

ZH_OBERGERICHT NE140009 vom 7. September 2015

ZH Obergericht, 2015-09-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NE140009

FR: ZH_OBERGERICHT NE140009 du 7 septembre 2015

IT: ZH_OBERGERICHT NE140009 del 7 settembre 2015

Erwägungen

E. 1

Die Kläger schlossen als Immobilienpromotoren und einfache Gesellschafter mit der Beklagten am 20. Dezember 2005 eine Vereinbarung (Convention) über Infrastrukturarbeiten und die Erstellung von sechs Wohngebäuden (Nr. I- VI) mit je sieben Wohnungen in E._____ ab (Urk. 3/9). Hinsichtlich der Gebäude I und II war ein Erwerb durch die F._____ SA und eine anschliessende Vermietung der Wohnungen vorgesehen. Hinsichtlich des Gebäudes III wurde ein Erwerb durch die F._____ SA und ein anschliessender Verkauf der Wohnungen geplant, wobei die Kläger mit der Suche nach Käufern betraut wurden. Hinsichtlich der Gebäude IV bis VI war ein Erwerb durch die Kläger und ein anschliessender Verkauf der Wohnungen vorgesehen. In der Vereinbarung erklärten die Parteien, dass die (jeweiligen) Erwerber direkt mit der Beklagten Generalunternehmerverträge für die Errichtung ihrer Wohnungen, der Parkplätze, der gemeinsamen Räumlichkeiten und der (anteilmässigen) Infrastrukturarbeiten abschliessen würden (Urk. 3/9 S. 3).

E. 1.1

Erst- und zweitinstanzliches Verfahren richten sich nach der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Art. 404 f. ZPO).

E. 1.2

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

E. 1.3

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

311 CPC).

E. 1.4

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

- 14 - achten ist, dass kein Verstoss gegen das Novenverbot vorliegt, wenn eine Partei an einem bestimmten, vorinstanzlich bereits vertretenen Standpunkt lediglich sachbezogene Präzisierungen vornimmt, insbesondere dann nicht, wenn diese Präzisierungen bereits auf anderem Wege als durch Parteivortrag Eingang in die vorinstanzlichen Akten gefunden haben. Davon zu unterscheiden ist das eigentliche (unzulässige) Nachsubstantiieren einer Partei, die – trotz Ausübung der richterlichen Fragepflicht – ein substantiiertes Behaupten und Bestreiten bisher unterlassen hat. Unbeschränkt zulässig sind im Berufungsverfahren ferner neue Ausführungen rechtlicher Natur (BSK BGG-Meyer/Dormann, N 20 zu Art. 99 BGG; BK-Killias, N 7 zu Art. 229 ZPO; BSK ZPO-Willisegger, N 16 und N 21 zu Art. 229 ZPO; Reetz/Hilber, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 32 zu Art. 317 ZPO; Seiler, a.a.O., N 1237, mit Verweis auf einen Entscheid des OGer ZH vom 25. Mai 2012, PS120043, E. 3.6.2).

E. 2

Am 12. Juni 2007 wurde über die Beklagte während laufender Bauarbeiten der Konkurs eröffnet. Zu diesem Zeitpunkt standen im Gebäude V die Stockwerkeigentumseinheiten V-1 und V-2 sowie sämtliche Stockwerkeigentumseinheiten im Gebäude VI noch im Gesamteigentum der Kläger. Die Stockwerkeigentumseinheiten im Haus IV und die Stockwerkeigentumseinheiten V-3 bis V-7 hatten die Kläger bereits verkauft.

E. 2.1

Die Vorinstanz hielt dafür, mit der Klagebegründung könnten neue und andere Tatsachen, Beweismittel und Rechtsgründe als bei der Konkurseingabe und im Kollokationsverfahren vorgebracht werden. Dies gelte – da ein sachlicher Zusammenhang im Sinne von Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO zu bejahen sei – auch insoweit, als sich die Kläger auf zedierte Ansprüche berufen würden (Urk. 53 S. 11 f.). Die Beklagte hält im Berufungsverfahren an ihrer Auffassung fest, die Kläger seien "auf allen drei vorgenannten Ebenen an die Beträge in den Forderungsanmeldungen, deren rechtliche sowie deren tatsächliche Begründungen gebunden" (Urk. 57 Rz 1 ff., insb. Rz 11, ferner Rz 358 ff.).

E. 2.2

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann ein gegen die Masse klagender Gläubiger, dessen Forderung im Kollokationsplan abgewiesen wurde, seinen Anspruch auf andere als die in der Konkurseingabe angerufenen Gründe stützen (BGE 81 II 9, 14). Diese Ansicht wird von der herrschenden Lehre geteilt (BSK SchKG-Hierholzer, N 59 zu Art. 250 SchKG; KUKO-Sprecher, N 36 zu Art. 250 SchKG). Demzufolge stand es den Klägern frei, ihre im Konkurs angemeldeten Forderungen hinsichtlich des ihnen zugrundeliegenden Sachverhalts und Rechtsgrundes zu erweitern bzw. abzuändern.

E. 3

Bereits am 5. Dezember 2005 hatten die Parteien einen Totalunternehmervertrag über Infrastrukturarbeiten zu einem Preis von CHF 490'000.– abgeschlossen (Urk. 3/10). Die Generalunternehmerverträge über die schlüsselfertige Errichtung der Stockwerkeigentumseinheiten V-1 und V-2 zu einem Preis von CHF 247'559.– bzw. CHF 226'187.– datieren vom 7. Februar 2007 (Urk. 3/11 und Urk. 3/12). Hinsichtlich der sieben Stockwerkeigentumseinheiten im Gebäude VI liegen lediglich von der Beklagten am 4. Mai 2007 unterzeichnete Generalunternehmer-

- 5 - verträge bzw. entsprechende Offerten vor (Urk. 3/13 bis Urk. 3/19). Im Zeitpunkt der Konkurseröffnung waren die Stockwerkeigentumseinheiten V-1 und V-2 sowie das Gebäude VI noch nicht fertiggestellt (Urk. 1 Rz 41 f., Urk. 19 Rz 76; Urk. 3/25 S. 11). Gemäss Auffassung der Kläger waren auch die Infrastrukturarbeiten noch nicht vollständig abgeschlossen, da noch Abbrucharbeiten und die gedeckten Autoabstellplätze ausstanden (Urk. 1 Rz 78). Am 8. Juni 2007 wurden die Bauarbeiten aufgrund der Schwierigkeiten der Beklagten auf unbestimmte Zeit eingestellt (Urk. 1 Rz 34, Urk. 19 Rz 73; Urk. 3/24 S. 3).

E. 3.1

Gewisse, zwischen den Parteien kontroverse Rechtsfragen sind vorab zu erörtern. Dabei ist zu beachten, dass die Beklagte sowohl als Unternehmerin (im Verhältnis zu den Klägern) als auch als Bestellerin (im Verhältnis zu den Subunternehmern) auftrat. Die Kläger traten zwar nur gegenüber der Beklagten als Besteller auf. Soweit sie aus Subrogation oder Zession Ansprüche der Subunternehmer gegenüber der Beklagten erheben, berufen aber auch sie sich auf Unternehmerrechte.

E. 3.2

Die Vorinstanz erwog, gemäss Art. 211 Abs. 1 SchKG werde die Realforderung des Gläubigers des Gemeinschuldners in eine Geldforderung von entsprechendem Wert umgewandelt. Diese Forderung sei mit der ursprünglichen vertraglichen Forderung gleichzusetzen. Bei noch nicht vollständig erfüllten Werkverträgen habe dies zur Folge, dass der Besteller zwar für das Werk Vergütung schulde, doch "bezahle" er diese, indem sich seine Umwandlungsforderung gegen die Konkursmasse entsprechend reduziere (unter Verweis auf Hunkeler, Wirkungen der Konkurseröffnung auf zweiseitige Verträge, insbesondere Werkverträge, BR 2002, S. 61). Massgebend für die Höhe der Konkursforderung sei das Erfüllungsinteresse des Konkursgläubigers, d.h. das sog. positive Interesse (unter Verweis auf BGE 48 III 158). Demnach sei zu berechnen, welchen (hypothetischen) Stand das Vermögen des Konkursgläubigers aufweisen würde, hätte der Gemeinschuldner seine Realleistung gehörig erfüllt (Urk. 53 S. 14).

E. 3.3

Die Beklagte hält in der Berufungsantwort dafür, im Konkursfalle werde grundsätzlich der Erfüllungsstand per Konkurseröffnung abgerechnet, als ob dieser Erfüllungsstand dem Vertragssoll entsprochen hätte. Dabei kämen nicht die Regeln der Leistungsstörungen gemäss Art. 97 ff. OR zur Anwendung, da eine Leistungsstörung gerade nicht vorliege. Im Konkurszusammenhang könne nur insofern von einem positiven Interesse gesprochen werden, als sich dieses per Konkurseröffnung berechne und keine

Leistungsstörungskomponenten (Verzugs- schaden etc.) enthalte (Urk. 57 Rz 227 f., Rz 30). Im Konkurs würden daher nicht die zukünftigen, noch beidseitig ausstehenden Leistungserbringungen abgerechnet. Da infolge Konkurs kein Schadenersatz geschuldet werde, seien weder konkursbedingte Mehrkosten noch ein Verspätungsschaden oder entgangener Gewinn ersatzfähig. Wer zudem mangels Rücktritt vom Vertrag gemäss Art. 83 Abs.

- 16 - 2 OR die Erfüllung per Fertigstellung "ad futurum" verlange, müsse selber bereits vollständig erfüllt haben oder seine eigene Erfüllung realiter und Zug um Zug anbieten. Da diesbezüglich die Austauschtheorie, nämlich die gegenseitige Realerfüllung unter Aufrechterhaltung des Vertrages gelte, sei der Vertragspartner des Gemeinschuldners regelmässig nicht daran interessiert, müsste er doch seine Leistung der Konkursmasse im vollen Wert vergüten, bekäme im Gegenzug jedoch nur eine reduzierte Dividende als Gegenleistung. Wer demzufolge die Fertigstellungskosten – nach Umwandlung der per Konkurseröffnungszeitpunkt vertraglich vereinbart gewesenen Fertigstellungswerkleistungen ("SOLL-Werk") in eine Fertigstellungsersatzforderung – brutto einfordere, müsse dieselbe Fertigstellung der Gemeinschuldnerin, d.h. der Konkursmasse, brutto real bereits bezahlt haben oder nachbezahlen. Mit dem Erfüllungsinteresse könne daher nur dasjenige per Konkurseröffnungszeitpunkt gemeint sein. Was demnach übrig bleibe, sei nicht das aus der heutigen Terminologie der Leistungsstörungen stammende Erfüllungsinteresse bzw. positive Vertragsinteresse, sondern eine Abrechnung des "Status Quo", d.h. per Stichtag der Konkurseröffnung, als ob das per Konkurseröffnung vorhandene "IST-Werk" das vertraglich geschuldete "SOLL-Werk" darstellte (Urk. 57 Rz 21 ff., Rz 97; ähnlich bereits Urk. 19 Rz 253, Rz 298 und Rz 430). Bereits vor Vorinstanz liess die Beklagte verlauten, die von den Klägern "angedachten Verrechnungen" könnten aufgrund von Art. 213 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nicht stattfinden (Urk. 33 Rz 791, Rz 828, Rz 855 und Rz 947 ff.). Zur Lage der Subunternehmer führte die Beklagte in der Berufungsantwort aus, diese würden hinsichtlich ihrer im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht erbrachten Bauleistungen über keine Konkursforderungen sondern lediglich über vertragliche, zukünftig abzuwickelnde Ansprüche, verfügen, die auf dem gegenseitigen Austausch von Werkleistung und Werkhonorar basierten. Diese gegenseitigen Ansprüche auf Vertragserfüllung könnten nicht einseitig abgetreten werden. Insbesondere würden mit der Konkurseröffnung nicht, wie die Kläger behaupteten, Werklohnansprüche der Subunternehmer für noch nicht erbrachte Werkleistungen per Fertigstellung automatisch gemäss Art. 208 Abs. 1 SchKG fällig, da diese Forderungen gar noch nicht existierten. Deren Entstehung sei von der Vorleistung der Werkleistung durch die Subunternehmer abhängig, die gar

- 17 - nicht mehr erfolgt sei, und – mangels Eintritts in das jeweilige Vertragsverhältnis – auch nicht mehr habe erfolgen können (Urk. 57 Rz 32 ff., insb. Rz 38 und Rz 39, Rz 77 ff.).

E. 3.4

Die Kläger halten die von der Beklagten zum Erfüllungsinteresse gemäss Art. 211 SchKG und zur Verrechnung gemäss Art. 213 SchKG angestellten Überlegungen für falsch. Die Beklagte wolle ohne nähere Begründung fundamentale Konzepte des SchKG in Abweichung von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung neu definieren (Urk. 61 S. 2 ff.). Was die Subunternehmer angehe, könnten diese im Konkurs des Generalunternehmers gemäss Art. 208 Abs. 1 SchKG unabhängig vom Stand der Vertragserfüllung ihre gesamte, noch nicht bezahlte Werklohnforderung als

Konkursforderung geltend machen. Der Verzicht der Konkursmasse auf Eintritt in die noch nicht vollständig erfüllten zweiseitigen Verträge führe zu keiner Kürzung der Ansprüche der Unternehmer auf vollen Werklohn, auch wenn der Verzicht der Konkursmasse dazu führe, dass der Sub- unternehmer seine Leistung nicht mehr realiter erfüllen müsse oder dürfe (Urk. 52 Rz 34, Urk. 61 Rz 29). Die Auffassung der Beklagten, wonach eine Subrogation gemäss Art. 110 Ziff. 1 OR vom Bestand einer subrogierten Forderung resp. von einem real existierenden Baustand abhängig sei, treffe nicht zu (Urk. 26 Rz 361, Urk. 61 Rz 30). Befriedige der Drittpfand Eigentümer den Gläubiger, so gehe das Forderungsrecht von Gesetzes wegen auf ihn über (Art. 827 Abs. 2 ZGB). Auch die Kläger könnten deshalb unabhängig vom Stand der Bauarbeiten bei Konkursöffnung als Rechtsnachfolger der Subunternehmer durch Subrogation deren gemäss Art. 208 Abs. 1 SchKG fälligen Forderungen im Umfange ihrer Zahlungen an die Subunternehmer gegen die Beklagte geltend machen (Urk. 52 Rz 35). Auch könnten solche Forderungen gemäss der Gegenausnahme zur Ausnahmebestimmung von Art. 213 Abs. 2 Ziffer 1 SchKG mit Forderungen der Beklagten verrechnet werden (Urk. 26 Rz 361), auch wenn der Schuldner sämtliche Einreden gegen die Forderung behalte (Urk. 61 Rz 40). Entgegen der Auffassung der Kläger würden keine Vertragsverhältnisse sondern Ansprüche auf (vollen) Werklohn abgetreten, was zulässig sei (Urk. 61 Rz 26 ff.).

- 18 -

E. 3.5

Der Auffassung der Beklagten kann, was das Erfüllungsinteresse und die Kompensationsmöglichkeiten der Gläubiger des Konkursiten anbelangt, nicht beige pflichtet werden:

E. 3.5.1

Die Kläger sind Besteller werkvertraglicher Leistungen und verfügten gegenüber der Beklagten im Zeitpunkt der Konkursöffnung über Realforderungen, soweit die Beklagte die geschuldeten Leistungen, die Herstellung und Ablieferung der vertraglich vereinbarten Werke, noch nicht erbracht hatte. Tritt die Konkursverwaltung – wie hier – nicht in den Vertrag ein, werden solche Realforderungen im Falle des Konkurses des Unternehmers in Geldforderungen von entsprechendem Wert umgewandelt (Art. 211 Abs. 1 SchKG).

E. 3.5.2

Für die Berechnung der Realforderung ist das Erfüllungsinteresse, d.h. das positive Vertragsinteresse massgebend (BGE 48 III 158, 160; 32 II 533, 537; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetriebsrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 42 Rz 33; CR-Jeanneret, N 8 und N 35 zu Art. 211 LP; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, Lausanne 2001, N 15 zu Art. 211 LP; Hunkeler, a.a.O., S. 56). Es soll durch Entschädigung in Geld derjenige Zustand hergestellt werden, der dem Werte nach der Realerfüllung möglichst gleichkommen soll (Fritzsche/Walder, Schuldbetrieb und Konkurs, Band II, Zürich 1993, § 42 Rz 17). Es geht also um den Vergleich zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand und dem hypothetischen Vermögensstand bei richtiger Vertragserfüllung (BK-Weber, N 210 zu Art. 97 OR, N 166 zu Art. 99 OR). Wohl ist der Tag der Konkursöffnung der massgebende Zeitpunkt für die Umrechnung (BSK SchKG-Schwob, N 1 zu Art. 211 SchKG). Die Konkursöffnung bewirkt aber weder eine Änderung bestehender noch die Entstehung neuer vertraglicher Ansprüche. Die Forderung bleibt daher eine Forderung auf Gegenleistung aus einem Vertrag, umgerechnet in eine

Geldzahlung, weshalb sie auch allfällige Gewinnansprüche des Gläubigers mit einschliesst (BSK SchKG-Schwob, N 12 zu Art. 211 SchKG, mit weiteren Hinweisen). Zum Erfüllungsinteresse gehören aber auch Mehrkosten, wenn der Besteller sich das vom Unternehmer geschuldete Werk anderweitig (Ersatzgeschäft) teurer beschaffen muss (für den sog. Deckungskauf: Weydmann, Zweiseitige Verträge im Konkurs einer Vertragspartei, Diss. Zürich 1958, S. 62; ferner: BK-Weber, N 177-179 zu Art. 107 OR; BK-Giger,

- 19 - N 31 zu Art. 191 OR; BK-Koller, N 603 und N 605 zu Art. 366 OR). Es kann daher keine Rede davon sein, dass nur der Erfüllungsstand per Konkurseröffnung abgerechnet wird und dass die noch nicht erfüllten Teilleistungen ausser Betracht fallen, indem das per Konkurseröffnung bestehende "Ist-Werk" zum vertraglichen "Soll-Werk" wird. Für einen über das Erfüllungsinteresse hinausgehenden Schaden wird die Konkursmasse mangels Verschuldens hingegen nicht ersatzpflichtig.

E. 3.5.3

Die Beklagte verweist auf die "Austauschtheorie" und hält dafür, wenn die Kläger die Erfüllung per Fertigstellung "ad futurum" verlangten, müssten sie der Konkursmasse ihre eigene Leistung real ungeschmälert erbracht haben bzw. erbringen und sich im Gegenzug mit einer reduzierten Konkursdividende begnügen (Urk. 57 Rz 24 f.). Diese Auffassung ist nicht richtig, und zwar unabhängig davon, ob im Konkursfall die solvente Vertragspartei ihre Leistung im Sinne der Austauschtheorie realiter erbringen muss oder ob sie gemäss der Differenztheorie ihre Leistung mit der Gegenleistung des Konkursiten (nicht bloss mit der Dividende) verrechnen und bloss die Differenz eingeben kann (Stahelin, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, AJP 13 [2004] 375 f.). Schuldet der Konkursgläubiger – wie hier – eine Geldleistung, führen Austausch- und Differenztheorie zum gleichen Ergebnis. Nach der Austauschtheorie stehen sich die ursprüngliche Geldforderung der Beklagten und die gemäss Art. 211 Abs. 1 SchKG umgewandelte Geldforderung der Kläger zur Verrechnung gegenüber (BSK OR I-Wiegand, N 55 zu Art. 97 OR; Gauch/Schluop/Emmenegger, OR/AT, 10. Aufl., Zürich 2014, N 2779 ff.). Die Beklagte beruft sich im Zusammenhang mit umgewandelten Geldforderungen zu Unrecht auf das Verrechnungsverbot gemäss Art. 213 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG (Urk. 33 Rz 947). Lediglich die Naturalforderung des Gemeinschuldners bliebe von der Kompensation ausgeschlossen. Sofern der Gemeinschuldner vom Gläubiger aber Geld zu fordern hat, ist die geforderte Gleichartigkeit aufgrund der Umwandlung der Konkursforderung in Geld stets gegeben (BSK SchKG-Stäubli, N 12 zu Art. 213 SchKG). Die Kläger wurden nicht erst nach der Konkurseröffnung Gläubiger der Beklagten. Der Rechtsgrund für die (umgewandelte) Forderung ist vor der Konkurseröffnung eingetreten, weshalb ein Verrechnungsverbot gemäss Art. 213 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nicht besteht (BSK SchKG-Stäubli, N 18 zu Art. 213 SchKG). Rechtsprechung und Lehre gehen in der hier vorliegenden

- 20 - Konstellation denn auch von der Verrechenbarkeit einer nach Art. 211 Abs. 1 SchKG umgewandelten Forderung aus (BGer 5A_175/2010 E. 3.3.2; Hunkeler, a.a.O., S. 61; Guldener, in: Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, Zürich 1968, S. 67; Gilliéron, a.a.O., N 15 zu Art. 213 LP; KUKO-Peter, N 8 zu Art. 213 SchKG). Eine allfällige Differenz zugunsten des Gläubigers ist als Konkursforderung anzumelden (Plenio, Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung und schuldrechtliche Verträge im Konkurs, Diss. St. Gallen 2003, S. 67).

E. 3.6

Hinsichtlich der Stellung und der Ansprüche der Subunternehmer im Konkurs kann beiden Parteien nicht gefolgt werden. Weder die Auffassung der Kläger, eine Kürzung dieser Ansprüche im Konkurs finde nicht statt, noch der Standpunkt der Beklagten, es bestünden keine Ansprüche für im Zeitpunkt der Konkursöffnung noch nicht erbrachte Bauleistungen, die abgetreten werden könnten, erweist sich als zutreffend.

E. 3.6.1

Die Konkursverwaltung hat das Recht, zweiseitige Verträge, die zur Zeit der Konkursöffnung nicht oder nur teilweise erfüllt sind, anstelle des Schuldners zu erfüllen (Art. 211 Abs. 2 SchKG). Diese Bestimmung findet auch Anwendung, wenn die Verpflichtung des Gemeinschuldners auf Geldzahlung gerichtet war (BGE 104 III 84 E. 3a S. 89 f.). Ein Eintritt in die Subunternehmerverträge ist hier nicht erfolgt (Urk. 57 Rz 32). Die Auswirkungen des Konkurses auf die Verträge des Gemeinschuldners beurteilen sich in erster Linie nach dem materiellen Recht (BGer 5C.97/2006 E. 2.3.3). Auch mit Bezug auf die Subunternehmer gilt daher, dass sich die Wirkungen der Konkursöffnung auf laufende Verträge aus den materiellrechtlichen Bestimmungen über die Nichterfüllung von Verträgen sowie ggf. aus Bestimmungen des besonderen Teils des OR ergeben (BSK SchKG-Schwob, N 6 zu Art. 211 SchKG). Das Gesetz sieht für den Fall, dass der Besteller in Konkurs gerät, keine spezifische Auflösungsbestimmung für den Werkvertrag vor (Hunkeler, a.a.O., S. 58; Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N 758). Der Konkurs des Bestellers ist insbesondere nicht unter Art. 378 OR zu subsumieren, denn die Konkursverwaltung könnte, wenn sie wollte, den Vertrag erfüllen. Ein Rücktritt der Subunternehmer vom Vertrag gemäss Art. 83 Abs. 2 OR wurde nicht behauptet. Auch die Beklagte geht davon aus, dass

- 21 - "sämtliche Werkverträge" weiter gelten bzw. durch die Konkursöffnung in ihrer zivilrechtlichen Wirksamkeit nicht tangiert werden (Urk. 19 Rz 461). Bereits Guldener plädierte aber dafür, nicht nur dem Vertragsgegner gestützt auf Art. 83 OR sondern auch der Konkursverwaltung das Recht der Vertragsauflösung zuzugestehen, wenn sie es ablehnt, in den Vertrag einzutreten (in: Fritzsche, a.a.O., Fn 103, S. 66 ff., Ziff. 3.e in fine).

E. 3.6.2

Der Besteller kann denn auch, solange das Werk unvollendet ist, gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten (Art. 377 OR). Es handelt sich um eine Schadenersatzpflicht aus rechtmässiger Vertragsauflösung bzw. um eine Ersatzpflicht für erlaubte Schädigung, der keine Vertragsverletzung zugrunde liegt (Gauch, a.a.O., N 543 und N 545). Eine entsprechende Bestimmung enthält Art. 184 Abs. 1 SIA-Norm 118. Die Rücktrittserklärung bedarf keiner besonderen Form, weshalb der Rücktritt selbst durch schlüssiges Verhalten erklärt werden kann (ZK-Bühler, N 24 zu Art. 377 OR). Lehnt die Konkursverwaltung die Vertragserfüllung im Sinne von Art. 211 Abs. 2 SchKG ab (Nichteintritt), verzichtet sie also auf die Beendigung des Werkes, liegt ein Rücktritt vom Vertrag im Sinne von Art. 377 OR vor. Dem Unternehmer ist als Konkursforderung das positive Vertragsinteresse (Erfüllungsinteresse) mitsamt dem entgangenen Gewinn zuzuerkennen (Plenio, a.a.O., S. 209; BK-Gautschi, N 13b+c zu Art. 378/379 OR), da der Unternehmer – und zwar unabhängig vom Verschulden des Bestellers – so gestellt werden soll, wie wenn der Vertrag erfüllt worden wäre (BGE 117 II 273 E. 4.b S. 277; BSK OR I-Zindel/Pulver, N 15 zu Art.

377 OR; Gauch, a.a.O., N 546 f.). Dies entspricht der Rechtslage für umzuwandelnde Realforderungen (Erw. III/3.5.2). Im bereits zitierten Bundesgerichtsentscheid wurde der (den Vertrags- eintritt ablehnenden) Konkursverwaltung im Konkurs des Mieters nur deshalb kein Recht zur Vertragsauflösung zugestanden, weil es im materiellen Recht an einer entsprechenden Grundlage fehlt und das OR lediglich dem Vermieter ein Recht zur Vertragsauflösung zuerkennt (BGE 104 III 84 E. 3b S. 90 f.). Im Werkvertrags- recht verhält es sich anders. Nicht die Ablehnung im Sinne von Art. 211 SchKG, sondern die damit verbundene Rücktrittserklärung ("Abbestellung") im Sinne von Art. 377 OR führt zur Beendigung des Werkvertrags. Zu einer Massaforderung

- 22 - wird der Anspruch aus Art. 377 OR deshalb nicht, hat die Konkursverwaltung es doch abgelehnt, in den Vertrag einzutreten.

E. 3.6.3

Der nach Art. 377 OR zurücktretende Besteller schuldet daher nicht nur die Vergütung der bereits geleisteten Arbeit. Vielmehr hat er den Unternehmer so zu stellen, wie er im Ergebnis stände, wenn er gegen Vollendung des Werkes auch den Rest der Vergütung erhalten hätte (Gauch, a.a.O., N 546). Insofern trifft es zu, dass die Forderung des (Sub-)Unternehmers nicht auf denjenigen Teil des Werklohnes beschränkt ist, für welchen er seine eigene Sachleistung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits erbracht hat (Urk. 52 Rz 205).

E. 3.6.4

Ob die konkrete Berechnung des Erfüllungsinteresses nach der Additi- onsmethode oder nach der Abzugsmethode zu erfolgen hat, ist in der Lehre um- stritten (Gauch, a.a.O., N 546 ff.; BSK OR I-Zindel/Pulver, N 16 f. zu Art. 377 OR; ZK-Bühler, N 29 ff. zu Art. 377 OR; CHK-Hürliemann/Siegenthaler; N 5 zu Art. 377 OR; Koller, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich 2015, N 1056). Nach der Additionsmethode (positive Berechnungsmethode) werden die gesamten tatsäch- lichen Auslagen des Unternehmers für die ausgeführten Arbeiten ermittelt und dazu der Bruttogewinn geschlagen, der bei Fertigstellung des Werkes erzielt wor- den wäre. Dieser Gewinn ist aufgrund des Vertrags oder auch anhand von Tari- fen, sonstigen Anhaltspunkten oder der Bücher des Unternehmers zu bestimmen (BGE 96 II 192 E. 2b S. 196). Doch muss sich der Unternehmer an den (ver- schuldensunabhängigen) Schadenersatzanspruch anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner freigewordenen Kräfte (namentlich der freigewordenen Arbeitskräfte und Maschinen) tatsächlich erworben oder was zu erwerben er absichtlich unterlassen hat. Der (anderweitige) tatsächliche Erwerb verringert den Schaden des Unternehmers und führt schon deshalb zu einer Ver- minderung des Ersatzanspruchs. Die Beweislast für den anderweitigen oder ab- sichtlich unterlassenen Erwerb und dessen Höhe liegt beim Besteller (Gauch, a.a.O., N 549; BSK OR I-Zindel/Pulver, N 15 zu Art. 377 OR; BK-Gautschi, N 15c zu Art. 378/379 OR). Nach der Abzugsmethode wird vom vereinbarten Werklohn die vom Unternehmer infolge der Nichtbeendigung der Arbeit erzielte Ersparnis sowie der anderweitig erzielte oder versäumte Gewinn abgezogen (BGE 96 II 192 E. 2a S. 196; Gauch, a.a.O., N 551). Sie ist praktischer und einfacher (Honsell,

- 23 - Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 2010, S. 289). Entge- gen der Darstellung der Kläger kann somit nicht gesagt werden, der Subunter- nehmer könne im Konkurs des Generalunternehmers unabhängig vom Stand der Vertragserfüllung seine

gesamte noch nicht bezahlte Werklohnforderung tel quel geltend machen (Urk. 52 Rz 34) bzw. der Verzicht der Konkursmasse auf Ver- tragseintritt führe zu keiner Kürzung der Ansprüche der Unternehmer auf vollen Werklohn (Urk. 61 Rz 29).

E. 3.6.5

Ebenso uneinheitlich präsentiert sich die Lage bei der Beweislastver- teilung, insbesondere bei der Abzugsmethode. Nach Gauch, der für die Additi- onsmethode plädiert, hat die Wahl der Methode Auswirkungen auf die Beweislast, weil bei Anwendung der Abzugsmethode der Besteller mit dem Nachweis der vom Unternehmer ersparten Kosten belastet werde (Gauch, a.a.O., N 552, vgl. aber auch die von Gauch in Fn 335 erwähnte Rechtsprechung in Deutschland [BGHZ 140, 266 f.], die dem Unternehmer auch bei der Abzugsmethode die Behaup- tungslast für ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb zuweist; Gauch, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1991, N 11 zu Art. 184). Ge- gen eine Änderung der Beweislast plädieren andere Autoren (BSK OR I-Zindel/ Pulver, N 22 zu Art. 377 OR, Honsell, a.a.O., S. 288 f., und neuerdings Spiess/ Huser, Stämpflis Handkommentar zur Norm-SIA 118, N 19 zu Art. 184, die dem Unternehmer die Beweislast hinsichtlich der vertraglichen Gesamtvergütung und der Einsparungen auf nicht ausgeführten Leistungen zuweisen). Für Koller trifft den Unternehmer die Beweislast für die Höhe der Vergütung, die er im Falle voll- ständiger Erfüllung zugut gehabt hätte, und den Besteller die Beweislast für die in Abzug zu bringenden Posten (ersparte Aufwendungen, Ersatzerwerb). Trotzdem weist er die Darlegungslast dem Unternehmer zu, indem dieser namentlich die in- folge der unterbliebenen Werkvollendung ersparten Aufwendungen zu umschrei- ben und zu beziffern habe, weil der Besteller zur Aufstellung substantiiertes Be- hauptungen nicht in der Lage sei (Koller, a.a.O., N 1055).

E. 3.6.6

Das Bundesgericht hat offen gelassen, welcher Methode der Vorzug gebührt und ausgeführt, dass für die Wahl die Umstände des konkreten Falles, insbesondere die Beweismöglichkeiten massgebend sind (BGE 96 II 192 E. 5b S. 197). Es hat in der Folge dargelegt, dass im beurteilten Fall beide Methoden zum

- 24 - gleichen Ergebnis führen (E. 7 S. 198 f.). Ein Teil der Lehre will dem Unternehmer die Wahl der Berechnungsmethode überlassen, nachdem der Besteller das Recht hat, jederzeit willkürlich vom Vertrag zurückzutreten (ZK-Bühler, N 40 zu Art. 377 OR; CR CO I-Chaix, N 16 zu Art. 377 CO; BK-Gautschi, N 15 zu Art. 377 OR). Soweit die SIA-Norm 118 vereinbart wurde, gilt aufgrund der Formulierung von Art. 184 Abs. 2 die Abzugsmethode, d.h. die Schadloshaltung entspricht der Ver- gütung, die der Unternehmer bei Ausführung der vereinbarten Arbeiten hätte be- anspruchen können, abzüglich der Aufwendungen, die er wegen des Rücktritts des Bauherrn ersparen konnte. Dass bei Anwendung von Art. 184 Abs. 2 SIA- Norm 118 der Bauherr bei einem vorzeitigen Vertragsrücktritt grundsätzlich den vereinbarten Werklohn zu bezahlen habe und vom Unternehmer ersparte Beträge nur abzuziehen seien, wenn sie vom Bauherrn, also vom Besteller, nachgewiesen werden könnten, hat das Bundesgericht nicht als bundesrechtswidrig taxiert (BGer 4C.216/2003 E. 2.6). Die deutsche Rechtsprechung steht – wie bereits an- getönt – auf einem anderen Standpunkt, indem sie dem Unternehmer die Be- hauptungs- und Beweislast für Art und Höhe von ersparten Aufwendungen und anderweitigem Erwerb zuweist mit der Begründung, dass in der Regel nur der Un- ternehmer in der Lage ist, die Differenz zwischen vereinbarter Vergütung einer- seits und

ersparten Aufwendungen und anderweitigem Erwerb andererseits darzulegen und zu beziffern (BGHZ 140, 263 ff.). Gegen diese Rechtsprechung wurden wiederum Bedenken geäussert (Staudinger/Peters/Jacoby, Rz 47 ff. zu § 649 BGB). In BGE 98 II 113 E. 4 S. 117 f. hat das Bundesgericht zudem erkannt, dass der Unternehmer seinen Anspruch auf Schadloshaltung zwar zu substantiieren, aber nicht alle erbrachten Leistungen im Einzelnen darzutun habe, wenn das Werk beim Rücktritt des Bestellers kurz vor der Vollendung stand.

3.7.1 Wie bereits ausgeführt, ist der Besteller, der vom Werkvertrag zurücktritt, nicht nur zur Vergütung der geleisteten Arbeit sondern auch zur vollen Schadloshaltung des Unternehmers verpflichtet. Ein Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) steht dem Unternehmer zur Sicherung seiner Schadenersatzforderung jedoch nicht zu, da es sich nicht um einen Vergütungsanspruch handelt. Dies führt dazu, dass der Vergütungsanspruch "für die bereits geleistete Arbeit" so oder so ermittelt werden muss,

- 25 - wenn es um die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes geht, da ein gesetzlicher Pfandanspruch nur hierfür besteht (Gauch, a.a.O., N 545 und N 552; Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, N 444 und N 446; CR CO I-Chaix, N 9 zu Art. 377 CO; ZR 79 [1980] Nr. 80 S. 152). Dies gilt auch, wenn sich die Forderung des Unternehmers, z.B. gestützt auf Art. 184 Abs. 1 SIA-Norm 118, nach der Abzugsmethode berechnet. Von der nach der Abzugsmethode berechneten Forderung ist nur derjenige Teil pfandberechtigt, mit welchem die erbrachten Bauleistungen vergütet werden (Schumacher, a.a.O., N 446).

3.7.2 Mit der Beklagten (Urk. 57 Rz 82), aber entgegen der Auffassung der Kläger (Urk. 52 Rz 35) ist die geleistete Arbeit (Baustand) im Zusammenhang mit Subrogationen zu beachten. Befriedigt der Dritteigentümer den Gläubiger (Art. 827 Abs. 1 ZGB), löst er mit anderen Worten das Grundpfand ab, so geht die Forderung von Gesetzes wegen auf ihn über (Art. 827 Abs. 2 ZGB; Art. 110 Ziff. 1 OR). Dieser Vorgang wird als Subrogation bezeichnet, wofür die Ablösung eines erst vorläufig eingetragenen Baupfandrechtes genügt (Schumacher, a.a.O., N 1658). Da die Ablösung eine durch Grundpfand sichergestellte Forderung voraussetzt, ein Baupfandrecht bzw. die Pfandberechtigung aber letztlich immer nur im Umfange der Vergütungsforderung für tatsächlich geleistete Arbeit bestehen kann, kann auf dem Wege der Subrogation auch nur eine Vergütungsforderung für pfandberechtigte Bauarbeiten auf den zahlenden Dritteigentümer übergehen. Andere Unternehmerforderungen sind der Subrogation nicht zugänglich. Die Beweislast für den Bestand des Ablösungsrechts wie auch für die Bezahlung des Gläubigers trägt der zahlende Dritte (BSK ZGB II-Ernst/Zogg, N 23 zu Art. 827 ZGB). Soweit der Dritteigentümer aus Subrogation klagt, hat er deshalb auch den "für die bereits geleistete Arbeit" geschuldeten Vergütungsanspruch (Umfang der Bauarbeiten) darzulegen bzw. nachzuweisen. Der Schuldner wiederum behält alle Einreden, die er gegenüber dem früheren Gläubiger hatte (BSK ZGB II-Ernst/Zogg, N 24 zu Art. 827 ZGB), also auch die Einrede, die Pfandsumme entspreche nicht der Vergütungsforderung und müsse herabgesetzt werden. Dies anerkennen sowohl die Kläger (Urk. 61 Rz 40) als auch die Beklagte (Urk. 33 Rz 966). Der Besteller ist wiederum berechtigt, nach erfolgter Befriedigung der Pfandgläubiger (Subunternehmer) die durch Subrogation auf ihn übergegangen

- 26 - Forderungen mit der Werklohnforderung des Generalunternehmers zu verrechnen (Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4. Aufl., Zürich 2012, Rz 1717). Die Verrechnung kann – wie die Kläger richtig vermerken (Urk. 26 Rz 361) – auch im Konkurs

geltend gemacht werden (Art. 213 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG; Schumacher, a.a.O., N 989, N 1658 und N 1675 f.). Nach der Konkursöffnung zederte Forderungen der Subunternehmer kann der Besteller dagegen nicht verrechnen (BSK SchKG-Stäubli, N 18 zu Art. 213 SchKG; KUKO-Peter, N 12 zu Art. 213 SchKG).

E. 3.8

Damit wären die rechtlichen Rahmenbedingungen umrissen und die Berufungsgründe der Kläger zu prüfen. A. Forderungen aus dem Infrastrukturvertrag

E. 4

Mit Schreiben vom 21. Juni 2007 teilte der ausseramtliche Konkursverwalter mit, dass die Konkursverwaltung den Betrieb der Beklagten nicht weiterführe und nicht in die mit der Beklagten vorbestandenen Verträge eintrete (Urk. 3/44). Am 25. Juni 2007 wurde durch den Friedensrichter und G._____ SA (fortan G._____) ein amtlicher Befund über den Stand der Arbeiten aufgenommen (Urk. 3/25).

E. 4.1

Die Kläger machten CHF 101'177.40 für die Ablösung eines Bauhandwerkerpfandrechts geltend, das zugunsten der I._____ SA eingetragen worden war. Die Vorinstanz erwog, zunächst gelte es zu beurteilen, ob die Kläger hätten nachweisen können, dass die I._____ SA überhaupt ein Bauhandwerkerpfandrecht in Bezug auf die Forderungen aus den Infrastrukturarbeiten habe eintragen lassen. Die Vorinstanz kam zum Schluss, die Kläger hätten nicht dargelegt, welche der insgesamt neun superprovisorisch verfüigten Eintragungen die behaupteten unbezahlten Infrastrukturarbeiten betroffen habe. Sie könne daher nicht nachvollziehen, ob den Klägern ein Ablöserecht betreffend die Forderung aus Infrastrukturarbeiten und damit eine diesbezügliche Forderung zufolge Subrogation gegenüber der Beklagten zustehe. Es sei nicht Sache des Gerichts, anhand der eingereichten Unterlagen herauszufinden, welche der eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte auf den Grundstücken der Kläger die Infrastrukturarbeiten betroffen haben könnten. Der geltend gemachte Betrag von CHF 101'177.– sei daher nicht ausgewiesen (Urk. 53 S. 16 f.).

E. 4.2

Die Kläger verweisen in der Berufung auf ihre Klagebegründung, worin sie ausgeführt und bewiesen hätten, dass die I._____ SA auf der gemeinsamen, abhängigen Parzelle art. ... (GB E._____) ein Bauhandwerkerpfandrecht für eine Forderung von CHF 131'053.75 eingetragen habe. Es liege auf der Hand, dass Infrastrukturarbeiten die gemeinsame Parzelle art. ... betroffen hätten. Wäre dies

- 27 - für die Vorinstanz unklar gewesen, hätte sie gemäss Art. 56 ZPO ihre Fragepflicht ausüben müssen, was sie unterlassen habe (Urk. 52 Rz 20 ff.). Die Kläger verweisen in diesem Zusammenhang auf Ziffer I.1 des Dispositivs der (unbegründeten) Verfügung des Gerichts des Broyebezirks vom 12. Juli 2007 (Urk. 3/39).

E. 4.3

Die ergänzenden Ausführungen der Kläger können als zulässige sachbezogene Präzisierung qualifiziert werden. Indes bestritt die Beklagte, dass es auf der Hand liege, dass Infrastrukturarbeiten die gemeinsame Parzelle art. ... betroffen hätten (Urk. 57 Rz 63).

E. 4.4

Solange eine Stockwerkeinheit weder verpfändet noch gepfändet ist, hat der Bauunternehmer die Wahl, ob das Bauhandwerkerpfandrecht dem Stamm- grundstück oder anteilmässig den einzelnen Stockwerkmitteigentumsanteilen zu belasten ist. Im Falle der Vorbelastung einer Stockwerkeinheit ist das Stamm- grundstück nicht mehr pfändbar (Schumacher, a.a.O., Rz 772 ff.). Es ist somit weder offensichtlich noch zwingend, dass das auf der gemeinsamen Parzelle art. ... eingetragene Baupfandrecht Forderungen für Infrastrukturarbeiten absichert. Aus Ziff. I/1 des Verfügungsdispositivs (Urk. 3/39 S. 3) – eine begründete Verfü- gung befindet sich nicht bei den Akten – ergibt sich dieser Konnex ebenfalls nicht. Einer der beiden Zahlungsbelege, welche die Ablösung des Pfandrechts belegen soll, weist als Zahlungsgrund zwar auf Infrastrukturarbeiten hin, stellt aber keinen Zusammenhang mit einem Baupfandrecht her (Urk. 1 Rz 82 mit Verweis auf Urk. 3/64+65). Weitere Beweismittel nennen die Kläger nicht. Ihre Rüge geht insoweit fehl.

E. 4.5

Fragen könnte man sich nur noch, ob das Pfandrecht über CHF 131'053.75 überhaupt "in Bezug auf die Forderung aus den Infrastrukturarbeiten" (Urk. 53 S. 16) eingetragen worden sein muss, um Berücksichtigung finden zu können. Die Kläger selbst haben die Ablösung dieses Pfandrechts in die Abrech- nung für Infrastrukturarbeiten einbezogen und geltend gemacht, die Gesamtkos- ten für Infrastrukturarbeiten beliefen sich – unter Einbezug der Ablösung dieses Pfandrechts – auf CHF 659'621.40 (Urk. 1 S. 22; vgl. auch Urk. 52 S. 5: "A. For- derungen aus dem Infrastrukturvertrag"; Urk. 26 Rz 270). Insofern kann der Vo- rinstantz kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie einen Zusammenhang zwischen

- 28 - Pfandrecht und Infrastrukturarbeiten verlangte. Die Kläger tragen diesbezüglich auch keine Beanstandung vor.

E. 5

Im Juli 2007 liessen diverse Subunternehmer auf den im Eigentum der Kläger stehenden und weiteren Parzellen superprovisorisch Bauhandwerker- pfandrechte eintragen (Urk. 3/38 bis Urk. 3/43). Am 23. und 24. Juli sowie am 3. August 2007 schlossen die Kläger mit den am Bau beteiligten Subunternehmern Vereinbarungen über die Ablösung der Bauhandwerkerpfandrechte und die Wei- terführung der Arbeiten ab (Urk. 3/50 bis Urk. 3/60). Im August 2007 betrauten die Kläger die G._____ als Generalunternehmerin mit der Fertigstellung der Stock- werkeigentumseinheiten V-1 und V-2 sowie der sieben Stockwerkeigentumsein- heiten des Gebäudes VI (Urk. 3/67 bis Urk. 3/70). Eine Unternehmung, H._____ SA, war nicht bereit, die Arbeiten wieder aufzunehmen. Die Kläger und weitere Beteiligte schlossen am 9. April 2008 eine Vereinbarung mit H._____ SA ab, wo- rin letztere sich gegen eine Bezahlung der Kläger von CHF 70'000.– zum Rück- zug ihres superprovisorischen Begehrens verpflichtete (Urk. 3/46).

E. 5.1

Für die Vorinstanz war die Forderung von CHF 101'177.40 aus einem weiteren Grund nicht ausgewiesen: Sie warf den Klägern vor, sie könne den Be- weis des Bestandes der Forderung nicht alleine mit der Zahlung an den Subun- ternehmer führen. Stattdessen hätten die Kläger anhand des Baustandes per Konkursöffnung und den Subunternehmerverträgen darlegen müssen, welche Arbeiten die Subunternehmer effektiv geleistet hätten, ohne von der Beklagten dafür entschädigt worden zu sein. Nur anhand dieser Angabe wäre eine Prüfung der im Zeitpunkt der Konkursöffnung noch offenen Forderungen der Subunter- nehmer möglich gewesen. Die Kläger behaupteten zwar, dass

die I._____ SA per Konkurseröffnung Infrastruktur- und Strassenarbeiten von CHF 400'548.20 geleistet und von der Beklagten dafür nur CHF 259'316.– erhalten habe. Der von ihnen mit der I._____ SA abgeschlossene Vertrag vom 3. August 2007 (Urk. 3/50) vermöge dafür aber keinen Beweis zu erbringen. Die Kläger hätten es auch nach Bestreitung ihrer pauschalen Behauptungen versäumt, in der Replik die rechtserheblichen Tatsachen so umfassend darzulegen, dass ihre Behauptungen Grundlage eines Beweisverfahrens hätten bilden können. Der Verweis auf den Vertrag vom 3. August 2007 genüge den Anforderungen an die gehörige Substantiierung nicht (Urk. 53 S. 17 f.). Die Voraussetzungen für die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht waren für die Vorinstanz nicht erfüllt (Urk. 53 S. 18 f.).

E. 5.2

Die Kläger tragen in ihrer Berufung zunächst vor, sie könnten unabhängig vom Stand der Bauarbeiten bei Konkurseröffnung als Rechtsnachfolger der Subunternehmer durch Subrogation deren – gemäss Art. 208 Abs. 1 SchKG fälligen – Forderungen im Umfang ihrer Zahlungen an Subunternehmer gegen die Beklagte geltend machen (Urk. 52 Rz 34 f., Rz 122). Die Beklagte widerspricht dieser Auffassung und hält dafür, lediglich Werklohnforderungen gemäss Bauzustand per Konkurseröffnung könnten Gegenstand einer Subrogation sein (Urk. 57 Rz 77 ff.).

E. 5.3

Es wurde bereits dargelegt, dass eine Vergütungsforderung nur im Umfang der geleisteten Arbeit besteht und demzufolge auch eine Subrogation ledig-

- lich in diesem Umfang erfolgen kann (Erw. III/3.7.2). Die Auffassung der Kläger trifft daher nicht zu. Da den Klägern die Beweislast für die Subrogationsforderung obliegt, trifft sie die Pflicht, die Vergütungsforderung, d.h. die vom Subunternehmer geleisteten Arbeiten zu substantiieren.

E. 5.4

Die Kläger rügen, ihre Behauptungen über den Stand der Arbeiten seien so klar bestimmt und vollständig, dass darüber Beweis geführt werden könne. Sie hätten behauptet, dass die I._____ SA per 12. Juni 2007 (Datum der Konkurseröffnung) Infrastruktur- und Strassenarbeiten von CHF 400'548.20 geleistet und Akontozahlungen von bloss CHF 259'316.– erhalten habe, wobei über den Stand der Zahlungen zwischen den Parteien Einigkeit herrsche. Zudem hätten sie die Edition sämtlicher Verträge zwischen der Beklagten und der I._____ SA betreffend Infrastrukturarbeiten, sämtlicher Akontorechnungen und sämtlicher Urkunden zum Beweis der Zahlungen unter diesem Vertrag verlangt (Urk. 52 Rz 36 ff.). Nach Auffassung der Beklagten haben die Kläger den Beweis für die (ohnehin nicht substantiiert) behaupteten Arbeiten nicht erbracht. Die von den Klägern herausverlangten Subunternehmerwerkverträge resp. Akontorechnungen usw. seien zum Beweis des Baustandes nicht tauglich und wären im Übrigen von den Klägern zu beschaffen gewesen (Urk. 57 Rz 86 ff.).

E. 5.5

Die Beklagte bestritt, dass der Wert der Arbeiten der I._____ SA per Konkurseröffnung CHF 400'548.20 betrug und 100% der geschuldeten Werkleistungen erbracht worden waren (Urk. 19 Rz 145 und Rz 147). Die Parteien sind sich aber über die geleisteten Zahlungen von CHF 259'316.– einig (Urk. 19 Rz 263). Die Kläger haben auch ausgeführt,

dass sich der Grundvertrag auf CHF 350'776.– und die bestellten und genehmigten Nachträge auf CHF 49'772.20 belaufen hätten (Urk. 26 Rz 149), was ein total von CHF 400'548.20 ergibt. Sie machen mit anderen Worten geltend, die I. _____ SA habe ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Beklagten vollständig erfüllt, was der Vereinbarung zwischen den Klägern und der I. _____ SA vom 3. August 2007 entspricht, worin festgehalten wurde, der Wert der ausgeführten Arbeiten und gelieferten Materialien (Infrastruktur und Strassen) betrage CHF 400'548.20 und damit 100% (Urk. 3/50 S. 2 Ziff. I/a; vgl. auch Urk. 33 Rz 970). Die Beklagten haben die Nachträge zwar bestritten (Urk. 33 Rz 332, Urk. 19 Rz 146), doch wurden von den Klägern

- 30 - auch dafür Beweismittel anboten (Urk. 27/36-40; Urk. 52 Rz 52). Nach Auffassung der Beklagten waren die Subunternehmer vorleistungs- sowie rechnungsstellungspflichtig und hing die Bezahlung der Subunternehmer von der Rechnungsstellung ab (Urk. 19 Rz 96). Es kann somit nicht ausgeschlossen werden, dass den Klägern mit den zum Beweis angerufenen Verträgen, den Akontorechnungen und Zahlungsbelegen der erforderliche Nachweis gelingen würde. Insofern hat die Vorinstanz den Beweisführungsanspruch der Kläger verletzt. Da aber die erste der beiden Alternativbegründungen der Vorinstanz zu schützen ist (Erw. III/4), können die Kläger aus ihrer berechtigten Rüge nichts zu ihren Gunsten ableiten.

E. 6

Mit vier Verfügungen vom 26. Juni 2013 wies der Konkursverwalter der Beklagten vier Forderungsanmeldungen der Kläger (einfache Gesellschaft) in der 3. Klasse über total CHF 564'658.– ab (Urk. 3/4 bis Urk. 3/7). Gemäss Verfügung vom 26. Juni 2013 betragen die mutmasslichen Konkursdividenden für Forderungen

- 6 - gen der 3. Klasse 15.8% bis 28.9% (Urk. 3/8). Am 28. Juni 2013 wurde im SHAB die öffentliche Auflegung des Kollokationsplanes bekanntgegeben (Urk. 3/3).

E. 6.1

Die Kläger rügen weiter, die Vorinstanz habe den von ihr mit der Beklagten abgeschlossenen Infrastrukturvertrag (Urk. 3/10) als Anspruchsgrundlage für die geltend gemachten CHF 101'177.40 übersehen. Sie behaupten, die Differenz zwischen dem – der I. _____ SA geschuldeten – Pauschalpreis zuzüglich der Nachträge (CHF 400'548.20) und den – der I. _____ SA seitens der Beklagten ausbezahlten – CHF 259'316.–, total CHF 141'232.20, gehöre zu ihrem Erfüllungsinteresse, da die Arbeiten den Klägern von der Beklagten vollumfänglich geschuldet, von der I. _____ SA (vor oder nach Konkurseröffnung) vollständig erbracht und von den Klägern bezahlt worden seien (Urk. 52 Rz 42 ff.). Die Beklagte hält die "Durchgriffsargumentation" der Kläger für nicht nachvollziehbar. Das allfällige Erfüllungsinteresse der Kläger stehe auf einem anderen Blatt als das Interesse des Subunternehmers an der Bezahlung bzw. Erfüllung seines Werklohnes (Urk. 57 Rz 109, Rz 116 f.).

E. 6.2

Das Erfüllungsinteresse gemäss Art. 211 SchKG wurde in Erw. III/3.5.2 als Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand und dem hypothetischen Vermögensstand bei richtiger Vertragserfüllung definiert. Dabei geht es um die Differenz im Vermögen der Kläger. Weshalb die Kläger eine Differenz im Vermögen des Subunternehmers als ihr Erfüllungsinteresse beanspruchen könnten, ist daher in der Tat nicht nachvollziehbar.

E. 6.3

Falls die Kläger mit ihren Ausführungen geltend machen wollen, das Erfüllungsjnteresse, auf das sie Anspruch hätten, bestehe darin, dass sie die unbe-

- 31 - zahlt gebliebene Werklohnforderung (total: CHF 141'232.20) im Umfange von CHF 101'177.40 aus der eigenen Tasche bezahlt hätten, kann ihnen nicht gefolgt werden. Die Tilgung von Drittforderungen für bereits geleistete Arbeiten, für die kein Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen wurde, kann nicht zum Erfüllungsjnteresse der Kläger gerechnet werden, da sie keine Erstellungskosten bzw. Kosten für die Fertigstellung der Baute darstellen. Das Preisminderungsrecht des Bestellers, das die Kläger in der Replik erwähnten (Urk. 26 Rz 356), setzt ebenfalls die Ablieferung eines Werkes voraus, das mit Pfandrechten des Subunternehmers belastet ist (BGE 116 II 533 E. 2a/aa/ccc S. 537; 104 II 348 E. 3b/bb S. 355). Die Begleichung des unbezahlt gebliebenen Werklohnes kann nur auf dem Weg der Ablösung eines Baupfandrechts und der Subrogation zu einem Anspruch der Kläger führen. Eine solche Legalzession ist vorliegend aber mangels Nachweises eines Baupfandrechtes (Erw. III/4.4) nicht erstellt.

E. 7

Mit Klageschrift vom 19. August 2013 machten die Kläger die Klage auf Anfechtung des Kollokationsplanes mit obgenanntem Rechtsbegehren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1). Die Beklagte erstattete die schriftliche Klageantwort am 21. Oktober 2013 (Urk. 19). Die Replik datiert vom 21. Januar 2014, die Duplik vom 17. März 2014 (Urk. 26, Urk. 33). Am 30. Juni 2014 reichten die Kläger eine weitere Stellungnahme ein (Urk. 42). Mit Urteil vom 16. September 2014 wies die Vorinstanz die Klage vollumfänglich ab (Urk. 48 = Urk. 53).

E. 7.1

Die Vorinstanz führte zur "Schlussrechnung G._____" aus, im Rahmen des Erfüllungsjnteresse seien auch allfällige Mehrkosten zu veranschlagen, was allerdings ihre rechtsgenügende Behauptung und Substantiierung voraussetze (Urk. 53 S. 20). Unter "Schlussrechnung G._____" führen die Kläger Kosten von CHF 167'022.80 auf, von denen sie dank des Entgegenkommens von G._____ nur CHF 114'056.- hätten übernehmen müssen (Urk. 1 Rz 80, Rz 82): Im Einzelnen (Urk. 1 Rz 82): I._____ SA Restschuld CHF 40'054.80 (CHF 141'232.20 - CHF 101'177.40) für Abbrucharbeiten CHF 28'944.40 Erstellen gedeckter Autoabstellplätze CHF 98'023.60 CHF 167'022.80

E. 7.2

Die Vorinstanz erwog, die Kläger würden zur behaupteten Restschuld der I._____ SA keine Ausführungen machen, sondern auf den Vertrag vom 3. August 2007 (Urk. 3/50) sowie die Schlussrechnung der I._____ SA vom 1. Oktober 2009 (Urk. 3/86) verweisen. Es sei aber nicht Sache des Gerichts, aus dem eingereichten Vertrag herauszufinden, an welcher Stelle sich der genannte Betrag befinden solle. Spätestens nach der Bestreitung in der Klageantwort wären die Kläger gehalten gewesen, genau darzulegen, was wo im Vertrag stehe und inwie-

- 32 - fern dies die Infrastrukturarbeiten betreffe, zumal der Vertrag auf Französisch abgefasst sei. In der Replik hätten es die Kläger ebenfalls mit dem Verweis auf den Vertrag sowie die Schlussrechnung bewenden lassen. Der Verweis auf die Schlussrechnung bleibe unklar. Die Kläger würden nicht darlegen, woraus sich der geltend gemachte Betrag von CHF 40'054.80 ergeben solle. Die Schlussrechnung laute auf CHF 133'954.70. Die Klage

sei insoweit nicht ausgewiesen (Urk. 53 S. 20 f.).

E. 7.3

Die Kläger werfen der Vorinstanz vor, sie habe übersehen, dass diese Forderung in der Replik substantiiert und bewiesen worden sei. Unter dem Infrastrukturvertrag hätten die Kläger gegenüber der Beklagten Anspruch auf die seitens der Beklagten an I. _____ SA untervergebenen Arbeiten. Die seitens der Beklagten bei I. _____ SA bestellten Arbeiten hätten sich auf CHF 400'548.20 belaufen, wovon die Beklagte CHF 259'316.– bezahlt habe. Die Restforderung von CHF 141'232.20 gehöre zu ihrem Erfüllungsinteresse. Auf diese Forderung sei die Zahlung von CHF 101'177.40 zur Ablösung des Bauhandwerkerpfandrechtes der I. _____ SA auf der Parzelle art. ... angerechnet worden. Die Restforderung von CHF 40'054.80 entspreche der Differenz zwischen den beiden Beträgen (Urk. 52 Rz 54 ff. mit Verweis auf Urk. 26 Rz 148 f., und Rz 270). Die Beklagte bestreitet eine zureichende Substantiierung der Restforderung und die Behauptung, dass diese zum Erfüllungsinteresse gezahlt werden kann. Auch hier beruft sie sich u.a. auf einen "unzulässigen Durchgriff". Bei einer allenfalls zwischen Subunternehmer und Gemeinschuldner existierenden Werklohnforderung könne es sich nicht auch noch um das Erfüllungsinteresse "im darüber liegenden Werkvertragsverhältnis" handeln (Urk. 57 Rz 119 ff.).

E. 7.4

Es kann in der Tat bereits aus der Replik geschlossen werden, dass es sich bei der Restschuld von CHF 40'054.80 um den Betrag handelt, der vom behaupteten Werklohn von CHF 400'548.20 für Infrastruktur- und Strassenarbeiten nach Abzug der seitens der Beklagten geleisteten Akontozahlungen von CHF 259'316.– und einer von der Klägerin behaupteten Zahlung von CHF 101'177.40 verbleibt (Urk. 26 Rz 148 f., Rz 270). Die Klägerin hat sich zum Nachweis der Nachträge auf verschiedene Urkunden berufen (Urk. 27/36-40) und die Edition sämtlicher Vereinbarungen zwischen der Beklagten und der I. _____ SA verlangt,

- 33 - da sie nicht in deren Besitz sei (Urk. 26 Rz 152). Insofern kann nicht gesagt werden, die Restschuld sei gänzlich unsubstantiiert geblieben, auch wenn die Beklagte den Abschluss von zwei Nachträgen über CHF 49'772.20 bestritt (Urk. 33 Rz 332).

E. 7.5

Es wurde bereits ausgeführt, dass eine Differenz im Vermögen des Subunternehmers nicht als Erfüllungsinteresse der Kläger beansprucht werden kann. Ebenso wurde erläutert, dass die Tilgung von Drittforderungen für bereits geleistete Arbeiten nicht zum Erfüllungsinteresse der Kläger gerechnet werden kann (Erw. III/6.2 und 6.3). Dies gilt auch für die Restforderung der I. _____ SA gegenüber der Beklagten für bereits geleistete Bauarbeiten, welche die Kläger getilgt haben wollen. Im Ergebnis hat die Vorinstanz diese Zahlung zu Recht nicht als Mehrkosten berücksichtigt.

E. 8

Gegen das ihnen am 18. September 2014 zugestellte Urteil führen die Kläger mit Eingabe vom 17. Oktober 2014 Berufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 49, Urk. 52). Den ihnen auferlegten Kostenvorschuss von CHF 11'300.– leisteten die Kläger rechtzeitig (Urk. 54, Urk. 55). Die Berufungsantwort der Beklagten ging am 29. Dezember 2014 ein (Urk. 57). Weitere Stellungnahmen der Parteien erfolgten am 18. Februar und 18.

März 2015 (Urk. 61, Urk. 63). II. 1. a) Die Kläger wandelten die ihnen gestützt auf den Totalunternehmervertrag (Infrastrukturarbeiten) und die Generalunternehmerverträge (Einheiten V-1 und V-2 sowie Gebäude VI) zustehenden Realforderungen gestützt auf Art. 211 SchKG in Geldforderungen in der Höhe des jeweiligen Erfüllungsinteresses um. Dabei gingen sie – und zwar für Infrastruktur, Einheiten V-1 und V-2 sowie Gebäude VI separat – wie folgt vor: Dem vertraglich geschuldeten pauschalen Werklohn stellten sie ihre vor Konkurseröffnung an die Beklagte geleisteten Zahlungen, ihre Aufwendungen für die Ablösung der Bauhandwerkerpfandrechte, ihre Zahlungen zur Vermeidung der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten und zur Wiederaufnahme der Arbeiten und den der G._____ für die Fertigstellung bezahlten Werklohn gegenüber. Aus dieser Gegenüberstellung resultierten Mehrkosten gegenüber den vereinbarten Pauschalpreisen von CHF 169'621.40 (Infrastruktur),

- 7 - CHF 18'466.42 (Einheit V-1), CHF 15'581.26 (Einheit V-2) und CHF 132'099.32 (Gebäude VI), total CHF 335'768.40. b) Die Kläger machten sodann weitere, durch Vertragsverletzungen der Beklagten bedingte Kosten geltend. Sie führten aus, die Beklagte schulde ihnen Ersatz in der Höhe von CHF 388'384.10 für die Ablösung der nicht auf ihren eigenen Grundstücken eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte, da die Gebäude IV bis VI nie zu den schliesslich realisierten Preisen hätten erstellt werden können, wenn sie nur die auf ihren eigenen Grundstücken eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte abgelöst hätten (Urk. 1 Rz 86 ff.). Das Total der Ansprüche betrage gemäss Klageschrift somit CHF 724'152.50, wovon CHF 564'658.– Gegenstand des Kollokationsprozesses seien (Urk. 1 Rz 110). c) In der Replik ergänzten die Kläger, es seien ihnen die Forderungen zediert worden, die aus den Verträgen der Subunternehmer mit der Beklagten resultierten. Aus den Verträgen der Subunternehmer mit der Beklagten und der Zession der daraus resultierenden Ansprüche ergebe sich eine weitere, alternative Anspruchsgrundlage. Das Total dieser abgetretenen Forderungen belaufe sich auf CHF 940'538.35. Soweit diese Forderungen nicht bereits von Gesetzes wegen durch Subrogation auf die Kläger übergegangen seien (Art. 827 Abs. 2 ZGB, Art. 110 Abs. 1 OR), würden sie im Rahmen des Streitgegenstands von den Klägern als Zessionare der jeweiligen Subunternehmer geltend gemacht (Urk. 26 Rz 340 f., Rz 381). Die Kläger hielten dafür, die Beklagte habe mit einer einzigen Ausnahme keine Zahlungen für Arbeiten von Subunternehmern an den Gebäuden V und VI geleistet (Urk. 26 Rz 88). Sie präzisierten, nach Abzug derjenigen Beträge, welche als "Erhöhung der Erstellungskosten [für Infrastruktur, die Einheiten V-1 und V-2 sowie das Gebäude VI] bereits in Abzug gebracht" worden seien, resultierten Ansprüche aus Zessionen von CHF 575'490.95. Das Total der Ansprüche betrage gemäss Replik nunmehr CHF 911'178.35, wovon CHF 564'658.– Gegenstand des Kollokationsprozesses seien (Urk. 26 Rz 382 f., Rz 385). d) Die von den Klägern erhobenen Forderungen errechnen sich (gemäss den in der Replik vorgenommenen Präzisierungen: Urk. 26 Rz 280, Rz 296 und Rz 315) wie folgt:

- 8 - A. Infrastrukturarbeiten: Vertrag mit D._____ CHF 490'000.00 ./.. Zahlungen an D._____ CHF 444'388.00 Ablösung Bauhandwerkerpfandrecht (I._____ SA; Urk. 26 Rz 383) CHF 101'177.40 Schlussrechnung G._____ (reduziert von CHF 167'022.80 auf) CHF 114'056.00 I._____ SA Restschuld CHF 40'054.80 für Abbrucharbeiten CHF 28'944.40 Erstellen gedeckte Autoabstellplätze CHF 98'023.60 Gesamtkosten CHF 659'621.40 Forderung Kläger (Urk. 26 Rz 364) CHF 169'621.40 B. Erstellung der Wohnungen V-1 und V-2 sowie des Gebäudes VI: Kosten der Erstellung der StWE-Einheit V-1 Vertrag mit

D._____ CHF 247'559.00 ./.. Zahlungen an D._____ CHF 0.00 Ablösung Bauhandwerkerpfandrechte I._____ SA auf V-1 CHF 47'114.00 H._____ SA auf V-1 (ursprünglich CHF 31'737.87) CHF 17'813.07 J._____ SA auf V-1 CHF 6'701.50 K._____ SA auf V (139/266) CHF 12'908.79 CHF 84'537.36 Zahlungen zur Vermeidung der Eintragung von Bauhandwerker- pfandrechten und Wiederaufnahme der Arbeiten I._____ SA - ... (139/1266) CHF 2'195.89 L._____ Sàrl (139/266) CHF 4'466.39 M._____ Sàrl (139/266) CHF 3'326.78 CHF 9'989.06 Fertigstellungskosten G._____ CHF 171'499.00 Gesamtkosten CHF 266'025.42 Forderung Kläger (Urk. 26 Rz 368) CHF 18'466.42 Kosten der Erstellung der StWE-Einheit V-2 Vertrag mit D._____ CHF 226'187.00 ./.. Zahlungen an D._____ CHF 0.00 Ablösung Bauhandwerkerpfandrechte I._____ SA auf V-2 CHF 43'046.60 H._____ SA auf V-2 (ursprünglich CHF 28'997.91) CHF 16'275.25 J._____ SA auf V-2 CHF 5'832.35 K._____ SA auf V (127/266) CHF 11'794.36 CHF 76'948.56

- 9 - Zahlungen zur Vermeidung der Eintragung von Bauhandwerker- pfandrechten und Wiederaufnahme der Arbeiten I._____ SA - ... (127/1266) CHF 2'006.32 L._____ Sàrl (127/266) CHF 4'080.81 M._____ Sàrl (127/266) CHF 3'039.57 CHF 9'126.70 Fertigstellungskosten G._____ CHF 155'693.00 Gesamtkosten CHF 241'768.26 Forderung Kläger (Urk. 26 Rz 372) CHF 15'581.26 Kosten der Erstellung des Gebäudes VI Vertrag mit D._____ CHF 1'782'000.00 ./.. Zahlungen an D._____ CHF 0.00 Ablösung Bauhandwerkerpfandrechte I._____ SA auf VI CHF 28'348.95 H._____ SA auf VI (Rest) (ursprünglich CHF 9'264.22) CHF 35'911.68 K._____ SA auf VI CHF 13'001.65 CHF 77'262.28 Zahlungen zur Vermeidung der Eintragung von Bauhandwerker- pfandrechten und Wiederaufnahme der Arbeiten I._____ SA - ... (1000/1266) CHF 15'797.79 N._____ Sàrl CHF 10'289.25 CHF 26'087.04 Fertigstellungskosten G._____ CHF 1'810'750.00 Gesamtkosten CHF 1'914'099.30 Forderung Kläger (Urk. 26 Rz 376) CHF 132'099.32 Zusammenfassung A.+B.: Forderung Kläger Infrastruktur CHF 169'621.40 Forderung Kläger Wohnung V-1 CHF 18'466.42 Forderung Kläger Wohnung V-2 CHF 15'581.26 Forderung Kläger Gebäude VI CHF 132'099.32 Zwischentotal CHF 335'768.40 335'768.40 C. Weitere Vertragsverletzungen der D._____ (Urk. 1 Rz 91, Rz 98): Ansprüche aus dem Vertrag V-1 CHF 42'642.50 Ansprüche aus dem Vertrag V-2 CHF 38'961.13 Ansprüche aus dem Vertrag VI CHF 306'780.47 CHF 388'384.10 D. Zessionen von Subunternehmern (Urk. 26 Rz 383, Rz 385): 575'409.95 TOTAL CHF 724'152.50 911'178.35

- 10 - Für eine weitere kurze Darstellung der Vorbringen der Kläger sei auch auf den angefochtenen Entscheid verwiesen (Urk. 53 S. 6 f., S. 7 f. und S. 9). 2. Die Beklagte erhob eine Vielzahl von Einwendungen, von denen hier nur die Wichtigsten kurz erwähnt werden können, umfasst die Klageantwort doch 131 und die Duplik 279 Seiten. Die Beklagte wirft den Klägern insbesondere vor, sie hätten es unterlassen, den effektiv unbezahlt gebliebenen Baustand per Kon- kurseröffnung für das jeweilige Vertragsverhältnis und pro einzelnes Grundstück in einer Schnittstellenberechnung (Baustandsabrechnung) nachzuweisen (vgl. – beispielhaft – Urk. 19 Rz 21 ff., Rz 52, Rz 56, Rz 61, Rz 94, Rz 99, Rz 102, Rz 108, Rz 112, Rz 118, Rz 125, Rz 127, Rz 144, Rz 147 f., Rz 152 f., Rz 160, Rz 168, Rz 174, Rz 180, Rz 184, Rz 187, Rz 193, Rz 197, Rz 203, Rz 206, Rz 208 ff., Rz 215, Rz 284, Rz 445, Rz 448 f., Rz 463, Rz 470 und Rz 476; Urk. 33 Rz 12, Rz 15, Rz 18, Rz 50, Rz 130, Rz 139, Rz 141, Rz 143, Rz 153, Rz 156, Rz 157, Rz 159, Rz 178, Rz 188, Rz 199, Rz 208, Rz 280, Rz 311 ff., Rz 349, Rz 361, Rz 366, Rz 377, Rz 385, Rz 400, Rz 403 f. Rz 413, Rz 416, Rz 418, Rz 426, Rz 438, Rz 441, Rz 444, Rz 459, Rz 464, Rz 468, Rz 471, Rz 479, Rz 482, Rz 488, Rz 495 f., Rz 508, Rz 511, Rz 513, Rz 525, Rz 529 f., Rz 540, Rz 663, Rz 718, Rz 887

ff. und Rz 964). Auch eine Ablösung der zugunsten der Subunternehmer ein- getragenen Bauhandwerkpfandrechte könne maximal im Umfang der verbauten und unbezahlt gebliebenen Werkleistungen stattfinden (Urk. 19 Rz 418, Urk. 33 Rz 966). Da der Baustand per Konkurseröffnung nicht dargetan worden sei, seien auch keine Subrogationen nachgewiesen (Urk. 33 Rz 964). Die Kläger hätten so- dann wiederholt dargelegt, dass anderes und mehr gebaut worden sei, als von der Gemeinschuldnerin geschuldet werde, weshalb bestritten werde, dass die Stockwerkeinheiten V-1 und V-2 und das Gebäude VI wie mit der Beklagten ver- einbart ausgeführt worden seien. Vielmehr sei wahrscheinlich, dass es – wie in der Baubranche üblich – zu Änderungen, Ergänzungen, Korrekturen und Mehr- leistungen gekommen sei (Urk. 19 Rz 301, Rz 325 und Rz 350; Urk. 33 Rz 658). Falls die Kläger darauf beharren würden, von den Fertigstellungswerkleistungen auszugehen, fordere die Beklagte ihrerseits die gesamten Werkpreise ein (Urk. 19 Rz 72, Rz 253 und Rz 298; Urk. 33 Rz 652 f.). Diesbezüglich bestehe gemäss Art. 213 Abs. 2 SchKG ein Verrechnungsverbot (Urk. 19 Rz 430; Urk. 33 Rz 653, Rz

- 11 - 791, Rz 828, Rz 855 und Rz 946 ff.). Die Beklagte schulde auch keinen Schaden- ersatz, da die Konkurseröffnung nach Gesetz, Lehre und Rechtsprechung keine Pflichtverletzung darstelle (Urk. 19 Rz 378, Rz 415 und Rz 456). Die Kläger seien – so die Auffassung der Beklagten – vielmehr ihre Nettoschuldner (Urk. 33 Rz 18, Rz 48, Rz 231 und Rz 253), zumal allfällige Abbrucharbeiten und die Erstellung von gedeckten Parkplätzen nicht Vertragsbestandteil gewesen seien und sich aus der Vereinbarung vom 20. Dezember 2005 (Convention) keine vollstreckbaren Werkerstellungspflichten ableiten liessen (Urk. 19 Rz 74 ff., Rz 251 f. und Rz 272; Urk. 33 Rz 81, Rz 99, Rz 104, Rz 112 ff., Rz 720 und Rz 724). Für eine weitere, ebenfalls nur kurze Darstellung der Vorbringen der Beklagten sei auch auf den angefochtenen Entscheid verwiesen (Urk. 53 S. 7, S. 8 f. und S. 9 f.).

E. 8.1

Die Kläger führten in der Klagebegründung aus, es hätten noch Ab- brucharbeiten ausgeführt werden müssen. Zudem hätten insbesondere 42 (6 x 7) gedeckte Autoabstellplätze gefehlt, die von der Beklagten weder gebaut noch ge- plant gewesen seien. Auch diese Arbeiten seien im Auftrag von G._____ erbracht worden (Urk. 1 Rz 77 ff. mit Verweis auf Urk. 3/9, Urk. 3/24+25 und Urk. 3/84-87). In der Replik ergänzten die Kläger, der Abbruch der auf der Parzelle des Gebäu- des V stehenden Villa habe zu den von der Beklagten geschuldeten Leistungen gehört und habe CHF 28'944.40 gekostet. Die rechtlichen Grundlagen der Bauten (Quartierplan, Bau- und Abbruchbewilligungen) seien von den Parteien ausdrück- lich zum Inhalt der Convention erklärt worden. Zudem sei die Beklagte verpflichtet gewesen, zu jeder Wohnung einen gedeckten und einen ungedeckten Parkplatz zu erstellen, wobei sich die Kosten dafür auf CHF 98'023.60 belaufen hätten (Urk. 26 Rz 271 bis Rz 273 und Urk. 26 Rz 38 bis Rz 40 mit Verweis auf diverse Ur- kunden). Die Beklagte bestritt eine Verpflichtung zum Abbruch der Villa (Urk. 19 Rz 78 und Rz 251; Urk. 33 Rz 737 und Rz 742). Die Beklagte bestritt weiter, dass die gedeckten Autoabstellplätze von O._____. SA noch nicht geplant gewesen seien (Urk. 19 Rz 252); weiter bestritt sie, dass sich aus den von den Klägern an- gerufenen Urkunden eine Verpflichtung zur Erstellung eines gedeckten und eines ungedeckten Parkplatzes ergäbe (Urk. 33 Rz 745).

E. 8.2

Die Vorinstanz erwog, es liege an den Klägern, die angeblichen Verpflichtungen der Beklagten, die sie aus fünf (auf Französisch) abgefassten Beilagen ableiten wollten, verständlich zu machen und substantiiert in den Rechtschriften darzutun. Die Kläger würden allein mit der Behauptung, der Abbruch habe zu den geschuldeten Leistungen gehört, ihrer Substantiierungsobliegenheit nicht nachkommen. Nur schon deshalb sei der unter dem Titel "Abbrucharbeiten" geltend gemachte Betrag abzuweisen. Hinzu komme, dass sich aus den von den Klägern angerufenen Beweismitteln keine Verpflichtung der Beklagten zum Abbruch der Villa ergebe. In Ziffer 1.1 der Convention (Urk. 3/9; von der Vorinstanz hier missverständlich als "Vertrag über die Infrastrukturarbeiten" bezeichnet) sei keine entsprechende Verpflichtung enthalten. Aus dem Baustellensitzungsprotokoll vom 13. Mai 2007 (Urk. 3/22 S. 5 oben) lasse sich entnehmen, dass "P._____" eine Offerte für den Abbruch und den Abtransport der Villa einhole. Es sei nicht ersichtlich und werde nicht behauptet, inwiefern sich daraus oder aus dem Rapport von G._____ vom 25. Juni 2007 (Urk. 3/25 S. 12 Ziff. 9) eine Verpflichtung zum Abbruch ergebe. Es sei auch nicht Sache des Gerichts, aus den zum Beweis angerufenen Replikbeilagen (Urk. 27/2+3), bei denen es sich um 13- bzw. 6-seitige Dokumente handle, Hinweise für die Behauptung der Kläger zu suchen. Die Behauptung, der Abbruch der Villa habe zu den von der Beklagten geschuldeten Leistungen gehört, bleibe unsubstantiiert und unbewiesen, weshalb die Klage in diesem Umfange abzuweisen sei (Urk. 53 S. 21 f.).

E. 8.3

Berufungsweise halten die Kläger daran fest, dass sie die Teilforderung für Abbrucharbeiten von CHF 28'944.40 bzw. die Verpflichtung der Beklagten zum Abbruch einer vorbestehenden Villa auf der Parzelle des Gebäudes V hinreichend substantiiert haben. Über ihre Behauptung könne Beweis geführt werden. Dieser Beweis werde mit den von ihnen angerufenen Urkunden entgegen der Beweiswürdigung der Vorinstanz erbracht (Urk. 52 Rz 60 ff.).

E. 8.4

Die Ausführungen der Kläger sind entgegen der Vorinstanz genügend substantiiert. Eine andere Frage ist, ob sie als erstellt betrachtet werden können. Die Kläger haben vor Aktenschluss folgende Urkunden bezeichnet, auf die sie ihren Anspruch in der Berufung wiederum abstützen: - Urk. 3/9 Ziff. 1 bzw. Ziff. 1.1 und Annexe 2
- 35 - - Urk. 3/22 Ziff. 4.2 S. 5 - Urk. 3/24 Ziff. 3.1 S. 5, Ziff. 4.2 S. 6 - Urk. 3/25 Ziff. 9 S. 12 - Urk. 27/3 Die Beweisanträge der Kläger sind unbehelflich. Die Kläger haben sich im vorliegenden Zusammenhang auf den Pauschalwerkpreis von CHF 490'000.- gemäss Totalunternehmervertrag über Infrastrukturarbeiten (Urk. 3/10) berufen und die CHF 28'944.40 als Mehrkosten zur Abdeckung des Erfüllungsinteresses aus eben diesem Vertrag deklariert (Urk. 1 Rz 15, Rz 82). Die Abbrucharbeiten müssen sich daher aus dem Totalunternehmervertrag über Infrastrukturarbeiten ergeben. Das tun sie aber offenbar nicht, haben sich die Kläger doch auf diesen Vertrag gar nicht berufen, sondern lediglich auf die Convention (Urk. 3/9). Im Übrigen ergibt sich aus keiner der angerufenen Urkunden bzw. Urkundenstellen eine Pflicht der Beklagten zum Abbruch einer vorbestehenden Villa auf der Parzelle des Gebäudes V: - Aus Ziffer 1.1 der Convention ("réalisation des infrastructures et la construction des six immeubles de logements") ergibt sich keine hinreichend konkretisierte Pflicht zum Abbruch eines Gebäudes (Urk. 3/9 Ziff. 1 bzw.

1.1). Im Annexe 2 waren zwar die sich aus der Baubewilligung ergebenden Verpflichtungen zum integrierenden Bestandteil der Convention erklärt worden. Daraus und aus den Bau- und Abbruchbewilligungen selbst (Urk. 27/4-11) kann aber nicht eine werkvertragliche Pflicht der Beklagten zum Abbruch der Villa abgeleitet werden. Die Kläger zeigen in der Berufungsschrift auch nicht auf, aus welcher genau bezeichneten Stelle der (öffentlich-rechtlichen) Bewilligungen sich eine solche Pflicht ergäbe. - Der Umstand, dass die Beklagte gemäss Baustellenprotokoll Nr. 47 und Nr. 50 vom 13. Mai und 8. Juni 2007 eine Offerte für den Abbruch und die Entsorgung der Villa einholen musste, bedeutet nicht zwingend, dass sich die Beklagte gegenüber den Klägern bereits dazu verpflichtet hatte (Urk. 3/22 Ziff. 4.2 S. 5; Urk 3/24 Ziff. 3.1 S. 5, Ziff. 4.2 S. 6). - Aus dem amtlichen Befund vom 25. Juni 2007, in dem von G._____ festgehalten wurde, dass der Abbruch des noch bestehenden Gebäudes im Laufe der Bauarbeiten vorgenommen werden müsse und die Vergabe der Arbeiten noch nicht erfolgt sei (Urk. 3/25 Ziff. 9 S. 12), kann nicht auf eine Verpflichtung der Beklagten geschlossen werden. - Das Gesagte gilt für die Erklärung des Architekten Q._____, der in seinem Schreiben vom 17. Januar 2014 an die R._____ mitteilte, es sei nötig gewesen, die bestehenden Gebäude auf der Parzelle abzubrechen (Urk. 27/3).

- 36 - Die Vorinstanz hat die Kosten von CHF 40'954.80 für Abbrucharbeiten zu Recht nicht als Mehrkosten berücksichtigt.

E. 8.5

Die Vorinstanz erwog weiter, die Kläger kämen mit der Behauptung, die Beklagte sei verpflichtet gewesen, zu jeder Wohnung einen gedeckten und einen ungedeckten Parkplatz zu erstellen, ihrer Substantiierungsobliegenheit wiederum nicht nach. Es hätte an den Klägern gelegen darzutun, was genau und wo in den angerufenen, auf Französisch abgefassten Beilagen stehe. Die Kläger führten auch nicht aus, um wieviele Wohnungen und Parkplätze es sich handle. Bereits deshalb sei der geltend gemachte Betrag abzuweisen. Hinzu komme, dass sich aus den von den Klägern angerufenen Beweismitteln keine Verpflichtung der Beklagten zur Erstellung der Parkplätze ergebe. Weder aus der Convention (Urk. 3/9; von der Vorinstanz hier wiederum missverständlich als "Vertrag über die Infrastrukturarbeiten" bezeichnet) noch aus den Generalunternehmerverträgen betreffend die Wohnungen V-1 und V-2 (Urk. 3/11 und Urk. 3/12 Ziff. 1.1) lasse sich eine entsprechende Verpflichtung herleiten. Beispielhaft sei schliesslich der Verweis der Kläger auf Urk. 27/2 (Plan d'aménagement de détail «...»). Ohne weitere Präzisierung würden die Kläger erneut auf diese Beilage verweisen, die 13 Seiten umfasse und ebenfalls auf Französisch abgefasst sei. Es sei aber nicht Sache des Gerichts herauszufinden, woraus sich die geltend gemachte Behauptung ergeben soll, weshalb der Betrag von CHF 98'023.60 nicht ausgewiesen sei (Urk. 53 S. 22 f.).

E. 8.6

Berufungsweise halten die Kläger daran fest, dass sie die Teilforderung für das Erstellen gedeckter Parkplätze von CHF 98'023.60 bzw. die Verpflichtung zur Erstellung dieser Parkplätze hinreichend substantiiert haben. Der Beweis werde mit den von ihnen angerufenen Urkunden entgegen der Beweiswürdigung der Vorinstanz erbracht (Urk. 52 Rz 83 ff.). In ihrer Berufung ergänzen die Kläger indes das Klagefundament und ihre Beweismittel (Urk. 52 Rz 97 f., Rz 103 ff.; Hervorhebungen durch das Gericht): Konkret ergänzen die Kläger, im amtlichen Befund über den Stand der Arbeiten bei

Konkurseröffnung (Urk. 3/25) seien die Parkplätze bei den Umgebungsarbeiten kategorisiert worden und hätten nicht zu den Gebäuden I-VI gehört. Deshalb

- 37 - hätten die Kläger ihren Anspruch auf Erstellung gedeckter Parkplätze unter den Infrastrukturvertrag subsumiert und dort als Teil ihres Erfüllungsinteresses geltend gemacht. Für die Erstellung der zu den Gebäuden IV-VI gehörenden 21 gedeckten Parkplätze seien CHF 98'023.60 zu bezahlen gewesen. Die Gesamtkosten von CHF 171'084.– seien zu 45% auf die Gebäude I-III und zu 55% auf die Gebäude IV-VI zu verteilen gewesen. Da es sich bei den Generalunternehmerverträgen für die Wohnungen V-1, V-2 und VI-1 bis VI-7 um den Standardvertrag der Beklagten gehandelt habe, dränge sich der Schluss auf, dass auch zu allen anderen Wohnungen, insbesondere zu den sieben Wohnungen im Gebäude IV und den weiteren fünf Wohnungen im Gebäude V, sowohl ein gedeckter als auch ein ungedeckter Autoabstellplatz gehört habe. Falls die Berufungsinstanz die Auffassung vertrete, dass die Beklagte den Klägern nur die Erstellung der zu den Einheiten V-1, V-2 und VI-1 bis VI-7 gehörenden Parkplätze geschuldet habe, wäre die Forderung immer noch zu 9/21 oder CHF 42'010.11 ausgewiesen. Für den Nachweis der Zahlung berufen sich die Kläger zusätzlich auf Urk. 27/108/38 ab Blatt 3 ff. (Werkvertrag zwischen G._____ und S._____ SA, bons und avis de Débit).

E. 8.7

Es kann offen bleiben, ob die Kläger ihrer Substantiierungspflicht (rechtzeitig) nachgekommen sind, nachdem sie es vor Vorinstanz unterliessen, Anzahl und Gebäudezugehörigkeit der Abstellplätze zu konkretisieren, die für den geltend gemachten Betrag gebaut worden sein sollen, und auch keine Angaben zu dem nun in der Berufungsschrift dargelegten Abrechnungsmodus machten. Zu den ergänzenden Ausführungen ist immerhin zu bemerken, dass 55% (Anteil der Gebäude IV-VI gemäss Kläger) der Gesamtkosten von CHF 171'084.– CHF 94'096.20 und nicht CHF 98'023.60 ausmachen.

E. 8.8

Die Kläger haben vor Aktenschluss folgende Urkunden bezeichnet, auf die sie ihren Anspruch in der Berufung wiederum abstützen: - Urk. 3/9 Ziff. 3.2 S. 3 und Ziff. 5.1 S. 4 - Urk. 3/11 bis Urk. 3/19 Ziff. 1.1 S. 3 - Urk. 3/25 Ziff. 7 S. 11 - Urk. 3/84 S. 2/3 CFC 427 - Urk. 3/87

- 38 - - Urk. 27/108/38 (für die Gesamterstellungskosten des Nachfolgeunternehmens G._____ [Urk. 26 Rz 237] und nicht spezifisch für die Kosten der Parkplätze) Aus Ziffer 3.2 der Convention ("réalisation des infrastructures et la construction des six immeubles de logements") ergibt sich lediglich die Pflicht, Parkplätze zu bauen; eine bestimmte Anzahl oder Art von Parkplätzen ist nicht vorgesehen (Urk. 3/9 Ziff. 3.2). Gemäss Ziffer 5.1 der Convention entspricht der Preis von CHF 10'790'000.– der Vertragssumme der für die Gebäude I bis VI abgeschlossenen Verträge. Aus den Generalunternehmerverträgen bzw. den Vertragsofferten der Beklagten für die einzelnen Einheiten V-1, V-2 und VI-1 bis VI-7 ergibt sich hingegen eindeutig, dass die Beklagte für jede Einheit einen gedeckten und einen ungedeckten Parkplatz zu erstellen hatte (Urk. 3/11 bis 3/19 Ziff. 1.1 S. 3). Die Kläger haben sich im vorliegenden Zusammenhang auf den Pauschalwerkpreis von CHF 490'000.– gemäss Totalunternehmervertrag über Infrastrukturarbeiten (Urk. 3/10) berufen und CHF 98'023.60, eventualiter CHF 42'010.11, als Mehrkosten zur Abdeckung des Erfüllungsinteresses aus eben diesem Vertrag deklariert (Urk. 1 Rz 15, Rz 82). Die Pflicht

zur Erstellung gedeckter Parkplätze muss sich daher aus dem Totalunternehmervertrag über Infrastrukturarbeiten ergeben. Das tut sie aber offenbar nicht, haben sich die Kläger doch auf diesen Vertrag gar nicht berufen, sondern lediglich auf die Convention (Urk. 3/9) und auf die Generalunternehmerverträge und -offerten für die einzelnen Einheiten (Urk. 3/11 bis 3/19). Dass im amtlichen Befund die Parkplätze bei den Umgebungsarbeiten erwähnt wurden (Urk. 3/25 Ziff. 7 S. 11), kann nicht zur Folge haben, dass sie unter dem Infrastrukturvertrag geschuldet wurden und als daraus resultierende Mehrkosten verrechnet werden können. Damit aber schuldete die Beklagte den Klägern – wie die Kläger eventualiter geltend machen – lediglich die zu ihren Wohnungen gehörenden Parkplätze, was nach Darstellung der Kläger mit CHF 42'010.11 zu Buche schlug (Urk. 52 Rz 110). Da die Kläger der Beklagten unter dem Totalunternehmervertrag über Infrastrukturarbeiten CHF 444'388.– bezahlten, würde – selbst wenn die CHF 42'010.11 bei den Infrastrukturarbeiten vollumfänglich berücksichtigt würden – bei einem Pauschalpreis von CHF 490'000.– kein positiver Saldo zugunsten der Kläger resultieren.

- 39 - Auf die weiteren von den Klägern genannten Beweismittel (Urk. 3/84 und Urk. 3/87; Urk. 27/108/38), die sich mit der Abrechnung und dem Nachweis der Zahlung an G._____ befassen, muss bei dieser Sachlage nicht weiter eingegangen werden. Die Vorinstanz hat zu Recht die Kosten von CHF 98'023.– für gedeckte Autoabstellplätze nicht als Mehrkosten berücksichtigt und den Klägern einen Erfüllungsanspruch unter dem Titel "Infrastrukturkosten" verweigert. B. Forderungen aus den Verträgen über die Einheiten V-1, V-2 und VI-1 bis VI-7 9.1 Die Vorinstanz behandelte die unter diesen Verträgen angefallenen Kosten für alle Einheiten V-1, V-2 und VI-1 bis VI-7 zusammen, indem sie zunächst die Kosten für die Ablösung der Bauhandwerkerpfandrechte, hernach die Zahlungen zur Vermeidung der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten und Wiederaufnahme der Arbeiten und schliesslich die Fertigstellungskosten prüfte. Für die Einheiten VI-1 bis VI-7 war die Vertragsgrundlage zunächst kontrovers. Die Kläger trugen erstinstanzlich vor, sie hätten die Offerten der Beklagten für die Einheiten des Gebäudes VI (Urk. 3/13-19) weder akzeptiert, noch als Vertragsgrundlage anerkannt, weshalb keine Akontozahlungen fällig geworden seien (Urk. 26 Rz 105 ff., Urk. 1 Rz 47). Für sie ergibt sich der Pauschalpreis für das Gebäude VI aus dem Annexe 1 der Convention (Urk. 3/9), welche für das Gebäude VI einen (provisorischen) "prix de construction" von CHF 1'782'000.– vorsah, was aber dem Total der Offerten für die einzelnen Einheiten VI-1 bis VI-7 genau entspricht (Urk. 3/13-19). Trotzdem beriefen sich die Kläger auch auf die Offerten zum Nachweis der Gesamtvergütung (Urk. 1 Rz 85). Für die Beklagte bildeten seit jeher die einzelnen "Offerten" die vertragliche Grundlage (Urk. 1 Rz 69, Rz 86; Urk. 33 Rz 104, Rz 257). Hinsichtlich der Werkpreise für das Gebäude VI kommt dies auf dasselbe hinaus. In ihrer Berufung bezieht sich die Klägerin ausdrücklich auf Urk. 3/13-19 zum Nachweis der Verpflichtung der Beklagten, gedeckte und ungedeckte Autoabstellplätze zu erstellen (Urk. 52 Rz 97, Rz 102). Zudem verweisen sie auf Urk. 3/13-19, wenn sie ausführen, sie hätten sowohl mit der Konkursitin als auch mit der Nachfolgeunternehmung G._____ Werkverträge mit einem Pauschalpreis vereinbart (Urk. 52 Rz 192). Damit anerkennen auch die Kläger die Offerten als für sie verbindlich gewordenen Regelwerk an.

- 40 - 9.2 Die Vorinstanz erwog, die von den Klägern genannten Beweismittel (superprovisorische Verfügungen, Belastungsanzeigen, Verträge mit Subunternehmern) genügten nicht, um den Bestand der den Ablösezahlungen zugrundeliegenden Forderungen zu beweisen. Vielmehr wäre anhand des Baustandes per Konkursöffnung

und der von der Beklagten abgeschlossenen Subunternehmer- verträge darzulegen gewesen, für welche geleisteten Arbeiten die Subunternehmer von der Beklagten nicht entschädigt worden seien. Nur anhand dieser Angaben hätte überprüft werden können, welche Forderungen der Subunternehmer im Zeitpunkt der Konkursöffnung noch offen gewesen seien. Die Vorinstanz hielt sodann fest, dass sich der effektive Baustand per Konkursöffnung allein anhand der Verträge mit den Subunternehmern und den entsprechenden Abrechnungen nicht eruieren lasse, könnten diese Dokumente doch im besten Falle beweisen, welche Arbeiten bis zu welchem Zeitpunkt geschuldet worden seien und welche Arbeiten seitens der Beklagten bereits bezahlt worden seien. Sie würden jedoch nicht beweisen, welche Arbeiten effektiv ausgeführt, aber unbezahlt geblieben seien. Vielmehr wäre daher eine präzise Aufstellung der effektiv ausgeführten Arbeiten per Konkursöffnung pro Subunternehmer und jeweils separat für die Stockwerkeigentumseinheiten V-1 und V-2 und das Gebäude VI erforderlich gewesen. Daher seien die Editionsbegehren der Kläger (ED1-3 sowie ED7-9), die den "genauen Stand der bereits gelieferten, aber noch nicht bezahlten und der noch zu liefernden Arbeiten" beweisen sollten, mangels Beweistauglichkeit abzuweisen. Die Vorinstanz wies exemplarisch auf die klägerischen Ausführungen zu den Bauhandwerkerpfandrechten der H._____ SA hin, die mutatis mutandis auf die Ablösung der übrigen Bauhandwerkerpfandrechte übertragen werden könnten. Die Kläger hätten ausgeführt, dass von den Bauhandwerkerpfandrechten CHF 289'065.88 auf die in ihrem Eigentum stehenden Einheiten entfallen seien. Zudem hätten die Kläger angegeben, dass im Zeitpunkt der Konkursöffnung unbezahlte Arbeiten und Lieferungen im Betrag von CHF 334'152.25 erbracht worden seien, wovon CHF 17'813.67 die Wohnung V-1, CHF 16'275.25 die Wohnung V-2 und CHF 42'071.60 das Gebäude VI betroffen hätten. Die von den Klägern eingereichten Rechnungen und Werkverträge würden sich jedoch nicht zum Baustand per - 41 - Konkursöffnung äussern und könnten daher keinen Beweis für die tatsächliche Forderung des Subunternehmers gegenüber der Beklagten zum Zeitpunkt der Konkursöffnung erbringen. Die Kläger hätten die rechtserheblichen Tatsachen nicht so umfassend dargelegt, dass ihre Behauptungen Grundlage eines Beweisverfahrens hätten bilden können. Der unter dem Titel "Ablösung Bauhandwerkerpfandrechte" verlangte Betrag von CHF 238'748.- sei nicht ausgewiesen (Urk. 53 S. 27 f.). 9.3.1 Die Kläger bemängeln zunächst, die Vorinstanz verlange Tatsachenbehauptungen, welche für die Rechtsfolge nicht relevant seien: Die Forderung des Subunternehmers sei nicht auf denjenigen Teil beschränkt, für den er seine eigene Sachleistung zum Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits erbracht habe. Deshalb müsse auch der Dritte, der eine Forderung eines Subunternehmers aus Subrogation (oder als Zessionar) als Konkursforderung geltend mache, zum Bestand seiner Forderung weder behaupten noch substantiieren noch beweisen, welche Arbeiten der Subunternehmer als (Zedent bzw. Bauhandwerkerpfandgläubiger) im Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits erbracht habe. Er müsse auch nicht behaupten, substantiieren und beweisen, dass der Subunternehmer nicht bezahlt worden sei. Dieser Umstand wäre als rechtsaufhebende Tatsache von der Konkursitin zu behaupten und zu beweisen. Die Kläger müssten deshalb allein den Bestand des Vertrags zwischen Subunternehmer und Konkursitin, die Höhe des vertraglich zwischen Konkursitin und Subunternehmer vereinbarten Werklohnes (der mit Konkursöffnung fällig geworden sei) und im Falle der Zession die an die Kläger erfolgte Abtretung behaupten und im Bestreitungsfall beweisen, während im Falle der Subrogation die Aktivlegitimation von Gesetzes wegen eintrete. Ein Bauhandwerkerpfandrecht könne gemäss Art. 839 Abs. 1

ZGB ab dem Moment eingetragen werden, in welchem sich der Bauhandwerker zur Arbeitsleistung verpflichtet habe. Die Forderung auf Werklohn sei durch die Konkursöffnung über den Besteller gemäss Art. 208 Abs. 1 SchKG unabhängig vom Stand der durch den Unternehmer erbrachten Leistungen fällig geworden. Die Kläger, die als Dritteigentümer Bauhandwerkerpfandrechte abgelöst hätten, müssten deshalb weder behaupten noch substantiieren noch beweisen, welche Arbeiten seitens der Subunternehmer im Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits

- 42 - erbracht worden aber unbezahlt geblieben seien. Sie müssten lediglich behaupten, substantiieren und beweisen, dass sie als Dritteigentümer Bauhandwerkerpfandrechte durch Befriedigung des Gläubigers abgelöst hätten und dass zwischen den Pfandgläubigern und der Konkursitin ein Vertrag bestanden habe, gemäss welchem der Pfandgläubiger gegenüber der Konkursitin Anspruch auf (weiteren) Werklohn (mindestens) im Umfange der Tilgung durch die Kläger als Dritteigentümer gehabt habe. Dies hätten sie getan (Urk. 52 Rz 118 ff., Rz 133 ff., Rz 162). 9.3.2 Die Rechtsauffassung der Kläger geht fehl. Es wurde bereits dargelegt, dass ein Baupfandrecht bzw. die Pfandberechtigung letztlich immer nur im Umfange der Vergütungsforderung für tatsächlich geleistete Arbeit bestehen kann. Soweit der Dritteigentümer aus Subrogation klagt, hat er deshalb auch den "für die bereits geleistete Arbeit" geschuldeten Vergütungsanspruch (Umfang der Bauarbeiten) darzulegen bzw. nachzuweisen (Erw. III/3.7.1 und 3.7.2). Entgegen der weiter geäusserten Auffassung der Kläger geht es in diesem Zusammenhang keineswegs um eine Frage der mangelnden Fälligkeit der Werklohnforderungen der Subunternehmer, die als rechtshindernde Einwendung von der Beklagten vorzutragen wäre (Urk. 52 Rz 140). 9.4.1 Die Kläger beanstanden weiter, die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Kläger den Stand der Bauarbeiten pro Stockwerkeigentumseinheit substantiieren und beweisen müssten, treffe nicht zu. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hafte jeder Miteigentümer und Pfandrechtsschuldner im Umfange seiner Quote für die gesamten Errichtungskosten des bzw. der auf einer einzelnen Parzelle stehenden Gebäude (abgesehen vom Sonderausbau anderer Einheiten) und nicht nur für die Kosten der Errichtung "seiner" ihm zur Sondernutzung überlassenen Einheit (Urk. 52 Rz 126 ff. mit Verweis auf BGE 111 II 31 E. 4a S. 35 f. und 125 III 113 E. 3a S. 116 ff.). 9.4.2 Es mag aufgrund der genannten Entscheide, welche die definitive Eintragung betrafen, zutreffen, dass Bauhandwerkerpfandrechte für Bauleistungen an gemeinschaftlichen Bauteilen anteilmässig allen Miteigentumsanteilen zu belasten sind. Dies ändert aber nichts daran, dass die Kläger darzulegen haben,

- 43 - dass für die von der I. _____ SA, H. _____ SA, J. _____ SA und K. _____ SA in jeweils unterschiedlicher Höhe eingetragenen Pfandrechte (Urk. 1 Rz 52 ff.) entsprechende Vertragsleistungen dieser Subunternehmer tatsächlich erbracht wurden. 9.5.1 Die Kläger rügen, die antizipierte Beweiswürdigung der Vorinstanz stelle eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung dar. Sie hätten für sämtliche Verträge zwischen der Beklagten und den Subunternehmern Editionsanträge gestellt. Die Vorinstanz habe die Editionsbegehren betreffend I. _____ SA und K. _____ SA mangels Beweistauglichkeit abgewiesen und sei auf die übrigen Editionsbegehren nicht eingegangen. Die Beklagte habe keinen einzigen Subunternehmervertrag, sondern die (hinsichtlich Vollständigkeit bestrittene) Bauabrechnung für die Gebäude IV-VI (Urk. 20/13) eingereicht. Nachdem Pauschalpreise vereinbart worden seien, hätten keine Regierapporte zur Edition verlangt werden müssen. Somit könnte sich im Rahmen des vorliegenden Verfahrens höchstens die

Frage stellen, nach welchen Regeln unter den Pauschalverträgen die Subunternehmer der Beklagten Akontorechnungen hätten stellen dürfen und ob die zulässigen Akontorechnungen gestellt und bezahlt worden seien. Dazu seien die gestellten Editionsbegehren allesamt geeignet und hinreichend (Urk. 52 Rz 141 ff.). Die Kläger machen weitere Ausführungen zum "Nachweis der eingeklagten Forderungen", die der I.____ SA, H.____ SA, J.____ SA und K.____ SA gegenüber der Beklagten zustehen (Urk. 52 Rz 155 ff.). Im Einzelnen: 9.5.2 I.____ SA: Die Kläger schliessen aus der Differenz zwischen dem Pauschalpreis (inkl. Nachträge) für Baumeisterarbeiten von CHF 1'410'589.– und Zahlungen der Beklagten von CHF 446'540.– auf eine unbezahlte Werklohnforderung von CHF 964'049.20, zu deren Besicherung auf ihren Grundstücken superprovisorisch Baupfandrechte von CHF 429'110.25 eingetragen worden seien. Diese Forderung sei zufolge Befriedigung der I.____ SA im Umfange von CHF 402'666.– auf die Kläger übergegangen (Urk. 52 Rz 155 ff.; Urk. 20/13 S. 1 f.). Mit diesen Angaben substantiieren und belegen die Kläger aber keineswegs ihre Vergütungsforderung für bereits erbrachte, aber unbezahlt gebliebene Werkleistungen. Insbesondere ergeben sich aus der Differenz zwischen Pauschalpreis (inkl. Nachträge) und Zahlungen nicht die geleisteten, aber unbezahlt gebliebenen

- 44 - Leistungen. Indes verweisen die Kläger auch auf die Replik, in der sie ausführten, die I.____ SA habe per 12. Juni 2007 Baumeisterarbeiten im Umfange von CHF 921'340.– erbracht, seitens der Beklagten aber lediglich Akontozahlungen von CHF 446'540.– erhalten, die ausschliesslich Leistungen für das Gebäude IV betroffen hätten (Urk. 26 Rz 150; Urk. 20/13 S. 2, Urk. 3/51, Urk. 27/41). Für den genauen Stand der bereits gelieferten, aber noch nicht bezahlten, und der noch zu liefernden Arbeiten und Lieferungen beantragten die Kläger die Edition folgender Urkunden seitens der Beklagten und der I.____ SA (Urk. 26 Rz 152): - Sämtliche Vereinbarungen zwischen D.____ SA und I.____ SA (inkl. allfälliger Nachträge etc.) betreffend Überbauung "... , ... IV, V, VI" insbesondere die Verträge vom 3. August 2006 (samt Nachträgen) betreffend CFC 161 und CFC 211.6 - Sämtliche Akontorechnungen von I.____ SA an D.____ SA betreffend Überbauung "... , ... IV, V, VI" - Bons und Belastungsanzeigen (Beklagte) / Gutschriftsanzeigen (I.____ SA) für sämtliche Zahlungen seitens D.____ AG an I.____ SA für Arbeiten betreffend "... , ... IV, V, VI" Die Vorinstanz befand, aus den Verträgen und den entsprechenden Abrechnungen lasse sich der effektive Baustand per Konkurseröffnung nicht eruieren. Dies kann im heutigen Zeitpunkt aber noch nicht abschliessend beurteilt werden. Die Kläger berufen sich unter anderem auf die Akontorechnungen der I.____ SA. Akontozahlungen können den Charakter von Vorauszahlungen oder Abschlagszahlungen haben. Abschlagszahlungen fallen nach Massgabe bereits erbrachter Leistungen des Unternehmers an. Vereinbarte Abschlagszahlungen, die eine wirtschaftliche Entlastung des vorleistungspflichtigen Unternehmers bezwecken, kommen namentlich bei Bauwerkverträgen vor, ohne dass diesbezüglich aber von einer Übung gesprochen werden könnte (Gauch, a.a.O., N 1163). Wurden zwischen der Beklagten und I.____ SA solche Abschlagszahlungen vereinbart, stellen die Rechnungsstellung durch den Subunternehmer mindestens ein Indiz dafür dar, dass die verrechneten Teilleistungen auch erbracht wurden, zumal die Kläger, G.____ und I.____ SA die bereits ausgeführten Arbeiten übereinstimmend auf CHF 921'340.– bezifferten (Urk. 3/51 [mit weiterer Aufschlüsselung auf die Gebäude IV, V und VI], Urk. 27/41). Die Beklagte ging selber davon aus, die Subunternehmer seien vorleistungs- und rechnungsstellungspflichtig gewesen (Urk.

- 45 - 29 Rz 96). Insofern kann den umfassenden Editionsanträgen der Kläger die Beweistauglichkeit nicht von vornherein abgesprochen werden. In diese Richtung zielt denn auch die Frage der Kläger, nach welchen Regeln die Subunternehmer der Beklagten Akontorechnungen stellen durften und ob die zulässigen Akontorechnungen gestellt und bezahlt worden sind (Urk. 52 Rz 152 f.). Indem die Vorinstanz die Editionsanträge abwies und die weiteren zum Stand der geleisteten Baumeisterarbeiten angerufenen Urkunden (Urk. 3/51 und Urk. 27/41) nicht in die Beweiswürdigung einbezog, hat sie den Beweisführungsanspruch der Kläger verletzt. Ob sich aus den zu edierenden Unterlagen im Zusammenspiel mit den weiteren zum Beweis offerierten Urkunden (insbesondere Urk. 3/51, Urk. 20/13, Urk. 27/36-47) eine Subrogationsforderung der Kläger nachweisen lässt, wäre erst nach den Schlussvorträgen zu entscheiden. 9.5.3 H.____ SA: Die Kläger verweisen auf die zwischen der Beklagten und H.____ SA für die Gebäude IV-VI abgeschlossenen Verträge (Urk. 26/26-29) und auf ihre vorinstanzliche Behauptung, H.____ SA habe unter diesen Verträgen mit pauschalen Werklöhnen von total CHF 552'095.55 bzw. CHF 520'723.85 im Zeitpunkt der Konkurseröffnung für die Gebäude IV-VI unbezahlte Arbeiten und Lieferungen im Betrag von CHF 334'152.25 erbracht (Urk. 52 Rz 161 ff.). In der Replik hatten sich die Kläger zudem auf fünf Zwischenrechnungen vom 11. Juli 2007 (Urk. 27/31-35: "Factures intermédiaires") berufen und weiter spezifiziert, in welchem Ausmass die fakturierten Beträge für Arbeiten und Lieferungen auf das Gebäude V und auf das Gebäude VI entfielen (Urk. 26 Rz 140 ff.), nämlich CHF 17'813.07 auf die Einheit V-1, CHF 16'275.25 auf die Einheit V-2 und CHF 42'071.60 (recte: CHF 35'911.68) auf das Gebäude VI (Urk. 52 Rz 161 ff. mit Verweis auf Urk. 26 Rz 139 ff.). Die Beklagte bestritt die Sachdarstellung der Kläger (Urk. 33 Rz 301 ff.). Zu Recht hielt die Vorinstanz fest, den Werkverträgen und Rechnungen lasse sich der Umfang der geleisteten Bauarbeiten nicht entnehmen, weshalb es an einem Beweis "für die tatsächliche Forderung des Subunternehmers" gegenüber der Beklagten fehle (Urk. 53 S. 28): Zunächst haben die Kläger nicht behauptet, die H.____ SA sei aufgrund der vier von ihnen eingereichten Werkverträgen (Urk. 27/26-29) vorleistungspflichtig gewesen. Aufgrund der vier, an G.____ ge-

- 46 - richteten Zwischenrechnungen vom 11. Juli 2007 (Urk. 27/31-34) lässt sich ebenfalls nicht rekonstruieren, welche Leistungen H.____ SA gegenüber der Beklagten in welchem Umfange erbrachte, zumal in diesen Rechnungen lediglich die verschiedenen für die Gebäude IV-VI verlangten "Accomptes" aufgeführt werden. Aufgrund von Ausstellungsdatum, Inhalt und Adressat gleichen die "Zwischenrechnungen" mehr einer für das Nachfolgeunternehmen G.____ angefertigten Zusammenstellung (vgl. auch das am 12. Juli 2007 ausgestellte "récapitulatif" [Urk. 27/30]). Eine weitere, ebenfalls an G.____ gerichtete Zwischenrechnung vom 11. Juli 2007 für Sanitärinstallationen (Urk. 27/35) führt zwar detailliert einzelne Arbeiten und Lieferungen auf. Es kann aber nicht eruiert werden, ob die verrechneten Positionen, die im Übrigen gar nicht die Gebäude IV-VI sondern eine Wasserleitung der 1. Etappe betreffen, bereits erbracht wurden. Die Kläger führen selbst aus, die Erstellung der Wasserleitung sei im Verhältnis zwischen ihnen und der Beklagten unter den Infrastrukturvertrag gefallen (Urk. 26 Rz 139). Weitere Beweisanträge haben die Kläger nicht gestellt (Urk. 26 Rz 139). Im Ergebnis ist der Vorinstanz daher kein Fehler vorzuwerfen, wenn sie eine Teilforderung über total CHF 70'000.- für erbrachte, aber nicht bezahlte Werkleistungen für nicht ausgewiesen hielt und demzufolge eine entsprechende Subrogationsforderung der Kläger verneinte. 9.5.4 J.____ SA: Die Kläger vertreten berufsweise den Standpunkt, sie seien aufgrund eines vertraglich vereinbarten

Werklohn von CHF 158'162.05, superprovisorisch eingetragenen Baupfandrechten von CHF 12'533.85 und Zahlungen von CHF 57'426.20 zur Ablösung der Baupfandrechte (und zur Vermeidung der Eintragung weiterer Baupfandrechte) im Umfang von CHF 12'533.85 gegenüber der Beklagten aktivlegitimiert. Sie hätten insbesondere behauptet und mit Urk. 3/54, 3/61, 3/63 und 3/64 sowie Urk. 27/56-61 bewiesen, J._____ SA zur Ablösung der Baupfandrechte (und zur Vermeidung der Eintragung weiterer Baupfandrechte) CHF 57'426.20 bezahlt zu haben (Urk. 52 Rz 171 ff.). Mit diesen Ausführungen zeigen die Kläger indes nicht auf, welche (unbefriedigte) Vergütungsforderung für geleistete Bauarbeiten diesem Subunternehmer zustand. In der Berufungsschrift wird diese Vergütungsforderung nicht einmal genannt. Die Kläger legen auch nicht dar, welche erstinstanzlichen Behauptungen oder Be-

- 47 - weisanträge die Vorinstanz hinsichtlich der zentralen Frage der geleisteten Bauarbeiten von J._____ SA übergang. Mit Bezug auf J._____ SA wurden insbesondere keine Editionsanträge gestellt (Urk. 52 Rz 150). Die Kläger setzen sich auch nicht mit der vorinstanzlichen Erwägung auseinander, die von ihnen angerufenen Beweismittel (Belastungsanzeigen und Verträge mit Subunternehmern, darunter der in Urk. 26 Rz 170 genannte Vertrag zwischen G._____ und J._____ SA [Urk. 27/56]) genügten nicht, um den Bestand der den Ablösezahlungen zugrundeliegenden Forderungen zu beweisen (Urk. 53 S. 26 f.). Und schliesslich kommentieren die Kläger auch die vorinstanzliche Erwägung, sie hätten die unbezahlt gebliebenen Arbeiten der Subunternehmer anhand der mit der Beklagten abgeschlossenen Verträge darlegen müssen (Urk. 53 Rz 27), nicht weiter. Wenn die Kläger in ihrer Berufung lediglich für die Behauptung, J._____ SA zur Ablösung der Baupfandrechte CHF 57'426.20 bezahlt zu haben, weitere vorinstanzlich genannte Beweismittel wiederholen (Urk. 52 Rz 175), ist die Berufungsinstant nicht verpflichtet zu prüfen, ob sich aus diesen Beweismitteln die Vergütungsforderung des Subunternehmers, welche die Kläger vorinstanzlich einmal auf CHF 63'806.95 veranschlagten (Urk. 26 Rz 170), von Amtes wegen erstellen liesse. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass der seitens der Kläger in der Replik genannte Betrag unbezahlt gebliebener Arbeiten von CHF 63'806.95 zwar in den Vereinbarungen zwischen der Klägerin 1 und J._____ SA und zwischen G._____ und J._____ SA figuriert (Urk. 26 Rz 170; Urk. 3/54 S. 2, Urk. 27/56 S. 1). Gemäss Vereinbarung der Klägerin 1 mit J._____ SA setzt sich dieser Betrag aus einem Teilbetrag von CHF 47'855.20 für Gebäude IV ("correspondant à 90% d'avancement des travaux") und aus einem Teilbetrag von CHF 15'951.75 für Gebäude V ("correspondant à 30% d'avancement des travaux") zusammen (Urk. 3/54 S. 2). Überprüfen lässt sich das alles nicht, weil weder die Werkverträge zwischen der Beklagten und J._____ SA eingereicht wurden, noch deren Edition verlangt wurde. Welche konkreten Arbeiten J._____ SA für die genannten Beträge ausführte, bleibt ungewiss. Selbst die J._____ SA teilte mit Schreiben vom 9. Dezember 2013 mit, sie habe keine präziseren Hinweise über den Betrag von CHF 63'806.95 (Urk. 27/57). Damit können auch die geltend gemachten CHF

- 48 - 12'533.85 (CHF 6'701.50 für Einheit V-1 und CHF 5'832.35 für Einheit V-2) keine Beachtung finden. 9.5.5 K._____ SA: Die Kläger schliessen aus der Differenz zwischen Pauschalpreis von CHF 78'010.– und einer Zahlung der Beklagten von CHF 12'374.– auf unbezahlte Werklohnforderungen von CHF 65'636.–, zu deren Besicherung auf ihren Grundstücken superprovisorisch Baupfandrechte in unbekannter Höhe eingetragen worden seien, wobei für Details bereits vorinstanzlich um Einholung einer Amtsauskunft beim zuständigen Gericht ersucht worden sei (Urk. 52 Rz 177 ff.). Mit diesen Angaben

substantiieren und belegen die Kläger aber keineswegs ihre Vergütungsforderung für bereits erbrachte, aber unbezahlt gebliebene Werkleistungen. Insbesondere ergeben sich aus der Differenz zwischen Pauschalpreis (inkl. Nachträge) und Zahlung nicht die geleisteten, aber unbezahlt gebliebenen Leistungen. Indes verweisen die Kläger auch auf die Replik, in der sie ausführten, der Wert der geleisteten, von der Konkursitin nicht bezahlten Arbeiten habe per 12. Juli 2007 CHF 50'033.95 betragen (Urk. 26 Rz 164; Urk. 3/53 S. 2). Für den genauen Stand der bereits gelieferten, aber noch nicht bezahlten, und der noch zu liefernden Arbeiten und Lieferungen beantragten die Kläger die Edition folgender Urkunden seitens der Beklagten und K. _____ SA (Urk. 26 Rz 166): - Sämtliche Vereinbarungen zwischen K. _____ SA und der Konkursitin betreffend Überbauung "...., ... IV, V, VI" insbesondere vom 12. September 2006 betreffend CFC 216.1 - Sämtliche Akontorechnungen von K. _____ SA an die Konkursitin betreffend "...., ... IV, V, VI" - Sämtliche Bons und Belastungsanzeigen (Beklagte) / Gutschriftsanzeigen (K. _____ SA) für Zahlungen von D. _____ AG an K. _____ SA betreffend "...., ... IV, V, VI" Die Vorinstanz befand, aus den Verträgen und den entsprechenden Abrechnungen lasse sich der effektive Baustand per Konkurseröffnung nicht eruieren. Die Kläger berufen sich unter anderem auf die Akontorechnungen der K. _____ SA. Es gilt das in Erw. III/9.5.2 betreffend I. _____ SA Ausgeführte. Wurden zwischen der Beklagten und der K. _____ SA Abschlagszahlungen vereinbart, stellte die Rechnungsstellung mindestens ein Indiz dafür dar, dass die verrechneten Teilleistungen auch erbracht wurden, zumal die Kläger, G. _____ und K. _____ SA

- 49 - die bereits ausgeführten Arbeiten übereinstimmend auf CHF 62'407.95 bezifferten (Urk. 3/53 [mit weiterer Aufschlüsselung auf die Gebäude IV, V und VI], Urk. 27/52). Insofern kann den umfassenden Editionsansprüchen der Kläger die Beweistauglichkeit nicht von vornherein abgesprochen werden. Indem die Vorinstanz die Editionsansprüche abwies und die weiteren zum Stand der geleisteten Arbeiten angerufenen Urkunden (Urk. 3/53 und Urk. 27/52) nicht in die Beweiswürdigung einbezog, hat sie den Beweisführungsanspruch der Kläger verletzt. Hinsichtlich der Höhe der Bauhandwerkerpfandrechte haben die Kläger ebenfalls einen Editionsanspruch gestellt (Urk. 1 Rz 58). Ob sich aus den zu edierenden Unterlagen im Zusammenspiel mit den weiteren zum Beweis offerierten Urkunden (insbesondere Urk. 3/42, Urk. 3/53, Urk. 3/61, Urk. 3/63, Urk. 20/13, Urk. 27/52-55) eine Subrogationsforderung der Kläger nachweisen lässt, wäre erst nach den Schlussvorträgen zu entscheiden. 9.5.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich bezüglich der Ablösung der Bauhandwerkerpfandrechte der I. _____ SA und der K. _____ SA Beweisergänzungen aufdrängen würden. Ohne die Ablösung der Baupfandrechte der H. _____ SA und der J. _____ SA resultieren aber in den Aufstellungen der Kläger betreffend Einheit V-1 und Einheit V-2 keine Mehrkosten gegenüber den zwischen den Klägern und der Beklagten abgemachten Pauschalpreisen, so dass sich insoweit Beweisergänzungen erübrigen. Für das Gebäude VI kann diese Aussage vor Prüfung der Fertigstellungskosten G. _____ noch nicht gemacht werden. 9.6 Gemäss Berufungsschrift halten die Kläger die unter dem Titel "Zahlungen zur Vermeidung der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten und Wiederaufnahme der Arbeiten" geltend gemachten Forderungen nicht aufrecht, da die Forderungen gemäss Kläger als zedierte Werklohnansprüche der betreffenden Subunternehmer ausgewiesen seien (Urk. 52 Rz 180). 9.7.1 Hinsichtlich der an das Nachfolgeunternehmen G. _____ bezahlten Fertigstellungskosten von insgesamt CHF 2'137'942.- (von der Vorinstanz irrtümlich mit CHF 2'214'643.86 beziffert), bestehend aus den Kosten für die Fertigstellung der Einheit V-1 (CHF 171'499.-), der Einheit V-2 (CHF

155'693.–) und des Gebäudes VI (CHF 1'810'750.–) argumentierte die Vorinstanz wie folgt:
Die Be-

- 50 - klagte bestreite, dass die drei Bauten in derselben Form fertiggestellt worden seien, wie von ihr geschuldet, und mache geltend, dass es – wie in der Baubranche üblich – zu Änderungen, Ergänzungen, Korrekturen, Mehrleistungen usw. gekommen sei. In der Replik würden die Kläger nicht auf diese Bestreitung eingehen. Lediglich im Rahmen einer Vorbemerkung würden die Kläger ausführen, es sei nicht zutreffend, dass in der Regel anderes oder mehr gebaut werde als ursprünglich vorgesehen, schon gar nicht in Fällen, in denen der Totalunternehmer während der Bauausführung Konkurs gegangen sei. Es sei – so die Kläger weiter – schon anspruchsvoll genug, eine Bauruine, von der vor Erstellung der Baute ab Plan Stockwerkeigentumseinheiten verkauft worden seien, nach Konkurs des Total- bzw. Generalunternehmers fertig zu stellen. Kein vernünftiger Immobilienpromotor werde in einem solchen Moment die Pläne ändern oder gar erweitern und keine finanzierende Bank werde unter solchen Umständen einen Baukredit erhöhen. Die Vorinstanz hielt dafür, diese allgemeinen Behauptungen würden den Anforderungen an die Beweislast nicht genügen. Sie ergänzte, dass es Sache der Kläger gewesen wäre, substantiiert zu behaupten und dannzumal zu beweisen, dass die mit dem Nachfolgeunternehmer geschlossenen Verträge den mit der Beklagten eingegangenen Verträgen entsprochen hätten. Zwar habe die Beklagte im Rahmen des positiven Interesses für Mehrkosten einzustehen. Die Beklagte habe aber nur für effektive Mehrkosten einzustehen. Dies setze eine Auseinandersetzung mit den Verträgen, welche die Kläger mit der Beklagten und denjenigen, die sie mit G. _____ geschlossen hätten, voraus. Anders gesagt müsse das von der Beklagten vertraglich versprochene und das vom Nachfolgeunternehmen gebaute Werk übereinstimmen oder allfällige Unterschiede müssten quantifiziert werden. Die Kläger hätten dies gänzlich unterlassen. Die Klage sei daher auch im Umfang der Fertigstellungskosten abzuweisen (Urk. 53 S. 30 f.). 9.7.2 Die Kläger sind der Ansicht, sie hätten ihre Behauptungen betreffend des von G. _____ erstellten Werkes so substantiiert, dass darüber Beweis abgenommen werden könne. So hätten sie in der Klageschrift behauptet, dass die zwischen ihnen und G. _____ geschlossenen Verträge bezüglich des zu erstellenden Werkes mit denjenigen zwischen Kläger und Beklagter identisch gewesen seien. Die Beklagte habe diese Behauptungen nicht substantiiert bestritten, sondern gel-

- 51 - tend gemacht, dass es – wie in der Baubranche üblich – "wahrscheinlich" sei, dass es zu Änderungen, Ergänzungen, Korrekturen, Mehrleistungen usw. gekommen sei. Diese unsubstantiierten, unbestimmbaren und nicht beweisbaren Ausführungen seien von den Klägern in der Replik bestritten worden, was auch die Vorinstanz anerkenne. Die Vorinstanz halte diese Bestreitung für ungenügend und habe die Forderung deshalb aus folgenden Gründen zu Unrecht abgewiesen: Die Kläger seien Immobilienpromotoren und nicht Endabnehmer der fraglichen Einheiten. Sie hätten kein Interesse daran gehabt, ein anderes Werk erstellen zu lassen, als ihnen von der Beklagten versprochen worden sei. Sie hätten dieses Werk möglichst rasch fertigstellen und verkaufen wollen. Sie hätten sowohl mit der Beklagten als auch mit G. _____ Werkverträge mit Pauschalpreisen vereinbart. Änderungen, Ergänzungen, Korrekturen und Mehrleistungen usw., wie sie in der Baubranche nach Auffassung der Beklagten angeblich üblich seien, führten zu Preisänderungen, was gerichtsnotorisch sei. Die Kläger hätten behauptet (in Urk. 1 Rz 69 ff.) und mit Urkunden bewiesen, dass die mit G. _____ vereinbarten Pauschalpreise von

CHF 2'137'942.– bezahlt worden seien. Daraus folge auch, dass am vertraglich seitens G._____ gegenüber den Klägern geschuldete Werk im Laufe der Ausführung keine Änderungen, Ergänzungen, Korrekturen, Mehrleistungen usw. vorgenommen worden seien. Damit hätten es die Kläger jedoch nicht bewenden lassen. Die von den Subunternehmern mit der Beklagten einerseits und mit G._____ andererseits abgeschlossenen Werkverträge stimmten bezüglich des zu erstellenden Werkes überein. Mit diesen Verträgen hätten sie den Nachweis erbracht, dass das erstellte Werk und das von der Beklagten geschuldete Werk identisch gewesen sei (Urk. 52 Rz 183 ff.). 9.7.3 Zum Erfüllungsinteresse gehören auch Mehrkosten, wenn der Besteller sich das vom Unternehmer geschuldete Werk anderweitig (Ersatzgeschäft) teurer beschaffen muss. Für diese Mehrkosten ist der Besteller behauptungs- und beweispflichtig. 9.7.4 Die Kläger legen nicht im Einzelnen dar, welche Werkleistungen von der Beklagten nicht mehr erbracht wurden und daher beim Nachfolgeunternehmen G._____ beschafft werden mussten. Sie führten lediglich das Total der Fertigungskosten bzw. die Pauschalpreise der drei mit G._____ abgeschlossenen

- 52 - Generalunternehmerverträge auf (Urk. 26 Rz 218 ff.), ohne näher zu begründen, welche (von der Beklagten nicht mehr erbrachten) Werkleistungen die in Rechnung gestellten Pauschalpreise umfassen. Der Hinweis, die Einheiten V-1, V-2 und das Gebäude VI seien gemäss "descriptif des travaux et matériaux du 13 décembre 2005" der Beklagten erstellt worden (Urk. 26 Rz 219, Rz 222 und Rz 225), vermag daran nichts zu ändern. Es kann somit gar nicht abgeschätzt werden, ob die von G._____ verrechneten Kosten notwendig und angemessen waren, um die Werke fertigzustellen. Durch die rudimentäre Behauptung war es der Beklagten verunmöglicht, konkret Stellung zu nehmen, substantiiert zu bestreiten und Gegenbeweis anzutreten (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368). Zu Recht bemängeln die Beklagten, die Kläger hätten es unterlassen nachzuweisen, was effektiv fertiggestellt worden sei (Urk. 57 Rz 22). 9.7.5 Die Kläger haben in der Replik eingeräumt, dass es bei allen drei mit G._____ abgeschlossenen Generalunternehmerverträgen zu Änderungen gegenüber dem "descriptif des travaux et matériaux du 13 décembre 2005" der Beklagten gekommen ist. Auch wenn diese Änderungen auf zwei Seiten Platz gefunden haben mögen, lässt sich nicht eruieren, worum es bei diesen Änderungen ging und wie sie sich finanziell auswirkten, zumal die von den Klägern als Rechtfertigung angeführten Planungsmängel nicht weiter konkretisiert wurden (Urk. 26 Rz 219, Rz 222 und Rz 225). Die mit den Änderungen verbundenen Kosten können daher auch nicht einfach von den Pauschalpreisen abgezogen werden. Auch insofern erscheint der Sachvortrag der Kläger mangelhaft. 9.7.6 Die von den Klägern und der Beklagten vereinbarten Pauschalpreise betragen CHF 247'559.– (Einheit V-1), CHF 226'187.– (Einheit V-2) und CHF 1'782'000.– (Gebäude VI). Nach Darstellung der Kläger haben sie die Subunternehmer direkt für im Zeitpunkt der Konkurseröffnung geleistete, seitens der Beklagten unbezahlt gebliebene Arbeiten entschädigt (Urk. 1 Rz 64, Urk. 26 Rz 134), und zwar im Umfange von CHF 84'537.36 (Einheit V-1), CHF 76'948.56 (Einheit V-2) und CHF 77'262.28 (Gebäude VI). Werden die G._____ bezahlten Fertigungskosten von CHF 171'499.– (Einheit V-1), CHF 155'693.– (Einheit V-2) und CHF 1'810'750.– zu diesen Entschädigungen addiert, werden die Pauschalpreise um CHF 8'477.36 (Einheit V-1), CHF 6'454.56 (Einheit V-2) und CHF

- 53 - 106'012.28 (Gebäude VI) übertroffen, ohne die weiteren Zahlungen der Kläger zur Vermeidung der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten und Wiederaufnahme der

Arbeiten zu berücksichtigen. Dabei kann nicht angenommen werden, die Subunternehmer hätten höhere Preise verlangt als die Beklagte als General- unternehmerin. Es wäre unabdingbar gewesen, die Mehrkosten zu erläutern, um der Gegenpartei eine Stellungnahme zu ermöglichen. Beispielhaft sei auch noch auf die zwischen den Klägern und G._____ abgeschlossenen Generalunternehmerverträge verwiesen: Darin erfuhren die ursprünglichen Pauschalpreise der Beklagten ("Prix initial") eine Aktualisierung "SUITE A LA FAILLITE DE D._____ AG" gemäss "décompte du 13 septembre 2007 de A._____ SA", und zwar im folgenden Umfang (Urk. 3/69 S. 3, Urk. 3/70 S. 3 und Urk. 3/67 S. 3): die Einheit V-1 von CHF 247'559.– auf CHF 268'321.– die Einheit V-2 von CHF 226'187.– auf CHF 245'156.– das Gebäude VI von CHF 1'782'000.– auf CHF 1'994'911.– Von den aktualisierten Preisen wurden die bereits von der Beklagten und von der Klägerin 1 bezahlten Beträge abgezogen, woraus sich die Fertigstellungskosten G._____ ("SOLDE A PAYER") von CHF 171'499.– (Einheit V-1), CHF 155'693.– (Einheit V-2) und CHF 1'810'750.– (Gebäude VI) ergaben. Die Kläger haben mit keinem Wort erklärt, wie sich die Aktualisierung der ursprünglichen Preise vollzog. Es genügt nicht, wenn die Kläger ausführen, sie hätten sich auf Pauschalpreise von CHF 1'810'750.00, CHF 171'499.00 und CHF 155'693.00 für die Fertigstellung geeinigt bzw. solche Preise vereinbart (Urk. 1 Rz 66 ff.; Urk. 26 Rz 220, Rz 222 und Rz 226). An anderer Stelle sprechen die Kläger denn auch sibyllinisch davon, G._____ habe die Verträge der Subunternehmer mit der Beklagten "weitgehend" zu denselben Konditionen übernommen (Urk. 26 Rz 135). Die Vorinstanz hat die Fertigstellungskosten G._____ zu Recht als nicht genügend substantiiert betrachtet und unberücksichtigt gelassen. 9.7.7 Fallen die Fertigstellungskosten ausser Betracht (Urk. 52 Rz 206), resultieren auch für das Gebäude VI keine Mehrkosten gegenüber den zwischen den Klägern und der Beklagten abgemachten Pauschalpreisen, so dass sich auch hinsichtlich Gebäude VI Beweisergänzungen erübrigen (vgl. Erw. III/9.5.6).

- 54 - C. Forderungen aus Vertragsverletzungen der Beklagten

E. 10

Gemäss Berufungsschrift halten die Kläger "ihre unter diesem Titel geltend gemachten Forderungen unter diesem Titel nicht aufrecht", da die Forderungen als zedierte Werklohnansprüche der betreffenden Subunternehmer ausgewiesen seien (Urk. 52 Rz 200). D. Forderungen aus Zessionen von Subunternehmern 11.1 Die Vorinstanz erwog, die Kläger würden in der Replik neu Forderungen aus Zessionen geltend machen und ausführen, es seien ihnen Forderungen der jeweiligen Subunternehmer zedierte worden. Die Kläger machten nun geltend, dass sie das Total von CHF 940'538.35 als Zessionare der jeweiligen Subunternehmer geltend machen würden, soweit diese Forderungen nicht bereits von Gesetzes wegen auf sie übergegangen seien (Urk. 53 S. 34). Die Ansprüche aus Zessionen bezifferten die Kläger – nach Abzug der Subrogationsforderungen – auf CHF 575'409.94 (Urk. 26 Rz 383, Rz 385). Die Vorinstanz argumentierte, auch diesbezüglich würden die Kläger den bereits dargelegten Anforderungen an die Behauptungslast sowie der Substantiierungsobliegenheit nicht genügen. Sie würden lediglich auf eine Vielzahl von Beilagen – insbesondere auf die Verträge der Kläger mit den jeweiligen Subunternehmern sowie deren Rechnungen an die Beklagte – verweisen, ohne darzutun, was sich daraus ergeben solle. Es sei aber nicht Sache des Gerichts, aus den Beilagen allfällige Behauptungen zu eruieren. Zudem würde sich mit den von den Klägern angerufenen Beweismitteln selbst bei genügenden Behauptungen der Beweis für den Bestand der Forderungen der Subunternehmer gegenüber der Beklagten nicht führen lassen. Weder die

Verträge der Kläger mit den Subunternehmern noch die Rechnungen würden den Beweis für den Bestand der Forderungen erbringen. Dieser könnte nur mit den Verträgen zwischen der Beklagten und den Subunternehmern sowie Regierapporten etc. geführt werden. Folglich seien auch die aus Zessionen erhobenen Ansprüche abzuweisen (Urk. 53 S. 34). 11.2 Die Kläger halten die Rechtsauffassung der Vorinstanz für unzutreffend. Jeder Subunternehmer habe gegenüber der Beklagten eine (spätestens) mit

- 55 - Konkursöffnung fällig gewordene Konkursforderung im Umfange des Erfüllungsinteresses seines jeweiligen Vertrages. Jeder Subunternehmer könne sich daher gegenüber der Beklagten auf seinen Vertrag berufen und eine Forderung im Umfange des vertraglich geschuldeten Werklohnes anmelden. Die Forderung des Subunternehmers sei nicht auf denjenigen Teil des Werklohnes beschränkt, für den er seine eigene Sachleistung zum Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits erbracht habe. Deshalb müssten auch die Kläger, die Forderungen von Subunternehmern als Zessionare geltend machten, zum Bestand der Forderungen weder behaupten noch substantiieren und beweisen, welche Arbeiten der Subunternehmer und Zedent im Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits erbracht habe. Sie müssten auch nicht behaupten, substantiieren und beweisen, dass der Subunternehmer und Zedent dafür nicht bezahlt worden sei. Die Zahlung wäre als rechtsaufhebende Tatsache von der Beklagten zu behaupten und zu beweisen. Die Kläger müssten deshalb nur - den Bestand des Vertrages zwischen Subunternehmer und Beklagter - die Höhe des vertraglich zwischen Beklagter und Subunternehmer vereinbarten Werklohnes und - die an die Kläger erfolgte Abtretung behaupten und im Bestreitungsfall beweisen, was die Kläger für jede einzelne als Zessionar geltend gemachte Teilforderung gemacht hätten (Urk. 52 Rz 204 ff.). Die Kläger behandeln nachfolgend die von den einzelnen Subunternehmern zedierten Forderungen und stellen sich auf den Standpunkt, die für eine erfolgreiche Geltendmachung der zedierten Forderungen notwendigen Punkte behauptet zu haben (Urk. 52 Rz 208 ff.), nämlich betreffend: H._____ SA: Drei (recte: vier) Werkverträge über pauschale Werklohne von CHF 233'218.70 (CFC 243), CHF 38'097.90 (CFC 244), CHF 14'095.60 (CFC 248) und CHF 263'933.25 (CFC 250), total CHF 549'345.45, wovon gemäss Berufungsschrift (im Sinne eines Zugeständnisses) nach zwei Zahlungen über CHF 19'906.- und CHF 8'715.60 noch CHF 520'723.85 offen gewesen seien, wovon wiederum CHF 70'000.- an die Kläger zediert worden seien (Urk. 52 Rz 208 ff., Urk. 26 Rz 138, Rz 145; Urk. 20/13 S. 3 f.; Urk. 20/14). Der Stand der unbezahlten Arbeiten per Konkursöffnung habe CHF 334'152.25 betragen (Urk. 52 Rz 210, Urk. 26 Rz 139).

- 56 - I._____ SA: Vertrag über die Erbringung der Baumeisterarbeiten über einen pauschalen Werklohn von CHF 1'408'484.- bzw. (mit Zu- und Abrechnungen) von CHF 1'410'589.20, wovon nach Zahlungen von CHF 446'540.- noch CHF 964'049.20 offen gewesen seien. Vertrag für Infrastrukturarbeiten mit einem Pauschalpreis von CHF 350'766.-, wovon nach Zahlungen von CHF 259'316.- noch CHF 91'460.- offen gewesen seien. Das Total der offenen Werklohnforderungen habe somit CHF 1'055'509.20 betragen, wobei im Umfange von CHF 616'032.20 die Forderungen durch Zession auf die Kläger übergegangen seien (Urk. 52 Rz 214 ff., Urk. 26 Rz 148 ff.). Der Stand der Baumeisterarbeiten habe per Konkursöffnung CHF 921'340.- betragen (Urk. 26 Rz 150). Der Stand der Infrastruktur- und Strassenarbeiten habe per Konkursöffnung CHF 400'548.20 betragen (Urk. 52 Rz 219, Urk. 26 Rz 148). L._____ SärI: Vertrag mit einem Pauschalpreis von CHF 47'044.10 (inkl. ein Nachtrag), wovon nach einer Zahlung von CHF

9'800.– mit der Konkursöffnung über die Beklagte eine restliche Werklohnforderung von CHF 37'244.10 fällig geworden sei. Die zedierte Forderung von CHF 10'585.75 sei daher mehr als ausgewiesen (Urk. 52 Rz 227 ff., Urk. 26 Rz 158 f.). K._____ SA: Werkvertrag (CFC 216.1) mit einem Pauschalpreis von CHF 78'010.–, wovon nach einer Zahlung von CHF 12'374.– im Moment der Konkursöffnung noch eine Werklohnforderung von CHF 65'636.– unbezahlt gewesen sei. Damit habe K._____ SA eine Werklohnforderung von CHF 50'033.95 zugestanden, welche an die Kläger zedierte worden sei (Urk. 52 Rz 233 ff., Urk. 26 Rz 164 f.). J._____ SA: Verträge mit einem Pauschalpreis samt Nachträgen über CHF 158'162.05, an die keinerlei Zahlungen geleistet worden seien, und Abtretung der Werklohnforderungen im Umfange von CHF 63'806.95 an die Kläger (Urk. 52 Rz 239 ff., Urk. 26 Rz 171, Rz 173). T._____ SA: Zwei Werkverträge mit Pauschalpreisen von CHF 69'940.– (CFC 222) und CHF 142'570.– (CFC 224.1), an die keinerlei Zahlungen geleistet worden seien, und Zession dieser Teilforderungen im Umfange von CHF 33'266.35 und CHF 18'650.65, total CHF 51'917.–, an die Kläger (Urk. 52 Rz 245 ff., Urk. 26 Rz 68, Rz 181). U._____ SA: Vertrag über Gipsarbeiten (CFC 271.1) mit einem pauschalen Werklohn von CHF 155'000.–, an den keine Zahlungen geleistet worden seien, und Zession von zwei Teilforderungen über CHF 7'890.70 und CHF 33'356.–, total CHF 41'246.70, an die Kläger (Urk. 52 Rz 251 ff., Urk. 26 Rz 71 f., Rz 187).

- 57 - M._____ Sàrl: Vertrag mit einem pauschalen Werklohn von CHF 192'796.10 (CFC 230) inkl. zwei Nachträgen, wovon nach einer Zahlung von CHF 21'520.– eine Werklohnforderung von CHF 171'276.10 unbezahlt geblieben und mit Konkursöffnung über die Beklagte fällig geworden sei. Zession der Werklohnforderung im Umfange von CHF 10'311.70 an die Kläger (Urk. 52 Rz 258 ff., Urk. 26 Rz 77, Rz 194). N._____ Sàrl: Vertrag mit einem Pauschalpreis von CHF 137'190.– (CFC 272.2), wovon nach zwei Zahlungen über insgesamt CHF 82'314.– eine fällige Forderung von CHF 54'876.– offen geblieben und mit Konkursöffnung über die Beklagte fällig geworden sei. Zession eines Teils dieser Forderung im Umfange von CHF 20'578.50 an die Kläger (Urk. 52 Rz 264 ff., Urk. 26 Rz 198, Rz 201). V._____ SA: Vertrag mit einem (wie von der Beklagten behauptet) Pauschalpreis von CHF 90'384.– (CFC 281), an den keine Zahlungen geleistet worden seien, und Zession einer Teilforderung von CHF 6'025.60 an die Kläger (Urk. 52 Rz 270 ff., Urk. 26 Rz 84 f., Rz 207, Urk. 33 Rz 217). Zusammenfassend behaupten die Kläger, sie verfügten über folgende zedierte Forderungen gegenüber der Beklagten, die im Hinblick auf die relevanten Tatsachenbehauptungen (Bestehen eines Vertrages, Höhe der Werklohnforderungen, formelle Gültigkeit der Zessionen) als unbestritten gelten müssten (Urk. 52 Rz 277, Urk. 26 Rz 340): H._____ SA CHF 70'000.00 I._____ SA CHF 616'032.20 L._____ Sàrl CHF 10'585.75 K._____ SA CHF 50'033.95 J._____ SA CHF 63'806.95 T._____ SA CHF 51'917.00 U._____ SA CHF 41'246.70 M._____ Sàrl CHF 10'311.70 N._____ Sàrl CHF 20'578.50 V._____ SA CHF 6'025.60 Total CHF 940'538.35 Nach Abzug der Ansprüche, welche die Kläger bereits als Erhöhung der Erstellungskosten geltend machten, verblieben vor Vorinstanz zedierte Ansprüche von CHF 575'409.95 (Urk. 26 Rz 382 f., Rz 585). 11.3 Die Beklagte hält den Entscheid der Vorinstanz für zutreffend und ergänzt, die Kläger würden von einem falschen Begriff des Erfüllungsinteresses

- 58 - ausgehen, da sich die Fälligkeit gemäss Art. 208 Abs. 1 SchKG nicht auf den noch gar nicht erfolgten und unmöglich gewordenen Weiterbau bis zur Fertigstellung aller betroffenen Werke beziehen könne. Abzurechnen sei ausschliesslich die gegenseitige Erfüllung per Konkursöffnung. Die Kläger könnten nicht irgendetwelche abstrakten,

fiktiven, nur behaupteten Forderungen als ausgewiesen erfolgreich geltend machen. Der Bestand sowie die Höhe der Forderungen seien konkret nachzuweisen, was die Kläger unterlassen hätten. Wie die sogenannten zedierenden Subunternehmer es gegenüber der Beklagten hätten tun müssen, hätten auch die Kläger den Bestand der Erfüllungsforderungen per Konkursöffnung, bemessen am jeweiligen Baustand, nachzuweisen. Es würden keine den Baustand per Konkursöffnung überschüssende, fällige Forderungen von Subunternehmern gegenüber der Beklagten bestehen (Urk. 57 Rz 383 ff.). Anschliessend nimmt die Beklagte zu den Ausführungen der Kläger zu den einzelnen Zedenten bzw. zedierten Forderungen Stellung (Urk. 57 Rz 390 ff.). Sie wendet unter anderem ein, einige von den Klägern berufsungsweise vorgetragene Werklohnforderungen der Subunternehmer seien neu und damit in prozessual unzulässige Weise vorgetragen worden (Urk. 57 Rz 392 [H. SA], Rz 406 f. [I. SA], Rz 413 ff. [L. SA], Rz 424 ff. [K. SA] und Rz 432 f. [J. SA]). 11.4 Sowohl der Standpunkt der Kläger als auch die Sichtweise der Beklagten gehen fehl: Die Ansprüche des Unternehmers im Konkurs des Bestellers richten sich nach Art. 377 OR, wenn die Konkursverwaltung nicht in die bestehenden Verträge eintritt. Die Konkursforderung geht auf das volle positive Vertragsinteresse (Erfüllungsinteresse) mitsamt des entgangenen Gewinns, soll doch der Unternehmer so gestellt werden, wie er stünde, wenn er gegen Vollendung des geschuldeten Werkes auch den Rest der Vergütung erhalten hätte (Gauch, a.a.O., N 547). Es kann auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden (Erw. III/3.6.2 und 3.6.3). 11.5.1 Sodann ist zu prüfen, ob die Vorbringen der Kläger zu den pauschalen Werkpreisen an der Novenschranke von Art. 317 Abs. 1 ZPO scheitern. Allgemein lässt sich dazu sagen, dass kein neues Vorbringen vorliegt, soweit erstinstanzlich behauptete Pauschalpreise nach unten korrigiert werden, liegt darin

- 59 - doch ein Zugeständnis, das immer möglich ist. Dies gilt insbesondere für Reduktionen aufgrund von seitens der Kläger anerkannten Zahlungen der Beklagten, zumal Tilgungen ohnehin von der Beklagten zu behaupten und zu beweisen sind. 11.5.2 Zu den einzelnen Subunternehmerverträgen und zur Novenproblematik ist folgendes zu bemerken: H. SA: Die Kläger haben in der Replik die vier Pauschalpreise auf Franken und Rappen beziffert (Urk. 26 Rz 138). Der berufsungsweise "neu in den Prozess eingeführte Betrag" von CHF 520'723.- stellt eine Reduktion des Totalbetrags von CHF 552'095.55 aufgrund von zwei Zahlungen der Beklagten dar. Diese Reduktion ist zulässig, und die Pauschalpreise sind damit gehörig substantiiert worden. Ebenso wurde die zedierte Forderung auf Franken und Rappen behauptet (Urk. 26 Rz 145). I. SA: Die Kläger haben in der Replik die zwei Pauschalpreise für Infrastruktur- und Strassenarbeiten sowie für Baumeisterarbeiten auf Franken und Rappen beziffert (Urk. 26 Rz 148 f., Rz 151). Die offenen Werklohnforderungen von CHF 91'460.- bzw. CHF 964'049.20 und das Total von CHF 1'055'509.20 können nicht als unzulässige neue Behauptung qualifiziert werden, da sie lediglich die von der Beklagten geleisteten Zahlungen berücksichtigen. Ebenso wurden die zedierten Forderungen auf Franken und Rappen behauptet (Urk. 26 Rz 157). L. Sàrl: Die Kläger haben vorinstanzlich den Pauschalpreis von CHF 47'044.10 inkl. Nachtrag in der Tat nicht explizit behauptet (Urk. 26 Rz 158 ff.). Sie sehen in ihrem vorinstanzlichen Verweis auf die Bauabrechnung (Urk. 20/13 S. 1) eine ausreichende Behauptung des Pauschalpreises (Urk. 52 Rz 227). Ob der Verweis auf die Bauabrechnung genügt, kann offen gelassen werden. Die Kläger haben in der Replik jedenfalls die noch offene Rechnung auf CHF 37'244.10 und die Zahlung der Beklagten auf CHF 9'800.- beziffert (Urk. 26 Rz 56 f.). Daraus ergibt sich durch Addition ein implizit behaupteter

Pauschalpreis von CHF 47'044.10. Dies genügt. Die zedierte Forderung wurde auf Franken und Rappen beziffert (Urk. 26 Rz 162). K._____ SA: Die Kläger haben vorinstanzlich den Pauschalpreis von CHF 78'010.– in der Tat nicht explizit behauptet (Urk. 26 Rz 164 ff.). Sie sehen in ihrem vor-instanzlichen Verweis auf den zwischen G._____ und K._____ SA abgeschlossenen Werkvertrag (Urk. 27/52) eine ausreichende Behauptung des Pauschalpreises (Urk. 52 Rz 233), der sich auch direkt aus der Bauabrechnung (Urk. 20/13 S. 2) ergebe (Urk. 52 Rz 233). Ob der

- 60 - Verweis auf Urk. 27/52 genügt, kann offen gelassen werden. Die Kläger haben in der Replik jedenfalls die noch offene Rechnung auf CHF 65'636.– und die Zahlung der Beklagten auf CHF 12'374.– beziffert (Urk. 26 Rz 60 f.). Daraus ergibt sich durch Addition ein implizit behaupteter Pauschalpreis von CHF 78'010.–. Die zedierte Forderung wurde auf Franken und Rappen beziffert (Urk. 26 Rz. 168). J._____ SA: Die Kläger haben in der Replik den Pauschalpreis auf Franken und Rappen beziffert (Urk. 26 Rz 64, Rz 171). In welchem argumentativen Kontext dies geschah, ist entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 57 Rz 433) unerheblich. Die zedierte Forderung wurde auf Franken und Rappen beziffert (Urk. 26 Rz. 173). Übrige Subunternehmer: Die weiteren Werklöhne waren in der Replik auf Franken und Rappen beziffert worden, was seitens der Beklagten auch nicht in Frage gestellt wird. Dasselbe gilt für die Höhe der abgetretenen Forderungen. 11.6 Die Kläger vertreten – wie bereits erwähnt – den Standpunkt, sie müssten lediglich den Bestand des Vertrages zwischen den Subunternehmern und der Beklagten, die Höhe der vertraglich zwischen der Beklagten und den Subunternehmern vereinbarten Werklöhne und die an die Kläger erfolgten Abtretungen behaupten (Urk. 52 Rz 206 und Rz 276). Dies haben sie – wie vorstehend gezeigt wurde – rechtsgenügend getan. Zahlungen im Sinne von Tilgungen der pauschal vereinbarten Werklöhne hat die Beklagte als Bestellerin zu behaupten und zu beweisen. Die Abzugsmethode geht vom vereinbarten Werklohn aus, von dem die vom Unternehmer infolge der Nichtbeendigung der Arbeit erzielte Ersparnis sowie der anderweitig erzielte oder versäumte Gewinn abgezogen wird. Für anderweitig erzielten oder versäumten Gewinn ist nach überwiegender Auffassung der Besteller – hier also die Beklagte – behauptungs- und beweispflichtig (BSK OR I-Zindel/ Pulver, N 22 zu Art. 377 OR; Gauch, a.a.O., N 549 Fn 323). So besehen hängt alles von der Frage ab, ob der Unternehmer oder der Besteller die durch Nichtbeendigung des Werkes erzielten Ersparnisse zu behaupten hat, mit anderen Worten, ob der Unternehmer seine ersparten Aufwendungen unter Zugrundelegung seiner Kalkulation vorzutragen hat oder der Besteller mit dem Nachweis der vom Unternehmer ersparten Kosten belastet wird. Bei der Parallelproblematik von Art. 324 Abs. 2 OR und Art. 337c Abs. 2 OR trifft den Arbeitgeber die Beweislast für das Bestehen und die Höhe eines der Anrechnung unterworfenen Postens (BGE

- 61 - 96 II 52, E. 3 S. 57; ZK-Staehelin, N 31 zu Art. 324 OR; BK-Rehbinder/Stöckli, N 25 zu Art. 324 OR). Wird im Werkvertragsrecht die Beweislast analog dem (zahlenden) Besteller zugewiesen, wäre dem Unternehmer die vereinbarte Vergütung zuzusprechen, es sei denn, der Besteller weise Tilgung, anderweitigen Erwerb oder Ersparnisse nach. Wie bereits erwähnt, hat das Bundesgericht eine solche Beweislastverteilung für Ersparnisse im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 nicht als bundesrechtswidrig bezeichnet (BGE 4C.216/2003 E. 2.6). 11.7 Das Bundesgericht hat aber die Frage offengelassen, ob im Anwendungsbereich von Art. 377 OR der Abzugs- oder der Additionsmethode Vorrang gebührt, nachdem beide Berechnungsarten zum praktisch gleichen Resultat führen

würden, soweit sie auf zuverlässigen tatsächlichen Unterlagen beruhten (BGE 96 II 192 E. 5b S. 197; BGer 4A_96/2014 E. 4.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll es von den Umständen des konkreten Falles, insbesondere von den Beweismöglichkeiten abhängen, ob die Abzugsmethode oder die Additionsmethode den Vorzug verdient. Ein Teil der Lehre überlässt die Wahl dem Unternehmer (vgl. Erw. III/3.6.6). Im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 wird die Abzugsmethode ohne weiteres für zulässig erachtet (BGer 4C.216/2003 E. 2.6). Die Kläger haben freilich nicht behauptet, dass die SIA-Norm 118, insbesondere deren Art. 184, auf die Subunternehmerverträge Anwendung findet. Die einzigen bei den Akten liegenden Verträge mit der H._____ SA wurden indes – wie die Verträge zwischen den Klägern und der Beklagten (Urk. 3/10-19 S. 3 Ziff. 2.2.1; Urk. 26 Rz 347) – diesem Regelwerk der SIA unterstellt (Urk. 27/26-29 S. 2 Art. 3 Ziff. 18). Hinsichtlich der übrigen Subunternehmerverträge (mit Ausnahme von J._____ SA) wurden seitens der Kläger Editionsanträge gestellt (Urk. 26 Rz 152, Rz 160, Rz 166, Rz 179, Rz 185, Rz 192, Rz 199 und Rz 205). Ohnehin rechtfertigt es sich hier, auch im Anwendungsbereich von Art. 377 OR die Abzugsmethode als zulässig zu erklären (vgl. Koller, a.a.O., N 1056; Bettschart, La résiliation des contrats de construction, JDC 2009, S. 160). Dies trägt insbesondere der Tatsache Rechnung, dass seitens des Bestellers willkürlich gekündigt werden kann bzw. der Grund für die vorzeitige Vertragsauflösung jedenfalls im hier zu beurteilenden Fall in der Bestellersphäre zu suchen ist.

- 62 - 11.8 Nach der Abzugsmethode berechnet sich das Erfüllungsinteresse der einzelnen Subunternehmer unter Berücksichtigung der Zahlungen der Beklagten (ohne anderweitigen Erwerb und/oder Ersparnisse) einstweilen wie folgt: H._____ SA: Die Vertragssumme (Pauschalpreis) von CHF 549'345.45 ist belegt und unbestritten (Urk. 20/13 S. 3, Urk. 33 Rz 304); weitergehende Zahlungen als CHF 28'621.60 (Urk. 20/14) wurden seitens der Beklagten nicht behauptet (Urk. 57 Rz 390 ff.), weshalb das Erfüllungsinteresse CHF 520'723.85 beträgt. I._____ SA: Die Vertragssumme (Baumeisterarbeiten) von CHF 1'410'589.20 ist belegt und unbestritten (Urk. 20/13 S. 1 f.; Urk. 33 Rz 355); weitergehende Zahlungen als CHF 446'540.– (Urk. 20/13 S. 1, Urk. 20/14) wurden seitens der Beklagten nicht behauptet (Urk. 33 Rz 329 ff., Urk. 57 Rz 400 ff.), weshalb das Erfüllungsinteresse CHF 964'049.20 beträgt. Die Vertragssumme von CHF 350'776.– (Infrastrukturarbeiten) ist belegt und unbestritten (Urk. 20/15; Urk. 33 Rz 381); weitergehende Zahlungen als CHF 259'316.– wurden seitens der Beklagten nicht behauptet (Urk. 19 Rz 263, Urk. 57 Rz 86 f., Rz 405), weshalb das Erfüllungsinteresse CHF 91'460.– beträgt. L._____ Sàrl: Die Vertragssumme von CHF 47'044.10 ist belegt und unbestritten (Urk. 20/13 S. 1, Urk. 57 Rz 413 ff., Urk. 33 Rz 152 f.); weitergehende Zahlungen als CHF 9'800.– (Urk. 20/13 S. 1, Urk. 20/14) wurden seitens der Beklagten nicht behauptet (Urk. 33 Rz 152, Urk. 57 Rz 413 ff.), weshalb das Erfüllungsinteresse CHF 37'244.10 beträgt. K._____ SA: Die Vertragssumme von CHF 78'010.– ist belegt und unbestritten (Urk. 20/13 S. 2, Urk. 57 Rz 424 ff., Urk. 33 Rz 159 f.); weitergehende Zahlungen als CHF 12'374.– (Urk. 20/13 S. 2, Urk. 20/14) wurden seitens der Beklagten nicht behauptet (Urk. 33 Rz 159 ff., Urk. 57 Rz 428 ff.), weshalb das Erfüllungsinteresse CHF 65'636.–, jedenfalls aber CHF 50'033.95 (Urk. 26 Rz 235), beträgt. J._____ SA: Die Vertragssumme von CHF 158'162.05 ist belegt und im Umfange von CHF 150'640.– unbestritten (Urk. 20/13 S. 2, Urk. 33 Rz 422, Rz 429). Zahlungen wurden seitens der Beklagten nicht behauptet (Urk. 19 Rz 171 ff., Urk. 33 Rz 414 ff., Urk. 55 Rz 432 ff.) und sind in der Zahlungsliste auch nicht aufgeführt (Urk. 20/14), weshalb das Erfüllungsinteresse jedenfalls CHF 150'640.– beträgt. T._____ SA:

Die Vertragssummen von CHF 69'940.– und CHF 142'570.– sind belegt und unbestritten (Urk. 20/13 S. 2, Urk. 33 Rz 178); nach übereinstimmender Darstellung wur-

- 63 - den keine Zahlungen geleistet (Urk. 26 Rz 67, Urk. 33 Rz 177 f.), was mit der Zahlungsliste übereinstimmt (Urk. 20/14), weshalb das Erfüllungsinteresse CHF 212'510.– beträgt. U._____ SA: Die Vertragssumme von CHF 155'000.– (CFC 271) ist belegt und unbestritten (Urk. 20/13 S. 4, Urk. 33 Rz 188); nach übereinstimmender Darstellung wurden keine Zahlungen geleistet (Urk. 26 Rz 72 f., Urk. 33 Rz 187 f.), was mit der Zahlungsliste übereinstimmt (Urk. 20/14), weshalb das Erfüllungsinteresse CHF 155'000.– beträgt. M._____ Sàrl: Die Vertragssumme von CHF 192'796.10 ist belegt und unbestritten (Urk. 20/13 S. 3, Urk. 33 Rz 498); weitergehende Zahlungen als CHF 21'520.– (Urk. 20/13 S. 3, Urk. 20/14) wurden seitens der Beklagten nicht behauptet (Urk. 33 Rz 199), weshalb das Erfüllungsinteresse CHF 171'276.10 beträgt. N._____ Sàrl: Die Vertragssumme von CHF 137'190.– ist belegt und unbestritten (Urk. 20/13 S. 4, Urk. 33 Rz 207); weitergehende Zahlungen als CHF 82'314.– (Urk. 20/13 S. 4, Urk. 20/14) wurden seitens der Beklagten nicht behauptet (Urk. 33 Rz 230, Rz 518), weshalb das Erfüllungsinteresse CHF 54'876.– beträgt. V._____ SA: Die Vertragssumme von CHF 90'384.– ist belegt und unbestritten (Urk. 20/13 S. 5, Urk. 33 Rz 217); eine Zahlung wurde seitens der Beklagten nicht behauptet (Urk. 33 Rz 217 ff. Urk. 57 Rz 460 ff.), was mit der Zahlungsliste übereinstimmt (Urk. 20/14), weshalb das Erfüllungsinteresse CHF 90'384.– beträgt. 11.9 Die Subunternehmer haben den Klägern schriftlich und damit formgerecht (Art. 165 Abs. 1 OR) Forderungen gegenüber der Beklagten in folgender Höhe abgetreten: H._____ SA CHF 70'000.00 (Urk. 3/46 S. 7) I._____ SA CHF 616'032.20 (Urk. 3/50+51 S.3, 27/47) L._____ Sàrl CHF 10'585.75 (Urk. 3/52 S. 3, 27/51) K._____ SA CHF 50'033.95 (Urk. 3/53 S. 3, 27/55) J._____ SA CHF 63'806.75 (Urk. 3/54 S. 3, 27/62) T._____ SA CHF 51'917.00 (Urk. 3/55+27/12 S. 3, 27/70) U._____ SA CHF 41'246.70 (Urk. 3/56+58 S. 3, 27/77) M._____ Sàrl CHF 10'311.70 (Urk. 3/57 S. 3, 27/81) N._____ Sàrl CHF 20'578.50 (Urk. 3/59 S. 3, 27/85) V._____ SA CHF 6'025.60 (Urk. 3/60 S. 3, 27/87) Total CHF 940'538.15 Unerheblich ist, ob sich die zedierte Beträge auf alle drei Gebäude IV-VI bezogen (Urk. 33 Rz 328). Entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 33 Rz 383, Rz 397, Rz 411, Rz 436, Rz 491, Rz 523) werden die Zessionen als solche

- 64 - und die Zessionare in Urk. 27/47, Urk. 27/51, Urk. 27/55, Urk. 27/70, Urk. 27/77, Urk. 27/81, Urk. 27/85 und Urk. 27/87 hinreichend umschrieben bzw. bestimmt. 11.10 Selbst wenn die Subunternehmer und damit die Kläger die Darleungslast für die Anrechnungspositionen anderweitiger Erwerb (Koller, a.a.O., Rz 1054: "Füllaufträge") und ersparte Aufwendungen träge, kann ihr Sachvortrag in der vorliegenden Konstellation nicht als ungenügend substantiiert gelten: 11.10.1 Zum anderweitigen Erwerb: Die Kläger haben eingeräumt, G._____ habe die Verträge der Subunternehmer (mit Ausnahme desjenigen von H._____ SA) weitgehend zu denselben Konditionen übernommen (Urk. 26 Rz 135). Somit erlitten die Subunternehmer mit Blick auf die noch nicht geleistete Arbeit aufgrund dieser "Füllaufträge" keine Einbusse. Die zedierte Forderungen der einzelnen Subunternehmer übersteigen nach Darstellung der Kläger die Entschädigungsforderungen für die bereits geleistete Arbeit denn auch nicht. Dies gilt auch mit Bezug auf die H._____ SA, deren Ausstände sich per Konkurseröffnung auf CHF 102'367.68 belaufen haben sollen und die den Klägern Forderungen von lediglich CHF 70'000.– abgetreten hat (Urk. 26 Rz 144 f.). Mit anderen Worten machen die Kläger auf den nicht erbrachten Werkteilen keinen entgangenen Gewinn geltend, da ihnen dieser über Ersatzgeschäfte zugute kam. Nachdem

die Kläger anderwei- tigen Erwerb behauptet und berücksichtigt haben, wäre es Sache der Beklagten gewesen, darüber hinausgehenden anderweitigen Erwerb substantiiert zu behaupten. Dies haben sie indes nicht getan. 11.10.2 Zu den ersparten Aufwendungen: Die Kläger haben behauptet, dass die Subunternehmer von ihnen gemäss dem Stand der Arbeiten per Konkurser- öffnung – wie durch den amtlichen Befund bzw. vom beigezogenen Experten G._____ ermittelt – entschädigt worden seien, wobei sich Subunternehmer und Kläger gegenseitig keine Geschenke gemacht hätten (Urk. 1 Rz 64, Urk. 26 Rz 133 f.; Urk. 3/46, Urk. 27/47, Urk. 3/52-60). In den mit den Subunternehmern ab- geschlossenen Vereinbarungen wird jeweils erwähnt, welcher prozentuale Anteil der Arbeiten an den einzelnen Gebäuden IV, V und VI ausgeführt wurde und wel- cher Anteil des Pauschalpreises dafür geschuldet wird (Urk. 3/52-60, Urk. 27/47). Mit Bezug auf den Sonderfall H._____ SA verwiesen die Kläger auf fünf Zwi-

- 65 - schenrechnungen für erbrachte, aber unbezahlt gebliebene Arbeiten und Liefe- rungen (Urk. 26 Rz 139, Urk. 27/31-35), wobei die Kläger H._____ SA gemäss Vereinbarung vom 9. April 2008 CHF 70'000.– bezahlten (Urk. 3/46 S. 7, 3/47 und 3/49). Die Forderungen der Subunternehmer wurden in dem Umfang an die Klä- ger zediert, in dem die Kläger die Subunternehmer für bereits geleistete Arbeiten zu entschädigen hatten. Die zedierten und von den Klägern geltend gemachten Ansprüche beschlagen also nur Ansprüche für bisherige Leistungen der Subun- ternehmer. Insofern nehmen die Kläger selbst eine Kürzung der vollen Werklohn- ansprüche für ersparte Aufwendungen vor, indem sie keine Material-, Lohn- und Personalkosten usw. für die noch ausstehenden Leistungen verlangen, was im Ergebnis einem Abzug von den vertraglich geschuldeten Pauschalpreisen (Ge- samtvergütung) gleichkommt. Sinngemäss machen die Kläger damit auch gel- tend, die Subunternehmer hätten aufgrund des Nichteintritts der Konkursverwal- tung in die Verträge keine weiteren Ersparnisse erzielt, da die von den Klägern vergüteten Leistungen auch tatsächlich erbracht worden seien. Die Kalkulation der Subunternehmer kann insofern nicht mehr von Interesse sein. Der amtliche Befund über den Stand der Arbeiten nach Konkurseröffnung liegt überdies als Urk. 3/25 im Recht. Bei dieser Behauptungslage wäre es nach dem Gesagten Sache der Be- klagten gewesen, nicht nur den behaupteten Baustand bzw. die verbaute Summe zu bestreiten, sondern unter genauer Bezugnahme auf die von ihnen abgeschlos- senen Subunternehmerverträge (über welche die Beklagte als Vertragspartnerin der Subunternehmer verfügen muss) und die amtliche Befundaufnahme konkret aufzuzeigen, inwieweit die Kläger die Subunternehmer für noch nicht geleistete Arbeiten entschädigt bzw. wo die Subunternehmer weitere Einsparungen erzielt haben. Dies hat die Beklagte ganz überwiegend unterlassen, indem sie sich da- rauf beschränkte, die von den Klägern behaupteten Baustände bzw. die den Sub- unternehmern aus Sicht der Kläger noch zustehenden, unbezahlt gebliebenen Teilvergütungen für die bereits geleisteten Arbeiten und Lieferungen zu bestreiten (allgemein: Urk. 33 Rz 918; Urk. 33 Rz 294 und Rz 296; H._____ SA: Urk. 33 Rz 305, Rz 309 f., Rz 316 f. und Rz 319 ff.; I._____ SA: Urk. 33 Rz 349, Rz 358, Rz 366, Rz 377, Rz 382 und Rz 385; L._____ Sàrl: Urk. 33 Rz 388 und Rz 400;

- 66 - K._____ SA: Urk. 33 Rz 402, Rz 404 und Rz 413; J._____ : Urk. 33 Rz 415, Rz 417, Rz 424 f., Rz 438; T._____ SA: Urk. 33 Rz 440, Rz 443, Rz 445 und Rz 468; U._____ SA: Urk. 33 Rz 470, Rz 473, Rz 475, Rz 482 und Rz 493; M._____ Sàrl: Urk. 33 Rz 496, Rz 498 und Rz 508; N._____ Sàrl: Urk. 33 Rz 510, Rz 513 und Rz 525; V._____ SA: Urk. 33 Rz 528, Rz 530 und Rz 540). Auf folgende Vorbrin- gen der Beklagten ist noch speziell

einzuweisen, wobei die Vertragssummen (Pauschalpreise) bereits bereinigt wurden (Erw. III/11.8): - H._____ SA: Die Beklagte wendet ein, bei den für die Erstellung von Wasserleitungen verrechneten CHF 26'207.75 (Urk. 27/35) handle es sich um Leistungen, die vertraglich gar nicht vereinbart worden seien (Urk. 33 Rz 306 bis Rz 308, Rz 315): Dies ist letztlich irrelevant, gehen die Kläger doch ohne diese Rechnung von unbezahlten Arbeiten und Lieferungen von CHF 305'906.80 aus (Urk. 26 Rz 139) und wurden lediglich CHF 70'000.– an H._____ SA vergütet bzw. an die Kläger abgetreten. - H._____ SA: Die Beklagte wendet ein, ein Blick auf die Fotografie lasse erkennen, dass bei Gebäude VI in der Bodenplatte und den Verschalungsteilen per Konkursöffnung weder Heizungsrohre (CFC 243) noch Sanitärinstallationen (CFC 250) verbaut worden seien (Urk. 33 Rz 318): Die Beklagte schweigt sich darüber aus, wie sich dieser Einwand im Quantitativen auswirkt. Überdies entfielen auf CFC 243 ein Rechnungsbetrag von CHF 139'772.40 (Urk. 27/31) und auf CFC 250 ein Rechnungsbetrag von CHF 151'070.40 (Urk. 27/32), wogegen lediglich eine Forderung von CHF 70'000.– vergütet bzw. abgetreten wurde. - H._____ SA: Die Beklagte bestreitet "speziell" den in der Replik behaupteten Ausstand von CHF 128'151.60 für Gebäude V. Rechne man die behaupteten, bestrittenen Beträge in den Urk. 27/31-33 für Gebäude V zusammen, ergebe sich ein Betrag von CHF 104'910.– (Urk. 33 Rz 326): Auch wenn dieser Einwand seitens der Kläger nicht kommentiert wurde (Urk. 42) und berechtigt erscheint, vermag die Beklagte daraus letztlich nichts zu ihren Gunsten abzuleiten, da lediglich eine Forderung von CHF 70'000.– vergütet bzw. abgetreten wurde.

- 67 - - J._____ SA: Die Beklagte trägt vor, Urk. 27/58 und 27/59 würden den schlüssigen Beweis dafür erbringen, dass überhaupt kein Baustand per Konkursöffnung vorgelegen habe (Urk. 33 Rz 424 f.): Zu Recht weisen die Kläger darauf hin, dass die beiden Abrechnungen per 16. Juli 2007 Leistungen ausweisen (Urk. 42 Rz 52 mit Verweis auf Urk. 27/58: "Les fenêtres sont posées" und Urk. 27/59: "Les fenêtres sont prêtes en atelier, en attente d'être posées"), wobei die Arbeiten unbestrittenermassen seit 8. Juni 2007 eingestellt waren (Urk. 1 Rz 34, Urk. 19 Rz 73; Urk. 3/24 S. 3). J._____ SA hat mit anderen Worten bei Konkursöffnung bzw. Vertragsrücktritt bereits entschädigungspflichtige Arbeit geleistet. - U._____ SA: Die Beklagte wendet ein, hinsichtlich CFC 226.2 liege gar kein Vertrag vor (Urk. 33 Rz 189, Rz 472, Rz 479 und Rz 486): Dieser Umstand wurde seitens der Kläger bestritten (Urk. 42 Rz 57), bleibt aber ohne Relevanz, da diese Arbeitsgattung in der Vertragssumme (Pauschalpreis) nicht enthalten ist (Erw. III/11.8; Urk. 52 Rz 256). Demnach sind neben den von den Klägern zugestandenen keine weiteren Ersparnisse in Abzug zu bringen. Unter Berücksichtigung von anderweitigem Erwerb und ersparten Aufwendungen verbleiben die von den Klägern geltend gemachten, abgetretenen Forderungen in der Höhe von CHF 940'538.15 (Erw. III/11.9). 11.12 Nachdem vorliegend keine Forderungen durch Subrogationen auf die Kläger übergegangen sind, stellt sich die Frage "wie die Abgrenzung von behaupteten subrogierten sowie behauptet zedierten Forderungen aussieht" (Urk. 57 Rz 409), nicht. Mit Konkursöffnung ist auch die Fälligkeit der Entschädigungsforderungen der Subunternehmer, die ihre Grundlage in den vor Konkurs abgeschlossenen Werkverträgen haben, eingetreten. Die in Art. 208 Abs. 1 SchKG erwähnte Ausnahme liegt nicht vor. Davon abgesehen wird die Vergütung für bereits geleistete Arbeiten im Falle vorzeitiger Kündigung sofort fällig (BGE 129 III 738 E. 7.3 S. 748 f.). Die Kollokationsklage ist daher ausgewiesen und gutzuheissen in der beantragten Höhe von CHF 564'658.–.

- 68 - IV. Ausgangsgemäss wird die Beklagte für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Der Streitwert beträgt CHF 163'186.– (Urk. 53 S. 35). Die erst- und zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist gestützt auf § 4 Abs. 2 GebV OG um 1/3 der Grundgebühr zu erhöhen. Die einfache Anwalts- gebühr (Grundgebühr) beträgt CHF 14'612.–. Erstinstanzlich sind Zuschläge für die Replik (Urk. 26) und die Stellungnahme zu den Dupliknoten (Urk. 42) geschuldet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Die unaufgefordert eingereichte Stellungnahme zur Berufungsantwort (Urk. 61) war hingegen nicht notwendig im Sinne von § 11 Abs. 2 AnwGebV und ist damit nicht entschädigungspflichtig. Hinzu kommen Mehrwertsteuerzuschläge von 8%.

- 69 - Es wird erkannt: 1. Im Konkurs über die D. _____ AG in Liquidation wird die Forderung der Klä- ger zu gesamter Hand über CHF 564'658.– in der dritten Klasse kolloziert. 2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von CHF 15'000.– wird bestätigt. Sie wird der Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss ver- rechnet. Im Mehrbetrag stellt die Gerichtskasse der Beklagten Rechnung. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern den geleisteten Vorschuss von CHF 11'277.– zu ersetzen. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 15'000.– festgesetzt. Sie wird der Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Gerichtskasse der Beklagten Rechnung. Die Beklagte verpflichtet, den Klägern den geleisteten Vorschuss von CHF 11'300.– zu ersetzen. 4. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das erstinstanzliche Verfah- ren eine Prozessentschädigung von CHF 23'000.– zu bezahlen. 5. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das zweitinstanzliche Verfah- ren eine Prozessentschädigung von CHF 10'000.– zu bezahlen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be- schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

- 70 - Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 163'186.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: L. Hunziker Schnider lic. iur. H. Dubach versandt am: js

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