

# **BGer 5A\_823/2015 vom 23. März 2017**

Bundesgericht, 2017-03-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_823\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_823_2015)

FR: TF 5A\_823/2015 du 23 mars 2017

IT: TF 5A\_823/2015 del 23 marzo 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist ein Urteil des Obergerichts als kantonaler Rechtsmittelinstanz über eine Kollokationsklage ( Art. 250 Abs. 1 SchKG ) betreffend Forderungen aus Bundeszivilrecht, weshalb der Entscheid der Beschwerde in Zivilsachen unterliegt ( Art. 72 ff. BGG ). Der Streitwert erfüllt nach den für den Kollokationsprozess massgebenden Regeln ( BGE 82 III 94 S. 95 ) im vorliegenden Konkurs ( mit mutmasslicher Konkursdividende von mindestens 15.8 % ) das gesetzliche Erfordernis ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ). Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde legitimiert ( Art. 76 Abs. 1 BGG ). Die Beschwerde ist fristgemäss erfolgt ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) und grundsätzlich zulässig.

### **E. 1.2**

Mit der Beschwerde in Zivilsachen kann u.a. die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). Das Bundesgericht wendet das Recht in diesem Bereich grundsätzlich von Amtes wegen und mit freier Kognition an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 134 III 102 E. 1.1 S. 104 ). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist ebenfalls zu begründen ( Art. 106 Abs. 2 BGG ), wobei hier das Rügeprinzip gilt ( BGE 133 III 589 E. 2 S. 591 ).

### **E. 1.3**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 BGG ). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Dabei bedeutet "offensichtlich unrichtig" willkürlich ( BGE 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252 ). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur soweit vorgebracht werden, als erst der angefochtene Entscheid dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ).

## **E. 2**

Das Obergericht hat im Wesentlichen festgehalten, dass es den Beschwerdegegnern als Kollokationsklägern frei stand, ihre im Konkurs angemeldeten Forderungen hinsichtlich des ihnen zugrunde liegenden Sachverhaltes und Rechtsgrundes zu erweitern bzw. abzuändern; sodann hat es rechtliche Rahmenbedingungen erläutert.

### **E. 2.1**

In der Folge beurteilte das Obergericht Forderungen der Beschwerdegegner ( als Bauherren ) aus dem Infrastrukturvertrag gegen die Gemeinschuldnerin A. \_\_\_\_\_ AG ( als Unternehmerin im Konkurs ). Weiter hat es geprüft, ob aus den Verträgen über die

Stockwerkeinheiten V-1, V-2 und VI-1 bis VI-7 zuzulassende Forderungen (mit Bezug auf Ablösung sowie Vermeidung der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten, Wiederaufnahme von Arbeiten, Fertigstellungskosten) bestehen. Nach dem vorinstanzlichen Ergebnis sind die Beschwerdegegner mit ihren Forderungen nicht durchgedrungen.

## **E. 2.2**

Schliesslich hat sich das Obergericht mit Forderungen der Beschwerdegegner befasst, welche sie aus Zession von den Subunternehmern geltend machen. Für diese Forderungen könne nach dem Nichteintritt der Konkursverwaltung in die Verträge ( Art. 211 Abs. 2 SchKG ), welcher als Abbestellung der Werke gemäss Art. 377 OR gelte, das Erfüllungsinteresse (positive Vertragsinteresse) verlangt werden. Die Beschwerdegegner hätten Bestand der Verträge (zwischen Beschwerdeführerin und Subunternehmern), die Höhe der Werklöhne und die Abtretungen rechtsgenügend behauptet.

### **E. 2.2.1**

Nach der Abzugsmethode hat die Vorinstanz das Erfüllungsinteresse der einzelnen Subunternehmer unter Berücksichtigung der Zahlungen der Beschwerdeführerin zusammengestellt, und festgehalten, dass die Subunternehmer den Beschwerdegegnern die betreffenden Forderungen im Umfang von insgesamt Fr. 940'538.15 abgetreten hätten.

### **E. 2.2.2**

Selbst wenn die Subunternehmer und damit die Beschwerdegegner (als Zessionare) die Darlegungslast für die Anrechnungspositionen (anderweitiger Erwerb, ersparte Aufwendungen) träge, sei ihr Sachvortrag genügend substantiiert. Die Beschwerdeführerin habe indes unterlassen, darüber hinausgehenden anderweitigen Erwerb substantiiert zu behaupten. Es wäre auch an ihr gewesen, nicht nur den behaupteten Baustand bzw. die verbaute Summe zu bestreiten, sondern unter genauer Bezugnahme auf die Subunternehmerverträge und die amtliche Befundaufnahme konkret aufzuzeigen, inwieweit die Beschwerdegegner die Subunternehmer für noch nicht geleistete Arbeit entschädigt bzw. wo die Subunternehmer weitere Einsparungen erzielt hätten. Neben den von den Beschwerdegegnern zugestandenem seien keine weiteren Ersparnisse in Abzug zu bringen, sondern verblieben die geltend gemachten, abgetretenen Forderungen (von insgesamt Fr. 940'538.15). Mit Konkurseröffnung sei die Fälligkeit der Entschädigungsforderung der Subunternehmer, die ihre Grundlage in den vor Konkurs abgeschlossenen Werkverträgen haben, eingetreten; die in Art. 208 Abs. 1 SchKG erwähnte Ausnahme liege nicht vor. Die Kollokation der Forderungen im beantragten Umfang von Fr. 564'658.-- sei begründet.

## **E. 3**

Anlass zur vorliegenden Beschwerde gibt der Kollokationsplan im Konkurs der A.\_\_\_\_\_ AG als General-/Totalunternehmung, in welchem das Obergericht Forderungen der Beschwerdegegner auf Kollokationsklage hin zugelassen hat. Nach Auffassung der Vorinstanz sind (einzig) die Forderungen von Subunternehmern gegen die Gemeinschuldnerin (als Bestellerin in Konkurs), welche den Beschwerdegegnern abgetreten worden sind, begründet (E. 2.2).

## **E. 4**

Die Beschwerdeführerin macht zunächst im Wesentlichen geltend, dass der Streitgegenstand einer Kollokationsklage durch die Kollokationsverfügung definitiv fixiert

werde. Sie wirft dem Obergericht vor, die Kollokationsklage für Subunternehmer-Werklohnforderungen zu Unrecht gutgeheissen zu haben; diese als zedierte behaupteten Forderungen hätten das vorgerichtliche Kollokationsverfahren jedoch nicht durchlaufen, weshalb sie nicht mit Kollokationsklage durchgesetzt werden könnten. Die Vorinstanz habe die Regeln über Kollokationsverfahren und -klage verletzt.

#### **E. 4.1**

Der Gläubiger hat seine Forderungen innert eines Monats nach Bekanntmachung des Konkurses einzureichen ( Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ). Der notwendige Inhalt der Forderungseingabe des Gläubigers ( Art. 232 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ) beschränkt sich auf eine kurze Angabe des Schuldgrundes (wie etwa Lohn, Kauf, Darlehen, etc.) oder des Forderungstitels (vgl. LUSTENBERGER, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 9 zu Art. 232; HIERHOLZER, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 10 zu Art. 244; VOUILLOZ, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 9 zu Art. 232). Wird die eingegebene Forderung abgewiesen, kann der Gläubiger den Kollokationsplan gemäss Art. 250 Abs. 1 SchKG anfechten.

#### **E. 4.2**

Die Kollokationsklage bezieht sich auf die angemeldete Forderung (JAQUES, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 7 zu Art. 250). Als Kläger im Kollokationsprozess gegen die Masse kann der Gläubiger neue und andere Tatsachen sowie Beweismittel und Rechtsgründe geltend machen als bei der Konkurseingabe. Dieser Grundsatz über die Substantiierung der Kollokationsklage beruht auf der Rechtsprechung ( BGE 106 II 369 E. 3 S. 377) und wird in der Lehre bestätigt (u.a. JAQUES, a.a.O., N. 5 zu Art. 250; HIERHOLZER, a.a.O., N. 59 zu Art. 250; SPRECHER, in: Kurzkomentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 36 zu Art. 250; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. III, 2001, N. 83 zu Art. 250). Als Voraussetzung gilt, dass die Sachlage nicht völlig verschieden ist: Ausgeschlossen wäre, einen Schadenersatzanspruch aus Körperverletzung für eine Forderung geltend zu machen, die als Kaufpreis eingegeben wurde ( BGE 106 II 369 E. 3 S. 377; u.a. JAQUES, a.a.O., N. 5 zu Art. 250). Zulässig ist z.B. hingegen, mit Kollokationsklage ein Pfandrecht geltend zu machen, währenddem nur ein Retentionsrecht eingegeben worden ist (JAQUES, a.a.O., N. 5 zu Art. 250; vgl. BGE 43 III 755 E. 5a S. 765). Ein über den dargelegten Rahmen hinausgehender, blosser sachlicher Zusammenhang zwischen eingegebenem und eingeklagtem Anspruch genügt nicht (vgl. PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 16 zu Art. 227, Fn. 23; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur ZPO/ZH, 3. Aufl. 1997, N. 22 zu § 61, betreffend Klageänderung).

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die konkret angemeldeten Bauherrenforderungen der Beschwerdegegner aus General- und Totalunternehmerverträgen nicht zu Ansprüchen aus Subunternehmer-Werkverträgen "mutieren" könnten. In der Forderungsanmeldung Nr. 242 haben die Beschwerdegegner ihre Forderung mit nichtbezahlten Werklohnen an die Subunternehmer begründet, und in der Kollokationsverfügung wird festgehalten, dass die Gläubiger nicht nachgewiesen hätten, "dass sie in allfällige abgelöste Subunternehmerforderungen subrogiert seien". In den Forderungsanmeldungen Nr. 714,

715 und 725 wird festgehalten, die Gemeinschuldnerin habe die Subunternehmer nicht bezahlt und sie die betreffenden Beträge, welche sie zur Vermeidung zur Bauhandwerkerpfandrechten bzw. zu deren Streichung bezahlt habe, fordere.

#### **E. 4.4**

Mit ihren Eingaben haben die Beschwerdegegner zum Ausdruck gebracht, dass sie (auch) Forderungen aus dem Verhältnis der Gemeinschuldnerin mit den Subunternehmern zur Geltung bringen wollen. Wenn die Beschwerdegegner nun ihre Kollokationsklage auf Werklohnzessionen der Subunternehmer stützen, kann nicht von einer völlig verschiedenen Sachlage gesprochen werden, mit welcher die Forderungen geltend gemacht wird. Zudem hat die a.a. Konkursverwaltung "subrogierte Subunternehmerforderungen" abgewiesen, weshalb nicht ersichtlich ist, dass in der Kollokationsklage "andere Forderungen" zur Rede stehen sollen, nur weil die Beschwerdegegner ihre Gläubigerstellung nicht auf Legalzession, sondern auf (rechtsgeschäftliche) Zession stützen (vgl. JUNG, in: Kurzkomentar OR, 2014, N. 1, 7 zu Art. 110; LARDELLI, in: Kurzkomentar OR, 2014, N. 4 zu Art. 166). Aus dem Hinweis auf BGE 81 II 9 (E. 3 S. 15), wonach die Kollokationsklage über eine Forderung, die nicht eingegeben worden ist, unzulässig ist (vgl. bereits BGE 43 III 103 E. 2 S. 107), kann die Beschwerdeführerin im konkreten Fall genauso wenig für sich ableiten, wie aus der Rüge einer Gehörsverletzung, weil im konkreten Fall - wie gesehen - die Kollokationsklage die eingegebenen Forderungen erfasst. Der Schluss des Obergerichts, dass die Beschwerdegegner insoweit ihre Kollokationsklage (mit Bezug zur Forderungseingabe) im zulässigen Rahmen auf "neue und andere Tatsachen sowie Beweismittel und Rechtsgründe" gestützt haben, stellt keine Rechtsverletzung dar.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, dass das Obergericht angenommen habe, der Nichteintritt in die Verträge (gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG) durch die Konkursverwaltung stelle einen Rücktritt vom Werkvertrag gemäss Art. 377 OR dar. Die "Fiktion" des Rücktritts vom Werkvertrag (mit den Subunternehmern) sei unzulässig, und die a.a. Konkursverwaltung habe keinen derartigen Rücktritt erklärt. Die Fehlqualifikation führe dazu, dass sämtliche rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen dahinfielen und die Klage auf Kollokation der zedierten Subunternehmerforderungen unbegründet sei.

#### **E. 5.1**

Inwieweit Verträge im Falle des Konkurses einer Partei aufgelöst werden, richtet sich vorweg nach dem materiellen Recht ( Art. 211 Abs. 3 SchKG ; STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., Erg. 2017, N. 3 zu Art. 211a). Nach einhelliger Auffassung führt der Konkurs einer Partei des Werkvertrags - wie des Bestellers - nicht zur Vertragsauflösung (u.a. CHAIX, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl. 2012, N. 12 zu Art. 379; HUNKELER, Wirkung der Konkurseröffnung auf zweiseitige Verträge, insbesondere auf Werkverträge, BR 2002 S. 58), m.a.W. der Konkurs der A. \_\_\_\_\_ AG führt demnach nicht zur Auflösung der Werkverträge mit den Subunternehmern. Für Verträge, die trotz Konkurseröffnung weiterbestehen, gilt das Eintrittsrecht der Konkursverwaltung nach Art. 211 Abs. 2 SchKG. Die Konkursverwaltung hat das Recht, zweiseitige Verträge, die zur Zeit der Konkurseröffnung nicht oder nur teilweise erfüllt sind, anstelle des Schuldners zu erfüllen. Die Bestimmung findet auch Anwendung, wenn die Verpflichtung des Gemeinschuldners auf Geldzahlung gerichtet war ( BGE 104 III 84 E. 3a S. 89 f.).

## **E. 5.2**

Vorliegend steht verbindlich fest, dass die Konkursverwaltung am 21. Juni 2007 in von der Konkursitin abgeschlossene Verträge - einschliesslich Subunternehmerverträge - nicht eingetreten ist. Nach Auffassung des Obergerichts "gilt" der Nichteintritt der Konkursverwaltung in die laufenden Verträge mit den Subunternehmern als Beendigung des Werkvertrages, d.h. als Abbestellung gemäss Art. 377 OR (unter Hinweis auf PLENIO, Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung und schuldrechtliche Verträge im Konkurs, 2003, S. 209, sowie GAUTSCHI, Berner Kommentar, 1967, N. 13b zu Art. 378/379 OR, der von "Vermutung" der Abbestellung im Zeitpunkt der Konkureröffnung spricht). Die Vorinstanz lässt der Bestimmung von Art. 211 Abs. 2 OR insoweit eine materielle Wirkung zukommen, als sie den Nichteintritt mit einer Rücktrittserklärung (Abbestellung) im Sinne von Art. 377 OR verbunden hat. Allgemeine Wirkung von Art. 377 OR ist, dass dem Unternehmer als Schadenersatzanspruch das positive Vertragsinteresse (Erfüllungsinteresse) zuzuerkennen ist (u.a. CHAIX, a.a.O., N. 9, 12 zu Art. 377, mit Hinweis), weshalb das Obergericht auf dieser Grundlage die den Beschwerdegegnern zedierten Subunternehmerforderungen beurteilt hat.

## **E. 5.3**

Nach Rechtsprechung und Lehre enthält Art. 211 Abs. 2 SchKG keine materiellrechtliche Regelung ( BGE 104 III 84 E. 3b S. 90 f.); die Wirkung des Nichteintrittes besteht einzig darin, dass die Verpflichtung des Gemeinschuldners nicht zur Masseschuld wird und der Gläubiger nur noch konkursmässig (durch Dividende bzw. Anteil am Liquidationserlös) Befriedigung erhält ( BGE 104 III 84 E. 3b S. 91; u.a. JEANNERET, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 3 zu Art. 211; KREN KOSTKIEWICZ, Kommentar SchKG, 19. Aufl. 2016, N. 9 zu Art. 211). Wenn die Konkursverwaltung von der Möglichkeit der Vertragserfüllung im Sinne von Art. 211 Abs. 2 SchKG nicht Gebrauch macht, bedeutet das in keiner Weise, dass der Vertrag als solcher aufgelöst wird ( BGE 104 III 84 E. 3b S. 91). Der Nichteintritt bedeutet daher weder Kündigung noch Rücktritt als vertragsauflösende Institute des Vertragsrechts (WEYDMANN, Zweiseitige Verträge im Konkurs einer Vertragspartei, 1958, S. 42). Wenn bereits nach materiellem Recht der (Werk-) Vertrag durch den Konkurs nicht aufgehoben wird, kann die Konkursverwaltung hinsichtlich der Vertragsbeendigung nicht mehr Rechte haben (vgl. BGE 104 III 84 E. 3b S. 91; KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., N. 10 zu Art. 211; GILLIÉRON, Commentaire, a.a.O., N. 11, 22 zu Art. 211). Die Auffassung des Obergerichts ist insoweit nicht haltbar, als es den Nichteintritt der Konkursverwaltung gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG automatisch mit einer Rücktrittserklärung (Abbestellung) im Sinne von Art. 377 OR verbunden hat.

## **E. 5.4**

Zutreffend weist die Beschwerdeführerin auf Art. 83 OR hin, womit das Vorgehen im Falle einseitiger Zahlungsfähigkeit geregelt wird (u.a. GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. Aufl. 2012, Rz. 1744; DALLÈVES, Die Wirkungen des Konkurses der Verträge auf den Konkurs, SJK 1003a, 1987, S. 6; HUNKELER, a.a.O., S. 61, betreffend Konkurs des Bestellers).

### **E. 5.4.1**

Der Vertragspartner, der seine Leistung noch nicht (vollständig) erbracht hat, kann von seinem aus Art. 83 OR hervorgehenden Recht Gebrauch machen und seine (weitere) Leistung zurückhalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt worden ist. Wird die

Sicherheit nicht geleistet, kann der Unternehmer im Bestellerkonkurs - wie die solvente Vertragspartei allgemein (STAEHELIN, a.a.O., N. 5 zu Art. 211a) - den Rücktritt vom Vertrag gemäss Art. 83 Abs. 2 OR erklären, d.h. die versprochene Gegenleistung verweigern und allfällig bereits Geleistetes zurückfordern. Der nach Art. 83 Abs. 2 OR Zurücktretende kann jedoch keinen positiven Schadenersatz verlangen (u.a. DALLÈVES, a.a.O.; vgl. HUNKELER, a.a.O., S. 57, mit Hinweisen).

#### **E. 5.4.2**

Das Obergericht hat festgehalten, dass ein Rücktritt der betreffenden Subunternehmer vom Vertrag nach Art. 83 Abs. 2 OR nicht behauptet worden sei. Fristansetzung und Rücktrittsandrohung gemäss Art. 83 OR brauchen allerdings nicht ausdrücklich zu erfolgen, jedoch müssen sich aus den konkreten Umständen starke Indizien für ein solches Vorgehen ergeben (WEBER, Berner Kommentar, 2. Aufl. 2005, N. 76 zu Art. 83 OR). Ob sich im vorliegenden Fall ein Rücktritt der Subunternehmer annehmen lässt, ist nicht zu erörtern. Die Beschwerdeführerin stellt die Feststellung, dass ein Rücktritt nicht behauptet werde, nicht in Frage, sondern betont vielmehr, dass keiner der Subunternehmer vom Vertrag nach Art. 83 OR zurückgetreten sei. Allerdings geht die Beschwerdeführerin mit ihrer Argumentation fehl, wenn sie meint, die "Nichtanwendung von Art. 83 OR" führe dazu, dass die Subunternehmer keine Ansprüche hätten und allein deshalb die vorliegende Kollokationsklage abzuweisen wäre. Nach gängiger Auffassung sind die Subunternehmer nicht auf die Rechte aus Art. 83 OR beschränkt. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

#### **E. 5.5**

Im Fall, dass die Konkursverwaltung - wie hier - in einen laufenden Vertrag nicht eintritt (und der Gemeinschuldner selber den Vertrag ebenfalls nicht mehr erfüllt), kann der Vertragspartner auch am Vertrag festhalten (JEANNERET, a.a.O., N. 37 zu Art. 211).

##### **E. 5.5.1**

Gemäss einer festen und von der Lehre anerkannten Rechtsprechung kann der Vertragspartner im Konkurs eine seinem Erfüllungsinteresse entsprechende Forderung, d.h. das positive Vertragsinteresse geltend machen (DALLÈVES, a.a.O.; JEANNERET, a.a.O., N. 35 zu Art. 211: gestützt auf " Art. 107 Abs. 2 und Art. 211 Abs. 1 SchKG ", je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung), oder eine dem negativen Vertragsinteresse entsprechende Forderung eingeben ( Art. 107 Abs. 2, Art. 109 OR ); diese Rechte werden auch im Konkurs des Bestellers bestätigt (BETTSCHEART, La résiliation des contrats de construction, in: Journées suisses du droit de la construction 2009, 2008, S. 136). Nach der neueren Rechtsprechung bleibt eine vertragliche Forderung des Gläubigers (Vertragspartners) des Gemeinschuldners eine solche ( BGE 104 III 84 E. 3b S. 91), und wenn der Vertragspartner am Vertrag festhält, muss er weiterhin seine Leistung erbringen, wobei er indes (nach umstrittener Auffassung) nicht realiter zu erfüllen braucht (vgl. dazu STAEHELIN, a.a.O., N. 4 zu Art. 211a).

##### **E. 5.5.2**

Im Konkurs des Bestellers (A. \_\_\_\_\_ AG) haben die (Sub-) Unternehmer eine fällige Forderung ( Art. 208 Abs. 1 SchKG ) auf Geldleistung für Werklohn (BETTSCHEART, a.a.O.); auf deren Erfüllung ist das Interesse der Gläubiger gerichtet, auch wenn sie dafür im Konkurs nur eine Dividende bzw. konkursmässige Erfüllung erhalten können. In diesem Sinn erscheint mit Bundesrecht vereinbar, wenn das Obergericht (mit Hinweis auf GAUTSCHI, a.a.O., N. 13c zu Art. 378/379) im Ergebnis zugelassen hat, dass ein

Unternehmer mit Konkurseröffnung über den Besteller eine Forderung auf das Erfüllungsinteresse geltend machen kann, und - wenn er so vorgeht - sich anrechnen lassen muss, was er infolge Nichtvollendung des Werkes erspart hat. Wenn die Vorinstanz das Erfüllungsinteresse (positive Vertragsinteresse) der Subunternehmer gegenüber dem Besteller (A.\_\_\_\_\_ AG) nach der sog. Abzugsmethode (méthode de la déduction) ermittelt hat, ist das ebenfalls haltbar, denn es ist anerkannt, dass die im Rahmen von Art. 377 OR angewandte Methode grundsätzlich erlaubt, das positive Vertragsinteresse (Erfüllungsinteresse) zu ermitteln (vgl. E. 5.2). Nach dieser Methode bildet der vereinbarte Werklohn den Ausgangspunkt, der reduziert um die Ersparnisse (an Arbeit und Auslagen), welcher dem (hier: Sub-) Unternehmer durch die Nichtweiterführung des Werkes entsteht (u.a. CHAIX, a.a.O., N. 15 zu Art. 377; LEHMANN, in: Kurzkomentar OR, 2014, N. 7 zu Art. 377).

### **E. 5.5.3**

Das Obergericht hat in Anwendung dieser Methode selbst für den Fall, dass den Subunternehmern und damit den Beschwerdegegnern (als Zessionaren) - und nicht der Beschwerdeführerin - die Darlegungslast für die Anrechnungspositionen (anderweitiger Erwerb, ersparte Aufwendungen) auferlegt wird, deren Vorbringen für genügend substantiiert erachtet. Nach der konkreten Behauptungslage wäre es - so die Vorinstanz - Sache der Beschwerdeführerin gewesen, nicht nur den behaupteten Baustand bzw. die verbaute Summe zu bestreiten; sie hätte unter Bezugnahme auf die Subunternehmerverträge und die amtliche Befundaufnahme konkret aufzeigen müssen, inwiefern die Beschwerdegegner im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht erbrachte Werkleistungen der Subunternehmer entschädigt bzw. wo die Subunternehmer weitere Einsparungen erzielt hätten. Was die Beschwerdeführerin vorbringt, ist unbehelflich. Mit Blick auf das geltend machbare Erfüllungsinteresse kann von einer geradezu überraschenden bzw. gehörsverletzenden Rechtsanwendung nicht gesprochen werden. Soweit die Beschwerdeführerin argumentiert, die gesamte Begründung zufolge des "automatischen Werkvertragsrücktritts" falle vollumfänglich dahin, genügt dies nicht, um eine Rechtsverletzung darzutun. Die Subunternehmer können einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse geltend machen und letzteres kann von den Beschwerdegegnern als Zessionaren grundsätzlich eingeklagt werden: Die Beschwerdeführerin geht indes nicht darauf ein, inwiefern das Vorgehen der Vorinstanz, soweit sie sich im konkreten Fall zur Ermittlung des Erfüllungsinteresses auf die Abzugsmethode gestützt hat, mit Blick auf die konkrete Behauptungslage Bundesrecht verletzt haben soll. Sodann ist die Vorinstanz auf die Einwände betreffend Subunternehmerforderungen F.\_\_\_\_\_ SA, G.\_\_\_\_\_ SA und H.\_\_\_\_\_ SA eingegangen und hat - einerseits ausgehend von der Vertragssumme (Werklohn) und andererseits anhand von Beweismitteln (Abrechnungen) - die tatsächliche Relevanz der Einwände bzw. tatsächliche entschädigungspflichtige Arbeit beurteilt. Was die Beschwerdeführerin vorbringt, ist nicht geeignet, um vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellungen darzutun, welche auf Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 BGG, insbesondere Willkür ( Art. 9 BV ) beruhen sollen.

### **E. 5.5.4**

Unbehelflich ist ferner der Einwand der Beschwerdeführerin, dass eine Gläubigerstellung sich deshalb nicht auf (rechtsgeschäftliche) Zession stützen können soll, nur weil sie nicht auf Legalzession gestützt wird. Mit Bezug auf die Werklöhne (als Ausgangspunkt der Abzugsmethode) der Subunternehmer hat die Vorinstanz für das Erfüllungsinteresse unter

Berücksichtigung der Zahlungen der Gemeinschuldnerin einstweilen (ohne anderweitigen Erwerb und/oder Ersparnisse) auf die von der Beschwerdeführerin selber eingereichten Bauabrechnungen abgestellt. Weiter hat sie sich (betreffend Zahlungen) auf die Vorbringen in Klageantwort, Duplik sowie Berufungsantwort der Beschwerdeführerin gestützt. Ihre Rüge, die Vorinstanz habe zu Unrecht das in den AGB im GU-Vertrag zwischen A. \_\_\_\_\_ AG und der F. \_\_\_\_\_ SA vereinbarte Abtretungsverbot des Subunternehmers - und entsprechend für alle Subunternehmer - übergangen, geht fehl. Es handelt sich um neue tatsächliche Vorbringen, welche das Bundesgericht nicht berücksichtigen kann ( Art. 105 Abs. 1 BGG ); ebenso wenig kann Art. 99 BGG greifen, da nicht erst der vorinstanzliche Entscheid Anlass zu den Vorbringen betreffend die Zession der Subunternehmerforderungen gegeben hat. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf die mittlerweile zufällig in einem externen Geschäftsarchiv aufgefundenen Subunternehmerverträge beruft, aus welchen (gemäss AGB, Ziff. 18.5) die Abtretungsverbote hervorgehen sollen, geht es um erstmals vorgebrachte und unzulässige Noven ( Art. 99 BGG ). Dass die Abtretungen zu Gunsten der Beschwerdegegner formgültig erfolgt sind, beruht schliesslich auf tatsächlicher Würdigung der als Schriftstücke vorliegenden Abtretungsurkunden. Was die Beschwerdeführerin unter dem Titel "Nichtexistenz zedierte Forderungen/Zessionen" vorbringt, läuft im Wesentlichen auf eine eigene Darstellung der tatsächlichen Umstände und insoweit auf appellatorische Kritik hinaus, welche im vorliegenden Verfahren unbehelflich ist.

#### **E. 5.6**

Nach dem Dargelegten bleibt es beim - mit Bundesrecht vereinbaren - Ergebnis der Vorinstanz, wonach mit Blick auf das verlangte positive Vertragsinteresse abgetretene Forderungen (von insgesamt Fr. 940'538.15) verbleiben und die Kollokation der Forderungen im beantragten Umfang von Fr. 564'658.-- begründet ist.

#### **E. 6**

Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich (im Eventualbegehren Ziff. 2.2) die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen. Sie macht geltend, die Forderungen seien erst im Rahmen der Kollokationsklage begründet worden. Die Vorinstanz hat die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens ohne weitere Begründung "ausgangsgemäss" bzw. nach dem Unterliegen der Beschwerdeführerin auferlegt.

#### **E. 6.1**

Das Gericht kann vom Verteilungsgrundsatz nach Art. 106 ZPO abweichen und bei besonderen Umständen die Prozesskosten nach Ermessen, d.h. nach Billigkeitserwägungen verlegen (Art. 107 Abs. 1 lit. f. ZPO). In Bezug auf den Kollokationsprozess wird diese Möglichkeit - und damit das Vorliegen besonderer Umstände - bejaht, sofern eine eingegebene Konkursforderung mangels hinreichender Belegung nicht im Kollokationsplan aufgenommen und sodann der Nachweis erst verspätet im Rahmen einer Kollokationsklage im Sinne von Art. 250 SchKG nachgeholt wird. Dabei führt ein verspäteter Nachweis der eingegebenen Forderung alleine noch nicht zwingend zu einem Abweichen von der üblichen Kostenverteilung. Ausschlaggebend ist, ob die Verspätung des Forderungsnachweises einem Versäumnis des Gläubigers zuzuschreiben ist. Wenn dem im Kollokationsprozess obsiegenden Gläubiger der Beleg seiner Forderung bereits zuvor im Zeitpunkt des Entscheids der Konkursverwaltung möglich oder zumindest zumutbar

gewesen ist, sind diesem die Kosten des Kollokationsprozesses aufzuerlegen (JAQUES, a.a.O., N. 5 zu Art. 244, Art. N. 5 a.E., N. 51 zu Art. 250; SPRECHER, a.a.O., N. 62 zu Art. 250; KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., N. 13 zu Art. 232; VOCK/MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2012, S. 272, je mit Hinweis auf BGE 68 III 136 E. 2 S. 139).

## **E. 6.2**

Das Obergericht hat geschlossen, dass die Beschwerdegegner insoweit ihre Kollokationsklage (mit Bezug zur Forderungseingabe) im zulässigen Rahmen durch neue und andere Tatsachen sowie Beweismittel und Rechtsgründe geltend gemacht haben, und die Klage gestützt darauf gutgeheissen. Wenn die Vorinstanz die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens "ausgangsgemäss" zu Lasten der Beschwerdeführerin auferlegt hat, bedeutet dies allein noch nicht, dass Art. 107 ZPO nicht berücksichtigt worden wäre (vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 16 Rz. 37 a.E.). Die vorliegende Gutheissung der Kollokationsklage enthält indes Anhaltspunkte, dass eine Kostenverlegung nach den erwähnten Billigkeitserwägungen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO möglich ist. Weil die konkrete Anwendung der bundesrechtlichen Regeln nicht ohne weiteres nachvollziehbar ist, führt dies zur Aufhebung des vorinstanzlichen Kostenentscheides. Wie die Kosten- und Entschädigungsfolgen letztlich zu verlegen sind, ist eine Frage, welche im Ermessen des kantonalen Gerichts steht. In diesem Punkt ist die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **E. 7**

Nach dem Dargelegten ist der Beschwerde mit Bezug auf die vorinstanzliche Gutheissung der Kollokationsklage kein Erfolg beschieden. Hingegen ist die im angefochtenen Urteil in Dispositivziff. 2-5 getroffene Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des erst- und vorinstanzlichen Verfahrens aufzuheben. In diesem Punkt ist die Beschwerde gutzuheissen und die Sache zur Neubeurteilung an das Obergericht im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen.

Die aufgehobenen und neu zu beurteilenden Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens sind im Verhältnis zum Streitwert der Kollokationsklage von erheblicher Grössenordnung. Bei diesem Ausgang des bundesgerichtlichen Verfahrens rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin und den Beschwerdegegnern je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen (Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 1 und 5 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.