

ZH_OBERGERICHT NP170008 vom 24. August 2017

ZH Obergericht, 2017-08-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP170008

FR: ZH_OBERGERICHT NP170008 du 24 août 2017

IT: ZH_OBERGERICHT NP170008 del 24 agosto 2017

Erwägungen

E. 1

Einleitung, Prozessgeschichte Am 14. März 2011 wurde über C._____ der Konkurs eröffnet. Das Konkursamt Hottingen-Zürich erstellte am 10. November 2011 den Kollokationsplan und liess unter anderem die von der Beklagten und Berufungsklägerin (im Folgenden: Be- klagte) angemeldete Forderung von CHF 533'314.35 in der 3. Klasse im Umfang von CHF 532'314.35 zu (act. 4/4, Ordnungs-Nummer 11). Mit Eingabe vom

- 4 - 29. November 2011 erhob die Klägerin und Berufungsbeklagte (im Folgenden: Klägerin) – damals vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. D._____ und E._____ – beim Bezirksgericht Zürich Kollokationsklage gegen die Beklagte und verlangte im Wesentlichen, die von der Konkursverwaltung in der 3. Klasse zugelassene For- derung der Beklagten von CHF 532'314.35 sei lediglich im Umfang von CHF 59'826.55 zuzulassen (act. 4/1). Anlässlich der Verhandlung vom 9. November 2012 stellte die Klägerin das geänderte Rechtsbegehren, es sei die Forderung von CHF 532'314.35 vollumfänglich abzuweisen (Protokoll Vorinstanz S. 6) . Mit Entscheid vom 27. Januar 2017 trat das Bezirksgericht Zürich auf die Kollokati- onsklage im Umfang von CHF 59'826.55 nicht ein und hiess sie im Übrigen gut. Der Entscheid wurde der Beklagten am 30. Januar 2017 zugestellt (act. 151). Mit Eingabe vom 1. März 2017 (Datum Poststempel) erhob sie rechtzeitig Berufung. Mit Verfügung vom 15. März 2017 wurde der Beklagten Frist zur Leistung eines Vorschusses von CHF 2'500.00 angesetzt (act. 156). Dieser Betrag wurde bezahlt (act. 158). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif. Am 20. Februar 2017 erhob die Klägerin Beschwerde gegen den Nichteintretens- entscheid sowie die Anordnung, die der Beklagten auferlegte Entscheidgebühr aus dem Vorschuss der Klägerin zu beziehen. Darüber wird in einem separaten Verfahren (Geschäfts-Nr. PP170005) entschieden.

E. 2

Begründung der Vorinstanz Die Vorinstanz prüfte zunächst die Aktivlegitimation der Klägerin. Sie erwog, diese sei mit einer Forderung von CHF 1'500.00 kolloziert gewesen. In der Folge habe ein Unbekannter diesen Betrag zugunsten der Klägerin deponiert, worauf sie mit Verfügung des Konkursamtes vom 9. November 2012 aus dem Kollokationsplan gestrichen worden sei. Dennoch sei die Aktivlegitimation der Klägerin zu bejahen, denn auch mit vollständiger Befriedigung verliere die Wegweisungsklägerin das Rechtsschutzinteresse an der Kollokationsklage nicht, da sie mittelbar auch im In- teresse der Masse klage.

- 5 - Die kollozierte Forderung der Beklagten von CHF 532'314.35 setze sich wie folgt zusammen: Stichwort CHF Rückforderung Saläre gemäss Arbeitsvertrag vom 1. Januar 2004 148834.85 Ungerechtfertigte Bezüge 58852.95 Entnahme aus Kasse für Kauf

Eigentumswohnung in F._____ 80000.00 Nutzung Liegenschaft G._____ -Strasse ..., H._____ [Ortschaft] 184800.00 Zwischentotal 472487.80 Parteientschädigung 59826.55 Kollozierte Forderung 532314.35 Auf die Wegweisungsklage sei im Umfang von CHF 59'826.55 nicht einzutreten, da bezüglich dieser Teilforderung die Klage zu spät erhoben worden sei. Die Beklagte habe behauptet, C._____ habe den Betrag von CHF 148'834.85 zu Unrecht bezogen. Gestützt auf eine Vereinbarung vom 1. März 2003 und einen Arbeitsvertrag vom 1. Januar 2004 habe sich C._____ für die Verwaltung von Liegenschaften ein Salär von monatlich CHF 8'000.00 (brutto, zuzüglich 13. Monatslohn und Spesen von CHF 1'000.00) auszahlen lassen. Ohne nähere Informationen zu den Tätigkeiten von C._____ sei es schwierig abzuschätzen, ob die Bezüge zu Recht erfolgt seien. Die Frage könne indes unbeantwortet bleiben. Die Klägerin habe eingewendet, die Forderung sei verjährt. Die Beklagte habe zwar in einem früheren Zeitpunkt des Verfahrens Zahlungsbefehle zu den Akten gereicht. Sie habe aber keine Duplik erstattet und die Behauptung des Unterbruchs der Verjährung nicht substantiiert. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die Forderung verjährt sei. Weiter habe die Beklagte behauptet, C._____ habe zu Unrecht CHF 58'852.95 bezogen. Es sei dabei nicht um Geschäfte der Beklagten gegangen, sondern um private Angelegenheiten von C._____ oder solche von diesem nahe stehenden Geschäftsfirmen wie "L._____ und I._____ ", "L._____ und Partner" oder "L._____ GmbH". Die Klägerin habe diese Darstellung implizit bestritten und habe den Grund für die Zahlungen erläutert. Die Erklärungen der Klägerin seien nicht per se unplausibel. Ob die Forderung bestehe, könne offen bleiben, da die Klägerin wiederum zu Recht die Einrede der Verjährung erhoben habe.

- 6 - Weiter habe die Beklagte vorgebracht, C._____ habe sich in F._____ eine Eigentumswohnung gekauft und dafür am 30. September 2004 CHF 80'000.00 aus der Kasse der Beklagten genommen. Die Klägerin habe dem entgegengehalten, der Bezug sei rechtmässig gewesen. CHF 68'864.00 seien für Architekturleistungen verschiedener Liegenschaften der Beklagten aufgewendet worden, der Rest von CHF 11'136.00 sei eine Akontozahlung an Handwerker der J._____ Bau GmbH gewesen, die mit offenen Rechnung für Material verrechnet und umgebucht worden seien. Die Vorinstanz ging davon aus, auch diese Forderung sei verjährt. Schliesslich habe die Beklagte vorgebracht, C._____ und die Klägerin hätten die Liegenschaft G._____ -Strasse ... benützt. Der Mietvertrag vom 3. Januar 2004, der einen Mietzins von CHF 2'200.00 pro Monat vorgesehen habe, sei wegen Selbstkontrahierens ungültig. C._____ habe für die Zeit von 2004 bis 2010 einen monatlichen Schadenersatz von CHF 2'200.00 zu bezahlen, was den Betrag von CHF 184'000.00 ergebe. Die Klägerin habe behauptet, die Liegenschaft sei von C._____ für die Dr. K._____ Stiftung benützt worden. Dies sei unbestritten geblieben, weshalb vom Nichtbestand der Forderung gegen C._____ auszugehen sei. Im Übrigen habe die Forderung für die Zeit ab Juli 2008 ohnehin keinen Bestand, da zu diesem Zeitpunkt C._____ unbestrittenermassen die Liegenschaft verlassen habe. Soweit die Forderung vor dem 26. April 2006 (fünf Jahre nach Ablauf der Eingabefrist für Konkursforderungen) entstanden wäre, sei sie verjährt. Auf die Einzelheiten der vorinstanzlichen Begründung sowie der Ausführungen der Beklagten ist soweit erforderlich im Rahmen der Würdigung einzugehen.

E. 3

Argumente der Beklagten Die Beklagte rügt, die Vorinstanz habe die Aktivlegitimation der Klägerin zu Unrecht bejaht. Die von der Vorinstanz zitierten Entscheide des

Bundesgerichts (BGE 113 III 22 und 115 III 69) seien nicht einschlägig, da im vorliegenden Fall im Unterschied zu den genannten Präjudizien die Klägerin nicht mehr kollozierte Gläubigerin sei. Zu Recht sei auch die Vorinstanz zuerst davon ausgegangen, dass die Klägerin nicht aktiv legitimiert sei. Sie habe dann aber einen Sinneswandel vollzogen, diesen aber der Beklagten vor der Urteilsfällung nicht zur Kenntnis

- 7 - gebracht. Damit sei das Verbot vor Überraschungsurteilen und damit der Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt worden. Die Beklagte wirft der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Prozessleitung und der Akteneinsicht verschiedene Fehler vor. Insbesondere weist sie darauf hin, dass die Vorinstanz der Klägerin mit Verfügung vom 10. November 2016 deren Eingabe vom 7. November 2016 zurückgesandt habe mit dem Vermerk, die Klägerin sei irrtümlich der Meinung gewesen, bisher noch keine Replik erstattet zu haben. Die Auffassung der Klägerin, noch keine Replik erstattet zu haben, sei jedoch zutreffend und der Vermerk "Die Klägerin zur Replik" im erstinstanzlichen Protokoll sei aktenwidrig. Die Vorinstanz hätte im Anschluss an die Stellungnahme der Klägerin (act. 24) der Beklagten zunächst Gelegenheit zu einer ergänzenden Klageantwort geben müssen. Anschliessend wäre die Klägerin zur Replik aufzufordern gewesen und dann hätte der Beklagten Gelegenheit zur Duplik eingeräumt werden müssen. Die Klägerin habe die Verfügung der Vorinstanz vom 10. November 2016 mit Beschwerde angefochten. Die Vorinstanz hätte bis zur Erledigung des Beschwerdeverfahrens der Beklagten die Frist zur Einreichung der Duplik abnehmen oder erstrecken oder das Verfahren sistieren müssen. Zu Unrecht werfe die Vorinstanz der Beklagten vor, die Unterbrechung der Verjährung nicht substantiiert behauptet zu haben. An der Verhandlung vom 9. November 2012 habe die Beklagte neun Zahlungsbefehle eingereicht und erläutert. Die Ausführungen der Beklagten seien dann aber nicht protokolliert worden. Dies könne der Beklagten aber nicht angelastet werden.

E. 4

Würdigung

E. 4.1

Verfahren Bei der Kollokationsklage bemisst sich der Streitwert nach Massgabe der zu erwartenden Konkursdividende (BGE 140 III 65). Die Konkursdividende wurde auf drei Prozent geschätzt (act. 4 S. 13). Im Verfahren vor Bezirksgericht lag eine Forderung von rund 530'000 Franken im Streit, der Streitwert beträgt damit rund 16'000 Franken. Die Vorinstanz hat zu Recht das vereinfachte Verfahren ange-

- 8 - wandt (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Gegen den Entscheid vom 27. Januar 2017 ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 310 ZPO kann mit der Berufung die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden. Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache. Dies bedeutet aber nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten ist, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Partei diese vor der oberen Instanz nicht mehr vortragen. Sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGer 4A_619/2015, Urteil vom 25. Mai 2016, E. 2.2.4., als BGE 142 III 413 auszugsweise publiziert). Soweit eine Beanstandung vorgebracht

wurde, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374, 133 II 249 und 130 III 136). Neue Tatsachen und Beweismittel können nur berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

E. 4.2

Eintreten auf die Berufung Die Beklagte meldete im Konkurs von C._____ eine Forderung von CHF 533'314.35 an. Zugelassen wurde der Betrag von CHF 532'314.35 (act. 4, Nr. 11 des Eingabeverzeichnis). Das klägerische Begehren lautet auf Abweisung der Forderung von CHF 532'314.35. Mehr lag nicht im Streit und mehr hat die Vorinstanz nicht zugesprochen. Im Differenzbetrag von CHF 533'314.35 (Antrag der Beklagten im Berufungsverfahren) minus CHF 532'314.35 ist auf die Berufung nicht einzutreten.

- 9 - Weiter ist auf die Berufung hinsichtlich der Forderung von CHF 59'826.55 nicht einzutreten. Die Vorinstanz ist auf die Klage in diesem Umfang nicht eingetreten und hat festgehalten, dass die Beklagte im Betrag von CHF 59'826.55 kolloziert bleibt. Die Beklagte ist diesbezüglich durch den angefochtenen Entscheid nicht beschwert.

E. 4.3

Replik und Duplik im vorinstanzlichen Verfahren Am 29. November 2011 reichte die Klägerin eine rudimentär begründete Klage ein (act. 1). In der Verfügung vom 19. Dezember 2011 erwog die Vorinstanz, das Verfahren bis zum Abschluss eines Parallelverfahrens zu sistieren und setzte den Parteien Frist zur Stellungnahme an (act. 13). Mit Eingabe vom 23. Dezember 2011 teilte die Beklagte in einem Satz mit, dass sie mit der Sistierung einverstanden sei (act. 16). Die Klägerin reagierte am 21. Dezember 2011 mit einer gut achtseitigen Eingabe und stellte den Antrag, das Verfahren sei nicht zu sistieren (act. 18). Mit Verfügung vom 5. Januar 2012 sistiere das Bezirksgericht das Verfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des Parallelverfahrens (act. 20). Mit Verfügung vom 25. September 2012 lud die Vorinstanz die Parteien zur Verhandlung vom 9. November 2012 vor (23/1-2). An der Verhandlung wurde zuerst der Klägerin Gelegenheit zur Klagebegründung gegeben. Sie erklärte, sie wolle die Eingabe vom 21. Dezember 2011 (act. 18) wenn prozessual möglich als Klagebegründung verwenden. Die Vorinstanz erklärte, act. 18 werde als Klagebegründung entgegengenommen und gab der Beklagten Gelegenheit zur Klageantwort. Sie wies darauf hin, dass die Beweislast für den Bestand der im Streit liegenden Forderung bei der Beklagten liege. Nach einem Disput über die Frage, weshalb act. 18 nur in einem Exemplar vorliege, stellte die Beklagte gegen den Richter ein Ausstandsbegehren. Die Verhandlung wurde fortgesetzt und die Beklagte stellte Behauptungen zu den kollozierten Forderungen auf. Daraufhin erstattete die Klägerin die Replik. Danach wurde die Verhandlung geschlossen (Protokoll Vorinstanz S. 6 ff.). Mit Verfügung vom 5. März 2013 sistierte die Vorinstanz das Verfahren, bis in einem aufsichtsrechtlichen Verfahren sowie in einem Berufungsverfahren vor Obergericht (Verfahren CB120148 und FV110278) über die Frage entschieden worden sei, ob die Klägerin im Kollokationsplan verbleibe (act. 35). In der Verfügung vom 7. November 2013 erwog das Bezirksgericht, in den Verfahren

- 10 - CB120148 und FV110278 sei nunmehr letztinstanzlich entschieden worden. Entgegen der Ansicht der Klägerin stelle ein vor Arbeitsgericht noch hängiges Verfahren

keinen Grund zur Sistierung dar, weshalb diese aufgehoben werde (act. 45). Nach Abschluss eines länger dauernden Verfahrens über ein Gesuch der Klägerin im Hinblick auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege setzte die Vorinstanz der Beklagten mit Verfügung vom 21. Januar 2016 Frist zur Erstattung der Duplik an (act. 107). Mit Eingabe vom 4. Februar 2016 ersuchte die Beklagte um Fristerstreckung, rügte aber die Fristansetzung an sich nicht. Die Frist wurde erstreckt (act. 112). Nach weiteren Fristerstreckungen und nachdem die Klägerin zur Leistung eines Vorschusses für die Parteientschädigung verpflichtet worden war und diesen geleistet hatte, setzte die Vorinstanz der Beklagten erneut Frist zur Erstattung der Duplik an (act. 136). Am 7. November 2016 reichte die Klägerin eine als Replik bezeichnete Eingabe ein, welche ihr mit Verfügung vom 10. November 2016 zurückgesandt wurde. Die Vorinstanz hielt fest, die Klägerin habe bereits eine Replik erstattet. Über die Anträge, die in der Eingabe vom 7. November 2016 gestellt worden seien, sei nicht im vorliegenden Verfahren zu entscheiden (act. 139). Auf Antrag der Beklagten wurde ihr die Frist zur Erstattung der Duplik am 8. November 2016 vorletztmals und am 6. Dezember 2016 letztmals erstreckt (act. 141 und 144). Am 27. Dezember 2016 stellte die Beklagte ein Gesuch um Sistierung des Verfahrens bis ein Verfahren vor Obergericht abgeschlossen sei. Nach Eingang der Akten des Obergerichts sei die Frist zur Einreichung der Duplik "nochmals um 20 Tage anzusetzen" (act. 145). Mit Verfügung vom 3. Januar 2017 wurde das Sistierungsgesuch abgewiesen (act. 146). Der Entscheid wurde der Beklagten am 6. Januar 2017 zugestellt. Sie reagierte darauf nicht. Am 27. Januar 2017 fällte das Bezirksgericht den verfahrensabschliessenden Entscheid (act. 149). Die Beklagte bringt vor, die Klägerin habe nie eine Replik erstattet. Die Vorinstanz hätte deshalb der Beklagten zuerst Gelegenheit zu einer ergänzenden Klageantwort geben müssen. Anschliessend wäre die Klägerin zur Erstattung einer Replik aufzufordern gewesen und erst danach hätte der Beklagten Frist zur Duplik angesetzt werden können. Die Rüge geht fehl. Mit Eingabe vom 29. November 2011 erhob die Klägerin eine unbegründete Klage im Sinne von Art. 244 Abs. 1

- 11 - ZPO. Dabei handelte es sich nicht um den ersten Parteivortrag – die Klagebegründung – die im vereinfachten Verfahren in der Regel anlässlich der mündlichen Verhandlung erstattet wird (THOMAS ENGLER, Das vereinfachte Verfahren im Zivilprozess, ZZZ 2016 220, S. 228 mit Hinweis auf OGer ZH NP150030 vom 23. Juni 2016, E. II. 3.2.2.). Zu Recht hat die Vorinstanz deshalb in der Verhandlung vom 9. November 2012 zuerst der Klägerin Gelegenheit zur Klagebegründung gegeben. Die Klägerin hat diese als ersten eigentlichen Parteivortrag im Sinne von Art. 228 Abs. 1 ZPO erstattet. Daran ändert der Umstand der umgekehrten Parteirollen – die Vorinstanz wies zur Recht darauf hin, dass es an der Beklagten sei, die Forderungen zu beweisen (Protokoll Vorinstanz S. 7) – nichts. Die Klägerin stützte sich für die Klagebegründung statt auf offenbar vorbereitete Notizen auf eine frühere Eingabe (act. 18), die eingereicht wurde, als es um die Frage der Sistierung des Verfahrens ging. Die Beklagte bemängelte dies anlässlich der Verhandlung, da ihr act. 18 vor der Verhandlung nicht zugestellt worden sei. Dies war nicht nötig, da die Eingabe vom 21. Dezember 2011 damals nicht als (fakultative) Klagebegründung zu betrachten war, die gemäss Art. 245 Abs. 2 ZPO der Beklagten hätte zugestellt werden müssen. Auf die Ausführungen der Klägerin folgte der erste Vortrag der Beklagten, welcher zutreffend als Klageantwort protokolliert wurde. Die Beklagte konnte dabei insbesondere auch zu act. 18 Stellung nehmen. Damit sich die Beklagte vorbereiten konnte, wurde ihr dazu auch die beantragte Zeit eingeräumt (Protokoll Vorinstanz S. 7 f.).

Der nächste Parteivortrag war die Replik der Klägerin (Art. 228 Abs. 2 ZPO). Daran ändert der Umstand nichts, dass sie sich dabei auf ihre Notizen (act. 24) stützte, die sie vermutlich zuerst als Klagebegründung vortragen wollte (Protokoll Vorinstanz S. 7), denn es steht einer Partei frei darüber zu entscheiden, was sie in welchem Vortrag in den Prozess einbringen will. Weiter bringt die Beklagte vor, die Eingabe der Klägerin vom 7. November 2016 hätte nicht ignoriert werden dürfen. Die Klägerin habe die Verfügung vom 10. November 2016, mit der die Eingabe zurückgesandt worden war (act. 139), angefochten. Das Bezirksgericht hätte wenigstens bis zum Abschluss des Verfahrens gegen die Verfügung vom 10. November 2016 mit der Ansetzung der Frist für die Duplik zuwarten bzw. das Verfahren sistieren müssen (act. 153 S. 19). Zunächst

- 12 - ist darauf hinzuweisen, dass die Kammer eine Beschwerde der Klägerin gegen die Verfügung vom 10. November 2016 abgewiesen hatte (OG ZH, PP160051 vom 22. Februar 2017). Auf eine dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 10. Mai 2017 nicht ein (BGer 5D_28/2017). Damit ist über die Zulässigkeit der Rücksendung der Eingabe vom 7. November 2016 rechtskräftig entschieden worden. Nur am Rande sei deshalb bemerkt, dass selbst dann, wenn die Rückweisung der Eingabe vom 10. November 2016 zu Unrecht erfolgt wäre, sich daraus nichts zugunsten der Beklagten ableiten liesse. Denn diesfalls wäre gegebenenfalls der Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör verletzt worden, worauf sich die Beklagte als Gegenpartei aber nicht berufen kann (vgl. BGer 5A_322/2017 E. 3). Eine andere Frage ist, ob die Vorinstanz mit der Fristansetzung zur Duplik bis zum Entscheid über die Beschwerde gegen die Verfügung vom 10. November 2016 hätte zuwarten müssen oder ob das Verfahren zu sistieren gewesen wäre. Der Entscheid darüber stand im Ermessen der Vorinstanz (Art. 124 Abs. 1 ZPO, BGE 140 III 159 E. 4.2., Art. 126 ZPO, BGer 4A_307/2016 E. 2.4.). Sie ging offenbar davon aus, dass ihr Entscheid vom 10. November 2016 Bestand habe und setzte im Interesse der Verfahrensbeschleunigung die Frist zur Duplik an, ohne das Ergebnis des Beschwerdeverfahrens abzuwarten. Damit nahm sie das Risiko der Wiederholung von Prozesshandlungen und der Aufhebung des Endentscheides in Kauf, falls der Entscheid vom 10. November 2016 aufgehoben worden wäre. Dieses Risiko einzugehen, stand im Ermessen der Vorinstanz und war angesichts der nicht der Vorinstanz anzulastenden Dauer des Verfahrens richtig. Schliesslich rügt die Beklagte, die Vorinstanz hätte noch keine Frist zur Duplik ansetzen dürfen, weil nicht alle Akten zur Verfügung gewesen seien. Statt die Rücksendung der Akten vom Obergericht an die erste Instanz abzuwarten, habe das Bezirksgericht die Beklagte am 12. Dezember 2016 darauf verwiesen, sie könne die Akten auch beim Obergericht einsehen. Das Bezirksgericht sei aber nicht in der Lage gewesen, der Beklagten die obergerichtliche Prozessnummer und die zuständige Kammer anzugeben. Anlässlich der Akteneinsicht vom 3. Februar 2017 habe die Beklagte festgestellt, dass die Akten zum Verfahren PP160051 der II. Zivilkammer des Obergerichts beigezogen worden seien. Die Rüge ist unbe-

- 13 - gründet. Häufig warten zwar die erstinstanzlichen Gerichte mit einer Fristansetzung bis zur Rücksendung der Akten durch die Oberinstanz zu, wenn eine vorangegangene prozessleitende Verfügung angefochten wurde. Zwingend ist dies allerdings nicht. Wie bereits dargelegt ist nicht zu beanstanden, wenn das Bezirksgericht trotz der Anfechtung der Verfügung vom 10. November 2016 das Verfahren fortsetzte. Die Beklagte, die selbst Partei des Verfahrens PP160051 war, hätte beim Obergericht Einsicht in die Akten nehmen können. Die Kenntnis der zuständigen Kammer und der Prozessnummer war dazu nicht

nötig, ein Gesuch hätte auch ohne diese Angaben zugeordnet werden können. Die Vorinstanz musste mit der Ansetzung der Frist zur Duplik nicht bis zur Rücksendung der Akten durch die Kammer zuwarten.

E. 4.4

Aktivlegitimation Zur Kollokationsklage gemäss Art. 250 SchKG aktiv legitimiert sind die Gläubiger (BSK SchKG II-HIERHOLZER, 2. Auflage, Art. 250 N 22). Gläubiger ist, wer als solcher in den Kollokationsplan aufgenommen wurde. Er darf nicht aus dem Kollokationsplan gestrichen werden und er verliert seine Gläubigerstellung nicht, wenn zu seinen Gunsten der von ihm geforderte Betrag hinterlegt wurde (so der von der Vorinstanz zitierte BGE 115 III 68 E. 3). Wurde er aber – ob zu Recht oder zu Unrecht – aus dem Kollokationsplan gestrichen, so verliert er seine Gläubigerstellung (OGer ZH, PS140095 vom 18. Juli 2014 E. II. 4. b). Unbestritten ist, dass eine Forderung der Klägerin von CHF 1'500.00 kolloziert wurde und dass das Konkursamt die Forderung der Klägerin von CHF 1'500.00 gemäss Kollokationsplan, Eingabeverzeichnis Nr. 13, mit Verfügung vom 9. November 2012 gestrichen hat (act. 155 S. 7, Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Februar 2013, act. 154/2 sowie Urteil der Kammer vom 13. Juni 2013, act. 154/4). Die Beklagte rügt in diesem Zusammenhang, dass die beiden genannten Entscheide nicht zu den Akten erhoben wurden (act. 153 S. 6). Die Kritik hat etwas für sich, da aus der Begründung der Vorinstanz tatsächlich nicht hervorgeht, ob die Verfügung des Konkursamtes vom 9. November 2012 weitergezogen worden ist. Gerichtsnotorisches muss indes weder behauptet noch bewiesen werden. Solche Tatsachen sind ohne Weiteres zu berücksichtigen, wobei ein Gericht eine Partei, die von einer gerichtsnotorischen Tatsache noch keine Kenntnis hat, zur Wahrung des

- 14 - rechtlichen Gehörs Gelegenheit zur Stellungnahme geben sollte (DIKE-Kommentar ZPO-LEU, 2. Auflage, Art. 151 N 9 und 17). Die Beklagte räumt ein, dass die Entscheide der Vorinstanz und der Klägerin bekannt waren. Aus dem Umstand, dass die Beklagte die Entscheide mit der Berufung eingereicht hat, erhellt, dass auch sie den gleichen Kenntnisstand hatte. Der Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör wurde nicht verletzt. Die Vorinstanz bejahte die Aktivlegitimation der Klägerin gestützt auf die Forderung von CHF 1'500.00, obwohl diese zwischenzeitlich aus dem Kollokationsplan gestrichen wurde. Die Beklagte rügt dies zu Recht. Wie dargelegt verliert eine Gläubigerin ihre Gläubigerstellung im Konkursverfahren, wenn sie aus dem Kollokationsplan gestrichen wurde (OGer ZH, PS140095 vom 18. Juli 2014 E. II. 4. b). Etwas anderes ergibt sich weder aus den von der Vorinstanz zitierten Entscheiden des Bundesgerichts (BGE 113 III 20 E. 3 und BGE 115 III 68 E. 3) noch aus dem in diesem Konkursverfahren ergangenen Entscheid der Kammer (OGer ZH, PS130026 vom 13. Juni 2013 teilweise kopiert in act. 154/3, vollständige Fassung auf www.gerichte-zh.ch). In den bundesgerichtlichen Entscheiden ging es um die Frage, ob ein Gläubiger aus dem Kollokationsplan gestrichen werden darf, nicht aber, was die Folge einer (vielleicht auch rechtswidrigen) Streichung ist. Im Entscheid der Kammer vom 13. Juni 2013 wurde die Aktivlegitimation der aus dem Kollokationsplan gestrichenen Gläubigerin nicht allgemein bejaht, sondern lediglich ausgeführt, die Gläubigerin könne trotz Streichung aus dem Kollokationsplan eine negative Kollokationsklage in Bezug auf die Regelung der Verfahrenskosten noch zu Ende führen, was im damaligen Verfahren und in Bezug auf die damals strittige Forderung offenbar noch das einzige Ziel der Klägerin war. Vorbehalten wurde zudem die Entscheidung des zuständigen Sachgerichts. Daraus lässt sich nicht

ableiten, dass eine aus dem Kollokationsplan gestrichene Gläubigerin all- gemein zur Erhebung der Kollokationsklage aktiv legitimiert ist. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist aber trotz des Gesagten die Aktivlegitima- tion der Klägerin zu bejahen. Denn sie stützt sich gar nicht auf die schliesslich ge- strichene Forderung von CHF 1'500.00 (Eingabeverzeichnis Nr. 13), sondern auf eine Darlehensforderung von CHF 420'000.00 (act. 1 S. 2). Diese Forderung ist

- 15 - im Kollokationsplan verzeichnet (act. 4, Eingabeverzeichnis Nr. 9). Die Behaup- tung der Klägerin wurde nicht bestritten. Es wurde insbesondere nicht geltend gemacht, die Forderung von CHF 420'000.00 sei aus dem Kollokationsplan ge- strichen worden. Aufgrund der Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) ist auf die unbestrittene Behauptung der Klägerin abzustellen. Es bestand kein Anlass dafür, die anwaltlich vertretene Beklagte in Anwendung von Art. 247 Abs. 1 ZPO danach zu fragen, ob sie Anlass habe, die klägerische Behauptung zu bestreiten, zumal nur die Beklagte, nicht aber die Klägerin anwaltlich vertreten ist. Mit einem entsprechenden Hinweis hätte sich die Vorinstanz möglicherweise dem Vorwurf des parteilichen Instruierens ausgesetzt (vgl. BGer 5A_705/2013 E. 3.3.3 und BGer 4A_73/2014 E. 6.3.1.2.). Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die Klägerin mit einer Forderung von CHF 420'000.00 kolloziert ist. Die Aktivlegi- timation ist zu bejahen. Die Beklagte rügt in diesem Zusammenhang, die Vorinstanz sei vor der Urteilsfäl- lung auch davon ausgegangen, dass die Aktivlegitimation von der Kollokation der Forderung abhängt. In der Urteilsbegründung habe sie dann aber die gegenteili- ge Auffassung vertreten. Das Bezirksgericht hätte ihren Sinneswandel der Be- klagten vor der Entscheidung zur Kenntnis bringen müssen (act. 153 S. 6 ff., ins- besondere S. 10). Die Kritik ist schon deshalb nicht stichhaltig, weil nicht erkenn- bar ist, dass die Vorinstanz ihre Meinung im Laufe des Prozesses geändert hätte. Die Beklagte verweist in diesem Zusammenhang auf die Entscheide des Bezirks- gerichts Zürich vom 12. Februar 2013 (act. 154/2) und der Kammer vom 13. Juni 2013 (act. 154/3). Dabei handelt es sich aber nicht um Entscheide des Spruch- körpers der Vorinstanz im vorliegenden Kollokationsprozess und damit nicht um Meinungsäusserungen der Vorinstanz. Selbst wenn die Vorinstanz bei der Urteils- fällung ihre Meinung geändert hätte, hätte sie dies den Parteien nicht vorgängig zur Kenntnis bringen müssen. Denn ein Anspruch auf vorgängige Anhörung be- steht, abgesehen von hier nicht zutreffenden Ausnahmen, nicht (BGer 5A_295/2016 E. 3.2.). In diesem Zusammenhang bringt die Beklagte vor, die Vorinstanz hätte auf die Klage nicht eintreten dürfen, weil gemäss "den Vorgaben der Aufsichtsbehörden"

- 16 - davon auszugehen gewesen sei, dass es nur noch um die Regelung der Kosten- folge gehe. Die Vorinstanz hätte auf die Klage deshalb nicht eintreten dürfen. Auch diese Kritik ist nicht stichhaltig. In den Entscheiden der Aufsichtsbehörden war über die Rechtmässigkeit der Verfügung des Konkursamtes vom 9. Novem- ber 2012 zu entscheiden, was wie dargelegt die Frage der Aktivlegitimation nicht aber des Eintretens auf die Klage tangiert. Schliesslich macht die Beklagte geltend, die Vorinstanz habe den Dispositions- grundsatz gemäss Art. 58 Abs. 1 ZPO verletzt. Sie sei davon ausgegangen, die Klägerin klage auch im Interesse der Masse, was aber unzutreffend sei. Damit sei der Klägerin mehr zugesprochen worden, als diese verlangt hatte (act. 153 S. 9). Die Rüge ist unbegründet. Der Dispositionsgrundsatz besagt, dass nicht mehr oder etwas anderes zugesprochen wird, als verlangt wurde. Nicht relevant in die- sem Zusammenhang ist, in wessen Interesse eine Klägerin gehandelt hat. Die Klägerin verlangte die Abweisung der

Forderung der Beklagten von CHF 532'314.35. Diese Klage wurde gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wurde. Der Dispositionsgrundsatz wurde nicht verletzt. In diesem Zusammenhang bringt die Beklagte noch vor, die Vorinstanz hätte auf die Klage nicht eintreten dürfen, da aus dem Entscheid der Aufsichtsbehörde hervorgehe, dass es der Klägerin nur noch um die Regelung der Kostenfolgen gegangen sei. Die Klägerin hat in diesem Verfahren das eingangs erwähnte Rechtsbegehren gestellt und darüber war zu entscheiden. Eine Absichtsausserung in einem anderen Verfahren ändert daran nichts. Soweit die Vorinstanz auf die Klage eintrat, tat sie das zu Recht.

E. 4.5

Bestand der Forderungen

E. 4.5.1

Die Vorinstanz hiess die Wegweisungsklage wegen Verjährung in Bezug auf folgende Forderungen gut: Rückforderung von Salären (CHF 148'834.85), ungerechtfertigte Bezüge (CHF 58'852.95) sowie Entnahme aus der Kasse für den Kauf einer Eigentumswohnung (CHF 80'000.00). Hinsichtlich der Forderung für die Nutzung der Liegenschaft G.____-Strasse ... (CHF 184'800.00) kam das Bezirksgericht zum Schluss, die Forderung habe keinen Bestand, weil gemäss der

- 17 - unbestrittenen Behauptung der Klägerin die Liegenschaft nicht als Wohnung für C.____ und die Klägerin benutzt worden sei. C.____ habe die Räume für die Dr. K.____ Stiftung genutzt. Einen Teil der Forderung hielt die Vorinstanz auch für verjährt.

E. 4.5.2

Die Beklagte rügt einzig, die Klägerin habe die Einrede der Verjährung nicht explizit erhoben und substantiiert (act. 153 S. 22) und die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, die Beklagte habe die Unterbrechung der Verjährung nicht substantiiert behauptet. Die vorinstanzliche Begründung hat Bestand, soweit sie mit der Berufung von der Beklagten nicht beanstandet wurde oder nicht offensichtlich unrichtig ist. Die Klagegutheissung erfolgte damit zu Recht, es sei denn, die Rügen der Beklagten seien stichhaltig, was nun zu prüfen ist. Zunächst ist auf die Frage der Verjährungseinrede einzugehen. Obwohl das Recht – und damit auch das Verjährungsrecht – von Amtes wegen anzuwenden ist (Art. 57 ZPO), ist der Eintritt der Verjährung nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen (Art. 142 OR). Der Schuldner, der sich auf die Verjährung berufen will, hat dies zu erklären. An die Erklärung werden nicht hohe Anforderungen gestellt. So wäre zum Beispiel die Äusserung: "Nach so langer Zeit zahle ich nicht mehr", genügend (BSK OR I-DÄPPEN, 6. Auflage, Art. 142 N 3). Die Klägerin leitete ihre Replik unter dem Titel "I Verjährung" ein und erklärte Folgendes (act. 24 S. 1): "Gemäss Art 130 OR beginnt die Verjährung mit der Fälligkeit der Forderung innert 5 bzw. 10 Jahre. Die Forderungen der Beklagten sind nicht zahlungsfällig und beziehen sich auf Rückerstattung der unberechtigten Berechtigung. Gemäss Art 67 OR verjährt eine unberechtigte Berechtigung innert 1 Jahr." Wenn die Klägerin unter dem Titel "Verjährung" erklärt, die Forderungen (im Plural) der Beklagten seien nicht zahlungsfällig, so hat sie die Verjährungseinrede genügend klar erhoben, und zwar in Bezug auf sämtliche Forderungen, die Gegenstand ihrer Wegweisungsklage sind. Entgegen der Ansicht der Beklagten muss eine Verjährungserklärung nicht substantiiert werden. Es genügt, wenn sich die Schuldnerin auf die Verjährung beruft.

- 18 - Ist die Einrede der Verjährung erhoben worden, so ist – sofern die Klage nicht aus anderen Gründen abzuweisen ist – zu prüfen, ob die Verjährung eingetreten ist. Diesbezüglich – und nicht hinsichtlich der Einrede der Verjährung – sind gegebenenfalls von den Parteien Tatsachen substantiiert zu behaupten. Dabei obliegt die Behauptungs- und Beweislast grundsätzlich dem Schuldner, der sich auf die Verjährung beruft. Indessen ergibt sich für den Schuldner in Bezug auf Beginn und Länge der Verjährungsfrist eine wesentliche Beweiserleichterung. Denn der Rechtsgrund und die Fälligkeit der Forderung gehören zum Klagefundament, das vom Gläubiger zu behaupten und zu beweisen ist. Gleiches gilt für die Verjährungsunterbrechung. Umgekehrt liegt die Beweislast in denjenigen Sachkonstellationen beim Schuldner, in welchen eine in verschiedenen Ausprägungen erscheinende Kenntnisnahme den Lauf einer Verjährungsfrist auslöst (so vorgesehen in Art. 60 Abs. 1 und 67 Abs. 1 OR) (JEAN-MARC SCHALLER, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, § 4 N 118 und § 8 N 626 - 628).

E. 4.5.3

Wie dargelegt ist der Unterbruch der Verjährung von der Gläubigerin, hier also von der Beklagten, zu behaupten und wenn nötig zu beweisen. Die Beklagte bringt in der Berufungsschrift vor, sie habe im erstinstanzlichen Verfahren 9 Zahlungsbefehle (act. 27/11) eingereicht. Auch ohne weitere Ausführungen zu machen genüge dies zur Substantiiierung der Verjährungsunterbrechung (act. 153 S. 23). Die Pflicht einer Prozesspartei, ihre Sachdarstellungen zu substantiiieren, bedeutet, dass die Partei die Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen hat, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Wie weit die anspruchsbegründenden Tatsachen zu substantiiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Tatsachenbehauptungen müssen so konkret formuliert sein, dass eine substantiierte Bestreitung möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2.b, BGer 4A_438/2010 E. 3.4.2.). Die substantiierte Behauptung hat eine Partei grundsätzlich in der Rechtsschrift oder im Parteivortrag vorzutragen. Der blosse Verweis auf Beilagen genügt in der Regel nicht (BGer 4A_264/2015 E. 4.2.2).

- 19 - Mit der Formulierung "grundsätzlich" weist das Bundesgericht darauf hin, dass eine scharfe Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen (die Teil des Parteivortrages sein müssen) und Beweismitteln (die, soweit es sich um Urkunden handelt, meist als Beilage eingereicht werden) nicht immer möglich ist. Die Obliegenheit, die Tatsachen im Parteivortrag zu benennen, kann nicht so weit gefasst werden, dass von einer Partei verlangt wird, jedes Detail einer Urkunde vorzulesen oder in die Rechtsschrift einzukopieren. Parteivorträge sollen verständlich, Rechtsschriften lesbar sein. Es muss somit erlaubt sein, das Wesentliche zu behaupten und bezüglich der Details auf die Beilagen zu verweisen (vgl. OGer ZH LB140086 E. 3.1, OGer ZH NG140003 E. 7.3.). In welchem Mass eine Tatsachenbehauptung quasi in die Beilagen ausgelagert werden kann, hängt vom Einzelfall und einer Würdigung nach Treu und Glauben ab. Ungenügend ist aber in jedem Fall das blosse Einreichen von Beilagen ohne Tatsachenbehauptungen. Entgegen der Ansicht der Beklagten hat sie daher mit der Einreichung von neun Zahlungsbefehlen eine Verjährungsunterbrechung nicht substantiiert behauptet. Für den Fall, dass das blosse Einreichen der Zahlungsbefehle nicht als substantiierte Behauptung der Verjährungsunterbrechung betrachtet würde, bringt die Beklagte vor, sie habe in der

Verhandlung vom 9. November 2012 die Zahlungsbefehle erläutert. Die Vorinstanz habe die Ausführungen aber in Verletzung von Art. 235 ZPO nicht protokolliert (act. 153 S. 22). Die Vorinstanz hielt im Rahmen der Protokollierung der Klageantwort in einer Protokollnotiz folgendes fest: "RA X. _____ reicht seine Akten ein und erläutert dabei, um was für Dokumente es sich handelt" (Protokoll Vorinstanz S. 9). Eine substantiierte Behauptung einer Verjährungsunterbrechung liegt in der blossen Erläuterung der eingereichten Dokumente nicht. Hätte die Beklagte tatsächlich eine substantiierte Behauptung vorgebracht und wäre diese zu Unrecht nicht protokolliert worden, so hätte die Beklagte eine Berichtigung des Protokolles (Art. 235 Abs. 3 ZPO) verlangen können, was aber ohne Verzug hätte geschehen müssen (DIKE-Kommentar ZPO-PAHUD, 2. Auflage, Art. 235 N 24). Dies bedeutet im konkreten Fall, dass eine Berichtigung spätestens im Zeitpunkt des Verfassens der Berufungsschrift hätte verlangt werden müssen. Die Beklagte behauptet nicht, eine Berichtigung verlangt zu haben. Auf das erstinstanzliche Protokoll ist abzustellen (ZK ZPO-LEUENBERGER,

- 20 - 2. Auflage, Art. 235 N 4), eine verjährungsunterbrechende Handlung wurde also nicht substantiiert behauptet. Der Vollständigkeit halber bleibt folgendes zu bemerken. Würde man entgegen der hier vertretenen Ansicht die Meinung vertreten, eine behauptete Falschprotokollierung könne ohne Protokollberichtigungsklage im Rechtsmittelverfahren korrigiert werden, so müsste in der Rechtsmittelschrift dargelegt werden, welche Aussage nicht oder nicht richtig protokolliert worden war. Die Beklagte legt aber auch in der Berufungsschrift nicht dar, welche Tatsachen sie bezüglich der Verjährungsunterbrechung behauptet habe. Schliesslich rügt die Beklagte, die Vorinstanz hätte sie im Rahmen der richterlichen Fragepflicht zur Substanziierung der verjährungsunterbrechenden Handlungen auffordern müssen. Die Rüge ist schon deshalb nicht stichhaltig, weil die Beklagte anwaltlich vertreten ist, die Klägerin indes nicht. Das Bezirksgericht hätte sich wie bereits dargelegt dem Vorwurf des parteilichen Instruierens ausgesetzt, wenn sie in dieser Konstellation der Beklagten geholfen hätte. Hinzuzufügen bleibt, dass es Sinn von Art. 56 ZPO ist, einer unbeholfenen Partei zu helfen, nicht aber prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen (BGer 5A_921/2014 E. 3.4.2.). Entscheidend kommt dazu, dass die Beklagte die Zahlungsbefehle im Rahmen der Erstattung der Klageantwort einreichte. Zu diesem Zeitpunkt war die Verjährungseinrede aber noch gar nicht erhoben worden, sie erfolge erst im Rahmen der Replik. Im Zeitpunkt der Klageantwort bestand deshalb kein Anlass, die Beklagte darauf hinzuweisen, dass das Einreichen der Zahlungsbefehle für eine substantiierte Behauptung einer Verjährungsunterbrechung nicht genügt. Später konnte ein solcher Hinweis nicht erfolgen, weil die Beklagte keinen zweiten Vortrag erstattete. Nach dem Gesagten sind die Rügen der Beklagten nicht stichhaltig. Die Berufung ist, soweit darauf einzutreten ist, abzuweisen und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen.

E. 5

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 153, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

- 22 -

E. 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 liegt unter CHF 30'000.00. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Vorsitzende: Der Leitende Gerichtsschreiber: lic. iur. P. Diggelmann lic. iur. M. Hinden versandt am:

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