

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB140098-O/U.doc

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

## Beschluss und Urteil vom 11. November 2015

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_ und / oder

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. \_\_\_\_\_

gegen

1. **B.** \_\_\_\_\_,

2. **C.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

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

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 2/2 S. 1)

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

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

nebst 5% Zins ab 21. Juli 1998;

2. [...]

3. [...]

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Abschliessend beziffertes Rechtsbegehren:**

(Urk. 173 S. 2)

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

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

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. November 2014:**

(Urk. 196 = Urk. 202)

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

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 73'400.00 ; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 1'000.00 Zeugenentschädigung  
  
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten, zuzüglich der Kosten aus dem obergerichtlichen Verfahren LB070110 in der Höhe von Fr. 18'101.–, werden dem Beklagten auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen verrechnet.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 80'700.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen und den Kostenvorschuss von Fr. 600.– zu ersetzen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung schriftlich und begründet beim Obergericht des Kantons Zürich Berufung eingereicht werden.

#### **Berufungsanträge:**

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

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

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

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

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

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

## **Erwägungen:**

### I.

1. Der Kläger 1, der Kläger 2 und der Beklagte schlossen sich mit Gesellschaftsvertrag vom 29. Juni 1993 zu einer einfachen Gesellschaft mit dem Namen "Konsortium F.\_\_\_\_\_" zusammen, deren Zweck darin bestand, die Liegenschaft D.\_\_\_\_\_ in E.\_\_\_\_\_/ZH zu überbauen und anschliessend die Gesamtüberbauung gewinnbringend zu verkaufen (Urk. 2/3/5). Das Konsortium bezweckte insbesondere den Abschluss eines auf den Namen des Klägers 1 eingetragenen Kaufrechts an der Liegenschaft (Ziff. 2.1), die Überbauung und Realisierung dieser Liegenschaft (Ziff. 2.2) und den möglichst gewinnbringenden Verkauf dieser Liegenschaft (Ziff. 2.3). Die Gesellschafter waren zu je einem Drittel am Konsortium beteiligt und nahmen entsprechend ihrer Beteiligung am Konsortium am Geschäftsergebnis teil (Ziff. 3.2 und 3.3). Unter dem Titel "Leistungen der drei Konsorten" hielten die Parteien in Ziff. 4.1.1 bis Ziff. 4.1.3 diverse Leistungen fest, die durch sie beherrschte Gesellschaften erfolgen sollten. Gemäss Ziff. 4.1.2 hatte die dem Beklagten gehörende G.\_\_\_\_\_ AG (fortan G.\_\_\_\_\_ AG) – der auch die Besorgung der Konsortialbuchhaltung übertragen wurde – die Überbauung als Generalunternehmerin mit offener Abrechnung und einem GU-Honorar von 4 Prozent zu erstellen. Das Konsortium sollte mit Erreichung des Gesellschaftszwecks nach erfolgter Gesamtabrechnung und Erledigung allfälliger Baugarantiefälle aufgelöst werden (Ziff. 7.1).

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

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

3. Am 3. Mai 1999 klagten die Kläger gegen die G.\_\_\_\_\_ AG und den Beklagten am Bezirksgericht Meilen auf Abrechnung und Herausgabe ihrer Gewinnanteile. Mit Beschluss vom 16. Juni 1999 trat das Bezirksgericht Meilen auf die Klage nicht ein und überwies den Prozess an das Bezirksgericht Zürich (Urk. 1). Am 19. März 2004 zogen die Kläger die Klage gegen die G.\_\_\_\_\_ AG zurück, nachdem die Frage der örtlichen Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich für die Klage gegen die Aktiengesellschaft mehrere Entscheidungen notwendig gemacht hatte (Urk. 33, Urk. 44, Urk. 46, Urk. 47, Urk. 57). Mit Urteil vom 30. September 2004 wies das Bezirksgericht die Klage gegen den (verbliebenen) Beklagten ab (Urk. 60). Dieses Urteil wurde von der I. Zivilkammer mit Beschluss vom 6. Januar 2007 ein erstes Mal und – nach Aufhebung des obergerichtlichen Beschlusses durch das Kassationsgericht – mit Beschluss vom 6. Mai 2008 ein zweites Mal aufgehoben und zwecks Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückverwiesen (Urk. 64 bis Urk. 66), worauf das Bezirksgericht den Beklagten mit Teilurteil vom 19. Februar 2010 verpflichtete, eine vollständige Abrechnung bezüglich der Erstellung der "Überbauung D.\_\_\_\_\_ ... E.\_\_\_\_\_ ZH" mit sämtlichen Belegen gemäss dem Gesellschaftsvertrag vom 29. Juni 1993 einzureichen. Diese Abrechnung habe sämtliche mit der Überbauung zusammenhängenden Geldeingänge und Ausgaben sowie das Generalunternehmer-Honorar der G.\_\_\_\_\_ AG von 4 Prozent zu enthalten (Urk. 119).

4. Gegen dieses Teilurteil erhob der Beklagte Berufung, worauf die I. Zivilkammer mit Urteil vom 1. September 2011 die Klage auf Abrechnung abwies (Urk. 122/143). Sie erwog, die einfache Gesellschaft "Konsortium F.\_\_\_\_\_" bestehe nach wie vor und der Gesellschaftsvertrag vom 29. Juni 1993 habe weiterhin Gültigkeit. Auch werde es wohl schon so gewesen sein, dass die Konsorten damals davon ausgegangen seien, der nunmehr bei der G.\_\_\_\_\_ AG anfallende

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

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

"1.

In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Obergerichts vom 1. September 2011 aufgehoben und der Beschwerdegegner verpflichtet, dem Bezirksgericht innert 30 Tagen ab Empfang dieses begründeten Urteils eine vollständige Abrechnung bezüglich der Erstellung der Überbauung mit sämtlichen Belegen gemäss dem Gesellschaftsvertrag vom 29. Juni 1993 einzureichen. Die Abrechnung hat sämtliche mit der Überbauung zusammenhängende Geldeingänge und Ausgaben sowie das Generalunternehmer-Honorar der Aktiengesellschaft von 4 % zu enthalten."

2.

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

[...]"

Das Bundesgericht erwog, die Vorinstanz und auch die Parteien legten grossen Wert auf die Frage, wann der Beklagte welche Garantien abgegeben habe. Die Kläger würden versuchen aufzuzeigen, dass die schliesslich verwirklichte Variante schon bei Abschluss der Vereinbarung als möglich angesehen worden sei, weshalb sich die in der ursprünglichen Vereinbarung enthaltene Garantie auch auf das verwirklichte Projekt beziehe. Beide Parteien wie auch die Vorinstanz würden den Zweck der getroffenen Regelung sowie die rechtlichen Gegebenheiten der einfachen Gesellschaft und des Garantievertrags ausser Acht lassen. Ihre Ausführungen gingen daher über weite Strecken an der Sache vorbei (E. 3.5).

Das Bundesgericht wies sodann auf die Zweckförderungs- und Treuepflicht hin, welche es einem (einfachen) Gesellschafter verbiete, im Bereich der Zweckverfolgung der Gesellschaft im Konfliktfall seinen persönlichen Interessen den Vorzug zu geben (E. 3.6). Das Bundesgericht liess offen, ob die von den Gesellschaftern zur Leistungserbringung herangezogenen nahestehenden Firmen als Hilfspersonen anzusehen seien. Auf jeden Fall hätten die Konsorten nach Treu und Glauben damit rechnen dürfen, dass ein Vertragspartner, der zur Erfüllung einer von ihm eingegangenen Verpflichtung ein mit ihm eng verbundenes oder gar von ihm beherrschtes Unternehmen beiziehe, dafür besorgt sein werde, dass dieses bei der Erbringung der Leistung die im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Modalitäten respektiere (E. 3.7).

Daran ändere sich – so das Bundesgericht weiter – auch mit der nachfolgenden Modifizierung der Projektrealisierung nichts, zumal auch die Vorinstanz davon ausgegangen sei, der nunmehr bei der G. \_\_\_\_\_ AG anfallende Mehrerlös sei wohl weiterhin auf die Konsorten zu verteilen. Wenn der Beklagte im Rahmen des veränderten Projekts die von ihm beherrschte G. \_\_\_\_\_ AG zur Vertragserfüllung beiziehe, habe er nach Treu und Glauben dafür zu sorgen, dass die G. \_\_\_\_\_ AG die vorgesehene Gewinnverteilung respektiere. Da er die G. \_\_\_\_\_ AG beherrsche, bestimme er deren Willensbildung. Dass es ihm nicht möglich gewesen wäre, dafür zu sorgen, dass die G. \_\_\_\_\_ AG über den erzielten Gewinn nach Massgabe von Ziff. 4.1.2 abrechne, behaupte er nicht. Wenn er sich entscheide, den mit dem Projekt erwirtschafteten Gewinn bei der G. \_\_\_\_\_ AG zu belassen, statt diese zu veranlassen, unter Beanspruchung des ihr zustehenden GU-Honorars von 4 % gegenüber dem Konsortium abzurechnen, fördere er seine persönlichen Interessen zu Lasten derjenigen der einfachen Gesellschaft und vereitere die Erzielung eines Gewinns durch das Konsortium, welche letztlich den Zweck der einfachen Gesellschaft bilde. Er verletze mithin seine aus der Gesellschafterstellung fliessenden Pflichten und werde bereits deswegen schadenersatzpflichtig. Ob er eine eigentliche Garantie für die von der G. \_\_\_\_\_ AG zu erbringende Leistung übernommen habe und damit auch ohne Verletzung seiner Pflichten als Gesellschafter haften würde (mit Hinweis auf BK-Weber, N 151 zu Art. 111 OR), könne damit offen bleiben. Für seine Haftung genüge, dass er sich

nicht um die Leistung der G.\_\_\_\_\_ AG bemüht habe (unter Hinweis auf BGE 85 II 452 E. 2 S. 453 f.). Aus diesem Grunde nütze es dem Beklagten auch nichts, wenn er seine Passivlegitimation damit bestreite, nicht er, sondern die G.\_\_\_\_\_ AG habe die verlangte Abrechnung vorzunehmen. Denn er habe dafür zu sorgen, dass die entsprechende Abrechnung erfolge (E. 3.8).

Nachdem die Konsorten davon hätten ausgehen dürfen, der Beklagte werde dafür sorgen, dass die G.\_\_\_\_\_ AG vereinbarungsgemäss über den erzielten Gewinn mit dem Konsortium abrechne, erweise sich die Beschwerde im Ergebnis als begründet. Der Beklagte sei antragsgemäss zur Abrechnung zu verpflichten, und die Sache sei an das Bezirksgericht zur Fortsetzung des Verfahrens zurückzuweisen (E. 4).

6. Am 19. September 2012 reichte der Beklagte innert erstreckter Frist eine Konsortialabrechnung ein (Urk. 134). Am 10. September 2013 reichte der Beklagte weitere Belege ein (Urk. 164), worauf die Kläger mit Eingabe vom 18. November 2013 das eingangs aufgeführte abschliessend bezifferte Rechtsbegehren stellten und begründeten (Urk. 173). Die Stellungnahme des Beklagten datiert vom 11. Februar 2014 (Urk. 179). Weitere Stellungnahmen erfolgten am 27. März 2014 (Urk. 185) und am 26. Mai 2014 (Urk. 191), worauf mit Verfügung vom 5. Juni 2014 das Hauptverfahren geschlossen wurde (Urk. 194). Am 13. November 2014 fällte die Vorinstanz das eingangs aufgeführte Urteil (Urk. 196 = Urk. 202).

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

II.

Die Vorinstanz ermittelte Baukosten in der Höhe von Fr. 17'033'087.05 und – nach Abzug der BKP-Positionen Gebäude (BKP 0) und Baunebenkosten (BKP 5) – eine honorarberechtigte Bausumme von Fr. 16'174'650.85 (Urk. 202 S. 35), auf der sie der G.\_\_\_\_\_ AG ein GU-Honorar von 4 % zuzüglich 6.5 % Mehrwertsteuer, total Fr. 689'040.10, zugestand (Urk. 202 S. 40 ff.). Nach Hinzurechnung von Fr. 237'156.45 für Mehrwertsteuern auf dem nicht vorsteuerabzugsberechtigten Teil ergab sich ein Aufwand von Fr. 17'959'283.60 (Urk. 202 S. 43). Bei Einnahmen von Fr. 20'178'378.25 resultierten auf die drei Parteien entfallende Gewinnanteile von Fr. 739'698.20 (Urk. 202 S. 49). Die Einrede der Verjährung und der Nichtigkeit des Garantie- bzw. Schadenersatzanspruchs zufolge unerlaubter Steuerumgehung wies die Vorinstanz zurück (Urk. 202 S. 10 ff.). Nachdem der Kläger 2 bereits Fr. 85'000.– erhalten hatte, war die Klage ausgewiesen und gutzuheissen im Umfang von Fr. 739'698.20 gegenüber dem Kläger 1 und im Umfang von Fr. 654'698.20 gegenüber dem Kläger 2 (Urk. 202 S. 49 und S. 51).

III.

1.1 Das zweitinstanzliche Verfahren richtet sich nach der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Art. 404 f. ZPO). Demgegenüber stand das erstinstanzliche Verfahren noch unter der Herrschaft der kantonalzürcherischen Zivilprozessordnung (BGer 4A\_471/2011 E. 3.3).

1.2. Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Da auch die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 und Art. 311 ZPO).

1.3 Soweit die Klage(n) abgewiesen wurde(n), ist das angefochtene Urteil der Vorinstanz mit Ablauf der Anschlussfrist, d.h. am 10. März 2015, in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken.

1.4 Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO muss die Berufung eine Begründung enthalten. Dies bedeutet, dass sich der Berufungskläger substantiiert mit den angefochtenen Urteilerwägungen auseinandersetzt und im Einzelnen aufzeigt, worin eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 ZPO) liegt. Es genügt nicht, wenn der Berufungskläger bloss den vor Vorinstanz eingenommenen Rechtsstandpunkt wiederholt oder gar lediglich auf die Rechtsschriften in den Vorakten verweist. Vielmehr muss er die als fehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz zum Ausgangspunkt seiner Kritik machen. Die Berufungsinstanz ist nicht verpflichtet, den angefochtenen Entscheid von sich aus auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, es sei denn, diese träten offen zu Tage (vgl. – je mit weiteren Hinweisen – Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 893 ff., insb., N 896; Hohl, Procédure civil, Tome II, Bern 2010, N 2405 f.; Reetz/Theiler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., N 36 zu Art. 311 ZPO; ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 92 zu Art. 311 ZPO; CPC-Jeandin, N 3 zu Art. 311 CPC).

1.5 Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Wer sich auf neue Tatsachen beruft, hat zu substantiiieren und zu beweisen, dass er die entsprechenden Noven unverzüglich nach ihrer Entdeckung vorgebracht hat und dass er sie trotz Anwendung zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (Reetz/Hilber, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., N 34 zu Art. 317 ZPO).

1.6 Der Beklagte trägt mit seiner Berufung vor, die bundesgerichtlichen Ausführungen hätten für den vorliegenden Streitgegenstand keinerlei präjudizierende Wirkung. Während am Bundesgericht die Abrechnungspflicht bzw. die Stufenklage zu beurteilen gewesen sei, stehe nunmehr das Hauptklagebegehren auf Leistung der Gewinnanteile im Zentrum. Hinzu komme, dass das Bundesgericht sowohl den von den Klägern geltend gemachten Garantieanspruch als auch die Frage der Nichtigkeit desselben gar nicht geprüft habe (Urk. 201 S. 8 f.).

Zu Recht wenden die Kläger ein, es gehe hier nicht um die Frage, inwieweit ein Urteil des Bundesgerichts in einer anderen Streitsache aufgrund der materiellen Rechtskraft verbindlich sei, sondern um die Bindung an den Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts gestützt auf das Bundesgerichtsgesetz in der gleichen Streitsache (Urk. 212 S. 6 ff.). In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht seine zu Art. 66 Abs. 1 OG ergangene Rechtsprechung auch unter der Herrschaft des BGG, das keine entsprechende Bestimmung enthält, als anwendbar bezeichnet. Die mit der Neuurteilung befasste kantonale Instanz ist demnach an die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wurde, gebunden und hat dieselbe dem neuen Entscheid zugrunde zu legen. Abgesehen von allenfalls zulässigen Noven hindert die Bindung an den Rückweisungsentscheid sowohl die Parteien als auch die Gerichte daran, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden waren. Die vom Bundesgericht bereits entschiedenen Fragen sind daher nicht mehr zu überprüfen und neue rechtliche Vorbringen können nicht berücksichtigt werden. Der Rahmen für die neuen Tatsachenfeststellungen und die neue rechtliche Begründung ergibt sich aus der Begründung der Rückweisung (BGE 135 III 334 E. 2 S. 335 f. mit Verweis auf die frühere Rechtsprechung; vgl. auch Corboz, in: Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, Bern 2009, N 27 zu Art. 107 BGG; von Werdt, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, Stämpfli Handkommentar, N 9 zu Art. 61 BGG). Mit einer erneuten Beschwerde ans Bundesgericht können in der Regel keine Punkte gerügt werden, die bereits in der ersten Beschwerde an das Bundesgericht hätten vorgebracht werden können (BGer 4A\_39/2012 E. 1.2; BSK BGG-Heimgartner/Wiprächtiger, N 28 zu Art. 61 BGG).

1.7 In der Stellungnahme zur Berufungsantwort trägt der Beklagte vor, beim Bundesgerichtsurteil handle es sich gar nicht um einen Rückweisungsentscheid, bei welchem eine Sache von der Vorinstanz erneut zu beurteilen sei, sondern um einen Teilentscheid bezüglich eines anderen Streitgegenstands (Abrechnung). Lediglich zur Behandlung der übrigen Klagebegehren sei die Sache an das Be-

zirksgericht (und nicht etwa an das Obergericht als Vorinstanz) zurückgewiesen worden. Bereits aus diesem Grunde habe das bundesgerichtliche Urteil keinerlei Bindungswirkung für die im vorliegenden Verfahren aufgeworfenen Fragen betreffend einen anderen Streitgegenstand (Urk. 217 S. 3).

Es mag zutreffen, dass bei Gutheissung des Abrechnungsbegehrens einer Stufenklage (Urk. 125 S. 4 E. 1) keine (kassatorische) Rückweisung zwecks Vervollständigung des Tatbestandes und neuer Entscheidung vorliegt (BSK BGG-Uhlmann, N 11 f. zu Art. 91 BGG). Das Bundesgericht hat vielmehr in der Sache selbst entschieden, indem es den Informationsanspruch guthiess und den Beklagten zur Abrechnung verpflichtete (Art. 107 Abs. 2 BGG). Mit der Rückweisung der Sache durch das Bundesgericht wurde der Prozess hinsichtlich des davon betroffenen Streitpunktes daher auch nicht in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Fällung des kantonalen Urteils befunden hat (BGE 116 II 220 E. 4a S. 222). Insofern kann man sich fragen, ob es der Anordnung der Rückweisung überhaupt bedurft hätte, um das Verfahren über den Hauptanspruch fortzuführen. Trotzdem hat das Bundesgericht in Dispositiv Ziffer 2 in Übereinstimmung mit seinen Erwägungen ausdrücklich die Rückweisung der Sache an die erste Instanz zur Fortsetzung des Verfahrens vorgesehen, so dass sich die Auffassung des Beklagten, es liege kein Rückweisungsentscheid vor, nicht aufrecht erhalten lässt. Die Abänderung des Entscheids über eine Zwischenfrage ("décision incidente") wird denn auch ausdrücklich als Konstellation erwähnt, in der eine Sache an die erste Instanz zur Fortführung des Verfahrens zurückzuweisen ist (Corboz, a.a.O., N 25 zu Art. 107 BGG). Auch darf angenommen werden, die beabsichtigte Bindungswirkung sei zumindest mit ein Grund gewesen, dass die Rückweisung überhaupt angeordnet wurde. Zu beachten ist, dass bereits vor Einführung des Bundesgerichtsgesetzes die Bindungswirkung als ein für alle Arten der Rückweisung geltender Grundsatz betrachtet wurde (Poudret, in: Poudret/Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Bern 1990, n. 1.1 zu Art. 66 OG). Es ist denn auch kein Grund ersichtlich, weshalb dieser allgemeine Grundsatz im vorliegenden Fall für die Beurteilung des Hauptanspruchs nicht zum Tragen kommen sollte. Der Umstand, dass der Beklagte dem Bundesgericht verschiedene Rechtsverletzungen vorwirft (Urk. 201 S. 7, S. 20), reicht selbstredend

nicht aus, um dem bundesgerichtlichen Urteil die Bindungswirkung abzusprechen. Die Erwägungen des Bundesgerichts waren für die Vorinstanz auch ohne ausdrücklichen Verweis auf die Erwägungen im Dispositiv verbindlich. Die Vorinstanz brauchte damit nicht über diejenigen Punkte zu befinden, über die das Bundesgericht bereits entschieden hat oder die mit der Beschwerdeantwort nicht bzw. nicht hinreichend substantiiert gerügt worden sind (vgl. Urk. 125 S. 6 E. 1.4).

1.8 Soweit der Beklagte dem Bundesgericht die Verletzung des rechtlichen Gehörs, überspitzten Formalismus, eine unzulässige Erweiterung des Sachverhalts (samt falscher Verteilung der Behauptungs- und Beweislast) und die willkürliche Würdigung desselben vorwirft (Urk. 201 S. 7, S. 20), stossen seine Beanstandungen ins Leere. Das Bundesgericht ist die oberste rechtsprechende Behörde des Bundes (Art. 188 Abs. 1 BV, Art. 1 Abs. 1 BGG). Seine Entscheide erwachsen mit der Ausfällung in Rechtskraft (Art. 61 BGG) und können nicht durch eine übergeordnete (und schon gar nicht durch eine untergeordnete) Instanz aufgehoben oder korrigiert werden.

2. Der Beklagte wirft der Vorinstanz vor, sie habe drei – für die Beurteilung zentrale – Rahmenbedingungen nicht beachtet, die sie "vorab" – unter Verweis auf die Ausführungen der Vorinstanz – zusammenfassend darlege (Urk. 201 S. 10). Der Beklagte zeigt aber in dieser Zusammenfassung nicht auf, inwiefern sich diese angeblich verkannten Rahmenbedingungen nachteilig auf seine Leistungspflicht auswirken. Der Beklagte will denn auch lediglich im Sinne eines "Zwischenfazits für die nachfolgenden Ausführungen" festgehalten wissen, "dass weder mit Bezug auf die G.\_\_\_\_\_ AG noch mit Bezug auf den Beklagten ein (schuld-) vertragliches Verhältnis mit Bezug auf eine Ablieferung eines [...] Projektgewinnes besteht", was wiederum Konsequenzen mit Bezug auf die gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten des Beklagten und allfällige damit zusammenhängende Schadenersatzforderungen habe (Urk. 201 S. 16). Im Einzelnen:

2.1 So führt der Beklagte aus, es hätten einerseits keine direkten Ansprüche des Konsortiums gegenüber der G.\_\_\_\_\_ AG und andererseits keinerlei Ansprüche der G.\_\_\_\_\_ AG gegenüber dem Konsortium bzw. gegenüber den Klägern und dem Beklagten persönlich bestanden (Urk. 201 S. 10 ff.). Wie das "Fehlen ei-

nes Vertragsverhältnisses" zwischen der G.\_\_\_\_\_ AG und dem Konsortium bzw. den Konsorten die Leistungspflicht des Beklagten gegenüber den Klägern zu beeinflussen vermag, lässt sich der Zusammenfassung des Beklagten nicht entnehmen, auch wenn er geltend macht, die G.\_\_\_\_\_ AG hätte sich weder beim Konsortium noch bei den einzelnen Konsorten schadlos halten können, falls sich das Bauprojekt als Verlustgeschäft erwiesen hätte (Urk. 201 S. 12). Soweit der Beklagte später daraus ableitet, aufgrund der Kostenrisiken rechtfertige sich ein Honorar der G.\_\_\_\_\_ AG von 9 % statt lediglich 4 %, wird noch darauf zurückzukommen sein.

2.2 Dasselbe gilt für den Standpunkt des Beklagten, die G.\_\_\_\_\_ AG sei Totalunternehmerin des Kantons und nicht Generalunternehmerin des Konsortiums gewesen und habe aufgrund eines pauschalierten Totalunternehmerwerk-lohnes die damit verbundenen Kostenrisiken getragen (Urk. 201 S. 13 f.). Aus dieser Aussage allein lassen sich keine Auswirkungen auf die Leistungspflicht des Beklagten feststellen.

2.3 Der Beklagte stellt sodann in Abrede, dass er ein Garantieverprechen mit Bezug auf die Ablieferung eines Projektgewinnes abgegeben habe, zumal das Konsortium nach Aufhebung des Kaufrechtsvertrages und Abschluss des Totalunternehmervertrags zwischen dem Kanton Zürich und der G.\_\_\_\_\_ AG nicht mehr bestanden habe (Urk. 201 S. 14 ff.). Wie der Beklagte aber selber anerkennt, hat das Bundesgericht die Frage offengelassen, ob der Beklagte eine eigentliche Garantie für die von der G.\_\_\_\_\_ AG zu erbringende Leistung übernommen hat (Urk. 125 E. 3.8). Das Bundesgericht ist aber – in Übereinstimmung mit dem angefochtenen Urteil vom 1. September 2011 – explizit davon ausgegangen, die Erreichung des Gesellschaftszwecks sei durch das Vorgehen der Parteien nicht unmöglich geworden (Urk. 125 E. 3.1). Darauf kann der Beklagte nicht mehr zurückkommen. Sodann stellte das Bundesgericht für den weiteren Verlauf des Verfahrens verbindlich klar, dass die "aus der Gesellschafterstellung fließenden Pflichten" des Beklagten mit der nachfolgenden Modifizierung der Projektrealisierung nicht untergingen und der Beklagte auch "im Rahmen des veränderten Projekts" dafür zu sorgen hatte, dass die G.\_\_\_\_\_ AG die vorgesehene Gewinnverteilung

respektiert (Urk. 125 E. 3.8). Entgegen der Auffassung des Beklagten war die Frage nach dem Fortbestand der Gesellschaft von der Vorinstanz nicht nochmals einlässlich zu prüfen, weil sich die Kammer bzw. das Bundesgericht bisher lediglich im Rahmen der Abrechnung damit befasst hat. Es kann auf das bisher Gesagte verwiesen werden (Erw. 1.6).

3. Der Beklagte weist eine gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung zurück, beharrt auf der Nichtigkeit der klägerischen Ansprüche und wiederholt die Einrede der Verjährung (Urk. 201 S. 17 ff.). Im Einzelnen:

3.1 Der Beklagte ist der Auffassung, ihm könne keine gesellschaftsrechtliche Treupflichtverletzung vorgeworfen werden, wenn er "unter diesen Umständen" (keine vertragliche Verpflichtung, kein klägerischer Widerspruch hinsichtlich einer Realisierung der Bauprojekte durch die G.\_\_\_\_\_ AG, vollumfängliche Abgeltung sämtlicher klägerischer Leistungen bzw. ihrer Firmen) nicht bereit gewesen sei, den durch die G.\_\_\_\_\_ AG in alleiniger Verantwortung realisierten Projektgewinn herauszugeben. Eine entsprechend begründete Schadenersatzpflicht des Beklagten scheidet daher aus (Urk. 201 S. 17 f.).

Das Bundesgericht hat für das weitere Verfahren verbindlich festgestellt, dass der Beklagte seine aus der Gesellschafterstellung fließenden Pflichten verletzt und schadenersatzpflichtig wird, wenn er nicht dafür sorgt, dass eine Abrechnung und die vorgesehene Gewinnverteilung erfolgt. Der Beklagte kann auf diese höchstrichterliche Beurteilung nicht mehr zurückkommen.

3.2 Der Beklagte wirft der Vorinstanz vor, sie sei mit Bezug auf die Nichtigkeit des Hauptanspruchs fälschlicherweise von einer Bindung an den Rückweisungsbeschluss der Kammer vom 6. Mai 2008 und von einer abgeurteilten Sache ausgegangen. Das Bundesgericht habe die Frage der Nichtigkeit nicht geprüft. Der Einwand der Nichtigkeit werde daher erneut erhoben. Bei der gewählten Vertragskonstruktion (direkte Platzierung des Grundstücks beim Käufer, gleichzeitiger Vertragsabschluss des Käufers mit der G.\_\_\_\_\_ AG, Ablieferung eines daraus resultierenden Konsortialgewinns an die Konsorten) handle es sich nicht um eine zulässige Steueroptimierung sondern um eine unerlaubte Steuerumgehung, wel-

che die Nichtigkeit des Anspruchs auf Ablieferung des Konsortialgewinnes zur Folge habe. Was die Kammer in ihrem Rückweisungsbeschluss vom 6. Mai 2008 zur Nichtigkeit ausgeführt habe, vermöge, wie er in seiner Berufungsschrift vom 10. Mai 2010 aufgezeigt habe, nicht zu überzeugen. Sei ein direkter Anspruch gegenüber der G.\_\_\_\_\_ AG und ein Garantieanspruch gegenüber dem Beklagten nichtig, werde auch eine allfällige gesellschaftsrechtliche Schadenersatzforderung mit demselben wirtschaftlichen Zweck von der Nichtigkeit erfasst (Urk. 201 S. 19 ff.).

Die Kammer hat bereits im Rückweisungsbeschluss vom 6. Mai 2008 die Einrede der Nichtigkeit geprüft und verworfen (Urk. 64 S. 50 ff.). Im Urteil vom 1. September 2011 wurde auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen (Urk. 122/143 S. 14). Das Bundesgericht erwog, die Vorinstanz habe im Einzelnen ausgeführt, weshalb keine Nichtigkeit infolge Steuerumgehung gegeben sei. Soweit der Beklagte in der Beschwerdeantwort die Nichtigkeit der getroffenen Vereinbarungen zufolge Steuerhinterziehung behaupte, fehle jegliche Auseinandersetzung mit den Entscheiden der Vorinstanz, weshalb der angefochtene Entscheid in diesem Punkt nicht zu überprüfen sei (Urk. 125 E. 2.2). Lehnte es das Bundesgericht mangels hinreichender Begründung ausdrücklich ab, auf die geltend gemachte Nichtigkeit der Vereinbarungen näher einzugehen, und ging es in der Folge von der Gültigkeit derselben aus, sind die kantonalen Instanzen für den weiteren Verlauf des Verfahrens auch daran gebunden. Und zwar gilt dies auch für die vom Bundesgericht in den Vordergrund gerückte Schadenersatzpflicht aus Gesellschaftsrecht, ergibt sich diese doch direkt aus den zwischen den Parteien bestehenden und für gültig befundenen gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen. Der Beklagte kann nun nicht nachträglich seine Rügen ergänzen und vortragen, die von der Kammer in ihren früheren Entscheiden vertretene Auffassung sei falsch, um doch noch eine (auch höchstrichterliche) Überprüfung der Zurückweisung seines Einwandes zu erreichen, sind doch keine Gründe dafür ersichtlich, weshalb er die beiden obergerichtlichen Entscheide vom 6. Mai 2008 und vom 1. September 2011 nicht sachgerecht beim Bundesgericht hätte anfechten können (vgl. BGer 4A\_39/2012 E. 1.2). Die Bindung an den Entscheid des Bundesge-

richts steht auch insoweit einer Auseinandersetzung mit den vom Beklagten in seiner Berufung vorgetragene Argumenten entgegen.

3.3 Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe seine Verjährungseinrede zu Unrecht abgewiesen. Er macht geltend, eine Unterbrechungshandlung der Kläger hinsichtlich gesellschaftsrechtlicher Schadenersatzansprüche liege nicht vor. Die Kläger hätten den Streitgegenstand im Rahmen der Dispositionsmaxime auf einen schuldrechtlichen Anspruch gegenüber dem Beklagten eingegrenzt. Mithin sei die eingeklagte Forderung nicht geeignet gewesen, um die Verjährung mit Bezug auf anderweitige, insbesondere gesellschaftsrechtliche Schadenersatzansprüche zu unterbrechen (Urk. 201 S. 24 f.).

Die Vorinstanz hat die Verjährungseinrede mit zutreffender Begründung abgewiesen. Es kann darauf verwiesen werden (Urk. 202 S. 9). Zur Verjährungsunterbrechung genügt es, dass der Lebenssachverhalt der vom Kläger behaupteten Leistungspflicht für den Beklagten aus dem Akt der Klageanhebung identifizierbar ist (ZK-Berti, N 63 zu Art. 135 OR; BSK OR I-Däppen, N 6c zu Art. 135 OR). Auf die rechtliche Qualifikation der eingeklagten Leistungspflicht kann es insofern nicht ankommen. Gemäss Klageschrift vom 8. Februar 1999 soll der Beklagte verpflichtet werden, detailliert abzurechnen und den Klägern ihre Gewinnanteile aus der Realisierung der Überbauung D.\_\_\_\_\_/E.\_\_\_\_\_ herauszugeben (Urk. 2/2). Sie stützten sich zur Begründung ihrer Ansprüche auf den Gesellschaftsvertrag vom 29. Juni 1993 (Urk. 2/2 S. 6 ff. S. 11 f., S. 14 f.). Daher wurde die Verjährung unabhängig davon unterbrochen, ob der Beklagte aus Garantievertrag oder aus Gesellschaftsvertrag leistungs- bzw. schadenersatzpflichtig wird.

Die Kläger wenden übrigens mit Recht ein, die Anrufung der Verjährungseinrede in der Rechtsschrift vom 19. September 2012 (Urk. 134 S. 25) bedeute eine unzulässige Ausweitung des Prozessstoffes und eine "neue rechtliche Behauptung" (Urk. 212 S. 16). Der Beklagte will die Verjährungseinrede bereits in der Klageantwort geltend gemacht haben (Urk. 201 S. 24). Der Beklagte erhob daselbst die Verjährungseinrede, "soweit ihm gegenüber Forderungen ausservertraglicher Natur geltend gemacht werden" (Urk. 2/16 S. 4). In den Entscheiden der Kammer vom 6. Mai 2008 und 1. September 2011 (Urk. 64, Urk. 122/143) spielte

die Verjährungsfrage keine Rolle. Auch vor Bundesgericht wurde das Thema nicht angeschnitten bzw. behandelt. Da es Parteien wie Gerichten verwehrt ist, den von der Rückweisung erfassten Streitpunkt auszuweiten und die Sache nach einer Rückweisung unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die gar nicht in Erwägung gezogen wurden, ist die Berufung auf die Verjährung auch unter diesem Aspekt unzulässig.

4. Die von der Vorinstanz bereinigten Baukosten (ohne Honorar der G.\_\_\_\_\_ AG) von Fr. 17'033'087.05 werden von beiden Parteien anerkannt (Urk. 201 S. 38, Urk. 212 S. 23). Die Vorinstanz zog von diesem Betrag Fr. 6'065.– (BKP; Grundstück) und Fr. 852'371.20 (BKP 5; Baunebenkosten) ab und gelangte zu einer honorarberechtigten Bausumme von Fr. 16'174'650.85. Der Beklagte ist der Ansicht, von den Baunebenkosten müssten zumindest Fr. 124'421.– als Aufwand zugelassen werden, was zu einer honorarberechtigten Bausumme von Fr. 16'299'071.90 führe. Zudem ist der Beklagte der Ansicht, die Stellung der G.\_\_\_\_\_ AG als Totalunternehmerin rechtfertige einen Totalunternehmer-Zuschlag zum GU-Honorar von 5 % und damit ein TU-Honorar von 9 %.

4.1.1 Der Beklagte rechtfertigte den Totalunternehmer-Zuschlag mit dem (aufgrund der Änderung der Projektrealisierung neu von der G.\_\_\_\_\_ AG zu tragenden) Kostenrisiko und der Übernahme zusätzlicher Leistungen (Planungsaufwendungen des Architekten und der Fachplaner). Die Vorinstanz gelangte mit eingehender Begründung zum Ergebnis, der G.\_\_\_\_\_ AG stehe lediglich ein Honorar von 4 % zu (Urk. 202 S. 37 ff.). Sie verwies im Wesentlichen darauf, dass die G.\_\_\_\_\_ AG einen "Generalunternehmervertrag" zu einem Zeitpunkt abschloss, in dem die gesamte Planungs- und Projektierungsarbeit bereits abgeschlossen war, weshalb die G.\_\_\_\_\_ AG keine Planungsarbeiten mehr zu übernehmen hatte (Urk. 202 S. 38). Sie räumte sodann ein, dass die G.\_\_\_\_\_ AG aufgrund des mit dem Kanton Zürich vereinbarten Pauschalhonorars ein Kostenrisiko zu tragen hatte. Aus dem Umstand, dass die G.\_\_\_\_\_ AG aufgrund des Gesellschaftsvertrags gegenüber den Konsorten offen abrechnen kann, leitete die Vorinstanz aber ab, dass die G.\_\_\_\_\_ AG im Innenverhältnis keinem erhöhten Kostenrisiko ausgesetzt ist, da der aus dem Bauprojekt resultierende Gewinn und die

Gewinnanteile der Kläger kleiner ausfallen würden, falls sich der Beklagte bzw. die G.\_\_\_\_\_ AG bei der Berechnung der zu erwartenden Baukosten und damit des Pauschalwerkpreises verkalkuliert hätte (Urk. 202 S. 39 f.).

4.1.2 Mit seiner Berufung hält der Beklagte daran fest, dass der G.\_\_\_\_\_ AG ein TU-Honorar zuzugestehen sei. Die Vorinstanz habe insbesondere verkannt, dass nach Abschluss des Werkvertrags unter Verantwortung der G.\_\_\_\_\_ AG die eigentliche Ausführungsplanung bis hin zur Detailplanung fertigzustellen gewesen sei, die G.\_\_\_\_\_ AG die Verantwortung für Planungsfehler und die Stellung einer Bürgschaft in der Höhe von Fr. 1.7 Mio. übernommen habe und die G.\_\_\_\_\_ AG mangels vertraglichen Verhältnisses zum Konsortium keine Möglichkeit gehabt hätte, sich beim Konsortium schadlos zu halten, falls das Bauprojekt zu einem Verlust geführt hätte. Es liege eine eigentliche Vertragslücke vor, die im Sinne des hypothetischen Parteiwillens zu schliessen sei und zu einer zusätzlichen Vergütung der übernommenen Kostenrisiken bzw. zu einem praxisüblichen TU-Honorar von 9 % führen müsse. Der Aufforderung des Bundesgerichts, mit einem GU-Honorar von 4 % abzurechnen, lasse sich nicht entnehmen, dass keine zusätzlichen Leistungen geltend gemacht werden dürften. Zudem habe die Vorinstanz die Behauptungs- und Beweislast falsch verteilt, da es Sache der Kläger gewesen wäre, zu behaupten und nachzuweisen, dass die G.\_\_\_\_\_ AG auch unter veränderten Umständen ihr Einverständnis zu einem Honorar von 4 % erteilt hätte (Urk. 201 S. 29 ff.).

4.1.3 Zu Recht wenden die Kläger dagegen ein, der Bundesgerichtsentscheid stehe einer Gewinnermittlung unter Zugrundelegung eines Unternehmerhonorars von 9 % entgegen (Urk. 212 S. 17 f.). Das Bundesgericht liess in seinen Erwägungen keinen Zweifel daran, dass die G.\_\_\_\_\_ AG *unter Beanspruchung eines ihr zustehenden* GU-Honorars von 4 % abzurechnen hatte (Urk. 125 E. 3.8). Diese Feststellung fand Eingang in das Dispositiv, in dem der Beklagte verpflichtet wurde, die vollständige Abrechnung unter Einschluss eines Generalunternehmerhonorars der G.\_\_\_\_\_ AG von 4 % vorzulegen, was bereits das Bezirksgericht in seinem Urteil vom 19. Februar 2010 so angeordnet hatte (Urk. 119 S. 20). Weder das Bundesgericht noch die Kammer in ihren Entscheiden vom 6. Mai

2008 und 1. September 2011 zogen in Erwägung, dass der G.\_\_\_\_\_ AG ein höheres Honorar als die vereinbarten 4 % zustehen könnte (Urk. 64 S. 46, S. 49 ff.; Urk. 122/143 S. 38 ff.). Der Beklagte machte denn auch erstmals in seiner Eingabe vom 19. September 2012 geltend, die Risikoübernahme sowie die zusätzlichen Leistungen der G.\_\_\_\_\_ AG würden mit einem Zuschlag von 5 % in Rechnung gestellt, um die aufgrund der veränderten Ausgangslage bestehende Vertragslücke zu schliessen (Urk. 134 S. 10, S. 20). Der Beklagte legte aber nicht dar, inwiefern es sich dabei um ein zulässiges Novum handelt, das die Bindung an den Bundesgerichtsentscheid entfallen liesse. Vielmehr gilt hier der bereits erwähnte Grundsatz, dass die Sache nunmehr nicht unter einem neuen Sachverhalt und unter rechtlichen Gesichtspunkten geprüft werden darf, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder (auch mangels entsprechender Rügen) überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden waren. Es ist nicht möglich, bundesgerichtliche Annahmen, auch wenn sie nur implizit erfolgt sind, wieder in Frage zu stellen, was insbesondere Punkte betrifft, die zum Gegenstand der Beschwerde hätten gemacht werden können (Corboz, a.a.O., N 27 zu Art. 107 BGG; BGer 4A\_39/2012 E. 1.2). Das Bundesgericht stellte keine auszufüllende Vertragslücke fest. Es ging vielmehr davon aus, der Beklagte habe auch angesichts der nachfolgenden Modifizierung der Projektrealisierung dafür zu sorgen, dass die G.\_\_\_\_\_ AG bei der Erbringung der Leistung *die im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Modalitäten* respektiere (Urk. 125 E. 3.7 und 3.8). Es bleibt bereits aus diesem Grund bei dem von der Vorinstanz veranschlagten Honorar von 4 %, weshalb dem vom Beklagten gestellten und erneuerten Beweisantrag (Urk. 134 S. 20, Urk. 217 S. 33: Expertise zum praxisüblichen TU-Honorarzuschlag) nicht stattgegeben werden kann.

4.1.4 Die Vorinstanz argumentierte zur Vertragsqualifikation im Übrigen durchaus sachgerecht. Im Sinne einer Rekapitulation ist festzuhalten, dass der Totalunternehmer auch die Planungsarbeiten leistet, namentlich die Projektierungsarbeiten, während der Generalunternehmer das Werk gestützt auf ein von einem Dritten (häufig vom Architekten des Bauherrn) erarbeitetes Projekt ausführt (BGE 114 II 53 E. 2a S. 55; Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, Rz 233; BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, N 13 f. zu Art. 363 OR; Egli, Der General-

und Totalunternehmervertrag, BRT 1991, Band II, S. 68 f.). Die G.\_\_\_\_\_ AG übernahm gemäss Generalunternehmervertrag vom 11. März 1994 als "Generalunternehmer" die Ausführung bzw. die vertragsgemässe Erstellung einer bereits geplanten, projektierten und bewilligten Wohnüberbauung, lagen ihrer Offerte vom 4. November 1993 doch 15 verschiedene "Vertragspläne" zugrunde (Urk. 2/3/7 S. 3 f.), wobei die Baubewilligung am 25. Oktober 1993 und die Baufreigabe im März 1994 erfolgte (Urk. 2/3/7 S. 3 und Anhang 1). Dazu hätte sich die G.\_\_\_\_\_ AG auch gemäss ursprünglicher Konzeption verpflichten müssen. Die G.\_\_\_\_\_ AG war somit nicht projektierende Generalunternehmerin, die ein eigenes Projekt zur Ausführung brachte. Die Übernahme der Ausführungs- und Detailplanung macht den Generalunternehmer noch nicht zum Totalunternehmer (Gauch, a.a.O., Rz 224; Egli, a.a.O., S. 69, S. 72 f.). Der Beklagte begründet denn auch nicht näher, inwiefern die G.\_\_\_\_\_ AG die Verantwortung für allfällige Planungs- bzw. Projektierungsfehler übernahm (Urk. 201 S. 30), sondern leitet dies aus seiner Behauptung ab, er sei Totalunternehmer gewesen. Entscheidender als die (fliessende) Abgrenzung zwischen Totalunternehmer und Generalunternehmer ist ohnehin, dass gemäss Ziffer 4.1.2 des Gesellschaftsvertrags die G.\_\_\_\_\_ AG die Überbauung als Generalunternehmer zu erstellen hatte und sich die G.\_\_\_\_\_ AG im Generalunternehmervertrag zur Erstellung der Wohnüberbauung als Generalunternehmer verpflichtete. Insofern argumentieren die Kläger zutreffend, wenn sie darauf hinweisen, die Leistung der G.\_\_\_\_\_ AG habe sich durch die nachfolgende Modifizierung der Projektrealisierung nicht verändert (Urk. 212 S. 19). Weder vermag der Beklagte einen vom Wortlaut abweichenden Vertragsinhalt darzutun, noch zeigt er auf, inwiefern der Generalunternehmervertrag (Urk. 2/3/7) hinsichtlich des Leistungsumfangs anders ausgefallen wäre, wenn die G.\_\_\_\_\_ AG als Generalunternehmerin des Konsortiums fungiert hätte. Der Beklagte hat die von der G.\_\_\_\_\_ AG erbrachten "Planungsaufwendungen" vor Vorinstanz auch nie näher konkretisiert und beziffert (Urk. 134 S. 10, Urk. 179 S. 9), sondern im Verbund mit anderen "Mehrleistungen" (Risikoübernahme, Stellen einer Garantie) einen pauschalen Zuschlag von 5 % gefordert. Mit seinen ergänzenden Ausführungen zur "Planungs- und Projektierungsarbeit" ist er im Berufungsverfahren aufgrund von Art. 317 Abs. 1 ZPO grundsätzlich ausgeschlossen.

4.1.5 Dem Beklagten kann auch nicht gefolgt werden, soweit er mit dem von der G.\_\_\_\_\_ AG übernommenen Kostenrisiko argumentiert. Der Beklagte kritisiert, die Vorinstanz gehe stets davon aus, dass ein Gewinn resultiere. Da aber zwischen der G.\_\_\_\_\_ AG und dem Konsortium kein vertragliches Verhältnis bestehe, hätte sich die G.\_\_\_\_\_ AG im Falle eines Verlustes beim Konsortium nicht schadlos halten können. Aus diesem Grund seien die von der G.\_\_\_\_\_ AG (und damit vom Beklagten mittelbar) übernommenen Kostenrisiken zusätzlich zu vergüten (Urk. 201 S. 30). Die Vorinstanz hat zutreffend zwischen einem Aussenverhältnis (zwischen der G.\_\_\_\_\_ AG und dem Kanton Zürich) und einem Innenverhältnis (unter den Gesellschaftern) unterschieden (Urk. 202 S. 39). Der Beklagte übersieht, dass er im Falle eines Verlustgeschäftes nicht mehr seine eigenen Interessen (bzw. die Interessen des von ihm beherrschten Unternehmens) zu Lasten der einfachen Gesellschaft fördert, wenn er aufgrund der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen offenen Abrechnung eine Verlustbeteiligung der Gesellschafter einschliesslich eines GU-Honorars von 4 % für "seine" Firma fordert. Beizupflichten ist daher den Klägern, die ausführen, ein Verlust wäre nicht durch die G.\_\_\_\_\_ AG sondern durch das Konsortium zu tragen gewesen, welches das Kostenrisiko auch im Falle eines Verlustes getragen hätte (Urk. 212 S. 20). Jedenfalls führte eine solche Auslegung bzw. Ergänzung des Gesellschaftsvertrags zu einem passenderen Resultat im Sinne des mutmasslichen Parteiwillens als die generelle Gewährung eines Zuschlags auf das Honorar der G.\_\_\_\_\_ AG von 5 %. Daran ändert auch die Regelung des Mitspracherechts bei den Arbeitsvergebungen nichts. Der vom Beklagten angesprochene Gegensatz (Urk. 201 S. 31) besteht nur sehr beschränkt. Die Konsorten konnten gemäss Gesellschaftsvertrag lediglich ihre Wünsche betreffend Arbeitsvergebung anbringen (Ziff. 4.2). Demgegenüber war das Mitspracherecht des Kantons Zürich nicht unbeschränkt. Er konnte zwar einen anderen als den vom Generalunternehmer vorgeschlagenen Subunternehmer bestimmen. Er hatte aber gemäss Generalunternehmervertrag die allfälligen Mehrkosten gemäss Submissionsergebnis zu übernehmen (Ziff. 6.4).

4.1.6 Die Kosten für die zugunsten des Kantons Zürich zu stellende Bürgschaft/Garantie von Fr. 1.7 Mio. (Urk. 2/3/7 Ziff. 4.5, Urk. 135/6) vermögen eine

Erhöhung des Honorars auch nicht zu rechtfertigen (Urk. 201 S. 33). Die vom Beklagten hierfür genannten Kosten von Fr. 340'000.– sind aufgrund der angerufenen Beweismittel (Urk. 134 S. 11, Urk. 179 S. 8, Urk. 201 S. 33 f.) nicht ansatzweise ausgewiesen, auch wenn der Hypothekarzins im Januar 1994 6 % betragen haben mag. Die Kläger hatten vor Vorinstanz die Verzinsung des Garantiebetrags mit 8 % bestritten (Urk. 185 S. 6 f.) und halten im Berufungsverfahren diese Bestreitung aufrecht (Urk. 212 S. 21). Im Finanzrapport scheinen unter BKP 532.3 (Baugarantie) lediglich Kosten von Fr. 5'964.– auf (Urk. 135/1 S. 35). Es bleibt auch unter diesem Aspekt dabei, dass sich der Beklagte lediglich auf ein GU-Honorar der G.\_\_\_\_\_ AG von 4 % berufen kann.

4.2.1 Die Parteien vereinbarten im Gesellschaftsvertrag ein GU-Honorar von 4 %, ohne zu regeln, welche Leistungen honorarberechtigt sind und welche nicht. Die Vorinstanz erwog, die G.\_\_\_\_\_ AG könne das GU-Honorar nur auf der Basis der honorarberechtigten Aufwendungen beanspruchen. Da der Beklagte die Auffassung der Kläger, wonach bei der Berechnung eines GU-Honorars die Kosten gemäss BKP 0 (Grundstück) und BKP 5 (Baunebenkosten) nicht zur honorarberechtigten Bausumme zu rechnen seien, nicht substantiiert bestritten habe, seien diese zwei Positionen (Fr. 6'065.– bzw. Fr. 852'371.20) von den Baukosten abzuziehen, was eine honorarberechtigte Bausumme von Fr. 16'174'650.85 ergebe (Urk. 202 S. 41).

4.2.2 Der Beklagte hält dafür, die Vorinstanz habe übersehen, dass es die Kläger unterlassen hätten, die unter den BKP 0 und BKP 5 geltend gemachten Auslagen substantiiert zu bestreiten, nachdem er sämtliche Belege dazu eingereicht habe. Die Kläger hätten bloss in pauschaler Weise geltend gemacht, die G.\_\_\_\_\_ AG habe lediglich für die durch sie erbrachten Leistungen einen Honoraranspruch. Dies sei aber zumindest mit Bezug auf die Kosten für Muster, Modelle und Kopien (BKP 52), Versicherungen (BKP 53) und übrige Baunebenkosten (BKP 56), total Fr. 124'421.–, der Fall, da sie Leistungen betreffen würden, welche die G.\_\_\_\_\_ AG gegenüber dem Kanton unter Beizug von Subunternehmern erbracht habe (Urk. 201 S. 34).

4.2.3 Die Kläger halten daran fest, dass der Honoraranspruch des GU nur aus Leistungen bestehen könne, die zu seinem "GU-Leistungspaket" gehörten, was auf die Positionen "Grundstück" und "Baunebenkosten" nicht zutreffe. Im Übrigen sei es richtig, dass die Behauptung, BKP 0 und BKP 5 seien nicht zur honorarberechtigten Bausumme zu rechnen, vom Beklagten nicht bestritten worden sei (Urk. 212 S. 22).

4.2.4 Der Beklagte hat die Baukosten und den Konsortialgewinn unter Einschluss der Baunebenkosten (BKP 5) abgerechnet und beziffert und dabei ausgeführt, die G.\_\_\_\_\_ AG habe die gesamte Ausführung der Bauten inkl. der Planungsarbeiten übernommen, sei einziger Vertragspartner des Kantons Zürich gewesen und habe diesem gegenüber für "sämtliche Leistungen" einzustehen (Urk. 134 S. 14 f.). Die Kläger wandten ein, der Beklagte habe keinen Anspruch auf ein GU-Honorar für die Baunebenkosten (BKP 5). Die G.\_\_\_\_\_ AG habe einen Honoraranspruch lediglich für die durch sie als Generalunternehmerin erbrachten Leistungen. Das GU-Honorar sei auf der Basis der honorarberechtigten Bausumme (sämtliche Positionen von BKP 1, BKP 2 – ohne GU-Honorar – und BKP 4) zu berechnen (Urk. 173 S. 22 f.). In seiner Stellungnahme machte der Beklagte keine weiteren Ausführungen zur Frage der Baunebenkosten, merkte aber an, er habe als Totalunternehmer – im Gegensatz zum Architekten gemäss SIA-Ordnung 102 (Ausgabe 1984) – auf sämtlichen (Handwerks- und Planungs-) Leistungen usanzgemäss einen Zuschlag als Totalunternehmer zugut (Urk. 179 S. 20 f.). Die Kläger liessen sich ein weiteres Mal vernehmen und wiederholten, ein GU-Honorar auf den Baunebenkosten sei unzulässig. Der GU-Honoraranspruch beschränke sich auf die honorarberechtigte Bausumme, nämlich die BKP-Positionen 1, 2 (ohne GU-Honorar) und 4. Es existiere keine Usanz, wonach ein TU-Honorar über sämtliche Handwerks- und Planungsleistungen zu rechnen sei (Urk. 185 S. 21).

4.2.5 Bei dieser Behauptungslage war es zwar nicht Sache des Beklagten zu bestreiten, dass bei der Berechnung des GU-Honorars die Kosten gemäss BKP 5 (Baunebenkosten) nicht zur honorarberechtigten Bausumme zu rechnen sind. Indes genügte der Beklagte angesichts der Bestreitung der Kläger seiner Substantiierungspflicht nicht, wenn er die Baunebenkosten bei der Berechnung

des GU-Honorars pauschal miteinbezieht und nicht näher dartut, inwiefern sich diese Zahlungen auf Leistungen bzw. Positionen beziehen, die gemäss Generalunternehmervertrag zu erbringen bzw. zu vergüten waren und auf seinen Aufwand durchschlagen. Denn die offene Abrechnung kann nur solche Honorare und Vergütungen umfassen, die gegenüber dem Besteller gemäss Angebot bzw. gemäss Leistungsbeschreibung geschuldet werden (Mosimann, Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe, Diss. Zürich 1972, S. 35; Huber/Schwendener, Der Generalunternehmervertrag des Verbands Schweizerischer Generalunternehmer, Zürich 2005, S. 77). Dies sind nicht notwendigerweise die im Finanzrapport vom 13. September 2012 (Urk. 135/1) aufgeführten Zahlungen. Dies gilt auch für die im Generalunternehmervertrag speziell erwähnten Nebenleistungen wie "Baudokumente" (Ziff. 12), "Bauzeit-Versicherung" (Ziff. 13) und "Reklame" (Ziff. 15), die "kostenlos" zu erbringen oder "im Werkpreis enthalten" waren oder "zu Lasten des Generalunternehmers" gingen, wobei die weiterführenden Ausführungen in der Berufungsbegründung (Urk. 201 S. 34) zu den durch die G.\_\_\_\_\_ AG in eigenverantwortlicher Weise unter Beizug von Subunternehmern gegenüber dem Kanton angeblich zu erbringenden Leistungen (wie Muster und Modelle, Kopien, Versicherungen sowie übrige Baunebenkosten für Bewachung, Nachbarentschädigung, Miete fremden Grundes, Aufrichtefest, Baureklametafel) ohnehin nicht mehr beachtet werden können, da weder ersichtlich noch dargetan ist, dass die Voraussetzungen für neue Tatsachenvorbringen erfüllt sind (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Nachdem sich der Beklagte allerdings auf Planungsleistungen der G.\_\_\_\_\_ AG als Totalunternehmerin und auf die SIA-Ordnung 102 (August 1984) beruft (Urk. 201 S. 35), kann festgehalten werden, dass dieses Regelwerk die hier interessierenden Nebenkosten gerade nicht zu den honorarberechtigten bzw. aufwandbestimmenden Baukosten zählt (Art. 5.5 und 8.4.5 der Ausgabe 1984; Art. 5.3.4 und 7.5 der Ausgabe 2003). Die Berufung erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet. Es kann daher offengelassen werden, ob sich der GU-Honoraranspruch stets auf die BKP-Positionen 1, 2 und 4 zu beschränken hat, wie die Kläger geltend machen.

4.3 Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz anhand einer honorarberechtigten Bausumme von Fr. 16'174'650.85 ein GU-Honorar von 4 %

oder Fr. 646'986.– (zuzüglich 6.5 % Mehrwertsteuer) berücksichtigt hat. Sie gelangte so zu einem Zwischentotal 1 von Fr. 17'722'127.15, zu welchem sie die (nicht umstrittene) Differenz zwischen Warenumsatzsteuer und Mehrwertsteuer, Fr. 237'156.45 (Urk. 2/18/6), addierte, was zu einem Zwischentotal 2 von Fr. 17'959'283.60 führte (Urk. 202 S. 43). Das Zwischentotal 2 zog sie als Aufwand von den Einnahmen von Fr. 20'178'378.25 ab, woraus ein Konsortialgewinn von Fr. 2'219'094.65 resultierte (Urk. 202 S. 49).

5. Die Vorinstanz liess die vom Beklagten geltend gemachten Steuerabzüge (Gewinnsteuern der G.\_\_\_\_\_ AG von 30 % auf dem Zwischentotal 2, Einkommensteuern des Beklagten von 40 % auf dem Gewinn) nicht zu. Im Einzelnen:

5.1.1 Die Vorinstanz erwog, laut Urteil des Bundesgerichts wäre der Beklagte als die G.\_\_\_\_\_ AG beherrschender Aktionär verpflichtet gewesen, dafür zu sorgen, dass die G.\_\_\_\_\_ AG die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Gewinnaufteilung respektiere. Die Erzielung eines Gewinns durch das Konsortium sei letztlich der Zweck der einfachen Gesellschaft gewesen. Der Beklagte hätte seine G.\_\_\_\_\_ AG veranlassen müssen, die den Klägern zustehenden Gewinnanteile auszuzahlen. Dann hätte die G.\_\_\_\_\_ AG diese Aufwendungen in der Steuererklärung ertragsmindernd geltend machen können und für die Gewinnanteile der Kläger keine Gewinnsteuern bezahlen müssen. Wenn der Beklagte dies unterlassen habe, so seien allfällige höhere Gewinnsteuern die Folge seines vertragswidrigen Verhaltens. Diese habe der Beklagte bzw. die G.\_\_\_\_\_ AG demzufolge alleine zu tragen und dürften nicht zu einer Schmälerung des mit den Klägern zu teilenden Gewinns führen. Somit seien keine Gewinnsteuern der G.\_\_\_\_\_ AG als Aufwandposition in der Konsortialrechnung zu berücksichtigen (Urk. 202 S. 47).

5.1.2 Der Beklagte bemängelt, die Begründung der Vorinstanz verkenne die massgeblichen Rahmenbedingungen und Steuerfolgen. Da die G.\_\_\_\_\_ AG gegenüber niemandem (namentlich weder gegenüber dem Konsortium noch gegenüber den Klägern und dem Beklagten) zur Ablieferung des Projektgewinnes verpflichtet gewesen sei, habe sie den gesamten, allfälligen Projektgewinn im Rahmen der allgemeinen Gewinnsteuerveranlagung der betreffenden Jahre

1996/1997 vollumfänglich zu versteuern gehabt. Der von den Klägern geltend gemachte Gewinnanspruch hätte sie mangels vertraglicher Verpflichtung gegenüber dem Konsortium nicht als geschäftsmässig begründeter Aufwand verbuchen können (Urk. 201 S. 36).

5.1.3 Der Beklagte übersieht, dass er sich in der Auseinandersetzung mit den Klägern nicht auf eine mangelnde Rechtspflicht der G.\_\_\_\_\_ AG berufen kann. Indem er die G.\_\_\_\_\_ AG zur Vertragserfüllung beizog, hatte er dafür zu sorgen, dass die von ihm beherrschte Firma die Gewinnaufteilung *gemäss Gesellschaftsvertrag* respektiert, und zu veranlassen, den erzielten Gewinn nach Massgabe von Ziffer 4.1.2, das heisst offen, abzurechnen. In Weiterführung des bundesgerichtlichen Entscheids hatte der Beklagte demnach auch zu gewährleisten, dass der nach Massgabe von Ziffer 4.1.2 berechnete Gewinn an die Konsorten anteilmässig ausbezahlt wird. Dies kommt auch darin zum Ausdruck, dass gemäss Urteil des Bundesgerichts die Abrechnung lediglich die *mit der Überbauung zusammenhängenden* Geldeingänge und Ausgaben sowie das Generalunternehmer-Honorar enthalten darf. Gewinnsteuern stellen aber keine Ausgaben dar, die mit der Überbauung zusammenhängen. Sie können daher keinen Eingang in die Abrechnung finden, unabhängig davon, ob die Steuerbehörden die Abführung der den Klägern zustehenden Gewinnanteile als geschäftsmässig begründeter Aufwand bzw. als geschäftsmässig begründete Zuwendung akzeptiert hätten oder nicht. Auch diesbezüglich muss sich der Beklagte an den Gesellschaftsvertrag halten, wenn er auch "im Rahmen des veränderten Projekts die von ihm beherrschte Aktiengesellschaft zur Vertragserfüllung bezieht" (Urk. 125 E. 3.8). Letztlich trifft aber auch zu, dass das die G.\_\_\_\_\_ AG treffende Respektierungsgebot hinsichtlich der vorgesehenen Gewinnverteilung (Urk. 125 E. 3.8: "dass die Aktiengesellschaft die vorgesehene Gewinnverteilung respektiert") nichts anderes als eine Rechts- bzw. Leistungspflicht der Aktiengesellschaft selbst darstellt, die auch von den Steuerbehörden nicht hätte übergangen werden können, weshalb der Schluss der Vorinstanz, die G.\_\_\_\_\_ AG hätte diese Aufwendungen in der Steuererklärung ertragsmindernd geltend machen können, nicht zu beanstanden ist.

5.1.4 Auf dem Zwischentotal 2 von Fr. 17'959'283.60 entfällt damit ein Abzug von 30 % für Gewinnsteuern der G.\_\_\_\_\_ AG.

5.2.1 Der Beklagte zog vom Zwischentotal 2 seine eigenen Einkommenssteuern ab, die auf einem Projektgewinn – vor Auszahlung der entsprechenden Anteile an die Kläger – in Form von Dividenden anfallen würden. Er begründete dies damit, dass er die Anteile der Kläger nicht als steuermindernden Aufwand hätte geltend machen können, ansonsten die Gefahr bestanden hätte, dass der von den Klägern geltend gemachte Zusammenhang zwischen dem Grundstücksverkauf und der Projektrealisierung vom Steueramt bemerkt worden wäre, was laut der von den Klägern erklärten Absicht unter allen Umständen zu vermeiden gewesen sei (Urk. 134 S. 14, S. 22).

5.2.2 Die Vorinstanz führte aus, es verhalte sich mit den Einkommenssteuern des Beklagten gleich wie mit den Gewinnsteuern der G.\_\_\_\_\_ AG. Der Umstand, dass der Beklagte seine G.\_\_\_\_\_ AG entgegen seiner vertraglichen Verpflichtung nicht zur (direkten) Auszahlung der den Klägern zustehenden Gewinnanteile an diese veranlasst habe, dürfe sich nicht zum Nachteil der Kläger auswirken. Wären dadurch höhere Einkommenssteuern beim Beklagten persönlich angefallen, so könnten diese jedenfalls nicht als Aufwandposition in der Konsortialabrechnung geltend gemacht werden, da sie den zu verteilenden Gewinn reduzieren würden. Letztlich stellten die Gewinnanteile der anderen Gesellschafter kein Steuersubstrat der G.\_\_\_\_\_ AG dar, sofern diese korrekt deklariert und vertragsgemäss weitergeleitet worden wären (Urk. 202 S. 48).

5.2.3 Berufungsweise wiederholt der Beklagte seinen Standpunkt, dass er vor einer anteilmässigen Überweisung eines allfälligen Projektgewinnes auf dem gesamten Dividendenertrag Einkommenssteuern hätte bezahlen müssen, da es ihm nicht möglich gewesen wäre, die anteilmässigen Zahlungen an die Kläger bei der Einkommenssteuerveranlagung als Aufwand abzuziehen, ohne dass das Interesse der Steuerbehörden an den Einzelheiten dieser Transaktion geweckt worden wäre. Das von den Klägern geltend gemachte Konstrukt habe gemäss den eigenen Ausführungen der Kläger der Grundstücksgewinnsteuervermeidung gedient, weshalb eine solche Offenlegung konsequent zu vermeiden gewesen sei.

Zudem habe keine vertragliche Beziehung zwischen ihm und dem Konsortium und/oder den Klägern bestanden, die ihn dazu verpflichtet hätte, einen solchen Gewinn abzuliefern. Mithin hätte eine solche Auszahlung gegenüber dem Steueramt gar nicht aufwandmindernd geltend gemacht werden können (Urk. 201 S. 36 f.).

5.2.4 Der Beklagte vermag mit seiner Kritik die vorinstanzliche Begründung, eine direkte Zahlung der G.\_\_\_\_\_ AG an die Kläger hätte bei ihm keine steuerlichen Folgen für die Gewinnanteile der Kläger nach sich gezogen, nicht aus den Angeln zu heben. Dass die Steuern des Beklagten in der Abrechnung bezüglich der Erstellung der Überbauung, welche der Gewinnermittlung des Konsortiums dient, nichts zu suchen haben, liegt auf der Hand. Weshalb der Gewinn den Klägern lediglich über eine Dividendenausschüttung der G.\_\_\_\_\_ AG an den Beklagten (mit der Folge, dass dieser den Gewinn vollumfänglich zu versteuern hat) ausgerichtet werden kann, zeigt der Beklagte nicht auf. Es kann auch nicht gesagt werden, der Beklagte habe sich gegenüber den Klägern persönlich nicht verpflichtet, Gewinnanteile abzuliefern. Das Bundesgericht stellte verbindlich fest, der Beklagte sei seinen Vertragspartnern gegenüber persönlich dafür verantwortlich gewesen, dass die G.\_\_\_\_\_ AG die vorgesehene Gewinnverteilung respektiere (Urk. 125 E. 3.8: "hatte er [...] dafür zu sorgen"). Diese Pflicht umfasste nicht nur die Sorge und die Bemühung um eine Abrechnung. Der Beklagte hatte auch zu gewährleisten, dass der erwirtschaftete Gewinn nicht in seiner Aktiengesellschaft verblieb, sondern an das Konsortium bzw. an die Gesellschafter ausgeschüttet wird. Der direkte Weg dazu lag in einer Überweisung des von der G.\_\_\_\_\_ AG erzielten Gewinns auf ein Konto des Konsortiums oder der einzelnen Konsorten. Dass eine solche direkte Überweisung das Misstrauen der Steuerbehörden auf sich gezogen hätte, behauptet der Beklagte nicht. Er meint lediglich, der Abzug der anteiligen Zahlungen von seinem Dividendenertrag wäre bei seiner Einkommenssteueranmeldung aufgefallen. Ohnehin kann sich der Beklagte in diesem Zusammenhang nicht mehr auf eine zu verheimlichende unerlaubte Grundstücksgewinnsteuerumgehung berufen. Das Bundesgericht lehnte es bekanntlich ab, die Feststellung der Kammer, die unter den Parteien getroffenen Vereinbarungen seien mangels Widerrechtlichkeit (Steuerhinterziehung) nicht nichtig (Urk. 64 S.

52 f.), zu revidieren. Er ist daher mit dem Argument, das von den Klägern gewählte Konstrukt habe effektiv der unerlaubten Grundstücksgewinnsteuerumgehung gedient und vor den Steuerbehörden verheimlicht werden müssen, ausgeschlossen. Einkommenssteuern des Beklagten können daher ebenfalls keinen Eingang in die Abrechnung finden.

5.2.5 Die Gewinnberechnung der Vorinstanz erweist sich daher in allen Punkten als richtig: Der Gewinn des Konsortiums ist auf Fr. 2'219'094.65 zu veranschlagen. Der Gewinnanteil des Klägers 1 beläuft sich auf Fr. 739'698.20 und derjenige des Klägers 2 auf Fr. 654'698.20 (Urk. 202 S. 49).

6.1 Die Vorinstanz sprach den Klägern wie beantragt auf ihren Gewinnanteilen 5 % Verzugszins ab 3. September 1998 (Eingang des Sühnbegehrens beim Friedensrichteramt) zu. Sie stützte sich auf Ziff. 6.2 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags, wonach die letzte Abrechnung sofort nach realisiertem Gesamtverkauf und nach Erfüllung sämtlicher Verbindlichkeiten inkl. Grundstücksgewinnsteuer zu erfolgen hatte. Für die Vorinstanz war erstellt, dass es der G.\_\_\_\_\_ AG bereits anfangs 1997 möglich gewesen wäre, die Konsortialabrechnung zu erstellen und die Gewinnherausgabe bereits in jenem Zeitpunkt hätte erfolgen müssen. Infolgedessen hatte der Beklagte seine vertraglichen Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag vor dem 3. September 2008 verletzt, so dass die Schadenersatzforderung bereits vor Klageeinleitung fällig gewesen ist (Urk. 202 S. 50 f.).

6.2 Der Beklagte ist der Auffassung, der eingeklagte Anspruch auf Herausgabe der Gewinnanteile sei gar noch nicht fällig, weil (gemäss klägerischer Darstellung) weder eine Auflösung der einfachen Gesellschaft noch eine Verwertung des Gesellschaftsvermögens stattgefunden habe. Eine Auflösung und Abrechnung hätte sodann erst nach Ablauf der fünfjährigen Garantie- und Verjährungsfristen (somit frühestens am 14. Juli 2001) und nach Kenntnis der rechtskräftig veranlagten, anteilmässigen Steuerverbindlichkeiten erfolgen können. Der Verweis auf Ziff. 6.2 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags sei nicht zielführend, da die G.\_\_\_\_\_ AG keinerlei Verpflichtungen gegenüber dem Konsortium gehabt habe und die Kläger sich im Rahmen von Klagebegründung und Replik nie auf Abs. 2 von Ziff. 6.2 des Gesellschaftsvertrags berufen hätten, weshalb diese Bestim-

mung nie Gegenstand des Verfahrens geworden sei. Auch hätten die Kläger nie behauptet, diese Bestimmung finde auch im Rahmen der modifizierten Projektrealisierung (mit der G.\_\_\_\_\_ AG als Totalunternehmerin des Kantons) Anwendung. Der Verweis der Vorinstanz auf diese Bestimmung verletze die Verhandlungs- und Eventualmaxime. Die Zusprechung eines Verzugszinses ab 3. Oktober 1998 sei nicht berechtigt (Urk. 201 S. 40 f.).

6.3 Zu Recht berufen sich die Kläger auch in dieser Frage auf den bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid. Darin wurde festgehalten, dass der Beklagte seine aus der Gesellschafterstellung fließenden Pflichten verletzt und *schadenersatzpflichtig wird*, indem er die G.\_\_\_\_\_ AG nicht zur Abrechnung anhält und die Erzielung eines Gewinns durch das Konsortium vereitelt, wobei für seine Haftung genüge, dass er sich nicht um die Leistung der G.\_\_\_\_\_ AG bemüht habe. Diese Haftung des Beklagten setzt weder eine vorgängige Liquidation der Gesellschaft noch eine Verwertung des Gesellschaftsvermögens voraus. So wie das Bundesgericht die Fälligkeit der Abrechnungspflicht des Beklagten bejahte, ist nun auch die Fälligkeit des Gewinnherausgabeanspruchs bzw. des entsprechenden Schadenersatzanspruchs zu bejahen. Falsch ist im Übrigen der Einwand, die Kläger hätten sich nie auf Ziff. 6.2 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags berufen. In der Replik verwiesen die Kläger ausdrücklich auf den Rechnungslegungsanspruch gemäss Ziff. 6 des Gesellschaftsvertrags (Urk. 9 S. 30). Es stellt somit keine Verletzung der Verhandlungs- oder Eventualmaxime dar, wenn die Vorinstanz den – Bestandteil dieser Ziffer bildenden – Absatz 2 von Ziff. 6.2 auf die vorliegenden Verhältnisse anwendet, zumal sich auch der Beklagte auf Ziff. 6.2 des Gesellschaftsvertrags bezog (Urk. 2/16 S. 19). Der Vorinstanz ist auch nicht entgangen, dass die Gewinnherausgabe das Treffen der notwendigen Rückstellungen für Baugarantiefälle voraussetzt. Sie erwog, wie die Kläger in diesem Zusammenhang zu Recht ausführten, wären solche Rückstellung gering gewesen, da der G.\_\_\_\_\_ AG bei allfälligen Mängeln Gewährleistungsansprüche gegenüber den Subunternehmern zugestanden hätten (Urk. 202 S. 50). Weder setzt sich der Beklagte mit dieser Erwägung auseinander, noch beruft er sich auf einen konkreten Rückstellungsbedarf (Urk. 201 S. 39: "allfälliger Baugarantiefälle"). Laut Ziff. 6.2 hindern potentielle Baugarantiefälle die Verteilung somit nicht, sondern bedin-

gen die Vornahme von entsprechenden Rückstellungen. Es trifft daher nicht zu, dass eine Abrechnung über das Konsortium erst nach Ablauf der 5-jährigen Garantie- und Verjährungsfristen vorzunehmen war. Vielmehr hatte seitens der G.\_\_\_\_\_ AG – wie dies die Vorinstanz unter Verweis auf Ziff. 6.2 bereits ausführte – eine letzte Abrechnung sofort nach realisiertem Gesamtverkauf und nach Erfüllung sämtlicher Verbindlichkeiten zu erfolgen.

6.4 Es bleibt daher dabei, dass die eingeklagten Ansprüche vor Klageeinleitung fällig geworden sind. Die Berufung ist auch in diesem Punkt abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen.

7. Zusammenfassend ist der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger 1 Fr. 739'698.20 und dem Kläger 2 Fr. 654'698.20, je nebst Zins zu 5 % seit 3. September 1998, zu bezahlen.

#### IV.

1.1 Der Beklagte beanstandet auch die Verteilung der Prozesskosten durch die Vorinstanz. Diese erwog, ausgehend von den endgültig bezifferten Anträgen der Kläger (Urk. 173; Kläger 1: Fr. 841'868.–, Kläger 2: 756'868.–) würden die Kläger im Umfange von 9/10 obsiegen. Es sei jedoch auch zu berücksichtigen, dass die Kläger in der Abrechnungsfrage, welche das Gericht während vieler Jahre beschäftigt habe und mit einem Viertel zu gewichten sei, obsiegt hätten. Die Vorinstanz trug auch dem Umstand Rechnung, dass die Kläger in der Frage des Verzugszinses obsiegten. Sie erachtete bei Berücksichtigung "all dieser Umstände" das Unterliegen der Kläger mit ihrem Forderungsbegehren im Umfang von lediglich 1/10 als verschwindend klein und nicht mehr relevant, so dass die Kläger bei einer Gesamtbetrachtung mit ihren verschiedenen Begehren vollständig obsiegten und der Beklagte vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig werde (Urk. 202 S. 51 f.).

1.2 Der Beklagte geht von den ursprünglichen eingeklagten Fr. 1'217'000.– (Kläger 1) und Fr. 1'132'000.– (Beklagte 2) aus und ist der Auffassung, wenn ein

Stufenkläger bereits im Rahmen der Klageeinleitung bzw. Klagebegründung seine Forderung mit einem Mindestbetrag beziffere, könne er diese Bezifferung nachträglich nicht ohne Kosten- und Entschädigungsfolgen zu seinen Lasten reduzieren, zumal die Kläger vorliegend entgegen besseren Wissens von einem völlig überrissenen Streitwert ausgegangen seien. Da der Verzugszins bei der Regelung der Nebenfolgen unberücksichtigt zu bleiben habe, wären selbst im Falle der Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils die Kosten zu einem Drittel den Klägern aufzuerlegen und die Prozessentschädigung auf einen Drittel des zugesprochenen Betrags zu reduzieren (Urk. 201 S. 41 ff.). Die Kläger verweisen auf die Unverbindlichkeit ihrer gemäss ursprünglichem Rechtsbegehren approximativen Schätzung der Klagebeträge und auf den Umstand, dass sie in der Klageschrift klar darauf hingewiesen hätten, dass eine Bezifferung der Klage erst nach Erstattung der entsprechenden Abrechnung samt Belegen möglich sei, weshalb das ursprüngliche Rechtsbegehren nicht Ausgangspunkt für die Festsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen sein könne (Urk. 212 S. 24 f.).

1.3 Es stellt keine Rechtsverletzung dar, wenn die Vorinstanz die ursprünglichen, lediglich approximativen Forderungsbeträge unbeachtet gelassen und auf die – nach erfolgter Abrechnung gestellten – definitiv bezifferten Begehren abgestellt hat (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung des Kantons Zürich, N 32 zu § 64 ZPO/ZH). Ob ein Mindestbetrag genannt wurde oder nicht, kann nicht entscheidend sein, da der Mindestwert nur als vorläufiger Streitwert gilt (vgl. für das neue Recht: Art. 85 Abs. 1 ZPO). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie die Weiterziehbarkeit der Entscheide bestimmen sich endgültig aufgrund der in der zweiten Phase festgehaltenen definitiven Bezifferung (BK-Markus, N 20 zu Art. 85 ZPO). Zu Recht hat die Vorinstanz auch das grundsätzliche Obsiegen der Kläger in der Abrechnungsfrage (Rechtsbegehren Ziffer 2) nicht übergangen, da im Teilurteil vom 19. Februar 2010 die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten wurde (Urk. 119 S. 20) und im Urteil der Kammer vom 6. Juni 2012 lediglich die zweitinstanzlichen Prozesskosten neu verlegt wurden (Urk. 123). Die Gewichtung der Abrechnungsfrage mit einem Viertel blieb unangefochten. Demgegenüber sind die

Verzugszinsen – auch wenn sie einen namhaften Betrag ausmachen – nicht streitwert- und kostenrelevant (§ 20 ZPO/ZH, Art. 91 Abs. 1 ZPO).

1.4 Die Kläger obsiegten mit Rechtsbegehren Ziffer 1 (Abrechnungsbegehren) zu 100 % (Anteil  $\frac{1}{4}$ ) und obsiegen nunmehr mit Rechtsbegehren Ziffer 2 zu 87 % (Anteil  $\frac{3}{4}$ ). Insgesamt obsiegen die Kläger damit zu 90.25 % und unterliegen zu 9.75 %. Entsprechend sind die Gerichtskosten dem Beklagten zu 9/10 und den Klägern zu 1/10 aufzuerlegen. Der Ersatz des Kostenvorschusses der Kläger gemäss Dispositiv Ziffer 4 entfällt, da diese selbst kostenpflichtig werden. Entsprechend ist der Beklagte zu verpflichten, den Klägern eine auf 4/5 reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen.

2. Der Beklagte obsiegt im Berufungsverfahren lediglich teilweise bei den nicht streitwertrelevanten Nebenfolgen in einem geringen Umfang. Würden die strittigen Nebenfolgen ( $\frac{2}{3}$  der erstinstanzlichen Gerichtskosten und der erstinstanzlichen Prozessentschädigung) von Fr. 115'467.– zum Streitwert von Fr. 1'394'396.40 addiert, obsiegte der Beklagte mit lediglich 1.7 % (Fr. 25'390.10 : Fr. 1'509'863.40). Damit wird er für das zweitinstanzliche Verfahren vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig. Ein Mehrwertsteuerzusatz wurde seitens der Kläger nicht beantragt (Urk. 212 S. 2).

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 13. November 2014 insoweit am 10. März 2015 in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klagen im Fr. 739'698.20 (Kläger 1) und Fr. 654'698.20 (Kläger 2), je zuzüglich Zins zu 5 % seit 3. September 1998, übersteigenden Umfang abgewiesen wurden.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 1 Fr. 739'698.20 und dem Kläger 2 Fr. 654'698.20, je nebst Zins zu 5 % seit 3. September 1998, zu bezahlen.
2. Die erstinstanzlichen Kostenansätze (Dispositiv Ziffer 2) werden bestätigt.
3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens, zuzüglich der Kosten des obergerichtlichen Verfahrens LB070110 in der Höhe von Fr. 18'101.–, werden zu 9/10 dem Beklagten und zu 1/10 den Klägern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 64'560.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 34'700.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
7. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 17'500.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

9. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

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

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 11. November 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. E. Iseli

versandt am:  
se