

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP200026-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. M. Spahn  
sowie Gerichtsschreiberin MLaw S. Meisel

## Beschluss und Urteil vom 7. September 2021

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_\_ **SA**,

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

Kläger und Beschwerdeführer

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_ und / oder  
Rechtsanwältin MLaw X2.\_\_\_\_\_

gegen

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

Beklagter und Beschwerdegegner

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

betreffend **Kollokation**

**Beschwerde gegen einen Entscheid des Einzelgerichts für SchKG-Klagen  
am Bezirksgericht Zürich vom 10. Juli 2020 (FV180137-L)**

**Rechtsbegehren:**

der Kläger (Urk. 1 S. 2; Urk. 29/1 S. 2; Urk. 41 S. 2; Urk. 43 S. 2, sinngemäss):

1. Es sei die im Konkurs der D1. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation, Zürich, mit Verfügung der Konkursverwaltung vom 30. Mai 2018 vorgenommene Kollokation des Beklagten (Forderungseingabe vom 9. März 2017, Ord. Nr. 1, Nr. des Eingabeverzeichnis 2) für die in der dritten Klasse kollozierte Forderung in der Höhe von CHF 23'002.20 aufzuheben und die Forderung sei aus dem Kollokationsplan zu streichen.
2. Es sei die im Konkurs der D1. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation, Zürich, mit Verfügung der Konkursverwaltung vom 30. Mai 2018 vorgenommene Kollokation des Beklagten (Forderungseingabe vom 10. März 2017, Ord. Nr. 3, Nr. des Eingabeverzeichnis 4) für die in der dritten Klasse kollozierte Forderung in der Höhe von CHF 43'449.05 aufzuheben und die Forderung sei aus dem Kollokationsplan zu streichen.
3. Es sei die im Konkurs der D1. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation, Zürich, mit Verfügung der Konkursverwaltung vom 30. Mai 2018 vorgenommene Kollokation des Beklagten (Forderungseingabe vom 7. Mai 2018, Ord. Nr. 5, Nr. des Eingabeverzeichnis 6) für die in der dritten Klasse kollozierte Forderung in der Höhe von CHF 1'259.72 aufzuheben und die Forderung sei aus dem Kollokationsplan zu streichen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten (zzgl. MwSt.).

des Beklagten (Urk. 21 S. 2; Urk. 29/17 S. 2; Urk. 54 S. 2; Urk. 56 S. 2):

- "1. Auf die Klage sei nicht einzutreten; eventualiter sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin 1 und des Klägers 2 als solidarisch Haftende."

**Entscheid des Einzelgerichts für SchKG-Klagen  
am Bezirksgericht Zürich vom 10. Juli 2020**  
(Urk. 76 S. 30 ff. = Urk. 83 S. 30 ff.)

1. Auf die Klage der Klägerin 1 wird nicht eingetreten.

2. Die Klage des Klägers 2 wird bezüglich Rechtsbegehren Nr. 1 und 3 abgewiesen und bezüglich Rechtsbegehren Nr. 2 im Umfang von CHF 37'578.33 gutgeheissen und im Umfang von CHF 5'870.72 abgewiesen.

Demzufolge werden die im Konkurs der D1. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation beim Konkursamt Riesbach-Zürich unter Ord. Nr. 1 und 5 kollozierten Forderungen im Kollokationsplan belassen und die unter Ord. Nr. 3 kollozierte Forderung wird im Umfang von CHF 37'578.33 im Kollokationsplan gestrichen bzw. im Umfang von CHF 5'870.72 in diesem belassen.

3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'596.–. Sie wird im Umfang von CHF 260.– der Klägerin 1, im Umfang von CHF 1'051.– dem Kläger 2 und im Umfang von CHF 1'285.– dem Beklagten auferlegt. RA Dr. iur. E. \_\_\_\_\_ haftet für die dem Beklagten auferlegte Entscheidgebühr zum Betrag von CHF 257.– solidarisch mit.

4. Die Entscheidgebühr wird aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss bezogen; der Beklagte wird verpflichtet, den Restbetrag von CHF 636.– zu bezahlen.

Im Umfang von CHF 649.– wird der Beklagte verpflichtet, die bevorschussten Gerichtskosten den Klägern zu erstatten, wobei RA Dr. iur. E. \_\_\_\_\_ für den Betrag von CHF 257.– solidarisch haftet.

5. Die Klägerin 1 wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 2'200.– zu bezahlen.
6. Der Beklagte wird – im Umfang von CHF 71.– unter solidarischer Haftung mit RA Dr. iur. E. \_\_\_\_\_ – verpflichtet, dem Kläger 2 eine Parteientschädigung von CHF 357.– zu bezahlen.
7. [Schriftliche Mitteilungen.]
8. [Rechtsmittelbelehrung.]

**Beschwerdeanträge:**

der Klägerin 1 und Beschwerdeführerin 1 (Urk. 82 S. 2 f.):

- "1. Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4 und 5 des Entscheids des Einzelgerichts für SchKG-Klagen des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Juli 2020 (FV180137) seien aufzuheben, es sei auf die Kollokationsklagen vom 28. Juni 2018 im Verfahren FV180137 (vereinigt mit dem Verfahren FV180100) einzutreten und die Kollokationsklagen der Beschwerdeführerin 1 seien unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners (zzgl. MWST), unter solidarischer Haftung von RA E.\_\_\_\_\_ im Umfang von 20%, vollumfänglich gutzuheissen.
2.
  - a. Entsprechend sei die im Konkurs der D1.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation, Zürich, mit Verfügung der Konkursverwaltung vom 30. Mai 2018 vorgenommene Kollokation des Beschwerdegegners (ursprünglich von RA E.\_\_\_\_\_; Forderungseingabe vom 9. März 2017, Ord. Nr. 1, Nr. des Eingabeverzeichnis 2) für die in der dritten Klasse kollozierte Forderung in Höhe von CHF 23'002.20 aufzuheben und die Forderung sei aus dem Kollokationsplan zu streichen.
  - b. Es sei die im Konkurs der D1.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation, Zürich, mit Verfügung der Konkursverwaltung vom 30. Mai 2018 vorgenommene Kollokation des Beschwerdegegners (Forderungseingabe vom 10. März 2017, Ord. Nr. 3, Nr. des Eingabeverzeichnis 4) für die in der dritten Klasse kollozierte Forderung in Höhe von CHF 43'449.05 aufzuheben und die Forderung sei aus dem Kollokationsplan zu streichen.
  - c. Es sei die im Konkurs der D1.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation, Zürich, mit Verfügung der Konkursverwaltung vom 30. Mai 2018 vorgenommene Kollokation des Beschwerdegegners (Forderungseingabe vom 7. Mai 2018, Ord. Nr. 5, Nr. des Eingabeverzeichnis 6) für die in der dritten Klasse kollozierte Forderung in Höhe von CHF 1'259.72 aufzuheben und die Forderung sei aus dem Kollokationsplan zu streichen."
3. Eventualtier zu Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 seien Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4 und 5 des Entscheids des Einzelgerichts für SchKG-Klagen des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Juli 2020 (FV180137) aufzuheben, es sei auf die Kollokationsklagen der Beschwerdeführerin 1 einzutreten und es sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners (zzgl. MWST).

des Klägers 2 und Beschwerdeführers 2 (Urk. 82 S. 3 f.):

- "1. Dispositiv-Ziffer 2 des Entscheids des Einzelgerichts für SchKG-Klagen des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Juli 2020 (FV180137) seien teilweise (d.h. im Umfang der Abweisung der [neu nummerierten] Rechtsbegehren 1, 2, 3 und 4 vor der Vorinstanz), Dispositiv-Ziffern 3, 4 und 6 vollumfänglich aufzuheben und die Kollokationsklagen vom 28. Juni 2018 im Verfahren FV180137 (vereinigt mit dem Verfahren FV180100) seien unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners (zzgl. MWST), unter solidarischer Haftung von RA E.\_\_\_\_\_ im Umfang von 20%, vollumfänglich gutzuheissen.
2.
  - a. Entsprechend sei die im Konkurs der D1.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation, Zürich, mit Verfügung der Konkursverwaltung vom 30. Mai 2018 vorgenommene Kollokation des Beschwerdegegners (ursprünglich von RA E.\_\_\_\_\_; Forderungseingabe vom 9. März 2017, Ord. Nr. 1, Nr. des Eingabeverzeichnis 2) für die in der dritten Klasse kollozierte Forderung in Höhe von CHF 23'002.20 aufzuheben und die Forderung sei aus dem Kollokationsplan zu streichen.
  - b. Es sei die im Konkurs der D1.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation, Zürich, mit Verfügung der Konkursverwaltung vom 30. Mai 2018 vorgenommene Kollokation des Beschwerdegegners (Forderungseingabe vom 10. März 2017, Ord. Nr. 3, Nr. des Eingabeverzeichnis 4) für die in der dritten Klasse kollozierte Forderung in Höhe von CHF 43'449.05 vollumfänglich aufzuheben und die Forderung sei aus dem Kollokationsplan zu streichen.
  - c. Es sei die im Konkurs der D1.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation, Zürich, mit Verfügung der Konkursverwaltung vom 30. Mai 2018 vorgenommene Kollokation des Beschwerdegegners (Forderungseingabe vom 7. Mai 2018, Ord. Nr. 5, Nr. des Eingabeverzeichnis 6) für die in der dritten Klasse kollozierte Forderung in Höhe von CHF 1'259.72 aufzuheben und die Forderung sei aus dem Kollokationsplan zu streichen.
3. Eventualtier zu Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 seien Dispositiv-Ziffer 2 des Entscheids des Einzelgerichts für SchKG-Klagen des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Juli 2020 (FV180137) teilweise (d.h. im Umfang der Abweisung der [neu nummerierten] Rechtsbegehren 1, 2, 3 und 4 vor der Vorinstanz), eventualiter vollumfänglich, Dispositiv-Ziffern 3, 4 und 6 vollumfänglich aufzuheben, und die Sache sei zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners (zzgl. MWST)."

des Beklagten und Beschwerdegegners (Urk. 89 S. 2):

- "1. Die Beschwerde vom 17. August 2020 mit Geschäfts Nr. PP200026-O/Z02 sei vollumfänglich abzuweisen und der angefochtene Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 10. April 2020 mit der Geschäfts Nr. FV180137-L zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zu Lasten der Beschwerdeführerin 1 und Beschwerdeführerin 2 als solidarisch Haftende."

**Erwägungen:**

**I.**

1. Die D1.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation (fortan D1.\_\_\_\_\_ AG) ist die Muttergesellschaft der D2.\_\_\_\_\_ Gruppe. Die D3.\_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation (nachfolgend D3.\_\_\_\_\_ GmbH) ist deren Tochtergesellschaft mit Sitz in F.\_\_\_\_\_ [Stadt in Deutschland], welche sich in einem Insolvenzverfahren befindet (Urk. 1 Rz. 27 f.; Urk. 3/7 S. 5). Die Klägerin 1 (und Beschwerdeführerin 1 [fortan Klägerin 1]) ist eine vom Kläger 2 (und Beschwerdeführer 2 [fortan Kläger 2]) sowie ihm nahestehenden Personen gehaltene Gesellschaft. Die Klägerin 1 und der Beklagte (und Beschwerdegegner [fortan Beklagter]) waren gleichberechtigte Aktionäre der D1.\_\_\_\_\_ AG. Der Kläger 2 war einziger Verwaltungsrat der D1.\_\_\_\_\_ AG. Der Beklagte war Geschäftsführer der D3.\_\_\_\_\_ GmbH (Urk. 1 Rz. 30; Urk. 21 Rz. 13). Ziel der D2.\_\_\_\_\_ Gruppe war es, Venture Capital Fonds aufzulegen und im deutschsprachigen Europa zu investieren (Urk. 21 Rz. 8). Der Zweck der D1.\_\_\_\_\_ AG war, neben dem Halten der Beteiligung an der D3.\_\_\_\_\_ GmbH, die Beratung der Fondsgesellschaften, wofür sie von diesen eine Management Fee erhielt (Urk. 1 Rz. 27; Urk. 21 Rz. 17 f., Rz. 20 f.; Urk. 23/3). Im Laufe der Zeit kam es zwischen dem Kläger 2 und dem Beklagten zu Differenzen (Urk. 21 Rz. 28 ff.; Urk. 41 Rz. 13), wobei sie sich gegenseitig vorwerfen, für den Untergang der D2.\_\_\_\_\_ Gruppe bzw. der D1.\_\_\_\_\_ AG verantwortlich zu sein (Urk. 21 Rz. 57 ff.; Urk. 54 Rz. 30 ff.; Urk. 41 Rz. 13 ff.).

2. Aufgrund von schwerwiegenden Organisationsmängeln – die D1.\_\_\_\_\_ AG verfügte seit dem 27. Juli 2016 über keinen eingetragenen Verwaltungsrat mehr – wurde die D1.\_\_\_\_\_ AG auf Klage des Beklagten hin mit Urteil vom 9. November 2016 des Handelsgerichts des Kantons Zürich aufgelöst und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR angeordnet (Urk. 85/7 [= Urk. 42/81]). Der Kollokationsplan im Konkurs der D1.\_\_\_\_\_ AG wurde am 8. Juni 2018 aufgelegt (Urk. 85/5 [=Urk. 3/3]). Die Klägerin 1 wurde darin mit einer Forderung von CHF 13'887.32 (Forderung Ord. Nr. 7; 3. Klasse), der Kläger 2 mit einer Forderung von CHF 50'916.80 (Forderung Ord. Nr. 8; 1. Klasse) aufgenommen. Der Beklagte wurde im Kollokationsplan mit Forderungen der dritten Klasse von CHF 43'449.05 (Forderung Ord. Nr. 3) und CHF 1'259.72 aufgenommen (Forderung Ord. Nr. 5). Rechtsanwalt Dr. iur. E.\_\_\_\_\_ (fortan RA E.\_\_\_\_\_) hat seine kollozierte Forderung von CHF 23'002.20 (Forderung Ord. Nr. 1; 3. Klasse) dem Beklagten abgetreten, was im Kollokationsplan angepasst wurde (Urk. 16/1–3). Gemäss Schätzung des Konkursamts beläuft sich die voraussichtliche Konkursdividende auf 0% (Urk. 85/5 [= Urk. 3/3] S. 9).

3. Mit Eingabe vom 28. Juni 2018 (Datum Poststempel) reichten die Kläger gegen den Beklagten und RA E.\_\_\_\_\_, welcher im Nachhinein aufgrund der Abtretung der Forderung an den Beklagten aus dem Rubrum gestrichen wurde, Klage ein und verlangten die Wegweisung der kollozierten Forderungen des Beklagten (Forderung Ord. Nr. 1, 3 und 5; Urk. 1 S. 2 und Urk. 29/1 S. 2 bzw. Urk. 43 S. 2). Mit Entscheid vom 10. Juli 2020 trat die Vorinstanz auf die Klage der Klägerin 1 mangels Rechtsschutzinteresses nicht ein. Die Klage des Klägers 2 wies sie in Bezug auf die Rechtsbegehren Nr. 1 und 3 (Forderung Ord. Nr. 1 und 5) ab. Hinsichtlich des Rechtsbegehrens Nr. 2 (Forderung Ord. Nr. 3) hiess sie die Klage im Umfang von CHF 37'578.33 gut, im Mehrbetrag (CHF 5'870.72) wie sie die Klage ab (Urk. 83 S. 30).

4. Gegen dieses Urteil erhoben die Kläger mit Eingabe vom 17. August 2020 rechtzeitig (vgl. Urk. 78) Beschwerde mit den eingangs zitierten Anträgen (Urk. 82). Der mit Verfügung vom 22. September 2020 eingeforderte Kostenvorschuss von CHF 2'600.– wurde fristgerecht geleistet (Urk. 86 und Urk. 87). Die

Beschwerdeantwort datiert vom 23. November 2020 (Urk. 89) und wurde den Klägern mit Verfügung vom 7. Dezember 2020 zur Kenntnis gebracht (Urk. 93). Weitere Eingaben erfolgten unter dem Datum vom 18. Dezember 2020 (Urk. 94), 18. Januar 2021 (Urk. 96) und 25. Februar 2021 (Urk. 100). Sämtliche Eingaben wurden der Gegenpartei jeweils zur Kenntnisnahme zugestellt.

5. Soweit die Kläger beantragen, die Stellungnahme des Beklagten vom 18. Januar 2021 sei aus den Akten zu weisen, da die zehntägige Replikfrist nicht eingehalten worden sei (Urk. 100 Rz. 1 - 3), kann ihnen nicht gefolgt werden. Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör. Diese Garantie umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht, BGer 2C\_441/2019 vom 27. September 2019, E. 2.1 m.H.a. BGE 138 I 154 E. 2.3.3). Die bundesgerichtliche Praxis zum sogenannten Replikrecht beschäftigt sich jedoch nicht mit dem Thema, bis wann die zur Replik entschlossene Partei zur Tat schreiten muss. Sie versucht Klarheit darüber zu schaffen, von wann an die Behörde von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgehen und entscheiden darf (BGer 5D\_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.4). Bei der zehntägigen Frist handelt es sich somit nicht um eine eigentliche Replikfrist, sondern um eine Wartefrist der Behörde, die im Übrigen lediglich als Faustregel zu verstehen ist (BGer 5A\_44/2018 vom 31. August 2018, E. 2.2). Damit besteht kein Anlass, die Stellungnahme vom 18. Januar 2021, eingegangen am 19. Januar 2021, mit welcher der Beklagte auf die ihm am 6. Januar 2021 zugestellte Stellungnahme der Kläger repliziert, aus den Akten zu weisen.

6. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-81).

## II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die beschwerdeführende Partei muss sich in der Beschwerdebegründung konkret



mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinandersetzen und hinreichend genau aufzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; 5D\_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; 5A\_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, je m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1).

2. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist grundsätzlich umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4).

### III.

#### A) Rechtsschutzinteresse

1. Die Vorinstanz erwog, in einem negativen Kollokationsprozess im Konkurs einer Aktiengesellschaft werde ein Rechtsschutzinteresse grundsätzlich verneint, wenn die mutmassliche Konkursdividende – wie vorliegend – 0% betrage. Es liege in diesem Fall kein unmittelbares Rechtsschutzinteresse vor, da keine Dividenden für die Kläger und kein Überschuss für die Masse zu erwarten sei (mit Verweis auf BGE 138 III 675 E. 3.4). Die Kläger hätten diesbezüglich zwar geltend gemacht, es sei nicht ausgeschlossen, dass die pro memoria im Inventar aufgenommene Kontokorrentforderung der D4.\_\_\_\_\_ LP in Höhe von EUR 502'884.– einbringlich sei, was ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin 1 begründen würde, doch habe eine Rücksprache mit dem zuständigen Konkursamt ergeben, dass keine Umstände ersichtlich seien, aufgrund welcher die erwähnte Forderung als einbringlich zu qualifizieren wäre (Urk. 67). Damit sei nach wie vor mit einer Dividende von 0% zu rechnen. Da der Kläger 2 mit seiner Forderung in der 1. Klasse kolloziert sei, würden ihn die in der 3. Klasse zugelassenen Forderungen des Beklagten sodann ohnehin nicht (direkt) tangieren, weshalb er bereits aus diesem Grund kein unmittelbares Rechtsschutzinteresse an der Erhebung der Kollokationsklage aufweise. Zu prüfen bleibe, ob die Kläger ein mittelbares Rechtsschutzinteresse aufweisen würden. Das Hauptinteresse der

Kläger bestehe im vorliegenden Verfahren darin, die Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen den Kläger 2 nach Art. 260 SchKG an den Beklagten zu verhindern (Urk. 1 Rz. 16 ff.; Urk. 29/1 Rz. 12 ff.; Urk. 41 Rz. 10; Urk. 43 Rz. 9). Das Bundesgericht habe die Frage, ob ein solches Interesse als Rechtsschutzinteresse für eine Kollokationsklage qualifiziert werden könne, mit Urteil vom 15. Januar 2020 bejaht (BGer 5A\_535/2018 vom 15. Januar 2020, E. 3.3.3 ff. [= BGE 146 III 113]). Demzufolge sei das (mittelbare) Rechtsschutzinteresse des Klägers 2 zu bejahen. Kein Rechtsschutzinteresse komme hingegen der Klägerin 1 zu, da weder geltend gemacht werde, noch ersichtlich sei, dass der Beklagte auch gegen diese als Abtretungsgläubiger vorgehen könnte. Eine Klageführung ohne persönliches Interesse des Klägers sei nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwar auch denkbar, sofern ein Interesse der Konkursmasse an der Klage bestehe; so beispielsweise am Überschuss gemäss Art. 250 Abs. 2 SchKG (BGer 5C.185/2002 vom 31. Oktober 2002, E. 2.3). Die Konkursmasse könne jedoch kein Interesse daran haben, den Beklagten aus dem Kollokationsplan wegzuweisen, einzig um zu verhindern, dass sich dieser Verantwortlichkeitsansprüche oder andere Ansprüche abtreten lasse. Die Konkursmasse habe im Gegenteil gerade ein Interesse daran, dass sich der Beklagte solche Ansprüche abtreten lasse und einklage, da sie von einem allfälligen Überschuss profitieren würde (BGer 5C.185/2002 vom 31. Oktober 2002, E. 2.3). Es sei entgegen der Ansicht der Kläger insbesondere auch nicht ersichtlich, inwiefern die Einrede der Verrechnung, welche im Falle einer Zulassung zur Kollokationsklage vorgebracht werden könne, im Interesse der Masse sein solle. Einerseits sei eine Dividende von 0% zu erwarten und andererseits könne die Masse ohne Verrechnung die ihr zustehenden Forderungen vollständig einziehen, müsste im Gegenzug hierfür aber nur Dividendenzahlungen entrichten, sofern der Beklagte nicht seinerseits Verrechnung erklären sollte. Demnach sei auf die Klage der Klägerin 1 mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten. Das Rechtsschutzinteresse des Klägers 2 sei gegeben. Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen seien erfüllt, weshalb auf dessen Klage einzutreten sei (Urk. 83 E. III. 1-6).

2. Die Kläger bringen zusammengefasst vor, die Vorinstanz habe von der Klägerin 1 zu Unrecht verlangt, für die Bejahung des Rechtsschutzinteresses eine

Schätzung des mittelbaren Prozesserfolgs künftiger Verfahren der Masse bzw. des Abtretungsgläubigers in Bezug auf die pro memoria inventarisierte Forderung in Höhe von EUR 502'884.– vorzunehmen bzw. deren Einbringlichkeit zu beweisen. Sie hätte vielmehr bereits aufgrund der inventarisierten Forderung und deren potentiellen Einbringlichkeit allein ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin 1 bejahen müssen (mit Verweis auf BGE 146 III 113, E. 3.3.6). Sodann habe die Vorinstanz den Anspruch auf rechtliches Gehör der Parteien verletzt, indem sie ihren Entscheid auf eine in Eigenregie getroffene Abklärung beim Konkursamt gestützt habe, ohne den Parteien vorab das Ergebnis der Abklärungen zur Stellungnahme zukommen zu lassen. Sie hätten Urk. 67 auch nicht mit der Zustellung des Entscheids erhalten. Ferner handle es sich bei Urk. 67 um eine Aktennotiz, welche (im Gegensatz zur schriftlichen Auskunft) ein unzulässiges Beweismittel darstelle (Art. 168 Abs. 2 ZPO, Urk. 82 Rz. 33 ff.). Auch die Verneinung eines mittelbaren Rechtsschutzinteresses der Klägerin 1 an der Kollokationsklage sei falsch und missachte die neuste Rechtsprechung des Bundesgerichts. Die Klägerin 1 habe vor Vorinstanz unter anderem geltend gemacht, dass sie ein eigenes Interesse der Masse vertrete und verhindern wolle, dass der Beklagte zu Unrecht als Kollokationsgläubiger kolloziert werde und in den Genuss von Gläubigerrechten komme, obwohl er in Tat und Wahrheit lediglich Schuldner der konkursiten Gesellschaft sei. Insbesondere könne die Konkursmasse nach rechtskräftiger Kollozierung der Forderung des Beklagten keine Einreden und Einwendungen gegenüber dem Beklagten geltend machen und die Einrede der Verrechnung dürfe nicht mehr erhoben werden. Die vorliegend zentrale Frage, ob die D1.\_\_\_\_\_ AG noch vor der Auflösung der Gesellschaft die ihr zustehenden Forderungen gegenüber dem Beklagten gültig verrechnet habe – woran die Konkursmasse ein Interesse habe –, könne nur im Rahmen des in Frage stehenden Kollokationsverfahrens geklärt werden. Aus diesem Grund vertrete die Klägerin 1 die Interessen der Konkursmasse, wenn sie an den von der D1.\_\_\_\_\_ AG erklärten Verrechnungen gegenüber dem Beklagten festhalte. In dem von der Vorinstanz zitierten bundesgerichtlichen Entscheid 5A\_535/2018 (= BGE 146 III 113) habe das Bundesgericht festgehalten, dass die Masse nebst einem allfälligen Überschuss ein Interesse an der

Bereinigung der Konkursforderung habe. Letztlich habe die Klägerin 1 unter ausdrücklichem Hinweis auf E. 4.2.1. des bundesgerichtlichen Urteils 5A\_484/2010 erklärt, dass sie als Aktionärin der D1.\_\_\_\_\_ AG Schadenersatzklagen gegen den Kläger 2 als Organ dieser Gesellschaft vermeiden wolle (Urk. 82 Rz. 30 ff.).

3.1. Soweit die Kläger gestützt auf BGE 146 III 13 bereits aus dem Umstand, dass eine Forderung von EUR 502'884.– pro memoria inventarisiert wurde, ein persönliches Rechtsschutzinteresse für die Klägerin 1 beanspruchen, kann ihnen nicht gefolgt werden. Das Bundesgericht hielt zwar in der zitierten Entscheidung fest, dass vom Beschwerdeführer entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht verlangt werden dürfe, zuerst den mittelbaren Prozesserverfolg darzulegen, um ein Interesse an der Klage überhaupt erst gewähren zu können, doch bezogen sich diese Ausführungen nicht bloss auf inventarisierte Forderungen, sondern auf bereits an ihn abgetretene Ansprüche nach Art. 260 SchKG (BGE 146 III 113 E. 3.3.6). Wie dem Entscheid der bundesgerichtlichen Vorinstanz entnommen werden kann, ist das Rechtsschutzinteresse aufgrund abgetretener Ansprüche nach Art. 260 SchKG insofern gegeben, als dass bei erfolgreicher Geltendmachung solcher Ansprüche Mittel für die Verteilung gemäss dem Kollokationsplan frei würden, weshalb jeder Kollokationsgläubiger ein Interesse daran habe, dass ein anderer Kollokationsgläubiger nicht beziehungsweise mit einem weniger hohen Betrag kolloziert werde (vgl. Obergericht des Kantons Thurgau, 2. Abteilung, Urteil vom 27. Februar 2018, ZRB.2017.20, E. 2/g.aa). Vorliegend stehen pro memoria im Inventar aufgenommene Kontokorrentforderungen der D4.\_\_\_\_\_ LP in Höhe von EUR 502'884.– in Frage, welche der Beklagte angemeldet hatte (Urk. 3/7 S. 5 f.). Die Kläger machen jedoch nicht geltend, dass sie sich diese Ansprüche haben abtreten lassen oder beabsichtigen würden, sich diese abtreten zu lassen. Damit steht auch ausser Frage, dass der Beklagte bei Verbleib im Kollokationsplan anteilmässig an einem von ihnen erzielten Überschuss partizipieren können. Sollte umgekehrt der Beklagte sich diese Ansprüche abtreten haben lassen (wofür jedoch keine Anhaltspunkte bestehen), wäre sodann auch kein Rechtsschutzinteresse der Klägerin 1 vorhanden, zumal in diesem Fall – wenn überhaupt – sie von einem allfälligen Überschuss profitieren würde. Inwiefern die blosse Existenz dieser Forderungen im Kollokationsplan ein Rechtsschutzinteresse für die Kläge-

rin 1 zu begründen vermögen, ist nicht ersichtlich. Gestützt darauf kann das Rechtsschutzinteresse der Klägerin 1 demnach nicht bejaht werden. Die von der Vorinstanz eingeholte Auskunft beim Konkursamt, wobei Letzteres bestätigte, dass weiterhin von einer Null-Dividende ausgegangen werden müsse, war demnach, entgegen der Ansicht der Kläger, ohnehin nicht entscheidrelevant.

3.2. Nicht gefolgt werden kann den Klägern sodann, wenn sie unter Bezugnahme auf die Stellung der Klägerin 1 als Aktionärin der konkursiten Gesellschaft und mit Verweis auf BGer 5A\_584/2010 ein Rechtsschutzinteresse für die Klägerin 1 beanspruchen. Verfahrensgegenstand des von den Klägern angeführten Urteils BGer 5A\_584/2010 war eine Kostenbeschwerde in Bezug auf eine abgewiesene positive Kollokationsklage. Die Vorinstanz hatte den Beschwerdeführern trotz Konkursdividende von null ein Rechtsschutzinteresse zugestanden, da sie als Konkursgläubiger u.a. verhindern könnten, dass Schadenersatzklagen gegen die Organe der Gemeinschuldnerin, die ebenfalls zur Familie der Beschwerdeführer gehörten, erhoben würden. Entsprechend setzte sie ein tatsächliches Streitinteresse nach § 2 Abs. 1 GerGebV/ZH fest. Das Argument der Beschwerdeführer, dass die Kollokationsklage wegen der Null-Dividende und mangels Rechtsschutzinteresse gar nicht hätte behandelt werden sollen, liess das Bundesgericht in der Folge jedoch ausdrücklich offen, zumal diese Kritik an den Kollokationsurteilen in der Sache im Rahmen der Kostenbeschwerde unzulässig sei (vgl. BGer 5A\_484/2010 vom 20. Dezember 2010, E. 4.2.1. f.). Das Bundesgericht hat sich somit entgegen der Auffassung der Kläger nicht dahingehend geäussert, dass ein Gläubiger auch in seiner Stellung als Aktionär ein schutzwürdiges Interesse daran habe, Verantwortlichkeitsklagen gegen die Organe der Aktiengesellschaft zu verhindern. Eine solche generelle Ausdehnung des mittelbaren Rechtsschutzinteresses ist denn auch abzulehnen, widerspricht dies letztlich auch Art. 754 OR, welcher gerade den Aktionärs- und Gläubigerschutz zum Zweck hat.

3.3. Damit bleibt letztlich zu prüfen, ob die Klägerin 1 auch ohne persönliches Interesse an der Klage zur Klageführung berechtigt ist. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, ist dies denkbar, sofern ein Interesse der Konkursmasse an der Klage besteht. Im klägerisch zitierten Bundesgerichtsentscheid ging der Be-

schwerdeführer jedoch nicht lediglich auf Grundlage eines Interesses der Konkursmasse vor, sondern wurde ihm ein mittelbares eigenes Interesse zugestanden, da er mit der Klage beabsichtigte, die Abtretung von gegen ihn gerichteten Verantwortlichkeitsansprüchen nach Art. 260 SchKG an den beklagten Gläubiger zu verhindern. Auf die ebenfalls betroffenen Interessen der Konkursmasse ging das Bundesgericht in der Folge lediglich insofern ein, als es eine Abwägung vornahm, ob das Eigeninteresse des Wegweisungsklägers genügend Gewicht habe, um die Prozessführung zu rechtfertigen (vgl. BGE 146 III 113 E. 3.3.3). Dabei zog es in Betracht, dass ein Gläubiger nach erfolgreicher Wegweisung Ansprüche, auf deren Geltendmachung die Masse verzichte, nicht mehr gestützt auf eine Abtretung nach Art. 260 SchKG als Rechte der Masse geltend machen könne. Allerdings würden mit der Wegweisungsklage (Art. 250 Abs. 2 SchKG) ebenfalls Rechte der Masse geltend gemacht, auf welche diese verzichtet habe, nämlich das Bestreitungsrecht der Masse gegenüber der vom beklagten Gläubiger anzumeldenden Konkursforderung. In der kantonalen Praxis werde daher zu Recht darauf hingewiesen, dass die Masse (nicht nur ein Interesse am eventuellen Überschuss, sondern) durchaus auch ein eigenes Interesse an der Bereinigung der Konkursforderung habe (mit Verweis auf Cour de Justice des Kantons Genf ACJC/1740/2018, Urteil vom 11. Dezember 2018, E. 1.2.2). Dabei werde betont, dass zwei Gläubiger des gleichen Konkursiten – weil sie in einer späteren Phase um neues Vermögen desselben konkurrieren können – ein schützenswertes Interesse haben, um eine unberechtigte Forderung mit Blick sowohl auf den Verlustschein als auch den Nachkonkurs wegzuweisen, zumal der Kollokationsplan auch für den Nachkonkurs verbindlich sei. Demnach gehe der Gläubiger, der mit Wegweisungsklage die Abtretung (Art. 260 SchKG) eines gegen ihn selbst (als Drittschuldner) gerichteten Anspruchs vermeiden will, auf der Grundlage eines genügenden Eigeninteresses und Interesses der Masse gegen den Konkurrenten vor (BGE 146 III 113 E. 3.3.4). Für den vorliegenden Fall, da kein Eigeninteresse der Klägerin 1 vorliegt und das Rechtsschutzinteresse allein über das Interesse der Masse begründet werden muss, kann die Klägerin 1 jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wie bereits vorstehend erläutert, sind die Interessen der Konkursmasse sowohl auf den Verbleib des Gläubigers und damit das Partizipieren

an einem allfälligen Überschuss nach erfolgreicher Geltendmachung von Abtretungsansprüchen nach Art. 260 SchKG als auch auf die Wegweisung des Gläubigers und damit die Bereinigung des Kollokationsplans im Hinblick auf einen möglichen Nachkonkurs gerichtet. Dabei ist mit der Vorinstanz das Interesse der Konkursmasse an einer Befriedigung im Konkurs höher zu werten als jenes an einem im Hinblick auf einen allfälligen (aufgrund der Löschung juristischer Personen unwahrscheinlichen) Nachkonkurs bereinigten Kollokationsplan. Entsprechend lässt sich auch gestützt auf das Interesse der Konkursmasse kein ausreichendes Rechtsschutzinteresse an der Kollokationsklage begründen.

3.4. Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass die Vorinstanz ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin 1 an der Kollokationsklage zu Recht verneint hat. Die Beschwerde erweist sich in dieser Hinsicht als unbegründet, weshalb die Beschwerdeanträge der Klägerin 1 abzuweisen sind.

## **B) Strittige Forderungen**

### 1. Überblick

Der Kläger 2 stellt sich wie bereits vor Vorinstanz auf den Standpunkt, sämtliche Forderungen des Beklagten seien zu Unrecht kolloziert worden, da es sich entweder um Verbindlichkeiten handle, die nach der Auflösung der D1.\_\_\_\_ AG entstanden seien und damit keine Kollokationsforderungen darstellen würden, oder aber (bzw. eventualiter) durch Verrechnung untergegangen seien.

### 2. Forderung Ord. Nr. 1

2.1. Gemäss unbestrittenem Sachverhalt der Vorinstanz setzt sich die Forderung Ord. Nr. 1 in der Höhe von CHF 23'002.20 (CHF 22'000.– Grundforderung und CHF 1'002.20 Verzugszinsen) zusammen aus dem Beklagten zugesprochenen Parteientschädigungen von CHF 6'500.– und CHF 7'000.– sowie aus einem vom Beklagten geleisteten Gerichtskostenvorschuss von CHF 8'500.– (Urk. 83 E. V/1.1; Urk. 82 Rz. 60; Urk. 89 Rz. 44 und 47). Unbestritten ist ferner, dass die Forderung vom Beklagten am 6. Oktober 2014 an RA E.\_\_\_\_ abgetreten und nach Anordnung der Liquidation am 19. Juli 2018 an den Beklagten rückabgetre-

ten wurde (Urk. 83 E. V/1.2; Urk. 82 Rz. 61; Urk. 89 Rz. 44 und 47). Die Forderungen sind durch die entsprechenden Urteile ausgewiesen (HGer ZH HE150080-O vom 27. Mai 2015, Urk. 29/19/66, Disp.-Ziffern 3-5; BGer 4A\_296/2015 vom 27. November 2015, Urk. 29/19/67, Disp.-Ziffer 3). Der Kläger 2 machte vor Vorinstanz geltend, die D1.\_\_\_\_\_ AG hätte diese Forderungen mit diversen Schadenersatzansprüchen gegenüber dem Beklagten verrechnet. Es handle sich dabei um Schadenersatzforderungen aus dem Sachverhalt "Insidertrading", eventualiter aus dem Sachverhalt "Strafanzeigen" und subeventualiter aus dem Sachverhalt "Learnship" (Urk. 29/1 Rz. 69-74; Urk. 43 Rz. 63-67). Der Beklagte bestreitet die angeblichen Verrechnungsansprüche der D1.\_\_\_\_\_ AG; es handle sich dabei um zwecks Geltendmachung der Verrechnung konstruierte Scheinforderungen (Urk. 29/17 Rz. 81-96, Rz. 108-142; Urk. 56 Rz. 38).

2.2. Die Vorinstanz erwog, eine Verrechnungserklärung könne ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Es genüge, wenn der Schuldner durch seine Verhaltensweise dem Gläubiger zu erkennen gebe, dass er vom Recht der Verrechnung Gebrauch machen wolle. Eine konkludente Verrechnungserklärung könne insbesondere in der Zusendung von Abrechnungen oder Forderungsbezeichnungen enthalten sein. Die Verrechnungserklärung könne jedoch nicht bereits vor Entstehung der Verrechnungsmöglichkeit abgegeben werden (mit Verweis auf BGer 4C.164/2003 vom 14. November 2003, E. 2). Die Beweislast für die Abgabe einer genügenden Verrechnungserklärung liege bei demjenigen, der sich darauf berufe (mit Verweis auf BGer 4C.212/2006 vom 28. September 2006, E. 3.1.3). Nach Prüfung der einzelnen vorgebrachten Verrechnungserklärungen kam die Vorinstanz sodann zum Schluss, dass keine wirksame Verrechnung mit Schadenersatzforderungen der D1.\_\_\_\_\_ AG gegenüber dem Beklagten bzw. RA E.\_\_\_\_\_ erklärt und die Forderung des Beklagten (Ord. Nr. 1, CHF 23'002.20) somit nicht durch Verrechnung getilgt worden sei. Als mögliche Verrechnungserklärung zog die Vorinstanz einzig das Schreiben vom 11. Januar 2016 mit dem Betreff "Verrechnungsanzeige in Sachen C.\_\_\_\_\_" an RA E.\_\_\_\_\_ in Betracht, worin sich die D1.\_\_\_\_\_ AG auf ihre Ankündigung ("wie bereits angekündigt") beziehe und "formell" die Verrechnung der gesamten Forderung von RA E.\_\_\_\_\_ ("Ihrer Forderung") mit der entsprechenden Teilsumme ihrer Schadenersatzforderung gegen-



über dem Beklagten von USD 44'336.24 erkläre (Urk. 3/26; Urk. 29/3/13). Da die D1.\_\_\_\_\_ AG die Abtretung an RA E.\_\_\_\_\_ spätestens am 11. Januar 2016 – bereits im Schreiben vom 8. Januar 2016 werde auf Art. 169 OR verwiesen – anerkannt habe, richte sich die Einrede der Verrechnung nach Art. 169 OR. Was die Möglichkeit der Einrede der Verrechnung der zedierten Forderung mit einer noch nicht fälligen Schuld des Zedenten betreffe, sei in Bezug auf sämtliche behaupteten Schadenersatzforderungen festzuhalten, dass die D1.\_\_\_\_\_ AG den Beklagten zur Bezahlung der behaupteten Schadenersatzforderungen bis spätestens am 21. bzw. 29. Januar 2015 [recte 2016] aufgefordert habe. Die Einräumung einer Zahlungsfrist sei als Stundung zu werten und bewirke, dass die Leistung erst mit Ablauf der Frist fällig werde (mit Verweis auf Schwenzler, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A; Bern 2016, N 7.19; BK OR-Weber, Art. 75 N 103). Somit seien die behaupteten Gegenforderungen der D1.\_\_\_\_\_ AG erst am 21. bzw. 29. Januar 2016 und folglich später fällig geworden als die zedierte Forderung des Beklagten (RA E.\_\_\_\_\_ habe bereits mit Schreiben vom 7. Januar 2016 die Zahlung der zedierten Forderung bis 15. Januar 2016 verlangt). Entsprechend sei die Einrede der Verrechnung gegenüber RA E.\_\_\_\_\_ gemäss Art. 169 Abs. 2 OR nicht möglich gewesen, da dessen Forderung vor den Schadenersatzforderungen der D1.\_\_\_\_\_ AG fällig geworden sei (Urk. 83 E. V/1.4.5).

2.3. Der Kläger 2 moniert, entgegen den Ausführungen der Vorinstanz habe die D1.\_\_\_\_\_ AG in ihren Schreiben vom 11. Januar 2016 und 19. Januar 2016 an den Beklagten keine Stundung bis zum 21. bzw. 29. Januar 2016 angeboten. Vielmehr habe sie den Beklagten gemahnt und diese Mahnung mit einer Zahlungsfrist im Sinne einer Nachfrist (eventualiter mit einer exceptio de non petendo) verbunden, welche die Fälligkeit der Forderung nicht beeinflusse. Bei einer befristeten Mahnung sei durch Auslegung zu entscheiden, ob (1) darin eine Stundungs-offerte enthalten sei, die bei Annahme durch den Schuldner die Fälligkeit hinausschiebe, ob (2) dem Schuldner bis zum Fristablauf lediglich eine exceptio de non petendo eingeräumt werden solle, die an der Fälligkeit nichts ändere, oder ob (3) zeitgleich mit der Mahnung eine Nachfrist im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR angesetzt werden solle (mit Verweis auf BSK OR I-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 N 7). In der Fristansetzung "Wir fordern Dich hiermit auf, unverzüglich,

spätestens jedoch bis zum 21./29. Januar 2016, [...] sei keine Stundungsofferte zu erblicken. Ausserdem obliege es gemäss Art. 8 ZGB und Art. 75 OR dem Schuldner – und damit dem Beklagten – den Nichteintritt der Fälligkeit zu beweisen. Der Beklagte habe aber an keiner Stelle geltend gemacht, dass er die Aufforderung in den Schreiben vom 11. bzw. 19. Januar 2016, den Geldbetrag unverzüglich zu bezahlen, jedoch spätestens bis zum 21. bzw. 29. Januar 2016, als Stundungsofferte verstanden habe, die er sofort angenommen hätte. Ganz allgemein habe sich der Beklagte nicht zur Frage der Fälligkeit der Schadenersatzforderung der D1. \_\_\_\_\_ AG geäussert und die Fälligkeit nicht bestritten. Er (der Kläger 2) habe spätestens in der Replik behauptet und bewiesen, dass die Schadenersatzforderungen aus dem Sachverhalt "Insidertrading", eventualiter "Learnship" und "Strafanzeigen" 2012 bzw. 2014 entstanden und demnach fällig geworden seien. Damit habe er bereits vor Vorinstanz dargelegt, dass die Voraussetzungen von Art. 169 Abs. 2 OR vorliegen würden und dass die Schadenersatzforderungen der D1. \_\_\_\_\_ AG (Insidertrading) mit den abgetretenen Forderungen (Gerichtskosten und Parteientschädigungen, Forderung Ord. Nr. 1) verrechenbar gewesen seien. Folglich habe die Verrechnungserklärung der D1. \_\_\_\_\_ AG an RA E. \_\_\_\_\_ vom 11. Januar 2016 ihre Wirkungen nach Art. 124 OR und Art. 169 Abs. 2 OR entfaltet und die in der Zwischenzeit von RA E. \_\_\_\_\_ gehaltenen Forderungen in Höhe von CHF 22'000.– zzgl. allfälliger Zinsen (Forderung Ord. Nr. 1) seien in diesem Umfang erloschen. So oder anders sei das Verrechnungsschreiben vom 11. Januar 2016 an RA E. \_\_\_\_\_ diesem am 12. Januar 2016 zugestellt worden, d.h. vor Zustellung der Schreiben an den Beklagten vom 11. Januar 2016 (diese seien ihm erst am 14. Januar 2016 zugestellt worden). Dies bedeute, dass der Beklagte eine allfällige Stundungsofferte vor der Zustellung des Schreibens vom 11. Januar 2016 noch nicht habe annehmen können. Die Verrechnung der Schadenersatzforderungen aus dem Sachverhalt "Insidertrading" mit den damals von RA E. \_\_\_\_\_ gehaltenen Forderungen aus Gerichtskosten und Parteientschädigungen (CHF 22'000.–) sei damit noch vor Eingang des Schreibens vom 11. Januar 2016 beim Beklagten erklärt worden. Eine Stundung bis zum 21. Januar 2016 in dieser Höhe (CHF 22'000.–) sei damit ausgeschlossen gewesen (Urk. 82 Rz. 60 ff.).

2.4. Demgegenüber macht der Beklagte geltend, bei der fraglichen Erklärung handle es sich klar und eindeutig um eine Mahnung mit Stundungsofferte. Die Stundungsofferte habe er i.S.v. Art. 6 OR stillschweigend angenommen. Er habe nach Treu und Glauben die mit Schreiben vom 11. Januar 2016 erfolgte Erklärung so verstehen müssen und dürfen, dass er den geforderten Betrag bis spätestens 21. Januar 2016 zu bezahlen habe, d.h. die Fälligkeit erst am 21. Januar 2016 eingetreten und bis dahin gestundet gewesen sei. Daran ändere das Wort "unverzüglich" nichts, da er nach Treu und Glauben erst mit Verzugsfolgen ab dem 22. Januar 2016 habe rechnen müssen. Sodann obliege es i.S.v. Art. 8 ZGB dem Kläger 2, den Nachweis dafür zu erbringen, dass eine ausdrückliche Verrechnungserklärung abgegeben und dem Verrechnungsgegner zugegangen sei. Dieser Beweis sei dem Kläger 2 mit den eingereichten Unterlagen nicht gelungen, weshalb von keiner Verrechnung auszugehen sei (Urk. 89 Rz. 46 - 60).

2.5. Die Beweislast für die Verrechenbarkeit, d.h. den Untergang der gegen ihn erhobenen Forderung, trifft den Schuldner (vgl. BK OR-Becker, Art. 169 N 14). Somit obliegt vorliegend dem Kläger 2, welcher sich auf die Verrechnungseinrede nach Art. 169 Abs. 2 OR beruft, der Beweis, dass die von ihm geltend gemachte Verrechnungsforderung (Schadenersatzansprüche) gegenüber dem Beklagten vor dessen an RA E.\_\_\_\_\_ zedierten Forderung (Parteientschädigung) fällig geworden ist. Bei Schadenersatzforderungen aus Vertragsverletzung oder unerlaubter Handlung, wie sie vorliegend seitens des Klägers 2 geltend gemacht werden, tritt einhergehend mit dem Kläger 2 (vgl. Urk. 82 Rz. 75; Urk. 43 Rz. 73 ff.) die Fälligkeit mit dem anspruchsbegründenden Ereignis ein (BK OR-Hausheer Art. 75 N 96; ZK OR-Schraner, Art. 75 N 66; BGE 100 II 343, BGE 87 II 163). Das anspruchsbegründende Ereignis verortet der Kläger 2 im Jahr 2012 bzw. 2014 (Urk. 43 Rz. 75). Gesetzt den Fall, dass die Schadenersatzforderungen begründet sind, wären sie demnach im Jahr 2012 bzw. 2014 fällig geworden. Mit dem Begriff der "Stundung" wird die (vertragliche, gesetzliche, richterliche) Hinausschiebung der sich aus dem Gesetz, der Natur des Rechtsverhältnisses oder dem Vertrag ergebenden Fälligkeit im Nachhinein bzw. die Aufhebung einer bereits eingetretenen Fälligkeit für eine bestimmte Frist bezeichnet (BK OR-Weber, Art. 75 N 99; ZK OR-Schraner, Art. 75 N 67; BGE 94 II 104 f., 69 II 302). Die (noch oder erneut)

fehlende Fälligkeit führt unter anderem dazu, dass grundsätzlich der Schuldnerverzug ausgeschlossen und der Gläubiger zur Verrechnung nicht befugt ist (Schaller, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Zürich/St. Gallen 2010, N 362). Von der Stundung zu unterscheiden ist das "pactum de non petendo", d.h. die befristete Verpflichtung des Gläubigers, die schon fällige Forderung (klageweise) nicht geltend zu machen. Die Forderung kann weiterhin erfüllt, aber auf entsprechende Einrede des Schuldners hin (exceptio de non petendo) zeitweilig nicht durchgesetzt werden (Von Thur/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1974, S. 48; Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, S. 404). Im Übrigen wird das Schuldverhältnis von der Vereinbarung nicht berührt, so dass weder Verzugsfolgen noch das Verrechnungsrecht ausgeschlossen sind (Bucher, a.a.O., S. 404; BK OR-Weber, Art. 75 N 102). In der Lehre herrscht Uneinigkeit in Bezug auf die Einordnung der befristeten Mahnung. Ein Teil der Lehre ist der Auffassung, dass eine befristete Mahnung als pactum de non petendo und nicht als Stundungsofferte aufzufassen ist (ZK OR-Schraner, Art. 75 N 71; Schaller, a.a.O., N 377; Schenker, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg 1988, N 130). Nach einem anderen Teil der Lehre ist in der Befristung der Mahnung im Grundsatz eine Stundungsofferte enthalten (BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 102 N 77; Von Thur/Escher, a.a.O., S. 137 und Fn 15), wobei im Einzelfall durch Auslegung der Vereinbarung zu ermitteln ist, ob eine Stundung oder ein "pactum de non petendo" vorliegt (Bucher, a.a.O., S. 404; BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 102 N 77 f.; BSK ZPO-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 N 7; ZK OR-Schraner, Art. 75 N 69). Ein Hinausschieben der Fälligkeit ist nach dem Vertrauensprinzip immerhin nur anzunehmen, falls der hypothetische Wille der Gläubigerin und die Umstände entsprechende Indizien abgeben. Im Einzelfall wird deshalb auf diejenige Bedeutung abzustellen sein, die der Schuldner der konkreten Erklärung der Gläubigerin hat beimessen dürfen und müssen (BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 102 N 78). So lässt sich gemäss Weber/Emmenegger bei der Verwendung des Ausdrucks "Verlange Lieferung bis Ende Monat" eine Stundungsofferte annehmen, die Mitteilung "Wenn Sie nicht bis

Monatsende bezahlt haben, werde ich Klage erheben" stellt dagegen eine sofortige Mahnung dar (BK-Weber/Emmenegger, Art.102 N 78). Im Zweifel ist ein hinsichtlich der Rechtswirkungen weniger weit reichendes pactum de non petendo anzunehmen (Schaller, a.a.O., N 377; Bucher, a.a.O., S. 404).

2.6. Eine eigentliche Auslegung hat die Vorinstanz nicht vorgenommen, hat sie doch lediglich erklärt, das Einräumen einer Zahlungsfrist sei als Stundung zu werten. Dieser Auffassung kann bei genauerer Betrachtung der in den Schreiben vom 11. Januar 2016 (Urk. 85/12 [= Urk. 3/26 und Urk. 29/3/13]; Urk. 85/13 [= Urk. 3/30 und Urk. 29/3/17]) bzw. 19. Januar 2016 (Urk. 85/14 [= Urk. 3/34 und Urk. 29/3/21]) verwendeten Ausdrucksweise jedoch nicht gefolgt werden. Mit der Mahnung vom 11. Januar 2016 wurde der Beklagte aufgefordert, den aus dem "Schadensfall G.\_\_\_\_\_" entstandene Schaden von USD 44'336.23 unverzüglich, spätestens jedoch bis zum 21. Januar 2015 [recte: 2016] auf eines der darin aufgeführten Konten der Gesellschaft einzuzahlen. Derselbe Wortlaut lässt sich den anderen beiden Mahnschreiben entnehmen. Mit dem Wort "unverzüglich" hat die D1.\_\_\_\_ AG einhergehend mit dem Kläger 2 klar zum Ausdruck gebracht, dass sie die Forderung als fällig betrachtet bzw. die fällige Leistung grundsätzlich sofort verlangt, jedoch mit allfälligen Schritten bis mindestens am 21. bzw. 29. Januar 2016 zuwartet. In diesem Zusammenhang ist die Fristansetzung demnach als "pactum de non petendo" zu qualifizieren und hätte auch vom Beklagten nach Treu und Glauben nicht als Stundungsofferte verstanden werden dürfen. Hinzu kommt, dass – wie der Kläger 2 zu Recht vorbringt – der Beklagte vor Vorinstanz selber nicht geltend machte, dieses Schreiben als Stundungsofferte verstanden zu haben. Auch angesichts der Begleitumstände lassen sich keine Indizien für eine Stundungsofferte finden. So hat die D1.\_\_\_\_ AG in der Verrechnungsanzeige vom 11. Januar 2016 an RA E.\_\_\_\_ die Verrechnung mit der Schadenersatzforderung erklärt und das obgenannte Mahnschreiben in Kopie beigelegt (Urk. 85/17 [= Urk. 29/3/28]). Vor diesem Hintergrund kann keineswegs davon ausgegangen werden, dass die D1.\_\_\_\_ AG mit der befristeten Mahnung die Fälligkeit hinauschieben und sich damit gerade die Möglichkeit zur Verrechnung nehmen wollte.

2.7. Damit liegt entgegen den Ausführungen der Vorinstanz eine Verrechnungserklärung vor. Ob sie auch ihre Wirkung entfaltet, hängt indes davon ab, ob die zur Verrechnung erklärte(n) Schadenersatzforderung(en), welche vom Beklagten bestritten werden, Bestand haben. Diesbezüglich fehlen jedoch die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen und die Vervollständigung des prozessrelevanten Sachverhalts kann aufgrund des umfassenden Novenverbots im Beschwerdeverfahren nicht nachgeholt werden (Art. 326 ZPO). Es wird daher die Aufgabe der Vorinstanz sein, anhand der Vorbringen der Parteien und allenfalls unter Abnahme angebotener Beweismittel über den Bestand der seitens der D1. \_\_\_\_\_ AG zur Verrechnung gestellten Schadenersatzforderungen zu befinden. Diesbezüglich ist die Sache nicht spruchreif und ist insoweit zur Ergänzung und Prüfung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### 3. Forderung Ord. Nr. 3

3.1. Die Forderung Ord. Nr. 3 setzt sich gemäss den unbestrittenen vorinstanzlichen Feststellungen zusammen aus Gerichtskosten von CHF 5'000.– gemäss dem handelsgerichtlichen Urteil vom 5. Januar 2017 (Geschäfts-Nr. HE160378, Urk. 85/8 [= Urk. 23/79]) sowie dem Beklagten aus der Fondstruktur der D1. \_\_\_\_\_ AG zustehenden Gewinnanteilen (Distributions) im Umfang von CHF 30'756.55 (EUR 17'304.65 + EUR 11'348.76 = EUR 28'653.41; Distribution Nr. 9) zzgl. 5% Verzugszins seit 17. Juli 2015 bis 9. November 2016 und CHF 5'658.35 (EUR 3'183.58 + EUR 2'087.86 = EUR 5'271.44; Distribution Nr. 10) zzgl. Verzugszins seit 17. Oktober 2016 bis 9. November 2016 (Urk. 83 E. V/2; Urk. 82 Rz. 83; Urk. 89 Rz. 61). Die Vorinstanz hiess die Wegweisklage des Klägers 2 hinsichtlich der Distribution Nr. 9 vollumfänglich, d.h. im Betrag von CHF 30'756.55, und betreffend Distribution Nr. 10 im Betrag von CHF 4'787.63 unangefochten gut. Im Mehrbetrag (CHF 5'000.– Gerichtskosten und CHF 870.72 Restbetrag Distribution Nr. 10) wies sie die Klage ab (Urk. 83 E. V. 2.4).

### 3.2. Gerichtskosten (CHF 5'000.–)

3.2.1. Mit Blick auf die Gerichtskosten führte die Vorinstanz aus, die Forderung sei durch die eingereichten Urteile des Handelsgerichts Zürich vom 9. November

2016 bzw. 5. Januar 2017 im Verfahren HE160378 ausgewiesen und sei entgegen den Ausführungen des Klägers 2 nicht erst nach Anordnung der Auflösung vom 9. November 2016 entstanden. Das Rückgriffsrecht für die Gerichtskosten sei dem Kläger 2 [recte: Beklagten] zwar erst im Urteil vom 5. Januar 2017 eingeräumt worden, dabei handle es sich jedoch lediglich um einen Nachtrag bezüglich der Gerichtskosten, was nichts daran ändere, dass diese bereits mit der Anordnung der Liquidation am 9. November 2016 festgelegt worden seien. Die Gerichtskosten für das Organisationsmangelfverfahren würden sodann nicht als Kosten für die Eröffnung des Konkurses im Sinne von Art. 262 Abs. 1 SchKG gelten, da bei der Anordnung der Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs keine Konkursöffnung erfolge (mit Verweis auf Lorandi, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkursöffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 11/2008, S. 1381 f.; Urk. 83 E. V/2.1.1).

3.2.2. Der Kläger 2 bringt vor, entgegen der Ansicht der Vorinstanz handle es sich bei den Gerichtskosten für den Entscheid betreffend die Auflösung der Gesellschaft um Massekosten, die nicht hätten kolloziert werden dürfen. Derselbe Lorandi habe nämlich geschrieben, dass die Kosten des richterlichen Auflösungsentscheids (wie die Kosten des Konkursentscheids) Massekosten darstellten (mit Verweis auf Lorandi, Masseverbindlichkeiten und ihre Entstehung, AJP 2017, S. 464 ff., S. 467; Urk. 82 Rz. 51 ff.; Urk. 94 Rz. 37; Urk. 100 Rz. 16).

3.2.3. Demgegenüber lässt der Beklagte ausführen, bei der Forderung handle es sich nicht um eine Verbindlichkeit der Konkursmasse im Sinne von Art. 262 SchKG, sondern um eine Regressforderung des Beklagten gegenüber der D1.\_\_\_\_\_ AG, welche dem obsiegenden Beklagten – wie dem Urteil des Handelsgerichts vom 5. Januar 2017 klar entnommen werden könne – auf Grundlage von Art. 111 Abs. 2 ZPO zugekommen sei (Urk. 89 Rz. 39; Urk. 96 Rz. 20).

3.2.4. Massekosten sind die aus der Eröffnung und Durchführung eines Insolvenzverfahrens entstehenden Verfahrenskosten (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 9. A., Bern 2013; § 48 N 3). Die hier relevante Frage, ob die Gerichtskosten für das Organisationsmangelfverfahren analog den Kosten für die Eröffnung des Konkurses (Art. 262 SchKG) Massekosten dar-

stellen, wurde soweit ersichtlich höchstrichterlich noch nicht entschieden. Wie der Kläger 2 zutreffend ausführt, ist die vorinstanzlich herangezogene Lehrmeinung, wonach die Kosten des richterlichen Auflösungsentscheids keine Massekosten darstellen würden, nicht mehr aktuell. Lorandi hält neu vielmehr dafür, der richterliche Auflösungsentscheid sei zwar formell keine Konkureröffnung, entspreche jedoch funktional einer solchen, da die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs erfolge und ein normales Konkursverfahren durchgeführt werde. Insofern würden die Kosten des richterlichen Auflösungsentscheids (wie die Kosten des Konkursentscheids) Massekosten darstellen (Lorandi, Masseverbindlichkeiten und ihre Entstehung, AJP 2017, S. 464 ff., S. 467). Da sowohl der richterliche Auflösungsentscheid als auch der Konkureröffnungsentscheid das Konkursverfahren einleiten, ist einhergehend mit dieser Lehrmeinung nicht einzusehen, weshalb die Kosten des Ersteren nicht analog den Kosten des Konkureröffnungsentscheids Massekosten darstellen sollten. Daran ändert auch nichts, dass es sich um eine Regressforderung des obsiegenden Beklagten handelt, wird doch auch im Konkureröffnungsentscheid die Liquidation der Gerichtskosten auf der Grundlage von Art. 111 Abs. 2 ZPO geregelt (vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Dem Beklagten droht dadurch sodann kein Rechtsverlust, zumal der Gläubiger sich auch dann noch auf die Qualifikation als Masseverbindlichkeit berufen kann, wenn er die Forderung als Insolvenzforderung angemeldet hat (BGE 106 III 118, E. 7 = Pra 1981, Nr. 143; Lorandi, Masseverbindlichkeiten und ihre Entstehung, AJP 2017, S. 464 ff., S. 467). Die fälschlicherweise erfolgte Aufnahme einer Masseverbindlichkeit im Kollokationsplan wird nicht rechtskräftig und entfaltet keine Wirkung (BGE 106 III 118, E. 3; BGE 75 III 57 E. 1). Demzufolge ist die Klage im Umfang von CHF 5'000.– gutzuheissen und die Forderung Ord. Nr. 3 in diesem Umfang aus dem Kollokationsplan zu streichen.

### 3.3. Distribution Nr. 10 (Restbetrag CHF 870.70)

3.3.1. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, aufgrund der unbestritten gebliebenen Ausführungen des Klägers 2, wonach der Beklagte in drei Rahmendarlehensverträgen seine H.\_\_\_\_\_ KG-Anteile sowie Co-Investments der D1.\_\_\_\_\_ AG zu Sicherheitszwecken abgetreten und sich dadurch einverstanden erklärt



habe, dass allfällige Distributions (= Gewinnanteile) aus diesen Beteiligungen mit seinen offenen Schulden aus den Darlehen (inkl. Verzugszinsen) verrechnet würden, habe sich die D1.\_\_\_\_\_ AG in Bezug auf die Verzugszinsen der CHF-Darlehen im Umfang von CHF 4'787.63 aus der Distribution 10 befriedigen dürfen. In Bezug auf das EUR-Darlehen sei vom Kläger 2 jedoch keine Sicherheit behauptet worden (Urk. 1 Rz. 37 ff.). Mangels Sicherungsabtretung sei demnach die D1.\_\_\_\_\_ AG nicht berechtigt gewesen, sich für diesbezügliche Zinsforderungen bei den Distributions zu bedienen. Eine anderweitige Verrechnung hätte sodann eine entsprechende Erklärung vorausgesetzt, die sich konkret gegen den Anspruch des Beklagten aus Distribution Nr. 10 hätte richten müssen. Zu beachten sei dabei, dass die im Voraus erklärte Verrechnung allfälliger Ausschüttungsansprüche des Beklagten unzulässig sei (Urk. 83 E. V/2.3.3. i.V.m. E. V/2.3). Eine konkrete Verrechnungserklärung gehe aus den vom Kläger 2 vorgebrachten Schreiben nicht hervor (Urk. 83 E. V/2.3.3 und Urk. 83 E. V/1.4.1 ff.).

3.3.2. Nicht beanstandet wird die Erwägung, wonach sich die D1.\_\_\_\_\_ AG für die Forderung der Verzugszinsen der EUR-Darlehen mangels Sicherungsabtretung nicht bei der Distribution Nr. 10 bedienen durfte. Indes macht der Kläger 2 geltend, die Verrechnungserklärung würde sich entgegen der Ansicht der Vorinstanz aus den Gesamtumständen des Sachverhalts ergeben und die Verrechnungserklärung sei automatisch und konkludent erfolgt. Die D1.\_\_\_\_\_ AG habe unter anderem in ihren Schreiben vom 11. Januar 2016 an den Beklagten (Urk. 85/12 [= Urk. 3/26 und Urk. 29/3/13]; Urk. 85/13 [= Urk. 3/30 und Urk. 29/3/17]) und 19. Januar 2016 (Urk. 85/14 [= Urk. 3/34 und Urk. 29/3/21]) ihren Verrechnungswillen mit sämtlichen Forderungen des Beklagten ausdrücklich erklärt. Insbesondere gehe aus diesen Schreiben hervor, dass der D1.\_\_\_\_\_ AG mehrere Schadenersatzforderungen (darunter "Insidertrading", "Strafanzeigen" und "Learnship") zustehen würden, und dass diese Forderungen mangels Zahlung mit allfälligen Ansprüchen des Beklagten verrechnet würden. Dies ergebe sich aus dem Hinweis "Ausdrücklich vorbehalten bleiben weitere Schadensfälle und Belastungen auf Deinem Kontokorrent". Im Jahresbericht vom 10. Juni 2016 habe die D1.\_\_\_\_\_ AG sodann erklärt, dass eine Verrechnung sämtlicher Distributions zugunsten des Beklagten, und darunter die Distribution Nr. 10, die im

September 2016 einen "expected" Verrechnungswert von EUR 5'271.– aufweise, mit den Schadenersatzforderungen der D1.\_\_\_\_\_ AG erfolgen solle (Urk. 85/15 [= Urk. 3/19 und Urk. 44/55]). Der Beklagte habe die im Jahresbericht enthaltene Verrechnungserklärung der D1.\_\_\_\_\_ AG entgegengenommen und habe sehr wohl verstanden, dass die Distributions Nr. 10 nicht ausbezahlt würden, sondern mit Ansprüchen der D1.\_\_\_\_\_ AG verrechnet würden. Gemäss einem Teil der Lehre spreche nichts dagegen, eine im Voraus abgegebene Verrechnungserklärung als wirksam zu betrachten (mit Verweis auf Bucher, a.a.O., S. 431). Zusammenfassend habe die Vorinstanz Art. 120 OR und Art. 124 OR verletzt, als sie zum Schluss gekommen sei, dass die Verrechnung nicht automatisch, konkludent und aufgrund der Umstände erklärt worden sei und keine wirksame Verrechnungserklärung vorliege, durch welche die Restforderungen aus Forderung Ord. Nr. 3 mit den Schadenersatzansprüchen der D1.\_\_\_\_\_ AG hätten verrechnet werden können (Urk. 82 Rz. 83 ff.; Urk. 94 Rz. 59 ff.; Urk. 100 Rz. 22 ff.).

3.3.3. Die Verrechnungserklärung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen (BGer 4A\_601/2013 E 3.3; 4A\_23/2011 E 3.2; 4A\_549/2010 E 3.3). Es genügt, dass der Schuldner durch seine Verhaltensweise – aufgrund des Vertrauensprinzips – dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Recht zur Verrechnung Gebrauch machen will (Gauch/Schluep/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 11. A., Zürich 2020, Nr. 3249). Zudem muss aus der Erklärung oder den Umständen hervorgehen, welches die zu tilgende Hauptforderung und welches die Verrechnungsforderung ist (BGer 4A\_601/2013 vom 31. März 2014, E. 3.3); besteht diesbezüglich Unklarheit, ist die Verrechnungserklärung unvollständig und daher wirkungslos (BGer 4C.25/2005 vom 15. August 2005, E. 4.1). Die Mehrheit der Autoren hält sodann dafür, dass die allgemeinen Voraussetzungen für die Verrechnung zur Zeit der Verrechnungserklärung vorliegen müssen und eine vorgezogene (antizipierte) Verrechnung ungültig ist, die entsprechende Verrechnungserklärung mithin dauerhaft wirkungslos bleibt (BK OR-Zellweger/Gutknecht, Art. 120 N 26; Gauch/Schluep/Emmenegger, a.a.O., N. 3249; Von Thur/Escher, a.a.O., S. 205; a.M. Bucher, a.a.O., S. 431). Auch das Bundesgericht scheint der Auffassung zuzuneigen, eine Verrechnungserklärung

könne nicht zum Voraus erklärt werden (vgl. BGer 4C.164/2003 vom 14. November 2003, E. 2.1).

3.3.4. Aus dem Jahresbericht 2015 vom 10. Juni 2016 geht zwar ein Verrechnungswille der D1.\_\_\_\_\_ AG mit allfälligen zukünftigen Ausschüttungen (Distributions) an den Beklagten hervor ("[...] The company will continue offsetting any future distribution of Fund I in favor of C.\_\_\_\_\_ with his liabilities vis-à-vis D1.\_\_\_\_\_ AG. The next distribution of Fund I proceeds is expected after the release of the so-called I.\_\_\_\_\_ Escrow II on September 30, 2016 [...] with an expected set-off-value of roughly EUR 5'271"; Urk. 85/15 S. 8 [= Urk. 3/19 S. 8 und Urk. 44/55 S. 8]). Den vorstehenden Erwägungen entsprechend ist mit dem Bundesgericht und der herrschenden Lehre jedoch davon auszugehen, dass eine "Voraus-Verrechnung" mit einer künftig erst entstehenden Forderung nicht zulässig ist. Damit kann offen bleiben, ob ein Passus im Jahresbericht eine eigentliche Verrechnungserklärung gegenüber dem Beklagten zu ersetzen vermag. Denn die Verrechnungserklärung – sofern sie überhaupt als solche zu qualifizieren ist – wurde noch vor Entstehung der Hauptforderung abgegeben, weshalb sie wirkungslos ist. Dasselbe gilt für die Schreiben vom 11. Januar 2016 (Urk. 85/12 [= Urk. 3/26 und Urk. 29/3/13]; Urk. 85/13 [= Urk. 3/30 und Urk. 29/3/17]) und das Schreiben vom 19. Januar 2016 (Urk. 85/14 [= Urk. 3/34 und Urk. 29/3/21]). Einhergehend mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 83 E. V/1.4.2. - 1.4.4) kann diesen Schreiben, mit welchen dem Beklagten die diversen Schadenersatzforderungen aus den Sachverhalten "Insiderhandel", "Strafanzeige" und "Learnship" in Rechnung gestellt werden, jedoch ohnehin kein Verrechnungswille entnommen werden. Insbesondere geht aus dem Hinweis "Vorbehalten bleiben weitere Schadensfälle und Belastungen auf Deinem Kontokorrent" keine Verrechnungserklärung hervor, wird damit doch lediglich eine mögliche Verrechnung in Aussicht gestellt. Selbst wenn dieser Hinweis als Verrechnungserklärung zu betrachten wäre, bliebe jedenfalls unklar, auf welche zu tilgende Hauptforderung sich diese beziehen würde, weshalb es einhergehend mit der Vorinstanz an einer sich konkret gegen den Anspruch des Beklagten aus Distribution Nr. 10 gerichteten Verrechnung fehlt. Eine automatische konkludente Verrechnung mit allen künftigen Gegenforderungen des Beklagten, wie dies der Kläger 2 geltend macht, ist nicht

möglich. Sodann liess die D1.\_\_\_\_\_ AG dem Beklagten mit Schreiben vom 20. Juni 2016 eine Übersicht seiner Schulden und aufgelaufener Verzugszinsen per 30. Juni 2016 zukommen, worin auch die Verzugszinsen EUR im Betrag von CHF 4'149.36 sowie die Verzugszinsen CHF im Betrag von CHF 4'787.63 aufgelistet wurden. Als durch Verrechnung getilgt wurde darin lediglich die Forderung von RA E.\_\_\_\_\_ von CHF 22'000.– mit der Forderung aus dem Schadensfall "G.\_\_\_\_\_" aufgeführt (vgl. Urk. 42/69). Entsprechend war offenbar selbst die D1.\_\_\_\_\_ AG zu diesem Zeitpunkt der Auffassung, die ihr zustehenden Verzugszinsen seien noch mit keiner Gegenforderung des Beklagten verrechnet worden. Einhergehend mit der Vorinstanz liegt demnach mit Blick auf die Restforderung von CHF 870.72 aus der Distribution Nr. 10 keine gültige Verrechnungserklärung vor, weshalb die Forderung Ord. Nr. 3 in diesem Umfang im Kollokationsplan zu belassen ist.

#### 4. Forderung Ord. Nr. 5

4.1. Die Forderung Ord. Nr. 5 von gesamthaft CHF 1'259.72 setzt sich zusammen aus Gerichtskosten von EUR 1'124.31 und einer Parteientschädigung von EUR 49.72 aus einem Verfahren vor dem Landgericht Frankfurt am Main (vgl. Urk. 3/6). Wie bereits vor Vorinstanz bringt der Kläger 2 zusammengefasst vor, die Forderung Ord. Nr. 5 sei keine Konkursforderung, da sie erst nach Anordnung der Liquidation entstanden sei (Urk. 82 Rz. 49 ff.; Urk. 94 Rz. 38 ff.; Urk. 100 Rz. 16). Eventualiter stellt er sich auf den Standpunkt, die Forderung sei durch Verrechnung untergegangen (Urk. 82 Rz. 100 ff.; Urk. 94 Rz. 65 ff.; Urk. 100 Rz. 25).

4.2. Die Vorinstanz erwog, da die Frage über den Bestand als Konkursforderung die zwangsweise angeordnete Liquidation einer schweizerischen Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs in der Schweiz betreffe, sei schweizerisches Recht anwendbar. Gemäss Rechtsprechung habe jede Forderung an den Gemeinschuldner als Konkursforderung zu gelten, die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung schon rechtlich bestanden habe oder erst durch die Konkurseröffnung entstanden sei (vgl. BGE 68 II 306). Der Umfang der Forderung müsse bei Konkurseröffnung noch nicht feststehen (mit Verweis auf BSK SchKG

II-Hierholzer, Art. 244 N 2). Die Forderung sei bereits mit dem Beschluss des Landesgerichts Frankfurt am Main vom 14. Oktober 2016 (Urk. 23/81) entstanden, wobei die Höhe der Kosten noch nicht gerichtlich festgelegt, sondern lediglich die Tatsache festgehalten worden sei, dass die D1.\_\_\_\_\_ AG diese tragen müsse. Die Tatsache, dass der Kostenfestsetzungsbeschluss zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt sei, ändere nichts daran, dass es sich bei den Gerichtskosten um eine Konkursforderung handle. Dasselbe gelte für die Parteientschädigung (Urk. 83 E. V/3.1.).

4.3. Der Kläger 2 moniert, der Umstand, dass die Zinsen auf den Betrag von EUR 1'124.31 gemäss Kostenfestsetzungsbeschluss vom 18. Januar 2017 (Urk. 23/80) erst seit dem 12. Januar 2017 geschuldet seien, d.h. nach Anordnung der Liquidation der D1.\_\_\_\_\_ AG, beweise, dass die vorinstanzlichen Ausführungen unzutreffend seien. Die "Kosten des Rechtsvertreters" des Beklagten hätten sodann nicht Gegenstand des Entscheids vom 14. Oktober 2016 gebildet und seien auch nicht im Kostenfestsetzungsbeschluss erwähnt gewesen. Diese seien (wenn überhaupt), wie von dessen Rechtsvertreter in seiner Aufstellung geltend gemacht, erst am 29. Mai 2017 entstanden (Urk. 23/82). Aus dieser Aufstellung ergebe sich überdies, dass der Rechtsvertreter des Beklagten selber davon ausgegangen sei, dass die Forderung aus Gerichtskosten erst am 12. Januar 2017 entstanden sei. Folglich hätten diese Forderungen in Höhe von CHF 1'259.72 (nebst angeblichen Zinsen) im Kollokationsplan der D1.\_\_\_\_\_ AG nicht kolloziert werden dürfen (Urk. 82 Rz. 49 ff.; Urk. 94 Rz. 38 ff.; Urk. 100 Rz. 16).

4.4. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Wie die Vorinstanz zutreffend darlegte, sind grundsätzlich alle Forderungen, die zur Zeit der Konkurseröffnung schon bestanden, Konkursforderungen. Lediglich jene Forderungen, die im Moment der Konkurseröffnung noch nicht begründet sind, können nicht am Konkurs partizipieren. Bestehend ist sodann jede Forderung, die sich auf einen Rechtstitel stützen kann bzw. deren Rechtsgrund zur Zeit der Konkurseröffnung bereits vorhanden ist. Dass sie in jenem Moment auch schon nach Art und Betrag genau bestimmt ist, ist dagegen nicht erforderlich (BGE 68 II 306, BGE 40 III 456; SK SchKG-Schober, Art. 197 N 35). Einhergehend mit der Vorinstanz wurde vorliegend der

Rechtsgrund für die Forderung mit dem Beschluss des Landesgerichts Frankfurt am Main vom 14. Oktober 2016 geschaffen, mit welchem festgelegt wurde, dass die D1.\_\_\_\_\_ AG bzw. dortige Klägerin die Kosten des Verfahrens zu tragen hat (Urk. 23/81). Entsprechend wird auch im Kostenfestsetzungsbeschluss festgehalten, dass *auf Grund* des vollstreckbaren Beschlusses des Landgerichts in Frankfurt am Main vom 14. Oktober 2016 von der Klägerseite an die Beklagtenseite Kosten von EUR 1'124.31 zu erstatten seien (Urk. 23/80). Daran ändert auch nichts, dass erst ab dem 12. Januar 2017 Zins festgelegt wurde, da die Entstehung des Zinsanspruchs nicht gleichzusetzen ist mit der Entstehung der Forderung. Analog der schweizerischen Zivilprozessordnung gehören sodann gemäss § 91 der deutschen Zivilprozessordnung sowohl Gerichtskosten als auch Parteientschädigungen zu den Prozesskosten, weshalb es nicht schadet, dass im Beschluss des Landesgerichts in Frankfurt am Main vom 14. Oktober 2016 die Kosten des Rechtsvertreters nicht explizit erwähnt wurden. Diese Forderung des Beklagten bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung wurde von der Vorinstanz somit zu Recht als Konkursforderung qualifiziert.

4.5. Mit Blick auf den seitens des Klägers 2 geltend gemachten Untergang der Forderung durch Verrechnung erwog die Vorinstanz, bei Verrechnung unterstehe das Erlöschen einer Forderung dem Recht der Forderung, deren Tilgung mit der Verrechnung bezweckt sei (Art. 148 Abs. 2 IPRG). Entsprechend sei auf die Verrechnung der Forderung aus dem deutschen Gerichtsverfahren deutsches Recht anwendbar. Die Voraussetzungen nach § 387 BGB seien identisch mit jenen des schweizerischen Rechts. Da der Kläger 2 die Verrechnung mit denselben Schadenersatzforderungen wie zuvor geltend mache, könne vollumfänglich auf die Ausführungen unter V/1.4. und V/2.1.2 verwiesen werden bzw. sei keine gültige Verrechnungserklärung abgegeben worden (Urk. 83 E. V/3.2).

4.6. Der Kläger 2 moniert, die Vorinstanz habe das ausländische Recht zum Thema Aufrechnung nicht ermittelt, sondern sich damit begnügt, einzig gestützt auf § 387 BGB zu behaupten, dass die Voraussetzungen der Verrechnung im deutschen und im schweizerischen Recht identisch seien. Dies sei unzutreffend. Ferner ergebe sich die Verrechnungserklärung der D1.\_\_\_\_\_ AG aus den Ge-

samtumständen des Falles. Die D1.\_\_\_\_\_ AG habe bereits am 15. Juli 2015 angekündigt, allfällige Forderungen des Beklagten aus den diversen Verfahren – und insbesondere auch mit den Forderungen aus den deutschen Verfahren, "Ich erlaube mir, die deutschen Kollegen in diese Korrespondenz einzuschliessen, da meine Mitteilung betreffend Verrechnung von allfälligen Prozessentschädigungen auch sie betreffen könnte" – mit den Schadenersatzforderungen verrechnen zu wollen. Diesen Verrechnungswillen habe die D1.\_\_\_\_\_ AG in ihren Schreiben vom 11. Januar 2016, 19. Januar 2016 und 15. April 2016 wiederholt. Es sei somit klar, dass die Forderungen des Beklagten aus Gerichtskosten und "Parteient-schädigung" aus dem deutschen Verfahren, die nach Erhalt des Jahresberichts 2015 und des Schreibens vom 10. Juni 2016 entstanden seien, automatisch und konkludent mit den Schadenersatzansprüchen der D1.\_\_\_\_\_ AG verrechnet worden seien. Der Beklagte habe sie unter den Umständen nicht anders verstehen können. Zusammenfassend habe die Vorinstanz Art. 16 IPRG und § 387 BGB verletzt, als sie zum Schluss gekommen sei, dass keine wirksame Verrechnungserklärung vorliege, durch welche die Forderung Ord. Nr. 5 mit den Schadenersatzansprüchen der D1.\_\_\_\_\_ AG hätte verrechnet werden können. Sodann habe sie die Beweismittel offensichtlich falsch gewürdigt, als sie eine automatische und konkludente Verrechnung der Schadenersatzforderung mit der Forderung Ord. Nr. 5 verneint habe (Urk. 82 Rz. 100 ff.; Urk. 94 Rz. 65 ff.; Urk. 100 Rz. 25).

4.7. Das Gericht wendet gestützt auf Art. 57 ZPO das Recht von Amtes wegen an, was grundsätzlich auch für die Anwendbarkeit ausländischen Rechts gilt (vgl. Art. 116 IPRG). Indem der Kläger 2 jedoch einzig geltend macht, es sei unzutreffend, dass das deutsche Recht zur Aufrechnung nicht identisch sei mit dem schweizerischen Recht zur Verrechnung, ohne aufzuzeigen, inwiefern sich dies im vorliegenden Fall ihres Erachtens konkret auswirkt, genügt er seiner Begründungspflicht nicht. Dennoch sei festgehalten, dass analog dem schweizerischen Verrechnungsrecht die Voraussetzungen für die Aufrechnung die Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit der Forderung sind, wobei die Gegenforderung fällig, die Hauptforderung lediglich erfüllbar sein muss (Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 79. A., 2020; § 388 N 1). Sodann ist auch gemäss dem deutschen Aufrechnungsrecht eine Aufrechnung durch konkludentes Verhalten möglich. Erfor-

derlich ist jedoch, dass der Aufrechnungswille deutlich erkennbar ist und Forderung sowie Gegenforderung hinreichend bestimmt sind (Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 79. A., 2020; § 388 N 1; Wagner, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer [Hrsg.], Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 15. A., 2017, § 388 N 2; Schlüter, Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, 8. A., 2019, § 388 N 1). Ferner müssen im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung die Aufrechnungsvoraussetzungen gegeben sein. Eine im Voraus für den Fall der Entstehung der Gegenforderung abgegebene Aufrechnungserklärung ist unwirksam (Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 79. A., 2020; § 388 N 1; Wagner, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer [Hrsg.], Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 15. A., 2017, § 388 N 3).

4.8. Demzufolge ist es auch nach deutschem Aufrechnungsrecht nicht möglich, die Aufrechnung zu erklären, bevor die Aufrechnungsvoraussetzungen gegeben sind. Sämtliche behaupteten Verrechnungserklärungen der Kläger beziehen sich auf einen Zeitpunkt vor Entstehung der Prozesskosten aus dem Verfahren in Frankfurt am Main vom 14. Oktober 2016 und sind damit – sofern sie überhaupt als Aufrechnungserklärung qualifiziert werden könnten (vgl. dazu vorstehend E. III/B.3.3.4) – unwirksam. Damit kann sich die Verrechnung auch nicht aus den Gesamtumständen ergeben. Die Beschwerde erweist sich in dieser Hinsicht als unbegründet, weshalb die Forderung Ord. Nr. 5 von der Vorinstanz zu Recht nicht aus dem Kollokationsplan gestrichen wurde.

## 5. Fazit zu den Beschwerdeanträgen des Klägers 2

Hinsichtlich der Forderung Ord. Nr. 1 liegt eine Verrechnungserklärung vor, doch fehlen die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen zur Frage des Bestandes der Verrechnungsforderung und damit zur Frage der Wirksamkeit der Verrechnung. Diesbezüglich ist die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Betreffend die Teilforderung Ord. Nr. 3 im Betrag von CHF 5'000.– (Gerichtskosten) erweist sich die Beschwerde als begründet, weshalb der diesbezügliche Beschwerdeantrag des Klägers 2 gutzuheissen ist. Im Übrigen (Forderung Ord. Nr. 5 und Teilforderung



Ord. Nr. 3 im Betrag von 870.72 [Distributions Nr. 10]) erweist sich die Beschwerde demgegenüber als unbegründet.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Zufolge teilweiser Rückweisung der Sache können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren noch nicht abschliessend geregelt werden. Es ist daher das Kostendispositiv der Vorinstanz (Dispositiv-Ziffern 3 bis 6) aufzuheben. Die Vorinstanz wird aufgrund des Gesamtergebnisses über die Kosten- und Entschädigungsfolgen neu zu befinden haben (BK ZPO-Sterchi, Art. 104 N 2). Für das Beschwerdeverfahren sind Kosten festzusetzen, doch der Entscheid über die Kostenaufgabe und die Regelung der Entschädigungsfolgen ist dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Die Entscheidgebühr beträgt ausgehend von einem Streitwert von CHF 6'771.– gemäss § 4 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG knapp CHF 1'300.–. Angesichts der umfangreichen Akten und des Zeitaufwands des Gerichts rechtfertigt es sich jedoch, diese Grundgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 2 GebV OG auf CHF 2'600.– zu verdoppeln. Vorzumerken ist, dass die Klägerin 1 im Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 2'600.– geleistet hat.

**Es wird beschlossen:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerdeanträge des Klägers 2 wird die Dispositiv-Ziffer 2 des Entscheids des Einzelgerichts für SchKG-Klagen am Bezirksgericht Zürich vom 10. Juli 2020 in Bezug auf Rechtsbegehren Nr. 1 (Forderung Ord. Nr. 1) der Klage des Klägers 2 aufgehoben und zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Dispositiv-Ziffern 3-6 des Entscheids des Einzelgerichts für SchKG-Klagen am Bezirksgericht Zürich vom 10. Juli 2020 werden aufgehoben und die Sache zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.
4. 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 CHF 6'771.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerdeanträge der Klägerin 1 werden abgewiesen.
2. In teilweiser Gutheissung der Beschwerdeanträge des Klägers 2 wird die Klage des Klägers 2 bezüglich Rechtsbegehren Nr. 2 (Forderung Ord. Nr. 3)

zusätzlich im Umfang von CHF 5'000.– (d.h. insgesamt CHF 42'578.33) gutgeheissen und entsprechend im Umfang von CHF 870.72 abgewiesen.

Im Übrigen werden die Beschwerdeanträge des Klägers 2 abgewiesen.

Demzufolge wird

- a) die im Konkurs der D1. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation beim Konkursamt Riesbach-Zürich unter Ord. Nr. 3 kollozierte Forderung im Umfang von CHF 42'578.33 im Kollokationsplan gestrichen und im Umfang von CHF 870.72 in diesem belassen und
  - b) die unter Ord. Nr. 5 kollozierte Forderung im Kollokationsplan belassen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 2'600.– festgesetzt.
  4. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid des Einzelgerichts für SchKG-Klagen am Bezirksgericht Zürich vorbehalten.
  5. Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin 1 für das zweitinstanzliche Verfahren einen Kostenvorschuss von CHF 2'600.– geleistet hat.
  6. Schriftliche Mitteilung an
    - die Parteien,
    - Rechtsanwalt Dr. iur. E. \_\_\_\_\_,
    - das Konkursamt Riesbach-Zürich,
    - die Vorinstanz,je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht,

1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 6'771.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG

Zürich, 7. September 2021

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Scherrer

MLaw S. Meisel

versandt am:  
lee