

Tribunal fédéral – 4A\_539/2022

1<sup>ère</sup> Cour de droit civil

Arrêt du 5 avril 2023

Bundesgericht – 4A\_539/2022

I. zivilrechtliche Abteilung

Urteil vom 5. April 2023

Contrat d'entreprise

Werkvertrag



Exception d'inexécution ;  
cession des droits de  
garantie ; retenue et sûreté  
après la remise de l'ouvrage ;  
prix forfaitaire ; maxime des  
débat et principe de  
l'allégation

Leistungsverweigerungsrecht ;  
Abtretung von  
Gewährleistungsansprüchen ;  
Rückbehaltungs und  
Sicherheitsleistungsrecht bei  
Übergabe des Werkes ;  
Pauschalpreis ;  
Verhandlungsmaxime und  
Behauptungsprinzip

Art. 82, 164 ss CO ;  
149 ss, 181 Norme SIA ;  
55 CPC

Art. 82, 164 ff. OR ;  
149 ff., 181 SIA-Norm  
55 ZPO

**Exception d'inexécution** (art. 82 CO) – Rappel des principes. Si l'exception soulevée est justifiée, le juge protège l'action en ce sens qu'il condamne le débiteur à la prestation « trait pour trait », c'est-à-dire à une obligation sous condition suspensive. Le droit de refuser une prestation présuppose toutefois que les prestations réciproques se trouvent dans un rapport d'échange. En règle générale, un tel rapport n'existe qu'entre les obligations de prestations principales, mais pas en ce qui concerne les obligations de prestations accessoires. Exceptionnellement, l'application de l'art. 82 CO est toutefois envisageable en ce qui concerne les obligations accessoires, notamment lorsque la prestation principale serait pratiquement sans valeur en cas de non-exécution de l'obligation de prestation accessoire. Il appartient en premier lieu aux parties de décider si la prestation accessoire revêt une importance telle qu'elle se trouve dans un rapport d'échange avec la prestation principale (consid. 2.2).

En l'espèce, le maître de l'ouvrage ne parvient pas à démontrer que la transmission des garanties serait une obligation principale qui devrait être dans un rapport d'échange synallagmatique avec le paiement du prix de l'ouvrage (consid. 2.3.3.3). De plus, les droits de garantie ont été valablement cédés, selon la convention d'exécution, dès réception de l'ouvrage. Dans le cadre d'une cession de créance, les droits préférentiels et accessoires sont transférés avec la créance, à l'exception de ceux qui sont indissociablement liés à la personne du cédant (art. 170 al. 1 CO). Seule une promesse de garantie indépendante faite au cédant selon l'art. 111 CO n'est pas couverte sans autre par l'effet de la cession (consid. 2.3.3.2).

**Retenue et sûreté après la remise de l'ouvrage** (art. 149 ss et 181 Norme SIA 118) – Selon l'art. 181 al. 1 Norme SIA 118, la garantie à fournir avant le versement de la retenue existe de manière générale pour les défauts signalés lors du contrôle commun ou pendant le délai de réclamation, indépendamment du fait que l'entrepreneur ait fourni ses prestations lui-même ou par l'intermédiaire de sous-traitants. Ces derniers sont des auxiliaires d'exécution dont l'entrepreneur principal est responsable du travail défectueux.

En l'espèce, les parties ont toutefois prévu une cession des droits de garantie à la date convenue ainsi qu'une libération totale de l'entrepreneur de toutes ses obligations envers le maître d'ouvrage pour la fourniture de prestations relatives au projet. Par conséquent, il n'existe plus de droit à la

garantie et aucune retenue ne se justifie (consid. 2.3.4.2).

**Prix forfaitaire** – En l'occurrence, les parties ont modifié le contrat initial et fixé un prix au forfait dans un nouvel accord, près d'un an après la remise de l'ouvrage. Dans ce contexte, faute de preuve contraire, il faut retenir que le prix forfaitaire comprenait les réductions du prix dues en raison du défaut de l'aménagement intérieur de certains appartements. C'est en particulier le cas, lorsque l'accord sur prix forfaitaire visait précisément à éviter un décompte compliqué (consid. 3.3).

**Leistungsverweigerungsrecht** (Art. 82 OR) – Wiederholung der Grundsätze. Ist die erhobene Einrede berechtigt, schützt der Richter die Klage in dem Sinne, dass er den Schuldner zur Leistung « Zug um Zug » verurteilt, d.h. zu einer Verpflichtung unter einer aufschiebenden Bedingung. Das Recht, eine Leistung zu verweigern, setzt jedoch voraus, dass die gegenseitigen Leistungen in einem Austauschverhältnis zueinander stehen. Ein solches Verhältnis besteht in der Regel nur zwischen Hauptleistungspflichten, nicht aber in Bezug auf Nebenleistungspflichten. Ausnahmsweise ist die Anwendung von Art. 82 OR jedoch auch in Bezug auf Nebenleistungspflichten denkbar, nämlich dann, wenn die Hauptleistung bei Nichterfüllung der Nebenleistungspflicht praktisch wertlos wäre. In erster Linie müssen die Parteien entscheiden, ob die Nebenleistung so wichtig ist, dass sie in einem Austauschverhältnis mit der Hauptleistung steht (E. 2.2).

Im vorliegenden Fall gelingt dem Bauherrn den Beweis nicht, dass die Übertragung der Sicherheiten eine Hauptpflicht wäre, die in einem synallagmatischen Austauschverhältnis mit der Zahlung des Baupreises stehen müsste (E. 2.3.3). Zudem wurden die Gewährleistungsrechte gemäss Ausführungsvertrag rechtsgültig abgetreten, sobald das Werk abgenommen wurde. Bei einer Forderungsabtretung werden die Vorzugs- und Nebenrechte mit der Forderung übertragen, mit Ausnahme derjenigen, die untrennbar mit der Person des Zedenten verbunden sind (Art. 170 Abs 1 OR). Lediglich ein selbständiges Garantieverprechen an den Zedenten nach Art. 111 OR wird nicht ohne weiteres von der Wirkung der Abtretung erfasst (E. 2.3.3.2).

**Rückbehaltungsrecht und Sicherheitsleistung nach Übergabe des Werkes** (Art.149ff. und 181 SIA-Norm 118) – Gemäss Art. 181 Abs. 1 SIA-Norm 118 besteht die vor der Auszahlung des Rückhalts zu leistende Sicherheit generell für Mängel, die bei der gemeinsamen Kontrolle oder während der Rügefrist gerügt werden, unabhängig davon, ob der Unternehmer seine Leistungen selbst oder durch Subunternehmer erbracht hat. Letztere sind Erfüllungsgehilfen, für deren mangelhafte Arbeit der Hauptunternehmer haftet.

Im vorliegenden Fall haben die Parteien jedoch eine Abtretung der Gewährleistungsrechte zum vereinbarten Zeitpunkt sowie eine vollständige Befreiung des Unternehmers von allen Verpflichtungen gegenüber dem Bauherrn für die Erbringung von Leistungen im Zusammenhang mit dem Projekt vorgesehen. Folglich besteht kein Garantieanspruch mehr und ein Rückbehalt ist nicht gerechtfertigt (E. 2.3.4.2).

**Pauschalpreis** – Im vorliegenden Fall änderten die Parteien den ursprünglichen Vertrag und legten in einer neuen Vereinbarung, fast ein Jahr nach der Übergabe des Werkes, einen Pauschalpreis fest. In diesem Zusammenhang ist mangels Gegenbeweises davon auszugehen, dass der Pauschalpreis die Preisminderungen beinhaltet, die aufgrund der mangelhaften Innenausstattung einiger Wohnungen geschuldet waren. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Pauschalpreisvereinbarung gerade darauf abzielte, eine komplizierte Abrechnung zu vermeiden (E. 3.3).

Besetzung  
Bundesrichterin Jametti, Präsidentin,  
Bundesrichterin Kiss,  
Bundesrichter Rüedi,  
Gerichtsschreiber Luczak.

Verfahrensbeteiligte

1. A.A. AG,
2. B.A. AG,

Beschwerdeführerinnen,

*gegen*

B. AG,  
vertreten durch Rechtsanwalt Simon Kohler,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Werkvertrag,

Beschwerde gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 24. Oktober 2022 (HG200252-O).

### **Sachverhalt:**

#### **A.**

Die A.A. AG und die B.A. AG (Bestellerinnen, Beschwerdeführerinnen) als einfache Gesellschaft und die Rechtsvorgängerin der B. AG (vormals C. AG; Unternehmerin, Beschwerdegegnerin) schlossen am 28. Mai 2013 einen Werkvertrag über die Erstellung einer Wohnüberbauung. Nach Unstimmigkeiten trafen die Parteien am 22. Mai 2015 eine Vereinbarung über den weiteren Vollzug des Projekts (Vollzugsvereinbarung). Diese sah unter anderem vor, dass die Unternehmerin die ihr gegenüber Subunternehmern und Lieferanten zustehenden Mängelrechte an die Bestellerinnen abtrat. Am 2. Februar 2016 schlossen die Parteien schliesslich eine Pauschalierungsvereinbarung betreffend die Leistungen der Unternehmerin.

#### **B.**

Mit Eingabe vom 14. Dezember 2020 (Datum Poststempel) verlangte die Unternehmerin vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich von den Bestellerinnen Fr. 500'000.-- ausstehenden Werklohn nebst Zins. Diese stellten nicht in Abrede, dass von der Schlusszahlung noch Fr. 500'000.-- offen sind. Sie bestritten aber eine Zahlungspflicht, weil die Wohnüberbauung nie abgenommen worden und die Schlusszahlung daher nicht fällig sei und weil die Unternehmerin ihre vertraglichen Pflichten zur Abtretung von Gewährleistungsrechten nicht erfüllt habe. Überdies stellten sie der klägerischen Werklohnforderung verrechnungsweise Gegenforderungen gegenüber. Unter anderem machten sie vertragliche Ansprüche aus Minderkosten wegen nicht ausgebauter Wohnungen geltend. Das Handelsgericht hiess die Klage am 24. Oktober 2022 gut und verpflichtete die Bestellerinnen unter solidarischer Haftung, der Unternehmerin Fr. 500'000.-- nebst Zins zu 5 % seit 3. September 2019 zu bezahlen.

#### **C.**

Die Bestellerinnen beantragen mit Beschwerde in Zivilsachen, das handelsgerichtliche Urteil sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurückzuweisen. Ihr Gesuch, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu gewähren, wies das Bundesgericht mit Präsidialverfügung vom 27. Dezember 2022 ab. Die Beschwerdegegnerin trägt auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde an, während das Handelsgericht auf eine Vernehmlassung verzichtet.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

Die Beschwerde betrifft eine Zivilsache (Art. 72 BGG), sie richtet sich gegen den Endentscheid (Art. 90 BGG) eines oberen kantonalen Gerichts, das als Fachgericht in handelsrechtlichen Streitigkeiten entschieden hat (Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG). Es besteht kein Streitwerterfordernis (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG). Die Beschwerdefrist ist gewahrt (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 BGG). Die übrigen Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

**1.1.** Das Bundesgericht wendet das Recht von Amts wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Mit Blick auf die allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist jedenfalls nicht gehalten, wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese nicht mehr vorgetragen werden (**BGE 142 III 364** E. 2.4; **140 III 86** E. 2, 115 E. 2; je mit Hinweisen).

**1.2.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vorinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (**BGE 140 III 16** E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Offensichtlich unrichtig bedeutet dabei willkürlich (**BGE 143 IV 241** E. 2.3.1; **140 III 115** E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht hebt einen Entscheid wegen Mängeln bei der Feststellung des Sachverhalts nur auf, wenn er nicht bloss in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist (**BGE 144 I 113** E. 7.1; **141 III 564** E. 4.1; **129 I 8** E. 2.1; je mit Hinweisen). Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (**BGE 140 III 264** E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen (**BGE 140 III 16** E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (**BGE 140 III 86** E. 2 S. 90). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (**BGE 140 III 16** E. 1.3.1 S. 18).

**1.3.** Für das Zustandekommen und die Auslegung einer Vereinbarung ist zunächst massgebend, was die Parteien tatsächlich übereinstimmend gewollt haben. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang (**BGE 144 III 93** E. 5.2.2; **138 III 659** E. 4.2.1; **137 III 145** E. 3.2.1).

Wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (**BGE 148 III 57** E. 2.2.1 S. 62; **138 III 659** E. 4.2.1; **123 III 165** E. 3a). Ein objektivierter und damit rechtlicher Konsens bedeutet nicht zwingend, dass die sich äussernde Partei tatsächlich den inneren Willen hatte, sich zu binden; es reicht, wenn die andere Partei aufgrund des objektiv verstandenen Sinns der Erklärung oder des Verhaltens nach Treu und Glauben annehmen konnte, die sich äussernde Partei habe einen Rechtsbindungswillen (**BGE 144 III 93** E. 5.2.3 S. 99 mit Hinweis). Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Gerichts über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG; **BGE 148 III 57** E. 2.2.1 S. 62; **144 III 93** E. 5.2.3; je mit Hinweisen).

## 2.

Die Beschwerdeführerinnen machen zunächst geltend, sie seien gestützt auf Art. 82 OR und Art. 152 i.V.m. Art. 181 SIA-Norm 118 berechtigt, die eingeklagten Fr. 500'000.-- zurückzubehalten, solange die Beschwerdegegnerin ihnen nicht die Garantien oder Bürgschaften der Subunternehmer überträgt.

**2.1.** Die Vorinstanz verwies auf Ziffer 10 der Vollzugsvereinbarung. Darin ist vereinbart, dass die Beschwerdegegnerin mit Abnahme der Wohnüberbauung sämtliche Gewährleistungsrechte aus ihren Werkverträgen mit Subakkordanten an die Beschwerdeführerinnen abtritt. Die Abtretung erfolge bereits anteilig und vorgezogen für die Abnahme einzelner Stockwerkeigentumseinheiten.

Die Vorinstanz erwog, die Vollzugsvereinbarung spreche von der Abtretung von Gewährleistungsrechten. Unter Gewährleistungsrechten verstehe man gemeinhin die Mängelrechte des Bestellers gemäss Art. 368 OR und Art. 169 sowie 171 SIA-Norm 118. Hingegen stellten die Bestimmungen in Art. 181 SIA-Norm 118 über die Sicherheitsleistung durch den Unternehmer keine eigentlichen Gewährleistungsrechte dar. Damit würden die Gewährleistungsrechte nur sichergestellt. Daher ergebe sich aus dem Wortlaut der Vollzugsvereinbarung keine Pflicht der Beschwerdegegnerin, Sicherheitsleistungen auf die Beschwerdeführerinnen zu übertragen. Daran ändere nichts, dass die Beschwerdegegnerin in einzelnen Fällen Rechte aus den Werkgarantien abgetreten habe. Auch eine Pflicht der Beschwerdegegnerin zur Einholung von Sicherheiten ergebe sich weder aus der Vollzugsvereinbarung noch aus dem Werkvertrag noch aus der SIA-Norm 118. Aus Art. 181 SIA-Norm 118 folge zwar eine Pflicht der Beschwerdegegnerin zur Sicherheitsleistung gegenüber den Beschwerdeführerinnen, nicht jedoch eine Pflicht zur Einholung von Sicherheiten bei ihren Subunternehmern. Eine solche Pflicht ergebe sich auch nicht in Verbindung mit Art. 29 Abs. 4 SIA-Norm 118. Diese Bestimmung verpflichte den Generalunternehmer in allgemeiner Weise zur Koordination der Subunternehmerwerkverträge mit dem Hauptwerkvertrag. Darüber hinausgehende spezifische Pflichten liessen sich daraus nicht ableiten. Ein anderes übereinstimmendes tatsächliches Verständnis der Parteien hätten die Beschwerdeführerinnen weder behauptet noch bewiesen.

**2.2.** Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den anderen zur Erfüllung anhalten will, muss nach Art. 82 OR entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrags erst später zu erfüllen hat.

Art. 82 OR gewährt dem Schuldner eine aufschiebende Einrede mit der Wirkung, dass er die geforderte Leistung bis zur Erbringung oder Anbietung der Gegenleistung zurückhalten darf. Der Gläubiger kann sich begnügen, auf vorbehaltlose Leistung zu klagen. Es obliegt dem Schuldner, die Einrede zu erheben (**BGE 127 III 199** E. 3a; **123 III 16** E. 2b). Ist die Einrede berechtigt, hat der Gläubiger also die Leistung weder erbracht noch angeboten, so schützt das Gericht die Klage in dem Sinne, dass es den Schuldner zur Leistung Zug um Zug, das heisst zu einer aufschiebend bedingten Verpflichtung verurteilt. Der Kläger braucht die Verurteilung des Beklagten zur Leistung Zug um Zug nicht zu verlangen. Das Gericht erlässt ein dahingehendes Urteil auf Einrede des Beklagten nach Art. 82 OR (**BGE 127 III 199** E. 3a; **111 II 463** E. 3 S. 467). Das Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR ist nicht von Amts wegen zu berücksichtigen (**BGE 76 II 298** E. 3; Urteil 4A\_262/2021 vom 30. September 2021 E. 5.1).

Erhebt der Schuldner die Einrede, ist es am Gläubiger zu beweisen, dass er seine eigene Leistung erbracht oder gehörig angeboten hat (**BGE 123 III 16** E. 2b; **79 II 277** E. 2 S. 279; **76 II 298** E. 3 S. 299). Art. 82 OR weicht vom Prinzip ab, wonach den Beweisbelasteten auch die (objektive) Behauptungslast trifft. Der Schuldner hat nämlich zu behaupten, dass der Gläubiger die Leistung weder erbracht noch gehörig angeboten hat, und dieser hat anschliessend zu beweisen, dass er seine Leistung erfüllt oder gehörig angeboten hat (FABIENNE HOHL, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Aufl. 2021, N. 11 zu Art. 82 OR). Hingegen führt Art. 82 OR zu keiner Umkehr der Beweislast. Die allgemeine Regel von Art. 8 ZGB gilt: Es obliegt zunächst dem Gläubiger, der seine Forderung durchsetzen will, die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, die den Bestand seiner Forderung feststellen lassen. Der Schuldner, welcher die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhebt, hat den

Bestand seiner Gegenforderung zu beweisen. Es obliegt anschliessend dem Gläubiger, die Erfüllung oder das gehörige Angebot seiner eigenen Leistung nachzuweisen, was auch bedeutet, dass er die Folgen der Beweislosigkeit trägt (HOHL, a.a.O., N. 11 zu Art. 82 OR; zit. Urteil 4A\_262/2021 E. 5.2 mit Hinweisen).

Das Leistungsverweigerungsrecht setzt allerdings voraus, dass die gegenseitigen Leistungen in einem Austauschverhältnis stehen. In der Regel besteht ein solches nur zwischen den Hauptleistungspflichten, nicht jedoch in Hinblick auf die Nebenleistungspflichten (Urteil 5P.69/2004 vom 14. April 2004 E. 4.1; vgl. auch **BGE 122 IV 322** E. 3b; **107 II 411** E. 1 S. 413). Ausnahmsweise ist die Anwendung von Art. 82 OR aber auch im Hinblick auf Nebenleistungspflichten denkbar (Urteile 4A\_308/2012 vom 11. Oktober 2012 E. 2.5; 5A\_367/2007 vom 15. Oktober 2007 E. 3.2; 4C.217/2002 vom 24. Juni 2003 E. 3.1; je mit Hinweisen), namentlich wenn die Hauptleistung bei Nichterfüllung der Nebenleistungspflicht praktisch wertlos wäre (zit. Urteil 5A\_367/2007 E. 3.2; SCHROETER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 26 zu Art. 82 OR; WEBER, Berner Kommentar, 2. Aufl. 2005, N. 91 zu Art. 82 OR; je mit Hinweisen). Gegen die Annahme eines Austauschverhältnisses spricht sich ein Teil der Lehre bei den sog. primären Nebenpflichten aus (z.B. Mitteilungspflichten, selbstständige Unterlassungspflichten, Verschaffungspflichten), die selbstständig eingeklagt werden können (WEBER, a.a.O., N. 91 zu Art. 82 OR; SCHRANER, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2000, N. 65 zu Art. 82 OR; je mit Hinweisen; kritisch: SCHROETER, a.a.O., N. 26 zu Art. 82 OR). Es ist in erster Linie an den Parteien zu entscheiden, ob die Nebenleistung einen solchen Stellenwert hat, dass sie zur Hauptleistung in einem Austauschverhältnis steht (zit. Urteile 4A\_308/2012 E. 2.5; 4C.217/2002 E. 3.1; SCHROETER, a.a.O., N. 26 zu Art. 82 OR; WEBER, a.a.O., N. 81 und 91 zu Art. 82 OR; SCHRANER, a.a.O., N. 65 zu Art. 82 OR).

### **2.3. Die Rügen der Beschwerdeführerinnen dringen nicht durch.**

**2.3.1.** Die Vorinstanz gelangt nach eingehender Würdigung der Sach- und Rechtslage zum Schluss, dass die Wohnüberbauung spätestens Ende Juni 2017 abgenommen wurde. Mit diesen Erwägungen setzen sich die Beschwerdeführerinnen nicht hinreichend auseinander.

**2.3.2.** Die Beschwerdeführerinnen machten bereits vor Vorinstanz geltend, dass spezifische Abtretungserklärungen erforderlich gewesen wären. Diesen Einwand widerlegte die Vorinstanz, indem sie ausführte, in Ziffer 10 der Vollzugsvereinbarung hätten die Parteien festgehalten, dass die Beschwerdegegnerin sämtliche Gewährleistungsrechte an die Beschwerdeführerinnen abtritt. Die gewählte Formulierung werde gemeinhin im Sinne einer Abtretungserklärung verstanden, welche ohne weitere Handlungen gültig sei. Dies schloss die Vorinstanz auch aus der Systematik der Vollzugsvereinbarung. Sie hielt fest, als Zeitpunkt der Abtretung werde die Abnahme der Wohnüberbauung definiert. Zudem regle die Vollzugsvereinbarung den Fall, dass die Gewährleistungsrechte nicht abtretbar seien. Für diese Situation werde der Beschwerdegegnerin eine Vollmacht für die stellvertretende Wahrnehmung dieser Rechte erteilt. Überdies werde festgehalten, dass die Beschwerdegegnerin ab dem Moment der Abnahme der Wohnüberbauung von allen Gewährleistungspflichten freigestellt werde, die aus den Subkontrakten fliessen. Ziffer 10 der Vollzugsvereinbarung sei daher als Abtretungserklärung zu verstehen und nicht als blosser Verpflichtung zur Abgabe einer Abtretungserklärung. Ein anderes, tatsächliches übereinstimmendes Verständnis der Parteien werde von den Beschwerdeführerinnen weder behauptet noch bewiesen. Im Sinne einer Eventualbegründung ergänzte die Vorinstanz, selbst wenn man von einer Pflicht der Beschwerdegegnerin zur Übertragung von Sicherheiten von Subunternehmern auf die Beschwerdeführerinnen ausginge, scheitere der Anspruch an ungenügender Substanziierung. Die Beschwerdeführerinnen hätten sich nicht dazu geäussert, welche Sicherheiten welcher Subunternehmer die Beschwerdegegnerin konkret hätte einfordern und auf die Beschwerdeführerinnen übertragen müssen.

**2.3.3.** Wenn die Beschwerdeführerinnen vorbringen, es habe "ganz offensichtlich" dem übereinstimmenden Parteiwillen entsprochen, dass die Gewährleistungsrechte nicht bereits mit der Unterzeichnung der Vollzugsvereinbarung abgetreten wurden, dann genügen sie den Begründungsanforderungen nicht.

**2.3.3.1.** Der Zeitpunkt der Abtretung ist vertraglich definiert worden (vgl. E. 2.3.2 hiavor). Die Beschwerdeführerinnen behaupten zwar, die Abnahme sei noch nicht erfolgt, allerdings ohne sich hinreichend mit den entgegengesetzten Ausführungen im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen (vgl. E. 2.3.1 hiavor). Die Vorinstanz legt überzeugend dar, weshalb sie davon ausgeht, dass die Vollzugsvereinbarung bereits das Verfügungsgeschäft enthielt.

**2.3.3.2.** Hingegen erschliesst sich nicht, weshalb es einer "physischen Übergabe" der konkreten Sicherheiten wie Garantien und Bürgschaften bedurft hätte, wie die Beschwerdeführerinnen vorbringen.

Im Rahmen einer Abtretung gehen mit der Forderung die Vorzugs- und Nebenrechte über, mit Ausnahme derer, die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind (Art. 170 Abs. 1 OR). Unter "Nebenrechten" nach Art. 170 Abs. 1 OR sind auch akzessorische, der Sicherung der Forderung dienende Rechte zu verstehen, wie etwa Pfandrechte (**BGE 135 III 378** E. 2.3 S. 382; **105 II 183** E. 4 S. 187) oder Rechte aus Bürgschaften (**BGE 78 II 57** S. 59; vgl. zum Ganzen GIRSBERGER/HERMANN, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 8 zu Art. 170 OR mit Hinweisen). Nur ein gegenüber dem Zedenten abgegebenes selbstständiges Garantieverprechen nach Art. 111 OR wird von der Zessionswirkung nicht ohne Weiteres erfasst (**BGE 80 II 109** E. 4 S. 116; **53 II 111** E. 3 S. 116 f.; GIRSBERGER/HERMANN, a.a.O., N. 8 zu Art. 170 OR mit Hinweisen), so dass eine spezielle Abtretung notwendig werden kann (**BGE 80 II 109** E. 4 S. 116; **53 II 111** E. 3 S. 116). Einer physischen Übergabe zur Geltendmachung der Sicherungsrechte bedarf es aber nicht zwingend (vgl. **BGE 80 II 109** E. 2 S. 114).

Eine hinreichende Substanziierung zur Art der geleisteten Sicherheiten wäre damit notwendig, um zu entscheiden, welche Rechte ohne Weiteres auf die Beschwerdeführerinnen übergehen. Diese stellen zwar in Abrede, dass sie zu wenig substanziiert dargelegt hätten, welche Garantien welcher Subunternehmer denn genau hätten übergeben werden müssen. Sie hätten geltend gemacht, ihnen sei eine mit Garantiekontrolle bezeichnete Liste übergeben worden, auf der die Garantiesummen der einzelnen Subunternehmer aufgeführt worden seien. In der Folge sei bezüglich gewisser Rechte aus den Gewährleistungsgarantien gewisser Unternehmer eine Abtretungserklärung abgegeben worden. Es sei ihnen aber nur eine Garantie übergeben worden. Damit erhelle, dass die Garantien aller anderen auf dem fraglichen Dokument aufgeführten Subunternehmer eben nicht übergeben worden seien. Die Beschwerdeführerinnen verweisen auf das Dokument, es fehlt aber an einem hinreichenden Aktenhinweis, wo in den Rechtsschriften die Ausführungen erfolgt sein sollten.

**2.3.3.3.** Zudem zeigen die Beschwerdeführerinnen nicht auf, weshalb die Übertragung von Garantien eine Hauptpflicht sein sollte, die in einem synallagmatischen Austauschverhältnis zur Bezahlung des Werklohns stehen sollte. Vielmehr legt die Vorinstanz schlüssig dar, dass es sich dabei höchstens um eine Nebenpflicht handeln könnte, welche hinter die Hauptpflicht zur Erstellung des Werks zurücktritt. Dass das Werk nicht wertlos wird, nur weil keine Garantien übertragen werden, anerkennen auch die Beschwerdeführerinnen. Die Pflicht zur Übertragung bestehender Garantien wäre unabhängig von der mängelfreien Erstellung des Werkes einklagbar. Dasselbe gilt für eine physische Übergabe (vgl. Art. 170 Abs. 2 OR, wonach der Abtretende verpflichtet ist, dem Erwerber die Schuldurkunde und alle vorhandenen Beweismittel auszuliefern und ihm die zur Geltendmachung der Forderung nötigen Aufschlüsse zu erteilen). Dies spricht gegen die Anwendung von Art. 82 OR (WEBER, a.a.O., N. 91 zu Art. 82 OR; SCHRANER, a.a.O., N. 65 zu Art. 82 OR). Dass etwas anderes vereinbart worden wäre, indem der Nebenleistung ein solcher Stellenwert eingeräumt worden wäre, dass sie zur Hauptleistung in einem Austauschverhältnis steht, legen die Beschwerdeführerinnen nicht rechtsgenügend dar.

Die Argumentation, sachlogisch seien die Garantien zusammen mit der Abtretung der Gewährleistungsrechte zu übergeben gewesen, spräche eher dafür, dass die erfolgte

Abtretungserklärung auch selbständige Garantieverprechen umfassen sollte. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin am 3. Mai 2017 in einem mit "Abtretungserklärung" überschriebenen Dokument noch einmal unter Nennung aller konkreten Werkgarantien der einzelnen Subunternehmer sämtliche ihr zustehenden Gewährleistungsrechte abgetreten haben sollte, wie die Beschwerdeführerinnen behaupten (die Vorinstanz hat festgehalten, die Beschwerdegegnerin habe in einzelnen Fällen eine Abtretung von Rechten aus den Werkgarantien erklärt; vgl. E. 2.1 hiervor), würde daraus nicht zwingend folgen, dass die Vollzugsvereinbarung vom 22. Mai 2015 keine gültige Abtretung enthielt. Auch ein erneutes Festhalten einer bereits erfolgten Abtretung zur Klarstellung gegenüber dem Schuldner wäre denkbar, zumal gestützt auf die Vollzugsvereinbarung nicht erkennbar ist, ob der Zeitpunkt der Abtretung (die Abnahme der einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten) schon eingetreten ist. Jedenfalls wäre die Beschwerdegegnerin spätestens damit einer allfälligen Pflicht zur Abtretung der Garantien nachgekommen.

Da eine physische Übergabe nach erfolgter Abtretung für die Geltendmachung nicht zwingend erforderlich ist (vgl. E. 2.3.3.2 hiervor), aber (soweit nicht anders vereinbart) nach Massgabe von Art. 170 Abs. 2 OR jederzeit verlangt werden kann (vgl. **BGE 52 II 43** S. 45; GIRSBERGER/HERMANN, a.a.O., N. 12 und N. 14 zu Art. 170 OR mit Hinweisen), würde eine allfällige Pflicht zur Übergabe nur praktisch relevant, wenn eine Garantie in Anspruch genommen werden müsste und der Garant sich weigert, die Garantieleistung zu erbringen. Insoweit besteht entgegen den Beschwerdeführerinnen keine Analogie zu einer fehlenden Übergabe der Schlussdokumentation an den Besteller. Aus dem angefochtenen Entscheid lässt sich auch nicht entnehmen, dass in der Vereinbarung eine Pflicht zur physischen Übergabe oder die Sicherheiten an sich explizit erwähnt würden. Woraus sich ergeben sollte, dass die Pflicht zur physischen Übergabe einen solchen Stellenwert einnimmt, dass sie zur Hauptleistung in einem Austauschverhältnis steht, zeigen die Beschwerdeführerinnen nicht rechtsgenügend auf. Dass sie nur einen Teil des Werklohns zurückbehalten, ändert am Stellenwert der geschuldeten Leistungen nichts.

**2.3.4.** Die Beschwerdeführerinnen berufen sich auch vor Bundesgericht auf ein angebliches Rückbehaltsrecht gemäss Art. 149 ff. SIA-Norm 118. Die Vorinstanz hielt dazu fest, dass sie nicht näher ausführten, weshalb ihnen ein solches Rückbehaltsrecht im behaupteten Umfang zustehen sollte. Insbesondere hätten sie keine Angaben zum massgebenden Leistungswert und zum Prozentsatz des Rückbehalts gemacht. Überdies verpflichtete Art. 181 SIA-Norm 118 den Unternehmer zwar zur Sicherstellung seiner Leistungen, nicht aber zur Sicherstellung der Leistungen seiner Subunternehmer. Demnach könne eine fehlende Sicherstellung der Leistungen der Subunternehmer ohnehin kein Rückbehaltsrecht begründen. Die in der Beschwerde erhobenen Einwände vermögen am Ergebnis nichts zu ändern:

**2.3.4.1.** Die Beschwerdeführerinnen geben zwar wieder, was sie im kantonalen Verfahren vorgebracht haben, und behaupten, dies sei unbestritten geblieben. Es fehlt aber ein präziser Aktenhinweis (vgl. E. 1.2 hiervor), wo in den Rechtsschriften dies geschehen sein soll.

**2.3.4.2.** Der Einwand, Art. 181 der SIA-Norm 118 würde im Falle eines Generalunternehmers, der ausser der Gesamtkoordination keine eigenen Leistungen erbringt, sinnentleert, wenn der Unternehmer einzig zur Sicherstellung seiner eigenen Leistungen, nicht aber derjenigen seiner Subunternehmer, verpflichtet wäre, hilft im Ergebnis nichts. Die vor Auszahlung des Rückbehalts zu leistende Sicherheit besteht nach Art. 181 Abs. 1 der SIA-Norm 118 zwar generell für Mängel, die bei der gemeinsamen Prüfung oder während der Rügefrist gerügt werden, unabhängig davon, ob der Unternehmer seine Leistungen selbst oder durch Subunternehmer erbracht hat. Diese sind Erfüllungsgehilfen, für deren mangelhafte Arbeit der Hauptunternehmer haftet (**BGE 116 II 305** E. 2c S. 308; Urteil 4C.149/1995 vom 5. Dezember 1995 E. 5; ROLAND HÜRLIMANN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, Gauch/Stöckli [Hrsg.], 2. Aufl. 2017, N. 6 zu Art. 29 SIA 118; SPIESS/HUSER, SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2023, N. 23 zu Art. 29 SIA 118).



Die Parteien vereinbarten aber eine andere Lösung: Die Beschwerdeführerinnen haben die Abtretung der Gewährleistungsrechte auf den vereinbarten Zeitpunkt angenommen. Dabei verstanden die Parteien den Eintritt der Beschwerdeführerinnen in die Rechte oder die eventuelle vertretungsweise Rechtswahrnehmung als integrale, vollständige Befreiung der Beschwerdegegnerin aus sämtlichen Verpflichtungen gegenüber den Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die Leistungserbringung betreffend das Projekt. Vorbehalten blieben Forderungen aus einem "schiedsrichterlichen Entscheid" (Ziff. 11). Zwar spricht Ziff. 11 von einer Rechtswahrnehmung der Beschwerdeführerinnen für die Beschwerdegegnerin, während Ziff. 10 von einer Wahrnehmung der Rechte durch die Beschwerdegegnerin stellvertretend für die Beschwerdeführerinnen ausgeht. Das braucht aber nicht vertieft zu werden. Die Beschwerdeführerinnen legen nicht dar, dass die Beschwerdegegnerin diesbezüglichen Pflichten nicht nachgekommen wäre. Da die Beschwerdegegnerin gegen Abtretung der ihr zustehenden Mängelrechte und die vertretungsweise Geltendmachung, soweit keine Abtretung möglich ist, integral befreit wird, besteht insoweit kein Anspruch mehr auf Sicherstellung und ist daher kein Rückbehalt gerechtfertigt.

**2.4.** Nach dem Gesagten geht die Vorinstanz zu Recht davon aus, die Gewährleistungsrechte seien mit dem Abschluss der Vollzugsvereinbarung abgetreten worden. Damit sind die Beschwerdeführerinnen grundsätzlich verpflichtet, der Beschwerdegegnerin den Werklohn im Betrag der offenen Schlusszahlung von Fr. 500'000.-- zu leisten.

### **3.**

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden, dass die Vorinstanz ihre Gegenansprüche wegen angeblicher Minderkosten der Beschwerdegegnerin nicht zur Verrechnung zulies.

**3.1.** Die Vorinstanz hielt fest, die Beschwerdegegnerin sei auch zum Innenausbau der Stockwerkeigentumseinheiten verpflichtet gewesen. Die entsprechenden Kosten seien im Werkpreis einkalkuliert gewesen. Wären einzelne Stockwerkeigentumseinheiten ohne Innenausbau übergeben worden, hätte die Beschwerdegegnerin die Minderkosten vom Werkpreis abziehen müssen. Sie bestreite aber Minderkosten und die Parteien seien sich nicht einig, was darunter überhaupt zu verstehen sei. Ohnehin hätten die Beschwerdeführerinnen nicht behauptet, welche Stockwerkeigentumseinheiten konkret betroffen und wann diese verkauft worden seien. Ein Anspruch auf Gutschrift der Minderkosten setze gemäss vertraglicher Abrede nämlich voraus, dass die betreffende Stockwerkeigentumseinheit am 1. April 2015 noch nicht verkauft gewesen sei. Sodann hätten die Beschwerdeführerinnen die Minderkosten darlegen und beweisen müssen, indem sie aufzeigten, welcher Innenausbau vereinbart und schliesslich unterblieben sei.

Die Vorinstanz erwog weiter, der Duplik der Beschwerdeführerinnen sei zwar eine Liste von 13 Stockwerkeigentumseinheiten zu entnehmen. Daraus gehe aber nicht hervor, wann diese verkauft worden seien. Zwar bezifferten die Beschwerdeführerinnen die behaupteten Minderkosten, doch sei unklar, worauf sie die entsprechenden Beträge im Einzelnen stützten. Nach ihren Ausführungen ergäben sich die Minderkosten aus den "Budgetkostenpositionen" je Stockwerkeigentumseinheit. Hierzu verwiesen sie auf zahlreiche Bauabrechnungen für den Innenausbau einzelner Stockwerkeigentumseinheiten und die zugrundeliegenden Rechnungen für die einzelnen Leistungen der Bauunternehmer. Was die Beschwerdeführerinnen mit "Budgetkostenpositionen" meinten, sei allerdings nicht klar. Die Vorinstanz nimmt an, dass auf die in den Bauabrechnungen aufgeführten Positionen des Baukostenplans (BKP) Bezug genommen werde. Die Bauabrechnungen führten pro Stockwerkeigentumseinheit Informationen zu verschiedenen BKP-Positionen auf. Die jeweiligen Angaben seien gegliedert nach den Stichworten "beschrieb", "offerten", "unternehmer", "standard netto", "käuferwahl" und "differenz". Die Beschwerdeführerinnen machten keine Ausführungen dazu, aus welchen Angaben sie die behaupteten Minderkosten der Beschwerdegegnerin ableiten. Es sei nicht Aufgabe des Gerichts, anhand der eingereichten Beweismittel die für die Anspruchsbeurteilung notwendigen Tatsachen selbst zu erarbeiten. Notwendig wären Behauptungen der Beschwerdeführerinnen insbesondere dazu, welcher Innenausbau mit der Beschwerdegegnerin für

welche Stockwerkeigentumseinheit konkret vereinbart worden sei und welche Kosten sie durch die ausgebliebene Umsetzung eingespart habe. Zudem sei nicht ersichtlich, wie mit den eingereichten Bauabrechnungen und Rechnungen von Bauunternehmern über diese zwei relevanten Punkte Beweis geführt werden könnte. Die eingereichten Unterlagen betrafen Innenausbauten, die von den Beschwerdeführerinnen in Auftrag gegeben worden seien. Damit sei nichts darüber gesagt, welcher Innenausbau ursprünglich mit der Beschwerdegegnerin vereinbart worden sei, geschweige denn, welche Kosten dafür eingerechnet gewesen seien. Abgesehen davon handle es sich bei den Bauabrechnungen um von den Beschwerdeführerinnen selbst erstellte Dokumente, was deren Beweiskraft zusätzlich einschränke. Insgesamt fehle es nicht nur an genügend substantiierten Behauptungen zu den weggefallenen vereinbarten Innenausbauleistungen und damit verbundenen Einsparungen der Beschwerdegegnerin, sondern auch an entsprechenden Beweisen. Zudem scheitere der geltend gemachte Anspruch auch an der Pauschalierungsvereinbarung vom 2. Februar 2016.

### **3.2.**

**3.2.1.** Nach Art. 55 Abs. 1 ZPO haben unter der Geltung der Verhandlungsmaxime die Parteien dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und die Beweismittel anzugeben. Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden. Immerhin muss die Tatsachenbehauptung so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (**BGE 136 III 322** E. 3.4.2; Urteile 4A\_48/2022 vom 7. Juni 2022 E. 4.1.1; 4A\_36/2021 vom 1. November 2021 E. 5.1.1 mit Hinweisen).

**3.2.2.** Die Behauptungs- und Bestreitungslast betrifft Tatsachen (Art. 55 ZPO), nicht die rechtliche Begründung. Zwar kann massgebend sein, unter welchem Gesichtspunkt eine Partei eine Tatsachenbehauptung bestreitet (vgl. zit. Urteil 4A\_48/2022 E. 4.1.2; Urteile 4A\_62/2021 vom 27. Dezember 2021 E. 4.2; 4A\_605/2019 vom 27. Mai 2020 E. 4.2.2; 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 3.1 ff.) und insoweit kann auch der Begründung einer Bestreitung Bedeutung zukommen. Davon abgesehen wendet das Gericht das Recht aber von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO).

Nach der Rechtsprechung besteht kein verfassungsrechtlicher Anspruch der Parteien, zur rechtlichen Würdigung der durch sie in den Prozess eingeführten Tatsachen noch besonders angehört zu werden. Ebenso wenig folgt aus dem Gehörsanspruch, dass die Parteien vorgängig auf den für den Entscheid wesentlichen Sachverhalt hinzuweisen wären. Eine Ausnahme besteht namentlich, wenn ein Gericht seinen Entscheid mit einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtigt, auf den sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit dessen Erheblichkeit sie vernünftigerweise nicht rechnen mussten (**BGE 130 III 35** E. 5 S. 38 f.; **124 I 49** E. 3c; vgl. auch Urteil 4A\_214/2022 vom 26. Oktober 2022 mit Hinweisen).

**3.3.** Die Rüge der Beschwerdeführerinnen ist unbegründet.

**3.3.1.** Die Beschwerdeführerinnen anerkennen, dass sie nicht die explizite Behauptung aufgestellt haben, dass jede der 13 betroffenen Stockwerkeigentumseinheiten am 1. April 2015 noch nicht verkauft und nicht von der Beschwerdegegnerin ausgebaut gewesen sei. Diese Behauptung ergebe sich aber implizit aus ihren Ausführungen in der Duplik. Daher ver falle die Vorinstanz in überspitzten Formalismus. Gleiches gelte für die Bezifferung der einzelnen Minderkosten pro Stockwerkeigentumseinheit. Die Beschwerdeführerinnen hätten ausgeführt, dass sich die Minderkosten aus den für jede Stockwerkeigentumseinheit geltenden Budgetkostenpositionen ergäben, und diese Positionen der Vorinstanz "wegen der schieren Datenmenge" auf einem USB-Stick eingereicht. In der Folge hätten sie die einzelnen Budgetpositionen für jede Stockwerkeigentumseinheit konkret behauptet, mit den konkreten Bauabrechnungen belegt und in einem Fazit zusammengerechnet. Mehr könne unter dem Titel Behauptungs- und Substanziierungslast

vernünftigerweise nicht erwartet werden. Es sei ihnen nicht zuzumuten, die konkret eingesparten Beträge auf Franken und Rappen genau darzulegen, zumal notorisch sei, dass dem Besteller die konkreten Konditionen des Unternehmers in Bezug auf Stundenansätze, Einkaufspreise und Margen der einzubauenden Materialien nicht bekannt seien. Demgegenüber weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, sie habe die Gegenforderungen hinreichend bestritten, weshalb die Beschwerdeführerinnen ihre Gegenforderungen weiter hätten substantzieren müssen.

**3.3.2.** Soweit die Beschwerdeführerinnen aus eigener Wahrnehmung keine substantzierten Behauptungen aufstellen können, kann von der Beschwerdegegnerin zwar ein substantziertes Bestreiten verlangt werden (**BGE 133 III 43** E. 4.1 S. 54; Urteile 4A\_359/2020 vom 18. November 2020 E. 6.3.2; 4A\_27/2018 vom 3. Januar 2019 E. 2.3.2.3; je mit Hinweisen), sofern sie näher am Beweis steht (vgl. **BGE 115 II 1** E. 4 S. 2). Welche Innenausbau-Leistungen ursprünglich vereinbart und von der Beschwerdegegnerin schliesslich nicht vorgenommen worden sind, können die Beschwerdeführerinnen aber aus eigener Wahrnehmung darlegen. Dies wäre auch nötig, um abzuschätzen, ob die von ihnen in Auftrag gegebenen Arbeiten überhaupt den ursprünglich vereinbarten entsprachen. Ohnehin sind aber unter Minderkosten nicht die den Beschwerdeführerinnen effektiv durch die Vornahme der Innenausbauten entstandenen Kosten zu verstehen (dies wären nicht Minderkosten, sondern die Kosten einer Ersatzvornahme). Sofern die Beschwerdeführerinnen zum Abschätzen der Minderkosten auf weitere Informationen angewiesen waren, hätten sie dies zum Ausdruck bringen und so Anlass zu einem substantzierten Bestreiten geben können.

**3.3.3.** Letztlich kommt der Frage der Substantzierung aber insoweit eine untergeordnete Bedeutung zu, als die Vorinstanz allfällige Ansprüche der Beschwerdeführerinnen aus Minderkosten auch an der Pauschalierungsvereinbarung scheitern lässt. Darin hätten die Parteien vereinbart, dass der Gesamtpreis für alle per dato bekannten Leistungen (gemäss Rechnung vom 25. Januar 2016) für die Fertigstellung der Wohnüberbauung pauschal Fr. 23'500'000.-- inklusive MWST beträgt. Zu Stockwerkeigentumseinheiten ohne Innenausbau oder zu Minderkosten äussere sich die Pauschalierungsvereinbarung nicht. Daraus könne aber nicht geschlossen werden, dass automatisch Ziffer 8 der älteren Vollzugsvereinbarung zur Anwendung gelange. Denn gemäss ihrem Wortlaut erfasse die Pauschalierungsvereinbarung alle bekannten Leistungen der Beschwerdegegnerin und setze dafür einen Pauschalpreis fest. Dies impliziere, dass allfällige Minderkosten der Beschwerdegegnerin wegen unterlassenen Innenausbaus darin berücksichtigt seien. Der Pauschalpreis sei nur von jenen Leistungen der Beschwerdegegnerin beeinflusst worden, die tatsächlich erbracht und bei Abschluss der Pauschalierungsvereinbarung bekannt gewesen seien. Die Vorinstanz erwog weiter, die Beschwerdeführerinnen hätten ausgeführt, die Minderkosten der Beschwerdegegnerin hätten daraus resultiert, dass die am 1. April 2015 noch nicht verkauften Wohnungen in nicht ausgebautem Zustand übergeben worden waren. Demnach sei der Umfang der Leistungseinsparung im April 2015 und damit knapp ein Jahr vor Abschluss der Pauschalierungsvereinbarung bekannt und ermittelbar gewesen. Die umstrittenen Minderkosten seien demnach in der Pauschale bereits berücksichtigt worden. Dies entspreche auch dem Zweck der Pauschalierungsvereinbarung, eine komplexe Abrechnung zur Bestimmung des Werkpreises zu verhindern und den Abschluss des Vertragsverhältnisses zu vereinfachen. Diesem Zweck entspreche es, dass bei der Festlegung des Pauschalwerkpreises alle Leistungen der Beschwerdegegnerin berücksichtigt werden. Dabei bereits bekannte Minderkosten nicht zu berücksichtigen, widerspräche der Idee einer Pauschalierung. Vernünftig handelnde Parteien hätten demnach die Pauschalierungsvereinbarung in guten Treuen so verstanden, dass bereits bekannte Minderkosten der Beschwerdegegnerin in der Pauschale miteingerechnet sind. Ein abweichender tatsächlicher Parteiwille werde von den Beschwerdeführerinnen weder behauptet noch nachgewiesen. Die Beschwerdeführerinnen hätten demnach keinen Anspruch aus Minderkosten, Diese Beurteilung der Pauschalierungsvereinbarung ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerinnen bringen nichts Stichhaltiges dagegen vor. Ihr Einwand, die Kosten für den

Innenausbau der noch nicht ausgebauten Wohnungen sei per 2. Februar 2016 noch nicht bekannt gewesen, zumal die Innenausbauten allesamt nach dem 2. Februar 2016 vorgenommen worden seien, verkennt, dass unter Minderkosten nicht die effektiv durch die Vornahme der Innenausbauten entstandenen Kosten zu verstehen sind (vgl. E. 3.3.2 hiervor). Die Minderkosten bemessen sich durch den Vergleich zwischen dem tatsächlich erbrachten und dem ursprünglich geschuldeten Leistungsumfang der Beschwerdegegnerin. Diese Parameter waren bekannt. Wie die Vorinstanz richtig ausführt, war es zudem gerade Sinn und Zweck dieser Vereinbarung, eine komplizierte Abrechnung und einen entsprechenden Streit darüber zu verhindern.

**3.4.** Nach dem Gesagten liess die Vorinstanz die behaupteten Gegenansprüche der Beschwerdeführerinnen wegen Minderkosten der Beschwerdegegnerin, ohne Bundesrecht zu verletzen, nicht zur Verrechnung zu.

**4.**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens tragen die Beschwerdeführerinnen die Gerichtskosten unter solidarischer Haftung (Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG). Sie haben der Beschwerdegegnerin deren Parteikosten für das Verfahren vor Bundesgericht unter solidarischer Haftung zu ersetzen (Art. 68 Abs. 2 und 4 BGG).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 8'000.-- werden den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

**3.**

Die Beschwerdeführerinnen haben die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 9'000.-- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 5. April 2023

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jametti

Der Gerichtsschreiber: Luczak