

# ZH\_HANDELSGERICHT HG190060 vom 19. August 2019

Zh Handelsgericht, 2019-08-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG190060](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG190060)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG190060 du 19 août 2019

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG190060 del 19 agosto 2019

## Erwägungen

### E. 1

Tragweite des Rückweisungsentscheids Heisst das Bundesgericht eine Beschwerde teilweise gut und weist es die Angelegenheit zur diesbezüglich neuen Beurteilung an die kantonale Instanz zurück, wird der Streit – hinsichtlich der aufgehobenen Punkten – in jenes Stadium vor der kantonalen Instanz zurückversetzt, in dem er sich vor Erlass des angefochtenen Entscheids befand. Die kantonale Instanz hat ihre neue Entscheidung auf die rechtlichen Erwägungen des bundesgerichtlichen Entscheids zu stützen. Sie hat sich von Bundesrechts wegen nur noch mit jenen Punkten zu befassen, die das Bundesgericht kassierte. Die anderen Teile des Urteils haben Bestand und sind – soweit notwendig – in das neue Urteil zu übernehmen. Irrelevant ist, dass das Bundesgericht mit seinem Rückweisungsentscheid formell in der Regel das ganze angefochtene Urteil bzw. ganze Dispositiv-Ziffern aufhebt. Entscheidend ist nicht das Dispositiv, sondern die materielle Tragweite des bundesgerichtlichen Entscheids. Die neue Entscheidung der kantonalen Instanz ist somit auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt. Das Verfahren wird nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies notwendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen (BGE 135 III 334, E. 2 und 2.1; Urteil des Bundesgerichts 6B\_824/2016 vom 10. April 2017, E. 5.2.1).

- 6 -

### E. 1.1

Die Klägerinnen machen verschiedene Ansprüche innerhalb eines Rechtsbegehrens geltend. Die Forderung setzt sich wie folgt zusammen: - CHF 2'320'459.60 (inkl. MwSt.): Mehrforderungen zufolge Bestellungen-änderungen bzw. besonderer Verhältnisse gemäss Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 (22 geltend gemachte Zusatzleistungen) - CHF 1'898'640.– (inkl. MwSt.): Mehrforderungen zufolge Bauablaufstörungen (7 geltend gemachte Störungspositionen) - CHF 657'790.20 (inkl. MwSt.): Restforderung aus der Pauschale. Die Beklagte bringt ihrerseits acht Forderungen zur Verrechnung.

### E. 1.2

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

- 7 - Nr. 22 im Umfang von CHF 11'630.– (exkl. MwSt.), somit insgesamt ausmachend CHF 54'246.70 (exkl. MwSt.).

### **E. 1.3**

Mit Urteil vom 31. Januar 2017 (act. 39) entschied das Handelsgericht Zürich, dass sich die Beklagte ihr Schuldbekenntnis betreffend die Zusatzleistung Nr. 11 im Umfang von CHF 56'580.– (exkl. MwSt.) entgegenhalten lassen müsse. Insgesamt wurden somit Mehrforderungen zufolge Beststellungsänderungen bzw. besonderer Verhältnisse gemäss Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 in der Höhe von CHF 168'009.35 (inkl. MwSt.) als berechtigt erachtet, im weiteren Umfang indes – sen als unbegründet abgewiesen. Die Mehrforderungen zufolge Bauablaufstörungen wurden allesamt abgewiesen. Die Restforderung aus der Pauschale wurde dagegen gutgeheissen. Von den Forderungen, welche die Beklagte zur Verrechnung stellte, wurden zwei als berechtigt erachtet, nämlich eine in der Höhe von CHF 216'000.– (inkl. MwSt.) und eine andere über CHF 40'684.90 (inkl. MwSt.). Die übrigen zur Verrechnung gestellten Forderungen wurden als unbegründet abgewiesen. Vor Bundesgericht (im ersten bundesgerichtlichen Verfahren [vgl. act. 44]) nicht mehr streitig waren die zugesprochenen Mehrforderungen zufolge Beststellungsänderungen bzw. besonderer Verhältnisse gemäss Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 in der Höhe von insgesamt CHF 168'009.35 (inkl. MwSt.) sowie die Restforderung aus der Pauschale in der Höhe von CHF 657'790.20 (inkl. MwSt.). Insgesamt belaufen sich diese nicht mehr streitigen Positionen auf CHF 825'799.55 (inkl. MwSt.). Nicht mehr streitig waren auch die von der Beklagten zur Verrechnung gestellten Forderungen, soweit diese abgewiesen wurden. Mangels diesbezüglicher Rüge in der Beschwerde war ferner die vom Handelsgericht Zürich zugesprochene und von der Beklagten zur Verrechnung gestellte Forderung über CHF 40'684.90 nicht zu überprüfen. Gleiches galt hinsichtlich der Verzinsung der Forderungen mit 5 % statt der beantragten 10 % (act. 44, E. 3.3)].

- 8 - Mit Urteil vom 20. November 2017 schützte das Bundesgericht die Eventualbegründungen im ersten handelsgerichtlichen Urteil vom 31. Januar 2017 hinsichtlich der Mehrforderungen aus Zusatzleistungen Nr. 1 + 2, 3, 10, 19 und 21 (act. 44, E. 5.1, 5.2, 5.4, 5.6 und 5.7). Ebenso wurde das Urteil hinsichtlich der Mehrforderungen zufolge Bauablaufstörungen Nr. 1, 4, 5, 6 (betreffend den internen Aufwand) und 7 geschützt (act. 44, E. 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3, 6.2.4.1 und 6.2.5). Über diese Positionen war damit rechtskräftig entschieden worden. Die übrigen Positionen wurden hingegen zur neuen Beurteilung zurückgewiesen.

### **E. 1.4**

Im zweiten handelsgerichtlichen Verfahren 170230-O war demnach (noch) über die verbleibenden Mehrforderungen aus Zusatzleistungen zufolge Beststellungsänderungen bzw. besonderer Verhältnisse gemäss Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 Nr. 4, 5, 8, 9, 11, 15, 16, 18 und 22, die Mehrforderungen zufolge Bauablaufstörungen Nr. 2, 3 und 6 (soweit den vom Privatgutachter in Rechnung gestellten Betrag betreffend) sowie die zur Verrechnung gestellte Rückforderung von CHF 216'000.– neu zu entscheiden. Am 29. Juni 2018 fällte das Handelsgericht Zürich seinen neuen Entscheid. Es wies die Klage im Mehrbetrag (zu den bereits rechtskräftig zugesprochenen CHF 569'114.65 nebst Zins) erneut als unbegründet ab (act. 45). Vor Bundesgericht (im zweiten bundesgerichtlichen Verfahren [act. 52]) nicht mehr streitig waren die abgewiesenen Mehrforderungen zufolge Beststellungsänderungen bzw. besonderer Verhältnisse gemäss Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm

118 Nr. 9, 16 und 18 (act. 52, E. 5.). Insgesamt belaufen sich diese nicht mehr streitigen Positionen auf CHF 57'457.20 (exkl. MwSt.). Mit Urteil vom 20. März 2019 (act. 52) schützte das Bundesgericht die Begründungen bzw. Eventualbegründungen des Handelsgerichts Zürich betreffend die geltend gemachten Mehrforderungen aus Zusatzleistungen Nr. 4, 5, 11 und 22 sowie die Mehrforderungen zufolge Bauablaufstörungen Nr. 2, 3 und 6 (soweit den vom Privatgutachter in Rechnung gestellten Betrag betreffend) (act. 52, E. 5.1, 5.2, 5.4, 5.6, 6.1, 6.2 und 6.3). Über diese Positionen ist damit rechtskräftig

- 9 - entschieden worden. Die übrigen Positionen wurden hingegen zur neuen Beurteilung zurückgewiesen. Demnach verbleibt noch über die Mehrforderungen Nr. 8 und Nr. 15 sowie die zur Verrechnung gestellte Rückforderung in der Höhe von CHF 216'000.– neu zu entscheiden.

## **E. 2**

Rechtliches und Würdigung

### **E. 2.1**

**Substantiierungsanforderungen** Das Gericht darf sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen stützen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Da im Normalfall der Rechtssuchenden die Beweislast obliegt (vgl. Art. 8 ZGB), ist es diesfalls an ihr, die Tatsachen hinreichend darzutun und zu beweisen, aus deren Vorliegen sie ihren Anspruch herleitet (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_169/2011 vom 19. Juli 2011, E. 5.5).

Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 365, E. 2b; Urteile des Bundesgerichts 4A\_443/2017 vom 30. April 2018, E. 2, und 4A\_57/2014 vom 8. Mai 2014, E. 1.3.3). Der Behauptungslast ist durch das Aufstellen eines schlüssigen Tatsachenvortrags Genüge getan. Das heisst, dass eine Partei diejenigen Tatsachen widerspruchsfrei und vollständig angeben muss, auf die sie ihr Begehren stützt, so dass der Tatsachenvortrag bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Es genügt, wenn diese Tatsachen in ihren Grundzügen behauptet werden (BGE 136 III 322, E. 3.4.2; Urteile des Bundesgerichts 4A\_210/2009 vom 7. April 2010, E. 3.2 mit weiteren Hinweisen, 4A\_591/2012 vom 20. Februar 2013, E. 2.1, und 4A\_443/2017 vom 30. April 2018, E. 2.1; SUTTER-SOMM/SCHRANK, in:

SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUEN-BERGER [HRSG.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 55 N 21 mit weiteren Hinweisen). Kommt eine Partei ihrer Behauptungslast nicht nach, bleiben die betreffenden Tatsachen im Prozess unberücksichtigt. Eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast greift nur, soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag

- 10 - bestreitet. Diesfalls sind die Vorbringen in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist bzw. dagegen der Gegenbeweis angetreten und darüber Beweis abgenommen werden könnte (Urteil des Bundesgerichts 4A\_443/2017 vom 30. April 2018, E. 2.1; BGE 127 III 365, E. 2b mit weiteren Hinweisen; BGE 136 III 322, E. 3.4.2). Im Prinzip ist den genannten Lasten in den Rechtsschriften nachzukommen. Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht. Das Gericht und die Gegenpartei sollen nicht aus den Beilagen die Sachdarstellung zusammensuchen müssen. Es ist nicht an ihnen, Beilagen danach zu

durchforsten, ob sich daraus etwas zu Gunsten der behauptungsbelasteten Partei ableiten lässt. Ausnahmsweise kann ein Verweis auf eine Beilage ausreichend sein. Auch das Bundesgericht verlangt nicht, dass Beilagen zwingend integral im Volltext in die Rechtsschriften übernommen werden. Werden Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in der Rechtsschrift behauptet und wird für Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen, ist zu prüfen, ob die Gegenpartei und das Gericht damit die notwendigen Informationen in einer Art erhalten, die eine Übernahme in die Rechtsschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt. Der Verweis ist ungenügend, wenn die nötigen Informationen in den Beilagen nicht eindeutig und vollständig enthalten sind oder aber daraus zusammengesucht werden müssten. Es genügt nicht, dass in den Beilagen die verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Es muss ein problemloser Zugriff darauf gewährleistet sein und es darf kein Interpretationsspielraum entstehen. Dieser ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbsterklärend ist und genau die verlangten (bzw. in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen enthält. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann ein Verweis nur genügen, wenn die Beilage in der Rechtsschrift derart konkretisiert und erläutert wird, dass die Informationen ohne Weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen (zum Ganzen: Urteile des Bundesgerichts 4A\_443/2017 vom 30. April 2018, E. 2.2.1 und E. 2.2.2 mit weiteren Hinweisen, und 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018, E. 5). Wird dem Gebot der Substantiierung ungenügend nachgekommen, ergeht ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme. Ein Beweisverfahren darf nicht der Vervollständigung ungenügender Parteivorbringen dienen.

- 11 - Als Gegenstück zur Behauptungslast trifft die nicht beweisbelastete Partei die Bestreitungslast. Sie hat darzutun, welche Tatsachen anerkannt und welche bestritten werden. Je detaillierter die Behauptungen sind, desto höher sind die Anforderungen an die Bestreitungen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018, E. 4.3). Daraus darf jedoch keine Umkehr der Beweislast resultieren (vgl. WALTER, in: HAUSHEER/WALTER [HRSG.], Berner Kommentar, Band I, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, Art. 8 N 191 ff.).

## **E. 2.2**

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

### **E. 2.2.1**

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

### **E. 2.2.2**

Unter dem Titel "Mehrforderung Nr. 8" haben die Klägerinnen drei unterschiedliche Mehrforderungen geltend gemacht, nämlich: - CHF 57'444.- für mehrseitig geneigte Balkonuntersichten (Mehrpreis CHF 12.- pro m<sup>2</sup>), - CHF 10'877.- für auf- und absteigende Deckenrandschalungen, - CHF 21'541.50 für mehrseitig geneigte Balkonoberflächen (Mehrpreis CHF 4.50 pro m<sup>2</sup>). Die Beklagte anerkannte unter dieser Position eine Mehrforderung von CHF 28'216.70 (brutto, exkl. MwSt.). Es handelt sich dabei um einen

Teil des von den Klägerinnen geltend gemachten Anspruchs betreffend die mehrseitig geneigten Balkonuntersichten in der Höhe von CHF 17'339.– (4'954 m<sup>2</sup> x CHF 3.50 pro m<sup>2</sup>) sowie um den geltend gemachten Anspruch betreffend die auf- und absteigenden Deckenrandschalungen in der Höhe von CHF 10'877.70 (2'154 m x

- 12 - CHF 5.05 pro m). Hierüber wurde bereits rechtskräftig entschieden (act. 44, E. 3.2 f.).

### **E. 2.2.3**

In seinem Urteil vom 20. März 2019 erwog das Bundesgericht betreffend die mehrseitig geneigten Balkonuntersichten, dass die Klägerinnen nicht rechtsgenügend gerügt hätten, dass sie den Mehrpreis von CHF 12.– pro m<sup>2</sup> substantiiert behauptet hätten (act. 52, E. 5.3.3 Abs. 3). Damit bleibt es diesbezüglich (betreffend die mehrseitig geneigten Balkonuntersichten) bei der vom Handelsgericht Zürich vorgenommenen Beurteilung. Hingegen habe die Beklagte – so das Bundesgericht – unter dieser Position (betreffend die mehrseitig geneigten Balkonuntersichten) einen Mehrpreis von CHF 3.50 pro m<sup>2</sup> anerkannt (act. 52, E. 5.3.3). Wie gesehen trifft dies zu. Über diesen Betrag in der Höhe von CHF 17'339.– wurde aber bereits rechtskräftig entschieden (act. 39 und act. 44). Er ist Teil der anerkannten Forderung in der Höhe von CHF 28'216.70 (brutto, exkl. MwSt.). Dem Handelsgericht Zürich ging es mit seinen Ausführungen in Erw.II.2.3.4.3. in seinem Urteil vom 29. Juni 2018 (act. 44) einzig um die Klarstellung, dass die Klägerinnen aus dem anerkannten Mehrpreis von CHF 5.05 pro Laufmeter (betreffend die auf- und absteigenden Deckenrandschalungen) – welcher den anerkannten Mehrpreis von CHF 3.50 pro m<sup>2</sup> (betreffend die mehrseitig geneigten Balkonuntersichten) übersteigt – für die übrigen zu beurteilenden Positionen nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermögen. Da dies letztlich auch das Bundesgericht in seinem Urteil bestätigt hat (act. 52, E. 5.3.6 mit Verweis auf E. 5.2.5), erübrigen sich hierzu weitere Ausführungen.

### **E. 2.2.4**

Unter dem Titel "Mehrforderung Nr. 8" bleibt somit nur noch über den geltend gemachten Anspruch betreffend die mehrseitig geneigten Balkonoberflächen neu zu entscheiden. Diesbezüglich erwog das Bundesgericht in seinem Urteil vom 20. März 2019, dass der geltend gemachte Mehrpreis von CHF 4.50 pro m<sup>2</sup> ausreichend substan-

- 13 - tiert worden sei. Es wies daher die Sache in diesem Punkt zur neuen Beurteilung zurück (act. 52, E. 5.3.3, E. 5.3.7 und E. 8.). Das Handelsgericht Zürich hat sich bis anhin noch nicht dazu geäußert, ob diesbezüglich überhaupt ein Anspruch auf Mehrvergütung besteht. Es hat diese Frage ausdrücklich offengelassen (act. 44, Erw. II.2.3.4.3.). Nachdem das Bundesgericht nun verbindlich entschieden hat, dass der behauptete Mehrpreis ausreichend substantiiert worden sei, ist nachfolgend zu prüfen, ob sich die Mehrforderung Nr. 8 betreffend die mehrseitig geneigten Balkonoberflächen in der Höhe von CHF 21'541.50 überhaupt als begründet erweist.

#### **E. 2.2.4.1**

Die Klägerinnen behaupten, dass durch die Abgabe der Ausführungspläne eine Bestellungenänderung vorliege. Die Klägerinnen hätten darauf vertraut, dass die Balkon-Obersichten wie ausgeschrieben bis maximal 0.5 % einseitig geneigt hätten ausgeführt werden sollen (act. 1 Rz. 122e). Ein solches Gefälle entspreche den Regeln der Baukunde. Es habe seitens der Klägerinnen keinerlei Anlass gegeben, an den sachverständigen Vorgaben der Bauleitung zu zweifeln (act. 21 Rz. 204). Replicando

verweisen die Klägerinnen auf act. 1 Rz. 122c (act. 21 Rz. 204). Demgemäss stellen sie auf das Leistungsverzeichnis Pos. 722 ab, worin Folgendes festgehalten ist (act. 3/2, Leistungsverzeichnis, S. 66): "722 Beton für Kragplatten liefern, einbauen und verdichten .100 Beton Typ NPK A. Horizontal oder einseitig geneigt bis % 5,0. .102 Plattendicke m 0,21 bis 0,30." Die Beklagte bestreitet, dass den Klägerinnen ein Anspruch für die mehrseitig geneigten Balkonoberflächen zustehe. Sie bringt vor, dass nicht nachvollziehbar sei, weshalb die Klägerinnen darauf hätten vertrauen dürfen, dass die Balkon-Obersichten bis maximal 0.5 % einseitig geneigt hätten ausgeführt werden sollen (act. 10 Rz. 199 ff.).

#### **E. 2.2.4.2**

Dem beklagischen Einwand ist beizupflichten. Es ist nicht nachvollziehbar, wie die Klägerinnen aus der entsprechenden Stelle des Leistungsver-

- 14 - zeichnisses eine Neigung von 0.5 % ableiten wollen, ist doch darin von einer Neigung bis "% 5.0" und nicht von 0.5 % die Rede. Zudem haben die Klägerinnen nicht dargetan, welche abweichenden Regeln der Baukunde inwiefern für sie massgebend gewesen sein sollen. Schliesslich haben sie nicht näher dargetan, welche sachverständlichen Vorgaben ihnen die Bauleitung wann, wie und wo betreffend eine maximale Neigung von 0.5 % gemacht haben sollen. Mithin haben die Klägerinnen nicht dargelegt, aus welchen Gründen sie auf eine Neigung von 0.5 % hätten vertrauen dürfen. Trotz beklagischer Bestreitung haben die Klägerinnen diesbezüglich nichts Näheres und Konkretes ausgeführt. Das Gericht kann und darf hierzu keinerlei Mutmassungen anstellen. Damit ist diesbezüglich die von den Klägerinnen behauptete vereinbarte Leistung ("Bau-Soll") nicht hinreichend substantiiert worden. Im Weiteren ist aber auch die behauptete tatsächliche Leistung ("Bau-Ist") nicht rechtsgenügend dargetan worden. Die Klägerinnen führen nämlich nicht aus, in welchem Neigungswinkel sie die Balkonoberflächen tatsächlich ausgeführt haben. Solche Angaben wären nötig gewesen, um überprüfen zu können (bzw. durch einen gerichtlichen Experten überprüfen lassen zu können), ob und in welcher Höhe ein Mehrpreis, welcher sich aufgrund dieser behaupteten veränderten Neigung der Balkonoberflächen ergeben soll, überhaupt besteht. Ohne diese Angaben kann letztlich daher die geltend gemachte Mehrleistung nicht nachvollzogen werden. Die prozentuale Neigung lässt sich auch der Sammelbeilage (act. 33a/b) nicht entnehmen. Zumal wäre ein solcher pauschaler Verweis auf eine Sammelbeilage – ohne weitere Erläuterungen – ohnehin nicht ausreichend. Auch das pauschale Vorbringen, wonach sich die Abweichung aus einem Vergleich zwischen den Ausschreibungs- und den Ausführungsplänen erbeuge, genügt nicht. Es wäre den Klägerinnen durchaus möglich und zumutbar gewesen, die behauptete tatsächliche Neigung darzutun. Gründe, weshalb sie dies nicht hätte tun können, sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Ein Beweisverfahren (insbesondere die beantragte gerichtliche Expertise zur Überprüfung der geltend gemachten Folgen einer entsprechenden abweichenden Neigung) kann daher nicht durchgeführt werden.

- 15 -

#### **E. 2.2.4.3**

Demnach erweist sich die Mehrforderung betreffend die mehrseitig geneigten Balkonoberflächen in der Höhe von CHF 21'541.50 als unbegründet. Entsprechend kann nach wie vor offen gelassen werden, ob eine Beststellungsänderung vorliegt. Nach dem

Gesagten kann auch kein Beweisverfahren zur Frage, ob es sich bei diesem Mehrpreis von CHF 4.50 pro m<sup>2</sup> um einen üblichen Marktpreis handelt, durchgeführt werden.

### **E. 2.3**

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

#### **E. 2.3.1**

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

#### **E. 2.3.2**

Das Handelsgericht Zürich kam in seinem Beschluss und Urteil vom 29. Juni 2018 (act. 45) zum Schluss, dass es den Klägerinnen nicht gelang, die behauptete "vereinbarte Bedingung", wonach der offerierte Werkpreis von CHF 14'848'800.– an die Bedingung geknüpft gewesen sei, dass mindestens 5'000 m<sup>2</sup> Wand im Mauerwerk BN oder KN anstelle von Beton hätte ausgeführt werden können, hinreichend darzutun (Erw. II.2.3.7.). Das Bundesgericht entschied in seinem Urteil vom 20. März 2019, dass die "Allgemeinen Präzisierungen sowie Angebotsgrundlagen" (act. 3/44) Vertragsbestandteil geworden seien. Entsprechend – so das Bundesgericht – hätten die Klägerinnen darauf vertrauen dürfen, dass sie 5'000 m<sup>2</sup> in Mauerwerk BN oder KN anstelle Betonwand hätten ausführen dürfen. Das Bundesgericht wies daher das Handelsgericht an, über das verlangte Quantitativ (die Klägerinnen verlangten CHF 219'410.95 dafür, dass 5'000 m<sup>2</sup> in Beton statt in Mauerwerk ausgeführt worden seien) ein Beweisverfahren durchzuführen (act. 52, E. 5.5.2 und 5.5.3).

#### **E. 2.3.3**

Zunächst ist festzuhalten, dass die Klägerinnen im geltend gemachten Betrag von CHF 219'410.95 zwei Unterpositionen behaupten, nämlich:

- 16 - - erstens, dass sie 5'000 m<sup>2</sup> in Beton statt in Mauerwerk ausgeführt hätten (CHF 215'161.05), und - zweitens, dass sie die Mauerdicke von 15 cm auf 17.5 cm erhöht hätten (CHF 4'249.90). Das Handelsgericht Zürich hat sich bis anhin nur zur "vereinbarten Bedingung" ("Bau-Soll") und zum geltend gemachten Mehrpreis geäußert. Die Frage, ob überhaupt ein Anspruch auf Mehrvergütung besteht, wurde demgegenüber stets ausdrücklich offen gelassen (act. 39, Erw. II.2.2.3.12.3., und 1/45, Erw. II.2.3.7.5.). Nachdem das Bundesgericht verbindlich festgelegt hat, dass die Klägerinnen darauf hätten vertrauen dürfen, dass sie 5'000 m<sup>2</sup> in Mauerwerk BN oder KN anstelle Betonwand hätten ausführen dürfen, ist folglich zu prüfen, ob sich die Mehrforderung Nr. 15 im geltend gemachten Betrag von CHF 219'410.95 überhaupt als begründet erweist. Zwar hat das Bundesgericht das Handelsgericht Zürich angewiesen, über das Quantitativ ein Beweisverfahren durchzuführen (act. 52, E. 5.5.3). Eine Abklärung des Quantitativs und ein Beweisverfahren über das Quantitativ machen nur dann Sinn, wenn auch die übrigen anspruchsbegründenden Voraussetzungen, welche kumulativ gegeben sein müssen, gegeben sind. Dafür müssen sie zunächst rechtsgenügend behauptet werden. Erforderlich ist insbesondere, dass die Klägerinnen die von ihnen behaupteten Leistungen überhaupt erbracht haben. Hierfür tragen die Klägerinnen die Behauptungs- und Beweislast. Die Beklagte hat das von den Klägerinnen behauptete tatsächliche Ausmass als unsubstantiiert

bestritten (act. 10 Rz. 249). Demnach ist zu prüfen, ob die Klägerinnen ihre geltend gemachten tatsächlichen Leistungen (Ausmass) überhaupt rechtsgenügend behauptet haben, damit Beweis darüber abgenommen werden kann. Hinsichtlich der zweiten Unterposition, betreffend die Behauptung, dass die Klägerinnen die Mauerdicke von 15 cm auf 17.5 cm erhöht hätten, lassen sich dem entsprechenden Urteil des Bundesgerichts (act. 52, E. 5.5.1 ff.) keine Feststellungen entnehmen. Auch diesbezüglich gilt aber, dass sich das Handelsgericht Zürich bis anhin nicht zur Frage geäußert hat, ob überhaupt ein Anspruch auf Mehrvergütung besteht (act. 39, Erw. II.2.2.3.12.3.; act. 45, Erw. II.2.3.7.5.). Damit - 17 - ist auch diesbezüglich vorerst zu prüfen, ob die Klägerinnen sämtliche anspruchsbegründenden Voraussetzungen rechtsgenügend behauptet haben.

#### **E. 2.3.4**

Betreffend die erste Unterposition ("5'000 m<sup>2</sup> in Beton statt in Mauerwerk ausgeführt") ist – wie erwähnt – zu prüfen, ob die Klägerinnen ihre erbrachten tatsächlichen Leistungen in rechtsgenügender Weise behauptet haben.

##### **E. 2.3.4.1**

Zum Beweis der diesbezüglich geltend gemachten tatsächlichen Leistungen ("Bau-Ist") haben die Klägerinnen eine Zusammenstellung "Materialwechsel Betonwände zu Mauerwerk" und die dieser zugrunde liegenden Ausmassstabellen für die MFH 14a, 14b und 18a sowie für das DEFH 2/4 DG (act. 3/45) eingereicht. Die darin aufgeführten Zahlen und Angaben können jedoch für eine genügende Substantiierung der behaupteten tatsächlichen Leistungen nicht ausreichen. Die daraus ersichtlichen Positionen sind nämlich weder eindeutig noch selbsterklärend. Einzig erkennbar ist, dass Leistungen und Masse (Höhen und Längen) dargestellt werden sollen. Es genügt jedoch nicht, dass irgendwelche Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Die aufgelisteten Informationen müssen klar, vollständig und verständlich sein. Es darf kein Interpretationsspielraum bestehen. Die Zusammenstellung und die dieser zugrunde liegenden Ausmassstabellen – welche auch nicht in vollständiger Weise eingereicht wurden (vgl. act. 3/45) – sind aber weder für die Gegenpartei noch das Gericht ohne Erklärung nachvollziehbar. Es lassen sich daraus keine hinreichend verständlichen, konkreten, detaillierten und aussagekräftigen Informationen entnehmen. So werden beispielsweise gewisse Positionen "Betonwand 20 cm zu MBN 17.5 cm" oder "Betonwand 18 cm zu MBN 17.5 cm" aufgeführt und in Abzug gebracht, andere, genau gleich bezeichnete Positionen hingegen nicht. Gründe hierfür gehen daraus nicht hervor und sind ohne entsprechende Ausführungen und Referenzen in den Rechtsschriften nicht nachvollziehbar. Entsprechende Erläuterungen in den Rechtsschriften fehlen. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts oder der Gegenpartei, sich aus diesen Seiten von Ausmasszusammenstellungen Überlegungen anzustellen, weshalb gewisse Positionen in Abzug gebracht wurden, andere hingegen nicht. Sodann bleibt insbesondere unklar, wo welche einzelnen Mengen und Masse verarbeitet bzw. die Ausmasse aufgenommen worden sind. Konkret bleibt un-

- 18 - klar, um welche Räume und Wände es sich handelt. Die Angabe dieser Parameter wäre jedoch notwendig gewesen, damit die Beklagte dazu hätte Stellung nehmen können. Ein substantiiertes Bestreiten ist nicht möglich, da weder den klägerischen Rechtsschriften noch den erwähnten Beilagen hinreichend detaillierte Tatsachenbehauptungen zu den Ausmassen betreffend Betonwand entnommen werden können. Es zählt aber zur Behauptungslast der Klägerinnen, dass sie die Tatsachen, auf welche sie ihre Forderung

stützen, eindeutig bezeichnen. Nur so ist es der Gegenseite möglich, die einzelnen Tatsachen substantiiert zu bestreiten und nur so kann das Gericht über die einzelnen Behauptungen Beweis abnehmen. Ohne entsprechende Erläuterungen ist es dem Gericht und ebenso einem gerichtlichen Experten nicht möglich, die geltend gemachten Ausmasse zu überprüfen. Ebenso wenig kann aus den allfälligen Abweichungen zwischen den Ausschreibungs- und Ausführungsplänen bzw. Werkvertrag inkl. Leistungsverzeichnis – ohne näheren Erläuterungen – etwas Klärendes hierzu abgeleitet werden. In der Offerte und im Leistungsverzeichnis finden sich nur Schätzungen sowie Annahmen, und die Pläne enthalten nur theoretische Masse. Die jeweiligen konkreten Mengen und Masse, und deren Zuordnung auf die verschiedenen Teile, lassen sich auch unter Bezug des Leistungsverzeichnisses nicht ermitteln. Zudem ist es nicht Aufgabe der Gegenpartei und des Gerichts, Informationen aus verschiedenen Dokumenten zusammenzusuchen. Der pauschale Verweis auf all diese Dokumente in der Meinung, der gerichtliche Experte werde dies schon irgendwie herleiten können (act. 1 Rz. 150a), reicht nicht und stellt nach den diesbezüglichen – vom Bundesgericht – aufgestellten zivilprozessualen Grundsätzen keine rechtsgenügende Tatsachenbehauptung dar. Die Klägerinnen können sich auch nicht auf den Standpunkt stellen, dass für die vorliegend geltend gemachte Mehrforderung nur das behauptete Gesamtausmass massgebend wäre. Es muss nämlich sowohl durch die Gegenpartei als auch das Gericht überprüft werden können, ob letztlich tatsächlich 4'198.26 m<sup>2</sup> an Betonwänden anstelle von Mauerwerk ausgeführt wurden. Wie gesehen eignet sich der pauschale Verweis auf die Ausmasstabellen nicht, um das bestrittene tatsächliche

- 19 - Ausmass in genügender Weise zu substantiiieren (vgl. dazu auch SCHMID, Das Verfahren vor Handelsgericht: aktuelle prozessuale Probleme, in: ZZZ 42/2017 S. 129, S. 148-149 m.w.H.). Entsprechend besteht für die Beklagte mit den vorhandenen Informationen auch keine Möglichkeit, das behauptete Gesamtausmass substantiiert bestreiten zu können.

#### **E. 2.3.4.2**

Nach dem Gesagten besteht aufgrund der fehlenden Konkretisierungen ein grosser Interpretationsspielraum, welcher der Beklagten kein konkretes Bestreiten und damit kein sinnvolles Prozessieren erlaubt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018, E. 5.2). Es kann von der Beklagten nicht erwartet werden, die Positionen zu interpretieren bzw. Vermutungen anzustellen. Hätten die Klägerinnen ihre Ausführungen in den Rechtsschriften auf das Notwendigste begrenzen wollen, hätten sie zumindest in den entsprechenden Plänen einzeichnen müssen, wo welches Ausmass aufgenommen worden ist, diese beilegen, darauf verweisen und grundlegende Erläuterungen zu den jeweiligen Parametern in den Rechtsschriften anbringen können. Auch wäre es für die Klägerinnen zumutbar gewesen, das für das entsprechende Mauerwerk benötigte Material mittels Lieferscheinen oder dergleichen zu belegen. Dies haben sie aber nicht getan. Stattdessen begnügten sie sich, mit eigenen von ihnen erstellten Tabellen – im Übrigen im Bestreitungsfall auch ohne genügende Beweiskraft – das tatsächliche Ausmass ungenügend aufzuführen. Irrelevant ist, ob der Beklagten das entsprechende Ausmass bekannt war, muss doch das Fundament der Klage auch dem Gericht dargelegt werden.

#### **E. 2.3.4.3**

Da diese Ausmasstabellen bestritten und nicht selbsterklärend sind, sind die Klägerinnen durch den blossen Verweis darauf ihrer Substantiierungsobligiegenheit nicht

nachgekommen. Diese Urkunden wären zu konkretisieren gewesen. Die Klägerinnen haben es wie ausgeführt unterlassen, die einzelnen Positionen des Ausmasses überhaupt zu erwähnen, geschweige denn diese zu erläutern. Da die Tatsachen, welche mit dem Gutachten bewiesen werden sollen, nicht dargelegt wurden (vgl. BRÖNNIMANN, in: HAUSHEER/WALTER, Berner Kommentar ZPO, Band II, 2012, Art. 152 N. 33; vgl. BGE 127 III 365, E. 2c), lässt sich daher auch das von der Klägerin beantragte "Gutachten zu den durch die Klägerinnen

- 20 - erbrachten Leistungen" nicht erstellen. Auch allfällige Zeugenaussagen vermögen die fehlenden Parteibehauptungen nicht zu ersetzen. Damit fällt ein Beweisverfahren ausser Betracht, zumal ein solches nicht der Vervollständigung ungenügender Parteivorbringen dienen darf. Die diesbezüglich geltend gemachte Mehrforderung in der Höhe von CHF 215'161.05 (brutto, exkl. MwSt.) erweist sich daher als nicht rechtsgenügend begründet.

### **E. 2.3.5**

Betreffend die behauptete zweite Unterposition ("Mauerdicke von 15 cm auf 17.5 cm erhöht") reichen die Klägerinnen zur Darlegung ihrer tatsächlichen Leistungen ("Bau-Ist") die Ausmasstabelle "Materialwechsel MBN 15 cm zu MBN 17.5 cm" (act. 3/46) ins Recht. Auch hier sind die behaupteten tatsächlichen Leistungen weder für die Gegenpartei noch das Gericht ohne Erklärung nachvollziehbar. Es kann daher auf die vorhergehende Erwägung (Erw. II.2.3.4.1. f.) verwiesen werden. Wiederum werden gewisse Positionen aufgeführt und in Abzug gebracht, andere genau gleich bezeichnete Positionen allerdings nicht. Gründe hierfür fehlen auch hier und sind ohne Referenzen sowie Behauptungen oder Erläuterungen in den Rechtsschriften nicht verständlich. Hinzu kommt, dass von den Klägerinnen auch die von ihnen geltend gemachte vereinbarte Leistung ("Bau-Soll") nicht näher ausgeführt wurde, selbst nachdem die Beklagte auch diese Darstellung als unsubstantiiert bestritten hatte (act. 10 Rz. 250). Es ist nicht ersichtlich und wurde auch nicht dargetan, woraus sich die Mauerstärke von 15 cm ergeben soll. Der blosser Verweis auf den Werkvertrag, ohne weitere konkrete Angaben, reicht für eine rechtsgenügende Darlegung nicht aus. Somit haben die Klägerinnen eine Abweichung der vereinbarten zur tatsächlich ausgeführten Leistung nicht hinreichend dargetan. Der diesbezüglich geltend gemachte Betrag von CHF 4'249.90 (brutto, exkl. MwSt.) erweist sich daher ebenfalls als nicht rechtsgenügend begründet.

- 21 -

### **E. 2.3.6**

Demnach erweist sich die gesamte Mehrforderung Nr. 15 in der Höhe von 219'410.95 als unbegründet. Folglich kann wiederum offengelassen werden, ob eine Beststellungsänderung vorliegt.

## **E. 2.4**

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

### **E. 2.4.1**

Verbindliche rechtliche Erwägungen im Urteil des Bundesgerichts Das Bundesgericht hielt fest, dass entscheidend sei, ob es sich bei dieser Zahlung um eine Akontozahlung handle oder nicht. Dies bestimme sich danach, was die Parteien diesbezüglich vereinbart hätten. Es hielt verbindlich fest, dass die Beklagte, die eine Rückzahlung von den Klägerinnen

verlange, die Tatsachen zu beweisen habe, auf die sich ein solcher Rückforderungsanspruch abstütze; nicht die Klägerinnen hätten zu beweisen, dass sie diesen Betrag nicht zurückerstatten müssten. Ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch der Beklagten bestehe dann, wenn eine Akontozahlung vereinbart worden sei (der keine Forderung in entsprechender Höhe entgegenstehe – was von den Klägerinnen zu beweisen wäre); ein bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch bestehe, wenn sie die Zahlung irrtümlich oder unfreiwillig vorgenommen habe (Art. 63 Abs. 1 OR). Da die Beklagte ausgeführt habe, dass sie die Zahlung einzig aus Kulanz geleistet habe, falle eine irrtümlich oder unfreiwillig vorgenommene Zahlung ausser Betracht (erster und zweiter Rückweisungsentscheid). Das Bundesgericht wies dabei auf diverse Stellen in der Klageantwort, der Replik und der Duplik (act. 10 Rz. 41-44; act. 21 Rz. 457; act. 25 Rz. 486) sowie auf die Beweismittel (act. 11/5; act. 11/6; act. 11/20-22) hin. An diese Erwägungen ist das Handelsgericht Zürich nunmehr gebunden.

#### **E. 2.4.2**

Qualifikation der Zahlung

##### **E. 2.4.2.1**

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

##### **E. 2.4.2.2**

Die Beklagte fordert den von ihr am 2. Mai 2011 geleisteten Betrag in

- 22 - der Höhe von CHF 216'000.– (inkl. MwSt.) zurück und stellt diesen zur Verrechnung. Hierzu führt sie aus, dass es sich bei der Zahlung vom 2. Mai 2011 von CHF 200'000.– (exkl. MwSt.) um eine Akontozahlung gehandelt habe. Da in diesem Zeitpunkt noch Akontozahlungen ausstehend seien, sei es für die Beklagte nicht von Bedeutung gewesen, unter welchem Titel die Zahlung erfolgt sei, da sie ohnehin als unpräjudiziell bezeichnet worden sei. Diese Zahlung sei nicht gerechtfertigt gewesen und habe einzig auf Kulanz basiert. Eine Anerkennung der Schuld habe schon deshalb nicht erfolgen können, weil die Beklagte damals gar nicht im Besitze der notwendigen Unterlagen gewesen sei, welche eine Bauablaufstörung aufgezeigt hätten. Die Beklagte habe stets darauf beharrt, dass die Zahlung einzig erfolge, um die Zusammenarbeit nicht zu gefährden. Mit Schreiben vom

##### **E. 2.4.2.3**

Weder aus der Zahlungsanweisung (act. 11/20) noch aus dem Mailverkehr (act. 11/22) noch aus dem Schreiben der Beklagten vom 14. April 2011 (act. 11/6) lässt sich etwas Eindeutiges über den Zweck der Zahlung ableiten. Alleine gestützt auf diese Urkunden vermag die behauptungs- und beweisbelastete Beklagte daher ihre Behauptung, wonach es sich bei der Zahlung um eine Akontozahlung gehandelt habe, nicht zu beweisen. Der Mailverkehr (act. 11/22), aus welchem hervorgeht, dass die genannte Zahlung unter Vorbehalt des Erhalts der vollständigen Unterlagen zur weiteren Beurteilung des Sachverhalts – mithin unpräjudiziell – erfolge, stellt aber zumindest ein Indiz für eine Akontozahlung dar.

- 23 - Demgegenüber wird im von H. \_\_\_\_\_ (damaliger zuständiger Projektleiter der Klägerinnen) verfassten und von ihm unterzeichneten Schreiben vom 6. April 2011 der

Zahlungszweck erwähnt (act. 11/5). Darin steht wörtlich (Hervorhebung durch das Gericht): " Dafür, dass Sie sich bereit erklärt haben für unsere Mehrforderungen eine Akontozahlung in der Höhe von CHF 200'000.00 zu leisten, bedanken wir uns. [...] • Die Zahlung von CHF 200'000.00 betrachten wir als Akontozahlung [...]" Die entsprechende Rechnung und der Mailverkehr war von bzw. mit H.\_\_\_\_\_ verfasst bzw. geführt worden. Auf dieses – von der Beklagten mit der Klageantwort eingereichten – Schreiben vom 6. April 2011 nehmen die Klägerinnen keinerlei Bezug (act. 21 Rz. 457). Daraus geht aber unmissverständlich hervor, dass es der Meinung des für die Klägerin 1 als Hilfsperson agierenden H.\_\_\_\_\_ entsprach, dass es sich bei der Zahlung vom 2. Mai 2011 um eine Akontozahlung handelte. Dies tat er mit dem entsprechenden Schreiben denn auch gegenüber der Beklagten unmissverständlich kund. Die Klägerinnen, welche dieser Auffassung nicht widersprochen haben, müssen sich dies entgegenhalten lassen. Gründe, weshalb H.\_\_\_\_\_ von einer falschen Annahme ausgegangen sein soll, wurden nicht vorgebracht (die Klägerinnen äusserten sich hierzu überhaupt nicht) und sind auch nicht ersichtlich. Hinzu kommt, dass es gerade für einen Projektleiter wie H.\_\_\_\_\_ mit den hierfür notwendigen Erfahrungen ohne Weiteres klar sein musste, was der Begriff Akontozahlung bedeutet. Nach dem Gesagten ist – in Würdigung aller vorhandenen Beweismittel – von einem natürlichen Konsens auszugehen, dass es sich bei der Zahlung von CHF 200'000.– um eine Akontozahlung handelte. Daran vermag auch die in der Rechnung vom 23. März 2011 enthaltene Bezeichnung "gestörter Bauablauf" nichts zu ändern, da – wie erwähnt – die genannte Zahlung unter Vorbehalt geleistet wurde. Ein Beweisverfahren (bezüglich der von den Parteien angeführten Zeugen in der Aufzählung am Schluss des ganzen diesbezüglichen Tatsachenvortrags) kann unterbleiben, zumal ohnehin auch nicht ersichtlich ist und von den Klägerinnen auch nicht vorgebracht wurde, ob und inwiefern die entsprechenden

- 24 - Personen – neben H.\_\_\_\_\_ – an der diesbezüglichen Vereinbarung über die Zahlung bzw. Zahlungsart überhaupt beteiligt waren. Aufgrund dessen ist erwiesen, dass die damals Verantwortlichen, mithin die Parteien, eine Akontozahlung vereinbart haben. Folglich ist der Beweis erbracht, dass es sich bei der Zahlung der Beklagten von CHF 216'000.– (inkl. MwSt.) um eine Akontozahlung handelte.

#### **E. 2.4.2.4**

Zum gleichen Ergebnis führt die Ermittlung des normativen Konsenses. So sind Willenserklärungen nach dem Vertrauensgrundsatz so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten (BGE 143 III 157, E. 1.2.2). Dabei ist der Wortlaut nicht allein ausschlaggebend. Zu berücksichtigen sind etwa auch die Umstände, unter denen die Erklärungen abgegeben wurden, und insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 138 III 659, E. 4.2.1). Wie die Beklagte zurecht geltend macht, waren basierend auf dem Werkvertrag Akontozahlungen vereinbart worden (act. 10 Rz. 292). Die Beklagte konnte und durfte daher annehmen, dass es sich auch bei der in Frage stehenden Zahlung um eine solche Akontozahlung gehandelt hat. Selbst H.\_\_\_\_\_ (damaliger zuständiger Projektleiter der Klägerinnen) ging – wie erwähnt – von einer entsprechenden Akontozahlung aus und tat dies gegenüber der Beklagten ausdrücklich so kund. Die in der Rechnung vom 23. März 2011 enthaltene Bezeichnung "gestörter Bauablauf" vermag daran nichts zu ändern. Wie erwähnt geht aus dem Mailverkehr (act. 11/22) nämlich hervor, dass

die genannte Zahlung unter Vorbehalt des Erhalts der vollständigen Unterlagen zur weiteren Beurteilung des Sachverhalts – mithin unpräjudiziell – erfolgte. Der beklagte Einwand, es sei der Beklagten egal gewesen, unter welchem Titel die entsprechende Zahlung erfolge, ist daher durchaus nachvollziehbar. Nachdem rechtskräftig beurteilt wurde, dass sich die geltend gemachten Mehrforderungen zufolge Bauablaufstörungen allesamt als unbegründet erweisen (vgl.

- 25 - act. 44 und act. 52), besteht für eine diesbezügliche Zahlung im Übrigen ohnehin keine Berechtigung.

### **E. 2.4.3**

**Rückforderungsanspruch** Da es sich bei der erbrachten Leistung von CHF 216'000.– (inkl. MwSt.) somit um eine Akontozahlung – unter Vorbehalt einer späteren Abrechnung – handelt, ist der Rückforderungsanspruch der zu viel geleisteten Akontozahlungen vertraglicher Natur (BGE 130 III 504, E. 6.4; BGE 126 III 119, E. 3d). Da die Klägerinnen auch nicht geltend machen, dass die Zahlung zur Begleichung einer konkreten anderen Schuld erfolgte (vgl. auch Art. 86 f OR), kann die Zahlung folglich zur Verrechnung gestellt werden. 3. Ergebnis Angesichts der bereits mit Urteil vom 31. Januar 2017 des Handelsgerichts Zürich rechtskräftig beurteilten sowie der vorstehend (neu) beurteilten Ansprüchen steht den Klägerinnen aufgrund von anerkannten Ansprüchen hinsichtlich der geltend gemachten Zusatzleistungen eine Forderung in der Höhe von CHF 168'009.35 (inkl. MwSt.) sowie aus der Restpauschale eine solche in der Höhe von CHF 657'790.20 (inkl. MwSt.) zu. Insgesamt besteht damit (nach wie vor) eine Gesamtforderung in der Höhe von CHF 825'799.55 (inkl. MwSt.). Dieser steht jedoch (unverändert) eine Verrechnungsforderung der Beklagten in der Höhe von CHF 256'684.90 (inkl. MwSt.) gegenüber. Da es sich sowohl bei der begründeten Forderung der Klägerinnen als auch bei der Gegenforderung der Beklagten um geldwerte Forderungen handelt (gleichartig), die zwischen denselben Parteien bestehen (gegenseitig), und da zudem die beidseitigen Forderungen fällig sind, sind vorliegend die Voraussetzungen der Verrechnung gemäss Art. 120 OR ohne Weiteres erfüllt. Im Umfang der Gegenforderung ist die begründete Forderung der Klägerinnen daher infolge der erklärten Verrechnung erloschen. Demgemäss verbleibt ein Betrag zugunsten der Klägerinnen in der Höhe von CHF 569'114.65 (inkl. MwSt.). Da ihr dieser zuzüglich 5 % Zins seit 28. April 2012 bereits gemäss insoweit rechtskräftigem Urteil vom 31. Januar 2017 des Han-

- 26 - delsgerichts Zürich zugesprochen wurde, ist die Klage wiederum im Mehrbetrag abzuweisen. 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen 4.1. Gerichtsgebühr Mit Urteil vom 31. Januar 2017 des Handelsgerichts Zürich wurde die Gerichtsgebühr auf CHF 115'000.– festgesetzt (Dispositiv-Ziffer 2). Grundlage hierfür war ein Streitwert von CHF 5'573'886.61 (inkl. MwSt.). Das Bundesgericht hob die entsprechende Dispositiv-Ziffer 2 nicht auf, weshalb darüber rechtskräftig entschieden wurde. Da die Klägerinnen (nach wie vor) zu 9/10 unterliegen, sind ihnen die Kosten in diesem Umfang unter solidarischer Haftung aufzuerlegen. Im übrigen Umfang von 1/10 sind die Kosten der Beklagten aufzuerlegen. Die Kosten sind – soweit möglich – aus dem von den Klägerinnen geleisteten Vorschuss zu beziehen. Der Fehlbetrag ist von den Parteien im Verhältnis der ihnen auferlegten Kosten nachzufordern (Art. 111 Abs. 1 ZPO). 4.2. Parteientschädigung Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Vorliegend ist vom selben Streitwert

auszugehen, welcher der Gerichtsgebühr zugrunde lag. Bei diesem Streitwert von CHF 5'573'886.61 beträgt die Grundgebühr rund CHF 73'000.–. Sie ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlung und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Bei der Festsetzung der Parteientschädigung ist vorliegend zu berücksichtigen, dass eine Vergleichsverhandlung durchgeführt, eine zweite Rechtsschrift (Replik bzw. Duplik) sowie je eine Stellungnahme verfasst wurde, und es sich um einen auf-

- 27 - wendigen Fall handelt. Dies führt in Anwendung von §§ 4 und 11 AnwGebV zu einer Parteientschädigung in der Höhe von CHF 110'000.– pro Parteiseite. Da die Beklagte zu 9/10 obsiegt, ist ihr – in Verrechnung des den Klägerinnen a und b zuzusprechenden Anteils von 1/10 – eine reduzierte Parteientschädigung von 8/10, d.h. CHF 88'000.–, zuzusprechen. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5.; ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.). Vorliegend verlangt die Beklagte eine Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer (act. 10 S. 2), behauptet aber keine für die Zuspreehung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände. Daher ist der Beklagten die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen. Das Handelsgericht beschliesst:

## **E. 6**

April 2011 (act. 11/5) hätten die Klägerinnen bestätigt, dass sich die Beklagte im Zusammenhang mit Mehrvergütungsansprüchen zur Bezahlung von CHF 200'000.– bereit erklärt habe (act. 10 Rz. 494). Die Klägerinnen bringen dagegen vor, dass es sich bei der geleisteten Zahlung um eine Abschlags- und nicht um eine Akontozahlung gehandelt habe. Die Rechnung sei als normale Rechnung und nicht etwa als Akontorechnung gestellt worden. Die Rechnung vom 23. März 2011 sei unter dem Titel "gestörter Bauablauf" fakturiert worden und Proteste durch die Beklagte seien nicht erfolgt. Die Argumente der Beklagten, sie habe die Rechnung einzig aus Kulanz bzw. ohne Präjudiz bezahlt, seien unzutreffend und weder in der Zahlungsanweisung (act. 11/20) noch im Mailverkehr (act. 11/22) belegt (act. 21 Rz. 457).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.