

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LB140094-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Urteil vom 31. August 2015

in Sachen

Erbengemeinschaft der A._____, bestehend aus,

- a) **B.**_____,
- b) **C.**_____,
- c) **D.**_____,

Beklagte und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

- 1. **E.**_____,
- 2. **F.**_____,
- 3. **G.**_____,

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Anfechtung gemäss Art. 285 ff. SchKG**

**Berufung gegen ein Urteil der 8. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
31. Oktober 2014; Proz. CG100258**

Rechtsbegehren:

(act. 34 S. 2)

1. Die mittels Unterlassen des Rechtsvorschlags in der Betreuung 1 vom Schuldner D._____ anerkannte Forderung der Beklagten in der Höhe von Fr. 1'000'000.- sei im Sinne von Art. 291 SchKG ungültig zu erklären und die Forderung sei bei der Verteilung des Pfändungserlöses in den Pfändungsgruppen 1 und 2 nicht zu berücksichtigen.
2. Die Beklagte sei zu verurteilen, die Gerichtskosten zu tragen und den Klägern eine Anwaltsentschädigung zu leisten (zuzüglich die gesetzliche Mehrwertsteuer von 8%).

Urteil der Vorinstanz vom 31. Oktober 2014

(act. 91 S. 28 f.):

1. In Gutheissung der Anfechtungsklage ist die mit Betreuung Nr. 1 in Betreuung gesetzte Forderung der Beklagten über Fr. 1'000'000.- (Pfändungsgruppe 1) bei der Verteilung des Pfändungserlöses nachrangig zur Pfändungsgruppe 2 (Betreibung Nr. 2 der Kläger) zu berücksichtigen.
 2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 23'450.- festgesetzt.
 3. Die Gerichtskosten werden den Beklagten unter solidarischer Haftung auferlegt.
 4. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Klägern eine Parteientschädigung von Fr. 35'550.- (inkl. Weisungskosten) zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungskläger (act. 89 S. 2):

Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 31. Oktober 2014 aufzuheben;

es sei die klägerischen Anträge abzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, wobei auf der den Beklagten / Berufungsklägern zugesprochenen Parteientschädigung die gesetzliche Mehrwertsteuer einzurechnen sei.

der Kläger und Berufungsbeklagten (act. 103 S. 2):

1. Die Berufung vom 14. Dezember 2014 sei abzuweisen.
2. In Gutheissung der Anfechtungsklage vom 27. Dezember 2010 sei die mit Betreuung Nr. 1 in Betreuung gesetzte Forderung der Beklagten/Berufungskläger über CHF 1'000'000.00 (Pfändungsgruppe 1) bei der Verteilung des Pfändungserlöses nachrangig zur Pfändungsgruppe 2 (Betreibung Nr. 2 der Kläger/Berufungsbeklagten) zu berücksichtigen.
3. Die Beklagten/Berufungskläger seien zu verurteilen, die Kosten des Verfahrens vor Bezirksgericht zu bezahlen und den Klägern/Berufungsbeklagten für das Verfahren vor Bezirksgericht eine Parteientschädigung von CHF 35'550.00 (inklusive Weisungskosten) zu bezahlen.
4. Die Beklagten/Berufungskläger seien zu verurteilen, die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens zu tragen und den Klägern/Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Anwaltsentschädigung zu leisten.

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Urteil vom 11. Oktober 2007 sprach das Handelsgericht des Kantons Bern den Klägern und Berufungsbeklagten (nachfolgend Kläger) eine Forderung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit diverser Verwaltungsräte der H._____ AG bzw. H1._____ zu (act. 4/4). Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 22. Februar 2008 ab (act. 4/5). Als einer

der belangten Verwaltungsräte wurde D._____, der Beklagte und Berufungskläger 3, den Klägern gegenüber zu einer Schadenersatzzahlung von Fr. 512'622.90 sowie zur Zahlung einer Prozessentschädigung von Fr. 113'662.40 für das erstinstanzliche Verfahren vor dem Handelsgericht des Kantons Bern und von Fr. 9'000.– für das Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht verpflichtet.

1.2. Da D._____ diese Schulden nicht tilgte, beschritten die Kläger den Vollstreckungsweg. Am 1. April 2008 setzten sie diese Forderungen zuzüglich Zinsen in Betreuung (act. 4/6). Gegen den Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Zürich 7 vom 3. April 2008 (Betreibung Nr. 2), welcher I._____, dem Vertreter des Schuldners, am 6. Juni 2008 zugestellt worden war, erhob D._____ am 16. Juni 2008 Rechtsvorschlag (act. 4/7). Darauf stellten die Kläger am 10. September 2008 das Rechtsöffnungsbegehren. Auf Ersuchen von D._____ verschob der Rechtsöffnungsrichter die zunächst auf den 22. Oktober 2008 angesetzte Verhandlung auf den 18. November 2008. D._____ erschien nicht zur Verhandlung und der Rechtsöffnungsrichter erteilte den Klägern mit Verfügung desselben Tages antragsgemäss definitive Rechtsöffnung (act. 4/8). Am 28. November 2008 stellten die Kläger das Fortsetzungsbegehren (act. 4/9), und es kam am 14. Januar 2009 in ihrer Betreuung zur Pfändung. Gepfändet wurde insbesondere der Liquidationsanteil von D._____ am Gemeinschaftsvermögen der einfachen Gesellschaft Eheleute J._____, bestehend aus einem Grundstück (zwei Mehrfamilienhäuser) in Dieser Vermögenswert wurde vom Pfändungsbeamten mit Fr. 100.– bewertet. Aufgrund eines geschätzten Verkehrswerts der Liegenschaft von Fr. 6 Mio. und der bestehenden Grundpfandrechte von Fr. 5,3 Mio. (act. 4/1 S. 3) gehen die Kläger allerdings von einem deutlich höheren Erlös im Falle einer Verwertung aus. Wegen ungenügenden Vermögens wurde den Klägern ein provisorischer Verlustschein ausgestellt (act. 4/1). In der Pfändungsurkunde (Pfändungs-Nr. 2) wurde insbesondere festgehalten, dass zugunsten vorgehender Pfändungsgläubiger Pfändungen im Gesamtbetrag von ca. Fr. 1'100'000.– bestünden (act. 4/1 S. 2 und 4).

1.3. Diese vorrangige Pfändung ist der Stein des Anstosses. Ihr liegt die Betreuung von A._____, der mittlerweile verstorbenen Mutter von D._____ (und ur-

sprünglichen Beklagten), zu Grunde, und zwar über den Betrag von Fr. 1 Mio. zuzüglich Zinsen, angeblich aus Darlehen (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 7). Ihr Betreibungsbegehren stammt vom 22. September 2008 (act. 4/10). Gegen den Zahlungsbefehl erhob D._____ keinen Rechtsvorschlag. Am 13. Oktober 2008 stellte †A._____ das Fortsetzungsbegehren (act. 39/3). Kurz darauf, aus den Akten geht das genaue Datum nicht hervor, folgte die Pfändung in dieser Betreibung. Gepfändet wurde bereits damals der oben erwähnte Liquidationsanteil von D._____ am Grundstück in ... (act. 4/1 S. 3 f.). Am 28. November 2008, als die Kläger in ihrer Betreibung Nr. 2 das Fortsetzungsbegehren stellten, war die 30-tägige Frist, um sich der Pfändung in der Betreibung von †A._____ (Nr. 1) anzuschliessen (Art. 110 SchKG), bereits abgelaufen. Dies hat zur Folge, dass die Kläger erst nach vollständiger Befriedigung der von †A._____ in Betreibung gesetzten Forderung am Erlös aus der Verwertung des gepfändeten Liquidationsanteils von D._____ am Grundstück in ... partizipieren.

1.4. Die Kläger sind der Auffassung, dass die von †A._____ in Betreibung gesetzte Forderung aus Darlehen gar nicht besteht und D._____ und seine Mutter ihr Vorgehen in den beiden zur Diskussion stehenden Betreibungen derart abgesprochen und koordiniert haben, dass die spätere Betreibung von †A._____ die frühere der Kläger "überholen" konnte mit dem Effekt, dass †A._____ bzw. deren Rechtsnachfolger vorrangig befriedigt werden. Gegen diese Begünstigung setzen sich die Kläger zur Wehr.

2.

2.1. Am 27. Dezember 2010 erhoben die Kläger vor Vorinstanz Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG (act. 1 und 2). Ursprüngliche Beklagte war A._____, welche damals noch lebte. Am 21. März 2011 erstattete diese die Klageantwort (act. 12). Die zweiten Parteivorträge erfolgten ebenfalls schriftlich (act. 34 und act. 38). Es folgten weitere schriftliche Stellungnahmen und Eingaben der Parteien (act. 44, 51, 68, 70, 75 und 80). Im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens verstarb A._____ (act. 48 f.). An deren Stelle traten ihre Rechtsnachfolger (act. 55 f.), die Beklagten und Berufungskläger 1-3 (nachfolgend Beklagte). Mit Urteil vom 31. Oktober 2014 hiess die Vorinstanz die Klage unter Kosten- und

Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten gut (act. 91 [= act. 90 = act. 84]). Der genaue Wortlaut des Dispositivs ist eingangs wiedergegeben.

2.2. Mit Eingabe vom 12. Dezember 2014 erhoben die Beklagten innert Frist Berufung mit den eingangs genannten Anträgen (act. 89 i.V.m. act. 86). Mit Überweisungen vom 13. und 28. Januar 2015 leisteten sie den Kostenvorschuss (act. 92, 96 und 100). Mit Verfügung vom 9. Juni 2015 setzte der Referent den Klägern Frist zur Berufungsantwort an (act. 101). Diese ging am 10. Juli 2015 (Postaufgabe 9. Juli 2015) rechtzeitig bei der Kammer ein (act. 103 i.V.m. act. 102). Die Kläger beantragen die Abweisung der Berufung. Ein Doppel der Berufungsantwort ist den Beklagten zugestellt worden (act. 106). Diese reichten am 25. August 2015 eine Stellungnahme ein (act. 107). Ein Doppel ist den Klägern mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

3.

3.1. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Die Klage wurde allerdings noch im Jahre 2010 unter der Herrschaft der kantonalen Zivilprozessordnung anhängig gemacht. Das erstinstanzliche Verfahren folgte daher den Regeln der Zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH) sowie der dazu gehörenden weiteren kantonalen Erlasse (GVG/ZH und Gebührenordnungen; vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO).

3.2. Das vorliegende Berufungsverfahren folgt demgegenüber gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO den Regeln der ZPO. Demnach gilt es im Folgenden zu beachten, dass das Berufungsverfahren im Grundsatz die Fortsetzung des Prozesses aufgrund des vor der ersten Instanz vorgetragenen Sachverhaltes darstellt (zu den Ausnahmen vgl. Art. 317 ZPO). Mit der Berufung ist daher die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz zu rügen (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind

deshalb entsprechende Rügen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Begründungslast; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E.II/1.1 und E.II/1.2, je mit Verweisen).

4.

4.1. Mit ihrer Klage fechten die Kläger jene Rechtshandlungen an, welche in der Betreuung von †A._____ zu einer Pfändung von Vermögenswerten von D._____ führten und †A._____ bzw. deren Rechtsnachfolgern, den Beklagten, Rechte am Verwertungserlös einräumen, die denjenigen der Kläger, die in der nachfolgenden Pfändungsgruppe figurieren, vorgehen. Konkret beanstandet werden einerseits das Erheben des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. 2, welcher eine rechtskräftige gerichtliche Zahlungsverpflichtung zu Gunsten der Kläger zu Grunde liegt, sowie weitere Massnahmen von D._____, die dieses Betreibungsverfahren verzögert haben sollen, und andererseits das Unterlassen des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. 1, welche eine fiktive bzw. nicht durchsetzbare Forderung von †A._____ zum Gegenstand haben soll. Die Kläger stellten sich vor Vorinstanz auf den Standpunkt, dass die Voraussetzungen sowohl der Absichts- wie der Schenkungspauliana erfüllt und sie daher so zu stellen seien, wie wenn die Pfändung in ihrer Betreuung derjenigen von †A._____ vorgehe, zumindest aber so, wie wenn beide Forderungen derselben Pfändungsgruppe angehören würden.

4.2. Die Vorinstanz erachtete sämtliche Voraussetzungen der Absichtspauliana im Sinne von Art. 288 aSchKG (bzw. dem identischen Art. 288 Abs. 1 SchKG in der aktuellen Fassung) als erfüllt und ordnete in Gutheissung der Klage an, dass die mit Betreuung Nr. 1 in Betreuung gesetzte Forderung der Beklagten über Fr. 1'000'000.– (Pfändungsgruppe 1) bei der Verteilung des Pfändungserlöses nachrangig zur Pfändungsgruppe 2 (Betreibung Nr. 2 der Kläger) zu berücksichtigen sei (act. 91, Dispositiv). Aufgrund der Einwendungen der Beklagten hatte sie sich namentlich mit der Anfechtungsberechtigung der Kläger (Aktivlegitimation), den zur Gläubigerbenachteiligung führenden Rechtshandlungen, der Benachteiligungsabsicht des Schuldners und der Erkennbarkeit der Benachteiligungsabsicht für die Begünstigte zu befassen. Von Amtes wegen ging sie zudem auf die An-

fechtungsfrist ein, welche in der bei Klageeinleitung geltenden Fassung des Gesetzes, anders als heute, als Verwirkungsfrist ausgestaltet war (Art. 292 aSchKG).

4.3. Die Beanstandungen der Beklagten in der Berufungsschrift beschränken sich auf die Annahme der Vorinstanz, die Absicht von D._____ (dem Schuldner), die Kläger (seine Gläubiger) zu benachteiligen, sei für †A._____ (seine Mutter und ebenfalls Gläubigerin) erkennbar, wenn nicht gar bekannt gewesen (act. 89 S. 3 ff.). Darauf ist nachfolgend näher einzugehen (Erw. 5.).

4.4. Nicht weiter zu prüfen sind die übrigen Voraussetzung der Absichtspauliana. Diesbezüglich hat es mangels konkreter Rügen bei der Auffassung der Vorinstanz sein Bewenden. Damit steht fest, dass die Kläger, welche über einen provisorischen Verlustschein vom 14. Januar 2009 verfügen, zur Anfechtungsklage gemäss Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG legitimiert sind (act. 91 S. 10 ff.) und mit dem am 30. August 2010 erfolgten Anrufen des Friedensrichteramtes und dem anschliessenden fristgerechten Anhängigmachen der Klage bei der Vorinstanz die Anfechtungsfrist gemäss Art. 292 Ziff. 1 aSchKG eingehalten haben (a.a.O. S. 13). Als anfechtbare Rechtshandlungen im Sinne von Art. 288 Abs. 1 SchKG gelten nach der unwidersprochen gebliebenen Auffassung der Vorinstanz diejenigen Massnahmen von D._____, welche bewirkten, dass die Betreuung von †A._____ (Betreibung Nr. 1) diejenige der Kläger (Betreibung Nr. 2) "überholte" mit dem Effekt, dass der Erlös aus der anstehenden Verwertung der Vermögenswerte, welche in beiden Betreibungen gepfändet wurden, nicht vorrangig zur Deckung der Forderungen der Kläger verwendet wird: Auf das Wesentliche reduziert sind dies einerseits das Erheben des Rechtsvorschlags in der (früheren) Betreuung der Kläger, was ein Rechtsöffnungsverfahren und damit einen Zeitverlust für die Kläger zur Folge hatte, und andererseits das Unterlassen des Rechtsvorschlags in der (späteren) Betreuung von †A._____, was sie in die vorteilhafte Lage versetzte, bereits vor den Klägern das Fortsetzungsbegehren stellen zu können (a.a.O. S. 13 ff.). Fest steht schliesslich, dass D._____ diese Rechtshandlungen in der Absicht tätigte, seine Mutter zum Nachteil der Kläger zu begünstigen (a.a.O. S. 20 f.).

5.

5.1. Am 10. September 2008 stellten die Kläger, deren Betreuung am 16. Juni 2008 durch Rechtsvorschlag von D._____ gehemmt worden war, das Rechtsöffnungsbegehren. Kurz darauf leitete †A._____ die Betreuung gegen ihren Sohn ein. Der Zahlungsbefehl wurde D._____ am 23. September 2008 zugestellt. Zeitnah, vermutlich wenige Tage nach Ablauf der 20-tägigen Zahlungsfrist (vgl. Art. 69 Abs. 2 Ziff. 2 und 4 SchKG i.V.m. Art. 88 Abs. 1 SchKG), stellte †A._____ das Fortsetzungsbegehren, und es kam zum Pfändungsvollzug, bevor die Kläger in ihrer Betreuung so weit waren, das Fortsetzungsbegehren zu stellen. Spätestens als sie im September 2008 das Betreibungsbegehren gegen ihren Sohn gestellt habe, so die Vorinstanz, wäre für †A._____ mittels Einsicht in das Betreibungsregister erkennbar gewesen, dass in einer bereits bestehenden Betreuung Rechtsvorschlag erhoben worden war (Art. 8a SchKG). Die Einsichtnahme sei geboten gewesen, da sie als Mutter vermutungsweise die schlechte Vermögenslage ihres Sohnes gekannt habe. Sie habe insbesondere gewusst, dass eine Rückzahlung ihrer Forderung nur durch den Verkauf seines Anteils am Haus oder durch Erhöhung der Belehnung möglich sei. Damit sei sie von der Illiquidität ihres Sohnes ausgegangen. Auch der Umstand, dass ihr Sohn auf ihre im April 2007 erfolgte Aufforderung zur Rückzahlung des Darlehens nicht reagiert und rund anderthalb Jahre nichts zurückbezahlt habe, sei ein deutlicher Hinweis auf seine schlechte Vermögenslage gewesen. Schliesslich könne nicht angenommen werden, dass sie als Mutter vom Verantwortlichkeitsprozess gegen ihren Sohn nichts gewusst habe. Die Vorinstanz bezeichnete dieses Vorgehen als "zügig erfolgte(s) Zusammenspiel zwischen Sohn und Mutter" und schloss daraus, dass †A._____ nicht nur um die schlechte Vermögenslage ihres Sohnes und die laufende Betreuung der Kläger hätte wissen müssen, sondern davon tatsächlich Kenntnis hatte und ihr Vorgehen mit ihrem Sohn koordinierte.

Offen liess die Vorinstanz die Rolle von I._____, der nach den Ausführungen der Kläger †A._____ im fraglichen Zeitraum vertreten haben soll.

5.2. Die Beklagten (act. 89) beanstanden im Wesentlichen die Annahme der Vorinstanz, †A._____ habe die schlechte Vermögenslage ihres Sohnes gekannt bzw.

diese sei für sie zumindest erkennbar gewesen. Insbesondere, so die Beklagten unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 138 III 497), fehlten die Voraussetzungen, um ein solches Wissen von †A._____ zu vermuten. Hinweise, wonach Mutter und Sohn zusammenlebten, enthielten die Akten nicht. Diesen sei auch nichts zu den persönlichen Kontakten zwischen Mutter und Sohn zu entnehmen. Aus dem Verwandtschaftsverhältnis allein könne auch nicht geschlossen werden, dass sie über den Verantwortlichkeitsprozess informiert gewesen sei. Falsch sei auch die Annahme der Vorinstanz, †A._____ sei von der Illiquidität ihres Sohnes ausgegangen. Wer, wie ihr Sohn, über eine Liegenschaft verfüge, die höher belehnt oder gewinnbringend verkauft werden könne, sei nicht unfähig, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Allenfalls benötige er etwas längere Zahlungsfristen. Die Notwendigkeit einer Belehnung der Liegenschaft oder gar eines Verkaufs sei kein Grund für †A._____ gewesen, weitere Abklärungen zur finanziellen Situation ihres Sohnes zu tätigen. Indizien dafür, dass †A._____ von der Betreuung der Kläger Kenntnis gehabt habe, bestünden nicht. Es sei auch nicht in ihrer Macht gelegen, Rechtsvorschlag zu erheben, wie im Falle der Kläger, oder zu unterlassen, wie in ihrem Fall. Hätte sie Erkundigungen getätigt, hätte sie auf legalem Weg nur Einsicht in das Betreibungsregister nehmen können. Diesem hätte sie die Höhe der in Betreuung gesetzten Forderung der Kläger und den Stand des Betreibungsverfahrens entnehmen können. Angaben zum Vermögen ihres Sohnes, insbesondere zum Wert der Liegenschaft in ... und der Höhe ihrer Belehnung, enthalte das Betreibungsregister nicht. Entsprechende Angaben enthalte auch der öffentlich zugängliche Teil des Grundbuchs nicht. Weder die Gebäudeversicherungsanstalt des Kantons Aargau noch Banken noch Steuerbehörden würden entsprechende Auskünfte erteilen. Selbst wenn sie sich also um die zugänglichen Informationen bemüht hätte, hätten diese keinen Anlass geboten, an der Fähigkeit ihres Sohnes, alle seine Schulden begleichen zu können, zu zweifeln. Den Beweis dafür, dass †A._____ die Benachteiligungsabsicht ihres Sohnes erkannt habe, hätten die Kläger, welche beweisbelastet seien, nicht erbracht. Die Beweiswürdigung der Vorinstanz sei willkürlich und die von ihr vorgenommene Beweislastverteilung verletze Art. 8 ZGB.

5.3. Die Kläger (act. 103) beharren auf ihrem Standpunkt, dass im Falle von †A._____ vermutet werde, dass für sie die Schädigungsabsicht ihres Sohnes erkennbar war. Der Umstand, dass sie mit ihrem längst erwachsenen Sohn nicht zusammengelebt habe, ändere daran nichts. Die gegenteilige Auffassung der Beklagten beruhe auf einem falschen Verständnis von BGE 138 III 497. Die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht ergebe sich zudem aus ihrer Kenntnis der schlechten finanziellen Situation ihres Sohnes, insbesondere seiner Illiquidität. Bei dieser Sachlage hätte †A._____ das Betreibungsregister konsultieren müssen und auf diesem Weg von der Betreuung der Kläger und dem Rechtsvorschlag von D._____ erfahren, sollten ihr diese Vorgänge nicht ohnehin bekannt gewesen sein. Die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht ihres Sohnes sei schliesslich auch deshalb zu bejahen, weil sich †A._____ das Wissen von I._____ anrechnen lassen müsse, der sowohl sie als auch ihren Sohn in den fraglichen Betreibungen vertreten und von der Benachteiligungsabsicht genaue Kenntnis gehabt habe. Aus dem Protokoll der Einvernahme von I._____ vom 23. Oktober 2012 im parallel laufenden Strafverfahren und aus dem Brief von D._____ an seine Mutter vom 29. April 2007, den I._____ zu den Strafakten gegeben habe, ergebe sich sodann, dass für †A._____ die Gläubigerbenachteiligung nicht nur erkennbar war, sondern sie darüber genau informiert war. Die genannten Unterlagen seien erst nach Erstattung der Replik im vorinstanzlichen Verfahren entstanden bzw. bekannt geworden und seien daher im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO als Noven zuzulassen. Die Klage wäre, so die Kläger weiter, auch deswegen gutzuheissen, weil die Darlehensforderung, welche der Betreuung Nr. 1 zu Grunde liege, entweder gar nicht existiere oder nicht †A._____ zustehe und ohnehin nicht auf dem Weg der Schuldbetreibung durchsetzbar sei.

5.4.

5.4.1. Zur Debatte steht nicht der klassische Fall, dass ein von seinen Gläubigern bedrängter Schuldner Vermögenswerte an Dritte (allenfalls Gläubiger) überträgt und damit sein Haftungssubstrat zur Deckung der Forderungen seiner (übrigen) Gläubiger vermindert, sondern die eher ungewöhnliche Konstellation, dass der Schuldner mittels betreibungs- und verfahrensrechtlicher Vorkehren dafür

sorgt, dass sich die betreibungsrechtliche Stellung eines seiner Gläubiger zum Nachteil eines anderen verbessert. Dazu drängen sich zunächst einige Vorbe-
merkungen auf.

5.4.2. D._____ war zum fraglichen Zeitpunkt nicht im Handelsregister eingetra-
gen und unterstand damit nicht der Betreuung auf Konkurs. Soweit bekannt ver-
fügten weder die Kläger noch †A._____ über ein Pfandrecht, weshalb in beiden
Fällen die Betreuung auf Pfändung fortzusetzen war (Art. 39, 41 und 42 SchKG).
Die Betreuung auf Pfändung ist eine Spezialexécution bzw. Einzelzwangsvoll-
streckung. Nur derjenige Gläubiger, der eine Betreuung einleitet und nach Eintritt
der Rechtskraft des Zahlungsbefehls bzw. nach Beseitigung des Rechtsvor-
schlags das Fortsetzungsbegehren stellt, kommt in den Genuss der anschlies-
senden Zwangsvollstreckungsmassnahmen (Pfändung, Verwertung, Verteilung
des Erlöses). Derjenige Gläubiger, der sich passiv verhält oder erst später die Be-
treibung einleitet, ist benachteiligt. Anders als in der Betreuung auf Konkurs kann
somit das Verhalten sowohl des Schuldners als auch seiner Gläubiger erhebliche
Auswirkungen auf den Zeitpunkt und den Umfang der zwangsweisen Befriedigung
der Gläubiger haben. Da dem betreibenden Gläubiger beim Entscheid, ob
Rechtsvorschlag erhoben wird oder nicht, konzeptbedingt keinerlei Mitwirkungs-
befugnis zusteht, lässt sich aus den Umständen allein, dass der betriebene
Schuldner im einen Fall Rechtsvorschlag erhebt und im anderen Fall unterlässt
und so auf die Reihenfolge der Befriedigung seiner Gläubiger Einfluss nehmen
kann, nicht auf eine Schädigungsabsicht des Schuldners und noch weniger auf
die Erkennbarkeit einer solchen Absicht für den bevorteilten Gläubiger schliessen,
geschweige denn auf die tatsächliche Kenntnis des bevorteilten Gläubigers von
dieser Absicht. Die gesetzliche Regelung lässt es sogar zu, dass ein Gläubiger,
der nicht nur von anderen Betreibungen betreffend seinen Schuldner, sondern
auch von seiner schlechten Vermögenslage Kenntnis hat oder haben müsste, mit-
tels unverzüglichem und prozessual geschicktem Vorgehen gegen seinen
Schuldner anstrebt, vor seinen Konkurrenten ans Ziel zu gelangen, sprich vor den
anderen Gläubigern aus dem Vermögen des Schuldners befriedigt zu werden.
Etwas aufgeweicht wird das Prinzip der Spezialexécution immerhin durch das
Recht des betreibenden Gläubigers, sich einer bereits erfolgten Pfändung für ei-

nen anderen Gläubiger anzuschliessen und hernach anteilmässig am Verwertungserlös zu partizipieren (Vorrang privilegierter Gläubiger vorbehalten [Art. 146 ff. SchKG]), wenn er innerhalb von 30 Tagen (in gewissen Fällen 40 Tagen) seit dem Vollzug der Pfändung seinerseits das Fortsetzungsbegehren stellt (Art. 110 f. SchKG). Prozessuale und betreibungsrechtliche Vorkehren wie z.B. das Erheben eines Rechtsvorschlages in der einen Betreibung und das Unterlassen des Rechtsvorschlages in einer anderen Betreibung stellen daher nur unter besonderen Umständen anfechtbare Rechtshandlungen im Sinne von Art. 285 ff. SchKG dar, etwa dann, wenn dadurch einer gar nicht existenten Forderung zur Befriedigung verholfen werden soll oder wenn diese Vorkehren vom Schuldner und Gläubiger abgesprochen und koordiniert werden, um die Stellung des betreffenden Gläubigers zum Nachteil anderer Gläubiger zu verbessern. Von der zweiten Version, welche dem Entscheid der Vorinstanz zu Grunde liegt, soll zunächst die Rede sein.

5.4.3. Die blossе Tatsache, ob und wann †A._____ von der Betreibung der Kläger erfuhr, ist für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend. Selbst wenn sie bei Einleitung ihrer Betreibung davon Kenntnis gehabt haben sollte, liesse sich allein daraus nichts zu Gunsten der Kläger ableiten. †A._____ hätte dies durchaus als Anlass nehmen dürfen (und aus Eigeninteresse wohl müssen), für ihre Forderung, sollte diese denn ihrer Auffassung nach berechtigt sein, ebenfalls den Betreuungsweg zu beschreiten. Eine Pflicht, auf die Betreibung der Kläger Rücksicht zu nehmen, indem sie ihre Betreibung im Gleichschritt weiterverfolge oder derjenigen der Kläger gar den Vortritt liess, bestand nicht. Selbst das Wissen um die finanzielle Situation ihres Sohnes, etwa dass dieser nicht in der Lage sein sollte, sowohl ihre Forderung als auch jene der Kläger vollständig zu erfüllen, hätte keine Pflicht zu begründen vermocht, auf die Betreibung der Kläger Rücksicht zu nehmen. Allein auf die Kenntnis dieser Umstände, geschweige denn auf ihr Kennen-Müssen, kommt es nicht an, und es ist müssig, der Frage nachzugehen, wie nahe das Verhältnis zwischen Mutter und Sohn war und ob die Voraussetzungen dafür gegeben sind, dass die Kenntnis dieser Fakten zu vermuten ist.

5.4.4. In dieser besonderen Konstellation setzt eine anfechtbare Rechtshandlung ein bewusstes und koordiniertes Vorgehen zwischen dem Schuldner und der zu begünstigenden Gläubigerin voraus. Ein derartiges Zusammenwirken von D._____ und †A._____ wurde von den Klägern behauptet (act. 2 S. 24 f. und S. 29) und von der Vorinstanz als naheliegend bezeichnet (act. 91 S. 24), allerdings ohne zu dieser Sachdarstellung, welche bestritten ist (act. 12 S. 10 ff.; act. 51 S. 5), ein Beweisverfahren nach den Vorschriften des Gesetzes – anwendbar ist auf das erstinstanzliche Verfahren wie bereits erwähnt die Zürcherische Zivilprozessordnung (Erw. 3.1.) – durchzuführen. Dies muss nachgeholt werden. Dabei wird insbesondere auch die Rolle von I._____ abzuklären sein, der nach den bestrittenen Behauptungen der Kläger im fraglichen Zeitraum sowohl D._____ als auch †A._____ vertreten haben soll und der eigentliche spiritus rector gewesen sein soll (act. 2 S. 24 f. und S. 29; act. 12 S. 10 ff.). Im Rahmen des Beweisverfahrens, dieses ist mit einem Beweisaufgabebeschluss zu eröffnen (§ 136 ZPO/ZH), werden die Parteien Gelegenheit erhalten, ihre Beweismittel zu bezeichnen. Sofern dies innert Frist erfolgt, gilt dafür keine (Noven-) Beschränkung (§ 137 f. ZPO/ZH). Die von den Klägern hinsichtlich des Protokolls der Einvernahme von I._____ (act. 104/1) und des Briefes von D._____ an seine Mutter (act. 104/2) positiv und von den Beklagten negativ beantwortete Frage, ob die Voraussetzungen gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO gegeben sind (act. 103 Rz 69 ff. und act. 107 S. 3 f.), stellt sich gar nicht.

5.4.5. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (vgl. act. 91 S. 24 f. Ziff. 3) können auch die (zentralen) Streitfragen nach dem Bestand der Darlehensforderung, der Anspruchsberechtigung und der Art und Weise ihrer Durchsetzbarkeit nicht offengelassen werden. Nur wenn der Bestand der Forderung oder die Anspruchsberechtigung von †A._____ oder die Betreuungsfähigkeit der Forderung zu verneinen ist, ist als Rechtsfolge der Absichtspauliana die Forderung der Kläger im Rahmen der Verteilung des Pfändungserlöses *vorrangig* zu behandeln. Wenn der Bestand der (Geld-) Forderung und die Berechtigung von †A._____ zu bejahen sind und die anfechtbare Handlung allein im koordinierten Vorgehen von D._____ und †A._____ zu erblicken ist, besteht die Rechtsfolge darin, dass die Forderungen der Kläger und von †A._____ bzw. der Beklagten in den beiden Betreibungs-

verfahren Nr. 2 und Nr. 1 *gleichberechtigt* zu behandeln sind, d.h. so, wie wenn beide Forderungen derselben Pfändungsgruppe angehören würden. Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz (vgl. act. 91 S. 25 f. Erw. 4.) beruht auf spekulativen Annahmen. Obschon die Kläger, nachdem D._____ am 16. Juni 2008 Rechtsvorschlag erhoben hatte, mit dem nächsten Betreibungsschritt, dem Rechtsöffnungsbegehren, bis zum 10. September 2008, also fast drei Monate, zuwarteten, nimmt die Vorinstanz ohne nachvollziehbare Begründung an, dass die Kläger bei Unterlassen des Rechtsvorschlags umgehend das Fortsetzungsbegehren gestellt hätten. Von der Vorinstanz unbeachtet blieb die von den Klägern selbst verschuldete Verzögerung auch für den Fall, dass D._____ in beiden Betreibungen Rechtsvorschlag erhoben hätte. Entgegen der Annahme der Vorinstanz hatten die Kläger mit ihrer Verzögerung den Vorsprung von rund 3 ½ Monaten praktisch vollständig eingebüsst, als †A._____ ihre Betreibung einleitete. Die Vorinstanz hätte sich auf derartige Spekulationen gar nicht einzulassen brauchen, stellten sich die Kläger für den Fall des Bestehens der Darlehensforderung und ihrer Durchsetzbarkeit doch gar nie auf den Standpunkt, dass sie bei redlichem Verhalten von D._____ und †A._____ eine vorrangige Pfändung hätten bewirken können. Im Gegenteil stimmen die Parteien für diesen Fall darin überein, dass beide Forderungen in die gleiche Pfändungsgruppe eingeteilt worden wären und deshalb bei der Verteilung des Verwertungserlöses gleichberechtigt zu behandeln sind (act. 12 S. 5 Ziff. 7 und act. 34 Rz 31 ff. und Rz 71).

6.

Nach dem Gesagten sind noch zwei Streitpunkte zu beurteilen:

a) ob D._____ und †A._____ ihr Vorgehen bei der Durchsetzung der angeblichen Darlehensforderung von †A._____ absprachen und derart koordinierten, dass die Betreibung von †A._____ diejenige der Kläger "überholen" konnte mit dem Effekt, dass die Kläger erst nach Ablauf der Frist zum Anschluss an die Pfändung für †A._____ das Fortsetzungsbegehren in ihrer Betreibung stellen konnten, wobei in diesem Zusammenhang auch die Behauptungen der Kläger zur Rolle von I._____ (Vertreter von D._____ und †A._____, spiritus rector) zu beachten sein werden, und

b) ob die in Betreuung gesetzte Darlehensforderung von †A._____ nicht besteht, ob sie von †A._____ (alleine) nicht geltend gemacht werden kann und auf dem Weg der Schuldbetreibung nicht durchsetzbar ist.

Sowohl bei Bejahung von lit. a) als auch von lit. b) ist von der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht für †A._____ bzw. deren Wissen um die Schädigungsabsicht auszugehen und sind damit sämtliche Voraussetzungen der Absichtspauliana erfüllt. Ist nur lit. a) erfüllt, wird Rechtsfolge die Gleichbehandlung der Parteien in den zur Diskussion stehenden Pfändungen sein, ist lit. b) erfüllt, muss die vorrangige Befriedigung der Kläger Rechtsfolge sein.

Da der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist und ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde, ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Diese wird ihr Verfahren nach den Regeln der Zürcher Zivilprozessordnung fortzusetzen (BGer 4A_471/2011 vom 17. Januar 2012 E. 3.3) und zunächst über die Beweisaufgabe zu beschliessen haben (§ 136 ZPO/ZH).

7.

Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens ist einzig die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr festzusetzen. Im Vergleich zum erstinstanzlichen Verfahren war der Aufwand im Berufungsverfahren, das sich auf die Voraussetzung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht beschränkte, geringer. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 635'285.30 (vgl. dazu die unbeanstandet gebliebenen Ausführungen der Vorinstanz, act. 91 S. 27) und in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 15'000.– zu bemessen. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren ist im Übrigen dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 8. Abteilung, vom 31. Oktober 2014 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 15'000.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Berufungsverfahrens (insbesondere Verwendung des Kostenvorschusses der Beklagten) wird im Übrigen dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger unter Beilage eines Doppels von act. 107, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. 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. 635'285.30.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: