

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB140040-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

## **Beschluss vom 2. Juni 2014**

in Sachen

**A1.\_\_\_\_\_ in Liquidation,**

(vormals: A2.\_\_\_\_\_),

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_,

und / oder Rechtsanwalt lic. iur. X2.\_\_\_\_\_

gegen

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

Klägerin 2 und Berufungsbeklagte

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

sowie

1. **C.\_\_\_\_\_,**

2. **D.\_\_\_\_\_,**

3. **E.\_\_\_\_\_,**

4. **F.\_\_\_\_\_,**

Litisdenuunziaten

betreffend **aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Aktivlegitimation)**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Horgen, III. Abteilung, vom 10. April 2014 (CG100018-F)**

**Beschluss des Bezirksgerichtes Horgen:**

Erster Beschluss (S. 22 f.):

1. Der Prozess wird betreffend den Kläger 1 als durch Rückzug der Klage erledigt abgeschlossen.
2. Die Gerichtsgebühr betreffend den Kläger 1 wird angesetzt auf Fr. 24'025.–.
3. Die Kosten gemäss Ziffer 2 werden dem Kläger 1 auferlegt, unter solidarischer Haftung der Klägerin 2.
4. Die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens LB040112 (Beschluss vom 17. April 2007, S. 25) werden dem Kläger 1 zur Hälfte (Fr. 10'694.50) auferlegt, unter solidarischer Haftung der Klägerin 2.
5. Der Kläger 1 wird verpflichtet, der Beklagten für das bezirksgerichtliche Verfahren eine *bis zum Klagerückzug* berechnete Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 35'120.– zu bezahlen, unter solidarischer Haftung der Klägerin 2.
6. Der Kläger 1 wird verpflichtet, der Beklagten für das obergerichtliche Verfahren LB040112 eine Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 10'000.– zu bezahlen, unter solidarischer Haftung der Klägerin 2.
7. [Schriftliche Mitteilung]
8. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage]

Zweiter Beschluss (S. 23):

1. Der Antrag der Klägerin 2 um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters wird abgewiesen.
2. [Schriftliche Mitteilung]
3. [Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]

Dritter Beschluss (S. 24):

1. Die Klägerin 2 wird aufgefordert, dem Gericht innert einmalig erstreckbarer Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieses Beschlusses die in act. 224 S. 4 zu Beweissatz 4 bezeichnete Urkunde aus den Konkursakten ("*Verzeichnis der Forderungen*") einzureichen. Bei Säumnis unterbleibt die Abnahme dieses Beweismittels zum Nachteil der Klägerin 2.
2. Die Klägerin 2 wird aufgefordert, innert einmalig erstreckbarer Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieses Beschlusses die mutmasslichen Kosten des Beweisverfahrens mit einem Barvorschuss von einstweilen Fr. 30'800.- (Ergänzung Gutachten einstweilen Fr. 30'000.-, 2 Zeugen à Fr. 400.-) bei der Bezirksgerichtskasse, Burghaldenstrasse 3, 8810 Horgen, (Postkonto 80-5645-8), sicherzustellen.  
Bei Säumnis unterbleibt die Beweisabnahme zum Nachteil der Klägerin 2.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin 2 unter Beilage eines Einzahlungsscheins, je gegen Empfangsschein.

Berufungsanträge:

- "1. Es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Horgen vom 10. April 2014 insoweit aufzuheben, als darin die Prozessführungsbefugnis der Klägerin 2 und Berufungsbeklagten (B. \_\_\_\_\_) bejaht wird.
2. Es sei festzustellen, dass die Klägerin 2 und Berufungsbeklagte (B. \_\_\_\_\_) nicht prozessführungsbefugt ist.
3. Es sei festzustellen, dass die Klägerin 2 und Berufungsbeklagte (B. \_\_\_\_\_) nicht aktivlegitimiert ist.
4. Es sei die vom verstorbenen G. \_\_\_\_\_ als Kläger 2 erhobene Klage abzuweisen, *eventualiter* sei die Klage als gegenstandslos abzuschreiben.
5. Es seien Ziff. 1-3 des Beschlusses (S. 24 Mitte und unten) des Bezirksgerichts Horgen vom 10. April 2014 aufzuheben.
6. *Eventualiter* sei die Angelegenheit zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an das Bezirksgericht Horgen zurückzuweisen.
7. Es seien die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens, die Akten des Verfahrens vor dem Einzelrichter (Konkursrichter) am Kantonsgericht Zug (Geschäfts Nr. ES 2011 344) sowie die Akten der konkursamtlichen Liquidation des Nachlasses von G. \_\_\_\_\_ durch das Konkursamt Zug (Verfahren Nr. ...) beizuziehen.
8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin 2 und Berufungsbeklagten (B. \_\_\_\_\_)."

### Erwägungen:

#### 1. Ausgangslage und Prozessgeschichte

a) Am 29. November 2009 hatten H.\_\_\_\_\_ (Kläger 1) und G.\_\_\_\_\_ (Kläger 2) – als Abtretungsgläubiger gemäss Art. 260 SchKG im Konkurs bzw. Nachkonkurs der I.\_\_\_\_\_ AG – beim Bezirksgericht Horgen (Vorinstanz) gegen J.\_\_\_\_\_ und die Beklagte eine Forderungsklage über Fr. 2.25 Mio. aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit eingereicht (Vi-Urk. 1 und 2). Die Aktivlegitimation der Kläger – welche bestritten wurde, weil der abgetretene Verantwortlichkeitsanspruch nicht neu und damit der Nachkonkurs nicht zulässig sei – ist noch nicht geklärt, sondern u.a. Gegenstand eines umfangreichen Beweisverfahrens. Am tt.mm.2011 verstarb G.\_\_\_\_\_ (Vi-Urk. 197). An dessen Stelle ist die heutige Klägerin 2 (Lebenspartnerin von G.\_\_\_\_\_ †) getreten; welche Stellung sie im Prozess hat, ist umstritten (dazu noch unten). Am tt.mm.2011 verstarb auch H.\_\_\_\_\_ (Vi-Urk. 222). Dessen Willensvollstrecker, Dr. K.\_\_\_\_\_, trat zuerst als solcher in den Prozess ein (Vi-Urk. 227), hat dann aber am 1. Oktober 2013 mitgeteilt, dass er aus der Gläubigergemeinschaft für den vorliegenden Klageanspruch ausgeschieden sei (Vi-Urk. 229).

b) Am 10. April 2014 hat die Vorinstanz die eingangs aufgeführten Entscheide getroffen (Vi-Urk. 244 = Urk. 2).

c) Am 14. Mai 2014 hat die Beklagte fristgerecht (Vi-Urk. 245/1) Berufung erhoben und die vorstehend genannten Berufungsanträge gestellt (Urk. 1 S. 3).

d) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Der Beizug weiterer Akten ist nicht notwendig.

e) Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

## 2. Prozessuales

a) Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss deren Übergangsbestimmungen war das vorinstanzliche Verfahren nach den bisherigen zürcherischen Zivilprozessgesetzen (ZPO/ZH und GVG/ZH) weiterzuführen, während für die Zulässigkeit und das Verfahren von Rechtsmitteln das neue Recht zur Anwendung kommt (Art. 404 f. ZPO).

b) Gegen den mit Berufungsantrag 5 angefochtenen Dritt-Beschluss der Vorinstanz (Fristansetzung an die Klägerin 2 zur Einreichung einer bestimmten Urkunde und zur Leistung eines Barvorschusses) ist die Beschwerde das einzig zulässige Rechtsmittel (Art. 308 ZPO e.c.; Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO [Urkundenedition] bzw. Art. 319 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 103 ZPO [Barvorschuss]). Insoweit war das Rechtsmittel daher als Beschwerde entgegenzunehmen und war hierfür ein separates Beschwerdeverfahren zu eröffnen (RB140017).

c) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Der Berufungsentscheid ist zu begründen (Art. 318 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 112 BGG), wobei die Begründung kurz ausfallen darf, wenn der angefochtene Entscheid bestätigt wird; auch ist es zulässig, auf die Begründung des zu bestätigenden erstinstanzlichen Entscheides zu verweisen (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur schweizer. Zivilprozessordnung, 2.A. 2013, N 54 zu Art. 318 ZPO).

## 3. Aktivlegitimation der Klägerin 2

a) Die Vorinstanz hat zur Stellung der Klägerin 2 im vorinstanzlichen Verfahren erwogen, das Konkursgericht habe am 22. Juni 2011 die konkursamtliche Liquidation über den Nachlass des G.\_\_\_\_† angeordnet und diese am 29. Mai 2012 mangels Aktiven wieder eingestellt; die Konkursverwaltung habe dann am 3. September 2012 die umstrittene Abtretungsforderung des G.\_\_\_\_† aufgrund von Art. 230a SchKG an die Klägerin 2 abgetreten. Es sei fraglich, ob die Abtretung

von Forderungen nach Art. 230a SchKG überhaupt zulässig und die Klägerin 2 aus diesem Grund aktivlegitimiert sei; dies könne jedoch offen bleiben.

Die konkursamtliche Liquidation des Nachlasses des G.\_\_\_\_† hätte gar nicht erfolgen dürfen. Zwar könne die Vorinstanz rechtskräftige Entscheide des Konkursgerichts nicht aufheben, aber vorfrageweise prüfen, ob Entscheide anderer Instanzen fehlerhaft oder nichtig seien. Jene Entscheide – und damit auch die Abtretung gemäss Art. 230a SchKG – seien daher für das vorinstanzliche Verfahren unbeachtlich. Dagegen sei die Klägerin 2 als Alleinerbin des G.\_\_\_\_† mit dessen Tod ipso iure Partei des Prozesses geworden (Urk. 2 S. 12 Erw. 3.9).

Die Vorinstanz hat aufgrund dieser Erwägungen zwar das Rubrum angepasst, jedoch keinen Entscheid über die Aktivlegitimation der Klägerin 2 gefällt.

b) Die Beklagte macht mit ihrer Berufung zusammengefasst geltend, die konkursamtliche Liquidation des Nachlasses von G.\_\_\_\_ hätte beachtet werden müssen. Die Forderungsabtretung gemäss Art. 230a SchKG an die Klägerin 2 nach Einstellung der konkursamtlichen Nachlassliquidation sei unwirksam und nichtig (Urk. 1 S. 9-22).

c) Mit einem Rechtsmittel anfechtbar ist ein Entscheid, d.h. dessen Dispositiv. Die Vorinstanz hat über die Stellung der Klägerin 2 (deren Aktivlegitimation) jedoch, wie erwähnt, keinen Entscheid gefällt (sondern einzig das Rubrum entsprechend angepasst). Dies hat auch die Beklagte erkannt, indem sie ausführt, die Erwägungen der Vorinstanz hätten keinen Niederschlag im Dispositiv gefunden (Urk. 1 S. 7). Entgegen der Beklagten (Urk. 1 S. 8) ist aber in dieser Hinsicht nicht von einer Lückenhaftigkeit des Dispositivs auszugehen, sondern liegt eben (noch) kein Entscheid über die Aktivlegitimation der Klägerin 2 vor. Die Vorinstanz hätte hierüber zwar einen selbständigen Vorentscheid i.S.v. § 189 ZPO/ZH treffen können (welcher dann als selbständiger Zwischenentscheid mit Berufung anfechtbar gewesen wäre; Art. 308 i.V.m. Art. 237 ZPO). Dass sie dies nicht getan hat, ist jedoch nicht zu beanstanden, denn § 189 ZPO/ZH ist eine Kann-Vorschrift. Es besteht kein Anspruch auf vorgängige Feststellung der Stellung einer Partei im

Prozess bzw. der Aktivlegitimation, denn dies ist in der Regel (vgl. § 189 ZPO/ZH) mit dem noch ausstehenden Entscheid in der Sache zu klären.

d) Dass in der Bezeichnung einer Partei im Rubrum ein selbständiger Entscheid zu sehen wäre, macht die Beklagte nicht geltend. Ohnehin würde es sich dabei um einen prozessleitenden Entscheid handeln und wäre ein solcher damit nur dann anfechtbar (mit Beschwerde), wenn durch ihn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Ein solcher Nachteil, der grundsätzlich in der Rechtsmittelschrift geltend zu machen und nachzuweisen wäre, wird in der Berufungsschrift der Beklagten nicht vorgebracht.

e) Nach dem Gesagten kann auf die Berufung der Beklagten nicht eingetreten werden.

#### 4. Zweitinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

a) Für das Berufungsverfahren ist von einem Streitwert von Fr. 2.25 Mio. auszugehen. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1+2, § 10 Abs. 1 und § 12 Abs. 1+2 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 4'300.– festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Für das Berufungsverfahren hat die Beklagte zufolge des Unterliegens keinen Anspruch auf eine Entschädigung; der Klägerin 2 erwuchs kein erheblicher Aufwand. Demgemäss sind für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

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

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'300.-- festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Litisdennunziaten, an die Klägerin 2 unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2.25 Mio..

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 2. Juni 2014

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:  
mc