

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NE160006-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-  
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

## Beschluss und Urteil vom 25. April 2017

in Sachen

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

a) **B.** \_\_\_\_\_,

b) **C.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsklägerin

gegen

**D.** \_\_\_\_\_ **Switzerland AG,**

Klägerin und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Kollokationsklage**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelrichters im beschleunigten Verfahren  
des Bezirksgerichtes Affoltern vom 3. Februar 2016; Proz. FB060008**

**Erwägungen:**

**I.**

1. Beide Parteien sind kollozierte Gläubiger im Konkurs der E.\_\_\_\_\_ AG (act. 3/1). Im April 2006 erhob die Klägerin gegen die Beklagte Kollokationsklage gemäss Art. 250 Abs. 2 SchKG. Das erstinstanzliche Urteil erging am 3. Februar 2016 mit folgendem Dispositiv (act. 127 = act. 133 S. 28 f.):

- " 1. Die Klage wird gutgeheissen und die von der Beklagten im Kollokationsplan des Konkurses der E.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation kollozierte Forderung Nr. 13 über Fr. 140'000.– aus dem Kollokationsplan gewiesen.
2. Das Konkursamt Affoltern ZH wird angewiesen, die Forderung der Beklagten gemäss vorstehender Ziffer 1 aus dem Kollokationsplan der E.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation zu weisen.
3. Auf die Anträge der Beklagten wird nicht eingetreten.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf  
Fr. 10'350.– die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 248.75 Kosten für Dividendenberechnung;  
Fr. 171.– Zustellgebühren;  
Fr. 224.– Schreibgebühren.
5. Die Kosten werden den Beklagten unter solidarischer Haftung auferlegt.
6. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 17'556.– (inkl. 5.6% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- 7./8. Mitteilung/Rechtsmittel"

2. Dagegen erklärte die Beklagte – gemäss der inzwischen ausser Kraft gesetzten zürcherischen ZPO und entgegen der erteilten Rechtsmittelbelehrung – Berufung bei der Vorinstanz, welche diese Erklärung an die Kammer überwies (act. 126). Mit Verfügung vom 8. März 2016 (act. 129) wurde die Beklagte darauf hingewiesen, dass sie innert der ursprünglichen Frist eine begründete und mit Anträgen versehene Berufung einreichen könne. Mit Eingabe vom 15. März 2016 ging von der inzwischen anwaltlich vertretenen Beklagten eine begründete Berufungsschrift ein mit dem Antrag:

"Das Urteil vom 3. Februar 2016 sei aufzuheben. Die Sache sei an die erste Instanz zurückzuweisen mit der Anweisung, eine mündliche Replik/Duplik-Verhandlung durchzuführen mit Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten".

3. Mit Verfügung vom 13. April 2016 (act. 134) wurde ein Kostenvorschuss erhoben und die Prozessleitung an die Referentin delegiert. Der Kostenvorschuss wurde geleistet (act. 136).

4. Nachdem angezeigt wurde, dass der Beschluss der Kammer vom 24. Mai 2016 in Sachen der erwähnten F.\_\_\_\_\_ AG gegen D.\_\_\_\_\_ Switzerland AG (Geschäfts-Nr. NE160004) an das Bundesgericht weitergezogen worden war, wurde den Parteien je Frist angesetzt, um nunmehr zu einer allfälligen Sistierung Stellung zu nehmen (act. 138). Die Beklagte befürwortete die Sistierung (act. 143), während die Klägerin sich dieser widersetzte (act. 140). Mit Beschluss vom 12. September 2016 wurde die Sistierung bis zum Vorliegen des Entscheides im bundesgerichtlichen Verfahren BGer 5A\_485/2016 angeordnet (act. 146).

5. Mit Verfügung vom 25. Januar 2017 (act. 148) hob die Kammer die Sistierung nach Vorliegen des bundesgerichtlichen Beschwerdeentscheides im Verfahren BGer 5A\_485/2016 auf. Der Beklagten, deren Rechtsvertreter inzwischen verstorben war, wurde Frist angesetzt, um der Kammer mitzuteilen, durch wen sie in Zukunft vertreten werde und gegebenenfalls eine Vollmacht einzureichen. Da sie innert Frist keinen Vertreter nannte, wurde – wie in der Verfügung vom 25. Januar 2017 erwähnt – das Verfahren ohne anwaltliche Vertretung weitergeführt.

6. Mit Verfügung vom 15. Februar 2017 (act. 150) wurde der Klägerin, die sich zur Berufung der Beklagten bis anhin noch nicht hatte äussern können, Frist zur Berufungsantwort angesetzt. Mit Eingabe vom 23. März 2017 ging diese rechtzeitig bei der Kammer ein (act. 152).

7. Die Klägerin macht geltend, die Stellungnahme zu den Noven in der Duplik vom 20. April 2015 (act. 88) sei rechtzeitig. Damit bezieht sie sich auf die Berufungsschrift (act. 131 Ziff. 4 auf S. 4), wo geltend gemacht wird, die Stellungnahme zu den Dupliknoven sei verspätet erfolgt, weil im alten Recht keine Gerichtsferien über die Osterfeiertage bestanden habe, so dass die Stellungnahme aus dem Recht zu weisen sei (act. 131 S. 7 f.). Die Vorinstanz ging in ihrem Entscheid von der Rechtzeitigkeit der Eingabe aus (act. 127 S. 16).

Die Kammer hat zum identischen Vorwurf in der gleichlautenden Berufung bereits im Verfahren NE160004 (dort act. 109/S. 6 f.) wie folgt Stellung genommen: "Der Berufungsklägerin wurde mit Verfügung vom 11. März 2015 (act. 65) eine Frist von 20 Tagen angesetzt, um zu allfälligen Dupliknoven Stellung zu nehmen. Diese Verfügung wurde ihr am 24. März 2015 zugestellt (act. 67). Die Stellungnahme wurde am 20. April 2015 (Poststempel) erstattet, obwohl die 20-tägige Frist nach den Regeln der zürcherischen ZPO bereits am 13. April 2015 geendet hätte (vgl. § 140 GVG/ZH, wonach keine Oster-Ferien galten). Von Bedeutung ist diese Verspätung im vorliegenden Rechtsmittelverfahren nicht: Zum einen hat das Gericht anzuzeigen, wenn Fristen trotz der Gerichtsferien laufen. Das war nach altem Recht so (§ 140 Abs. 3 ZH/GVG) und das ist nach neuem Recht nicht anders (Art. 145 Abs. 2 ZPO). Rechtsuchende können und konnten sich demnach darauf verlassen, dass ihnen angezeigt wird bzw. wurde, wenn sie während der Gerichtsferien tätig werden müssen. Dass Gericht trägt demnach die Verantwortung für diesen Hinweis an die Parteien (für das alte Recht vgl. Robert Hauser/Erhard Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N. 17 zu § 140 GVG/ZH, wonach bei unterbliebener Anzeige Stillstand der Frist anzunehmen war; für das neue Recht KuKo ZPO-Hoffmann-Novotny [2. Auflage 2014], N. 9 zu Art. 145, wonach der Hinweis keine blosse Ordnungsvorschrift ist und unterlassene Hinweise einen Friststillstand bewirken).

In analoger Anwendung der strengen Regeln zur Hinweispflicht ist zu fordern, dass auch in einem altrechtlichen Verfahren auf das Nicht-Gelten der neuen Ferienbestimmungen hingewiesen werden muss. Hätte die Vorinstanz der Berufungsbeklagten anzeigen müssen, dass für sie die Gerichtsferien nicht gelten und ist dies – angesichts der ungewöhnlichen Situation nachvollziehbar – vergessen gegangen, so kann das der Berufungsbeklagten nicht schaden. Anzumerken ist, dass der Inhalt jener Eingabe im vorliegenden Zusammenhang ohnehin nicht von Bedeutung sein wird". Diese Ausführungen treffen auch auf den vorliegenden Fall zu.

8. Die Akten aus dem Verfahren NE160004 wurden beigezogen. Die Sache ist spruchreif.

## II.

1. Im Zusammenhang mit Kollokationsprozessen im Rahmen des Konkurses der E.\_\_\_\_\_ AG werden diverse Gläubiger von G.\_\_\_\_\_ vertreten. Auf der Gegenseite steht in allen Fällen die D.\_\_\_\_\_ Switzerland AG als Klägerin. In allen Verfahren (NE160004, NE160007, NE160008, NE160009) sowie dem vorliegenden Verfahren (NE160006) reichte die Beklagte eine gleichlautende Berufungsschrift ein und die Klägerin eine gleichlautende Berufungsantwort.

2. Im "Pilotverfahren" (NE160004), in dem wie erwähnt eine gleichlautende Berufungsschrift eingereicht wurde (act. 114) erging der Beschluss der Kammer vom 24. Mai 2016 (dort act. 109 S. 7 ff.), welcher hier auszugsweise wiedergegeben wird:

«[...] 2. Die Berufungsklägerin macht in ihrer Berufungsschrift Folgendes geltend: Mit Verfügung vom 30. Juli 2006 sei der Prozess vor Vorinstanz sistiert worden. Nach Erledigung des Aberkennungsprozesses sei die Sistierung am 1. November 2013, d.h. sieben Jahre danach, aufgehoben, das schriftliche Verfahren gemäss § 124 ZPO angeordnet und der Berufungsklägerin Frist zur Klageantwort angesetzt worden. Auch Replik und Duplik seien schriftlich durchgeführt worden. Da der vorinstanzliche Entscheid ausschliesslich mit prozessualen Argumenten begründet worden sei, werde der

Prozessstoff in der Berufungsschrift nicht materiellrechtlich behandelt (act. 104 S. 3). Die Vorinstanz begründe ihren Entscheid damit, dass die Berufungsklägerin die eingegebene Forderung von Fr. 95'000.– nicht substantiiert habe. Sie habe nicht vermocht darzutun, woraus sie die Forderung gegenüber der Konkursitin ableite. Mangels Substantiierung sei keine Beweisabnahme durchzuführen. Weil sie beweispflichtig sei, sei der Beweis der Forderung Nr. 22 nicht erbracht worden. Die Berufungsklägerin widerspricht dem deutlich. Es sei nicht zulässig gewesen, namentlich für die Replik und Duplik das schriftliche Verfahren anzuordnen, nachdem die Berufungsklägerin beantragt habe, dass das Verfahren öffentlich durchzuführen sei. Die Vorinstanz sei ihrer Fragepflicht nicht rechtsgenügend nachgekommen. Aus der Tatsache, dass sie nicht anwaltlich vertreten gewesen sei, dürfe der Berufungsklägerin kein Nachteil erwachsen (act. 104 S. 4 Rz 4).

Das vorinstanzliche Verfahren sei nach altem Recht – der ZPO/ZH – zu führen gewesen. Nach § 124 ZPO könne das Gericht das schriftliche Verfahren anordnen, wenn sich die Sache nicht mündlich darlegen lasse. Diese Voraussetzungen hätten nicht vorgelegen. Für Laienparteien sei das mündliche Verfahren einfacher, bestehe doch der Vorteil der Unmittelbarkeit, so dass das schriftliche Verfahren nur in begründeten Fällen habe angeordnet werden dürfen (act. 104 S. 5 Rz 4). Die Vorinstanz erwähne mit keinem Wort, warum sie das schriftliche Verfahren gewählt habe, was das rechtliche Gehör verletze. Die Vorinstanz hätte diesen besonderen Einzelfall begründen müssen; die Begründungspflicht gehöre zum Kerngehalt von Art. 29 BV (act. 104 S. 5 Rz 5). Auch Replik und Duplik seien mit Verfügung vom 14. Juli 2014 (act. 256) wiederum ohne Begründung schriftlich angeordnet worden, obwohl die Berufungsklägerin in der Klageantwort ausdrücklich beantragt habe, das Verfahren öffentlich durchzuführen, worauf die Vorinstanz mit keinem Wort eingegangen sei, was den Anspruch auf rechtliches Gehör zusätzlich verletze (act. 104 Rz 6 S. 5 f.). Die nicht anwaltlich vertretene Berufungsklägerin sei mit dem schriftlichen Verfahren sichtlich überfordert gewesen und habe in der Klageantwort ausserdem zusätzlich den Antrag auf Beigabe eines Rechtsanwaltes (VI S. 3 beklagte prozessuale Anträge Ziff. 3) gestellt (act. 104 S. 6 Rz 6).

Gehörsverletzend sei es auch, dem Antrag auf Durchführung eines öffentlichen Verfahrens und der Anberaumung einer öffentlichen Gerichtsverhandlung nicht zu entsprechen, was der Verfassung widerspreche. Der Antrag der Berufungsklägerin sei zwar laienhaft formuliert gewesen, aber er habe nicht anders als ein Antrag auf eine mündliche Verhandlung zur Replik und Duplik verstanden werden können und müssen, weil Mündlichkeit eine faktische Voraussetzung für eine mündliche Verhandlung sei. Auch nachträglich – in der Urteilsbegründung – finde sich keine Begründung (act. 104 S. 6

Rz 7). Die Vorinstanz habe durchaus auch antizipiert, dass die Verletzung der richterlichen Fragepflicht ein Thema sein könnte und gehe denn auch auf dieses Thema ein. Sie führe in diesem Zusammenhang aus, dass es ausreiche, wenn die Gegenpartei erfolglos auf den Mangel hingewiesen habe, wofür sie sich auf ZR 84 Nr. 52 E. 3a beziehe. Sie hätte die Berufungsklägerin, die weiterhin davon ausgegangen sei, dass mit der Einreichung der Bilanzen der Substantiierungspflicht genüge getan worden sei, auf die bisher ungenügende Substantiierung hinweisen und ihr eine Nachfrist zur Mängelbehebung ansetzen müssen. Angesichts der anwaltlichen Vertretung der Berufungsbeklagten hätte damit eine gewisse Waffengleichheit hergestellt werden müssen (act. 104 S. 7 Rz 8). Das schriftliche Verfahren schränke die Möglichkeit der richterlichen Fragepflicht deutlich ein, weil der Einzelrichter an einer mündlichen Verhandlung die Fragepflicht in anderem Umfang hätte wahrnehmen müssen; er wäre nicht dagesessen und hätte die Verhandlung ohne weiteres geschlossen, was auch viel zu riskant gewesen wäre (act. 104 S. 7 Rz 8). Schwer mangelhaft und gegen Art. 29 BV und Art. 6 EMRK verstossend, liege gleichzeitig eine Verstoss gegen Art. 30 Abs. 3 BV vor, der auch durch Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II garantiert sei. Weiter habe die Vorinstanz gegen § 55 ZPO/ZH und § 124 ZPO/ZH verstossen. Das erstinstanzliche Urteil sei aufzuheben und der Mangel mit der Durchführung einer mündlichen und öffentlichen Replik und Duplik zu beheben oder ihr allenfalls im schriftlichen Verfahren eine Nachfrist zur Substantiierung der Forderung anzusetzen

[...].

2. a) Art. 30 Abs. 3 BV sieht vor, dass Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung öffentlich sind, wobei das Gesetz Ausnahmen vorsehen kann. Art. 30 Abs. 3 BV betrifft die Publikumsöffentlichkeit, während die Parteiöffentlichkeit in Art. 29 Abs. 2 BV garantiert wird (Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2008, a.a.O., S. 964, S. 970). Zu Art. 30 Abs. 3 BV führen Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller (Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage, Zürich 2012, Rz 856) Folgendes aus: "Die Gerichtsöffentlichkeit dient der Transparenz und damit der Fairness des Verfahrens [...]. Im Zentrum von Art. 30 Abs. 3 BV stehen somit die Gerichtsverhandlung und die Urteilsverkündung. BSK BGG-Heimgartner/Wiprächtiger (2. Auflage 2011), N. 7 zu Art. 59 führen – unter Hinweis auf BGE 137 I 16 E. 2.2 – dazu aus: "Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bedeutet das Öffentlichkeitsprinzip eine Absage an jede Form geheimer Kabinettsjustiz (allerdings nur betr. Verhandlung und Urteilsverkündung); es soll durch die Kontrolle der Öffentlichkeit den Prozessbeteiligten eine korrekte und gesetzmässige Behandlung gewährleisten. Der allgemeinen Öffentlichkeit soll darüber hinaus auch er-

möglichst werden, Kenntnis davon zu erhalten, wie das Recht verwaltet und wie die Rechtspflege ausgeführt wird. Es sorgt damit auch für Transparenz in der Rechtspflege, was eine demokratische Kontrolle durch das Volk erst ermöglicht und als wesentliches Element des Rechts auf ein faires Verfahren zu den Grundlagen eines demokratischen Rechtsstaates gehört". Als hauptsächliche Funktionen werden alsdann genannt (BSK BGG-Heimgartner/Wiprächtiger [2. Auflage 2011], N. 8 zu Art. 59): Kontrolle der Öffentlichkeit bzw. Allgemeinheit betreffend korrekte und gesetzmässige Behandlung, betreffend wirksame und angemessene Erfüllung der Richteraufgaben, betreffend Information über wirksame Strafverfolgung und damit über die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Erwähnt wird auch eine (nicht messbare) präventive Bedeutung, die Verbreitung von Rechtskenntnissen und Schaffung von Rechtsbewusstsein sowie die Förderung von öffentlichen Debatten zu Justiz- und Rechtsfragen (a.a.O., N. 9 zu Art. 59 BGG).

Auch Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II garantieren als Teilaspekt des fairen Verfahrens öffentliche Gerichtsverhandlungen, u.a. im Zivilrecht, wenn keine schutzwürdigen Interessen beeinträchtigt werden (BSK BGG-Heimgartner/Wiprächtiger [2. Auflage 2013], N. 19 f. zu Art. 59). Art. 6 Abs. 1 EMRK garantiert die Parteiöffentlichkeit und die Volksöffentlichkeit gleichermaßen, allerdings unter zwei Einschränkungen, nämlich den Ausschluss der Öffentlichkeit und das Ausbleiben von mündlichen Verhandlungen überhaupt (Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Auflage, München/Basel/Wien 2012, Rz 73 und 76). Für zivilrechtliche Verfahren ist das Recht auf öffentliche Verhandlung nach ständiger Rechtsprechung des EGMR ein antragsbedürftiges Recht, wenn die Anberaumung der Verhandlung nach nationalem Gesetz nicht zwingend vorgesehen ist, sondern ins Ermessen des Gerichts gestellt ist (Grabenwarter/Pabel, a.a.O., Rz 91). Das heisst nach BGE 136 I 279 E. 1, dass "bei Vorliegen eines klaren und unmissverständlichen Parteiantrages [...] grundsätzlich eine öffentliche Verhandlung durchzuführen [ist] (E. 3a und 3b S. 55 f.). Von einer ausdrücklich beantragten öffentlichen Verhandlung kann abgesehen werden, wenn der Antrag der Partei als schickanös erscheint oder auf eine Verzögerungstaktik schliessen lässt und damit dem Grundsatz der Einfachheit und Raschheit des Verfahrens zuwiderläuft oder sogar rechtsmissbräuchlich ist. Gleiches gilt, wenn sich ohne öffentliche Verhandlung mit hinreichender Zuverlässigkeit erkennen lässt, dass eine Beschwerde offensichtlich unbegründet oder unzulässig ist (E. 3b/cc und 3b/dd S. 56). Als weiteres Motiv für die Verweigerung einer beantragten öffentlichen Verhandlung fällt die hohe Technizität der zur Diskussion stehenden Materie in Betracht, was etwa auf rein rechnerische, versicherungsmathematische oder buchhalterische Probleme zutrifft [...]. Schliesslich kann das kantonale Gericht von einer öffentlichen Verhandlung absehen, wenn es

auch ohne eine solche allein aufgrund der Akten zum Schluss gelangt, dass dem materiellen Rechtsbegehren der bezüglich der Verhandlung antragstellenden Partei zu entsprechen ist (BGE 122 V 47 E. 3b/ee und 3b/ff S. 57 f.)". Umgekehrt ist ein ausdrücklicher und stillschweigender Verzicht auf öffentliche Verhandlung möglich (Mark Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Auflage, Zürich 1999, Rz 443), allerdings nur, wenn die Allgemeinheit kein besonderes Interesse am Zugang zum Gericht hat (Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2008, S. 973).

Das Bundesgericht legt Art. 30 Abs. 3 BV eng aus. Garantiert wird einzig, dass – wenn eine Verhandlung stattzufinden hat – diese öffentlich sein muss (BGE 128 I 288 E. 2 = Pra 2003 Nr. 80). In diesem Zusammenhang führt das Bundesgericht in E. 2.3 aus: "Nach einer ersten Auslegung, die in erster Linie auf den Wortlaut abstellt, verpflichtet Art. 30 Abs. 3 BV nicht in allen gerichtlich zu beurteilenden Fällen zur Abhaltung einer öffentlichen (mündlichen) Verhandlung, sondern will vorbehältlich einer anderslautenden gesetzlichen Regelung nur garantieren, dass solche Verhandlungen, sofern sie überhaupt stattfinden, öffentlich sind. Mit anderen Worten gewährt der Grundsatz der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung gemäss Art. 30 Abs. 3 BV einer Partei keinen Anspruch, vor einem Gericht im Rahmen einer öffentlichen Verhandlung mündlich angehört zu werden. Dies im Gegensatz zu Art. 6 Abs. 1 EMRK, der ein solches Recht begründet (BGE 121 I 35 E. 5d m.Hinw.), sofern die Parteien nicht ausdrücklich oder stillschweigend darauf verzichten. Andererseits ist eine Auslegung von Art. 30 Abs. 3 BV denkbar, wonach in allen von Art. 30 Abs. 1 BV erfassten Fällen, d.h. überall dort, wo ein Anspruch auf gerichtliche Überprüfung besteht, ein Recht auf eine öffentliche (mündliche) Gerichtsverhandlung gegeben ist, wie in den Fällen nach Art. 6 Abs. 1 EMRK. Ein solches Recht hätte jedoch – entgegen dem, was dem vorerwähnten Entscheid vom 3. April 2001 entnommen werden könnte – eine Tragweite, die grösser ist als diejenige von Art. 30 BV und wie oben dargelegt [...] weiter als jener von Art. 6 Ziff. 1 EMRK".

b) Ist eine öffentliche Verhandlung durchzuführen, so muss dies im Laufe eines Prozesses nur einmal geschehen, und zwar in der Regel vor erster Instanz (BGE 141 I 97 E. 5.1) und damit vor einer Gerichtsinstanz, die Sachverhalt und Rechtsfragen voll überprüfen kann; die EMRK fordert nicht für jede Instanz ein öffentliches Verfahren. Findet vor der ersten Instanz keine öffentliche Verhandlung statt, und wird sie auf Beschwerde hin vor der zweiten, mit voller Kompetenz ausgestatteten Instanz nachgeholt, ist der Mangel in der Regel geheilt (Villiger, a.a.O., Rz 444; Grabenwarter/Pabel, a.a.O., Rz 93; Müller/Schefer, a.a.O., S. 970 mit Hinweis auf zwei Entscheidungen in Anm. 52, und zwar EGMR Kolb v. Austria 35021/97 [2003] Ziff. 60

sowie Stallinger & Kuso v. Austria, 14696/89 [1997] Ziff. 46; Steinmann, St. Galler Kommentar [3. Auflage 2014], N. 60 zu Art. 30 BV; BSK BV-Reich [2. Auflage 2015], N. 51 zu Art. 30).

3. a) Art. 29 Abs. 2 BV gewährt Anspruch auf rechtliches Gehör. Diesem ist in der Regel Genüge getan, wenn die Parteien ihre Standpunkte schriftlich darlegen konnten, und es bestehe unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs kein Anspruch auf mündliche Stellungnahme (BSK BV-Waldmann, N. 46 zu Art. 29; BGE 140 I 68 E. 9.6.1; BGE 134 I 140 E. 5.3). Einzig mit Blick auf Art. 29 Abs. 2 BV ist es daher nicht per se entscheidend, dass die Berufungsklägerin eine Verhandlung verlangt hat (act. 54 S. 2 Ziff. 2).

Gemäss § 119 Ziff. 1 ZPO/ZH war das Verfahren vor dem Einzelrichter mündlich, gemäss § 124 Abs. 1 ZPO/ZH konnte ausnahmsweise das schriftliche Verfahren angeordnet werden, was von Richard Frank/Georg Messmer/Hans Sträuli, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N. 1 zu Art. 124 ZPO/ZH (vgl. dazu auch a.a.O., N. 1 zu § 128) wie folgt kommentiert wurde: "Für Laienrichter und -parteien ist das mündliche Verfahren einfacher. Es hat auch den Vorteil der Unmittelbarkeit. Das Gericht ist deshalb nur ausnahmsweise befugt, an Stelle des mündlichen das schriftliche Verfahren anzuordnen, sei es von Anfang an oder erst für Replik und Duplik (§ 128 Satz 2), so z.B. bei umfangreichem Aktenmaterial, in Abrechnungsstreitigkeiten usf. [...]".

Kollokationsklagen waren bis zum Inkrafttreten der schweizerischen ZPO gemäss Art. 25 Ziff. 1 SchKG im beschleunigten Verfahren zu behandeln (Art. 148 Abs. 2 aSchKG), wobei das Verfahren im bundesrechtlich vorgegebenen Rahmen (kurz bemessene Termine, sechs Monate Dauer) im wesentlichen durch die Kantone bestimmt wurde (BSK SchKG II-Schöniger [1. Auflage 1998], N. 40 zu Art. 148; BSK SchKG I-Engler [1. Auflage 1998], N. 5 f. zu Art. 25). A.a.O. wird darauf hingewiesen, dass häufig ein Schriftenwechsel angeordnet werde (BSK SchKG I-Engler [1. Auflage 1998], N. 6 zu Art. 25). Alexander Brunner/Mark Reutter, Kollokations- und Widerspruchsklage nach SchKG, 2. Auflage, Bern 2002, S. 53, verweisen im Zusammenhang mit der Kollokationsklage darauf hin, dass "das Verfahren vor dem Einzelrichter [...] im Kanton Zürich grundsätzlich mündlich [ist] (ZPO 119 Ziff. 1). Der Richter kann aber das schriftliche Verfahren anordnen, wenn sich ein Streitverhältnis im mündlichen Verfahren voraussichtlich nicht genügend darlegen lässt (ZPO 124 I). In der Praxis wird aufgrund des Umfangs der Parteivorbringen und der Komplexität der zu beurteilenden Fragen bei der Kollokationsklage häufig das schriftliche Verfahren angeordnet [...]". Damit ist von einem mündlichen Verfahren mit einer Ausnahmeklausel auszugehen. In diesem Zusammenhang ist nochmals auf BGE 128 I 288

E. 2.6 = Pra 2003 Nr. 80 E. 2.6 zurückzukommen, wo ausgeführt wird, dass gemäss Art. 30 Abs. 3 BV eine öffentliche mündliche Verhandlung nur dann durchgeführt werden müsse, wenn gemäss Art. 6 Abs. 1 ERMK ein Anspruch bestehe oder wenn das anwendbare Verfahrensrecht dies vorsehe.

Im vorliegenden Fall sahen §§ 124 und 128 ZPO/ZH eine Ausnahme von der vorgeschriebenen Mündlichkeit für besondere Fällen vor. Von der Thematik her konnte die Vorinstanz antizipieren, dass Grundlage des angemeldeten Anspruchs eine detaillierte "Abrechnung" der erwähnten Bauleistungen der Berufungsklägerin für die Konkursitin sein dürfte, so dass das schriftliche Verfahren vor Art. 30 Abs. 3 BV wohl standhalten dürfte. Angesichts des Verständnisses von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und dem ausdrücklichen Antrag der Berufungsklägerin ist allerdings davon auszugehen, dass zumindest einer der beiden "Vorträge" im Sinne von § 121 ZPO/ZH mündlich durchzuführen gewesen wäre und dass die Vorinstanz insoweit den Grundsatz der Öffentlichkeit verletzt hat.

b) Die Vorinstanz hatte mit Verfügung vom 1. November 2013 (act. 33 S. 3 Ziff. 3) in Anwendung von § 124 ZPO/ZH das schriftliche Verfahren angeordnet. Mit Verfügung vom 23. Dezember 2013 (act. 37 S. 4 Dispositiv-Ziff. 1) wurde die Frist für die Klageantwort vorletztmals bis und mit 30. Januar 2014 erstreckt. In dieser Verfügung wurde erneut darauf hingewiesen, dass die Klageantwort den Anforderungen an § 113 ZPO ZH zu entsprechen habe. "Die Behauptungen sind bestimmt, substantiiert und vollständig aufzustellen. Allfällige Beweismittel müssen genau bezeichnet werden und allfällige Urkunden sind beizulegen (samt Beilagenverzeichnis) [...]". Am 28. Januar 2014 stellte die Berufungsklägerin ein weiteres Fristerstreckungsgesuch (act. 40) und am 18. Februar 2014 (act. 42) ein Sistierungsgesuch wegen des Todes von H.\_\_\_\_\_. Die Erstreckung der bis am 19. Februar 2014 letztmalig erstreckten Frist zur Einreichung der Klageantwort wurde mit Verfügung vom 17. März 2014 abgewiesen (act. 44). Mit Urteil der Kammer vom 8. April 2014 wurde auf eine Beschwerde der Berufungsklägerin zwar nicht eingetreten (act. 50 S. 12, Dispositiv-Ziff. 1), in der Folge wurde der Berufungsklägerin jedoch eine letzte, einmal erstreckte Frist von 20 Tagen zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (51 S. 2). Die Klageantwort wurde schliesslich mit Datum vom 26. Mai 2014 erstattet (act. 54). Dort stellte die Berufungsklägerin – wie bereits erwähnt – das Gesuch, "das Verfahren öffentlich durchzuführen" und "öffentliche Gerichtsverhandlungen anzuberaumen" (act. 54 S. 2, S. 20). Zu den Forderungseingaben hat die Berufungsklägerin in der Klageantwort ausgeführt: "Tatsächlich hat das Konkursamt Affoltern am Albis die Forderung zugelassen. Gegen das Nichtzulassen von Zinsforderungen durch den voreingenommenen, vorbefassten Konkursbeamten als Vertreter des Konkursamtes ist gegen die Konkursmasse E.\_\_\_\_\_

AG in Verfahren hängig" (act. 54 S. 9). Auf S. 10 findet sich dann eine Aufstellung "3. Folgende Forderungen bestanden am 1. Januar 1997, am 31. Dezember 1998 und bestehen auch heute noch", wobei die Forderung Nr. 22 der Berufungsklägerin mit Fr. 95'000 erwähnt wird. "Die unzutreffende Behauptung, Unterstellung «die Richtigkeit von Bilanz und Erfolgsrechnung der E.\_\_\_\_\_ AG» in Abrede zu stellen, verstösst gegen klares Recht, Bestimmungen OR, ZGB, Strafgesetzbuch, SchKG usw. Es handelt sich um Behauptungen wider Besseres Wissen. BO: Bilanz und Erfolgsrechnung E.\_\_\_\_\_ AG der Jahre 1996, 1997, 1998, 1999 Kontoblätter usw. (Ordner grün, am 25.10.2005 zugestellt, an das Konkursamt Affoltern am Albis, Edition Konkursamt Affoltern a.A.), Expertise, I.\_\_\_\_\_ als Zeuge, Steuererklärungen usw. Steueramt des Kantons Zürich (Beizug), lic. oec. J.\_\_\_\_\_ (als Zeuge), Bilanzen, Erfolgsrechnungen usw. welche an die D.\_\_\_\_\_ AG (D'.\_\_\_\_\_) zugestellt wurden (Edition D.\_\_\_\_\_ AG), obige Forderungen und weitere Forderungen wurden durch das Konkursamt Affoltern am Albis zugelassen. BO: Bericht des Konkursamtes Affoltern am Albis (Beizug), I.\_\_\_\_\_ (als Zeuge), Expertise".

In der Klageantwort führte die Berufungsklägerin weiter aus, dass die E.\_\_\_\_\_ AG verschiedene Gebäude erstellt habe, die von den Schätzern der Gebäudeversicherungsanstalt mit Fr. 11'309'000 geschätzt worden seien. Die Kosten für Aushub, Hinterfüllung, Umgebungsarbeiten, Erschliessung Baunebenkosten, Gebühren, Nebenkosten, Vorbereitungsarbeiten usw. seien mit Fr. 1'131'000 (rund 10 %) beziffert worden, was einen Anlagewert per Fertigstellung der Bauten im Jahr 1991 von Fr. 13'640'000 ergebe. Die Berufungsbeklagte bzw. ihre Vertreter wüsste ganz genau, dass die "Gesamtkosten (Erstellungskosten, Baukosten Handwerker, Unternehmer, Versicherungen, Architektur- und Bauleitungs-Honorar, Bau-Ingenieur-Honorare, Honorar an K.\_\_\_\_\_ AG, Honorare Vorbereitung (Verhandlungen mit Grundeigentümer, Vermittler-Gesellschaft, Honorare für Erstvermietung, Immobilien-Verwaltung nach Bezug der Bauten, Kosten für den Betrieb Hauswart-Leistungen, Unterhalt der Liegenschaft, Reparaturen usw.) nicht vollumfänglich mit dem Baukredit der D.\_\_\_\_\_ AG bezahlt worden seien, sondern dass Dritte, eben Mitglieder der IG L.\_\_\_\_\_, Zahlungen und geldwerte Leistungen erbracht hätten (act. 54 S. 11). Der ganze Zahlungsverkehr sei während der Bauphase über das Baukreditkonto bei der D.\_\_\_\_\_ AG abgewickelt worden und nach Bauvollendung sei der D.\_\_\_\_\_ eine Bauabrechnung zugestellt worden. Unter Berücksichtigung von Rückzahlungen von Fr. 628'000 habe das Darlehen im Juli 1999 Fr. 7'500'000 und Fr. 1'372'000, insgesamt Fr. 8'872'000 betragen, so dass die Differenz von Fr. 4'768'000 von den Mitgliedern der IG L.\_\_\_\_\_ investiert worden sei (act. 54 S. 12 mit Nennung von Beweismitteln). Nach Zustellung der drei Inhaberschuldbriefe im 3. Rang, je nominal Fr. 1'000'000, durch das Grund-

buchamt Affoltern a.A. seien diese den Mitgliedern der IG L.\_\_\_\_\_ zur Sicherstellung ihrer Forderungen übergeben und im Tresor der Grundeigentümerin verwahrt worden, so dass das Eigentum an die Mitglieder der IG L.\_\_\_\_\_ übergegangen sei (act. 54 S. 13). Art. 288 SchKG sei nicht anwendbar, weil dies nur bis 27. August 2001 möglich gewesen wäre (act. 54 S. 14). Die Klageantwort enthält anschliessend einen "Auszug aus der Geschichte – so kam es zu einer Zusammenarbeit mit der D'.\_\_\_\_\_ (D.\_\_\_\_\_ AG)" (act. 54 S. 15 ff.). In der Duplik hat die Berufungsklägerin im hier interessierenden Zusammenhang im wesentlichen das wiederholt, was sie bereits in der Klageantwort vorgebracht hat (vgl. act. 63 S. 1, S. 2S. 5 unten, S. 7 unten, S. 13 oben).

c) Die Vorinstanz hat in der Verfügung vom 12. Dezember 2014 (act. 60), mit der sie der Berufungsklägerin die Frist zur Duplik ansetzte, mit einem standardisierten Hinweis darauf aufmerksam gemacht, welche Anforderungen ihre Duplikschrift zu erfüllen habe (act. 60 S. 2 Dispositiv-Ziff. 3). Die Berufungsbeklagte ihrerseits hatte zuvor in der Replik (act. 59 Rz 7) Folgendes ausgeführt: "Bevor auf die einzelnen Ausführungen der beklagten Partei [Berufungsklägerin] eingegangen wird, gilt es festzuhalten, dass die beklagte Partei [Berufungsklägerin] in der Klageantwort mit keinem Wort auch nur annähernd auf die im Konkurs eingegebene und von der Klägerin [Berufungsbeklagten] bestrittene Forderung in der Höhe von angeblich CHF 95'000.00 eingegangen ist bzw. versucht hat, diese in materiell-rechtlicher Hinsicht zu begründen und zu beweisen. Bestreitet ein Gläubiger die Kollokation eines Mitgläubigers, so weicht die Beweislast von der Parteilollenverteilung ab. Im vorliegenden Verfahren obliegt es der beklagten Partei, den Bestand und die Höhe sowie den Rang ihrer Forderung zu beweisen. Erforderlich ist der volle Beweis, Glaubhaftmachen genügt nicht [...]. Ohne den Forderungsgrund überhaupt zu nennen und die Forderung mit Belegen zu begründen, gelingt der beklagten Partei [Berufungsklägerin] dieser Beweis nicht. Demzufolge ist die Klage gutzuheissen und die vollumfängliche Forderung der beklagten Partei [Berufungsklägerin] im Betrag von CHF 95'000.00 aus dem Kollokationsplan zu streichen". Und in act. 59 Rz 40: "Anstelle die von der Klägerin [Berufungsbeklagten] bestrittenen Forderung zu substantiieren oder mit Beweismitteln zu belegen, bestreitet die beklagte Partei [Berufungsklägerin] auch hier lediglich die Bestreitung der Klägerin [Berufungsbeklagten]. Das genügt nicht [...]. Mit dem von der beklagten Partei [Berufungsklägerin] einzig eingereichten Beweismittel ist die behauptete Forderung weder im Bestand noch in deren Umfang nachvollziehbar, geschweige denn kann sie damit bewiesen werden".

d) Die Berufungsklägerin hat ihre Forderung im vorinstanzlichen Verfahren nicht substantiiert. Damit stellt sich die Frage nach der richterlichen

Fragepflicht. § 55 ZPO/ZH, auf den es hier wesentlich ankommt, lautet: "Bleibt das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt, so ist ihr Gelegenheit zur Behebung zu geben, insbesondere durch richterliche Befragung". Er ist gleichbedeutend mit Art. 56 der schweizerischen ZPO mit folgendem Wortlaut: "Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung".

Die richterliche Fragepflicht gemäss § 55 ZPO/ZH gilt unabhängig von der Verfahrensart und die Verletzung der Pflicht kommt einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs gleich (Frank/ Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N. 1 zu § 55 ZPO/ZH). Sie kommt nicht zur Anwendung, wenn eine Partei bewusst jede nähere Erklärung zu einem bestimmten Punkt ablehnt (Frank/Sträuli/ Messmer, a.a.O., N. 3 zu § 55). Die Praxis geht davon aus, dass die Fragepflicht des Richters entfällt, wenn die Gegenpartei bereits erfolglos auf den Mangel unvollständiger Angaben hingewiesen hat (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N. 7 zu § 55). Die Fragepflicht ist nicht auf das mündliche Verfahren beschränkt, sondern besteht auch im schriftlichen (Frank/ Sträuli/Messmer, a.a.O., N. 19 zu § 55).

e) Ausgangspunkt ist, dass die Berufungsklägerin im erstinstanzlichen Verfahren nicht anwaltlich vertreten war. Sie hat offensichtlich das System der Kollokationsklage nach Art. 250 Abs. 2 SchKG nicht verstanden, das von ihr (als beklagter Partei) den vollen Beweis für die behauptete Forderung verlangt (BSK SchKG II-Hierholzer [2. Auflage 2010], N. 61 zu Art. 250), was ungewöhnlich ist. Ihr diesbezügliches Argumentarium beruht im wesentlichen darauf, dass das Konkursamt die Forderung bei der Eingabe im Kollokationsplan zugelassen und dass das Steueramt Bilanz und Erfolgsrechnung akzeptiert habe.

Dass die Prüfung der Anmeldung in den Kollokationsplan durch die Konkursverwaltung gemäss Art. 245 SchKG lediglich summarisch erfolgt und den Richter in keiner Weise bindet, kann einem Laien unbekannt sein und für ihn dürfte das auch verwirlich sein, weil es durchaus auch eine Domäne gibt, in der die Konkursverwaltung verbindliche Entscheidungen fällen muss und kann. Dass die Steuerbehörden bei steuerrechtlichen Entscheiden anders fokussieren und dass privates Recht und öffentliches Recht kein geschlossenes System ist, muss einem Juristen bekannt sein, einem Laien hingegen nicht. Und auch die Tatsache, dass unrevidierte Jahresabschlüsse zivilprozessrechtlich lediglich Parteibehauptungen darstellen, auch wenn sie von der Steuerbehörde gegebenenfalls akzeptiert worden sind, gehört sicher nicht zum Allgemeinwissen. Wenn gesagt wird, dass Parteien, die bewusst

eine nähere Erklärung zu einem bestimmten Punkt verweigern, keinen Anspruch auf richterliche Befragung haben, ist das an sich richtig, ist aber im vorliegenden Fall anders einzuordnen, als Frank/Sträuli/ Messmer (a.a.O., N. 3 zu § 55) dies tun. Wer – aus Rechtsunkenntnis – überzeugt ist, dass er nicht mehr tun muss und deshalb auch nicht mehr tut, ist kein Fall, bei dem die richterliche Fragepflicht unmittelbar entfällt, sondern ein Fall, in dem der Richter zunächst eine laienverständliche, Erklärung dafür geben muss, warum die falsche Annahme nicht zutrifft, gefolgt von allenfalls sachdienlichen Fragen. Für die identische Problematik nach der schweizerischen ZPO weist KuKo-ZPO-Oberhammer (2. Auflage 2014), N. 4 zu Art. 56 pointiert auf das sich hier stellende Problem hin, wenn er schreibt: "Versteht eine Partei gar nicht, was aus Perspektive des Gerichts relevant ist, so wird ihr lediglich formal, aber nicht inhaltlich das rechtliche Gehör gewährt. Geboten ist aber – wie dies insb. in Art. 6 Abs. 1 EMRK zum Ausdruck kommt, eine «faire» Äusserungsmöglichkeit, was voraussetzt, dass die Parteien verstehen, worum es im Prozess überhaupt geht" (vgl. auch BK-Hurni, Art. 56 N 3: «sehenden Auges scheitern lassen»; a.A. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Sutter-Somm/von Arx, Art. 56 N 12). Erst wenn die betreffende Partei trotz korrektem gerichtlichen Vorgehen ihre Haltung nicht ändert, hat sie die Folgen davon zu tragen. Der allgemein gehaltene standardisierte Hinweis, wie ihn die Vorinstanz gegeben hat, genügt jedenfalls dann nicht, wenn offensichtlich ist, dass die Laienpartei daraus nicht die richtigen Schlüsse zieht bzw. ziehen kann.

Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid erwähnt, dass die Gegenpartei die Berufungsklägerin auf die unzureichende Substantiierung hingewiesen habe (act. 105 E. 2.17). Das trifft zu, ebenso wie der Hinweis auf die Rechtsprechung (act. 105 E. 2.16), wonach der durch die Gegenpartei erfolgte Substantiierungshinweis die Aufforderung der Gerichte ersetzt. Was unter Rechtskundigen klarerweise gelten muss und auch gilt, trifft für eine Laienpartei allerdings nicht in gleicher Weise zu. Ihr ist es nicht zu verdenken, wenn sie ihrer anwaltlich vertretenen Gegnerin nicht traut und – nachvollziehbar – davon ausgeht, dass diese ihre eigenen Interessen wahrnimmt, und sie möglicherweise "über den Tisch" gezogen werden könnte. Zusammenfassend ergibt sich daraus, dass die Vorinstanz, unabhängig von der Mündlichkeit oder Schriftlichkeit des Verfahrens die richterliche Fragepflicht von § 55 ZPO/ZH verletzt hat, womit der Berufungsklägerin das rechtliche Gehör verweigert wurde (Frank/ Sträuli/Messmer, a.a.O., N. 1 zu § 55 ZPO/ZH). Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Wird Art. 29 BV und damit das rechtliche Gehör verletzt, stellt sich die Frage nach den Konsequenzen: Das Bundesgericht beantwortet dies mit zwei gleichlautenden Formeln: Verletzungen formeller Natur müssten – ungeachtet der Erfolgsaussichten – an sich zur Aufhebung des mangelhaften Entscheides füh-

ren, hingegen solle eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden, wenn die unterbliebene Anhörung, die Akteneinsicht oder die Beweiserhebung vor der Rechtsmittelinstanz nachgeholt werden können, wenn die Rechtsmittelinstanz mindestens die gleiche Kognition habe wie die Vorinstanz (Steinmann, St. Galler Kommentar [3. Auflage 2014], N. 59 zu Art. 29 BV). Dazu steht in BGE 137 I 195 E. 2.3.2: "Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. zum Ganzen: BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2 S. 126 f.; BGE 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.)". Ganz allgemein ist das (der Anhörung gleichgestellte) Interesse an einer beförderlichen Beurteilung der Sache ein wesentlicher Faktor (BGE 137 I 195 E. 2.2 und 2.3.2; BGE 135 I 279 E. 2.6.1 S. 285, je mit Hinweisen). Anzumerken ist, dass im Zusammenhang mit Art. 318 ZPO der Vorrang des Interesses an einem prozessökonomischen Verfahren ("Vorrang der Prozessökonomie") höher gewichtet wird als der Anspruch auf eine "double instance" (vgl. z.B. Botschaft, S. 7376; ZPO-Rechtsmittel-Stauber, N. 11 zu Art. 318). Gerade in einem Prozess, der seit 2006 rechtshängig ist, hat das zeitliche Element ein ganz erhebliches Gewicht, umso mehr als der Konkurs, in dessen Rahmen die vorliegende Kollokationsklage gehört, im Jahre 1999 eröffnet wurde».

3. Das in jenem Verfahren angerufene Bundesgericht hat dazu in BGer 5A\_485/2016 E. 2.3 Folgendes erwogen:

"Daraus ist abzuleiten, dass für die blosser Feststellung einer Gehörsverletzung, die daraus folgende Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz kein reformatorischer Antrag erforderlich ist. Ein reformatorisches Urteil, das einen reformatorischen Antrag erfordert, wird in diesem Fall gerade nicht gefällt. Vielmehr genügt ein Aufhebungs- und Rückweisungsantrag, denn diesem wird mit einem Rückweisungsurteil vollumfänglich entsprochen. Ausserdem besteht insoweit weder für das Gericht noch für die Gegenpartei ein Zweifel, was die das Rechtsmittel erhebende, die Verletzung des rechtlichen Gehörs rügende und den

Rückweisungsantrag stellende Partei anstrebt. Die Frage, ob ein reformatorisches Begehren vorliegt, stellt sich für die Rechtsmittelinstanz erst dann, wenn sie eine Heilung der Gehörsverletzung in Betracht zieht, d.h. wenn sie selber reformatorisch entscheiden möchte. Das Obergericht hat zwar abstrakt einige Ausführungen zu den Möglichkeiten der Heilung gemacht (oben E. 2.1 am Ende). Es hat sich aber nicht dazu geäußert, als wie schwer es die geschehene Gehörsverletzung erachtet, und es hat auch nicht konkret festgehalten, dass es tatsächlich zu einer Heilung schreiten würde, wenn ein genügender Antrag vorläge. Entsprechendes gilt für die vom Obergericht festgestellte Verletzung des Anspruchs auf eine öffentliche Verhandlung. Es steht mithin noch gar nicht fest, ob die Berufung der Beschwerdeführerin eines reformatorischen Antrags bedurft hätte. Die Beschwerde ist demnach teilweise gutzuheissen. Der angefochtene Beschluss ist aufzuheben und die Angelegenheit an das Obergericht zurückzuweisen, damit es sich dazu äussert, ob die von ihm festgestellten Verfahrensmängel geheilt werden könnten. Demgemäss braucht derzeit nicht geprüft zu werden, ob das Obergericht zu Recht vom Fehlen eines reformatorischen Antrags ausgegangen ist oder ob die Beschwerdeführerin in ihrer Berufung zumindest sinngemäss einen reformatorischen Antrag gestellt hat".

4. Die Klägerin hat in ihrer Berufungsantwort vom 23. März 2017 folgendes Rechtsbegehren gestellt (act. 152 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist;
2. Eventualiter: Die Kollokationsklage der Klägerin und Berufungsbeklagten vom 6. April 2006 sei gutzuheissen, mit dem folgenden Rechtsbegehren:
  - a) Es sei das Konkursamt Affoltern am Albis gerichtlich anzuweisen, die Forderung der beklagten Parteien im Betrage von CHF 140'000.00 aus dem Kollokationsplan im Konkurs der Konkursitin E. \_\_\_\_\_ AG, 8910 Affoltern, zu weisen;
  - b) Eventualiter: Es sei das Konkursamt Affoltern am Albis gerichtlich anzuweisen, die grundpfandgesicherte Forderung der beklagten Parteien im Betrage von CHF 140'000.00 im jetzt kollozierten Rang aus dem Lastenverzeichnis/Kollokationsplan im Konkurs der Konkursitin E. \_\_\_\_\_ AG, 9810 Affoltern, zu weisen und als Forderung der III. Klasse aufzunehmen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag von 5.6 %) für die Verfahren beider Instanzen zulasten der Beklagten und Berufungsklägerin."

Die Klägerin begründet ihre Begehren zusammengefasst wie folgt (act. 152 S. 3 ff.): Das Verfahren der Vorinstanz weise keine Verfahrensmängel auf und habe weder das rechtliche Gehör, noch die richterliche Fragepflicht, noch den Anspruch auf öffentliches Verfahren verletzt. G.\_\_\_\_\_, der verschiedene Parteien im Zusammenhang mit dem Konkurs der E.\_\_\_\_ AG vertrete, sei kein unerfahrener Laie im eigentlichen Sinn, habe er doch mehrere Entscheide vor das Obergericht und das Bundesgericht weitergezogen und prozessuale Anträge gestellt. Die Vorinstanz und die Klägerin hätten die Beklagte mehrfach auf ihre Pflichten hingewiesen, insbesondere dass sie die Beweislast tragen würde (act. 152 Rz 7). Die Vorinstanz habe nicht gegen Art. 30 Abs. 3 BV verstossen, indem sie keine öffentliche (mündliche) Verhandlung angeordnet habe, weil §§ 124 und 128 ZPO/ZH ja gerade die Möglichkeit gebe, das schriftliche Verfahren anzuordnen. Es wäre nämlich anzunehmen gewesen, dass die angemeldete Forderung durch die Einreichung von Urkunden belegt würden. Die Beklagte habe vor Vorinstanz nicht rechtsgenügend substantiiert, so dass die Vorinstanz die Klage gutgeheissen habe, ohne damit die richterliche Fragepflicht und das rechtliche Gehör zu verletzen. Die Beklagte sei mehrfach darauf hingewiesen worden, welche Dokumente dafür notwendig wären und dass das, was von ihr eingereicht worden sei, nicht genüge, um ihre Forderung zu beweisen (act. 152 S. 5 mit Hinweis auf act. 1 S. 6 Rz 5 und 6 und act. 64 Rz 10). Nach Lehre und Rechtsprechung entfalle die Hinweispflicht, wenn die Gegenpartei bereits auf den Mangel aufmerksam mache. Der Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung sei sodann lediglich mit der nicht substantiierten Behauptung der Befangenheit der Richter begründet und nicht, weil sie mit den Anforderungen an die Rechtsschrift überfordert worden sei (act. 152 S. 6 Rz 7). Die Heilung der Mängel durch das Obergericht wäre möglich, hingegen fehle ein reformatorischer Antrag (act. 152 Rz 8). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs könne geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhalte, sich im Rechtsmittelverfahren zu äussern, sofern die Rechtsmittelinstanz volle Kognition in Bezug auf die Sach- und Rechtslage verfüge, was hier kumulativ vorliege (act. 152 Rz 9). Auch könne die Kammer gemäss Art. 316 ZPO eine öffentliche Verhandlung durchführen (act. 152 Rz 9). Bei speziellen Umständen könne eine Heilung bei der Rechtsmit-

telinstanz erfolgen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führe, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interessen an der beförderlichen Beurteilung an der Sache nicht vereinbar wären (BGE 137 I 195). Der Konkurs sei im Jahr 1999 eröffnet worden. Das Verfahren werde von der Beklagten torpediert und verzögert. Die Gläubiger warteten seit 20 Jahren auf Begleichung der Forderung und das Obergericht könne sämtliche – bestrittenen – Verletzungen selber heilen. Die Interessen der Klägerin an einer raschen Beurteilung habe angesichts der extrem langen Verfahrensdauer Vorrang (act. 152 Rz 10). Im Rechtsbegehren werde Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides, Rückweisung an die erste Instanz mit der Anweisung, eine mündliche Replik/Duplik durchzuführen verlangt. Gestützt auf die Rechtsprechung müsse im Rechtsbegehren ein Antrag in der Sache gestellt werden und hier werde nur ein Rückweisungsantrag gestellt. Es sei nach konstanter Rechtsprechung ungenügend, wenn das, was verlangt werde, lediglich mit gutem Willen aus der Begründung ersichtlich sei. Die Beklagten seien in der Berufung anwaltlich vertreten worden, so dass die für Laien konzipierte Ausnahme nicht gelte (act. 152 Rz 12). Das Obergericht könnte in der Sache selbst ein Urteil fällen und damit sei der Antrag in der Sache unentbehrlich, welcher vorliegend fehle. Mangels eines Antrages in der Sache sei die Fällung des Urteils unmöglich, weshalb die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (act. 152 Rz 13). Das Eventualbegehren werde für den Fall gestellt, dass nach Ansicht des Obergerichts eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliege, was die Klägerin bestreite, dieser Mangel durch das Obergericht geheilt und das Obergericht in der Sache selbst ein Urteil fällen könne, was wegen des fehlenden reformatorischen Rechtsbegehrens ebenfalls bestritten werde. Diesfalls gehe die Klägerin davon aus, dass das Obergericht eine Verhandlung für die mündliche Replik und Duplik ansetze (act. 152 Rz 14).

5. a) Die Kammer hat im Verfahren NE160004 mit Beschluss vom 24. Mai 2016 (dort act. 109), welcher in der vorstehenden Erwägung II./2. wiedergegeben ist, einlässlich begründet, dass angesichts des ausdrücklichen Antrages der Beklagten – trotz der Möglichkeit in §§ 124 und 128 ZPO/ZH, sämtliche Parteivorbringen schriftlich durchzuführen – wegen Art. 30 Abs. 3 BV und Art. 6 Ziff. 1

EMRK eine mündliche Verhandlung durchzuführen gewesen wäre. Die Kammer hat weiter darauf hingewiesen, dass die Beklagte das System der Kollokationsklage nach Art. 250 Abs. 2 SchKG nicht verstanden habe und dass in solchen Fällen ein standardisierter Hinweis, wie ihn die Vorinstanz gegeben hat, nicht ausreicht. Sie hat auch eingeräumt, dass die Gegenpartei – die Klägerin – auf die unzureichende Substantiierung hingewiesen habe, was bei rechtskundig vertretenen Parteien die Hinweispflicht des Gerichts ersetze, dass aber von einer Laienpartei nicht erwartet werden könne, dass sie bei der Belehrung durch den Prozessgegner erkenne, dass diese damit nicht eigene Interessen wahrnehme und befürchte, sie werde "über den Tisch" gezogen. Die Kammer ist deshalb im vorstehend wiedergegebenen Beschluss vom 24. Mai 2016 zum Schluss gekommen, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beklagten verletzt hat und dass eine mündliche Verhandlung durchzuführen gewesen wäre, worauf verwiesen wird.

b) Was die Klägerin anführt, mag die vorstehenden Erwägungen nicht grundsätzlich in Frage zu stellen. Richtig ist, dass G.\_\_\_\_\_, der diverse andere Parteien im Zusammenhang mit dem Konkurs der E.\_\_\_\_\_ AG vertritt, schon viele Verfahren geführt hat. Dabei ging es in aller Regel um Beschwerden nach Art. 17 ff. SchKG, in denen es sich jeweils um die Anfechtung einer SchKG-Verfügung handelte, so dass der Prozessstoff vorgegeben ist und es sich um Verfahren handelt, in denen auch im übrigen häufig Laienparteien auftreten. Ausserdem gilt im SchK-Beschwerdeverfahren von Bundesrechts wegen der Untersuchungsgrundsatz (Art 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Davon unterscheidet sich die Substantiierung von Forderungen im Zivilprozess ganz erheblich. Zudem ist erklärungsbedürftig, dass – ausnahmsweise – wegen der Umkehr der Parteirollen gemäss Art. 250 Abs. 2 SchKG die Behauptungs- und Beweislast bei der beklagten Partei liegt.

Aus dem Bundesgerichtsentscheid BGer 5A\_485/2016 ergibt sich, dass "für die blosser Feststellung einer Gehörsverletzung, die daraus folgende Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz kein reformatorischer Antrag erforderlich ist. [...] Es [das Obergericht] hat sich aber nicht dazu geäussert, als wie schwer es die geschehene Gehörsverletzung erach-

tet, und es hat auch nicht konkret festgehalten, dass es tatsächlich zu einer Heilung schreiten würde, wenn ein genügender Antrag vorläge. Entsprechendes gilt für die vom Obergericht festgestellte Verletzung des Anspruchs auf eine öffentliche Verhandlung. Es steht mithin noch gar nicht fest, ob die Berufung der Beschwerdeführerin eines reformatorischen Antrags bedurft hätte".

Der Entscheid im bundesgerichtlichen Verfahren 5A\_485/2016 hat für den vorliegenden Prozess keine bindende Wirkung, weil er in einem anderen – allerdings parallelen – Verfahren ergangen ist, jedoch ist er mit Blick auf die identische Ausgangslage ein Präjudiz der übergeordneten Instanz. An solchen Präjudizien orientieren sich ganz allgemein die Gerichte aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtseinheit (vgl. Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 4). Um den Entscheid des Bundesgerichts berücksichtigen zu können, erfolgte gerade auch die vorne (E. I./4.) erwähnte Sistierung (act. 134).

Aus dem Bundesgerichtsentscheid ergibt sich, dass das Fehlen eines reformatorischen Rechtsmittelantrages erst dann problematisch ist, wenn sich die obere Instanz konkret dazu entschliesst, in der Sache selber zu entscheiden (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO: Ein wesentlicher Teil der Klage ist noch nicht beurteilt worden, der Sachverhalt ist in wesentlichen Teilen zu vervollständigen), wozu es dann allerdings nicht kommen kann, weil der erforderliche Antrag für einen Sachentscheid durch die Rechtsmittelinstanz fehlt. Ob in der Sache entschieden werden soll, kann daher nicht losgelöst von Lehre und Rechtsprechung erfolgen, weil die betroffene Partei sonst Grund zur Annahme hätte, ausschlaggebend für die Wahl könnte einzig die Aussicht auf eine einfache Erledigung des Verfahrens sein.

Die Beklagte muss ihre Forderung im Einzelnen noch behaupten, detailgetreu mit dem Entstehungsgrund, dem Entstehungszeitpunkt und der Höhe. Das ist bis anhin nicht geschehen. Der Prozess steht damit – trotz der überlangen Verfahrensdauer, zu der die Beklagte ganz massgeblich beigetragen hat – noch am Anfang. In Lehre und Praxis wird vertreten, dass der noch nicht spruchreife Prozess zur Durchführung weiterer Erhebung (insbesondere zur Durchführung oder Ergänzung des Beweisverfahrens, allenfalls auch zur Wiederholung oder Ergän-

zung des Schriftenwechsels und/oder der Hauptverhandlung, vgl. § 270 ZPO/ZH) und zur neuen Entscheidung an die erste Instanz zurückzuweisen ist (ZK ZPO-Reetz/Hilber, 3. Aufl. 2016, N. 23 zu Art. 318). Grund dafür ist, dass den Parteien nicht Nachteile entstehen sollen, weil nur die Berufungsinstanz (und nicht auch die erste Instanz) über wichtige Tat- und Rechtsfragen entschieden hat (ZK ZPO-Reetz/Hilber, 3. Auflage 2016, N. 29 zu Art. 318; Benedikt Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013 Rz 1522; vgl. OGer ZH, Beschluss vom 16. August 2013, LE130036, E. 2.1.). Ist demnach nicht einmal das Behauptungsstadium, an das gegebenenfalls das Beweisverfahren anschliesst, durchgeführt worden, so liegt ein Fall von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO vor, was zu einer Rückweisung an die Vorinstanz führt.

Die Berufung ist damit gutzuheissen und der Fall im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird dem Antrag der Beklagten auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung Rechnung tragen müssen.

### III.

Wird die Berufung gutgeheissen und der Fall an die Vorinstanz zurückgewiesen, so ist lediglich die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren festzusetzen. Die Verlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wird der Vorinstanz entsprechend dem Ausgang des erstinstanzlichen Verfahren obliegen.

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

1. Die Akten des Verfahrens NE160004 werden beigezogen.
2. Schriftliche Mitteilung zusammen mit dem nachfolgenden Urteil.

#### **Es wird erkannt:**

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern, Einzelrichter im beschleunigten Verfahren, vom 3. Februar 2016 wird aufgehoben und die Sache zur Ergän-

zung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens wird dem neuen vorinstanzlichen Entscheid vorbehalten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'250.– festgesetzt.
4. Die Verlegung der Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sowie die Festsetzung einer Parteientschädigung für dieses werden dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Kopie von act. 152, an die Obergerichtskasse sowie – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Affoltern, Einzelrichter im beschleunigten Verfahren, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 140'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: