

((Bitte den nachfolgenden Text bei den Entscheiden als «Vorspann» jeweils noch hinzufügen))

Schulthess Juristische Medien AG hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass pauliana-praxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich machen kann.

Sämtliche Rechte verbleiben aber bei der Schulthess Juristische Medien AG.  
[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

**50.****Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 SchKG, paulianische Anfechtung.**

*Wirkungen des Konkurses des Schuldners auf die bereits von einem seiner Gläubiger gegen einen Dritten eingeleitete Anfechtungsklage. Die Konkursverwaltung erwirbt Prozessführungsbefugnis und Parteistellung.*

**Art. 308 ZPO, Art. 311 ZPO, Berufung.**

*Möglichkeit der Berufung gegen einen Entscheid der Schlichtungsbehörde, formelle Anforderungen.*

Die Gläubigerin G. erhielt in der Betreuung gegen die Schuldnerin am 28. September 2011 einen definitiven Pfändungsverlustschein nach Art. 149 SchKG über Fr. 388 090.06. Hintergrund der heutigen Auseinandersetzung ist die bereits vorgängig, am 17. September 2010, erfolgte Übertragung einer Eigentumswohnung an der ...strasse in Erlenbach durch die Schuldnerin S. auf ihren Sohn, den Beklagten. Mit Eingabe vom 9. Dezember 2011 leitete die G. beim Friedensrichteramt Erlenbach (Vorinstanz) eine paulianische Anfechtungsklage gegen den Beklagten ein. Sie verlangt im Hauptantrag die Verpflichtung des Beklagten zur Rückgabe der erwähnten Eigentumswohnung mit Verpflichtung des zuständigen Betreibungsamtes zum Vollzug der vollstreckungsrechtlichen Beschlagnahme des Objektes, und eventualiter die Verpflichtung des Beklagten, der G. einen Betrag von mindestens Fr. 66579.00 zu bezahlen.

Am 19. Januar 2012 liess der Beklagte dem Friedensrichteramt mitteilen, das Bezirksgericht Meilen habe mit Urteil vom 10. Januar 2012 den Konkurs über S. eröffnet. Da daher die Aktivlegitimation der G. auf die Konkursmasse übergehe, ersuche er um Abnahme der Vorladung. Am 25. Januar 2012 schrieb der Friedensrichter sein Verfahren als gegenstandslos ab, unter Kostenfolge zulasten des Beklagten. Am 2. Februar 2012 zog er das in Wiedererwägung und sistierte das Verfahren. Der Beklagte ficht beides an: die Kostenfolgen im Abschreibungsentscheid, und die Sistierung im wieder aufgenommenen Schlichtungsverfahren.

Das Obergericht bezog die Konkursverwaltung im Konkurs über die Schuldnerin S., welche von den Anordnungen des Friedensrichters bisher keine Kenntnis gehabt hatte, als Gegenpartei ins Rechtsmittelverfahren ein. Darauf erhob auch die Konkursmasse Berufung gegen den Entscheid des Friedensrichters, das Verfahren abzuschreiben.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

«(II) 2. Parteistellung der Konkursmasse von S. (Schuldnerin):

2.1 Strittig ist zunächst die Parteistellung der Konkursmasse in den vorliegenden Rechtsmittelverfahren. Der Beklagte stellt sich dazu auf den Standpunkt, wenn ein Gläubiger vor Konkurseröffnung gestützt auf einen Pfändungsverlustschein eine Anfechtungsklage erhoben habe, gehe zwar die Aktivlegitimation kraft Art. 200 SchKG auf die Konkursmasse über. Dies sei aber nicht einem Parteiwechsel gleichzusetzen. Soweit die Lehre Art. 83 Abs. 4 ZPO auf den Fall der Konkurseröffnung anwende und gestützt darauf einen Parteiwechsel bejahe, sei ein Prozess vorausgesetzt, bei welchem der Gemeinschuldner im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits Partei sei. Dies sei vorliegend nicht der Fall, weshalb ein Parteiwechsel nicht in Frage komme.

2.2 Hat ein Gläubiger aufgrund eines Pfändungsverlustscheins nach Art. 149 SchKG eine Anfechtungsklage gegen einen Dritten bereits erhoben und wird in der Folge der Konkurs über den Schuldner eröffnet, so geht die Anfechtungsberechtigung des Pfändungsgläubigers nach einhelliger Lehre auf die Konkursmasse über (BSK SchKG II-*Stahelin*, 2. Auflage 2010, Art. 285 N. 30 m.w.Nw.). Davon ist grundsätzlich auszugehen. Auch der Beklagte bestreitet dies wie soeben dargelegt nicht. Näher zu prüfen ist, was dies mit Blick auf die Parteistellung im bereits hängigen Anfechtungsprozess des Verlustscheingläubigers bedeutet.

2.3 Die paulianische Anfechtung ist ein rein betriebsrechtliches Institut, das nur in einem konkreten, gegen den Schuldner durchgeführten Betreibungs-, Konkurs- oder Nachlassverfahren zum Zug kommt. Sein Zweck besteht in der Wiederherstellung des Zustan-

des, in welchem sich das zur Befriedigung des Gläubigers bzw. der Gläubiger dienende Vermögen des Schuldners und seine Verbindlichkeiten ohne die anfechtbare Handlung befunden hätten. Mit der Pauliana soll somit das Haftungs- und Vollstreckungssubstrat des Schuldners vergrössert werden – auch wenn das angefochtene Rechtsgeschäft durch die Anfechtung nicht zivilrechtlich ungültig wird, sondern ihm lediglich ein obligatorischer, vorrangiger Anspruch des Gläubigers bzw. der Masse entgegen steht (BSK SchKG II-*Staehelein*, 2. Auflage 2010, Art. 285 N. 8f.).

Die Wirkung der paulianischen Anfechtungsklage ist danach mit derjenigen eines Aktivprozesses des Schuldners vergleichbar (vgl. Kantonsgericht GR, PKG 2000 S. 32 ff., E. 3). Dass dem Anfechtungsbeklagten bei erfolgreicher Anfechtung unter Umständen eine allfällige Gegenleistung zurückzuerstatten wäre (Art. 291 SchKG), ändert daran nichts Entscheidendes, da die Anfechtung von ihrem Zweck her (neben Tatbeständen der Begünstigung einzelner Gläubiger zum Nachteil anderer) gerade dann vorrangig in Betracht kommt, wenn der Schuldner keine oder nur eine zu geringe Gegenleistung verlangt hat. Das Interesse, welches die Gläubiger an der Erhebung einer Anfechtungsklage haben, ist daher mit ihrem Interesse an Aktivprozessen des Schuldners identisch: es geht um die Realisierung bzw. Heranziehung von Haftungssubstrat.

2.4 Zwischen der Anfechtungsklage des Verlustscheingläubigers nach Art. 149 SchKG und der Anfechtungsklage der Konkursmasse bestehen dabei mit Blick auf die einem Aktivprozess gleichkommende Wirkung keine Unterschiede:

2.4.1 Die Verdachtsperioden gemäss Art. 286 Abs. 1, Art. 287 Abs. 1 und Art. 288 SchKG sind bei der Klage des Verlustscheingläubigers vom Zeitpunkt der Pfändung rückwärts zu rechnen, bei der Klage der Masse dagegen ab dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung (Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 SchKG). Ist jedoch der Konkurseröffnung ein Betreibungsverfahren mit Ausstellung von Verlustscheinen nach Art. 149 SchKG vorausgegangen, so tritt die Konkursverwaltung nach

einer älteren Praxis des Bundesgerichts auch in solche Rechte der einzelnen Gläubiger ein, welche sich auf das vorausgegangene Pfändungsverfahren stützen. Durch die Pfändung seitens eines Gläubigers wurde entsprechend die «an sich unverrückbare» Frist nach Art. 286f. SchKG (in der früheren Fassung) auch zugunsten der Masse des nach Ablauf der Frist eröffneten Konkurses gewahrt (BGE 61 III 54 S. 56; vgl. auch das obiter dictum in BGE 108 II 516 E. 3 a.E.).

Daraus wird für das heutige Recht abgeleitet, die Masse könne eine Handlung des Schuldners nach Art. 286 ff. SchKG auch dann anfechten, wenn die Verdachtsperiode bei Konkurseröffnung bereits verstrichen war, die besagte Handlung aber in die Verdachtsperiode berechnet ab der früheren Pfändung eines Gläubigers fällt. Vorbehalten wird einzig die Verwirkungsfrist von Art. 292 SchKG (*Gilliéron*, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 159–270, Lausanne 2001, Art. 200 N 14; vgl. auch BSK SchKG II-*Handschin/Hunkeler*, 2. Auflage 2010, Art. 200 N 2, wo auf BGE 61 III 54 verwiesen wird). Dabei wird die Verwirkungsfrist bei einer Klage gestützt auf eine vorhergehende Pfändung auch dann ab der Pfändung zu berechnen sein, wenn die Konkursmasse klagt (andernfalls würde die Schutzwirkung der Verwirkungsfrist vereitelt).

2.4.2 Handelt es sich folglich bei der Anfechtungsklage eines Verlustscheingläubigers um eine Klage, welche die Konkursmasse auch von sich aus erheben könnte, um das Haftungssubstrat zu vergrössern, so ist offenkundig, dass eine solche Klage, wenn sie bei Konkurseröffnung bereits hängig ist, von ihrer Wirkung her mit einem Aktivprozess des Schuldners gleichzusetzen ist.

2.4.3 Analog der Regelung betreffend bei Konkurseröffnung hängige Aktivprozesse des Schuldners (vgl. dazu *Göksu*, DIKE-Komm-ZPO, Art. 83 N 23 f.) muss daher auch bei hängigen Anfechtungsprozessen eines Gläubigers gegen einen Dritten, bei welchen der Schuldner formell nicht Partei ist, die Prozessführungsbefugnis auf die Konkursmasse übergehen (so im Ergebnis auch BSK SchKG II-*Staehelein*, 2. Auflage 2010, Art. 285 N. 30).

Mit der Prozessführungsbefugnis erwirbt die Konkursmasse auch die Parteistellung im laufenden Verfahren (vgl. *Göksu*, a.a.O., Art. 83 N. 23). Die Konkursmasse tritt daher im eigenen Namen auf der Klägerseite in den Anfechtungsprozess ein, und sie ist entsprechend zur Erhebung von Rechtsmitteln (und zur Beantwortung von Rechtsmitteln des Anfechtungsbeklagten) legitimiert. Der Konkursmasse von S. (Schuldnerin) kommt mithin entgegen dem Beklagten Parteistellung als Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren zu.

Ob richtigerweise von einem Übergang der (materiellrechtlich definierten) Aktivlegitimation zu sprechen ist oder nur von einem Übergang der Prozessführungsbefugnis (PKG 2000 S. 36), ist danach mit Blick auf den erwähnten Parteiwechsel nicht entscheidend. Nur nebenbei ist daher festzuhalten, dass die Konkurseröffnung materielle Rechtsansprüche grundsätzlich nicht berührt, sondern sich lediglich auf die Befugnis auswirkt, diese Rechte geltend zu machen (erst die Verwertung der Konkursmasse hat materielle rechtliche Auswirkungen, vgl. BSK SchKG II-*Handschin/Hunkeler*, 2. Auflage 2010, Art. 197 N. 6). Materiell handelt es sich so betrachtet nach wie vor um ein Recht, welches der G. aus dem Pfändungsverlustschein zusteht. Lediglich die Befugnis, das Recht geltend zu machen, ist mit der Konkurseröffnung auf die Konkursmasse übergegangen. Dass die Konkursmasse ihrerseits ebenfalls berechtigt wäre, denselben Prozess anzuheben (vgl. vorne II./2.4.1), ändert daran nichts. Die entsprechende Berechtigung der Masse steht neben derjenigen des Gläubigers, der diese (wie der Schuldner seine Aktivlegitimation betreffend Aktivprozesse) durch die Konkurseröffnung nicht verliert. Er ist lediglich (vorübergehend) nicht mehr berechtigt, seinen Anspruch geltend zu machen (vgl. BSK SchKG II-*Wohlfart/Meyer*, Art. 207 N. 20). Daher ist richtigerweise eher von einem blossen Übergang der Prozessführungsbefugnis zu sprechen.

2.5 Zugunsten der Schaffung von Klarheit in der vorliegenden, relativ komplexen Situation sind einige Bemerkungen zu den Auswir-

kungen auf die von der Gläubigerin G. erhobene Anfechtungsklage anzubringen:

2.5.1 Die Konkurseröffnung führt grundsätzlich zur Aufhebung bereits erfolgter Spezialexécutionen, unter Einbezug bereits gepfändeter Vermögenswerte in die Konkursmasse, vorbehaltlich der (hier nicht relevanten) Ausnahme von Art. 199 Abs. 2 SchKG (vgl. BSK SchKG II-*Handschin/Hunkeler*, 2. Auflage 2010, Art. 199 N. 1). Die Befriedigung eines Gläubigers, der vor Konkurseröffnung ein Verfahren der Spezialexécution anhub, wird mithin nach der Konkurseröffnung im Rahmen des Konkursverfahrens weiterverfolgt, soweit das frühere Verfahren der Spezialexécution noch nicht vollständig abgeschlossen ist. Die Befriedigung des Gläubigers aus dem zur Verfügung stehenden Haftungssubstrat richtet sich sodann nach den Regeln des Konkursrechts. Entsprechend fällt auch das Ergebnis einer von der Konkursmasse weitergeführten Anfechtungsklage eines Gläubigers, d.h. das damit in die Zwangsvollstreckung <zurückgeholte> bzw. <zurückzuholende> Haftungssubstrat, in die Konkursmasse. Dies entspricht denn auch dem klaren Wortlaut von Art. 200 SchKG.

2.5.2 Die Klage gestützt auf die vorangegangene Pfändung behält aber, auch wenn sie von Masse geführt (oder weitergeführt) wird, ihren Bezug zur Betreibung des Verlustscheingläubigers, als deren <Weiterführung> sie daher auch bezeichnet wird (vgl. die Formulierung in BGE 108 II 516 E. 3 a.E.). Auf diesem Weg dürfte es daher nicht zulässig sein, mehr Haftungssubstrat in die Konkursmasse zu ziehen, als zur vollständigen Befriedigung des Verlustscheingläubigers erforderlich wäre.

Gegenteiliges wäre dogmatisch schwer zu begründen (vgl. PKG 2000 S. 32 ff., E. 4 S. 36). Zweck der Verdachtsperioden nach Art. 286 Abs. 1, Art. 287 Abs. 1 und Art. 288 SchKG ist (unter anderem), dass der entsprechende Dritte, etwa ein Vertragspartner oder Zuwendungsempfänger des Schuldners, nach deren Ablauf vor den entsprechenden, auf der jeweiligen Verdachtsperiode basierenden Anfechtungsklagen geschützt ist. Der Schutzzweck der Verdachtsperiode, die sich ab der

Konkurseröffnung berechnet, würde vereitelt, wenn Rechtshandlungen, die sich ausserhalb dieser Verdachtsperiode ereigneten (die aber mit der auf der vorangegangenen Pfändung beruhenden Klage noch in die entsprechende Spezialexécution einbezogen werden könnten) unbeschränkt angefochten und das entsprechende Haftungssubstrat unabhängig von der Höhe der Verlustscheinforderung vollumfänglich in die Konkursmasse gezogen werden könnten.

Will die Masse bei Hängigkeit einer Klage gestützt auf eine vorangegangene Pfändung mit Verlustscheinausstellung vom Anfechtungsbeklagten ein den dortigen Verlust übersteigendes zusätzliches Haftungssubstrat in die Masse ziehen, so dürfte daher die Erhebung der auf der Konkursöffnung beruhenden Klage (der «originären» Klage der Masse) erforderlich sein (wobei sich die Verdachtsperioden dann wie erwähnt ab Konkursöffnung berechnen, die originäre Klage damit je nach Zeitpunkt der angefochtenen Handlung möglicherweise – in Abweichung von der Klage des Verlustscheinläubigers – gar nicht, oder nur unter den erschwerten Voraussetzungen von Art. 288 SchKG gegeben ist).

3. Zulässigkeit der Berufung der Beschwerdegegnerin gegen die Verfügung vom 25. Januar 2012:

3.1 Entgegen der Ansicht des Beklagten können Entscheide von Schlichtungsbehörden, wenn dabei ein Schlichtungsverfahren über eine Zivilstreitigkeit mit einem Streitwert von über Fr. 10000 (Art. 308 Abs. 2 ZPO) als gegenstandslos beschrieben wird, mit Berufung angefochten werden (vgl. ZK ZPO-Leumann Liebster, Art. 242 N. 8; vgl. auch OGer ZH RU110046 vom 21. Oktober 2011 E. II./2.). Etwas anderes folgt auch nicht aus der vom Beklagten angegebenen Literaturstelle bei Hauser/Schweri/Lieber, GOG 52 N. 6 (vgl. act. 31 S. 3), da sich diese Stelle lediglich auf den Entscheid der Schlichtungsbehörde nach Art. 212 ZPO bezieht. Solche Entscheide – Entscheide über vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 2000 sind in der Tat nicht berufungsfähig. Um einen solchen Entscheid geht es aber vorliegend nicht. Das Friedensrichteramt

Erlenbach, hat wie eingangs erwähnt, mit Verfügung vom 25. Januar 2012 die Anfechtungsklage der G. als gegenstandslos geworden beschrieben. Der Streitwert der abgeschriebenen Klage überstieg Fr. 10000. Daher war die Verfügung vom 25. Januar 2012 mit Berufung nach Art. 308 ZPO anzufechten.

3.2 Fraglich ist, ob die Beschwerdegegnerin rechtsgültig eine Berufung gegen die Verfügung vom 25. Januar 2012 erhoben hat:

3.2.1 Auszugehen ist davon, dass die Verfügung vom 25. Januar 2012 der Beschwerdegegnerin am 26. März 2012 formell zugestellt wurde. Die Beschwerdegegnerin hat sodann in ihrer Eingabe vom 18. April 2012 unter Bezugnahme auf die Verfügung vom 25. Januar 2012 ausgeführt, das Verfahren hätte nicht als gegenstandslos beschrieben werden dürfen. Nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) ausgelegt, ist diese Äusserung als Antrag auf Aufhebung der Verfügung vom 25. Januar 2012 zu verstehen (mit Rückweisung zur Durchführung des Schlichtungsverfahrens). Dieser Antrag hat im vorliegenden, besonderen Fall, da die Vorinstanz noch keinerlei Verfahrensschritte vornahm, sondern nach dem Erlass der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung unmittelbar das Verfahren als gegenstandslos geworden abschrieb, trotz Fehlens eines Antrags in der Sache ausnahmsweise zu genügen.

Dass der Antrag nicht formell am Anfang (oder allenfalls am Ende) der Eingabe gestellt wurde, schadet entgegen dem Beklagten nicht, da sich die Berufungsanträge grundsätzlich auch aus der Berufungsbegründung ergeben können (*Hungerbühler*, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N. 23). Zwar vertreten *Reetz/Theiler* im ZK ZPO, Art. 311 N. 34, eine andere Meinung. BGE 133 III 489 E. 3.1, worauf sich *Reetz/Theiler* stützen, ist indes vor dem Inkrafttreten der ZPO ergangen und betrifft die Beschwerde nach BGG, und überdies wird darin nur verlangt, dass die Beschwerdeeingabe ein Rechtsbegehren erhält, aber nicht, wo im Text der Eingabe es zu platzieren ist (BGE a. a. O.). Der neuere BGE 137 III 617 zu Art. 311 ZPO betreffend die vorausgesetzte Bestimmtheit und Bezifferung von Berufungsanträgen äussert sich zur hier themati-

sierten Frage nicht. Aus der darin enthaltenen Formulierung «aus einer Rechtsmittelschrift muss hervorgehen, dass und weshalb der Rechtsuchende einen Entscheid anfecht und inwieweit dieser geändert oder aufgehoben werden soll» (BGE 137 III 617 E. 4.2.2.) liesse sich tendenziell wohl eher schliessen, dass im Zweifel die Begründung auch zu konsultieren ist. Dass auf einen hinreichend bestimmten und klaren Berufungsantrag nur deswegen nicht eingetreten würde, weil er sich im Text der Begründung befindet und nicht formell hervorgehoben am Anfang der Eingabe, wäre mit Blick auf Art. 52 ZPO nicht vertretbar. Dem vom Beklagten genannten Entscheid LE110051 der I. Zivilkammer vom 10. November 2011 ist daher nicht zu folgen.

Die Beschwerdegegnerin hat den erwähnten Antrag sodann rechtsgenügend begründet. Die fehlende Bezeichnung als Berufung schadet nicht (vgl. die Praxis der Kammer zur Konversion des unrichtig bezeichneten Rechtsmittels in das richtigerweise zu erhebende Rechtsmittel, *OGer ZH NQ110029* vom 5. September 2011 E. 1, *OGer ZHRU110046* vom 21. Oktober 2011 E. II./2.). Auf den erwähnten Berufungsantrag ist daher einzutreten. Mithin ist die Beschwerdegegnerin neben ihrer Eigenschaft als Beschwerdegegnerin auch Berufungsklägerin. Bezeichnet wird sie der Einfachheit halber weiterhin nur als Beschwerdegegnerin.

3.2.2 Der Beklagte sieht in der Prozessleitung im vorliegenden Verfahren ein «venire contra factum proprium», welches nicht schützenswert sei. Dem ist nicht zu folgen.

Auszugehen ist davon, dass der Beklagte mit seiner Beschwerde die Verfügung vom 25. Januar 2012 betreffend Gegenstandslosigkeit lediglich mit Blick auf die Kostenfolgen angefochten hat. Die Kammer hat daraufhin in der Verfügung vom 22. März 2012 die Beschwerdegegnerin zur Beantwortung der Beschwerde des Beklagten aufgefordert und hat sie gleichzeitig darauf hingewiesen, dass sie sich auch zur Abschreibung des Schlichtungsverfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit gemäss Verfügung vom 25. Januar 2012 äussern könne. Dass die Beschwerdeantwort an sich lediglich die (vom Beklagten angefochtene)

Kostenfolge betreffen konnte, lag und liegt auf der Hand. Ebenso offenkundig war und ist daher, dass die Beschwerdegegnerin sich zur Gegenstandslosigkeit, d.h. zum Entscheid vom 25. Januar 2012 an sich, nur in einem eigenen Rechtsmittel äussern konnte.

Dass die erwähnte Äusserung der Beschwerdegegnerin als Berufung gegen die Verfügung vom 25. Januar 2012 verstanden wurde, ist danach folgerichtig. Dies stellt keine unstatthafte «Umwandlung» einer Beschwerdeantwort in ein Rechtsmittel dar. In der vorliegenden besonderen Konstellation, da die Verfügung der zur Erhebung von Rechtsmitteln legitimierten Partei, d.h. der Konkursmasse von S. (Schuldnerin) als Beschwerdegegnerin, formell erst mit der Aufforderung zur Beantwortung der Beschwerde des Beklagten zugestellt wurde, ist die Berufung zur Vermeidung unnötiger Formalismen und aus Gründen der Verfahrensökonomie im vorliegenden Verfahren entgegen zu nehmen. Dass die Berufung der Beschwerdegegnerin nicht zunächst, was formell korrekt gewesen wäre, in einem eigenen Verfahren angelegt und hernach nach Art. 125 lit. c ZPO mit den Beschwerdeverfahren vereinigt wurde, gereicht dem Beklagten nicht zum Nachteil. Entscheidend ist, dass er sich zur Berufung äussern konnte (Art. 53 ZPO).

3.2.3 Richtigerweise handelt es sich nach dem Gesagten, entgegen der diesbezüglich nicht vollends klaren Formulierung in den Erwägungen zur Verfügung vom 24. April 2012, nicht um eine «analoge» Berufung, sondern schlicht um eine Berufung nach Art. 308 ZPO, welche analog einer in einem separaten Verfahren angelegten und daraufhin mit den bereits anhängigen Beschwerdeverfahren vereinigten Berufung zu behandeln ist. Der Umstand, dass die Berufung gegen die Verfügung vom 25. Januar 2012 und die Beschwerdeantwort in einem Dokument enthalten sind, schadet nicht.

3.2.4 Weiter argumentiert der Beklagte, die Beschwerdegegnerin sei nicht durch eine fehlende oder falsche Rechtsmittelbelehrung davon abgehalten worden, ein Rechtsmittel gegen die Verfügung vom 25. Januar 2012 zu erheben und sich auf die Beantwortung der

Beschwerde des Beklagten zu beschränken. Auch daher dürfe die Beschwerdeantwort nicht in eine analoge Berufung umgewandelt werden. Diese Überlegung geht fehl. Zum einen war die Rechtsmittelbelehrung zur Verfügung vom 25. Januar 2012 wie gesehen mangelhaft, und zum anderen wurde die Beschwerdeantwort vom 18. April 2012 wie ebenfalls gesehen nicht in eine Berufung umgewandelt, sondern es ergab sich aus ihrer Auslegung, dass sie (auch) als Berufung zu verstehen ist.

4. Zur Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit:

4.1 Der Ansicht der Beschwerdegegnerin betreffend den Entscheid vom 25. Januar 2012 ist zuzustimmen. Die Konkursöffnung über die Schuldnerin S. kann nicht zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens über die Anfechtungsklage der G. als Gläubigerin von S. führen. Der Streitgegenstand der Anfechtungsklage, mit welcher die Vergrösserung des Haftungssubstrats der Schuldnerin angestrebt wird, ist durch die Konkursöffnung nicht untergegangen, sondern er besteht nach wie vor, auch wenn das Interesse daran von der G., welche die Klage als einzelne Gläubigerin erhob, auf die Gläubigergesamtheit übergeht – entsprechend ist nach der Konkursöffnung wie gesehen nicht mehr die Anfechtungsklägerin, sondern die Beschwerdegegnerin zur Prozessführung berechtigt.

Dass die G. diesen Umstand, d.h. den Verlust ihrer Aktivlegitimation, anerkannte, kann danach nicht zur Folge haben, dass (so der Beklagte) die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens infolge sinngemässen Rückzugs des Schlichtungsbegehrens bejaht würde.

4.2 Der gegenteiligen Meinung von *Jaeger/Walder/Kull/Kottmann* (SchKG, Band II, 4. Auflage 1997/98, Art. 207 N 8), wonach die von einem Gläubiger erhobene Anfechtungsklage mit der Konkursöffnung gegenstandslos würde, ist entsprechend nicht zu folgen:

4.2.1 Zwar trifft es zu, dass der Verlustschein gläubiger mit der Anfechtungsklage die Verletzung eines ihm zustehenden Vollstreckungsrechts geltend macht (*Jaeger* etc., a. a. O.). Die Konkursöffnung führt aber wie gesehen nicht zum Untergang dieses Rechts,

sondern nur zum Übergang der entsprechenden Prozessführungsbefugnis auf die Konkursmasse, die demzufolge in den hängigen Anfechtungsprozess des Gläubigers eintreten kann.

Auch wenn die Konkursmasse, wie bereits erwähnt, die Anfechtungsklage gestützt auf die vorangegangene Pfändung (neben der Möglichkeit einer originären Anfechtungsklage gestützt auf die Konkursöffnung) selber erheben könnte, kann es nicht angehen, eine entsprechende, bereits hängige Klage eines Gläubigers infolge der Konkursöffnung gegenstandslos werden zu lassen und von der Konkursverwaltung zu verlangen, die Klage gegebenenfalls erneut einzuleiten. Dies wäre insbesondere mit Blick auf die (ab der Pfändung berechnete) Verwirklichungsfrist von Art. 292 SchKG stossend, welche der Pfändungsgläubiger mit der Klageerhebung beim Friedensrichteramt wahrte (vgl. BSK SchKG II-*Bauer*, 2. Auflage 2010, Art. 292 N. 10). Einer neuen Klage der Masse würde diese Frist unter Umständen entgegen stehen. Zwar kann die Masse wie bereits geschildert auch ihre originäre Anfechtungsklage erheben (die erst zwei Jahre nach Konkursöffnung verwirkt), doch wie ebenfalls erwähnt, berechnen sich in diesem Fall die Verdachtsperioden anders. Die Masse wäre mithin durch eine Abschreibung der Anfechtungsklage des Gläubigers ohne sachlichen Grund benachteiligt. Ist die Anfechtungsklage des Gläubigers verfahrensmässig bereits weit fortgeschritten, so wäre es überdies auch aus Gründen der Prozessökonomie widersinnig, sie gegenstandslos werden zu lassen und von der Masse die Einleitung einer neuen Klage (mit Stellung eines neuen Schlichtungsbegehrens) zu verlangen.

4.2.2 Überdies ist zu berücksichtigen, dass die Prozessführungsbefugnis des Verlustschein gläubigers unter Umständen zu einem späteren Zeitpunkt wieder auflebt (vgl. dazu nachfolgend). Dieser Umstand würde selbst dann gegen eine Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit sprechen, wenn die Möglichkeit der Konkursmasse, den Anfechtungsprozess eines Verlustschein gläubigers weiterzuführen, verneint würde.

4.2.3 Die hängige Anfechtungsklage eines Gläubigers, der in der Betreibung auf Pfändung zu Verlust gekommen ist, unterscheidet sich nach dem Gesagten massgeblich von anderen auf einer hängigen Betreibung beruhenden Verfahren, etwa Rechtsöffnungsverfahren, welche mit der Konkursöffnung nach Art. 206 SchKG dahinfallen (vgl. BSK SchKG II-*Wohlfart/Meyer*, 2. Auflage 2010, Art. 206 N. 11). Die Anfechtungsklage teilt deren Schicksal daher nicht.

4.3 Die Verfügung vom 25. Januar 2012, mit welcher das Schlichtungsverfahren über die Anfechtungsklage der Gläubigerin G. als gegenstandslos geworden abgeschrieben wurde, ist somit ersatzlos aufzuheben (in Gutheissung sowohl der gegen diesen Entscheid erhobenen Beschwerde des Beschwerdeführers als auch der Berufung der Beschwerdegegnerin vom 18. April 2012).

#### 5. Zur Sistierung des Verfahrens:

5.1 Der Beklagte stützt seinen Antrag auf Aufhebung der Verfügung vom 2. Februar 2012 auf das allgemeine Verbot, einen erlassenen Erledigungsentscheid in Wiedererwägung zu ziehen (*OGer ZH RU120019*). Diese Überlegung ist im Grundsatz richtig – durch die Aufhebung des Erledigungsentscheids vom 25. Januar 2012 wird ihr jedoch die Basis entzogen.

5.2 Richtig ist, dass eine Sistierung eines Schlichtungsverfahrens jederzeit möglich ist, wenn beide Parteien dem zustimmen. Wie geschildert, ging aber vorliegend die Prozessführungsbefugnis der ursprünglichen Klägerin mit der Konkursöffnung über S. (Schuldnerin) auf die Beschwerdegegnerin über. Betreffend die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Weiterführung des Prozesses durch die Beschwerdegegnerin verweist diese auf den Entscheid PKG 2000 S. 32 ff., wo eine (von der Zustimmung der Parteien unabhängige) Sistierung in Analogie zu Art. 207 SchKG angeordnet wurde. Dies erscheint sachgerecht:

5.2.1 Gleich wie bei im Zeitpunkt der Konkursöffnung hängigen (Aktiv-)Prozessen des Gemeinschuldners ist auch hier von der Beschwerdegegnerin über die Weiterführung des Prozesses zu befinden. Da der Beschwer-

degegnerin dieser Entscheid offen steht, wird ihr entgegen dem Beklagten kein Verfahren aufgedrängt, das sie möglicherweise gar nicht führen will. Der ipso iure-Übergang der Prozessführungsbefugnis in Folge der Konkursöffnung bedeutet durchaus nicht, dass die Konkursmasse den Prozess ohne Weiteres weiterführen müsste.

5.2.2 Da keine besondere Dringlichkeit gegeben ist, ist der Entscheid über die Weiterführung des Verfahrens der zweiten Gläubigerversammlung anheim zu stellen oder allfälligen Abtretungsgläubigern nach Art. 260 SchKG (vgl. Art. 207 Abs. 1 SchKG). Sollte das summarische Konkursverfahren durchgeführt werden (Art. 231 SchKG), so ist es Sache der Konkursverwaltung, zu entscheiden, ob sie über die Fortführung des Verfahrens einen Gläubigerbeschluss herbeiführen oder ob sie selber darüber entscheiden will (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG; vgl. BSK SchKG II-*Lustenberger*, 2. Auflage 2010, Art. 231 N. 28). Das Verfahren ist daher entsprechend zu sistieren, wobei die Minimaldauer der Sistierung analog Art. 207 Abs. 1 SchKG festzulegen ist.

5.3 Gleichzeitig mit der Sistierung des Schlichtungsverfahrens ist die Beschwerdegegnerin aufzufordern, der Vorinstanz einen allfälligen Entscheid über die Weiterführung des Anfechtungsprozesses umgehend mitzuteilen.

Weiter ist die Vorinstanz durch die Beschwerdegegnerin zu informieren, wenn die Beschwerdegegnerin ihren originären Anfechtungsanspruch gerichtlich geltend macht – während der Hängigkeit dieses Verfahrens wäre die Klage der G. (Gläubigerin) daraufhin weiter zu sistieren. Würde die originäre Klage der Masse gutgeheissen, so würde die Klage der G. (Gläubigerin) gegenstandslos (da die Anfechtungsklage gestützt auf die Pfändung nach erfolgreicher Anfechtung derselben Rechtshandlung im Konkurs nicht mehr zur Verfügung steht und die Anfechtung im Konkurs vorgeht). Würde die originäre Klage der Konkursmasse dagegen abgewiesen (oder aus anderen Gründen ohne Gutheissung erledigt), so hätte die G. (Gläubigerin) (unter dem Vorbehalt, dass ihre eigene



Klage noch durch die Masse oder einzelne Gläubiger weitergeführt wird) die Möglichkeit, ihre Klage weiterzuführen.

Schliesslich ist die Vorinstanz durch die Beschwerdegegnerin auch dann zu informieren, wenn das Konkursverfahren – ohne Weiterführung des Anfechtungsprozesses durch die Konkursmasse oder durch einzelne Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG – eingestellt oder geschlossen würde.

5.4 Wie gesehen gibt es verschiedene Szenarien, welche zu nicht im Einzelnen bestimm- baren Zeitpunkten zu einer Weiterführung des Verfahrens durch die Beschwerdegegnerin, durch einzelne Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG oder durch die G. führen könnten.

Letztere ist zusammenfassend dann wieder zur Prozessführung berechtigt, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen gegeben sind: (1.) das Konkursverfahren eingestellt oder geschlossen wird, (2.) der hängige Anfechtungsprozess im Rahmen des Konkurses nicht durch die Masse oder einzelne Gläubiger weitergeführt wurde und zudem (3.) eine originäre entsprechende Anfechtungsklage der Masse, falls eine solche erhoben wurde, nicht zu einer Klagegutheissung geführt hat.

6. Die Verfügung des Friedensrichteramtes Erlenbach vom 2. Februar 2012 ist somit (...) insoweit abzuändern, als das Verfahren mindestens bis 10 Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung im Konkurs der Schuldnerin S. (bzw. im summarischen Verfahren bis 20 Tage nach Auflage des Kollokationsplanes) zu sistieren ist. Art. 203 Abs. 4 ZPO gilt hier nicht.»

Obergericht, II. Zivilkammer  
Beschluss und Urteil vom 12. Juni 2012  
RU120018

## 51.

### **Rechtsmittel gegen die Beweisverfügung. Ausnahmsweise bei Vorliegen eines nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils.**

*Ein selbständiger Weiterzug einer Beweisverfügung ist grundsätzlich ausgeschlossen. Ausnahmsweise kann die Beschwerdeverfügung allerdings separat mit Beschwerde angefochten werden, wenn die betroffene Person nachzuweisen vermag, dass für sie ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil bestehe.*

(Aus den Erwägungen):

«3. a) Die Vorinstanz wies den Beweiser-gänzungsantrag des Klägers mit folgender Begründung ab: Gemäss Art. 154 ZPO könne eine Beweisverfügung jederzeit abgeändert oder ergänzt werden. Soweit den Parteien ein Novenrecht zukomme, könnten sie auch die Berücksichtigung neuer Beweismittel und somit eine Abänderung der Beweisverfügung verlangen. Vorliegend käme grundsätzlich gestützt auf Art. 229 Abs. 3 ZPO in Verbindung mit Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO ein uneingeschränktes Novenrecht zum Zuge, welches neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zulasse. Da der Kläger aber anlässlich der Hauptverhandlung zu Protokoll gegeben habe, sämtliche Beweismittel genannt zu haben, habe er auf dieses Recht verzichtet. Auf diesem Verzicht sei er zu behaften.

b) Der Kläger bestreitet, an der Hauptverhandlung erklärt zu haben, sämtliche Beweismittel genannt zu haben. Er habe damit nicht auf das uneingeschränkte Novenrecht verzichtet. Diesbezüglich ist der Kläger zunächst darauf hinzuweisen, dass das Protokoll Urkundencharakter hat und einem allenfalls falschen Inhalt mit einer Protokollberichtigungsklage hätte begegnet werden können. Ansonsten ist aus dem Protokoll die Erklärung beider Parteien, sämtliche Beweismittel genannt zu haben, ersichtlich, weshalb davon auszugehen ist, dass diese Erklärung so erfolgte. Es kann an dieser Stelle jedoch offen bleiben, ob in der Erklärung, sämtliche Beweismittel genannt zu haben, der Verzicht auf das uneingeschränkte Novenrecht gemäss Art. 229 Abs. 3 ZPO erblickt werden kann, da auf die Beschwerde –