

# Obergericht des Kantons Zürich



II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: NE130011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

## **Beschluss und Urteil vom 20. November 2013**

in Sachen

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

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X1. \_\_\_\_\_

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

gegen

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

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Y1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Kollokation (ungesicherte Forderung im Konkurs der C. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes für SchKG-Klagen des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. August 2013; Proz. FO120001**

**Rechtsbegehren (act. 1 S. 2):**

- "1. Hauptantrag: Es sei die von der Beklagten im Konkurs der C. \_\_\_\_\_ AG in Liq. beim Konkursamt D. \_\_\_\_\_-Zürich angemeldete und in der 3. Konkursklasse kollozierte Forderung von CHF 1'777'808.20 im Kollokationsplan als unbegründet zu streichen;
2. Eventualantrag: Es sei die von der Beklagten im Konkurs der C. \_\_\_\_\_ AG in Liq. beim Konkursamt D. \_\_\_\_\_-Zürich angemeldete und in der 3. Konkursklasse kollozierte Forderung von CHF 1'777'808.20 im Kollokationsplan infolge Verrechnung mit der Inventar-Position Nr. 133 zu streichen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST von derzeit 8%) zulasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht für SchKG-Sachen,  
vom 21. August 2013 (act. 73 S. 35 = act. 72/1 S. 35)**

1. Die Klage wird vollumfänglich gutgeheissen.  
Demzufolge ist die von der Beklagten im Konkurs über die C. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation beim Konkursamt D. \_\_\_\_\_-Zürich angemeldete und in der 3. Klasse kollozierte Forderung von CHF 1'777'808.20 in dieser Höhe im Kollokationsplan als unbegründet zu streichen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 38'528.-.
3. Die Entscheidgebühr wird der Beklagten auferlegt. Sie wird vom Vorschuss des Klägers bezogen, ist diesem jedoch von der Beklagten zu ersetzen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von CHF 48'973.- (zuzgl. 8 % MwSt.) zu bezahlen.
- 5./6. Schriftliche Mitteilung/Rechtsmittel".

**Berufungsanträge:**

**Der Beklagten (act. 71 S. 2):**

- "1. Es sei das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich vom 21. August 2013 (FO12001) im Umfang von CHF 1'635'383.00 aufzuheben und es seien die von der Beklagten/Berufungsklägerin im Konkursverfahren der C. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation in

- dritter Klasse angemeldeten Forderungen wie folgt zu bestätigen und zu kollozieren:
- a) CHF 1'310'766.30 (entspricht EUR 894'476.80)
  - b) CHF 28'400.75 (entspricht EUR 19'380.89)
  - c) CHF 296'215.95 (entspricht EUR 202'140.00)
2. Eventualiter sei das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich vom 21. August 2013 (FO120001) im Umfang von CHF 1'635'383.00 aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dies betrifft die folgenden von der Beklagten/ Berufungsklägerin im Konkursverfahren der C. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation in der dritter Klasse angemeldeten Forderungen:
- a) CHF 1'310'766.30 (entspricht EUR 894'476.80)
  - b) CHF 28'400.75 (entspricht EUR 19'380.89)
  - c) CHF 296'215.95 (entspricht EUR 202'140.00)
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zu Lasten des Klägers/Berufungsbeklagten".

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Beide Parteien sind Gläubiger im Konkurs der C. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation. Beim vorliegenden Prozess handelt es sich um eine sog. negative Kollokationsklage i.S.v. Art. 250 Abs. 2 SchKG, mit der der Kläger die Wegweisung der Beklagten aus dem Kollokationsplan bezweckt. Neben den Forderungen der Beklagten ist streitig, ob dem Kläger in seiner Eigenschaft als Abtretungsgläubiger und damit als Prozessstandschafter für die Konkursmasse eine Gegenforderung zusteht, die er mit der Forderung der Beklagten im Rahmen seines Eventualantrages verrechnen kann. Da die Vorinstanz die Wegweisung der Beklagten aus dem Kollokationsplan angeordnet hat, hat sie die Verrechnungsforderung nicht prüfen müssen. Sollte es nicht bei der Wegweisung bleiben, so müsste die Prüfung der Verrechnungsforderung vor erster Instanz nachgeholt werden.

2. Mit Eingabe vom 1. März 2012 machte der Kläger die vorliegende Klage vor Vorinstanz hängig. Nach Durchführung des Verfahrens hiess die Vorinstanz die Klage gut und wies die Beklagte mit dem Betrag von Fr. 1'777'808.20 aus dem Kollokationsplan weg (act. 73 S. 35).

3. Die Beklagte hat das vorinstanzliche Urteil mit rechtzeitig erhobener Berufung angefochten (act. 71). Mit Verfügung vom 11. Oktober 2013 (act. 74) wurde ein Kostenvorschuss von Fr. 38'000.– erhoben, welcher rechtzeitig einging (act. 77). Da die Berufung, wie zu zeigen sein wird, offensichtlich unbegründet ist, wurde keine Berufungsantwort eingeholt (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

## II.

1. Der Kläger hat vor Vorinstanz die Wegweisung der Beklagten für Forderungen in der Höhe von Fr. 1'777'808.20 (EUR 1'213'189.69) verlangt und die Vorinstanz hiess die Klage im genannten Umfang gut.

2. In der Berufung reduzierte die Beklagte den eingeklagten Betrag insoweit, als sie es unterliess, das vorinstanzliche Urteil bezüglich (b.) des Verzuges bei der Erarbeitung und Aufbereitung von Dokumenten in den Beträgen von EUR 13'991.00 und EUR 15'201.00 sowie bezüglich (c.) Minderung/Ersatzvornahme wegen zahlreicher Fehler in den Beträgen von EUR 20'000.00 und EUR 48'000.00 anzufechten. Soweit das vorinstanzliche Urteil nicht angefochten ist, ist es rechtskräftig geworden, wovon Vormerk zu nehmen ist.

Im Folgenden ist noch von der reduzierten Streitsumme von Fr. 1'635'383.00 (Fr. 1'310'766.30, Fr. 28'400.75 sowie Fr. 296'215.95; bzw. EUR 1'115'997.69 zum Wechselkurs von Fr. 1.4654) auszugehen.

3. Bei der negativen Kollokationsklage hat die beklagte Partei die Behauptungs- und Beweislast, worauf bereits die Vorinstanz hingewiesen hat (BSK

SchKG II-Hierholzer [2. Auflage], N. 61 zu Art. 250; so auch die act. 73 Erw. I.2. und I.3.).

### III.

#### **1. Kollokation der Forderung aus vertragswidrig in Rechnung gestellten Kosten in den Jahren 2008 und 2009 im Betrage von Fr. 1'310'766.30 (entspricht EUR 894'476.80)**

a) Die Beklagte macht geltend, es handle sich um eine "Rückforderungsklage wegen der Auferlegung von vertraglich nicht vereinbarter, fiktiver Lizenz-, Wartungs- und Going Market-Kosten" (act. 71 Rz 50). Anwendbar sei das deutsche Recht. Das anwendbare deutsche Recht kenne beim Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung eine vergleichbare Beweislastverteilung wie das schweizerische Recht. Wegen des Grundsatzes "negativa non sunt probanda" werde die Pflicht zum Beweis negativer Tatsachen dadurch gemildert, dass der Gegner des Beweispflichtigen nach Treu und Glauben zum Beweis des Gegenteils beitragen müssen und das Misslingen des Gegenbeweises als Indiz für die Richtigkeit der Behauptung des Beweispflichtigen gewertet werde. Verschiedentlich werde sogar von einer Umkehr der Beweislast ausgegangen (act. 71 Rz 51). Die Vorinstanz nehme zu Unrecht an, dass die Beklagte die korrekte Preiskalkulation der Dienstleistungen der Konkursitin behaupten und beweisen müsse. Tatsächlich betreffe die Eingabe der Beklagten in den Kollokationsplan einen sog. Herausgabeanspruch nach deutschem Recht (§§ 814 f. BGB), was im Wesentlichen einer Bereicherungsklage nach schweizerischem Recht entspreche: Der Betreuungsgläubiger hat "die Umstände zu beweisen, aus denen sich die Voraussetzungen des Anspruches ergeben, der Bereicherungsschuldner diejenigen für die Einwendungen ... Der Bereicherungsschuldner muss aber im Sinne einer, nach den Umständen gegebenenfalls gesteigerten [...], sekundären Behauptungslast die Umstände darlegen, aus denen er ableitet, das Erlangte behalten zu dürfen, wenn der Gläubiger ausserhalb des von ihm zu beweisenden Geschehensablauf steht,

während der Schuldner diese Kenntnisse hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind" (act. 71 Rz 50 S. 22).

b) Die Beklagte wirft der Vorinstanz in diesem Zusammenhang vor, sie habe in verschiedener Hinsicht ihr rechtliches Gehör verletzt, insbesondere indem Ausführungen der Beklagten nicht gehört worden seien. Richterliche Behörden hätten im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung im Prozess die Pflicht, die Argumente und Verfahrensanträge der Parteien entgegenzunehmen und zu prüfen sowie die rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweismittel abzunehmen. Vorbringen der Betroffenen seien sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und bei der Entscheidung zu berücksichtigen (act. 71 S. 9). Ausserdem habe die Vorinstanz gegen den Verhandlungsgrundsatz i.S.v. Art. 55 ZPO verstossen. Sie hätte ausschliesslich Tatsachen unter materiellrechtliche Normen subsumieren dürfen, die von den Parteien auch behauptet worden seien. Die Vorinstanz habe ihrem Urteil Tatsachen zugrunde gelegt, die sich zwar aus einer Beilage ergeben, auf die aber in keiner Rechtsschrift erkennbar verwiesen worden sei. Auch hätte die Vorinstanz dem Urteil Tatsachen zu Grunde legen müssen, die vom Kläger nicht bestritten worden seien. Was nicht bestritten worden sei, müsse nicht bewiesen werden (act. 71 S. 9 f.).

c) Der eine Vorwurf der Beklagten betrifft die Frage, inwieweit Tatsachen, die sich aus Beilagen ergeben, durch das Gericht berücksichtigt werden dürfen. Fest steht, dass die Parteien den Sachverhalt darlegen müssen und sich nicht mit dem Verweis auf Beilagen begnügen können. In ZR 97/1998 Nr. 87, ergangen unter dem alten kantonalen Prozessrecht, wurde dazu ausgeführt: Der Verweis auf eingelegte Akten ist nur dann genügend, wenn aus dem Verweis in der Rechtsschrift selbst klar wird, ob das Dokument in seiner Gesamtheit oder welche Teile des Aktenstückes als Parteibehauptungen gelten sollen. Eine bloss allgemeine Bezugnahme auf eingereichte Aktenstücke und die blosser Erklärung eingereicherter Aktenstücke zum integrierenden Bestandteil der Rechtsschrift genügen nicht. Legt das Gericht seinem Entscheid auch Tatsachen zugrunde, die sich zwar aus den Beilagen ergeben, auf die aber in keiner Rechtsschrift verwiesen wurde, so ver-

letzt dies die Verhandlungsmaxime. An dieser Sichtweise hat sich seit dem Inkrafttreten der schweizerischen ZPO nichts geändert. Das Gericht stützt seinen Entscheid auf Tatsachen, die von den Parteien behauptet sind (vgl. z.B. BK ZPO-Hurni, N. 3 zu Art. 55). Insofern können die Parteien durch Gestaltung des Tatsachenvortrages über den streitigen Anspruch verfügen (BK ZPO-Hurni, N. 5 zu Art. 55; Martin Sarbach, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 2003, 12 ff.).

Die Beklagte hat ihre Rügen zusätzlich konkretisiert: Bezüglich der vertragswidrig in Rechnung gestellten Kosten für die Jahre 2008/9 im Betrage von EUR 894'476.80 hätten die Parteien – so die Beklagte – insbesondere nie behauptet, diese Forderung aufgrund irgend einer Preisliste berechnet zu haben (act. 71 Rz 24). Tatsächlich habe die Beklagte aufgezeigt, wieso die Preiskalkulation der Konkursitin falsch gewesen sein musste und worin sie die massive Kostenerhöhung im Jahr 2008 im Vergleich zu 2007 sah (act. 71 Rz 27). Weiter hätte die Vorinstanz mindestens folgende weitere Ausführungen der Beklagten würdigen müssen, nämlich dass die Beklagte mehrmals an die Konkursitin herangetreten war und beanstandet habe, dass die angestrebte Kostensenkung ausblieb; es müsse ein Fehler in der Preiskalkulation vorliegen, der korrigiert werden müsse. Während des laufenden Geschäftsjahres habe es keine Möglichkeit gegeben, die Umsatzrendite zu überprüfen, so dass sich die Streitigkeit ins Jahr 2009 hineingezogen habe (act. 71 Rz 28). Die Beklagte habe der Konkursitin im Januar 2009 mitgeteilt, dass die vereinbarte Kostenobergrenze von EUR 1.7 Mio. trotz rückgängiger Anzahl verarbeiteter Dokumente überschritten worden sei, so dass die Beklagte die in Rechnung gestellten Kosten nicht mehr hätte bezahlen müssen. Statt zur vereinbarten Kostenreduktion von 5 bis 10 % sei es zu einem Kostenanstieg gekommen, so dass Gewissheit bestand, dass die Preiskalkulation falsch war (act. 71 Rz 28 S. 11 f.). Am 16. Juni 2009 habe die Beklagte der Konkursitin die Situation aus ihrer Sicht präsentiert. Sie habe verlangt: Kostensenkungen, den Nachweis, dass die einstellige Umsatzrendite eingehalten werde, dass sich die Effizienzsteigerung bei Stückpreisen in einer Preissenkung ausdrücke, dass die

Vertragsumstellung von der Konkursitin auf die E. \_\_\_\_\_ GmbH erfolge, damit grössere Transparenz geschaffen werde und dass die Stückpreise 2008 korrigiert würden und die korrigierten Preise 2008 die Basis für 2009 bildeten (act. 71 Rz 28 S. 12). Weiter habe die Beklagte darauf hingewiesen, dass die Konkursitin von der ersten Gewinnmarge von EUR 422'000.00 angebliche Kosten (Lizenz, Betrieb, Going Market) von EUR 403'000.00 abgezogen habe, die geschäftsmässig nicht begründet und fiktiv gewesen seien, weil sie keinen wirklich angefallenen Aufwand deckten und es dafür keine vertragliche Vereinbarung gegeben habe, so dass es sich um einen "Betrug" gehandelt habe (act. 71 S. 12 f.). Die Beklagte habe damit genügend substantiiert und mit verschiedenen Beweisofferten unterlegt, warum sie ab Frühling 2008 glaubte, dass die Preiskalkulation der Konkursitin nicht korrekt sei (act. 71 Rz 30). Die Beklagte habe ab dem Frühling 2008 Zweifel an der Kalkulation der Konkursitin gehabt. Sie habe nämlich festgestellt, dass sie für eine geringere Anzahl von verarbeiteten Dokumenten im Jahr 2008 mehr bezahlt habe als im Jahr 2007. Da die Parteien nebst der einstelligen Umsatzrendite auch eine jährliche Kostenreduktion von 5 bis 10 % vereinbart hätten, "mussten die der Beklagten von der C. \_\_\_\_\_ AG in Rechnung gestellten Preise falsch kalkuliert worden sein" (act. 71 Rz 34). Im Juni 2009 habe die Konkursitin endlich die Berechnung des Jahres 2008 offen gelegt: Völlig neu seien die Lizenz- (EUR 1.51), Wartungs- (EUR 5.39) und die Going Market-Kosten (EUR 4.00) gewesen (act. 71 Rz 36). Im Folgenden setzt sich die Beklagte dann im Einzelnen mit den aus ihrer Sicht unzutreffenden Ausführungen der Vorinstanz auseinander (act. 71 Rz 39 ff.).

Der Beklagten geht es um die Rückzahlung der nach ihrer Ansicht fiktiven Kosten für die Jahre 2008 und 2009 (act. 71 Rz 37). Sie beruft sich dafür – weil deutsches Recht anwendbar ist (z.B. act. 57 S. 10) – auf den Herausgabeanspruch von § 812 BGB und damit auf einen Bereicherungstatbestand (vgl. Sprau, Becks Kurzkommentar, 72. A., München 2013, N. 1a zu § 812). Sind die Voraussetzungen gegeben, so ist das Erlangte herauszugeben (Sprau, a.a.O., N. 74 zu § 812). Allerdings ist das Bereicherungsrecht insgesamt anzuwenden, so dass

auch § 814 BGB in Betracht zu ziehen ist. Dieser lautet: "Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach". Damit stellt sich die Frage, inwiefern diese Bestimmung dem Rückforderungsanspruch der Beklagten entgegensteht. Blosser Zweifel am Bestehen der Nichtschuld steht in der Regel der positiven Kenntnis nicht gleich, genügt aber ausnahmsweise, wenn die Leistung in der erkennbaren Absicht erfolgte, sie auch für den Fall der Nichtschuld zu bewirken. Kenntnis von Einwendungen gegenüber der Verbindlichkeit steht der Kenntnis der Nichtschuld gleich, aber nur, wenn die Einwendungen bekannt waren (Sprau, a.a.O., N. 3 zu Art. 814; Mühl/Hadding, in Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 5/1, Schuldrecht IV/1 [§§ 705-822], Stuttgart 2007, N. 3 zu § 814). Anders ist es bei einer Leistung unter Vorbehalt, welche – anders als die Zahlung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – die Rückforderungsmöglichkeit offen hält (Sprau, a.a.O., N. 4 zu Art. 814; Mühl/Hadding, a.a.O., N. 13 zu § 814).

Bleibt noch, das Verhalten der Beklagten konkret einzuordnen. Zu Beginn der massgeblichen Periode 2008/9 – betrachtet man diese für sich allein – ist nicht ganz sicher, ob die Beklagte die erforderliche Kenntnis von der Preisgestaltung der Konkursitin hatte, auch wenn sie die Preiskalkulation schon im Frühling 2008 in Frage gestellt hatte (z.B. act. 57 Rz 45). Gemäss ihren eigenen Ausführungen hatte sie aber einen ganz erheblichen Verdacht, ja, war sich ihrer Sache eigentlich sicher, dass aus ihrer Sicht vertragswidrige Forderungen gestellt würden, wusste jedoch offenbar nicht im Einzelnen, warum die Rechnungen so hoch waren. Das änderte sich nach den Vorbringen der Beklagten im Laufe des Jahres 2009, als die Konkursitin ihre Abrechnung offen legte und damit fest stand, dass Gebühren verrechnet wurden, die aus der Sicht der Beklagten "betrügerisch" erhoben wurden. Das führte allerdings nicht dazu, dass sie ihre Zahlungen eingestellt oder auch nur unter einen eigentlichen Vorbehalt gestellt hätte, sondern sie erbrachte die aus ihrer Sicht zu Unrecht erhobenen Zahlungen weiterhin und führ-

te dazu aus (act. 17 Rz 49): "Die Beklagte war vom Vorgehen der C.\_\_\_\_\_ AG masslos enttäuscht und verlangte ab Juni 2009 vehement eine vertragskonforme Preisgestaltung. In einem einzigen Jahr über EUR 400'000 Gewinn zu erzielen ... stellt nicht nur eine massive Vertragsverletzung dar, sondern ist schlicht eine Frechheit". Als Gründe, warum sie weiterhin bezahlte und das bisher zu viel Bezahlte nicht verrechnete, führte die Beklagte Folgendes an (act. 17 Rz 50 f.): "Trotz der masslosen Enttäuschung hat die Beklagte weiterhin die Rechnungen der C.\_\_\_\_\_ ... bezahlt. Dies hat sie aus verschiedenen Gründen getan: Die Beklagte war sich ihrer Abhängigkeit von der C.\_\_\_\_\_ -Gruppe ... sehr wohl bewusst. Um die zu Recht sehr hohen Ansprüche an die Wartung von Flugzeugen zu erfüllen und damit zu einem sicheren Luftraum beizutragen, ist es unabdingbar, dass der Prozess des Einlesens und Verarbeitens von neuen Dokumenten permanent und ohne Unterbruch erfolgt. Den Themenkomplexen «Betriebssicherheit» und «Exit-Szenario» wurde daher stets grosses Gewicht beigemessen ... Aus genau den gleichen Gründen war es auch nicht im Interesse der Beklagten, die C.\_\_\_\_\_ AG in Liquiditätsschwierigkeiten zu bringen. Die Beklagte war daran interessiert bzw. mehr noch darauf angewiesen, dass ihr die C.\_\_\_\_\_ AG weiterhin Dienstleistungen erbringt ... Hätte die Beklagte bereits im Sommer um den Ausgang bei der C.\_\_\_\_\_ AG gewusst [gemeint ist offenbar deren spätere Insolvenz], hätte sie besser auf einer sofortigen vollumfänglichen Verrechnung bestanden. So hätte sie es vermeiden können, eine derart hohe Forderung im Konkurs der C.\_\_\_\_\_ AG eingeben zu müssen. Damals hat sie aber noch nichts von den finanziellen Schwierigkeiten der C.\_\_\_\_\_ AG gewusst". Angesichts dieser Äusserungen, die keinen Zweifel an den Intentionen der Beklagten aufkommen lassen, wirkt das Vorbringen in der Berufung (act. 71 Rz 64 mit Verweis auf act. 17 Rz 157) wenig überzeugend, widersprüchlich und "nachgeschoben". Der Passus in der Berufung lautet: "Der Kläger wollte aus der Tatsache, dass die Beklagte die Rechnungen vorbehaltlos bezahlte, ein Zugeständnis zur Höhe der einzelnen Rechnungen konstruieren, so zumindest für das Jahr 2007. Mit Einreichung von act. 40/58 durch den Kläger widersprach der Kläger seiner Behauptung aber gerade selber. Weil die C.\_\_\_\_\_ AG der Beklagten zusicherte, dass die Preise auch nachträglich

korrigiert würden, wenn sie sich als falsch erweisen sollten, habe die Beklagte die entsprechenden Rechnungen auch bezahlt". Dazu ist Folgendes auszuführen: Die Beklagte kann sich an sich auf Beilagen, die der Kläger eingereicht hat, berufen. Es gilt jedoch auch hier, was oben (III./1.c.) gesagt wurde: Ein pauschaler Verweis auf Beilagen genügt nicht; Art. 40/58 ist ein ca. 7-seitiges Schreiben. Das E-mail, mit dem es versandt wurde, datiert vom 27. Januar 2009 und damit aus einer Zeit, als die Beklagte – hätte sie das gewollt – ihr Zahlungsverhalten noch hätte ändern können. Tatsächlich steht unter "3. Preise", dass die Konkursitin zugesagt habe, die Stückpreise würden nachträglich angepasst, wenn sie sich als nachhaltig falsch erweisen sollten. Zu diesen Aussagen stehe die Konkursitin nach wie vor. Hingegen hätten die Ergebnisse für 2008 und die nachgewiesene Effizienzsteigerung für 2008 gezeigt, dass "sich die 2008 eingeführten Stückpreise nicht nur voll auf bewährt haben, sondern sogar noch in eine zusätzliche Stückkostensenkung von 4,2 erreicht wurde". Daraus konnte nicht ernsthaft mit einer Rückerstattung gerechnet werden. Ohne dass es entscheidend darauf ankäme, ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet hat, die Konkursitin hätte eine nachträgliche Preiskorrektur in Aussicht gestellt, so dass es sich um ein Novum handelt. Der Passus in act. 17 (Rz 157), auf den sie sich in der Berufung als Referenzstelle bezieht (act. 71 Rz 64), lautet: "Nichts zu seinen Gunsten bzw. zu Gunsten der C.\_\_\_\_\_ AG vermag der Kläger daraus ableiten, dass die Beklagte die an sie fakturierten Rechnungen vorbehaltlos bezahlt hat. Gegenteiliges wird bestritten. Eine Überprüfung der Umsatzrendite kann selbstredend immer erst rückwirkend erfolgen. Im Juni 2008 hatte die Beklagte mithin ihre Rechnungen für das Jahr 2007 schon längst beglichen und die Gesamtsumme der ihr in Rechnung gestellten Beträge für das Jahr 2007 auch nicht mehr präsent, sofern die Beklagte bereits für das Jahr 2007 zu viel bezahlt hat, behält sie sich weitere Forderungen vor" (als BO werden drei Zeugen angeführt).

Wenn die Beklagte also weiterhin bezahlte, tat sie in dieser Situation, was ihr – im Sinne einer Güterabwägung – am Vorteilhaftesten erschien, nämlich – wie sie

selber ausführt – die Existenz der Konkursitin, auf die und auf deren Dienstleistungen sie angewiesen war, nicht zu gefährden. Zahlte sie vorbehaltlos weiter, obwohl sie längst erheblich zweifelte und alsdann klar von einer Nichtschuld ausging, so kann sie sich für keinen Zeitpunkt – auch nicht für die Periode eines erheblichen Verdachts – darauf berufen, sie hätte die Zahlungen nicht geleistet, wenn sie schon damals absolute Gewissheit gehabt hätte. Der Klägerin ist damit für die Kosten in der Höhe von Fr. 1'310'766.30 (entspricht EUR 894'476.80) die Rückforderung verstellt. Dass die Klägerin § 814 BGB nicht thematisiert und in ihre Überlegungen einbezogen hat, steht dem nicht im Wege. Eine zusätzliche Möglichkeit zu einer Stellungnahme müsste höchstens dann eingeräumt werden, wenn die Bereicherungsregeln des deutschen Rechts überraschend angewendet worden wären. Da sich die anwaltlich vertretene Beklagte selber auf diesen Erlass (§ 812 BGB) beruft, handelt es sich nicht um einen unzulässigen Überraschungseffekt.

Hat aus diesen Gründen eine Streichung aus dem Kollokationsplan zu erfolgen, muss auf die von der Beklagten gerügten vorinstanzlichen Erwägungen nicht weiter eingegangen werden.

## **2. Forderung wegen nicht erfolgter Bereitstellung von Entwicklerpersonentagen im Betrage von EUR 19'380.89**

a) Die Vorinstanz hat zur Forderung aus Bereitstellung von Entwicklerpersonentagen ausgeführt, dass die Konkursitin für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2009 die Leistung von 100 Entwicklerpersonentagen (PT) zugesichert habe, wobei die Beklagte geltend mache, dass nur 67.97 PT geleistet worden seien, weshalb – basierend auf einem Entwicklersatz von EUR 879.75 – eine Vertragsstrafe von insgesamt EUR 19'380.89 (22.03 PT [90 PT - 67.97 PT] x EUR 879.75) geltend gemacht werde. Der Kläger bestreite, dass nur 67.97 PT geleistet worden seien und dass der Entwicklertagessatz EUR 879.75 betragen habe. Der Anspruchsteller habe auch nach deutschem Recht die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, so dass die Beklagte die vertragliche Verpflichtung und den

Entwicklertagessatz von EUR 879.00 beweisen müsse; hingegen trage der Kläger die Beweislast für die Zahlungseinstellung sowie die tatsächlichen Voraussetzungen für die von ihm geltend gemachten Vertragsverletzungen etc. Der Kläger habe pauschal bestritten, dass lediglich 67.97 Personentage geleistet worden seien und sage und belege nicht, wie viele Personentage es nach seiner Ansicht denn gewesen seien. Hinsichtlich des Entwicklungssatzes verlange die Beklagte EUR 879.95, obwohl sich aus der Vereinbarung der Betrag von "derzeit EUR 765" ergebe (act. 73 S. 26 E. 2) und ein von der Beklagten behauptetes Festpreisangebot nicht erfolgt sei. Schliesslich habe die Beklagte auch nicht substantiiert, wie der Ansatz von Fr. 879.75 zustande gekommen sei. Als Fazit hält die Vorinstanz fest, dass die Konkursitin lediglich 67.97 PT geleistet habe. Allerdings könne die Beklagte daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten, "da der von ihr geltend gemachte Entwicklertagessatz von EUR 879.95, mit welchem die nicht geleisteten 67.97 PT (recte: 22.03 PT) zu entschädigen wäre, nicht ausgewiesen ist." Demzufolge sei der Verzug bei der Gewährung von Entwicklerpersonentagen betreffend Forderung im Betrag von EUR 19'380.89 (umgerechnet CHF 28'102.30) unbegründet und daher aus dem Kollokationsplan zu streichen.

Ob es bei den Überlegungen, wie sie sich die Vorinstanz gemacht hat, der Anspruch nicht mindestens mit dem tieferen Tagessatz von EUR 765.00 gemäss act. 2/7 Beilage 6 hätte gutgeheissen werden müssen, kann offen bleiben, da es auch diesbezüglich – wenn auch aus anderen Gründen – bei der Wegweisung aus dem Kollokationsplan bleiben muss.

b) Der Kläger bestritt, dass lediglich 67.97 Personentage geleistet worden seien (act. 1 Rz 124, act. 49 Rz 221). Das gehe weder aus dem Schreiben vom 21. Juli 2009 noch aus der von der Beklagten ins Recht gelegten E-mail von Herrn F. \_\_\_\_\_ vom 27. Dezember 2009 hervor (act. 1 Rz 124). Bestritten wurde auch der Entwicklersatz von EUR 879.75, zu dem nicht erwähnt werde, wie er zustande komme (act. 1 Rz 125). Ausserdem sollten, wenn keine Einigung zustande käme, die ursprünglichen Stundenansätze fortgelten (act. 1 Rz 126). Ein allfälliger

Verzug wäre ohnehin von der Beklagte zu vertreten, weil sie 2009 unzulässigerweise die Zahlung eingestellt habe (act. 1 Rz 126).

c) In der Klageantwort wies die Beklagte darauf hin, dass die bis zum 31. Dezember 2009 geleisteten 67.97 PT durch ein E-mail von F. \_\_\_\_\_ von der Konkursitin vom 27. Dezember 2009 belegt seien. Ein weiterer Beleg finde sich im E-mail von G. \_\_\_\_\_ von der Beklagten vom 4. Januar 2010, woraus sich ergebe, wie viele PT die Beklagte bestellt habe und wie wichtig die Leistungen für die Beklagte waren (act. 17 Rz 75 f. mit Hinweis auf act. 2/7 Beilage 7 und 18/19). Auf Grund der erbrachten PT von 67.97 multipliziert mit dem Entwicklersatz von EUR 879.75 pro PT ergebe dies den Betrag von insgesamt EUR 19'380.89 (act. 17 Rz 77). In act. 17 Rz 209 erwähnt die Beklagte den Betrag von EUR 879.95 (in der Vereinbarung vom 21. Juli 2009 explizit erwähnt [act. 2/7, Beilage 6]); ausserdem sei er im E-mail von G. \_\_\_\_\_ vom 4. Januar 2010 – ohne Einwand der Konkursitin – verwendet worden.

d) In der Replik (act. 49 Rz 221) bleibt der Kläger dabei, dass nur 67.97 Personentage geleistet worden seien. Das gehe aus dem Schreiben "Angebot für Reservierung eDoc Entwicklungskapazitäten im Q4 2009" vom 21. Juli 2009 (Klagebeilage 2/7 und dort Beilage 6) nicht hervor und auch nicht aus dem E-mail von Herrn F. \_\_\_\_\_ vom 27. Dezember 2009 (act. 18/21). Das E-mail von Herrn G. \_\_\_\_\_ sei eine reine – bestrittene – Parteibehauptung, die nicht anerkannt worden sei und auch die Berechnung des Entwicklersatzes von EUR 879.75 werde weiterhin bestritten (act. 49 Rz 222).

e) Die Beklagte macht in der Duplik (act. 57 Rz 84 und 86) geltend, dass "anlässlich des Telefongespräches vom 30. Dezember 2009 ... die Thematik der fehlenden Bereitstellung von Entwicklerpersonentagen zwischen der Beklagten und der C. \_\_\_\_\_ AG diskutiert (worden seien). G. \_\_\_\_\_ von der Beklagten hat dieses Telefongespräch anschliessend zusammengefasst und allen Beteiligten zukommen lassen (act. 18/19). Die geleisteten 67.97 Personentage, die fehlende Lieferung per Ende 2009 und der verwendete Entwicklersatz sind dort disku-

tiert worden (act. 18/19, art. 2/7 Beilage 7). ... Der gesamten Korrespondenz (act. 18/19) lässt sich entnehmen, dass für die Beklagte das Hauptaugenmerk darin lag, die versprochenen Leistungen zu erhalten, weil sie für die Beklagte wichtig waren (vgl. act.18/19 sowie dort erwähnte Dokumente, act. 18/19.1 bis act. 18/19.3) ... . Ebenso bezeichnend war die Reaktion der C.\_\_\_\_\_ AG auf diese E-mail. Der Kläger vermochte kein Dokument ins Recht zu legen, in welchem die E-mail von G.\_\_\_\_\_ zurückgewiesen, der Inhalt in Frage gestellt oder nur schon mitgeteilt wurde, dass man dies zuerst überprüfen müsse. Solches existiert nicht, weil sich die C.\_\_\_\_\_ AG ihrer Unzulänglichkeiten sehr wohl bewusst war. Dies zeigt auch sehr deutlich die E-mail von H.\_\_\_\_\_ an die Beklagte vom 28. Januar 2010 (act. 18/21). Es handelt sich dabei um eine Antwort auf die E-mail von I.\_\_\_\_\_ vom 27. Januar 2010. Dieser hat u.a. auch nochmals die Penalty aus Nichterfüllung der Vertragsvereinbarung zum 4. Quartal (d.h. fehlende Entwicklerpersonentage) gefordert. Dies wurde seitens von H.\_\_\_\_\_ (...) in keiner Art und Weise zurückgewiesen oder bestritten. Nein, H.\_\_\_\_\_ entschuldigt sich vielmehr für die entstandenen Unannehmlichkeiten. BO ..." (act. 57 Rz 86 f.).

f) Unbestritten sind die vertraglichen Grundlagen: Dass die Konkursitin auf Anforderung 100 PT leisten musste, und dass die Beklagte verpflichtet war, 90 PT abzurufen. Der Kläger bestreitet, dass lediglich 67.97 PT geleistet wurden (act. 49 Rz 221). Was die Behauptungs- und Beweislast anbelangt, geht die Vorinstanz davon aus, dass die Beklagte die vertragliche Verpflichtung substantiiert zu behaupten (und allenfalls zu beweisen habe) und dass der Kläger die ordnungsgemäss Erfüllung des Vertrages behaupten und beweisen muss (act. 71 S. 26). In ihrem Entscheid geht die Vorinstanz davon aus, dass der Kläger die von der Beklagten genannte Zahl bestritten habe, ohne hingegen darzulegen, wie viele Tage die Konkursitin geleistet habe, und er substantiiere die Leistungen nicht (act. 73 S. 26). Daher – so die Vorinstanz – sei von den geleisteten 67.97 PT auszugehen. Weil allerdings der geltend gemachte Entwicklertagessatz von EUR 879.95 bestritten und nicht ausgewiesen sei, sei der Betrag von EUR 19'380.89 bzw. Fr. 28'102.30 letztlich dann doch zu streichen (act. 73 S. 26 f.). Die Beklagte kriti-

siert dieses Ergebnis zusätzlich mit dem Argument, dass der Entwicklertagesatz im Betrage von Fr. 765.00 nicht streitig gewesen sei, was zu einer Gutheissung der Forderung im Umfang dieses tieferen Satzes hätte führen sollen. Der Frage ist allerdings nicht weiter nachzugehen, weil der Forderung der Beklagten aus anderen Gründen die Kollokation zu verweigern ist.

g) Zur Klärung der Forderung ist entscheidend, in welchem Ausmass die vereinbarten Entwickler(arbeits)tage zur Verfügung standen. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass der Kläger die geleisteten PT hätte substantiiert behaupten müssen, was er unterlassen habe, weshalb sie für das 4. Quartal des Jahres 2009 von den behaupteten 67.97 Tage ausgegangen ist. Anders als die Vorinstanz geht die Kammer aber davon aus, dass – wenn die Anzahl der PT zwischen den Parteien streitig ist – die Beklagte die von ihr behaupteten 67.97 PT in den erstinstanzlichen Rechtsschriften mit Spezifizierung und Zeitpunkt sowie ausführender Person für Gericht und Kläger hätte substantiiert aufführen müssen. Der Verweis auf das E-mail von G. \_\_\_\_\_ vom 4. Januar 2010 (act. 18/19) hilft schon deshalb nicht weiter, als daraus keine Spezifizierung der behaupteten Leistung von 67.97 PT ersichtlich ist.

Aus der Behauptung, dass lediglich 67.97 PT geleistet worden seien, leitet die Beklagte Rechte ab (act. 2/7 und dort Beilage 6: "Sofern A. \_\_\_\_\_ zeitgerecht die PT beauftragt hat, verpflichtet sich C. \_\_\_\_\_ diese bis 31.12.2009 zu erbringen. Falls dies nicht erfolgt, ist A. \_\_\_\_\_ berechtigt im Januar 2010 die Differenz [90 PT minus erbrachte PT per 31.12.2009] zum Entwicklertagesatz in Rechnung zu stellen"). Damit ist – anders als die Vorinstanz annimmt – diesbezüglich die Beklagte behauptungs- und substantiierungsbelastet (und allenfalls in der Folge auch beweispflichtig). Grundsätzlich wäre die Beklagte allerdings auch für die Nichtleistung der PT behauptungs- und beweispflichtig, weil es für die Feststellung der von ihr behaupteten "Malus"-Zahlung auch auf die nicht geleisteten PT ankommt. Diesbezüglich gilt es allerdings die Schwierigkeiten mit dem Behaupten und Beweisen von negativen Tatsachen zu berücksichtigen. Die Beklagte hat das substantiiert zu behaupten (und allenfalls zu beweisen), was ihr möglich ist und

das sind die geleisteten PT. Will der Kläger, wie er es tut, geltend machen, er habe mehr geleistet als von der Beklagten behauptet, müsste er dies – gleichermaßen substantiiert – darlegen. Substantiiert Behaupten bedeutet im vorliegenden Fall, dass die angeblich erhaltenen (Beklagte) bzw. erbrachten (Kläger) Leistungen identifizierbar sind, wozu Angaben zum Zeitpunkt, zu ausführenden Personen und zu erledigten Arbeiten, die PT geleistet haben, erforderlich wären. Nur so könnte Beweis darüber abgenommen werden, dass die Konkursitin lediglich die von der Beklagten behaupteten 67.97 PT geleistet hat. Diese Substantiierungsobliegenheit entfällt auch nicht dadurch, dass der Kläger seinerseits davon ausgeht, dass die Konkursitin das Erforderliche getan hat und der Anspruch auf die "Malus"-Zahlung deshalb nicht besteht. Durch die Bestreitung der von der Beklagten geltend gemachten PT stellt er das ganze Abrechnungsverhältnis in Frage, welches nur dann überprüfbar und nachvollziehbar ist, wenn Einzelheiten zu sämtlichen behaupteten Leistungen dargelegt werden.

Wenn auch mit anderer Begründung bleibt es deshalb im Ergebnis dabei, dass die Anmeldung der Beklagten, soweit sie die Entwicklerpersonentage im Betrage von EUR 19'380.89 betrifft, aus dem Kollokationsplan zu streichen ist.

### **3. Forderung aus Minderung/Ersatzvornahme zahlreicher Fehler von eDoc und eDoc 4i im Betrage von EUR 201'140.00**

a) In der Berufung (act. 71 Rz 86 ff.) bezieht sich die Beklagte auf die Erwägungen der Vorinstanz, wonach unter "Vorgangstyp" die "open-item" und "change request" aufgeführt würden (act. 2/7 Beilage 8 = act. 18/25). Für die Abarbeitung dieser Punkte sei die Bestellung der PT erfolgt, was sich aus den Mails von G. \_\_\_\_\_ vom 18. Dezember 2009 sowie vom 4. Januar 2010 in Verbindung mit dem Angebot über die Reservierung von Entwicklungskapazitäten ergebe (act. 73 S. 29). G. \_\_\_\_\_ habe ausdrücklich die Positionen auf der ...-Liste genannt, welche im Rahmen der Leistung der PT prioritär zu behandeln seien (act. 18/19.3). Der überwiegende Teil der dort aufgeführten Probleme werde auch in der ...-Liste aufgeführt, was zu einer Überschneidung der im E-mail vom 18. Dezember 2010

aufgelisteten Probleme einerseits und denjenigen, die die Beklagte nun als Mängel bezeichne andererseits führe. G.\_\_\_\_\_ schreibe weiter, dass in der dritten Lieferung mit den noch ausstehenden Punkten in einem Gesamtvolumen von 37.38 PT planmässig erfolgen sollte. Aufgeführt worden seien die Aufträge EDC-1132, EDC-494, EDC-453, EDC-424, EDC-387, EDC-375, EDC-1201, EDC-1200, EDC-1071 und zu jedem dieser Punkte seien sodann die PT aufgeführt worden (act. 18/19). Weil sämtliche dieser Aufträge in der als Mängelliste eingereichten ...-Liste aufgeführt sind (act. 18/26), folgert die Vorinstanz, dass es sich nicht um von der vereinbarten Beschaffenheit abweichende Sachmängel gehandelt haben könne, wenn schon während laufender Vertragsbeziehung extra dafür bezahlt worden sei (act. 73 S. 30). Die Beklagte rügt hier wiederum, dass die Vorinstanz die Verhandlungsmaxime verletzt habe, indem sie dem Urteil eine von den Parteivorträgen abweichende Darstellung zugrunde gelegt habe (act. 71 Rz 87), die ausserdem falsch sei. Richtig sei, dass die Konkursitin die in der ...-Liste eingetragenen Mängel ohne zusätzliche Rechnungsstellung hätte beheben müssen. Im Jahre 2009 sei die Konkursitin der Fehlerbehebungspflicht immer weniger nachgekommen, so dass die ...-Liste weit über 200 offene Positionen aufgewiesen habe (act. 71 Rz 89). Die Beklagte sei darauf angewiesen, dass die Mängel behoben würden und sie könne nicht hinnehmen, dass sie einfach bestehen blieben (act. 71 Rz 89). Der Vertrag über Entwicklerpersonentage habe die Weiterentwicklung der Software sicherstellen sollen und da die Konkursitin nicht einmal diese in ausreichendem Mass zur Verfügung gestellt habe, habe sich die Beklagte nicht mehr anders zu helfen gewusst als zu versuchen, mittels Entwicklerpersonen die dringlichsten Mängel zu beheben. Fälschlicherweise habe die Vorinstanz daraus geschlossen, dass es sich nicht um Mängel handle (act. 71 Rz 90). Das Vorgehen der Beklagten, die Mängelbehebung – egal mit welchen Mitteln – voranzutreiben, stehe im Einklang mit dem deutschen Recht und der in § 637 BGB vorgesehenen "Selbstvornahme", wenn Mängel nicht oder nicht entsprechend zeitnah korrigiert würden: "Selbstvornahme bedeutet nicht, dass die Mängel selber behoben werden müssen, sondern es kann auch jemand hierfür beigezogen werden. Die Kosten dieser Selbstvornahme können anschliessend zurückgefordert werden bzw.

dem ursprünglichen Leistungserbringer überbunden werden. Für die Selbstvornahme bedarf es keiner Fristansetzung, wenn Umstände vorliegen, aufgrund derer eine Nacherfüllung für den Besteller unzumutbar ist, beispielsweise weil die Nacherfüllung dem Besteller unzumutbare persönliche oder wirtschaftliche Opfer abfordert. Aufgrund der Mangelhaftigkeit konnte die Software von der Beklagten nicht effizient eingesetzt werden. Die Beklagte war daher dringend auf die Mängelbehebung angewiesen" (act. 71 Rz 92).

Ausgehend von dieser Sachdarstellung der Beklagten handelt es sich im Wesentlichen um noch nicht behobene Mängel, die verhindern, dass die Software effizient eingesetzt werden kann. Dass die Behebung noch nicht erfolgt ist, ergibt sich auch daraus, dass die Beklagte keinen Kosten für die erfolgte Mängelbehebung nennt, sondern dass sie deren Kosten im vorinstanzlichen Verfahren gutachterlich bestimmt haben wollte (act. 17 Rz 80 "Gutachten über den angemessenen Tagessatz für die Behebung vorliegend geltend gemachter Mängel"; act. 17 Rz 81: "Gutachten über die benötigte Zeit zur Behebung der vorliegend geltend gemachten Mängel").

b) Art. 637 BGB, der die "Selbstvornahme" regelt, lautet: (1) Der Besteller kann wegen eines Mangels des Werkes nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn nicht der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht verweigert. (2) § 323 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung. Der Bestimmung der Frist bedarf es auch dann nicht, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist. (3) Der Besteller kann von dem Unternehmer für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen Vorschuss verlangen".

c) Was die Dauer der Mängelbehebung anbelangt, geht die Beklagte "aufgrund ihrer bisherigen Erfahrungen davon aus, dass ein entsprechender Informatiker 1.5 Tage zur Behebung eines jeden aufgeführten Mangels im Zusammenhang mit der eDoc-Plattform benötigt. Der Aufwand für die Behebung von Män-

geln im Zusammenhang mit der eDoc4i-Plattform sollte etwa in 0.75 Tagen pro Mangel möglich sein, wofür wiederum ein Gutachten über die benötigte Zeit zur Behebung der vorliegend geltend gemachten Mängel" verlangt wird (act. 17 Rz 82). Der Forderung der Beklagten lag demnach eine Kostenschätzung zu Grunde: für die Mängelbehebung im Zusammenhang mit Mängeln betreffend der Plattform eDoc mindestens EUR 142'140 (EUR 950 x 1,5 Tage x 100 Mängel) und für die Mängelbehebung an der Plattform eDoc4i mindestens EUR 60'000.00 (EUR 950 x 0.75 Tage x 100 Fehler), wobei die Beklagte darauf hinweist, dass die Schätzungen im Rahmen der Forderungsanmeldung (act. 2/7) noch von 164 Fehlern ausgegangen sei, wobei sie an den geschätzten Beträgen weiterhin als Mindestbetrag festhalte. Auf die weiteren Forderungen von EUR 20'000.00 und mindestens EUR 48'000.00 wegen unzureichender Dokumentation (act. 17 Rz 83) ist nicht weiter einzugehen, da diese – mangels Einbezug in die Berufung – nicht mehr Gegenstand des Verfahrens sind.

d) Anzumerken ist, dass die Anmeldung zur Kollokation grundsätzlich auch die Obergrenze für eine allfällige Kollokationsklage bildet. Wie es sich verhält, wenn der angemeldete Betrag (bei modifizierter Berechnung) gleichwohl unverändert bleibt, muss nicht geklärt werden, da die Klage betreffend Forderung aus Ersatzvornahme von Softwaremängeln ohnehin nicht erfolgreich sein kann. Dies aus folgenden Gründen: § 634 BGB zählt die Ansprüche des Bestellers auf für den Fall, dass ein Werk mangelhaft ist: Er kann "(1.) nach § 635 Nacherfüllung verlangen, (2.) nach § 637 den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, (3.) nach den §§ 636, 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 638 die Vergütung mindern und (4.) nach den §§ 636, 280, 281 und 311a Schadenersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen". Das bereits erwähnte Selbstvornahmerecht (§ 637 BGB), auf das sich die Beklagte beruft (act. 71 Rz 92), basiert auf dem Anspruch des Bestellers auf Nacherfüllung (vgl. Schwenker, in Harm Peter Westermann [Hrsg.], Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, N. 2 zu § 637 BGB). Der Nacherfüllungsanspruch erlischt durch Rücktritt, Minderung oder wenn Scha-

denersatz verlangt wurde (Schwenker, a.a.O., N. 8 zu § 637 BGB). Bis einer dieser Fälle eingetreten ist, kann der Besteller die Mängel selber beseitigen oder durch Dritte beseitigen lassen und Ersatz der dafür erforderlichen Aufwendungen verlangen, wozu alle tatsächlichen und erforderlichen Aufwendung der Selbstvornahme gehören (Schwenker, a.a.O., N. 9 zu § 637 BGB). Regelmässig sind die Aufwendungen des beauftragten Drittunternehmers erstattungsfähige Posten (Schwenker, a.a.O., N. 10 zu § 636 BGB). Was den in Abs. 3 von § 637 BGB gewährten Anspruch auf Vorschuss anbelangt, über den nach der Mängelbehebung abgerechnet werden muss (Schwenker, a.a.O., N. 14 zu § 637 BGB; Sprau, a.a.O., N. 10 zu § 637 BGB), kann dieser verlangt werden, sobald die dem Unternehmer angesetzte Nachfrist abgelaufen ist oder die Voraussetzungen für ein Entfallen der Frist vorliegen (Voit, in Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 3. Auflage, München 2012, N. 12 zu § 637 BGB).

Was die Voraussetzungen der Nacherfüllung anbelangt, von dem die Selbstvornahme gemäss § 637 BGB abhängt, ist nach § 637 Abs. 1 BGB vom Besteller eine angemessene Nachfrist zu Mängelbeseitigung anzusetzen (... nach erfolglosem Ablauf einer ... bestimmten angemessenen Frist). Die Nachfristansetzung gilt auch für den Rücktritt aus § 323 Abs. 1 BGB (... eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung ...) und den Schadenersatz (§ 281 Abs. 1 BGB: ... wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung ...). In allen Fällen gibt es Ausnahmen, in denen eine Nachfrist nicht angesetzt werden muss, so in § 281 Abs. 2 und 3 BGB, in 323 Abs. 2 BGB sowie in Art. 637 Abs. 2 BGB. In der Literatur werden als Gründe genannt, dass der Unternehmer die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig abgelehnt hat, dass die Nacherfüllung als solche nicht zumutbar ist, insbesondere bei gravierender Unzuverlässigkeit des Unternehmers und dem damit zusammenhängenden Vertrauensverlust, bei Gefahr im Verzug sowie bei der Notwendigkeit des raschen Verkaufs (Voit, a.a.O., N. 4 zu Art. 637, N. 21 zu § 636 BGB).

Die Beklagte weist im vorliegenden Fall auf die Entbehrlichkeit der Nachfristansetzung hin und darauf, dass es für die Selbstvornahme keiner Fristanset-

zung bedürfe, wenn besondere Umstände vorliegen, z.B. wenn die Nacherfüllung dem Besteller unzumutbare persönliche oder wirtschaftliche Opfer abfordert (act. 71 Rz 92). Für die Selbstvornahme bedurfte es nach Ansicht der Beklagten wegen der Mangelhaftigkeit der Software keiner Fristansetzung, weil sie nicht effizient eingesetzt werden konnte und die Beklagte daher dringend auf die Mängelbehebung angewiesen war. Weiter verweist sie auf Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, wonach keine Frist anzusetzen sei bei ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung des Unternehmers, bei Vorliegen besonderer Umstände, die die sofortige Selbstvornahme rechtfertigen sowie bei Fehlschlägen der Nacherfüllung (act. 71 Rz 92).

Die Ansetzung einer konkreten angemessenen Frist zur Mängelbehebung (Schwenker, a.a.O., N. 6 zu § 636 BGG) behauptet die Beklagte nicht. Für die Entbehrlichkeit einer Fristansetzung genügt die Wiederholung rechtlicher Kategorien, ohne dass die Beklagte geltend machen würde, welcher Fall konkret auf sie anwendbar sein solle und worin die nach ihrer Ansicht zu berücksichtigenden Umstände sind, nicht. Der pauschale Hinweis darauf, dass die Software nicht effizient eingesetzt werden konnte, ist ohne jegliche Aussage. Die zeitliche Dringlichkeit, die die Beklagte vage antönt, ist mit Blick auf die Tatsache, dass die Mängelbehebung jetzt noch aussteht, kein valabler Grund und im Übrigen auch nicht näher erläutert. Hat die Beklagte nichts genannt, was einen Verzicht auf eine Nachfristansetzung rechtfertigen könnte, entfällt eine Voraussetzung für die Selbstvornahme (und nicht nur für die Selbstvornahme, sondern auch für den Rücktritt und die Geltendmachung von Schadenersatz); einzig der Minderungsanspruch gemäss § 638 BGB wäre direkt und ohne Nachfristansetzung möglich, wobei von Minderung, ausser im Titel C. in act. 71 Rz 85 nirgends die Rede ist). Damit bleibt es dabei, dass die Kosten für die Nachbesserung aus dem Kollokationsplan abzuweisen sind.

Anzumerken ist, dass nicht nur das (deutsche) Privatrecht den Anspruch der Beklagten nicht zulässt, sondern das Privatrecht wird im vorliegenden Fall zusätzlich durch das hier anwendbare schweizerische Konkursrecht überlagert. Der

Konkurs des Unternehmers lässt einen Werkvertrag nicht erlöschen. Gemäss Art. 211 Abs. 1 SchKG wird der Anspruch des Bestellers auf Vollendung, unter Vorbehalt von Art. 211 Abs. 2 SchKG, in eine Geldforderung gegenüber der Konkursmasse umgewandelt. Abs. 2 ermöglicht der Konkursverwaltung in den Vertrag einzutreten, ausser bei Werkverträgen, die mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften abgeschlossen wurden (vgl. zum Ganzen Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011, Rz 758 ff.). Eine Vorschussleistung erscheint im Rahmen des Konkurses allenfalls dann möglich, wenn die Konkursverwaltung in den Vertrag eingetreten wäre, was nicht behauptet wird. Im Übrigen stehen die Regeln des Konkurses einer Vorschusszahlung (§ 637 Abs. 3 BGB) entgegen. Sinn und Zweck einer Vorschussleistung ist es, dass dem Besteller die mutmasslichen Auslagen für den Aufwendungsersatz vor der Mängelbehebung und unter Abrechnungspflicht zur Verfügung gestellt werden. "Der Vorschuss ist der vorweggenommene Ersatz der erforderlichen Selbstvornahmekosten" (Sprau, a.a.O., N. 9 zu § 637 BGB). Gemäss Art. 261 SchKG dürfen Zahlungen an die Konkursgläubiger allerdings erst erfolgen, nachdem die Verteilungsliste und die Schlussrechnung aufgestellt sind. Allerdings ist es zulässig, Abschlagsverteilungen (erwähnt in Art. 251 Abs. 3 SchKG) vorzunehmen. Damit ist jedoch eine teilweise Verteilung zu Gunsten aller Gläubiger (oder jedenfalls aller Gläubiger der gleichen Klasse) gemeint.

Damit erweist sich auch die Vorschusspflicht mit Blick auf die sog. Selbstvornahme als unbegründet. Ob für die Beklagte andere Möglichkeiten bestanden hätten, ist nicht zu prüfen.

4. Damit ist die Berufung insgesamt abzuweisen und die zu Gunsten der Beklagten kollozierte Forderung ist aus dem Kollokationsplan zu streichen, und zwar in der Höhe von Fr. 142'425.20, weil die Beklagte diesbezüglich keine Berufung eingereicht hat und in der Höhe von Fr. 1'635'383.--, weil die Berufung in diesem Betrage abgewiesen wurde.

#### **IV.**

Ist der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen, so bleibt es auch bei den vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf Fr. 37'000.-- festgesetzt (§ 4 Abs. 1 und § 12 GebV OG) und diese werden ausgangsgemäss der Beklagten auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dem Kläger ist für das Berufungsverfahren keine Entschädigung auszurichten, weil er dafür keinen Aufwand hatte.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Beklagte den Entscheid des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen, vom 21. August 2013 im Betrage von Fr. 142'425.20 nicht angefochten hat. In diesem Umfang ist dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen.
2. Schriftliche Mitteilung zusammen mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen, vom 21. August 2013 wird bezüglich der noch streitigen Guttheissung im Umfang von Fr. 1'635'383.-- bestätigt.

Die von der Beklagten im Konkurs der C.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation beim Konkursamt D.\_\_\_\_\_-Zürich angemeldete und in der 3. Klasse kollozierte Forderung im Restbetrag von Fr. 1'635'383.-- wird in dieser Höhe als unbegründet gestrichen.

2. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 2 bis 4) wird bestätigt.

3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 37'000.--.
4. Die Entscheidgebühr wird der Beklagten auferlegt.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage von act. 71, an das Konkursamt D.\_\_\_\_\_-Zürich sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'635'383.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am: