einem Marktwettbewerb ausgesetzt ist (Urk. 252 S. 7). Der Gutachter bringt mit diesen Ausführungen zur Vergütungsart zum Ausdruck, dass

- der Unternehmer in einem funktionierenden Markt auch bei einer offenen Abrechnung ein Risiko eingeht, nämlich das Risiko, dass er bei einem tiefen Werkpreis und offener Abrechnung letztlich in einen Pauschalpreis einwilligen muss, zumal in der Schweiz pauschale oder globale Total- und Generalunternehmerverträge die Regel darstellen,
- ein Kostenrisiko bei einer Pauschalpreisabrede nur besteht, wenn der Kostenvoranschlag inkl. Toleranz die Pauschale überschreitet (Urk. 276 S. 5, S. 9), wobei er die Toleranz beim Kostenvoranschlag unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung im Sinne einer Faustre-

gel auf 10% veranschlagt, falls keine andere Angabe gemacht wird (Urk. 252 S. 12).

Wenn der Gutachter für die Risikoordnung die Wichtigkeit der Kostenvoranschlags hervorhebt und die Vergütungsart vernachlässigt, muss dies in *diesem marktwirtschaftlichen Zusammenhang* gesehen werden und ist hinsichtlich der Nachvollziehbarkeit nicht zu beanstanden.

Der Beklagte erwähnt die Möglichkeit, dass der Kostenvoranschlag oder die interne Preiskalkulation mangelhaft bzw. fehlerhaft sein könne, was sich nur bei einer Pauschalpreisabrede, nicht aber bei einer blossen offenen Abrechnung (wie im Gesellschaftsvertrag vorgesehen) nachteilig auswirke. Der Gutachter weist unter Berufung auf Lehre und Rechtsprechung darauf hin, dass auch bei einer offenen Abrechnung eine Toleranz von 10% nicht überschritten werden darf, wenn die Parteien die Genauigkeit der Kostenschätzung nicht bestimmen (Urk. 252 S. 12; ferner Huber/Schwendener, a.a.O., N 274). Das Bundesgericht hat demgegenüber festgestellt, dass die F._____ AG bei offener Abrechnung mit fixem GU-Zuschlag *kein Kostenrisiko* trägt (Urk. 223 S. 18 f. E. 6.2.3.1). An diese bundesgerichtliche Auffassung ist die Kammer gebunden. Der Beklagte legt nicht näher dar, was er unter einer mangelhafter Qualität des (ungefähren) Kostenvoranschlags oder einer fehlerhaften internen Preiskalkulation versteht. Davon kann nur die Rede sein, wenn (mangels anderer Vereinbarung) die Toleranzgrenze von 10% überschritten wird und die Überschreitung des Kostenansatzes übermässig und damit unverhältnismässig wird. Ein Prognoserisiko in dieser Höhe bestand vorliegend allerdings nicht, im Gegenteil. Bei der Vertragsergänzung ist danach zu fragen, was vernünftig und redlich (nach Treu und Glauben handelnde) Parteien *in der Situation der Vertragspartner* vereinbart hätten. Vorliegend schätzte der Gutachter die Prognostizierbarkeit der Kosten deutlich höher ein als 10% mit der Begründung, die gleiche Baute sei im Vorfeld schon an anderen Orten realisiert worden (Urk. 252 S. 12). Die in einer vierten Wiederholung eingegangenen Planungs-, Realisierungs- und Kostenrisiken würden als sehr gering eingestuft (Urk. 276 S. 7); die Kostenrisiken seien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt und vernachlässigbar gewesen (Urk. 276 S. 9). Die Kostenerfassung gestaltete sich vorliegend folglich besonders einfach. Die Gefahr eines mangelhaften Kos-

tenvoranschläges oder einer fehlerhaften internen Preiskalkulation waren daher minim. Ohnehin kann nicht angenommen werden, vernünftig und redlich handelnde Vertragspartner hätten nach Treu und Glauben einen Honorarzuschlag vereinbart für den Fall, dass der Beklagte bzw. die von ihm beherrschte AG allenfalls einen mangelhaften Kostenvoranschlag erstellt oder die interne Preiskalkulation fehlerhaft vornimmt. Denn auch die Frage, wo die Toleranzgrenze liegt, beurteilt sich nach "Treu und Glauben im Geschäftsverkehr" (Gauch, a.a.O., N 985). Es kann nicht unterstellt werden, die Kläger wären bereit gewesen, für die Gefahr einer unverhältnismässigen Kostenüberschreitung basierend auf einer mangelhaften Kostenkalkulation der F._____ AG eine zusätzliche Prämie zu bezahlen.

4.4.3 Weiter hält der Beklagte fest, dass die Beauftragung eines Total- bzw. Generalunternehmers nicht nur im Falle einer Pauschalpreisabrede für den Besteller Vorteile biete, sondern auch hinsichtlich der Bauabläufe sowie der Regulierung allfälliger Mängel, da der Besteller nur einen Vertragspartner habe und somit alles aus einer Hand erhalte. Insbesondere die bei Einzelvergaben an verschiedene Unternehmer regelmässig anzutreffende Problematik, welcher der zahlreichen, bei einem Bauvorhaben beteiligten Unternehmer einen Mangel zu vertreten habe, stelle sich beim GU-/TU-Vertrag nicht. Auch entbinde der Generalunternehmervertrag den Besteller von den Koordinationsaufgaben mit Bezug auf die einzelnen Unternehmer. Beim TU-Vertrag entfalle für den Besteller zusätzlich die Koordination der Planung mit der Ausführung (Urk. 284 S. 5).

Diese Ausführungen stellen keine Kritik am Gutachten dar. Es ist daher nicht weiter darauf einzugehen.

4.4.4 Der vom Beklagten gezogene Schluss, der Gutachter habe das Wesen eines Total-/Generalunternehmervertrags offenkundig nicht erfasst (Urk. 284 S. 9), kann nicht beigeprüft werden. Auf den Einwand, die Aussage des Gutachters, die F._____ AG hätte bezüglich Vergütungsart mit dem Kanton eine Wahl gehabt und sich für eine offene Abrechnung entscheiden können, mache "nach der vorliegenden Aussage des Gutachters" keinen Sinn, wurde bereits eingegangen (E. 4.2.2). Der Gutachter sagt nicht, die Risiken seien beim Pauschalpreis und bei der offenen Abrechnung identisch, so dass die Wahl der Vergü-

tungsform gar keine Auswirkungen habe. Vielmehr sagt er aus, dass der Unternehmer auch bei der offenen Abrechnung an die Genauigkeit des Kostenvoranschlages (unter Berücksichtigung der Toleranz; vgl. Urk. 252 S. 8) gebunden sei und bei einer Pauschalpreisabrede ein erhöhtes Risiko nur dann besteht, wenn der Kostenvoranschlag (inkl. Berücksichtigung der hinterlegten Ungenauigkeit) höher sei als die vereinbarte Pauschale. Folglich besteht bei der Pauschalpreisabrede nur dann kein erhöhtes Risiko, wenn der Kostenvoranschlag (inkl. Berücksichtigung der hinterlegten Ungenauigkeit) tiefer ist als die vereinbarte Pauschale. Dies alles lässt sich aber sehr wohl mit seiner Aussage vereinbaren, bei einem erhöhten Kostenrisiko wäre die F._____ AG keinen Generalunternehmervertrag mit einem Pauschalpreis (von Fr. 20 Mio.) eingegangen. Denn mit einer offenen Abrechnung hat der Unternehmer die Sicherheit, dass er sämtliche Kosten (bis zur vereinbarten oder üblichen Toleranzgrenze) abrechnen kann.

5. Der Gutachter führte in seinem Gutachten vom 30. Juni 2017 zunächst aus, der Auftrag der (einfachen) Gesellschaft "Konsortium D._____" sei theoretischer Natur gewesen (Urk. 252 S. 12), worauf ihm die Frage unterbreitet wurde, was mit "theoretischer Natur" gemeint sei (Urk. 261 S. 6). In seinen Ergänzungen und Erläuterung vom 16. März 2018 beantwortet der Gutachter die Frage dahingehend, dass ein Konsortium keine Rechtspersönlichkeit besitze und als solche keine Aufträge an Dritte vergeben könne (Urk. 276 S. 5). Dem widerspricht der Beklagte und meint, eine einfache Gesellschaft könne, obwohl sie keine Rechtspersönlichkeit besitze, Verträge abschliessen (Urk. 284 S. 6, Urk. 297 S. 13).

Ein Einfluss auf die Beantwortung der Gutachterfrage und den Ausgang des Verfahrens ist nicht ersichtlich. Richtig ist, dass eine einfache Gesellschaft eine Personengemeinschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit ist und die Vertretung nach aussen zwar im Namen der Gesellschaft erfolgen kann (Art. 543 Abs. 2 OR), dabei aber immer die einzelnen Gesellschafter vertreten werden (BSK OR II-Pestalozzi/Vogt, Art. 543 N 1). Dies hat der Gutachter klar gesehen (Urk. 252 S. 10). Von "theoretischer Natur" liesse sich auch insofern sprechen, als die F._____ AG die Überbauung nicht wie vorgesehen als Unternehmerin der Kon-

sorten in offener Abrechnung erstellt und dieser Vertrag insofern "Theorie" geblieben ist (Urk. 252 S. 10 ff.).

6.1.1 Der Gutachter hat von allem Anfang an die Überbauung "D._____" als *standardisiertes Projekt* bezeichnet, das wiederholt (insgesamt viermal) mit denselben Akteuren realisiert worden sei (Urk. 252 S. 15, S. 18). Der Beklagte hielt zunächst dafür, keine Partei habe je behauptet, dass es sich um ein standardisiertes Projekt gehandelt habe, vielmehr habe sich die Planung und "Marktfähigmachung" nach eigener Darstellung der Kläger als aufwändig präsentiert. Hinzu komme, dass es "standardisierte Bauten" so nicht gebe, da sie immer auf anderem Untergrund und unter anderen Bedingungen erstellt würden und bei einem Bauprojekt mindestens 25 bis 30 verschiedene Unternehmer beteiligt seien. Der Beklagte führte verschiedene Umstände an, die gegen ein standardisiertes Projekt sprechen würden (Urk. 255 S. 7 ff., Urk. 297 S. 13).

6.1.2 Bereits im Gutachtensauftrag vom 27. März 2017 wurde darauf hingewiesen, dass der Gutachter bei der Beantwortung der ihm gestellten Fragen frei ist, den gesamten Akteninhalt (und nicht nur die als Beweismittel zugelassenen Urkunden) zu berücksichtigen, da nur er beurteilen könne, welche Unterlagen ihm dienlich seien, um die Gutachterfrage zu beantworten (ZR 107 [2008] Nr. 48). Es kommt also nicht darauf an, ob (rechtzeitig) von einer Partei behauptet wurde, es habe sich bei der Überbauung "D._____" um ein standardisiertes Projekt oder um die Wiederholung von bereits früher realisierten Überbauungen gehandelt.

6.1.3 In seinen Ergänzungen und Erläuterungen legt der Gutachter zunächst dar, was er unter einem "standardisiertem Projekt" versteht und inwiefern sich die vier in Augenschein genommenen Überbauungen gleichen (Urk. 276 S. 5 ff.). Seine Ausführungen sind in E. III/3.5.1 wiedergegeben.

6.1.4 Der Beklagte bestreitet, dass es sich bei den vom Gutachter angeführten Bauten (L._____, N._____, P._____ und E._____) um standardisierte Bauten handelt, die zudem unter Verwendung der Planungs-, Ausführungs- und Ausschreibungsunterlagen der jeweils vorher gebauten Überbauung realisiert wurden. Die Aussagen des Gutachters würden auf reinen Mutmassungen beruhen. Wie er

selber ausführe, würden sich die Bauten insbesondere mit Bezug auf die Anordnung der Bauten, Geschossigkeit, Konzeption der Unterflurgarage sowie weitere bauliche Details und Modifikationen unterscheiden. Nicht berücksichtigt habe der Gutachter zudem die Unterschiede mit Bezug auf den Baugrund, die Erschliessungssituation, Wohnungsgrössen, Ausbaustandards und dergleichen mehr. Der Gutachter lasse zudem erneut unberücksichtigt, dass die Bauten durch unterschiedliche Bauherren mit unterschiedlichen Vorgaben bezüglich Konstruktion, Materialisierung bzw. Standards in Auftrag gegeben worden seien. Zudem seien die Bauten mit unterschiedlichen (jeweils lokalen) Unternehmern ausgeführt worden, so dass es sich auch nicht um Bauten mit "denselben Akteuren" gehandelt habe (Urk. 284 S. 7).

6.1.5 Bereits im Antrag der Finanzdirektion an den Regierungsrat (RR) vom tt.mm.1994 ist davon die Rede, dass die Generalunternehmerin "die gleichen Bauten" zurzeit für die ZKB in P._____, für die S._____ in L._____ und für eigene Rechnung in N._____/SZ erstelle und durch die Projektierung bereits Planer sowie die wichtigsten Unternehmer feststehen würden (Urk. 65/75/1 S. 3). Darauf nahm der Gutachter ausdrücklich Bezug, als er von Standardisierung sprach (Urk. 255 S. 12, S. 15). Unter einem standardisierten Projekt ist aber nicht nur ein identisches Projekt zu verstehen sondern auch ein leicht modifiziertes Bauwerk. Nach durchgeführtem Augenschein (aber ohne Detailprüfung von Planungsunterlagen) spricht der Gutachter von "vier nahezu identischen Wohnüberbauungen", die "auf demselben planerischen Grundkonzept" basieren. Dabei übergeht er auch die Unterschiede nicht (Anordnung des Grundtyps, Geschossigkeit der Gebäude [teilweise], Konzeption der Unterflurgarage, Details und Modifikationen der Siedlung "M._____-strasse" in N._____). Welche Unterschiede bezüglich Baugrund, Erschliessungssituation und Wohnungsgrössen bestehen, legt der Beklagte nicht ansatzweise dar. Selbst mit unterschiedlichen Ausbaustandards könnte noch von leicht modifizierten Bauwerken gesprochen werden. Ebenso schweigt sich der Beklagte darüber aus, welche unterschiedlichen Vorgaben bezüglich Konstruktion, Materialisierung bzw. Standards seitens der unterschiedlichen Bauherren gemacht worden sein sollen. Der Gutachter geht davon aus, dass die Realisierung mit sehr grosser Sicherheit unter Verwendung der Planungs-, Ausführ-

rungs- und Ausschreibungsunterlagen der jeweils vorher gebauten Überbauung erfolgt sei. Die Finanzdirektion spricht gar von "gleichen Bauten", wobei Planer und die wichtigsten Unternehmer feststünden. Der Beklagte behauptet zwar, die Bauten seien mit unterschiedlichen (jeweils lokalen) Unternehmern ausgeführt worden, weshalb nicht von "denselben Akteuren" gesprochen werden könne. Bereits in der Stellungnahme vom 20. September 2017 behauptete der Beklagte, gemäss den Vorgaben im Werkvertrag mit dem Kanton Zürich, Ziffer 6.2, seien (abgesehen von der Baumeisterin) jeweils örtliche Bauunternehmer zu berücksichtigen gewesen, was heisse, dass nicht mit denselben Bauunternehmern gearbeitet worden sei, was zusätzliche Risiken mit Bezug auf Bauablaufstörungen bringe (Urk. 255 S. 8). Der Beklagte übergeht, dass gemäss Werkvertrag zur Offertstellung nur "womöglich" Firmen aus der Region einzuladen waren (Urk. 2/4/7 S. 6). Mit dem Werkvertrag lässt sich die Behauptung des Beklagten daher nicht belegen. Er legt auch nicht anhand eines einzigen Beispiels konkret dar, für welche Arbeitsgattungen verschiedene Unternehmen beigezogen wurden. Die allgemeinen Einwände des Beklagten gegen die Annahme eines standardisierten Projekts vermögen daher nicht zu überzeugen.

6.2.1 Der Gutachter wurde mit folgenden Einwänden konfrontiert, die laut Beklagtem gegen ein standardisiertes Projekt (mit deutlich höher eingeschätzter Kostengenauigkeit als 10%) und für eine "riskante finanzielle Ausgangslage" sprechen (Urk. 261 S. 6). Der Beklagte weist darauf hin, dass

- die Architekturleistungen (V. _____ AG) gemäss Finanzrapport mit Fr. 880'720.– honoriert wurden (Urk. 135/1 S. 27), was 11% der gesamten Baukosten (BKP 2) von Fr. 15'522'849.65 ausmache (Fr. 17'454'898.10 abzüglich Fr. 1'932'048.45 gemäss Urk. 135/1 S. 28) und ein sehr grosszügiges Honorar für die Realisierung eines Standard-Wohnprojektes darstelle;
- die Baukosten mit Fr. 17'033'131.60 um ca. 10% höher ausfielen, als in der Anlagekosten- und Renditeberechnung vom 15. Juli 1993 (Urk. 2/4/3) mit Fr. 15'445'192.– beziffert worden war (gemäss Gutachten Ziff. 4.3 S. 14), wobei die Vorbereitungsarbeiten (BKP 1) mit Fr. 494'614.10 (Urk. 135/1 S. 6) mehr als doppelt so hoch wie in der Anlagekosten- und Renditeberechnung vom 15. Juli 1993 (Urk. 2/4/3) mit Fr. 210'000.– veranschlagt ausgefallen seien und die Kosten für die Entsorgung von Reaktormaterial [Altlasten] gemäss Schlussrechnung vom 18. August 1994 der ARGE W. _____ AG/AA. _____ Fr. 659'423.10 brutto betragen hätten;

Hinweis seitens des Gerichts: Im Schreiben der AB. _____ AG vom 21. Januar 1994 wurden die zu erwartenden Gesamtkosten für die Altlastenuntersu-

chung und -entsorgung mit Fr. 594'500.– beziffert (Urk. 135/4). Gemäss Schreiben der F. _____ Generalunternehmung AG vom 30. Juni 1994 sind die Altlasten mit Fr. 600'000.– im Pauschalpreis von Fr. 20'000'000.– berücksichtigt worden (Urk. 2/4/8 = Urk. 10/4 = Urk. 65/75/4).

- im Antrag der Finanzdirektion an den Regierungsrat vom 6. Januar / 23. Februar 1994 Modifikationen hinsichtlich der Bauqualität vorgeschlagen wurden, die im Baubeschrieb noch zu berücksichtigen waren (Urk. 65/75/1 S. 1 f.);
- das definitive Angebot der F. _____ AG gemäss Generalunternehmervertrag vom 11. März 1994 erst am 4. März 1994 unterbreitet wurde (Urk. 2/4/7 S. 3);
- infolge des Wechsels von der Warenumsatzsteuer (4.65%) zur Mehrwertsteuer (6.5%) ein Differenzbetrag von Fr. 237'156.45 resultierte, der den Konsortialgewinn schmälerte (Urk. 221 S. 26 E. 4.3);
- die Wohnüberbauung in zwei Etappen realisiert wurde und die rechtlichen Grundlagen für die zweite Etappe erst noch geschaffen werden mussten;
- gemäss Schreiben der F. _____ Generalunternehmung AG vom 30. Juni 1994 in der Anlagekosten- und Renditeberechnung vom 15. Juli 1993 die Mehrkosten von Fr. 800'000.– gegenüber dem originalen Baubeschrieb nicht enthalten seien und sich ein Gewinn praktisch erst in der zweiten Etappe realisieren lasse (Urk. 2/4/8 = Urk. 10/4 = Urk. 65/75/4).

Allgemein hielt der Gutachter dazu fest, die vom Beklagten angeführten Umstände könnten die Tatsache nicht wegsprechen, dass vier nahezu identische Siedlungen vom Konsortium gebaut worden seien. Keiner der genannten Umstände übersteige das Mass einer durchschnittlich komplexen Ausgangslage oder Rahmenbedingung eines Bauprojektes dieser Kategorie (Urk. 276 S. 7).

Der Beklagte bemerkt dazu lediglich, der Gutachter komme trotz der (bestrittenen) Feststellung, wonach es sich um ein standardisiertes Projekt handle, lediglich zum Schluss, dass von keiner überdurchschnittlich komplexen Ausgangslage auszugehen sei (was bestritten werde). Dass die Ausgangslage unterdurchschnittlich komplex gewesen sei, mache er – zu Recht – nicht (mehr) geltend (Urk. 284 S. 7). Ob der Beklagte damit sagen will, der Gutachter widerspreche sich, kann dahingestellt bleiben. Wenn der Gutachter die vom Beklagten angeführten Umstände als durchschnittlich komplex bezeichnet, will er damit nicht sagen, dass kein standardisiertes Projekt vorliegt. Dies wird aus seiner Bemerkung deutlich, wonach die vom Beklagten geschilderte finanzielle Ausgangslage einzelne Vorgänge beschreibe, die mit der eigentlichen Werkleistungen wenig zu tun hätten und nicht widerlegen könnten, dass es sich beim vorliegenden Projekt um ein standardisiertes Bauprojekt handle (Urk. 276 S. 8).

6.2.2 Der Beklagte schliesst aus der Höhe der Architekturleistungen von Fr. 880'720.– (54% Leistungsprozente), was aufgerechnet auf 100% einen Betrag von Fr. 1'630'963.– oder 11% der gesamten Baukosten ergebe, auf ein sehr grosszügiges Honorar, wenn es sich tatsächlich um die Realisierung eines Standard-Wohnprojektes gehandelt hätte (Urk. 255 S. 9).

Der Gutachter meinte dazu, die Architekturleistung der V._____ AG mache 5.7% der Baukosten aus. Vor dem Hintergrund der vierfachen Wiederholung eines Projektes erscheine das Honorar des Architekten, der Bauleitung sowie des Generalunternehmers als grosszügig bemessen. Die innerhalb des Konsortiums mit den nahestehenden Gesellschaften der einzelnen Konsorten abgeschlossenen Verträge seien nicht unter Konkurrenz erfolgt (Urk. 2/4/5 S. 2). Es bestehe folglich kein Zusammenhang zwischen Standardisierung und Höhe der Honorare (Urk. 276 S. 7).

Der Beklagte weist in seiner Stellungnahme darauf hin, dass der von ihm errechnete Anteil der Architekturleistung von 11% der gesamten Baukosten auf einer Hochrechnung der vom Architekten erbrachten 54 Leistungsprozente auf 100% beruhe. Er halte daher am errechneten Wert für die Planungsleistungen insgesamt (d.h. insbesondere inkl. Bauleitung) von 11% fest (Urk. 284 S. 8). Dabei übersieht er zunächst, dass die Bauleitung keine Planungsleistung mehr darstellt. Sodann fehlt für die von der F._____ AG ausgeübte Bauleitung, die in der Bauabrechnung mit 46 Leistungsprozenten oder Fr. 750'243.– berücksichtigt wurde, jede Substantiierung und jeder Beleg; die 46% für die Bauleitung entsprechen betragsmässig den 54% des Architekten (Urk. 202 S. 33 f.). Schliesslich weist der Beklagte selbst darauf hin, dass der Baumeister (Kläger 1 oder eine ihm nahestehende Firma) nicht zu Konkurrenzpreisen offerieren musste, und leitet daraus ab, auch der Zuschlag der F._____ AG werde nach dem hypothetischen Parteiwillen höher zu bemessen sein (Urk. 284 S. 8). Damit bestätigt er die Aussage des Gutachters, die Verträge der Konsorten seien nicht unter Konkurrenzdruck erfolgt, weshalb aus der Höhe der Honorare keine Rückschlüsse auf die Standardisierung gezogen werden könnten.

6.2.3 Der Gutachter erläuterte weiter, der Beklagte argumentiere gegen das Vorliegen eines standardisierten Projektes mit um ca. 10% höheren, effektiv abgerechneten Baukosten. Dieser Vergleich erfolge mit den Zahlen aus dem Dokument "Anlagekosten und Renditeberechnung" vom 15. Juli 1993 (Urk. 2/4/3). Dieses Dokument habe den Charakter einer groben Kostenschätzung mit einer Genauigkeit von $\pm 15\%$ und sei folglich für den Vergleich mit der Bauabrechnung wenig geeignet. Aus dem Dokument "Finanzrapport" (Urk. 135/1 S. 37) gehe hervor, dass ein Kostenvoranschlag ("KV-Original") in der Höhe von Fr. 17'660'000.– spätestens am 21. Juli 1993 vorhanden gewesen sei. Dies werde durch die erste Buchung in der Baubuchhaltung bestätigt; alle weiteren Mutationen seien unter "KV-Aktuell (KV-Mut.)" erfolgt, erstmals am 30. März 1994. Die effektiv abgerechneten Baukosten (Fr. 17'033'087.05) seien somit 3.7% tiefer als die des internen Kostenvoranschlages der F._____ AG, der vor Vertragsabschluss vom 11. März 1994 bekannt gewesen sei. Die Baukostengenauigkeit sei mit einer Kostenunterschreitung von -3.7% sehr genau und bestätige den Hinweis, dass aus den Erfahrungen der bereits realisierten Projekte die Kostenrisiken hätten minimiert werden können (Urk. 276 S. 7 f.).

Der Beklagte wendet ein, der Gutachter habe in seinem Gutachten vom 30. Juni 2017 selber auf einen von ihm errechneten Vergleichsbetrag von Fr. 15'445'192.–, der auf dem Dokument "Anlagekosten und Renditeberechnung" vom 15. Juli 1993 (Urk. 2/4/3) basiere, Bezug genommen und diesen Betrag mit den bereinigten Baukosten von Fr. 17'033'131.60 verglichen. In den vom Gutachter nun neu angeführten (von den Klägern nie behaupteten) Betrag "KV aktuell" von Fr. 17'660'000.– seien, wie sich aus dem Finanzrapport (Urk. 135/1) ergebe, Kosten für Bewilligungen und Gebühren (BKP 51), Versicherungen (BKP 53) und Finanzierung (BKP 54) ab Baubeginn von total Fr. 906'000.– enthalten, welche der Gutachter bei der Berechnung des vorerwähnten Betrages von Fr. 15'445'192.– unberücksichtigt gelassen habe. Die in der "Anlagekosten- und Renditeberechnung" vom 15. Juli 1993 zusätzlich aufgeführten Kosten für Gebühren und Baukreditzinsen (Urk. 2/4/3) seien in der Tabelle im Gutachten (Urk. 252 S. 14) ausgeklammert worden. Die angebliche Kostenunterschreitung von -3.7% basiere offenkundig nicht auf den gleichen Vergleichsgrössen und sei somit

falsch. Letztlich könne dieser Vergleich jedoch dahingestellt bleiben. Wie das Bundesgericht zutreffend und für das vorliegende Verfahren verbindlich festgelegt habe, sei es unzulässig, das eingegangene Risiko aus der Sicht im Nachhinein zu beurteilen (Urk. 284 S. 9 f.).

Der Gutachter hat in seinen Ergänzungen und Erläuterungen ausdrücklich den Kostenvoranschlag gemäss Finanzrapport der F._____ AG (Urk. 135/1) als für den Vergleich mit den effektiv abgerechneten Baukosten als relevant erachtet. Der Vergleich mit dem Dokument "Anlagenkosten und Renditeberechnung" der Architektin V._____ AG (Urk. 2/4/3) muss insofern als überholt gelten, da er laut Gutachter lediglich eine grobe Kostenschätzung darstellt. Hinzu kommt, dass er nicht von der F._____ AG sondern von der Architektin erstellt wurde. Inwiefern die Kostenunterschreitung von 3.7% nicht "auf den gleichen Vergleichsgrössen" basiert und daher falsch ist, ist nicht nachvollziehbar. An der Sache vorbei geht auch der Einwand, der Gutachter habe das eingegangene Risiko aus der Sicht im Nachhinein beurteilt. Es war der Beklagte, der mit 10% höheren abgerechneten Baukosten argumentierte. Die zu vernachlässigenden Kostenrisiken werden vom Gutachter damit begründet, dass der Kostenvoranschlag inkl. einer Kostenungenauigkeit von 10% tiefer als die Werkvertragssumme mit Pauschalpreis ausgefallen sei (Urk. 276 S. 9). Insofern erfolgte durchaus eine vorausschauende Betrachtung. Die Kostenungenauigkeit von 3.7% diene dem Gutachter lediglich *zur Widerlegung* des Standpunktes, es liege kein standardisiertes Projekt vor, und *als Bestätigung* seiner Einschätzung, "dass aus den Erfahrungen der bereits realisierten Projekte Kostenrisiken minimiert werden konnten" (Urk. 276 S. 8). Der Beklagte selbst hatte nämlich unter Berufung auf die Bauabrechnung geltend gemacht, die Kosten seien ca. 10% bis effektiv gar 12% höher ausgefallen als die "Anlage- und Renditekostenberechnung", was deutlich zeige, dass das Projekt mit erheblichen Risiken behaftet gewesen sei, die sich auch ausgewirkt hätten (Urk. 255 S. 10).

Der Beklagte bestreitet in seiner Stellungnahme vom 13. Juni 2018 "im Übrigen", dass spätestens am 21. Juli 1993 ein Kostenvoranschlag definitiv bestanden haben solle. Die entsprechenden Daten würden sich auf die Rechnungsbele-

ge und nicht auf die Verbuchungen im Finanzrapport beziehen. Zudem seien zu diesem Zeitpunkt die Vertragsleistungen mit dem Kanton Zürich noch gar nicht definiert gewesen. Wie sich aus dem Generalunternehmervertrag vom 11. März 1994 ergebe, datiere das definitive Angebot samt Baubeschrieb, welches schlussendlich Gegenstand des TU-Vertrages mit dem Kanton geworden sei, erst vom 4. März 1994 (Urk. 4/7 S. 3). Weiter sei darauf hinzuweisen, dass der "KV Original" in der Folge wesentlich erhöht habe werden müssen (Urk. 264 S. 10).

Der Beklagte selbst hat sich für den Nachweis des praxisüblichen Honorarzuschlags auf den Finanzrapport (Urk. 135/1) berufen (Urk. 134 S. 19). Dieser wurde in der Beweisverfügung explizit als Beweismittel aufgeführt (Urk. 238 S. 3). Auf der vom Gutachter angegebenen Seite 37 des Finanzrapports findet sich das von ihm angegebene Datum "21.07.1993" zwar nicht. Die Seite 33 enthält aber eine Buchung mit dem entsprechenden Beleg-Datum "21.07.93" unter Hinweis auf die "Beleg-Nr. 1" (Urk. 135/1 S. 33). Weitere Belege datieren vom 24.08.93, 11.10.93, 16.11.93 und 14.01.94 (Urk. 135/1 S. 1 f.). Entgegen der Darstellung des Beklagten beziehen sich die Daten nicht auf die Rechnungsbelege. Das Beleg-Datum "21.07.93" (Beleg-Nr. 1) korrespondiert z.B. mit dem Datum und der Nummer der Zahlungsanweisung der F._____ AG; die Rechnung datiert bereits vom 30.06.93 (Urk. 135/2/8 BKP 524.1). Das Beleg-Datum "14.01.94" (Beleg-Nr. 13) korrespondiert ebenfalls mit dem Datum und der Nummer der Zahlungsanweisung; die Rechnung datiert vom 23.06.93 (Urk. 135/2/1 BKP 022).

Entscheidend ist laut Gutachten ohnehin, ob der Kostenvoranschlag "KV-Original" "vor Vertragsabschluss" mit dem Kanton Zürich bestand (Urk. 276 S. 9). Dies wird vom Beklagten nicht in Frage gestellt (Urk. 284 S. 10 Ziff. 21 und S. 12 Ziff. 28). Entgegen dem Gutachter erfolgte die erste KV-Mutation schon am "04.03.1994" (also noch vor Vertragsabschluss) und nicht erst am "30.03.1994". Dies betraf aber lediglich einen Betrag von Fr. 3'000.- (Urk. 135/1 S. 7). Bereits in seiner Berufungsschrift vom 24. Dezember 2014 führte der Beklagte aus, die F._____ AG habe auch die damit [d.h. mit einem pauschalierten Totalunternehmerwerklohn] verbundenen Kostenrisiken getragen, falls sich das Werk nicht mit den *kalkulierten Erstellungskosten* zzgl. Totalunternehmerhonorar erstellen lassen

sollte (Urk. 201 S. 14 Ziff. 29). Es ist völlig unwahrscheinlich, dass die F._____ AG einen Generalunternehmervertrag mit Pauschalpreis ohne vorherigen Kostenvorschlag abgeschlossen hätte, zumal gemäss Leistungstabelle der SIA-Norm 102 der Kostenvoranschlag noch klar in die Projektphase gehört.

Unzutreffend ist, dass die Vertragsleistungen "zu diesem Zeitpunkt" (21. Juli 1993) noch gar nicht definiert waren. Laut Ziffer 1.1 des Generalunternehmervertrages überträgt der Besteller dem Generalunternehmer aufgrund der *Offerte vom 30. Juni 1993* und des Regierungsratsbeschlusses Nr. ... die schlüsselfertige Ausführung der Überbauung "D._____" (Urk. 2/4/7). Gemäss Ziffer 2.1-4 bildet das Angebot des Generalunternehmers samt Baubeschrieb vom 4. März 1994 "Grundlage des Vertragsverhältnisses". Daraus kann nicht abgeleitet werden, auch das Angebot datiere erst vom 4. März 1994; die Offerte (Angebot) datiert vielmehr vom 30. Juni 1993. Es trifft daher nicht zu, dass "zu diesem Zeitpunkt" die Vertragsleistungen mit dem Kanton noch gar nicht definiert waren. Der Baubeschrieb datiert zwar erst vom 4. März 1994. Das ist aber nicht entscheidend. Einerseits waren laut Antrag der Finanzdirektion vom 23. Februar 1994 im Baubeschrieb lediglich noch von der Baudirektion vorgeschlagene *Modifikationen hinsichtlich der Bauqualität* zu berücksichtigen (Urk. 65/75/1 S. 1 f.), worauf auch der Beklagte hinwies (Urk. 255 S. 16). Dem Gutachter entging auch dies nicht, bezeichnete er doch die Modifikationen hinsichtlich der Bauqualität, typischerweise die Materialisierung betreffend, als üblich und vor dem Vertragsabschluss bekannt (Urk. 276 S. 8). Andererseits führte der Beklagte nicht näher aus, wann und inwiefern der "KV Original" vor Vertragsabschluss erhöht werden musste. Weder bezifferte er das angeblich definitive Angebot vom 4. März 1994, noch präsentierte er einen erhöhten Kostenvoranschlag, der den effektiv abgerechneten Kosten gegenübergestellt werden könnte.

6.2.4 Zum Wechsel von der Warenumsatzsteuer (4.65%) zur Mehrwertsteuer (6.5%), was laut Beklagtem den Konsortialgewinn um Fr. 237'156.45 geschmälert habe, hielt der Gutachter fest, der Übergang zur Mehrwertsteuer sei spätestens seit der Volksabstimmung vom 28. November 1993 bekannt gewesen. Die

F._____ AG hätte folglich genug Zeit gehabt, geeignete Vorkehren zu treffen, um die Mehrkosten abzuwenden (Urk. 276 S. 8).

Der Beklagte wendet ein, die Umstellung der Warenumsatzsteuer zur Mehrwertsteuer sei erst am 1. Januar 1995, d.h. nach Abschluss des Vertrages mit dem Kanton Zürich, erfolgt. Viele damit zusammenhängende Fragen seien im Vorfeld der Umstellung, d.h. während der Verhandlungen mit dem Kanton Zürich, nicht klar gewesen. Entsprechend habe die F._____ AG auch Risiken getragen, die sich mit den dargelegten mehrwertsteuerbedingten (unbestrittenen) Mehrkosten von Fr. 237'156.45 auch realisiert hätten (Urk. 284 S. 10).

Der Beklagte behauptet nicht, die Erhöhung des Steuersatzes von 4.65% auf 6.5% sei vor Vertragsabschluss nicht bekannt gewesen (so auch das Schreiben der Finanzdirektion vom 12. Juni 1998; Urk. 18/6). Von einem *Kostenrisiko*, das zusätzlich abzugelten wäre und das vorliegende Projekt als komplexeres Projekt erscheinen liesse, kann daher mit dem Gutachter nicht gesprochen werden. Welche zusammenhängenden Fragen der Beklagte meint, die noch unklar gewesen seien, legt er nicht näher dar. Für den Gutachter war letztlich relevant, dass vor Vertragsabschluss ein Kostenvoranschlag bestand, dessen Höhe *unter Einschluss einer Toleranz von 10%* tiefer lag als der Pauschalpreis, und die Kostengenauigkeit im vorliegenden Fall deutlich höher als 10% eingeschätzt werden muss (Urk. 252 S. 12), weil die Überbauung "D._____" als vierte Wiederholung von vier vom Konsortium realisierten Überbauungen erscheint.

6.2.5 Laut Gutachter beschreibt die vom Beklagten geschilderte "riskante finanzielle Ausgangslage" einzelne, übliche Vorgänge, die mit der eigentlichen Werkleistung wenig zu tun hätten und in ihrer Auswirkungen keine erhöhten Risiken darstellten. Es gehöre zur Kernkompetenz eines Generalunternehmers verschiedene Risikoarten zu identifizieren, einzuschätzen und zu organisieren. Diese Kompetenz gehöre zur Basisleistung eines Total- oder Generalunternehmers und werde nicht gesondert entschädigt (Urk. 276 S. 8).

Laut Beklagtem sind die "vorstehend dargelegten Risiken" Teil der vom Totalunternehmer mit Pauschalpreisabrede zu tragenden Risiken. Der Umstand,

dass es zu den Kernkompetenzen eines Totalunternehmers gehöre, Risiken zu quantifizieren, ändere nichts daran, dass es sich um Risiken handle. Die einseitige Beurteilung der Risiken durch den Gutachter anhand der bloss werkvertraglichen Leistungen unter Ausklammerung sämtlicher übrigen Risiken (Baufinanzierung, Ausfallrisiko Subunternehmer und dgl.) sei zudem nicht sachgerecht (Urk. 284 S. 10 f.).

Einzuräumen ist, dass die vom Gutachter erwähnte Kernkompetenz die Risiken nicht aus der Welt zu schaffen vermögen, auch wenn sie identifiziert und quantifiziert werden können. Die "vorstehend [vom Beklagten] dargelegten Risiken" wurden aber bereits abgehandelt und können die Annahme eines standardisierten Projekts nicht widerlegen. Der Gutachter hat auch nicht sämtliche Risiken verneint, sondern die Planungs-, Realisierungs- und Kostenrisiken als minim und die Kostenrisiken als vernachlässigbar bezeichnet (Urk. 276 S. 8 f.). Was die vom Beklagten erwähnten übrigen Risiken anbelangt, muss daran erinnert werden, dass der Generalunternehmer auch bei der offenen Abrechnungen nebst dem Baumanagementhonorar eine Risikoprämie zugut hat. Bei der Pauschalpreisabrede kommt lediglich das Preisrisiko dazu (Röthlisberger, a.a.O., S. 251; vgl. Urk. 252 S. 7: "Risikoentschädigung des GU"). Vorliegend tritt auch noch das Risiko, für Planungsfehler einstehen zu müssen, hinzu. Mit den vereinbarten 4% sind somit sämtliche Risiken des Beklagten ausser dem Preisrisiko und dem Risiko für die Gewährleistungshaftung abgegolten, zumal der Beklagte die Bauleitung als Teil des Baumanagements separat abrechnete. Der Beklagte zeigt nicht auf, inwiefern sämtliche übrigen Risiken (Baufinanzierung, Ausfallrisiko der Subunternehmer und dgl.) Preisrisiken darstellen. **Aber selbst wenn dem so wäre: Entscheidend ist, dass der Kostenvoranschlag selbst unter Berücksichtigung einer Unsicherheitsmarge von 10% tiefer als der Pauschalpreis war, wobei der Gutachter die Kostengenauigkeit vorliegend deutlich höher als 10% einschätzte, so dass keineswegs eine riskante finanzielle Ausgangslage bestand.**

6.2.6 Das Gesagte gilt an sich auch für die vom Gutachter erwähnten *rechtlichen Risiken*, die vom Beklagten in der Stellungnahme vom 20. September 2017

thematisiert wurden. Der Gutachter wies darauf hin, dass gemäss Baubewilligung (Urk. 2/4/4 S. 2) die 2. Etappe, der Block B1, erst nach Rechtskraft der laufenden Anpassung der Bauordnung der Gemeinde E._____ an die Bestimmung des revidierten Planungs- und Baugesetzes gebaut werden durfte. Dabei schätzte der Gutachter die rechtlichen Risiken zwischen Konstrukt A (offene Abrechnung) und Konstrukt B (Pauschalpreis) identisch ein. Bei einer wider Erwarten nicht vorliegenden Baufreigabe für die 2. Etappe würde sich der Vertragsumfang um die 2. Etappe vermindern und der Werkpreis um Fr. 3'200'000.– auf Fr. 16'800'000.– angepasst (Urk. 2/4/7 S. 10). Die zu erbringende Leistung für die 2. Etappe würde bei fehlender Baufreigabe für die 2. Etappe sowohl in Konstrukt A als auch in Konstrukt B wegfallen (Urk. 252 S. 15).

In seiner ersten Stellungnahme vom 20. September 2017 monierte der Beklagte, der Gutachter habe in diesem Zusammenhang unberücksichtigt gelassen, dass mit Blick auf die Realisierung der 2. Etappe die rechtlichen Grundlagen – erhöhte Ausnützungsziffer – im Zeitpunkt der Übernahme der Verantwortung für das Bauprojekt durch die F._____ AG noch nicht gegeben gewesen seien bzw. erst noch hätten geschaffen werden müssen, was keineswegs sicher gewesen sei. Dies ergebe sich auch aus dem von den Klägern angeführten Schreiben vom 30. Juni 1994 (Urk. 2/4/8), worin darauf hingewiesen werde, dass in der Anlagekostenberechnung des Architekturbüros des Klägers 1 Mehrkosten gegenüber dem originalen Baubeschrieb von Fr. 800'000.– noch nicht enthalten seien und sich ein allfälliger Gewinn praktisch erst in der zweiten Bauetappe realisieren liesse. Es handle sich mithin entgegen den Annahmen des Gutachters um eine riskante finanzielle Ausgangslage (Urk. 255 S. 11).

Nach dem Ausgeführten ist dem Gutachter aber keineswegs entgangen, dass die Wohnüberbauung in zwei Etappen realisiert wurde und für die Baufreigabe die Rechtskraft der laufenden Änderung der Bau- und Zonenordnung abgewartet werden musste. Er hat darauf hingewiesen, dass im Falle fehlender Baufreigabe der 2. Etappe der Werkpreis um Fr. 3.2 Mio. reduziert wird. Inwiefern mit einem reduzierten Projekt (1. Etappe, allgemeine Anlagen) das Kostenrisiko der F._____ AG aufgrund des Pauschalpreises zusätzlich erhöht worden wäre, ist

nicht ersichtlich und wird auch durch den Hinweis im Schreiben vom 30. Juni 1994, "der Gewinn lasse sich praktisch erst in der zweiten Etappe realisieren" nicht verständlich, zumal sich dem Schreiben nicht entnehmen lässt, mit welchen Selbstkosten für die 2. Etappe gerechnet wurde.

Mit Blick auf die Standardisierung der Baute und der vom Beklagten behaupteten "riskanten finanziellen Ausgangslage" wurde der Gutachter auch mit diesem Einwand (Realisierung in zwei Etappen, noch laufende Anpassung der rechtlichen Grundlagen) nochmals konfrontiert. In seinen Ergänzungen und seinen Erläuterungen ging er darauf nicht mehr spezifisch ein, sondern bemerkte, der Beklagte beschreibe "einzelnen Vorgänge", die mit der eigentlichen Werkleistung nichts zu tun hätten und die in ihrer Auswirkung keine erhöhten Risiken darstellten (Urk. 276 S. 8). In seiner Stellungnahme vom 13. Juni 2018 (Urk. 284) griff auch der Beklagte dieses Thema nicht mehr auf, weshalb sich weitere Bemerkungen erübrigen.

7.1 Der Gutachter schätzte das Risiko, für *Planungsfehler* eintreten zu müssen, im Gutachten vom 30. Juni 2017 als sehr gering bis null ein, da zur Zeit des Vertragsabschlusses zwischen der F._____ AG und dem Kanton Zürich die Planung schon *sehr weit fortgeschritten* gewesen sei. Hinzu komme, dass das Projekt "D._____" eine Adaptation der Projekte in P._____, L._____ und N._____ sei. Falls der Generalunternehmer dennoch für aufgetauchte Planungsfehler haften müsse, könne er Regress auf die verantwortlichen Planer nehmen. Aufgrund der Planungsfehlerhaftung im Konstrukt B (Pauschalpreis) könne kein erhöhtes Gewährleistungsrisiko abgeleitet werden (Urk. 252 S. 17).

Der Gutachter wurde mit Schreiben des Referenten vom 6. November 2017 darauf hingewiesen, bei der Beantwortung der Gutachterfrage müsse im Sinne des bundesgerichtlichen Urteils davon ausgegangen werden, die Möglichkeit des Regresses auf die verantwortlichen Planer kompensiere das erhöhte Risiko, für Planungsfehler eintreten zu müssen, nicht vollständig (Urk. 261 S. 5). Zudem wurde er zum Fortschritt der Planung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (11. März 1994), zu einem möglichen Zusammenhang zwischen dem Stand der Planung und dem Risiko von Planungsfehlern sowie darüber befragt, ob sich Pla-

nungsfehler üblicherweise vor, während oder nach der Bauausführung manifestierten (Urk. 261 S. 8).

In seinen Ergänzungen und Erläuterungen vom 16. März 2018 wiederholte der Gutachter, dass die in einer vierten Wiederholung eingegangenen Planungs-, Realisierungs- und Kostenrisiken als sehr gering einzustufen seien (Urk. 276 S. 7). Zudem ergänzte er, dass die zusätzliche Entschädigung des Totalunternehmers für die Übernahme der Gewährleistungshaftung für Planungsfehler durch die Erhöhung der honorarberechtigten Bausumme und nicht durch die Erhöhung der prozentualen Prämie zu erfolgen habe, womit sich auch das absolute Honorar des Totalunternehmers erhöhe (Urk. 276 S. 5). Zum Fortschritt der Planungsarbeiten verwies der Gutachter auf das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 13. November 2014 (Urk. 202 S. 38, S. 35), wonach die gesamte Planungs- und Projektierungsarbeit für die Überbauung "D._____" lange vor Abschluss des GU-Vertrages abgeschlossen worden sei. Honorarrechnungen würden bei Baukonsortien in der Regel erst gestellt, wenn ein Vertrag mit einem Investor vorhanden sei; "diese Zahlungen" würden sich daher nur bedingt eignen, um den Fortschritt der Planung zu belegen. Mit Abschluss jeder Planungsphase reduziere sich das Planungsrisiko für die jeweilige Projektphase. So würden nach Vorliegen des Bauprojektes und nach Erhalt der rechtsgültigen Baubewilligung keine Risiken für diese konkrete Phase mehr bestehen. In der Regel würden sich Planungsfehler während der Bauzeit manifestieren. Vor Baubeginn würden im Wohnungsbau die meisten kritischen Dimensionen bereits anlässlich der Baueingabe durch die Behörden überprüft und beispielsweise über ein Schnurgerüst vor Ort und vor Baubeginn abgenommen. Während der Bauausführung seien Unternehmer verpflichtet, Werke, die nicht nach den Regeln der Baukunst geplant seien, vor Ausführung abzumahnern und deren Ausführung zu verweigern. Reine Planungsfehler würden im Wohnungsbau relativ selten festgestellt. Meistens handle es sich um kombinierte Mängel aus fehlerhafter Detaillierung, Ausführung, Materialwahl und ungenügender Überprüfung durch die Bauleitung (Urk. 276 S. 9).

In einer zusätzlichen Ergänzung vom 6. April 2018 legte der Gutachter dar, dass die Planerhonorare in der honorarberechtigten Bausumme von

Fr. 16'174'650.85 bereits enthalten seien, sich deswegen keine weiteren Zuschläge aufgrund des geänderten Projektablaufs rechtfertigten und sich die honorarberechtigte Bausumme ohne die Planungsleistungen auf Fr. 14'337'078.60 reduziere. Zudem legt er dar, um wieviel die honorarberechtigte Bausumme aufgrund bereits abgeschlossener Planung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eigentlich reduziert werden müsste (Urk. 279; dazu unten E. 8).

7.2 Der Beklagte moniert, die Aussage des Gutachters bezüglich des Planungsstandes beruhe gemäss seinen Ausführungen nicht auf eigenen Feststellungen, sondern bloss auf den (bestrittenen) Erwägungen der Erstinstanz sowie auf (wiederum nicht nachvollziehbaren) allgemeinen Aussagen. Zuverlässige Grundlagen für die Annahmen des Gutachters, wonach die Planung bereits weit fortgeschritten sei, habe er nicht aufzeigen können. Solches werde bestritten (Urk. 284 S. 11). In seiner weiteren (unerbetenen) Stellungnahme vom 2. Juli 2018 weist der Beklagte auf die Stelle in seiner Berufungsschrift hin, in der er die bezirksgerichtlichen Erwägungen bestritten haben will (Urk. 187 S. 6 mit Verweis auf Urk. 201 S. 29 f. lit. d).

Das Bezirksgericht erwog in seinem Urteil vom 13. November 2014, die im Generalunternehmervertrag erwähnten Pläne seien vor Abschluss desselben erstellt und revidiert worden. Gewisse Pläne seien im September 1993 und somit mehr als ein halbes Jahr vor der Unterzeichnung des Generalunternehmervertrags revidiert worden. Gemäss Bauprogramm sei im April 1994 gleich nach Vertragsabschluss mit den Abbrucharbeiten bzw. den Bauarbeiten begonnen worden. Die gesamte Planungs- und Projektierungsarbeit für die Überbauung "D._____" sei daher lange vor Abschluss des GU-Vertrags abgeschlossen worden. Planungsarbeiten habe die F.____ AG somit keine mehr übernehmen müssen (Urk. 202 S. 38).

Der Beklagte will diese Erwägung mit der Berufung angefochten haben. An der von ihm bezeichneten Stelle der Berufungsschrift (Urk. 201 S. 29) machte er geltend, namentlich die eigentliche Ausführungsplanung bis hin zur Detailplanung sämtlicher Innenausbauten sei beim Spatenstich kaum je – und auch vorliegend nicht – vollständig fertig gestellt. Es müsse auch für einen Laien klar sein, dass für

das vorliegende Bauprojekt mehr als die im GU-Vertrag aufgeführten 16 Pläne nötig gewesen seien. Es seien auch Honorarrechnungen der Planer nach Abschluss des GU-Vertrags gestellt worden (Urk. 201 S. 29).

Der Beklagte dringt mit seiner Kritik aus folgenden Gründen nicht durch:

- Der Gutachter hat festgestellt, dass Honorarrechnungen und Zahlungen nicht geeignet sind, um den Fortschritt der Planung zu belegen.
- Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 25. Juli 2016 die Erwägung der Kammer geschützt, dass der Beklagte die von der F. _____ AG erbrachten Planungsarbeiten nie näher substantiiert und keine eigenen Planungsleistungen konkretisiert habe (Urk. 223 S. 20). Insofern kann der Beklagte dem Gutachter nicht vorwerfen, seinen Aussagen zum Stand der Planung seien allgemein.
- Vor allem aber hat der Gutachter in der Beantwortung der Zusatzfragen klar zwischen verschiedenen Phasen der Planung unterschieden. Mit Bestimmtheit könne gesagt werden, dass sämtliche Teilphasen der Projektierung bis und mit Baubewilligungsverfahren erfolgreich und mängelfrei abgeschlossen worden seien, was 32.5 von 54 Teilleistungsprozenten des Architekten (gemäss SIA-Norm 102, Ausgabe 1984) entspreche (Urk. 279 S. 5). Er hat damit die Ausführungspläne ausdrücklich vom Abschluss ausgenommen. Der von der Beklagten im Zusammenhang mit der Ausführungsplanung erhobene Vorwurf der aktenwidrigen Annahme (Urk. 297 S. 7 f.) ist unbegründet.
- Ohnehin sind sämtliche Planungsleistungen in die honorarberechtigte Bausumme von Fr. 16'174'650.85 eingeflossen. An dieser Summe gibt es nichts mehr zu rütteln, auch wenn der Gutachter darlegt, dass sich aufgrund der mängelfrei abgeschlossenen Planungsleistungen eigentlich eine Reduzierung um Fr. 530'062.95 aufdrängen würde. Laut Gutachter ist damit das Risiko, für sämtliche Planungsleistungen (100%) haftbar zu werden, vollständig abgegolten, weil das vom Totalunter-

nehmer übernommene Planungsrisiko über die honorarberechtigte Bausumme und nicht über eine Erhöhung des Honorarzuschlages zu entschädigen ist.

7.3 Der Beklagte wirft dem Gutachter vor, er verkenne, dass die Behörden bei der Beurteilung eines Baugesuchs lediglich die Einhaltung von Bauvorschriften anhand eines grobmassstäblichen Projektes (in der Regel Massstab 1:100) prüften, in welchem die Wände, Decken und dgl. im Grundriss und Schnitt bloss (und zwar durchgehend) schwarz eingefärbt seien. Die Baubewilligung setze sich mithin nicht mit der konkreten Baukonstruktion auseinander und biete auch keine Gewähr, dass sich das Bauprojekt, so wie bewilligt, technisch umsetzen lasse. Im Zeitpunkt der Baubewilligung sei die Konstruktion eines Gebäudes in der Regel noch nicht definiert. Regelmässig würden im Zuge der Ausführungsplanung denn auch Projektänderungen zur Bewilligung eingereicht. Vor allem aber sei mit der Baubewilligung in keiner Weise gesichert, dass das Projekt auch den werkvertraglichen Abreden mit dem Besteller entspreche und es sich mit dem vereinbarten Werklohn kostendeckend (zzgl. Risiko und Gewinn) realisieren lasse. Einzig nach den werkvertraglichen Abreden richte sich denn auch die Mangelhaftigkeit eines Werkes und damit auch die Gewährleistungshaftung des Totalunternehmers. Vor diesem Hintergrund sei nicht verständlich, was eine Baubehörde bezüglich der "meisten kritischen Dimensionen" bereits anlässlich der Baueingabe oder bei der Abnahme des Schnurgerüsts geprüft haben solle. Auch die Ausführungen des Gutachters bezüglich der Abmahnungspflicht des Subunternehmers seien zumindest mit Bezug auf einen fachkundig vertretenen Totalunternehmer unzutreffend. Bestritten (und vom Gutachter in keiner Weise näher erläutert) werde zudem die Aussage, dass reine Planungsfehler in der Bauausführung selten seien. Zudem habe die Bauleitung keine Pflicht, die Planung zu überprüfen. Die Ausführungen des Gutachters seien rechts- und praxisfremd. Eine schlüssige Antwort auf die Frage, weshalb sich Risiken für einen Totalunternehmer mit jeder Planungsphase massgeblich reduzieren würden, könne der Gutachter nicht geben (Urk. 284 S. 11 f.).

Das Bundesgericht erwähnte die Verantwortlichkeit für die gelieferten *Pläne* bzw. das erhöhte Risiko für *Projektierungs- und Planungsfehler* des Architekten und der übrigen Planer, das es zu evaluieren gelte. Wenn der Gutachter feststellt, nach Vorliegen des Bauprojektes und Erhalt der rechtsgültigen Baubewilligung beständen für diese konkrete Phase keine Risiken mehr, ist dies nicht zu beanstanden. Die Projektierung einer nicht bewilligungsfähigen Baute stellt sicherlich eine fehlerhafte Planung und damit einen Werkmangel dar. Die Erteilung der Baubewilligung lässt die Möglichkeit dieses Werkmangels entfallen. Dabei werden im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens nicht nur die Dimensionen (Baudichte, Abstandsvorschriften, Grösse der Bauten, Gestaltung) überprüft. Gemäss § 239 Abs. 1 PBG muss die Baute nach Fundation, Konstruktion und Material den anerkannten Regeln der Baukunde entsprechen. Auch wenn sich die technischen Fragen im Massstab 1:100 nicht abschliessend beurteilen lassen, wird – soweit technisch möglich – auch die statische Sicherheit, die Verkehrssicherheit, die Anforderungen an die Räume und die Ausrüstung einer Prüfung unterzogen. Die weiteren technischen Details sind Sache der Ausführungsplanung, wobei die aktuelle Bautechnik selbst bei schwierigen Baugrundverhältnissen einwandfreie Lösungen gestattet (Fritzsche/Bösch/Wipf, Züricher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 690). Wenn der Beklagte in diesem Zusammenhang ausführt, im Zeitpunkt der Baubewilligung sei die Konstruktion nicht definiert, regelmässig würden im Zuge der *Ausführungsplanung* Projektänderungen zur Bewilligung gebracht, übersieht er, dass der Gutachter lediglich die Projektierungsphase bis und mit Baubewilligung, nicht aber die Ausführungsplanung für mängelfrei abgeschlossen hielt. Projektänderungen in der Ausführung müssen auch nicht zwingend auf Mängel zurückzuführen sein. Ob sich mit Abschluss *jeder weiteren* Planungsphase (z.B. der Ausführungsplanung) das Planungsrisiko für die jeweilige Projektphase (z.B. die Ausführungs- bzw. Realisierungsphase) reduziert, muss im konkreten Fall gar nicht erörtert werden.

Unbehelflich ist vorliegend auch der Einwand, mit der Baubewilligung sei nicht gesichert, dass das Projekt den werkvertraglichen Abmachungen mit dem Besteller entspreche und es sich mit dem vereinbarten Werklohn kostendeckend realisieren lasse. Zutreffend ist zwar, dass sich die Mangelhaftigkeit nach den

werkvertraglichen Abreden richtet. Vorliegend galt als Grundlage des Generalunternehmervertrages aber gerade die Baubewilligung vom 25. Oktober 1993 und die dazugehörigen Pläne (Urk. 2/4/7 S. 3). Das bewilligte Projekt entsprach mit anderen Worten dem bestellten Projekt. Ob der Werklohn kostendeckend ist, stellt ein Kostenrisiko, nicht aber ein Planungsrisiko dar.

Damit beschränkte sich vorliegend das Planungsrisiko auf die Ausführungsplanung, was auch der Gutachter explizit festhielt (Urk. 276 S. 9). Für die bis 11. März 1994 (mängelfrei) abgeschlossene Planungsleistung sah er folgerichtig kein Risiko und keine Honoraransprüche des Totalunternehmers mehr (Urk. 279 S. 3). Die weiteren (allgemeinen) Ausführungen des Gutachters zur Abmahnungspflicht des Unternehmers *während* der Bauausführung, der Seltenheit reiner Planungsfehler im Wohnungsbau *nach* der Bauausführung (nicht *in* der Bauausführung, wie der Beklagte fälschlicherweise meint) und zum Ursprung von Mängeln (Kombination aus fehlerhafter Detaillierung, Ausführung, Materialwahl und ungenügender Überprüfung durch die Bauleitung) müssen vor dem Hintergrund der allgemein gestellten Frage gesehen werden, ob sich Planungsfehler *üblicherweise* vor, während oder nach der Bauausführung manifestierten. Sie beruhen einerseits auf dem Gesetz (Art. 365 Abs. 3 OR) oder auf Erfahrungswissen des Gutachters. Es erscheint weder rechts- noch praxisfremd, dass kombinierte Mängel die Regel und reine Planungsfehler die Ausnahme darstellen. Der Gutachter sagt auch gar nicht, dass die Bauleitung die Planung zu überprüfen habe, sondern dass Unternehmer während der Bauausführung verpflichtet sind, Werke, die nicht nach den Regeln der Baukunst geplant sind, abzumahlen und deren Ausführung zu verweigern. Richtig ist, dass ein Unternehmer Pläne (Vertragspläne, Ausführungspläne) und Baugrund nicht zu überprüfen hat, wenn der Bauherr selbst sachverständig oder durch eine Bauleitung vertreten ist (Art. 25 Abs. 3 Satz 1 SIA-Norm 118). Doch hat der Unternehmer auch ohne Prüfungspflicht ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses Mängel und Unstimmigkeiten in Plänen und Baugrund, *die er tatsächlich erkennt*, ohne Verzug dem Bauherrn oder seiner Bauleitung anzuzeigen (Art. 25 Abs. 3 Satz 2 SIA-Norm 118; Hürlimann, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 1-37, Zürich 2009, Art. 25 N 14 ff.). Wie weit die Abmahnungspflicht zwischen einem Subunternehmer und einem Totalunternehmer

mer reicht und inwiefern sie geeignet ist, das Planungsrisiko zu vermindern, kann vorliegend aber letztlich offen gelassen werden.

Wesentlich ist, dass der Gutachter die Planungs- und Realisierungsrisiken aufgrund der "vierten Wiederholung" der Überbauung als sehr gering einstufte, die Abgeltung der Planungsrisiken durch die Erhöhung der honorarberechtigten Bausumme um die Planerhonorare zu erfolgen hat (weil es sich vorliegend nicht um eine komplexe und anspruchsvolle Planungsaufgabe handelte), in der honorarberechtigten Bausumme von Fr. 16'174'650.85 (die nach dem bundesgerichtlichen Entscheid nicht mehr in Frage gestellt werden kann) sämtliche Planungsleistungen eingeschlossen sind, und das Risiko, für Planungs- und Projektierungsfehler eintreten zu müssen, damit tatsächlich abgegolten wird. Dass die Gefahr von Planungs- und Projektierungsfehlern bei einem standardisierten Projekt bzw. einer vierten Realisierung einer standardisierten Baute sehr gering ist, liegt – gerade was die technische Umsetzbarkeit im Rahmen der Ausführungsplanung anbelangt – auf der Hand und wurde vom Beklagten denn auch nicht substantiiert in Frage gestellt.

7.4 Aus den dargelegten Gründen ist es sehr wohl vertretbar, wenn ein Honorarzuschlag auf den vereinbarten 4% trotz Pauschalpreisabrede verneint wird. Nach Auffassung des Beklagten widerspricht dies den verbindlichen Vorgaben des Bundesgerichts, weshalb der Zuschlag aus prozessualen Gründen nicht 0% betragen könne (Urk. 284 S. 12, Urk. 297 S. 12). Das Bundesgericht hat aber lediglich entschieden, dass die genannten Risikofaktoren bei der Bestimmung des praxisüblichen Honorarzuschlags zu berücksichtigen sind und nicht von vornherein ausser Acht gelassen werden können. Der Gutachter hat sich damit auseinandergesetzt, wie diese (theoretischen) Risikofaktoren in der Praxis gewichtet werden müssen. Er hat dabei festgestellt, dass

- a) aufgrund des Verhältnisses der Höhe des (vor Vertragsabschluss bestehenden) Kostenvoranschlags zum Pauschalpreis und der Realisierung von drei ganz ähnlichen Überbauungen an anderen Standorten die zusätzlichen Kostenrisiken vernachlässigt werden könnten;

- b) das zusätzliche Planungsrisiko über die Aufnahme der Planungsleistungen in die honorarberechtigte Bausumme abgegolten wird.

Diese vom Gutachter zu Tage geförderten Erkenntnisse hat das Bundesgericht weder bedenken noch berücksichtigen können. Wenn der Gutachter aus fachlicher Sicht nach Studium der gesamten Akten die Voraussetzungen für einen Honorarzuschlag (der im Übrigen auch 0.01% betragen könnte) nicht gegeben erachtet, darf er das zum Ausdruck bringen. Richtig ist demgegenüber, dass eine Kürzung der honorarberechtigten Bausumme aus rechtlichen Gründen nicht mehr in Frage kommt, obwohl der Gutachter eine solche aufgrund der bei Vertragsabschluss abgeschlossenen "Vorplanung" (Urk. 284 S. 12 Ziff. 28) eigentlich als geboten erachtet. Im bundesgerichtlichen Verfahren wurde die honorarberechtigte Bausumme seitens der Kläger nämlich nicht angefochten.

8.1 Die Anschlussfragen vom 22. März 2018 beantwortete der Gutachter mit Schreiben vom 6. April 2018 (Urk. 279) dahingehend,

- dass die Planer-Honorare in der honorarberechtigten Bausumme von Fr. 16'174'650.85 bereits enthalten und keine weiteren Zuschläge aufgrund des geänderten Projektablaufs gerechtfertigt seien,
- dass die honorarberechtigte Bausumme im Falle eines Generalunternehmervertrags (ohne Planungsleistungen) lediglich Fr. 14'337'078.60 betragen würde (Fr. 16'174'650.85 abzüglich BKP 29 [Honorare] von Fr. 1'837'572.25),
- dass aufgrund der bei Vertragsabschluss mit dem Kanton Zürich bereits abgeschlossenen Planungsphase bis und mit Baubewilligung die honorarberechtigte Bausumme um mindestens Fr. 530'062.95 auf Fr. 15'644'587.90 reduziert werden müsse (Fr. 16'174'650.85 abzüglich 32.5 von 54 Teilleistungsprozenten des Architekten in der Höhe von Fr. 530'062.95 [Fr. 880'720.00 : 54 x 32.5]).

8.2 Der Beklagte macht geltend, die Kürzung der honorarberechtigten Bausumme sei (aus den bereits dargelegten Gründen) sachlich ungerechtfertigt und

widerspreche den bisherigen bzw. verbindlichen Feststellungen. Ausgehend von einer beidseits anerkannten Bausumme von Fr. 17'033'087.05 habe sich nach zwei Abzügen im obergerichtlichen Urteil vom 11. November 2015 eine honorarberechtigte Bausumme von Fr. 16'174'650.90 ergeben, die vom Bundesgericht mit Urteil vom 25. Juli 2016 bestätigt worden sei. Damit sei über die massgebliche honorarberechtigte Bausumme bereits verbindlich entschieden worden; sie könne nicht mehr hinterfragt werden. Der Betrag von Fr. 16'174'650.90 bilde denn auch Basis für den gemäss Urteil des Bundesgerichts auf dem ursprünglichen vereinbarten GU-Honorar von 4% geschuldeten Zuschlag für die zusätzlich übernommenen Planungsrisiken sowie Kostenrisiken. Auf diesem Zuschlag sei sodann die Mehrwertsteuer von 6.5% hinzuzurechnen.

Der Ansicht des Beklagten, dass eine Reduktion der honorarberechtigten Bausumme nicht in Frage kommt, ist an und für sich beizupflichten. Trotzdem muss es dem Gutachter erlaubt sein darzulegen, wie sich aus fachlicher Sicht die honorarberechtigte Bausumme und das Honorar für drei verschiedene Konstellationen (GU-Modell, TU-Modell, tatsächlicher Projektablauf) berechnen würde. Anhand der Reduktion der honorarberechtigten Bausumme um die gesamten Planungsleistungen legt der Gutachter lediglich dar, mit welchem Betrag das Planungsrisiko ohne Honorarzuschlag abgegolten wird. Und durch die weitere Differenzierung nach dem Stand der Planung wird aufgezeigt, mit welchem Betrag das im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch bestehende Planungsrisiko abgegolten wird. Beantwortet wird damit einzig die Frage nach dem Honorarzuschlag, nicht aber nach der honorarberechtigten Bausumme. Deren Variierung dient lediglich als Mittel zum Zweck.

8.3.1 Der Beklagte hält die – unbelegt gebliebene – gutachterliche Meinung, wonach sich der Zuschlag für den Totalunternehmervertrag im Vergleich zum Generalunternehmervertrag in der blossen Erhöhung der honorarberechtigten Bausumme um die Planerhonorare erschöpfe, als offenkundig unzutreffend. Würde die Auffassung des Gutachters zutreffen, so der Beklagte, würde das mit der Übernahme der Planung einhergehende Risiko zzgl. Gewinn vorliegend lediglich mit Fr. 40'000.– vergütet (4% x ca. Fr. 1'000'000.– Planerhonorare - nach Weg-

lassung des Honorars für die Bauleitung, das auch bei einem Generalunternehmer anfielen). Beim vom Gutachter vorgenommenen Abzug für die Bauleitung von Fr. 750'243.– handle es sich um Aufwendungen, die auch beim Generalunternehmervertrag vom Unternehmer zu erbringen seien, was auch für die Fachbauleitung und die Erstellung von Submissionsunterlagen gelte. Der Betrag von ca. Fr. 40'000.– sei in Relation zu den bereinigten Baukosten von Fr. 17'033'131.60 und dem damit verbundenen Haftungsvolumen offenkundig zu tief bemessen. Er entspreche einem Wert von lediglich 0.23% der bereinigten Baukosten. Nach Auffassung des Gutachters soll mit diesem Zuschlag sogar das Kostenrisiko infolge Pauschalpreisabrede abgegolten sein, was schlicht nicht haltbar sei. Mit seinen Ausführungen verkenne der Gutachter offenbar den grundlegenden Aspekt, dass das Haftungspotential in Relation zur Vergütung bei den Planern deutlich höher sei als bei den Unternehmern. Am ausgeprägtesten sei dieser "Haftungshebel" bei den Honoraren von Bauingenieuren, Geologen und Bauphysikern. Bei relativ geringem Honorar drohten erhebliche Schadenersatzforderungen, da deren Planungsfehler häufig die Grundsubstanz eines Gebäudes beeinträchtigten. Spiegelbildlich sei diesem Umstand auch bei der Bemessung des TU-Honorars im Verhältnis zum GU-Honorar Rechnung zu tragen. Nicht ohne Grund sei der zusätzliche Honorarzuschlag vom Beklagten mit mindestens 5% (zuzüglich 4% GU-Honorarzuschlag gemäss Gesellschaftsvertrag, total 9%) beziffert worden (Urk. 284 S. 14 f., Urk. 297 S. 8 f.).

Nicht klar ist in der Tat, weshalb der Gutachter das Honorar für die Bauleitung (BKP 291.2) von der honorarberechtigten Bausumme des Totalunternehmers *abgezogen hat*, um zur honorarberechtigten Bausumme des Generalunternehmers zu gelangen (Urk. 279 S. 4). Denn die Bauleitung und das Baumanagement zählen zum Leistungsumfang des Generalunternehmers, wie der Gutachter in seinem Gutachten vom 30. Juni 2017 unter Hinweis auf den VSGU-Mustervertrag festgehalten hat (Urk. 252 S. 7). Auf eine Klärung kann insofern verzichtet werden, als der Honorarzuschlag ohnehin auf der höheren honorarberechtigten Bausumme des Totalunternehmers von Fr. 16'174'650.85 berechnet werden muss. Ins Auge springt aber in diesem Zusammenhang noch ein ganz anderer Punkt. Die F. _____ AG hat die Bauleitung (BKP 291.2) selbst ausgeführt und ihr

"Bauleitungshonorar" von Fr. 750'243.– (46 Teilleistungsprozente; berechnet anhand der 54 Teilleistungsprozente der V._____ AG von Fr. 880'720.–) ist in der honorarberechtigten Bausumme enthalten (Urk. 202 S. 32 ff.). Das Honorar für die Bauleitung und das Baumanagement gehören zusammen mit der Risikoentschädigung zum Generalunternehmerhonorar, wobei die beiden Komponenten jedenfalls beim (die Regel darstellenden) Pauschalvertrag nicht einzeln ausgewiesen, sondern unter der Bezeichnung "Generalunternehmer-Honorar" zu einem gemeinsamen Prozentsatz zusammengefasst werden (Urk. 252 S. 7). Aufgrund der offenen Abrechnung sind vorliegend die Aufwendungen der F._____ AG für die Bauleitung von Fr. 750'243.– als Eigenleistung in die honorarberechtigte Bausumme eingeflossen. Dies macht 4.64% der honorarberechtigten Bausumme aus. Weitere 4% stehen der F._____ AG als GU-Honorar zu, was bereits ein Honorar von 8.64% der honorarberechtigten Bausumme ergibt. Weitere 5% fordert der Beklagte als Zuschlag für die erhöhten Risiken, was insgesamt 13.64% der honorarberechtigten Bausumme ergäbe. Dem gilt es Rechnung zu tragen, wenn der Beklagte einwendet, "[g]emäss dem auch vom Bundesgericht zitierten Anton Egli [...] belief sich der GU-TU-Zuschlag auf den Honoraren und Werklöhnen anfangs der 1990er-Jahre auf 3-7%, wobei diese Werte – auch im Lichte der heute üblichen Werte von 12% und mehr – zu tief bemessen sind" (Urk. 297 S. 19). Werte von 12% werden vom Beklagten auch nicht belegt. Aus dem vom Gutachter zitierten Werk von Hans Röthlisberger, das aus dem Jahre 2013 stammt (Urk. 252 S. 7 Fn 6), könnte der Beklagte jedenfalls nichts zu seinen Gunsten ableiten. Darin wird für ein standardisiertes Projekt von Fr. 20'000'000.– das Baumanagementhonorar des GU auf 2.1% und die Risikoentschädigung des GU auf 2.6% veranschlagt und ausgeführt, die minimale Risikoprämie dürfte bei grösseren, eher standardisierten Projekten in der Grössenordnung von etwa 2% liegen; bei kleineren, risikobehafteteren Projekten könne sich auch auf 5% und mehr ansteigen (Röthlisberger, a.a.O., S. 312 ff.).

Der Beklagte konkretisiert die drohenden Schadenersatzforderungen aus Planungsfehlern nicht näher. Grob betrachtet kann die Haftung des Planers wie folgt umrissen werden: *Ausservertraglich* haftet der Planer in erster Linie für Schäden, die er Dritten zufügt. Diese ausservertragliche Haftung betrifft vor allem

Personen- und Sachschäden. Gemäss Generalunternehmervertrag verfügte die AG über eine Betriebshaftpflichtversicherung gegen Drittpersonen- und Sachschaden (Urk. 2/4/7 S. 2). Die *vertragliche* Haftung beschlägt die Verantwortung für Baumängel, die auf eine fehlerhafte Erbringung der geschuldeten Planungsleistungen zurückzuführen sind. Ansprüche auf Erfüllung von Verträgen oder an deren Stelle tretende Ansprüche auf Ersatzleistungen wegen Nichterfüllung oder nicht richtiger Erfüllung sind von der Haftpflichtversicherung des Planers in der Regel nicht gedeckt (Werz, in: Stöckli/Siegenthaler [Hrsg.], Die Planerverträge, Zürich 2013, Nr. 16.10, 16.83 und 16.101). Vorliegend geht es um diese Gewährleistungshaftung infolge von Mängeln (Planungs- und Projektierungsfehler) der von Dritten gelieferten Pläne (Urk. 223 S. 21 f.). Den Klägern kann daher nicht gefolgt werden, wenn sie geltend machen, die Berufshaftpflichtversicherung wäre für allfällige Planungsfehler eingestanden (Prot. II S. 32 f.).

Nach Abzug des Honorars für die Bauleitung (für das im übrigen kein Beleg vorhanden ist) verbleiben Planerleistungen von Fr. 1'087'329.-; 4% davon sind Fr. 43'493.-. Dies sind 0.29% der honorarberechtigten Bausumme des GU (inkl. Bauleitung) oder 0.27% der honorarberechtigten Bausumme des TU. Der Beklagte hält dies für zu wenig und argumentiert mit einem – gemessen an der (relativ bescheidenen) Vergütung – erhöhten Haftungspotential von Planerleistungen ("Haftungshebel"). Diesen "grundlegenden Aspekt" habe der Gutachter übersehen. Davon kann aber nicht ausgegangen werden. Der Gutachter hat ausdrücklich festgehalten, dass die prozentuale Prämienhöhe des Totalunternehmers im Vergleich zum Generalunternehmer *unter der Prämisse einer durchschnittlich komplexen Planungsaufgabe* gleich bleibe, sich aber eine *Erhöhung der prozentualen Prämie* dann rechtfertigen würde, wenn es sich um eine sehr komplexe und anspruchsvolle Planungsaufgabe handeln würde (Urk. 276 S. 5). Davon kann bei der Überbauung "D._____" aber nicht die Rede sein. Im Gegenteil: Der Gutachter stufte die in einer "vierten Wiederholung" eingegangenen Planungs- und Realisierungsrisiken als "sehr gering" ein, weil die vier Siedlungen auf dem gleichen planerischen Grundkonzept beruhen und die Realisierung mit sehr grosser Sicherheit unter Verwendung der Planungs-, Ausführungs- und Ausschreibungsunterlagen der jeweils vorher gebauten Überbauung erfolgte (Urk. 276 S. 7, vgl.

bereits Urk. 252 S. 17 f.). Die mehrfache Realisierung desselben oder eines leicht modifizierten Bauwerkes unter Verwendung derselben oder stetig optimierten Planungs- und Ausführungsgrundlagen hat laut Gutachter zum Zweck, die Planungs-, Realisierungs- und Kostenrisiken zu minimieren (Urk. 276 S. 5). Die Ausführungen des Gutachters überzeugen in zweierlei Hinsicht:

- Es leuchtet ein, dass eine fehlerhafte Projektierung und Planung – zumal eine solche, welche "die Grundsubstanz eines Gebäudes beeinträchtigt" (Urk. 284 S. 14) – sich mit zunehmender Wahrscheinlichkeit bereits im Rahmen von zuvor realisierten Überbauungen bemerkbar gemacht hätte und allfällige Fehler in einer vierten Wiederholung vermieden werden können.
- Fallen die Planerhonorare der Ingenieure tiefer aus, weil auf frühere Planungs- und Ausführungsunterlagen zurückgegriffen werden kann, resultieren daraus tiefere Risikoprämien. Dies ist aber auch gerechtfertigt, weil bei einer Projektwiederholung geringere Planungsrisiken resultieren. Die vom Beklagten gegen ein standardisiertes Projekt erhobenen Einwände wurden bereits zurückgewiesen.

Laut Beklagtem soll sich das höhere Haftungspotential bzw. die Gefahr "erheblicher Schadenersatzforderungen" insbesondere bei Bauingenieuren, Geologen und Bauphysikern manifestieren, deren Planungsfehler bei relativ geringem Honorar "häufig" die Grundsubstanz eines Gebäudes beeinträchtigen würden. Richtig ist, dass sich die Haftungsrisiken verschiedener Planer stark voneinander unterscheiden können. Das jeweilige Haftungsrisiko hängt dabei sowohl von der beruflichen Ausrichtung (z.B. Architekt, Bauingenieur, Heizungsingenieur usw.) als auch von den übernommenen Leistungen (Planung, Bauleitung, Beratung usw.) sowie von der Art, Lage, Komplexität und Technologie der betreuten Projekte ab (Wertz, a.a.O., Nr. 16.5). Demzufolge kann auch nicht einfach gesagt werden, das Haftungspotential sei bei der Planung generell höher als bei der Bauausführung. Der Gutachter stellte im Übrigen fest, dass reine Planungsfehler nach der Bauausführung im Wohnungsbau relativ selten festgestellt würden. Meistens handle es sich um kombinierte Mängel aus fehlerhafter Detaillierung, Ausführung,

Materialwahl und ungenügender Überprüfung durch die Bauleitung (Urk. 276 S. 9). Inwiefern der Bauphysiker vorliegend eine Verantwortung mit erhöhtem Haftungspotential trug, führt der Beklagte nicht näher aus. Ein Geologe fungiert nicht unter den vom Gutachter abgezogenen Planerleistungen. Die im Finanzrapport enthaltenen Baugrunduntersuchungen schlugen mit Fr. 259'725.15 zu Buche (Urk. 135/1 S. 2 f.). Falls es sich dabei um zusätzliche Planerleistungen handeln würde, müssten sie zu den Fr. 1'087'329.– addiert werden, womit sich die Abgeltung für die Gewährleistungshaftung der Planer um Fr. 10'389.– (4% von Fr. 259'725.15) auf Fr. 53'882.– erhöhte. Aber auch in dieser Hinsicht zeigt der Beklagte kein besonderes Gefährdungspotential auf. Das Gleiche gilt für den Bauingenieur, der zum vierten Mal eine ganz ähnliche Überbauung zu konstruieren und zu berechnen hatte. Der Beklagte übergeht auch, dass das Planerhonorar nicht nur von der Bausumme sondern auch vom Schwierigkeitsgrad abhängt (vgl. z.B. SIA-Ordnung 103 [1984] Ziffer 7.1, 7.5 und 7.6; ferner Egli/Stöckli, in: Stöckli/Siegenthaler [Hrsg.], Die Planerverträge, Zürich 2013, N 7.104, 7.124 und 7.126). Ein höherer Schwierigkeitsgrad ergibt ein höheres Honorar und damit auch eine höhere Risikoprämie.

Zu Recht weisen die Kläger auch darauf hin, dass es nicht um die Abgeltung zusätzlicher Planungsrisiken als solches gehe, sondern nur um die "Abgeltung der Durchsetzung von Regressansprüchen für zusätzliche Risiken" (Urk. 290 S. 10). Darauf wies auch das Bundesgericht hin, auch wenn es die "Gewährleistungsansprüche gegenüber den Planerstellern" als nicht geeignet erachtete, das zusätzliche Risiko, für Planungsfehler eintreten zu müssen, aufzuheben (Urk. 223 S. 21 E. 6.2.3.2). Die Regressmöglichkeit durfte der Gutachter mitberücksichtigen (Urk. 252 S. 17), auch wenn er darauf aufmerksam gemacht werden musste, die Möglichkeit des Regresses auf die verantwortlichen Planer kompensiere das Risiko, für Planungsfehler eintreten zu müssen, nicht vollständig (Urk. 261 S. 5).

8.3.2 Der Beklagte will den "Haftungshebel" mit zwei Beispielen verdeutlichen. Er verweist zunächst auf das Honorar des Bauphysikers von Fr. 3'565.–, woraus lediglich eine Risikoprämie (4%) von Fr. 142.60, d.h. praktisch null, resul-

tiere, mit welcher insbesondere die Planungsrisiken im Zusammenhang mit Kondensat- und Schimmelproblemen in den Untergeschossen, Wand- und Dachkonstruktionen abgedeckt sein sollten. Sodann errechnet er bei einem Gesamthonorar des Bauingenieurs von Fr. 135'000.– eine Risikoprämie (4%) von Fr. 5'400.–, womit die Planungsrisiken im Zusammenhang mit dem Baugrund (Fundamente), Tragwerk sowie Dichtigkeit der Bauten im Erdreich abgegolten sein sollten – dies bei einem Bauwerk von rund Fr. 20'000'000.–. Zudem habe der Gutachter bei der Beurteilung des Haftungsrisikos für Planungsfehler bzw. der von ihm geltend gemachten Regressmöglichkeit nicht in Betracht gezogen, dass allein die Verfahrens- und Anwaltskosten selbst bei einem einfacheren Gewährleistungs- bzw. Schadenersatzprozess regelmässig Fr. 40'000.– um das Mehrfache übersteigen würden (Urk. 297 S. 9 f.).

Dass der Bauphysiker (AC._____ AG) für Kondensat- und Schimmelprobleme in den Untergeschossen, Wand- und Dachkonstruktionen überhaupt verantwortlich gemacht werden kann, legt der Beklagte aufgrund der Auftragsbestätigung vom 3. März 1994 (Urk. 166/1/9 [BKP-Nr. 296.3]) mit keinem Wort näher dar. Ebenso wenig zeigt er anhand des konkret abgeschlossenen Werkvertrags vom 28. Januar 1994 (Urk. 166/1/9 [BKP 292] auf, dass der Bauingenieur (AD._____ AG) für alle der von ihm genannten Risiken (Fundamente, Tragwerk, Dichtigkeit) haftbar wäre.

Der Gutachter hat sodann festgehalten, dass sich die Risiken vorliegend auf die *Ausführungsplanung* mit dem Kanton beschränkten, im Wohnungsbau meistens kombinierte Mängel aus fehlerhafter Detaillierung, Ausführung, Materialwahl und ungenügender Überprüfung durch die Bauleitung aufträten und die Planungs- und Realisierungsrisiken der Überbauung "D._____" in E._____ aufgrund der vierfachen Wiederholung als sehr gering eingestuft werden müssten. Dass eine Risikoprämie von Fr. 142.60 bzw. Fr. 5'400.– nicht genügt, um dieses sehr geringe Risiko abzudecken, vermag der Beklagte nicht dazutun. Weshalb eine Risikoprämie in Höhe der vom Beklagten beanspruchten 9% (d.h. Fr. 320.85 für den Bauphysiker und Fr. 12'150.– für den Bauingenieur) dann aber ausreichend wäre, um die "erheblichen Schadenersatzforderungen" und die (angeblich das Mehrfa-

che von Fr. 40'000.– übersteigenden) Verfahrens- und Anwaltskosten abzudecken, wird auch nicht fassbar. Die Risikoprämie kann nicht einfach einem Worst-Case-Szenario gegenübergestellt werden, ohne dem sehr geringen Risiko Rechnung zu tragen. Entgegen der Auffassung des Beklagten (Urk. 297 S. 10) sollen mit der Risikoprämie für die Gewährleistungshaftung auch nicht noch die Kostenrisiken abgegolten werden. Die Kostenrisiken können laut Gutachten vielmehr vernachlässigt werden.

8.3.3 Wenn der Beklagte einen Zuschlag von Fr. 40'000.– oder 0.23% der bereinigten Baukosten als zu tief erachtet, ist dem entgegenzuhalten, dass bei honorarberechtigten Planerleistungen von Fr. 1'087'329.– (ohne Honorar für die Bauleitung) und einem Ansatz von 4% ein Honorarzuschlag von Fr. 43'493.– resultiert, was 0.29% der honorarberechtigten Bausumme GU (inkl. Bauleitung) von Fr. 15'087'321.– ausmacht. Auch ohne Erhöhung des GU-Zuschlages von 4% wurden folglich die zusätzlich übernommenen Risiken der F._____ AG durch die Aufnahme der Planungsleistungen in die honorarberechtigte Bausumme bereits mit 0.29% der honorarberechtigten Bausumme GU abgegolten. Dabei ist zu beachten, dass die F._____ AG lediglich auf einen nach richterlichem Ermessen gekürzten Honorarzuschlag Anspruch erheben kann, weil sie die Möglichkeit gehabt hätte, ihre Kosten gegenüber den einfachen Gesellschaftern geltend zu machen. Entgegen der Auffassung des Beklagten wäre ein solcher Abzug nicht bloss symbolischer Natur (Urk. 297 S. 20 f.). Vielmehr müsste die Kürzung mindestens die Hälfte des Risikozuschlags betragen, zumal keine Umstände bekannt sind, die Anfang 1994 einer Abwälzung der Kosten im Wege gestanden hätten. Gemäss Gutachten betragen die Prämien von General- und Totalunternehmern Anfang der 90er Jahre 2.5% bis max. 4.5% (Urk. 252 S. 7, Urk. 276 S. 9). Dies bedeutet, dass selbst bei Annahme eines Risikozuschlags von 0.5% bzw. eines (noch praxisüblichen) Gesamtzuschlags von 4.5% keine Fr. 646'986.– (4% auf Fr. 16'174'650.85) übersteigende Entschädigung resultieren würde, da der um die Hälfte des Risikozuschlags gekürzte Gesamtzuschlag von 4.25% lediglich Fr. 641'211.– ausmacht (4.25% von Fr. 15'087'321.–). Damit ist auch gesagt, dass die F._____ AG für die zusätzlich übernommenen Risiken bereits mit einem GU-Zuschlag von 4% auf der honorarberechtigten Bausumme TU

(Fr. 16'174'650.85) angemessen entschädigt wurde. Gemäss Gutachter wäre sogar noch ein Abzug für die bereits abgeschlossene Planung gerechtfertigt (Urk. 279 S. 5).

8.4.1 Erstmals im Schlussvortrag macht der Beklagte "zur Lückenfüllung des Vertrags" geltend, nebst dem Zuschlag für die Zusatzrisiken sei stets auch ein angemessener Totalunternehmergewinn, d.h. der eigentliche Lohn des Totalunternehmers geschuldet. Die Reduktion des zu beziffernden Zuschlags auf die Risiken allein, ohne dass für die Risikoübernahme auch eine angemessene Gewinnkomponente enthalten sei, widerspreche sowohl der Verkehrsübung als auch der Gerichtspraxis, da Gewinn notwendig für die Existenz eines Unternehmens sei (Urk. 297 S. 18 f.). Dem Ansinnen des Beklagten kann aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

- Der Gutachter kam zum Ergebnis, der geänderte Projektablauf (Pauschalpreis und die Übernahme der Gewährleistungshaftung gegenüber dem Kanton) rechtfertige keinen zusätzlichen Unternehmer-Honorarzuschlag. Damit kann aber auch keine zusätzliche Gewinnkomponente in Anschlag gebracht werden.
- In der vom Beklagten angegebenen Literatur wird im Rahmen der Zuschlagskalkulation (Art. 374 OR) klar zwischen dem Risikozuschlag und dem Gewinnzuschlag unterschieden, auch wenn daraus ein "zusammengesetzter Zuschlag" resultieren mag (Schumacher/König, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Zürich 2017, N 649 S. 237; Gauch, a.a.O., N 948). Der Beklagte hat die Erhöhung des Ansatzes auf 9% stets mit zusätzlichen Leistungen und der Abgeltung der Risikoübernahme eines Totalunternehmers begründet (Urk. 134 S. 20). Zusätzliche Leistungen erbrachte der Beklagte nicht. Hingegen war laut Vorgabe des Bundesgerichts zum praxisüblichen Honorarzuschlag ein Gutachten einzuholen, das "auf die genannten Risikofaktoren" abstellt. Von einem Gewinnzuschlag war nicht die Rede. Demzufolge wurde auch der Gutachter um Bestimmung des praxisüblichen Unternehmer-Honorarzuschlags ersucht, unter Berücksichtigung der vom Bundesgericht explizit genannten Risikofaktoren. Wenn der Beklagte von einer "Reduktion

des zu beziffernden Zuschlags auf die Risiken allein" spricht, ohne dass für die Risikoübernahme auch eine angemessene Gewinnkomponente enthalten ist, liegt dies auf der Linie seiner erstinstanzlichen Vorbringen und des Rückweisungsentscheids des Bundesgerichts.

8.4.2 Der Beklagte weist im Rahmen der "Lückenfüllung des Vertrags" darauf hin, dass der Gutachter von eher grosszügig bemessenen Honoraren des Architekten, der Bauleitung und des Generalunternehmers ausgegangen sei. Zudem habe auch der Baumeister gemäss Ziffer 4.1.3 des Gesellschaftsvertrags nicht auf der Basis von Konkurrenzpreisen offerieren müssen. Entsprechend höher als nach der damaligen Verkehrsübung üblich werde auch der Zuschlag nach dem hypothetischen Parteiwillen zu bemessen sein (Urk. 297 S. 19). Auch dem kann nicht gefolgt werden. Nachdem sich aus Sicht des Gutachters in Kenntnis der grosszügig bemessenen Honorare (Urk. 276 S. 7) keine "Erhöhung der prozentualen Prämie" (Urk. 276 S. 5) rechtfertigt, kann auch kein entsprechend höherer Zuschlag als nach der damaligen Verkehrsübung üblich erfolgen. Nach der verbindlichen Vorgabe des Bundesgerichts wäre der Zuschlag vielmehr zu kürzen gewesen, weil die F._____ AG die Möglichkeit gehabt hätte, ihre Kosten gegenüber den einfachen Gesellschaftern geltend zu machen. Davon abgesehen erscheint der Schluss des Beklagten nicht zwingend. Nachdem die Honorare ohnehin grosszügig bemessen wurden, kann umso weniger argumentiert werden, die Parteien hätten nach Treu und Glauben einen weiteren Zuschlag für die (bereits durch die Planer-Honorare abgegoltenen) Gewährleistungsrisiken und die (vernachlässigbaren) Kostenrisiken vereinbart.

8.5 Nach Auffassung der Kläger ist es selbst nicht gerechtfertigt, das Bauleitungshonorar von Fr. 750'243.60 bei der Berechnung des TU-Honorars in der honorarberechtigten Bausumme zu belassen. Die AG des Beklagten habe die Bauleitung nämlich selbst ausgeführt. Für eigene Leistungen bestehe indessen kein Anspruch auf ein TU-Honorar. Das TU-Honorar sei eine Risikoprämie für Qualitäts- und Preisrisiken, die der Verpflichtung zur Erbringung von Leistungen Dritter inhärent seien. Die Abdeckung von Preis-, Termin- und Haftungsrisiko für mangelhafte Arbeit eigener Arbeit sei systemwidrig und gehe nicht an. Damit reduzie-

re sich das dem Beklagten für die F. _____ AG zuzugestehende GU-Honorar wie folgt:

Totalunternehmer-Honorar II	Fr. 625'783.50
./.. nicht gerechtfertigtes Honorar für Bauleitung auf Fr. 750'243.60, zu 4%	<u>Fr. 30'009.70</u>
Totalunternehmer-Honorar III	Fr. 595'773.80

Falls das Gericht zum Ergebnis komme, der Beklagte könne für die theoretischen zusätzlichen Risiken einen Honorarzuschlag oder die Honorarberechnung auf einer erhöhten honorarberechtigten Bausumme verlangen, würden die Kläger den Anspruch auf Abzug des nichtgerechtfertigten Honorars von 4% auf dem Bauleitungshonorar von Fr. 750'243.60 im Umfang von Fr. 30'009.70 vorsorglich zur Verrechnung bringen (Urk. 283 S. 6).

Im erstinstanzlichen Verfahren hatten die Kläger geltend gemacht, das Honorar der F. _____ AG für die Bauleitung (BKP 291.2) betrage Fr. 750'243.– (Urk. 173 S. 21). Genau dieser Betrag wurde von der Vorinstanz in die *honorarberechtigte* Bausumme aufgenommen (Urk. 202 S. 32 ff., S. 41), was seitens der Kläger weder vor Obergericht noch vor Bundesgericht beanstandet wurde. Er kann somit nicht mehr – auch nicht zum Zwecke der Eventualverrechnung – von der honorarberechtigten Bausumme abgezogen werden (vgl. E. 8.2). Es kann daher offengelassen werden, ob

- die Aufwendungen der F. _____ AG für die Bauleitung sowohl als Honorar für die Eigenleistung zu vergüten als auch zusätzlich mit einem Prozentschlag auf der honorarberechtigten Bausumme (inkl. Bauleitung) zu entschädigen sind;
- die Aufwendung der F. _____ AG für die Bauleitung nur als Honorar zu vergüten, darauf aber kein Zuschlag zu erheben ist;
- die Aufwendungen der F. _____ AG für die Bauleitung nicht mit einem Honorar sondern einzig über den Zuschlag auf der honorarberechtigten Bausumme (ohne Bauleitung) abzugelten gewesen wären.

8.6 Die Zusatzfrage, weshalb für die Erhöhung der honorarberechtigten Bausumme nur die nach dem Vertragsabschluss vom 11. März 1994 erfolgten Planungsleistungen massgebend seien, beantwortete der Gutachter dahingehend, dass für die bis zu diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Planungsleistungen

keine Honoraransprüche des Architekten mehr bestehen würden, da bis zu diesem Zeitpunkt ein Teil der Planung bereits abgeschlossen gewesen sei. Die vor dem 11. März 1994 erbrachten Planungsleistungen würden die Gewährleistungshaftung nicht mehr tangieren. Es könne daher mit Bestimmtheit gesagt werden, dass sämtliche Teilphasen der Projektierung bis und mit Baubewilligungsverfahren (32.5% der Grundleistung von Architekt und Bauleitung gemäss SIA-Ordnung 102) erfolgreich und mängelfrei abgeschlossen worden seien. Die honorarberechtigte Bausumme sei um 32.5 von 54 Teilleistungsprozenten des Architekten, d.h. um Fr. 530'062.95 auf Fr. 15'644'587.90 herabzusetzen (Urk. 279 S. 3, S. 5).

Der Beklagte taxiert die Aussage, wonach die bis zum Zeitpunkt des TU-Vertragsabschlusses bereits abgeschlossenen Planungsleistungen die Gewährleistungshaftung nicht mehr tangieren würden, aus den bereits dargelegten Gründen für nicht haltbar. Der Totalunternehmer habe gegenüber dem Kanton integral für das Projekt einzustehen, insbesondere auch für allfällige, erforderliche Umplanungen sowie Mehrkosten infolge unzweckmässiger Lösungen, welche bereits in den Projektplänen begründet seien (Urk. 276 S. 15).

Dazu wurde im Wesentlichen bereits Stellung genommen. Es kann darauf verwiesen werden (E. 7.3). Inwiefern allfällig erforderliche "Umplanungen" die Gewährleistungshaftung betreffen, ist nicht ersichtlich und wird auch vom Beklagten nicht näher dargelegt. Eine fehlerhafte Planung schlägt sich finanziell dann nieder, wenn sie zu einem Mangel am Bauwerk führt; durch einen mangelhaften Plan erleidet der Bauherr noch keinen Schaden (Denzler/Hochstrasser, in: Stöckli/Siegenthaler [Hrsg.], Die Planerverträge, Zürich 2013, Nr. 881). Dasselbe gilt hinsichtlich "unzweckmässiger Lösungen". Unzweckmässige Lösungen stellen keinen Mangel dar. Bei Vertragsabschluss war das Bauprojekt bewilligt. Die Baudirektion des Kantons Zürich hat das Bauprojekt einer Prüfung unterzogen und die Baubewilligung vom 25. Oktober 1993 sowie die der Offerte zugrunde liegenden Pläne ausdrücklich für gut befunden (Urk. 2/4/7 S. 3).

Wesentlich ist auch hier, dass die Ausführungen des Gutachters insofern rein hypothetischer Natur sind, als eine Reduktion der honorarberechtigten Bau-

summe um die bis zum Vertragsabschluss erbrachten Teilleistungen des Architekten aus prozessualen Gründen nicht in Frage kommt.

9.1 In den Grundaussagen ist das Gutachten sehr klar, konstant und überzeugend ausgefallen. Der Beklagte vermag mit seinen Einwänden keine relevanten Mängel darzutun. Seine Anträge auf Einholung einer Oberexpertise (gemeint wohl: auf Beizug einer anderen sachverständigen Person), eventualiter Kürzung der Entschädigung, subeventualiter Kostenauflage für den bisherigen Experten sind unter diesem Aspekt abzuweisen. Für die Bestimmung des Honorarzuschlags, den die Parteien aufgrund der zusätzlichen Risikofaktoren nach Treu und Glauben vereinbart hätten, kann auf das Gutachten abgestellt werden. Der geänderte Projektablauf rechtfertigt aus Sicht des Fachmannes keinen zusätzlichen Unternehmer-Honorarzuschlag. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den im Beweisbeschluss vom 6. Januar 2017 aufgeführten Urkunden (Urk. 238 S. 3), die im Übrigen dem Gutachter alle zur Verfügung standen. Demzufolge ist der Hauptbeweis des Beklagten als gescheitert zu betrachten.

9.2 Bleibt es bei einem Honorarzuschlag von 4% auf der honorarberechtigten Bausumme, erübrigt sich eine Kürzung des Zuschlags nach pflichtgemäßem Ermessen. Das Honorar der F. _____ AG beträgt daher Fr. 646'986.– (4% von Fr. 16'174'650.85) zuzüglich Fr. 6.5% Mehrwertsteuer, total Fr. 689'040.10. Bei Baukosten von Fr. 17'033'087.05 und Mehrwertsteuern auf dem nicht vorsteuerabzugsberechtigten Teil von Fr. 237'156.45 ergibt sich ein Aufwand von Fr. 17'959'283.60, der von den Einnahmen von Fr. 20'178'378.25 abzuziehen ist. Der Gewinn des Konsortiums ist daher auf Fr. 2'219'094.65 zu veranschlagen. Der Kläger 2 hat bereits Fr. 85'000.– erhalten (Urk. 202 S. 49). Der Gewinnanteil des Klägers 1 beläuft sich auf Fr. 739'698.20 und derjenige des Klägers 2 auf Fr. 654'698.20 (Urk. 221 S. 30). Diese Gewinnanteile sind ab 14. Juli 2001 mit 5% zu verzinsen (Urk. 223 S. 34).

10.1 Der Beklagte hat gegenüber den Klägern unpräjudiziell bereits Teilzahlungen geleistet. Die dem Kläger 2 bereits bezahlten Fr. 85'000.– wurden bereits berücksichtigt (E. 9.2). Dazu kommen folgende Überweisungen, die von den Klägern samt Valutierung anerkannt werden (Urk. 229, Urk. 231/11, Urk. 236 S. 2):

Kläger 1: Fr. 776'142.65 Valuta 28.12.2015 (Urk. 231/10)

Fr. 150'000.00 Valuta 12.01.2016 (Urk. 231/15)

Kläger 2: Fr. 618'007.70 Valuta 28.12.2015 (Urk. 231/10)

Fr. 150'000.00 Valuta 12.01.2016 (Urk. 231/15)

Sodann wurden mit Valuta 19.11.2015 Fr. 82'060.– (2 x Fr. 41'030.–) für Prozess- bzw. Parteientschädigungen überwiesen (Urk. 231/11), die nach Aufhebung des Urteils der Kammer vom 11. November 2015 auf die eingeklagten Forderungen angerechnet werden sollen (Urk. 229, Urk. 233; Prot. II S. 36 ff.). Auch diese Zahlungen "in Anrechnung an Forderungen des Klägers 1 und 2" wurden samt Valutierung seitens der Kläger anerkannt (Urk. 229 S. 7 f.).

Zudem bestehen folgende Guthaben des Beklagten, die ebenfalls mit den eingeklagten Forderungen verrechnet werden sollen (Urk. 229, Urk. 233), wobei die Verrechnungserklärung gegenüber den Klägern am 3. November 2016 erfolgte (Urk. 234):

Kläger 1: Fr. 4'000.– gemäss Verfügung vom 13.10.2016 (Urk. 231/12)

Kläger 2: Fr. 3'800.– gemäss Verfügung vom 13.10.2016 (Urk. 231/13)

Gemäss Urteil des Bundesgerichts ist von einer Verzinsung von 5% ab 14. Juli 2001 auszugehen (Urk. 223 S. 34). Unstrittig ist, dass die Zahlungen gemäss der gesetzlich vorgesehenen Reihenfolge (Art. 85 OR) zuerst an die Verzugszinsen und erst nach Tilgung der Zinsen an das Kapital anzurechnen sind (Prot. II S. 5). Die bürgerliche Zinsrechnung nimmt eine volle Tagesanrechnung nach Kalender vor (365 Tage pro Jahr, bzw. 366 Tage pro Schaltjahr; BK-Weber, Art. 73 OR N 116; ZK-Schraner, Art. 73 OR N 85; Christ, SPR VII/2 S. 250 Fn 67):

10.2 Demnach ergibt sich für den Kläger 1 folgende Abrechnung:

Verzugszeitraum	Tage	Zinssatz	Verzugszinsen pro Tag	Verzugszinsen im Zeitraum	Verzugszinsen Saldo	Restschuld
14.07.2001 bis 31.12.2001	171	5%	101.3285	17'327.1770	17'327.1770	739'698.20
01.01.2002 bis 31.12.2002	365	5%	101.3285	36'984.9100	54'312.0870	739'698.20
01.01.2003 bis 31.12.2003	365	5%	101.3285	36'984.9100	91'296.9970	739'698.20
01.01.2004 bis 31.12.2004	366	5%	101.0517	36'984.9100	128'281.9070	739'698.20
01.01.2005 bis 31.12.2005	365	5%	101.3285	36'984.9100	165'266.8170	739'698.20
01.01.2006 bis 31.12.2006	365	5%	101.3285	36'984.9100	202'251.7270	739'698.20
01.01.2007 bis 31.12.2007	365	5%	101.3285	36'984.9100	239'236.6370	739'698.20
01.01.2008 bis 31.12.2008	366	5%	101.0517	36'984.9100	276'221.5470	739'698.20
01.01.2009 bis 31.12.2009	365	5%	101.3285	36'984.9100	313'206.4570	739'698.20
01.01.2010 bis 31.12.2010	365	5%	101.3285	36'984.9100	350'191.3670	739'698.20
01.01.2011 bis 31.12.2011	365	5%	101.3285	36'984.9100	387'176.2770	739'698.20
01.01.2012 bis 31.12.2012	366	5%	101.0517	36'984.9100	424'161.1870	739'698.20
01.01.2013 bis 31.12.2013	365	5%	101.3285	36'984.9100	461'146.0970	739'698.20
01.01.2014 bis 31.12.2014	365	5%	101.3285	36'984.9100	498'131.0070	739'698.20
01.01.2015 bis 19.11.2015	323	5%	101.3285	32'729.1121	530'860.1191	739'698.20
Teilzlg. am 19.11.2015 in Höhe von 41'030.00				-41'030.0000	489'830.1191	739'698.20
20.11.2015 bis 28.12.2015	39	5%	101.3285	3'951.8123	493'781.9314	739'698.20
Teilzlg. am 28.12.2015 in Höhe von 776'142.65				-493'781.9314	0.0000	457'337.48
29.12.2015 bis 31.12.2015	3	5%	62.6490	187.9469	187.9469	457'337.48
01.01.2016 bis 12.01.2016	12	5%	62.4778	749.7336	937.6805	457'337.48
Teilzlg. am 12.01.2016 in Höhe von 150'000				-937.6805	0.0000	308'275.16
13.01.2016 bis 03.11.2016	296	5%	42.1141	12'465.7715	12'465.7715	308'275.16
Verrech. am 03.11.2016 in Höhe von 4'000.00				-4'000.0000	8'465.7715	308'275.16
Gesamtforderung inkl. Verzugszinsen per 3.11.2016						316'740.93

Der Beklagte ist demnach zu verpflichten, dem Kläger 1 Fr. 316'740.93 nebst Zins zu 5% auf Fr. 308'275.16 seit 4. November 2016 (entsprechend Fr. 739'698.20 nebst Zins zu 5% seit 14. Juli 2001 abzüglich Fr. 41'030.– Valuta 19. November 2015, Fr. 776'142.65 Valuta 28. Dezember 2015, Fr. 150'000.– Valuta 12. Januar 2016 und Fr. 4'000.– Valuta 3. November 2016) zu bezahlen.

10.3 Für den Kläger 2 lautet die Abrechnung wie folgt:

Verzugszeitraum	Tage	Zinssatz	Verzugszinsen pro Tag	Verzugszinsen im Zeitraum	Verzugszinsen Saldo	Restschuld
14.07.2001 bis 31.12.2001	171	5%	89.6847	15'336.0811	15'336.0811	654'698.20
01.01.2002 bis 31.12.2002	365	5%	89.6847	32'734.9100	48'070.9911	654'698.20
01.01.2003 bis 31.12.2003	365	5%	89.6847	32'734.9100	80'805.9011	654'698.20
01.01.2004 bis 31.12.2004	366	5%	89.4396	32'734.9100	113'540.8111	654'698.20
01.01.2005 bis 31.12.2005	365	5%	89.6847	32'734.9100	146'275.7211	654'698.20
01.01.2006 bis 31.12.2006	365	5%	89.6847	32'734.9100	179'010.6311	654'698.20
01.01.2007 bis 31.12.2007	365	5%	89.6847	32'734.9100	211'745.5411	654'698.20
01.01.2008 bis 31.12.2008	366	5%	89.4396	32'734.9100	244'480.4511	654'698.20
01.01.2009 bis 31.12.2009	365	5%	89.6847	32'734.9100	277'215.3611	654'698.20
01.01.2010 bis 31.12.2010	365	5%	89.6847	32'734.9100	309'950.2711	654'698.20
01.01.2011 bis 31.12.2011	365	5%	89.6847	32'734.9100	342'685.1811	654'698.20
01.01.2012 bis 31.12.2012	366	5%	89.4396	32'734.9100	375'420.0911	654'698.20
01.01.2013 bis 31.12.2013	365	5%	89.6847	32'734.9100	408'155.0011	654'698.20
01.01.2014 bis 31.12.2014	365	5%	89.6847	32'734.9100	440'889.9111	654'698.20
01.01.2015 bis 19.11.2015	323	5%	89.6847	28'968.1532	469'858.0643	654'698.20
Teilzlg. am 19.11.2015 in Höhe von 41'030.00				-41'030.0000	428'828.0643	654'698.20
20.11.2015 bis 28.12.2015	39	5%	89.6847	3'497.7027	432'325.7670	654'698.20
Teilzlg. am 28.12.2015 in Höhe von 618'007.70				-432'325.7670	0.0000	469'016.27
29.12.2015 bis 31.12.2015	3	5%	64.2488	192.7464	192.7464	469'016.27
01.01.2016 bis 12.01.2016	12	5%	64.0733	768.8791	961.6255	469'016.27
Teilzlg. am 12.01.2016 in Höhe von 150'000				-961.6255	0.0000	319'977.90
13.01.2016 bis 03.11.2016	296	5%	43.7128	12'938.9970	12'938.9970	319'977.90
Verrech. am 03.11.2016 in Höhe von 3'800.00				-3'800.0000	9'138.9970	319'977.90
Gesamtforderung inkl. Verzugszinsen per 3.11.2016						329'116.90

Der Beklagte ist demnach zu verpflichten, dem Kläger 2 Fr. 329'116.90 nebst Zins zu 5% auf Fr. 319'977.90 seit 4. November 2016 (entsprechend Fr. 654'698.20 nebst Zins zu 5% seit 14. Juli 2001 abzüglich Fr. 41'030.– Valuta 19. November 2015, Fr. 618'007.70 Valuta 28. Dezember 2015, Fr. 150'000.– Valuta 12. Januar 2016 und Fr. 3'800.– Valuta 3. November 2016) zu bezahlen.

V.

1.1 Im Urteil der Kammer vom 11. November 2015 wurden die erstinstanzlichen Kostenansätze bestätigt und die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens dem Beklagten zu 9/10 und den Klägern zu 1/10 auferlegt. Entsprechend wurde der Beklagte verpflichtet, den Klägern für das erstinstanzliche Verfahren eine auf 4/5 reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen. Die Berufungsinstanz erwog, der Streitwert sei nicht anhand der in der ursprünglichen Klage lediglich approximativ genannten Forderungsbeträge sondern anhand der nach der Abrechnung bezifferten Rechtsbegehren (Kläger 1: Fr. 841'868,-; Kläger 2: Fr. 756'868.-) zu bestimmen. Die Verzugszinsen seien nicht streitwert- und kostenrelevant. Die Kläger obsiegten mit Rechtsbegehren Ziffer 1 (Abrechnungsbegehren) zu 100% (Anteil $\frac{1}{4}$) und obsiegten mit Rechtsbegehren Ziffer 2 zu 87% (Anteil $\frac{3}{4}$). Insgesamt würden die Kläger damit zu 90.25% obsiegen und zu 9.75% unterliegen (Urk. 221 S. 32 ff.).

1.2 Der Beklagte focht vor Bundesgericht auch die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung an und machte geltend, die Kläger hätten mit ihren ursprünglichen Forderungen massiv überklagt, weshalb selbst im Falle einer Bestätigung des obergerichtlichen Urteils in den übrigen Punkten die Verfahrenskosten der Erstinstanz im Verhältnis von mindestens 33% den Klägern aufzuerlegen und die ihnen zugesprochene Parteientschädigung auf einen Drittel des Betrages zu reduzieren gewesen wäre. Auf diesen Einwand ist das Bundesgericht mangels hinreichender Rügen nicht eingetreten. Die Kostenverlegung und Parteientschädigung für das obergerichtliche Verfahren focht der Beklagte nicht an (Urk. 223 S. 33 f.). Für das Berufungsverfahren beträgt der Streitwert somit Fr. 1'394'396.40. Aufgrund der Bestätigung der Gewinnanteile der Kläger 1 und 2 sind die erstinstanzlichen Prozesskosten (inkl. die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens LB070110) zu 9/10 dem Beklagten und zu 1/10 den Klägern und die zweitinstanzlichen Prozesskosten vollumfänglich dem Beklagten aufzuerlegen. Die in E. 10.1 aufgeführten Teilzahlungen ändern daran nichts, ist der Beklagte doch auch insoweit als unterliegende Partei zu betrachten. Das Unterliegen der

Kläger im Umfang der in E. 10.1 aufgeführten Verrechnungen ist bei der Kostenverteilung zu vernachlässigen.

1.3 Aufgrund des durch den Rückweisungsentscheid notwendig gewordenen Beweisverfahrens ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 34'700.– auf Fr. 45'000.– zu erhöhen (§ 4 Abs. 2 GebV OG).

Die zweitinstanzliche Parteientschädigung war im Urteil vom 11. November 2015 auf Fr. 17'500.– festgesetzt worden. Nunmehr gilt es Zuschläge im Sinne von § 11 Abs. 2 AnwGebV zu erheben für:

- Instruktionsverhandlung vom 29. November 2016 samt Eingabe vom 23. November 2016 (Urk. 236)
- Kurzeingaben vom 30. November 2017 (Urk. 264) und 18. Dezember 2017 (Urk. 269, Urk. 270)
- Stellungnahmen vom 31. Mai 2018 (Urk. 283) und 17. August 2018 (Urk. 290)
- Berufungsverhandlung vom 11. Oktober 2018

Insgesamt rechtfertigt sich ein Zuschlag von 50%, weshalb die zweitinstanzliche Parteientschädigung auf Fr. 26'250.– festzusetzen ist. Mangels Antrages war die Parteientschädigung von Fr. 17'500.– ohne Mehrwertsteuerzusatz zugesprochen worden (Urk. 221 S. 34). Der erst an der Berufungsverhandlung gestellte Antrag (Urk. 299 S. 1) ist verspätet.

2.1 Da das Gutachten entgegen der Auffassung des Beklagten eine taugliche Entscheidungsgrundlage bietet (E. IV.9.1), hat der Gutachter Anspruch auf Entschädigung (Art. 184 Abs. 3 ZPO). Am 28. September 2018 reichte der Gutachter seine Honorarnote ein. Er beantragt eine Entschädigung von Fr. 29'830.– zuzüglich Mehrwertsteuer, total Fr. 32'190.50 (Urk. 294). Für die Projektleitung (H._____) werden 66.75 Stunden und für die Sachbearbeitung (verschiedene Sachbearbeiter) 18.5 Stunden in Rechnung gestellt. Die Reisespesen (Augenscheine) betragen Fr. 250.–.

2.2 Für den Beklagten ergibt sich aus der Stundenaufstellung nicht schlüssig, welche Leistungen der Gutachter konkret erbracht haben soll. Dies gelte insbesondere für die je vier Stunden Aufwand, die für "Risiken" und "Markt" geltend

gemacht würden; allfällige daraus gewonnene Erkenntnisse hätten keinen ersichtlichen Niederschlag im Gutachten gefunden. Auch die auf Eigeninitiative des Gutachters vorgenommene Besichtigung der anderen Überbauungen (fünf Stunden), die nicht Gegenstand des vorliegenden Prozesses seien und bezüglich welcher auch keine Parteibehauptungen vorlägen, sei von keinem erkennbaren Nutzen gewesen. Konkrete Aussagen habe er daraus auch nicht schöpfen können, ausser denjenigen, dass es sich nicht um ein überdurchschnittlich komplexes Bauvorhaben gehandelt habe, was auch von niemandem behauptet worden sei. In der Folge dürfte die Darstellung der anderen Überbauungen im Gutachten noch mindestens zwei Stunden in Anspruch genommen haben. Auch die Aufwendungen für die geltend gemachten Interviews (3.75 und 2.75 Stunden) seien – da nirgends dokumentiert – nicht brauchbar und daher nach auftragsrechtlichen Grundsätzen auch nicht zu entschädigen. Mithin wäre die Honorarrechnung bereits aus diesen Gründen um 21.50 Stunden zu kürzen (Urk. 297 S. 17 f.).

2.3 Für die Kläger sind die in der Honorarnote aufgeführten Positionen bzw. der Zeitaufwand ausgewiesen. Die Anträge des Beklagten seien abzuweisen (Urk. 290 S. 11, Prot. II S. 36).

2.4 Sachverständige werden in der Regel nach Aufwand entschädigt. Der Ansatz richtet sich nach den erforderlichen Fachkenntnissen und der Schwierigkeit der Leistung, bei freiberuflich tätigen Sachverständigen in der Regel nach den Ansätzen des jeweiligen Berufsverbandes. Für die Reiseentschädigung gilt die Vollzugsverordnung zum Personalgesetz. Die Entschädigung wird aufgrund der vom Sachverständigen eingereichten Honorarrechnung festgesetzt. Übersteigt die Rechnung den Kostenvoranschlag oder erscheint sie als übersetzt, kann die Entschädigung herabgesetzt werden (§ 9, § 10 und § 4 der Entschädigungsverordnung der obersten Gerichte vom 11. Juni 2002 [LS 211.12]).

2.5 Der in Rechnung gestellte Stundenansatz des Gutachters basiert auf den offerierten Fr. 380.– (Urk. 238 S. 3, Urk. 245). Für die wissenschaftliche Sachbearbeitung wurden Fr. 240.– und für die administrative Sachbearbeitung Fr. 150.– in Rechnung gestellt, was seitens der Parteien zu keinen Bemerkungen Anlass gab.

2.6 Der Gutachter hatte sich mit dem Risiko des General- bzw. Totalunternehmers im allgemeinen und mit der Risikolage der F._____ AG gemäss ursprünglich geplantem Projekt und gemäss geändertem Projektablauf auseinandersetzen. Im Gutachten vom 30. Juni 2017 äussert sich der Gutachter detailliert zu den Risiken im Bauwesen, zum Risikoverlauf einer Immobilienentwicklung, zum Risiko eines Generalunternehmers und zum Risikovergleich (Urk. 252 S. 8 f.). Sodann stellte der Gutachter auch marktspezifische Überlegungen an, indem er sich zur Preisbestimmung und zu den Vergütungsarten äusserte (Urk. 252 S. 7 f.). Die von ihm genannte Spannbreite von 2.5% bis 4.5% (Urk. 252 S. 7) beruht auf seiner "persönlichen Einschätzung der Marktsituation anfangs der 90er Jahre" (Urk. 252 S. 7, Urk. 276 S. 4). In seinen Ergänzungen und Erläuterungen hatte der Gutachter dann ergänzend darzulegen, wie er zur Aussage, dass die von ihm genannte Spannbreite unabhängig von der Vergütungsart sei, gelangt war. Dabei erläuterte er detailliert, was ein marktgerechter Preis ist und inwiefern der Generalunternehmer einem Marktwettbewerb ausgesetzt ist (Urk. 252 S. 7, Urk. 276 S. 4). Es kann daher nicht gesagt werden, dass Erkenntnisse zu Risiko und Markt keinen Niederschlag im Gutachten gefunden haben. Der Einwand des Beklagten ist unbegründet.

2.7 Der Einbezug der drei weiteren durch die Parteien bzw. ihre Gesellschaften realisierten Überbauungen war zulässig, notwendig und nicht zuletzt durch die Einwendungen des Beklagten gegen die gutachterliche Annahme eines standardisierten Projekts veranlasst. Es kann keine Rede davon sein, dass aus der "Betrachtung der anderen Überbauungen" kein Nutzen und keine Schlüsse gezogen werden konnten. Auch dieser Einwand ist zurückzuweisen. Hingegen ist die Kilometerentschädigung von 80 Rappen auf die in § 68 Abs. 3 der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz (LS 177.111) vorgesehenen 70 Rappen zu reduzieren. Daraus resultiert eine Kürzung von insgesamt Fr. 30.– (300 km à Fr. 0.10).

2.8 Ebenso geboten waren die Interviews mit Q._____ und R._____. Sie dienten der Überprüfung bzw. Plausibilisierung der Einschätzung des Gutachters. Die Gespräche wurden offengelegt und deren Ergebnisse festgehalten. Eine weitere Dokumentierung war nicht notwendig. Wie bereits ausgeführt wurde

(E. IV/3.3), müssen die Ergebnisse solcher formloser Befragungen nicht in einem Protokoll festgehalten werden; vielmehr sind solche Gespräch im Gutachten nur offenzulegen (Art. 186 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Das bedeutet, dass die Aussagen der Befragten im Gutachten zusammenfassend festzuhalten sind (Müller, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Brunner/Gasser/ Schwander [Hrsg.], Bd. I, 2. Aufl. 2016., Art. 186 ZPO N 21 und N 26 in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Bd. I, 2. Aufl. 2016). Es war somit nicht nötig, dass der Gutachter die konkreten Fragen und konkreten Antworten wiedergibt.

2.9 Auch wenn die Honorarrechnung den vom Beklagten geleisteten Barvorschuss von Fr. 30'000.– geringfügig übersteigt, kann von einer übersetzten Rechnung nicht gesprochen werden, zumal die Beantwortung der Anschlussfragen nicht verrechnet wurde. Die Beantwortung der Gutachterfragen gestaltete sich – wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt – als einigermaßen komplex und zeitraubend. Demzufolge ist der Gutachter H._____ mit Fr. 29'800.– zuzüglich Mehrwertsteuer von Fr. 2'358.20, total Fr. 32'158.20, zu entschädigen. Die Mehrwertsteuer beträgt im Jahre 2017 Fr. 1'695.60 (8% auf Fr. 21'195.–) und im Jahre 2018 Fr. 662.60 (7.7% auf Fr. 8'605.–).

Es wird erkannt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 1 Fr. 316'740.93 nebst Zins zu 5% auf Fr. 308'275.16 seit 4. November 2016 (entsprechend Fr. 739'698.20 nebst Zins zu 5% seit 14. Juli 2001 abzüglich Fr. 41'030.– Valuta 19. November 2015, Fr. 776'142.65 Valuta 28. Dezember 2015, Fr. 150'000.– Valuta 12. Januar 2016, und Fr. 4'000.– Valuta 3. November 2016) zu bezahlen.
2. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 2 Fr. 329'116.90 nebst Zins zu 5% auf Fr. 319'977.90 seit 4. November 2016 (entsprechend Fr. 654'698.20 nebst Zins zu 5% seit 14. Juli 2001 abzüglich Fr. 41'030.– Valuta 19. November 2015, Fr. 618'007.70 Valuta 28. Dezember 2015, Fr. 150'000.– Valuta 12. Januar 2016, und Fr. 3'800.– Valuta 3. November 2016) zu bezahlen.

3. Die erstinstanzlichen Kostenansätze (Dispositiv Ziffer 2) werden bestätigt.
4. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens, zuzüglich der Kosten des obergerichtlichen Verfahrens LB070110 in der Höhe von Fr. 18'101.–, werden zu 9/10 dem Beklagten und zu 1/10 den Klägern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 64'560.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 45'000.00 ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 32'158.20 Gutachten
7. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinen Vorschüssen verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Gerichtskasse Rechnung.
8. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 26'250.– zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

10. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'394'396.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Es wird beschlossen:

1. H._____ wird als Sachverständiger für seine Bemühungen und Barauslagen mit Fr. 29'800.– zuzüglich Fr. 2'358.20 (7.7% Mehrwertsteuer auf Fr. 8'605.– und 8% Mehrwertsteuer auf Fr. 21'195.–), also total Fr. 32'158.20, aus der Gerichtskasse entschädigt.
2. Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein
 - an die Parteien zusammen mit vorstehendem Urteil
 - an H._____ im Dispositiv (Beschluss) und im Auszug hinsichtlich Erwägungen V/2.1 bis 2.9
 - an die Obergerichtskasse zusammen mit einer Kopie von Urk. 294
3. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 32'190.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 7. Dezember 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider:

MLaw V. Stübi

versandt am:
mc