Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.385/2005 /ruo

Urteil vom 31. Januar 2006
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Klett, Kiss,
Gerichtsschreiberin Charif Feller.

Parteien
X._____ AG,
Y._____ AG,
Klägerinnen und Berufungsklägerinnen,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr.
Lukas Handschin,

gegen

A._____,
Beklagten und Berufungsbeklagten,
vertreten durch Advokat Dr. Ernst Staehelin.

Gegenstand
Werkvertrag; Werklohn,

Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts
Basel-Landschaft, Abteilung Zivil- und Strafrecht,
vom 12. Juli 2005.

Sachverhalt:
A.
Am 16. Oktober 1997 schlossen die Z._____ AG als Unternehmerin (ursprüngliche Klägerin) und A._____ (Beklagter) als Bauherr und Eigentümer des zu bebauenden Grundstücks einen Bauwerkvertrag ab. Der Vertrag regelte die von der Z._____ AG zu erbringenden Baumeisterarbeiten. Für sämtliche vereinbarte Arbeiten wurde eine Entschädigung von Fr. 810'118.- festgelegt. Diese Summe enthielt Abbruch- und Erdarbeiten zu je einem Pauschalpreis von Fr. 50'000.- (recte: 50'500.-) bzw. Fr. 29'600.-. Der Kostenaufwand für die Baustelleneinrichtung, die Gerüste, den Baumeisteraushub, die Kanalisationen im Gebäude, die Beton- und Stahlarbeiten sowie die Maurerarbeiten wurde mittels Einheitspreisen veranschlagt. Die Summe der zu erwartenden Einheitsleistungen und die Pauschalen ergaben den Gesamtbetrag von Fr. 810'118.-.
B.
Da es nach Abschluss der Bauarbeiten zwischen der Z._____ AG und der Bauherrschaft zu Differenzen bezüglich des geschuldeten Werklohnes kam, reichte die Z._____ AG am 2. Mai 2000 beim Bezirksgericht Liestal eine Forderungsklage ein und verlangte, der Beklagte sei zu verpflichten, ihr Fr. 455'356.70 zuzüglich Zins zu 5% seit 28. Oktober 1999 zu bezahlen.

Im Vorfeld hatte die Z._____ AG erfolgreich die vorläufige Eintragung von provisorischen Bauhandwerkerpfandrechten auf dem betroffenen Grundstück erwirkt sowie die Betreibung gegen den Bauherrn beim Betreibungsamt Liestal eingeleitet.

Mit Urteil vom 27. Mai 2004 hiess das Bezirksgericht Liestal die Klage teilweise gut und verurteilte den Beklagten, der Klagpartei Fr. 20'684.55 nebst Zins zu 5% seit 28. Oktober 1999 zu bezahlen. Ferner traf es die entsprechenden Anordnungen bezüglich der Bauhandwerkerpfandrechte und der hängigen Betreibungen (Ziff. 3-7).
C.
Gegen dieses Urteil appellierte die Z._____ AG beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivil- und Strafrecht, wobei sie an den erstinstanzlich gestellten Rechtsbegehren festhielt. Das Kantonsgericht wies am 12. Juli 2005 die Appellation ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil.
D.
Die X._____ AG und - eventuell - die Y._____ AG (Klägerinnen) beantragen dem Bundesgericht mit eidgenössischer Berufung, Ziff. I und II des Urteils des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 12. Juli 2005, wonach die Appellation abgewiesen wurde, sei aufzuheben und es sei die Streitsache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ferner stellen sie Anträge zu den Kosten und folgende prozessuale Anträge:
"1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die im Rubrum aufgeführte X._____ AG Rechtsnachfolgerin der bisherigen Klägerin Z._____ AG ist und es sei die Parteibezeichnung der Berufungsklägerin/Klägerin auf X._____ AG zu ändern.
2. Für den Fall, dass sich das Bundesgericht auf den Standpunkt stellen sollte, dass der Übergang des Verfahrens durch Spaltung nicht durch eine Universalsukzession erfolgt und somit ein Parteiwechsel erforderlich ist, sei das Verfahren zu sistieren und es sei der Beklagte aufzufordern zu erklären, ob er dem Parteiwechsel zustimmt.
3. Sollte sich der Beklagte weigern, dem Parteiwechsel zuzustimmen, sei davon Vormerk zu nehmen, dass das Verfahren durch die Y._____ AG geführt wird."
Der Beklagte beantragt, die Berufung abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden könne, und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Auf die in gleicher Sache eingereichte staatsrechtliche Beschwerde der Y._____ AG ist das Bundesgericht mit heutigem Datum nicht eingetreten; die von der X._____ AG in gleicher Sache eingereichte staatsrechtliche Beschwerde hat das Bundesgericht mit heutigem Datum abgewiesen, soweit es auf sie eingetreten ist.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Vorweg sind die prozessualen Anträge der Klägerinnen zu behandeln.
1.1 Sie machen geltend, mit Tagebucheintrag vom 22. Juni 2005 seien die Aktiven und das Fremdkapital der Z._____ AG infolge Fusion auf die "X._____ AG", Zürich, übergegangen. Die Fusion bewirke eine Universalsukzession. Die Rechtsnachfolge aufgrund von Gesamtnachfolge gelte nicht als Parteiwechsel. Die gleichen Grundsätze kenne das basellandschaftliche Zivilprozessrecht. Nach der Fusion sei folglich die X._____ AG Klägerin im kantonalen Verfahren geworden.
Mit Tagebucheintrag vom 15. Juli 2005 sei die X._____ AG in "Y._____ AG" umfirmiert worden.

Mit Tagebucheintrag ebenfalls vom 15. Juli 2005 seien gestützt auf den Spaltungsvertrag vom 18. April 2005 die Aktiven und Passiven, die sich auf das operative Geschäft der (alten) X._____ AG bezogen hätten, also insbesondere auch die Werkvertragsforderung gegenüber dem Beklagten und die damit zusammenhängenden Aktiven und Passiven, auf die "W._____ AG" übertragen worden. In der alten X._____ AG, die in der Folge auf "Y._____ AG" umfirmiert worden sei, seien nur die Liegenschaften verblieben.

Schliesslich sei die abgespaltene W._____ AG mit Tagebucheintrag vom 20. September 2005 in "X._____ AG" umfirmiert worden.

Die Spaltung führe zu einer partiellen Universalsukzession. Partiell sei indessen nicht die rechtliche Wirkung der Universalsukzession, sondern der Umfang des von der Universalsukzession erfassten Vermögens. Aus diesem Grund stelle auch der zweite Teil der Transaktion (die Übertragung der Aktiven und Passiven auf die heutige X._____ AG im Rahmen der Spaltung) keinen Parteiwechsel dar.

1.2 Diesen Ausführungen der Klägerinnen ist beizupflichten. Zu unterscheiden sind die beiden Teile der Transaktion:
1.2.1 Die Fusion bewirkt eine Universalsukzession. Mit der Eintragung ins Handelsregister gehen alle Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über (Art. 22 des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung [Fusionsgesetz, FusG; SR 221.301]; Tschäni/Meinhardt/ Papa, Basler Kommentar, N. 6 zu Art. 22 FusG; Vogel/Heiz/Behnisch, Fusionsgesetz, Kommentar, Zürich 2005, N. 6 zu Art. 22 FusG). Wie die Klägerinnen zutreffend bemerken, gilt die Rechtsnachfolge aufgrund von Gesamtnachfolge nicht als Parteiwechsel (Art. 17 Abs. 3 BZP i.V.m. Art. 40 OG). Folglich wurde im Zuge des ersten Teils der Transaktion (Fusion) die (alte) X._____ AG durch Universalsukzession Gläubigerin der eingeklagten Forderung und - ohne dass die Zustimmung der Gegenpartei erforderlich wäre - Klagpartei im vorliegenden Verfahren (vgl. Tschäni/Meinhardt/ Papa, a.a.O., N. 16 zu Art. 22 FusG).

1.2.2 Die Spaltung bewirkt eine partielle Universalsukzession. Mit der Eintragung ins Handelsregister gehen alle im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über (Art. 52 FusG; Watter/Büchi, Basler Kommentar, N. 3 zu Art. 52 FusG; Vogel/Heiz/Behnisch, a.a.O., N. 6 und 7 zu Art. 52 FusG). Dabei ist mit der beinahe einhelligen Lehre "partiell" dahingehend zu verstehen, dass es sich qualitativ um eine vollwertige Universalsukzession handelt, die aber quantitativ auf die im Inventar genannten Vermögenswerte beschränkt ist. "Partiell" bezieht sich mithin nur auf den Umfang der Universalsukzession, nicht auf deren Rechtswirkungen (Watter/Büchi, a.a.O., N. 4 ff. zu Art. 52 FusG, die mit überzeugenden Argumenten die teilweise anders lautenden, aber nicht weiter begründeten Ausführungen der Botschaft, BBl 2000 4445, widerlegen, und N. 12 mit Hinweisen; Vogel/Heiz/Behnisch, a.a.O., N. 10 zu Art. 52 FusG mit Hinweisen; Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen: Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, Bern 2006, S. 254, Rz. 658; Anderer Meinung scheint zu sein: Hanspeter Kläy, Das Fusionsgesetz - ein Überblick, Der Bernische Notar 2004, S. 185 ff., S. 234, wiewohl
auch er anerkennt, dass die gemäss Inventar übertragenen Vermögensteile uno actu, unter Dispensation von den Vorschriften über die Singularsukzession, übergehen). Demgemäss ist auch die Spaltung als Gesamtnachfolge im Sinne von Art. 17 Abs. 3 BZP zu betrachten und gilt somit nicht als Parteiwechsel. Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die abgespaltene W._____ AG, die später in "X._____ AG" umfirmiert wurde, Klägerin geworden ist, ohne dass es einer Zustimmung des Beklagten bedürfte.
1.3 Dies anerkannt auch der Beklagte. Er bestreitet aber, dass die im Fusions- resp. Spaltungsplan aufgeführten Forderungen mit zwei Ausnahmen (Forderungen über Fr. 613.85 und Fr. 4'994.40) mit den eingeklagten Forderungen identisch seien, so dass es für die anderen Forderungen an der Berufungslegitimation fehle.

Es trifft zwar zu, dass anhand der von den Klägerinnen eingereichten Unterlagen nicht exakt nachvollzogen werden kann, dass die von der Z._____ AG an die durch Fusion bzw. Spaltung an die übernehmenden Gesellschaften übergegangenen Forderungen im Einzelnen den eingeklagten Forderungen entsprechen. Im Kontoauszug der X._____ AG vom 12. Mai 2005 (Berufungsbeilage 4) ist unter dem Sammelkonto "1114 Debitoren Sammelkonto Hu" ein Debitorenbetrag von Fr. 720'598.83 verbucht. Dass in diesem Betrag die eingeklagten Forderungen enthalten seien, soll sich nach der Behauptung der Klägerinnen aus der Debitoren-Fälligkeitsliste der Z._____ AG per Dezember 2004 ergeben. Diese Liste (Berufungsbeilage 6) führt unter der Nr. 23291 zulasten des Beklagten einen ausstehenden Betrag von Fr. 467'350.40 auf. Die einzelnen der acht aufgeführten Positionen lassen sich indessen nicht schlüssig den einzelnen Positionen der Klagforderung zuordnen, und die Klägerinnen zeigen dies auch nicht auf. Entgegen der Auffassung des Beklagten folgt daraus aber nicht, dass die Legitimation der Klägerinnen streckenweise verneint werden müsste. Entscheidend ist, dass der zulasten des Beklagten aufgeführte Schuldbetrag von Fr. 467'350.40 den eingeklagten Betrag
von Fr. 455'356.70 übersteigt, mithin nicht angenommen werden kann, die Z._____ AG habe vor der Fusion die Klagforderung (teilweise) abgeschrieben. Die Klagforderung ist vielmehr umfangmässig vom verbuchten Debitorensaldo zulasten des Beklagten gedeckt, was für die Bejahung des Übergangs der Klagforderung im Rahmen der Fusion genügt.

Sodann wird im Spaltungsvertrag vom 18. April 2005 (Berufungsbeilage 11) dargelegt, dass der gesamte operative Betriebsteil übertragen werde und somit sämtliche Aktiven und Passiven, die sich nach dem geprüften

Zwischenabschluss der übertragenden Gesellschaft ergeben, mit Ausnahme der im nachstehenden Inventar genannten Aktiven und Passiven auf die neu zu gründende Gesellschaft (die W._____ AG) übergehen (Ziffer 3.2). In diesem nachstehenden Inventar werden aber die Forderungen gegenüber dem Beklagten nicht aufgeführt. Sie gingen somit - in Übereinstimmung damit, dass sie aus dem übertragenen operativen Betriebsteil stammen -, auf die W._____ AG, die später in "X._____ AG" umfirmiert wurde, über.

Es hat sich demnach ergeben, dass die X._____ AG zufolge der erwähnten Transaktionen Gläubigerin der eingeklagten Forderungen geworden ist und - ohne zustimmungsbedürftigen Parteiwechsel - als Klägerin im vorliegenden Prozess auftreten kann. Der prozessuale Hauptantrag (Ziffer 1) erweist sich als begründet.
1.4 Damit wird der prozessuale Eventualantrag (Ziffer 2), das Verfahren zu sistieren und den Beklagten aufzufordern zu erklären, ob er dem Parteiwechsel zustimmt, hinfällig.

1.5 Das Gleiche gilt für den prozessualen Subeventualantrag (Ziffer 3), wonach - sollte sich der Beklagte weigern, dem Parteiwechsel zuzustimmen - davon Vormerk zu nehmen sei, dass das Verfahren durch die Y._____ AG geführt werde.
Dieser Antrag hat sich indessen in einer (eventuellen) Berufungserklärung durch die Y._____ AG niedergeschlagen. Nachdem sich ergeben hat, dass die (neue) X._____ AG Gläubigerin der eingeklagten Forderung ist und als Klägerin und legitimierte Berufungsklägerin im vorliegenden Prozess auftreten kann (Erwägung 1.3), scheiden die nämlichen Eigenschaften für die Y._____ AG aus. Da sie nicht Gläubigerin der eingeklagten Forderungen geworden ist, die Klage insoweit mangels Aktivlegitimation abgewiesen werden müsste, besitzt sie auch kein Rechtsschutzinteresse zur Erhebung einer Berufung. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass sie - wie in der Berufung unter Hinweis auf Art. 21 Abs. 2 BZP dargelegt wird - als Prozessstandschafterin an Stelle der Z._____ AG am Prozess teilhaben könnte, nachdem die Klägerrolle von der Z._____ AG auf die X._____ AG übergegangen ist. Auf die Berufung der Y._____ AG ist mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten.

Das Nichteintreten auf die Berufung der Y._____ AG zieht die entsprechenden Kostenfolgen nach sich (vgl. Erwägung 10). Daran ändert nichts, dass die Berufungserklärung nur "eventuell" erfolgte. Denn die bedingte Anfechtung eines Entscheids ist nach dem Grundsatz, dass Prozesshandlungen im Allgemeinen bedingungsfeindlich sind (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 262), nur in Ausnahmefällen zulässig (vgl. BGE 127 II 306 E. 6c S. 312 mit Hinweisen; 101 Ib 216 E. 2). Die blosse Unsicherheit über die Parteieigenschaft bzw. Legitimation vermag keine Ausnahme zu begründen. Auf die im Namen der Y._____ AG eingereichte Berufung ist daher - mit Kostenfolgen - nicht einzutreten.

Die folgenden Erwägungen beziehen sich auf die im Namen der X._____ AG (nachfolgend Klägerin) eingereichte Berufung.
2.
Der blosse Rückweisungsantrag genügt im vorliegenden Fall, da das Bundesgericht - sollte es die Rechtsauffassung der Klägerin stützen - kein Sachurteil fällen könnte, sondern die Sache zur weiteren Abklärung zurückweisen müsste (BGE 125 III 412 E. 1b).

3.
3.1 In der Berufungsschrift ist kurz darzulegen, welche Bundesrechtssätze der angefochtene Entscheid verletzt und inwiefern er gegen sie verstösst (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG). Die Gesetzesartikel brauchen allerdings nicht ausdrücklich genannt zu werden, falls aus den Vorbringen hervorgeht, gegen welche Regeln des Bundesprivatrechts die Vorinstanz verstossen haben soll (BGE 121 III 397 E. 2a S.400). Unerlässlich ist aber, dass die Berufung auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen zeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt (BGE 116 II 745 E. 3 S. 749).

Die Klägerin rügt allgemein "die Verletzung der Bestimmungen des Werkvertragsrechts im Zusammenhang mit dem Anspruch des Unternehmers auf Werklohn und die falsche Anwendung von Art. 8 ZGB". Sie setzt sich zwar mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander, ohne indessen aufzuzeigen, welche konkreten Bestimmungen des Bundesrechts der angefochtene Entscheid verletzt und inwiefern er gegen sie verstösst. Ihre

Kritik erschöpft sich über weite Strecken darin, die Ausführungen der Vorinstanz als falsch zu bezeichnen und ihnen die eigene Auffassung gegenüberzustellen. Auf die Berufung kann daher nur eingetreten werden, soweit Rügen einer Bundesrechtsverletzung ersichtlich sind. Auf blosse Kommentierungen der vorinstanzlichen Erwägungen ist hingegen nicht einzugehen.
3.2 Unbeachtlich sind ebenfalls Verweise auf die Akten; inwiefern das angefochtene Urteil Bundesrecht verletzt, ist in der Berufungsschrift selber darzulegen (BGE 131 III 384 E. 2.3; 126 III 198 E. 1d; 115 II 83 E. 3 S. 85).

Soweit die Klägerin auf die Ausführungen in ihrer Appellationsbegründung verweist, kann darauf nicht eingegangen werden.
4.
Die Vorinstanz hielt fest, die Klägerin verlange eine Vergütung für Mehrleistungen, d.h. für Leistungen, die über den ursprünglich vereinbarten Leistungsumfang hinausgingen. Sie prüfte mithin die Voraussetzungen für einen Anspruch des Unternehmers auf Entschädigung von Mehrleistungen. Dabei ging sie vom Inhalt des Werkvertrages vom 16. Oktober 1997 aus. Darin seien als Entschädigung im voraus Fr. 810'118.- vereinbart worden. Dieser Betrag berechne sich aus den Leistungen "Abbrüche" und "Erdarbeiten", welche je zu einem fixen Pauschalpreis vereinbart worden seien, und den restlichen Arbeiten, welche zu einer in gewissem Sinne "flexibleren" Pauschale (Einheitspreise) vorab kalkuliert worden seien. Der Gesamtbetrag des Vertrages berechne sich in diesem Bereich denn auch aus der Menge der erwartungsgemäss zu leistenden Einheiten. Der Vertrag bestimme zudem, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Architekten (AGB) und SIA Norm 118 anwendbar seien. Einschlägig seien ausserdem die Regeln des Werkvertrages (Art. 363 ff. OR). Art. 11 der AGB sehe vor, dass Arbeiten, welche nicht im Baumeistervertrag vorgesehen seien, sich aber im Laufe der baulichen Ausführung als notwendig erwiesen, schriftlich zu offerieren seien; würde dies nicht
befolgt, habe der Unternehmer keinen Anspruch auf Bezahlung. Art. 16 der AGB fordere die Unterzeichnung von Regierapporten innert maximal sechs Tagen nach erfolgter Arbeitsleistung durch die Bauleitung, ansonsten diese nicht anerkannt werden könnten. Zudem bestimme Art. 16 der AGB, dass zusätzliche Regiearbeiten nur von der Bauleitung, im vorliegenden Fall somit vom Architekten, angeordnet werden dürften, um von der Bauherrschaft anerkannt zu werden. Art. 21 der AGB halte fest, dass das Ausmass aller Arbeiten fortlaufend mit der Bauleitung aufzunehmen sei, insbesondere für diejenigen Arbeiten, welche aufgrund des Baufortschrittes sonst nicht mehr erfasst werden könnten. Art. 59 SIA Norm 118 regle den Anspruch auf zusätzliche Vergütung bei Eintritt ausserordentlicher Umstände. Art. 373 OR bestimme schliesslich, dass bei zum Voraus genau bestimmter Vergütung das Werk zur festgelegten Summe fertig zu stellen sei, somit grundsätzlich der Unternehmer das Risiko von Mehrarbeit oder grösseren Auslagen trage. Vorbehalten blieben unvorhersehbare, ausserordentliche Umstände.

Die Vorinstanz nahm mithin an, die Parteien hätten für die Baumeisterarbeiten eine Pauschalpreisabrede bzw. eine Vergütung zu Einheitspreisen vereinbart und eine Regelung für nicht im Baumeistervertrag vorgesehene Arbeiten getroffen. Danach habe die Klägerin grundsätzlich das Risiko eines allfälligen Mehraufwandes bei der Erbringung der im Vertrag vereinbarten Leistungen zu tragen. Zudem sei es ihr vertraglich untersagt gewesen, ohne Absprache zusätzliche Arbeiten auszuführen, bzw. die Parteien hätten für Offerten betreffend zusätzliche vertragserweiternde Leistungen die einfache Schriftlichkeit vorbehalten (Art. 11 AGB). Auch habe sich der Bauherr vertragliche Kontrollinstrumente zur Überwachung der zu erbringenden und erbrachten Leistungen gesichert (Art. 16 und 21 AGB). Vor diesem Hintergrund mache die Klägerin ihre Mehrforderung geltend und habe folglich, nebst dem eigentlichen Vorhandensein der Mehrleistung, zu behaupten und zu beweisen, dass entweder ausserordentliche Umstände, welche einen Mehraufwand verursachten, aber nicht in den vertraglichen Risikobereich der Klägerin fielen, vorlagen oder aber, dass der Bauherr bzw. die Bauleitung zusätzliche Bestellungen tätigten. Misslinge der Beweis, so sei der Richter nicht
befugt, dem klagenden Unternehmer eine Mehrvergütung unter dem Titel der Bestellungsänderung zuzusprechen. Zusammenfassend gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass die Darstellung und Beweisführung der Klägerin betreffend die geltend gemachten zusätzlichen Bestellungen und Abweichungen vom vertraglich Vereinbarten nicht gelungen sei.
5.
Art. 374 OR sieht für den Fall, dass der Werkpreis zum Voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt

worden ist, die Vergütung nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers vor. Der Unternehmer kann die Werkerstellung aber auch zu einem festen Preis übernehmen (Art. 373 OR), sei es einerseits in Form eines Pauschal- oder Globalpreises, sei es anderseits in Form von Einheitspreisen. Die Vergütung kann schliesslich für die Ausführung des ganzen Werkes oder eines Teils davon nach dem erforderlichen Aufwand, pro Zeiteinheit (Regiearbeiten), bemessen werden. Vereinbaren die Parteien einen Festpreis (Global- oder Einheitspreis), liegt eine resultatsbezogene Preisabsprache vor. Hier hat der Unternehmer die Folgen von allfälligem Mehraufwand zu tragen (Urteil 4C.205/1992 vom 19. April 1994, E. 3; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Rz. 902 f.; Zindel/Pulver, Basler Kommentar, N. 6 f. zu Art. 373 OR). Der Festpreischarakter des Pauschalpreises ist allerdings kein absoluter. Durchbrochen wird er z.B. durch die Bestimmung von Art. 373 Abs. 2 OR, wonach dem Unternehmer bei ausserordentlichen Umständen unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht auf Preiserhöhung oder Vertragsauflösung
zusteht. Hat sodann eine Bestellungsänderung zur Folge, dass sich der vertragliche Leistungsinhalt ändert, indem der Unternehmer zu einer zusätzlichen oder veränderten Leistung verpflichtet wird, so fällt ein hieraus entstehender Mehraufwand aus dem Deckungsbereich des Pauschalpreises. Hierfür hat der Unternehmer grundsätzlich Anspruch auf Mehrvergütung, die sich mangels anderer Abrede nach Art. 374 OR bemisst (Gauch, a.a.O., Rz. 904 und 905; Zindel/Pulver, a.a.O., N. 6 zu Art. 373 OR).
6.
Die Klägerin legt - allgemein - dar, wie sich der Werklohn des Unternehmers bei einer vereinbarten Vergütung zu Einheitspreisen berechne. Die endgültige Höhe des Werklohnes beim Einheitspreisvertrag ergebe sich nie aus der ursprünglich unterzeichneten Werkvertragssumme, sondern aus dem Total der Vergütung für die einzelnen Leistungspositionen, die sich aus der Multiplikation der tatsächlich ausgeführten Mengen mit den vereinbarten Einheitspreisen ergebe. Die tatsächlich ausgeführten Mengen würden regelmässig während oder nach der Bauausführung durch das konkrete Ausmass der erbrachten Leistung festgestellt und in einer so genannten Ausmassurkunde oder einem so genannten Schlussausmass festgehalten. Allfällige Mehrausmasse fielen in das Risiko des Bauherrn, welcher allerdings auch bezüglich der Mehrausmasse grundsätzlich auf der Geltung der Einheitspreise bestehen könne. Der Werkvertrag beim Einheitspreis habe demnach den Charakter einer Preisliste. Irreführend und in einem gewissen Sinn erklärend für die rechtliche Fehlbeurteilung der Vorinstanz sei ihre Aussage, dass die mit Einheitspreis vereinbarten Leistungen "mit einer in gewissem Sinne flexibleren Pauschale" kalkuliert worden seien.

Es trifft zu, dass der von der Vorinstanz verwendete Ausdruck "einer in gewissem Sinne flexibleren Pauschale" untechnisch ist. Indessen geht aus den weiteren Erwägungen der Vorinstanz klar hervor, dass sie das Wesen der Vereinbarung einer Vergütung zu Einheitspreisen nicht verkannte, führt sie doch aus, in diesem Leistungsbereich berechne sich der Gesamtbetrag nach der Menge der erwartungsgemäss zu leistenden Einheiten. Die Menge als Faktor der Berechnung entging ihr nicht. Entgegen den allgemeinen Rechtserörterungen der Klägerin kommt es nicht immer auf die tatsächlich ausgeführten Mengen an. Die für die Berechnung massgebliche Menge wird, je nach Inhalt des Vertrages, entweder nach dem tatsächlichen Ausmass ermittelt oder nach dem plangemässen theoretischen Ausmass (Gauch, a.a.O., Rz. 917). Aus der Erwägung der Vorinstanz, in diesem Leistungsbereich (d.h. im Bereich, für den Einheitspreise vereinbart wurden) berechne sich der Gesamtbetrag nach der Menge der "erwartungsgemäss" zu leistenden Einheiten, könnte geschlossen werden, die Vorinstanz nehme an, die Parteien hätten eine Ermittlung nach dem plangemässen (im Vertrag aufgeführten) Ausmass vereinbart. Mit der Bezeichnung der Vergütung als "flexiblere" Pauschale bringt sie aber
zum Ausdruck, dass sich der Gesamtbetrag je nach Ausmass der erbrachten Leistung verändern kann. Entsprechend prüfte sie denn auch, ob die von der Klägerin als Beweis eingelegte Abrechnung vom 12. März 1999 auf einem mit der Bauleitung gemeinsam erstellten Ausmass beruhte, wie dies Art. 21 der AGB verlange, was indessen nicht zutraf. Soweit die Klägerin geltend macht, sie habe gefordert, dass auch diejenigen Leistungen zu bezahlen seien, die im Werkvertrag in anderer Menge vorgesehen gewesen seien, ist nicht ersichtlich, dass diese Forderung an einer unrichtigen Rechtsauffassung der Vorinstanz scheiterte. Ausschlaggebend war vielmehr die ungenügende Wahrnehmung der Behauptungslast und das negative Beweisergebnis. Die Klägerin pariert die erwähnten Erwägungen der Vorinstanz mit allgemein gehaltenen Rechtserörterungen, zeigt aber nicht auf, dass und inwiefern im konkreten Fall die Vorinstanz diesbezüglich Bundesrecht verletzte.
Im Übrigen ist dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen, dass die Klägerin spezifiziert hätte, in welchem Umfang ihre Mehrforderung die Entschädigung für Leistungen, die im Werkvertrag in anderer Menge vorge-

sehen waren, und in welchem Umfang sie die Entschädigung eigentlicher Zusatzleistungen beschlägt. Soweit aber nicht die Vergütung der zu Einheitspreisen abzurechnenden vertraglich vorgesehenen Leistungen, sondern von über den Vertrag hinaus gehenden Zusatzleistungen zur Diskussion steht, spielt die Frage, ob die massgebliche Menge gemäss dem Inhalt des Werkvertrages nach dem tatsächlichen oder plangemässen theoretischen Ausmass zu ermitteln ist, gar keine Rolle.
7.
Als krass falsch rügt die Klägerin den Hinweis der Vorinstanz auf Art. 59 SIA-Norm 118 und auf Art. 373 OR. Die Klägerin habe zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht, dass vereinbarte Pauschalpreise oder vereinbarte Einheitspreise aufgrund ausserordentlicher Umstände verändert werden müssten. Sie habe vielmehr geltend gemacht, dass während des Bauablaufs verschiedene zusätzliche Leistungen im Auftrag des Bauherrn erbracht worden und dass diese Leistungen zu vergüten seien.

Die Rüge bleibt ohne entscheiderhebliche Auswirkung und ist unbegründet. Die Vorinstanz stützte ihren Entscheid entgegen der Behauptung der Klägerin nicht ganz wesentlich auf diese beiden Bestimmungen ab. Vielmehr führte sie bei der Aufzählung der in Betracht fallenden Rechtsgrundlagen auch die Bestimmungen von Art. 59 SIA-Norm 118 und Art. 373 Abs. 2 OR auf, was mit Blick auf die von den Parteien vereinbarte Pauschal- bzw. Einheitspreisabrede nicht zu beanstanden ist. Sie erwähnte den Nachweis ausserordentlicher Umstände, welche einen Mehraufwand verursachten, aber nicht in den vertraglichen Risikobereich der Klägerin fielen, als eine Möglichkeit, die eingeklagte Mehrforderung zu begründen. Sie stellte diese Möglichkeit aber ausdrücklich neben diejenige des Nachweises, dass der Bauherr bzw. die Bauleitung zusätzliche Bestellungen tätigte. Das Begehren der Klägerin scheiterte denn auch im Wesentlichen daran, dass dieser letztere Nachweis misslang bzw. bereits die diesbezüglichen Behauptungen nicht rechtsgenüglich vorgetragen worden waren.

Wenn die Klägerin rügt, Behauptungs- und Beweisthema sei nicht die Ursache des Mehraufwandes, sondern allein die Existenz und der Umfang desselben, so verkennt sie, dass eine Vergütung für Mehraufwand resp. Zusatzleistungen nur unter bestimmten Voraussetzungen geschuldet ist. Es kommt für die Entschädigungspflicht des Bestellers durchaus darauf an, aufgrund welcher Ursachen die behaupteten Zusatzarbeiten geleistet wurden, bzw. wer sie zu vertreten hat, hier also namentlich, ob sie auf Bestellungsänderungen des Beklagten beruhten. Die Vorinstanz hat daher die Ursache des Mehraufwandes zu Recht ebenfalls zum Behauptungs- und Beweisthema gemacht. Eine Bundesrechtsverletzung ist nicht ersichtlich.
8.
Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe die Aussagen des Bauleiters in Verletzung von Art. 8 ZGB falsch gewürdigt und zu Unrecht Beweislosigkeit angenommen. Sie habe nicht versucht, aus den Aussagen des Bauleiters Erkenntnisse dahin gehend abzuleiten, ob er den durchgeführten Bauarbeiten (mit Wirkung für den von ihm vertretenen Bauherrn) zugestimmt habe. Die Vorinstanz habe - getragen von der irrigen Vorstellung, es käme auf die Frage, welche Arbeiten mit Zustimmung des Bauherrn geleistet worden seien, nicht an - das Beweisthema falsch bestimmt und die Beweislast falsch verteilt. Die Klägerin trage nur die Beweislast dafür, dass der Bauherr resp. sein Vertreter die Bauleistungen angenommen und ihnen zugestimmt habe. Auf dieses Beweisthema hin habe die Vorinstanz die Aussagen des Bauleiters nicht überprüft. Damit habe die Vorinstanz fälschlicherweise die Klägerin die Folgen der Beweislosigkeit tragen lassen und dadurch die Beweislast falsch verteilt.

Dem angefochtenen Urteil ist nicht zu entnehmen, dass der Bauleiter eine Aussage dahin gehend gemacht hätte, dass er zusätzlichen Bauarbeiten zugestimmt habe. Es ist nicht ersichtlich, woraus die Vorinstanz einen solchen Aussagegehalt hätte erkennen sollen. Der Bauleiter wurde nach dem Mehraufwand befragt, bestritt jedoch eine rollende Planung und sagte aus, die Ausführung habe grundsätzlich dem ursprünglichen Bauprojekt entsprochen. Nachdem er keinen Mehraufwand zugestand, entfiel auch eine allfällige diesbezügliche Zustimmung. Mit ihren Ausführungen kritisiert die Klägerin - richtig besehen - die Würdigung der Aussagen des Bauleiters durch die Vorinstanz, was im Berufungsverfahren unzulässig ist (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; BGE 127 III 73 E. 6a S. 81).
Mit Blick auf die vorgenommene Beweiswürdigung, kann die Klägerin mit ihrer Rüge, die Vorinstanz habe das Beweisthema falsch bestimmt und in der Folge die Beweislast falsch verteilt, keine Verletzung von Art. 8 ZGB dartun. Aus dieser Bestimmung ergibt sich kein Anspruch, dass eine bestimmte Frage ausdrücklich zum

Beweisthema erhoben und den Parteien ausdrücklich Gelegenheit gegeben werden müsste, dazu Anträge zu stellen (vgl. Urteil 4C.30/1999 vom 19. März 1999, E. 1). Vielmehr kann das Gericht aus dem von den Parteien vorgetragenen Sachverhalt und den angehörten Zeugen die nötigen Schlüsse ziehen.
9.
Auch die weiteren Ausführungen der Klägerin sind nicht geeignet, eine Bundesrechtsverletzung darzutun. Sie macht geltend, den Mehraufwendungen liege der Umstand zugrunde, dass auf Anweisung und mit Zustimmung des Bestellers Bauleistungen erbracht worden seien. Die Klägerin habe aufgezeigt, dass die veränderte Bauausführung mit Zustimmung des Beklagten erfolgt sei. Die Vorinstanz selber habe ausgeführt, dass die Klägerin entweder ausserordentliche Umstände geltend machen müsse oder dass der Bauherr zusätzliche Bestellungen getätigt habe. Damit, dass sich aus dieser Alternative ergebe, dass vom Bauherrn vorbehaltlos angenommene Bauleistungen als vereinbart gelten würden und zu bezahlen seien, auch wenn sie im ursprünglichen Werkvertrag nicht enthalten gewesen seien, setze sich das angefochtene Urteil nicht auseinander. Die Vorinstanz setze sich damit über die von Lehre und Bundesgericht geteilte Auffassung hinweg, wonach das Fehlen unterzeichneter Regierapporte lediglich dazu führe, dass die Regierapporte den Beweis für die geleisteten Arbeiten nicht zu erbringen vermöchten, nicht aber dazu, dass Baumeisterarbeiten, die auf andere Art und Weise bewiesen würden, nicht zu entschädigen seien.

Es trifft zu, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht unterzeichnete Regierapporte nicht die Vergütungspflicht des Bestellers entfallen lassen, sondern die Beweisführungslast beschlagen (Urteil 4C.227/2002 vom 24. Januar 2003, E. 4). Darüber hat sich die Vorinstanz indessen nicht hinweggesetzt. Die Klage wurde nicht abgewiesen, weil nicht unterzeichnete Regierapporte eingereicht wurden. Die Vorinstanz wies ausdrücklich auf die erwähnte Rechtsprechung hin und schloss, da den nicht unterzeichneten Regierapporten keine Beweiskraft zukomme, müsse die Klägerin den behaupteten Mehraufwand auf andere Weise beweisen. Sie verneinte die Vergütungspflicht des Beklagten in zutreffender Auslegung der Klausel von Art. 16 der AGB nicht schon deshalb, weil die Regierapporte nicht unterzeichnet waren, sondern eröffnete der Klägerin die Möglichkeit, den behaupteten Mehraufwand anderswie zu beweisen.
Wenn die Klägerin der Vorinstanz unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.57/1999 vom 15. Mai 2000 vorwirft, sie habe sich darüber hinweggesetzt, dass vom Bauherrn vorbehaltlos angenommene Bauleistungen als vereinbart gelten würden und zu bezahlen seien, so vermag sie auch damit nicht durchzudringen. Im genannten Entscheid erkannte das Bundesgericht, es sei für die Vergütungspflicht des Bauherrn nicht erforderlich, dass er die Zusatzarbeiten formell bestellt habe, es genüge, wenn er sie genehmigt habe (E. 3b mit Hinweis auf Urteil 4C.375/1993 vom 20. Juni 1994, E. 3c teilweise publiziert in SJ 1995 S. 100). Anders als im vorliegenden Fall (vgl. Art. 11 der AGB) sahen in jenem Fall die vertraglichen Bestimmungen nicht vor, dass Zusatzarbeiten auf einer vorgängigen schriftlichen Bestellung beruhen müssten (zitiertes Urteil 4C.57/1999, E. 3b). Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz in jenem Verfahren hatten die Parteien die Vertragsänderungen im Laufe der Bauausführung mündlich oder teilweise schriftlich vereinbart. Dies liess das Bundesgericht für die Vergütungspflicht des Bestellers genügen, zumal die Zusatzarbeiten für die korrekte Ausführung des Werkes notwendig waren (zitiertes Urteil 4C.57/1999, E. 3b).
Die Konstellation im erwähnten Entscheid stimmt demnach nicht durchwegs mit dem vorliegenden Fall überein. Auch kann daraus nicht abgeleitet werden, dass vertragliche Formvorbehalte für Bestellungsänderungen unbeachtlich wären. Vielmehr greift die Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR, wenn die Parteien für vertragliche Bestellungsänderungen eine besondere Form vorbehalten (Gauch, a.a.O., Rz. 770). Zudem sind stillschweigend vereinbarte Bestellungsänderungen nicht leichthin anzunehmen (Gauch, a.a.O., Rz. 771).

Auch in diesem Zusammenhang ist somit keine Bundesrechtsverletzung durch die Vorinstanz erkennbar. Ohnehin machte sie die Vergütungspflicht des Beklagten nicht davon abhängig, dass - wie in Art. 11 der AGB vorgesehen - vor Inangriffnahme der Arbeiten schriftliche Offerten gestellt worden waren. Sie schloss nicht aus, dass angesichts einer allenfalls anders gelebten Wirklichkeit der Vorbehalt der Schriftform betreffend Offerten für Zusatzaufträge nicht zur Anwendung komme. Sie konnte diese Frage aber offen lassen, da die Klägerin ihre Behauptungslast ungenügend wahrgenommen hatte. Es fehlten bereits konkrete Angaben über die Zusatzleistungen. Ebenso wenig ist dem angefochtenen Entscheid zu entnehmen, dass die Klägerin die Notwendigkeit der zusätzlichen Arbeiten dargestellt hätte. Entgegen ihrer Behauptung hat sie auch nicht aufgezeigt, dass die geltend gemachte veränderte Bauausführung mit Zustimmung des Beklagten erfolgte.

10.
Auf die Berufung ist nicht einzutreten, soweit sie von der Y._____ AG erhoben wird. Die von der X._____ AG erhobene Berufung ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten unter solidarischer Haftbarkeit den Klägerinnen aufzuerlegen, die zudem den Beklagten für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen haben (Art. 156 Abs. 1 und 7 sowie Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Auf die Berufung der Y._____ AG wird nicht eingetreten.
2.
Die Berufung der X._____ AG wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 7'500.– wird unter solidarischer Haftbarkeit den Klägerinnen auferlegt.
4.
Die Klägerinnen haben den Beklagten für das bundesgerichtliche Verfahren unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 8'500.– zu entschädigen.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivil- und Strafrecht, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 31. Januar 2006
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: