

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB150009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

## Beschluss vom 19. Mai 2015

in Sachen

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

Klägerin 2 und Berufungsklägerin

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

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation,**

Beklagte 2 und Berufungsbeklagte

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

betreffend **aktienrechtliche Verantwortlichkeit / Schadenersatz**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Horgen,  
III. Abteilung, vom 12. Januar 2015 (CG100018-F)**

**Rechtsbegehren, Urk. 2 S. 2 (Kläger: 1) C. \_\_\_\_\_, 2) D. \_\_\_\_\_ ; Beklagte: 1) E. \_\_\_\_\_ ; 2) F. \_\_\_\_\_ Zürich):**

"Es seien die Beklagten 1 und 2 unter solidarischer Haftung zu verpflichten, den Klägern bzw. der Konkursmasse Fr. 2'250'000.00 zu bezahlen."

**Beschluss des Bezirksgerichts Horgen vom 12. Juli 2001 (Urk. 50; Proz.-Nr. CG990055):**

"Auf die Klage wird nicht eingetreten."

**Rekursentscheid des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 2. November 2001 (Urk. 56; Proz.-Nr. LN010051):**

"Der Rekurs der Kläger wird gutgeheissen, der Beschluss des Bezirksgerichts Horgen, 3. Abteilung, vom 12. Juli 2001 aufgehoben und das Bezirksgericht Horgen angewiesen, den Prozess auch bezüglich der Beklagten 2 weiterzuführen."

**Teil-Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 27. September 2004 (Urk. 116; Proz.-Nr. CG990055; Bezeichnung der Beklagten 2: "B. \_\_\_\_\_"):**

- "1. Die Klage gegen die Beklagte 2 wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Verfahren gegen die Beklagte 2 wird festgesetzt auf:

Fr. 21'540.00	; die weiteren Kosten betragen (Hälfte der bisher aufgelaufenen Kosten):
Fr. 924.50	Schreibgebühren
Fr. 722.00	Zustellgebühren
Fr. 105.00	Vorladungsgebühren
Fr. 22.50	Fotokopien

3. Die Kosten werden den Klägern je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftung eines jeden für den ganzen Betrag.
4. Die Kläger werden verpflichtet, die Beklagte 2 mit je Fr. 27'000.- (zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.6%), unter solidarischer Haftung eines jeden für den ganzen Betrag (Fr. 54'000.- zzgl. MwSt.), zu entschädigen."

**Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 17. April 2007 (Urk. 145; Proz-Nr. LB040112; Bezeichnung der Beklagten 2: "B. \_\_\_\_\_ in Liquidation"):**

- "1. Das Teil-Urteil des Bezirksgerichts Horgen, III. Abteilung, vom 27. September 2004 wird aufgehoben und die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 20'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 971.-- Schreibgebühren  
Fr. 418.-- Zustellgebühren
3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten."

**Beschluss des Bezirksgerichts Horgen vom 12. Januar 2015 (Urk. 272; Proz.-Nr. CG100018; Bezeichnung der Klägerin: A. \_\_\_\_\_ ; Bezeichnung der Beklagten 2: "B. \_\_\_\_\_ in Liquidation"):**

- "1. Auf die Klage der Klägerin wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr bis zum Prozesseintritt der Klägerin wird angesetzt auf Fr. 24'025.- und dem ehemaligen Kläger 2 bzw. dessen Nachlass auferlegt.
3. Die Gerichtsgebühr ab dem Zeitpunkt des Prozesseintritts der Klägerin wird festgesetzt auf Fr. 2'000.- und der Klägerin auferlegt.
4. Die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens LB040112 (Beschluss vom 17. April 2007, S. 25) werden dem ehemaligen Kläger 2 bzw. dessen Nachlass zur Hälfte (Fr. 10'694.50) auferlegt.
5. Der ehemalige Kläger 2 bzw. dessen Nachlass wird verpflichtet, der Beklagten für das bezirksgerichtliche Verfahren eine bis zum Prozesseintritt der Klägerin berechnete Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 35'120.- zu bezahlen.

6. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine ab dem Zeitpunkt des Prozesseintritts der Klägerin berechnete Prozessentschädigung von Fr. 5'000.– zu bezahlen."

### **Berufungsanträge:**

a) der Klägerin 2 und Berufungsklägerin (Urk. 271 S. 2):

- "1. Die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. a) Ziffer 1 des Beschlusses sei aufzuheben, und es sei auf die Klage einzutreten.  
b) Ziffer 2-5 des Beschlusses seien aufzuheben  
c) Ziffer 6 des Beschlusses sei aufzuheben,
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, die Klägerin für die durch die Beklagte verursachten Bemühungen mit CHF 5'000.00 zu entschädigen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das Berufungsverfahren zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten."

b) der Beklagten 2 und Berufungsbeklagten (Urk. 282 S. 3):

- "1. Es sei die Berufung abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin A.\_\_\_\_\_."

### **Erwägungen:**

1. Sachverhalt

- 1.1. Die "G.\_\_\_\_\_ AG" wurde im Jahre 1990 in das Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und führte zunächst die Firmenbezeichnung "G'.\_\_\_\_\_ AG". Sie war in ... domiziliert und bezweckte unter anderem die Entwicklung, Pro-

duktion, Vertrieb und Handel mit Geräten und Produkten der Kosmetikbranche".  
Präsident des Verwaltungsrates war E.\_\_\_\_\_. Revisionsstelle war seit dem Jahre  
1994 die "H.\_\_\_\_\_ Zürich". Am 18. März 1998 wurde über die "G.\_\_\_\_\_ AG" der  
Konkurs eröffnet, der mit Verfügung des Konkursrichters des Bezirksgerichts Hor-  
gen am 30. März 1999 als geschlossen erklärt wurde. Am 9. April 1999 wurde die  
Löschung der Gesellschaft im Handelsregister eingetragen (Urk. 289).

1.2. Der Konkurs über die "G.\_\_\_\_\_ AG" wurde vom Konkursamt Thalwil ge-  
führt.

1.2.1. Am 21. Januar 1999 trat die Konkursverwaltung unter Hinweis auf Art. 260  
SchKG an D.\_\_\_\_\_ Rechtsansprüche der Masse wie folgt ab (Urk. 5/C/4):

"Inventar Nummer 3.4:

Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber den Mitgliedern des Verwaltungsrates  
und allen mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten  
Personen (Art. 754 ff. OR), insbesondere gegenüber

- E.\_\_\_\_\_, eingetragenes Mitglied der Verwaltung und Geschäftsführer
- I.\_\_\_\_\_, ehemaliger Präsident des Verwaltungsrates

Nachdem D.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], im Konkurs mit einer Forderung von Fr.  
100'000.00 in der Klasse 3 zugelassen, innert der hiefür angesetzten Frist  
von Art. 260 SchKG Abtretung der Massarechte verlangt hat, wird er hiermit  
zur Geltendmachung dieser Rechte an Stelle der Masse in eigenem Namen  
und auf eigene Rechnung und Gefahr ausdrücklich ermächtigt, gemäss den  
nachstehenden Bedingungen.

Eine solche Ermächtigung ist bezüglich der gleichen Rechte auch noch aus-  
gestellt worden an folgende andere Konkursgläubiger:

- D.\_\_\_\_\_, ..., mit einer zugelassenen Konkursforderung von  
Fr. 20'689.65 in der 3. Klasse.
- J.\_\_\_\_\_ AG, ...
- C.\_\_\_\_\_, ..., mit einer zugelassenen Konkursforderung von  
Fr. 3'203'897.30 in der 3. Klasse
- Dr. K.\_\_\_\_\_, ..., mit einer zugelassenen Konkursforderung von Fr.  
702'074.05 in der 3. Klasse;
- Dr. iur. X.\_\_\_\_\_, ..., mit einer zugelassenen Konkursforderung von Fr.  
779'851.30 in der 3. Klasse."

1.2.2. Das Konkursverfahren über die "G.\_\_\_\_\_ AG" wurde – wie bereits erwähnt  
– mit Verfügung des Konkursrichters vom 30. März 1999 eingestellt (Urk. 289).  
Am 11. Januar 2001 trat die Konkursverwaltung weitere Ansprüche an verschie-

dene Gläubiger im Sinne von Art. 260 SchKG ab, wobei sie darauf hinwies, dass im Sinne von Art. 269 SchKG Vermögenswerte nachträglich entdeckt worden seien (Urk. 40 und Urk. 43/1). Diese Abtretungserklärung hat den folgenden Wortlaut:

"Inventar Nummer 3.5:

Anspruch aus Verantwortlichkeit gemäss Art. 755 OR (Revisionshaftung) gegenüber den mit der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung, der Gründung, der Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung befassten Personen der konkursiten Gesellschaft für einen Schaden in noch festzustellendem Betrage. Der Gesamtverlust dieses Konkursverfahrens beträgt Fr. 17'411'796.70.

Nachdem Herr Dr. X.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], im Konkurs mit einer Forderung von Fr. 779'851.30 in der 3. Klasse kolloziert wurde und Herr D.\_\_\_\_\_, ... [Adresse] (welchem die Forderung abgetreten wurde), innert der hiefür angesetzten Frist nach Art. 260 SchKG Abtretung dieses Massrechtes verlangt hat, wird Herr D.\_\_\_\_\_ hiermit zur Geltendmachung dieses Rechtes an Stelle der Masse in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr ausdrücklich ermächtigt, gemäss den nachstehend festgesetzten Bedingungen.

Bezüglich des bezeichneten Rechtes sind an folgende Konkursgläubiger Abtretungen im Sinne von Art. 260 SchKG erfolgt:

- Herr D.\_\_\_\_\_, ..., mit zugelassenen Konkursforderungen im Betrage von Fr. 702'074.05, Fr. 779'851.30, Fr. 24'376.45, Fr. 3'860.10 und Fr. 100'000.00.
- Herr C.\_\_\_\_\_, ..., für eine Konkursforderung im Betrage von Fr. 3'203'897.30.
- [7 weitere Konkursgläubiger]"

1.3. Am 29. November 1999 erhoben sowohl C.\_\_\_\_\_ (als Kläger 1) als auch D.\_\_\_\_\_ (als Kläger 2) Klage mit dem oben vermerkten Rechtsbegehren, und zwar sowohl gegen E.\_\_\_\_\_ (Beklagter 1) als auch gegen die H.\_\_\_\_\_ Zürich (Beklagte 2) (Urk. 2). Andere Abtretungsgläubiger, darunter der Rechtsvertreter D.\_\_\_\_\_, Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_, hatten zuvor ihre Ansprüche gemäss Art. 260 SchKG an den Kläger 2 weiterzediert (vgl. Urk. 2 S. 4; Urk. 243). Die Abtretungserklärung des Konkursamtes Thalwil vom 11. Januar 2001 (Urk. 40 und Urk. 43/1) bezüglich der Ansprüche gegen die Beklagte 2 wurde von den Klägern erst nach Erstattung der Klageantwort, aber noch vor dem zweiten erstinstanzlichen Schriftenwechsel zu den Akten gegeben (Urk. 42 und 40). Auf die Klage trat die Vorinstanz am 12. Juli 2001 insoweit nicht ein (Urk. 50), als sie sich gegen die Beklagte 2 richtete und sich damit auf die erst nachträglich eingereichte Abtretungserklärung vom 11. Januar 2001 betreffend die Inventarposition 3.5. stützte.

Dieser Entscheid wurde vom Obergericht am 2. November 2001 indessen aufgehoben, und die Sache wurde zur Weiterführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen (Urk. 56).

1.4. Nach dem Tode C.\_\_\_\_s am tt.mm.2011 (Urk. 223/2) teilte dessen an seiner Stelle in den Prozess eingetretene Willensvollstrecker dem Gericht am 1. Oktober 2013 mit, dass "der Willensvollstrecker bzw. der Kläger 1" aus der Gläubigergemeinschaft ausgeschieden sei (Urk. 229, 235), worauf der Prozess mit Beschluss der Vorinstanz vom 10. April 2014 bezüglich des Klägers 1 als durch Rückzug erledigt abgeschlossen wurde (Urk. 244).

1.5. Am tt.mm.2011 starb D.\_\_\_\_. Als Willensvollstreckerin hatte er A.\_\_\_\_ eingesetzt, die das Mandat annahm (Urk. 205/1). Sie mandatierte sodann mit Schreiben vom 11. Mai 2011 D.\_\_\_\_s bisherigen Anwalt, Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_, mit der weiteren Prozessführung und hielt gleichzeitig fest, dass X.\_\_\_\_ ihr zugesichert habe, "dass dem Nachlass aus der Weiterführung des Prozesses keinerlei Kosten entstehen," da er "diese Kosten vorschiesse und im Fall des Unterliegens definitiv übernehmen" werde (Urk. 205/2).

1.5.1. Mit Entscheid vom 22. Juni 2011 hielt der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug fest, dass D.\_\_\_\_ mit letztwilliger Verfügung vom 16. März 2011 A.\_\_\_\_ als Alleinerbin eingesetzt habe. D.\_\_\_\_s Nachlass sei aber offenkundig überschuldet, weshalb die Ausschlagung des Nachlasses vermutet werde. Der Einzelrichter ordnete daher über D.\_\_\_\_s Nachlass die konkursamtliche Liquidation an (Urk. 211).

1.5.2. Der Konkurs über D.\_\_\_\_s Nachlass wurde durch das Konkursamt Zug geführt. Allerdings wurde der Konkurs am 29. Mai 2012 im Sinne von Art. 230 SchKG mangels Aktiven eingestellt. Am 3. September 2012 trat das Konkursamt der einzigen Erbin D.\_\_\_\_s, A.\_\_\_\_, die "*zum Nachlass gehörenden Aktiven (Rechtsansprüche) gemäss Art. 230a SchKG bei einer ausgeschlagenen Erbschaft*" ab (Urk. 218). Das Konkursamt Zug bescheinigte, dass sich A.\_\_\_\_ im Sinne von Art. 230a SchKG bereit erklärt habe, die nicht gedeckten Liquidationskosten zu übernehmen. Es seien daher die Voraussetzungen für die Abtretung

der zum Nachlass gehörenden Aktiven im Sinne von Art. 230a SchKG erfüllt. Unter Bezugnahme auf die Inventarpositionen 3.4. und 3.5. im Konkurs der "G.\_\_\_\_\_ AG" trat die Konkursmasse des D.\_\_\_\_\_ mit der erwähnten Erklärung "die genannten Aktiven mitsamt den Abtretungsrechten an Frau A.\_\_\_\_\_" ab. Es betraf dies sechs Konkursforderungen im Gesamtbetrag von Fr. 1'630'851.55. Zwei dieser Forderungen im Betrage von Fr. 120'689.65 wurden als "direkte Forderungen" D.\_\_\_\_\_'s bezeichnet. Und vier Forderungen wurden als "abgetretene" Forderungen bezeichnet, darunter eine solche von Fr. 779'851.30 von Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_.

## 2. Prozessverlauf

2.1. Hinsichtlich des Verlaufs des bisherigen Verfahrens sei zunächst auf die Zusammenfassung im Teil-Urteil der Vorinstanz vom 27. September 2004 (Urk. 116 S. 3-5) sowie im angefochtenen Beschluss der Vorinstanz vom 12. Januar 2015 (Urk. 272 S. 3 mit Verweisung auf Urk. 244 S. 3-5) verwiesen. Erwähnt seien hier aber namentlich die bisher ergangenen (und teils wieder aufgehobenen) Endentscheide:

2.1.1. Mit Beschluss vom 12. Juli 2001 trat die Vorinstanz auf die Klage insoweit nicht ein, als sie sich gegen die Beklagte 2 ("F.\_\_\_\_\_ Zürich"; recte: "H.\_\_\_\_\_ Zürich") richtete. Im Wesentlichen begründete die Vorinstanz ihre Haltung damit, dass die vorliegende Klage bereits am 9. Dezember 1999 anhängig gemacht worden sei, wogegen die Ansprüche gemäss Inventar-Position 3.5 den Klägern erst am 11. Januar 2001 abgetreten worden seien. Die Kläger hätten daher den Prozess gegen die Beklagte 2 ohne Prozessführungsbefugnis angehoben. Eine Klageeinleitung ohne Prozessführungsbefugnis sei aber unzulässig (Urk. 50 S. 5).

Diese Rechtsauffassung der Vorinstanz teilte das Obergericht in der Folge mit seinem Rekursentscheid vom 2. November 2001 (Urk. 56) nicht. Das Obergericht führte dort aus, rechtlich umstritten sei, ob die Prozessstandschaft gemäss Art. 260 SchKG als Sonderfall der Sachlegitimation oder als Unterfall der Prozessführungsbefugnis anzusehen sei. Die Frage könne aber offengelassen werden. Gehe es um eine Frage der Sachlegitimation, dann komme es gemäss § 188

ZPO/ZH auf den Sachverhalt an, wie er im Urteilszeitpunkt besteht. Gehe es aber um eine Prozessvoraussetzung, so könne der Mangel verbessert werden. Bezüglich der Heilung von Mängeln sei die zürcherische Praxis grosszügig. Ungeachtet der rechtlichen Qualifikation hätte die Vorinstanz daher keinen Nichteintretensentscheid fällen dürfen (Urk. 56 S. 7-9). Die Frage sodann, ob der Nachkonkurs zulässig gewesen sei oder nicht, sei eine materiellrechtliche Frage (Urk. 56 S. 11 f.). Das Bezirksgericht wurde daher angewiesen, den Prozess auch bezüglich der Beklagten 2 weiterzuführen (Urk. 56 S. 13).

2.1.2. Im Verfahren CG990055 erliess die Vorinstanz sodann am 27. September 2004 ein Teil-Urteil, mit dem sie die gegen die Beklagte 2 gerichtete Klage beurteilte und abwies (Urk. 116). Das Bezirksgericht verneinte die Frage, ob der Nachkonkurs zulässig gewesen sei, und schloss daraus, dass das zum endgültigen Verlust eines zur Konkursmasse gehörenden Rechtsanspruchs führe. Es hielt fest, dass der Verantwortlichkeitsanspruch gegenüber der Beklagten 2 bereits vor Abschluss des Konkursverfahrens sowohl der Konkursverwaltung als auch den Gläubigern bekannt war bzw. bei genügender Sorgfalt hätte bekannt sein müssen (Urk. 116 S. 12). Das führe zur Abweisung der Klage.

Mit dem Teil-Urteil des Bezirksgerichts setzte sich das Obergericht im Berufungsverfahren Proz.-Nr. LB040112 auseinander (Urk. 126 - 149). Mit Beschluss vom 17. April 2007 (Urk. 145) wies das Obergericht die Sache erneut an die Vorinstanz zurück. Im Mittelpunkt dieses Entscheides stand die Frage, ob die Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Beklagte 2 aus Revisionshaftung (vgl. Urk. 40) erst nachträglich im Rahmen des Nachkonkurses inventarisiert werden durften (Urk. 145 S. 12 ff.). Wären die Geschäftsakten der Kridarin, so das Obergericht in seinem Beschluss vom 17. April 2007 (Urk. 145 S. 16 f.), tatsächlich geprüft worden und anschliessend Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Revisionsstelle aber nicht inventarisiert worden, dann läge darin ein verbindlicher Verzicht auf eine solche Forderung. Die Frage, ob eine solche Prüfung stattgefunden habe, sei allerdings erheblich, weshalb darüber ein Beweisverfahren stattzufinden habe (Urk. 145 S. 16 -25). Die Sache wurde daher "zur Durchführung eines Beweisverfahrens" an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Eine von der Beklagten 2 beim Kassationsgericht des Kantons Zürich gegen den obergerichtlichen Entscheid vom 17. April 2007 eingereichte Beschwerde wies dieses am 7. August 2008 ab (Urk. 147; Proz.-Nr. AA070085). Die Beklagte 2 zog alsdann sowohl den Entscheid des Obergerichts als auch jenen des Kassationsgerichts an das Bundesgericht weiter. Dieses trat indessen mit Urteil vom 5. Dezember 2008 auf die Beschwerde nicht ein (Urk. 149; BGer 4A\_442/2008 und 4A\_196/2007).

2.1.3. Zum Verfahren gegen den Beklagten 1 (E.\_\_\_\_\_): Ein weiteres Teil-Urteil erliess die Vorinstanz im Verfahren CG990055 am 27. August 2008 gegenüber dem Beklagten 1, E.\_\_\_\_\_, nachdem sie ein Beweisverfahren durchgeführt hatte. Dieser Entscheid wurde mit der Berufung an das Obergericht weitergezogen, welches im Verfahren LB080078 mit Urteil vom 5. Februar 2010 den Beklagten 1 (E.\_\_\_\_\_) zur Zahlung von Fr. 389'000.00 nebst Zinsen an die beiden Kläger (C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_) verpflichtete (Urk. 288/287). Das Kassationsgericht trat am 23. September 2010 auf eine vom Beklagten 1 gegen das obergerichtliche Urteil erhobene Beschwerde nicht ein (Urk. 288/290; Proz.-Nr. AA100037). Und ebenso trat das Bundesgericht am 26. Januar 2011 auf eine gegen den Entscheid des Kassationsgerichts erhobene Beschwerde nicht ein (Urk. 288/291; BGer 4A\_603/2010). Das gegenüber dem Beklagten 1 am 5. Februar 2010 ergangene Urteil ist rechtskräftig.

2.2. Nach dem Entscheid des Bundesgerichts, der am 5. Dezember 2008 gegenüber der Beklagten 2 ergangen war, verzeichnete die Vorinstanz den Wiedereingang der Akten am 6. April 2010 und legte das weitere Verfahren bezüglich der gegen die Beklagte 2 erhobenen Klage unter der Proz.-Nr. CG100018 an (Urk. 150 ff.).

2.2.1. Im Sinne des obergerichtlichen Rückweisungsbeschlusses vom 17. April 2007 (Urk. 145) ergingen am 30. September 2010 der Beweisaufgabebeschluss (Urk. 159) und am 5. April 2011 der Beweisabnahmebeschluss (Urk. 193).

2.2.2. Zu Komplikationen führte sodann der Tod des Klägers 2 am tt.mm.2011 (Urk. 205/1) sowie jener des Klägers 1 am tt.mm.2011 (Urk. 223/2):

2.2.2.1. Am 12. Mai 2011 liess die heutige Klägerin 2, A.\_\_\_\_\_, in ihrer Eigenschaft als D.\_\_\_\_s Willensvollstreckerin der Vorinstanz mitteilen, dass sie mit der Fortsetzung des vom Erblasser angehobenen Prozesses einverstanden sei (Urk. 204 mit Hinweis auf Urk. 205/2). Damit trat sie als Prozessstandschafterin in den Prozess ein. Mit der Eröffnung des Konkurses über den Nachlass des früheren Klägers 2 am 22. Juni 2011 verlor die Klägerin 2 indessen ihre Prozessführungsbefugnis wieder. Richtigerweise wies das Konkursamt die Vorinstanz am 9. September 2011 darauf hin, dass der Prozess im Sinne von Art. 207 SchKG hätte sistiert werden müssen (Urk. 210). In der Folge reichte die Klägerin 2 die Abtretungserklärung im Sinne von Art. 230a SchKG des Konkursamtes Zug vom 3. September 2012 ein (Urk. 216 - 218). Mit Beschluss vom 16. September 2013 nahm die Vorinstanz die heutige Klägerin 2 als "Abtretungsgläubigerin nach Art. 230a SchKG im Nachlasskonkurs von D.\_\_\_\_\_" in das Rubrum des Prozesses auf (Urk. 227).

2.2.2.2. Durch den gleichen Beschluss vom 16. September 2013 (Urk. 227) wurde an Stelle von C.\_\_\_\_ dessen Willensvollstrecker L.\_\_\_\_ als Kläger 1 ins Rubrum aufgenommen (Urk. 227).

2.2.3. Mit Beschluss vom 10. April 2014 schrieb die Vorinstanz das Verfahren bezüglich der vom Kläger 1 gegen die Beklagte 2 angehobenen Klage als durch Rückzug erledigt ab (Urk. 244, insbesondere S. 22). Dieser Entscheid ist rechtskräftig (Urk. 263).

2.2.4. Mit dem gleichen Beschluss vom 10. April 2014 verwarf die Vorinstanz das Armenrechtsgesuch der heutigen Klägerin 2 (Urk. 244 S. 23). Der von der Klägerin 2 gegen diesen Entscheid erhobenen Beschwerde blieb der Erfolg versagt (Urk. 252; Beschluss des Obergerichts vom 19. Mai 2014, Proz.-Nr. RB140012).

2.2.5. Gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 10. April 2014 erhob die Beklagte 2 Berufung, mit der sie zu erreichen versuchte, dass die Prozessführungsbefugnis bzw. die Aktivlegitimation der heutigen Klägerin 2 verneint werde. Im Verfahren LB140040 trat die Kammer indessen am 2. Juni 2014 auf die Berufung nicht ein. Die Kammer setzte dort der Beklagten 2 auseinander, dass die Vor-

instanz über die Aktivlegitimation keinen Entscheid gefällt habe. Zwar hätte die Vorinstanz darüber im Sinne von § 189 ZPO/ZH einen Vorentscheid treffen können. Sie habe das aber nicht getan, was nicht zu beanstanden sei, weil § 189 ZPO/ZH eine Kann-Vorschrift sei (Urk. 254 S. 7).

2.3. Mit Eingabe vom 17. Juli 2014 stellte die Beklagte 2 der Vorinstanz den Antrag, es sei im Sinne von § 189 ZPO "ein selbständiger Vorentscheid" "über die Prozessführungsbefugnis und die Aktivlegitimation" der Klägerin 2 zu treffen (Urk. 256). Auf die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Oktober 2014 hin (Urk. 264) beantwortete die Klägerin 2 mit Schriftsatz vom 16. Oktober 2014 die Anträge der Beklagten 2 vom 17. Juli 2014 (Urk. 266). Darauf trat die Vorinstanz mit Beschluss vom 12. Januar 2015 auf die Klage der Klägerin 2 nicht ein.

2.4. Mit Eingabe vom 29. Januar 2015 erhob die Klägerin 2 gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 12. Januar 2015 Berufung mit den oben vermerkten Anträgen (Urk. 271). In der Folge erstattete die Beklagte 2 unterm 26. März 2015 die Berufungsantwort (Urk. 282). Die Parteien liessen dem Gericht sodann unterm 9., 23. April und 27. April 2015 unverlangte Replikengaben zukommen (Urk. 286, 293 und 295), die jeweils praxisgemäss der Gegenpartei umgehend zugestellt wurden.

### 3. Die Firma der Beklagten 2

3.1. Offenkundige und gerichtsnotorische Tatsachen sowie allgemein anerkannte Erfahrungssätze bedürfen keines Beweises (Art. 151 ZPO). Bei Handelsregistereinträgen handelt es sich um solche offenkundige Tatsachen, die jedermann zugänglich sind. Diese kann das Gericht als notorische Tatsachen berücksichtigen, auch wenn sie nicht behauptet worden sind (BGer 4A\_195/2014 vom 27.11.2014 E. 7.3.1 mit Hinweis auf BGE 135 III 88 E. 4.1).

3.2. Die Beklagte 2 wird von der Klägerin 2 bzw. von ihrem Rechtsvorgänger gestützt auf Art. 755 OR ("Revisionshaftung") ins Recht gefasst. Die mit der Klage ursprünglich ins Recht gefasste "H.\_\_\_\_\_ Zürich" (Urk. 290, Firmennummer CHE-

...) war seit 1994 die Revisionsstelle der konkursiten "G.\_\_\_\_\_ in Liquidation" (Urk. 289: Firmennummer CH-...).

3.3. Die "H.\_\_\_\_\_ Zürich" (Urk. 290: Firmennummer CHE-...) war eine Aktiengesellschaft und wurde durch Beschluss der Generalversammlung vom 5. Juni 2002 infolge Fusion mit der "B.\_\_\_\_\_" (Urk. 291: Firmennummer CHE-...), ebenfalls einer Aktiengesellschaft, aufgelöst. Gemäss Fusionsbilanz gingen Aktiven und Passiven durch Universalsukzession auf die übernehmende Gesellschaft über (Urk. 290 und 291).

3.4. Die "B.\_\_\_\_\_" (Urk. 291: Firmennummer CHE-...) wurde durch Beschluss der Generalversammlung vom 19. Juni 2002 infolge Fusion mit der "M.\_\_\_\_\_ AG" (Urk. 292: Firmennummer CHE-...) aufgelöst. Gemäss Fusionsbilanz gingen Aktiven und Passiven durch Universalsukzession auf die übernehmende Gesellschaft über (Urk. 291 und 292).

3.5. Die "M.\_\_\_\_\_ AG" (Firmennummer CHE-...) wurde per 16. Juli 2002 umfirmiert und trug fortan die Firmenzeichnung "B.\_\_\_\_\_". Durch Beschluss der Generalversammlung vom 30. November 2004 wurde die Aktiengesellschaft mit der Firmennummer CHE-... aufgelöst. Fortan führte die noch heute im Handelsregister nicht gelöschte Gesellschaft die Firmenbezeichnung "B.\_\_\_\_\_ in Liquidation". Seit dem 3. Dezember 2009 führt die zu liquidierende Gesellschaft die Firmenbezeichnung "B.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation". In diesem Sinne ist die Bezeichnung der Beklagten 2 im Rubrum des Prozesses zu berichtigen.

3.6. Den beschriebenen Veränderungen wurde im Laufe des Prozesses durch Anpassung des Rubrums Rechnung getragen. Soweit die Aktiven und Passiven infolge Fusion auf eine neue Gesellschaft übergingen, führte dies zu einem eigentlichen Parteiwechsel im Sinne von § 49 ZPO/ZH (vgl. dazu: zur Publikation bestimmter Entscheid BGer 4A\_232/2014 vom 30.3.2015 E. 4.2.2).

#### 4. Prozessuales

4.1. Nach dem Teil-Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 27. September 2004 (Urk. 116), das die gegen die Beklagte 2 gerichtete Klage betraf, wurde der Pro-

zess, ohne dass je ein Trennungsbeschluss im Sinne von § 40 Abs. 3 ZPO/ZH ergangen wäre, in zwei Verfahren aufgeteilt: Bezüglich der gegen den Beklagten 1 (E.\_\_\_\_\_) gerichteten Klage wurde das Verfahren von der Vorinstanz unter Proz.-Nr. CG990055 fortgesetzt. Demgegenüber wurde das Verfahren nach der Aufhebung des Teil-Urteils vom 27. September 2004 und der Rückweisung der Sache durch den obergerichtlichen Rückweisungsbeschluss vom 17. April 2007 (Urk. 145) bezüglich der gegen die Beklagte 2 erhobenen Klage vom Bezirksgericht unter der Proz.-Nr. CG100018 fortgesetzt (vgl. dazu den Brief des Bezirksgerichts an die Parteien vom 6. April 2010, Urk. 156). Das vorliegende Verfahren hat einzig noch die vom Kläger 2 (ursprünglich D.\_\_\_\_\_) gegen die Beklagte 2 angehobene Klage zum Gegenstand.

4.2. Im Rubrum des Prozesses wurden bis heute vier Litisdennunziaten aufgeführt, nämlich Dr. K.\_\_\_\_\_, I.\_\_\_\_\_, Dr. X.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_ (recte: N.\_\_\_\_\_). Zurückzuführen ist das darauf, dass der Beklagte 1, E.\_\_\_\_\_, diesen Personen den Streit verkündet hat (vgl. Urk. 50 S. 2 mit Hinweis auf Urk. 41 S. 32). Da der Prozess bezüglich des Beklagten 1 indessen mit dem Urteil des Obergerichts vom 5. Februar 2010 (Proz.-Nr. LB080078; Urk. 288/287) rechtskräftig erledigt wurde, sind diese Streitverkündungen im vorliegenden Prozess, der nur noch die Beklagte 2 betrifft, gegenstandslos. Die vier Litisdennunziaten sind im Rubrum des Prozesses ohne weiteres zu streichen.

4.3. Die heutige Klägerin 2 war von der Vorinstanz zufolge Parteiwechsels im Sinne von § 49 Abs. 1 ZPO/ZH in das Rubrum des Prozesses aufzunehmen. Das geschah zunächst auf Grund des Umstandes, dass sich die heutige Klägerin 2 als Willensvollstreckerin des verstorbenen D.\_\_\_\_\_ legitimierte (vgl. Urk. 205/1-2), weshalb sie kraft Prozessstandschaft prozessführungsberechtigt war. Die Frage, ob der heutigen Klägerin 2 das Prozessführungsrecht gestützt auf die Abtretungserklärung des Konkursamtes Zug im Sinne von Art. 230a SchKG zukommt, ist allerdings Gegenstand dieses Berufungsverfahrens.

4.4. Die (heutige) Klägerin 2 verlangt mit ihrer Berufung einzig die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Die Berufungsschrift hat an und für sich klare Anträge zu enthalten, die dahin lauten, wie das Berufungsgericht materiell entscheiden

soll. Kann das Berufungsgericht reformatorisch entscheiden, so genügt ein Antrag auf Rückweisung an die Erstinstanz aber nicht. Vielmehr sind für den Fall eines materiellen Entscheids durch die Berufungsinstanz auch diesbezügliche Anträge zu stellen (ZK-REETZ/THEILER, Art. 311 ZPO N 34). Wenn aber die Berufungsinstanz wegen fehlender Spruchreife nur kassatorisch entscheiden kann, ist ein mit einem Rückweisungsantrag verbundener Aufhebungsantrag ausnahmsweise zulässig (DIKE-HUNGERBÜHLER, Art. 311 ZPO N 17; OGer ZH, Urteil vom 4.2.2015, LB140068). Diese Voraussetzung ist hier gegeben. Sollte die Berufungsinstanz der Rechtsauffassung der Vorinstanz nicht folgen, könnte kein Sachentscheid ergehen, denn die Vorinstanz hat das von ihr eingeleitete Beweisverfahren abgebrochen und keinen materiellen Entscheid im Sinne des Rückweisungsentscheides der Kammer vom 17. April 2007 gefällt. Die Sache ist daher bei abweichender rechtlicher Beurteilung zwingend an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### 5. Die Frage der Zulässigkeit der Abtretung gemäss Art. 230a SchKG

5.1. Die heutige Klägerin 2 legte der Vorinstanz mit Eingabe vom 12. September 2012 (Urk. 216) die Verfügung des Konkursamtes Zug vom 3. September 2012 (Urk. 218) vor, mit der ihr die dem verstorbenen D.\_\_\_\_\_ im Konkurs der "G.\_\_\_\_\_ AG" zustehenden Ansprüche im Sinne von Art. 230a SchKG abgetreten worden waren. Gegenstand dieser Abtretung sind sechs Drittklassforderungen im Konkurs der "G.\_\_\_\_\_ AG" im Gesamtbetrag von Fr. 1'630'851.55 (vgl. dazu Bestätigung des Konkursamtes Thalwil vom 13. Januar 2014, Urk. 243). Davon betreffen fünf im Gesamtbetrag von Fr. 1'610'161.90 die Beklagte 2. Die Verfügung des Konkursamtes Zug vom 3. September 2012 ist ein Novum, das von der Vorinstanz gemäss § 115 Ziff. 1, 2 und 3 ZPO/ZH zu berücksichtigen war. Die Vorinstanz hat sich daher mit der Verfügung des Konkursamtes Zug vom 3. September 2012 auseinandersetzen müssen. Das wird von der Beklagten 2 denn auch zu Recht nicht beanstandet.

5.2. Die Vorinstanz ist auf die Klage mit der Begründung nicht eingetreten, dass die Abtretung von Aktiven durch das Konkursamt Zug an die heutige Klägerin 2 gemäss dessen Schreiben vom 3. September 2012 (Urk. 218) nicht zulässig ge-

wesen sei. Sie verweist namentlich auf BGE 72 III 113 sowie auf die Lehrmeinungen von DOMINIK GASSER (Die Liquidation nach Artikel 230a SchKG, in: Schuldbeitreibung und Konkurs im Wandel, Basel 2000, S. 51 ff.) und FRANÇOIS VOUILLOZ (La suspension de la faillite faute d'actif art. 230 und 230a LP, in: BISchK 2001, S. 41 ff. und in AJP 2001, S. 81 ff.; vgl. dazu angefochtener Entscheid, Urk. 272 S. 7 ff.).

5.3. Es stellt sich die Frage, ob die heutige Klägerin 2 die dem Erblasser D.\_\_\_\_\_ von der Konkursverwaltung im Konkurs der "G.\_\_\_\_\_ AG" am 21. Januar 1999 im Sinne von Art. 260 SchKG abgetretenen Prozessführungsansprüche (Urk. 5/C/4) in eigenem Namen wahrnehmen kann. Wäre es nicht zur Konkursöffnung über den Nachlass D.\_\_\_\_\_s gekommen, dann wären dessen Prozessführungsbefugnisse ohne weiteres auf seine Erben bzw. auf seine Willensvollstreckerin übergegangen (BSK-GRABER/FREI, Art. 83 ZPO N 45). Und wäre der Konkurs über den Nachlass des D.\_\_\_\_\_ nicht eingestellt, sondern durchgeführt worden, hätte die Konkursverwaltung in D.\_\_\_\_\_s Nachlasskonkurs bei gegebenen Voraussetzungen das Prozessführungsrecht ihrerseits im Sinne von Art. 260 SchKG an einen Konkursgläubiger im Nachlasskonkurs abtreten können (BGE 61 III 3). Auch wenn eine Abtretung im Sinne von Art. 260 SchKG, wie sie seinerzeit vom Konkursamt Thalwil zugunsten D.\_\_\_\_\_s vorgenommen wurde, nicht das materielle Forderungsrecht, sondern nur das Prozessführungsrecht zum Gegenstand hat, ändert das nichts daran, dass der Abtretungsgläubiger im Prozess die Verurteilung des Beklagten zu direkter Zahlung an ihn, den Abtretungsgläubiger, verlangen kann (BGE 139 III 391 E. 5).

5.4. Die Abtretungserklärung des Konkursamtes Zug vom 3. Dezember 2012 (Urk. 218) stützt sich allerdings nicht auf Art. 260 SchKG, sondern auf Art. 230a SchKG. Eine solche Abtretung ist nur im Anschluss an eine Einstellung eines Konkurses mangels Aktiven gemäss Art. 230 SchKG zulässig, und zwar wenn dieser Konkurs entweder einen Nachlass oder eine juristische Person betroffen hat. Nicht möglich wäre dagegen eine Abtretung gemäss Art. 230a SchKG, wenn der vorgängige Konkurs eine natürliche Person betroffen hätte: Mit der Konkurs-einstellung entfällt nämlich der Konkursbeschlagnahme über sämtliche Vermögenswerte,

und die vom Konkurs betroffene natürliche Person kann über diese Vermögenswerte wieder frei verfügen (KUKO SchKG-SCHOBER, Art. 230a N 2) bzw. ihre damit zusammenhängenden Rechte auf dem Rechtsweg verfolgen. Demgegenüber ist eine Verlassenschaft sowie eine juristische Person nach der Einstellung des Konkurses auf dem Wege der Spezialliquidation gemäss Art. 230a SchKG zu liquidieren (KUKO SchKG-SCHOBER, Art. 230 N 29), denn einen Rechtsträger für Ansprüche des früheren Gemeinschuldners gibt es in diesen Fällen nicht mehr. Die Abtretung von Aktiven nach Art. 230a SchKG führt dazu, dass statt der Generalexecution zugunsten aller Gläubiger die Spezialexecution zugunsten des Abtretungsgläubigers Platz greift; diese Spezialexecution ist vom Konkursamt nach den Regeln der Art. 230a Abs. 2 - 4 SchKG abzuwickeln (KREN KOSTKIEWICZ/ WALDER, OFK-SchKG, Art. 230a N 1; vgl. BGer 5A\_896/2010 vom 11.3.2011 E. 4.2.2 und 4.2.3 und BGer 5A\_282/2013 vom 30.9.2013).

5.5. Art. 230a SchKG wurde mit der am 1. Januar 1997 in Kraft getretenen Gesetzesrevision in das Gesetz eingefügt. Die Vorschrift trat an die Stelle der früheren Art. 133 und 134 VZG, welche auf den gleichen Zeitpunkt aufgehoben wurden. Diese Bestimmungen sowie jene des bundesrätlichen Gesetzesentwurfes hatten bzw. haben den folgenden Wortlaut:

Art. 133 Abs. 1 aVZG	Art. 230a Abs. 1 SchKG	bundesrätlicher Entwurf zu Art. 230a Abs. 1 SchKG (BBI 1991 III 257)
<p>Wird die konkursamtliche Liquidation einer ausgeschlagenen <i>Verlassenschaft gemäss Art. 230 SchKG</i> eingestellt, so können die Erben die <i>Übertragung der zum Nachlass gehörenden Grundstücke an sie oder an einzelne Erben</i> verlangen, wenn sie sich zur <i>Übernahme der persönlichen Schuldpflicht für die Pfandforderungen und die nicht gedeckten Konkurskosten</i> bereit erklären. Macht keiner der Erben von diesem <i>Rechte</i> Gebrauch, so können die <i>Gläubiger</i> es ausüben.</p>	<p>Wird die konkursamtliche Liquidation einer ausgeschlagenen <i>Erbschaft mangels Aktiven</i> eingestellt, so können die Erben die <i>Abtretung der zum Nachlass gehörenden Aktiven an die Erbengemeinschaft oder an einzelne Erben</i> verlangen, wenn sie sich <i>bereit erklären, die persönliche Schuldpflicht für die Pfandforderungen und die nicht gedeckten Liquidationskosten zu übernehmen</i>. Macht keiner der Erben von diesem <i>Recht</i> Gebrauch, so können es die <i>Gläubiger und nach ihnen Dritte, die ein Interesse geltend machen</i>, ausüben.</p>	<p>Wird der <i>Konkurs bei</i> einer ausgeschlagenen Erbschaft mangels Aktiven eingestellt, so können die Erben die <i>Abtretung der zum Nachlass gehörenden Aktiven an die Erbengemeinschaft oder an einzelne Erben</i> verlangen, wenn sie sich bereit erklären, die persönliche Schuldpflicht für die Pfandforderungen und die nicht gedeckten <i>Konkurskosten</i> zu übernehmen. Macht keiner der Erben von diesem <i>Recht</i> Gebrauch, so können es die <i>Gläubiger und nach ihnen Dritte, die ein Interesse geltend machen</i>, ausüben.</p>

In der Botschaft des Bundesrates (BBI 1991 III 141 f.) wird dazu ausgeführt, dass der neue Art. 230a SchKG geltendes Verordnungsrecht, nämlich Art. 133 und 134 VZG, das "Gesetzescharakter" habe, übernehme. Abs. 1 entspreche der Regelung von Art. 133 Abs. 1 VZG und "*erweitert ihren Anwendungsbereich*". Das Schicksal der zum Nachlass gehörenden Grundstücke bei ausgeschlagener Erbschaft und mangels Aktiven eingestelltem Konkurs werde damit neu im SchKG geregelt. Mit der Übernahme der Vorschriften aus der VZG ins SchKG "*rechtfertigt sich die Einschränkung auf Grundstücke nicht mehr*". Die Vorschrift werde daher "*auf alle Aktiven ausgedehnt, die im Zeitpunkt der Konkurseinstellung zum Nachlass gehören*". In der Lehre wird denn auch darauf hingewiesen, dass sich der Anwendungsbereich von Art. 230a Abs. 1 SchKG – anders noch als Art. 133 Abs. 1 aVZG – "nicht mehr nur auf Grundstücke" beschränke, sondern sich "neu auf alle zum Nachlass gehörenden Aktiven" beziehe (BSK-LUSTENBERGER, Art. 230a SchKG N 3) bzw. sich der Anwendungsbereich der Vorschrift "von Grundstücken auf sämtliche in Betracht kommende Aktiven" ausdehne (JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, SchKG 4.A., Art. 230a N 3). Im Parlament kam es im Zusammenhang mit der neuen Vorschrift von Art. 230a SchKG "kaum zu Diskussionen" (so BSK-

LUSTENBERGER, Art. 230a SchKG N 2 mit Hinweis auf AB NR 1993, 37 und AB SR 1993, 653).

5.6. Die Vorinstanz ist der Auffassung, der hier in Frage stehende und dem Erblasser vom Konkursamt Thalwil gemäss Art. 260 SchKG abgetretene Anspruch gehöre nicht im Sinne von Art. 230a Abs. 1 SchKG zu den "zum Nachlass gehörenden Aktiven", denn dieser Anspruch sei nämlich gar kein Aktivum im Sinne der erwähnten Vorschrift. Für ihre Haltung stützt sie sich auf die Lehrmeinungen von GASSER und von VOUILLOZ (vgl. oben E. 5.1.). Bis heute hat die Rechtsprechung zu dieser Frage noch keine Stellung bezogen.

5.6.1. Sowohl GASSER (Die Liquidation nach Artikel 230a SchKG, in: Schuldbeitreibung und Konkurs im Wandel, Basel 2000, S. 55) als auch VOUILLOZ (La suspension de la faillite faute d'actif art. 230 und 230a LP, in: BISchK 2001, S. 41 ff. und in AJP 2001, S. 81 ff. sowie damit wörtlich übereinstimmend: Commentaire Romand, LP-VOUILLOZ, Art. 230a SchKG N 8) stützen sich für ihre Thesen im Wesentlichen auf den im Jahre 1946 zu Art. 133 Abs. 1 aVZG ergangenen BGE 72 III 113. Das Bundesgericht hatte damals eine Bestimmung der VZG zu beurteilen und damit einer Verordnung, die auf die Zwangsverwertung von Grundstücken ausgerichtet ist. Demgemäss befasste sich Art. 133 Abs. 1 aVZG (VZG = "Verordnung über die Zwangsverwertung von *Grundstücken*") mit der "Übertragung der zum Nachlass gehörenden *Grundstücke*" auf die Erben nach eingestelltem Verlassenschaftskonkurs.

Zur damaligen Praxis, Art. 133 aVZG über seinen Wortlaut hinaus nicht nur auf Grundstücke, sondern analog auch auf andere Aktiven anzuwenden, hielt das Bundesgericht in BGE 72 III 113 fest, dass dies nur für "reale Vermögensstücke wie Sachen, Wertpapiere sowie etwa noch Patente und dergleichen Rechte" in Frage komme. Art. 133 Abs. 1 aVZG erwähne nämlich "überhaupt nur die zum Nachlass gehörenden Grundstücke", wobei "der im entsprechenden Art. 137 des Entwurfs der Verordnung enthaltene Zusatz '*sowie allfällige weitere Aktiven*' gerade fehle. Diese Vorschrift wolle "einfach soviel wie möglich Herrenlosigkeit verhüten, und dies kann bei realen Vermögenswerten eine Rolle spielen, nicht dagegen bei gewöhnlichen Forderungen". Es gebe daher keinen Grund, gestützt auf

Art. 133 aVZG eine Forderung einem Gläubiger oder einem Dritten zuzuweisen; ebenso gut lasse sich rechtfertigen, sie einfach "erlöschen zu lassen wie irgendjemand zum Gläubiger zu machen".

Mit BGE 72 III 113 liess das Bundesgericht mithin eine ausdehnende Auslegung der Vorschrift von Art. 133 Abs. 1 aVZG in dem Sinne zu, dass sie zwar über ihren Wortlaut hinaus nicht nur auf Grundstücke angewandt werden sollte, sondern auch auf weitere Aktiven, indessen nur insoweit, als "reale Vermögensstücke" betroffen sind. Die vom Bundesgericht im Jahre 1946 geprüfte Frage stellt sich aber angesichts des Wortlauts von Art. 230a Abs. 1 SchKG nicht mehr, denn dieser zielt (wie der vom Bundesgericht in BGE 72 III 113 erwähnte Entwurf zu Art. 133 aVZG) schlicht auf alle "zum Nachlass gehörenden Aktiven" ("actifs compris dans la succession"; "attivi appartenenti all' eredità") ab. Wenn GASSER und VOUILLOZ die Auslegung des Bundesgerichts von Art. 133 aVZG gemäss BGE 72 III 113 auf den neuen Art. 230a Abs. 1 SchKG übertragen, so führt dies angesichts der neuen Gesetzesvorschrift gegenüber ihrem Wortlaut nicht mehr (wie seinerzeit unter der Herrschaft von Art. 133 Abs. 1 aVZG) zu einer ausdehnenden, sondern vielmehr zu einer einschränkenden Auslegung. Für eine solche einschränkende Auslegung führen aber auch die genannten Autoren keine Argumente ins Feld, und es sind auch keine solchen ersichtlich. Es gibt keinen Grund, dem in Art. 230a Abs. 1 SchKG verwendeten Begriff "Aktiven" eine andere Bedeutung zuzumessen als bezüglich der damit zusammenhängenden Vorschrift von Art. 230 SchKG, wo im Randtitel von "Einstellung des Konkursverfahrens mangels *Aktiven*" die Rede ist. Zu den Aktiven gemäss Art. 230 SchKG gehören sämtliche bekannten Vermögenswerte, darunter selbstredend auch Forderungen (BSK-Lustenberger, Art 230 SchKG N 3 und Art. 221 SchKG N 21). Mit der bundesrätlichen Botschaft zur SchKG-Revision 1994 ist daher zu sagen, dass mit Art. 230a Abs. 1 SchKG die frühere Verordnungsbestimmung auf "alle Aktiven ausgedehnt" wurde, "die im Zeitpunkt der Konkurseinstellung zum Nachlass gehören" (BBl 1991 III 142). Ein Teil der Lehrmeinungen sieht dies denn auch durchaus so (vgl. oben E. 5.5.).

5.6.2. Zu den Aktiven im Sinne von Art. 230a Abs. 1 SchKG sind insbesondere auch die gemäss Art. 260 SchKG abgetretenen Forderungen zu zählen, wie jene, die D.\_\_\_\_\_ im Konkurs der "G.\_\_\_\_\_ AG" gemäss der Verfügung des Konkursamtes Thalwil vom 11. Januar 2001 abgetreten wurden (Urk. 40 und 43/1). Auch wenn nach Art. 260 SchKG lediglich das Prozessführungsrecht abgetreten wird, stellt eine solche Abtretung wegen der bevorzugten Befriedigung des Abtretungsgläubigers gemäss Art. 260 Abs. 2 SchKG durchaus einen wirtschaftlichen Wert und damit ein Aktivum dar (vgl. dazu auch: BGE 139 III 391 E. 5). Gerade der vorliegende Prozess zeigt dies: Den Klägern C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ wurde gemeinsam durch Urteil der Berufungsinstanz vom 5. Februar 2010 (Proz.-Nr. LB080078; Urk. 288/287) ein Betrag von Fr. 389'000.00 nebst Zinsen zugesprochen, und zwar zu Lasten des Beklagten 1. Noch nicht beurteilt sind die Ansprüche D.\_\_\_\_\_s (bzw. seiner Rechtsnachfolgerin, der heutigen Klägerin 2) gegenüber der Beklagten 2; auch diesem Anspruch ist ohne weiteres ein potentieller wirtschaftlicher Wert zuzumessen.

5.7. Zählt nach dem Gesagten zu den gemäss Art. 230a Abs. 1 SchKG massgeblichen Aktiven auch die gemäss Art. 260 SchKG an D.\_\_\_\_\_ abgetretene Forderung gegenüber der Beklagten 2, dann kann nicht mit der Vorinstanz gesagt werden, dass die Abtretungserklärung des Konkursamtes Zug vom 3. September 2012 (Urk. 218) nichtig sei. So wie das Konkursamt Zug im Nachlasskonkurs D.\_\_\_\_\_s diesen Prozessführungsanspruch im Sinne von Art. 260 SchKG an weitere Abtretungsgläubiger hätte abtreten können (BGE 61 III 3), konnte es dies nach der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven auch gegenüber der Klägerin 2 als D.\_\_\_\_\_s einziger Erbin im Sinne von Art. 230a Abs. 1 SchKG tun. Unter diesen Umständen wird die Vorinstanz ihr mit dem angefochtenen Beschluss abgebrochenes Verfahren fortsetzen müssen; namentlich wird sie im Sinne des Rückweisungsbeschlusses der Kammer vom 17. April 2007 (Urk. 145) das mit ihren Beschlüssen vom 30. September 2010 bzw. 5. April 2011 eröffnete Beweisverfahren (Urk. 159 und Urk. 193) abschliessen und dann einen neuen Endentscheid fällen müssen. Da im Berufungsverfahren keine weiteren Rechtsfragen diskutiert werden, ist der angefochtene Beschluss daher gestützt auf Art. 318 Abs.

1 lit. c Ziff. 2 ZPO aufzuheben, und die Sache ist zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Mit der Vorinstanz ist von einem Streitwert von Fr. 2'250'000.00 auszugehen (Urk. 272 S. 15, Urk. 2 S. 2).

6.2. Nach der Kann-Vorschrift von Art. 104 Abs. 4 ZPO kann die Berufungsinstanz bei einem Rückweisungsentscheid die Verteilung der Prozesskosten der Vorinstanz überlassen. Die Vorinstanz hat den angefochtenen Entscheid auf ausdrückliches Verlangen der Beklagten 2 erlassen (vgl. Eingabe der Beklagten 2 vom 17. Juli 2014, Urk. 256). Es war daher auf ausdrückliches Verlangen der Beklagten 2 (vgl. Eingabe vom 17. Juli 2014, Urk. 256, insbesondere S. 16 ff.) über eine gesonderte Frage zu entscheiden, von deren Beantwortung es abhängt, ob die Klägerin im Prozess endgültig scheitert oder eben nicht. Es ist dies, wie erwähnt, die einzige Frage, die sich im vorliegenden Berufungsverfahren stellt. Unter diesen Umständen sind die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens endgültig zu verteilen; anders verhielte es sich, wenn die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens zurückzuweisen wäre und daher nicht abgesehen werden könnte, welche Partei obsiegen wird (vgl. ZK-JENNY, Art. 104 ZPO N 11; DIKE-URWYLER, Art. 104 ZPO N 6; BSK-RÜEGG, ZPO Art. 104 ZPO N 7). Die Beklagte 2 hat sich denn auch vor Obergericht mit dem vorinstanzlichen Entscheid, der das Verfahren endgültig abgeschlossen hätte, identifiziert. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten für das vorliegende obergerichtliche Verfahren LB150009 endgültig zu verlegen. Demgemäss wird die Beklagte 2 für das vorliegende Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Im Sinne des Gesagten rechtfertigt es sich, von einem Streitwert von Fr. 2,25 Mio. auszugehen. Das ergäbe eine Gerichtsgebühr von Fr. 42'750.00. Es rechtfertigt sich indessen, die Gebühr gestützt auf § 4 Abs. 2 und § 10 Abs. 1 GerGebV auf Fr. 12'000.00 zu reduzieren. Gemäss Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO ist die Gerichtsgebühr mit dem von der Klägerin 2 geleisteten Vorschuss zu verrechnen; die Beklagte 2 hat der Klägerin 2 den Vorschuss aber zu ersetzen. Bei der Berechnung der Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist keine Mehrwertsteuer zu

berücksichtigen, weil die Klägerin 2 keine solche verlangt. Entsprechend dem ausdrücklichen Antrag der Klägerin 2 ist die Parteientschädigung zu ihren Gunsten auf Fr. 5'000.00 festzusetzen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Beklagte 2 die Firma "B.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation" führt. Das Rubrum des Prozesses wird in diesem Sinne berichtigt.
2. Die vier Litisdenunziaten werden aus dem Rubrum des Prozesses gestrichen.
3. In Gutheissung der Berufung wird der Beschluss des Bezirksgerichts Horgen vom 12. Januar 2015 aufgehoben, und die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr (Verfahren LB150009) wird auf Fr. 12'000.00 festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten 2 auferlegt und, soweit möglich, mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte 2 wird verpflichtet, der Klägerin 2 den geleisteten Vorschuss von Fr. 4'300.00 zu ersetzen.
6. Die Beklagte 2 wird verpflichtet, der Klägerin 2 für das vorliegende Berufungsverfahren LB150009 eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.00 zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. 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, 19. Mai 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am:  
mc