

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP170005-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Leitender
Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden

Beschluss und Urteil vom 24. August 2017

in Sachen

A._____,

Klägerin und Berufungsklägerin

gegen

B._____ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

betreffend **Kollokation (ungesicherte Forderung im Konkurs des C._____)**

**Berufung gegen das Urteil und die Verfügung des Einzelgerichtes für
SchKG-Klagen des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. Januar 2017;
Proz. FV110275**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei in dem vom Konkursamt Zürich-Hottingen durchgeführten Konkurs über C._____ die von der Konkursverwaltung in der 3. Klasse zugelassene Forderung der Beklagten von CHF 532'314.35 (Ord.-Nr. 11) nur im herabgesetzten Betrag von CHF 59'826.55 zuzulassen und im Übrigen abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Anlässlich der Verhandlung vom 9. November 2012
geändertes Rechtsbegehren:**

(Prot. S. 6)

- "1. Es sei in dem vom Konkursamt Zürich-Hottingen durchgeführten Konkurs über C._____ die von der Konkursverwaltung in der 3. Klasse zugelassene Forderung der Beklagten von CHF 532'314.35 (Ord.-Nr. 11) vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Urteil und Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich:

(act. 149 = act. 155)

(Verfügung):

1. Auf die negative Kollokationsklage wird im Umfang von CHF 59'826.55 nicht eingetreten.
Die Beklagte bleibt mit diesem Betrag kolloziert.
2. [Mitteilung]
3. [Rechtsmittelbelehrung]

(Urteil):

1. Die Klage wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Entscheidgebür wird festgesetzt auf CHF 3'000.00.
3. Die Entscheidgebür wird der beklagten Partei auferlegt.

4. Die Entscheidegebühr wird vom klägerischen Vorschuss bezogen, ist der klagenden Partei jedoch von der beklagten Partei zu ersetzen.
5. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine Parteienschädigung von CHF 3'000.00 (mit dem Ersatz der Entscheidegebühr mithin total CHF 6'000.00) zu bezahlen.
6. [Mitteilung]
7. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

(act. 153 S. 1)

1. Die Forderungen der Beklagten CHF 59'826.55 seien aus dem Kollokationsplan zu streichen.
2. Die Gerichtskosten CHF 3'000.00 seien dem Vorschuss der Beschwerdeführerin nicht belasten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

(Prozessualer Antrag:)

1. Der Konkurs über den Ehemann der Beschwerdeführerin sei aufzuheben.

Erwägungen:

1. Einleitung, Prozessgeschichte

Am 23. November 2010 eröffnete das Bezirksgericht Zürich auf Begehren der Beklagten und Berufungsbeklagten (im Folgenden: Beklagte) den Konkurs über C._____, den Ehemann der Klägerin und Berufungsklägerin (im Folgenden: Klägerin). Eine gegen die Konkurseröffnung erhobene Beschwerde wurde abgewiesen. Die Kammer setzte die Konkurseröffnung neu auf den 14. März 2011 fest. Mit Eingabe vom 29. November 2011 erhob die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich Kollokationsklage (act. 1). Anlässlich der Verhandlung vom 9. November 2012 erweiterte sie ihr Rechtsbegehren (Protokoll Vorinstanz S. 6). Nach durchgeführtem Verfahren trat die Vorinstanz im Umfang von CHF 59'826.55 auf die Klage nicht ein und hiess sie im Mehrumfang gut (act. 155). Dieser Entscheid wurde der Klägerin am 30. Januar 2017 zugestellt (act. 150).

Gegen den Entscheid vom 27. Januar 2017 erhob die Klägerin am 20. Februar 2017 (Eingang am 22. Februar 2017) rechtzeitig ein entsprechend der Rechtsmittelbelehrung als Beschwerde bezeichnetes Rechtsmittel (act. 153). Mit Verfügung vom 15. März 2017 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 400.00 angesetzt (act. 156). Am 23. März 2017 stellte die Klägerin ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und gegen Oberrichter lic. iur. Peter Diggelmann ein Ausstandsgesuch (Art. 158). Mit Eingabe vom 29. März 2017 nahm Oberrichter Diggelmann zum Ausstandsgesuch Stellung (act. 160). Mit Verfügung vom 29. März 2017 wurde der Klägerin diese Eingabe zugestellt. Es wurde ihr Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt (act. 161). Am 5. April 2017 gab die Klägerin ihre Stellungnahme ab (act. 163). Mit Beschluss vom 12. April 2017 wurde das Ausstandsgesuch abgewiesen (act. 165). Auf eine dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 3. Juli 2017 nicht ein (act. 171, BGer 5D_67/2017). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

Mit Eingabe vom 1. März 2017 erhob die Beklagte Berufung gegen das Urteil vom 27. Januar 2017. Dieses Rechtsmittel wird in einem separaten Verfahren (Geschäfts-Nr. NP170008) behandelt.

2. Berufungsfähigkeit des angefochtenen Entscheides

Erstinstanzliche Endentscheide sind mit Berufung anfechtbar. In vermögensrechtlichen Belangen ist allerdings ein Mindeststreitwert von Fr. 10'000.00 vorausgesetzt (Art. 308 ZPO). Bei der Kollokationsklage bemisst sich der Streitwert nach Massgabe der zu erwartenden Konkursdividende (BGE 140 III 65). Diese wurde auf drei Prozent geschätzt (act. 4 S. 13). Im Verfahren vor Bezirksgericht lag eine Forderung von rund 530'000 Franken im Streit, der Streitwert beträgt damit rund 16'000 Franken. Gegen den Entscheid vom 27. Januar 2017 ist die Berufung zulässig. Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz den Nichteintretensentscheid vom Urteil getrennt formell als Verfügung erliess. Die Beschwerde vom 20. Februar 2017 ist als Berufung entgegenzunehmen. Einen Nachteil erleidet die Klägerin dadurch nicht.

3. Beanstandungen der Klägerin und Würdigung

3.1. Im vorinstanzlichen Verfahren stellte die Klägerin zunächst das Rechtsbegehren, die in der 3. Klasse zugelassene Forderung der Beklagten von CHF 532'314.35 sei im Umfang von CHF 59'826.55 (dabei handelt es sich nach Angaben der Klägerin um eine zugesprochene Parteientschädigung, act. 153 S. 3) zuzulassen und im Mehrumfang abzuweisen. Im Umfang von CHF 532'314.35 minus CHF 59'826.55 obsiegte die Klägerin (Dispositiv Ziffer 1 des Urteils). Im Umfang von CHF 59'826.55 trat das Bezirksgericht auf die Klage nicht ein. Es erwog, das Rechtsbegehren auf Nichtzulassung der Forderung im Umfang von CHF 59'826.55 sei anlässlich der Verhandlung vom 9. November 2012 gestellt worden. Die Klägerin habe ihre Klage erweitert, was gemäss Art. 227 ZPO zulässig sei. Konkursrechtlich sei das erweiterte Begehren aber verspätet. Ein Anspruch werde zunächst im Kollokationsplan fixiert. Eine Kollokationsklage müsse innert Frist erfolgen, ansonsten der Anspruch verwirkt sei. Die Klägerin habe ihr Begehren zu spät gestellt, weshalb darauf nicht einzutreten sei.

3.2. Das Bezirksgericht bejahte unter Nennung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmung seine Zuständigkeit. Ergänzend kann darauf hingewiesen werden, dass Art. 250 Abs. 1 SchKG die örtliche Zuständigkeit nur für den Fall der Klage gegen die Masse ausdrücklich regelt. Gemäss ständiger Praxis gilt der Gerichtsstand des Konkursortes aber auch für die negative Kollokationsklage (BSK SchKG II-HIERHOLZER, Art. 250 N 46 mit Hinweis auf BGE 66 III 20). Die Klägerin stellte sich in der Klageschrift auf den Standpunkt, das Bezirksgericht Zürich sei sowohl örtlich als auch sachlich zuständig (act. 1 S. 3). In der Rechtsmittelschrift macht sie unter dem Titel "Zuständigkeit des Gerichts" Ausführungen (act. 153 S. 9), bringt aber keine Argumente vor, die gegen die Zuständigkeit der Vorinstanz sprechen würden. Das Bezirksgericht hat seine Zuständigkeit zu Recht bejaht.

3.3. Die Klägerin ist mit der Begründung im angefochtenen Entscheid nicht einverstanden. Sie bringt vor, die Konkurseröffnung sei zu Unrecht erfolgt, die Beklagte habe sich in diesem Zusammenhang strafbar gemacht. Dies habe die Klägerin an der Verhandlung vom 9. November 2012 belegt. Die Beklagte habe dies

nicht bestritten, sondern den Gerichtssaal verlassen, ohne eine Klageantwort oder eine Duplik erstattet zu haben. Die Beklagte habe somit an ihren Forderungen nicht festgehalten. Wenn die Vorinstanz dennoch auf die Klage im Umfang von CHF 59'826.55 nicht eingetreten sei, habe sie Art. 58 ZPO verletzt, wonach ein Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen dürfe als diese verlangt habe und nicht weniger als die Gegenpartei anerkannt habe.

Geht man mit der Klägerin davon aus, dass die Beklagte keinen Parteivortrag gehalten und damit die Behauptungen der Klägerin nicht bestritten hat, so bedeutet das gegebenenfalls, dass die Behauptungen der Klägerin als erstellt gelten, nicht aber, dass die Klage anerkannt wäre. Eine Verletzung der Dispositionsmaxime gemäss Art. 58 ZPO liegt nicht vor.

3.4. Weiter bringt die Klägerin vor, sie habe die Klage rechtzeitig erhoben, und zwar auch im Hinblick auf den Teilbetrag von CHF 59'826.55, denn Art. 250 Abs. 2 SchKG lasse die Klage gegen den Gläubiger und nicht gegen einzelne Forderungen zu. Mit der Klage vom 29. November 2011 sei die Kollokation der ganzen Forderung, also auch des Teilbetrages von CHF 59'826.55 fristgerecht angefochten worden. Die Ansicht ist nicht zutreffend. Gemäss Art. 250 Abs. 2 SchKG kann ein Gläubiger die Zulassung der Forderung eines anderen Gläubigers oder dessen Rang durch Klage bestreiten. Die Bestreitung kann auch nur in einem Teilumfang erfolgen (vgl. für den umgekehrten Fall des positiven Kollokationsprozesses: BSK SchKG II-Hierholzer, 2. Auflage, Art. 250 N 56). Dementsprechend wird die Verwirkungsfrist von Art. 250 Abs. 1 SchKG nur in Bezug auf den eingeklagten Teilbetrag gewahrt (vgl. für den ähnlichen Fall der Verjährungsunterbrechung durch Teilklage: BSK OR I-Däppen, 6. Auflage, Art. 135 N 10). Daraus folgt, dass die Kollokationsklage in Bezug auf den Teilbetrag von CHF 59'826.55 nicht schon mit der Klage vom 20. November 2011, sondern erst mit der Klageänderung vom 9. November 2012 angehoben wurde. Der Kollokationsplan wurde vom 11. November 2011 bis am 1. Dezember 2011 aufgelegt (act. 4). Die Frist zur Erhebung der Kollokationsklage beträgt 20 Tage (Art. 250 Abs. 1 SchKG). Die Klägerin räumte in der Klageschrift vom 29. November 2011 selbst ein, dass die Klagefrist am 30. November 2011 ablaufe (act. 1 S. 3). Die

Klage wurde bezüglich der Teilforderung von CHF 59'826.55 offensichtlich zu spät angehoben. Zu Recht ist die Vorinstanz auf die Klage in diesem Teilumfang nicht eingetreten. Die Berufung ist abzuweisen. Bei diesem Ergebnis sind die Ausführungen der Klägerin zur Vorgeschichte der Konkursöffnung sowie zum Bestand der Forderung nicht relevant.

3.5. Die Klägerin rügt, sie habe vor Vorinstanz den Antrag gestellt, der Konkurs über C. _____ sei aufzuheben. Das Bezirksgericht habe über diesen Antrag nicht entschieden, was eine Rechtsverzögerung darstelle. Die Konkursöffnung sei nichtig gewesen (act. 153 S. 2 und 11). In der Klageschrift vom 29. November 2011 hat die Klägerin keinen entsprechenden Antrag gestellt (act. 1). Auch anlässlich der Verhandlung vom 9. November 2012 wurde kein entsprechendes Begehren gestellt (Protokoll Vorinstanz S. 6 ff.). Die Rüge der Klägerin ist nicht stichhaltig. Der mit der Berufung gestellte Antrag um Aufhebung des Konkurses ist neu und nicht zulässig (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Auf den Antrag ist nicht einzutreten. Nur am Rande sei erwähnt, dass der im Jahr 2011 eröffnete Konkurs aus Gründen der Rechtssicherheit selbst dann nicht mehr aufgehoben werden könnte, wenn die Konkursöffnung nichtig gewesen wäre (BGE 100 III 19 E. 2, bestätigt in BGer 5A_11/2016 E. 4.1.), wofür freilich Anhaltspunkte fehlen.

3.6. Die Klägerin rügt die von der Vorinstanz auf CHF 3'000.00 festgesetzte Entscheidgebühr nicht. Die Gebühr wurde der Beklagten auferlegt, insofern ist die Klägerin nicht beschwert. Sie beanstandet aber, dass die von der Beklagten zu tragenden Gerichtskosten aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss von CHF 3'000.00 bezogen wurden und ihr nur ein Rückgriffsrecht auf die Beklagte bleibt.

Gemäss Art. 98 ZPO kann von der klagenden Partei ein Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangt werden. Werden die Gerichtskosten schliesslich der Gegenpartei auferlegt, ist diese zu verpflichten, der Vorschuss leistenden Partei den Vorschuss zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Anordnung der Vorinstanz entspricht also der gesetzlichen Regelung und ist nicht zu beanstanden, auch wenn damit das Inkassorisiko für die Entscheidgebühr auf die Klägerin abgewälzt wird (vgl. OGer ZH, PP170025 vom 14. Juli 2017).

4. Prozesskosten, unentgeltliche Rechtspflege

Die Gutheissung des Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege setzt voraus, dass die Klägerin nicht über die erforderlichen Mittel zur Prozessführung verfügt und das Rechtsbegehren als nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und b ZPO). Aussichtslos ist ein Begehren, wenn die Gewinnchancen deutlich kleiner sind als das Verlustrisiko (BGE 138 III 217). Aus den vorstehenden Erwägungen zur Sache erhellt ohne Weiteres, dass die Gewinnchancen der Klägerin sehr klein waren. Ihr Begehren ist als aussichtslos zu bezeichnen, weshalb das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen ist. Die Frage nach der Mittellosigkeit kann bei diesem Ergebnis unbeantwortet bleiben.

Ausgangsgemäss sind die Kosten dieses Verfahrens der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Während es bei der Frage der Zulässigkeit des Rechtsmittels darauf ankommt, was vor der Vorinstanz noch im Streit lag, ist für die Bemessung der Entscheidgebühr im Rechtsmittelverfahren massgeblich, was vor der zweiten Instanz noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 2 GebV OG). Die Entscheidgebühr ist auf CHF 400.00 festzusetzen (§§ 4 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GebV OG).

Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen. Der Klägerin nicht wegen Unterliegens, der Beklagten nicht mangels erheblicher Aufwendungen.

Es wird beschlossen:

1. Auf den Antrag der Klägerin und Berufungsklägerin, den Konkurs über C._____ aufzuheben, wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch der Klägerin und Berufungsklägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das zweitinstanzliche Verfahren wird abgewiesen.
3. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 27. Januar 2017 wird im angefochtenen Umfang (Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung, Dispositiv Ziffer 4 des Urteils) bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 400.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin und Berufungsklägerin auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 153, sowie an das Bezirksgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt unter CHF 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. M. Hinden

versandt am: