



Kass.-Nr. AA090018/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Alexandra Meyer-Känel

## Zirkulationsbeschluss vom 26. März 2010

in Sachen

1. X,

\_\_\_\_\_

2. Y

\_\_\_\_\_

Klägerinnen und Beschwerdeführerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. \_\_\_\_\_

gegen

1. Z

\_\_\_\_\_

2. ...

3. ...

Beklagte und Beschwerdegegnerin

1 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. \_\_\_\_\_

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Teilurteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Dezember 2008 (HG060131/U2/dz)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 (Klägerinnen 1 und 2) sind Mitglieder einer einfachen Gesellschaft, die sich Baukonsortium \_\_\_\_\_ nennt und die Überbauung \_\_\_\_\_ auf dem Grundstück \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_ erstellt hat. Die Beschwerdeführerin 1 bezweckt die Erstellung von Hoch- und Tiefbauten aller Art, den Kauf und Verkauf sowie die Vermittlung und Verwaltung von Liegenschaften, die Ausführung von Aufträgen und Arbeiten als Generalunternehmer und Ingenieur sowie die Erstellung von Expertisen und Schätzungen. Die Beschwerdeführerin 2 ihrerseits betreibt ein Holzbaugeschäft mit Sägerei, Zimmerei und Schreinerei sowie den Handel mit Holz. Die Beschwerdegegnerin (Beklagte 1) bezweckt die Vornahme geotechnischer Beratung, die Ausarbeitung von hydrogeologischen und geotechnischen Gutachten und die Durchführung von entsprechenden Untersuchungen wie Sondierungen, Messungen etc. (KG act. 2 S. 3).

Im Oktober 2004 begannen die Beschwerdeführerinnen mit der Ausführung der Überbauung \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_. Kurz nach Beginn der Bauarbeiten begann der Hang zu rutschen. Die Beschwerdeführerinnen haben in der Folge im November 2004 den Hang mit der Beklagten 3 (Aktiengesellschaft mit Sitz in \_\_\_\_\_, welche die Bearbeitung von Fragen aus der Geologie, Hydrogeologie, aus dem Umweltbereich sowie verwandter Fachgebiete mit Schwerpunkt im nördlichen Teil des Kantons Zürich und dessen angrenzenden Gebieten bezweckt) besichtigt und wenig später mit der Beschwerdegegnerin sowie der Beklagten 2 (Aktiengesellschaft mit Sitz in \_\_\_\_\_, die u.a. die Ausführung aller Bohr-, Spreng- und Messarbeiten und der damit zusammenhängenden Ingenieur Tätigkeiten im In- und Ausland, Beratungen und Expertisen auf dem Gebiet der Spreng- und Messtechnik und die Ausführung von Ankerbohrungen und Verankerungen aller Art bezweckt) zwecks Erstellung einer Hangsicherung Kontakt aufgenommen. Die ausgeführte Hangsicherung mit Selbstbohr-Vollverbundankern führte indes nicht zum gewünschten Ergebnis; nach fortdauernden Hangrutschungen veranlassten die Be-

schwerdeführerinnen im Januar 2005 die Wiederauffüllung der Baugrube und die Projektierung und Ausführung einer anderen Hangsicherung (KG act. 2 S. 4).

2. Die Beschwerdeführerinnen verlangen von allen drei Beklagten unter solidarischer Haftung Schadenersatz mit der Begründung, sie hätten ihre vertraglichen Pflichten im Zusammenhang mit der Hangsicherung verletzt; vor Handelsgericht beantragten die Beschwerdeführerinnen (u.a. und unter Nachklagevorbehalt) die Verpflichtung der Beklagten 1, 2 und 3 - unter solidarischer Haftbarkeit - zur Zahlung von SFr. 1'500'000.-- (zuzüglich Zins; KG act. 2 S. 2 und 4 f.).

Mit (nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildendem) Teilurteil vom 13. Oktober 2008 wies das Handelsgericht die Klage gegen die Beklagte 3 ab (HG act. 61). Mit Teilurteil vom 17. Dezember 2008 wies das Handelsgericht sodann auch die im vorliegenden Verfahren (ausschliesslich) interessierende Klage gegen die Beschwerdegegnerin (Beklagte 1) ab (KG act. 2 S. 47 Disp.-Ziff. 1).

3. Gegen diesen Entscheid (Teilurteil des Handelsgerichts vom 17. Dezember 2008) richtet sich die vorliegende (rechtzeitig eingereichte) Nichtigkeitsbeschwerde der Beschwerdeführerinnen vom 2. Februar 2009, mit welcher diese (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin) dessen Aufhebung und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Neuurteilung beantragen (KG act. 1 S. 2). Die den Beschwerdeführerinnen mit Präsidialverfügung vom 3. Februar 2009 auferlegte Prozesskaution in Höhe von Fr. 54'000.-- ging rechtzeitig ein (KG act. 6 Disp.-Ziff. 4 und KG act. 10). Die Beschwerdegegnerin beantragt mit (innert erstreckter Frist [vgl. dazu KG act. 13-15] eingereichter und den Beschwerdeführerinnen zur Kenntnisnahme zugestellter [KG act. 19]) Beschwerdeantwort vom 30. März 2009 (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen) Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 17 S. 2). Die Vorinstanz ihrerseits hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 12).

## II.

1. Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid zusammenfassend dafür, die Beschwerdeführerinnen verlangten von der Beschwerdegegnerin Schadenersatz aus der Verletzung des Vertrages für Leistungen und Honorare der Geotechnik-Ingenieure und der Geologen vom 16. Dezember 2004. Dieser Vertrag (so die Vorinstanz weiter) enthalte verschiedenartige Pflichten im Zusammenhang mit der Projektierung und Realisierung der Hangsicherung für die Überbauung \_\_\_\_\_ und sei als gemischter Vertrag zu qualifizieren. Diejenigen Pflichten, deren Verletzung die Beschwerdeführerinnen behaupteten, seien werkvertraglicher Natur. Die Haftung der Beschwerdegegnerin für die Mängel ihrer Leistungen zur Projektierung und Realisierung der Hangsicherung sei daher nach den werkvertraglichen Normen zu prüfen. Die Beschwerdeführerinnen behaupteten nicht, dass sie nach der Entdeckung der heute geltend gemachten Mängel der Hangsicherung diese gegenüber der Beschwerdegegnerin jemals in rechtsgenügender Art und Weise gerügt hätten. Fehle es aber an einer rechtzeitigen und hinreichend detaillierten Mängelrüge gegenüber der Beschwerdegegnerin, so gelte die Hangsicherung im Verhältnis zu ihr von Gesetzes wegen als genehmigt und entfalle eine Haftung der Beschwerdegegnerin (weshalb die Klage gegen diese abzuweisen sei; KG act. 2 S. 11 ff. und S. 45 Erw. 2.6).

Die Vorbringen in der Beschwerdeschrift richten sich gegen die vorinstanzlichen Erwägungen betreffend die Vollendung der seitens der Beschwerdegegnerin geschuldeten Werkvertragsleistungen sowie betreffend die Ablieferung resp. die Abnahme dieser Leistungen durch die Beschwerdegegnerin resp. die Beschwerdeführerinnen (KG act. 1 S. 7 und S. 9 ff.).

2. Zunächst rechtfertigt sich, auf die Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, hinzuweisen. Daraus folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Ent-

scheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

3. a) Einleitend sei sodann darauf hingewiesen, dass das Handelsgericht den Vertrag der Parteien vom 16. Dezember 2004 (HG act. 4/7) nicht als Werkvertrag (vgl. dazu KG act. 1 S. 7) sondern als gemischten Vertrag mit auftrags- und (überwiegend) werkvertragsrechtlichen Aspekten qualifizierte, wobei sie in casu dafür hielt, dass die Haftung der Beschwerdegegnerin allein nach werkvertraglichen Regeln zu prüfen sei (da – so die Vorinstanz – die Vorwürfe der Beschwerdeführerinnen an die Adresse der Beschwerdegegnerin [soweit sie Verpflichtungen aus dem Vertrag der Parteien vom 16. Dezember 2004 betreffen] werkvertragliche Leistungen tangierten; KG act. 2 S. 22- 29 und S. 45 Erw. 2.6). Ob die Vorinstanz das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien und die einzelnen aus dem Vertrag vom 16. Dezember 2004 hervorgehenden Verpflichtungen der Beschwerdegegnerin zutreffend qualifizierte, ist eine Frage des Bundesprivatrechts. Dieses kann im vorliegenden kantonalen Beschwerdeverfahren angesichts des gegebenen, Fr. 30'000.-- übersteigenden Streitwerts grundsätzlich nicht überprüft werden (Art. 72 ff. BGG, insb. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; § 285 ZPO; vgl. auch KG act. 1 S. 7).

b) Es rechtfertigt sich sodann, bereits an dieser Stelle auf das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen in Rz 24 der Beschwerdeschrift einzugehen: Diese bringen an dieser Stelle vor, beide Parteien seien von einem zwischen ihnen bestehenden Auftragsverhältnis ausgegangen (und hätten sich demgemäss auf eine pflichtgemässe Erfüllung berufen); keine der Parteien sei von einer werkvertraglichen Auslegung des Vertragsverhältnisses ausgegangen. Sollte die Vorinstanz von der bisherigen Rechtsprechung und vor allem von der Auffassung der Parteien abweichen und einen Werkvertrag auch für die Bauleitung annehmen, so habe der Richter aufgrund von § 55 ZPO sein richterliches Fragerecht auszuüben, um den Parteien Gelegenheit zu geben, ihre diesbezüglichen, tatsächlichen Vorbringen zu vervollständigen und allfällige weitere Beweisanträge zu stellen (KG act. 1 S. 26 Rz 24 Abs. 1).

Eine Verletzung der in § 55 ZPO statuierten richterlichen Fragepflicht stellt einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO dar und wird vom Kassationsgericht mit freier Kognition überprüft (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 und 36 zu § 281 ZPO).

Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, die Pflicht zur Bauleitung sei auftragsrechtlicher Natur. Indessen – so die Vorinstanz – finde sich im Vertrag der Parteien vom 16. Dezember 2004 gar keine Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Bauleitung, weshalb der seitens der Beschwerdeführerinnen an die Adresse der Beschwerdegegnerin erhobene Vorwurf der mangelhaften Bauleitung nicht weiter zu prüfen sei (KG act. 2 S. 29; vgl. auch KG act. 1 S. 6). Das obgenannte Vorbringen der Beschwerdeführerinnen (sollte die Vorinstanz in Abweichung von Rechtsprechung und Parteivorbringen einen Werkvertrag auch für die Bauleitung annehmen, so habe der Richter aufgrund von § 55 ZPO sein richterliches Fragerecht auszuüben) geht daher an der Sache vorbei.

4. Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen in der Beschwerdeschrift gehen insbesondere dahin, die Vorinstanz sei zu Unrecht von der Vollendung, der Ablieferung (seitens der Beschwerdegegnerin) und der Abnahme (seitens der Beschwerdeführerinnen) der aufgrund des Vertrages der Prozessparteien vom 16. Dezember 2004 von der Beschwerdegegnerin geschuldeten Werkvertragsleistung-

gen ausgegangen. Weder die Beschwerdegegnerin noch die Beschwerdeführerinnen (so Letztere in der Beschwerdeschrift) hätten vor Vorinstanz eine Werkvollendung behauptet; sie (die Beschwerdeführerinnen) hätten eine solche bestritten und diesbezüglich auch Beweis offeriert. Sie hätten sodann vor Vorinstanz – ohne dass die Beschwerdegegnerin dies bestritten hätte – behauptet, dass das Werk nicht abgenommen worden sei. Trotzdem (so die Beschwerdeführerinnen in der Beschwerdeschrift weiter) sei die Vorinstanz – ohne Durchführung eines Beweisverfahrens – davon ausgegangen, dass die Beschwerdegegnerin ihre Werkvertragsleistungen vollständig erbracht und ihr Werk vollendet angeboten habe, und dass die Beschwerdeführerinnen dieses abgenommen hätten. Darin liege sowohl eine Verletzung der in § 54 Abs. 1 ZPO statuierten Verhandlungsmaxime als auch eine Verletzung des Anspruchs auf Beweisführung. Zudem habe die Vorinstanz die ihr gemäss § 55 ZPO obliegende Fragepflicht verletzt. Neben dem Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO liege dem angefochtenen Entscheid zudem eine willkürliche Beweiswürdigung sowie ein blanker Irrtum im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO zugrunde (KG act. 1 Rz 14 ff.).

5. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sowohl der Begriff der (Werk-)Vollendung (im Sinne einer Voraussetzung für eine Ablieferung resp. eine Abnahme des Werks; vgl. dazu Gauch, Der Werkvertrag, 4.A., Zürich 1996, N 101) als auch die Begriffe der (Werk-)Ablieferung (vgl. etwa Art. 367 Abs. 1, Art. 370 Abs. 1 und 372 Abs. 1 OR) und der (Werk-)Abnahme (als Korrelativ zur Ablieferung; vgl. dazu Gauch, a.a.O., N 97) rechtlicher Natur sind. Es handelt sich dabei nicht um Begriffe tatsächlicher Natur, weder im Sinne von § 54 Abs. 1 ZPO (Verhandlungsmaxime) noch im Sinne von § 133 ZPO (Beweisgegenstand). Das alleinige Vorbringen, von einer Werkvollendung habe die Vorinstanz deshalb nicht ausgehen dürfen (mindestens nicht ohne gegen die Verhandlungsmaxime zu verstossen), weil keine der Parteien eine Werkvollendung behauptet hätte (KG act. 1 S. 9 ff. Rz 14 ff., vgl. etwa S. 16 f. Rz 18 lit. c und d), geht daher von vorneherein fehl. Gleiches gilt für das Vorbringen, die Vorinstanz habe nicht (mindestens nicht ohne gegen die Verhandlungsmaxime zu verstossen) von einer Werkabnahme ausgehen dürfen, da die Beschwerdegegnerin die beschwerdeführerische Behauptung der Nichtabnahme des Werkes nicht bestritten habe (KG act. 1 S. 9 ff. Rz 14 ff.,

vgl. etwa S. 16 f. Rz 18 lit. c und d). Ebenfalls fehl geht das Vorbringen, die Vorinstanz habe in Verletzung des Anspruchs auf Beweisführung Behauptungen der Beschwerdeführerinnen, namentlich dass keine Werkvollendung, keine Werkablieferung und auch keine Abnahme des Werkes vorliege, nicht zum Beweis verstellt (KG act. 1 S. 9 ff. Rz 14 ff., insbesondere S. 22 ff. Rz 20-22).

Nach dem Gesagten (rechtliche Natur der Begriffe der Werkvollendung, Werkablieferung und -abnahme) ist unzutreffend, dass (wie die Beschwerdeführerinnen in der Beschwerdeschrift vorbringen) die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgelegt habe, dass „die Vollendung der **werkvertraglichen** Leistungen der Beklagten 1 – ... – vollendet, abgeliefert und abgenommen sind“ (KG act. 1 S. 11, vgl. auch S. 16 oben; Hervorhebung gemäss Beschwerdeschrift S. 11).

Die rechtliche Natur der Begriffe der (Werk-)Vollendung, Ablieferung und Abnahme ist den Beschwerdeführerinnen sodann auch entgegenzuhalten, wenn sie vorbringen, dass die Vorinstanz „mit ihrer Feststellung der Vollendung des Werkes und damit mit der Feststellung, dass ein gebrauchstaugliches Werk angeboten und von den Beklagten (gemeint wohl: Klägerinnen) abgenommen worden sei – dies ohne Beweisabnahme - **einem blanken Irrtum** erlegen war bzw. eine willkürliche tatsächliche Annahme getroffen hat“ (KG act. 1 S. 28 Rz 25 [Hervorhebung gemäss Beschwerdeschrift]; betreffend die Frage der Gebrauchstauglichkeit der erstellten Hangsicherung kann zudem auf die diesbezügliche nachgehende Erwägung [II/6.1] verwiesen werden).

6. Die Fragen, unter welchen Voraussetzungen von der Vollendung eines Werkes, von einer (Werk-)Ablieferung und einer (Werk-)Abnahme auszugehen ist, tangieren materielles Bundesrecht. Sämtliche Vorbringen in der Beschwerdeschrift dahingehend, die Vorinstanz habe diese Begriffe respektive deren Voraussetzungen verkannt (vgl. insb. Rz 16, 17, 24 und 25), sind daher in casu dem Bundesgericht vorzutragen (§ 285 ZPO; vgl. vorgehend Erwägung II/3 lit. a). Dieses prüfte dabei auch, ob die Vorinstanz diesbezüglich der richterlichen Begründungspflicht (hinreichend) nachgekommen ist.

Dem Bundesgericht vorzutragen ist sodann auch das Vorbringen, die Vorinstanz führe nicht (hinreichend) aus, welches Werk die Beschwerdegegnerin vollendet und „als Vertragserfüllung verfügbar „hingestellt“ hat“ (vgl. dazu KG act. 1 S. 12 oben, vgl. auch S. 11 Rz 14 lit. c Abs. 2). Wie erwogen, ist dem Bundesgericht vorzutragen, die Vorinstanz habe den Begriff der Werkvollendung verkannt resp. verkannt, unter welchen Voraussetzungen die seitens der Beschwerdegegnerin geschuldeten Werkvertragsleistungen als vollendet gelten, wobei dieses dabei grundsätzlich auch ein Vorbringen überprüfte, die Vorinstanz sei in diesem Zusammenhang (und damit auch hinsichtlich der Frage, welches Werk resp. welche Werkvertragsleistungen die Beschwerdegegnerin nach Ansicht der Vorinstanz vollendet hat) der richterlichen Begründungspflicht nicht (hinreichend) nachgekommen. Was die tatsächlichen Grundlagen der Leistungspflichten der Beschwerdegegnerin betrifft, ist dem angefochtenen Entscheid jedenfalls (mit hinreichender Klarheit) zu entnehmen, dass sich die Vorinstanz auf den bei den Akten liegenden „Vertrag für Leistungen und Honorare der Geotechnik-Ingenieure und der Geologen“ zwischen den Beschwerdeführerinnen und der Beschwerdegegnerin vom 16. Dezember 2004 stützte (KG act. 2 S. 17 Erw. V/2.3.1 lit. a mit Verweis auf HG act. 4/7, vgl. auch S. 40 Abs. 2 a.E.).

6.1. Die Beschwerdeführerinnen lassen in der Beschwerdeschrift vortragen, sie hätten vor Vorinstanz vorbringen lassen (und diesbezüglich Beweis offeriert), dass die Vertragsgegenstand der Verträge mit der Beschwerdegegnerin und der Beklagten 2 bildende Hangsicherung während der ganzen Erfüllungszeit Rutschungen aufgewiesen habe und endgültig am 29. Dezember 2004 derart ins Rutschen gekommen sei, dass Sicherungsmassnahmen durch Baugrubenauffüllung und Sofortmassnahmen zur Verhinderung weiteren Schadens notwendig geworden seien. Die Beschwerdegegnerin habe die Behauptung der Beschwerdeführerinnen nicht bestritten, dass eine gebrauchstaugliche Hangsicherung durch die Leistungen der Beschwerdegegnerin und der Beklagten 2 nicht bewirkt worden sei (KG act. 1 S. 9 ff. Rz 14 ff., insb. S. 14 ff. Rz 17 ff. und S. 28 Rz 25).

Dass dem angefochtenen Entscheid zugrunde läge, durch die Leistungen der Beschwerdegegnerin (und der Beklagten 2) sei eine gebrauchstaugliche Hangsiche-

nung bewirkt worden, ist nicht ersichtlich. In tatsächlicher Hinsicht liegt dem angefochtenen Entscheid zugrunde, dass die ausgeführte Hangsicherung mit Selbstbohr-Vollverbundankern nicht zum gewünschten Ergebnis geführt habe und die Beschwerdeführerinnen nach fortdauernden Hangrutschungen im Januar 2005 die Wiederauffüllung der Baugrube und die Projektierung und Ausführung einer anderen Hangsicherung veranlasst hätten (KG act. 2 S. 39 und S. 4 oben; vgl. auch KG act. 1 S. 15 Abs. 1 a.E.); insoweit ist sowohl eine Verletzung der Verhandlungsmaxime als auch eine Verletzung des Anspruchs auf Beweisführung zu verneinen. Die Vorinstanz hielt dies (kein Erfolg der ausgeführten Hangsicherung, Wiederauffüllung der Baugrube und Ausführung einer anderen Hangsicherung) indessen für die Fragen der Vollendung der Werkvertragsleistungen und der Ablieferung der Hangsicherung seitens der Beschwerdegegnerin resp. der Abnahme der Hangsicherung seitens der Beschwerdeführerinnen (mindestens implizit) für nicht entscheidend. Ob dies zutrifft (und/oder ob die Vorinstanz diesbezüglich in rechtlicher Hinsicht allenfalls sogar „einem blanken Irrtum“ verfallen ist; vgl. dazu KG act. 1 S. 28 Rz 25), ist (wie bereits erwogen) als Frage des materiellen Bundesrechts nicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu prüfen (§ 285 ZPO). Soweit das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen in der Beschwerdeschrift darauf beruht, dass die Vorinstanz (zu Unrecht) von der Vollendung, der Ablieferung und der Abnahme eines *gebrauchstauglichen* Werkes ausgegangen sei, ist es nach dem Gesagten jedenfalls von vorneherein unbegründet.

6.2. In der Beschwerdeschrift wird weiter vorgebracht, die Beschwerdeführerinnen hätten vor Vorinstanz behauptet (und diesbezüglich Beweis offeriert), dass (u.a.) die Beschwerdegegnerin ihre Vertragsleistungen mangelhaft erbracht und dies den Schaden (mit-)verursacht habe (KG act. 1 S. 9 ff. Rz 14 ff., insb. S. 14 ff. Rz 17 ff.).

Die Vorinstanz hat die seitens der Beschwerdeführerinnen an die Adresse der Beschwerdegegnerin gerichteten Vorwürfe (resp. die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen vor Vorinstanz) betreffend mangelhafte Ausführung der werkvertraglich geschuldeten Leistungen nicht übersehen (vgl. dazu KG act. 2 S. 24 ff.). Dass die Beschwerdegegnerin die ihrerseits geschuldeten Werkver-

tragsleistungen allesamt mängelfrei erfüllt habe, oder dass der Misserfolg der ausgeführten Hangsicherung nicht auf die seitens der Beschwerdegegnerin begangenen Fehler zurückzuführen sei, kann dem angefochtenen Entscheid sodann nicht entnommen werden. Die Vorinstanz hielt indessen die Frage der Mangelhaftigkeit der beschwerdegegnerischen (Werk-)Vertragserfüllung für die Fragen der Vollendung der Werkvertragsleistungen seitens der Beschwerdegegnerin und der Ablieferung resp. Abnahme der Hangsicherung (mindestens implizit) für nicht entscheidend. Ob dies rechtens ist, ist nicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu prüfen (§ 285 ZPO).

6.3. Weiter wird in der Beschwerdeschrift geltend gemacht, die Beschwerdeführerinnen hätten vor Vorinstanz behauptet (und diesbezüglich Beweis offeriert), dass das angebotene Ankersystem zur Sicherung des Hanges von vorneherein untauglich resp. ungeeignet gewesen sei. Weiter hätten sie vor Vorinstanz behauptet (und diesbezüglich auch Beweis offeriert), dass die von der Beschwerdegegnerin und der Beklagten 2 erbrachten Leistungen vollumfänglich unnützlich gewesen seien und sogar einen Schaden angerichtet hätten, und dass unbestritten sein dürfte und zum Beweis verstellt werde, dass das Werk im Sinne von Art. 368 Abs. 1 OR gänzlich und definitiv unbrauchbar gewesen sei. Mit all diesen Behauptungen hätten die Beschwerdeführerinnen behauptet und dargelegt, dass die Beschwerdegegnerin ihre Vertragsleistungen nicht erbracht habe, und dass das Werk deshalb gar nie vollendet und seitens der Beschwerdeführerinnen gar nicht abgenommen worden sei (KG act. 1 S. 9 ff. Rz 14 ff., insb. S. 16 ff. Rz 18-20 und S. 28 Rz 25).

Der Vorinstanz sind die obgenannten Vorbringen der Beschwerdeführerinnen nicht entgangen (KG act. 2 S. 24 ff., S. 27 f. und S. 38). Dem angefochtenen Entscheid liegt sodann (wie bereits erwogen) zugrunde, dass die ausgeführte Hangsicherung mit Selbstbohr-Vollverbundankern nicht zum gewünschten Ergebnis geführt habe und die Beschwerdeführerinnen die Wiederauffüllung der Baugrube sowie die Projektierung und Ausführung einer anderen Hangsicherung veranlassten (KG act. 2 S. 4 oben und S. 39). Die Frage der Unbrauchbarkeit resp. der Unzumutbarkeit (im Sinne von Art. 368 Abs. 1 OR) der erstellten Hangsicherung

resp. der Werkvertragsleistungen der Beschwerdegegnerin hielt die Vorinstanz indessen – mindestens hinsichtlich der Fragen der Werkvollendung, der Werkablieferung und -abnahme – (mindestens implizit) für irrelevant. Ob sie damit die Anforderungen an eine Werkvollendung, eine Werkablieferung seitens des Unternehmers und/oder an eine Werkabnahme seitens des Bestellers verkannte (und ob sie in diesem Zusammenhang der richterlichen Begründungspflicht hinreichend nachgekommen ist), ist (wie bereits erwogen) als Frage des materiellen Bundesrechts nicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu prüfen (§ 285 ZPO).

6.4. Die Beschwerdeführerinnen machen in der Beschwerdeschrift sodann geltend, keine der Parteien habe vor Vorinstanz eine Werkvollendungsanzeige behauptet. Eine solche sei weder seitens der Beschwerdegegnerin noch seitens der Beklagten 2 je erfolgt. Dennoch habe die Vorinstanz – zu Unrecht – festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin ihr Werk vollendet angeboten habe (KG act. 1 S. 15 unten und S. 22 ff. Rz 20 f.).

Die Beschwerdeführerinnen vermögen in der Beschwerdeschrift nicht darzulegen (und es wäre im Übrigen auch nicht ersichtlich), dass dem angefochtenen Entscheid zugrunde läge, die Beschwerdegegnerin (und/oder die Beklagte 2) habe den Beschwerdeführerinnen eine ausdrückliche Vollendungsanzeige zukommen lassen. Die Vorinstanz stellte in diesem Zusammenhang darauf ab, dass die Hangsicherung gemäss Werkvertrag zwischen den Beschwerdeführerinnen und der Beklagten 2 vom 20./23. November 2004 für die Beschwerdeführerinnen am 3. Januar 2005 erkennbar vollendet gewesen sei. Zur Begründung erwog sie, die Beschwerdeführerinnen hätten am 3. Januar 2005 einerseits die \_\_\_\_\_ AG als Expertin zur Beurteilung der Situation beigezogen und anderseits mittels einer neuen mündlichen Vereinbarung Zusatzarbeiten an die Beklagte 2 vergeben (KG act. 2 S. 40 oben). Dass hinsichtlich dieser tatsächlichen Grundlagen ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO vorläge, wird in der Beschwerdeschrift nicht (genügend substantiiert) geltend gemacht. Ob die Vorinstanz damit die Voraussetzungen einer (für eine Werkablieferung notwendigen) Werkübergabe verkannte, ist als Frage des materiellen Bundesrechts in casu nicht im vorliegenden kantonalen Beschwerdeverfahren zu prüfen (§ 285 ZPO).

6.5. Die Beschwerdeführerinnen machen sodann geltend, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass sie die untauglichen, unbrauchbaren Arbeiten und Leistungen der Beschwerdegegnerin und der Beklagten 2 in Erfüllungsabsicht abgenommen hätten (vgl. dazu etwa KG act. 1 S. 28 Rz 25 Abs. 1 a.E.).

Soweit die Beschwerdeführerinnen damit geltend machen, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einem Abnahmewillen seitens der Beschwerdeführerinnen ausgegangen, ist festzuhalten, dass dem angefochtenen Entscheid zugrunde liegt, dass ein besonderer Abnahmewille des Bestellers für eine Werkabnahme nicht erforderlich sei. Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang, die Abnahme des Werkes seitens des Bestellers sei klar zu unterscheiden von der Werkgenehmigung, mit welcher der Besteller gegenüber dem Unternehmer seinen Willen äussere, das abgelieferte Werk als vertragsgemäss erstellt gelten zu lassen (KG act. 2 S. 31 unten; vgl. auch S. 40 oben, wo die Vorinstanz auf eine Vermischung der Begriffe der Werkabnahme einerseits und der Werkgenehmigung andererseits seitens der Beschwerdeführerinnen hinweist). Ob diese Erwägungen zutreffen, ist, da materielles Bundesrecht beschlagend, nicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu prüfen (§ 285 ZPO).

6.6.1. Von der für eine Werkablieferung respektive –abnahme erforderlichen Werkvollendung ist auszugehen, sobald sämtliche vereinbarten Arbeiten, die der Unternehmer unter Mitberücksichtigung allfälliger Bestellungsänderungen schuldet, ausgeführt sind (Gauch, a.a.O., N 101). Anders als bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer Werkvollendung, einer Ablieferung und einer Abnahme des Werkes ausgegangen werden kann, handelt es sich bei jener, welche der geschuldeten Arbeiten ausgeführt wurden (resp. ob sämtliche der geschuldeten Werkvertragsarbeiten ausgeführt wurden), um eine tatsächliche.

6.6.2. Die Beschwerdeführerinnen machen in der Beschwerdeschrift in diesem Zusammenhang insbesondere geltend, sie hätten vor Vorinstanz vorgebracht (und diesbezüglich auch Beweis offeriert), dass die Beschwerdegegnerin nicht sämtliche der vertraglich geschuldeten Erfüllungshandlungen vorgenommen resp. gar die wesentlichsten Leistungen (boden- und felsmechanische Stabilitätsberechnungen, Ausarbeitung eines Überwachungskonzepts, Überprüfung der

Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Konstruktion, Abraten vom untauglichen Ankerkonzept, Verifizierung ihrer Berechnungen und der eingebrachten Anker auf ihre Verankerung sowie Anordnung entsprechender Spannproben und Ankerversuche) nicht erbracht habe. Die Beschwerdegegnerin ihrerseits habe nicht behauptet, sämtliche der geschuldeten Leistungen erbracht zu haben. Trotzdem sei die Vorinstanz – ohne Durchführung eines Beweisverfahrens – davon ausgegangen, die Beschwerdegegnerin habe die von ihr geschuldeten Werkleistungen vollständig erbracht (KG act. 1 S. 9 ff. Rz 14 ff., insb. S. 17 ff. Rz 19 ff.).

6.6.3. Soweit die Beschwerdeführerinnen damit eine Verletzung des Anspruchs auf Beweisführung geltend machen (vgl. dazu insb. S. 22 ff. Rz 20-22 der Beschwerdeschrift), ist das Vorbringen unbegründet: Es ist nämlich nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz darauf abstellte, die Beschwerdegegnerin habe sämtliche der ihrerseits geschuldeten Werkvertragsleistungen vollständig erbracht resp. es seien dieser hinsichtlich der ihrerseits aufgrund des Vertrages der Parteien vom 16. Dezember 2004 geschuldeten Werkvertragsleistungen keinerlei Unterlassungen vorzuwerfen. Die Vorinstanz stellte (im Zusammenhang mit der hier interessierenden Frage der Werkvollendung, Werkablieferung und -abnahme) in tatsächlicher Hinsicht vielmehr auf die (gemäss Vorinstanz für die Beschwerdeführerinnen erkennbare) Beendigung der Arbeiten seitens der Beklagten 2 und (gestützt darauf) darauf ab, dass die Beschwerdegegnerin bis mindestens am 3. Januar 2005 und längstens bis am 28. Januar 2005 in die Projektierung und Realisierung der vertraglich vereinbarten Hangsicherung involviert gewesen sei (KG act. 2 S. 40 f.). Die Frage, ob die Beschwerdegegnerin sämtliche der ihrerseits geschuldeten Werkvertragsleistungen vollständig erbracht habe resp. ob dieser hinsichtlich einzelner der ihrerseits geschuldeten Werkvertragsleistungen Unterlassungen vorzuwerfen seien, hielt die Vorinstanz (im Rahmen der Frage der Werkvollendung, Werkablieferung und -abnahme) – mindestens implizit – für nicht massgebend. Ob sie damit die Voraussetzungen für eine Werkvollendung, Werkablieferung und -abnahme verkannte (und ob die Vorinstanz diesbezüglich der richterlichen Begründungspflicht hinreichend nachgekommen ist [vgl. dazu KG act. 1 Rz 22]), ist (wie bereits erwogen) nicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu prüfen (§ 285 ZPO).

6.6.4. Wie bereits erwogen, ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz darauf abstellte, die Beschwerdegegnerin habe sämtliche der ihrerseits geschuldeten Werkvertragsleistungen vollständig erbracht. Mit dem Vorbringen, die Beschwerdegegnerin habe gar nicht behauptet, sämtliche der geschuldeten Werkvertragsleistungen auch tatsächlich erbracht zu haben (vgl. dazu KG act. 1 S. 18 f. unten), ist daher von vorneherein keine Verletzung der Verhandlungsmaxime dargetan. Dass der Vorinstanz in Bezug auf deren Feststellungen, die Hangsicherung gemäss Werkvertrag zwischen den Beschwerdeführerinnen und der Beklagten 2 vom 20./23. November 2004 sei für die Beschwerdeführerinnen am 3. Januar 2005 erkennbar vollendet gewesen und die Beschwerdegegnerin sei bis mindestens am 3. Januar 2005 und längstens bis am 28. Januar 2005 in die Projektierung und Realisierung der vertraglich vereinbarten Hangsicherung involviert gewesen, eine Verletzung der Verhandlungsmaxime vorzuwerfen sei, wird in der Beschwerdeschrift nicht – mindestens nicht genügend substantiiert – geltend gemacht, weshalb darauf nicht weiter eingegangen zu werden braucht; die in der Beschwerdeschrift geltend gemachte Verletzung der Verhandlungsmaxime begründen die Beschwerdeführerinnen insbesondere damit, dass seitens der Parteien keinerlei Behauptungen hinsichtlich einer Vollendung und einer Vollendungsanzeige vorgebracht worden seien, und dass die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, das Werk sei nie abgenommen worden, unbestritten geblieben sei (KG act. 1 S. 16 ff. Rz 18 lit. c und d). Es kann in diesem Zusammenhang auf die diesbezüglichen vorgehenden Erwägungen (II/5: rechtliche Natur der Begriffe der Werkvollendung und –abnahme, und II/6.4: Vollendungsanzeige) verwiesen werden.

Lediglich ergänzend sei Folgendes festgehalten: Die Feststellung, dass die Beschwerdegegnerin bis mindestens am 3. Januar 2005 und längstens bis am 28. Januar 2005 in die Projektierung und Realisierung der vertraglich vereinbarten Hangsicherung involviert gewesen sei, stützte die Vorinstanz darauf ab, (1) dass die Beklagte 2 ihre Arbeiten am 22. Dezember 2004 tatsächlich beendet habe, und (2) dass die der Beklagten 2 am 3. Januar 2005 vergebenen Zusatzarbeiten hinsichtlich der eigentlichen Hangsicherung mittels Ankern am 28. Januar 2005 beendet gewesen sein müssen (da in diesem Zeitpunkt die Anordnung von

Spannproben an den von der Beklagten 2 eingebrachten Ankern erfolgt sei; KG act. 2 S. 40). Dass dem angefochtenen Entscheid diesbezüglich (betreffend Beendigung der Arbeiten seitens der Beklagten 2) eine Verletzung der Verhandlungsmaxime zugrunde läge, wird in der Beschwerdeschrift nicht (mindestens nicht genügend substantiiert) geltend gemacht. Solches wäre jedoch im Übrigen angesichts der nachfolgend aufgezeigten Vorbringen der Beschwerdeführerinnen vor Vorinstanz auch nicht ersichtlich:

*„...Herr Ingenieur \_\_\_\_\_ waren die Grundlagen der Beklagten 3 bekannt und er hat darauf gestützt, eine verankerte Nagelwand bzw. vorgespannte Litzenanker vorgeschlagen und dazu Angaben zum Ausmass und zur Bemessung unterbreitet. Aufgrund dieser Angaben hat die Beklagte 2 ihre Offerte vom 20. November 2004 unterbreitet und zwar in einem sehr wesentlichen Punkte abgeändert, nämlich indem sie die vorgeschlagenen Anker durch ihre eigenen vorgeschlagenen 80 ungespannten Selbstbohr-Vollverbundanker ersetzten. Sie wusste somit, dass eine Hangsicherung und insbesondere ein Hang, der bereits Anzeichen von Rutschgefährdung zeigte, gesichert werden musste. Sie hat ohne weitere Rückfragen, ohne weitere Bedingungen und Vorbehalte ihre Offerte unterbreitet und auch die Arbeiten vollumfänglich ausgeführt, wobei sie jederzeit – wahrscheinlich am besten – Kenntnis vom wahren Baugrund haben musste...“ (HG act. 33 S. 16),*

*„...Auf Wunsch der Beklagten 2 wurde die Beklagte 1 mit der weiteren Projektierung der Hangsicherung und der Bauleitung beauftragt, anstelle der Beklagten 3. Der Schaden trat erst ein, nachdem die Beklagte 2 die Leistungen gemäss Werkvertrag ausgeführt hatte...“ (HG act. 33 S. 87) sowie*

*„...Die Beklagte 1 hat das Hangsicherungsprojekt geplant, Anweisungen erteilt, hätte die Ausführung überwachen müssen und selbstverständlich auch die notwendigen Messungen ausführen sollen. Erst nachdem die Arbeiten Ende Dezember 2004 fertig gestellt waren, trat der Schaden durch die Hangrutschung ein...“ (HG act. 33 S. 87 unten).*

7.1. Die Beschwerdeführerinnen rügen in der Beschwerdeschrift schliesslich eine Verletzung der in § 55 ZPO statuierten richterlichen Fragepflicht durch die Vorin-

stanz. Diese hätte (so die Beschwerdeführerinnen) „die Parteien zur Vollendungsanzeige und Vollendung befragen und ihnen zur Bezeichnung weiterer Beweismittel Gelegenheit bieten müssen“ und/oder den Parteien Gelegenheit einräumen müssen, sich dahingehend zu äussern, „welche Leistungen die Beklagte 1 zur Fertigstellung der vereinbarten Hangsicherungen leisten musste und welche sie geleistet hat, sowie ob ein fertiges gebrauchsfähiges Werk vollendet, angeboten und abgenommen bzw. ob die Arbeiten abgeschlossen oder abgebrochen wurden“ (KG act. 1 S. 25 ff. Rz 23 f. [S. 25 f. unten und S. 27 unten]).

7.2. Die richterliche Fragepflicht gemäss § 55 ZPO kommt grundsätzlich dann zur Anwendung, wenn (rechtzeitige) Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt geblieben sind. In solchen Fällen hat der Richter der Partei Gelegenheit zu geben, besser zu substantiieren. Ihre Ergänzungen sind sodann nach § 115 Ziff. 5 ZPO im Prozess noch zu berücksichtigen. Die richterliche Fragepflicht gemäss § 55 ZPO hat grundsätzlich nicht den Zweck, einer Partei zu ermöglichen, entscheidungswesentliche, aber – aus welchen Gründen auch immer – in den Parteivorträgen nicht aufgestellte Behauptungen nachträglich noch in den Prozess einzuführen. Die Fragepflicht greift nur hinsichtlich des bereits Vorgebrachten, sofern dasselbe unklar, unvollständig oder unbestimmt bleibt. Sie setzt mit anderen Worten voraus, dass zumindest der – prozessual rechtzeitig eingebrachte – Ansatz zu einer auf den Prozess gerichteten (Tatsachen-)Behauptung oder Erklärung vorliegt, d.h. dass ein bestimmter Sachverhalt von einer Partei zumindest andeutungsweise bzw. in rudimentärer Form behauptet wird und lediglich in gewissen Richtungen erkennbarerweise der Vervollständigung bedarf. Insofern stellt sie eine im Interesse der Wahrheitsfindung notwendige Ergänzung der Verhandlungsmaxime dar, die insbesondere dann greift, wenn das von den Parteien vorgetragene Tatsachenfundament (unbeabsichtigt und ungewollt) den Anforderungen an eine gehörige Substantiierung nicht genügt. Sie geht jedoch keineswegs so weit, dass das Gericht die Parteien auf den für die Urteilsfällung wesentlichen Sachverhalt hinzuweisen hätte. Im Rahmen von § 281 Ziff. 1 ZPO (in welchem Bereich der Kassationsinstanz volle Kognition zukommt; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281 ZPO) kann im Kassationsverfahren geltend gemacht werden, die Vorinstanz habe dem Beschwerdeführer hinsichtlich einer

mindestens ansatzweise vorhandenen aber vom Richter als ungenügend substantiiert erachteten, auf den Prozess gerichteten Erklärung keine Gelegenheit zur Nachsubstantiierung eingeräumt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 55 ZPO).

Nach kassationsgerichtlicher Praxis besteht sodann ein Anspruch der Parteien, auf eine im Verfahren nicht vorgebrachte, vom Gericht aber als entscheidend betrachtete Rechtsauffassung vorgängig hingewiesen zu werden, wenn anzunehmen ist, sie könnten ihre *tatsächlichen Vorbringen* im Hinblick auf diese Rechtsauffassung vervollständigen (ZR 90 Nr. 85 S. 282 m.H.; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 55 N 6). Nach (insoweit strengerer) bundesgerichtlicher Praxis wird ein solcher Anspruch bereits bejaht, wenn das Gericht sein Urteil auf eine rechtliche Begründung stützt, die im Verlauf des Verfahrens nicht diskutiert wurde und von den Parteien nicht vorauszusehen war (zuletzt BGE 130 III 35 = Pra 2004 Nr. 58 E. 5). Diese Praxis des Bundesgerichts ist im Schrifttum sowohl im Hinblick auf die Unbestimmtheit des Begriffs der Voraussehbarkeit wie auch im Lichte des Grundsatzes "iura novit curia" auf beachtliche Kritik gestossen (vgl. Franz Kellerhals/Bernhard Berger, *iura novit arbiter*, in FS Wolfgang Wiegand, Bern/München 2005, 387 ff.; Francois Perrat, *Quelques considérations sur le droit d'être entendu au regard de l'adage "iura novit curia"*, SZZP 2005, 223 ff.). Insbesondere wird von diesen Autoren – in Übereinstimmung mit der erwähnten kassationsgerichtlichen Rechtsprechung – die Auffassung vertreten, eine vorgängige Anhörung der Parteien sei nur dann geboten, wenn die vom Gericht in Aussicht genommene und zuvor von keiner Seite diskutierte rechtliche Betrachtungsweise geeignet sei, *neue Tatfragen* aufzuwerfen; der blosse Schutz vor überraschenden rechtlichen Subsumtionen ohne Bezug zum Ausgang des Verfahrens rechtfertige hingegen ein solches Vorgehen nicht, zumal in diesem Fall das Gericht, an welches die Sache zurückgewiesen werde, bei unverändertem Tatbestand nochmals gleich entscheiden werde. Anders verhalte es sich hingegen dann, wenn geltend gemacht werde, die nicht vorhersehbare rechtliche Würdigung habe dazu geführt, dass es die unterliegende Partei unverschuldet unterlassen habe, diesbezüglich relevante *Tatsachen und Beweismittel* vorzutragen, welche den Entscheid möglicherweise beeinflusst hätten (Kellerhals/Berger, a.a.O., S. 404). Ob eine Erweiterung resp.

Modifikation der tatbeständlichen Vorbringen letztlich zu einer anderen Entscheidung des Gerichts geführt hätte, ist nicht zu prüfen; insoweit ist der im vorliegenden Zusammenhang gegebene Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur. Dass die Gewährung des rechtlichen Gehörs letztlich zu einem anderen Entscheid führen kann, setzt jedoch ein Zutun des Gehörsberechtigten voraus, nämlich dass dieser sich materiell vernehmen lässt. Der Nichtigkeitskläger hat daher in der Beschwerdeschrift darzulegen, inwiefern die tatsächlichen Vorbringen geändert oder ergänzt worden wären, wenn die Vorinstanz darauf hingewiesen hätte, dass sie den Rechtsstreit unter anderen als den von den Parteien aufgeworfenen rechtlichen Gesichtspunkten beurteilen werde (RB 2000 Nr. 57).

7.3. Zur Begründung bringen die Beschwerdeführerinnen zum Einen vor, die Vorinstanz habe festgestellt, dass sich die Parteien über die Vollendungsanzeige, Vollendung und Ablieferung nicht oder ungenügend geäußert hätten. Auch betreffend die zu erbringenden Leistungen bestünden verschiedene Behauptungen zwischen den Parteien. Daraus ergebe sich, dass auch betreffend die Vollendung bzw. Erfüllung der vereinbarten Leistungen unterschiedliche Behauptungen vorgebracht worden seien (KG act. 1 S. 25 f. Rz 23).

Zunächst ist festzuhalten, dass allein der Umstand, dass sich Parteibehauptungen (tatsächlicher Natur) der Prozessgegner widersprechen, keine richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO nach sich zieht. Eine solche besteht grundsätzlich dann, wenn (rechtzeitige) Vorbringen *einer* Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt geblieben sind.

Zutreffend ist, dass die Vorinstanz auf den Mangel detaillierter Parteivorbringen zur Vollendungsanzeige oder zur (versuchten) Inbetriebnahme des Werkes sowie auf den Mangel hinreichender Parteiausführungen betreffend allfällige Leistungspflichten der Beschwerdegegnerin aus dem Vertrag vom 16. Dezember 2004 hinsichtlich der am 3. Januar 2005 an die Beklagte 2 vergebenen Zusatzarbeiten hinwies. Sie erachtete deshalb sowohl eine taggenaue Bestimmung der Vollendung

und Ablieferung der Hangsicherung als auch eine eindeutige Bestimmung der Frage, ob der Beschwerdegegnerin im Rahmen der am 3. Januar 2005 an die Beklagte 2 vergebenen Zusatzarbeiten noch Leistungspflichten aus dem Vertrag vom 16. Dezember 2004 (insbesondere werkvertragliche Geotechnik-Leistungen bei der Projektierung oder Realisierung) zufließen, für unmöglich (KG act. 2 S. 40). Indessen hielt sie solches in casu für nicht entscheidrelevant (ob sie damit die Voraussetzungen an eine Werkvollendung, Werkablieferung und –abnahme verkannte, ist vorliegend nicht zu prüfen; § 285 ZPO). Der von den Beschwerdeführerinnen als ungerechtfertigt erachtete vorinstanzliche Schluss betreffend Vollendung, Ablieferung und Abnahme der seitens der Beschwerdegegnerin geschuldeten Werkvertragsarbeiten resp. der Hangsicherung wird damit nicht mit einer ungenügenden Substantiierung von Vorbringen der Beschwerdeführerinnen begründet.

7.4. Hinsichtlich des Vorbringens in Abs. 1 von Rz 24 der Beschwerdeschrift kann auf die diesbezüglichen vorgehenden Erwägungen (II/3 lit. b) verwiesen werden.

7.5. Die geltend gemachte Verletzung der richterlichen Fragepflicht begründen die Beschwerdeführerinnen im Weiteren damit, dass die Vorinstanz von der bisherigen Rechtsprechung zur Vollendung von Werkvertragsarbeiten grundsätzlich abweiche. Gemäss bisheriger Rechtsprechung (so die Beschwerdeführerinnen) werde erst dann von der Vollendung bzw. der Ablieferung eines Werkes ausgegangen, wenn ein **fertiges, gebrauchsfähiges** Werk abgeliefert worden sei, der Besteller dies habe erkennen können und das **gebrauchsfähige** Werk auch in Betrieb genommen werden könne. Davon abweichend vertrete die Vorinstanz in casu die Rechtsauffassung, dass das Werk vollendet sei, wenn der Unternehmer seine Arbeiten beendet habe, was mit der Erbringung sämtlicher vertraglicher Leistungen nicht gleichzusetzen sei. Da nach dem Hangrutsch die Arbeiten der Beschwerdegegnerin und der Beklagten 2 beendet gewesen seien, sei das Werk nach Auffassung der Vorinstanz vollendet und damit auch abgenommen gewesen, obwohl gar nie eine Hangsicherung gebrauchsfähig eingebracht wurde und die Beschwerdegegnerin auch nicht sämtliche Leistungen erbracht habe. Damit sei die Vorinstanz von der bisherigen Rechtsprechung abgewichen, weshalb sie

daher gemäss § 50 Abs. 1 ZPO nach Treu und Glauben zur Ansetzung einer kurzen Nachfrist im Sinne von § 210 Satz 2 ZPO oder zur Ausübung der Fragepflicht nach § 55 ZPO verpflichtet gewesen wäre (KG act. 1 S. 26 f. Rz 24 Abs. 2 und 3).

Wenn die Beschwerdeführerinnen vorbringen, die Vorinstanz hätte ihnen zufolge ihres Abweichens von der bisherigen Rechtsprechung Gelegenheit zu weiterem Vorbringen dahingehend einzuräumen gehabt, „welche Leistungen die Beklagte 1 zur Fertigstellung der vereinbarten Hangsicherung leisten musste und welche sie geleistet hat, sowie ob ein fertiges gebrauchsfähiges Werk vollendet, angeboten und abgenommen bzw. ob die Arbeiten abgeschlossen oder abgebrochen wurden“ (KG act. 1 S. 27 unten), geht daraus nicht hervor, welche weiteren (nicht bereits in den Prozess eingebrachten), durch die – angebliche – Abweichung der Vorinstanz von der bisherigen Rechtsprechung veranlassten Behauptungen die Beschwerdeführerinnen hätten vorbringen wollen. Der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund (§ 281 Ziff. 1 ZPO) ist daher von vorneherein nicht dargetan (weshalb sich vorliegend erübrigt, zu prüfen, ob in casu von einer die richterliche Fragepflicht auslösenden, abweichenden Rechtsauffassung der Vorinstanz auszugehen ist).

8. Die Vorinstanz begründete die Abweisung der Klage der Beschwerdeführerinnen gegen die Beschwerdegegnerin letztlich mit dem Fehlen beschwerdeführerischer Behauptungen betreffend eine rechtsgenügende Mängelrüge der Beschwerdeführerinnen an die Adresse der Beschwerdegegnerin (KG act. 2 S. 41-45). Die Beschwerdeführerinnen bestreiten in der Beschwerdeschrift das Fehlen einer solchen Mängelrüge resp. entsprechender Vorbringen vor Vorinstanz (KG act. 1 S. 9), rügen in diesem Zusammenhang jedoch keinen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO (hinsichtlich der Frage der Anforderungen an eine rechtsgenügende Mängelrüge verweisen sie sodann [zutreffend] auf die Zuständigkeit des Bundesgerichts [KG act. 1 S. 8 f.]). Auf die vorinstanzlichen Erwägungen betreffend das Fehlen einer rechtzeitigen und hinreichend detaillierten Mängelrüge der Beschwerdeführerinnen an die Adresse der Beschwerdegegnerin (KG act. 2 S. 41-45) braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden. Im Übrigen setzten sich die Beschwerdeführerinnen mit den diesbezüglichen vorinstanzlichen Er-

wägungen nicht genügend substantiiert auseinander, weshalb ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO (wenn ein solcher mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht würde) ohnehin nicht dargelegt wäre.

9. Nach dem Gesagten vermögen die Beschwerdeführerinnen mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde keinen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO darzutun. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

### III.

Ausgangsgemäss werden die Beschwerdeführerinnen für das vorliegende Beschwerdeverfahren je zur Hälfte – unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag – kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO).

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 35'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Beschwerdeführerinnen je zur Hälfte – unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag – auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerinnen werden je zur Hälfte – unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag – verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 18'000.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine

Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 1'500'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Teilurteils des Handelsgerichtes vom 17. Dezember 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die jur. Sekretärin: