



**Entscheid des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht
vom 14. Dezember 2021 (400 21 103)**

Zivilprozessrecht / Obligationenrecht

Rechtsgrundlagen zum Gerichtsgutachten (E. 4.1); Rechtsfolgen bei Mangelhaftigkeit des Gutachtens gemäss Art. 188 Abs. 2 ZPO, namentlich Verzicht auf Erläuterungs- und Ergänzungsfragen sowie auf Obergutachten (E. 4.2, insbes. E. 4.2.6); Beweislast bezüglich der behaupteten Unmöglichkeit zur Herstellung und Lieferung der bestellten Produktmengen; u.a. Nichtbeachtung des mangelhaften Teils des Gutachtens (E. 4.9 bis 4.11); Umrechnung von Fremdwährungsforderungen zum Kurs im Zeitpunkt der Fälligkeit der Verrechnungsforderungen (E. 6).

Entscheid vom 14. Dezember 2021

Besetzung

Präsidentin Christine Baltzer-Bader, Richter Philippe Spitz (Ref.), Richterin Barbara Jermann Richterich; Gerichtsschreiber Giuseppe Di Marco

Parteien

**A.____ AG,
Klägerin 1 / Widerbeklagte 1 / Berufungsklägerin 1**

**B.____ LDA,
Klägerin 2 / Widerbeklagte 2 / Berufungsklägerin 2**
beide vertreten durch Advokat Dr. Christian Oetiker und/oder Advokatin Prabhjot K. Singh, VISCHER AG, Aeschenvorstadt 4, Postfach, 4010 Basel

gegen

**C.____ AG,
Beklagte 1 / Widerklägerin 1 / Berufungsbeklagte 1**

**D.____,
Beklagte 2 / Widerklägerin 2 / Berufungsbeklagte 2**

**E.____ BV,
Beklagte 3 / Widerklägerin 3 / Berufungsbeklagte 3**

alle drei vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Franz X. Stirnimann, Stirnimann Fuentes Dispute Resolution, Route de Malagnou 6, 1208 Genf, und Rechtsanwältin Xenia Rivkin, Rue du Conseil Général 8, 1205 Genf

Gegenstand

Forderung
Berufung gegen das Urteil der Dreierkammer des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft Ost vom 12. August 2020

INHALTSÜBERSICHT

PROZESSGESCHICHTE

ERWÄGUNGEN

- 1. Eintretensvoraussetzungen und weitere prozessuale Themen**
- 2. Inhalt der Transaktion / Synallagma zwischen Produktlieferungen und Zahlung der AGP**
- 3. Auslegung von Ziffer 5 CMA (Klage 1a – Hauptbegründung)**
 - 3.1 Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip
 - 3.2 Das (unrichtige) Verständnis der AGP durch die Erstinstanz
 - 3.3 Verpflichtung zur Herstellung und Lieferung von bestimmten Produktmengen
 - 3.4 Zulässigkeit der AGP-Kürzung gemäss Ziff. 5.1.3 CMA
 - 3.5 Verschulden der Klägerin 2
 - 3.6 Fazit zur Klage 1a – Hauptbegründung
- 4. Behauptete Unmöglichkeit der Herstellung der bestellten Produktmengen während der Laufzeit des CMA (Klage 1a – Eventualbegründung)**
 - 4.1 Rechtsgrundlagen zum gerichtlichen Gutachten
 - 4.2 Rechtsfolgen bei Mangelhaftigkeit des Gutachtens
 - 4.3 Zur (teilweisen) Mangelhaftigkeit des Gutachtens:
 - a) *Standpunkte der Parteien*
 - 4.4 *b) Zu «Der Aufbau des Gutachtens und das vermittelte Grundlagenwissen»*
 - 4.5 *c) Zu «Unklare Ausführungen im Gutachten»*
 - 4.6 *d) Zu «Inhaltliche Mängel, Widersprüche und unbelegte Aussagen Gutachten»*
 - 4.7 *e) Zu «Parteiliche Aussagen im Gutachten»*
 - 4.8 Fazit: Teilweise mangelhaftes Gutachten
 - 4.9 Behauptete Unmöglichkeit
 - 4.10 Betrieb des Werks, Reinigungsvorgänge und Sicherheitsmängel
 - 4.11 Beurteilung der «Due Diligence»
 - 4.12 Fazit zur behaupteten Unmöglichkeit (Klage 1a – Eventualbegründung)

- 5. Widerklage der Beklagten 3 in Höhe von CHF 78'454.82
zzgl. Verzugszinsen**
- 6. Bestimmung des Verrechnungszeitpunktes (Klage 1b)**
- 7. Schadenersatzanspruch aufgrund unbenutzter Rohmaterialien (Klage 2)**
- 8. Widerklage der Beklagten 2 in Höhe von EUR 2'396'846.25
zzgl. Verzugszinsen**
 - 8.1 Nachweis der Zahlung von Rohstoffrechnungen durch die Beklagte 2
 - 8.2 Regress der Beklagten 2 nach kumulativer Schuldübernahme
 - 8.3 Fazit zur Widerklage der Beklagten 2
- 9. Zusammenfassung der Ergebnisse**
- 10. Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens**
 - 10.1 Kürzung des Gutachterhonorars
 - 10.2 Verursachung unnötiger Prozesskosten
 - 10.3 Fazit zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahren
- 11. Kosten des Berufungsverfahrens**
- 12. Rechtsmittelerhebung**

PROZESSGESCHICHTE

A.1 Nach einer gescheiterten Schlichtungsverhandlung vor dem Friedensrichteramt Z.____ am 22. Dezember 2011 reichten die A.____ AG (Klägerin 1) und B.____ LDA (Klägerin 2) am 10. April 2012 Klage beim damaligen Bezirksgericht Z.____ (heute: Zivilkreisgericht Basel-Landschaft Ost) gegen die C.____ AG (Beklagte 1), D.____ (Beklagte 2) sowie E.____ BV (Beklagte 3) mit folgenden Rechtsbegehren ein:

1. *Es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, der Klägerin 2 CHF 7'062'126.93 zuzüglich Zins von CHF 401'075.82 für die Periode bis zum 31. März 2012 und von 5 % p.a. auf CHF 7'062'126.93 ab dem 1. April 2012 zu bezahlen; Mehrforderungen vorbehalten.*
2. *Es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, der Klägerin 1 CHF 2'530'144.63 zuzüglich Zins zu 5 % p.a. seit dem 1. April 2011 zu bezahlen; Mehrforderungen vorbehalten.*
3. *Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Beklagten in solidarischer Haftung.*

A.2 Der Anstoss für das gerichtliche Verfahren war eine Transaktion («Asset Purchase Agreement», nachfolgend auch als «APA» bezeichnet), mit welcher die Klägerin 1 am 29. Mai 2009 eine Produktionsanlage für chemische Wirkstoffe («Active Pharmaceutical Ingredients», kurz «API») in Z.____ von der F.____ AG, die nicht Partei dieses Verfahrens ist, kaufte. Dabei übernahm die Klägerin 1 insgesamt 101 der 104 beschäftigten Mitarbeiter der F.____ AG (APA, Anhang 4.1.1.b). Parallel dazu schlossen die Klägerinnen, die Beklagte 2 und die G.____ (heute Teil der Beklagten 1) ein «Contract Manufacturing Agreement» («CMA»), mit welchem sich die Klägerin 1 verpflichtete, die Produktionsanlage in Z.____ nach der Übernahme während 21 Monaten unverändert weiter zu betreiben und eine vereinbarte Menge an API über die Klägerin 2 als Wiederverkäuferin an die Beklagten zu verkaufen. Im Gegenzug sicherten die Beklagten der Klägerin 2 garantierte jährliche Mindestzahlungen («Annual Guaranteed Payments», nachfolgend auch als «AGP» bezeichnet) zu. Die im Rahmen dieser Gesamttransaktion geschlossenen Verträge, das APA und das CMA, wurden am 29. Mai 2009 unterzeichnet und traten am 1. Juli 2009 in Kraft. Ende März 2011, d.h. 21 Monate später, lief das CMA aus.

A.3 Mit dem Rechtsbegehren 1 der eingangs erwähnten Klage vom 10. April 2012 machte die Klägerin 2 im Wesentlichen geltend, die Beklagten hätten zu Unrecht eine Kürzung der AGP vorgenommen. Die AGP seien fest zugesicherte Mindestzahlungen gewesen, die zur Deckung der fixen Betriebskosten und unabhängig von den tatsächlich hergestellten Mengen an API geschuldet gewesen seien. Eventualiter sei eine Kürzung nur möglich gewesen, wenn eine nicht vollständige Lieferung der Bestellmenge sowie kumulativ eine anderweitige Vertragsverletzung vorgelegen hätten. Eine relevante Vertragsverletzung liege jedoch nicht vor, zumal es unmöglich gewesen sei, die Bestellmenge an API gemäss dem CMA herzustellen, was insbesondere mit Blick auf frühere Kapazitätswerte des Werkes in Z.____ und im Bestreitungsfall durch eine anzuordnende Expertise über die Produktionskapazität des Werks bewiesen werden könne. In der Vergangenheit seien diese Produktionsmengen zum einen nur möglich gewesen, indem unter anderem notwendige Unterhaltsarbeiten aufgeschoben worden seien. Zum anderen sei die erhöhte Produktion eines Wirkstoffes zu Lasten der Produktion eines anderen Wirkstoffes gegangen, insbesondere im Verhältnis zwischen XY und YZ. Die im CMA festgehaltenen Mengen würden von einer absoluten Maximalproduktion für beide Produkte über eine län-

gere Zeit ausgehen, die selbst theoretisch gar nicht möglich sei, was den Beklagten bekannt gewesen sei. Die Klägerin 1 habe im übernommenen Werk produziert, was möglich gewesen sei. Weder die Klägerin 1 noch die Klägerin 2 hätten die Unterschreitung der Bestellmengen zu vertreten. Gestützt darauf fordere die Klägerin 2 mit Rechtsbegehren Ziffer 1 die Bezahlung des von den Beklagten zurückbehaltenen Teils der AGP in Höhe von CHF 6'514'660.92. Darüber hinaus verlange die Klägerin 2 mit Rechtsbegehren 1 die Bezahlung von CHF 547'466.01 aufgrund der Anwendung von falschen Umrechnungskursen durch die Beklagten zum Nachteil der Klägerin 2, nachdem die Beklagten bei vorgenommenen Verrechnungen zu Unrecht auf den Wechselkurs im Zeitpunkt der Fälligkeit ihrer Verrechnungsforderungen anstatt auf jenen im Zeitpunkt des Zugangs der Verrechnungserklärungen abgestellt hätten. Mit dem Rechtsbegehren 2 der Klage vom 10. April 2012 verlange die Klägerin 1 zudem – unter Hinweis auf ihren Inventarbestand nach Ablauf des CMA am 1. April 2011 – die Zahlung von CHF 2'530'144.63 durch die Beklagten für Rohstoffe, welche im Hinblick auf die Herstellung der vereinbarten API-Mengen eingekauft, jedoch aufgrund der geringeren Produktionskapazität des Werkes bis zum Ablauf des CMA nicht verarbeitet worden seien. Die Rohstoffe seien für die Klägerin 1 infolge Nichtfortführung des CMA unnütz geworden, was in einem Schaden in besagter Höhe resultiert habe und dem Verhalten der Beklagten zuzurechnen sei. Den Beklagten sei bewusst gewesen, dass die bestellten Produktmengen im Werk in Z.____ gar nicht hätten produziert werden können. Im Bestreitungsfall könne der Inventarbestand per 1. April 2011 durch eine Expertise oder einer mit einem Augenschein verbundenen Bestandesaufnahme festgestellt werden.

B.1 Mit Eingabe vom 20. September 2012 reichten die Beklagten beim Zivilkreisgericht Basel-Landschaft Ost ihre Klageantwort und Widerklage mit folgenden Anträgen ein:

1. *Auf die prozessualen Begehren oder Offerten der Klägerinnen zur Anforderung von Expertisen oder zur Vornahme eines Augenscheins sei nicht einzutreten.*
2. *Die Rechtsbegehren gegen die Beklagten 1, 2 und 3 seien vollumfänglich abzuweisen.*
3. *Die Klägerinnen seien solidarisch zu verpflichten, der Beklagten 2 CHF 3'013'650.00 zuzüglich Zins von 5 % p.a. ab dem 28. Dezember 2010 zu bezahlen; Mehrforderung vorbehalten.*
4. *Die Klägerinnen seien solidarisch zu verpflichten, der Beklagten 3 CHF 767'461.00 zuzüglich Zins von 5 % p.a. ab dem 29. November 2011 zu bezahlen; Mehrforderung vorbehalten.*
5. *Eventualiter zu den Rechtsbegehren 3 und 4 seien die Klägerinnen zu verpflichten, der Beklagten 3 CHF 2'061'470.00 zuzüglich Zins von 5 % p.a. ab dem 13. Mai 2011 zu bezahlen; Mehrforderung vorbehalten.*
6. *Die Klägerinnen seien solidarisch zu verpflichten, der Beklagten 3 CHF 78'454.82 zuzüglich Zins von 5 % p.a. ab dem 24. Mai 2011 zu bezahlen.*
7. *Die Klägerinnen seien solidarisch zur Bezahlung der Gerichtskosten und zur Bezahlung einer angemessenen Parteientschädigung zu Gunsten der Beklagten 1, 2 und 3 zu verurteilen.*

B.2 Die Beklagten stellten sich in der Hauptsache auf den Standpunkt, sie hätten sich mit dem CMA die Weiterbelieferung mit bestimmten API-Mengen für 21 Monate gesichert, um die Nachfrage ihrer Kunden befriedigen zu können. Die Klägerinnen hätten sich nicht daran gehalten. Eine Kürzung der AGP sei unter spezifischen Umständen zulässig gewesen. Dazu hätten klägerische Nicht- oder Zuweniglieferungen gehört, womit das CMA verletzt worden sei. Eine «anderweitige» Vertragsverletzung sei nicht notwendig gewesen, um die AGP kürzen zu dürfen. Die klägerseits beantragten Expertisen zur Produktionskapazität des Werkes in Z.____ sowie zum Inventarbestand per Ende des CMA seien nicht nötig bzw. würden vielmehr das Verfahren unnötig verteuern. Die eingereichten Dokumente seien zur Beurteilung des Sachverhalts ausreichend und aus diesen ergäbe sich unter anderem, dass die bestellten Produktmengen im Z.____ Werk vor und nach dessen Verkauf an die Klägerin 1 tatsächlich hergestellt worden seien. Die Herstellungs- und Lieferpflicht gemäss CMA habe sodann im Risikobereich der Klägerinnen gelegen. Diese Pflicht sei infolge selbstverschuldeter Vertragsverletzungen der Klägerinnen bei der Planung, Ausführung der Produktion und beim Einkauf der hierfür notwendigen Rohmaterialien sowie aufgrund einer ineffizienten Ferien-, Revisions- und Reinigungsplanung nicht eingehalten worden. Ferner hätten die Klägerinnen gewusst, welche Produktmengen sie während der Vertragszeit herzustellen in der Lage gewesen seien, weshalb sie nun zu Unrecht versuchen würden, den durch überschüssige Rohstoffeinkäufe selbstgeschaffenen Schaden abzuwälzen. Hinsichtlich der Forderung der Klägerin 2 aus angeblich falschen Wechselkursumrechnungen würden die Beklagten – mangels bundesgerichtlicher Rechtsprechung – der überwiegenden Lehrmeinung folgen, wonach der Wechselkurs am Fälligkeitstag der verrechneten Forderung und nicht derjenige am Tage der Verrechnungserklärung anzuwenden sei. Damit seien die Rechtsbegehren der Klägerinnen allesamt abzuweisen. Sollte das Gericht wider Erwarten eine Haftung der Beklagten in Betracht ziehen, sei die Expertise auch dahingehend anzuordnen, ob nach Ablauf des CMA noch Rohstoffe durch die Klägerinnen verarbeitet, gebraucht oder verbraucht worden seien. Die Widerklage 1 gemäss den beklagtischen Rechtsbegehren 3 bis 5 (gemäss vorstehender lit. B.1) betreffe Rohstoffrechnungen, welche die Beklagten 2 und 3 im Namen der Klägerinnen bezahlt hätten, da letztere aufgrund von Liquiditätsproblemen ihre Rechnungen für die erforderlichen Rohmaterialien nicht beglichen hätten. Damit sei ein Lieferstopp der Rohstoffe und ein Stillstand der Produktion der API-Produkte gemäss dem CMA verhindert worden. Mit der Widerklage 2 gemäss dem Rechtsbegehren 6 fordere die Beklagte 3 aufgrund der vorgenommenen AGP-Kürzung und den zuvor geleisteten Zahlungen an die Klägerinnen einen Restbetrag von CHF 78'454.82 zurück.

C. In der Replik und Widerklageantwort vom 9. Januar 2013 hielten die Klägerinnen zum einen an ihren Klagebegehren fest und zum anderen beantragten sie, auf das Rechtsbegehren 1 der Klageantwort sei nicht einzutreten und die Widerklagen der Beklagten seien vollumfänglich abzuweisen. Mit der Widerklage 1 würden die Beklagten 2 und 3 den Ersatz angeblicher Schadenminderungskosten geltend machen. Eine Vertragsverletzung der Klägerinnen, aus welcher ein Schaden entstanden sein soll, sei jedoch nicht dargetan worden, zumal im CMA keine Pflicht der Klägerinnen zur tatsächlichen Bezahlung der Rohstofflieferanten enthalten sei. Es fehle daher an einer Anspruchsgrundlage für die behauptete Schadenersatzforderung. Darüber hinaus seien Schadenersatzansprüche aus Vertrag in der Regel in der Währung des Staates festzulegen, in dessen Gebiet der Vermögensschaden eingetreten sei. Da die Beklagten 2

und 3 ihren Sitz in X.____ bzw. Y.____ hätten, wäre ein allfälliger Schaden in Euro zu bemessen und nicht in Schweizer Franken. Die Widerklage 1 (d.h. die Rechtsbegehren 3 bis 5 gemäss vorstehender lit. B.1) müsse deshalb auch aufgrund der falschen Währung abgewiesen werden. Eventualiter würden zudem die von den Beklagten angewendeten Umrechnungszeitpunkte bestritten. Die Widerklage 2 (Rechtsbegehren 6 gemäss vorstehender lit. B.1) sei hingegen die Folge einer unrechtmässigen Kürzung der AGP durch die Beklagten. Letztere seien nun der Ansicht, noch etwas zurückfordern zu können. Ein solcher Rückforderungsanspruch habe jedoch keine vertragliche Grundlage und sei nur aus Bereicherungsrecht denkbar, sofern sich die Beklagten bezüglich ihrer Zahlungen in einem Irrtum befunden hätten, was weder behauptet noch bewiesen sei. Selbst wenn ein Bereicherungsanspruch bestünde, sei dieser verjährt. Ohnehin sei die Beklagte 3 unter dem CMA nicht aktivlegitimiert, so dass bereits deshalb ihre Widerklagen abgewiesen werden müssten.

D. Am 6. Juni 2013 folgte die Duplik und Widerklagereplik der Beklagten, welche darin einerseits ihre Rechtsbegehren und Standpunkte in ihrer ersten Rechtsschrift wiederholten. Andererseits führten sie zur Widerklage 1 im Wesentlichen an, diese beruhe auf einer kumulativen Schuldübernahme durch die Beklagten, welche für die Klägerin 1 Rohstoffrechnungen bezahlt und nun ein Regressrecht gegenüber der Klägerin 1 hätten. Die Aktivlegitimation der Beklagten 3 bestehe deshalb unabhängig davon, ob sie Partei des CMA sei. Alternativ würden die Beklagten ihre Forderungen aus der Widerklage 1 wegen Verletzung des CMA durch die Klägerinnen geltend machen, namentlich wegen Verletzung der ausdrücklichen Bezahlungsdirektive in Ziffn. 3.1.1 und 7.1 CMA und Anhang 5.1.1 CMA sowie der Sorgfalts- und Treuepflicht durch die Klägerinnen. Die Forderungen aus der Widerklage 1, welche in der Klageantwort und Widerklage in Schweizer Franken geltend gemacht worden seien, würden nunmehr in Euro eingeklagt, was gemäss bundesgerichtlicher Praxis zulässig sei. Demnach seien die Klägerinnen im Rahmen der Widerklage 1 (Rechtsbegehren 3 bis 5, siehe lit. B.1 oben) solidarisch zu verpflichten, der Beklagten 2 EUR 2'396'846.25 und der Beklagten 3 EUR 624'800.00, eventualiter den Beklagten 1, 2 und 3 EUR 1'635'190.00 zu bezahlen, jeweils zuzüglich Verzugszinsen und vorbehältlich einer Mehrforderung. Die Widerklage 2 (Rechtsbegehren 6, siehe lit. B.1 oben) beruhe entgegen der klägerischen Ansicht auf einem vertraglichen Recht aller Beklagten zur Kürzung der AGP gemäss Ziffer 5.1.3 CMA, welches gemäss Art. 127 Abs. 1 OR erst nach 10 Jahren verjähre und hier noch lange nicht verjährt sei. Das Gericht werde somit darauf aufmerksam gemacht, dass in Bezug auf das Eventualbegehren zur Widerklage 1 (Rechtsbegehren 5) sowie in Bezug auf die Widerklage 2 (Rechtsbegehren 6) neben der Beklagten 3 nunmehr auch die Beklagten 1 und 2 als Widerklägerinnen auftreten würden.

E. In der Widerklageduplik vom 16. Oktober 2013 präsentierten die Klägerinnen noch einmal ihre Standpunkte zu den gegnerischen Widerklagen. Zusätzlich bringen sie im Wesentlichen vor, dass die Geltendmachung der Widerklage 1 neu in Euro zwar eine zulässige Klageänderung sei, jedoch müsse dieser Umstand bei der Kostenverteilung unabhängig des Verfahrensausganges berücksichtigt werden. Hinsichtlich der beklagtischen Rechtsbegehren 5 und 6 würden neben der Beklagten 1 neu auch die Beklagten 2 und 3 als Widerklägerinnen auftreten, was prozessual weder eine zulässige Klageänderung noch ein zulässiger Parteiwechsel darstelle. Vielmehr handle es sich dabei um neue Widerklagen, welche erst mit dem zweiten

Schriftenwechsel und somit verspätet vorgebracht worden seien. Auf diese neuen Widerklagen der Beklagten 2 und 3 sei daher nicht einzutreten.

F. Mit der Widerklageduplik der Klägerinnen vom 16. Oktober 2013 wurde der zweite Schriftenwechsel im erstinstanzlichen Verfahren beendet. Darauf folgend ordnete das Gerichtspräsidium der zuständigen Kammer III des Zivilkreisgerichts zunächst eine deutsche Übersetzung des APA und des CMA an. Alsdann lud es die Parteien zur Hauptverhandlung vor, welche am 30. September 2014 vor der Dreierkammer des Zivilkreisgerichts durchgeführt wurde. Anlässlich dieser Hauptverhandlung kam die Dreierkammer nach Anhörung beider Parteien zum Schluss, dass als Nächstes eine Expertise zu den folgenden Themenkreisen anzuordnen sei: «(a) Unmöglichkeit, die im CMA festgehaltenen Produktionsmengen während der Vertragslaufzeit zu produzieren; (b) Tatsache, dass die Klägerin 1 die Produktionskapazität der Produktionsanlage in Z.____ voll nutzte; (c) Frage, ob die Klägerin 1 die Produktion im Werk in Z.____ im Rahmen der vorgegebenen Parameter effizient geplant hat; (d) Inventarbestand per 1. April 2011.»

G. Auf Vorschlag der Parteien wurde mit Verfügung vom 1. Dezember 2014 Dr. H.____ als Experte eingesetzt und mit der Erstellung des Gutachtens beauftragt. Ihm wurden die Fragenkataloge der Parteien vom 28. November 2014, sämtliche Beilagen zu den Rechtsschriften der Parteien sowie die deutsche Übersetzung des APA und des CMA zugestellt mit dem Ersuchen, sowohl den Zeitbedarf als auch den Kostenrahmen für die Erstellung des Gutachtens mitzuteilen. Der Gutachter wurde zudem darauf hingewiesen, dass eigene Abklärungen, insbesondere die Durchführung eines Augenscheins oder Befragung von Parteien, nur mit vorheriger Absprache der Parteien erlaubt seien.

H. Auf Antrag der Klägerinnen räumte das instruierende Zivilkreisgerichtspräsidium den Parteien nachträglich das Recht ein, sich zu den jeweiligen Fragestellungen der Gegenseite zu äussern, was einerseits dazu führte, dass dem Gutachter mit Verfügung vom 18. Februar 2015 ein rund neunseitiger Fragenkatalog mit teilweise vom Gericht umformulierten Fragen zugestellt wurde. Andererseits wurden dem Gutachter Auszüge aus den Rechtsschriften der Parteien beschränkt auf die Sachverhaltsdarstellung zugänglich gemacht; auf die Zustellung der vollständigen Rechtsschriften der Parteien wurde aufgrund einer möglichen Beeinflussung des Gutachters verzichtet. In der Verfügung vom 18. Februar 2015 wurde der Gutachter ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass er Fragen nicht beantworten solle, die er nicht oder nicht sinnvoll beantworten könne. Welche Fragen dies seien, sei dem Gutachter zu überlassen und die Fragen seien nicht bereits vorher durch das Gericht zu streichen. Der Gutachter wurde um Auskunft über den Zeitbedarf und den ungefähren Kostenrahmen gebeten.

I. Der Gutachter gab mit Zuschrift vom 5. März 2015 den voraussichtlichen Zeitaufwand zur Beantwortung der Fragen auf ca. 20 bis 25 Arbeitstagen an und schätzte die Gesamtkosten auf CHF 60'000.00 bis CHF 80'000.00. Er plante damals, die Expertise innerhalb dreier Monate ab definitiver Freigabe ausarbeiten zu können. Mit Verfügung vom 1. April 2015 gab das Zivilkreisgerichtspräsidium nach Eingang eines ersten Kostenvorschusses für die Beweiserhebung von CHF 70'000.00 die Erstellung der Expertise definitiv frei.

J. Mit Schreiben vom 29. September 2015 teilte der Gutachter Dr. H.____ auf Nachfrage des Zivilkreisgerichtspräsidiums mit, die Bearbeitung der Gutachterfragen erweise sich als deutlich aufwendiger als ursprünglich geschätzt. Als neue Frist für die Fertigstellung des Gutachtens nannte er den 24. Dezember 2015.

K. Als Antwort auf eine gerichtliche Anfrage vom 7. Januar 2016 reichte der Gutachter am 15. Februar 2016 einen ersten Bericht zum Stand der Expertise ein, in dem er verschiedene Schwierigkeiten bei deren Erstellung ansprach. Während seiner Ansicht nach die Fragen der Klägerinnen breit gestellt seien und eine Gesamtbeurteilung erfordern würden, würden sich die Fragen der Beklagten als geschlossen präsentieren und sich auf spezifische Beilagen und Zeugen beziehen. Zwar könnten die Fragen der Beklagten aus den Beilagen beantwortet werden, was allerdings mangels eines Gesamtblickes unbefriedigend sei. Zur Erlangung dieses Gesamtblickes seien die Beilagen thematisch geordnet worden, um eine Grundlage für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Werks in Z.____ während der Vertragslaufzeit zu schaffen. Hierbei würden sich die Beilagen als kritisch erweisen und die Beantwortung der Fragen begrenzen oder verhindern. Zudem mache der fehlende Zugang zu Zeugen die Beantwortung der Fragen extrem aufwendig und zeitraubend. Der Gutachter wies darauf hin, dass die ihm zur Verfügung gestellten Beilagen bezüglich Lesbarkeit, Qualität, Konsistenz und Vollständigkeit teilweise unzureichend seien. Namentlich würden wichtige Beilagen undatiert sein oder keine Autoren aufweisen, auf nicht vorhandene Unterlagen verweisen oder auf Zeugen Bezug nehmen, die noch nicht befragt worden seien. Die Beantwortung der Fragen nur auf Grundlage der Beilagen basiere deshalb in hohem Masse auf Vermutungen, was sehr unbefriedigend sei, aber durch den Zugang zu Zeugen einfach zu beheben wäre. Für die vollständige Beantwortung der Gutachterfragen sei neben der Befragung von Zeugen auch ein Augenschein vor Ort notwendig. Weitere Probleme bei der Beantwortung der Fragen seien die aufwendige Erarbeitung der technischen und operativen Sachverhalte, sodann Fragen, die sich teilweise auf Rechtsschriften beziehen würden, die dem Experten nicht vorlägen, oder auch Fragen, die auf Zeugen Bezug nehmen würden. Es müsse daher mit einem deutlich höheren Aufwand gerechnet werden. Der Gutachter präsentierte vier Optionen für eine effizientere Bearbeitung des Gutachtens: Die Erstellung neuer Beilagen (1), die weitere sequentielle Beantwortung der Fragen (2), der Start eines «Projekts mit kritischer Masse» unter Beizug eines Unterexperten (3) oder die Reduktion des Umfangs der Expertise durch Ausschluss von Fragen, die nicht bereits zur Verfügung gestellte Quellen erfordern (4).

L. Im Nachgang zu mehreren Eingaben der Klägerinnen und der Beklagten, in welchen sie die vom Gutachter vorgeschlagenen Optionen respektive das weitere Vorgehen hinsichtlich des Gutachtens kommentierten, lud das Zivilkreisgerichtspräsidium die Parteien sowie den Gutachter Dr. H.____ zu einer Instruktionsverhandlung auf den 18. Oktober 2016 ein. An dieser Verhandlung wurde entschieden, dass dem Gutachter die Rechtsschriften der Parteien im Original zugestellt werden sollen und dass dieser eine Liste aller von den Parteien nachzubessernden oder herauszugebenden Beilagen ausfertigen soll. Zudem wurde auf Antrag des Gutachters die Einsetzung von Dr. I.____ als Unterexperte in Aussicht gestellt. Im Anschluss an die Instruktionsverhandlung vom 18. Oktober 2016 und nach Anhörung der Parteien sowie nach Rücksprache mit Dr. I.____ wurde letzterer mit Verfügung vom 9. November 2016 als Unterexperte bestätigt (nachfolgend wird für die beiden Gutachter die Singularform beibehalten, sofern es

nicht explizit anders vermerkt ist). In einer E-Mail vom 15. November 2016 schätzte der Gutachter Dr. H.____ den Gesamtaufwand für die Erstellung der Expertise gemäss dem damaligen Informationsstand auf CHF 190'000.00 bis CHF 290'000.00 exklusive Mehrwertsteuer, wobei diese Schätzung «die Teilnahme an der Befragung der Zeugen, die Dokumentation dieser Befragungen, die Teilnahme an Verhandlungen und weitere gerichtsspezifische Vorgehensschritte» nicht miteinschloss. Auf Ersuchen der Klägerinnen erläuterte der Gutachter in seiner Eingabe vom 11. Dezember 2016 nochmals seine Kostenschätzung und er wies darauf hin, dass diese indikativ sei und er den effektiven Aufwand verrechnen werde.

M. Am 28. März 2017 verfügte das Präsidium des Zivilkreisgerichts nach mehreren Eingaben der Parteien, dass hinsichtlich der Beweiserhebung von einem Mittelwert der Kostenschätzung auszugehen sei, also CHF 240'000.00, und dass die Klägerinnen zusätzlich zum bereits geleisteten Kostenvorschuss von CHF 70'000.00 einen weiteren Vorschuss von CHF 170'000.00 zu leisten hätten. Den Antrag der Beklagten, dem Gutachter einen verbindlichen Terminplan anzugeben, lehnte das Gerichtspräsidium ab mit der Begründung, dass der Aufwand für die Fertigstellung der Expertise nicht abschätzbar und das Gericht wohl nicht der einzige Auftraggeber des Gutachters sei. Nach Eingang des verlangten Kostenvorschusses wurde der Gutachter mit Verfügung vom 27. April 2017 ersucht, seine Arbeit an der Expertise fortzusetzen, wobei er das Gericht umgehend zu benachrichtigen habe, wenn die Gutachterkosten CHF 200'000.00 erreichen würden. Zudem habe er mitzuteilen, wann mit der Fertigstellung der Expertise gerechnet werden könne.

N. Mit Zuschrift vom 18. Mai 2017 kündigte der Gutachter an, die Expertise bis am 31. Oktober 2017 fertigstellen zu können. Er bat zudem um die Zusendung bestimmter Beilagen in leserlicher Form sowie Erklärungen zu bestimmten Beilagen. Diese wurden ihm von den Parteien zugestellt. Im Juni und September 2017 fanden im Werk in Z.____ in Anwesenheit der Parteien zwei Augenscheine statt, die vom Gutachter durchgeführt wurden. Das Zivilkreisgericht nahm an diesen Augenscheinen nicht teil. Nach weiteren Abgabeverzögerungen seitens des Gutachters stellte dieser mit Eingabe vom 15. Juli 2018 eine Honorarrechnung von CHF 107'000.00 für einen Teil der von ihm und dem Unterexperten bis dato erbrachten Leistungen, wobei das Gutachten noch nicht fertiggestellt war. Der Gutachter nannte eine lange Liste von Gründen für die Verzögerungen. Mit Verfügung vom 28. August 2018 wurde ihm ein Betrag von CHF 30'000.00 in Anrechnung an sein Expertenonorar ausbezahlt und für die Fertigstellung und Einreichung des Gutachtens eine weitere Frist bis zum 27. Oktober 2018 gesetzt.

O. Am 28. November 2018 ging ein unvollständiges Gutachten mit Stand vom 26. November 2018 beim Zivilkreisgericht Basel-Landschaft Ost ein. Nach Anhörung der Parteien und der beiden Experten Dr. H.____ und Dr. I.____ durch das Gerichtspräsidium der Kammer I des Zivilkreisgerichts, welche neu für die Beurteilung des Falles zuständig war, wurde mit Verfügung vom 7. Februar 2019 angeordnet, dass der bereits abgelieferte Teil des Gutachtens überarbeitet und bis zum 15. Mai 2019 ein vollständiges Gutachten eingereicht werden soll. Am 28. Mai 2019 ging beim Zivilkreisgericht das definitive Gutachten mit Stand vom 27. Mai 2019 ein, welches den Parteien zur Stellung allfälliger Ergänzungs- und / oder Erläuterungsfragen unterbreitet wurde. Während die Klägerinnen in ihrer Eingabe vom 28. August 2019 der Ansicht waren, sämtliche Fragen seien mit der erforderlichen Klarheit beantwortet worden und es seien dem-

entsprechend keine Ergänzungs- und Erläuterungsfragen zuzulassen, vertraten die Beklagten in ihrer Eingabe vom 28. August 2019 eine gegenteilige Meinung. Zur besseren Leserlichkeit des Gutachtens reichten sie eine zusätzlich mit Randziffern versehene Fassung des Gutachtens ein. Unter Hinweis auf einzelne Passagen aus dem Gutachten führten die Beklagten aus, dass dieses mangelhaft, widersprüchlich, spekulativ, unvollständig und nicht nachvollziehbar sei. Darüber hinaus seien die Kosten überbordet und das Gutachten sei ohnehin nicht notwendig gewesen. Es seien nunmehr die Zeugen zu befragen und danach den Parteien, falls erforderlich, eine Frist zur Stellung von Ergänzungs- und Erläuterungsfragen an den Gutachter zu setzen.

P. Das Zivilkreisgerichtspräsidium verfügte am 26. September 2019, dass vorläufig darauf verzichtet werde, dem Gutachter Ergänzungs- und / oder Erläuterungsfragen zur Beantwortung vorzulegen. Es lud die Parteien zur Hauptverhandlung vor und ordnete die Befragung von mehreren Personen an. Zudem forderte es die Parteien zur Abgabe einer Stellungnahme zum Gutachten vom 27. Mai 2019 auf, welche die Beklagten am 26. Oktober 2019 und die Klägerinnen am 26. November 2019 einreichten. Es folgte ein zweiter Schriftenwechsel zur jeweils gegnerischen Stellungnahme zum Gutachten. Parallel dazu liessen sich die Parteien je einmal zu den Rechtsfolgen der klägerseits behaupteten Unmöglichkeit der bestellten Produktionsmengen vernehmen. Am 25., 26. und 27. Februar 2020 wurden in Anwesenheit der Parteien die Herren J.____ und K.____ als Zeugen sowie die Herren L.____, M.____, N.____ und O.____ als Parteien richterlich befragt.

Q. Mit Eingabe vom 24. März 2020 reichte der Gutachter Dr. H.____ die Gesamtabrechnung für die Erstellung der Expertise vom 27. Mai 2019 ein, welche ein effektiver Aufwand von insgesamt CHF 375'127.50 (exklusive Mehrwertsteuer) aufwies. Aufgrund seiner tieferen Aufwandschätzung vom 15. November 2016 (CHF 190'000.00 bis CHF 290'000) kürzte der Gutachter seine Honorarrechnung auf pauschal CHF 290'000.00. Zuzüglich der Mehrwertsteuer von 7,7 % im Betrag von CHF 22'300.00 machte er ein Gesamthonorar von CHF 312'300.00 geltend. Das Gerichtspräsidium der Kammer I des Zivilkreisgerichts gab daraufhin den Parteien Gelegenheit, sich je einmal zum Gutachterhonorar zu äussern, worauf die Klägerinnen am 14. April 2020 und die Beklagten am 17. April 2020 eine entsprechende Stellungnahme einreichten. Der Gutachter liess sich zu diesen Stellungnahmen der Parteien mit Eingabe vom 9. Juni 2020 vernehmen, worauf die Beklagten mit einer unaufgeforderten Eingabe vom 24. Juni 2020 replizierten.

R. Am 12. August 2020 trafen sich die Parteien mit ihren Rechtsvertretern zur zweiten Hauptverhandlung vor der Dreierkammer des Zivilkreisgerichts, an welcher sich beide Seiten je zweimal zu allen strittigen Punkten äussern durften. Nach Abschluss der Parteivorträge entschied die Dreierkammer in Absprache mit den Parteien, die Beratung unter Ausschluss der Parteien vorzunehmen. Das daraufhin ergangene Urteil vom 12. August 2020 wurde den Parteien schriftlich im Dispositiv eröffnet und lautete wie folgt:

1. *Die Klagen werden abgewiesen.*
2. *Die Widerklage in der Höhe von CHF 78'454.82 wird gutgeheissen und die Widerbeklagten werden in solidarischer Verbindung verurteilt, den Widerklägerinnen CHF 78'454.82 zzgl. Zins zu 5 % ab dem 24. Mai 2011 zu bezahlen.*

Die übrigen Widerklagen werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

3. *Die Gutachterkosten werden auf CHF 217'500.00 zzgl. 7.7 % MWST, insgesamt CHF 234'247.50, festgelegt.*
4. *Die Gerichtskosten von insgesamt CHF 378'369.20, bestehend aus den Friedensrichter-
kosten von CHF 300.00, der Gerichtsgebühr von CHF 130'000.00, den Übersetzungs-
kosten von CHF 13'821.70 (inkl. MWST) und den Gutachterkosten von CHF 234'247.50
(inkl. MWST) werden den Klägerinnen und Widerbeklagten zu 72 % sowie den Beklagten
und Widerklägerinnen zu 28 % auferlegt, jeweils in solidarischer Verbindung.*

*Die Klägerinnen und Widerbeklagten werden in solidarischer Verbindung verurteilt, den
Beklagten und Widerklägerinnen eine Parteientschädigung in der Höhe von insgesamt
CHF 532'576.30 (inkl. Auslagen) zu bezahlen.*

S. Auf fristgerechtes Ersuchen sowohl der Parteien als auch des Gutachters, dem das Urteil auszugsweise zugestellt wurde, lieferte das Zivilkreisgericht Basel-Landschaft Ost die schriftliche Begründung des Urteils vom 12. August 2020, welche 174 Seiten umfasst, den Parteien am 31. März 2021 nach. Laut Urteilsbegründung kam die Dreierkammer des Zivilkreisgerichts zusammenfassend zum Schluss, dass die Beklagten aufgrund der unstreitigen Zuweniglieferung der bestellten API-Produkte durch die Klägerin 2 berechtigt gewesen seien, die AGP zu kürzen. Die Klägerinnen hätten weder eine anfängliche objektive noch eine nachträgliche subjektive Unmöglichkeit hinsichtlich der Herstellung der im CMA vereinbarten API-Mengen im Werk in Z.____ beweisen können. Die Klage gemäss Rechtsbegehren 1 auf Bezahlung des von den Beklagten zurückbehaltenen Teils der AGP in Höhe von CHF 6'514'660.92 müsse daher abgewiesen werden. Ebenfalls unbegründet sei die klägerische Forderung in Höhe von CHF 547'466.01 aufgrund einer vermeintlich falschen Anwendung von Umrechnungskursen durch die Beklagten, da der Wechselkurs zum Zeitpunkt, als sich die Forderungen der Parteien verrechenbar gegenübergestanden hätten, massgebend sei. Dies sei bereits im Zeitpunkt der Fälligkeit der Fremdwährungsforderungen der Fall gewesen und nicht erst mit dem Zugang der Verrechnungserklärung. Im Rahmen der diversen Verrechnungen hätten die Beklagten daher zu Recht den jeweiligen Umrechnungskurs im Zeitpunkt der Fälligkeit der Fremdwährungsforderungen angewendet. In Bezug auf die Klage gemäss Rechtsbegehren 2 könne sodann aus dem CMA entgegen der klägerischen Ansicht keine vertragliche Pflicht abgeleitet werden, spezifische Mengen an Rohmaterialien einkaufen zu müssen bzw. nach Ablauf des CMA noch nicht verarbeitete Rohstoffe an Lager zu haben. Vielmehr seien die Klägerinnen dafür verantwortlich gewesen, genügend Rohstoffe im Hinblick auf die Herstellung der API-Produkte an Lager zu halten. Mithin habe die Produktion bzw. die Organisation des Einkaufs von Rohmaterialien, der Weiterverarbeitung, des Verkaufs etc. vollumfänglich in der Verantwortung der Klägerinnen gelegen. Dem CMA könne auch keine Verpflichtung der Beklagten entnommen werden, den Vertrag über die vereinbarte Vertragslaufzeit von 21 Monaten hinaus zu verlängern. Es fehle daher die Kausalität zwischen dem Verhalten der Beklagten und den behaupteten klägerischen Schaden aufgrund überschüssiger Rohmaterialien am Ende der Vertragslaufzeit, weshalb die geltend gemachte Schadenersatzforderung von CHF 2'530'144.63 unbegründet sei. Die Klagen seien folglich allesamt abzuweisen. Hingegen sei die Widerklageforderung 2 der Beklagten 3 von CHF 78'454.82 (Rechtsbegehren 6, siehe vorstehende lit. B.1), deren Höhe die Klägerinnen

nicht bestritten hätten und sich aus der Differenz zwischen den an die Klägerinnen effektiv bezahlten AGP und der geltend gemachten AGP-Kürzung (unter Einbezug der vorgenommenen Verrechnungen) ergebe, gutzuheissen. Die Beklagte 3 sei hierfür aktivlegitimiert, zumal die Klägerinnen ihr in Bezug auf die Klagen eine Parteistellung anerkannt hätten. Die widersprüchliche Argumentation der Klägerinnen, wonach die Beklagte 3 bezüglich der Klagen aus dem CMA zwar eingeklagt werden könne, ihr jedoch für Widerklageforderungen aus dem CMA keine Klageberechtigung zukomme, verletze das Prinzip des Handelns nach Treu und Glauben und sei nicht schutzwürdig. Die weiteren Widerklagen der Beklagten, mit denen sie einen Schadenersatz zufolge Bezahlung von Rohstoffrechnungen durch die Beklagten 2 und 3 im Namen der Klägerinnen geltend gemacht hätten (Rechtsbegehren 3 bis 5, siehe vorstehende lit. B.1), seien nicht genügend substantiiert worden. Zudem fehle eine Anspruchsgrundlage für diese Schadenersatzforderungen, womit die entsprechenden Widerklagen abzuweisen seien, soweit darauf eingetreten werde. Aufgrund dieses Verfahrensausganges seien die Gerichtskosten den Klägerinnen im Umfang ihres Unterliegens von gerundet 72 % und den Beklagten im Umfang der übrigen 28 % aufzuerlegen. Die Gerichtskosten würden die Friedensrichterkosten, die erstinstanzliche Gerichtsgebühr, die Übersetzungskosten sowie die Gutachterkosten umfassen. Da das Gutachten vom 27. Mai 2019 teilweise mangelhaft sei, rechtfertige sich eine Kürzung des Gutachterhonorars um 25 %, womit die Gutachterkosten CHF 234'248.50 (inkl. MWST) betragen würden. Ausgangsgemäss hätten die Klägerinnen eine reduzierte Parteientschädigung in Höhe von CHF 532'576.30 an die Beklagten zu bezahlen.

T. Mit Eingaben an das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, vom 11. Mai 2021 erhoben die Klägerinnen sowie die Beklagte 2 Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil vom 12. August 2020 (nachfolgend auch als «Urteil» bezeichnet). Zuvor war auch der Gutachter mit Eingabe vom 30. April 2021 an die Rechtsmittelbehörde gelangt und hatte Beschwerde gegen das erstinstanzliche Urteil eingelegt. Für die Beschwerde des Gutachters wurde die Verfahrensnummer 410 21 92, für die Berufung der Klägerinnen die Verfahrensnummer 400 21 103 und für diejenige der Beklagten 2 die Verfahrensnummer 400 21 105 vergeben.

U.1 Im Verfahren Nr. 400 21 103 stellten die Klägerinnen in ihrer Berufung vom 11. Mai 2021 folgende Rechtsbegehren:

1. *Es seien:*
 - a. *Ziff. 1, Ziff. 2 erster Absatz, Ziff. 3 und Ziff. 4 des Urteils der Dreierkammer des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft Ost vom 12. August 2020 aufzuheben und*
 - b.
 - (i) *die Klagen der Klägerinnen und Berufungsklägerinnen vollumfänglich gutzuheissen;*
 - (ii) *die Widerklagen der Widerklägerinnen und Berufungsbeklagten vollumfänglich abzuweisen;*
 - (iii) *die Gutachterkosten, soweit den Gutachtern ein Honorar zugesprochen wird, vollumfänglich den Beklagten und Berufungsbeklagten, eventualiter anteilmässig den Beklagten und Berufungsbeklagten und dem Kanton aufzuerlegen;*
 - (iv) *die Gerichtskosten vollumfänglich den Beklagten und Berufungsbeklagten aufzuerlegen; und*

- (v) *den Klägerinnen und Berufungsklägerinnen eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.*
- c. *Eventualiter zu Ziff. 1.b sei die Sache zur Neuurteilung an die Dreierkammer des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft Ost zurückzuweisen.*
- 2. *Eventualiter zu Ziff. 1 seien die Gutachterkosten unabhängig vom Ausgang der Sache auf Null zu reduzieren, subeventualiter auf CHF 78'075.00 festzusetzen und den Beklagten und Berufungsbeklagten, subsubeventualiter in vom Gericht festzulegenden Anteilen den Beklagten und Berufungsbeklagten und dem Kanton aufzuerlegen.*
- 2. *[recte: 3.] Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten, Widerklägerinnen und Berufungsbeklagten.*

U.2 Am 2. Juni 2021 reichten die Klägerinnen im Verfahren Nr. 400 21 103 die Beschwerde des Gutachters Dr. H.____ vom 30. April 2021 als echtes Novum ein. Eventualiter beantragten sie den Beizug der Akten des Beschwerdeverfahrens Nr. 410 21 92. Um einer Aufblähung der Verfahrensakten zuvorkommen, wies das Gerichtspräsidium des Kantonsgerichts mit Verfügung vom 7. Juni 2021 darauf hin, dass die Parteien auf eine Eingabe, die in einem der drei anhängig gemachten Rechtsmittelverfahren eingereicht wurde, in einem der anderen Rechtsmittelverfahren verweisen können. Damit könne auf die Einreichung von Kopien der betreffenden Eingabe in einem anderen Verfahren verzichtet werden. Dieselben Richterinnen / Richter der Dreierkammer des Kantonsgerichts, Abteilung Zivilrecht, würden sowohl über die Berufungen der Parteien in den Verfahren Nrn. 400 21 103 und 400 21 105 als auch über die Beschwerde des Gutachters Dr. H.____ im Verfahren Nr. 410 21 92 entscheiden.

U.3 Zur Noveneingabe der Klägerinnen vom 2. Juni 2021 im Verfahren Nr. 400 21 103 antworteten die Beklagten in einer Eingabe vom 18. Juni 2021, dass die Beschwerde des Gutachters vom 30. April 2021 unter anderem Aussagen über die Arbeitsweise und Beweiswürdigung der Erstinstanz enthalte, die im vorliegenden Verfahren unzulässig seien und deshalb nicht berücksichtigt werden dürften. Im Weiteren hätten sich die Beklagten mit Eingabe vom 17. Juni 2021 im Verfahren Nr. 410 21 92 zur Beschwerde des Gutachters geäußert. Wo notwendig, würden die Beklagten in ihrer Berufungsantwort nochmals darauf verweisen.

U.4 Mit Berufungsantwort vom 2. Juli 2021 ersuchten die Beklagten im Verfahren Nr. 400 21 103 um vollumfängliche Abweisung der gegnerischen Berufung, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Klägerinnen.

V.1 Im Verfahren Nr. 400 21 105 ging bei der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts die Berufung der Beklagten 2 vom 11. Mai 2021 mit folgenden Rechtsbegehren ein:

- 1. *Es sei Dispositiv Ziffer 2 Paragraph 2 des vorinstanzlichen Urteils wie folgt anzupassen:*
 - i. *Die Widerklage in der Höhe von EUR 2'396'846.25 wird gutgeheissen und die Widerbeklagten werden in solidarischer Verbindung verurteilt, der Berufungsklägerin (im vorinstanzlichen Verfahren: Beklagte 2 / Widerklägerin 2) EUR 2'396'846.25 zzgl. Zins zu 5 % ab dem 28.10.2010 [recte: 28.12.2010] zu bezahlen.*
- 2. *Es sei Dispositiv Ziffer 4 des vorinstanzlichen Urteils wie folgt anzupassen:*

- i. Die Gerichtskosten von insgesamt CHF 378'369.20, bestehend aus den Friedensrichterkosten von CHF 300.00, der Gerichtsgebühr von CHF 130'000.00, den Übersetzungskosten von CHF 13'821.70 (inkl. MWST) und den Gutachterkosten von CHF 234'247.50 (inkl. MWST) werden vollumfänglich den Klägerinnen und Widerbeklagten auferlegt, jeweils in solidarischer Verbindung.*
3. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) für das erstinstanzliche Verfahren und das Berufungsverfahren zu Lasten der Berufungsbeklagten.*

V.2 Die Klägerinnen beantragten mit Berufungsantwort vom 2. Juli 2021 im Verfahren Nr. 400 21 105 die vollumfängliche Abweisung der gegnerischen Berufung, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Klägerinnen [recte: Beklagten 2].

W. Anschliessend wurde in beiden Berufungsverfahren Nrn. 400 21 103 und 400 21 105 ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt, wobei sämtliche Parteien an ihren zuvor gestellten Rechtsbegehren festhielten, ihre jeweiligen Standpunkte wiederholten und die gegnerischen Vorbringen begründet bestritten. Im Verfahren Nr. 400 21 103, in welchem die Klägerinnen eventualiter die Reduktion des Gutachterhonorars auf Null, subeventualiter auf CHF 78'075.00 beantragt hatten, wurde der Gutachter mit den diesbezüglichen Textpassagen aus den Rechtschriften bedient und zur Abgabe einer fakultativen Vernehmlassung eingeladen, welche er mit Eingabe vom 12. September 2021 einreichte. Darin beantragte er die Aufhebung der Dispositivziffer 3 des erstinstanzlichen Urteils und Festsetzung des Gutachterhonorars auf CHF 312'300.00 inklusive Mehrwertsteuer, die Zuweisung dieses Gutachterhonorars zulasten der Parteien und eventualiter des Kantons sowie die Abweisung von Rechtsbegehren 2 der klägerischen Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Parteien und des Kantons. Auf die fakultative Vernehmlassung des Gutachters vom 12. September 2021 folgte zunächst eine freiwillige Replik der Beklagten vom 1. Oktober 2021 und danach eine freiwillige Stellungnahme des Gutachters vom 15. Oktober 2021.

X. Mit kantonsgerichtlicher Schlussverfügung vom 27. Oktober 2021 wurde in beiden Verfahren Nrn. 400 21 103 und 400 21 105 der Schriftenwechsel für geschlossen erklärt. Die Parteien wurden sodann darauf hingewiesen, dass eine Vereinigung der beiden Berufungsverfahren im Sinne von Art. 125 lit. c ZPO aufgrund der unterschiedlichen Verfahrensparteien nicht möglich sei. Die Dreierkammer des Kantonsgerichts werde aber in derselben Besetzung jeweils auf Grundlage der Akten über die beiden Berufungen sowie über die Beschwerde des Gutachters entscheiden. Im Weiteren wurde der Beizug der Akten der jeweils anderen Verfahren angeordnet. Zwischen dem 5. November 2021 und 17. November 2021 reichten die Klägerinnen in der Folge eine freiwillige Stellungnahme zur Duplik und die Beklagten je eine freiwillige Antwort darauf sowie auf die letzte Stellungnahme des Gutachters vom 15. Oktober 2021 ein. Die Urteilsberatung der Dreierkammer über die Berufungen in den Verfahren Nrn. 400 21 103 und 400 21 105 sowie über die Beschwerde im Verfahren Nr. 410 21 92 erfolgte am 13. und 14. Dezember 2021.

Y. In den nachfolgenden Erwägungen werden die Vorbringen und Begründungen der Parteien und des Gutachters, soweit sie für die Beurteilung des entsprechenden Rechtsmittels ent-

scheidrelevant sind, zusammenfassend und in den wesentlichen Zügen wiedergegeben. Die nachstehenden Erwägungen enthalten sodann die Begründung der anlässlich der Urteilsberatung vom 13. und 14. Dezember 2021 getroffenen Entscheide der Dreierkammer des Kantonsgerichts, Abteilung Zivilrecht. In diesem Zusammenhang wird aufgrund der sehr umfangreichen Akten der Rechtsmittelverfahren und des erstinstanzlichen Verfahrens (einschliesslich der 174-seitigen Urteilsbegründung der Erstinstanz) darauf hingewiesen, dass der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 ZPO) nicht verlangt, dass sich das urteilende Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Parteivorbringen ausdrücklich widerlegen oder bestätigen muss. Vielmehr genügt es, wenn der Entscheid derart begründet ist, dass er gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann. Die Begründung muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt (BGE 142 III 433 E. 4.3.2 und 136 I 184 E. 2.2.1, je mit Hinweisen).

ERWÄGUNGEN

1. Eintretensvoraussetzungen und weitere prozessuale Themen

(...)

3. Auslegung von Ziffer 5 CMA (Klage 1a – Hauptbegründung)

(...)

3.6 Fazit zur Klage 1a – Hauptbegründung

Bei der Beurteilung der Fragen, ob (1) die Parteien mit dem CMA eine Produktlieferpflicht der Klägerinnen vereinbarten, (2) zwischen der unstreitigen Zuweniglieferung von bestellten Produkten und der AGP-Zahlung ein Synallagma besteht sowie ob (3) Ziff. 5.1.3 CMA neben der Zuweniglieferung von bestellten Produkten eine anderweitige Vertragsverletzung voraussetzt, ist der Vertrag – respektive die entsprechende Vertragsbestimmung – nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, da sich als Antwort auf diese Fragen kein subjektiver, übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses feststellen lässt. Die objektivierte Vertragsauslegung des Vertragstextes bzw. von Ziff. 5.1.3 CMA ergibt, dass die Parteien nach dem Wortlaut des unterzeichneten Vertrages, der Entstehungsgeschichte und des Verhaltens der Parteien die Ziff. 5.1.3 CMA in guten Treuen nur so verstehen durften und mussten, dass zum einen eine Herstellungs- und Lieferpflicht der Klägerinnen von prognostizierten und bestellten Produktmengen vereinbart wurde und dass zum anderen bei Nicht- oder Zuweniglieferungen von bestellten Produktmengen durch die Klägerinnen als Folge der Verletzung einer CMA-Vertragspflicht eine verhältnismässige Reduktion der AGP durch die Beklagten gemäss dem Modus nach Ziff. 5.1.3 CMA zulässig war. Damit wurde ein Synallagma zwischen den Produktlieferungen und den AGP-Zahlungen vereinbart. Im Weiteren durften bzw. mussten die Parteien die Ziff. 5.1.3 CMA gestützt auf dessen Wortlaut und den beschriebenen Gesamtumständen in guten Treuen nur so verstehen, dass bereits eine Zuweniglieferung von bestellten

Produktmengen durch die Klägerinnen als Folge einer Verletzung von Pflichten aus dem CMA die Beklagten zur verhältnismässigen AGP-Kürzung nach dem Kürzungsmechanismus gemäss Ziff. 5.1.3 CMA berechnete, ohne dass eine anderweitige Vertragsverletzung durch die Klägerinnen vorliegen musste. Hinsichtlich der Frage, ob sich die Klägerin 2 ein Verschulden der Klägerin 1 in Bezug auf die Herstellung von bestellten Produktmengen anrechnen lassen muss, resultiert bereits aus der subjektiven Vertragsauslegung nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien, dass beide Klägerinnen für die Herstellung und Lieferung der bestellten Produktmengen verantwortlich waren, so dass bei einer Zuweniglieferung von bestellten Produktmengen durch die Klägerin 2 als Folge einer unzureichenden Herstellung der bestellten API durch die Klägerin 1 eine AGP-Kürzung durch die Beklagten nach Ziff. 5.1.3 CMA zulässig war. Eine objektivierte Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip führt zu keinem anderen Schluss. Das Verschulden der Klägerin 1 für zu wenig hergestellte Produktmengen wäre im Übrigen der Klägerin 2 auch nach der Hilfspersonenhaftung gemäss Art. 101 OR sowie nach der Solidarhaftung gemäss Art. 143 Abs. 1 OR und Art. 146 OR zuzurechnen. Die Rügen der Klägerinnen erweisen sich daher als unberechtigt.

4. Behauptete Unmöglichkeit der Herstellung der bestellten Produktmengen während der Laufzeit des CMA (Klage 1a – Eventualbegründung)

4.1 Rechtsgrundlagen zum gerichtlichen Gutachten

4.1.1 Kernthema des von den Klägerinnen beantragten und von der Erstinstanz angeordneten Gutachtens bildete die Fragen nach der Unmöglichkeit der Klägerinnen, die im CMA festgehaltenen Produktionsmengen während der Vertragslaufzeit zu produzieren sowie nach der Produktionskapazität und effizienten Planung des Werks in Z. _____. Die entsprechenden Kapitel 2 und 3 im Gutachten vom 27. Mai 2019 werden von den Klägerinnen grundsätzlich als korrekt und ihre Klagen stützend bezeichnet, währenddem die Beklagten und die Erstinstanz diese beiden Kapitel als mangelhaft qualifizieren. Bevor auf die vorgebrachten Rügen der Klägerinnen zur Beurteilung der Kapitel 2 und 3 im Gutachten durch die Erstinstanz eingegangen wird, gilt es zunächst, den Zweck und die Funktion eines gerichtlichen Gutachtens gemäss Art. 183 ff. ZPO sowie die Anforderungen an ein solches in Erinnerung zu rufen. Dabei sind auch die Rechte und Pflichten einer vom Gericht beauftragten sachverständigen Person zusammenzufassen. Wie bereits die Erstinstanz erwogen hat, soll ein Gerichtsgutachten dem Gericht die fachlichen Kenntnisse verschaffen, über die es selber nicht verfügt. Das Gutachten erfüllt in der Regel eine Doppelfunktion, indem es einerseits der Partei, welche das Gutachten beantragt hat, als Beweismittel für die von ihr zu beweisenden Tatsachen dient. Andererseits kann das Gutachten dem Gericht dazu verhelfen, den Sachverhalt überhaupt erst zu verstehen, und damit zur Klärung des relevanten Sachverhaltes beitragen (HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 2, 2019, Rz. 7.5 f., 7.34; BSK ZPO-DOLGE, 3. Aufl., 2017, Art. 183 N 1). Als sachverständige Personen kommen solche in Frage, welche auf dem betreffenden Fachgebiet über die notwendigen Spezialkenntnisse oder Berufserfahrung verfügen, um die Gutachterfragen kompetent beantworten zu können. Es ist Aufgabe des Gerichtes, die sachverständige Person nach Anhörung der Parteien zu ernennen und sie mit der Erstellung des Gutachtens zu beauftragen (Art. 183 Abs. 1 und 185 Abs. 1 ZPO). Mit der Auftragserteilung wird nach der Lehre und Rechtsprechung ein Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur zwischen dem Staat und der sachver-

ständigen Person begründet, wobei subsidiär je nach Art des Gutachtens die Regeln über den privatrechtlichen Auftrag oder Werkvertrag zur Anwendung gelangen, soweit sie mit dem öffentlich-rechtlichen Zweck des Gutachtauftrags vereinbar sind (BGE 134 I 159 E. 3; HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 2, 2019, Rz. 7.129 f.; BK ZPO-RÜETSCHI, 2012, Art. 183 N 22).

4.1.2 Die Rechte und Pflichten der sachverständigen Person ergeben sich aus Art. 184 ff. ZPO, aus allfälligen kantonalen Ausführungsbestimmungen, aus gerichtlichen Anordnungen im Einzelfall sowie subsidiär aus dem Obligationenrecht. Die sachverständige Person ist zur Wahrheit und Verschwiegenheit verpflichtet (Art. 184 Abs. 1 und 2 ZPO). Als Gehilfe des Gerichts muss sie zudem neutral sein und keine Partei bevorzugen oder benachteiligen, was sich sinngemäss aus der Garantie eines unabhängigen Gerichts gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und der Gewährleistung eines fairen Verfahrens ergibt. Dies bedeutet insbesondere, dass für die sachverständige Person dieselben Ausstandsgründe wie für die Gerichtspersonen gelten (Art. 183 Abs. 2 ZPO). Das Gericht hat nach Art. 185 Abs. 1 ZPO die sachverständige Person zu instruieren und ihr die abzuklärenden Fragen schriftlich oder mündlich in der Verhandlung zu stellen. Die Instruktion umfasst eine Darstellung des streitigen Sachverhalts, soweit er für die Ausarbeitung des Gutachtens relevant ist, sodann die Zurverfügungstellung der notwendigen Akten und die Formulierung der gutachterlichen Fragen. Ferner ist die sachverständige Person zur Wahrheit zu ermahnen und auf die Straffolgen eines wissentlich falschen Gutachtens sowie einer Amtsgeheimnisverletzung hinzuweisen. Darüber hinaus sind ihr konkrete Weisungen für die Ausführung des Gutachtauftrags zu erteilen (HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 2, 2019, Rz. 7.92 ff.; KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, 3. Aufl., 2021, Art. 185 N 1). Die inhaltlichen Anforderungen an ein Gerichtsgutachten ergeben sich aus Art. 188 Abs. 2 ZPO, wonach (e contrario) das Gutachten vollständig, klar, schlüssig und hinreichend begründet sein muss (HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 2, 2019, Rz. 7.212; WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., 2016, Art. 188 N 4, m.w.H.; BÜHLER, Gerichtsgutachter und -gutachten im Zivilprozess, in SWR 6/2015, S. 61 ff.). In formeller Hinsicht sollte sich die sachverständige Person von der ihr konkret gestellten Aufgabe leiten lassen und ihr Gutachten systematisch danach ausrichten, vorbehaltlich anderslautenden Weisungen des Gerichts. Ganz allgemein sollte das Gutachten möglichst knapp, konzentriert und informativ sein und zugleich alle wesentlichen Elemente enthalten wie bspw. erstens die Bezeichnung der Parteien und der beauftragenden Behörde, zweitens eine kurze Schilderung des Sachverhaltes und Beschreibung des Auftrages, drittens die vollständige Auflistung der verwendeten Akten, der durchgeführten Untersuchungen und Besichtigungen sowie der übrigen Quellen, viertens die Darstellung der Grundlagen (Anknüpfungstatsachen), fünftens die Darstellung der eigenen Feststellungen, Untersuchungen und Abklärungen (Befundstatsachen), sechstens die Darstellung der Schlussfolgerungen (Erkenntnisse), siebtens die Offenlegung von Unsicherheiten und schliesslich achtens die Beantwortung der Expertenfragen als Ergebnis der vorangegangenen Ausführungen unter Beifügung von Unterlagen wie Fotos, Plänen, Berechnungen, Auswertungen etc. (vgl. zum Ganzen BÜHLER, Gerichtsgutachter und -gutachten im Zivilprozess, in SWR 6/2015, S. 58 ff.; HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 2, 2019, Rz. 7.218 m.w.H.).

4.1.3 Das Gericht hat das Gutachten von Amtes wegen und unter freier richterlicher Beweiswürdigung zu prüfen, selbst wenn die Parteien keine Beanstandungen dagegen vorbringen

(BGer 4A_48/2019 vom 29. August 2019 E. 5 m.w.H.). Es muss sich demnach mit dem Gutachten und insbesondere mit den darin enthaltenen Schlussfolgerungen auseinandersetzen. Dabei ist nicht erforderlich, dass das Gericht das Gutachten bis in alle Einzelheiten begreift und durchleuchtet, sondern es genügt, wenn es das Gutachten in seinen Grundzügen versteht und nach sachgerechten Kriterien überprüft. Weil das Gericht in der Regel nicht über das erforderliche Fachwissen verfügt, um eine fundierte inhaltliche Kontrolle des Gutachtens vorzunehmen, muss es sich damit begnügen, die Prüfung anhand der oben beschriebenen inhaltlichen und formellen Anforderungen vorzunehmen (HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 2, 2019, Rz. 7.246 ff. m.w.H.). Werden Mängel inhaltlicher oder formeller Natur festgestellt, so hat das Gericht das Gutachten auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen ergänzen oder erläutern zu lassen, sofern sich damit die Mängel beseitigen lassen (Art. 188 Abs. 2 ZPO). Andernfalls hat es auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen ein Obergutachten anzuordnen, namentlich wenn das abgelieferte Gutachten wegen fehlender Unabhängigkeit der sachverständigen Person oder grober Mängel nicht beweistauglich ist oder aber wenn die Ergänzung bzw. Erläuterung die Mängel nicht zu beseitigen vermochte (KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, 2. Aufl., 2021, Art. 188 N 4; BSK ZPO-SPÜHLER, 3. Aufl., 2017, Art. 188 N 9). In Fachfragen darf das Gericht jedenfalls nur aus triftigen Gründen von einem Gerichtsgutachten abweichen. Fehlt es an derartigen Gründen, soll das Gericht in Fachfragen nicht seine eigene Meinung anstelle derjenigen des Experten setzen (BGer 4A_48/2019 vom 29. August 2019 E. 5.1.1; BGE 101 IV 129 E. 3a m.w.H.). Das Gericht hat zu prüfen, ob sich aufgrund der übrigen Beweismittel und der Vorbringen der Parteien ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen. Erscheint ihm die Schlüssigkeit des Gutachtens in wesentlichen Punkten als zweifelhaft, hat das Gericht nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben. Das Abstellen auf eine nicht schlüssige Expertise bzw. der Verzicht auf die gebotenen zusätzlichen Beweiserhebungen kann gegen das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung verstossen (BGE 138 III 193 E. 4.3.1; BGer 4A_48/2019 vom 29. August 2019 E. 5 m.w.H.; HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 2, 2019, Rz. 7.265 m.w.H.). Festgestellte Mängel im Gutachten haben zur Folge, dass das Honorar der sachverständigen Person um jenen Anteil herabgesetzt wird, der auf den mangelhaften Teil entfällt. Ist allerdings das Gutachten gesamthaft unbrauchbar, so dass es keinerlei beweistaugliche Grundlage für die Meinungsbildung des Gerichts bietet, so ist keine Entschädigung geschuldet (BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, ZPO Komm., 2. Aufl., 2016, Art. 188 N 19; WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl. 2016, Art. 188 N 3; HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 2, 2019, Rz. 7.265 m.w.H.). Nachfolgend gilt es, diese Grundsätze zum Gerichtsgutachten im Rahmen der konkret vorgebrachten Rügen auf den vorliegenden Fall anzuwenden.

4.2 Rechtsfolgen bei Mangelhaftigkeit des Gutachtens

4.2.1 Im Eventualstandpunkt machten die Klägerinnen im erstinstanzlichen Verfahren geltend, es sei unmöglich gewesen, die Bestellmengen der Beklagten während der Laufzeit des CMA zu produzieren. Dazu beantragten die Klägerinnen die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens, welches nach Anhörung der Parteien an der Verhandlung vom 30. September 2014 auch angeordnet wurde. Die Erstinstanz fasste in Rzn. 204 bis 331 des Urteils die Parteistandpunkte zur behaupteten Unmöglichkeit zusammen und prüfte anschliessend im Detail die Parteivorträge und die Ergebnisse aus dem gerichtlichen Gutachten. Dabei hielt sie in Bezug auf die Beweis-

lastregeln unter Hinweis auf Art. 8 ZGB fest, dass die Klägerinnen das Gericht von der Unmöglichkeit der Herstellung der im CMA vereinbarten Mengen an API zu überzeugen hätten (Rz. 272 Urteil). Die Parteien seien sich uneinig, inwiefern das Gutachten zur Beantwortung der Frage der Unmöglichkeit einen Beitrag zu leisten vermöge. Während die Klägerinnen sich dafür aussprechen würden, das Gutachten unterstütze ihre Argumentation, würden die Beklagten vorbringen, dass dies gerade nicht der Fall sei. Die Erstinstanz hielt ihrerseits nach Prüfung des Gerichtsgutachtens fest, dass dieses insbesondere betreffend die Abschnitte, die sich direkt oder indirekt mit der Frage der Unmöglichkeit befassen würden, mangelhaft sei (Rz. 276 Urteil). Es würden bereits im Aufbau des Gutachtens schwerwiegende Probleme vorliegen, denn es sei für das Gericht – auch nach mehrmaligem Studium des Gutachtens – teilweise nicht nachvollzieh- und in der Folge auch nicht überprüfbar, wie der Gutachter zu einem wesentlichen Teil seiner Schlussfolgerungen komme (Rz. 300 Urteil). Nur bereits die Gliederung des Gutachtens mache es für die Leserin oder den Leser des Gutachtens teilweise schwierig, dasselbe zu verstehen, hat sie oder er die Fragestellungen schon wieder vergessen, sobald man sich mit den (teilweise durchaus komplexen) Ausführungen zu den Beilagen auseinandergesetzt habe (Rz. 302 Urteil). Was die Leserefreundlichkeit angehe, so sei das Richtergermium nicht in der Lage gewesen, die Folgerungen des Gutachters nachzuvollziehen, weil für einen Juristen nachvollziehbare Ausführungen zu folgenden grundlegenden Themen gefehlt hätten bzw. unvollständig gewesen seien: «Wie und unter welchen Bedingungen ist ein Werk wie dieses in Z._____ zu betreiben bzw. welchen Herausforderungen bzw. Risiken hat sich ein Betreiber zu stellen, wenn er einen Vertrag unterschreibt, in dem er sich verpflichtet, eine gewisse Menge an vereinbarten API zu liefern und – im Ergebnis – ist es möglich, die genannten Mengen auf der Grundlage vorhandener Unternehmensdaten zu ermitteln» (Rz. 303 Urteil). Dieses Zusatzwissen sei dem Gericht erst im Rahmen der Zeugen- und Parteibefragungen vom 25., 26. und 27. Februar 2020 vermittelt worden. Zu diesem Zeitpunkt sei nämlich klar(er) geworden, wie in etwa ein Werk funktioniere, das API hergestellt werde, welche Rahmenbedingungen zu beachten seien, welche Faktoren einen Einfluss auf die Mehr- oder Minderproduktion hätten etc.. Dasselbe gelte für das Verständnis der Beilagen: Im Rahmen der Zeugen- und Parteibefragungen seien dem Gericht nachvollziehbar erklärt worden, wie die Beilagen zu verstehen und einzuordnen seien, damit mit denselben die Kapazität des Werkes beurteilt werden könne (Rz. 304 Urteil). Retrospektiv sei somit zutreffend gewesen, wenn die Beklagten in einem frühen Verfahrensstadium dem Gutachten seinen Mehrwert aberkannt und ausgeführt hätten, eine Befragung von damals involvierten Personen sei für eine Erhellung des Sachverhaltes ausreichend gewesen. Das Gutachten setze sich im Ergebnis zwar mit den Beilagen bzw. Berechnungsmodellen auseinander, ohne aber eine nachvollziehbare Auseinandersetzung mit diesen Unterlagen zu liefern (Rz. 306 Urteil). Es seien erhebliche Zweifel nicht von der Hand zu weisen, dass den Schlussfolgerungen im Gutachten nicht gefolgt werden könne, weil «das Gutachten über weite Strecken unklar, nicht nachvollziehbar, widersprüchlich, nicht belegt, parteilich und teilweise (sehr wohl für den Juristen erkennbar) unrichtig war» (Rz. 307 Urteil). In der Folge führte die Erstinstanz im Urteil konkrete Beispiele auf, um darzulegen, dass verschiedene Stellen im Gutachten nicht nachvollziehbar, teilweise unklar, inhaltlich mangelhaft, widersprüchlich, unbelegt oder parteilich seien (Rz. 308 bis 322 Urteil; dazu im Detail nachstehende Erwägung 4.3). Daraus folgte die Erstinstanz, dass das Gutachten hinsichtlich der Frage der Unmöglichkeit nicht schlüssig oder gemäss Art. 188 Abs. 2 ZPO nicht gehörig begründet sei. Somit sei prozessual

mit dem Gutachten nicht bewiesen worden, dass es unmöglich gewesen sei, die vereinbarten Mengen gemäss CMA während der Vertragslaufzeit zu produzieren, da das Gutachten die notwendigen Sachverhaltselemente nicht habe liefern können (Rz. 329, 331 Urteil).

4.2.2 Die Klägerinnen rügen im Wesentlichen, die Erstinstanz hätte im Rahmen des Eventualstandpunktes der Klägerinnen auf das Gutachten abstellen müssen, anstatt dieses zu Unrecht als mangelhaft zu beurteilen. Bemerkenswert sei, dass die Erstinstanz in der Folge ohne Grund und Begründung unterlassen habe, die Verbesserung des Gutachtens anzuordnen. Vielmehr habe sie sich auf die Feststellung der angeblichen teilweisen Mangelhaftigkeit beschränkt und daraus den unrichtigen Schluss gezogen, dass die Mangelhaftigkeit des Gutachtens zu dessen Unbeachtlichkeit führe. Richtigerweise sei die Folge jedoch in Anwendung von Art. 188 Abs. 2 ZPO in erster Linie die Ergänzung oder Erläuterung des Gutachtens. Das Gericht habe die Erläuterung oder Ergänzung namentlich zu prüfen, wenn das Gutachten unzulänglich begründet oder widersprüchlich sei oder auf unrichtigen tatbestandlichen Grundlagen beruhe, mithin die Schlussfolgerungen der sachverständigen Person auf unzutreffende Prämissen gestützt würden (mit Hinweis auf KGer BL 410 16 19 vom 1. März 2016 E. 4.3, in CAN 2016 S. 218). Ein ergänzungs- oder erläuterungsbedürftiges Gutachten könne mit einer mangelhaften Arbeit des Experten zu tun haben; indessen sei dies keineswegs die Regel. In der Praxis seien bei komplizierten Fragestellungen Ergänzungen des Gutachters praktisch immer zu erwarten. Wenn die Erstinstanz das Gutachten im Wesentlichen aufgrund der Komplexität der Fragestellungen als nicht nachvollziehbar qualifiziere, wäre sie verpflichtet gewesen, eine Erläuterung oder Ergänzung des Gutachtens einzuholen. Indem sie dies nicht getan habe, sei das Recht unrichtig angewendet worden. Gänzlich unbehelflich sei die erstinstanzliche Feststellung, wonach die Parteien auf das Stellen von Ergänzungs- oder Erläuterungsfragen verzichtet hätten (Rz. 257 Urteil). Erstens hätten die Klägerinnen keinen Anlass dazu gehabt, zumal sie das Gutachten nicht bemängelt hätten. Zweitens müsse das Gericht von Amtes wegen prüfen, ob das Gutachten Mängel aufweise und folglich einer Erläuterung oder Ergänzung bedürfe, selbst wenn die Parteien auf entsprechende Anträge verzichten würden. Wäre das Gutachten gänzlich unbrauchbar gewesen und hätte dieses weder durch Erläuterung noch Ergänzung verbessert werden können, hätte die Erstinstanz prüfen müssen, ob eine andere sachverständige Person beizuziehen sei. Die Erstinstanz habe aber diese Optionen scheinbar nicht näher geprüft und sich damit begnügt, die angebliche teilweise Mangelhaftigkeit des Gutachtens festzustellen. Damit habe sie das Recht unrichtig angewendet.

Es sei vor diesem Hintergrund daran erinnert, dass die Erstinstanz mit Verfügung vom 30. September 2014 selbst zum Schluss gekommen sei, ein Gutachten zur Sachverhaltsermittlung bezüglich der Frage der Unmöglichkeit sei notwendig. Nachdem die Erstellung eines entsprechenden Gutachtens rund viereinhalb Jahre in Anspruch genommen und beträchtliche Kosten verursacht habe, spreche die Erstinstanz dem Gutachten plötzlich jeglichen Mehrwert ab. So sei retrospektiv betrachtet «eine Befragung der in den Betrieb des Werkes in Z.____ involvierten Personen (...) für die Erhellung des Sachverhalts als ausreichend zu qualifizieren» (Rz. 306 Urteil). Die Erstinstanz versuche mit dieser Begründung scheinbar zu rechtfertigen, weshalb sie für das angeblich mangelhafte Gutachten keine Erläuterung bzw. Ergänzung angeordnet habe. Dass die Zeugen- und Parteibefragungen vom 25., 26. und 27. Februar 2020 hilfreich gewesen seien, mag zutreffen. Hingegen könne es nicht sein, dass sich der Sachverhalt

in Bezug auf die Unmöglichkeitfrage allein gestützt darauf erschliessen und beweisen lasse. Den an den Befragungen gemachten Parteiaussagen komme lediglich die Stellung von Parteibehauptungen zu. Sogar für Parteigutachten würde dies gelten, weshalb im erstinstanzlichen Verfahren ein gerichtliches Gutachten angeordnet worden sei. Die ex post-Feststellung der Erstinstanz, die Befragungen vom 25., 26. und 27. Februar 2020 hätten ausgereicht, sei somit falsch. Im Übrigen gestehe sie ja selbst ein, dass «sämtliche zu befragenden Personen in einem mehr oder weniger starken Abhängigkeitsverhältnis zu den Parteien standen» und man «die jeweiligen Abhängigkeitsverhältnisse im Rahmen der Beweismwürdigung berücksichtigen» werde (Rz. 263 Urteil). Aufgrund des Gesagten habe die Erstinstanz die Beweiskraft des Gutachtens zu Unrecht verneint und den Grundsatz der freien Beweismwürdigung nach Art. 157 ZPO verletzt.

4.2.3 Die Beklagten weisen die klägerischen Rügen zurück und erachten das Gutachten – wie die Erstinstanz – in zahlreichen grundlegenden Punkten als mangelhaft. Ein Gutachten habe inhaltlich vollständig, klar und schlüssig zu sein. Ein Gutachter habe sich von Spekulationen, von rechtlichen Würdigungen der ermittelten Tatsachen sowie von Stellungnahmen zu den Parteistandpunkten und anderer nicht im Auftrag umfasster Antworten zu enthalten. Das vorgelegte Gutachten vom 27. Mai 2019 entspreche diesen Kriterien an zahlreichen Stellen nicht. Die Beklagten hätten die Mangelhaftigkeit des Gutachtens bereits in ihrer Eingabe vom 28. Oktober 2019 vorgebracht und dort über 35 Seiten hinweg das Gutachten Punkt für Punkt bestritten. In Rzn. 138 bis 147 der Berufungsantwort zeigen sie anhand von Beispielen auf, weshalb das Gutachten ihrer Ansicht nach auf grundlegenden Fehlannahmen basiere und die daraus gezogenen Schlussfolgerungen bezüglich der Produktionskapazität des Werks in Z.____ beweisuntauglich seien. Entgegen den Ausführungen der Klägerinnen sei die Folge einer (teilweisen) Mangelhaftigkeit eines Gutachtens nicht in erster Linie dessen Ergänzung oder Erläuterung. Art. 188 Abs. 2 ZPO sei eine Kann-Vorschrift und das Gericht sei nicht verpflichtet, Erläuterungs- oder Ergänzungsfragen zu stellen. Gemäss der Lehre sei eine Ergänzung ausgeschlossen, wenn nach der Ernennung eine fehlende Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichtsgutachters zu Tage trete; ebenso, wenn das Gutachten an derart schwerwiegenden Mängeln leide, dass seine Nachbesserung durch den Gerichtsgutachter selbst objektiv unmöglich oder unzumutbar erscheine. Die Erstinstanz habe ausgeführt, dass die Prüfung der Mangelhaftigkeit eines Gutachtens von Amtes wegen zu erfolgen habe. Hingegen sei das Gericht nicht verpflichtet, weitergehende Abklärungen zu treffen, um die Mangelhaftigkeit eines Gutachtens festzustellen. Das Gericht dürfe sich darauf beschränken, offenbare Unvollkommenheiten, Fehler oder Widersprüche auszumachen (Rz. 288 Urteil). Genau dies habe die Erstinstanz getan, indem sie in über acht Seiten die zahlreichen offensichtlichen Unvollkommenheiten, Fehler und Widersprüche im Gutachten dargelegt habe. Damit sei die (teilweise) Mangelhaftigkeit des Gutachtens rechtsgenüglich festgestellt worden. Es werde bestritten, dass die Erstinstanz eine Erläuterung oder Ergänzung des Gutachtens nicht geprüft habe. Das Vorgehen der Erstinstanz stimme auch im Lichte der kantonsgerichtlichen Rechtsprechung, nach welcher ein mangelhaftes Gutachten erläutert oder ergänzt werden sollte, wenn es vom Gericht als verbesserbar erachtet wird. Eine neue sachverständige Person sei zu bestellen, wenn das Gericht das Gutachten für ungenügend erachte (KGer BL 410 16 19 vom 1. März 2016 E. 4.1, 4.3).

Anders als im kantonsgerichtlichen Fall aus dem Jahr 2016 weise vorliegend das Gutachten des als Gerichtsexperten unerfahrenen Gutachters zahlreiche Mängel auf, respektive sei dieses unzulänglich begründet oder widersprüchlich oder beruhe auf unrichtigen Grundlagen. Auch habe der kantonsgerichtliche Entscheid aus dem Jahr 2016 eine Frage des elterlichen Sorgerechts betroffen, hier hingegen gehe es um eine komplexe technische Materie, bei der man den Anforderungen an die Klarheit und Präzision mehr Gewicht geben müsse. Im hier zu beurteilenden Fall gäbe es keine Gründe, das Gutachten zu erläutern oder zu ergänzen bzw. ein weiteres Gutachten einzuholen. Die Erstellung des Gutachtens habe hier sechs Jahre und das erstinstanzliche Verfahren neun Jahre gedauert. Die Parteien hätten aufgrund des Beschleunigungsgebotes und Art. 29 Abs. 1 BV das Recht, dass ihr Rechtsstreit innert angemessener Frist entschieden werde. Daher wäre eine weitere Verzögerung aufgrund des mangelhaften Gutachtens nicht gerechtfertigt gewesen. Ebenfalls habe die Erstinstanz hier richtig festgestellt, dass der Gutachter darüber hinaus parteiliche Aussagen im Gutachten gemacht habe. Unter diesen konkreten Umständen habe die Erstinstanz richtig und zu Recht entschieden, dass sich weder eine Ergänzung oder Erläuterung rechtfertige noch die Einholung eines Obergutachtens angebracht sei. Die Erstinstanz habe die Begründung der Mangelhaftigkeit genügend ausgeführt und ihr Entscheid hierzu sei zu bestätigen.

Werde das Gutachten in seinen prozess-historischen Kontext gestellt, um erwägen zu können, ob hier Ergänzungen oder Erläuterungen eine Klärung gebracht hätten, so sei zu berücksichtigen, dass der Gutachter nach über vier Jahren Arbeit im November 2018 einen unbrauchbaren und unvollständigen Gutachtenentwurf eingegeben habe. Danach habe er von der Erstinstanz mit Verfügung vom 7. Februar 2019 die Möglichkeit erhalten, nicht nur die fehlenden (Kern-) Teile des Gutachtens zu erstellen, sondern das Gutachten vollkommen zu überarbeiten. Demnach sei die Erstinstanz damals von Amtes wegen zum Schluss gekommen, dass das eingereichte Gutachten erläuterungs- und ergänzungsbedürftig gewesen sei. Der Gutachter habe damals schon die Möglichkeit erhalten, das Gutachten zu erläutern und zu ergänzen. Ganz offensichtlich habe die bereits damals angeordnete Ergänzungs- und Erläuterungsübung keine Klärung gebracht und kein brauchbares Gutachten hervorgebracht. Aus Art. 187 Abs. 4 ZPO gehe zudem klar hervor, dass die Parteien ihre Erläuterungs- und Ergänzungsfragen beantragen müssten. Das Gericht entscheide jeweils darüber, welche Ergänzungs- bzw. Erläuterungsfragen zuzulassen seien und welche nicht. Dadurch soll unter anderem eine übermässige Verfahrensverzögerung sowie – wie im vorliegenden Fall – ein allfälliges Bestreben der Parteien, prozessuale Versäumnisse wettzumachen, verhindert werden. Nach Ansicht der Beklagten sei offensichtlich, dass die Erstinstanz in Anbetracht der Prozessgeschichte das Verfahren nicht mit Erläuterungs- oder Ergänzungsfragen habe verzögern können und sie habe wohl weitere (unnötige) Kosten verhindern wollen. Die Stellung von Ergänzungs- und Erläuterungsfragen habe das Risiko beinhaltet, dass die Kosten und Dauer weiter aus dem Ruder laufen würden. Im Übrigen habe die Erstinstanz erwarten können, dass viele Sachverhaltsfragen, die vom Gutachter nicht geklärt worden seien, in der Partei- / Zeugenbefragung geklärt würden (Rz. 264 bis 267 Urteil).

Die Erstinstanz habe rechtsgenügend begründet, weshalb sie keine Ergänzung oder Erläuterung des Gutachtens angeordnet habe. Entgegen den Ausführungen der Klägerinnen bestehe zudem kein Recht auf ein Obergutachten. Nachdem die Erstinstanz im Rahmen ihrer Beweis-

würdigung zum Schluss gekommen sei, dass das Urteil mangelhaft sei, habe sie ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel erhoben, nämlich die Anhörung von Zeugen und Parteivertretern. Damit sei die Erstinstanz in der Lage gewesen, sich das für ihr Urteil notwendige umfassende Bild zur Sachlage zu machen (Rz. 325 Urteil). Die Erstinstanz habe sehr wohl von Amtes wegen geprüft, ob eine (weitere) sachverständige Person beizuziehen sei. Sie sei zum Schluss gekommen, dass sie aufgrund der Beweisbeilagen und der Partei- und Zeugenaussagen genügend ergänzende Beweise habe, um den Sachverhalt richtig festzustellen. Sie sei der Ansicht gewesen, dass die Sachverhaltsfeststellung spruchreif gewesen sei, weshalb sie kein weiteres (Ober-)Gutachten in Auftrag gegeben habe. Die Erstinstanz sei wie das in BGer 5A_478/2013 vom 6. November 2013 geschilderte Obergericht zum Schluss gekommen, dass die Überzeugungskraft des Gutachtens erschüttert sei. Anders als das Obergericht habe die Erstinstanz hier aber zur Klärung ihrer Zweifel ergänzende Beweise erhoben und sechs Zeugen und Parteien angehört, welche den (technischen) Sachverhalt sehr gut gekannt und der Erstinstanz auch dargelegt hätten (Rz. 325 Urteil).

4.2.4 Die Klägerinnen replizieren, dass Art. 188 Abs. 2 ZPO zwar als Kann-Vorschrift formuliert sei. Dies bedeute aber bloss, dass die Gerichte nicht generell verpflichtet seien, eine Ergänzung oder Erläuterung von Gutachten anzuordnen oder einen anderen Gutachter zu beauftragen. Wenn z.B. ein Gutachten in nicht relevanten Punkten unklar sei, könne das Gericht ohne Ergänzung oder Erläuterung darauf abstellen. In der vorliegenden Konstellation, in der die Erstinstanz das Gutachten in den zentralen Punkten als mangelhaft erachtet habe, hätte sie dieses zwingend erläutern oder ergänzen lassen müssen. In Bezug auf KGer BL 410 16 19 vom 1. März 2016 würden die Beklagten anerkennen, dass ein verbesserbares Gutachten erläutert oder ergänzt werden sollte. Andernfalls hätte das Gericht einen anderen Gutachter beauftragen sollen. Sodann sei die Behauptung der Beklagten unzutreffend, dass die Erstinstanz geprüft habe, ob Ergänzungen oder Erläuterungen anzuordnen oder ein anderer Gutachter zu beauftragen sei. Es sei auch nicht so, dass die Erstinstanz vom Gutachten abgewichen sei. Vielmehr habe sie das Gutachten als unbeachtlich taxiert und die gutachterlichen Feststellungen gar nicht in ihre Beurteilung miteinbezogen. Wenn nach Ansicht der Erstinstanz das Gutachten unbrauchbar sei und durch Erläuterung oder Ergänzung nicht verbessert werden könne, müsse sie eine andere sachverständige Person beiziehen. Entscheidend sei, dass die Erstinstanz zum Schluss gekommen sei, nicht über das notwendige Fachwissen zu verfügen. Dieses könne sie sich nicht über Zeugen beschaffen, die per Definition nur über eigene Wahrnehmungen Zeugnis ablegen könnten. Zudem seien die Zeugen J.____ und K.____ offensichtlich parteilich, denn sie seien ehemalige Angestellte der Beklagten bzw. von R.____ [Beklagten-Konzern] und in dieser Sache klarerweise auf Seiten der Beklagten. Zudem würden sie gar nicht über das notwendige Fachwissen verfügen. O.____ sei im relevanten Zeitpunkt bei R.____ [Beklagten-Konzern] angestellt gewesen und deshalb als Partei und nicht als Zeuge befragt worden.

4.2.5 Die Beklagten bringen in ihrer Duplik ergänzend hauptsächlich vor, die Erstinstanz habe sich nach Anhörung der Zeugen in der Lage gesehen, die Sachlage umfassend zu verstehen. Sie habe die Zeugen J.____ und K.____ ausdrücklich als Zeugen eingeladen und somit deren Unabhängigkeit anerkannt. Das Gericht habe die Involviertheit der Parteien und mögliche Nähe der Zeugen zu den Parteien bei der Beurteilung des Sachverhalts nichtsdestotrotz gebührend berücksichtigt (Rz. 325 Urteil). Entgegen den klägerischen Behauptungen würden diese Zeugen

sehr wohl über nützliches Fachwissen verfügen, zumal sie mehrere Jahre in diesem Bereich professionell tätig gewesen seien (K.____ als Werkleiter vor der Übergabe und danach als Begleiter der Umsetzung des CMA; J.____ als die damals bei den Beklagten für die Verhandlungen und für die durchgeführte «Due Diligence» zuständige Person). O.____, als Angestellter der Beklagten zurecht als Partei befragt, sei damals für die Kapazitätsberechnungen zuständig gewesen. N.____, als Angestellter der Klägerin 1 als Partei befragt, sei der Werkleiter während dem CMA gewesen. Wie die Erstinstanz im Urteil erwähnt habe, hätten all diese Herren anlässlich der Partei- und Zeugenanhörung Klarstellungen zu technischen Sachverhaltsfragen geliefert, die im Gutachten völlig unklar gewesen und für die Sachverhaltswürdigung der Erstinstanz sehr wertvoll gewesen seien.

4.2.6 Genügt ein durch das Gericht angeordnete Gutachten den gesetzlichen Anforderungen nicht, kann das Gericht dieses zur Erläuterung oder Ergänzung an die sachverständige Person zurückweisen oder eine andere sachverständige Person beiziehen (Art. 188 Abs. 2 ZPO), und zwar entweder auf Antrag einer Partei oder – namentlich in klaren Fällen oder im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime – von Amtes wegen. Das Gericht wird aber von diesen Möglichkeiten nach Art. 188 Abs. 2 ZPO in aller Regel erst dann Gebrauch machen, nachdem allfällige Erläuterungs- oder Ergänzungsfragen der Parteien gemäss Art. 187 Abs. 4 ZPO nicht zum gewünschten Ergebnis geführt haben (WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., 2016, Art. 188 N 9; BSK ZPO-DOLGE, 3. Aufl., 2017, Art. 188 N 9). Das Gericht hat zu prüfen, ob sich aufgrund der übrigen Beweismittel und der Vorbringen der Parteien ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen. Erscheint ihm die Schlüssigkeit des Gutachtens in wesentlichen Punkten als zweifelhaft, hat das Gericht nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben (BGE 138 III 193 E. 4.3.1; BGer 4A_48/2019 vom 29. August 2019 E. 5 m.w.H.; HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 2, 2019, Rz. 7.265 m.w.H.). Bei schwerwiegenden Mängeln, die sich durch eine Erläuterung oder Ergänzung des Gutachtens nicht beseitigen lassen oder deren Beseitigung unzumutbar erscheint, fällt die Möglichkeit der Nachbesserung weg; stattdessen ist eine andere sachverständige Person beizuziehen oder eine andere geeignete Beweissmassnahme zu ergreifen. Namentlich kann das Gericht ein Obergutachten anordnen, wenn das abgelieferte Gutachten wegen fehlender Unabhängigkeit der sachverständigen Person oder grober Mängel nicht beweistauglich ist oder aber wenn die Ergänzung bzw. Erläuterung die Mängel nicht zu beseitigen vermochte (KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, 2. Aufl., 2021, Art. 188 N 4; BSK ZPO-SPÜHLER, 3. Aufl., 2017, Art. 188 N 9). Das Gericht befindet nach pflichtgemäßem Ermessen darüber, ob es einem Parteiantrag auf Erläuterung oder Ergänzung stattgeben will oder nicht. Fällt der Entscheid negativ aus, so muss das Gericht spätestens im Endentscheid begründen, weshalb es dem Erläuterungs- bzw. Ergänzungsbegehren nicht entsprochen hat (HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 2, 2019, Rz. 7.228 m.w.H.).

Der vorliegend von der Erstinstanz eingesetzte Gutachter hatte den angenommenen Auftrag gemäss den Instruktionen und Weisungen des Gerichts zu erfüllen und die gestellten Gutachterfragen vollständig, klar und schlüssig begründet zu beantworten. Von der Erstinstanz wurde er dementsprechend instruiert. Am 27. November 2018 reichte der Gutachter – nach mehrmaligem Nachfragen seitens der Erstinstanz – sein Gutachten ein mit dem Hinweis, dass er zum einen «sehr in die Tiefe gegangen» sei, womit sich Fragen zur Verständlichkeit stellen könnten.

Zum anderen sei ein Kernkapitel noch nicht beigelegt. In der Verfügung vom 5. Dezember 2018 machte die Erstinstanz auf das schon lange dauernde Verfahren sowie das Beschleunigungsgebot aufmerksam und setzte dem Gutachter eine Frist bis zum 20. Dezember 2018 zur Ablieferung des fehlenden Kapitels im Gutachten. Nachdem diese Frist nicht eingehalten wurde, erwog die Präsidentin der anfangs Februar 2019 für den Fall zuständig gewordenen Ersten Kammer des Zivilkreisgerichts in der Verfügung vom 7. Februar 2019, dass sie ein persönliches Gespräch mit dem Gutachter über den Aufbau und Inhalt des Gutachtens sowie über den definitiven Abgabetermin und die Entschädigung des Gutachteraufwands geführt habe. Dabei seien sie übereingekommen, dass dem Gutachter eine nicht mehr erstreckbare Frist bis 15. Mai 2019 angesetzt werde, um «den bereits abgelieferten Teil des Gutachtens im Sinne des Besprochenen zu überarbeiten und alsdann zusammen mit dem noch nicht abgegebenen Teil als Ganzes dem Gericht einreichen» zu können. Diese Möglichkeit zur Überarbeitung des abgelieferten Teils des Gutachtens in Bezug auf dessen Aufbau und Inhalt sowie zur Vervollständigung des Gutachtens mit dem fehlenden Kapitel macht zum einen nur Sinn, wenn das abgelieferte Gutachten aus Sicht des Gerichts den gesetzlichen Anforderungen an ein solches nicht genügt und damit mangelhaft ist; zum anderen kann diese Möglichkeit zur Überarbeitung des Gutachtens zweifelsohne als Erläuterungs- bzw. Ergänzungsaufforderung des Gerichts im Sinne von Art. 188 Abs. 2 ZPO angesehen werden. Damit lässt sich festhalten, dass die Erstinstanz die Mangelhaftigkeit des eingereichten Gutachtens in seiner ersten Fassung erkannte und dem Gutachter die Möglichkeit zur Verbesserung und Ergänzung seines Gutachtens gewährte. Die entgegenstehenden Behauptungen der Klägerinnen sind folglich zurückzuweisen.

Nach Abgabe des verbesserten und ergänzten Gutachtens vom 27. Mai 2019 wurden die Klägerinnen und Beklagten sodann in Nachachtung von Art. 187 Abs. 4 ZPO zur Stellung von Erläuterungs- und Ergänzungsfragen eingeladen. Während die Klägerinnen mit Eingabe vom 28. August 2019 vorbehaltlos darauf verzichtet und zudem beantragt hatten, es seien allfällige Ergänzungs- und / oder Erläuterungsfragen der Beklagten nicht zuzulassen, stellten die Beklagten am 28. August 2019 den Antrag, es sei den Parteien des Hauptverfahrens die Frist zur Stellung von Ergänzungs- und Erläuterungsfragen vorläufig abzunehmen. Stattdessen seien etwaige Fragestellungen zeit- und kosteneffizienter durch die von den Klägerinnen und Beklagten benannten Zeugen zu beantworten. Die instruierende Zivilkreisgerichtspräsidentin verzichtete daraufhin mit Verfügungen vom 3. und 26. September 2019 vorläufig auf Ergänzungs- und Erläuterungsfragen, vorbehaltlich eines anderslautenden Entscheids der urteilenden Dreierkammer anlässlich der bevorstehenden Hauptverhandlung. Zudem ordnete sie die Befragung der benannten Zeugen und Parteien an und lud die Klägerinnen und Beklagten zur Hauptverhandlung ein. Für den Fall, dass die Dreierkammer an der Hauptverhandlung Ergänzungs- und Erläuterungsfragen für erforderlich erachten würde, stellte die Gerichtspräsidentin den Klägerinnen und Beklagten eine Frist zur Formulierung von Ergänzungs- und Erläuterungsfragen in Aussicht. Mit diesem Vorgehen zeigten sich die Klägerinnen und Beklagten einverstanden. Der vorläufige Verzicht auf Ergänzungs- und Erläuterungsfragen zugunsten der Zeugen- und Parteibefragungen ist prozessual nicht zu beanstanden, zumal die Erstinstanz bei Zweifeln hinsichtlich der Schlüssigkeit des Gutachtens nötigenfalls ergänzende Beweise anordnen kann, um diese Zweifel auszuräumen (siehe vorstehende Erwägung 4.1.3). Die Befragungen der Zeugen und Parteien fanden am 25., 26. und 27. Februar 2020 im Beisein der Klägerinnen und

Beklagten statt und die Hauptverhandlung wurde am 12. August 2020 durchgeführt. Nach Anhörung der Klägerinnen und Beklagten kam die Dreierkammer des Zivilkreisgerichts am 12. August 2020 im Rahmen der anschliessenden Urteilsberatung offensichtlich zum Schluss, dass der Fall spruchreif war und es aufgrund des feststehenden Beweisergebnisses insbesondere keiner Ergänzungs- und Erläuterungsfragen zum Gutachten vom 27. Mai 2020 oder zusätzlicher Beweismassnahmen mehr bedurfte, was sich ohne Weiteres aus dem begründeten Urteil vom 12. August 2020 ergibt. Aus diesem geht hervor, dass die erstinstanzliche Dreierkammer das Gutachten «insbesondere betreffend die Abschnitte, die sich direkt oder indirekt mit der Frage der Unmöglichkeit befassen» (Rz. 276 Urteil), als mangelhaft beurteilten. Damit waren das Gutachtenkapitel 2 zur «Kapazität und Planung» des Werks in Z.____ und das Gutachtenkapitel 3 zur «Praxis des CMA» gemeint (Rz. 323 Urteil). Sämtliche im Urteil beschriebenen Mängel betreffen denn auch die beiden Kapitel 2 und 3 des Gutachtens (Rzn. 293 bis 323 Urteil). Zusätzlich kritisierte die Erstinstanz in ihrem Urteil den Aufbau des Gutachtens und das darin fehlende Grundlagenwissen. Die Erstinstanz unterteilte das Gutachten in der Folge in einen verwertbaren und einen «unbrauchbaren» Teil (Rz. 291 Urteil). Sodann erwog die Erstinstanz, dass sie erst im Rahmen der Zeugen- und Parteibefragungen vom 25. bis 27. Februar 2020 in der Lage gewesen sei, sich ein umfassendes Bild zur Sachlage zu machen, was dazu geführt habe, dass im fraglichen Gutachtenteil «unzählige Mängel entdeckt werden konnten» (Rzn. 325 und 326 Urteil). Obwohl die Erstinstanz im Urteil nicht notwendigerweise begründen musste, weshalb sie keine Ergänzungs- und Erläuterungsfragen an den Gutachter gestellt hatte – da ja die Klägerinnen und Beklagten auf Ergänzungs- und Erläuterungsfragen verzichtet hatten –, geht aus dem Urteil der Erstinstanz dennoch klar hervor, dass sie nach freier Würdigung der im Urteilszeitpunkt vorliegenden Beweise zur Überzeugung gelangt war, dass sie sich mit den Zeugen- und Parteibefragungen ein umfassendes Bild der relevanten Sachlage verschafft hatte, welches ein Urteil auch in Bezug auf die Unmöglichkeitsfrage erlaubte. Entgegen der klägerischen Ansicht berücksichtigte die Erstinstanz im Rahmen der Beweiswürdigung die Involviertheit der befragten Personen im Verfahren und ihre mögliche Nähe zur einen oder anderen Partei (Rz. 325 Urteil). Demzufolge waren keine zusätzlichen Beweismassnahmen wie beispielsweise die Anordnung eines Obergutachtens erforderlich, um über die Unmöglichkeitsfrage zu entscheiden. Anhand der Aussagen aus den Zeugen- und Parteibefragungen konnten die Unklarheiten und offen gebliebenen Fragen für die Erstinstanz hinreichend geklärt werden, was letztlich dazu führte, dass die Unmöglichkeit der Herstellung und Lieferung der bestellten Produktmengen gestützt auf das Gutachten, die vorhandenen Akten und die gewürdigten Zeugen- und Parteibefragungen für unbewiesen blieb. Die Einwendung der Klägerinnen, wonach die Erstinstanz den Sachverhalt in Bezug auf die Unmöglichkeitsfrage allein gestützt auf die durchgeführten Zeugen- und Parteibefragungen – mithin ohne Würdigung der eingereichten Beweise und der Sachverhaltsdarstellung der Parteien – erschlossen und beurteilt haben soll, ist unzutreffend.

Gestützt auf den vorstehend beschriebenen Prozessverlauf und aufgrund des festgestellten Beweisergebnisses konnte und durfte die Erstinstanz auf weitere Erläuterungs- und Ergänzungsfragen zum Gutachten oder auf die Anordnung zusätzlicher Beweismassnahmen verzichten, zumal – wie ebenfalls dem Urteil entnommen werden kann – mehr als acht Jahre seit der Einleitung des erstinstanzlichen Zivilprozesses am 10. April 2012 vergangen waren und der

Gutachteraufwand gemäss der am 24. März 2020 eingereichten Honorarnote des Gutachters bereits den Betrag von CHF 375'127.50 erreicht und damit den zuvor geschätzten Kostenrahmen von CHF 190'000.00 bis CHF 290'000.00 deutlich überstiegen hatte. Es galt, das Verfahren nicht unnötig zu verlängern und zu verteuern. Das Vorgehen der Erstinstanz steht auch nicht im Widerspruch zum kantonsgerichtlichen Entscheid 410 16 19 vom 1. März 2016, soweit sich die Sachverhalte überhaupt vergleichen lassen. Angesichts des vorstehend Ausgeführten ist nicht zu beanstanden, dass die Erstinstanz auf Ergänzungs- und Erläuterungsfragen zum Gutachten vom 27. Mai 2019 verzichtete. Es lässt sich somit festhalten, dass behauptete Verfahrensfehler oder eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorschriften über die Anordnung einer gerichtlichen Expertise durch die Erstinstanz nicht dargetan sind, weshalb auch diese Rügen der Klägerinnen abzuweisen sind. Insbesondere liegt keine Verletzung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO vor.

**4.3 Zur (teilweisen) Mangelhaftigkeit des Gutachtens:
a) Standpunkte der Parteien**

(...)

4.4 b) Zu «Der Aufbau des Gutachtens und das vermittelte Grundlagenwissen»

(...)

4.5 c) Zu «Unklare Ausführungen im Gutachten»

(...)

4.6 d) Zu «Inhaltliche Mängel, Widersprüche und unbelegte Aussagen im Gutachten»

4.6.1 Nach Aufzählung von angeblich 24 unklaren und nicht nachvollziehbaren Aussagen im Gutachten aus der Perspektive der Erstinstanz begründet diese in Rzn. 309 bis 320 des Urteils, dass verschiedene Stellen im Gutachten auch inhaltlich mangelhaft sein sollen. Diesbezüglich führt die Erstinstanz 11 entsprechende Stellen aus den Kapiteln 2 und 3 des Gutachtens an, die teilweise bereits im Rahmen der 24 unklaren Ausführungen angesprochen wurden und nachfolgend zu beurteilen sind:

(...)

4.6.2 Gestützt auf die vorstehenden Darlegungen kann sich die Dreierkammer des Kantonsgerichts, Abteilung Zivilrecht, nach eingehender Prüfung der in Rzn. 309 bis 320 des Urteils kritisierten Aussagen der Meinung der Erstinstanz nicht anschliessen, dass die fraglichen Ausführungen im Gutachten aus objektiver Perspektive inhaltliche Mängel, Widersprüche oder unbelegte Aussagen des Gutachters enthalten. Dasselbe gilt für die von den Beklagten behaupteten Widersprüche im Gutachten (vgl. vorstehende Erwägung 4.6.1). Werden die zitierten Stellen im Kontext der zu beantwortenden Frage gelesen und nicht aus dem Zusammenhang gerissen, sind die Schlussfolgerungen des Gutachters jeweils schlüssig, nachvollziehbar und belegt. Fraglich ist jedoch, ob die Fragen im Gutachten jeweils vollständig beantwortet wurden. Die

Erstinstanz bemängelt am Gutachten, dass sie erst nach den Zeugen- und Parteibefragungen in der Lage gewesen sei, sich ein umfassendes Bild zur Sachlage zu machen, was dazu geführt habe, dass im fraglichen Gutachtenteil «unzählige Mängel entdeckt werden konnten» (Rzn. 325 und 326 Urteil). Die Beklagten kritisieren, dass im Gutachten an mehreren Stellen auf eine erforderliche Zeugenbefragung hingewiesen werde, um die jeweilige Frage vollständig und präzise beantworten zu können. Der Gutachter erklärt selber an diversen Stellen im Gutachten, dass Fragen teilweise nicht vollständig oder nur mit Annahmen beantwortet werden konnten, weil bis zur Abgabe des Gutachtens (noch) keine Zeugenbefragungen durchgeführt wurden (dazu nachfolgende Erwägung 4.6.3). Es ist daran zu erinnern, dass der Gutachter beauftragt war, die ihm gestellten Fragen vollständig und abschliessend gemäss dem ihm vorgelegten Sachverhalt zu beantworten und die berechtigten Interessen des auftraggebenden Gerichts in guten Treuen zu wahren. Mit erstinstanzlicher Verfügung vom 1. Dezember 2014 wurde er gestützt auf Art. 186 Abs. 4 ZPO ermächtigt, eigene Abklärungen vorzunehmen, insbesondere einen Augenschein anzuordnen oder die Parteien zu befragen. In der erstinstanzlichen Verfügung vom 18. Oktober 2016 wurde im Weiteren festgehalten, dass der Gutachter, sollte er Informationen etwa durch Zeugen und / oder Parteien benötigen, die entsprechenden Fragen schriftlich dem Gericht zu unterbreiten habe, welches dann über das weitere Vorgehen entscheiden werde. Dem Gutachter wurde damit explizit die Möglichkeit angeboten, die Parteien und / oder Zeugen zu befragen, wenn er die Befragungen für notwendig erachten würde, um den Gutachterauftrag vollständig und lege artis zu erfüllen. Davon hat der Gutachter aber keinen Gebrauch gemacht, auch nicht nachdem er gemäss eigenen Aussagen am 4. Februar 2019 von der für den Fall zuständig gewordenen Zivilkreisgerichtspräsidentin darüber informiert worden war, dass er nicht an den gerichtlichen Zeugenbefragungen teilnehmen werde (vgl. vorstehende Erwägung 4.2.6 Absatz 2). Unter diesen Umständen hätte der Gutachter in guten Treuen und im Interesse des Auftraggebers zu den Gutachterfragen, die er mangels hinreichender Sachverhaltsinformationen nicht oder nicht vollständig bzw. nur mittels Annahmen beantworten konnte, Beweismassnahmen gegenüber der Erstinstanz beantragen sollen. Insbesondere hätte er bei der Erstinstanz eine Befragung von Zeugen oder Parteien beantragen und entsprechende Fragen einreichen können, um gestützt darauf alle Gutachterfragen vollständig, schlüssig und hinreichend zu beantworten und zu begründen.

4.6.3 Konkret ergibt sich aus dem Gutachten vom 27. Mai 2019 und der im Berufungsverfahren Nr. 400 21 103 eingereichten Beschwerde des Gutachters vom 30. April 2021 (Verfahren 410 21 92) was folgt:

(...)

4.6.4 Vom Gutachter wäre zu erwarten gewesen, dass er in Nachachtung einer sorgfältigen Auftragserfüllung die Erstinstanz über die oben beschriebenen, offen gebliebenen Fragen informiert und einen Antrag auf Befragung der betreffenden Zeugen, einschliesslich der zu stellenden Fragen, stellt. Aufgrund dieses Versäumnisses des Gutachters sind einzelne Fragen im Gutachten nicht vollständig beantwortet worden, womit das Gutachten nicht den Anforderungen gemäss Art. 188 Abs. 2 ZPO entspricht und als teilweise mangelhaft bezeichnet werden kann. Auch wenn die Erstinstanz offene gebliebene Fragen im Gutachten mithilfe der Partei- und Zeugenbefragungen klären und so über die Unmöglichkeitshauptung der Klägerinnen abschlies-

send entscheiden konnte, hätte sich die Klärung bereits aus dem Gutachten ergeben müssen. Hierbei ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass sich die Erstinstanz mangels Ergänzungs- und Erläuterungsanträgen der Parteien sowie aus Zeit- und Kostengründen (die Gutachtenerstellung dauerte rund vier Jahre, einschliesslich einer ca. einjährigen Unterbrechung, vgl. vorstehende Prozessgeschichte lit. I bis O) gegen eine Erläuterung oder Ergänzung durch den Gutachter entschieden hatte, weil sie sich eine Klärung der noch offenen Fragen durch die Zeugen- und Parteibefragungen erhofft hatte. Dieses prozessuale Vorgehen ist zulässig. Die Erstinstanz sah sich nach den Befragungen in der Lage, die von den Klägerinnen vorgebrachte Unmöglichkeit behauptung abschliessend zu beurteilen (dazu nachstehende Erwägungen 4.8.1 und 4.9).

4.7 e) Zu «Parteiliche Aussagen im Gutachten»

(...)

4.8 Fazit: Teilweise mangelhaftes Gutachten

4.8.1 In Rzn. 323 bis 331 des Urteils fasst die Erstinstanz zusammen, weshalb es sich beim Gutachten ihrer Beurteilung nach «(insbesondere) hinsichtlich der Kapitel «2. Kapazität und Planung» sowie «3. Die Praxis des CMA» um ein mangelhaftes handle. Den vorstehenden kantonsgerichtlichen Erwägungen ist jedoch zu entnehmen, dass die Kritik der Erstinstanz am Gutachten mehrheitlich unberechtigt ist. Die behaupteten unklaren Ausführungen im Gutachten (Rz. 308 des Urteils) sowie die monierten inhaltlichen Mängel, Widersprüche und unbelegten Aussagen im Gutachten (Rzn. 310 bis 322 des Urteils) konnten im Rechtsmittelverfahren nicht bestätigt und vom Gutachter entkräftet werden, wobei das Gutachten aus objektiver Sicht und gestützt auf den Sachverhalt, den der Gutachter seinem Gutachten zugrunde gelegt hatte, gewürdigt wurde. Auch kann der Gutachter aufgrund des Inhaltes im Gutachten und seinem Verhalten während und nach der Gutachtenerstellung nicht als befangen und parteilich bezeichnet werden. Die Erkenntnisse aus den Zeugen- und Parteibefragungen, welche erst nach Abgabe des Gutachtens vom 27. Mai 2019 vorlagen, durften von der Erstinstanz bei der Bewertung des Gutachtens grundsätzlich keine Rolle spielen, zumal der Gutachter keine Möglichkeit mehr erhielt, die neuen Erkenntnisse aus den Befragungen in das Gutachten zu übertragen. Dennoch zeigt sich, dass der Grund, weshalb sich das Gutachten auf einem anderen Sachverhalt abstützt als das Urteil der Erstinstanz, teilweise vom Gutachter selbst zu verantworten ist. Der Gutachter wurde von der Erstinstanz beauftragt, ein Gutachten zu bestimmten Themen gestützt auf die ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen zu erstellen. Er wurde zudem mit Verfügung vom 1. Dezember 2014 ausdrücklich dazu ermächtigt, eigene Abklärungen wie Augenscheine oder Personenbefragungen nach Vorankündigung vorzunehmen, und mit Verfügung vom 18. Oktober 2016 wurde ihm eröffnet, dass er bei Notwendigkeit von Zeugen- oder Parteibefragungen die entsprechenden Fragen schriftlich dem Gericht zu unterbreiten habe, um ein vollständig, klares und gehörig begründetes Gutachten liefern zu können. Den vorstehenden Erwägungen 4.6.2 und 4.6.4 lässt sich entnehmen, dass bei Ablieferung des Gutachtens vom 27. Mai 2019 gewisse Gutachtenfragen nicht vollständig beantwortet wurden. Der Gutachter selbst gab an, dass noch Zeugenbefragungen erforderlich waren, um die Gutachtenfragen vollständig beantworten zu können. Spätestens nach dem Gespräch mit der instruierenden Zivil-

kreisgerichtspräsidentin anfangs Februar 2019 war dem Gutachter bekannt, dass er nicht zu den anstehenden Befragungen der Zeugen und Parteien teilnehmen werde. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte der Gutachter die Erstinstanz über die Notwendigkeit von Zeugen- und/oder Parteibefragungen informieren und entsprechende Anträge mit formulierten Fragestellungen einreichen müssen, um ein vollständig und gehörig begründetes Gutachten abliefern zu können. Durch sein Unterlassen ist er seiner Sorgfaltspflicht bei der Gutachtenerstellung nicht im erforderlichem Mass nachgekommen. Zumal dem Gutachter bereits nach Abgabe der ersten Fassung des Gutachtens die Möglichkeit der Verbesserung und Vervollständigung gewährt wurde, durfte der Gutachter nicht davon ausgehen, dass er sein Gutachten vom 27. Mai 2019 noch einmal ergänzen und verbessern durfte. Das Gutachten hätte sämtliche Fragen vollständig und gehörig begründet beantworten müssen, beziehungsweise hätte er erklären müssen, dass und weshalb bestimmte Fragen nicht beantwortbar waren. Jedoch durfte der Gutachter nicht Fragen teilweise unbeantwortet lassen, die er mittels Befragung von bestimmten Personen vollständig hätte beantworten können, und dadurch allenfalls Widersprüche in Kauf nehmen. Daraus folgt, dass am 27. Mai 2019 ein teilweise mangelhaftes Gutachten abgeliefert wurde. Der Erstinstanz ist daher im Ergebnis zuzustimmen, dass ein teilweise mangelhaftes Gutachten vorliegt, welches den zu erwartenden Anforderungen an ein gerichtliches Gutachten im Sinne von Art. 188 Abs. 2 ZPO nicht vollumfänglich entspricht.

4.8.2 Darüber hinaus ist die Schlussfolgerung der Erstinstanz nicht zu beanstanden, wonach sich aus dem Gutachten nicht schlüssig ergibt, dass die Produktion und Lieferung der im CMA vereinbarten und bestellten Mengen an API im Werk in Z.____ für die Klägerinnen unmöglich gewesen sein soll, wobei hier auf die nachfolgenden Erwägungen zum Betrieb des Werks, zu den Reinigungsvorgängen und Sicherheitsmängel (Erwägung 4.10) sowie zur Beurteilung der «Due Diligence» (Erwägung 4.11) zu verweisen ist. Insbesondere ist auf den fehlenden Nachweis der Klägerinnen hinzuweisen, dass sie den Beklagten während der gesamten Dauer des CMA die Unmöglichkeit der Herstellung von Bestellvolumen mitteilten. Zunächst ist jedoch die klägerseits gerügte Feststellung der Erstinstanz zu prüfen, dass es den Klägerinnen im Eventualstandpunkt auch nicht gelungen ist, die Unmöglichkeit im Rahmen des zweieinhalbfachen Schriftenwechsels substantiiert vorzutragen und zu beweisen.

4.9 Behauptete Unmöglichkeit

4.9.1 In Bezug auf den Beweis der Unmöglichkeit der vereinbarten Produktion und Lieferung der API durch die Klägerinnen gelangt die Erstinstanz in Rzn. 345 bis 353 des Urteils zu folgenden Schlüssen:

345 *Bei der Frage, wie viel im Werk in Z.____ tatsächlich hat produziert werden können und ob es sich hier um Mengen gehandelt hat, die weder von den Klägerinnen noch einer anderen hypothetischen Person, die das Werk betreibt, zu produzieren gewesen wären, handelt es sich in der Tat um einen Aspekt, der nach Ansicht des Gerichts auf der Grundlage der vorliegenden Unterlagen hätte bis zu einer gewissen Genauigkeit berechnet werden können bzw., im Ergebnis, müssen.*

- 346 *Das Gericht muss denn auch angesichts der Vertragsverhandlungen und der «Due Dilligence» (hierzu weiter unten, Rz. 388 ff.) davon ausgehen, dass solche Berechnungen durch die Parteien angestellt worden sind bzw. zumindest hätten angestellt werden müssen, andernfalls das Vertragswerk – insbesondere die in Anhang 5.1.1 CMA festgelegten Mengen – keinen Sinn ergibt. Dass hierzu von den Klägerinnen externe Hilfe in Form eines Gutachtens beantragt worden ist, ist somit in einer gewissen Weise nachvollziehbar, obwohl für das Gericht – wie bereits erwähnt – nicht nachvollziehbar ist, warum diese Auseinandersetzung (über die Mengen an zu produzierenden API, die ja ein wesentlicher Vertragsbestandteil sind) nicht vor, sondern nach Abschluss des CMA stattfindet.*
- 347 *Somit gestaltet sich der Sachverhalt im Rahmen des vorliegenden Gerichtsverfahrens so, dass über potenziell in einem spezifischen Werk hypothetisch produzierbare Mengen gestritten wird und diese Mengenberechnungen für das Gericht aufgrund des Schriftenwechsels nur teilweise nachvollziehbar, (angeblich) unrichtig und hoch umstritten sind.*
- 348 *Wenn aber die Kapazitätsberechnungen – an denen beide Parteien beteiligt waren – denn tatsächlich falsch oder für die Klägerinnen unerwartet waren, haben diese die Tatsache, dass es unmöglich war, die Mengen an API während der Vertragslaufzeit des CMA zu produzieren, mit stichhaltigen Beweisen vorzutragen. Sie haben mit anderen Worten aufgrund von Unterlagen das Gericht davon zu überzeugen, dass man die vereinbarten Mengen tatsächlich nicht bzw. eine hypothetische Drittperson diese tatsächlich nicht hat produzieren können.*
- 349 *Diese Sachverhaltsdarstellung ist den Klägerinnen vorliegend (auf der Grundlage des Schriftenwechsels) nicht gelungen. Es ist für das Gericht schlicht nicht nachvollziehbar, warum in einem Vertragswerk wie dem CMA Mengen vereinbart werden und man sich mit diesen angeblich nie vertieft auseinandergesetzt hat.*
- 350 *Die (historischen) Kapazitätsberechnungen sind denn auch nicht unbedingt zulässig (oder wurden zumindest von den Beklagten detailliert bestritten). Im Ergebnis geht es nach Ansicht des Gerichts nicht einfach darum, in einem Werk wie in Z.____ Durchschnittswerte zu ermitteln und diese auf nachfolgende Jahre zu übertragen. Mehr noch erfordert es nach Ansicht des Gerichts bei der Herstellung von API einer genauen Planung unter Berücksichtigung sämtlicher Gegebenheiten (bspw. Stillstände, Reinigungen etc.), was anscheinend im Werk in Z.____ immer so gemacht worden ist und es in der Folge nicht nachvollziehbar bleibt, wieso dies – vor bzw. während der Übernahme und nach dem Übergang des Werkes – so nicht mehr praktiziert worden sein soll.*
- 351 *Im Ergebnis hätten die Klägerinnen im Rahmen ihrer Eventualbegründung – auch unter Beizug historischer Daten – vortragen müssen, wie sich die Kapazitätsberechnung auf der Grundlage der (übrigen, vorliegenden) Unterlagen für die spezifische Vertragslaufzeit des CMA unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände ausgestaltet. Mit anderen Worten hätten sie bei einer Rechnung – die ja nicht nur der Ansicht der Beklagten, sondern auch dem unterzeichneten Vertragswerk, insbesondere Anhang 5.1.1 CMA, wider-*

spricht – aufzeigen müssen, wie sich im konkreten Zeitraum Ferien, kantonale Ferientage, Stillstände in der Produktion aufgrund von Umbau-, Wartungs- und (vorgesehene und angeblich unvorhergesehene) Reinigungsarbeiten, die Tatsache, dass nicht gleich viele Produkte produziert worden waren, die Anzahl Mitarbeiter und wie sich der Anfang sowie das Ende etc. auf die Produktion ausgewirkt hat. Dies ist im Schriftenwechsel nicht geschehen oder wurde über weite Strecken nachvollziehbar von den Beklagten bestritten.

352 *Es verbleibt der Eindruck, als hätten die Klägerinnen mit ihren Vorbringen, die Kapazitätsberechnungen seien falsch (ohne in der Lage gewesen zu sein, überzeugend vorzutragen, wie diese richtig erfolgt wären), etwas nachholen wollen, womit sie sich eigentlich im Rahmen der Vertragsverhandlungen hätten auseinandersetzen müssen, wenn sie es denn tatsächlich nicht getan haben. Dieses Verhalten muss nach Ansicht des Gerichts zu Lasten der Klägerinnen gehen. Es ist ihnen im Ergebnis nicht gelungen, die Unmöglichkeit im Rahmen des zweieinhalbfachen Schriftenwechsels substantiiert vorzutragen und somit zu beweisen.*

353 *Selbst wenn das Gericht das (mangelhafte) Gutachten in der Folge nicht in Auftrag gegeben hätte, hätte die Klage 1 der Klägerinnen auf der Grundlage der Vorbringen der Parteien bereits nach Abschluss des Schriftenwechsels auch mit Blick auf die Eventualbegründung der Klägerinnen abgewiesen werden müssen, weil der Beweis der Unmöglichkeit durch die Klägerinnen nicht erbracht worden ist.*

4.9.2 Die Klägerinnen werfen der Erstinstanz im Wesentlichen eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung sowie ein falsches Verständnis der verschiedenen Formen der Unmöglichkeit vor. Die Klägerinnen hätten im Rahmen ihrer Eventualbegründung zur Klage 1a im Hauptpunkt den Standpunkt vertreten, dass eine anfängliche objektive Teilunmöglichkeit bestanden habe. Sie hätten dargelegt, dass das Werk in Z. ____ die Produktionskapazität, welche für die Herstellung der im CMA festgehaltenen Mengen notwendig gewesen wäre, im Zeitpunkt des Vertragschlusses nicht aufgewiesen habe. Die Klägerinnen hätten die tatsächliche Produktionskapazität der Anlage substantiiert dargelegt und zu diesem Punkt zudem ein Gutachten beantragt. Im Nebenpunkt hätten die Klägerinnen im Rahmen ihrer Eventualbegründung sodann dargelegt, dass eine nachträgliche Unmöglichkeit vorgelegen habe. Die Klägerinnen hätten unstreitig während der gesamten Laufzeit des CMA nicht die gesamte Bestellmenge hergestellt und geliefert. Bei der nachträglichen Unmöglichkeit stelle sich somit die Frage, ob sich die Klägerinnen exkulpieren könnten. Die Klägerinnen hätten in der Klage substantiiert dargelegt, dass während der Vertragslaufzeit aus verschiedenen Gründen keine höhere Produktionsmenge möglich gewesen sei. Diesbezüglich hätten sie ebenfalls ein Gutachten beantragt. Die Klägerinnen hätten die Zuweniglieferrung nicht verschuldet, woraus folge, dass ihre Leistungspflicht in Bezug auf jenen Teil der Bestellmengen, die während der Vertragslaufzeit nicht hätten hergestellt werden können, erloschen sei. Im Gegenzug hätten die Klägerinnen ihre Gegenforderung verloren, d.h. der Kaufpreis für die nicht gelieferten Mengen. Die AGP seien davon nicht betroffen und von den Beklagten weiterhin vollumfänglich zu bezahlen gewesen. Anders als die Klägerinnen würde die Erstinstanz von einer anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit ausgehen. Bei der anfänglichen

subjektiven Unmöglichkeit gelte grundsätzlich dasselbe, wie bei der nachträglichen Unmöglichkeit. Im Rahmen der Frage, ob die Unmöglichkeit vom Schuldner zu verantworten sei, könne zusätzlich das sogenannte Übernahmeverschulden relevant werden. Die Erstinstanz lege grossen Wert auf die Bedeutung der «Due Diligence» und die Frage der Vorhersehbarkeit, dass die Bestellmengen nicht würden hergestellt werden können. Ein Übernahmeverschulden sei vorliegend aber ausgeschlossen.

In Rz. 332 des Urteils halte die Erstinstanz fest, dass sie hinsichtlich der Frage der Unmöglichkeit zu prüfen habe, wie das Gericht die Situation beurteilt hätte, wenn es sich entgegen dem Antrag der Klägerinnen gegen eine Erstellung eines Gutachtens entschieden hätte und wie damit umzugehen sei, dass ein mangelhaftes Gutachten bei den Akten liege. Nach Ansicht der Klägerinnen sei es aber im Nachhinein unzulässig und unangebracht zu fragen, wie der Fall zu entscheiden wäre, wenn das Gutachten nicht angeordnet worden wäre. Taxiere die Erstinstanz das Gutachten als mangelhaft, so hätte sie dieses in Übereinstimmung mit Art. 188 ZPO ergänzen oder erläutern lassen oder eine andere sachverständige Person beiziehen müssen. Im Weiteren gehe es nicht an, dass die Erstinstanz nach Vorliegen des Gutachtens auf die Frage zurückkomme, ob die Klägerinnen ihren Vortrag betreffend die Unmöglichkeit genügend substantiiert hätten. Denn die Anordnung eines Gutachtens als Beweismassnahme setze einen ausreichend substantiierten Tatsachenvortrag voraus. Zudem sei dieses Vorgehen der Erstinstanz auch aus rechtlicher Sicht nicht zulässig, da Gerichte mittels prozessleitender Verfügung zuerkannte Rechte nicht in Frage stellen; eine Abänderung müsse in bestimmten Fällen auch aus Gründen der Rechtssicherheit unterbleiben. In Rz. 345 des Urteils stelle die Erstinstanz sodann fest, dass die Fragen nach der Produktionskapazität des Werks in Z.____ und der Unmöglichkeit der Produktion der vereinbarten Menge «auf der Grundlage der vorliegenden Unterlagen hätten bis zu einer gewissen Genauigkeit berechnet werden können bzw., im Ergebnis, müssen». Diese Feststellung sei unrichtig. Wenn das Gericht zum Schluss komme, die tatsächlich mögliche Produktionsmenge lasse sich gestützt auf die vorliegenden Unterlagen berechnen, dann sei der diesbezügliche Beweis erbracht worden. Es frage sich dann aber, warum die Erstinstanz diese Produktionsmenge nicht feststelle. Vermutungsweise fehle der Erstinstanz die dazu notwendige Sachkunde, was die Notwendigkeit eines Gutachtens nochmals unterstreichen würde. Zwar behaupte die Erstinstanz, sie habe die notwendige Sachkunde, um die tatsächlich herstellbare Menge selbst zu beurteilen. Davon sei aber während des gesamten Verfahrens nicht die Rede gewesen. In Rz. 346 des Urteils bezeichne es die Erstinstanz als «nicht nachvollziehbar (...), warum diese Auseinandersetzung (über die Mengen an zu produzierenden API, die ja ein wesentlicher Vertragsbestandteil sind) nicht vor, sondern nach Abschluss des CMA stattfindet». Dabei missverstehe die Erstinstanz, dass die im CMA festgehaltenen Mengen nicht die tatsächlich hergestellten, nicht die tatsächlich herstellbaren und auch nicht die tatsächlich bestellten Mengen seien, sondern bloss die erwarteten Bestellmengen (Rz. 260 Berufung). Diese Mengenangaben seien denn auch nicht wesentlicher Vertragsbestandteil gewesen, was sich gerade daran zeige, dass diese Auseinandersetzung erst jetzt, nach dem Ende des CMA, erfolge.

Nach Ansicht der Klägerinnen seien auch die in Rzn. 347 bis 349 von der Erstinstanz formulierten Fragestellungen, wer welchen Beweis in welcher Form zu erbringen habe, unzutreffend. Erstens führe die Erstinstanz in Rz. 347 des Urteils an, die hypothetisch produzierbaren Men-

gen und Mengenerrechnungen seinen nur teilweise nachvollziehbar. Damit widerspreche sich die Erstinstanz selbst, denn nur zwei Randziffern zuvor habe sie ausgeführt, dass die produzierbaren Mengen gestützt auf die vorliegenden Unterlagen berechnet werden könnten. Zweitens halte die Erstinstanz fest, die Klägerinnen hätten mit stichhaltigen Beweisen vortragen müssen, "dass es unmöglich war, die Mengen an API während der Vertragslaufzeit des CMA zu produzieren" (Rz. 348 Urteil). Dies hätten die Klägerinnen getan. Zu diesen stichhaltigen Beweismitteln gehört auch das gerichtliche Gutachten. Es gehe nicht an, dass die Erstinstanz den Klägerinnen nun vorwerfe, keine stichhaltigen Beweismittel geliefert zu haben, wenn sie gleichzeitig das Gutachten als mangelhaft bezeichne und kein anderes Gutachten eingeholt habe. Drittens stelle die Erstinstanz fälschlicherweise fest, «diese Sachverhaltsdarstellung ist den Klägerinnen vorliegend (auf der Grundlage des Schriftenwechsels) nicht gelungen» (Rz. 349 Urteil). Der Beweis werde aber selbstredend nicht mit der Sachverhaltsdarstellung geführt, sondern eben mit Beweismitteln. Auch unter diesem Aspekt gehe es nicht an, dass die Erstinstanz das Gutachten nicht beachte. In Rz. 349 des Urteils mache die Erstinstanz sodann eine für die Frage der Unmöglichkeit irrelevante Feststellung. «Es ist für das Gericht schlicht nicht nachvollziehbar, warum in einem Vertragswerk wie dem CMA Mengen vereinbart werden und man sich mit diesen angeblich nie vertieft auseinandergesetzt hat». Nach Meinung der Klägerinnen beurteile sich aber die Frage, ob die Leistungserbringung möglich gewesen sei oder nicht, nach objektiven Gesichtspunkten. Dies gelte sowohl für die anfängliche als auch für die nachträgliche Unmöglichkeit. Es spiele daher keine Rolle, ob sich der Schuldner mit der Frage der eigenen Leistungsmöglichkeit auseinandergesetzt habe.

In Rz. 350 des Urteils halte die Erstinstanz fest, dass die Herstellung von API einer genauen Planung unter sämtlichen Gegebenheiten bedürfe, «was anscheinend im Werk im Z.____ immer so gemacht worden ist und es in der Folge nicht nachvollziehbar bleibt, wieso dies – vor bzw. während der Übernahme und nach dem Übergang des Werkes – so nicht mehr praktiziert worden sein soll». Die Klägerinnen hätten substantiiert dargelegt und bewiesen, dass sie das Werk in unveränderter Form fortgeführt hätten. N.____ habe sehr bildlich ausgesagt, dass er – damals noch nicht in leitender Funktion – nach dem Verkauf des Werks an die Klägerin 1 genau gleich weitergearbeitet habe, insbesondere was die Planung der Produktion anbelangt habe (N.____, Fragen 6, 7 und 20). Mit ihrer Aussage anerkenne die Erstinstanz, dass die Klägerin 1 das Werk in Z.____ unverändert weitergeführt habe, was ein Verschulden der Klägerin 1 ausschliesse. In Rz. 351 des Urteils schliesse die Erstinstanz dann aus ihren unrichtigen Feststellungen, dass die Klägerinnen hätten ausführen müssen, «wie sich die Kapazitätsberechnung auf der Grundlage der (übrigen, vorliegenden) Unterlagen für die spezifische Vertragslaufzeit des CMA unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände ausgestaltet», zumal die Berechnung der Ansicht der Beklagten und dem CMA widersprechen würden. Diese Anforderungen an die Substantiierung seien überspitzt. Die Klägerinnen hätten ihre Position ausreichend substantiiert und die notwendigen Beweisanträge gestellt. Ohnehin sei die tatsächliche Kapazität des Werks nie Bestandteil des CMA geworden. Auch diese Feststellung der Erstinstanz sei deshalb unrichtig. Des Weiteren habe die Erstinstanz in Rz. 352 des Urteils den «Eindruck, als hätten die Klägerinnen mit ihren Vorbringen, die Kapazitätsberechnungen seien falsch (...), etwas nachholen wollen, womit sie sich eigentlich im Rahmen der Vertragsverhandlungen hätten auseinandersetzen müssen, wenn sie es denn tatsächlich nicht getan haben». Dieses Verhalten müsse zu

Lasten der Klägerinnen gehen. Dieser Vorwurf der Erstinstanz sei gänzlich unbegründet. Die Bestellmengen der Beklagten hätten vor Vertragsschluss per Definition kein Thema sein können. Die tatsächliche Kapazität des Werks sei nicht Vertragsgegenstand gewesen. Es sei vielmehr vereinbart worden, dass das Werk unverändert weiterbetrieben und die daraus resultierende Produktionsmenge vollumfänglich den Beklagten verkauft würde. Diesen Verpflichtungen seien die Klägerinnen nachgekommen. Ihr Verhalten im Rahmen der Vertragsverhandlungen geht nicht zu ihren Lasten. In Rz. 353 des Urteils komme die Erstinstanz zum Schluss, dass sie die Klage auch dann hätte abweisen müssen, wenn sie das Gutachten (als von den Klägerinnen beantragtes Beweismittel) nicht in Auftrag gegeben hätte, weil die Klägerinnen in diesem Fall den Beweis der Unmöglichkeit (für den sie das Gutachten ja beantragt gehabt hatten) nicht erbracht hätten. Diese Feststellung sei geradezu willkürlich.

4.9.3 Die Beklagten halten die Rüge der Klägerinnen, dass die Erstinstanz zu Unrecht das Gutachten nicht beachtet habe und deshalb auch zu Unrecht zum Schluss gekommen sei, den Klägerinnen sei der Beweis der Unmöglichkeit nicht gelungen, für verfehlt. Es liege weder eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung noch eine unrichtige Rechtsanwendung seitens der Erstinstanz vor. Den Klägerinnen sei es weder mit Urkunden noch mit Zeugen- oder Parteiaussagen gelungen, die von ihnen behauptete tatsächliche Produktionskapazität der Anlage in Z.____ substantiiert darzulegen. Zu diesem Schluss sei auch die Erstinstanz gekommen (Rzn. 248 und 249 Urteil). Entgegen den Ausführungen der Klägerinnen habe keine anfängliche Unmöglichkeit bestanden. Die Zuweniglieferungen durch die Klägerinnen würden daher eine Vertragsverletzung darstellen und zur AGP-Kürzung berechtigen. Sollte die Rechtsmittelinstanz entgegen der Auffassung der Beklagten feststellen, dass eine Anzahl der von den Beklagten 3 bestellten und auch bereits bezahlten Produktmengen aufgrund anfänglicher Unmöglichkeit tatsächlich nie herstell- und lieferbar gewesen seien, wäre das CMA insoweit teilweise nichtig. Die Klägerinnen wären somit von ihrer Leistungspflicht (nämlich Produktions- und Lieferpflicht) befreit. Genauso wären die Beklagten umgekehrt von ihrer Leistungspflicht, nämlich der Zahlung des AGP bezüglich der nicht gelieferten Mengen, befreit. Die Beklagte 3 würde demnach mit der Zahlung des vollen AGP zu viel zahlen bzw. gezahlt haben. Die Klägerinnen wären dann verpflichtet, den Betrag, welchen sie für die unmöglich zu liefernde Menge von der Beklagten 3 zu viel erhalten haben, im Rahmen des dann bestehenden Rückabwicklungsverhältnisses i.S.v. Art. 82 OR zurückzuerstatten. Wo die wegen Unmöglichkeit nicht gelieferte Ware in Rechnung gestellt und von der Beklagten 3 noch nicht gezahlt worden ist, wäre die Beklagte 3 von der Pflicht der Zahlung befreit.

Anders als die Meinung der Klägerinnen liege weder eine nachträgliche noch eine subjektive Unmöglichkeit vor. Die Klägerinnen hätten die Zuweniglieferungen verschuldet. Sollte die Rechtsmittelinstanz jedoch feststellen, dass die Klägerinnen kein Verschulden treffe, so würden die Forderungen der Beklagten nach Art. 119 Abs. 1 OR als erloschen gelten. Liege ein Austauschverhältnis vor, so hafte der freigewordene Schuldner nach Art. 119 Abs. 2 OR für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung. Gleichzeitig werde der Gläubiger von seiner Gegenleistungspflicht befreit. Habe der Schuldner die Gegenleistung des Gläubigers bereits im Zeitpunkt des Unmöglichkeitseintrittes erhalten, so erfolge nach der herrschenden Lehre ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis. Werde also eine nachträgliche subjektive Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR festgestellt, so könne die Beklagte 3 einen

Rückforderungsanspruch geltend machen für das bereits Geleistete. Da die Beklagte 3 vorliegend mehr bezahlt habe, als aufgrund der gegebenenfalls von der Rechtsmittelinstanz festgestellten nachträglichen unverschuldeten Unmöglichkeit hätte geliefert werden können, so könne die Beklagte 3 die zuviel geleistete Zahlung pro rata zurückfordern. Die in Ziff. 5.1.3 des CMA vorgesehene Kürzung der AGP entspreche den gesetzlichen Rechtsfolgen im Fall einer (teilweisen) Unmöglichkeit. Die Beklagten seien demnach sowohl im Falle einer anfänglichen objektiven als auch einer nachträglichen subjektiven (Teil-)Unmöglichkeit befugt gewesen, die AGP im Umfang der nicht erhaltenen Mengen zu reduzieren. Der Eventualvortrag der Klägerinnen, dass die AGP-Kürzung wegen (Teil-)Unmöglichkeit unzulässig und der Klägerin 2 der Betrag der Kürzung zu zahlen sei, sei demnach abzuweisen. Die Klägerinnen würden den Beklagten somit aufgrund der vorgenommenen AGP-Kürzung und den zuvor geleisteten Zahlungen an die Klägerinnen einen Restbetrag von CHF 78'454.82 zuzüglich Zinsen schulden.

Entgegen den klägerischen Ausführungen sei die Erstinstanz nicht von einer anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit ausgegangen. Die Erstinstanz sei vielmehr zum Schluss gelangt, dass die Klägerinnen durch ihr Verhalten den Anschein erweckt hätten, sie hätten sich vor Abschluss des CMA nicht wirklich mit den ihnen übergebenen Kapazitätsberechnungen auseinandergesetzt (Rz. 346 Urteil). Zudem habe die Erstinstanz festgestellt, dass die Herstellung von API eine genaue Planung erfordere und es den Klägerinnen nicht gelungen sei, zu beweisen, dass sie diese Planung während des CMA praktiziert hätten (Rz. 350 Urteil). In Rz. 241 der Berufung scheinen die Klägerinnen behaupten zu wollen, den Beklagten sei von Anfang an klar gewesen, dass die Klägerinnen die gesamten Bestellmengen nicht würden produzieren können. Diese Aussage sei schlicht falsch und unbegründet wie die Aussage der Klägerinnen, dass die mit dem CMA keine Verpflichtung eingegangen seien, eine bestimmte Menge von Produkten zu liefern.

Die Klägerinnen würden unter Hinweis auf Rz. 332 des Urteils zu Unrecht behaupten, die Prüfung der Frage der Unmöglichkeit durch die Erstinstanz in der Annahme, es hätte kein Gutachten in Auftrag gegeben, ziele an der Sache vorbei. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung besage, dass das Gericht nach Abnahme der erforderlichen Beweise ohne Bindung an bestimmte formelle Beweisregeln nach pflichtgemäss ausgeübtem Ermessen und nach seiner frei gebildeten Überzeugung darüber befinden sollte, ob der Beweis für eine bestimmte Tatsache erbracht worden sei oder nicht. Die Erstinstanz sei vorliegend zum Schluss gekommen, dass das Gutachten zur Frage der von den Klägerinnen behaupteten Unmöglichkeit keine Beweistauglichkeit habe und somit nicht zu beachten sei. Daher müsse das Gericht die Frage der Unmöglichkeit auf Grund der anderen vorhandenen Beweise ermitteln. Eben dies habe die Erstinstanz auch getan, was demselben Szenario gleichkomme, als ob es das Gutachten nicht geben würde bzw. nie in Auftrag gegeben worden wäre. Das Vorgehen der Erstinstanz sei daher durchaus verständlich und zu bekräftigen. Die Klägerinnen würden jedoch geltend machen, die Erstinstanz hätte nicht auf die Frage der Substantiierung der Unmöglichkeit zurückkommen dürfen. Nach Ansicht der Klägerinnen dürften zudem Gerichte mittels prozessleitender Verfügungen keine zuerkannten Rechte in Frage stellen. Die Klägerinnen scheinen damit behaupten zu wollen, das Abstellen auf ein Gerichtsgutachten sei ein zuerkanntes Recht. Diese Behauptung sei falsch. Nach Art. 152 Abs. 1 ZPO habe jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnehme. Richtigerweise müsse

hier vom Recht auf Beweisabnahme gesprochen werden. Zudem herrsche der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, wonach das Gericht nach Abnahme der erforderlichen Beweise ohne Bindung an bestimmte formelle Beweisregeln nach pflichtgemäss ausgeübtem Ermessen und nach seiner frei gebildeten Überzeugung darüber befinden sollte, ob der Beweis für eine bestimmte Tatsache erbracht worden sei oder nicht. Entgegen der Ansicht der Klägerinnen gebe es keine formelle Beweisregel, die dem Gericht vorgebe, dass es den Beweis eines Gerichtsgutachtens mehr zu gewichten habe als Zeugen- oder Parteiaussagen. Vielmehr unterliege auch ein Gerichtsgutachten der freien Beweiswürdigung. Das Gericht sei daher an das Ergebnis des Gutachtens grundsätzlich nicht gebunden. In der Urteilsbegründung müsse es allerdings triftige Gründe angeben, weshalb es in tatsächlicher Hinsicht zu einem anderen Ergebnis komme als der Sachverständige. Diese triftigen Gründe habe die Erstinstanz in ihrem Urteil über mehrere Dutzend Seiten anhand konkreter Beispiele dargelegt. Somit habe sie genügend begründet, weshalb sie im vorliegenden Fall vom Gerichtsgutachten abgesehen habe. Eine unrichtige Rechtsanwendung liege demnach nicht vor.

Anders als die Klägerinnen behaupten würden, sei die Erstinstanz in Rz. 345 des Urteils zum Schluss gekommen, dass die von den Beklagten vorgebrachten Kapazitätsberechnungen aus den Beweisunterlagen in der Akte nachvollziehbar seien. Und sollte dies nicht der Fall sein, so sei es den Klägerinnen eben nicht gelungen zu beweisen, dass diese Kapazitätsberechnungen tatsächlich falsch seien oder deren Produktion für die Klägerinnen unmöglich gewesen sei. Die Klägerinnen würden die Vermutung aufstellen, dass der Erstinstanz die dazu notwendige Sachkunde fehle, worin die Klägerinnen erneut die Notwendigkeit eines Gutachtens bestätigt sehen würden. Nach Meinung der Beklagten sei es allerdings nicht die Aufgabe der Erstinstanz, diese Mengen festzustellen. Vielmehr habe sie festgehalten, dass den Klägerinnen der Beweis nicht gelungen sei, dass die im CMA vereinbarten Produktmengen unmöglich zu produzieren gewesen seien. Zudem habe die Erstinstanz festgehalten, aufgrund der Beweisbeilagen habe bekannt gewesen sein müssen, um welche Anlage es sich gehandelt habe, wieviel gemäss dem CMA zu produzieren gewesen sei und wie viele Tage dafür benötigt werden würden. Damit stelle die Erstinstanz zu Recht fest, dass es möglich gewesen sei, die CMA-Mengen zu produzieren. Soweit die Erstinstanz der Ansicht sei, dass zur Unmöglichkeitfrage ein nicht mangelhaftes Gutachten hätte erstellt werden können, so bedeute dies noch lange nicht, dass die Erstinstanz ein weiteres Gutachten in Auftrag geben müsse. Sodann sei unzutreffend, dass die Erstinstanz behauptet habe, über die notwendige Sachkunde zu verfügen, um die tatsächlich herstellbaren Mengen selber beurteilen zu können. Vielmehr habe die Erstinstanz festgehalten, dass dem Gericht nach Anhörung der Zeugen und Parteien nachvollziehbar aufgezeigt worden sei, «dass auf der Grundlage der Beilagen bekannt gewesen sein muss, um welche Anlage es sich gehandelt hat, wie viel in dieser zu welchem Zeitpunkt produziert worden ist, wie viel gemäss CMA zu produzieren war (...)» (Rz. 328 Urteil). Die Erstinstanz habe also mit Hilfe der Zeugen und Parteiaussagen nachvollziehen können, welche Kapazität das Werk in Z.____ gehabt habe und wieviel während dem CMA hätte produziert werden können.

Entgegen den falschen Behauptungen der Klägerinnen verneine die Erstinstanz in Rz. 349 des Urteils in keiner Weise die Tatsache, dass sich die Erbringung einer Leistung nach objektiven Gesichtspunkten beurteile. Die Erstinstanz stelle hier vielmehr einzig fest, dass es die Verantwortung der Klägerinnen gewesen sei, sich vor Unterzeichnung des CMA mit den CMA-Mengen

auseinanderzusetzen, um zu beurteilen und entscheiden, ob sie die von ihr gemäss dem CMA geforderte vertragliche Leistung hätten erfüllen können. Schliesslich erscheine es seltsam, dass ein (zukünftiger) Betreiber eines Werkes nicht die nötigen Fachkenntnisse habe, um die grundlegenden Kapazitätsrechnungen durchzuführen bzw. zumindest nachzuvollziehen. Anders als die Klägerinnen behaupten würden, habe die Erstinstanz in Rzn. 350 und 351 des Urteils festgehalten, dass die Herstellung von API einer genauen Planung unter Berücksichtigung aller Gegebenheiten bedürfe, woraus sich ergebe, dass es den Klägerinnen eben nicht gelungen sei darzulegen, wie sich die Produktionskapazität für die spezifische Vertragslaufzeit des CMA unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände ausgestaltet habe. Die erstinstanzlichen Schlussfolgerungen seien korrekt und begründet. Schliesslich würden die Klägerinnen der Erstinstanz zu Unrecht Willkür vorwerfen, weil sie zum Schluss gekommen sei, dass sie die Klage auch dann abgewiesen hätte, wenn sie das Gutachten nicht in Auftrag gegeben hätte. Diese Aussage ist in keiner Weise willkürlich. Die Erstinstanz habe lediglich erklärt, dass den Klägerinnen der Beweis der Unmöglichkeit nicht gelungen sei, da weder ihre Parteiaussagen noch die Urkunden in den Akten die behauptete Unmöglichkeit hätten begründen können. Das Gutachten habe an dieser Tatsache nichts geändert, weil es zur Frage der behaupteten Unmöglichkeit ebenfalls nicht als Beweis habe dienen können. Die Schlussfolgerung der Erstinstanz, wonach den Klägerinnen der Beweis der Unmöglichkeit eben nicht gelungen sei, sei damit korrekt.

4.9.4 Es ist bereits geprüft und erwogen worden, dass es prozessual zulässig und richtig war, wenn die Erstinstanz im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO zum Schluss kam, dass es nach Feststellung der teilweisen Mangelhaftigkeit des Gutachtens vom 27. Mai 2019 und nach Befragung der Zeugen und Parteien nicht erforderlich war, eine weitere Ergänzung oder Erläuterung des Gutachtens oder gar ein Obergutachten anzuordnen, zumal die – für die Erstinstanz – unklar oder unvollständig gebliebenen Gutachterfragen zur Unmöglichkeit im Rahmen der Zeugen- und Parteibefragungen geklärt werden konnten (vgl. vorstehende Erwägungen 4.6.2 und 4.6.4). Nach Ansicht der Dreierkammer der Abteilung Zivilrecht trifft es zum einen nicht zu, dass das Gutachten keinen Mehrwert gebracht hat, zumal einzig die Kapitel 2 und 3 des Gutachtens von der Erstinstanz als mangelhaft angesehen wurden. Die Mängel im Gutachten konnten wie erwähnt mit den durchgeführten Zeugen- und Parteibefragungen behoben werden, womit die Erstinstanz über die Frage der behaupteten Unmöglichkeit entscheiden konnte, ohne weitere Beweismassnahmen zu erheben. Mit anderen Worten stand für die Erstinstanz gestützt auf das Gutachten vom 27. Mai 2019 und nach Auswertung der Zeugen- und Parteiaussagen fest, dass der Beweis der behaupteten Unmöglichkeit nicht erbracht war sowie die Erstinstanz auch bei Zulassung einer weiteren Ergänzung und Erläuterung des Gutachtens vom 27. Mai 2019 oder Anordnung eines Obergutachtens nicht zu einer anderen Beweiswürdigung gekommen wäre. Im Übrigen ist hierzu nochmals auf den Verzicht der Parteien auf Ergänzung und Erläuterung des Gutachtens ohne Rückkommen darauf durch eine der Parteien zu verweisen.

Mit Verfügung vom 30. September 2014 wurde eine gerichtliche Expertise zur Frage der Unmöglichkeit, der Produktionskapazität des Z.____ Werks, der effizienten Produktionsplanung sowie zum Inventarbestand per 1. April 2011 angeordnet. Dadurch kam die Erstinstanz einem Beweisantrag und dem Beweisrecht der Klägerinnen nach. Welche weiteren Rechte die Erstinstanz den Klägerinnen zuerkennen soll, wird nicht weiter erklärt. Selbstverständlich hat die

Erstinstanz mit Anordnung der Expertise den Klägerinnen nicht zugesichert, Beweismassnahmen zu erheben, bis die behauptete Unmöglichkeit erwiesen sei. Den Ausführungen der Klägerinnen zu behaupteten Zusicherungen durch die Erstinstanz bzw. zur Abänderbarkeit solch behaupteter Zusicherungen aus Gründen der Rechtssicherheit kann nicht gefolgt werden. Entgegen den Behauptungen der Klägerinnen ist sodann die gerügte Rz. 345 im angefochtenen Urteil nicht so zu verstehen, dass sich die Erstinstanz die notwendige Sachkunde angeeignet haben soll, um die Frage zu beantworten, welche Produktionsmengen im Werk in Z.____ tatsächlich möglich gewesen wären. Sondern die Erstinstanz weist in Rzn. 345 bis 349 des Urteils darauf hin, dass im Rahmen der Vertragsverhandlungen und der «Due Diligence» Kapazitätsberechnungen durchgeführt wurden bzw. zumindest hätten durchgeführt werden können bzw. müssen, weshalb allfällige Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien zu den Produktionskapazitäten im Z.____ Werk bereits vor Abschluss des CMA hätten zum Vorschein kommen können bzw. müssen. Sind solche Kapazitätsberechnungen erstellt und eingereicht worden, so müssten diese Berechnungen nach Ansicht der Erstinstanz gestützt auf die vorliegenden Unterlagen auch erklärt und begründet werden können. Es liegt an den klagenden Klägerinnen, den Nachweis zu erbringen, dass sie hinsichtlich der Zuweniglieferungen kein Verschulden trifft. Dieser Nachweis ist hier nicht erbracht worden, da die Klägerinnen weder eine anfängliche noch eine nachträgliche Unmöglichkeit hinreichend – nach dem Wortlaut der Erstinstanz mit stichhaltigen Beweismitteln – dargelegt haben. Die Anforderungen an die Substantiierung wurden von der Erstinstanz keineswegs überspitzt angewendet. Zudem ist hinsichtlich der (unzutreffenden) klägerischen Behauptung, dass die tatsächliche Kapazität des Werks nicht Vertragsbestandteil des CMA war und sich die Klägerinnen einzig zum Weiterbetrieb des Werks verpflichtet hatten, auf die vorstehende Erwägung 2.6 Absatz 3 zu verweisen, aus welcher sich zum einen ergibt, dass der Kaufvertrag betreffend das Werk in Z.____ (APA) die Voraussetzung dafür bildete, dass überhaupt das CMA abgeschlossen werden konnte. Zum anderen war die tatsächliche Kapazität des Werks in Z.____ offensichtlich vertragswesentlich und wurde ausgiebig von den Vertragsparteien besprochen. Sollten die Kapazitätsberechnungen für die Klägerinnen tatsächlich irrelevant gewesen sein, erscheinen die aktenkundigen Gespräche zur Kapazität zwischen den Parteien sowie die durchgeführten Kapazitätsberechnungen sinnwidrig. Zudem wäre nicht nachvollziehbar, weshalb die Parteien im Anhang 5.1.1 CMA Bestellmengen aufführten, ohne sich mit diesen vertieft auseinandergesetzt zu haben, respektive ohne geprüft zu haben, ob diese Mengen überhaupt realisierbar waren.

Den Akten sowie den Partei- und Zeugenbefragungsprotokollen ist nicht nur zu entnehmen, dass im Rahmen der Vertragsverhandlung die Werkskapazitäten miteinander besprochen wurden, sondern auch, dass die im CMA vereinbarten Mengen in der Vergangenheit auch tatsächlich hergestellt wurden. Soweit die Klägerinnen sich mit Unterzeichnung des CMA dazu verpflichteten, die im CMA prognostizierten und anschliessend auch bestellten Produktmengen herzustellen, ohne – wie sie behaupten – die Kapazitäten des Werks genau überprüft zu haben, so haben sie für die nachteiligen Folgen einzustehen, wenn die Bestellmengen mangels angeblicher Kapazitäten nicht hergestellt und geliefert werden können. Selbst wenn es sich bei den im Anhang 5.1.1 CMA aufgeführten Mengen «nur» um erwartete Bestellmengen handeln würde, so hätten sie sich mit dem CMA ebenso verpflichtet, diese erwarteten Bestellmengen herzustellen und zu liefern, andernfalls eine Kürzung der AGP gemäss Ziff. 5.1.3 CMA gedroht hätte. Um

nicht vertragsbrüchig zu werden, hätten die Klägerinnen bezüglich der vereinbarten bzw. (ihrer Meinung nach) erwarteten Bestellmengen gemäss Anhang 5.1.1 CMA einen Vorbehalt oder anderen analogen Schutz anbringen müssen.

Die Klägerinnen interpretieren die Rzn. 345 bis 348 des Urteils falsch und einseitig zu ihren Gunsten. Das Gutachten vom 27. Mai 2019 ist eben gerade kein stichhaltiger Beweis für die Unmöglichkeit der Klägerinnen, die bestellten Produktmengen im Werk in Z.____ während des CMA herstellen und liefern zu können. Zudem legen die Klägerinnen im Rechtsmittelverfahren nicht dar, weshalb die Schlussfolgerung der Erstinstanz unrichtig sein soll, dass die Klägerinnen mit ihren (von der Gegenseite bestrittenen) Sachverhaltsvorträgen in den Rechtsschriften und mit den darin offerierten Beweismitteln bzw. eingereichten Unterlagen den rechtsgenügenden Beweis der Unmöglichkeit nicht erbracht haben.

Das Ergebnis der Erstinstanz, wonach es den Klägerinnen weder mit dem Gutachten noch mit den Rechtsschriften und den mit diesen eingereichten Urkunden bzw. darin beantragten Beweismitteln (wie Zeugen- und Parteibefragungen) gelungen sei, die von ihnen behauptete Unmöglichkeit nachzuweisen, ist nicht zu beanstanden. Die Zuweniglieferung der bestellten Produktmengen stellen daher mangels Exkulpationsnachweises eine unentschuldigte Vertragsverletzung dar, welche die Beklagten gestützt auf Ziff. 5.1.3 CMA zur AGP-Kürzung berechtigt. Eine anfänglich objektive Unmöglichkeit in dem Sinne, dass von Anfang an klar gewesen sein sollte, dass die prognostizierten Bestellmengen mangels Kapazität des Z.____ Werks gar nicht hätten produziert werden können, ist von den Klägerinnen nicht nachgewiesen worden. Selbst wenn eine tatsächlich anfängliche subjektive Unmöglichkeit der Klägerinnen nachgewiesen wäre, so treffen die Ausführungen der Beklagten zu, dass in einem solchen Fall ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis im Sinne von Art. 119 OR entstehen würde, bei welchem die Klägerinnen von ihrer Pflicht zur tatsächlich nicht herstell- und lieferbaren Produktmenge befreit wären, im Gegenzug aber die Beklagte 3 ihrerseits von der entsprechenden AGP-Zahlung als Gegenleistungspflicht entbunden wäre. Selbst bei Vorliegen einer nachträglichen subjektiven Unmöglichkeit, bei welcher den Klägerinnen der Exkulpationsbeweis gelingen würde, würden die Rückabwicklungsregeln von Art. 119 OR zur Anwendung gelangen, womit auch in diesem Fall die Beklagten eine verhältnismässige AGP-Kürzung für nicht erhaltenen Produktmengen vornehmen dürften.

Den Klägerinnen gelingt es nicht darzulegen, dass das Werk in Z.____ im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht die Produktionskapazität ausgewiesen habe, welche für die Herstellung der im CMA festgehaltenen Mengen notwendig war. Weder mit dem Gutachten oder den Zeugen- und Parteibefragungen noch im Rahmen des Schriftenwechsels im erstinstanzlichen Verfahren konnte der Nachweis erbracht werden, dass die Klägerinnen während der gesamten CMA-Laufzeit die Produktionskapazität des Werks in Z.____ ausschöpften, um die prognostizierten und dann auch bestellten Produktmengen herstellen zu können. Auch konnten die Klägerinnen die behauptete nachträgliche Unmöglichkeit nicht hinreichend substantiieren, da der Beweis nicht erbracht werden konnte, dass während der Vertragslaufzeit keine höhere Produktionskapazität möglich war. Eine Exkulpation der Klägerinnen gemäss Art. 97 Abs. 1 OR in dem Sinne, dass die unstreitige Zuweniglieferung der bestellten Produktmengen von den Klägerinnen nicht verschuldet wurde, ist misslungen. Hinsichtlich der Bedeutung der «Due Diligence»

und der Prüfung bzw. Vorhersehbarkeit der Produktionskapazität des Werks in Z.____ wird in der nachfolgenden Erwägung 4.11 eingegangen. Die Klägerinnen bleiben daher für die Zuweglieferung der bestellten Produktmengen verantwortlich und müssen die entsprechenden Auswirkungen der verschuldeten Vertragsverletzung, welche zu einem kausalen Vermögensschaden geführt hat, tragen.

4.10 Betrieb des Werks, Reinigungsvorgänge und Sicherheitsmängel

4.10.1 In Rzn. 355 ff. des Urteils setzt sich die Erstinstanz mit verschiedenen Aspekten auseinander, welche Einfluss auf die Produktionsmenge hatten bzw. hätten haben können, so die Reinigungsvalidierungen, die von den Klägerinnen behaupteten Lücken im Bereich der Sicherheit und Wartung sowie von den Beklagten vorgebrachten Organisationsmängel bei der Produktion der API während des CMA. Nach einer Darstellung der Parteistandpunkte und der Ausführungen im Gutachten zu diesen Themen erläutert die Erstinstanz in Rzn. 377 bis 385 des Urteils ihre Schlussfolgerungen:

377 Im Ergebnis werden die Ausführungen der Klägerinnen hinsichtlich der Reinigungsvalidierungen und der Lücken im Bereich der Sicherheit und Wartung in der Klageantwort vollumfänglich und substantiiert bestritten; mehr noch, die Beklagten bringen in der Klageantwort weitere Argumente vor, welche die Organisation der Klägerinnen im Werk in Z.____ während der Laufzeit des CMA in ein schlechtes Licht rücken. So erscheint die Produktionsplanung von etlichen Organisationsfehlern begleitet gewesen zu sein, die entweder die Klägerinnen selbst verschuldet haben (wie beispielsweise die vorgezogene Reinigungsvalidierung vor Ende der Vertragslaufzeit oder die teilweise fehlende Koordination von Arbeiten im Werk, auch wenn dies im Ergebnis zur Konsequenz gehabt hätte, kurzfristig den Personalbestand anzupassen, vgl. zur Erhöhung des Personalbestandes und den damit einhergehenden höheren Kosten auch Parteiprotokoll L.____, S. 8) bzw. diese zumindest dafür einstehen müssen, da sie für das Funktionieren des Werkes ab Beginn der Vertragslaufzeit geradezustehen hatten.

378 Diese Zweifel an einer effizienten Führung des Z.____ Werkes vermochten die Klägerinnen nach Ansicht des Gerichts auch mit ihrer Replik nicht zu entkräften. Es erscheint der Eindruck, die Klägerinnen verlangen mit ihrem Vorgehen von den Beklagten, dass letztere die Unmöglichkeit selber nachweisen; dieser Beweis ist aber – wie an verschiedener Stelle erwähnt – von den Klägerinnen selber zu erbringen, weil sie schlussendlich für sich etwas aus der Tatsache ableiten wollen, die Produktion der besagten, vertraglich vereinbarten Mengen sei unmöglich gewesen. Dieser Beweis ist den Klägerinnen nach Ansicht des Gerichts weder im Schriftenwechsel gelungen – auch vor dem Hintergrund der in dieser Hinsicht aufschlussreichen Partei- und Zeugenbefragung (Rz. 261 ff.) – noch waren sie in der Lage, während der Hauptverhandlung am 12. August 2020 ihre Schriftstücke dem Gericht dahingehend zu erläutern, dass sich daran etwas geändert hätte. Auch im Gutachten wird von einer zumindest teilweise fehlenden Effizienz der Führung des Z.____ Werkes gesprochen.

- 379 *Im Hinblick auf die Sicherheitsmängel hat sodann die Gewährleistung – wie dies die Beklagten in ihrer Klageantwort vorbringen (Klageantwort und Widerklage, Rz. 236 mit Verweis auf Rz. 60 ff.) – sehr wohl etwas mit der Frage zu tun, inwiefern die Beklagten auf die Lieferung der im CMA festgelegten Mengen an API pochen durften. Mit Unterzeichnung des APA waren sich nämlich die Klägerinnen bewusst, bzw. hätten sich bewusst sein müssen, dass sie ein Werk übernehmen, mit welchem angesichts des jahrelangen Betriebs zur Herstellung von API ein Risiko bezüglich Sicherheit und Wartung einhergehen könnte, was im Gutachten ebenfalls bestätigt worden ist. Dieses Risiko ist von den Klägerinnen während den Vertragsverhandlungen berücksichtigt worden bzw. das Gericht muss davon ausgehen, dass sich die Klägerinnen zumindest hätten in dieser Hinsicht absichern müssen (vgl. hier auch zur «Due Diligence, unten, Rz. 388 ff.).*
- 380 *In der Tat – und wie im Werk in Z.____ zu beobachten war – können solche Risiken bezüglich Sicherheit und Wartung die Produktionskapazität kurzfristig beeinflussen (bzw. manchmal ist das Zufall oder «Pech», vgl. Parteiprotokoll N.____, S. 2, Parteiprotokoll N.____, S. 6), was aber nicht ein Risiko ist, dem nur die Klägerinnen in ihrer spezifischen Situation ausgesetzt waren. Es ist davon auszugehen, dass diesem Risiko auch alle anderen potenziellen Käuferinnen und Käufer ausgesetzt gewesen wären, selbst unabhängig davon, ob es sich nun tatsächlich um das Werk in Z.____ handelte (ausserdem ist zumindest ein Teil dieser Risiken bereits bekannt gewesen, vgl. Parteiprotokoll N.____, S. 4). Aus dieser Perspektive ist auch die Frage aufzuwerfen, inwiefern eine Übernahme eines Chemiewerkes für einen Zeitraum von 21 Monaten tatsächlich ein so gutes Geschäftskonzept darstellt, wie dies die Beklagten ausführen, können doch im Endeffekt die (Produktions-)Risiken nur auf diesen beschränkten Zeitraum verteilt werden. Selbst aus dieser Tatsache können aber die Klägerinnen nach Ansicht des Gerichts nichts zu ihren Gunsten ableiten.*
- 381 *Auffällig ist sodann nach Ansicht des Gerichts, dass die Klägerinnen keine sogenannten «CAPA»-Berichte eingereicht haben, obwohl von diesen während den Zeugen- und Parteibefragungen mehrfach die Rede gewesen ist (Zeugenprotokoll K.____, S. 5, Parteiprotokoll N.____, S. 5, 16). «CAPA» bedeutet «corrective and preventive action». Es handelt sich stark zusammengefasst um ein standardisiertes Vorgehen in der Pharmabranche, relevante Fehler bei der Produktion und – wenn notwendig – eine Anpassung der Prozesse, festzuhalten und damit dokumentiert den Produktionsprozess fortlaufend – insbesondere im Hinblick auf die Sicherheit der Produkte – zu verbessern. Weil keine solchen Berichte vorliegen, müssen grundsätzlich sämtliche Ausfälle (Stillstände, Versagen technischer Anlagen, Fehlchargen etc.) als gar nicht belegt gelten. Mit solchen Berichten hätten nach Ansicht des Gerichts tatsächliche Probleme – wenn sie denn vorgelegen haben – im Prozess einfach dokumentiert werden können und es wäre nachvollziehbar(er) gewesen, wieso die fraglichen Probleme im verkauften Werk stattgefunden haben (bspw., welche Mengen zu welchem Zeitpunkt aus welchem Grund nicht produziert worden sind) und wer tatsächlich dafür verantwortlich gewesen ist.*
- 382 *Dass solche Berichte vorliegen müssen, ist dem Gericht während der Zeugen- und Parteibefragung berichtet worden. Es wäre nach Ansicht des Gerichts zwar möglich, dass*

eine Störung, die in einer Viertelstunde zu beheben ist, keinen Einfluss auf die Produktion gehabt haben dürfte. Störungen, die tatsächlich einen Einfluss auf die Produktion gehabt haben sollen, sind nach Ansicht des Gerichts somit grundsätzlich nur behauptet worden, obwohl anscheinend der Nachweis derselben durch «CAPA»-Berichte hätten erbracht werden können bzw. müssen.

- 383 *Mit den Vorbringen der Klägerinnen bleibt ihr Eventualvortrag, die gemäss CMA vereinbarten Mengen zu produzieren sei unmöglich gewesen, im Hinblick auf den Betrieb des Werkes, der Reinigungsvorgänge, Sicherheits- und Organisationsmängel oberflächlich und werden durch das Gutachten nicht untermauert. Das Gericht muss in der Folge – wie bereits erwähnt – auch aus diesem Grund davon ausgehen, dass die Klägerinnen die Zuweniglieferungen bzw. das Risiko, die vereinbarten Mengen zu produzieren, im Ergebnis selber zu verantworten haben.*
- 384 *Das einzige, was nach Abschluss des CMA tatsächlich geändert worden ist, war eine zusätzliche Reinigungsvalidierung, angeordnet von einer staatlichen Behörde nach einer erneuten Überprüfung. Abgesehen davon, dass zumindest von der Möglichkeit auszugehen ist, dass diese Reinigungsvalidierung mit dem vorgesehenen «Puffer» an Produktionstagen aufgefangen hätte werden können, ist nach Ansicht des Gerichts nicht nur aus dem Schriftenwechsel – auf Seiten der Beklagten (Klageantwort, Rz. 234) – sondern auch aus der Partei- und Zeugenbefragung hervorgegangen, dass eine Reinigungsvalidierung grundsätzlich gleichzeitig zur Produktion von Endprodukten stattfindet und gemäss Gutachten nur eine gewisse – aber eben nicht überragende – Produktionseinbusse zur Folge hat.*
- 385 *Vor dem Hintergrund des bisher Gesagten, aber auch dem ganzen Abschnitt über die vertraglichen Voraussetzungen, die AGP zu kürzen (Rz. 104 ff.), schwingt im Ergebnis eine grundlegende Frage bereits immer mit. Es geht im Ergebnis darum, festzustellen, unter welchen Umständen sich die Klägerinnen dazu entschieden haben, die im CMA vereinbarten Mengen zu produzieren, und wie sie sich – wie sie implizit wiedergeben – mit den bestehenden oder nicht bestehenden (Produktions-)Möglichkeiten des Werkes in Z.____ vor Vertragsabschluss auseinandergesetzt haben.*

4.10.2 Die Klägerinnen bringen vor, für die Beurteilung der Frage, ob eine verschuldete Unmöglichkeit vorgelegen habe, sei nicht auf das Verhalten der Klägerin 1 abzustellen. Massgebend sei einzig, ob die Klägerin 2 sich etwas zu Schulden habe kommen lassen. Ein allfälliges Verschulden der Klägerin 1 könne nicht der Klägerin 2 zugerechnet werden. Die Aussagen der Erstinstanz in Rzn. 377 und 378 des Urteils würden auf einer unrichtigen Sachverhaltsfeststellung beruhen. Es gebe keine belastbaren Sachverhaltsfeststellungen zu diesen angeblichen Organisationsfehlern. Die Erstinstanz bezeichne es als Organisationsfehler, dass die Klägerin 1 den Personalbestand nicht erhöht habe. Gemäss CMA sei die Klägerin 1 aber nicht zu einer solchen Massnahme verpflichtet gewesen. Unrichtig sind des Weiteren die Feststellungen zur Beweislastverteilung. Die Klägerinnen hätten substantiiert dargelegt und bewiesen, dass sie das Werk wie zuvor weiterbetrieben hätten, was auch N.____ so bestätigt habe (N.____, Fra-

gen 6, 7 und 20). Die Beklagten würden dies mit dem Einwand angeblicher Organisationsfehler bestreiten. Die Beweislast für diesen Einwand obliege damit offensichtlich den Beklagten. In Rz. 379 des Urteils stelle die Erstinstanz fest, dass sich die Klägerinnen mit Unterzeichnung des Asset Purchase Agreement (APA) hätten bewusst sein müssen, dass Risiken bei der Sicherheit und Wartung bestehen könnten und dass sich die Klägerinnen dagegen hätten absichern müssen. Auch diese Feststellungen der Erstinstanz seien unrichtig, denn nur die Klägerin 1 sei Vertragspartei des APA gewesen. Die Klägerin 2 hat [recte: habe] das APA nicht unterzeichnet und jene [Beklagten-Konzern]-Gesellschaft, welche den APA unterzeichnet hätte, sei zwischenzeitlich liquidiert. Zweitens hätten die Risiken im Zusammenhang mit der Sicherheit und Wartung bei Abschluss des CMA nur beschränkt eine Rolle gespielt, weil sich die Klägerinnen nicht zur Produktion bzw. Lieferung bestimmter Mengen verpflichtet hätten. Drittens hätten sich die Klägerinnen mit den AGP abgesichert, welche unabhängig von der Bestell- und Liefermenge zu bezahlen gewesen seien. Sodann stelle die Erstinstanz in Rz. 380 des Urteils fest, das Risiko bezüglich Sicherheit und Wartung sei nicht ein Risiko, dem nur die Klägerinnen in ihrer spezifischen Situation ausgesetzt gewesen seien. Dies bedeute zum einen, dass sich die aus diesen Risiken ergebende Unmöglichkeit, die bestellten Produktmengen herzustellen, eine objektive gewesen sei. Zum anderen verneine die Erstinstanz implizit ein Verschulden seitens der Klägerinnen.

Hingegen sei nach Meinung der Klägerinnen die von der Erstinstanz in Rz. 380 des Urteils gemachte Feststellung unrichtig, «inwiefern eine Übernahme eines Chemiewerkes für einen Zeitraum von 21 Monaten tatsächlich ein so gutes Geschäftskonzept darstellt, wie dies die Beklagten ausführen, können doch im Endeffekt die (Produktions-)Risiken nur auf diesen beschränkten Zeitraum verteilt werden». Denn die Klägerin 1 habe das Werk in Z.____ gekauft und nicht nur für 21 Monate übernommen. Ferner sei das Geschäftskonzept genau so gut gewesen, wie es die Klägerinnen dargestellt hätten, weil sich die Beklagten zur Finanzierung der Betriebskosten des Werks während 21 Monaten verpflichtet hätten. Im Gegenzug habe sich die Klägerin 1 verpflichtet, das Werk während 21 Monaten zu betreiben, und zwar ohne die Verpflichtung, bestimmte Produktmengen herzustellen. In Rz. 381 des Urteils schliesse die Erstinstanz aus dem Umstand, dass die Klägerinnen keine CAPA-Berichte eingereicht hätten: «Weil keine solchen Berichte vorliegen, müssen grundsätzlich sämtliche Ausfälle (Stillstände, Versagen technischer Anlagen, Fehlchargen etc.) als gar nicht belegt gelten». Der Nachweis von Problemen bei der Produktion wäre also nach Ansicht der Erstinstanz ausschliesslich mit solchen CAPA-Berichten möglich. Dies sei eine Verletzung des Verbots der Beweismittelbeschränkung. Entgegen den Ausführungen in Rz. 383 des Urteils hätten die Klägerinnen ihre Vorbringen im Hinblick auf den Betrieb des Werks, der Reinigungsvorgänge und der Sicherheits- und Organisationsmängel genügend substantiiert. Die Erstinstanz habe diese Punkte letztlich bloss mit dem Hinweis auf die fehlenden CAPA-Berichte verworfen, was nicht zulässig sei. Stossend sei überdies, dass die Erstinstanz das Gutachten, auf das sie sonst wegen angeblicher Mangelhaftigkeit nicht abstelle, hier gegen die Klägerinnen verwenden wolle. Dies sei ein weiterer Ausdruck von Willkür. In Rz. 384 des Urteils anerkenne die Erstinstanz zu Recht, dass eine zusätzliche Reinigungsvalidierung angeordnet worden sei. Allerdings verneine sie dann die Relevanz mit dem Hinweis auf eine einzige Behauptung der Beklagten und einen unspezifischen Hinweis auf die Partei-

und Zeugenbefragung. Die Feststellung der Erstinstanz sei unrichtig und verletze in dieser Form das Recht auf Begründung.

Die Erstinstanz schliesse ihre Feststellungen zu den Problemen bei der Produktion damit, dass in Bezug auf die Kürzung der AGP im Ergebnis eine grundlegende Frage bereits immer mit-schwinge: «Es geht im Ergebnis darum, festzustellen, unter welchen Umständen sich die Klägerinnen dazu entschieden haben, die im CMA vereinbarten Mengen zu produzieren, und wie sie sich – wie sie implizit wiedergeben – mit den bestehenden oder nicht bestehenden (Produktions-)Möglichkeiten des Werkes in Z.____ vor Vertragsabschluss auseinandergesetzt haben» (Rz. 385 des Urteils). Die Erstinstanz verkenne hierbei, dass dieser Aspekt der Vorhersehbarkeit lediglich die Frage des Verschuldens im Zusammenhang mit der anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit betreffe. Selbst wenn ein solches Verschulden aber gegeben wäre, wäre die Rechtsfolge «bloss» ein Schadenersatzanspruch der Beklagten. Diese wären nicht berechtigt gewesen, die AGP zu kürzen und ohnehin würden die detaillierten Kenntnisse der Beklagten betreffend das Werk in Z.____ ein Übernahmeverschulden ausschliessen.

4.10.3 Demgegenüber halten die Beklagten an ihren Ausführungen fest, dass das Verschulden der Klägerin 1 der Klägerin 2 zuzurechnen sei. Die Erstinstanz sei im Urteil zum Schluss gekommen, die Produktionsplanung durch die Klägerinnen erscheine von etlichen Organisationsfehlern begleitet gewesen zu sein, die entweder die Klägerinnen selbst verschuldet hätten oder für welche sie geradzustehen hätten. Die Erstinstanz nenne als Beispiel die Entlassung fast der ganzen Belegschaft des Werks in Z.____ und damit verbundene vorgezogene Reinigungsvalidierung vor Ende der Vertragslaufzeit des CMA sowie die fehlende Koordination von Arbeiten im Werk. Die Klägerinnen würden diese Feststellungen im Urteil als nicht rechtsgenügend erachten und behaupten, es gäbe zu den angeblichen Organisationsfehlern keine belastbaren Sachverhaltsfeststellungen. Des Weiteren sei die Feststellung der Erstinstanz betreffend die Beweislastverteilung unrichtig. Dazu sei festzuhalten, dass die Unmöglichkeit vorliegend von den Klägerinnen behauptet worden sei. Die Beklagten hätten im Sinne einer Gegendarstellung Organisationsmängel bzw. Managementfehler auf Seiten der Klägerinnen geltend gemacht und hierzu auch Urkunden und Zeugenbeweise vorgelegt, welche die klägerische Behauptung der Unmöglichkeit erschüttert hätten. Die Erstinstanz habe in diesem Sinne die Verteilung der Beweislast in keiner Weise unrichtig festgestellt. Sie habe hierfür die jeweiligen Behauptungen der Parteien und die Vorbringen hierzu in den Rechtsschriften und die relevanten Urkunden geprüft und insbesondere festgestellt, dass die klägerischen Behauptungen von den Beklagten substantiiert bestritten worden seien (Rz. 377 Urteil). Die Erstinstanz habe auch auf Aussagen im Gutachten verwiesen (Rz. 375 Urteil). Die Erstinstanz habe somit rechtsgenügend begründet, weshalb sie den Hauptbeweis der Unmöglichkeit durch die Klägerinnen als nicht erbracht erachtet habe.

Die von den Klägerinnen gemachten Ausführungen zum Zeitpunkt der Beweisabnahme, zum Abschluss des CMA und zur Frage, welche Partei Unterzeichner gewesen sei und wer von den Risiken gewusst habe, sofern man in dem Zeitpunkt überhaupt etwas habe wissen können, seien allesamt irrelevant und würden bestritten. Es bleibe dabei, dass es den Klägerinnen nicht gelungen sei, die von ihnen behauptete Unmöglichkeit zu beweisen. Die Erstinstanz habe festgestellt, dass die Stilllegungen oder Produktionsunterbrüche, welche gemäss den klägerischen

Behauptungen auf technische Probleme im Werk beruht hätten, unbelegt seien, weil keine CAPA-Berichte eingereicht worden seien, die sie belegterweise hätten. Die Erstinstanz habe mit keinem Wort gesagt, der Nachweis sei ausschliesslich mit CAPA-Berichten möglich gewesen, sondern sie habe festgestellt, dass beide Parteien erklärt hätten, dass diese Berichte existieren würden und in der Frage relevant seien. Der klägerische Vorwurf einer Verletzung des Verbots der Beweismittelbeschränkung sei absurd. Den Klägerinnen sei es schlicht nicht gelungen zu beweisen, was die Ursache der Stilllegungen gewesen sei und dass diese Stilllegungen auf Probleme und entsprechenden Wartungen am Z._____ Werk zurückzuführen gewesen seien. Auch willkürliches Handeln der Erstinstanz sei nirgends zu sehen, im Gegenteil: Die Erstinstanz habe ausführlich dargelegt, dass die Ausführungen im Gutachten insbesondere zur Thematik der Unmöglichkeit mangelhaft gewesen seien und insbesondere das Kapitel 3 («Die Praxis des CMA») im Gutachten nicht beweistauglich sei. Schliesslich würden die Klägerinnen der Erstinstanz vorwerfen, diese habe zwar eine zusätzliche Reinigungsvalidierung anerkannt, jedoch auch unbegründet festgehalten, dass diese Reinigungsvalidierung gleichzeitig zur Produktion stattgefunden habe und folglich keine überragende Produktionseinbusse zur Folge gehabt habe. Dieser klägerische Vorwurf sei verfehlt, da die Erstinstanz in Rz. 373 des Urteils im Detail aufgezeigt habe, was das Gutachten über die Reinigungsvalidierung ausgesagt habe und wie sie zum Schluss gekommen sei, dass die Reinigungsvalidierung keine grosse Auswirkung auf die Produktion gehabt habe. Der Vorwurf der Klägerinnen sei daher unbegründet und nicht zu hören.

4.10.4 In den vorstehenden Erwägungen zur Vertragsauslegung des CMA ist bereits einlässlich begründet worden, weshalb der Klägerin 2, welche für die Lieferungen der API an die Beklagten zuständig war, ein allfälliges Fehlverhalten der Klägerin 1 hinsichtlich der Rohmaterialbeschaffung und Herstellung der bestellten Produktmengen zuzurechnen ist. Auf Wiederholungen kann unter Verweisung auf die vorstehende Erwägung 3.5 verzichtet und als Ergebnis festgehalten werden, dass das Verschulden der Klägerin 1 der Klägerin 2 zugerechnet werden muss. Ebenfalls wurde bereits erwogen, dass der Kaufvertrag betreffend das Werk in Z._____ (APA) zusammen mit dem gleichentags unterzeichneten Vertrag über die Herstellung und Lieferung von API an die Beklagten (CMA) als Gesamttransaktion zu betrachten ist, womit der Gewährleistungsausschluss im APA auch für die vorliegende Streitigkeit aus dem CMA relevant ist (vgl. vorstehende Erwägung 2.6 Absatz 3). Die Klägerinnen übersehen sodann, dass sie sich mit dem CMA nicht nur dazu verpflichtet hatten, das Werk in Z._____ wie zuvor weiterzubetreiben, sondern auch die im Anhang 5.1.1 CMA prognostizierten und von den Beklagten nach Ziff. 6.1 f. CMA bestellten Produktmengen herzustellen und zu liefern. Hinsichtlich der gerügten Beweislastverteilung folgt die Dreierkammer der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts der erstinstanzlichen und der beklaglichen Rechtsauffassung, wonach der Hauptbeweis der behaupteten Unmöglichkeit als Grund für die angeblich unverschuldete Vertragsverletzung (Zuweniglieferrung von bestellten Produktmengen) den Klägerinnen obliegt. Diese bringen vor, das Werk in Z._____ wie übernommen weiterbetrieben zu haben und weisen auf die Aussagen von N._____ hin, welcher sowohl vor als auch nach der Werkübernahme durch die Klägerin 1 im Produktionsstandort in Z._____ gearbeitet hatte. Die Beklagten tragen im Sinne eines Gegenbeweises vor, dass Organisationsfehler bzw. Managementfehler durch die Klägerinnen begangen wurden. Neben der fehlerhaften Koordination der Arbeiten im Werk und der ineffizienten Pro-

duktionsplanung wurden als Beispiele die Entlassung fast der gesamten Belegschaft während des CMA sowie die auf Februar 2011 vorgezogene letzte Reinigungsvalidierung vorgebracht, um die klägerseits behauptete unverschuldete Unmöglichkeit zu erschüttern. Die Klägerinnen hätten nun ihrerseits unter anderem den Nachweis erbringen sollen, dass die unstreitig im Dezember 2010 ausgesprochene Massenentlassung sowie die unbestrittene Vorverschiebung der Reinigungsvalidierung der XY-Anlage um zwei Monate auf Februar 2011 notwendig gewesen seien, was ihnen nicht gelungen ist. Ebenso konnten die Klägerinnen den Nachweis angeblicher Lücken im Bereich Sicherheit und Wartung im Z.____ Werk, welche bei Übernahme des Werks nicht bekannt gewesen sein sollen und beispielsweise dringende Reparaturarbeiten erfordert hätten (dazu Rzn. 360 ff. Urteil), nicht erbringen.

Eine fehlerhafte Verteilung der Beweislast durch die Erstinstanz ist nicht erkennbar. Diese folgte auf Grundlage der substantiierten Bestreitungen der Beklagten und der Ausführungen zu den angesprochenen Themen im Gutachten vom 27. Mai 2019 (Rzn. 372 ff. Urteil), dass den Klägerinnen im Ergebnis der Hauptbeweis der behaupteten unverschuldeten Unmöglichkeit nicht gelungen ist (Rzn. 377 ff. Urteil). Die Rechtserwägungen der Erstinstanz hierzu sind nicht zu beanstanden. Die Klägerinnen interpretieren die Rzn. 380 und 381 falsch: Zum einen trifft es nicht zu, dass die Erstinstanz in Rz. 380 des Urteils ein Verschulden der Klägerinnen implizit verneint habe. Vielmehr erwägt darin die Erstinstanz, dass Risiken bezüglich Sicherheit und Wartung der übernommenen Produktionsanlage, welche die Produktionskapazität kurzfristig beeinflussen können, nie ganz ausgeschlossen werden können, wobei die Klägerinnen selbst aus dieser Tatsache nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermögen. Zum anderen irren sich die Klägerinnen, wenn sie behaupten, die Erstinstanz hätte in Rz. 381 des Urteils erwogen, dass Probleme bei der Produktion einzig mit den sog. CAPA-Berichten hätten nachgewiesen werden könnten. Eine solche Aussage findet sich in Rz. 381 des Urteils nicht, sondern die Erstinstanz erwägt darin, dass die Klägerinnen mit solchen CAPA-Berichten tatsächliche Probleme in der Produktion einfach hätten dokumentieren können. Obwohl solche CAPA-Berichte offenbar vorhanden seien und darüber in den Befragungen von K.____ und N.____ die Rede gewesen sei, hätten die Klägerinnen diese CAPA-Berichte nicht eingereicht, was grundsätzlich gegen die klägerseits behaupteten Produktionsausfälle (Stillstände, Versagen technischer Anlagen, Fehlchargen etc.) sprechen würde. Entgegen den klägerischen Behauptungen kann aus dieser Feststellung der Erstinstanz in Rz. 381 des Urteils keine Beweismittelbeschränkung abgeleitet werden. Darüber hinaus geht auch der Vorwurf der Willkür gegenüber der Erstinstanz ins Leere. Weshalb die Erstinstanz hinsichtlich der Fragen zu Reinigungsvalidierungen, zu angeblichen Lücken im Bereich Sicherheit und Wartung sowie zur effizienten Planung der Produktion nicht auf die mängelfreien und beweistauglichen Antworten des Gutachters abstellen durfte, bleibt unklar, zumal die unstreitig erfolgte Massenentlassung, die Stillstände im Betrieb sowie die vorgezogene letzte Reinigungsvalidierung von April 2011 auf Februar 2011 urkundlich nachgewiesen sind. Ein willkürliches Verhalten der Erstinstanz bleibt jedenfalls unbewiesen.

Eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung oder Rechtsanwendung ist auch in den gerügten Rzn. 384 und 385 des Urteils nicht zu erkennen. Unter Hinweis auf Rz. 234 der Klageantwort und die durchgeführten Parteibefragungen stellt die Erstinstanz in Rz. 384 des Urteils einerseits fest, dass vom RHI [Regionales Heilmittelinspektorat] eine zusätzliche Reinigungsvalidierung während des CMA angeordnet wurde. Dies hatte zur Folge, dass bei der Produktion zusätzlich

zwei Wochen bzw. 10 Arbeitstage für Reinigungsvalidierungen vorgesehen werden mussten, was sich auch aus dem neuen Reinigungsvalidierungsplan vom 14. Juli 2009 (Beilage K-57) ergibt und zudem von O.____ im Rahmen seiner Befragung bestätigt wurde (vgl. O.____, Protokoll S. 15). Zum anderen erklären die Beklagten in Rz. 384 der Klageantwort sowie insbesondere in Rz. 48 der Duplik unter Hinweis auf die Beilagen B-5 und B-56 die Berechnung von 21 Puffertagen, die im Produktionsplan einberechnet wurden. O.____ bestätigte an der Befragung im Weiteren, dass die zwei zusätzlichen Reinigungsvalidierungswochen mit den einberechneten Puffertagen hätten abgedeckt werden können (vgl. O.____, Protokoll S. 15). Die Schlussfolgerung der Erstinstanz in Rz. 384 des Urteils, wonach zumindest von der Möglichkeit auszugehen ist, dass diese zusätzlichen Reinigungsvalidierungstage mit den vorgesehenen Puffertagen hätten aufgefangen werden können, ist folglich nicht zu beanstanden. Dasselbe gilt für die weitere Feststellung der Erstinstanz, wonach – unter Hinweis auf die Partei- und Zeugenbefragung und das Gutachten – eine Reinigungsvalidierung grundsätzlich gleichzeitig zur Produktion stattfindet und nur eine gewisse Produktionseinbusse zur Folge hat. Der Erstinstanz ist daher Recht zu geben, dass die zusätzlich durch das RHI angeordnete Reinigungsvalidierung für sich alleine keine Unmöglichkeit zur Herstellung der bestellten Produktmengen zur Folge hatte. In Rz. 385 des Urteils geht es schliesslich um die Frage, ob und inwieweit sich die Klägerinnen im Rahmen der «Due Diligence» mit der Produktionskapazität des Werks in Z.____ auseinandergesetzt haben. Es ist die Einleitung zum nächsten Urteilsabschnitt (Rzn. 388 ff.), in welchem die «Due Diligence» und die Vorhersehbarkeit der Produktionskapazität von der Erstinstanz beurteilt wird. Auf die Ausführungen der Klägerinnen hierzu ist in der nachfolgenden Erwägung 4.11 zur «Due Diligence» einzugehen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass sich die Rügen der Klägerinnen zu diesem Abschnitt als unberechtigt erweisen. Die Schlussfolgerung der Erstinstanz, wonach die Ausführungen der Klägerinnen hinsichtlich der Reinigungsvalidierungen und der behaupteten Lücken im Bereich der Sicherheit und Wartung als Unmöglichkeitsgründe von den Beklagten substantiiert bestritten wurden, ist genauso zu bestätigen wie die Feststellung der Erstinstanz, dass die Beklagten Organisationsmängel im Betrieb des Werkes nachweisen konnten, für welche die Klägerinnen verantwortlich zeichnen und die sich negativ auf die vereinbarte Herstellung und Lieferung der API während des CMA auswirkten, namentlich die im Dezember 2010 ausgesprochene Massentlassung und die Vorverlegung der letzten Reinigungsvalidierung auf Februar 2011. Den Klägerinnen ist damit der Beweis der Unmöglichkeit misslungen.

4.11 Beurteilung der «Due Diligence»

4.11.1 Die Erstinstanz erachtet den Abschnitt 4 im Gutachten zur «Due Diligence» als nachvollziehbar und in Rz. 390 ff. des Urteils hält sie dazu was folgt fest:

390 *Im Gutachten wird auf die «Due Diligence» eingegangen (Gutachten, Ziff. 4, S. 54 ff.), es handelt sich (zumindest in der Einleitung) um einen Teil des Gutachtens, der nachvollziehbar ist. Insgesamt ist ersichtlich und unbestritten, dass eine «Due Diligence» stattgefunden hat (Gutachten, Ziff. 4.3.2, S. 60). Obwohl nach Ansicht des Gutachters die «Due Diligence» nicht umfassend bewertet werden könne, was auf die Unvollstän-*

digkeit (zumindest einer Liste) der Unterlagen des Datenraumes zurückzuführen sei, werden die Fragen der Beklagten im Gutachten beantwortet.

- 391 *Insgesamt geht nach Ansicht des Gerichts aus dem Gutachten hervor, dass im Rahmen der «Due Diligence» vor Vertragsabschluss den Klägerinnen die Dokumente zur Verfügung gestanden haben, die sie zur Bewertung des Unternehmenskaufs benötigt haben oder es ihnen selbst anzulasten ist, wenn sie auf den Bezug weiterer Dokumente verzichtet haben.*
- 392 *So hätte der «vernünftige und erfahrene Geschäftsmann [...] wegen der limitierten Informationen in den DD-Unterlagen nachgefragt und mit den erhaltenen Antworten die Produktivität der Anlage feststellen können.» (Gutachten, Ziff. 4.4.1.1.2, S. 62) und «Der genannte Geschäftsmann hätte weitere Angaben zum historischen Ausstoss und zur verfügbaren Produktionszeit der Anlagen angefordert.» (Gutachten, Ziff. 4.4.2, S. 63).*
- 393 *Unbeachtlich sind hier Antworten, die bewerten, wie sich eine Partei während der «Due Diligence» verhalten hat (solange dieses nicht täuschend war), handelt es sich bei diesem Vorgang doch um einen Prozess, bei dem sich die Parteien in zweiseitigen Vertragsverhandlungen befinden. Aus diesem Grund kann die Aussage «Der genannte Geschäftsmann hätte als Verkäufer die Kapazitäten und deren Risiken von Beginn an möglichst transparent, vollständig und nachvollziehbar dargestellt. Entsprechend schwer verständlich ist aus der gewünschten Perspektive das Verhalten der Verkäufer.» (Gutachten, Ziff. 4.4.3, S. 64) im vorliegenden Zusammenhang ungehört bleiben. Ausser vor kann auch die Aussage bleiben «Als mit alten Produktionsstandorten mit registrierten, lizenzierten Produkten erfahrener Käufer hätte der genannte Geschäftsmann hingegen vor allem gefordert, garantierte Einkünfte für eine möglichst lange Übergangsperiode zu erhalten, die nicht vom detaillierten Zustand der übernommenen Anlage abhängig wären.» (Gutachten, Ziff. 4.4.3, S. 64). Nicht nachvollziehbar ist nämlich, wieso diese Aussage im Rahmen der «Due Diligence» ausgeführt wird, wobei nicht näher darauf eingegangen werden muss, dass es sich hier um eine Aussage handelt, welcher (im Gesamtzusammenhang) die nötige Objektivität bzw. Unabhängigkeit fehlt.*
- 394 *Wie einleitend erwähnt worden ist, unterstreicht das Gutachten somit die Tatsache, dass die Klägerinnen im Rahmen der «Due Diligence» eine eingehende Prüfung der Kapazität des Werkes in Z.____ besprochen haben bzw. hätten besprechen müssen und davon auszugehen ist, dass ihnen im Hinblick auf den Vertragsschluss vorgehalten werden muss, dass sie – sollten denn die Unterlagen überhaupt ungenügend vorgelegen haben – sich nicht aktiv darum bemüht haben, an diese Unterlagen zu gelangen. Wenn unter diesen Umständen ein Vertragsschluss stattfindet, liegt es – vorbehalten es liegt keine aktive Irreführung vor – im Risikobereich der Klägerinnen, nach Übernahme des fraglichen Werkes eine Produktion im vereinbarten Umfange zu garantieren.*
- (...)
- 401 *Im Ergebnis müssen sich die Klägerinnen vorwerfen lassen, dass sie das Werk in Z.____ nach Durchführung einer «Due Diligence» in voller Kenntnis über die Ausgangs-*

lage erworben und sich gleichzeitig zur Produktion einer gewissen Menge an API verpflichtet haben. Es kann – und dies muss nicht näher begründet werden, weil es sich um eine gerichtsnotorische Aussage handelt – im Allgemeinen davon ausgegangen werden, dass sich die Klägerinnen als international tätiges Pharmaunternehmen beim Erwerb eines Chemiewerkes – insbesondere, wenn sie sich verpflichten, spezifische Mengen an API an die Verkäuferin zu liefern – mit den möglichen Produktionskapazitäten eines Werkes, mit der Reinigung einer in die Jahre gekommenen Anlage und allfälligen Sicherheitsmängeln auseinandersetzen und sich im Hinblick auf Unvorhergesehenes in diesen Bereichen absichert (und dies auch bei der Vertragsgestaltung und beim Kaufpreis berücksichtigt).

402 *Die durchgeführte «Due Diligence» spricht nach Ansicht des Gerichts dafür, dass auch nicht von einer nachträglichen subjektiven Unmöglichkeit ausgegangen werden kann, weil die Klägerinnen im Rahmen der «Due Diligence» umfassend Gelegenheit hatten, sich mit dem von ihnen beabsichtigten Kaufobjekt auseinanderzusetzen. Die von ihnen vorgebrachten Probleme bei den Produktionskapazitäten – sowie auch weitere Probleme im Zusammenhang mit den Reinigungsvorgängen und der Sicherheit – können nicht von den Beklagten getragen werden, sondern fallen nach Abschluss der Vertragsunterzeichnung in die Risikosphäre der Klägerinnen.*

4.11.2 Die Klägerinnen monieren, in Rz. 391 des Urteils stelle die Erstinstanz fest, nach Ansicht des Gutachters hätten «den Klägerinnen die Dokumente zur Verfügung gestanden [...], die sie zur Bewertung des Unternehmenskaufs benötigt haben» bzw. es sei «ihnen selbst anzulasten, wenn sie auf den Beizug weiterer Dokumente verzichtet haben» (Rz. 391 Urteil). Bei dieser Feststellung stütze sich die Erstinstanz auf die Ausführungen des Gutachters, dass der vernünftige und erfahrene Geschäftsmann die notwendigen Dokumente zur Bestimmung der Produktivität der Anlage nachgefragt hätte (Rz. 392 Urteil). Hingegen erachte die Erstinstanz die Ausführungen des Gutachters, welcher damit den Standpunkt der Klägerinnen stütze, als unbeachtlich, weil die gutachterlichen Ausführungen angeblich bewerten würden, wie sich die Parteien während der Due Diligence verhalten hätten (Rz. 393 Urteil). Nach Ansicht der Klägerinnen bestehe für diese unterschiedliche Behandlung keine Grundlage, weil der Gutachter auch hier darauf abstellen würde, was ein vernünftiger und erfahrener Geschäftsmann in der Lage der Parteien getan hätte, und nicht etwa was die Parteien hätten tun sollen. Den Aussagen des Gutachters fehle weder die nötige Objektivität noch Unabhängigkeit. Im Weiteren würde die Erstinstanz die Aussage des Gutachters ignorieren, dass die Beklagten proaktiv, korrekt und verständlich über die Kapazität des Werks hätten informieren müssen. Die Erstinstanz stelle damit den Sachverhalt unrichtig fest. In Rz. 394 des Urteils impliziere die Erstinstanz sodann zu Unrecht eine Pflicht der Klägerinnen, die Produktion «im vereinbarten Umfang» zu garantieren. Allerdings sei erstens der Umfang der Produktion im CMA nicht vereinbart worden. Zweitens hätten die Klägerinnen gerade keine Garantie abgegeben, irgendwelche Produktionsmengen zu erreichen, insbesondere nicht die im Anhang 5.1.1 aufgeführten Mengen. Hingegen seien unter dem CMA die AGP garantiert worden.

Auch die Feststellungen in Rz. 401 des Urteils seien unrichtig und zeigen exemplarisch, dass das Urteil in wesentlichen Teilen auf der unrichtigen Feststellung beruhe, wonach sich die Klä-

gerinnen im CMA zur Herstellung und Lieferung spezifischer Produktmengen verpflichtet hätten. Zudem sei die Feststellung der Erstinstanz aktenwidrig, die Klägerinnen hätten sich «in Kenntnis über die Ausgangslage», sprich über die Produktionskapazität, zur Lieferung einer bestimmten Produktmenge verpflichtet. Die Beklagten würden sich im Zusammenhang mit der behaupteten Offenlegung der Produktionskapazität insbesondere auf eine von P.____ erstellte Tabelle stützen (Beilage B-5). Anlässlich seiner Parteibefragung habe O.____ jedoch zugegeben, dass diese Tabelle bei näherer Untersuchung keine verlässliche Berechnungsgrundlage biete (O.____, S. 20). Dies liege daran, dass für die Produktion von 1 kg XY 0.5 kg XZ notwendig seien (O.____, S. 20). Das Modell der Beklagten (Beilage B-5) zeige eine Menge XY, die mit der zuvor produzierten Menge an XZ gar nicht habe produziert werden können. O.____ habe nicht sagen können, warum die entsprechenden Zahlen in der Beilage stehen würden (O.____, S. 20). In der Folge habe er zugeben müssen, dass die Beilage B-5 gar nicht dazu gedient habe, die Kapazität zu berechnen. Vielmehr sei mit diesem Modell geprüft worden, ob aufgrund der Produktionsabläufe eine bestimmte Menge hergestellt werden können. O.____ habe eingeräumt, dass P.____ nach seinem Modell die Mengen im CMA runtergeschraubt hätte (O.____, S. 22).

In Rz. 402 des Urteils befasse sich die Erstinstanz mit der nachträglichen subjektiven Unmöglichkeit und stelle fest, dass die von den Klägerinnen vorgetragene Probleme bei den Produktionskapazitäten sowie im Zusammenhang mit den Reinigungsvorgängen und der Sicherheit nach der Vertragsunterzeichnung in die Risikosphäre der Klägerinnen fallen würden. Diese Feststellung der Erstinstanz ist ebenfalls unrichtig. Erstens habe eine nachträgliche Unmöglichkeit nichts mit der «Due Diligence» zu tun, weil per Definition die nachträgliche Unmöglichkeit durch Umstände verursacht werde, die sich nach dem Vertragsabschluss und damit nach der «Due Diligence» ergeben hätten. Zweitens komme es nicht darauf an, ob die betreffende Partei das Risiko der nachträglichen Unmöglichkeit hätte voraussehen müssen, sondern ob sie die Unmöglichkeit zu verantworten habe. Bei der nachträglichen Unmöglichkeit gebe es kein Übernahmeverschulden. Am Beispiel der zusätzlichen Reinigung bedeutet dies, dass es nicht darauf ankomme, ob die betreffende Partei die Notwendigkeit einer zusätzlichen Reinigung vorausgesehen habe, sondern ob sie die Notwendigkeit der Reinigung verschuldet habe. Ein solches Verschulden stelle die Erstinstanz nicht fest.

Zusammenfassend ergebe sich aus dem Gesagten, dass die Erstinstanz zu Unrecht zum Schluss gekommen sei, dass die Unmöglichkeit, die Bestellmengen während der Laufzeit des CMA herzustellen, nicht nachgewiesen sei. Entgegen der Beurteilung der Erstinstanz sei das Gutachten schlüssig, ausgewogen und vollständig. Die Erstinstanz wende das Recht unrichtig an, wenn sie das von ihr als notwendig erachtete und angeordnete Gutachten nicht beachte, weil es angeblich teilweise nicht nachvollziehbar sei und Widersprüche aufweise. Die Erstinstanz beurteile auch die Frage der Unmöglichkeit falsch, wobei sie sich auf die Feststellung beschränke, die Unmöglichkeit sei nicht nachgewiesen. Dabei zeige die Erstinstanz ein falsches Verständnis der Regeln zur Unmöglichkeit. Bei einer korrekten Anwendung ergebe sich, dass eine Kürzung der AGP bei einer unverschuldeten Zuweniglieferung ausgeschlossen sei. Dies stimme mit der korrekten Auslegung des CMA überein. In tatsächlicher Hinsicht hätten die Klägerinnen entgegen den Feststellungen der Erstinstanz substantiiert und bewiesen, dass es von Anfang an nicht möglich gewesen sei, die Bestellmengen während der Laufzeit des CMA her-

zustellen. Zudem hätten die Klägerinnen hergestellt und geliefert, was möglich gewesen sei, was einerseits die Unmöglichkeit belege und andererseits ein Verschulden ausschliesse. Entgegen der Ansicht der Erstinstanz liege auch kein Übernahmeverschulden vor. Ein solches ist in der vorliegenden Konstellation gar ausgeschlossen.

4.11.3 Die Beklagten entgegnen in der Berufungsantwort unter Hinweis auf den Grundsatz der freien Beweiswürdigung, dass die Feststellung der Erstinstanz, den Teil des Gutachtens zur «Due Diligence» als nachvollziehbar zu erachten und sich auf die darin gemachten Aussagen des Gutachters zu stützen, mit Ausnahme derjenigen Aussagen zum Verhalten der Parteien im Rahmen der Due Diligence, nicht zu beanstanden sei. Die Erstinstanz habe dies damit erklärt, dass es nicht Aufgabe des Gutachters gewesen sei, derartige Aussagen zu machen und es würden diesen Aussagen auch an Objektivität und Unabhängigkeit fehlen. Tatsächlich sei es auch aus Sicht der Beklagten so, dass es nicht Aufgabe des Gutachters gewesen sei, das Verhalten der Parteien bei den Vertragsverhandlungen zu bewerten, sondern vielmehr einzig festzustellen, welche Informationen aus den in der «Due Diligence» zu Verfügung gestellten Dokumenten hätten gewonnen werden können. Darüber hinaus führe die Erstinstanz richtig aus, dass der Käufer im Rahmen einer Due Diligence im Vorfeld der Vertragsverhandlungen Einblick in die Daten des Unternehmens erhalte. Die Aufgabe des Verkäufers sei dabei, dem Käufer Zugang zu den relevanten Daten zu verschaffen. Es sei dann aber die Aufgabe des Käufers, sich auf Grund der ihm zur Verfügung gestellten Dokumente ein Bild vom Kaufobjekt zu machen, diese Daten zu prüfen und allenfalls weitere Fragen hierzu zu stellen, oder eine Risikoanalyse vorzunehmen, was die Klägerinnen in Bezug auf die Berechnung der Produktionskapazität des Werks nicht getan hätten. Die Kritik der Klägerinnen sei nicht zu hören.

Die Klägerinnen würden sich sodann unter Hinweis auf Rz. 401 des Urteils auf die Parteiaussage von O.____ berufen und hierbei vorbringen, dieser habe selber anerkannt, dass die Excel-Tabelle in Beweisbeilage B-5 gar nicht dazu gedient habe, die Kapazität zu berechnen. Diese Behauptung der Klägerinnen sei irreführend und werde bestritten. Wie die Erstinstanz zu Recht festgestellt habe, hätten die Klägerinnen anlässlich der «Due Diligence» des Werks Z.____ vollumfängliche Kenntnis über das Werk in Z.____ erhalten. Unter vielen anderen Dokumenten hätten die Klägerinnen auch die erwähnte Excel-Tabelle (Beweisbeilage B-5) erhalten. Aus diesem Dokument könnten gemäss O.____ die Informationen entnommen werden, wieviel Reinigung pro Auftrag notwendig sei. Gebe man also in die Excel-Tabelle die Produktmenge ein, die man produzieren wolle, erfahre man, wie viele Reinigungstage man für die Herstellung der eingegebenen Menge brauche. Somit hätten die Klägerinnen der fraglichen Excel-Tabelle die Information entnehmen können, um verstehen zu können, wie viele Reinigungstage für die Produktion der CMA Mengen notwendig gewesen seien. Die Tabelle B-5 habe demnach diese wichtige Information zur Kapazität des Werks Z.____, die CMA Mengen zu produzieren, geliefert. Die Vorbringen der Klägerinnen seien unbegründet und nicht zu hören. Bezüglich Rz. 402 des Urteils würden die Klägerinnen schliesslich Aussagen zur nachträglichen Unmöglichkeit und zu einem möglichen Verschulden ihrerseits machen. Diese Aussagen seien vorliegend irrelevant, weil die Erstinstanz zu Recht festgehalten habe, dass den Klägerinnen der Beweis der Unmöglichkeit nicht gelungen sei.

Die klägerischen Schlussfolgerungen zur Unmöglichkeit würden vollumfänglich bestritten: Entgegen ihrer Ansicht habe die Erstinstanz ausführlich begründet, dass den Klägerinnen der Beweis der behaupteten Unmöglichkeit nicht gelungen sei. Die Erstinstanz habe richtigerweise festgehalten, dass es die Pflicht der Klägerinnen gewesen sei, die Unmöglichkeit zu beweisen. Die Erstinstanz habe nie gesagt, dies könne einzig gestützt auf Dokumente oder konkret der CAPA-Berichte geschehen. Sie habe einzig festgestellt, dass den Klägerinnen der Beweis der Unmöglichkeit nicht gelungen sei, zumal das Gutachten diesbezüglich nicht beweistauglich sei und auch sonst keine Beweisbelege für die Behauptungen der Klägerinnen vorliegen würden. Die Beklagten hätten mit ihren Ausführungen zu den Organisationsmängeln bzw. Managementfehler auf Seiten der Klägerinnen den Hauptbeweis der Unmöglichkeit erschüttert. Die Ausführungen der Erstinstanz zur «Due Diligence» seien begründet und korrekt. Den Klägerinnen sei es weder vor der Erstinstanz noch mit der vorliegenden Berufung gelungen, die behauptete Unmöglichkeit zu beweisen. Das Urteil der Erstinstanz sei somit vollumfänglich zu bestätigen.

4.11.4 Die Dreierkammer der Abteilung Zivilrecht kann den Rügen der Klägerinnen nicht folgen. Die Erstinstanz hat den Abschnitt 4 des Gutachtens zur «Due Diligence» als nachvollziehbar und die Aussagen des Gutachters als beweistauglich erachtet. Dabei hat sie die Ausführungen des Gutachters zum Verhalten der Parteien bei den Vertragsverhandlungen im Rahmen ihrer freien Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO insofern zu Recht nicht berücksichtigt, als es tatsächlich gar nicht die Aufgabe des Gutachters war, das Verhalten der Parteien zu bewerten, sondern vielmehr festzustellen, welche Informationen sich aus den Dokumenten ergeben, die den Klägerinnen in der «Due Diligence» zur Verfügung gestellt wurden. Zudem ist das vom Gutachter beschriebene Verhalten, wie sich erfahrene und beratene Geschäftsleute in der Due Diligence verhalten würden bzw. müssten, nicht zutreffend. Die Erstinstanz fasst in Rzn. 388 und 389 des Urteils die wesentlichen Rechtsgrundlagen, die bei einer «Due Diligence» zur Anwendung gelangen, korrekt zusammen. Darin hält sie insbesondere fest, dass ein Unternehmenskäufer im Rahmen einer «Due Diligence» Einblick in die Daten des Unternehmens erhält. Lässt der Verkäufer eine umfangreiche «Due Diligence» zu, so reduziert sich sein Haftungsrisiko, da der Käufer sich das durch die Prüfung angeeignete Wissen und die offengelegten Informationen grundsätzlich entgegenhalten muss, wobei die vertraglichen Abreden entscheidend sind (Art. 200 Abs. 1 OR; TSCHÄNNI/DIEM/WOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Aufl., 2013, S. 28). Nach Art. 200 Abs. 2 OR haftet der Käufer nur noch für zugesicherte Eigenschaften. Art. 200 OR ist dispositiver Natur und kann von den Parteien vertraglich ausgeschlossen, abgemildert oder verschärft werden (TSCHÄNNI/DIEM/WOLF, a.a.O., S. 197; BSK OR I-HONSELL, 7. Aufl., 2020, Art. 200 N 5). Vorliegend wurde den Klägerinnen Zugang zum Datenraum gewährt und ihnen wurde eine umfassende Dokumentation des Werks in Z._____ vorgelegt. Dazu gehörten nicht nur Dokumente zum Betrieb des Werks, zu den Reinigungsplänen und weiteren Sicherheitsaspekten des Werks, sondern auch zur Produktionskapazität. Dies ergibt sich namentlich aus Ziff. 4.1 (Rzn. 256 ff.) des Gutachtens und den dort aufgeführten Unterlagen. In der rund neun Monate dauernden «Due Diligence» haben die Parteien ausgiebig über die Produktionskapazität gesprochen und es wurden historische Kapazitäten geprüft sowie Kapazitätsberechnungen erstellt. Sofern die Klägerinnen der Ansicht waren, dass nicht alle relevanten Daten zur Verfügung gestellt wurden, um sich ein umfassendes Bild vom Zustand und von der Produktionskapazität des Werks zu machen, so wäre es an ihnen gele-

gen, vor Unterzeichnung des Kaufvertrags entsprechende Fragen zu stellen und weitere Informationen zu verlangen. Es lag nicht an den Beklagten, proaktiv über alles, was irgendwie noch von Bedeutung hätte sein können, zu informieren.

Den Klägerinnen gelingt es nicht zu widerlegen, dass ihnen in der «Due Diligence» nicht die massgeblichen Dokumente zur Überprüfung der Produktionskapazität des Werks in Z.____ zur Verfügung gestellt wurden, zumal aus den eingereichten Akten – namentlich aus den Beilagen B-5 und B-30 bis B-37 – sowie aus den Partei- und Zeugenbefragungen (insbesondere von J.____ und O.____) hervorgeht, dass viele Gespräche zwischen den Parteien zur Kapazität und den Sicherheitsaspekten des Werks geführt wurden und die Klägerinnen umfassend zur Produktionskapazität des Werks und zu den Reinigungsplänen dokumentiert wurden. Entgegen den klägerischen Vorbringen sagte O.____ (Befragungsprotokoll S. 20 ff.) anlässlich seiner Befragung nicht, dass Beilage B-5 keine verlässliche Berechnungsgrundlage war, sondern er erklärte, wie die Beilage B-5 – ein Ausdruck einer Excel-Berechnungstabelle – funktionierte. Er gab an, dass die gewünschten Produktmengen und die erforderlichen Reinigungstage eingegeben werden konnten und die Tabelle rechnete aus, ob diese Mengen im Werk in Z.____ produziert werden konnten oder nicht. Insofern kann den entgegenstehenden Ausführungen der Klägerinnen hierzu nicht gefolgt werden. Der Versuch der Klägerinnen, die Beilage B-5 als Nachweis darzustellen, dass die in Ziff. 5.1.1 CMA prognostizierten Bestellmengen unrealistisch bzw. nicht produzierbar waren, misslingt. Eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung oder Rechtsanwendung durch die Erstinstanz liegt nicht vor. Die Klägerinnen müssen sich entgegenhalten lassen, dass sie Zugang zum Datenraum hatten. Allfällige Unklarheiten zur Produktionskapazität und deren Berechnung sowie zu anderen Aspekten des Werks hätten die Klägerinnen vor Unterzeichnung der beiden Verträge (APA und CMA), die zusammen eine Gesamttransaktion bilden, ausräumen müssen, zumal mit Ziff. 9.2 APA ein Mängelgewährleistungsausschluss vereinbart wurde.

Die Behauptungen der Klägerinnen, dass sie sich zum einen mit dem CMA nicht verpflichtet hätten, eine bestimmte Produktmenge zu liefern – bzw. nach der Formulierung der Erstinstanz «eine Produktion im vereinbarten Umfang zu garantieren» –, sowie zum anderen, dass eine Unmöglichkeit zur Herstellung und Lieferung der bestellten Mengen vorliegen würde, sind bereits eingehend besprochen und als unrichtig zurückgewiesen worden (vgl. vorstehende Erwägungen 3.1 ff. und 4.9). Die Klägerinnen haben zu verantworten, dass sie in der «Due Diligence» erwiesenermassen über die Produktionskapazitäten und Sicherheitsaspekte des Werks in Z.____ informiert und dokumentiert wurden und nach Unterzeichnung des CMA die vereinbarten Produktmengen nicht liefern konnten. Soweit die Klägerinnen behaupten, falsch oder nicht vollständig informiert worden zu sein, scheitern sie mit ihrem diesbezüglichen Nachweis. Die Erstinstanz hat zu Recht festgestellt, dass die Probleme bei den Produktionskapazitäten und im Zusammenhang mit den Reinigungsvorgängen sowie der Sicherheit des Werks nach der Vertragsunterzeichnung in die Risikosphäre der Klägerinnen gefallen sind. Hinsichtlich der zusätzlich angeordneten Reinigungsvalidierung durch das RHI ist einerseits ein Verschulden der Beklagten nicht bewiesen und andererseits ist bereits festgestellt worden, dass aufgrund der eingeplanten Puffertage im Produktionsplan die Herstellung der bestellten Produktmengen während des CMA trotz dieser zusätzlichen Reinigungsvalidierung hätte möglich sein müssen

(dazu vorstehende Erwägung 4.10.5 Absatz 3). Die Vorbringen der Klägerinnen zur «Due Dilligence» und zur Unmöglichkeit sind demnach unbegründet und nicht zu hören.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es den Klägerinnen nicht gelungen ist, die von ihnen behauptete Unmöglichkeit der Herstellung und Lieferung der bestellten API nachzuweisen, weshalb sie für die vertragswidrige Zuweniglieferung einzustehen haben. Die Eventualbegründung der Klage 1a wurde von der Erstinstanz zu Recht zurückgewiesen.

4.12 Fazit zur behaupteten Unmöglichkeit (Klage 1a – Eventualbegründung)

Aus den vorstehenden Erwägungen 3.1 bis 4.11 erhellt, dass sich die Klägerinnen mit dem CMA verpflichtet hatten, die in Anhang 5.1.1 erwarteten und von den Beklagten bestellten Produktmengen herzustellen und zu liefern. Die unstreitige Zuweniglieferung der bestellten Produktmengen stellt eine Vertragsverletzung dar, welche die Beklagten zur Kürzung der AGP nach Ziff. 5.1.3 CMA berechtigte. Sodann stellte die Erstinstanz zu Recht fest, dass es den Klägerinnen nicht gelungen ist, die Unmöglichkeit der bestellten Produktmengen im Werk in Z. _____ zu beweisen. Die Rügen der Klägerinnen hierzu sind allesamt unberechtigt und abzuweisen.

(...)

6. Bestimmung des Verrechnungszeitpunktes (Klage 1b)

6.1 In Rzn. 409 bis 437 des Urteils befasst sich die Erstinstanz mit den Behauptungen der Klägerinnen, gewisse ihrer Forderungen seien zu einem falschen Zeitpunkt umgerechnet worden. Der Hintergrund hierzu war, dass die Beklagte 2 Forderungen der Klägerinnen in Schweizer Franken teilweise mit eigenen Ansprüchen in Euro und US Dollar verrechnet hatte, wobei sie auf den Umrechnungskurs im Zeitpunkt der Fälligkeit abstellte. Die Klägerinnen stellten sich hingegen auf den Standpunkt, dass hinsichtlich der Umrechnung auf den Zeitpunkt des Zugangs der Verrechnungserklärung abzustellen sei, womit der Klägerin 2 ein Anspruch auf Bezahlung von CHF 547'466.01 zustehe. Die Erstinstanz entschied, dass vorliegend «der Umrechnungskurs zum Zeitpunkt, als sich die Forderungen der Parteien verrechenbar gegenüberstanden, massgebend ist. Die Klägerinnen haben weder behauptet noch nachgewiesen, dass bei Fälligkeit der Fremdwährungsforderung die Voraussetzungen der Verrechnung nicht vorgelegen haben. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass ab Fälligkeit der Fremdwährungsforderung eine gültige Verrechnungslage vorlag. Die jeweiligen Umrechnungskurse bei Fälligkeit der Fremdwährungsforderungen sind somit anzuwenden» (Rz. 436 Urteil). Die Erstinstanz erachtete somit das Vorgehen der Beklagten als korrekt und wies die Klage 1b der Klägerin 2 ab.

6.2 Die Klägerinnen monieren im Berufungsverfahren, dass die Erstinstanz den Umrechnungskurs mangels einschlägiger bundesgerichtlicher und kantonaler Rechtsprechung hierzu nicht entsprechend der herrschenden Lehre auf den Zeitpunkt des Zugangs der Verrechnungserklärung abgestellt habe, sondern zu Unrecht eine Rückwirkung im Sinne von Art. 124 Abs. 2 OR auf den Zeitpunkt, als sich die Forderungen der Parteien verrechenbar gegenübergestan-

den hätten, vorgenommen habe. Damit entstehe offensichtlich die Gefahr, dass der Verrechnende in Zeiten grösserer Wechselkursschwankungen beabsichtigen könnte, Währungsgewinne zu erzielen. Der Verrechnende kenne nämlich sowohl den Kurs im Zeitpunkt der Fälligkeit als auch jenen im Zeitpunkt der Verrechnung. Sei der Kurs im Zeitpunkt der (ins Auge gefassten) Verrechnung besser, würde der Verrechnende auf die Verrechnung verzichten und stattdessen die Bezahlung der Forderung geltend machen. Dies widerspräche dem Ziel der Verrechnung, die lediglich ein Instrument zur Tilgung von Schulden darstelle und nicht dazu missbraucht werden dürfe, über die Schuldtilgung hinaus einen Spekulationsgewinn zu erzielen. Eine Rechtfertigung, weshalb dieses Risiko vom Verrechnungsgegner hinzunehmen sein sollte, liefere die Erstinstanz nicht. Ihr Hinweis, dass «auch für den Fremdwährungsschuldner nach Art. 84 Abs. 2 OR sowie bei einem Umrechnungskurs zur Verrechnungserklärung eine beschränkte Möglichkeit für Spekulationen» verbleibe (Rz. 435 Urteil), laufe ins Leere, denn Art. 84 Abs. 2 OR sehe eine schuldnerfreundliche Lösung vor. Vorliegend gehe es aber nicht um eine Umrechnung durch den Schuldner, sondern durch den Gläubiger. Diese «beschränkte» Spekulationsmöglichkeit in Art. 84 Abs. 2 OR bestehe somit nur für den Schuldner, nicht aber den Gläubiger. Werde hingegen auf den Zeitpunkt des Zugangs der Verrechnung abgestellt, habe der Verrechnende zwar auch die Möglichkeit, entweder seine Forderung zu verrechnen oder aber deren Bezahlung geltend zu machen. Der entscheidende Unterschied liege aber darin, dass in diesem Moment der Verrechnende nicht zwischen zwei definitiv feststehenden Umrechnungskursen vergleichen und nach seinem Belieben entscheiden könne, ob er auf Kosten des Verrechnungsgegners vorgehen möchte. Die Spekulationsmöglichkeiten des Verrechnenden würden damit erheblich beschränkt werden und es würde lediglich die Möglichkeit bestehen, in der Hoffnung auf einen besseren Kurs zuzuwarten. Schliesslich greife die Argumentation, die in Art. 124 Abs. 2 OR vorgesehene Rückwirkung sei in einem umfassenden Sinne zu verstehen, zu kurz, zumal es sich bei den von der Erstinstanz hierzu aufgeführten Beispielen aus der Rechtsprechung (Verzugszins, vertragliche Zinsen und Konventionalstrafe) um Nebenansprüche des Gläubigers handeln würde. Aus dogmatischen Gründen rechtfertige es sich hier, im Zeitpunkt des Untergangs der Forderung auch die Nebenansprüche als nicht bestehend zu betrachten. Die Frage des Zeitpunktes der Währungsumrechnung falle aber offensichtlich nicht in diese Kategorie.

Hinzu komme, dass das Bundesgericht – wie die Erstinstanz selbst festhalte – grundsätzlich nicht der Ansicht sei, dass der Schuldner durch schnellstmögliche Bezahlung das Kursrisiko zu vermeiden habe. Insofern erstaune es, wenn die Erstinstanz im Ergebnis doch zum Schluss gelangt sei, dass es in Anbetracht der Währungsrisikoverteilung keine triftigen Gründe gebe, von der generellen Rückwirkung abzuweichen. Schliesslich führe die von der Erstinstanz befürwortete Lösung gerade dazu, dass der Verrechnungsgegner (als Schuldner) einer nicht zu rechtfertigenden Währungsspekulation ausgesetzt werde. Damit hätten die Beklagten bei der Umrechnung ihrer Verrechnungsforderungen auf den Zeitpunkt des Zugangs der Verrechnungserklärung abstellen müssen. Entsprechend habe die Erstinstanz die Forderung der Klägerin 2 über CHF 547'466.01 zu Unrecht abgewiesen.

6.3 Die Beklagten beantragen im Rechtsmittelverfahren, die Erwägungen der Erstinstanz zu schützen und ihr Urteil diesbezüglich zu bestätigen. Die Verrechnungsparteien hätten die Verrechnungsmodalitäten in Ziff. 6.2. APA bzw. Ziff. 7.3 CMA vertraglich geregelt. Es sei vereinbart

worden, dass bestimmte vordefinierte Forderungen verrechnungsweise verglichen [recte: beglichen] werden dürften. Die Schuldner, vorliegend die Klägerinnen, hätten also von Beginn an gewusst, dass die Verrechnung möglich gewesen sei. Ebenfalls hätten sie gewusst, dass die Währung der AGP-Schulden (US Dollar) nicht dieselbe gewesen sei, wie die CMA-Forderungen (CHF). Somit sei im Zusammenhang mit der Verrechnung der Argumentation der Erstinstanz zu folgen, wonach davon auszugehen sei, dass im Falle einer Verrechnung angenommen werde, dass Forderung und Gegenforderung im Zeitpunkt getilgt worden seien, als sie sich zur Verrechnung geeignet einander gegenüberstanden hätten. Die Klägerinnen würden zu Unrecht behaupten, wenn man auf einen anderen Zeitpunkt als jenen des Zugangs der Verrechnungserklärung abstelle, so entstehe offensichtlich die Gefahr, dass der Verrechnende in Zeiten grösserer Wechselkursschwankungen beabsichtigen könnte, Währungsgewinne zu erzielen. Des Weiteren würden die Klägerinnen behaupten, dem «böartigen Gläubiger» würde mit der erstinstanzlichen Lösung Tür und Tor geöffnet, um auf die Kosten des Verrechnungsgegners zu spekulieren. Nach Ansicht der Beklagten sei diese Behauptung völlig absurd. Es gehe vorliegend um Forderungen und Schulden, die vertraglichen Ursprung hätten und die beiden Parteien von Anfang an bekannt gewesen seien. Es sei zudem nicht einzusehen, warum der Umrechnungskurs am Tag der Verrechnungserklärung den Verrechnungsgegnern eher schütze, da die verrechnende Partei ja auch hier ein für sie günstiges Datum wählen könne. Schliesslich stehe es dem Verrechnungsgegnern frei, das Kursrisiko zu vermeiden und seine Schuld so schnell als möglich zu zahlen. Dies sei insbesondere im vorliegenden Sachverhalt der Fall, wo die Beklagten [recte: Klägerinnen] von Beginn an gewusst hätten, dass die Möglichkeit der Verrechnung bestanden habe. Sie hätten mehr als genügend Zeit gehabt, ihre Schuld in Schweizer Franken zu bezahlen.

Weshalb die von der Erstinstanz im Sinne von Art. 124 Abs. 2 OR vorgesehene Rückwirkung hier zu kurz greife, erschliesse sich aus der Argumentation der Klägerinnen nicht, denn im Gegenteil scheine aus dem Wortlaut von Art. 124 Abs. 2 OR offensichtlich, dass die Rückwirkung auch das Währungsrisiko umschliessen sollte. Schliesslich müsse der klägerischen Behauptung, dass der Schuldner nach der Auslegung der Erstinstanz einer nicht zu rechtfertigenden Währungsspekulation ausgesetzt sei, entgegnet werden, dass dies nur so sei, weil sich der Schuldner geweigert habe, seine Schuld, als sie fällig geworden sei, zu begleichen. Ein schuldlöser Verrechnungsgegnern sei etwas anderes als ein Verrechnungsgegnern, der mit seiner Schuld im Verzug sei. Dieser habe die Konsequenzen seines Verzugs zu tragen und damit auch das daraus entstehende Währungsrisiko für den Fall, dass der Gläubiger eine Verrechnung gegen seine überfällige Schuld geltend mache. Somit bleibe festzuhalten, dass alle klägerischen Einwände gegen die Rechtsanwendung der Erstinstanz unbegründet seien.

6.4 Nach Ansicht der zivilrechtlichen Dreierkammer des Kantonsgerichts ist zunächst mit der Erstinstanz festzuhalten, dass es bezüglich des rechtlich korrekten Umrechnungszeitpunktes von Forderungen des Verrechnenden soweit ersichtlich keine höchstrichterliche oder kantonale Rechtsprechung gibt. Zudem bestehen unterschiedliche Ansichten in der Lehre, welche die Erstinstanz in Rz. 418 des Urteils treffend zusammengefasst hat, und eine herrschende Lehrmeinung hat sich – entgegen der Ansichten der Parteien – bislang nicht herausgebildet. Der Entscheid der Erstinstanz, im hier zu beurteilenden Fall nach einer sorgfältigen Abwägung der Punkte, die für oder gegen die Meinungen der Parteien sprechen, auf den Umrechnungszeit-

punkt der Fälligkeit der zur Verrechnung gebrachten Forderungen abzustellen, ist nicht zu beanstanden. Eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Erstinstanz ist jedenfalls nicht dargetan. Die Erstinstanz berücksichtigte, dass die Parteien aufgrund der Verrechnungsmodalitäten in Ziff. 7.3 CMA und Ziff. 6.2 APA von Beginn an wussten, dass die Verrechnung von gegenseitigen Forderungen in unterschiedlicher Währung zulässig war. Dies spricht klar für eine Lösung im Sinne von Art. 124 Abs. 2 OR, wonach im Falle der Verrechnung angenommen wird, Forderung und Gegenforderung seien schon im Zeitpunkt getilgt worden, in dem sie zur Verrechnung geeignet einander gegenüberstanden, also im Zeitpunkt der Fälligkeit der Verrechnungsforderung. Dadurch wirkt die Verrechnung so, wie wenn sie bereits bei Eintritt der Verrechnungslage, d.h. bei Fälligkeit der Fremdwährungsforderung, erklärt worden wäre. Es ist demnach nicht falsch, wenn die Erstinstanz für die Umrechnung auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Fremdwährungsforderung abgestellt hat. Die Behauptung der Klägerinnen, dass Art. 124 Abs. 2 OR nur für Nebenansprüche gelten soll, da die erstinstanzlichen Beispiele hierzu nur solche Nebenansprüche schildern würden, greift zu kurz und wird nicht weiter begründet. Bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt sich nämlich, dass eine Rückwirkung nach Art. 124 Abs. 2 OR auch das Währungsrisiko umschliessen soll, da die Forderung und Gegenforderung bei einer Verrechnung auf den Zeitpunkt als getilgt anzusehen sind, in dem sie zur Verrechnung geeignet einander gegenüberstanden.

Die Klägerinnen behaupten, dass der Verrechnende (hier die Beklagten) in Zeiten grösserer Wechselkursschwankungen auf Währungsgewinne spekulieren könnte, wenn der Meinung der Erstinstanz gefolgt würde. Mit Art. 84 Abs. 2 OR habe sich der Gesetzgeber aber für eine schuldnerfreundliche Umrechnungslösung entschieden, weshalb der Zeitpunkt der Umrechnung vom Schuldner zu wählen sei. Die Klägerinnen übersehen hierbei, dass Art. 84 Abs. 2 OR zum einen nur bei Tilgung der Forderung durch Effektiverfüllung, nicht durch Verrechnung und schon gar nicht in Fremdwährungen, zur Anwendung gelangt (BGE 63 II 383, 394; BSK OR I-SCHROETER, 7. Aufl., 2020, Art. 84 N 33; BK OR-ZELLWEGER-GUTKNECHT, 2012, Art. 120 N 218), weshalb diese Bestimmung vorliegend im Falle einer Verrechnung nicht analog angewendet werden kann. Zum anderen geht es hier um vertragliche Forderungen der Parteien, deren Verrechnungsmöglichkeit bekannt ist, weshalb es dem Verrechnungsgegner freisteht, seine Schuld sobald als möglich zu begleichen, um Kursrisiken zu vermeiden. Es ist folglich nicht einzusehen, weshalb die Lösung der Klägerinnen, den Umrechnungszeitpunkt auf den Tag der Verrechnungserklärung zu legen, für den Verrechnungsgegner besser sein soll. Im Übrigen ist die klägerische Ansicht nicht nachvollziehbar, dass im Falle der Umrechnung im Zeitpunkt des Zugangs der Verrechnungserklärung keine Spekulationen möglich seien. Spekulationsmöglichkeiten lassen sich in beiden Fällen nicht ganz vermeiden, wie auch die Erstinstanz zu Recht festgestellt und dazu erwogen hat, dass gerade in Fällen wie hier, bei denen die Parteien die Verrechnungsmöglichkeit vertraglich vereinbart haben, das Risiko einer Währungsspekulation durch den Verrechnenden von der Gegenseite in Kauf zu nehmen ist.

Insgesamt gelingt es den Klägerinnen nicht, eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Erstinstanz darzulegen. Die Rügen der Klägerinnen sind unberechtigt. Die Klägerinnen haben sodann weder behauptet noch nachgewiesen, dass bei Fälligkeit der Fremdwährungsforderungen der Beklagten die Verrechnungsvoraussetzungen nicht vorgelegen haben, weshalb davon auszugehen ist, dass im Zeitpunkt der Fälligkeit der Verrechnungsforderungen jeweils eine gültige

Verrechnungslage vorlag. Die erstinstanzliche Entscheidung hinsichtlich des Umrechnungszeitpunktes und der gültigen Verrechnung der Beklagten ist demzufolge zu bestätigen und führt zur Abweisung der Klage 1b.

(...)

9. Zusammenfassung der Ergebnisse

9.1 Die vorstehenden Erwägungen 2 bis 8 haben gezeigt, dass die Rügen der Klägerinnen im Verfahren Nr. 400 21 103 allesamt unbegründet sind:

Die behaupteten unrichtigen Sachverhaltsfeststellungen bzw. Rechtsanwendungen gemäss Art. 310 ZPO sind unbewiesen geblieben. Es ist demnach entsprechend dem erstinstanzlichen Urteil festzuhalten, dass die Klägerinnen mit Unterzeichnung des CMA eine auf 21 Monate befristete Verpflichtung zur Herstellung und Lieferung der von den Beklagten bestellten Produktmengen eingingen. Die unstreitige Zuweniglieferung der bestellten Produktmengen stellt eine Vertragsverletzung dar, die zur Kürzung der AGP-Zahlungen durch die Beklagten gemäss Ziff. 5.1.3 CMA berechnete, zumal sich die Klägerinnen mit ihrer behaupteten Unmöglichkeit der Herstellung der bestellten Mengen im übernommenen Z. ____ Werk nicht exkulpieren konnten. Die Klägerin 2 muss sich ein allfälliges Verschulden der Klägerin 1 anrechnen lassen. Im Weiteren wurde im vorliegenden Berufungsverfahren die Würdigung der Erstinstanz bestätigt, dass das Gutachten vom 27. Mai 2019 im Ergebnis teilweise mangelhaft ist, selbst wenn einige Kritikpunkte der Erstinstanz sich als unberechtigt erwiesen haben, und für die Frage der Unmöglichkeit kein taugliches Beweismittel darstellt. Die Klage gemäss Rechtsbegehren 1a wurde von der Erstinstanz zu Recht abgewiesen (vgl. vorstehende Erwägungen 3 und 4).

Ebenfalls beurteilte die Erstinstanz die Klage 1b bezüglich der von den Beklagten durchgeführten Verrechnungen von eigenen Forderungen mit Gegenforderungen der Klägerinnen richtig. Hinsichtlich der Umrechnung der Fremdwährungsforderungen der Beklagten stellte die Erstinstanz auf den Zeitpunkt ihrer Fälligkeit ab, was nicht zu beanstanden ist und womit sich die Forderungsklage 1b der Klägerinnen aufgrund eines angeblich falsch beurteilten Umrechnungszeitpunktes auch im Rechtsmittelverfahren als unbegründet erwiesen hat (vgl. vorstehende Erwägung 6).

Die Rügen der Klägerinnen bezüglich ihres als Klagebegehren Ziffer 2 geltend gemachten Schadenersatzanspruches für angeblich unnütze Materialaufwendungen waren nicht stichhaltig. Es bleibt demnach bei der Abweisung des Klagebegehrens Nr. 2 (vgl. vorstehende Erwägung 7).

Die Gutheissung der Widerklage der Beklagten 3 in Höhe von CHF 78'454.82 zuzüglich Verzugszinsen durch die Erstinstanz konnte im Rechtsmittelverfahren bestätigt werden, da sich die Klägerinnen mit ihrem Einwand der fehlenden Aktivlegitimation der Beklagten 3 nicht durchzusetzen vermochten (vgl. vorstehende Erwägung 5).

9.2 Im Verfahren Nr. 400 21 105 mussten schliesslich die Rügen der Beklagten 2 in Bezug auf die erstinstanzlich abgewiesene Widerklage in Höhe von EUR 2'396'846.25 zuzüglich Verzugszinsen als unberechtigt zurückgewiesen werden (vgl. vorstehende Erwägung 8).

(...)

Demnach wird erkannt:

://:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Auf die Anträge des Gutachters Dr. H._____ wird nicht eingetreten.
3. Die Gerichtskosten dieses Berufungsverfahrens von CHF 130'000.00 werden den Berufungsklägerinnen in solidarischer Verbindung auferlegt.

Diese Gerichtskosten werden mit dem von den Berufungsklägerinnen geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 130'000.00 verrechnet.
4. Die Berufungsklägerinnen haben den Berufungsbeklagten für dieses Berufungsverfahren in solidarischer Verbindung eine Parteientschädigung von CHF 223'219.45 zu bezahlen.

Präsidentin

Gerichtsschreiber

Christine Baltzer-Bader

Giuseppe Di Marco

Die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wurde vom Schweizerischen Bundesgericht abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (BGer 4A_398/2022 vom 6. März 2023).